

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**KENTSEL DÖNÜŞÜMÜN ESASLARI VE KENTSEL DÖNÜŞÜM
KAPSAMINDA YENİDEN DEĞERLENDİRME**

DOKTORA TEZİ

BAKİ TUNA YAZICI

KOCAELİ 2022

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**KENTSEL DÖNÜŞÜMÜN ESASLARI VE KENTSEL DÖNÜŞÜM
KAPSAMINDA YENİDEN DEĞERLENDİRME**

DOKTORA TEZİ

BAKİ TUNA YAZICI

PROF. DR. SEZER ÇABRİ

KOCAELİ 2022

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**KENTSEL DÖNÜŞÜMÜN ESASLARI VE KENTSEL DÖNÜŞÜM
KAPSAMINDA YENİDEN DEĞERLENDİRME**

DOKTORA TEZİ

Tezi Hazırlayan: BAKİ TUNA YAZICI

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 07/06/2022-16

KOCAELİ 2022

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
ÖZET	viii
ABSTRACT	ix
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1. KENTSEL DÖNÜŞÜM HUKUKU'NA HAKİM OLAN İLKE VE ESASLAR İLE KENT YAPILAŞMASINDAKİ DÖNÜŞÜM YÖNTEMLERİ.....	18
1.1. KENTSEL DÖNÜŞÜME HAKİM OLAN İLKELER.....	18
1.1.1. Genel Olarak	18
1.1.2. Özel Hukuk Yanı Baskın Olan Bir Karma Hukuk Dalı Oluşu İlkesi	19
1.1.3. İstisnailik İlkesi	27
1.1.4. Kesintisizlik İlkesi	30
1.1.5. Emredicilik İlkesi.....	33
1.1.6. Taşınmazın Malikler Tarafından Değerlendirilmesinin Önceliği İlkesi	38
1.1.7. Uygulama Bütünlüğü İlkesi	47
1.1.8. Uygulama Öncesi ve Sonrası Pay Değerlemesinin Yapılması Zorunluluğu	53
1.2. KENTSEL DÖNÜŞÜM HUKUKU İLE İLGİLİ TEMEL KANUNLARIN AMAÇ VE ÖNEMLERİ	54
1.2.1. Genel Olarak	54
1.2.2. Kentsel Dönüşüm Hukuku'nun Kaynaklandığı Anayasa Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi ile Uluslararası Hukuk ve AİHS'ndeki İlgili Hükümler	56
1.2.2.1. Anayasal Hakların Sınırlandırılması ve Davalar.....	68
1.2.2.2. Uluslararası Hukuktaki Gelişimi.....	81
1.2.3. Konuyla İlgili Birincil ve İkincil Hukuk Kaynaklarına Genel Bir Bakış ve ARAADHK'nun “Önce Uygulanırlığı” Sorunu	91

1.3. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE KENT YAPILAŞMALARINDAKİ DÖNÜŞÜMLE İLGİLİ YÖNTEMLER 104

1.3.1. Genel Olarak 104

1.3.2. Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi 105

1.3.3. Kentsel Dönüşüm 106

1.3.4. Emsal Artışı 114

1.3.5. Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması 117

1.3.6. Güçlendirme Hakkı 120

1.3.7. Dönüşüm Yöntemlerinin Genel Olarak Değerlendirilmesi 123

İKİNCİ BÖLÜM

2. TAŞINMAZIN DÖNÜŞÜM KAPSAMINA ALINMASI VE YIKILMASI 125

2.1. GENEL OLARAK 125

2.2. RİSKLİ YAPI, RİSKLİ ALAN, REZERV ALAN 126

2.2.1. Genel Olarak 126

2.2.2. Riskli Yapı 126

2.2.2.1. Ekonomik ömrünü tamamlamış yapılar 130

2.2.2.2. Yıkılma ve Ağır Hasar Görme Riski Altındaki Yapılar 133

2.2.3. Riskli Alan 134

2.2.4. Rezerv Alan 138

2.2.4.1. Hazinesinin Özel Mülkiyetinde Bulunan Alanlar (Hazine Adına Tescilli Taşınmazlar) 141

2.2.4.2. Tescil Dışı Alanlar 149

2.2.4.3. Anayasa ve Özel Kanunlarla Güvence Altına Alınan Meralar, Zeytinlikler, Orman Arazileri 150

2.3. RİSK TESPİT SÖZLEŞMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARI İŞİĞİNDA RİSK TESPİT SÖZLEŞMESİNİN BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ 154

2.3.1. Genel Olarak 154

2.3.2. Risk Tespiti 156

2.3.2.1. Taşınmazını Risk Tespiti Yaptırmak Zorunda Olanlar 159

2.3.2.2.	Risk Tespit Süreci ve Risk Tespiti Yapabilecek Kişi ve Kurumlar	169
2.3.2.3.	Riskli Yapı Tespit Raporu ve Risk Tespitine İtiraz.....	176
2.3.3.	Riskli Yapı Tespiti Sözleşmesi	180
2.3.3.1.	Riskli Yapı Tespiti Sözleşmesinin Tarafları, Şekli ve Konusu.	181
2.3.3.2.	İdare Tarafından Yapılan Risk Tespit Sözleşmesinin Borçlar Hukuku Açısından Sonuçları ile Anayasa Mahkemesi 2012/87 Esas No'lu Kararı Işığında İncelenmesi.....	185
2.4.	TAŞINMAZ MALİKLERİNİN SÜRECİ BAŞLATMASI VE KATILIMI..	190
2.4.1.	Genel Olarak	190
2.4.2.	Oy Birliği ile Anlaşması.....	190
2.4.3.	2/3 Çoğunluk ile Anlaşma	192
2.4.3.1.	“Kanunda Öngörülen 2/3 Oy Oranı, Pay Çoğunluğu mu Yoksa Paydaş Çoğunluğu mu” Sorunu ve TMK m. 692 ile Kıyaslanması	193
2.4.3.2.	Kat Mülkiyeti Açısından Oy Çokluğu ile Anlaşma.....	196
2.4.3.3.	Hakkın Kötüye Kullanılması ile Alınmış Olan Karara KMK m. 33'e Göre Hakimin Müdahalesi	200
2.4.3.4.	Muhalif Oy Verenlerin Durumu ve Taşınmazın Önceki Vasfı ile Değerlemesi	203
2.4.3.4.1.	Muhalif Oy Verenlerin Pay ve Bağımsız Bölümlerinin Açık Arttırma ile Satışı	203
2.4.3.4.1.1.	Sürecin Hukuki Niteliği, “Yaptırım mı, Yasal Önalım Hakkı mı Yoksa Kamulaştırma mı” Olduğu Sorunu ve TMK m. 696 Kapsamında Değerlendirilmesi.....	204
2.4.3.4.1.2.	Taşınmazın Önceki Vasfı ile Değerlemesi ve Açık Arttırma ile Satış Süreci	211
2.4.3.4.1.3.	Muhalif Oy Sahiplerinin Kararlarından Dönmesi ile Satış Kararının Uygulanmaması ve Geri Alma	218
2.4.3.4.2.	Sürecin Mülkiyet Hakkı ve Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi.....	219
2.4.3.4.2.1.	Sürecin Mülkiyet Hakkına Etkisi ve Mülkiyetin Süreç Sonunda Şahsi Şirket Hissesine Dönüşebilme İhtimali.....	223
2.4.3.4.2.2.	Taşınmaz Ortak Karar Protokolünün Bakanlık Tarafından Denetlenebilmesi	225

2.4.4. Yeni Bir Mülkiyet Türü Olarak “Riskli Yapılarda Birlikte Mülkiyet” ve “Riskli Taşınmaz Tüzel Kişiliği”	226
2.4.5. Maliklerin 2/3 Pay Çoğunluğu ile Anlaşamaması Durumu	234
2.4.5.1. Yıkımın Mülki Amir Tarafından Yaptırılması	235
2.4.5.2. Acele Yolla Kamulaştırma ve Bedel Tespiti ve Tescil Davası..	235
2.4.5.3. Bakanlık, TOKİ ve İdarenin Kullanabileceği Özel Hukuk Enstrümanları.....	237
2.4.6. Yıkım Öncesinde Arsa Sahibi ile Üzerindeki Yapı Sahibinin (veya Lehine Şerh Olanın) Farklı Kişiler Olması Sorunu	241
2.4.6.1. Üst Hakkı Sahiplerinin Durumu	242
2.4.6.2. İskansız, Kaçak Yapı ve Gecekondu Sahiplerinin Durumu	245
2.4.6.3. Tarımsal Amaçlı Yapı Sahiplerinin Durumu	254
2.4.7. Yıkım Yerine Güçlendirme.....	258
2.4.8. Yıkıma İtiraz, Yıkım Masrafları	262
2.4.8.1. Devletin; Bireylerin Özel Hukuktan Doğan Haklarına, Madde 6/A Kapsamında Özel Müdahalesi.....	264
2.4.9. İhtilafı, İpotekli, Hacizli ve Tedbirli Taşınmazların Durumu	268
2.4.10. Yargı Yolu Aşaması	272
2.5. TÜRK MEDENİ HUKUKU’NDAKİ TAŞINMAZ TESCİLİ AÇISINDAN RİSKLİ YAPILARIN TAPU KÜTÜĞÜNDEKİ DURUMU	274
2.5.1. Genel Olarak	274
2.5.2. Riskli Yapı Kaydı.....	277
2.5.3. Yolsuz Belirtme Durumu	283
2.5.4. Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakının Sona Ermesi	284
2.6. YAPILARIN TAHLİYESİ VE TEŞVİK-YAPTIRIM İKİLEMİ.....	286
2.6.1. Genel Olarak	287
2.6.2. Dönüşüm Kapsamındaki Taşınmazların Tahliye Süreci ve Erken Tahliye	288
2.6.2.1. Kira Sözleşmesinin Malik veya Kiraya Veren Tarafından Sonlandırılması	291
2.6.2.2. Kira Sözleşmesinin Kiracı Tarafından Sonlandırılması	296

2.6.3. Taşınmazı Anlaşarak Tahliye Edenler İçin Uygulanacak Teşvikler .	298
2.6.3.1. Teşvikler	298
2.6.3.2. Yararlanacak Kişiler	301

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. DÖNÜŞÜM SÜRECİNDE TAŞINMAZLAR ÜZERİNDE YIKIM SONRASI UYGULAMALAR (YENİDEN YAPILAŞMA) VE TAŞINMAZIN DEĞERLEMESİ	308
3.1. GENEL OLARAK YIKIM SONRASI UYGULAMA SÜRECİ	308
3.2. UYGULAMA SÜRECİ İLE İLGİLİ ALINAN KARARIN KONUSU ...	308
3.3. TAŞINMAZ MALİKİNİN YAPILAŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE UYGULAMA SÜRESİNCE TAŞINMAZA GETİRİLEN YASAL KISITLAMALAR	310
3.3.1. Genel Olarak	310
3.3.2. Yapılaşma Özgürlüğü Kavramı ve Medeni Hukuktaki Yeri.....	310
3.3.3. Riskli Alan veya Rezerv Yapı Alanlarındaki İmar ve Yapılaşmaların Geçici Olarak Durdurulmasının Niteliği ve Süresi	312
3.3.4. Kamu Kurumlarına Ait Taşınmazların Dönüşüm Kapsamına Alınması ve Bu Taşınmazlara Getirilen Kısıtlamalar	313
3.4. UYGULAMA AŞAMASI.....	314
3.4.1. Genel Olarak	314
3.4.2. Maliklerin Anlaşması Sonrası Malikler Tarafından Yapılan Uygulama.....	315
3.4.2.1. Uygulama Anlaşmasının Yıkımdan Önce Yapılıp Yapılamayacağı ve Muhalif Oy Verenlerin Sonradan Sözleşmeye Katılıp Katılamayacağı Sorunları.....	316
3.4.2.2. Maliklerin Anlaşmaları Durumunda Müteahhit ile Yapılacak İnşaat Sözleşmeleri	318
3.4.2.2.1. Adi İnşaat Sözleşmesi	319
3.4.2.2.2. Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi.....	325
3.4.2.2.3. Hasılat Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi	329
3.4.2.2.4. Bina Tamamlama Sigortası	331

3.4.2.2.5. 5393 Sayılı Belediye Kanunu Uyarınca Kentsel Dönüşümde Maliklere İmar Adası Bazında Verilen Yapılaşma Özgürlüğünün ARAADHK'la Kıyaslanması	335
3.4.2.3. Güçlendirme Sözleşmesi	336
3.4.2.4. ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği'nin, Müteahhitlik Sözleşmesinin Feshi ile İlgili Getirdiği Yenilikler ve Farklı Maliklerin Farklı Müteahhitlerle Sözleşme Yapması Durumu	337
3.4.3. Maliklerin Anlaşamaması Sonrası Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Tarafından Uygulama Yapılması	343
3.4.3.1. Dönüşümün Yerinde Yapılması	345
3.4.3.2. Taşınmazın Yapılaşmaya Elverişli Olmadığı Durumlarda Bakanlığın Başvuracağı Yöntemler	346
3.4.3.2.1. Malike Taşınmazın Bedelini Ödeme	347
3.4.3.2.2. Rezerv Taşınmazda Yer Tahsisi	348
3.4.3.2.3. Bir Başka Yerdeki Projeden Yer Tahsisi	350
3.5. ARSA PAYLAŞIMI İLE DEĞERLEME, YENİDEN DEĞERLEME VE ARSA PAYI DÜZELTİM DAVASI	350
3.5.1. Genel Olarak	350
3.5.2. Değerleme Raporunun İşlevleri ve Değerleme Yapabilecek Kişi ve Kuruluşlar	350
3.5.3. Değerleme Sonrası Taşınmazın Paylaşımı ve Değerleme Farkları	352
3.5.4. Arsa Payının Düzeltilmesi Davası	353
3.5.5. Uygulama Bütünlüğü Gerektiren Hallerde Yapılacak Uygulamalar	356
3.5.5.1. Riskli Alanlardaki Sağlam Yapılar	357
3.5.5.2. Aynı Parselde Birden Çok Yapı Olması Durumu	357
3.5.5.3. Riskli Taşınmazların Tevhit ve İfrazı ile Yapılaşmamış Komşu Taşınmazların Durumu	358
3.6. UYGULAMA SONRASI TAŞINMAZLARDAKİ ŞAHSİ VE SINIRLI AYNİ HAK SAHİPLERİNİN DURUMU	359
3.6.1. Genel Olarak	359
3.6.2. Uygulama Sonrası Şahsi ve Sınırlı Ayni Hakların Devam Edip Etmeyeceği Sorununun KMK ve ARAADHK Kapsamında Değerlendirilmesi	360

3.6.2.1.	Uygulama Sonrası Kira Sözleşmelerinin Hukuki Durumu.....	362
3.6.2.1.1.	Kiracının Erken Tahliyesi Sonrası Öncelik (Rüçhan) Hakkı	362
3.6.2.1.2.	Şahsi ve Sınırlı Ayni Hak Sahiplerinin Tazminat Talebi ve Ek Tazminat Halleri.....	363
3.7.	GAYRİMENKUL SERTİFİKASI	367
3.8.	KONUVA İLİŞKİN HUKUKİ PROBLEMLERE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ..	367
	SONUÇ.....	374
	KAYNAKÇA	381



ÖZET

Çalışmanın asıl amacı 6306 sayılı kanun ve uygulama yönetmeliğinin, birer özel hukuk alanı olan başta Türk Medeni Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku olmak üzere Türk Özel Hukuku'na getirdiği, özellikle mülkiyet hakkı ve borcun nisbiliği ilkesinin istisnalarının da dahil olduğu yeniliklerin incelenmesidir. Ayrıca kentsel dönüşüm süreci ile ilgili genel hukuksal bilgilerin yanında, süreç içerisinde başvuru alan özel hukuk enstrümanları ayrıntılı değerlendirilmiştir. Bununla beraber arsa malikleri ile müteahhitler arasında yapılan inşaat sözleşmelerinden bahsedilmiştir.

Yapılan mevzuat taraması ve söz konusu temel ilkeler ile ilgili öğretici kaynakları değerlendirilerek, bu kaynaklar ile hukukumuza yenilik getiren ilgili mevzuat kıyaslanmış ve sonuç oluşturulmuştur. Ayrıca kentsel dönüşüm kapsamında genel hukuksal sorunların nasıl çözülebileceği ile ilgili hukuksal yöntemler önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler: 6306 sayılı kanun, Resen fesih, Kentsel dönüşüm, İnşaat sözleşmeleri

ABSTRACT

The main purpose of the study is to examine the innovations that the Law No. 6306 and Implementation Regulation brought to Turkish Private Law, especially Turkish Civil Law and Turkish Law of Obligations, which are private law fields; including the exceptions to the principle of property right and proportionality of debt. In addition to the general legal information about the urban regeneration process, the private law instruments applied in the process were evaluated in detail. In addition, the construction contracts between the land owners and the contractors were mentioned.

By evaluating the legislation review and the doctrinal sources related to these basic principles, these sources and the relevant legislation that brought innovation to our law were compared and the result was formed. In addition, legal methods have been proposed on how to solve general legal problems within the scope of urban regeneration.

Key words: Law no. 6306, Ex officio termination, Urban regeneration, Construction contracts

KISALTMALAR

ARAADHK : 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Bkz. : Bakınız

CEU : Avrupa Kent Plancıları Konseyi

CD. : Ceza Dairesi

CIAM : Uluslararası Modern Mimarlar Atina Kongresi'nde

D. : Dairesi

DPT : Devlet Planlama Teşkilatı

DSÖ : Dünya Sağlık Örgütü

E. : Esas No.

Ed. : Editör

GK. : Genel Kurulu

HD. : Hukuk Dairesi

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

İİK : 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu

K. : Karar No.

KMK : 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu

KAKS : Katlar Alanı Katsayısı

KK : 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu

m.	: Madde
TOKİ	: Toplu Konut İdaresi Başkanlığı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TÜBA	: Türkiye Bilimler Akademisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
Vd.	: Ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Yüzde doksanı birinci, ikinci ve üçüncü deprem kuşağında yer alan Türkiye’de geçtiğimiz yüzyılın sonlarına doğru köyden kente doğru yaşanan göç hareketleriyle birlikte şehir hayatı göz alıcı bir hareketlilik kazandı. Özellikle sanayi alanlarına sahip olan büyükşehirlerde ve diğer merkezlerde o bölgeye göç eden işçiler ve aileleri için iskan önemli bir sorun haline geldi. Bu kesim özellikle ucuz ve kalıcı yerleşim yerleri bulma arayışına giriştiler. Ayrıca büyük şehre göç eden kesim, kırsaldan kente gelirken yanlarında getirdikleri köy kültürü ve büyükşehrin zorlu yaşam tarzında kendilerini güvende hissedebilmek için aynı bölgeden gelenlerin yoğun olarak yaşadıkları kaçak ve çarpık yerleşim yerleri olan gecekondu mahallelerini ortaya çıkardılar. Bu yerleşim yerlerinin çoğu ise imar mevzuatına uygun inşa edilmemiş, bir kentin fiziksel, sosyal ve ekonomik açılardan gelişme imkânı kalmamış, köhnemiş, kısmen terk edilmiş bölgeleri ile altyapı, eğitim, sağlık, kültür, yeşil alan gibi olanakları olmayan yoksulluk yuvası hâline gelmiş bölgeleri haline dönüşmüş “kentsel çöküntü alanları”dır¹.

Başlarda yalnızca fiziki yapıdan kaynaklanan bir sorun olduğu ve yalnızca “kentsel yenileme” ile çözülebileceği düşünülen söz konusu bölgelerin başta sosyal, ekonomik ve kültürel olmak üzere farklı sebeplerinin olduğu zaman içerisinde anlaşılmıştır. Anlaşılabileceği üzere genel bir kavram olan “kentsel dönüşüm”, salt fiziksel yapının düzeltilmesi anlamına gelen “kentsel yenileme” kavramı ile aynı anlama gelmemektedir.

Özellikle 1999 Marmara ve 2011 Van depremleri ile gündeme gelen bu çarpık yapılaşma sonucu çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesi ya da sakat kalması ayrıca dikkate değer bir milli servetin kaybı sebebiyle deprem tehlikesi toplumun dikkatini çekmiştir. Bu şekilde devlet tarafından denetimler sıkılaştırılmıştır. Fakat geçici çözümlerin de sorunlara çare olmayacağı görülünce kent yapılaşmasının sil baştan yenilenmesi adeta bir zorunluluk halini almıştır. Sonuç olarak yasa koyucu ilgili yasal

¹ T.C.Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (2014), “Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü”, Ankara, T.C.Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı.

düzenlemeleri çıkartmak için harekete geçti. Bu kapsamda 2005 tarihli 5393 Sayılı Belediye Kanunu ile yine aynı yıl 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun ile gerek yetki gerekse uygulama alanı olarak en kapsamlısı olan 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun (ARAADHK) 2012 yılında yasalaştı.

Bu şekilde 6306 sayılı ARAADHK 2012 yılında yürürlüğe girerek uygulanmaya başlandı. Fakat durumun aciliyetinden dolayı bu yasanın hazırlanışı sırasında hukuken enine boyuna düşünülecek ve üzerinde tartışılacak yeterli zaman olmadı. Bu sebeple kanunun uygulanması için hazırlanan yönetmeliklerde sıkça değişiklikler oldu.

Yine bu yasa ile hukuk sistemimize dahil olan “Kentsel Dönüşüm Hukuku”, kamu hukuku ve özellikle idare hukuku açısından çok fazla incelendiyse de özel hukuk açısından çok da fazla irdelenmemiş olması ve özellikle özel hukukun temel dallarından biri olan medeni hukukun gayrimenkul ve kat mülkiyetiyle ilgili temel bazı hükümleriyle çelişmesi önemli sorunlar olarak uygulamayı da zora sokmaktadır. Bu eksikliklerle ilgili halen tartışmaların devam etmesi de ayrı bir konudur. Bunun en tipik örneği olarak 2014 tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararıyla ARAADHK’un özel hukuku da ilgilendiren bazı hükümlerinin iptal edilmesi gösterilebilir². Bu hükümlerin iptal edilmesi ile ortaya çıkacak hukuki boşluk da yine ayrı bir eksikliktir. Her ne kadar bu boşlukları gidermek amacıyla yeni yasama faaliyetleri yapıldıysa da tümüyle sorunları gidermeye yeterli olmadığı uygulamada görülmüştür.

Kavram Ve Tarihçe

Aslında kentsel dönüşüm kavramı ülkemize özgü bir kavram değildir. Her ne kadar zaman içinde değişime uğrasa da ortaya çıkışı İngiltere’deki Sanayi Devrimi yıllarına denk gelir. Dolayısıyla bu kavram Avrupa kökenli bir kavramdır. Başta Avrupa ve Amerika olmak üzere Dünya’nın pek çok yerinde başarı ile uygulanmıştır.

² Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41

Tıpkı 20.yüzyılın sonlarına doğru Türkiye’de yaşandığı gibi Avrupa, sanayi temelli benzer bir iç göç hareketini özellikle İngiltere’de sanayi devrimi sonrası yaşamıştır. İlk kentsel dönüşüm fikirleri de 19. yüzyıl İngilteresi’nde büyük şehirlerdeki yoksul işçi sınıfının yerleşmiş olduğu, plansız ve kentsel dönüşüm hukukunda çöküntü alanı olarak adlandırılan alanların rehabilite edilmesi amacıyla ortaya atılmıştır. Yine benzer kodifikasyon ve uygulama hareketleri yine 19. yüzyıl ortalarında İngiltere’ye paralel olarak Fransa’da da kendini göstermiş bu anlamda Avrupa’nın bu iki büyük lokomotif ülkesinde yeni kent tasarımları ve şehircilik akımları başlamıştır³.

Daha sonraları dünya üzerinde küresel bir boyut kazanan kentsel dönüşüm kavramının dünya ölçeğindeki perspektiften tarihsel gelişimini ise dönüşüm sürecine katılan paydaşları dikkate alarak üç aşamada incelemek mümkündür. Bunlar;

19.Yüzyıl Ortalarından 1970’lerin Başına Kadar Olan Dönem

Kentsel dönüşümün en ilkel formunun uygulandığı bu dönemde yapılan uygulamalara günümüzdeki anlamıyla kentsel dönüşüm demek doğru olmaz. Kentsel dönüşümün unsurlarından biri olan ve sadece yapıların fiziki bozulmalarıyla ilgilenen kentsel yenilemenin (urban renewal) tek başına devlet tarafından yapıldığı bir dönemdir⁴.

Sanayi devrimi sonrası 19.yüzyılın ortalarından 20.yüzyılın başında modernist hareketlerin hakimiyetine kadar olan dönem sanayi devrimi sonrası 19.yüzyılın ortalarından başlayarak işçi sınıfının yoğun olarak yaşadığı Avrupa metropollerine farklı bir kimlik, yeni bir çehre kazandırmıştır. Büyük park ve bulvarlar ile anıtsal eserler daha çok bu dönemde kent mimarisine kazandırılmıştır⁵.

³ Gürler, Ebru, “Kentsel Yeniden Üretim Süreci Üzerine Karşılaştırmalı Çalışma, İstanbul Örneği”, Kentsel Dönüşüm Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Yıldız Teknik Üniversitesi Basım Yayın Merkezi, İstanbul, 2003, s.141; [aktaran] Öngören, Gürsel, Nusret Çolak (2015) “Kentsel Dönüşüm Rehberi”, İstanbul, Öngören Hukuk Yayınları, s.5.

⁴ Görgülü, Zekai, ”Kentsel Dönüşüm Ve Ülkemiz”, (Ed.) TMMOB. TMMOB İzmir Kent Sempozyumu, İzmir, TMMOB, 2009, s.770.

⁵ Öngören, Gürsel, Nusret Çolak, “Kentsel Dönüşüm Rehberi”, İstanbul, 2015, Öngören Hukuk Yayınları, s.5.

Modernizm hareketlerinden II. dünya savaşına kadar olan dönem mimar Le Corbusier'in en büyük temsilcilerinden olduğu şehircilik anlamında modernizm modern hayatın gereksinimlerini mükemmel olarak karşılayacak biçimde tasarlanması gerektiğini savunarak şehirleri estetik kaygılardan uzak yalnızca işlevsel olarak tasarlamayı amaçlamıştır. Buna göre kentler ütöpik birer “yaşantı makinesi (machine for living)” olarak adlandırılmıştır⁶.

1933 tarihli Uluslararası Modern Mimarlar Atina Kongresi'nde(CIAM) verilen ortak bildiri ile temel ilkeleri belirlenen modernist harekete göre yenilenen şehir dört ayrı bağımsız mimari kısma ayrılarak, konut, iş, sosyal donatı ve ulaşım olmak üzere her bir kısmı ayrı bir işleve tahsis edilmeliydi⁷.

II. dünya savaşından 1970'li yılların başına kadar olan dönem daha çok Avrupa şehirlerini yerle bir eden tarihin gördüğü en tahrip edici savaş olan, milyonlarca kişinin hayatına ve evsiz kalmasına mal olan bir savaşın enkazını kaldırmaya yönelik bir hareket olarak kendini göstermiştir. İşin sosyal veya ekonomik boyutlarından çok rekonstrüksiyon amaçlı olarak uygulamalar devlet eliyle yapılmıştır.

II. Dünya savaşından sonra Avrupa dışında kentsel dönüşüm uygulamasının yeni bir boyutu yeni dünyada ortaya çıkmış ve Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) 1949 tarihli Konut Yasası ile uygulanmıştır.

1970'lerden 1990'lara Kadar Olan Neo Liberal Dönem

İsminden de anlaşıldığı üzere bu dönemde petrol krizi ve dünya ekonomik buhranı sonucu terkedilen Keynesyen sistem sonrası dünyada hakim olmaya başlayan serbest piyasanın sonucu olarak dönüşüm sürecinin paydaşları ve aktörleri değişmeye başlamıştır⁸. Neo Liberal politikalar, devletin yanında özel sektörü de dönüşüm

⁶ Cross Nigel, “Designerly way of Knowing: Design Dicipline Versus Design Science, Design Issues”(Mit Press Journals), 17(3), 2001, s.49.

⁷ Ken Greenberg, Walking Home The Life And Lessons Of A City Builder, U.S.A., Random House Canada, (2011), s.24.

⁸ Uyaniker Kırbaş Fatma, Neoliberalizmin Kent Üzerindeki Sosyo-Mekânsal Etkisi, Ankara Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, s.143.

sürecine katmış, şehirleşmenin fiziksel boyutlarının dışında toplumsal yani sosyal boyutları da olduğu kabul edilmiş, fiziksel bozulmanın sosyal bozulmayla ilgili olduğu kanaatine varılmıştır⁹. Başta sermaye akışını kolaylaştıracak “kollektif tüketim alanları” olmak üzere salt işlevsellik dışında farklı unsurlar da dikkate alınmıştır¹⁰.

1990 Sonrası Dönem

20.yüzyılın son çeyreğinde artan bireysel özgürlüklerin önemi ile katılımcı politikaların değer kazanması, her alanda olduğu gibi kentsel dönüşüm alanında da kendisini göstermiştir. Dolayısıyla kent sakinleri, sivil toplum kuruluşları ve üniversiteler gibi farklı toplum kesimlerinden paydaşların da sürece dahil olmasıyla kentsel dönüşüm kavramı bambaşka bir çehreye bürünmüştür. Bu aşamadan sonra kentsel yenilemenin¹¹ yanında sağlıklılaştırma¹², koruma¹³, yeniden geliştirme¹⁴, yeniden canlandırma¹⁵, düzenleme¹⁶, temizleme¹⁷, soylulaştırma¹⁸ gibi farklı

⁹ Öngören, Gürsel, Nusret Çolak “Kentsel Dönüşüm Rehberi”, İstanbul, Öngören Hukuk Yayınları, (2015), s.5.

¹⁰ Uyaniker, 2017, s.19.

¹¹ “Kamu girişimi ya da yardımıyla yapıların iyileştirilmesi ve korunması, daha iyi barınma, çalışma ve dinlenme koşulları, yeni kamu yapıları sağlanması amacıyla yerel plan ve izlencelere uygun olarak, kentlerin, günün değişen koşullarına daha uygun duruma getirilmesi.”; Sosyal Bilimler Sözlüğü (2011), “Türkiye Bilim Terimleri Sözlüğü,” Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi(TÜBA), s.704.

¹² “Eski kent dokusunun ve çöküntü alanlarının kısmi yenileme ile kullanıma açılması”; Şahin, Savaş Zafer (2003) İmar Planı Değişiklikleri ve İmar Hakları Aracılığıyla Yanıltıcı (Pseudo) Kentsel Dönüşüm Senaryoları: Ankara Altındağ İlçesi Örneği, Kentsel Dönüşüm Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Yıldız Teknik Üniversitesi Basım-Yayın Merkezi, İstanbul, 89-101, [aktaran] Sibel Polat, Neslihan Dostoğlu (2007), “Kentsel Dönüşüm Kavramı Üzerine: Bursa’da Kükürtlü Ve Mudanya Örnekleri”, Uludağ Üniversitesi Mühendislik-Mimarlık Fakültesi Dergisi, 12(1), s.63.

¹³ “Kentlerin tarihsel ve mimarlık değerleri yüksek yapıt, anıt ve doğal güzelliklerinden gelecek kuşakların da yararlanması için, onların bakım ve onarımına ilişkin gerekli önlemleri alma”; Sosyal Bilimler Sözlüğü (2011), TÜBA, s.748.age

¹⁴ “Ekonomik ve yapısal özellikleri, iyileştirilmesine olanak vermeyecek ölçüde kötüleşmiş olan yoksul konutlarının yıkılması ve bunların oluşturduğu kent bölümlerinin yeni bir tasarlama düzeni içinde bayındırılması.”; Sosyal Bilimler Sözlüğü (2011), TÜBA.

¹⁵ Çöküntüye sebep olan faktörlerin ortadan kaldırılması.; Ayhan, Fatma (2015), “Kentsel Dönüşüm Kavramı ve Tarihsel Gelişimi”, (Ed.) Melikşah Yasin, Cenk Şahin, Kentsel Dönüşüm Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.130.

¹⁶ “Bir kentin, bir kasabanın tümünün veya bir yerleşim yerinin bir bölümünün kendiliğinden gelişmesine engel olmak, bu gelişmeye toplum yararına biçim vermek amacıyla, yerleşim yerinin işlevleriyle toprak kullanımı arasında bir ilişki kurmayı öngören, geleceğe dönük kamusal bir eylem türüdür.”; Keleş, Ruşen (1998) Kentbilim Terimleri Sözlüğü, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, [aktaran] Polat/Dostoğlu ,2007), 12(1), s.63.

¹⁷ “Alt gelir gruplarının yaşadığı bölgelerdeki konutların ve diğer yapıların sağlığa aykırı niteliklerinin giderilmesi”; Keleş, Ruşen (1998) Kentbilim Terimleri Sözlüğü, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, [aktaran] Polat/Dostoğlu ,2007), 12(1), s.63.

¹⁸ Alt sosyal tabakanın gönüllü ya da gönülsüz olarak çöküntü alanından çıkarılarak yeni bir tasarım ile daha üst gelir seviyesine sahip sosyal sınıfın yerleştirilmesi; Ayhan, 2015, s.132.

ayaklarıyla kompozit bir bütün olarak kentsel dönüşüm bugün bilinen anlamıyla karşımıza çıkmıştır.

Türkiye’de de Osmanlı İmparatorluğu döneminde İmar Nizamnameleri ile başlayan yapılaşmanın devlet denetimine alınması Cumhuriyet döneminde de sürmüş, Avrupa’nın bu yolda bir buçuk asırlık sürede kat ettiği mesafeyi Türkiye adeta hızlandırılmış şekilde yarım asırda geçirmiştir. Aradaki bu yüzyıllık fark Türkiye’de inşaat sektörünün teknik gelişmeleri yakından takip etmesiyle nispeten kapatılabilmiş olsa da amaçsal farklılık ve kentsel dönüşümün asıl hedefinin iskanlanması yer yer kendini göstermiştir. Kamu tasarrufları açısından idare hukukunda “usul saptırması”¹⁹ olarak da geçen bu konu kamu hukuku çevrelerince çokça tartışılmıştır. Bu sebeple Türkiye’de bazı projeler kentsel dönüşüm boyutuna ulaşamamış ancak “kentsel yenileme” aşamasında kalmıştır.

1950’lerden sonra kent merkezlerindeki sanayileşme sonucu işgücü ihtiyacı ve tarımsal faaliyetlerle geçimini sağlamaya çalışan kırsal kesimdeki insanların, makineli tarıma geçiş sonrası o bölgede işgücü ihtiyacı azalmış, bu sebeple köyden kente göç hareketi artmıştır. Daha sonra 2000’li yıllarda Gölcük depreminin hasarını onararak olası depremlere tedbir almak, ekonomide likidite bolluğu sonucu meydana gelen yatırım amaçlı konut talebi²⁰ ve konut piyasasındaki teşvik ve kredi imkanları²¹ ile kentsel dönüşüm hız kazanmıştır. Özellikle Dünya’da ve Türkiye’de inşaat sektöründeki gelişmeler bu duruma teknik anlamda önyak olmuştur. Ne var ki “kentsel dönüşüm” kavramı yalnızca teknik bir kavram olmayıp ekonomik, idari, sosyal ve en önemlisi hukuki boyutları da olan bir kavramdır. Yani bu boyutlardan birinin bile çözülmemiş olması halinde yalnızca fiziksel bir yapı ile kentsel dönüşümün başarıya ulaştığını söylemek mümkün olmaz, sadece fiziki yapılanma ile ilgilenen kentsel yenilemeden bahsedilebilir.

¹⁹ Bilici Mustafa, İdari İşlemlerde Amaç Unsuru ve Hukuka Aykırılık Halleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s.94.

²⁰ Coşkun, Yener, “Türkiye Konut Piyasasında Talep Eğilimleri ve Bilgi Bakışsızlığına Yönelik Politika Önerileri.” Bankacılar, 27(96), (2016), s.131.

²¹ Özellikle dünyada mortgage(tutsat) kredileri olarak adlandırılan ve Türkiye’de 2007 tarihli 5582 no’lu yasa ile konut finansman sistemine getirilen “ipotekli konut kredileri”dir.

Dünyada, CIAM tarafından, modern şehircilik ilkelerinin belirlenmesi amacıyla yapılan kongrelerde belirlenmiş olan ilkeler “Atina Kartası” adıyla anılmaktadır. İlki 1928’de düzenlenen ve yukarıda belirtildiği üzere modernist akımın ilkelerini belirlemek için düzenlenen Atina Kartaları’nın Avrupa Kent Plancıları Konseyi(CEU) tarafından 1998 ve 2003 yıllarında yapılanları ise günümüz şehircilik anlayışını belirlemiştir. Buna göre 1933 yılında yapılan kongrede ön plana çıkan ve insanı ikinci plana iten “işlevsellik” kavramına tepki duyulmuş, onun yerine ekonomik, sosyal ve çevresel koşulları dikkate alan “sürdürülebilirlik” şehir tasarımı geçerli kavram olmuştur. İşlevselliğin getirdiği birbirinden yalıtılmış kent kısımlarını ortaya çıkaran emredici ve zorlayıcı kent modeli yerine katılımcılığı, çevreyle uyumu ve altyapının önemini yerel özelliklerle çelişmeden ortaya çıkaran bir anlayışın hakim olması gerektiği belirlenmiştir²².

“Sürdürülebilirlik” kavramı ekoloji bilimi kökenli bir kavram olmasına rağmen kent planlamasında da yerini almış ve sadece doğanın korunması anlamında değil yaşam kalitesinin yükseltilmesi anlamında özellikle 21.yüzyıl şehircilik anlayışında sıkça başvurulmuş ve artık yasal çerçevelerle tanımlanır hale gelmiştir²³. Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu, sürdürülebilir gelişimi şu şekilde tanımlamıştır: “*Gelecek nesillerin kendi ihtiyaçlarını karşılayacakları imkanlarından ödün vermeksizin insanlığın kendi ihtiyaçlarını karşılamayı sağlamasıdır*”²⁴. Daha çok enerji, ekonomi ve çevre alanlarında sürdürülebilirlikle ilgili hedefler ve teklifler sunan bu rapor, şehircilik alanında da sürdürülebilirliğin amaçlarının ortaya konulması bakımından önemlidir.

Aslında sürdürülebilir şehircilik anlayışı ilk olarak Amerikan tarzı şehircilik anlayışı olarak 1980’li yıllarda ABD’de ortaya atılmıştır. Bu anlayış çevre dostu yapılaşmayı teşvik ederken, kent merkezlerindeki ekonomik ve sosyal sorunların yanı sıra kent çevresindeki alanlarda yeni yerleşimler kurmayı hedefleyen ve

²² Gökgür, Pelin, “1933’den 2003’e Atina Kartasındaki Değişimler, CIAM’dan CEU’ya.” Planlama, (31), (2005), s.37, 40, 41.

²³ Erbaş, Erdem (2010), “Sürdürülebilir Planlamada Yeni Tartışma Konuları.” Ekoyapı, <http://www.ekoyapidergisi.org/126-surdurulebilir-planlamada-yeni-tartisma-konulari.html>, 30.09.2017.

²⁴ Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu, (1987), “Çevre ve Kalkınma Komisyon Raporu: Ortak Geleceğimiz”, m. 27.

geleneksel mahalle kültüründeki sosyal ilişkileri de yeniden kurmaya çalışan bir anlayıştır²⁵. Nitekim 1996 yılında İstanbul'un ev sahipliği yaptığı Birleşmiş Milletler İnsan Yerleşimleri Konferansı (Habitat II) zirvesi İstanbul Delarasyonu mt3.15'te "21. yüzyıla girerken; sürdürülebilir insan yerleşimleri için pozitif bir vizyon, ortak geleceğimiz için bir umut duygusu ve herkesin itibar, sağlık, güvenlik, mutluluk ve umut dolu nezih bir hayat vadeden güvenli bir evde yaşayabileceği, bütünüyle faydalı ve cazip bir meydan okumaya katılmak için bir teşvik sunuyoruz." diyerek insan yerleşimleriyle ilgili açıklanan amaçlarda sürdürülebilirliği önemle vurgulamıştır. Kısacası kentsel dönüşümde sürdürülebilirlik ile ilgili olarak "yerleşim alanlarının kendi kendisine yetebilmesi ve sahip olduğu değerleri gelecek nesillere aktarabilmesi" diyebiliriz.

1998 yılında İngiltere'de, başbakan yardımcısı John Prescott tarafından kurulan "Kentsel Görev Gücü"²⁶ adlı bir komisyon yeni gelişmeler sonucu yeşil alanların tüketilmesi gerekçesiyle kötüye giden imar krizini çözmeyi amaçlayarak faaliyetine başlamış ve ilk iş olarak bu kapsamda 1999 yılında "Kentsel Rönesansa Doğru" isimli bir rapor yayınlayarak kentsel dönüşümün yeni dönemdeki amaç ve belli başlı ilkelerini ortaya koymuştur. Buna göre, bilgi teknolojileri merkezli teknik gelişmeler, ekolojik tehdit farkındalığı ve toplumdaki yüksek yaşam standardı beklentisinden yola çıkarak arazi ve yapıların geri dönüşümü, kentsel çevrenin geliştirilmesi, liderlik, ortaklık ve yönetimin başarılmaması ile dönüşümün sağlanmasını anahtar konu ve önlemler olarak belirlenmiştir²⁷.

Bahsi geçen komisyon; sürdürülebilir dönüşüm temelinde daha yoğun, çok merkezli, yaşam/iş biçiminde, sosyal olarak karışık, iyi dizayn edilmiş ve bağlantılandırılmış ve çevresel olarak sürdürülebilir kentleşmeyi vizyon edinmiştir. Şehir banliyölerinden önce mevcut şehir dokusunun iyileştirilmesi sağlanarak, kent merkezindeki sahipsiz ve terkedilmiş (özellikle sanayi tarafından) alanların

²⁵ Çubuk, Mehmet (Kasım 2016), "Yeni Gelişmeler Üzerine Kentsel Tasarıma Ve Eğitimine Yeniden Bakmak" "MSGSÜ-ŞBPB-25. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu Buluşması", İstanbul.

²⁶ Punter, John, Önsöz, (Ed.) John Punter. Urban Design and British Urban Renaissance. Oxon,Routledge, (2010), s.14.

²⁷ "Kentsel Görev Gücü"(Urban Task Force), "Kentsel Rönesansa Doğru"(Towards an Urban Renaissance), (1999), s.4-5.

kullanılmasına gayret edilmiştir. Farklı gruplardan paydaşların katılımıyla; fiziksel, ekonomik ve sosyal dönüşüm görüşülmüş ve onaylamıştır. Komisyon bununla ilgili on öncelik belirlemiştir, bunlar; kapsamlı faaliyet planı²⁸, yerel yönetimleri güçlendirme, bölgesel ölçekte kurumsal çerçevelerin gözden geçirilmesi, kamuya ait alanların değerlendirilmesi, tavsiye ve tatbikat amaçlı ulusal program belirlenmesi, bölgesel kaynaklar ve sağlayıcı unsurlar, özellikle Hazine kaynakları olmak üzere yatırımları mümkün kılmak, teşvik edici haklar düzenlemek, devletin başta demiryolları ve savunma bakanlığına ait arazileri olmak üzere yetersiz kullanılan arazilerin dönüşüme tahsisinde sorumluluğu ve en uygun yerleri ayırması, imar problemini çözmeye öncelik verilmesi²⁹.

Türkiye’de de Osmanlı İmparatorluğu’nda Tanzimat döneminde başlayan batılılaşma hareketi şehircilik alanında da kendini göstermiştir. Çok katlı betonarme binalar ile ızgara tipi geniş yollar, hijyen koşullarına uygun Avrupalı şehirleşme örnek alınmış; yol ve bina³⁰ odaklı düzenlemelerle imar edilme yoluna gidilmiştir.

Türkiye’de kentsel dönüşümün amaç ve hedeflerine bakmadan önce çıkış noktası olarak kelimelerin etimolojik kökenlerinden ipucu almak yerinde olacaktır. Bahsi geçen kelimeler elbette ki konunun başından beri merkeze oturan “kentsel dönüşüm” kavramı ve yıllardan beri özellikle hukuk literatüründeki planlı yapılaşmayı ifade eden “imar” kavramlarıdır. Bizlere konunun tekamülünde ilham verecek olan da bu iki kavram arasındaki benzerlik ve farklardır.

Türkiye’de 1990’lardan itibaren kullanılmaya başlayan batı kökenli bir kavram olan kentsel dönüşüm, aslında İngilizce “urban regeneration” kavramının çevirisidir. Kentsel anlamını birebir karşılayan “urban” kelimesiyle “düzeltme”, “yeniden canlanma” kelimelerinin bir araya gelmesiyle oluşmuştur. Türkçe’de ise dönüşüm kavramı; *olduğundan başka bir biçime girme, başka bir durum alma, şekil değiştirme*,

²⁸ Bununla ilgili İngiliz Hükümeti 2000 yılında “Kentsel Beyaz Sayfa”(urban white paper) isimli bir kitap yayınlamıştır.

²⁹ Richard, Rogers (21.07.2002), The Guardian, “The Observer Regeneration conference” speech, <https://www.theguardian.com/society/2002/jul/21/regeneration.comment>, 02.10.2017.

³⁰ Turuk(yollar) ve ebniye(binalar)

tahavvül, inkılap, transformasyon şeklinde tanımlanmıştır.³¹ Ayrıca, “*kentin yıpranan ve özelliğini yitirmeye yüz tutmuş, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen kent bölgeleri ile bu bölgelere ait alanlarının, kentin gelişimine uygun olarak yeniden yapım ya da özüne uygun biçimde yenilenerek, bu bölgelerde konut, ticaret, kültür, turizm ve toplumsal donatı alanları oluşturulması, doğal afet risklerine karşı önlemler alınması, kentin tarihsel, kültürel dokusunun yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılması amacıyla gerçekleştirilen eylemlerin tümü*”³² Birebir anlamından daha kapsamlı anlamlar barındıran “kentsel dönüşüm”, yukarıda bahsedilen kentsel yenileme, sağlıklılaştırma, koruma, yeniden geliştirme, yeniden canlandırma, düzenleme, temizleme, kalitenin yükseltilmesi, soylulaştırma unsurlarıyla birlikte anlam kazanarak ekonomik, sosyal ve fiziksel gelişimi ifade etmiştir. Farklı tanımları olan kentsel dönüşümün genel bir tanımı, “*eskimiş kent kesimleriyle kaçak yapılardan oluşan gecekondu topluluklarının yenilenmesi*” olarak yapılmıştır³³.

Osmanlı-Türk hukuk sisteminde planlı kent yapılaşmasını ifade eden “imar” kavramı da aslında kentsel dönüşümle hemen hemen aynı anlamı ifade eder. Arapça “amr” kelimesinden gelen “imar” sözcüğü, “*canlandırma, şenlendirme, mamur ve bayındır kılma, inşa etme*”³⁴ anlamına gelmektedir. Bir başka kaynakta imar sözcüğü, “*bir yeri geliştirip güzelleştirme, yaşama koşullarını uygunlaştırma, iyileştirme ve bayındır duruma getirme eylemi, bayındırlaştırma*” biçiminde tanımlanmıştır³⁵. Sadece inşa etme anlamına gelmeyen bu sözcüğün, insan unsurunu da içeren şenlendirme anlamının yanında canlandırma anlamı da, şehrin yeniden canlanması anlamına gelen kentsel dönüşüm kavramıyla paralellik göstermektedir. İmar yalnızca bir yer kesitindeki yapılaşma faaliyeti anlamına gelmeyip aynı zamanda fiziksel, ekonomik ve sosyal gelişme anlamlarını da içermektedir³⁶. Kısacası imar kavramı da

³¹ TDK Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59d2533d2aa825.95555043, 02.10.2017.

³² Sosyal Bilimler Sözlüğü “TÜBA” Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi, (2011), s.703.

³³ Keleş, Ruşen, “Kentleşme Politikası” Ankara, İmge Kitabevi, (2015), s.403.

³⁴ Etimoloji Türkçe Sözlüğü, <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/imar>, 02.10.2017.

³⁵ Sosyal Bilimler Sözlüğü “Türkiye Bilim Terimleri Sözlüğü.” Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi, (2011), s.601.

³⁶ Tekeli, İlhan, Selim İlkin, “Mustafa Celaleddin Bey’in Bir Eyaletin Islah ve İmarı Hakkında Mükaleme Adlı Risalesi ve 19. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu’nda İmar Kavramının Gelişimi Üzerine Düşünceler”, Cumhuriyet’in Harcı –Modernitenin Altyapısı Oluşurken-, İstanbul Bilgi

sade ve yalın bir kavram olmayıp, kentsel dönüşüm kavramı gibi soyut, genel ve kapsamlı anlamlar ifade etmektedir. Bu yönleriyle her iki kavram için de genel, soyut olan hukuk kurallarına ait anlamlar barındırdığını söylemek şaşırtıcı olmaz.

İki kavramın farkına gelince, aslında kelime anlamı olarak dar anlamlarıyla aynı kavramları ifade eden bu iki kavramın farkı hukuk literatüründe ifade ettikleri geniş anlamlarıyla kendini göstermektedir. Buna göre bu iki kavram arasındaki beş temel hukuki fark:

- İmar hukuku, genel, temel ve sürekli bir kent planlaması ile ilgilenir ve bu yönüyle statiktir. Buna karşı kentsel dönüşüm hukuku, özel aynı zamanda istisnai yapılaşma süreciyle ilgilenir. Olağan bir yaşam kesitine yönelik düzenleme değildir. Bu yönüyle olağanüstüdür ve dinamiktir.
- İmar hukuku, yapılaşma ile ilgili genel düzenlemeleri barındırdığı için hem emredici hem de idareye ve kişilere karşı koruma amaçlı yasaklayıcı hükümler içermektedir. Buna karşı kentsel dönüşüm hukuku düzenlemiş olduğu sürecin olağanüstü nedenleri ve doğası gereği kesintisiz ilerleme gerektirdiği için, daha çok emredici hükümler içermektedir; yasaklayıcı hükümler ise koruma amaçlı olmaktan çok sürecin sekteye uğramamasına yönelik tedbirlerden ibarettir.
- İmar hukuku, idare hukuku alanı olarak bir kamu hukuku alanı iken, kentsel dönüşüm hukuku, kişilerin özel hukukla ilgili haklarına temas eden, özel hukuk tarafı daha baskın karma hukuk alanıdır.
- İmar hukuku, şehirleşmeyi bir bütün olarak ele alarak; araziler (köy yerleşim alanları, sahil şeritleri, orman arazileri, meralar vb.) ve yapılar olmak üzere her iki taşınmaz türünü de ve bunların kullanım amaçlarını

Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004; [aktaran] Cantemir, Bekir, “Çok Partili Hayata Geçiş Sürecinde İstanbul’un Mekân Ve Sosyal Yapı Dönüşümü (1946–1960)”, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul, (2013), s.35.

konu edinirken³⁷, kentsel dönüşüm hukukunun tek konusu özellik gerektiren bazı bölgesel alanların rehabilite edilerek yapılaştırılmasıdır, eğer rehabilite edilemiyorsa başka bölgelere taşınmasıdır. Yani yalnızca yapılarla ilgilenmekte ve arazi türleri ile ise tali olarak ancak ilgili arazinin yapılaşmaya elverişli hale getirilmesi oranında konu edinmektedir. Yapılaşma dışında taşınmazların kullanım amaçlarıyla ilgilenmez. Dolayısıyla bireysel yarar kaynaklı bir kamu yararı vardır. İmar hukukunda ise 3194 sayılı İmar Kanunu’na göre çıkarılan “Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik” amaç başlıklı m. 1 “...gelişme eğilimlerini yönlendirmek ve toprağın korunma, kullanma dengesini en rasyonel biçimde belirlemek...” diyerek imar hukukunda toprağın nasıl kullanıldığı ile ilgilenildiğini belirtmiştir.

- İmar hukukunda görevli mahkeme idare mahkemesi iken, kentsel dönüşüm hukukunda somut olaya ve özel hukukla ilgisi olup olmamasına göre idare mahkemesi veya adliye mahkemesidir.

Kimi çevrelerce kentsel dönüşüm, yapılaşmayı imar planına uygun hale getirme amaçlı bir araç olarak değerlendirilse de³⁸ kentsel dönüşümün bundan çok daha kapsamlı anlam ve işlevleri bulunduğu açıktır. Nitekim kentsel dönüşüm kanunlarından biri olan ARAADHK ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’na her ölçekte imar planı düzenleme ve değiştirme yetkisi verilmesi bunun bir göstergesidir.

Aslında kentsel dönüşüm hukukunu, imar hukukunun bir alt dalı veya yöntemi olarak görmek de (-ki eğer öyle olsa imar düzenlemelerinden sonra kentsel dönüşüm adıyla farklı düzenlemelere gerek olmazdı, ya da tamamen birbirinden bağımsız disiplinler olarak ele almak gerekirdi) doğru değildir. Birbiriyle bağlantılı olan birbirlerini tamamlayan taşınmaz hukukuna ait farklı alanlar olarak değerlendirmek

³⁷ 1985 tarihli(2001 tarih değişik) “Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik” m. 3/10: *Konut, sanayi, tarım, turizm, ulaşım gibi sektörler ile kentsel-kırsal yapı ve gelişme ile doğal ve kültürel değerler arasında koruma-kullanma dengesini sağlayan ve arazi kullanım kararlarını belirleyen...plandır.*

³⁸ Öngören/Çolak, 2015, s.2.

yerinde ve doğru olacaktır. Örneğin Danıştay da bir kararında deprem riski taşıyan yerlerin imara açılmasının olası bir zararda idarenin sorumluluğunu doğuracağına hüküm bağlayarak kentsel dönüşümün gerekliliğine ve özel durumuna işaret etmiştir³⁹.

Türkiye’de kentsel dönüşümün geçmişinin (1839)Tanzimat Fermanı’ndan itibaren genel olarak “imar nizamnameleriyle” başlatılmasının sebebi, modern anlamda topyekun kent planlanmasının bu tarihten sonra başlamasıdır. Bu tarihten önce kent planlanması, İslam Hukuku’ndan gelen ve dayanışma amacıyla kişilerin kendi mülkiyetlerinde bulunan gayrimenkulleri ortak kullanım için kent hizmetlerine vakfetmelerinden ibaretti. Tamamen gönüllülük esasına dayalı bu sistemin ardından Tanzimat Fermanı’yla birlikte yerine daha akılcı, daha rasyonel ve hem devlete hem de tebaya yükümlülük getiren batı tarzı yasal bir sistem getirilmeye çalışılmıştır. Çünkü gerek toplumdaki eski alışkanlıklar, gerek yetişmiş mimar-mühendis gibi işgücünün az oluşu, gerekse de batı tarzı yapılaşma teknoloji ve malzemelerinin o dönemde çok pahalı olması ilgili düzenlemelerin tam ve düzgün uygulanmalarını engellemiştir. Aynı zamanda İslam Hukuku kökenli Osmanlı hukuk sistemini Roma Hukuku kökenli batı sistemine adapte etmek işi zorlaştırmıştır. Örneğin taşınmazların sınırlarının belirlenmesi için Osmanlı Hukuku’nda daha muğlak ve mülkün kullanım durumuna göre belirlenen “fina” kavramı varken, batı hukuk sisteminde daha somut ve kesin çizgiler mevcuttu⁴⁰.

Bunun yanında ilk kez yangından korunmaya bağlanan “kamu yararı”⁴¹ kavramı gelmişti⁴². O dönemde gelen yenilikler bundan ibaret değildi. Bu yenilikler kısaca; Mısır Hidivi ile yapılan Nizip Savaşı’nda Osmanlı’ya destek için gelen Alman General Helmuth von Moltke tarafından, bazı imar kararlarının da dahil edildiği 1836-1837 tarihli Osmanlı ve İstanbul’un ilk İmar Planının ardından 1848 Ebniye Nizamnamesiyle sokak ve binalarda kullanılan malzemeden binanın yüksekliğine

³⁹ Danıştay, 6.D., 12.04.2004, E. 2004/1477, K. 2004/2115. (www.lexpera.com.tr).

⁴⁰ Cantemir, 2013, s.34-54.

⁴¹ Menafi-i Umumiye

⁴² Erkan, Nihal Ekin, “Ebniye Nizamnamesinden Şehir Planlama Teorisine Uzanan Yol: İstanbul’da Şehir Planlama.” Çağdaş Yerel Yönetimler 21(4), (2012), s.9.

kadar belli standartlar getirilmiş, imara açılacak yeni yerler için padişahın onayı aranmış, binalara ruhsat alma zorunluluğu getirilmiştir⁴³.

1858 yılındaki “Arazi Kanunnamesi” ile arazilerin hukuki durumları kodifiye edilmiş ve batı sistemine bir adım daha yaklaşılmıştır. Daha sonraki düzenlemelerle kamu yararı amaçlı kamu alanlarının meydana getirilmesinde özel mülkiyete müdahale edilmesi için 1879 yılında “İstimlak Kararnamesi” ile daha önceleri devletle bireyin karşılıklı helalleşmesine dayanan kamulaştırmada, artık bölge meclisinde görüşülerek valinin onayı ile kamu yararı amacıyla yapılması, bedelin yeminli üç bilirkişiye belirlenmesi ve tam olarak ödenmesi, ilan ve ilana itiraz gibi yenilikler getirilmiştir⁴⁴. Ayrıca yeni yapılan yollar sebebiyle taşınmazı çok fazla değerlenenden vergi alınması yoluyla bu rantın devletle paylaşılması, günümüz taşınmaz hukukunda “düzenleme ortaklık payı”nı hatırlatmaktadır. Bununla beraber 1874 tarihli “Asar-ı Atika Nizamnamesi” ile eski bina ve anıtsal yapılar korumaya alınmaya çalışılmıştır⁴⁵.

Cumhuriyet’le beraber Ankara merkezli batı tarzı modern şehirleşme anlayışı hız kazanmış ve tüm yurttan uygulamaya geçirilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte kentsel dönüşümün de tıpkı batıdaki örnekleri gibi II. Dünya Savaşı sonrası (1950-1980) ve değişen ekonomik anlayış, sanayileşme ve bunun sonucu olarak gecekondulaşma ile adımlarının ilk olarak atıldığı, çöküntü alanların apartmanlaşarak yenilendiği ve temizlendiği uygulamalar görülmüştür. İkinci olarak 1980 sonrası(1980-2000) dönemde küreselleşmeden etkilenen Türkiye’de köyden kente göç iyice artmış, yerleşim alanları merkezden kent dışına doğru kaymış, yerleşim yerlerinin kalitesi düşmüştür. Buna karşılık sağlıklılaştırma, yeniden canlandırma ve eski yerleşim yerlerinde soylulaştırma çözüm olarak görülmüştür. Üçüncü olarak 2000 sonrası dönemde ise kentsel dönüşüm stratejisi belirlenmiş ve özel sektör ve yerel yönetimlerle daha sıkı işbirliği başlatılmıştır⁴⁶. Bunun yanında kanunlaştırma faaliyetine hız verilerek kentsel dönüşümün hukuki altyapısı oluşturulmuştur.

⁴³ Tekeli, İlhan, “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Kentsel Dönüşüm.” Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi, İstanbul, İletişim Yayınları, (1985), s.885-887.

⁴⁴ Cantemir, 2013, s.34-54.

⁴⁵ Çal, Halit, “Osmanlı Devleti’nde Asar-ı Atika Nizamnameleri”, Vakıflar Dergisi, (26), (1997), s.392.

⁴⁶ Ataöv, Anlı, Sevin Osmay, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüme Yöntemsel Bir Yaklaşım”, ODTÜ Mimarlık Fakültesi Dergisi, 24(2), (2007), s.58-59.

1950’lerden günümüze kadar olan dönemde mevcut imar mevzuatının yanında, 6785 sayılı 1956 tarihli ilk modern imar kanununun sonrasında 1966 yılında “Gecekondu Kanunu”, 1981 yılında 2981 sayılı imar ve gecekondu mevzuatına aykırı yapılarla ilgili düzenleme, 1984 yılında “Toplu Konut Kanunu”, 2004 yılında Ankara ili özelinde uygulanacak “Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu”, yukarıda da bahsedildiği üzere 2005 yılında iki devrim niteliğinde düzenleme olan 5393 sayılı “Belediye Kanunu” m. 73’deki değişiklik yapılmıştır ve “Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun” yürürlüğe konulmuştur. Nihayet 2012 yılında özellikle 1999 ve 2011 depremlerinden alınan dersler sonrası geleceğe dönük tedbir amacıyla son derece kapsamlı bir kanun olan ARAADHK yürürlüğe konulmuştur. Bu arada yapılan çok sayıda değişiklik ve ilgili düzenlemelerle hukuksal altyapı sağlanmaya çalışılmıştır.

Araştırma Planı ve Konu Kısıtı

Kentsel dönüşüm, hukuki altyapıya ihtiyaç duyan bir kavram olmasına rağmen aslında kent planlaması ve mimarlık-mühendislik orijinli bir kavramdır. Bu nedenle hukuki altyapının da esin kaynağı her zaman kent planlaması, mimarlık-mühendislik, jeoloji, jeofizik gibi fen bilimleri olmuştur. Bunun yanında yukarıda bahsedildiği gibi sosyoloji, ekonomi dalları ile siyaset bilimi de imar hukuku ve kentsel dönüşümle ilgilenmişlerdir.

Kentsel dönüşümün tarihi gelişimine bakıldığında nihai amacının “sürdürülebilir; fiziksel, ekonomik, sosyal ve estetik yönden gelişmiş; rantın göz ardı edildiği; en önemlisi de doğal afetlere karşı can güvenliği olan şehirler inşa etmek”tir. Kısaca ekonomik gelişmişlikte amaç, işin rantsal yönüne bakılmadan daha fazla iş olanakları ve adil gelir dağılımının sağlanması iken, fiziksel bozulma ile son zamanlarda baş sebebi olarak kabul edilen toplumsal bozulma arasında bağlantı kurarak sosyal ilişkileri geliştirmek; sağlık, eğitim gibi temel kamu hizmeti olanakları sağlamak ve suç oranlarını azaltarak güvenliği sağlamak, bunu yaparken de şehircilik açısından planlı, mimari açıdan estetik bir görünüm elde etmek fiziksel ve toplumsal

gelişmişlik için amaçlanması gereken hedefler olmalıdır⁴⁷. Şu durumda kentsel dönüşüm hukukunun da nihai amacı farklı olmamak durumundadır. Bu çalışmanın da temel amacı, yukarıda bahsedilen temel özelliklere sahip yaşanabilir kentlerin ihtiyacı olan hukuki altyapının çokça incelenmiş olan kamu hukuku boyutundan ziyade eksik kalan özel hukuk boyutunun da enine boyuna irdelenmesi, mevcut sistemin olumlu, olumsuz yanlarını değerlendirerek eksik yanlarını ortaya koymak ve bundan sonra neler olabileceğine yönelik öngörülerde bulunmak olacaktır.

Esasında kentsel dönüşüm kavramı gerek şehircilik, gerekse hukuk alanında geniş anlamda kullanılmıştır. Kentsel dönüşüm, Türk hukukunda dar anlamıyla, şaşırtıcı bir şekilde bütün hukuk sistemi içindeki sadece bir maddeyi ifade etmektedir, o da aşağıda ayrı bir alt başlıkta değerlendirilecek olan⁴⁸ 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 73'tür. Bunun yanında geniş anlamıyla ise; yıpranan tarihi yapılar veya afet riski altındaki yapı ve alanlar gibi olağanüstü durumu olan taşınmazlar için yapılan ve hem nedeni hem de amacı kamu yararı olan olağanüstü imar uygulamalarının tamamına verilen addır.

Bu çalışmada, kentsel dönüşümün geniş anlamındaki alt dallarından biri olan ve Türk mevzuatında 2012 yılında yasalaşan ARAADHK; hukuki boyutuyla, özel hukuk kapsamında ele alınacaktır. Birbiriyle iç içe geçmiş hukuk alanları olması sebebiyle ilgisi olduğu ölçüde kamu hukukuna da temas edilecektir. Özel hukuk hakları da kaynağını anayasadan aldığı için anayasadaki temel hak ve özgürlüklere de bu bağlamda değinilecektir.

Çalışma sırasında değinilecek konuların sıralaması ise, gerek kanun koyucunun sıralama şekli, gerekse eşyanın tabiatı gereği birinci bölümde dönüşüm kavramının ortaya çıkışı ve tarihsel süreci ile bu kavrama hukuk alanında hakim olan ilkeler şeklinde olacaktır. Ayrıca, geniş anlamda kentsel dönüşümle ilgili özel hukuk mevzuat hükümlerinin kaynağını aldığı temel anayasal haklar ile uluslararası sözleşmeler ve ARAADHK dışındaki kentsel dönüşüm biçimlerine değinilecektir. Araştırmanın

⁴⁷ Açıkgöz, Ayşe Tuğba, Kentsel Dönüşümün Ekonomik, Mekânsal, Sosyal Etkileri Ve Kamunun Rolü: Ankara Gültepe (Çin) Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, (2014), s.17-20.

⁴⁸ Bkz s.103

temelindeki mevzuat hükümlerinin ulusal mevzuat içermesi sebebiyle daha çok ulusal hukuk incelenecektir. Konu ile ilgili değinilmesi gereken yerlerde ise uluslararası hukuka değinilecektir.

İkinci ve üçüncü bölümler ise riskli yapının yıkımı öncesi ve sonrası şeklinde ayrılacak, ikinci bölümde yıkım öncesi riskli yapı tespiti ile riskli alanların belirlenmesi, ayrıca yıkım ve uygulama kararlarının alınması süreci ele alınacaktır. Üçüncü ve son bölümde ise yıkım sonrası uygulama, uygulama sonrası ortaya çıkacak yeni taşınmazın paylaşılması ile genel olarak kentsel dönüşüm sürecinde ortaya çıkan sorunların hukuken çözüm yolları ile ilgili bilgiler verilecektir.

Bu arada uygulamadaki istisnai haller, farklılıklar, maddi ve usuli hukuk bağlantıları ile uygulamadaki kat karşılığı inşaat sözleşmeleri birincil ve ikincil hukuk kaynakları ile yerli ve yabancı birinci derece ve yüksek yargı organları kararlarıyla desteklenerek örneklerle anlatılacaktır. Her ne kadar kentsel dönüşüm, ekonomik boyutu önemli olan bir alan olsa da çalışmanın hukuki boyutu ele alan bir çalışma olması sebebiyle konunun ekonomik boyutuna konuyla ilgili olacak şekilde sınırlı olarak değinilecektir.

Kanun tekniği olarak ARAADHK az maddeli, muğlak ifadeli ve idareye bol yetki veren bir kanun olarak yorumlanmaya muhtaç hükümler içermektedir. Medeni hukukun bir alanı olan mülkiyet hakkı, paylı mülkiyet ve mülkiyet hakkını sınırlandıran ayni ve nispi hakların bu süreçteki durumu ve taşınmaz mülkiyetinin yapılarda vazgeçilmezi olan kat mülkiyeti ile kat irtifakı; ayrıca Borçlar Hukuku'nun alanına giren "Risk Tespit Sözleşmeleri" ve yıkım öncesi ve sonrası uygulama anlaşmalarıyla bu sözleşmelerin hüküm ve sonuçları, ARAADHK dışındaki diğer belli başlı kentsel dönüşüm yöntemleri ve gerek uygulama öncesi, gerekse uygulama sonrası hasıl olan taşınmaz değerlendirme ihtiyacı ile arsa paylaşımının ne biçimde yapılacağı ve bu konuda başvurulacak hukuk yolları değerlendirmeye alınacaktır. Türkiye'nin Jeofizik açıdan kendine özgü özellikleri ve deprem kuşağında yerleşim yerlerinin farklılık arz etmektedir. Bu sebeple Coğrafi olarak sadece Türkiye'deki afet riski dikkate alınacak, bu konuda Diğer ülkelerdeki afet riski değerlendirmeye alınmayacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. KENTSEL DÖNÜŞÜM HUKUKU'NA HAKİM OLAN İLKE VE ESASLAR İLE KENT YAPILAŞMASINDAKİ DÖNÜŞÜM YÖNTEMLERİ

1.1. KENTSEL DÖNÜŞÜME HAKİM OLAN İLKELER

1.1.1. Genel Olarak

Pek çok kaynak araştırıldığında kentsel dönüşüm ilkeleri, çoğunlukla kent planlamacıları veya mimarlar tarafından ele alınmış ve belirlenmiş, teknik yönü ağır basan ve daha çok uygulamaya yönelik olan bazı önceliklerden ibaret olduğu görülebilir. Gerçekten de hukukçuların konuya çok fazla kafa yormaması veya konuya salt imar hukuku açısından eğilmeleri ya da en azından hukuki anlamda böyle bir şeye ihtiyaç duymamış olmaları bir hukuk alanında ilk belirlenmesi gereken şey olan temel ilkelerle ilgili önemli bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Tabi ki kentsel dönüşüm kavramı, şehircilik kökenli bir kavram olduğuna göre kent planlamacılığı ve mimar-mühendislik dallarında belirlenen ilkeleri de dikkate almak gerekir.

Kentsel dönüşümün temel ilkelerinde bir fikir birliği görülmemesine karşın, genel olarak modern şehirciliğin temeli ve anahtar kelimesi olan sürdürülebilirlik, estetik, fiziksel, ekonomik ve sosyal gelişim önceliği; hukukçular açısından da başlangıç noktası olmalıdır. Bunlardan dikkat çekici olanları, uzun vadeli vizyon oluşturma, kültürel mirası koruma, insan odaklı dizayn, sağlıklı ve sürdürülebilir inşaat, ulaşım ve altyapıya önem verme, ayrıca ekonomi biliminin konusu olan ekonomik gelişmeyle entegre olma vb. devam etmektedir.

Ayrıca bazı hukuk çevrelerince kabul edilen fakat şehircilik ilkelerinden çok da farklı olmayan “yerinde dönüşüm”, “sosyal dokunun ve yaşam biçimlerinin korunması”, “dönüşümün sürekliliği”nin yanında ekonomi bilimiyle alakalı “kent

rantının adil dağılımı” ilkeleri⁴⁹ temel olarak kentsel dönüşüm hukukunun hukuki anlamda ihtiyacını karşılamayan temenniler olarak kalmıştır. Bu açıdan kentsel dönüşüm hukuku ilkeleri ile ilgili, eşdeğer vakaları konu edindikleri için olsa olsa temel imar hukuku ilkelerinden faydalanılabilir.

Kentsel dönüşüm hukukunun kendine has özelliği ve ilgili mevzuat hükümleri dikkate alındığında, temel bazı ilkelerin şu şekilde sıralanması mümkündür; “özel hukuk yanı baskın olan bir karma hukuk dalı oluşu”, “zorlayıcılık ve idari vesayet”, “uygulama bütünlüğü”, “istisnailik”, “taşınmazın malikler tarafından değerlendirilmesinin önceliği”, “uygulama öncesi ve sonrası pay değerlemesinin yapılması”, “kesintisizlik”.

1.1.2. Özel Hukuk Yanı Baskın Olan Bir Karma Hukuk Dalı Oluşu İlkesi

Kıta Avrupası hukuk sisteminin en temel ayrımlarından biri olan kamu hukuku–özel hukuk ayrımı esas olarak Roma Hukuku kökenli bir ayrımdır. Bu ayrım, Roma Devleti ile ilgili hukuk olarak ifade edilen “Status Rei Romanus” ve Roma vatandaşlarının hukuku olarak ifade edilen daha gelişmiş anlamda Corpus Iuris Civilis’de ius privatum ve ius publicum olarak belirtilmiştir. Her ne kadar bir hukuk alanının kamu hukukuna ait olup olmadığının belirlenmesinde, “irade serbestisi”, “egemenlik”, “ilişkinin tarafları” gibi farklı ölçütler değerlendirmeye alınsa da⁵⁰, kıta Avrupası ve Türk hukuk sisteminin temeli olan Roma Hukuku alanında araştırma yapan hukukçuların üzerinde durdukları⁵¹ ve günümüz hukuk sisteminde de belirleyici olan ve diğer ölçütlere göre daha kesin sınırlar çizebilen “menfaat ölçütü”nün yüksek yargı organlarının kararlarında esas ölçüt olarak kullanıldığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında “*kamusal bir kuruluşun ve kuruluşu ilişkin bir kamu hizmetinin yürütülmesinin söz konusu olduğu hallerde ise, kural olarak, kamu hukuku gerekleri gözetilir ve bu alanda geçerli kurallar uygulanır. Bu hallerde*

⁴⁹ Yasin, Melikşah, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler”, (Ed.) Melikşah Yasin, Cenk Şahin, Kentsel Dönüşüm Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, (2015), s.4-15.

⁵⁰ Anayurt, Ömer, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankara, Seçkin Yayınları, (2018), s.67-69.

⁵¹ Esener, Turhan, Hukuka Giriş, İstanbul, Vedat Kitabevi, (2015), s.271.

özellikle kamu düzeninden, **kamu yararlarından** ve kamu gücünün kullanılmasından söz edilecektir”⁵². diyerek kamu hizmetine işaret etmiş; bir diğer kararında ise kamu hizmeti kavramının ne olduğunu şu cümleyle açıklamıştır: “...bir hizmetin amacı **kamu yararı** ise kamu hukuku esaslarına bağlı kalacağı açıktır. Bu nedenle idarenin, toplumun yararına olarak genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak için giriştiği etkinlikler hangi yol ve usulle yapılırsa yapılsın kamu hizmeti sayılacağından “kamu hizmeti” kavramının en önemli ögesi yönetim biçimi değil, hizmetin amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliğidir”⁵³. Buna karşı eğer bir hukuki ilişki doğrudan özel yararı, dolaylı kamu yararını ilgilendiriyorsa bu durumda özel hukuktan bahsedilebilir⁵⁴.

Bir konunun kamu hukukunun alanına girip girmediğini belirlemek için klasik görüşten yola çıkarak özel hukukla arasındaki iki temel farka bakılabilir. Bunlar, “amaç farkı” ve “nitelik farkı”dır. Bunlardan nitelik farkı, kanunun yazılış dilinden yola çıkarak emredici nitelikteki hükümleri kamu hukuku kapsamında değerlendirmiştir. Fakat nitelik farkının Türk Borçlar Kanunu’(TBK)ndaki gibi pek çok istisnası vardır. Buna karşı amaç farkı, kamu hukukunun toplum menfaatlerini koruduğu düşüncesinden yola çıkar ve daha belirgin bir fark ortaya koyar⁵⁵.

Yine Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, “devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin görevlerini yerine getirirken kamu yararını gözettikleri varsayıldığından, diğer kişilerden farklı hukuki ve cezai korumaya tâbi tutulmuşlardır”⁵⁶ diyerek devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetlerindeki amaç unsuruna dikkat çekmiştir. Bu konuda Danıştay’ın da muhtelif kararları vardır⁵⁷.

Menfaat teorisine göre belirlenemediği durumda; egemenlik, irade ve ilişkinin tarafları teorilerine göre kentsel dönüşümle ilgili bir mevzuat hükmü veya hukuki işlemin kamu hukuku mu yoksa özel hukuk mu olduğu sorusunun cevabı somut olaya

⁵² Anayasa Mahkemesi, (25.05.1976), E.1976 / 1, K.1976 / 28. (www.lexpera.com.tr).

⁵³ Anayasa Mahkemesi, (26.03.1997), E. 1996 / 63, K. 1997 / 40. (www.lexpera.com.tr).

⁵⁴ Antalya, Gökhan, Murat Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Legal Kitabevi, (2016), s.7.

⁵⁵ Esener, 2015, s.270.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, (05.03.2009), E.2006/77, K.2009/39. (www.lexpera.com.tr).

⁵⁷ Danıştay, 6.D., (24.11.1998), E. 1997 / 4439, K. 1998 / 5786.; Danıştay, 15.D., (08.12.2016), E. 2013/1483, K. 2016/5922. (www.lexpera.com.tr).

göre değerlendirilebilir. Buna göre idarenin bir tarafı olduğu, bireysel iradeye serbesti tanımadığı ve buyurgan konumda olduğu hükümler ve işlemler kamu hukukuna dahildir denilebilir. Bunun dışındakiler özel hukuk alanına ait bulunmaktadır.

Şu durumda, kentsel dönüşümün düzenleme alanı acaba kamu hukuku mudur yoksa tamamıyla bir özel hukuk dalı mıdır? Öncelikle benzer alanları düzenlediği ve kimi çevrelerce kentsel dönüşüm hukukunun onun bir alt dalı olduğu kabul edilen, yukarıda kentsel dönüşüm hukukundan farkları sayılan “imar hukuku”nun hangi alana girdiğini belirlemek yerinde olacaktır. İmar hukukunda “bütüncüllük ilkesi” bütünsel bakış açısı ve şehir planlamacılığında her zaman kamu yararını amaç olarak edinmesi imar hukukunun bir kamu hukuku alanı olduğunu göstermektedir⁵⁸. Ayrıca idare hukukunun alt bir dalı olması bilim çevrelerinin bu görüşü benimsemesine neden olmuştur⁵⁹. Benzer şekilde Yargıtay Genel Kurulu da imar hukukunun bir kamu hukuku alanı olduğuna hükmetmiştir⁶⁰. Buna karşı “Kentsel Dönüşüm Hukuku”nun “özellikli imar uygulaması” olduğu görüşü bazı şehircilik uzmanları tarafından ileri sürülürken⁶¹ özellikle son dönemde farklı bir görüş olarak “kendin yık kendin yap” bir başka adıyla “anahtar teslim kentsel dönüşüm” modeli gündeme gelmiştir. ARAADHK aykırı olmayan bu yöntem özellikli imar uygulamasından ayrılarak, müteahhitle kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmadan, malike kendi yapısını yıkarak yeniden yapabilme imkanı vermektedir.

Emsal artışı olmayan ve ilave kat yapılamayan yerlerde müteahhitler herhangi bir kazançları olmayacağı için dönüşüm projelerini yapmamakta bu sebeple malik kendi imkanlarıyla veya müteahhite belli bir hak ediş bedeli ödeyerek sorunu çözmektedirler. Kendin yık kendin yap modelinde ise inşaat şirketi, bu hak edişleri bankadan alacak ve malike banka ve devletten destek ve teşvikler sağlayabilecektir. Bu durum kentsel dönüşümün salt bir imar uygulaması olmadığını göstermektedir⁶².

⁵⁸ Öngören, Gürsel, Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku, İstanbul, Öngören Hukuk Yayınları (2017), s.21, 33.

⁵⁹ Yılmaz, Mustafa, İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, Ankara, Seçkin Yayıncılık, (2002), s.23, [aktaran] Şaşmaz, Canbulut, İmar Mevzuatına Aykırı Yapı Kavramı ve Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2010), s.10.

⁶⁰ Yargıtay Genel Kurulu (G.K.), (21.10.1992), E. 1992/1-440, K. 1992/597.

⁶¹ Ülger, Nihat Enver, “Açılış Konuşması”. 1. Uluslararası Kentsel Dönüşüm Sempozyumu, Ankara, HKMO, (Ekim 2013), s.8.

⁶² Erdoğan, Duygu, (13.05.2015), “2.5 milyon riskli yapı ‘ucuz kredi’ bulacak”, Milliyet, s.10.

Benzer konuları ele alan ve her biri şehircilik anlamında önemli konulara temas eden bu iki hukuk dalı farklı hukuk alanlarına ait olabilir mi? Bunun cevabı evet. Kentsel dönüşüm hukukunu kamu hukuku alanına indirgemek popülist ve zorlama bir yaklaşım olur. Madem ki kamu yararı kavramı bu konuda belirleyici bir ölçüt o halde kentsel dönüşüm hukukunun kamu yararı amacı edinip edinmediğini değerlendirmek gerekir.

Kamu yararı kavramı, 1982 Anayasası'nda sıkça zikredilmiş⁶³ olsa da herhangi bir tanımı yapılmamış ve kavramının tanımı yargı içtihatları ile akademik çalışmalara bırakılmıştır. Anayasa'da kamu yararı kavramı hem “kamu yararı”, hem de “toplum yararı” terimleriyle ifade edilmektedir. Çok geniş kapsamlı bir kavram olan kamu yararı üzerinde bilimsel anlamda hala bir fikir birliği bulunmamaktadır. Geçmiş Aristoteles'in “ortak ahlak” kuramına kadar giden bu kavramın günümüzdeki anlamı 1789 Fransız İhtilali sonrası ulus devlet kavramıyla burjuvazi tarafından ortaya çıkarılmış ve 1789 Bildirgesinde yerini almıştır⁶⁴. Bütünsel bir bakış açısıyla bir kavramdan çok bir eylemi ifade eden kamu yararı, hukuksal olarak “toplumsal çıkarın bireysel çıkara tercih edilmesi” anlamına gelir⁶⁵. Kamu hukukunun en tartışmalı konularından “kamu yararı” kavramının içerik tartışması konunun dışında kalmakla beraber anlaşılan o ki kamu yararı kavramını parçalar halinde değil bütüncül olarak, tüm topluma mal olacak şekilde ele almak gerekir.

O halde amacı kamu yararı olmayan bir idari faaliyeti kamu hukuku alanına sokarak bu faaliyete hukuk önünde özel bir statü tanımak Anayasa'daki “hukuk devleti” ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Bir kamu hukuku alanı olan imar hukuku ile benzer alanları düzenleyen fakat ondan ayrı değerlendirilmesi gereken kentsel dönüşüm hukuku için bağımsız bir özel hukuk dalı denilebilir. Kentsel dönüşüm hukukunda sadece kent hayatını ya da diğer

⁶³ 1982 Anayasası m. 35, 43, 46 vb.

⁶⁴ Bal, Eylem, “İdari Yargının Üç Temel Bileşeni Olarak; Kamu Yararı, Planlama Esasları ve Şehircilik İlkeleri”, Planlama, (3), (2006), s.29-31.

⁶⁵ Gül, İbrahim, “Danıştay Kararlarında “Kamu Yararı” Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, (2), (2004), s.537.

bireylerin haklarını etkileyen, yani bir hakkın dış çeperiyle ilgili düzenlemeler yok, medeni hakların merkezine inen esaslı düzenlemeler de bulunmaktadır.

Geniş anlamda kentsel dönüşüm hukukunun, aşağıda bahsedilecek olan farklı yöntemleri dışarıda tutularak ARAADHK belirlediği dönüşüm sürecine idarenin her müdahalesini doğrudan kamu yararı amaçlı değerlendirmek doğru değildir. Hatta denilebilir ki kamu hukukunun en sınırlı olduğu kentsel dönüşüm yöntemidir.

Kentsel dönüşüm hukukunun konusu yukarıda bahsedildiği üzere çöküntü alanlarının farklı yollarla rehabilite edilmesi ise ve bu yapılar bireylerin kendi kişisel konut ve işyerleri ise o halde böyle bir özel mülkün rehabilite edilmesinin kamu açısından bir yararı olmadığı açıktır. Toplumun kolektif yararı bulunmayan fakat belli özellikteki bazı bireylerin tek tek çıkarlarının birleşimi olan bir çıkarlar kümesini kamu yararı olarak adlandırmak “kamu yararı” kavramının “genel” ve “objektif” olma ilkesine aykırı olacaktır. Kısacası herhangi bir sebeple çöküntü alanı haline gelen özel mülkiyetin kamu kaynaklarıyla da olsa rehabilite edilmesi doğrudan bir kamu yararı değildir.

O halde nedir bu yarar? Eğer doğrudan kamu yararı değilse bir özel yarardır. Aşağıda ARAADHK ile ilgili kısmı ayrıntılarıyla anlatılacağı üzere kentsel dönüşümde mülkiyet hakkı ile ilgili bireylerin her şartta rızası aranmıyor olsa da mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında ihtiyaç duyulan **hukuki dayanak** toplumun kolektif bir faydası olmadığı için doğrudan kamu yararı değil, fakat TBK m. 63/2’te haksız fiillerde “hukuka aykırılığı kaldıran haller” başlığında düzenlenen “**üstün nitelikte özel yarar**”dır. Bu madde: “...zarar görenin rızası, **daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar**, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.” demektedir, yani eğer üstün bir özel yarar varsa yapılacak olan müdahalenin hukuka uygun olacağı anlaşılmaktadır.

Klasik bir bakış açısıyla ilk bakışta bireysel haklara yönelik doğrudan kamu yararı bulunmayan bir devlet müdahalesinin haksız olduğu görülse de, bir özel yararın

da pekâlâ kamu gücünü kullanan kişi ya da kurumlarca göz önünde bulundurulması mümkündür ve müdahaleyi hukuka uygun hale getirir. Örneğin Medeni Hukuk kitaplarında en sık verilen örnek olan “ameliyat sırasında hasta için yaşamsal bir müdahalenin yapılması için hastanın rızasının aranmaması”⁶⁶ hali üstün nitelikte özel yarardır ve eğer müdahaleyi yapan sağlık görevlisi bir kamu çalışanı ise müdahale bir idari eylemdir⁶⁷. Kısacası gerek özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri, gerekse kamu kurum ve kuruluşları ile kamu gücünü kullanan kamu çalışanları, bir kişinin özel yararı için somut olayın durumuna bağlı olarak müdahalede bulunabilir. Her ne kadar özel hukuk açısından Türk Medeni Kanunu(TMK) m. 24 üstün nitelikte özel yararı kişilik haklarına saldırı açısından ele alsa da TBK m. 63 konuyu kişilik haklarıyla sınırlı tutmamış, daha üstün nitelikte bir özel yararın varlığını haksız fiiller için hukuka uygunluk sebebi saymıştır.

Özel yarar, bir kişinin bireysel hakkının korunması veya daha iyi duruma getirilmesidir. Buna karşı kanun farklı bir tanımlamada bulunmuş özel yarar kavramının önüne bir sıfat getirmiştir. Bu da “daha üstün nitelikte” sıfatıdır. Buradaki “daha” kelimesi, kanun koyucunun iki nitelik arasında bir kıyaslama yapılmasını istediğini göstermektedir. Bu kıyaslama ise hakkına müdahale edilecek kişinin iki özel hakkından hangisinin diğerine üstün nitelikte olduğudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu(YHGK) 2007 tarihli bir kararında şu şekilde bir tanımlama yapmıştır: *“Çatışan bu yararlardan birisine üstünlük tanımak gerektiğinde biri lehine diğeri aleyhine hukuka uygunluk nedeninin varlığı kabul edilebilecektir...”*⁶⁸. Yani menfaatler çatışmasından hangi menfaatin galip geldiği önemlidir. Kentsel dönüşüm kaynaklarından olan ARAADHK gerekçesinde kanun koyucu *“...kanun, yaşama hakkı ile doğrudan alâkalıdır. Diğer taraftan, mülkiyet hakkı ve hak arama hürriyeti, Anayasa ile teminat altına alınmış olan hak ve hürriyetlerdendir. Ancak, Kanunun temel amacının “can ve mal emniyetini temin” olduğu ve bu arada yaşama hakkı ile sıkı bir münasebetinin bulunduğu çok açıktır. Yaşama hakkı ise, diğer temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının olmazsa olmaz şartıdır...”* diyerek mülkiyet ve yaşama

⁶⁶ Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, (2015), s.200, 201.

⁶⁷ Akgül, Aydın, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu Ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı,” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(1), (2016), s.277, 285.

⁶⁸ Yargıtay H.G.K.,(02.05.2007), E. 2007/4-224 K. 2007/228

hakkı gibi iki üstün özel yarardan hangisini daha üstün tuttuğunu açık bir şekilde ortaya koymuştur. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, ARAADHK m. 6/9'un ikinci cümlesinin iptali gerekçesinde afet riskiyle ilgili "yakın ve kesin" bir tehlikenin olmadığını ileri sürmüş olsa da bu görüş bilimsel görüşlerden uzak, şifahen dile getirilen söylemlerin kağıda dökülmüş halidir. Nitekim deprem uzmanları ve jeofizik mühendisleri Türkiye'nin %90'ının birinci ve ikinci deprem kuşağı üzerinde, yakın ve gerçekleşmesi kesin bir tehlike altında olduğunu söylemektedirler⁶⁹.

Bir kişinin insan olması sebebiyle sahip olduğu temel hakları vardır ki bu haklardan kişi kendi rızasıyla dahi vazgeçememektedir. Bunlar yaşam hakkı, vücut bütünlüğünün korunması ve insan haysiyet ve şerefine yakışır bir hayat sürme hakkıdır. Bu haklar diğer özel hakların da önünde gelmekte, onlara tercih edilebilmektedir. Her ne kadar üstün nitelikte özel yarar mekanizması kullanılmadan, öncelik kişinin rızasına bakılması gerektiği ise de her durumda bu mümkün olmayabilir. Örneğin intihar etmek üzereyken kıyafetinden yakalanan bir kişinin kıyafeti yırtılırsa o kişinin kıyafeti üzerindeki mülkiyet hakkına zarar verilmesi TBK m. 63 anlamında yaşam hakkının mülkiyet hakkına tercih edildiği için "üstün nitelikte özel yarar" haline örnek olarak verilebilir. Kimse yaşam hakkından rızasıyla da olsa vazgeçemeyeceğine göre kişinin rızasının bulunması üstün nitelikte özel yarar için olmazsa olmaz değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açlık greviyle ilgili bir kararında⁷⁰ grev yapanın yaşamını tehlikeye düşürebilecek bir durumda onuruyla bağdaşacak şekilde zorla beslenmesinin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir.

Kentsel dönüşüm hukuku her ne kadar aşağıda "Kentsel Dönüşüm Hukuku'nun Kaynaklandığı Anayasal Düzlemde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)'ndeki İlgili Hükümler" başlığı altında incelenecek olan pek çok temel hakkı ilgilendirse de formel olarak ilk bakışta ilgilendirdiği ilk temel hak olarak mülkiyet hakkı ve bunun bir alt türü olan taşınmaz mülkiyeti haklarını ilgilendirdiği kabul edilmektedir. Kullanma(usus), yararlanma(fructus), tasarruf etme(abusus) haklarının birleşiminden

⁶⁹ NTV, (17.08.2017), "Kandilli: Yakın gelecekte 7'nin üzerinde deprem olacak", https://www.ntv.com.tr/turkiye/kandilli-yakin-gelecekte-7nin-uzerinde-deprem-olacak,xVjocgLZWUenpF_2AsE-eQ?_ref=infinite, 25.10.2017.

⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Nevmerzhiitsky / Ukrayna, (05.04.2005) Başvuru no. 54825/00.

teşekkül eden ve kentsel dönüşüm hukukunun merkezine oturan mülkiyet hakkı kavramı bir özel hukuk konusudur. O halde kentsel dönüşüm hukukunda asıl olanın özel hukuk olma özelliği olduğu söylenebilir. Nitekim kanun koyucu da, ARAADHK gerekçesinde “*“afete maruz bölge” kararı alınmasına gerek olmaksızın, buralardaki meskenlerin ve işyerlerinin öncelikle “gönüllülük” esasına dayanılarak dönüştürülmesine ve gerekirse başka yerlere nakline imkân sağlayacak yeni kanunî düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır*” diyerek “menfaat” teorisinin yanında “irade serbestisi” teorisinin de karşılayarak, bu örtülü iradesi ile kentsel dönüşüm hukukunun bir özel hukuk dalı olduğu savını güçlendirmiştir.

Yine de üstün nitelikli özel yarar tek başına kentsel dönüşüm hukukunun hukuki dayanaklarını açıklamak için yeterli olmayabilir. Aşağıda daha ayrıntılı açıklanacağı üzere ARAADHK m. 6 kapsamında yapılabilecek kamulaştırmalar, dönüşüme uygun imar planları ile imar mevzuatına yapılan atıflar, kamu kurumlarıyla bireyler, müteahhitler gibi gerçek ve özel hukuk tüzel kişileriyle yapılabilecek sözleşmeler ve verilecek teşvikler kamu hukuku kapsamında değerlendirilebilir.

Çöküntü alanlarının rehabilite edilmesinde kamu yararı olduğu da düşünülebilir. Şehirlerin her anlamda düzgün olmasında, çöküntü alanlarının görüntü kirliliğine ve insanların zarar görmesi ihtimaline karşı kamu tarafından rehabilite edilmesinde belli oranda kamu yararı da vardır. Riskli yapıların yıkılmasında ve yeniden yapılmasında, destek sağlanmasında hem kamu yararı hem de üstün nitelikli özel yarar vardır. Bunun gibi her iki hukuk alanına da girdiği iddia edilip hangisine girdiği tartışmalı olan hukuk dallarına (iş hukuku, medeni yargılama hukuku vb.) karma hukuk dalı denmektedir⁷¹. Bu bağlamda kentsel dönüşüm hukuku için özel hukuk tarafı daha baskın karma bir hukuk dalı denilebilir.

Ayrıca orta ve dar gelirliilere konut yapılması, Belediye Kanunu m. 73’de belirtilen “*konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel*

⁷¹ Antalya/Topuz, 2016, s.11.

dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak” amaçları ile yapılan dönüşüm faaliyetleri ile kamu binalarının dönüşümü kentsel dönüşüm hukukunun, kamu hukukunu ilgilendiren kısımlarıdır. Buna rağmen kentsel dönüşümün önemli bir alanını özel konut ve işyerleri oluşturmaktadır. Yine kanunun genel gerekçesinde “...mülkiyet haklarına saygı, sağlıklı ve düzenli yerleşme, daha az maliyet ile en fazla sosyal faydanın temin edilmesi...” denilerek hem özel hukuk anlamında mülkiyet hakkına hem de kamu hukuku anlamında sosyal fayda yani kamu yararına vurgu yapılmıştır.

1.1.3. İstisnailik İlkesi

Kentsel dönüşüm hukukunun istisnailiği ilkesi, şehircilik hukuku çatısı altında uygulanması gereken asıl hukukun, imar hukuku hükümleri olması gerektiğidir. Buna göre kentsel dönüşüm hukuku ile ilgili mevzuat hükümleri ancak belli şartlar altında özel durumlar için söz konusudur. İmar hukuku genel, temel ve sürekli hükümler içerirken, kentsel dönüşüm hukuku daha istisnai ve dar kapsamlı hükümler ihtiva etmektedir.

Bu anlamda imar hukukundaki “genellik” ilkesinin tersidir. İmar hukuku planlarında genel kararlar vardır. Genellik ilkesinin özü, ayrıcalıklı taşınmaz maliki meydana getiren özel amaçlı imar planı yapılmamasıdır⁷².

Nitekim 3194 sayılı ve 1985 tarihli imar kanunu m. 2 “*belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılar bu Kanun hükümlerine tabidir*” diyerek ilgili kanunun tüm plan ve yapılarla ilgili geçerli olduğuna dikkat çekmiştir. Buna karşı kentsel dönüşüm hukukunun iki temel kaynağı olan ARAADHK ve 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 73, kapsamı çok daraltmış ve özelleştirerek, ARAADHK için “afet riskli yapılar, alanlar ve rezerv yapı alanları” ile 5393 sayılı yasa için yalnızca belediye ve mücavir alan sınırları içinde olmak şartıyla “...konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları,

⁷² Yaşar, Hasan Nuri, İmar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, (2008), s. 104; {aktaran} Öngören, Gürsel Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku, İstanbul, Öngören Hukuk Yayınları, (2017), s.19.

teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları... eskiyen kent kısımları...” ile tek tek sayarak (numerus clausus) sınırlı tutmuştur.

İmar hukukunda, turizm ve özelleştirme amaçlı projeler ile Emlak Konut ve Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı(TOKİ) tarafından kar amacı da gözetilen, hak sahiplerine hakları olan bağımsız bölümü verip yeni yapılan binanın ilave bağımsız bölümlerine ait rant ise müteahhit ve ilgili kurum tarafından bölüşülmek suretiyle yapılan projeler ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın yaptığı özel projeler imar hukukunun bütüncül, kamu yararı gözetilen ve özel planlama yapılmaması gerekliliklerine istisna getirmektedir⁷³. Bu da genellik ilkesinin istisnalarını ortaya koymaktadır. Kentsel dönüşüm projeleri de bu anlamda imar hukukunun genellik ilkesine istisna teşkil eder.

İstisnailik ilkesini, kentsel dönüşüm hukukunu imar hukukunun bir devamı olarak gören ve imar hukukunun yeterli olmadığı durumlarda son çare olarak başvurulması gerektiğini öngören yazarların savunduğu ikincillik ilkesinden ayrı tutmak gerekir⁷⁴. Onlara göre ikincillik ilkesi adeta kanunların uygulanmasındaki “özel hüküm öncelikle uygulanır” kuralını tersine çeviren bir ilke olarak ileri sürülmüştür ki bu yanlış bir öneri olarak hukuk biliminin mantığına tamamen aykırı ve uygulanamayacak bir ilkedir. Buna göre genel hükümler barındıran imar hukuku mevzuatı öncelikle uygulanmalı buna rağmen yeterli kalmadığı durumlarda başvurulmuş ve daha özel hükümleri olan kentsel dönüşüm hukuku kuralları imar hukukundan sonra ikincil olarak uygulanmalıdır. *Yasin*, her ne kadar genel hüküm tabirini kullanmayıp, imar hukuku için “olağan hukuk” tabirini kullansa da, kastettiği genel hüküm olmalıdır⁷⁵. Zaten kentsel dönüşüm hukukunun olağanüstülüğü sadece yönetsel bazdadır, kaldı ki kentsel dönüşüm hukuku Anayasa Hukuku anlamında olağanüstü hukuk olmayıp, olağan dönem kanunlaştırma ürünüdür, fakat hukuk değil de şehircilik anlamında özel durumlara has olağanüstü bir şehircilik yöntemini ifade

⁷³ Öngören, 2017, s.19.

⁷⁴ Yasin, 2015, s.2; Gülan, Aydın “Tarihi Dokuyu Yenilemek Adına Cerrahi Bir Müdahale Aracı: Yenileme Alanları”, Prof. Hüseyin Hatemi’ye Armağan C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, (2009), s.1955-1964.

⁷⁵ Yasin, 2015, s.2-3.

etmektedir. Böyle bir durum da hukuki anlamda bir hükmün ikincil olarak uygulanmasını gerektirmez⁷⁶.

İkincillik ilkesi, aslında idari anlamda İngilizce “subsidiarity” kelmesinden gelen, “yetki ikamesi” anlamında kullanılan ve hukuk kurallarının uygulanması bakımından normlar hiyerarşisinde, genel hüküm-özel hüküm ya da eski-yeni hüküm ayrımında yeri olmayan, yani hukuki olmayan Avrupa Birliği yerel yönetim ilkelerinden biri olan bir “yönetişim” kavramıdır. Buna göre ikincillik, bir icraatın öncelikle yerel yönetimler başta olmak üzere halka en yakın yönetim tarafından yerine getirilemediği durumlarda Avrupa Birliği kurumları tarafından gerçekleştirilmesini ifade eder⁷⁷. İkincil hukuk veya ikincil mevzuat kavramı ise kanuna dayalı olarak çıkarılan ve normlar hiyerarşisinde kanunlardan sonra gelen yönetmelik gibi düzenleyici işlemleri ifade eder⁷⁸ ki kentsel dönüşüm hukuku doğrudan kanunla yani birincil hukukla düzenlenmiş olan bir hukuk alanıdır.

Kısacası ikincillik kavramıyla kentsel dönüşüm hukukunun uygulanması arasında herhangi bir bağlantı yoktur. Yine imar hukukuyla kentsel dönüşüm hukuku arasında da uygulama önceliği bakımından buna benzer bir bağ bulunmamaktadır. Tam tersi her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararıyla⁷⁹ iptal edilmiş de olsa ARAADHK’un müptel 9. maddesinde *“bu kanun uyarınca yapılacak olan planlar, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar kanununda ve imara ilişkin hükümler ihtiva eden özel kanunlar da dâhil olmak üzere diğer mevzuatta belirtilen kısıtlamalara tabi değildir”* diyerek kanun koyucu ilgili kentsel dönüşüm hukuku ile ilgili maddeyi diğer mevzuat hükümlerine göre öncelikle uygulanabilir hale getirme iradesini ortaya koymuştur. Bu noktada Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı, ilgili kanun hükmünün imar mevzuatına aykırı olması değil, yetkinin yasal dayanağının ayrıntılandırılmayıp yasama organının yapması gereken düzenleme yetkisinin doğrudan idareye verilmesi

⁷⁶ Özkaya Özlüer, İlgı, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Alanlarda Riskli Olmayan Yapıların Durumu.” Ankara Barosu Dergisi, C.76, S.1, (2018), s.252-253.

⁷⁷ Bozkurt, Enver, Mehmet Özcan, “Subsidiarite İlkesi (İkincilik İlkesi) Ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme,” Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 6(1), (2001), s.8.

⁷⁸ Resmi Gazete (25.02.2012), Enerji Verimliliği Strateji Belgesi 2012-2023(2012/1) 4- Tanımlar ve Kısaltmalar, 28215.

⁷⁹ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

ile ilgilidir ve bu Anayasa'daki “yasama yetkisinin devir edilmezliği” ilkesiyle bağdaştırılmamıştır.

İstisnailik ilkesi ise bu anlamda imar hukuku ve kentsel dönüşüm hukukuna herhangi bir uygulama önceliği ya da ayrıcalık vermez ve fakat bu ilke bizi hukuk kurallarının uygulanabilirliği bakımından özel hüküm-genel hüküm çatışmasına (lex specialis derogat legi generali) götürür ki yukarıda da belirtildiği üzere 2012 tarihli ARAADHK 1985 tarihli 3194 sayılı kanundan daha yeni bir düzenleme olması bir yana, imar hukuku gibi genel olarak bütün şehrin planlanması ile değil de imar hukukunun cevap veremediği daha özel bir konu olan çöküntü alanlarıyla ve dahası afet riskli yapı ve alanlarla ilgilenmesi ARAADHK'nın daha özel nitelikli olduğunu gösterir. İçerik olarak daha geniş kapsamlı, her olaya uygulanması gereken hükümlere genel hüküm fakat kapsamı sınırlı özel olaylara uygulanacak hükümlere özel hüküm denilmektedir⁸⁰. Kısacası kentsel dönüşüm hukuku daha özel, imar hukuku ise daha genel ve temel konuları düzenlemektedir. Bir arsa veya bir yapının ARAADHK kapsamına girmesi ancak “risk tespit raporunun” o taşınmazı riskli ilan etmesi ile mümkündür. İmar hukuku asıl, kentsel dönüşüm hukuku ise ona göre istisnaidir. Buna rağmen çatışan her hüküm somut olaya göre ayrı ayrı ele alınıp değerlendirilmelidir.

1.1.4. Kesintisizlik İlkesi

Kesintisizlik ilkesi, yukarıda giriş başlığı altında değerlendirilen ve kentsel dönüşümle ilgili bir şehircilik ilkesi olan “sürdürülebilirlik” kavramı ya da kentsel dönüşüm kapsamında projelerin takibi ve gerektiği durumlarda müdahale edilmesini gerektiren kentsel dönüşümün sürekliliği ilkesinden⁸¹ farklıdır. Kesintisizlik, kentsel dönüşüm hukukunun olağanüstü yöntem (olağanüstü hukuk değil) oluşunun bir ispatı olarak konunun acil oluşu ve bundan dolayı sürecin sekteye uğramaması açısından başta adil yargılanma hakkı olmak üzere bir takım temel hakların sınırlandırılması bu ilkeyi kentsel dönüşüm hukukunun merkezine oturtmaktadır.

⁸⁰ Kapancı, Kadir Berk, “Türk Ticaret Kanunu’nun 7. Maddesinde Öngörülen “Ticari İşlerde Teselsül” Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), (2016), s.154.(dipnot104)

⁸¹ Yasin, 2015, s.15.

Kentsel dönüşümle ilgili muhtelif hükümlerde kanun koyucu, sürecin başlatılması için öncelikle özel hukukun olağan mekanizmalarını çalıştırarak tarafların kendi aralarında, iradeleriyle uzlaşmalarını istemiş olsa da bunun sağlanamadığı durumlarda sürecin kesintisiz olarak devamı anlamında müdahalede bulunması için idareye bazı sıra dışı yetkiler tanımıştır. ARAADHK m. 6'da *"...bu parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır. Bu çerçevede, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir"* denilerek paylı taşınmaz maliklerine irade serbestisi tanımış buna rağmen anlaşma olmaması halinde kamulaştırma yoluna giderek kentsel dönüşümün yapılabilmesi için idareye yetki vermiştir.

Bunun gibi eğer en az 2/3 çoğunluk sağlanırsa kalan muhalif oy sahiplerinin paylarına farklı hukuksal yöntemlerle el konularak o payların da sürece dahil edilmesi sağlanmaktadır. Bu da bize kanun koyucunun kentsel dönüşüm sürecinde, sürecin kesintisiz ve hızlı bir şekilde icra edilmesine ne kadar önem verdiğini göstermektedir.

Benzer şekilde ARAADHK m. 6/9'da *"bu kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilir. Bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez"* denilerek yargı süreçlerinin kısaltılması adına, idari işlemin iptali için idari yargıya başvuru süresi 60 günden 30 güne indirilmiş, ayrıca yasal düzenlemeyle idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu kısıtlamaya gerekçe olarak da; kentsel dönüşüm uygulamalarının, anayasa m. 125/6'da belirtilen gerekçelerden, kanunun genel gerekçesi ve m. 1 dikkate alınarak "genel sağlık" gerekçesine girmesi gösterilmiştir. Buna karşı ilgili fıkranın ikinci cümlesi Anayasa Mahkemesi tarafından⁸² iptal edilmiştir. İptal gerekçesi olarak Anayasa m. 125'e ve "adil yargılanma hakkı"na aykırılık gösterilmiştir. Buna rağmen kanun koyucunun kesintisizlik ilkesine verdiği önem açıkça görülmüştür, bu açıdan

⁸² Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

dikkate almaya değerdir. Zaten kanun koyucu ilgili maddenin gerekçesinde *“...kanunun öngördüğü iş ve işlemlerin plânlanan şekilde ve zamanında gerçekleştirilmesi zarurîdir. Bunlarda herhangi bir sebepten dolayı aksaklık meydana geldiğinde, kanunun öngördüğü amacın gerçekleşmesi engellenmiş, can ve mal emniyetini temin ile yaşama hakkına matuf olan hizmetler aksamış olacak ve insanların yaşama hakkının afet riski nedeniyle tehlike altında olması hâli devam edecektir...”* diyerek zamansal sürecin kısaltılması bununla birlikte aksaklığa uğramadan kesintisiz olarak devam etmesi yönünde amacını belirtmiştir.

Aynı şekilde kentsel dönüşüm ile ilgili gönüllülük esasına göre sürece katılan maliklere sağlanan; kredi desteği, vergi, harç ve masraflardan muafiyet ayrıca yapıyı kullanan malik, mutlak ve nispi hak sahiplerine dönüşüm sırasında faydalanabilmesi amacıyla verilen kira yardımı sürecin aralıksız devamını amaçlamaktadır.

Bunun gibi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı da bir beyanında *“...2012’de çıkarılan yasayla yapılan girişimler ülkemizde hızla devam ediyor ama biz bu hızı yeterli görmüyoruz. Bizi korkutan yakında Marmara açıklarındaki deprem bu bölgeyi de içine almak üzere bir tehdit daha oluşturuyor. Biz çok hızlı davrandık, önümüzdeki birtakım engelleri aşarak depreme hazırlıklı hale gelmek zorundayız”* diyerek 2017’den sonra yılda 500 bin bölümü kentsel dönüşüm kapsamında yenileme hedefi belirlemiştir⁸³.

Bunun yanında tebligat işlerinde yaşanabilecek zaman kaybını azaltmak için 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 10’da bahsi geçen *“Tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır. (Ek fıkra: 11/1/2011-6099/3 md.) Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılmaması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır”* hükmündeki ilk fıkranın uygulanması atlanarak daha seri bir şekilde yazışmaların yapılması amacıyla ARAADHK m. 6/10’daki *“bu kanun uyarınca yapılan iş ve işlemlere ilişkin olarak adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere yapılan tebligat,*

⁸³ Milliyet, (21.09.2017), “yılda 500 bin bağımsız birimi yenileyeceğiz”, <http://www.milliyet.com.tr/bakan-ozhaseki-2018-den-itibaren-ekonomi-2523555/>, 25.10.2017.

muhataplarına yapılmış sayılır” hükmü getirilmiştir. Bu yolla bahsi geçen yasa kapsamındaki yazışmalarla ilgili olarak kişilerin son adresleri artık tebligat adresi olarak kabul edilmeyip, adres kayıt sistemindeki adreslerine yapılacak tebligatların geçerli sayılması yönünde kanun koyucu iradesini koymuştur.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi tarafından bu hüküm iptal edilmiş de olsa⁸⁴ kanun koyucunun süreci hızlandırmak ve kesintiye uğramasını önlemek amacıyla göstermiş olduğu irade ARAADHK’un bütününe bakıldığında kesintisizlik ilkesine gönderme yapmaktadır.

1.1.5. Emredicilik İlkesi

Bu ilke, iki ayak üzerinde durur. Emredicilik ilkesini, imar hukukunun temel ilkelerinden olan “zorunluluk ilkesi” ile karıştırmamak gerekir. İmar hukukundaki zorunluluk ilkesi doğrudan yetkili kamu kurumlarına yöneltilmiş ve İmar Kanunu m. 7/b uyarınca nüfusu 10.000’i aşan yerlerde imar planlarının zorunlu olarak yapılması fakat zorunlu olmadıkça bu imar planlarının değiştirilmemesi gereğini içermiştir⁸⁵.

Kentsel Dönüşüm Hukuku’ndaki “emredicilik ilkesi” ya da kanun koyucunun tanımıyla kanunî mecburiyet esası ise öyle veya böyle, daha hukuki bir ifade ile gönüllü veya zorunlu olarak kanun koyucunun arzu ettiği ve kanunda gösterdiği hedefe ulaşılmasını ifade etmektedir. Kısacası ilgili taşınmaz için kanun koyucunun gösterdiği nihai hedeften başka gerçekleştirilecek alternatif bir hukuki statünün bulunmamasıdır. Kanun koyucu da ARAADHK’un genel gerekçesinde, “...“kanunî mecburiyet” esası yerine, afetler karşısında riskli bulunan alanların ve buralardaki yapıların mülkleri ile anlaşma sağlanarak bu riskli yapıların yıktırılıp bu alanların dönüştürülmesinde ve yeniden yerleşimin temin edilmesinde “gönüllülük” esası getirilmekte; ancak, bu esasa uymayanların yapılarının Bakanlık veya İdarece yıktırılması ve riskli yapılar ile alanların tahliyesi suretiyle uygulamada bulunmak da öngörülmektedir” diyerek, nihai hedefin, kanun kapsamındaki alan ve/veya yapıların

⁸⁴ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

⁸⁵ Öngören, 2017, s. 23,24.

dönüştürülmesi olduğunu, maliklerin ise kendi rızalarıyla dönüşüm projesine katılmadıkları durumda devletin yetkili kurumları tarafından müdahale edilerek bu hedefe varılması gerektiği niyetini ortaya koymuştur.

Her ne kadar Kentsel Dönüşüm Hukuku özel hukuka yakın bir karma hukuk alanı olarak kişi iradelerine belli bir serbesti tanısa da bir şekilde süreç sonunda kanun koyucunun belirli bir hukuki sonucun gerçekleşmesini istediği, ARAADHK’da açıkça görülmektedir. Örneğin aşağıda “Taşınmazın Dönüşüm Kapsamına Alınması ve Yıkımı Süreci” başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere risk tespiti sonucu depreme dayanıksız olduğu belirlenen yapılarla ilgili öncelikli olarak malik veya malikler tarafından Kat Mülkiyeti Kanunu(KMK)’ndaki usule uygun biçimde fakat daha düşük oranla karar alınarak yapı, kentsel dönüşüm projesi kapsamında yıkılıp sürece başlanılmalıdır. Başlanılmadığı takdirde, üstün nitelikli özel yarar gereği, devlet devreye girerek tahliye ve yıkım işlemleri için ARAADHK tarafından mahalli idarenin katılımıyla mülki amir ve o yapmadığı takdirde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı yetkili kılınmıştır.

Sürecin daha da öncesine gidersek, yıkımdan önce henüz risk tespitinin yapılması aşamasında Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından verilen makul bir süre içerisinde risk tespiti yaptırılmadığı takdirde yine devlet devreye girerek risk tespiti yaptırılmaktadır. Görüldüğü üzere devletin sürecin çizgisini değiştiren bir müdahalesi değil, sürecin işlemlerini ve önündeki engellerin aşılması yönünde doğrudan bir müdahalesi söz konusudur.

Kısacası Kentsel Dönüşüm Hukukunun temel süjeleri olan yapıların hukuksal süreç içerisindeki akıbetine bakılacak olursa riskli yapıların her halükarda kentsel dönüşüm projelerine dahil edilerek yöntem ne olursa olsun, yapı nihayetinde aynı hukuki statüye kavuşturularak aynı hukuki sonucun elde edilmesi için yasal altyapı sağlanmıştır.

Yine risk altındaki yapının yıkımı sonrasında malik tarafından veya paylı mülkiyet durumunda maliklerin 2/3 çoğunluğu ile uygulamayla ilgili yani yıkım

sonrası inşaat projesiyle ilgili anlaşmaya varılmadığı takdirde, kamu yararı gerekçesiyle ilgili arsa için devlet kamulaştırma yapabilmektedir.

Bu örnekleri sürecin her aşamasında çoğaltmak mümkündür. Yukarıda bahsedilenler bu ilkenin zorlayıcılık ayağıdır. Aynı ilkenin bir de idari vesayet ayağı vardır ki, bu her iki ayağın da hedefleri aynı olmakla beraber hitap ettikleri kesim açısından farklılık vardır. Zorlayıcılık ayağı için muhatap, yukarıda bu başlığın anlatımında verilen örnekler dikkate alındığında özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri olarak dikkat çekmekte iken, idari vesayet ilkesi için ise idare hukuku alanının bir ilkesi olarak muhatap, birer kamu kurumu olan mahalli idarelerdir.

Vesayet aslında temelde bir özel hukuk kuralı olarak TMK’da gösterilen bazı kişilerin (“sınırlı ehliyetsizler” ve “tam ehliyetsizler”) hukuki menfaatlerinin yine kanunen yetkilendirilmiş kişiler(vasi) tarafından hukuken korunmasını ifade etmektedir. İdare hukukunda idari vesayet, devlet idaresinin ve kamu hizmetlerinin bir bütün halinde ve uyum içerisinde yürütülmesini sağlamak için, devlet tüzel kişiliğini temsil eden merkezi yönetimin, yerinden yönetim kuruluşları üzerinde sahip olduğu denetim yetkisidir⁸⁶. Bu şekilde merkezi idarenin -ki konumuzda merkezi idareyi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı temsil etmekte- amaçları doğrultusunda mahalli idarelerin yani belediyelerin, büyükşehir belediyelerinin, köy ve il özel idareler örgütlenmesi ve faaliyetleri şekillenmiş olacaktır. Emir ve talimat yetkisini içermese de denetim ve bozma yetkisiyle mahalli idareyi kendi iradesi doğrultusunda hareket etmeye zorlar⁸⁷. 1982 Anayasası’nda devletin teşkilatlanmasında yetki genişliği ilkesi geçerlidir ve bu teşkilatlanmaya uygun olarak Anayasa m. 127/5 uyarınca da “*Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir*” ifadesi ile idari vesayet yetkisi Anayasal temelde kurumsallaşmıştır.

⁸⁶ Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayıncılık, (2017), s.56,57.

⁸⁷ Önen, Semih Mustafa, İhsan, Eken, “Yerel Yönetimler Üzerinde Uygulanan İdari Vesayet Yetkisinin İrdelenmesi”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 15(56), (2016), s.278.

ARAADHK idare tabirini kullanırken belediyeler ve mahalli idareler kastedilerek, idareyi m. 2’de şu şekilde tanımlamıştır: “*Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini...*” Yani idare kavramı, idare hukukunda bilinen genel devlet teşkilatı anlamı yerine Kentsel Dönüşüm Hukukunda belediyeler ve özel idareler ile büyükşehirlerde büyükşehir belediyeleri ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yetkilendirilmesi halinde ilçe belediyeleri kastedilmektedir.

ARAADHK m. 3, dördüncü cümlesindeki “...bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdareden de isteyebilir...” ifadesinde geçen “idare” tabiri, belediyeleri ve il özel idarelerini kastederek, maddenin ilgili cümlesinde “bakanlık” olarak geçen ve tanımlamaların yapıldığı m. 2’de belirtilen Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından mahalli idarelere risk tespitinin yapılması yönünde talimat verilerek belirlediği alanların risk tespiti belediyeler başta olmak üzere mahalli idarelere yaptırılabilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere idare hukukundaki klasik anlamda idari vesayet yetkisi doğrudan emir ve talimat içermez. Buna karşı ARAADHK m. 3 dördüncü cümlesinde merkezi idareye verilen risk tespiti yaptırılması için talimat verme yetkisi bunun istisnasını oluşturmakta ve kentsel dönüşümdeki emredicilik ilkesinin, idare hukukundakinden farklı kendine has bir vesayet yetkisi olduğu anlaşılmaktadır.

Yine tanımlamaları içeren ARAADHK m. 2’de idare kavramının tanımı yapılırken geçen “*bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini...*” ifadesi ile büyükşehir belediye sınırları içindeki ilçe belediyeleri dışındaki belediyelerin doğrudan kanun tarafından yetkilendirildiği, ilçe belediyelerinin ise diğer belediyelerden farklı olarak doğrudan kanun tarafından değil Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yetkilendirilebileceği anlaşılmaktadır. Bahsi geçen ifadeyi daha ayrıntılı anlayabilmek için aynı kanun, bu kez m. 6/12’ye bakılması gerekecektir.

ARAADHK m. 6/12’de “*Bakanlık, bu Kanunda belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak TOKİ’ye veya İdareye yetki devrine ve bu iş ve işlemlerden hangilerinin TOKİ veya İdare tarafından yapılacağını belirlemeye yetkilidir*” denilerek, ilgili kanunda devletin yapması gerekli görülen tüm iş ve işlemlerle ilgili olarak görev ve yetki dağılımını Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın yapacağı belirtilmiştir. Bu ifadeden ilgili kanundaki tüm iş ve işlemlerle ilgili asli yetkilinin Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakanlık da görev ve yetki dağılımında kanun tarafından tamamen serbest bırakılmamış, görev ve yetki verme işini ancak TOKİ veya kanunda idare olarak geçen mahalli idarelere doğrultabileceği hükme bağlanmıştır. İlgili fıkranın mahalli idareler arasında herhangi bir ayırım yapmaması, m. 2’deki tanımlamada büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerinin, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş olması vurgusunu pratikte anlamsızlaştırmaktadır. Çünkü asli yetkili olan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’dır ve bu bakanlık yetkilendirmediği takdirde hiçbir kamu kurumu, ARAADHK kapsamında iş ve işlemlerle ilgili aktif olarak girişim ve tasarrufta bulunamamaktadır. Buna karşı büyükşehir belediye sınırları içinde bir ilçe belediyesinin salt teorik açıdan ilgili yasanın idare tanımı kapsamına girebilmesi için yetkilendirilmiş olması gereği devam etmektedir. Bu da idare hukukunun yerinden yönetim özerkliği ilkesinin istisnası olarak dikkat çekmektedir. Çünkü yerel yönetimlerde özerklik, bu ilke uyarınca kurulan kurum ve kuruluşların idari ve mali olarak kanunlar çerçevesinde serbestçe hareket edebilmesi anlamına gelmektedir⁸⁸.

Her ne kadar Anayasa’da idari vesayet makamı genel bir ifade ile “merkezi idare” olarak zikredilmiş olsa da pratikte ve 3152 sayılı “İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun” ve “İl Özel İdaresi Kanunu” bu yetkiyi merkezi idare adına kullanmak için İçişleri Bakanlığı’na vermiştir. Bu anlamla mahalli idarelerle merkezi idare arasında ilgi ve ilişki İçişleri Bakanlığı tarafından sağlanmaktadır. Buna karşı olağanüstülüğü ve kendine has yapısıyla Kentsel Dönüşüm Hukuku’nun sıra dışı ve adeta sürpriz hükümlerine bir başka örnek olarak ARAADHK bu yetkiyi belli ölçüde farklı bir bakanlık olan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’na

⁸⁸ Çağdaş, Tülin, “Türkiye’de Yerel Yönetimlerde İdari Özerklik.” Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, 30(1), (2011), s.392.

vermiştir. Bu yetkiyle ARAADHK kapsamındaki iş ve işlemlerle ilgili olarak mahalli idareler üzerinde idari vesayet açısından merkezi idareyi İçişleri Bakanlığı'yla birlikte Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı temsil etmektedir. Yani bu yetki kanunla hangi makama verildiyse o kullanacaktır⁸⁹.

Keza 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 93 uyarınca belediyeler tarafından yapılabilecek kentsel dönüşüm uygulamaları; belediyelerin birer mahalli idare olmaları ve yukarıda bahsedilen sebeplerden ötürü İçişleri Bakanlığı'nın denetimi altında bulunmaları sebebiyle doğal olarak idari vesayete tabidir ve kentsel dönüşüm uygulamaları bundan müstesna değildir. Fakat Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı bu kanun kapsamındaki faaliyetlerle ilgili idari vesayeti kullanma yetkisine sahip bulunmamaktadır.

1.1.6. Taşınmazın Malikler Tarafından Değerlendirilmesinin Önceliği İlkesi

Taşınmazın Malikler Tarafından Değerlendirilmesinin Önceliği ilkesi, Kentsel Dönüşüm Hukuku'nun vazgeçilmez ilkelerinden biridir. Bu ilke, yalnızca ARAADHK kapsamında değil tüm kentsel dönüşüm yöntemleri için geçerli olan bir ilkedir. Yine bu ilke özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine taşınmazın kaderini belirlemesi konusunda serbesti tanınması açısından Kentsel Dönüşüm Hukuku'nun özel hukuk tarafının baskın olduğunu gösteren bir ilkedir.

Buna rağmen bu ilkenin, Kentsel Dönüşüm Hukuku'na ait her yöntem için farklı bir görünüm şekline sahip olduğu söylenebilir. Bu ilke, ARAADHK kapsamında da ayrı bir öneme sahiptir. Hem ARAADHK m. 6/1'de ve hem de ilgili yasanın 15.12.2012 tarih ve 28498 numaralı Resmi Gazete'de yayınlanan ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği m. 15'te bu ilke açıkça yer almaktadır.

⁸⁹ Gündüz, Ebru, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet" Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(33), (2016), s.81.

ARAADHK m. 6/1 altıncı cümlesine göre, “...*Bu parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır...*”. Öncelikle hükümde geçen “bu parseller” ifadesinin hangi parseller olduğuna değinmek gerek. Altıncı cümledeki bu parseller ifadesiyle kanun koyucunun neyi kastettiğini anlayabilmek için maddenin ilk cümlesine bakarak bahsi geçen ifadeye matuf parsellerin hangi parseller olduğunu anlamak mümkündür. M. 6/1’in birinci cümlesi şu ifade ile başlar: “*Üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda...*”. O halde bahsi geçen parseller, üzerindeki yapı yıkılarak arsa haline dönüştürülmüş olan ve eğer o yapıyla ilgili kat mülkiyeti veya kat irtifakı varsa sona ermiş olan arazilerin bulunduğu parseller kastedilmektedir. Nitekim bu cümlemin devamında, “...*daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın Bakanlığın talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğünce re’sen terkin edilerek...*” denilmektedir. Hükümdeki “bina” ifadesini ise arazi üzerindeki herhangi bir yapı olarak anlamak yerinde olacaktır. Bu terim, 3194 sayılı İmar Kanunu tanımlar başlıklı m. 5’te “*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır*” şeklinde tanımlanmıştır. Fakat kanunun temel unsuru riskli olan herhangi bir yapıdır. ARAADHK m. 2, bina yerine daha kapsamlı bir sözcük olan yapı kelimesini kullanmış söz konusu yapıya oturma, çalışma gibi herhangi bir işlev atfetmemiştir. İmar Kanunu’nda da yine m. 5’te binadan ayrı olarak “yapı” kavramı “*karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir*” şeklinde tanımlanmıştır. Kısacası, örneğin bu bir sulama kanalı gibi üstü örtülü olmayan fakat riskli bulunan yer altı veya yer üstü herhangi bir “insan inşası kütle” yapı kabul edilmektedir. Nitekim Danıştay’ın pek çok kararında yapı tanımıyla ilgili İmar Kanunu’nun bu maddesine atıf vardır⁹⁰.

Yine Uygulama Yönetmeliği m. 15/1’de “*riskli alanlarda, rezerv yapı alanlarında ve riskli yapılarda Kanun kapsamında öncelikle maliklerce uygulama yapılması esastır...*” ifadesi ile “Taşınmazın Malikler Tarafından Değerlendirilmesinin Önceliği” ilkesine kanundan sonra bir kez de yönetmelik

⁹⁰ Danıştay 6.D (21.05.2003), E. 2002/2998 K. 2003/3204; 6.D (03.03.2010), E. 2008/2592 K. 2010/1995. (www.lexpera.com.tr).

seviyesinde vurgu yapılmıştır. Bununla birlikte yönetmelik, kanunun da bir adım ötesine geçerek fıkranın devamında “...*kanun kapsamında yapılacak bu uygulamalara ilişkin iş ve işlemlerde ilgili kurum maliklere yardımcı olmakla yükümlüdür*” denilmek suretiyle devlete nihai hedef doğrultusunda yola çıkan kişilere, kapsamı ilgili fıkra itibariyle belli olmayan bir görev yüklemiştir. Her ne kadar kanun kapsamındaki belli başlı devlet destekleri ilgili mevzuatta gösterilse de burada aslında ilgili kurumdaki kamu görevlilerine hitaben, kanun ve ilgili mevzuat çerçevesinde takdir haklarını hak sahiplerinden yana kullanarak hak sahiplerinin meşru taleplerinin yerine getirilmesi konusunda yasamanın yürütmeye bir mesajı vardır. Ayrıca daha da önemlisi devlete, ilgili parsel üzerindeki uygulama yetkilerinin sınırlı ve tali olduğu, taşınmazın malik veya maliklerinden sonra gelerek, ikincil nitelik taşıdığı hatırlatılmıştır.

Gerek kanun gerekse yönetmelik hükmünde geçen “esastır” ifadesi asıl olma anlamı taşımaktadır. Yani asıl olan, mevcut yapının yıkılması öncesi yapının bulunduğu veya sonrasında arsa haline dönüşen parselin, o parselin maliki veya paylı mülkiyet ise malikleri tarafından değerlendirilerek uygulama yapılmasıdır. İki hüküm arasındaki fark ise kanunda “değerlendirme”, yönetmelikte ise “uygulama” teriminin kullanılmasıdır. “Değerlendirme” kelimesi ilgili kanunda kendine has bir anlamda kullanılmış ve bu anlama en yakın tanımlama, “*doğanın herhangi bir parçasını şu ya da bu işe yararlı kılmak amacıyla, insanın onun üzerinde yaptığı olumlu değişiklikler*” olarak, Türk Dil Kurumu (TDK) Coğrafi Terimler Sözlüğü’nde yapılmıştır. “Uygulama” teriminin anlamı ise Uygulama Yönetmeliği’nde geçen anlamına en yakın olarak şu şekilde yapılmıştır: “*imara uygun konut alanı elde etmek*”⁹¹.

Özellikle ARAADHK’da geçen “değerlendirme” ifadesi, mevzuattaki herhangi bir başka düzenlemede kentsel dönüşüm veya imar amacı ile kullanılmamaktadır. “Değerlendirme” terimi ARAADHK’da ise, yıkımdan önce veya sonra, arsanın yeniden imara⁹² uygun hale getirilmesi ve sonrasındaki inşaat faaliyetlerini ifade eder. Uygulama Yönetmeliği’nde geçen “uygulama” terimi ise imar mevzuatında kullanılan bir terimdir ve tarif edilmek istenen kavrama daha uygundur.

⁹¹ Yalçın, Berk, Arazi ve Arsa Düzenlemesi İşlemleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolu, Yüksek lisans tezi, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, (2017), s.4.

⁹² “İmar” kelimesinin anlamı için Bkz. s.10.

Yine de imar mevzuatındaki “uygulama” kavramı kentsel dönüşüm mevzuatındakine tıpatıp uymamaktadır. İmar uygulamaları, İmar Hukuku’nda “imar parselasyonu” ile eş anlamlı zikredilip, Danıştay da bir kararında⁹³, “...anılan yasa (3194) ve yönetmelik (3194 sayılı yasanın uygulanması ile ilgili) hükümlerinin değerlendirilmesinden parselasyon işlemiyle amaçlananın; imar planı, plan raporu ve imar yönetmeliği hükümlerine göre imar adasının tüm biçim ve boyutu, yapı düzeni, inşaat yaklaşma sınırı ve bahçe mesafeleri, yapı yüksekliği ve derinliği, yerleşme yoğunluğu, taban alanı ve kat alanı katsayısı, arazinin kullanma şekli, mülk sınırları, mevcut yapıların durumu göz önüne alınmak suretiyle üzerinde yapı yapmaya elverişli imar parseli oluşturmak olduğu açıktır...” diyerek ilgili kavramın İmar Hukuku bazında asıl olarak zeminin düzenlenmesiyle ilgilendiğine ve zemin üzerinde bulunan her şeyin parselasyona girmediğine işaret etmiştir⁹⁴.

6785 sayı ve 1956 tarihli önceki İmar Kanunu bu faaliyeti 3 başlıkta, kamulaştırma, ifraz ve yola terk işlemi ve arazi ve arsa düzenlemeleri olarak düzenlese de 3194 sayılı kanun kamulaştırmayı hariç tutarak diğer iki yöntemle imar uygulaması öngörmüştür⁹⁵. 3194 sayı ve 1983 tarihli İmar Kanunu m. 18’de bu amaçla yapılan faaliyetler belirtilmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrası şu şekildedir: “imar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakatı aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re’sen tescil işlemlerini yaptırmaya belediyeler yetkilidir” Bu kapsamda ifraz(ayırma), tevhid(birleştirme) ve mülkiyet payları ve bağımsız bölümleri dağıtarak bunları re’sen tapu siciline tescile belediyeler yetkili kılınarak yapılan imar uygulamaları, bire bir arazi kullanımını gösteren 1/1000 ölçekli “uygulama imar planına” göre yapılmaktadır. Yine 2981/3290 sayılı yasa ARAADHK ile ilga olmadan önce m. 10/ (c)’ye göre çarpık kentleşen yerlere yönelik ıslah amaçlı imar uygulamaları da yapılmaktaydı.

⁹³ Danıştay 6.D (21.01.1998), E.1998/384, K. 1998/438. (www.lexpera.com.tr).

⁹⁴ Ergen, Cafer, Arazi ve Arsa Düzenlemeleri, Ankara, Seçkin Kitabevi, (2013), s. 200.

⁹⁵ Ergen, 2013, s. 199.

“Değerlendirme” ve “uygulama” terimlerinin hukuki kapsamına gelince bu konuyu yöntem, yer ve zaman olarak üç açıdan değerlendirmek mümkündür. Buna göre yöntem açısından değerlendirilecek olursa, ARAADHK m. 6/1’in altıncı cümlesinde geçen “değerlendirme” ifadesi her ne kadar farklı mevzuat hükümlerinde bulunmasa da, değerlendirmenin kapsamını belirlemek üzere yine aynı fıkranın diğer cümlelerine bakılması yeterli olacaktır. Nitekim ilgili kanun cümlesini takip eden cümlede değerlendirme faaliyetlerinin neler olduğu sınırlı olmayacak şekilde sayılmıştır. Bunlar; parsellerin tevhit edilmesi, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılması, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemleri, yeniden bina yaptırılması, payların satışı, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesidir. Bunun yanında Uygulama Yönetmeliği m. 15/2 de benzer şekilde kapsamı belirleyerek, “...parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, taksim, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine...” ifadesi ile ARAADHK’dakine benzer düzenleme yapmıştır. Aradaki yegane fark “taksim”(paylaştırma) uygulamasının da Uygulama Yönetmeliğinde düzenlenmiş olmasıdır. Paylaştırma, paylı mülkiyetin sona erdirilmesi amacıyla paydaşların kullandıkları bir yenilik doğuran haktır⁹⁶. Kısacası değerlendirme ve uygulama ifadelerini Kentsel Dönüşüm Hukuku kapsamında aynı anlamda kullanmak mümkündür. Mevzuatta sahip olduğu yerleşik ifadeye daha uygun olması ve kavram kargaşasına sebep olmaması amacıyla çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde, bu kavramla ilgili “uygulama” terimi kullanılacaktır.

Yer yönünden kuşkuyla yer olmayacak şekilde gerek kanun ve gerekse yönetmelik açıkça bu işlemlerin, ARAADHK’nın omurgasını oluşturan üç farklı taşınmaz çeşidinde de yani, gerek riskli alanda gerek rezerv yapı alanında gerekse de riskli yapılarda yapılabildiğini ifade etmiştir. Yasa m. 6/1 ve Uygulama Yönetmeliği m. 15’te sınırlı sayılilik(numerus clausus) ile belirlemiştir.

⁹⁶ Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, (2015), s.329.

Zaman yönünden ise bu, ARAADHK'un m. 6/1'in ilk cümlesi ile yedinci cümlesi arasında çelişki göze çarpmaktadır. Yedinci cümlenin, "bu parsellerin" diyerek atıf yaptığı birinci cümle "üzerindeki bina yıkılarak arsa haline gelen taşınmazlar"dan bahsederken sekizinci cümle, yukarıdaki paragrafta belirtildiği üzere riskli alan ve rezerv yapı alanlarının dışında riskli yapıları da dahil ederek birinci cümledeki anlamı bir adım ileri taşıyarak kapsamı daha da genişletmiş ve söz konusu uygulamaların yıkım öncesinde de yapılabileceğini ima etmiştir. Bu ifade bulanıklığı, Uygulama Yönetmeliği ile netliğe kavuşturulmuş ve m. 15'de, riskli alan ve rezerv yapı alanının yanında riskli yapı da zikredilerek, taşınmaz malik veya maliklerinin kendi taşınmazlarına uygulama yapma hakkına, devlet dahil herkesten önce sahip olmasıyla ilgili, ARAADHK m. 6/1 altıncı cümlede geçen yıkım şartı ile bağlı olmaksızın, yıkım öncesi ve sonrasına doğru süreci genişletmiştir. Zaten ARAADHK'da düzenlenmiş olan "uygulama" başlıklı m. 3, uygulama hakkında ayrıntılı bilgi vermese de dönüşümün henüz ilk aşaması olan "risk tespiti" aşamasını düzenleyerek uygulama kapsamına almıştır.

"Taşınmazın Malikler Tarafından Değerlendirilmesinin Önceliği" ilkesine getirilen ve kanunda göze çarpan tek sınırlama ise ARAADHK m. 6/5 (b)' de belirtilen ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın taşınmazlar üzerinde sahip olduğu "yasal önalım" hakkıdır. Ön alım (şuƒ'a) hakkı, bir taşınmazın herhangi bir üçüncü kişiye satılması durumunda, hak sahibine tek taraflı beyanıyla o taşınmazın öncelikli olarak alıcısı olabilme yetkisi veren "kurucu yenilik doğuran" bir haktır. Bu noktada hak sahibi devlet olarak maliklerin riskli taşınmaz üzerinde yapabilecekleri olası bir satım tasarrufuyla ilgili alıcıyı özgürce belirleyebilme hakkını sınırlamakta ve bu hakkını kullanması şartıyla alıcı devlet olabilmektedir⁹⁷.

Yine paylı mülkiyet, kat mülkiyeti veya kat irtifakı halleri için **"oy birliği ile anlaşılmasının önceliği"** esası bu ilkeden temelini almaktadır. Taşınmazın Malikler Tarafından Değerlendirilmesinin Önceliği İlkesi gerek kanunun gerekse de yönetmeliğin ilk halinde bulunmamaktaydı. Fakat Uygulama Yönetmeliği'nde 2013 tarihinde yapılan değişiklik ve bu değişiklik sebebiyle kanunla arasında oluşan

⁹⁷ Oğuzman, Kemal, Nami Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul, Filiz Kitabevi, (2015), s.161; Antalya/Topuz, 2016, s.155.

çelişkinin giderilmesi maksadı ile 14.04.2016 tarihinde ARAADHK’da yapılan değişiklik ile bu ilke Türk Kentsel Dönüşüm mevzuatına dahil olmuştur. Buna rağmen kanunun ilk haline eklenmiş olan genel gerekçesinde “...meskenlerin ve işyerlerinin öncelikle “gönüllülük” esasına dayanılarak dönüştürülmesine ve gerekirse başka yerlere nakline imkân sağlayacak yeni kanunî düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır” denilerek “**gönüllülük esası**”na vurgu yapılmıştır. Gerekçenin devamında, “...riskli yapıların yıktırılıp bu alanların dönüştürülmesinde ve yeniden yerleşimin temin edilmesinde “gönüllülük” esası getirilmekte; ancak, bu esasa uymayanların yapılarının Bakanlık veya İdarece yıktırılması ve riskli yapılar ile alanların tahliyesi suretiyle uygulamada bulunmak da öngörülmektedir” denilmek suretiyle önceliğin hak sahiplerinin rızasında olduğuna en başından beri işaret edilmiştir.

Bu esas kanunda bulunmasa da Uygulama Yönetmeliği m. 15/2’de düzenlenmişti. Buna göre paydaş malikler tarafından taşınmaz ile ilgili yapılabilecek uygulamalarla ilgili olarak, “bütün maliklerce oybirliği ile karar verilememiş ise, anlaşma sağlanamayan maliklere ait taşınmazların değeri Sermaye Piyasası Kuruluna kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilir ve bu değer de gözetilerek oybirliği ile anlaşmaya çalışılır” ifadesiyle aslında kanun tarafından 2/3 çoğunluk ile belirlenmiş olan karar oranına, daha öncesinde iki ek prosedür getirilmişti. Bu ek prosedürler kanun koyucunun nihai hedefine doğru yapılması gerekli olan uygulamaların yapılması yönünde malikleri oy birliği ile anlaşmaları yönünde teşvik etmeyi amaçlamaktaydı. Bu prosedürlerden ilki yapılması gereken uygulama konusunda maliklerin anlaşmalarıydı. Maliklerin tamamının anlaşamaması durumunda Sermaye Piyasası Kuruluna kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerlendirme kuruluşlarına, taşınmazların değer tespiti yaptırılarak bir kez daha oybirliği sağlanmaya çalışılır, yine de oybirliği sağlanamaz ise bu durumda 2/3 çoğunluğun kararı ile ilgili prosedür yerine getirilmesi öngörülmüştü.

Nihayet 2019 değişiklikleriyle, yönetmelikteki son değişikliklerle birlikte oybirliği sağlanmaya çalışılması ön prosedüründen vazgeçilmiş ve süreci hızlandırmak adına doğrudan 2/3 çoğunlukla karar alma prosedürüne geçilmesi şu sözlerle düzenlenmiştir: “Riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etapta veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde; yapıların

yıktırılmış olması şartı aranmaksızın ve yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, taksim, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir”.

Elbette ki bu ilkenin geçerliliği, sadece ARAADHK kapsamında değildir. 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 73’e göre yapılan kentsel dönüşümler, ARAADHK’daki kadar kapsamlı olmasa dahi “**gönüllülük esası**”na göre yapılmalıdır. Buna göre 5393 sayılı yasa kapsamında yapılacak dönüşümlerde, m. 73’te belirtildiği üzere, özel mülkiyetteki taşınmazların boşaltılması, yıkımı ve kamulaştırılmasında bunun, maliklerle anlaşarak yapılması esastır⁹⁸. Nitekim, Danıştay da bir kararında öncelikle anlaşma yolu denenmeden yapılan kamulaştırmayı geçersiz saymıştır⁹⁹. Buna rağmen ARAADHK’dan farklı olarak kapsam daha dar tutulmuş ve 5393 sayılı kanun, kentsel dönüşüm uygulamaları yetkisinin asıl olarak belediye ve büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerine ait olduğunu düzenlemiş fakat istisnai hallerde dönüşümün başkalarınınca da yapılabileceğini belirtmiştir. Bu konunun ayrıntıları, “Türk Mevzuatında Kent Yapılaşmalarındaki Dönüşümlerle İlgili Yöntemler” başlığı altında açıklanacaktır.

2005 tarih ve 5366 sayılı “Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun” kapsamında da yine ARAADHK kadar kapsamlı olmasa da yıpranan tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenme projelerinde, 5366 sayılı kanun m. 3/3’te “*yenileme alanı içinde yapı parsellerindeki uygulamalarda kendi parseli ve yapısı aynen korunarak yenilenecek yapılar, projenin bütünlüğünü bozmamak şartıyla belediyece kabul edilen projeye bağlı kalmak ve il özel idaresi ve belediyenin belirleyeceği amaçta kullanılmak kaydıyla **parsel sahibince** yapılabilir...*” denilerek parsel sahiplerince yapılabileceği konusunda idareye yani kanunen asıl yetkili olan il özel idareleri ile belediyelere bu konuda bir takdir yetkisi tanımıştır. Şeklen taşınmaz malikine herhangi bir öncelik tanınmadığı izlenimi uyansa da yukarıdaki paragrafta Danıştay’ın anlaşma yolu

⁹⁸ Şimşek, Suat, Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları, Ankara, Seçkin kitapevi, (2013), s.368.

⁹⁹ Danıştay 6. D. (26.10.2011) E:2009/10848, K:2011/4020. (www.lexpera.com.tr).

denenmeden yapılabilecek kamulaştırmanın hukuken iyi niyet kurallarıyla bağdaşmadığından, bu tarz kararların geçerliliğini çürük görmüştür. Taşınmaz hukukunun kıyasa açık yapısı dikkate alındığında 5366 sayılı kanun kapsamında yapılabilecek yenileme projelerinde de parsel malikine öncelik verilmelidir. Malike süre verilerek projeyi diğer projelerle eş zamanlı yürütmesi, süre bitiminde hala yapılmamışsa, işte o noktada il özel idaresi ve belediyeler tarafından proje tamamlanıp masrafinın malikten alınması hukuken daha doğru bir yol olacaktır¹⁰⁰. Nihayet oldukça fazla sayıda dönüşüme tabi tutulması gereken taşınmaz olması ve bunların kamu kaynaklarıyla yapılabilmesinin zorluğu, önceliğin taşınmaz malikine verilmesi gerekliliğini makul ve mantıklı duruma getirmektedir¹⁰¹.

Aynı şekilde 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un Uygulama Yönetmeliği "katılım ve kamuoyunun bilgilendirilmesi" başlıklı m. 7'de dönüşümün yapıldığı yerdeki bölge halkı ve mülk sahiplerinin de bilgilendirilerek projeye katılımlarının sağlanması düzenlenmiştir. Uygulama Yönetmeliği m. 22'de ise özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin kendi sahip olduğu taşınmazlarla ilgili yenileme projelerini, idare tarafından yürütülen projelerle eş zamanlı başlatılıp tamamlanması şartıyla yürütebilmelerine izin verilmesi konusunda idareye takdir yetkisi vermiştir. Buna karşı yukarıdaki paragrafta açıklanan gerekçelerle yine proje yürütme işinin öncelikle taşınmaz malikine teklif edilmesi yolu izlenmelidir.

Kentsel Dönüşüm Hukuku'nun "özel hukuk yanı baskın olan karma bir hukuk dalı oluşu ilkesi"yle doğrudan ilişkili olan bu ilke özel hukuktaki irade serbestisi ilkesine benzer bir ilkedir ve özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine, sahip oldukları arsalar üzerinde; nasıl, ne amaçla ve hangi yöntemle inşaat yapılacağını serbestçe takdir etme hak ve yetkisi tanımaktadır. Fakat bu serbesti klasik anlamıyla sınırsız bir serbesti olmayıp bir öncelik sonralık veya halef selef ilişkisine dayanır. Taşınmazın Malikler Tarafından Değerlendirilmesinin Önceliği ilkesi vasıtasıyla bu öncelik her zaman taşınmazın malik veya maliklerine aittir. Bu bağlamda malikin sahip olduğu

¹⁰⁰ Şimşek, 2013, s.398.

¹⁰¹ Şimşek, 2013, s.137.

kullanma, yararlanma ve her tür tasarrufta bulunma yetkileri yine ve öncelikle malike aittir.

Her ne kadar “zorlayıcılık ilkesi” en son noktada bu serbestiyi kısıtlayıcı bir yere sahip olsa da “zorlayıcılık ilkesi” kapsamında kanun koyucunun işaret ettiği nihai hedefe yöneltlen kişi iradesinin kendi yöntem, arzu ve beğenileri çerçevesinde kişinin kendi sahip olduğu taşınmaz üzerinde kentsel dönüşüm amaçlı bu serbestiye sahip olduğu mevzuat hükümlerinde açıkça ortaya konulmuştur. Nihai hedefle ilgili bir isteksizlik olduğu takdirde ancak kamu gücünün zorlaması söz konusu olabilecektir. Bu tarz bir durumda, aşağıda çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere devletin doğrudan müdahalesiyle, kimi durumlarda hak sahiplerinin yerine yaptığı sözleşmeler ile, kimi durumlarda ise kamulaştırmalar ve arazi üzerinde doğrudan yaptığı uygulamalar ile; taşınmazın maliki(veya malikleri) tarafından dönüşüm sürecindeki gerekli aşamalar zamanında kat edilmediği takdirde, taşınmaz malikinden sonra gelen ikincil bir yetki ile taşınmazı değerlendirme faaliyetinde bulunması mümkün olmaktadır.

1.1.7. Uygulama Bütünlüğü İlkesi

Bu ilke ARAADHK’un taşınmaz hukukuna getirmiş olduğu yeniliklerden biridir ve kanunda açıkça yerini almıştır. İlgili m. 3/7’de bu ilke, “*bu Kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan **uygulama bütünlüğü** bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler, değerlendirme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla bu Kanun hükümlerine tabi olur*” biçiminde tarif edilmiştir. Her ne kadar kanunun ilk haliyle ilgili Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) alt komisyonunda söz konusu fıkra ile ilgili muhalefet şerhinde, “*Bu maddeyle, riskli olmayan yapılar da Kanun kapsamına sokulmakta ve yurttaşın mülkiyet hakkı ve mülkiyet dışındaki sınırlı ayni haklarına müdahalenin yasal temeli oluşturulmaktadır. Bu yetkinin “Bakanlıkça gerekli görülenler” şeklinde muğlak bir ifadeye bağlanmış olması da, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Uygulama bütünlüğü bakımından zorunlu hallerde ise, bu yetkinin yürütme dışında, bağımsız bir otorite tarafından kullanılabilmesi gereklidir. Bu bağlamda, 3 üncü maddenin 7 nci fıkrasının şöyle değiştirilmesi gerekmektedir: Bu*

Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından TMMOB tarafından saptanacak ve mimar, mühendis ve şehir plancılarından oluşacak üç kişilik bir heyet tarafından gerekli görülenler de bu Kanun hükümlerine tabi olur” denilerek uygulama bütünlüğü ilkesinin risksiz yapılarla ilgili mülkiyet hakkına yaptığı müdahaleye işaret edilmiş, bu müdahalenin bilimsel temele dayandırılıp, maddenin suiistimal edilmesinin engellenmesi amacıyla uygulama bütünlüğünün saptanmasının bağımsız bir otoriteye devredilmesi şeklinde fıkranın yeniden düzenlenmesini önerilmiştir. Buna karşı fıkra ilk haliyle kabul edilmiştir. Bu konu Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın takdirine bırakılarak, bu bakanlık tek yetkili kılınmıştır.

Uygulama bütünlüğü ilkesi ile, toplu dönüşümlerde prosedürün ilk aşaması olan risk tespitinin ardından riskli bulunmamış olan yapılar ve bunların bulundukları arsalar için ikinci bir prosedür eklenmiştir. Eğer bu yapılar, uygulama projeleri içinde yer alıyorsa dönüşüme tabi tutulmaları mümkün olmuştur.

ARAADHK'un aksine Uygulama Yönetmeliği'yle, bu ilke hakkında belirgin bir düzenleme getirilmemiştir ve bu, kanundaki muğlaklığın giderilmesi anlamında Uygulama Yönetmeliği'nin eksiği olarak kalmıştır. Buna karşı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın internet sayfasında, sık sorulan sorulara verilen bir cevapta: “...uygulama bütünlüğü açısından gerekmesi hâlinde, riskli alan içerisinde kalan sağlam binalar, malikleri ile yapılacak anlaşmalar çerçevesinde yıkılıp yerlerine yeni binalar yapılabilecektir” denilmiştir¹⁰².

Uygulama bütünlüğü ile ilgili Kentsel Dönüşüm Hukuku'nda iki yöntem söz konusudur. Bu yöntemler zamansal olarak biri proje başladıktan sonra, bir diğeri ise proje başlamadan önce yapılabilir. Birinci yöntemde, ARAADHK m. 3/7'de “...bakanlıkça gerekli görülenler...” ifadesi yer alarak risksiz yapıları da uygulama bütünlüğü bakımından proje kapsamına alma konusunda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na takdir hakkı verilmiştir. Fakat bu durum yalnız proje bazında tek tek yapılar değerlendirmeye alınması halinde söz konusu olabilmektedir.

¹⁰² Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (2017), <https://www.csb.gov.tr/db/kastamonu/webmenu/webmenu14377.pdf/10.12.2017>.

Bunun dışında ikinci yöntem, 14.04.2016 tarihinde kanuna eklenen ek m. 1'e ve Uygulama Yönetmeliği m. 5/2 (b) bendine göre "riskli alanlar" belirlenirken proje anlamında "uygulama bütünlüğü" dikkate alınmalıdır. Bu yolla riskli alan sınırlarının belirlenmesi, topyekûn bir belirleme ile projedeki yapıların proje başladıktan sonra tek tek değerlendirilerek projeye zaman kaybettirilmesi ve olası mağduriyetlere sebep olmak yerine proje henüz başlamadan önce uygulama bütünlüğü dikkate alınmak suretiyle projenin daha planlı ilerlemesi sağlanabilmektedir. Fakat bu yöntemde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, tek yetkili değildir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın Cumhurbaşkanı'na teklifi üzerine "riskli alan" sınırının belirlenmesiyle ilgili son sözü söyleyecek makam Cumhurbaşkanı'dır. Bu durumda yine de "Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın risksiz yapıları uygulama bütünlüğü kapsamına alma yetkisi devam eder mi" sorusuna bu bakanlık internet sitesindeki sıkça sorulan sorulara verilen resmi bir cevapta *"zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan herhangi bir alan "riskli alan" olarak tespit edilmiş ise, bu alanda yer alan yapıları tek tek riskli olup olmadığının ayrıca tespitine gerek bulunmamaktadır"*¹⁰³ denilerek buna ayrıca gerek olmadığı ifade edilmiştir. Buna rağmen, yine aynı sitede farklı sorulara cevaben *"riskli alan içerisindeki uygulamalarda hak sahipliği çalışmalarının nasıl olacağı proje bazında belirlenecektir..."*, *"riskli alanda veya riskli yapıların bulunduğu parselde sağlam yapı bulunması hâlinde, bu sağlam yapı uygulama dışı tutulabilecektir. Böyle bir durumda bu sağlam binanın bulunduğu alan ifraz edilebilecek, ifraz imkânı yok ise maliklerin anlaşması hâlinde binanın hâlihazır durumu korunabilecektir. Ancak, uygulama bütünlüğü açısından gerekmesi hâlinde, riskli alan içerisinde kalan sağlam binalar, malikleri ile yapılacak anlaşmalar çerçevesinde yıkılıp yerlerine yeni binalar yapılabilecektir"* denilerek riskli alanlardaki risksiz yapıların yeniden proje kapsamına alınması olmasa bile; riskli alan içinde kalarak otomatikman projeye dahil edilmiş olan risksiz yapıların kapsam dışı bırakılması adına bu kez ters yönde bir yetkiye sahip olarak uygulamaların yapıldığı anlaşılmaktadır.

¹⁰³ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (2017), <https://www.csb.gov.tr/db/kastamonu/webmenu/webmenu14377.pdf>/10.12.2017.

Kentsel Dönüşüm Hukuku'na ait bir yenilik olan “uygulama bütünlüğü” ilkesi, aslında İmar Hukuku alanında “imar planı- uygulama bütünlüğü” olarak kullanılmaktadır. 3194 sayılı İmar Kanunu'na istinaden düzenlenen Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliği m. 25'in “İmar Planı Revizyonu ve İlaveleri” başlıklı 2. fıkrasında, “*imar planlarının ihtiyaca cevap vermediği durumlarda, mevcut plana bitişik ve mevcut planın genel arazi kullanım kararları ile süreklilik, **bütünlük ve uyum** sağlayacak biçimde, bu Yönetmelikte belirtilen ilke, esas ve standartlara uygun olarak ilave imar planı yapılabilir*” denilerek imar uygulamalarının, planlama ile bütünlük ve uyum arz etmesinin önemine işaret edilmiştir. Buna göre İmar Kanunu, başta arazi şartları ve ulaşım ile ilgili olmak üzere imar planıyla uygulama arasındaki uyumsuzluğu gidermek ve bütünlüğü sağlamak amacıyla ilave imar planları yapılabilmesine imkan vermektedir. O halde İmar Hukuku'ndaki anlamından çıkarsama yapılacak olursa “**uygulama bütünlüğü**” bir proje yapılırken, sosyal ve teknik altyapı alanlarının edinilmesinin en kolay ve kentsel hizmet maliyetlerinin en az olmasını¹⁰⁴ sağlayacak civardaki tüm taşınmazların o projeye dahil olması durumudur.

Uygulama bütünlüğü için kural olarak dönüşüm dışında tutulması gereken taşınmazların dönüşüm kapsamına alınması gerekebilir. Fakat bu noktada “uygulama bütünlüğü” ilkesinin projeye uygulanmasıyla elde edilebilecek fayda ile kural olarak proje dışında kalması gereken taşınmazlara müdahale edilerek proje kapsamına alınması ile hak sahiplerine verilebilecek olası zarar arasında fayda-zarar dengesi doğru kurulmalıdır. Danıştay da bir kararında¹⁰⁵, İdare Mahkemesi tarafından “...istinat duvarının maliyetinin kamulaştırma bedelinden yüksek olacağı, aynı zamanda istinat duvarı yapılacak yerde bulunan yığma taş duvar tekniği ile yapılmış olan yapının statik dengesinin bozulacağı, yolun genişlemesinden dolayı elde edilecek fayda-zarar dengesi yönünden değerlendirildiğinde amaç yönüyle kamu yararı içermediği anlaşıldığından hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş...” olmasını inceleyerek bu kararı onamıştır.

¹⁰⁴ Köktürk, Erdal, “Arsa Düzenlemeleri İçin Önemli Bir Araç: İmar Programı.” Hkm Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi, 2005(92), (2005), s.18.

¹⁰⁵ Danıştay 6.D. (22.02.2010), E. 2008/1177 K. 2010/1662. (www.lexpera.com.tr).

Uygulama bütünlüğü ilkesinin, taşınmazın malikler tarafından değerlendirilmesinin önceliği ilkesi ile ilk bakışta çeliştiği düşünülebilir. Riskli yapılarda dahi taşınmaz maliklerinin özgür iradelerine serbesti tanınarak, paydaşların anlaşması yoluna gidilmekte, buna karşı hiçbir riski bulunmayan ve kural olarak dönüşüm kapsamında bulunmaması gereken yapılar, önceden hazırlanmış ve maliklerinin herhangi bir katılımının bulunmadığı projelere dahil edilmektedir. Bu konuyla ilgili Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın internet sayfasındaki sıkça sorulan sorular sekmesinde konuyla ilgili *“riskli alanda veya riskli yapıların bulunduğu parselde sağlam yapı bulunması hâlinde, bu sağlam yapı uygulama dışı tutulabilecektir. Böyle bir durumda bu sağlam binanın bulunduğu alan ifraz edilebilecek, ifraz imkânı yok ise maliklerin anlaşması hâlinde binanın hâlihazır durumu korunabilecektir. Ancak, uygulama bütünlüğü açısından gerekmesi hâlinde, riskli alan içerisinde kalan sağlam binalar, malikleri ile yapılacak anlaşmalar çerçevesinde yıkılıp yerlerine yeni binalar yapılabilir”*¹⁰⁶ denilerek maliklerin projeye karşı isteksiz olmaları halinde kendi iradeleriyle proje dışında kalmalarının mümkün olduğu, fakat “uygulama bütünlüğü”nün gerektirdiği hallerde maliklerin iradelerine bakılmaksızın yapının proje kapsamına alınarak sürece devam edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu noktada, karma bir hukuk dalı olan Kentsel Dönüşüm Hukuku'nun kamu hukuku tarafı göze çarpmaktadır. Aslında yapım aşamasına gelmiş bir kentsel dönüşüm projesinin sosyal ve teknik altyapı alanlarının edinilmesinde ve kentsel hizmet maliyetlerinin azaltılmasında, riskli yapı ve risksiz yapı sahiplerinin çatışan menfaatlerinin üstünde çatı menfaat olarak bir kamu yararı bulunduğu söylenebilir. Böyle bir durumda yine maliklerle anlaşmak suretiyle uygulama yapılması esas olup anlaşılmadığı takdirde kanun koyucunun belirlemiş olduğu nihai hedef doğrultusunda taşınmazın kamulaştırılması gündeme gelebilecektir.

ARAADHK'un doğrudan doğruya kapsamında olmayan fakat mülkiyet hakkını sınırlayıcı müdahalelerde bulunulabilen riskli bulunmayan taşınmazların, malikleri ile ilgili ortaya çıkabilecek mağduriyetleri engellemek amacıyla Anayasa Mahkemesi, *“değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla”* ibaresi bulunmayan fıkranın (m. 3/7) ilk halini Anayasa'da “mülkiyet” hakkını

¹⁰⁶ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (2017), <https://www.csb.gov.tr/db/kastamonu/webmenu/webmenu14377.pdf>/10.12.2017.

düzenleyen m. 35 ve temel haklara müdahalede “ölçülülük” ilkesini düzenleyen m. 13’e aykırı bularak iptal etmiş, gerekçesinde ise, “...dava konusu kural ise bu genel amaç doğrultusunda yapılacak uygulamalarda “uygulama bütünlüğü”nü sağlamak için getirilmiştir. Bunda meşru bir kamu yararı olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte kanunla getirilen bu sınırlamanın, kamu yararı amacı taşıması dışında, kamunun yararı ile bireylerin temel hakları arasında kurulması gereken adil dengeyi bozmaması, ölçülü olması da gerekir. Dava konusu kuralla, “riskli olmayan yapılar” hakkında yapılacak uygulamalara ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiş, riskli yapılara ilişkin kurallara atıf yapılmıştır. Ancak anılan kurallar, yapıların riskli olması dikkate alınarak düzenlenmiş, kamu yararı ile bireylerin hakları arasında buna uygun denge oluşturulmaya çalışılmıştır. Menfaatler dengesi bu şekilde oluşturulan kuralların riskli olmayan yapılara uygulanması, Anayasa’nın 13. maddesinde temel hakların sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer verilen “ölçülülük” ilkesine aykırılık oluşturmakta ve kamu yararı ile riskli olmayan yapı sahiplerinin hakları arasında kurulması gereken dengeyi bozmaktadır...”¹⁰⁷ ifadesini kullanmıştır.

Bu şekilde riskli bulunmayan yapılardaki hak sahiplerinin olası mağduriyetleri ele alınarak maddi açıdan riskler en aza indirilip hak sahiplerinin tatmin edilmeleri gerektiği açıklanmıştır. Yani yukarıda da örnek verilen bir Danıştay kararında¹⁰⁸ da bahsedilen fayda-zarar dengesinin doğru bir şekilde oluşturularak hak sahiplerinin maddi zararlarının en aza indirilmesi gerektiğine aksi takdirde kamu yararının amacından sapabileceğine işaret edilmiştir. Aslında Anayasa Mahkemesi’nin iptal gerekçesi, uygulama bütünlüğü ilkesinin kendisinin Anayasa’ya aykırı olması değil riskli bulunmayan yapıların malikleriyle ilgili özel bir düzenleme yapılmayıp, riskli yapı malikleriyle aynı hukuki rejime tabi tutulmaları sonucu yaşanabilecek adaletsizliğin önlenmesidir. Bu durum ayrıca, aynı hukuki statüde olanlara aynı, farklı hukuki statüde olanlara farklı muamele edilmesi gerektiğini söyleyen ve eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa m. 10’a aykırıdır. Bunun sonucunda 14.04.2016 tarihinde yapılan değişiklikte iptal edilen fıkranın yerine fıkranın iptal edilmeden önceki haline “değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla” ifadesi

¹⁰⁷ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁸ Danıştay 6.D. (22.02.2010), E. 2008/1177 K. 2010/1662. (www.lexpera.com.tr).

eklenerek aynı şekilde geri getirilmiştir. Bu şekilde Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinde belirttiği olası mağduriyetlerin önlenmesi amaçlanmıştır.

1.1.8. Uygulama Öncesi ve Sonrası Pay Değerlemesinin Yapılması Zorunluluğu

“Uygulama bütünlüğü” ilkesi kapsamında dönüşüme risksiz yapıların da dahil edilebilmesi, farklı hukuki statüde bulunan risksiz yapı sahiplerinin farklı hukuki rejime tabi tutulmasının gerekmesi ve yapılabilecek müdahalenin ölçüsüz olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.¹⁰⁹ Daha sonra ise projeye ilgili yapılacak değerlemelerde yapının risksiz olduğunun dikkate alınması şartı getirilerek bu şart dışında fıkra aynı şekilde yeniden kanuna eklenerek en azından riskli bulunmayan yapı sahipleri maddi yönden biraz olsun rahatlatılmıştır.

Değerleme ile ilgili kısım yalnızca “uygulama bütünlüğü” ilkesi gereği riskli bulunmayan yapı sahipleri değil, aynı zamanda riskli yapı sahipleri için de maddi olarak bir güvence, hukuki olarak bir zorunluluktur. Bu ilke, ARAADHK’a göre zorunlu olduğu kadar bir gerekliliktir aynı zamanda. Bunun sebebi, özellikle paylı mülkiyet durumlarında projenin selametle ilerleyebilmesi açısından uygulama öncesi ve sonrası ortaya çıkabilecek ihtilafların en aza indirilmesi gerekliliğidir. Bu sebeple m. 6/1’de uygulama öncesi, m. 6/7’de ise uygulama sonrası değerlendirme yapılması gerektiği hükmü yer almaktadır.

Bu konuda çıkabilecek ihtilaflardan en önemlisi ise uygulama sonrası paylı mülkiyetteki “arsa payı sorunu”dur. Hukukçular arasında da genel kabul gören bu tabir¹¹⁰ esas itibarıyla 634 sayılı KMK’na dayanmaktadır. Bu kanun m. 13/2’ye göre “...kat mülkiyetine konu olan her bağımsız bölüm, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına o bölüme bağlı arsa payı ve anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu genel kütükteki pafta, ada, parsel, defter ve sayfa numaraları gösterilmek suretiyle tescil

¹⁰⁹ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

¹¹⁰ Yelken, Fatma Dilşad, (17.04.2017), Kentsel dönüşümde arsa payı karmaşası ve düzeltim davası, <http://konuttimes.com/emlak-terimleri/kentsel-donusumde-arsa-payi-karmasasi-ve-duzeltim-davasi/77487/> 12.12.2017.

edilir... ". Buna göre, KMK, bağımsız bölümlerin tescil edilebilmesi için öncelikle arsa paylarının dağıtımının yapılmış olmasını şart tutmuştur. Yargıtay da bir kararında bu konuya işaret ederek “...*Kat Mülkiyeti Kanununa göre arsa paysız bağımsız bölümün tescili mümkün olamayacağından...*”¹¹¹ demek suretiyle arsa paylarının belirlenmesinin önem ve gerekliliğini vurgulamıştır.

Arsa payları, bağımsız bölümlerin değerleriyle orantısız olarak belirlendiği durumlarda bu sorun ortaya çıkmaktadır¹¹². Sonucunda hak sahipleri tarafından “arsa payı düzeltilmesi” davası açılabilir. Bu da dönüşüm sürecini daha da karmaşıktır. Kentsel dönüşüm süreci içerisinde bu tarz çıkabilecek sorunların önüne geçebilmek amacıyla uygulama öncesi ve sonrası dönüşüme tabi tutularak projeye dahil edilen taşınmazla ilgili uzman kişilerce ayrıntılı olarak değerlendirilmesi ve proje tamamlandıktan sonra iki değerlendirme faaliyeti arasında mukayese yapılarak arsa paylarının bu tespit sonucunda yapılması gerekmektedir. Bu konuyla ilgili ayrıntılara, “Arsa Paylaşımı ile Değerleme, Yeniden Değerleme ve Arsa Payı Düzeltim Davası” başlığı altında değinileceği için burada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

1.2. KENTSEL DÖNÜŞÜM HUKUKU İLE İLGİLİ TEMEL KANUNLARIN AMAÇ VE ÖNEMLERİ

1.2.1. Genel Olarak

Kentsel Dönüşüm Hukuku ile ilgili temel kanunlara bakarken hem daha kapsamlı ve spesifik olması hem de bu çalışmanın omurgasını oluşturması dolayısıyla ilk olarak ARAADHK’a bakmak doğru olacaktır. Bu vesile ile öncelikle ARAADHK’nun amacı incelenirse bu çalışmanın amacı da yaklaşık olarak bir kez daha ortaya konmuş olacaktır.

¹¹¹ Yargıtay 14.H.D. (25.01.1977), E. 1976/6278, K. 1977/518.

¹¹² Yargıtay 18.H.D. (05.02.2009), E. 2008/10404, K. 2009/700.

ARAADHK’da “amaç” başlıklı m. 1, yasanın amacını şu şekilde belirlemiştir: *“Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir”.*

Buna göre ARAADHK’un temel iki amacı sağlık ve güvenliktir. Sağlıksız alan ve yapıların rehabilite edilerek depreme daha dayanıklı ve güvenli duruma getirilmesi amaç edinilmiştir¹¹³. Kanun koyucu, kanunun genel gerekçesinde *“...bazı yerleşim merkezlerinin jeolojik durumu ve zemin özellikleri ise, buralarda iskânın tehlikeler arz ettiğini ve afet riski altında bulunan bu yerleşim merkezlerinin bir an önce bulundukları yerlerde dönüştürülerek buralardaki iskânın yeniden düzenlenmesini ve hatta bunların başka yerlere nakledilmesini zarurî kılmaktadır...”* diyerek iradesinin amacını açık bir şekilde ortaya koymuştur. Yani jeolojik açıdan afet riski bulunan yerleşimlerin, bulundukları yerde veya gerekiyorsa bulundukları yerden başka bir yere taşınarak dönüştürülmesine imkan verecek bir yasal düzenlemeye duyulan ihtiyaç sebebiyle bu kanunu yaptığını açık bir biçimde ortaya koymuştur.

Yine kanun koyucu, amaç başlıklı m. 1’in sonunda yukarıda belirtilen amaçlarına ulaşılabilmesi amacıyla;

- a) İyileştirme,
- b) Tasfiye,
- c) Yenileme yapılmasını hedef edinmiştir.

¹¹³ Kurşat, Zekeriya, “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, (Ed.) Melikşah Yasin, Cenk Şahin, Kentsel Dönüşüm Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, (2015), s.18.

1.2.2. Kentsel Dönüşüm Hukuku’nun Kaynaklandığı Anayasa Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi ile Uluslararası Hukuk ve AİHS’ndeki İlgili Hükümler

Devletin kuruluş ve işleyişi ile bireylerin devlete karşı temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen en temel hukuki belge olan anayasa, ekonomik ve sosyal anlamda siyasal iktidara yol göstermektedir¹¹⁴. Elbette ki kaynağını anayasadan almayan hiçbir hukuki işlem veya hukuki fiil hukuk sistemi tarafından kabul görmemektedir. Şu halde kentsel dönüşüm faaliyetleri de gerek devlet tarafından gerekse bireylerin kendi tasarrufları olsun, normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunan anayasaya aykırı olmamalıdır.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası kentsel dönüşüm hukukuna kaynaklık edecek çok önemli maddeler içermektedir. Bu maddeler anayasanın düzenlemiş olduğu diğer pek çok konuya kıyasen daha spesifik ve yol göstericidir. Bu bakımdan devlete görev ve sorumlulukları gösterildiği gibi bireyler için de haklarını belirleyen bir işleve sahiptir.

Bu konuda ilk olarak kentsel dönüşümle ilgili yol gösterici madde olan anayasa m. 56’ya bakılmalıdır. Söz konusu madde, insanların sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduklarını hatırlatarak başlar. Anayasaların yazım tekniklerinde bireylerin temel haklarına yönelik bu türden hatırlatmalar yapılırken, her insanın yaşadığı çevreyle ilgili sahip olduğu haklar da en geniş kapsamlı bir anayasal ifade ile bu madde sayesinde, 1982 Anayasası’nda yerini almıştır.

Anayasa m. 56, yaşama hakkını bu cümlede zikrederek “çevre hakkı” ile “yaşama hakkı” arasında dolaylı bir bağ kurmuş ve bu hakkı bir insan hakkı olarak kabul etmiştir¹¹⁵. Yukarıda da “Özel Hukuk Yanı Baskın Olan Bir Karma Hukuk Dalı Oluşu İlkesi” başlığı altında, kentsel dönüşümde mülkiyet hakkına müdahale ile, daha

¹¹⁴ Gözübüyük, Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara, Turhan Yayınevi, (2003), s.3.

¹¹⁵ Gürsellers, Güneş, “İnsan Hakları, Çevre, Anayasa.” Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi, S.75, (2008), s.200.

üstün bir hak olan yaşama hakkının tercih edildiğine değinilmişti¹¹⁶. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararındaki karşı oy yazısı; *“Anayasal haklar sadece şu an yaşayanları değil, henüz doğmamış gelecek kuşaklar için de korunması gereken değerleri güvence altına almaktadır. Anayasa'nın 56. maddesinin ilk iki fıkrası sadece bugünkü kuşakları değil, gelecek kuşakları da kapsayacak şekilde en temel değer olan yaşam hakkıyla doğrudan ilişkili olan çevre hakkını korumaktadır”*¹¹⁷ diyerek yaşam hakkı ile çevre hakkı arasında sıkı bağa dikkat çekmiştir. 1982 Anayasası ayrıca m. 56'yı “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümde düzenleyerek çevre hakkının ekonomik istikrar ve sosyal düzen açısından doğrudan bir role sahip olduğunu vurgulamıştır.

Modern şehircilik anlayışında çevrenin önemi ve sürdürülebilirlik kavramına değinilmişti¹¹⁸. Anayasal anlamda ise “çevre hakkı” 1970'lerden itibaren anayasalarda yer almaya başlamıştır¹¹⁹. Çevre hakkı, kimi anayasalarda başlı başına ayrı bir hükümde düzenlense de kimi anayasalarda “sağlık hakkı” gibi diğer bazı haklar başlığı altında düzenlenebilmektedir. Osmanlı-Türk Anayasal belgelerinde 1961 Anayasası'na kadar çevre hakkıyla ilgili doğrudan veya dolaylı hükümler bulunmamaktaydı. 1961 Anayasası m. 49, *“devlet herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir”* demiş ve bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakları bu madde kapsamında yorumlanmıştır¹²⁰. 1982 tarihli ve yürürlükte bulunan T.C. Anayasası'nda ise her ne kadar kendine has ayrı bir başlık altında olmasa da “sağlık, çevre ve konut” ana başlığı altında “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlığı altında düzenlenmiştir. Madde başlığında da çevre kavramının zikredilmiş olması anayasanın çevre hakkına verdiği önemi göstermiştir.

Anayasa m. 56'nın ilk cümlesi, sağlıklı ve dengeli bir çevreye vurgu yaparken bu kavramların neler olduğunu açıklamamıştır. Fransa Anayasası'nın atıf yaptığı Fransız Çevre Şartı da “sağlıklı ve dengeli çevre” ifadesini kullanarak sağlık ve çevre arasındaki sıkı bağlantıya dikkat çekmiştir. Bu iki kavramdan birinin bile ihlal edilmesi

¹¹⁶ Bkz s.25.

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesi, (22.04.2015), E.2015/35, K.2015/40. (www.lexpera.com.tr).

¹¹⁸ Bkz s.7-8.

¹¹⁹ Keleş, Ruşen, Birol Ertan, Çevre Hukukuna Giriş, Ankara, İmge Kitabevi, (2002), s.64.

¹²⁰ Kuzu, Burhan, “Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkının Gelişim Süreci,” İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, (1996), s.148.

çevre hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır. Buna rağmen Fransız Çevre Şartı'nda da bu kavramların neler olduğu açıklığa kavuşturulmamıştır. Sağlıklı çevreyle anlatılmak istenen, sübjektif olarak kişilerin ayrı ayrı sağlık durumu açısından değil fakat objektif olarak çevre açısından çevrenin insan sağlığına zararlı olmaması durumudur. Yani biyolojik bir dengeden bahsedilmiştir. Buna karşın yalnızca biyolojik denge çevre hakkını açıklamaya yeterli değildir. Bunun yanında çevre hakkını açıklamak için kullanılan, dengeli çevre kavramı ise kırsal-kentsel alandaki kentleşme hukukunu ilgilendiren denge anlamına gelmektedir¹²¹. Kısacası sağlıklı ve dengeli bir çevre denilirken, doğal güzelliklerin muhafaza edilerek hava ve su kirliliğinin önlendiği temiz bir çevrenin yanında sosyal, kültürel ve ekonomik anlamda planlı bir çevre de kastedilmektedir¹²². Anayasa Mahkemesi de bir kararında *"bu madde (anayasa m. 56) bütünüyle incelendiğinde; "sağlıklı ve dengeli çevre" kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlendiği bir çevre kadar, belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevrenin de gireceği kuşkusuzdur"*¹²³ ifadesini kullanmıştır.

1982 Anayasası m. 56'nın ikinci cümlesi ise, *"çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir"* diyerek hem vatandaşlarının çevre hakkını koruması için devlete, hem de kendi çevre haklarını korumaları için bireylere ödev yüklemektedir. Bu durumda, m. 56'nın muhatabı kimdir sorusu akıllara gelmektedir. Muhatapları, çevre hakkının yararlanıcıları ve sorumluları olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Bu hakkın yararlanıcıları; anayasada zikredildiği gibi, bireyler ve devletlerle beraber gelecek kuşaklar ve ayrıca dernekler, vakıflar veya anonim şirketler gibi tüzel kişiliğe haiz olan ya da bir semtin sakinleri gibi tüzel kişiliğe haiz olmayan kamusal ve özel kuruluşlarla topluluklardır. Bununla beraber bu hakkı korumakla yükümlü sorumlular ise yine bireyler ve kamusal ve özel kuruluşlarla toplulukların yanında devlettir¹²⁴. Yani bireylerin de devlet ve diğer tüzel ve tüzel olmayan topluluklar gibi, sağlıklı ve dengeli

¹²¹ Yurtcanlı, Seda, "Fransız Çevre Şartı'na Bir Bakış." İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S.47, (2012), s.317.

¹²² Duman, İlker Hasan (t.y.), "Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı.", <http://www.ilkerduman.av.tr/makaleoku.aspx?id=11&/Ay%C4%B1n%20Konusu/Sa%C4%9Fl%C4%B1kl%C4%B1%20ve%20dengeli%20bir%20C3%A7evrede%20ya%C5%9Fama%20hakk%C4%B1>, 08.02.2018.

¹²³ Anayasa Mahkemesi (11.12.1986), E.1985/11, K.1986/29. (www.lexpera.com.tr).

¹²⁴ Keleş/Ertan, 2002, s.82-91.

bir çevreden yararlanma hakları olduğu gibi onu meydana getirmek gibi aktif ve meydana gelmiş sağlıklı ve dengeli çevreyi bozmama gibi pasif görevleri vardır. Ayrıca yine sağlıklı ve dengeli çevrenin oluşumuna katkı sağlamak amacıyla mülkiyet hakkına getirilebilecek ölçülü sınırlamalara da katlanma yükümlülüğü vardır. Bu anlamda, çevre hakkı, anayasadaki özel mülkiyet önündeki en önemli sınırlamadır¹²⁵.

Anayasal hakların, temel haklar bağlamında üç grupta toplanabilmesi mümkündür. Bunlar; negatif statü hakları, pozitif statü hakları, aktif statü haklarıdır. Negatif statü hakları, karşısında devletin pasif kaldığı, bireyin devlet tarafından dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen hak ve hürriyetleridir (kişi güvenliği, mülkiyet hakkı gibi). Pozitif statü hakları ise, bireyin devletten aktif bir davranışla, bir hizmet veya yardım isteme ile sahip olabileceği haklardır (sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi)¹²⁶. Çevre hakkının ise bu hakların her ikisine birden girdiğini ayrıca bunların yanında kişinin devlet yönetimine katılmasını sağlayan siyasi haklar olan aktif statü haklarından biri olduğunu da söylemek mümkündür. Çevreyi korumak herkesin menfaatine uygun ve çevreyi korumakla herkes yükümlü olduğuna göre çevreyle ilgili konularda karar alma ve uygulama süreçlerine herkesin katılımı gerekmektedir. Nitekim çevre hukukunun en önemli ilkelerinden olan “katılım ilkesi”, birey ve toplulukların, yönetim sürecine katılmaları, etkide bulunmaları ve kendilerini de etkileyecek bu süreci yönlendirebilmeleri anlamına gelir¹²⁷. Kısacası toplu(kolektif) bir hak olan çevre hakkının¹²⁸ karar alma, uygulama ve denetim süreçlerine bütün bileşenlerin katılabilmesi gerekir.

Çevre hakkının, yukarıda bahsedilen her üç statü hakkının da alanına dahil olmasının etkisini kentsel dönüşüm hukukunda görmek mümkündür. Hemen her kentsel dönüşüm sürecinde devletin öncelikle mülkiyet hakkına müdahale etmeden, pasif kalarak hak sahiplerinin dönüşüm sürecini kendilerinin tamamlamalarını beklediği, bu olmadığı veya maliklerin imkanlarının yeterli gelmediği takdirde dönüşüm sürecinin önünü açıcı veya destekleyici müdahalelerde bulunduğu, bunu

¹²⁵ Gürsellers, 2008, s.201.

¹²⁶ Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II, Bursa, Ekin Yayınevi, (2011), s.508.

¹²⁷ Turgut, Nüket Yılmaz, Çevre Politikası ve Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, (2009), s. 153. [Aktaran] Çerçi, Ezgi, “Çevre Hukukunun Temel İlkeleri.” Anahtar, Haziran 2011 S.270, (2011), s.21.

¹²⁸ Keleş/Ertan, 2002, s.82.

yaparken de kolektif bir hak olan çevre hakkını ilgilendiren kentsel dönüşümle ilgili toplumdaki farklı bileşenlerden görüş ve öneri almaya çalıştığı görülmektedir.

Geniş kapsamlı ve kolektif bir hak olan çevre hakkından daha spesifik ve daha bireysel bir hak olan ve 1982 anayasası m. 57’de düzenlenen “konut hakkı” esas itibariyle çevre hakkının da bir devamı niteliğindedir. Bu sebeple kimi metinlerde barınma hakkı olarak da geçen konut hakkı anayasanın, Ekonomik ve Sosyal Haklar bölümünün, çevre hakkının da alt başlığı olan “sağlık, çevre ve konut” alt başlığı altında düzenlenmiştir.

Konut hakkı başlıklı anayasa m. 57; *“devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler”* diyerek bu hakkın sağlanmasını devlete yüklemiştir. Anlaşılan o ki devlete, aktif olarak bir hizmet sunma yükümlülüğü yükleyen konut hakkı, bir sosyal hak olarak pozitif statü haklarından biridir. Bireylere, insan onuruna yakışacak asgari yaşam standardı sağlamaya yönelik olan sosyal haklar, temel hak ve hürriyetlerden ayrı bir kavram değil onun bir alt dalıdır¹²⁹. Danıştay da konut hakkı için, *“sosyal ve ekonomik hak ve ödevler arasında sayılan bu hakların devlet tarafından korunması ve desteklenmesi esastır”*¹³⁰ şeklinde bir hüküm vererek, devletin bu maddeyle sahip olduğu yükümlülüğü hatırlatmıştır. Bu maddede aynı zamanda devletin temel niteliklerinin sayıldığı anayasa m. 2’deki “sosyal devlet” ilkesine de bir atıf vardır. Benzer bir atfın “devletin temel amaç ve görevleri” başlıklı anayasa m. 5’te geçen *“devletin temel amaç ve görevleri... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaştırmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”* ifadesine de yapıldığı söylenebilir.

Konut, orada yerleşmiş bulunan kişilerin şehirselleşmiş varlığının temel simgesi ve toplumda, güvenlik ve mahremiyetin sağlandığı yegane bireysel yaşam alanlarıdır. Bu

¹²⁹ Gözler, 2011, C II, s.491.

¹³⁰ Danıştay (13.05.2013), E.2011/1310, K.2013/3403. (www.lexpera.com.tr).

anlamda konut, barınma hakkının kullanılması için en birincil gereksinimdir¹³¹. “Çevre hakkı” gibi “konut hakkı” ile ilgili olarak da Osmanlı-Türk anayasal belgelerinde, hemen hemen tüm sosyal haklarda olduğu gibi, 1961 anayasasına kadar belirli bir düzenleme bulunmamaktaydı. Buna karşın anayasada böyle bir hüküm bulunmasa da bireylerin daha kolay barınma haklarına erişebilmeleri amacıyla 1926 yılında uygun konut kredisi sağlayan, devlet yatırımıyla, daha sonra Emlak Kredi Bankası adıyla anılan “Emlak ve Eytam Bankası” açılmıştır¹³². Yine çevre hakkı gibi konut hakkı da 1961 anayasası m. 49’da düzenlenmiştir. Fakat çevre hakkının tersine ilgili maddenin ikinci fıkrasında konut hakkı *“devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır”* ifadesiyle sağlık hakkının içinde değil, ayrı olarak açıkça zikredilmiştir.

1961 ve 1982 anayasalarında geçen konut hakkı kavramları arasında bir mukayese yapılacak olursa, 1982 anayasasındaki düzenlemenin daha kapsamlı olduğu dikkat çekmektedir. Buna göre aradaki üç belirgin farktan bahsedilebilir. Bunlar¹³³;

- 1- 1982 anayasasında, konut hakkı sağlık hakkından bariz biçimde ayrılmış ve tam anlamıyla ekonomik ve sosyal yönü baskın bir temel hak halini almıştır.
- 2- 1961 anayasası, yoksul ve dar gelirlilere konut sağlama görevini tanımlamışken, 1982 anayasası herhangi bir sosyal sınıf zikretmeyerek herkesin bu hizmetten faydalanması gerektiğini ortaya koymuştur.
- 3- 1961 anayasası konutun nasıl olması gerektiğini açıklarken, *“sağlık şartlarına uygun”* ifadesini kullanmış ve sağlıklı bir ortamı yeterli görmüşken, 1982 anayasası bu konuda bir adım ileri gitmiş ve *“şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde”* ifadesiyle temiz ve sağlıklı bir çevrenin yanında bütünsel olarak ölçülü ve planlı bir şehirleşme içerisinde bu hizmetin sunulması gerektiğini ifade etmiştir. Yine cümlelerin sonunda *“ayrıca toplu konut teşebbüslerini*

¹³¹ Balkır, Zehra Gönül, "Konut Hakkı ve İhlalleri: Kentli Haklarının Doğuşu", (Ed.) Mesut Gülmez, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Denizli, Petrol-İş, (2010), s.342.

¹³² Abdulkakimoğulları, Erdal, Fatmagül Kale, “Türk Anayasalarında ve Karşılaştırmalı Hukukta Konut Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.15, (2013), s.17-18.

¹³³ Keleş, 2015, s.418.

destekler” ifadesiyle devlete planlı şehirleşmenin de ötesinde özel sektör tarafından yapılacak toplu konut girişimlerini destekleme görevi yüklemiştir. Toplu konut uygulamaları, toplu üretim sebebiyle hem konut ihtiyacının karşılanması sebebiyle toplum yararına bir uygulamadır, hem de büyük ölçeklerde planlı şehirleşmeyi gerektirdiği için anayasa koyucu tarafından dünyadaki örnekleri de değerlendirilerek teşvik edilmesi gerektiği düşünülmüştür.

Türkiye, gelişmekte olan bir ülkedir ve sanayileşme ve köyden şehre göçün artmasıyla birlikte şehirleşme sorunlarına hazırlıksız yakalanmış, bu yüzden özellikle büyükşehirlerde nüfus yoğunluğu, gecekondulaşma, çevre kirliliği gibi sorunlar başta olmak üzere pek çok şehirleşme sorunuyla yüzleşmiştir. 1982 anayasası ise m. 57’deki konut hakkı ile ilgili devlete yüklenen görevi tanımlarken çevre şartlarını gözetken bir plandan bahsetmiştir. Bu noktada insanların yaşayabilmeleri için asgari standartlara sahip bir konutun yanında planlı kentleşme ve planlı konut politikası gerekliliği ön plana çıkmıştır¹³⁴. Kentsel dönüşümün yanında devletin imar ve iskan politikalarının da bu çerçevede değerlendirilerek uygulamaya geçirilmesi gerekmektedir. 1982 Anayasası Danışma Meclisi de hazırlamış olduğu gerekçesinde, konut ihtiyacının önemine ve devletin bu ihtiyacın karşılanmasındaki birincil aktör oluşunun yanında çarpık kentleşmenin önlenmesi gerektiğine, bunun da devletin planlayıcı işlevi aracılığıyla çözümlenmesine işaret etmiştir. Bu noktada akıllara gelen buradaki “devlet” ifadesinden merkezi idarenin mi yoksa yerel idarelerin mi kastedildiği sorusunun cevabını ise Anayasa Mahkemesi bir kararında bu yetki ve sorumluluğun hem merkezi ve hem de yerel idarelerde veya her ikisinde beraber olduğu biçiminde vermiştir¹³⁵.

Ayrıca konut hakkını, başlı başına sosyal devlete yüklenen vatandaşlara konut sağlama yükümlülüğüne indirgemek ve sadece bu yükümlülük penceresinden değerlendirmek doğru olmaz. Sosyal devlet ilkesi temelinde devletin bir hizmet sunma görevi gereği bireylerin sahip olduğu pozitif statü hakkı olan konut hakkını “yerleşme

¹³⁴ Dadak, Kemal, “Yeni Kuşak Hak Olarak Çevre Hakkı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.5, (2017), s.322.

¹³⁵ Anayasa Mahkemesi (11.12.1986), E.1985/11, K.1986/29. (www.lexpera.com.tr).

hürriyeti” başlıklı anayasa m. 23 ve “konut dokunulmazlığı” başlıklı m. 21 ile birlikte değerlendirmek gerekir. Sağlık kadar önemli hayati bir ihtiyaç olan konutun bireyler açısından edinimi kadar seçimi ve güvenliği de önemlidir¹³⁶. Bir konutun veya hukuken konut olarak kabul edilen bir yerin güvenlik ve gizliliğin sağlanması için anayasanın sağlamış olduğu en önemli hak anayasa m. 21’deki konut dokunulmazlığı, bir başka deyişle “konuta saygı” ya da eski tabirle “mesken mahsuniyeti” hakkıdır. Konutun ne olduğu yukarıda tanımlanmıştır¹³⁷. Bundan ayrı olarak konutun Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) tanımlaması yapılmamış olsa da öğretide ceza hukuku açısından tanımlaması yapılmıştır. Buna göre konut, kişinin geçici de olsa sığındığı, tahsis amacının haricen anlaşıldığı ve bir yerde sabit bulunması gerekmeyen her çeşit yerdir¹³⁸. Yani bir karavan veya çalılardan konut amaçlı yapılmış derme çatma bir yer de konut olarak kabul edilmekte ve anayasal güvenceye sahip olmaktadır. Buna karşın TMK konuya farklı bir açıdan yaklaşmış ve m. 19/1’de yerleşim yerini (ikametgah) tanımlarken Medeni Hukuk açısından konutun ne olduğuna da değinmiştir. Buna göre, *“yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir”*. İki hukuk alanının bakış açıları kıyaslandığında medeni hukukun konut kavramına daha dar baktığı görülebilir çünkü sürekli kalma iradesi aramaktadır. Zaten maddenin devamında bir kişiye ait ancak bir yerleşim yeri olabileceği ifade edilmiştir. Bu da Medeni Hukuk açısından geçici kalınan yerlerin yerleşim yeri sayılamayacağını göstermektedir. Ceza Hukuku açısından kapsam daha da geniş tutularak konut, konutun eklentisinin dışında, bir işyeri veya işyerinin eklentisi de kapsama alınmıştır¹³⁹.

Güvenliğin dışında konut seçimi de konut hakkı kapsamındadır. Konut seçimi aynı zamanda, “yerleşme özgürlüğü” anlamına da gelmektedir. Konut hakkından daha kapsamlı bir hak olan ve 1982 Anayasası m. 23’te düzenlenen bu hakkın kullanılması da aslında daha çok konut hakkına bağlıdır. Çünkü kişilerin yerleşecekleri yeri tercih edebilmeleri için tercih ettikleri yerdeki konutlara ulaşabilme imkanına da sahip

¹³⁶ Balkır, 2010, s.342.

¹³⁷ Bkz. s.59

¹³⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu (20.05.2014), E. 2014/21, K. 2014/272.

¹³⁹ Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, (1994), s.65 [Aktaran] Çalışkan, Ümit, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, (2009), s.31.

olabilmeleri gerekir. Bu aynı zamanda meslek ve işyeri seçimi özgürlüğünü, yani sosyal hakların yanında ekonomik hakları da etkilemektedir¹⁴⁰.

Çevre hakkı ve konut hakkı başta olmak üzere Türk hukuk sisteminde, kentsel dönüşüm hukukunun kaynağını aldığı yakın veya uzak ilgili birçok anayasa maddesi vardır. Çevre hakkı ve konut hakkını düzenleyen m. 56 ve 57’den sonra bu konuyla alakalı en önemli madde anayasa m. 35’tir. Bu maddede düzenlenmiş olan hak; yaşama, vücut bütünlüğünün korunması (habeas corpus) ve seyahat özgürlüğünden sonra en temel insan haklarından biri sayılan “mülkiyet hakkı” ve “özel mülkiyetin korunması”dır.

Söz konusu madde, “*herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir*” diyerek özel mülkiyetin anayasal güvenceye haiz olduğunu vurgulamıştır. Kentsel dönüşüm hukuku konusunda ise en yoğun tartışmaların konusu olmuştur. Görüldüğü üzere anayasa, mülkiyet hakkından bahsetmiş fakat mülkiyet hakkının tanımını yapmamış ve kapsam ve sınırlarını belirlememiştir. Her ne kadar mülkiyet hakkı temel, anayasal bir hak da olsa mülkiyet hakkının ne olduğu konusuna anayasa hukukçularından çok medeni hukukçular kafa yormuş ve bu sebeple bir medeni hukuk konusu olarak benimsenmiştir.

Buna göre mülkiyet hakkı, “eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan ayni hak” olarak tanımlanabilir¹⁴¹. Yine Anayasa Mahkemesi 2015 tarihli bir kararında mülkiyet hakkını şu şekilde tanımlamıştır; “*mülkiyet hakkı, bireye, emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır*”¹⁴² Buna göre mülkiyet hakkının iki unsurundan birincisi kişinin emeğine sahip olma iradesi, diğeri ise emeğini temsil eden o eşya ile kendi veya cüz’i veya külli haleflerinin geleceği ile ilgili planlar yapabilme imkanıdır. Mülkiyetin herhangi bir kanunda tanımı yapılmamış olsa da içeriği, en ayrıntılı olarak “mülkiyet hakkının içeriği” başlıklı TMK m. 683’te yapılmıştır. Buna göre mülkiyet hakkı; “*bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve*

¹⁴⁰ Balkır, 2010, s.342.

¹⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, 2015, Eşya Hukuku, s.272.

¹⁴² Anayasa Mah. (01.07.2015), E.2015/39, K. 2015/62. (www.lexpera.com.tr).

tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir” şeklinde ifade edilmiştir. Yani mülkiyet hakkı, eşya sahibine, o eşya üzerinde en geniş yetkilerin tanındığı haktır. Bu yetkiler ise eşyayı kullanma, eşyanın ürünlerinden yararlanma ve o eşyayı hukuki işlemler yoluyla devir ile veya fiili tasarruflarla tüketme ile tasarrufta bulunma yetkileridir. Mülkiyet hakkı, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak ve tam ayni haktır¹⁴³. Eşyanın bütünleyici parça ve eklentilerini de kapsar¹⁴⁴. Kısacası “mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır”¹⁴⁵.

Yukarıda sayılan temel hakların dışında sağlık, eğitim, çalışma, güvenlik hakları gibi pek çok temel hak da doğrudan ya da dolaylı olarak Kentsel Dönüşüm Hukukuyla ilgilidir. Bunların yanında, üçüncü kuşak haklardan olan kent hakkı ve çevre hakkı da geniş çevrelerce kabul görmeye başlamıştır. 18. yüzyılın son çeyreğinde kaleme alınan ve insan hakları temel metinleri olan Amerikan Bildirileri ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile tanınmaya başlayan ve kişi hakları ile siyasi hakları, yani negatif ve aktif statü haklarını içeren -ki bunların içerisinde yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı ile yukarıda belirtilen konut dokunulmazlığı, yerleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği hakları da bulunmaktadır- birinci kuşak hakların sonrasında sosyal ve ekonomik eşitsizlik sebebiyle birinci kuşak haklardan eşit faydalanılamamasına tepki olarak 20. yüzyılda ortaya çıkan ve yine yukarıda bahsedilen konut hakkı ve sağlık hakkı gibi ekonomik ve sosyal haklar olarak adlandırılan pozitif statü hakları dışında 21. yüzyılın ikinci yarısında ilk iki kuşak hakları birbirine bağlayan bir bakıma köprü denilebilecek üçüncü kuşak haklar tanınmaya başlamıştır. İnsan haklarının; evrenselliği, bölünmezliği ve karşılıklı birbirine bağlı olması özelliklerini keskin bir şekilde hissettiren bu üçüncü kuşak haklar, devletleri aşarak ya da bir anlamda göz ardı ederek, toplu olarak bütün dünya halklarına mensup insanların hep beraber sahip oldukları bazı kolektif hakları ifade eder. Öznesinde bireysel veya topluluk olarak devlet dışı kişiler bulunan üçüncü kuşak hakların temelinde bunların dayanışması amaçlanmıştır ve barış hakkı, çevre hakkı gibi hakları bünyesinde ihtiva eder¹⁴⁶. Bunların dışında yukarıda sayılan çevre hakkı,

¹⁴³ Dural, Mustafa, Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, (2015), s.153.

¹⁴⁴ Antalya/Topuz, 2016, s.100.

¹⁴⁵ Anayasa Mah. (01.07.2015), E.2015/39, K. 2015/62. (www.lexpera.com.tr).

¹⁴⁶ Öğütçü, Muhlis, “Dayanışma Hakkı Olarak Yurttaşların Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı.” İnsan Hakları Yıllığı, C.27, (2009), s.37-38; Dadak, (2015), s.313.

konut hakkı, mülkiyet hakkı gibi farklı hakları, kendi amacı kapsamında soğurarak ayrı bir paket hak ya da haklar kümesi niteliği kazanan “kent hakkı” da üçüncü kuşak haklardandır. Kent hakkı kavramına dar ve geniş anlamıyla bakmak mümkündür. Buna göre dar anlamıyla kent hakkı kentsel yaşam kalitesini arttırmaya yönelik haklar kümesidir, geniş anlamı ise kentte bulunan imkan ve hizmetlerden eşit biçimde yararlanma ve faaliyetlere etkin şekilde katılabilmeyi ifade eder¹⁴⁷.

Kent hakkı ya da kentsel dönüşüm kavramlarını incelerken kent kavramının ne olduğunun da bilinmesi gerekir. Kent kelimesinin pek çok dildeki karşılığı, uygarlık kavramıyla aynı kökten gelmektedir¹⁴⁸. Buna karşın kavramsal olarak kent kavramının içeriğini doldurmak için daha çok kent bilimciler ve sosyologlar kafa yormuş ve bir yerin kent olarak kabul edilebilmesi için alan ve nüfus büyüklüğü, mesleki çeşitlilik, bilim ve ticaret gibi bazı kriterler ileri sürmüşlerse de günümüzde genel kabul gören unsur, en önemli kriter ise Manuel Castells’in ileri sürdüğü “toplu tüketim” kriteridir. Buna göre bir kentin asıl fonksiyonu emeğin yeniden üretimini sağlayacak toplu tüketimdir ve kent halkı toplu tüketim yapar¹⁴⁹. Hukuki ve aynı zamanda kamu yönetimi açısından ise kent, köyden farklı idari birim olarak adlandırılabilir. Bunu 442 sayılı ve 1924 tarihli Köy Kanunu’ndan anlamak mümkündür. Köy Kanunu m. 1, nüfus kriterini esas alarak nüfusu yirmi binden çok olan yerleşim yerlerini kent kelimesi ile eş anlamlı olan “şehir” olarak adlandırmıştır.

Kent hakkının doğuşu her üçüncü kuşak hakta olduğu gibi toplumsal gelişmişlik farkları ve ekonomik gelir adaletsizliğine bağlı olarak ortaya çıkmış buna karşın henüz ayrı bir hak olarak anayasalarda yerini almamış olsa da birtakım uluslararası belgelere konu olmuştur. Kent hakkının veya kentli haklarının, özellikle sanayi devrimi sonrası başlayan işçi-sermaye arasındaki sınıf çatışmaları sonrası ekonomik temelli olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Bu anlamda kent hakkı işçi sınıfı tarafından 1871’de Fransa’da kısa süreliğine ilan edilen Paris Komünü’ndeki işçi

¹⁴⁷ Gönüllü, Günay, “Çevresel-Kentsel Hakların Gelişimi: Dünyada ve Türkiye’de Kentsel Haklar.” İnsan Hakları Yıllığı, C.32, (2014), s.38.

¹⁴⁸ Baba, Gül İsmahan, “Kentsel Dönüşüm Kavramının İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi.” ABMYO Dergisi, S.39, (2015), s.32-33.

¹⁴⁹ Ertan, Kıvılcım Akkoyunlu, Birol Ertan, “Kentli Hakları: Kent ve İnsan Hakları Bağlamında Kentsel Hizmetlere Erişim Hakkı.”, (Ed.) Mustafa Okmen, Kıvılcım Ertan, Birol Ertan, Hossein Sadri, Kentsel Dönüşüm Ve İnsan Hakları, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi, (2005), s.48.

taleplerine kadar dayandırılmaktadır. Konut sorunu ve kira bedellerinin yüksekliği ile başlayan bu talepler, yerel yönetimlere halkın doğrudan katılımı sonucunu doğurmuştur¹⁵⁰.

Sanayi devriminden, 1960'lara kadar olan süreçte sınıf çatışmalarının merkezinde ekonomik temeller bulunurken, 1960'lardan sonra başlayan öğrenci hareketleriyle birlikte toplumsal dinamikler ve talepler çeşitlilik göstermiştir. Tüketime dayalı neoliberal ekonomilerin kent yaşamındaki radikal etkileri, kamuya açık mekanların ticarileşmesi ve yerleşim yerlerinin üst gelir gruplarına sunularak yapılan soylulaştırma çalışmaları ile kentte barınma masraflarının artması, ayrıca köyden kente doğru yaşanan göç hareketleri ile göç eden kesimin köyde sahip olduğu geçim imkanlarından mahrum kalarak kent yaşantısına tam bağımlı olmaları sonucu sosyo-mekansal ortamdan dışlanmışlık hissedilen bu alt gelir gruplarının başta konut hakkı olmak üzere kentte yaşamalarının kolaylaştırılması yönünde hak ve ayrıcalıklar talep etmelerine sebep olmuştur. Özellikle kentlerdeki plansız dönüşüm projeleri sebebiyle alt gelir gruplarının yerlerini terk ederek çalışma, eğitim, sağlık hakları gibi haklara ulaşmalarının zorlaşması ve toplumsal tabakalardaki bu ayrışma ve kutuplaşmaya, doğanın korunması ve sağlıklı çevrede yaşama hakkı taleplerinin de eklenmesi alt gelir gruplarının bu tepkilerini tetiklemiş ve arttırmıştır. Geri kalmış bölgelerde artan yerel yönetim masrafları da yerel yönetimlerle halkın iş birliğini ve halkın yerel yönetimlere daha aktif katılımını gerektirmiş, bu da kent hakkının gündeme gelmesiyle sonuçlanmıştır¹⁵¹.

Bütün bu tepkileri dikkate alarak gelecekte ortaya çıkabilecek kentsel sorunları öngören Fransız sosyolog Henri Lefebvre, kent hakkı kavramını 1968'de ilk kez zikretmiş ve somutlaştırmıştır¹⁵². Ona göre kent hakkı, kent sakinlerinin kendi kentlerine doğrudan etki edebilmelerini ve onu tasarlayabilmelerini, ortak kent mekanlarına erişip kullanabilmelerini ifade eder¹⁵³. 1893 yılında Jellinek tarafından

¹⁵⁰ Gönüllü, 2014, C.32, s.38.

¹⁵¹ Solmaz, Yasemin, *Kentsel Dönüşüm Ve Kentsel Hareketler: İstanbul'da Kent Hakkı Mücadeleleri*.” Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, (2013), s.19-23.

¹⁵² Sadri, Senem Zeybekoğlu, “Kentsel Dönüşüm ve Kentte İnsan Hakları.”, (Ed.) Mustafa Okmen, Kıvılcım Ertan, Birol Ertan, Hossein Sadri, *Kentsel Dönüşüm Ve İnsan Hakları*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi, (2005), s.3.

¹⁵³ Solmaz, 2013, s.23.

temel hakların, devletin yükümlüğü bakımından sınıflandırıldığı¹⁵⁴ dönemde henüz ortaya atılmamış olan üçüncü kuşak haklardan olan kent hakkı, bir paket hak olarak çok çeşitli hakların birleşiminden meydana geldiği için bu farklı hakların hepsinin özelliklerini içerdiği ve Jellinek'in sınıflandırmasına göre hem negatif ve aktif, hem de pozitif statü hakları kapsamına girdiği söylenebilir.

Bu bağlamda konut hakkı olarak 1982 Anayasası'nda da yer alan barınma hakkı; aralarındaki sıkı ilişki nedeniyle 1982 Anayasası'nda konut hakkı ile aynı başlık altında düzenlenen sağlık hakkı; ayrıca eğitim hakkı; çalışma hakkı; katılım ve demokratik temsil hakkı; fiziksel, sosyal, kültürel ve ekonomik olarak gelişmişliği sağlayan bir çevrede yaşamayı amaçlayan gelişme hakkı, alt yapı ve kamu hizmetlerinden faydalanma hakkı, ulaşım hakkı, kültür hakkı, dinlenme ve spor hakkı, bilgi edinme hakkı gibi pek çok hak kent hakkı ile yakından ilgilidir. Müstakil bir hak olarak kent hakkının öznesi, geçici veya kalıcı olarak kentte yaşayan herkeştir. Buna karşılık hakkın görevli ve sorumlusu ise devlettir. Devletten anlaşılmaması gereken ise hem merkezi hem yerel idareler ya da her ikisi birliktedir. Bu anlamda müşterek bir sorumluluğa sahip oldukları söylenebilir¹⁵⁵.

1.2.2.1. Anayasal Hakların Sınırlandırılması ve Davalar

Bireyler gerek tek tek gerekse toplu olarak kent hakkına sahiptir. Yani bu hak hem bireysel hem de kolektif olarak kullanılabilen bir hak özelliği taşır¹⁵⁶. Yaşama hakkının devamı olması sebebi ile, temel birer insan hakkı kabul edilen çevre hakkı ve sağlık hakkı¹⁵⁷ ile yakın ilişki içinde olan¹⁵⁸ kent hakkı, bu sayede gerek pek çok uluslararası belgede gerekse de 1982 Anayasası'nda bu iki hakla aynı başlık altında düzenlenmiş olmasıyla Türk hukuk literatüründe ve mevzuatında insan hakkı olarak değerlendirilmiştir¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Gözler, 2011, C II, s.507.

¹⁵⁵ Sadri, 2005, s.3-13; Ayrıca Bkz. dipnot 130.

¹⁵⁶ Balkır, 2010, s.350.

¹⁵⁷ Anayasa Mahkemesi (03.07.2014), E. 2013/89 K. 2014/116. (www.lexpera.com.tr).

¹⁵⁸ Hatta kimi çevrelerce kent hakkının, çevre hakkının bir uzantısı; çevre hakkının ise sağlık hakkının, sağlık hakkının da yaşam hakkının bir uzantısı olduğu şeklinde bir hak silsilesi kabul edilir. Bkz. Gönüllü, 2014, C.32, s.31-34.

¹⁵⁹ Gönüllü, 2014, C.32, s.348-349.

Elbette ki bu hakların da sınırsız oldukları söylenemez. Anayasalarda düzenlenen her temel hakta olduğu gibi, kent hakkının kendisi müstakil olarak düzenlenmediği için bileşeni olan hakların ve kentsel dönüşümle ilgili diğer hakların da aynı şekilde sınırlandırılması söz konusudur. Bu haklara, özel olarak düzenlendiği anayasa maddesinde gösterildiği şekilde sınırlandırma getirilmesi mümkündür. Bir anayasal hak için üç tür sınırlama getirilmesi mümkündür. Bunlar;

- 1- Hakkın doğasından kaynaklanan doğal ve objektif sebepler
- 2- Anayasa m. 13 - 16'da belirtilen genel sebepler
- 3- Belirtilmişse, hakkın düzenlendiği maddedeki sınırlama sebepleri

Hakkın doğasından kaynaklanan doğal ve objektif sebepler, yazılı kanunlarda belirtilen sınırlama sebepleri haricinde; “özgürlükler, başkalarının özgürlüklerinin başladığı yerde biter” düsturu gereği, o hakkın başkalarının özgürlüğünü kısıtlamasına imkan verecek kadar geniş yorumlanamaması anlamına gelmektedir. Örneğin, anayasa m. 21’de düzenlenmiş olan “düşünce ve kanaat” özgürlüğüne dayanarak bir düşünce ya da kanaatin açıklanması bir başkasına hakaret veya iftira edilmesi şeklinde kullanılamaz. Nitekim hukuk düzeni de hakkın bu şekilde kullanılmasını korumaz¹⁶⁰.

Anayasal hakların sınırlandırılması ile ilgili bazı genel hükümler anayasa m. 13-16’da düzenlenmiştir. Aynı şekilde “Temel Hakların Kötüye Kullanılmaması” başlığı altında m. 14’te genel bazı sınırlama sebepleri gösterilmiştir. Buna göre, *“anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz”* diyerek anayasa koyucu, ülke bütünlüğü ve demokratik ve laik cumhuriyeti korumayı amaçlamıştır. Bunların yanında 1982 Anayasası’nın ilk halinde mevcut olan; milli güvenlik, kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak, genel sağlık gibi bazı genel sınırlama sebepleri ise 2001’de kaldırılarak, eğer belirtilmişse o hakkın düzenlendiği maddede özel sınırlama sebebi olarak kalmıştır.

¹⁶⁰ Odyakmaz, Zehra, Ümit Kaymak, İsmail Ercan, Anayasa Hukuku İdare Hukuku, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi, (2012), s.43.

Asıl olan anayasal özgürlüklerin, istisnası olarak getirilen sınırlamalara da anayasa koyucu tarafından sınırlama getirilmiş ve anayasa m. 13'te *“temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”* diyerek hakların düzenlendikleri maddelerdeki özel sebeplere atıf yapmıştır. Böylece anayasadaki temel hakların sınırlandırılma sebeplerinin kendi düzenlendikleri maddelerde gösterildiğini ve eğer sınırlandırılacaklarsa bu gerekçelere dayalı olarak ve ancak kanunda düzenlenmek şartıyla sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir. Bu iki şartın dışında anayasanın sözü ve ruhu; demokratik toplum ve laik cumhuriyet ile; sınırlama yaparken başvuru aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye yetecek asgari düzeyin ötesinde olmamasını ifade eden ve 2001 değişikliğiyle 1982 Anayasası'na giren “ölçülülük ilkesi”ne uygunluk da, sınırlandırmanın şartlarından. Yani demokrasi ve laiklik kavramları hem hakkın kullanılmasında hem de sınırlandırılmasında uyulması gereken genel kavramlar olarak dikkat çekmektedir. Ayrıca bu noktada bir diğer sınırlama şartı, “hakkın özüne dokunma yasağı”dır ki bu şartın diğerleri arasında en önemlisi olduğu söylenebilir. Şöyle ki bir hakkın özü, *“dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan çekirdek alan”*dır ve *“hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar ise hakkın özüne dokunmak”* anlamına gelir¹⁶¹.

Bu genel sınırlama sebepleri ve sınırlamanın da sınırları, yukarıda kentsel dönüşüm ve kent hakkıyla ilgili sayılan temel haklar için de geçerlidir. Öncelikle kent hakkının hem negatif hem aktif hem de pozitif statü haklarının özelliklerini kapsayan kişi hakları, sosyal ve ekonomik haklar ile siyasal haklar olarak anayasada düzenlenen her üç temel hak başlığından haklar içeren, buna mukabil anayasada müstakil olarak düzenlenmemiş bir haklar demeti ya da paket hak olduğu yukarıda belirtilmişti¹⁶². Kentsel dönüşüm temel teşkil eden kent hakkı özelinde sağlık hakkı, çevre hakkı ve konut hakkıyla ilgili hak talepleri ise pozitif statü haklarından çok negatif ve aktif statü haklarıyla ilgili olmaktadır. Bunun sebebi, gerek Türk hukuk sistemi gerekse

¹⁶¹ Anayasa Mahkemesi (14.06.2017), E. 2017/49, K. 2017/113. (www.lexpera.com.tr).

¹⁶² Bkz s.64.

uluslararası hukukta özellikle sosyal haklarla ilgili yapılan düzenlemeler ve anlaşmalarda lafzi bir belirsizlik olmasıdır. Bir hakkın resmi makamlar önünde ileri sürülebilmesi ve mahkemelerde dava edilebilir olması o hakkı düzenleyen hükmün açıklığına ve anlaşılabilirliğine bağlıdır. Bu anlamda pozitif statü haklarında devletin üstlenmesi gereken görev belirtilse de hakkın öznesinin, kapsamının ve şartlarının belirsiz olması o hakkın çoğunlukla dava edilebilir olmamasına sebep olmaktadır¹⁶³.

Verilmesi gereken bu hizmetler devlete yüklenen bir görevden ibaret olmasa da içerdiği hakkın faydalanma şartlarının ve kapsamının açık olmaması bu haklara, talep edilmesi özellikle bireysel olarak çok zor olan pasif bir hak niteliği kazandırır. Nitekim pozitif statü haklarının yerine getirilmesi bakımından bir ön şart olarak, *“devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları”* başlıklı anayasa m. 65’te şu ifade yer almaktadır: *“devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”*. Görüldüğü gibi anayasaya göre devletin bu tarz haklarla ilgili görevleri mutlak olmayıp bu görevleri sübjektif bir şarta bağlanmıştır. Bu şart ise devletin mali kaynaklarının yeterliliğidir. Elbette ki bu şart hak sahibi açısından değil devlet açısından belirlenmiş bir şarttır. Bu yeterliliğin kesin miktar ve sınırları ise belli olmayıp sübjektif değerlendirmelere göre çeşitlilik göstermektedir. Bu sebeple gerek hakkın öznesi gerekse hakkın kapsam ve şartları ile alakalı belirsizlik, hak sahibi olduğunu düşünen kişilerin bu haklarını ileri sürebilmelerine engel çıkartmaktadır.

Zaten m. 65’in 2001 değişikliği öncesindeki halinde madde başlığı “sosyal ve ekonomik hakların sınırı” idi. Bu sınır hak sahibi olan vatandaşlar açısından değerlendirilirken 2001 değişikliğinden sonra başlık, “devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı” olarak görev sahibi olan devlet açısından değerlendirildiğini göstermektedir. Buna karşın maddenin ilk halinde devletin, “ekonomik istikrarın korunmasını” gözetme yükümlülüğü varken değişiklikten sonra bu kaldırılarak maddenin son cümlesinde geçen “görevlerin amaçlarına uygun önceliklerin” gözetilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Mali kaynakların yeterliliği şartı aynı şekilde

¹⁶³ Abdulkakimoğulları/Kale, 2013, s.23.

kalmıştır. Her ne kadar bir hakkın kullanılmasının, genel bir konu olan “ekonomik istikrar”a değil de sadece bir öncelik sırasının belirlenmesine bağlanması ve daha spesifik temelli olarak o hakka özgü bir yükümlülük durumuna gelmesi vatandaş lehine gözüktüğü de; maddeye göre devletin sunması gereken bu hizmetlerle ilgili “mali yeterlilik” şartının sağlanıp sağlanmadığını ve “görev amaçlarına uygun olan öncelikler”i yine devletin kendisinin belirleyecek olması, hakkın kullanılmasını menfi etkileyecek bir diğer faktördür.

Ekonomik ve sosyal hakların, kısaca pozitif statü haklarının ekonomik imkanlar nispetinde gerçekleşmesinin mümkün olması, klasik iktisatçıların, kaynakların kıt, ihtiyaçların sınırsız olduğu görüşünün¹⁶⁴ anayasaya yansımaları olarak devletin kudretinin de mali anlamda sınırsız olmadığını göstermektedir. Bahsi geçen haklara, yukarıda anlatılan çevre hakkı ve sağlık hakkı gibi temel haklarla beraber, nihayet konut hakkı gibi kent hakkının bileşeni olan diğer temel bazı sosyal ve ekonomik haklar örnek olarak verilebilir. Konut hakkı veya sağlık hakkı ile ilgili hizmetlerin verilebilmesi için bir takım ekonomik yatırımlar gerekmektedir. Anayasa mahkemesi de bu sınırlamayı aslında bir sınırlama olarak değil, bir denge unsuru olarak gördüğünü şu sözleriyle yorumlamıştır; *“anayasanın 56 ncı maddesinde Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir. Anayasanın 65 inci maddesinde, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerini mali kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getireceği belirtilmiş olduğundan sağlık hizmetlerinin de devletçe saptanan bir bedeli olması tabiidir. Ancak yine anayasanın 65 inci maddesine göre bu bedelin tespitinde, devlete verilen görevlerin amaçlarına uygun önceliklerinin de gözetilmesi gerekir”*.

¹⁶⁵ Yani devletin anayasa m. 56’ya göre yükümlü olduğu sağlık hizmetini verirken bunun için bazı öncelikler belirleyerek bunların bedelini hizmet alandan tahsil etmesinin mümkün olduğunu fakat bu önceliği de belirlerken yine sınırsız olmadığını ve genel perspektifteki soyut bir konuya göre(ekonomik istikrar) değil; m. 65’e atfen, m. 56’nın amacına uygun olarak belirlemesi gerektiğini vurgulamıştır. Bir başka kararında ise sosyal devlet görevleri ile o görevlerin amaçlarına uygun öncelikler

¹⁶⁴ Robins, Lionel, An Essay on the Nature and Significance of Economic Science (Ekonomi Biliminin Anlamı ve Doğası Üzerine Bir Deneme), Londra, Macmillan, (1932), s.15.

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi (03.04.2007), E. 2005/52 K. 2007/35. (www.lexpera.com.tr).

arasında kurması gereken dengeyi, sosyal hukuk devletinin tanımını yaparken dolaylı yoldan şu şekilde tarif etmiştir; *“anayasanın 2 nci maddesinde sözü edilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına saygılı, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran...güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi kuran devlettir”*¹⁶⁶.

Devletin temel amaç ve görevleri başlıklı anayasa m. 5’te sosyal devlet anlayışına vurgu yapılarak, genel ve soyut olarak şu şekilde tarif edilmiştir; *“devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”*. Soyut ve genel ifadeler içeren bu madde temelinde devlete diğer anayasa maddelerinde yüklenmiş olan sosyal ve ekonomik haklara ilişkin hizmetler dahil; özel görevlerin, o hakkın amacına uygun olup olmadığının belirlenmesinde devletin tam bir sınırsızlık ve keyfiyet içinde hareket edemeyeceğini, bunun sınırının ise anayasa m. 17’ye atfen; kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı olduğunu, bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılmasının da devlete ödev olarak verildiği, yapılacak yasal düzenlemelerin de "yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını" zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerektiğini söylemiştir. Pozitif statü hakları olan sosyal ve ekonomik hakların sınırlaması olan anayasa m. 65’in de sınırı olan m. 17’yi, bir kararının hüküm fıkrasında Anayasa Mahkemesi şöyle vurgulamıştır; *“anayasa’nın 65. maddesindeki bu sınırlama ile 506 sayılı Yasa’nın 34. maddesindeki itiraz konusu "... 18 aya kadar ..." deyimini arasında bir ilişki kurulamaz. Anayasa’nın 60. maddesi kişilere "sosyal güvenlik hakkını" vermekle birlikte ikinci fıkrasında bunun için alınacak tedbirleri devlete görev olarak verirken 65. madde ile de bu göreve bazı sınırlamalar getirmiştir. Ancak, 60. maddede belirtilen bu sosyal hak, yine anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen "... yaşama, maddi ve manevi ve varlığını koruma ... hakkı" ile çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal*

¹⁶⁶ Anayasa Mahkemesi (16.11.2000), E. 2000/26, K. 2000/48. (www.lexpera.com.tr).

*alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda "yaşama hakkını" ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır. Bu nedenle anayasa'nın 65. maddesindeki sınırlamaları, 506 sayılı Yasa'nın 34. maddesindeki itiraz konusu "... 18 aya kadar..." sözcüklerine uygulama olanağı yoktur"*¹⁶⁷. Kısacası devlet sosyal ve ekonomik haklarla ilgili vatandaşa hizmet sunarken belirleyeceği öncelikler iki şart içermeli; bunlardan birisi, belirlenen önceliğin o hakkın amacına uygun olması diğeri ise öncelik sebebiyle o hizmetin sunulmaması ya da sunulmasının zorlaştırılmasının kişilerin yaşama hakkına ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirmesine engel olmamasıdır.

Sosyal ve ekonomik hakların ortak özellikleri göz önüne alındığında gerek sağlık hakkı gerekse sosyal güvenlik hakkına işaret eden Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda geçen ifadelerinin kent hakkı ve onun bileşeni olan konut hakkının yanında çevre hakkı için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Ezcümle yukarıda belirtildiği üzere genel bir iktisat kuralı olan kaynakların kıtlığı kuralı ile sınırlanan pozitif statü haklarının; yaşama hakkı ve maddi ve manevi gelişim haklarının engellenmemesi amacıyla devletin bütün imkanlarının seferber edilerek sağlanması gerektiği, hem anayasada hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında açık bir şekilde görülse de; kavramların soyut ve genel oluşu ile haktan yararlanma şartlarının belirlenmemiş olması, devletin bu yükümlülüklerini çoğu yargı kararlarında yalnızca sağlık ve sosyal güvenlik haklarına indirgemiş, diğer sosyal ve ekonomik haklar ise geri planda kalarak, pasif bir durumda dava edilemez olarak tamamen idari makamların inisiyatifine bırakmıştır.

Buna rağmen, "Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru ile ilgili Aarhus Sözleşmesi"nin¹⁶⁸ üç ana başlığından biri olan çevresel konularda yargıya başvuru hakkı bu konuda iyi bir örnektir. Sözleşme, diğer iki ana başlığı olan çevresel bilgiye erişim ve halkın katılımı ilkelerinin ihlali ile ulusal hukuklarda düzenlenmiş olan çevresel haklar konularında bireylere, bağımsız ve tarafsız mahkemelere veya diğer resmi makamlara başvuru hakkı vermektedir. Ayrıca taraf devletlere iç hukuklarını sözleşmeyle uyumlaştırma

¹⁶⁷ Anayasa Mahkemesi (17.01.1991), E. 1990/27 K. 1991/2. (www.lexpera.com.tr).

¹⁶⁸ Bkz s.81.

yükümlülüğü de getirmiştir. Bu yargısal denetim yolu ücretsiz olacak veya pahalı olmayacak şekilde etkili bir uygulama olmalıdır. Ayrıca bu kararların resmi makamları hukukten bağlayıcılığı da vardır. Başvuru şartı olarak ise halktan herkesin (actio popularis) dava açıp açamayacağı, yani hak ihlali yerine yeterli menfaat olup olmayacağı konusu muğlak bir konudur. Buna karşın başvuru için yeterli menfaatin mi yoksa hak ihlalinin mi gerekli olduğunun taraf devletlerin kendi iç düzenlemelerine bırakıldığı söylenebilir. Faaliyet alanı ile ilgili olduğu takdirde ise sivil toplum kuruluşları için hak ihlali şartı yoktur. Dava konusu ise özel ve resmi kişilerin icrai ve ihmali fiilleri olabilir. Türkiye ise henüz taraf olmadığı için sözleşme 2018 tarihi itibarıyla Türkiye’de geçerli değildir. Avrupa Birliği ise “Aarhus Sözleşmesi’nin Hükümlerinin Avrupa Topluluğu Organ ve Kuruluşları Üzerinde Uygulanmasına İlişkin Tüzük”ü kabul ederek bu sözleşme hükümlerini büyük ölçüde Topluluk içinde de kabul etmiştir¹⁶⁹.

Kent hakkı ve onun alt kümelerinden biri olan konut hakkının pozitif statü hakkı olan, sosyal ve ekonomik hak yönü yukarıdaki şekilde incelendikten; bu yönünün dava edilebilirliğinin kağıt üzerinde kaldığı tespit edildikten ve bazı genel sınırlama sebepleri açıklandıktan sonra konut hakkının bu kez negatif ve bunun yanında aktif statü hakkı yönüne dahil olan mülkiyet hakkı, yerleşme özgürlüğü ve konut dokunulmazlığı hakkı ile özel hayatın gizliliği haklarının özel sınırlama sebeplerini incelemek yerinde olacaktır.

Nitekim uygulamada asıl hukuki ihtilafların bu negatif ve aktif statü haklarından kaynaklandığı görülmektedir. Yukarıda kısaca bahsedildiği üzere yerleşme özgürlüğü,¹⁷⁰ kent hakkının alt kümelerinden biri olan konut hakkıyla doğrudan bağlantılı bir haktır ve amacı ölçüsünde konut hakkının bileşenlerinden biridir.

Anayasa m. 23/2 ve devamı(vd.) fıkraları ise yerleşme özgürlüğünün hangi hallerde sınırlandırılabilirliği konusunu düzenleyerek “*yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli*

¹⁶⁹ Güneş, 2010, C. 14, s. 313-317, 305-306, 327.

¹⁷⁰ Bkz. s. 62.

kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak... amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir” demiştir. Madde metninden anlaşılmaktadır ki “düzenli kentleşme” amacı, yerleşme özgürlüğünün kısıtlanması için meşru bir gerekçe kabul edilmektedir. Düzenli kentleşmeden kastedilenin ne olduğu ise, Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararları dışında Danıştay’ın bir kararında da yüzeysel olarak tarif edilmeye çalışılmıştır. Danıştay’ın bir kararında tetkik hakiminin görüşüne yer verilerek benzer şekilde, *“sağlıklı ve dengeli çevre kavramına doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlendiği bir çevre kadar, belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevre de girmektedir. Sağlıklı ve dengeli bir çevrenin oluşturulmasının, düzenli bir kentleşmenin sağlanmasının en önemli araçları; imar mevzuatı, imar planları ve imar uygulamaları olup...”*¹⁷¹ ifadesini kullanmıştır. Bu ifadelerden; düzenli kentleşmenin, sağlıklı ve dengeli çevre kapsamında değerlendirildiği ve belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş kentleşmenin kastedildiği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında¹⁷², *“anayasanın 56. ve 57. maddelerinin birlikte incelenmesinden anayasa koyucunun, yapılarla bütünleşen çevrenin belli bir program ve plan dahilinde düzenlenmesini istediği, yerleşimde dengeye önem verdiği anlaşılmaktadır”* diyerek düzenli kentleşmeye vurgu yapmaktadır. Konuyla ilgili 3194 sayılı İmar Kanunu m. 8/1 (a) bendine göre, en genel kapsamlı kentleşme planı olan ve Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) tarafından yapılan “bölge planı”, yapılırken sosyo-ekonomik gelişme eğilimleri, yerleşmelerin gelişme potansiyeli, sektörel hedefleri, faaliyetlerin ve alt yapıların dağılımı planlanmaktadır. Bu da düzenli bir kent için nelerin planlanması gerektiğini yaklaşık olarak göstermektedir. Nitekim anayasa m. 23/2’de “sağlıklı ve düzenli kentleşme” kavramından önce sayılan, “suç işlenmesini önlemek” ve “sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak” kavramları bu şekilde planlı kentleşme kapsamında değerlendirilebilir.

3194 sayılı İmar Kanunu’nun genel gerekçesinde çarpık kentleşme sorunu ve düzenli kentleşmenin önemine vurgu yapılmış ve şu ifadeler kullanılmıştır; *“dünyanın her yerinde olduğu gibi ülkemizde de şehirlerin ve yerleşim alanlarının planlı ve*

¹⁷¹ Danıştay 14. D. (20.04.2016), E. 2015/846, K. 2016/3135. (www.lexpera.com.tr).

¹⁷² Anayasa Mahkemesi (11.12.1986), E. 1985/11, K. 1986/29. (www.lexpera.com.tr).

düzenli oluşu toplumun sosyo-ekonomik ve kültürel yaşantısının aynasıdır. Son yıllarda ülkemizin her alanda yapısal bir değişikliğe uğradığı aşikârdır. Süratli nüfus artışı, köyden şehire akımın kontrol edilmemesi sonucu olarak ortaya çıkan düzensiz şehirleşme, gecekondulaşma ve bunların yarattığı sorunlar ile bu sorunların temelde çözümü için gerekli her türlü tedbirin alınması ihtiyacı İmar Kanununda bugünün ve hatta yarının ihtiyaçlarına cevap verebilecek köklü değişiklikler yapılmasını gerektirmiştir...Bu Kanun tasarısı ile Ülkemizde planlama ilk defa olarak bir sisteme bağlanmış ve planlamanın gelişmeyi önceden yönlendirmesi ilkesi getirilmiştir”.

1985 tarihli genel gerekçe metninde dikkat çeken bir ifade ise “planlamanın gelişmeyi önceden yönlendirmesi” ilkesi olmaktadır. Kanunda ya da gerekçesinde bu ilkeden ne kastedildiği tam olarak anlaşılmasa da adından, düzenli kentleşmenin sağlanabilmesi için devletin proaktif bir davranışta bulunması ve vatandaşa bütünsel bir şehir planlamacılığı hizmeti sunmasının kastedilmiş olduğunun muhtemel olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa mahkemesi ise vermiş olduğu bir kararda 3194 sayılı yasanın genel gerekçesine atfen, ilkeye şu şekilde açıklık getirmeye çalışmış ve “*şehirlerin, imar planlarına uygun gelişmelerinin yönlendirilmesinde, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan şehir ve onunla bütünleşen çevresindeki plansız alanları bir bütün olarak ele alan yeni bir anlayış*”¹⁷³ olduğundan bahsetmiştir. Aynı kararın devamında ise düzenli kentleşmenin, çeşitli kentsel işlevler arasında var olan ya da sağlanabilecek olanaklar ölçüsünde, en iyi çözüm yollarına ulaşılması, insan, toplum, çevre ilişkilerine kişi ve aile mutluluğu ile toplum yaşamını etkileyen fiziksel çevrenin sağlıklı bir yapıya kavuşturulması, yatırımların yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini yönlendirmesi ve toprağın korunma kullanma dengesini ölçülü biçimde belirlemesi, belde halkına iyi ve uygar bir yaşama düzeni ve koşullarının sağlanması ile bunları yaparken kentin kendine özgü yaşayış biçimi ve karakteri, nüfus, alan ve yapı ilişkileri, yörenin gerek çevresiyle ve gerekse çeşitli alanlar arasındaki bağlantıları, halkın sosyal ve kültürel gereksinimleri, güvenliği ve sağlığı ile ilgili konuların göz önünde bulundurulması olduğu ima edilmiştir.

¹⁷³ Anayasa Mahkemesi (21.06.1990), E. 1990/8, K. 1990/12. (www.lexpera.com.tr).

Yerleşme özgürlüğü dışında bireylerin konut haklarının tam anlamıyla sağlanabilmesi için ikamet edilen konutların mahremiyet ve güvenliğinin de sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda “konut dokunulmazlığı” başlıklı anayasa m. 21 konutlardaki mahremiyetin gereksiz ihlal edilmemesi için devlete pasif kalma yükümlülüğü yükleyerek bireye hem negatif statü hakkı vermekte ve hem de yine devlete, başkalarının da bu mahremiyete dokunmaması için tedbir alma yükümlülüğü yükleyerek pozitif statü hakkı vermektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, “*çevre hakkı bağlamında özel hayata, aile hayatına ve konuta saygı hakkı, sadece kamusal müdahalelere karşı korunmamakta; pozitif yükümlülükler doktrini uyarınca bu koruma özel kişilerden kaynaklanan müdahaleler kapsamında da gündeme gelmektedir*”¹⁷⁴ diyerek devletin sahip olduğu bu yükümlülüklerle vurgu yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, hükmünde yer verdiği bu paragrafla aynı zamanda özel hayatın gizliliği ve konut hakkıyla birlikte konut dokunulmazlığı haklarını hep bir arada çevre hakkı kapsamında değerlendirerek çevre hakkını bu haklar için bir çatı hak olarak değerlendirdiğini göstermiştir.

Anayasa m. 21’in devamında ise milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması temelinde, usulüne uygun verilmiş hakim kararıyla ya da gecikmesinde sakınca olan hallerde ise yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulmak şartıyla yetkili mercii kararıyla sınırlandırılabilceği söylenmiştir.

Ayrıca kent hakkının temel bileşenlerinden biri olan ve 1982 Anayasası’nda kişi hakları başlığı altında düzenlenen mülkiyet hakkı en temel insan haklarından biridir. Yine de bu hak da sınırsız bir hak değildir. Mülkiyet hakkı başlıklı Anayasa m. 35’te bu hakkın toplum yararına aykırı kullanılamayacağı ve yalnızca kamu yararı amacıyla, kanunda düzenlenmiş olmak şartıyla sınırlandırılabilceği söylenmiştir. Örneğin TMK m. 2’de düzenlenen “hakkın kötüye kullanılması yasağı” sebebiyle eşyanın sahibi mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin hepsini kullanamaz. Bu sınırlandırmanın kapsamı ise dürüstlük kuralı uyarınca belirlenir¹⁷⁵. Ayrıca 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu kapsamında yapılacak kamulaştırmalar da yine mülkiyet

¹⁷⁴ Anayasa Mahkemesi 2B. (24.03.2016) B. 2013/ 6587. (www.lexpera.com.tr).

¹⁷⁵ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, 2015, Eşya Hukuku, s.274.

hakkının sınırlandırılması için bir başka örnektir. Kanundan alınan yetkiyle yapılması gereken kamulaştırmalar için “kamu yararı” amacı ise anayasa m. 2’deki hukuk devleti ilkesi temelinde bağımsız mahkemelerce denetlenmektedir.

Kanunlarda bulunan buna benzer sınırlamaların dışında anayasa m. 56’da düzenlenen ve kolektif bir hak olan “çevre hakkı” sebebiyle de kamu yararının bulunduğu ve buna istinaden mülkiyet hakkının sınırlandırılabilceği ileri sürülebilir¹⁷⁶. Böylece bir temel hak diğer bir temel hak için sınırlandırma sebebi olabilmektedir. Bu iki hakkın özelliklerine bakıldığında ise ilk fark edilen, çevre hakkının kolektif, mülkiyet hakkının ise bireysel bir hak olduğudur. Bir bakıma kolektif bir hakkın hukuk çevrelerince bireysel hakka tercih edildiği söylenebilir. Bu bağlamda Aliaga’da Yüksek Planlama Kurulu tarafından belirlenen ve bu kapsamda Bakanlar Kurulu kararıyla yapılan özel mülkiyet kamulaştırmaları da acele yolla yapılan bir bölgede serbest ticaret bölgesi kurulmasının amaçlandığı ve bunun çevreye vereceği zarardan bahisle Bakanlar Kurulu kararının iptali amacıyla açılan bir davada Danıştay, “...olayda kamu yararı kavramıyla belirlenmek istenilen, kurulan serbest bölgede ekolojik dengenin bozulup bozulmayacağı, doğanın kirletilip kirletilmeyeceği, arazinin ve doğal kaynakların, su, toprak ve havanın, ülkenin bitki ve hayvan varlığının, doğal ve tarihsel zenginliklerinin zedelenip zedelenmeyeceği hususlarının saptanması ve ileride yapılacak masrafların önlenmesi ve milli değerlerin kayba uğratılmamasının sağlanmasıdır” demiş ve her ne kadar olayda mülkiyet hakkıyla çatışmasa da çevre hakkının sağlanmasının kamu yararı sayılacağına işaret eden şu hükmü vermiştir; “Sonuç olarak, dava dosyası içeriği ve bilirkişi raporunun kesin sonuçlarından Bakanlar Kurulu kararıyla öngörülen serbest bölgedeki enerji üretim faaliyetleriyle sınai tesislerin işletmeye açılması halinde ekolojik dengenin olumsuz etkileneceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, uyuşmazlık konusu yörede sanayi amaçlı serbest bölgenin kurulması ve bunlara enerji sağlayacak üretim faaliyetlerinde bulunulması ve bölgedeki özel mülkiyete konu taşınmaz malların acele kamulaştırılması yolundaki dava konusu kararnamede kamu yararı bulunmadığından iptaline karar verildi”¹⁷⁷. Çevre ve sağlık haklarının yaşama hakkına dayalı olarak

¹⁷⁶ Gürseller, 2008, s.203.

¹⁷⁷ Danıştay 10.D (28.04.1992), E. 1990/2278, K. 1992/1672. (www.lexpera.com.tr).

diğer temel hakların uygulanabilmesi için şart, yani “sine qua non” niteliği olması onların diğer haklara göre önceliği bulunmasını gerektirir¹⁷⁸.

Her ne kadar AİHS’nde çevre hakkına müstakil olarak yer verilmemiş olsa da diğer temel insan haklarının kullanılması üzerindeki etkileri sebebiyle bir insan hakkı olarak değerlendirilebilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu yönde verdiği kararlarla bunu desteklemiştir. Örneğin bir kararında evinin yakınlarındaki şehir çöplüğünün sıkışan metan gazı sebebiyle patlaması sonucu yakınları can kaybına uğramış ve evi zarar görmüş bir kişinin devlet tarafından çevresel risklerle ilgili bilgilendirilmediği, gerekli tedbirlerin alınmadığı ve etkili bir denetim yapılmadığı sebeplerine dayanarak hem AİHS m. 2’deki yaşam hakkının, hem de Sözleşme Ek Protokol m. 1’deki mülkiyetin korunması hakkının ihlal edildiği sonucuna vararak tazminata hükmetmiştir¹⁷⁹.

Kentsel Dönüşüm Hukuku’nun konularından biri olan ve özellikle ARAADHK kapsamında bulunan, dönüşüm sürecini ilgilendiren doğal afetlerin; AİHS m. 2 kapsamındaki yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı açısından değerlendirilmeleri bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir davada, doğal afet kabul edilen toprak kayması sonucu can ve mal kaybına uğrayan bir kişinin başvurusunu m. 2 kapsamında değerlendirerek haklı görmüştür¹⁸⁰. Bir başka davada deprem sonucu hayatını kaybeden kişilerin başvurusunu karara bağlayan mahkeme, yıkılan binalarda devletin sorumluluğunun bulunduğunu bu sebeple m. 2’deki yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁸¹. Bu davayı bireysel bir başvuru, bireysel bir hak dolayısıyla özel bir yarar açısından inceleyen mahkemenin depremde devletin sorumluluğuna hükmetmesi; bu kararın, afet riski sebebiyle yapılan kentsel dönüşümlerde asıl olanın bireysel yarar olduğunun ve üstün nitelikli özel yararın bulunduğunu gösteren bir örnek olduğuna işaretir¹⁸².

¹⁷⁸ Turgut Nühket, Çevre Hukuku, Ankara, Savaş Yayınları, (1998), s.153; [Aktaran] Uz, Abdullah “Türkiye’de Çevre Hakkının Mülkiyet Hakkı ve Özel Teşebbüs Hürriyeti Üzerindeki Etkileri.” Amme İdaresi Dergisi, C.41(S.3), (2008), s.117.

¹⁷⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (30.11.2004), Öneriyıldız v. Türkiye, 48939/99.

¹⁸⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (20.03.2008), Budayeva ve Diğerleri v. Rusya, 15339/02.

¹⁸¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (17.11.2015), Özel ve Diğerleri v. Türkiye, 14350/05, 15245/05, 16051/05.

¹⁸² Bkz s.23-25.

Bunun yanında Türkiye’de kentsel dönüşüm uygulamaları sebebiyle kimi yerleşimcilerin anayasal hakları olan konut ve yerleşme özgürlüklerinin ihlal edildiği konusu gündeme gelmektedir. Özellikle dar gelirli kesimin yerlerinden edilerek onların şehir dışındaki banliyölere yerleşmeye zorlandıkları ve kentin daha nezih yerlerinde ise soylulaştırma¹⁸³ yöntemiyle daha üst gelir gruplarından kişilerin yerleştirildikleri iddia edilmektedir¹⁸⁴. Bu bağlamda eğer yaşadığı yerden çıkartılan kişi o yerin maliki ise mülkiyet hakkının, sakini ise konut dokunulmazlığı hakkının, hem maliki hem de sakini ise her iki hakkın ihlali gündeme gelmektedir. Her ne kadar Türkiye’deki kamulaştırma uygulamalarında kamusal müdahaleler için konut dokunulmazlığı değerlendirmesine çok fazla değinilmese de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu konuda vermiş olduğu emsal kararlarda taraf devletlerin sık sık, konut dokunulmazlığı hakkını düzenleyen Sözleşme m. 8’i ihlal ettiği değerlendirilmesi yapılmıştır¹⁸⁵.

1.2.2.2. Uluslararası Hukuktaki Gelişimi

Paris komününe kadar dayanan kent hakkı, modern anlamda yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren ve sağlık hakkı ve onun uzantısı olan çevre hakkına paralel şekilde gelişmeye başlamıştır. 1946 yılında toplanan New York Konferans’ında, Birleşmiş Milletler’e üye ülkeler tarafından imzalanarak 7 Nisan 1948’de yürürlüğe giren Dünya Sağlık Örgütü(DSÖ) Anayasası teknik olarak bir anayasa olmasa da uluslararası bir sözleşme olsa dahi; uluslararası hukukta sahip olması gereken yerin önemi ve adeta normlar hiyerarşisinin en tepesindeymiş gibi, sonrasında oluşturulacak ikincil hukukun bu sözleşmeye uygun düzenlenmesi gerektiğini belirtmesi açısından anayasa(constitution) olarak adlandırılması¹⁸⁶ dikkat çekicidir. İlgili tüzüğün başlangıç kısmında, taraflarca kabul edilen sağlık hakkının tanımı yapılmıştır. Buna

¹⁸³ Bkz. dipnot 18.

¹⁸⁴ Ergun, Cem, Hüseyin Gül, “Barınma Hakkının İhlal Edilme Sürecinde Kentsel Dönüşüm Projeleri.” (Ed.) Mesut Gülmez, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, Denizli, Petrol-İş, (2010), s.364-365.

¹⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (26.02.2004), Cvijetic v. Croatia, 71549/01.

¹⁸⁶ Dünya Sağlık Örgütü (Ekim 2006), Temel Belge(Basic Document)-(E/C.12/2000/4 no.14), s.1, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf 06.03.2018.

göre; “ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ve sosyal durum ayrımı yapılmaksızın, ulaşılabilen en üst standartta sağlık her insanın temel hakkı” olarak tarif edilmiştir¹⁸⁷.

Bu tarihten sonra da pek çok uluslararası sözleşmede bu hak düzenlenmiştir. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 25’e göre “herkes; yiyecek, giyecek, barınma ve sağlık hizmeti ve gerekli sosyal hizmetler ve işsizlik, hastalık, malullük, dul, yaşlılık ve elinde olmayan diğer geçim zorlukları için güvenlik hakkını içerecek şekilde kendisi ve ailesinin yaşamasına yetecek sağlık ve mutluluk standardına sahiptir”. Görüldüğü üzere barınma hakkı da bir insan hakkı olarak sağlık hakkına dahil edilmiştir¹⁸⁸.

2000 tarihinde ise Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarla İlgili Uluslararası Sözleşme’yi gözetten Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin sözleşmeyle ilgili “Genel Yorum”unda sağlık hakkının, barınma hakkı dahil diğer pek çok hakla yakından ilgili hatta uygulanabilmeleri için sağlık hakkına bağlı olduklarını beyan etmiştir. Ayrıca temiz su, güvenli gıda, sağlık koşullarına uygun çalışma alanını da sağlık hakkı kapsamına dahil etmiştir¹⁸⁹.

Avrupa Birliği Hukuku’nda da sağlık hakkı önemli bir yere sahip olup, 1965 tarihli Avrupa Sosyal Şartı m. 11, “sağlığın korunması hakkı” olarak zikrettiği, herkesin en üst seviyede sağlık imkanlarından faydalanabilme hakkına sahip olduğunu, sağlığı olumsuz etkileyecek etmenlerin elimine edilmesini öngörmüştür¹⁹⁰.

Kısacası uluslararası alanda sağlık hakkı ile ilgili hangi sözleşmeye bakılacak olursa bakılsın çevre hakkı ve barınma hakkının sağlık hakkı kapsamında zikredildiği görülür. Çevre hakkı ise ilk kez bir insan hakkı biçiminde 1972’de Stockholm’de toplanan Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı’nda kabul edilmiştir. Bu konferansta

¹⁸⁷ Dünya Sağlık Örgütü (Ekim 2006), Temel Belge(Basic Document)-(E/C.12/2000/4 no.14), s.1, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf/ 06.03.2018.

¹⁸⁸ Birleşmiş Milletler (Aralık 1948), İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (217.A(III)), s.52, http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf/ 07.03.2018.

¹⁸⁹ Dünya Sağlık Örgütü (Temmuz 2002), Sağlık ve İnsan Hakları üzerine 25 Soru 25 Cevap (Çev. Nazmi Zengin), http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42526/10/9241545690_tur.pdf/ 07.08.2018.

¹⁹⁰ Temiz, Özgür, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı.” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 69, (S.1), (2014), s.173.

çevre sorunlarının evrenselliği ve insanın artık çevresel koşulları dönüştürebilecek teknolojik güce eriştiği ve gerek doğal gerekse de insan yapımı çevre koşullarının insan için ve temel insan haklarının karşılanması için gerekli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca deklarasyon m. 1’de “*insan, onurlu ve iyi bir hayata müsaade edecek kalitede bir çevrede özgür, eşit ve uygun yaşam koşulları temel hakkına sahiptir*” denilerek çevre hakkının temel bir insan hakkı olarak tanımını yapılmıştır¹⁹¹.

Daha sonraları uluslararası düzeyde yapılan çevre ile ilgili hukuksal boyuttaki faaliyetlerde çevre ile ilgili sorunlar bu hak üzerinden ele alınmıştır. Birleşmiş Milletler Çevre Programı kapsamında 1982 Dünya Doğa Şartı, 1987 tarihli Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu tarafından hazırlanan Ortak Geleceğimiz Raporu, 1992’de Rio’da, 2002’de Johannesburg’da ve 2012 yeniden Rio’da toplanan Birleşmiş Milletler zirveleri, çevre hakkının insan hakkı olarak tanındığı ve çevresel sorunlarla ilgili bazı çözümlerin ortaya konmaya çalışıldığı toplantılar olmuşlardır¹⁹². Nitekim Rio Bildirgesi m. 1, herkesin tabiatla uyumlu, üretken ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkından bahsederek bir insan hakkı olduğunu ima etmiştir. Çevre hakkı içerisine üretkenlik kavramı da dahil edilerek, üretkenlik için uyumlu ve sağlıklı bir çevrede yaşamanın gerekliliği üzerinde durulmuş ve bir nevi ekonomik kalkınma yönü belirtilmiştir. Yine Rio Bildirgesi’nde çevre sorunlarının çözümüne bireylerin katılımının önemine dikkat çekilmiştir¹⁹³. Bu yönüyle çevre konusunda aktif statü haklarının yani karar süreçlerine halkın siyasi katılımının üzerinde durulmuştur.

Ayrıca Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu tarafından imzaya açılan ve 2001 tarihinde yürürlüğe giren “Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi” (Aarhus Sözleşmesi¹⁹⁴) de halkın katılımı konusunu düzenlemiş ve üç başlığından birini bu konuya ayırmıştır. Buna göre, sorumluluk ve şeffaflığı arttırmak, kararların ve uygulamaların kalitesini iyileştirmek ve halkın çevre bilincini arttırarak taleplerini iletebilmesini sağlamak

¹⁹¹ Birleşmiş Milletler (Haziran 1972), İnsan Çevresi Konferansı Raporu (A/CONF.48/14/Rev.1), s.3-4, <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>, 07.03.2018.

¹⁹² Gönüllü, 2014, C.32, s.35-37.

¹⁹³ Pallemarts, Marc (Çev. Bülent Duru) “Stockholm’den Rio’ya Uluslararası Çevre Hukuku: Geleceğe Doğru Geri Adım Mı?” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 52(1), (1997), s.621, 624.

¹⁹⁴ Danimarka’nın Aarhus şehrinde imzaya açılması sebebiyle bu isimle anılır.

amacıyla çevre ile ilgili konularda hukuki düzenlemelerin hazırlanması ile plan ve politikaların belirlenmesine halkın katılımının sağlanması öngörülmektedir. Katılımın ne şekilde yapılacağı taraf devletlere bırakılmıştır. Her ne kadar katılımın sonucunun devletler üzerinde hukuki bir bağlayıcılığı bulunmasa da sözleşmeye göre taraf devletlerin, kararların belirlenmesinde bu sonuçları göz önünde bulundurma zorunluluğu vardır. Ayrıca devletlerin gerek katılımdan önce konuyla ilgili ve gerekse katılma aşmasından sonra katılımın sonucuyla ilgili halkı bilgilendirmesi gerekmektedir. Buradaki halk kavramından kasıt, “ilgili halk”tır, yani o konuda somut bir menfaati bulunan halktır. Aarhus Sözleşmesi’nin katılımı ile ilgili kısmı daha çok çevre hukukunu ilgilendirmesi sebebiyle, kentsel dönüşümle ilgisi daha çok proje aşamasında bulunmaktadır. Avrupa Birliği de Aarhus Sözleşmesine paralel bir yönergeyi¹⁹⁵ 2003 tarihinde kabul etmiştir. Her ne kadar Türkiye Aarhus Sözleşmesi’ni henüz imzalamamış da olsa Avrupa Birliği üyelik sürecinde yerine getirmesi gereken kriterlerden biri olarak 2009 ilerleme raporunda buna işaret edilmiştir¹⁹⁶.

Avrupa Birliği Hukuku açısından ise kurucu antlaşma olan Roma Antlaşması’ndan 1987 Avrupa Tek Senedi’ne kadar temel hukuki metinlerde çevre konusunun yer almadığı görülmektedir. Buna rağmen 1970’li yıllardan itibaren dünyadaki genel konjonktür ve çevre hakkının uluslararası sözleşmelerde yer almaya başlamasıyla birtakım çalışmalar yapılmıştır¹⁹⁷. Çevre başlıklı, Avrupa Tek Senedi m. 25’de Topluluğun çevreye ilişkin faaliyetleri genel olarak sıralanmış, bunların başında ise, çevreyi muhafaza etme, koruma ve kalitesini yükseltme sayılmıştır. Ayrıca devamında, pek çok hukuki metnin tersine çevre hakkı sağlık hakkının kapsamında değil, burada sağlık hakkı çevre hakkı kapsamında düzenlenerek kişilerin sağlığı için çalışma Topluluk faaliyetleri arasında sayılmıştır. Ayrıca ikincillik ilkesi gereği Topluluğun daha kolay ulaşabildiği çevre sorunları için üye devletten önce doğrudan harekete geçmesini öngörmüştür. İlgili düzenleme m. 25 çevrenin sosyo-ekonomik boyutuna da değinmiştir. Buna göre, Topluluk harekete geçerken fayda-maliyet

¹⁹⁵ Çevre ile İlgili Belirli Plan ve Programların Oluşturulması Sürecine Halkın Katılımına İlişkin Yönerge 2003/35/EG.

¹⁹⁶ Güneş, Ahmet M., “Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme.” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, (2010), s. 310-312, 317-318.

¹⁹⁷ Duru, Bülent, “Avrupa Birliği Çevre Politikası.”, (Ed.) Çağrı Erhan, Deniz Senemoğlu, Avrupa Birliği Politikaları. Ankara, İmaj Yayınevi, (2007), s.170.

hesaplaması yaparak, bölgeler arasındaki gelişmişlik farkını azaltmayı ve bütün olarak Topluluğun ekonomik ve sosyal kalkınmasını amaçlamalıdır¹⁹⁸. Bu durum için de kentsel dönüşümün temel amaçlarından kabul edilen çöküntü alanlarının düzenlenmesine, Topluluk nezdinde iyi bir hukuki temel olduğu söylenebilir.

Daha sonra gerek Topluluğun ekonomik ağırlıklı kriterlerini belirleyen ve Avrupa Ekonomik Topluluğu yerine Avrupa Birliği kavramının kullanıldığı 1992 Maastricht gerek 1997 Amsterdam ve 2001 Nice Antlaşmalarının, bu bakış açısında köklü değişimler olmadan yeni ve etkili sürdürülebilir ekonomik kalkınma çerçevesinde çevre politikaları belirleme çabaları dikkat çeker¹⁹⁹.

Avrupa Birliği Hukuku'nun gelişim sürecinde yapılan antlaşmaların derlendiği, "Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın Derlenmiş Hali" m. 2, Topluluğun görevlerini tarif ederken, çevre kalitesinin korunması ve geliştirilmesinden, yaşama standartları ve yaşam kalitesinin yükseltilmesinden ve üye ülkeler arasında ekonomik ve sosyal bütünleşme ve dayanışmadan bahsetmiştir. Sonraki çeşitli maddelerde Topluluk çevre politikalarına yol gösterici bazı maddeler bulunmaktadır²⁰⁰.

Yine henüz üye ülkelerin tamamı tarafından onaylanmamasından dolayı yürürlüğe girmemiş de olsa 2005 tarihli Avrupa Birliği Anayasası m. 223'te de çevre ile ilgili hükümlere rastlanmaktadır. Avrupa Birliği Anayasası, Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın Derlenmiş Hali'nden çok farklı hükümler getirmemiştir. Çevre başlıklı m. 223; Topluluk politikalarının çevre kalitesini korumayı ve geliştirmeyi, insan sağlığını korumayı, doğal kaynakların sürdürülebilir ve rasyonel kullanımı ile bölgesel ve küresel çevre sorunlarına uluslararası düzeyde tedbirler almayı amaçlamasını ve bunları yaparken bölgeler arası sosyal ve ekonomik gelişmişlik farkıyla bunların dengeli kalkınmasını, ayrıca faaliyetlerinde fayda-maliyet hesabının dikkate alınmasını öngörmektedir. Devamındaki m. 224'te ise kırsal alan ve kent

¹⁹⁸ Avrupa Ekonomik Topluluğu (1987), Avrupa Tek Senedi (OJ L 169), (Çev. Meltem Cansever – İktisadi Kalkınma Vakfı), <http://www.ikv.org.tr/images/files/A4-tr.pdf>, 08.03.2018.

¹⁹⁹ Duru, 2007, s.171-172.

²⁰⁰ Avrupa Birliği (2000), Consolidated Version Of The Treaty Establishing The European Community (12002E/TXT), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12002E%2FTXT>, 08.03.2018.

planlaması ile arazi ve atık yönetimi ile ilgili kanun ve çerçeve kanunların Avrupa Birliği Komisyonu'nda oybirliğiyle kabul edilerek yürürlüğe gireceği belirtilmiştir²⁰¹.

Kent hakkının aslında Paris Komünü ile dünya gündemine geldiği konusuna yukarıda değinilmişti. Yine Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 25'e göre her insanın kendisi ve ailesi için barınma dahil sağlık ve mutluluğuna yetecek ölçüde yaşam standardını isteme hakkına sahip olduğu ve modern anlamda kent hakkının ilk kez bu temeller üzerine bina edildiği de yukarıda belirtilmişti²⁰². Bu anlamda barınma ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının her insana tanınmış bir insan hakkı olduğu ve insanın bu hakka doğuştan sahip olduğu belirtilmiştir.

Bu temelde 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi imzaya açılmış, 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme m. 11'de, *"taraf devletler, herkesin, yeterli beslenme, giyim ve barınma/(konut) dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli (düzeyde) bir yaşam standardına sahip olma ve yaşama koşullarını sürekli olarak geliştirme hakkını tanırlar"*²⁰³ denilerek barınma, yani konut hakkını zikretmiş ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 25'e paralel düzenleme getirmiştir.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi; başlangıç kısmı üçüncü paragrafında, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne atıf yaparak, özgür insan hedefine tam anlamıyla ulaşabilmek için insanların ekonomik ve sosyal hakların yanı sıra medeni ve siyasi haklarının da sağlanması ve devlet tarafından güvenceye alınması gerektiğini öngörmüştür²⁰⁴. Bu bağlamda her iki belge de çevre hakkında olduğu gibi kent hakkı için de farklı bileşenlerin karar alma sürecine katılımının insanların medeni ve siyasi hakları için önemli olduğunu belirtmiştir.

²⁰¹ Avrupa Birliği (2005), Avrupa Birliği İçin Bir Anayasa Hazırlama Antlaşması, s. 109-110, https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_en.pdf, 06.03.2018.

²⁰² Bkz s.79-80.

²⁰³ Birleşmiş Milletler (1966), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (2200 A XXI), (Çev. Mehmet Semih Gemalmaz) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. cilt, Uluslararası Sistemler, İstanbul, Legal Yayınevi, (2011), s.32.

²⁰⁴ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (1966), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (2200 A XXI), <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, 10.03.2018.

Sonuçta Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi 1966 yılında imzalanmış ve m. 25'te kişilerin kamu hizmetlerine demokratik şekilde doğrudan veya temsil edilerek katılımı düzenlenmiş, bu da kent hakkının kullanımına etki eden bir hüküm olmuştur.

Kent hakkının gelişmesinde uluslararası antlaşmalar dışında özellikle Birleşmiş Milletler kapsamında yapılan toplantılar önemli yer tutmuştur. Bunların başında ise Çevre Kalkınma Toplantıları ve yaşam alanı anlamına gelen HABİTAT adıyla bilinen İnsan Yerleşimleri Toplantıları gelmektedir. Bu toplantıların konusu insanların barınma koşullarının iyileştirilmesidir. 1976 tarihinde Kanada'da yapılan birinci HABİTAT toplantısında daha çok, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde geçen "katılım ilkesi" temelinde insanların kendi yaşam alanlarının planlanmasına ve çevre sorunlarının çözümüne katılımının sağlanması amaçlanmıştır²⁰⁵. Bu bağlamda idari araçlar teşkil ettirilmesi yönünde kararlar alınmış, toplantının akabinde 1978 yılında Birleşmiş Milletler Yapı, Konut ve Planlama Merkezini de kapsayacak şekilde Birleşmiş Milletler İnsan Yerleşmeleri Örgütü kurulmuştur. Bu örgütün amaçlarının başında yerleşme, konut, altyapı ve kent hizmetlerinin planlanması ve uluslararası iş birliği bulunur²⁰⁶.

HABİTAT toplantılarının ikincisi ise İstanbul'da 1996 yılında düzenlenmiştir. HABİTAT II'nin birincisinden farkı ise temel olarak devletler ve onlara bağlı kamu kuruluşlarının dışında sivil toplum kuruluşlarını ve diğer bileşenleri de sürece dahil ederek katılımı arttırmak ve demokratik ve şeffaf şekilde farklı fikirlerle ortak bir karara varmak olmuştur. Zira toplantı deklarasyonunda, toplantının iki ana temasından birincisi niceliksel olarak herkese yetecek sayıda konut bulunması ve insanların barınma ihtiyacının karşılanması, ikincisi ise bu yerleşimlerin sürdürülebilir olmasının sağlanması şeklinde belirlenmiştir. Yani amaç hem yeterli sayıda konutun sağlanması hem de bu konutların şartlarının iyileştirilmesidir. Bu kapsamda ekolojik dengenin korunması, uluslararası iş birliği, gelecek nesillere bırakılacak sürdürülebilir gelişim ve özellikle yerel yönetim, özel sektör ile sivil toplum örgütlerinin de sürece

²⁰⁵ Gönüllü, 2014, C.32, s.39-40.

²⁰⁶ Keleş, 2015, s.640-641.

katılımının gerekliliği üzerinde durulmuştur. İmarlı çevreden de bahsedilen toplantıda yeni konutların yapımı, eskilerin rehabilite edilmesi ile kent tasarımının insanların refah, davranış ve dolayısıyla sağlıklarını ve sürdürülebilir yaşam koşullarını etkilediği savunulmuştur. Ayrıca yüksek konutların çevresel ve sosyal bütünlüğü bozmaması; denetim, muayene ve güvenliğin sağlanarak tasarımın kaliteli yapılmasına ihtimam gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yaşanabilirliğin topluluklar arasında farklılık göstermesi sebebiyle, deklarasyona göre bu standart farklılıklarına da dikkat edilmesi gerekmektedir²⁰⁷.

HABİTAT II toplantısının özellikle afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi ile ilgili tarafına gelince deklarasyon, afetleri doğal ve insan eliyle olmak üzere ikiye ayırmış ve silahlı çatışma bölgelerini de afet alanları olarak kabul etmiştir. Afetlerin genellikle altyapı zafiyetleri ile afet riskli alanların iskan edilmesinden kaynaklandığı belirtilmiş, bununla başa çıkabilmek için önleme, hazırlıklı olma, hafifletme ve müdahale etme enstrümanlarından bir ya da daha fazlasının bir arada kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bunlardan önleme ve hazırlıklı olma enstrümanlarının kentsel dönüşümle doğrudan ilgili olduğu söylenebilir. Buna göre risk değerlendirmesine göre arazi kullanma kuralları ile yapı standartları belirlenmesi hedefi ortaya konulmuştur²⁰⁸.

HABİTAT II toplantılarının Türkiye'deki kentleşme politikalarına büyük etkisi olmuştur. Bu bağlamda toplu konut ve kentsel dönüşüm mevzuat ve uygulama çalışmalarına hız verilmiş, ayrıca herkese yetecek konut düsturundan hareketle TOKİ kapsamında başta dar gelirli olmak üzere sosyal konut projeleri yapılmıştır²⁰⁹.

Son olarak 2016'da Ekvator'da yapılan HABİTAT toplantılarının üçüncüsünde ise HABİTAT II'deki hedeflere kısmen ulaşıldığı belirtilmiş, bu

²⁰⁷ Birleşmiş Milletler (1996), İnsan Yerleşimleri Konferansı Habitat II İstanbul Deklarasyonu, s.2,56,57, <https://www.toki.gov.tr/habitat/dokumanlar/habitatgundemi.doc>, 14.03.2018.

²⁰⁸ Birleşmiş Milletler (1996), İnsan Yerleşimleri Konferansı Habitat II İstanbul Deklarasyonu, s.2,56,57, <https://www.toki.gov.tr/habitat/dokumanlar/habitatgundemi.doc>, 14.03.2018.

²⁰⁹ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (24.10.2016) Türkiye Habitat-III Konferansına Katıldı, <http://habitat.csb.gov.tr/turkiye-habitat-iii-konferansina-katildi-haber-65396>, 14.03.2018.

doğrultuda devam ederek; güvenli, dayanıklı ve sürdürülebilir kentleşme, yeni hedefler olarak belirlenmiştir²¹⁰.

Avrupa’da kent hakkının gelişim süreci ise Avrupa Birliği Hukuku’ndan ziyade, 1949’da demokrasi ve insan haklarının gelişimi için kurulan ve Türkiye’nin üyesi olduğu Avrupa Konseyi²¹¹ kapsamında imzalanan Avrupa Kentsel Şartı katılımcılığı ve yerel yönetimleri odağına koymaktadır. Kentlerin demokratik ve şeffaf bir anlayışla yönetilmesi gerektiğini ileri süren bu şart kentin kentlilere ait olduğunu söylemekte ve bu bağlamda kent halkının, kentin planlanması ve yönetiminde bulunmasının, bunun için halk oylamaları ve doğrudan katılım şekillerinin desteklenmesi gerektiğini savunmaktadır²¹². Bununla birlikte herkesin sağlıklı, güvenli, yerleşik, zevk ve şevk veren bir çevrede yaşama hakkı olduğundan bahisle yaşama hakkına dayalı kent hakkı tanımı yapılmıştır. Bunun dışında kent merkezlerindeki şehir dokusunun korunması, kentler planlanırken açık alanların unutulmaması ve doğanın korunması gerektiğine değinilmiş ayrıca suçun önlenmesi kent hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Avrupa Kentsel Şartının, Kentli Hakları Deklarasyonu’nda, Avrupa kent sakinlerinin sahip olduğu haklar sayılmıştır. Kent hakkının bileşenleri olan ve toplam yirmi tane olan bu haklar; güvenlik, temiz ve sağlıklı bir çevre, istihdam, iskan, seyahat, sağlık, spor ve boş vakit, kültür, kültürler arası entegrasyon, kaliteli mimari ve fiziksel çevre, işlevlerin uyumu (yaşama, çalışma, seyahat ve sosyal faaliyetlerin birbirleriyle yakın ilişkili olması) , katılım, ekonomik gelişme, sürdürülebilir kalkınma, hizmetler ve mallar (yerel yönetimler veya özel sektörce sunulan kaliteli mal ve hizmetlere ulaşabilme), doğal zenginlikler ve kaynaklar (kaynakların eşit ve etkin şekilde o kentte yaşayanların yararına kullanılması), kişisel gelişim (bireylerin sosyal, kültürel, ahlaki ve ruhsal gelişiminin sağlanabilmesi), yerel yönetimlerin işbirliği(kent halkının da bu işbirliğine katılabilmesi), finansal yapı ve mekanizmalar (bu hakların sağlanabilmesi için yerel yönetimlere yeterli kaynak sağlanması) ve tüm bu haklardan eşit olarak faydalanılabilmesi anlamına gelen eşitliktir. Bu haklar Avrupa Konseyi tarafından

²¹⁰ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (24.10.2016) Türkiye Habitat-III Konferansına Katıldı, <http://habitat.csb.gov.tr/turkiye-habitat-iii-konferansina-katildi-haber-65396>, 14.03.2018.

²¹¹ İng.(t3) Council of Europe

²¹² Pektaş, Ethem Kadri, “Avrupa Kentsel Şartları Perspektifinde Bir Kentli Hakkı Olarak “Katılım Hakkı” ve Türkiye.” Afyon Kocatepe Üniversitesi, İ.İ.B.F. Dergisi, C.XII (S.II), (2010), s. 31-32.

insan hakkı olarak tanınmıştır. Devamında ise kent hakkının insan hakları üzerindeki etki alanı ile ilgili; ayırım yapılmaksızın tüm sakinler için insan haklarının tesisi, genişletilmesi ve korunması üzerinde durularak kültür, spor faaliyetlerine katılma ile güvenlik, sağlık ve eğitim hizmetlerine ulaşabilme ve önleyici sağlık tedbirleri bu kapsamda kabul edilmiştir. Ayrıca insan için en uygun konutun tarifi yapılarak, yerleşimi ve aydınlanması iyi, yeterli büyüklükte, uygun sosyal tesisi olan ve kirlilik karşısı ihtiyaçları karşılayan evlerin makul fiyata sağlanması da kent hakkı dolayısıyla insan hakkı olarak değerlendirilmiştir²¹³. Sonuç olarak nicelikten çok niteliğe önem veren Avrupa Kent Şartı, Avrupa'daki kentlilerin içinde yaşama hakkına sahip olduğu uygun çevrenin ve uygun meskenin ölçütlerini belirlemiştir.

Katılım konusundaki hassasiyeti ile Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine benzeyen bu şart, 2008 tarihinde bir manifesto ile güncellenmiştir. Ayrıca yerel seçim dönemlerinde, yönetilenlerin yönetenlerle karar alma sürecinde etkileşime girmeleri anlamına gelen yönetişimin desteklenmesi gerektiği söylenmiştir. Farklı kesimlerin katılımının zorunluluğunu tekrarlayan bu manifesto bazı teknik konulara da girerek aynı şehirdeki bölgeler arasındaki sosyal uçurumu azaltmayı hedefleyen uyumlu kent, teknoloji ve iletişimin daha çok kullanıldığı bilgi temelli kentler, sürdürülebilir toplu ulaşım ve yumuşak ulaşım olarak adlandırılan bisiklet gibi doğa dostu, sağlıklı ulaşım desteklenmiştir²¹⁴.

Bunların dışında Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletlerin daha çok yerel yönetimlerin kentleşme konusunda yetki olarak güçlendirilmesi ve finansal olarak desteklenmesini öngördüğü düzenlemeleri bulunmaktadır. Avrupa Birliği kentleşme konusunun ayrıntılarını daha çok yerel yönetimlere bırakmış gibi gözükse de 2007 tarihli “Sürdürülebilir Avrupa Kentleri için Leipzig Şartı” birbirine entegre şehirlerin planlanarak yoksul bölgelere odaklanılıp şehrin dengeli kalkınmasının sağlanmasını öngörmektedir. Entegre kentsel gelişimin ise mekan, zaman ve sektörlerin eşgüdüm

²¹³ Avrupa Konseyi Avrupa Kentsel Şartı (1992), Avrupa Kent Hakları Deklarasyonu (The European Declaration of Urban Rights), <http://www.mo.org.tr/UIKDocs/urbancharter1.pdf>, 15.03.2018.

²¹⁴ Avrupa Konseyi Avrupa Kentsel Şartı – 2 (2008), Yeni Bir Kentlilik İçin Manifesto (269), (Çev. Aydan Erim), Mimarlar Odası – Ağustos 2008, <http://mo.org.tr/UIKDocs/kentselsart2.pdf>, 15.03.2018.

içinde olmasını ifade ettiği belirtilmiştir²¹⁵. Yine 2007 tarihli Avrupa Birliği Bölgesel Kalkınma Gündemi Hakkındaki Açıklama Belgesi hukuksal bir belge olmasa da düzenli kentleşmeyle ilgili bazı ifadeler içermekte ve çok merkezli, yenilikçi ve rekabetçi şehirler amaçladığını bunun yanında kentsel ve kırsal bölgeler arasında daha fazla işbirliği amaçladığını açıklamıştır²¹⁶.

Burada eleştirel olarak yaklaşıldığında uluslararası belgelere kıyasla Türkiye’de yerel yönetimler ARAADHK kapsamında kentsel dönüşüm sürecinin merkezinde bulunmamakta, sürecin merkezinde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, yani merkezi idare bulunmaktadır. Yerel yönetimler ise daha çok merkezi idareyle bireyler arasında bir çeşit aracı konumunda ve proje safhasından ziyade ikincil plandaki bazı teknik konulara müdahil olmaktadır.

1.2.3. Konuyla İlgili Birincil ve İkincil Hukuk Kaynaklarına Genel Bir Bakış ve ARAADHK’nun “Önce Uygulanırlığı” Sorunu

Aslında doğal afetlerde, devletin yapması gereken uygulamalar 15.05.1959 tarih ve 7269 numaralı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’da gösterilmiştir. Bu kanuna göre, *“deprem (Yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetlerde; yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde alınacak tedbirlerle yapılacak yardımlar...”* düzenlenmiştir. Bu kanun, belirtilen konularla ilgili devlete ve bireylere yükümlülükler yüklemiştir. ARAADHK da yine doğal afetlerle ilgili devlete ve bireylere aynı konuda birtakım yükümlülükler getirmiştir.

İki kanunun düzenledikleri konular aynı olsa da aralarındaki belirgin fark için bakılması gereken nokta, 7269 sayılı yasa m. 1’de ifade edilen *“zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde”* ibaresidir. Buna göre 7269 sayılı kanun; doğal afet

²¹⁵ Avrupa Birliği (2007), Sürdürülebilir Avrupa Kentleri için Leipzig Şartı, (Çev. Aydan Erim), Mimarlar Odası, <http://www.mo.org.tr/UIKDocs/leipzigarti.pdf>, 15.03.2018.

²¹⁶ Avrupa Birliği (2007), Avrupa Birliği Bölgesel Kalkınma Gündemi Hakkındaki Açıklama Belgesi, (Çev. Aydan Erim), Mimarlar Odası, <http://www.mo.org.tr/UIKDocs/territorialcohesion.pdf>, 15.03.2018.

gerçekleştikten sonra veya gerçekleşmeden hemen önce, gerçekleşmesi “muhtemel” olduğu bir aşamadaki olağanüstü şartlar altındaki durumlarla ilgili devlet tarafından olağanüstü tedbirlerin alınması gereken halleri düzenlerken; ARAADHK ise henüz doğal afet gerçekleşmeden veya gerçekleşme aşamasına gelmeden önce ve olağanüstü koşullar henüz meydana gelmeden, risk altındaki yapıların ve diğer taşınmazların doğal süreçlerine yönelik olağanüstü tedbirleri düzenlemektedir²¹⁷. Anayasa Mahkemesi de ARAADHK’la ilgili verdiği kararda “*Kanun’un 1. maddesi ve genel gerekçesi dikkate alındığında, Kanunla, genel sağlığa zarar veren gerçekleşmiş olayların sonuçlarının derhal giderilmesinin ya da can ve mal güvenliğine yönelik yakın ve kesin tehlikelerin derhal önlenmesinin değil; afet riski altındaki alanların, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun dönüşümü sağlanarak sağlıklı ve dengeli bir çevre hâline getirilmelerinin, böylelikle ileride gerçekleşmesi muhtemel can ve mal kayıplarının önüne geçilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır*” diyerek bunu doğrulamıştır. Kısacası 7269 sayılı kanun olağanüstü koşullardaki olağanüstü tedbirlerle ilgilenir, buna karşın ARAADHK olağan koşullardaki olağanüstü tedbirlerle ilgilenmektedir. Bu bakımdan, bu iki kanunun kıyaslamasında; alınacak tedbirler açısından 7269 sayılı kanun idareye, acil durumlara müdahale amaçlı daha kapsamlı yetkiler verse de ARAADHK, henüz doğal afetlerin etkilemediği taşınmazların da kanun kapsamına dahil edilebilmesi yetkisi vermiş olması sebebiyle kanunun konusu açısından daha kapsamlıdır. Yine de konusu açısından bu kadar yakın kapsamlı iki kanunun uygulanmasında birbirlerinin uygulama alanıyla ilgili örtülü ilga durumunu engellemek amacıyla kanun koyucu ARAADHK m. 9’da şu hükme yer vermiştir: “*Bu Kanuna tabi riskli yapılar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanları hakkında 7269 sayılı Kanunun uygulanıyor olması bu Kanunun uygulanmasına engel teşkil etmez*”.

Bunların dışında yukarıda belirtildiği üzere²¹⁸ dar anlamıyla Türk Hukuk’unda “kentsel dönüşüm”ün tam karşılığı olan ve geniş anlamda kentsel dönüşüm yöntemlerinden biri olan 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 73 bu açıdan en temel

²¹⁷ Her ne kadar 6306 sayılı kanuna 2019 yılında eklenen m. 6/A’da doğal afet sonrası uygulanacak olan acil durum prosedürleri düzenlenmiş olsa da gerek kanunun ilk halinden gerekse gerekçesinden kanunun karakterinin, doğal afet gerçekleşmeden önce alınacak tedbirlere ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

²¹⁸ Bkz s.15.

kaynaklardan biridir. Söz konusu madde ise birinci cümlesinde amacını ortaya koyarak belediyelere, *“belediye meclisi kararıyla; konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturma, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etme, kentin tarihi ve kültürel dokusunu koruma veya deprem riskine karşı tedbirler alma”* görev ve yetkisini yüklemiştir.

Nitekim kanunun bütününe bakıldığı zaman da görülecektir ki belediyelerin görev ve sorumlulukları, m. 14/1/(a) birinci cümlede şu şekilde düzenlenmiştir: *“İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları (Bu Kanunun 75 inci maddesinin son fıkrası, belediyeler, il özel idareleri, bağlı kuruluşları ve bunların üyesi oldukları birlikler ile ortağı oldukları Sayıştay denetimine tabi şirketler tarafından, orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları ile Devlete ait her derecedeki okul binalarının yapım, bakım ve onarımı ile tefrişinde uygulanmaz.); sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır.”* Buna göre bir kentin imarından, genel olarak alt yapı ve temizlik hizmetlerinden belediyeler sorumlu tutulmuştur. Bu anlamda belediyelerin, m. 14’teki genel görev ve sorumlulukları, m. 73’te kentsel dönüşüm ile ilgili görev ve sorumlulukları ile örtüşmektedir.

Ayrıca 5366 sayılı “Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun” da Türk Kentsel Dönüşüm Hukuku dikkate alındığında başta gelen yasal dayanaklardan biri kabul edilir. Amaç ve kapsam başlıklı m. 1’de, söz konusu kanunun amacı; *“yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş; kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarının, bölgenin gelişimine uygun olarak yeniden inşa ve restore edilerek, bu bölgelerde konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması, tabii afet risklerine karşı tedbirler alınması, tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılmasıdır”* olarak ifade edilmiştir.

Kanunun konusu, son derece dar kapsamlı olarak “tarihi ve kültürel taşınmazlar” olarak belirlenmiştir. Bu taşınmazların neler olduklarının belirlenmesi ise yine aynı maddede, Kültür ve Turizm Bakanlığı’na bağlı olarak faaliyetlerini yürüten “koruma kurulları” tarafından yapılmaktadır²¹⁹.

Geniş anlamda kentsel dönüşümün Türk hukuk sistemindeki bir diğer hukuksal kaynağı, bu konuda kamusal sorumluluğu mahalli idarelerle birlikte paylaşan ve kanunun vermiş olduğu görev ve sorumlulukları devlet adına yerine getiren baş aktör olan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın teşkilat ve görevleri hakkında 644 sayılı Kanun Hükmünde Kararname(K.H.K.)’dir. ARAADHK m. 19 ile 644 sayılı K.H.K.’da yapılan değişiklik sonrası Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı altında “Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü” kurulmuştur. İlgili K.H.K.’nın “Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü”nün görevlerini düzenlediği m. 11’in (d) bendi, bu genel müdürlüğe kentsel dönüşümle ilgili şu görevleri yüklemektedir; *“Dönüşüm, yenileme ve transfer alanlarının belirlenmesi, dönüşüm alanı ilan edilen alanlardaki yapıların tespiti ile arsa ve arazi düzenleme ve değerlendirme iş ve işlemlerinin yapılmasını sağlamak; dönüşüm uygulamalarında hak sahipliği, uzlaşma, gerektiğinde acele kamulaştırma, paylı mülkiyete ayırma, birleştirme, finansman düzenlemelerinde bulunma, dönüşüm alanları içindeki gayrimenkullerin değer tespitlerini yapma ve Bakanlıkça belirlenen esaslar ve proje çerçevesinde hak sahipleri ile anlaşmalar sağlama, gerektiğinde yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme, kat mülkiyeti tesisi, tescili ve imar hakkı transferi ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek”*. İlgili maddede (f) bendindeki *“Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak”* ifadesi ise konuyla ilgili bu genel müdürlüğün görev ve sorumluluklarının K.H.K.’daki sayılanlarla sınırlı olmadığını göstermektedir.

Başta ARAADHK’un Uygulama Yönetmeliği olmak üzere diğer bazı ikincil hukuk düzenlemeleri konuyla ilgili birincil hukukun nasıl uygulanacağı konusunda ayrıntılı bilgiler vermektedir. ARAADHK’unu konu alan ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın 8.10.2012 tarihli ve 2012/14 1736 sayılı, Tapu ve Kadastro Müdürlükleri’ne yönelik genelgesi; yine Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği

²¹⁹ Keleş, 2015, s.679.

Bakanlığı'nın 1390 sayılı genelgesi taşınmazların haczedilmesi süreci ile ilgili bazı yenilikler getirmiştir.

Bunların dışında Türk Kentsel Dönüşüm Hukukuyla doğrudan ilgili veya onu dolaylı olarak ilgilendiren farklı kanun, kanun hükmünde kararname, yönetmelik ve genelgeler bulunmaktadır. Şimdilik bunlara kısaca değinilerek, ilgilendirdiği ölçüde farklı başlıklar altında ayrıntılı değinilecektir.

Kimi yazarların doğrudan yurtdışı örneklerden veya şehir planlaması ile ilgili kaynaklardan esinlenerek ileri sürdüğü ikincilik prensibinin Türk Kentsel Dönüşüm Hukuku açısından geçerli olmadığına, “İstisnailik İlkesi” başlığı altında değinilmişti²²⁰. Buna karşın ARAADHK için ise tam tersi kanunun ve buna bağlı olarak yapılan ikincil mevzuatın, alanıyla ilgili diğer yasalardan daha üstün tutulduğu ve öncelikle uygulanması gerektiği, gerek kanun ve gerekse kanunun gerekçesindeki çeşitli yerlerde bulunan düzenlemelerin hem lafzından hem de tarihsel yorum yöntemiyle kanunun bütünü dikkate alınarak yasa koyucunun niyetinden anlaşılmaktadır.

Örneğin imar mevzuatı, çevre düzenlemeleri açısından ön planda olan ve bu konuda ilk başvurulacak kanunlardır. Gerek teoride, gerekse uygulamada bunun yansımaları çok net görülebilmektedir. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 3 bu konuda açık bir hüküm getirerek şöyle demiştir: *“Herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz”*. Yani her ölçekte uygulanacak genel bir kural olan bu kural, yapılaşmaların üç şeye kesinlikle aykırı olamayacağını söylemektedir. Bunlar²²¹;

- Mevcut yürürlükteki her ölçekteki planlar,
- Yapının bulunduğu bölgenin özellikleri ve
- İlgili kanuna dayalı yönetmelik maddeleridir.

²²⁰ Bkz. s.27-28.

²²¹ Bilgin, Hüseyin, Yasin Sezer, “Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi” Ankara, Adalet Yayınevi, (2017), s.12.

İmar planlarında temel olarak bir taşınmazın kullanım amacı ve hangi şartlarda üzerine yapı inşa edilebileceği belirlenmektedir. İmar Kanunu'nda yalnızca “Nazım İmar Planı” ve “Uygulama İmar Planı” olarak ikili bir ayırım yapılmışsa da 14.06.2014 tarih ve 29030 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliği” daha genel bir ayırım yapmış ve mekansal planlarda, strateji planları, çevre düzeni planları ve imar planları olmak üzere üçlü bir ayırım yapılmıştır. İnşaata uygun hale gelmesi için bir taşınmazla ilgili strateji ve çevre düzeni planları bulunması zorunlu değildir, buna karşın nazım ve uygulama imar planlarına uygun hale getirilmemiş bir taşınmaz hukuken yapılaşmaya elverişli kabul edilmez. İfraz-tevhid ve parselasyon işlemleri imar planlarına uygun olmalıdır²²².

İmar planları, daha alt ölçekli yani daha büyük ölçekli haritalar üzerindeki daha ayrıntılı, İmar Kanunu m. 5’e göre yapı adalarına, bunların yoğunluk ve düzeni ile yol ve uygulama etaplarına kadar gösteren planlardır.

Her ne kadar mekansal strateji planları, 2011 tarih ve 644 sayılı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın teşkilat ve görevleri hakkında K.H.K. ile hukukumuzda girse de, yapıldığı harita ölçeğinin büyüklüğü ile ters orantılı olan yukarıda bahsi geçen planlar arasındaki hiyerarşide en küçük ölçekle en tepede yer almaktadır. Yani İmar Kanunu’nda düzenlenen 1/50.000 veya 1/100.000 ölçekli çevre düzeni planları, 1/250.000 veya daha üst ölçekli olan mekansal strateji planına uygun olmaları gerekmektedir. Uygulama imar planının yapılabilmesi için nazım imar planının bulunması zorunlu olsa da söz konusu hiyerarşide çevre düzeni planlarından daha sonra gelen ve 1/5.000(büyükşehir belediyelerinde 1/5.000 ve 1/25.000) ölçekli nazım imar planları ve nazım imar planlarına uygun olması gereken 1/1.000 ölçekli uygulama imar planları ise eğer yapılmışsa çevre düzeni planlarına uygun olmak zorundadırlar. Yani mekansal strateji planlarının ve çevre düzeni planlarının bulunması zorunlu değildir. Buna karşın hem yapının kullanılış amacı hem de yapılaşma koşulları yani yapı düzenleri, kat adedi, çekme mesafesi, TAKS(yapının taban alanının taşınmazın alanına oranı), KAKS’ın ((emsal) kat alanları toplamının taşınmaz alanına oranı) belirlendiği uygulama imar planı olmadan inşaat ve yapı kullanım ruhsatı almak mümkün değildir. Bu şekilde kadastral durum imar planlarına

²²² Şimşek, Suat, “Hukuki Unsurları Açısından Arazi ve Arsa Düzenlemesi İşlemleri (Parselasyon), Bu İşlemlere karşı İtiraz ve Dava” Ankara, Seçkin Yayınları, (2016), s.29.

uygun olur²²³. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 8 (b) bendi, “...*Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak...*” diyerek bölge ve çevre planlarının imar planları açısından zorunlu olmadıklarını göstermiştir.

İmar Kanunu uyarınca eğer alt kademedeki plan üst kademedekine uygun değilse üst kademe plan kesinleştikten itibaren 1 yıl içinde yapan idare tarafından uygun hale getirilmeli. Getirilmediği takdirde 6 ay içinde, üst kademe planı yapan kurum tarafından re’sen uygun hale getirilir ve onaylanır.

Buna karşın ARAADHK m. 6’nın 6. fıkrası ise “*Bakanlık, riskli alanlardaki ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda faydalanılmak üzere; özel kanunlar ile öngörülen alanlara ilişkin olanlar da dâhil, her tür ve ölçekteki planlama işlemlerine esas teşkil edecek standartları belirlemeye ve gerek görülmesi hâlinde bu standartları plan kararları ile tayin etmeye veya özel standartlar ihtiva eden planlar yapmaya, onaylamaya ve kent tasarımları hazırlamaya yetkilidir*” diyerek Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’na imar planları da dahil her tür ve ölçekteki planların uyması gereken ve aksine yapılamayacağı standartlar, yani çerçeve kurallar belirleme yetkisi vermektedir.

İmar Planları, İmar Kanunu ve Mekansal Strateji Planlama Yönetmeliği’nde genel olarak belediye ve mücavir alanlar ile gerektiğinde bunların dışındaki alanlarda bölgesel çevre koşulları da dikkate alınarak yapılaşma plan ve şartları ile bunların kullanım amaç ve ihtiyaçlarının belirlendiği planlar olarak tanımlanmıştır. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 9 (b) bendinde ise belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde imar planlarını hazırlama görevi ise belediyelere, bunların dışında ise valiliklere verilmiştir. Yine 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, “Büyükşehir Belediyesinin Görev, Yetki ve Sorumlulukları” başlıklı m. 7 (b) bendiyle, ona uygun olarak uygulama imar planı yapma yetkisi ilçe belediyelerinde kalmak şartıyla nazım imar planları yapma yetkisi büyükşehir belediyelerine verilmiştir. İdarenin tabiatı gereği ve istisnailik ilkesi²²⁴ dikkate alındığında yerel ihtiyaç ve gerekleri en yakından takip edecek ve müdahale edebilecek kamu kurumu yerel yönetimlerdir. Bu yönüyle imar planlarını

²²³ Şimşek, 2016, s.29-38.

²²⁴ Bkz. s.27

hazırlama tekelinin belediyelere verilmesi uygun olmuştur. Buna karşın ARAADHK m. 6/6, belediyelere ve büyükşehir belediyelerine yetki veren bu hükümleri ilga etmese de, riskli ve rezerv yapı alanlarıyla ilgili olarak belediyelerin imar planı hazırlamayla ilgili olarak sahip oldukları tekel yetkisini zayıflatan bir düzenleme olmuştur. Yani ARAADHK'un kapsamı dahilindeki özel durumlarda belediye ve büyükşehir belediyeleri ile valiliklere imar mevzuatında öngörülen standartlara ek yeni özel standartlar belirlemeye ve bu standartları onaylayarak uygulamaya ve uygulatmaya Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı yetkili kılınmıştır.

Bu maddeyle Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na verilen yetki ARAADHK'un özel niteliği itibariyle özel kapsamlı gözüktüğü de kentsel dönüşüm mevzuatlarının pek çoğunda gördüğümüz ve maddeler içerisine ustaca yerleştirilmiş, idarenin takdir yetkilerini arttıran ifadelerden biriyle daha karşı karşıya gelinmiştir. Buna göre Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na verilmiş bu yetkinin yalnızca riskli alan ve rezerv yapı alanlarında değil bu alanlardaki uygulamalarda faydalanılmak üzere ARAADHK'a tabi olmayan farklı alanlarda da kullanılabileceğine, ilgili bendin “...*riskli alanlardaki ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda faydalanılmak üzere...*” ifadesinde işaret edilmiştir. Bu yolla Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın bu takdir yetkisini çok geniş kapsamlı bir alanda kullanma alanına(riskli yapı ve rezerv yapı alanlarıyla ilgili faydalanılabilecek her alanda) sahip olduğu ve merkezi otoritenin sürecin öyle veya böyle kesintiye uğramadan devam etmesine ne kadar önem verdiği görülmektedir.

Ayrıca ilgili bentte geçen her tür ve ölçekte ifadesi de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na, Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliği'nde imar planlarıyla ilgili belirlenmiş olan nazım imar planı için 1/5000(büyükşehirlerde 1/5000 ve 1/25000), uygulama imar planları için 1/1000 ölçekli, imar planlarına eşdeğer planlar yapma yetkisi vermektedir. Plan hiyerarşisi içindeki yeri tartışmalı olan bu tarz planların imar planlarıyla farklılık göstermesi durumunda hangisinin geçerli olacağı da açık değildir. Buna karşın imar planlarının, “plan hiyerarşisi” içerisinde üst ölçekli plana aykırı olamayacağı ve konuyla ilgili üst ölçekli planları yapma yetkisinin de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na ait olduğu dikkate alındığında bu gibi durumlarda belediyelerce yapılan imar planlarının bir hükmünün kalmayacağı ve

belediye, büyükşehir belediyesi ve valiliklere yetki veren İmar Kanunu m. 8 hükmünü ARAADHK m. 6/6'daki hükümle, özel hüküm genel hükümü ilga eder kuralı gereği ilga edildiği ve ikinci plana itildiği açıktır. Şu halde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın söz konusu ölçekte plan yapmadığı durumlarda, İmar Kanunu'nun belediye, büyükşehir belediyesi ve valiliklere yetki veren m. 8 (b) bendi geçerli olacaktır, yaptığı durumlarda ise ARAADHK m. 6/6 geçerli olacaktır. Bu da ARAADHK'un, düzenlediği alanda ve düzenlediği alana fayda getirebilecek alanlarda önce uygulanacağını göstermektedir. Zaten 3194 sayılı İmar Kanunu m. 4 de “...*özel kanunlar ile belirlenen veya belirlenecek olan yerlerde, bu Kanunun özel kanunlara aykırı olmayan hükümleri uygulanır...*” demiştir. Kanunların ruhuyla ilgili tarihsel ve amaçsal yorumlarda kanunun bütününe bakarak kanun koyucunun iradesi araştırıldığında, kanun koyucunun özel kanunların uygulama alanında özel kanunlara uygulama önceliği verdiği açık olarak fark edilmektedir. Zaten ARAADHK m. 6'nın düzenlenme amacı da budur.

Bunun haricinde İmar Hukuku'ndaki “genellik ilkesi”, imar planlarının özel amaçlarla yapılmamasıdır. Bu ilkeye göre genellik ilkesinden uzaklaşıldığı nispette ayrıcalıklı parsel ve ayrıcalıklı taşınmaz ortaya çıkacaktır ki bu durum anayasadaki hukuk devleti ve eşitlik ilkeleriyle de bağdaşmayacaktır²²⁵. Hukuk sistemimizde bu ilkeden sıkça uzaklaşıldığı konusunda eleştirilerde bulunan Öngören; turizm, özelleştirme ve toplu konut amacıyla Emlak Konut, TOKİ ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın yaptıkları uygulamalarda hem hak sahibine inşaat karşılığı metrekaşe verip hem de müteahhide karlılığa hizmet eden özel nitelikli planlar yapılabildiğine dikkat çekmiştir²²⁶.

Yine ARAADHK m. 19 ile değişik 644 sayılı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında K.H.K. m. 2/1 (ğ) bendine göre Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, kendi belirleyeceği finans ve ticaret merkezleri, fuar ve sergi alanları, eğlence merkezleri, şehirlerin ana giriş düzenlemeleri gibi şehirlerin marka değerini artırmaya ve şehrin gelişmesine katkı

²²⁵ Yaşar, Hasan Nuri, İmar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi (2008), s. 105; [aktaran] Öngören, Gürsel, Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku, İstanbul, Öngören Hukuk Yayınları. (2017), s.20.

²²⁶ Öngören, 2017, s.21

sağlayacak özel proje alanlarına dair her tür ve ölçekte etüt, harita, plan, parselasyon planı ve yapı projelerini yapmak, yaptırmak, onaylamak, kamulaştırma, ruhsat ve yapım işlerinin gerçekleştirilmesini sağlamak, yapı kullanma izinlerini vermek ve bu alanlarda kat mülkiyeti kurulmasını temin etmek yetkilerine sahip olmaktadır. Bunun yanında aynı bendin devamında gecekondur alanlarında TOKİ'nin yapacağı uygulamalarla ilgili de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı aynı yetkilere sahip kılınmıştır. Bu da kanun koyucunun iradesinin, planlama yönünden yetkiyi yerelden merkeze çekmek ve ARAADHK'un esas aktörü olan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na vermek yönünde olduğunu göstermiştir.

Zaten İmar Kanunu m. 9 da *“Bakanlık gerekli görülen hallerde, kamu yapıları ile ilgili imar planı ve değişikliklerinin, umumi hayata müessir afetler dolayısıyla veya toplu konut uygulaması veya Gecekondur Kanununun uygulanması amacıyla yapılması gereken planların ve plan değişikliklerinin, birden fazla belediyeyi ilgilendiren metropoliten imar planlarının veya içerisinde veya civarından demiryolu veya karayolu geçen, hava meydanı bulunan veya havayolu veya denizyolu bağlantısı bulunan yerlerdeki imar ve yerleşme planlarının tamamını veya bir kısmını, ilgili belediyelere veya diğer idarelere bu yolda bilgi vererek ve gerektiğinde işbirliği sağlayarak yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve re'sen onaylamaya yetkilidir”* ifadesiyle, aynı kanunda geçen Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nı imar planlarını bizzat yapmaya yetkili kılarak, İmar Kanunu'nu hazırlayan 1985 tarihindeki TBMM'nin de aynı düşüncede olduğunu göstermiştir. Söz konusu maddede atıf yapılan ve İmar Kanunu, tanımlar başlıklı m. 5'te geçen Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nı ise 644 sayılı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında K.H.K. m. 34 gereği Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı şeklinde kabul etmek gerekir.

Buna rağmen yukarıda belirtildiği üzere²²⁷ ARAADHK m. 6/6'da geçen *“...riskli alanlardaki ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda faydalanılmak üzere...”* şeklindeki yetki kapsamını geniş yorumlamaya müsait bir ifade; İmar Kanunu'nda bulunmamakta ve İmar Kanunu'nda, Çevre, Şehircilik ve İklim

²²⁷ Bkz s.95-96.

Değişikliği Bakanlığı'nın imar planları üzerindeki yetkisinin kapsamı, müdahalenin amacıyla görece sınırlı tutulmuştur. Kapsam, maddede sınırlı olarak sayılmıştır.

Anayasa Mahkemesi ise “önce uygulanırlık” sorununun merkezinde bulunan ARAADHK m. 6/6'yı, Anayasa m. 5 ve 56 kapsamında değerlendirmiştir²²⁸. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 5 devletin temel görevlerini saymış ve bunların arasında, “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” sayılmış, sosyal hukuk devletine vurgu yapılmıştır. Anayasa m. 56'da ise herkesin sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkına değinilmiştir²²⁹.

Anayasa Mahkemesi ise ilgili kararında, söz konusu bendin verdiği yetkinin sınırsız ve denetimden ari olmadığını, yetkinin kapsamının riskli alan ve rezerv yapı alanlarıyla sınırlı olduğunu belirtirken “*uygulamalarda faydalanılmak üzere*” ifadesi dikkate alınmamıştır. Yine de “*...bakanlık anılan yetkileri kullanırken başta 3194 sayılı Kanun olmak üzere imara ilişkin düzenleme içeren kanunlarda belirtilen sınırlamalara uygun hareket etmek zorundadır...*” yorumuyla, her ne kadar her ölçekte plan yapmaya yetkili olduğunu ima etse de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın bu yetkiyi kullanırken 3194 sayılı İmar Kanunu tarafından belirlenen usullerle bağlı olduğu öngörülmüştür.

Buna karşın ARAADHK'un ilk hazırlandığı halindeki m. 9/1'de bulunan “*bu Kanun uyarınca yapılacak olan planlar, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda ve imara ilişkin hükümler ihtiva eden özel kanunlar da dahil olmak üzere diğer mevzuatta belirtilen kısıtlamalara tabi değildir*” ifadesi, kanun koyucunun Anayasa Mahkemesi'yle aynı görüşte olmadığını göstermiştir. Kanun koyucunun, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın imara ilişkin düzenleme içeren kanunlarda belirtilen sınırlamalara uygun hareket etmesini istediğini söylemek güçtür. ARAADHK'un ilk haline bakılarak yapılacak bir tarihsel yorum bu sonuca ulaşmaktadır.

²²⁸ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

²²⁹ Bkz s.56-57

Nitekim 3194 sayılı İmar Kanunu m. 4'te özel kanunların İmar Hukuku'yla ilgili yaptıkları düzenlemelerde İmar Kanunu'ndaki usullere uyulması gerekliliği şu ifadeyle öngörülmüştür: *"2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, bu Kanunun ilgili maddelerine uyulmak kaydı ile 2960 sayılı İstanbul Boğaziçi Kanunu ve 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun ile diğer özel kanunlar ile belirlenen veya belirlenecek olan yerlerde, bu Kanunun özel kanunlara aykırı olmayan hükümleri uygulanır"*. Yine de İmar Kanunu'nun bahsi geçen hükmündeki *"...özel kanunlar ile belirlenen veya belirlenecek olan yerlerde, bu Kanunun özel kanunlara aykırı olmayan hükümleri uygulanır"* ifadesi İmar Kanunu'nu özel kanunların uygulama sahasında ikinci plana itmiş gibi gözükmemektedir. Özel kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde ancak İmar Kanunu'nun uygulanabileceği öngörülmüştür²³⁰.

İmar Kanunu'nu yapan 1985 tarihindeki kanun koyucu, İmar Hukuku için çizmiş olduğu daireye önem verdiğini ve özel kanunlar karşısında İmar Kanunu'nun örtülü ilgaya maruz kalmadan uygulanmasını sağlamayı amaçladığını aynı fıkradaki *"...bu Kanunun ilgili maddelerine uyulmak kaydı ile..."* ifadesiyle ortaya koymuştur. Danıştay ise vermiş olduğu bazı kararlarda bu ifadeyi dikkate almamış ve bir kararında İmar Kanunu m. 4'e göndermeyle şu ifadeye yer vermiştir: *"...yasa maddesiyle, özel kanunlarla belirlenen alanlarda özel kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilerek, bu alanlarda yapılacak planlamaların da özel kanunlarda belirtilen hükümler doğrultusunda tatbik edileceği açıkça gösterilmiştir. Diğer taraftan, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun planlama ilke ve esaslarını düzenleyen genel nitelikte bir kanun olduğu, bu kanunda açıkça belirtildiği görülen 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nun ise Boğaziçi alanının korunması amacıyla yasa koyucu tarafından kabul edilmiş özel nitelikte kanun olduğunda duraksama yoktur..."*. Kısacası Danıştay, özel kanunların, bir genel nitelikte kanun olarak gördüğü İmar Kanunu'nu örtülü olarak ilga ettiği görüşünü ortaya koymuştur²³¹.

²³⁰ Bilgin/Sezer, 2017, s.23-24.

²³¹ Danıştay 6. D. ,(18.12.2014), E. 2014/1757 K. 2014/8975. (www.lexpera.com.tr).

Buna karşın Anayasa Mahkemesi, ARAADHK'un ilk hazırlandığı halindeki m. 9'un ilk cümlesiyle²³² ilgili vermiş olduğu iptal kararıyla²³³, İmar Kanunu m. 4'te geçen "...bu Kanunun ilgili maddelerine uyulmak kaydı ile..." ifadesini dikkate aldığını ima etmiştir. Kararda öncelikle imar mevzuatındaki kısıtlamaların ne anlama geldiği "...sağlıklı yaşam çevrelerinin oluşturulması amacıyla belirlenmiş standartlar ve kurallar olduğu..." şeklinde ifade edilmiştir. Neyi amaçlamış olduğu hakkında ise İmar Kanunu m. 1'e atıf yapılmış ve yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünün sağlanmasının amaçlandığı söylenmiştir. Bunun gerçekleşebilmesi için de imar planlarının, ilgili düzenlemelerde öngörülen yöntem, esas ve sınırlamalara uyulmak suretiyle hazırlanması, onaylanması ve değiştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Hukuken böyle bir durumun ilk elden idare tarafından imar planı yapılması ve bunun yasama görevinin devredilmezliğini düzenleyen m. 7'nin ihlali anlamına geleceğini söylemiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu sınırlamalara uyulmamasının sonuçlarını ülke açısından ve birey hakları açısından olmak üzere iki açıdan değerlendirmiştir. Ülke açısından doğal ve kültürel zenginlikleri korumada, birey hakları açısından ise halkın bilgilenme, katılım ve itiraz haklarında zafiyete sebep olabileceği ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, ARAADHK m. 9/1'in birinci cümlesinde, İmar Kanunu'nun örtülü ilgasını engelleme ile ilgili göstermiş olduğu hassasiyeti aynı Kanun m. 6/6'da göstermemiş, bu fıkranın İmar Kanunu'nun uygulamalarına hanel getirmeyeceğini düşünmüştür. ARAADHK m. 9/2'nin ilk halinde de benzer bir ifadeye yer vermiş bu kez ARAADHK'a göre öncelikle uygulanmasını istediği kanunları tek tek saymış, buna karşın yine de bu kanunların amaçlarının da gözetileceği belirtilerek bir anlamda ARAADHK'un uygulanmasında sayılan kanunların bağlayıcı olmadığına işaret edilmiştir.

Kısacası kanun koyucu, gerek ARAADHK m. 6'nın ve gerekse m. 9'un gerekçesinde kanun kapsamındaki iş, işlem ve uygulamaların özelliği ve aciliyeti gerekçe gösterilerek, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na özel yetki verildiği ve bu kanunun uygulanmasında 3194 sayılı İmar Kanunu'ndaki kısıtlamalarla

²³² Bkz s.99

²³³ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/4. (www.lexpera.com.tr).

ve askı ilan süreleri ile bağı olunmamasının amaçlandığını açıkça ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise kısıtlama ve askı ilan süreleri ile bağı olunmamasını (m. 9/2 de dahil olmak üzere) iptal ederek bu konuda ARAADHK'un imar mevzuatı karşısında, uygulanırlık yönünden her hangi bir önceliğinin olmadığını değerlendirirken; imar planlarını yapan ve bu planların standartlarını belirleyen makam açısından(m. 6/6), anayasadaki devletin görevleri ve çevre hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Nitekim Uygulama Yönetmeliği m. 18/2 (a) ve (b) bentlerinde gerek riskli alan ve rezerv yapı alanlarına ilişkin her tür ve ölçekteki planı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın re'sen yapmaya, yaptırmaya ve onaylamaya yetkili olduğu; gerek uygulamada faydalanılmak üzere özel kanunlar tarafından düzenleme konusu olan taşınmazlar da dahil olarak her tür ve ölçekteki planlama işlemlerine esas teşkil edecek standartları belirlemeye ve gerek görülmesi halinde bu standartları plan kararları ile tayin etmeye veya özel standartlar ihtiva eden planlar yapmaya, onaylamaya ve kentsel tasarım projesi hazırlamaya yetkili olduğu düzenlenmiştir ve yürürlükte dir. (B) bendinde dikkat edilmesi gereken durumlar doğrudan riskli ve rezerv yapı alanları dışında özel kanunlarla düzenlenmiş olanlar da dahil hemen her taşınmazla ilgili olarak kapsamın genişletilmesi ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın icap ettiği durumda imar planıyla beraber o imar planının tabi olması gereken standartları aynı kararda ve aynı anda düzenleyebilmesidir.

1.3. TÜRK HUKUK SİSTEMİ'NDE KENT YAPILAŞMALARINDAKİ DÖNÜŞÜMLE İLGİLİ YÖNTEMLER

1.3.1. Genel Olarak

Kamu hukukunun alt dalına dahil bir hukuk alanı olan İmar Hukuku'nun aksine Kentsel Dönüşüm Hukuku'nun özel hukuk yanı baskın olan bir karma hukuk dalı olduğuna yukarıda değinilmişti²³⁴. Yine kentsel dönüşümün dar anlamda tek bir kanunun bir maddesi anlamına gelmesine karşın geniş anlamda kentsel dönüşümün

²³⁴ Bkz s.19

çok farklı kanunlarda geçen muhtelif maddelerdeki olağanüstü imar uygulamalarının yapılmasını ifade ettiğine yukarıda değinilmişti²³⁵.

Gerçekten de Türk Mevzuatı tarandığında geniş anlamda kentsel dönüşüm anlamına gelebilecek, daha doğru bir ifadeyle “kent yapılaşmalarındaki dönüşüm” anlamına gelen belli başlı beş temel yöntemin bulunduğu görülebilir. Bu yöntemler, başta bu çalışmanın konusu olan “afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi” olmak üzere, dar anlamıyla “kentsel dönüşüm”, “imar artırımı”, “yıpranan tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılması” ve “güçlendirme hakkı”dır.

1.3.2. Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi

Bu çalışmanın da konusu olan “Afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi” yöntemi, çalışmanın diğer başlıklarında ayrıntılandırılacağı için bu başlık altında kaba hatlarıyla anlatılacaktır. “afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi”; yukarıda da belirtildiği üzere²³⁶ özellikle 1999 Marmara ve 2011 Van depremlerinden sonra gündeme gelen, Türkiye’nin bir deprem ülkesi olduğu gerçeği ile Türkiye’de şehirleşmenin ve yapıların yalnızca depremlere değil her türlü doğal afetlere uygun olmaması, kanun koyucuyu bu konuda yasal düzenlemeler yapmaya zorlamıştır. “Deprem öldürmez bina öldürür” düsturu doğrultusunda 2012 yılında ARAADHK’un yürürlüğe girmesinden sonra bu alandaki dönüşümler hem hukuki anlamda kağıt üzerinde ve hem de uygulamada çok dinamik bir duruma gelmiştir.

ARAADHK ise kamu hukuku yönüyle getirdiği yenilikler dışında özel hukuk alanında, klasik anlamda 634 sayılı KMK’na da birçok yenilikler getirmiştir. Bu anlamda “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi” yöntemiyle ilgili olarak süreç, kat mülkiyetine tabi taşınmazlar için kat maliklerinin nitelikli çoğunluğa göre anlaşmalarıyla başlar; anlaşamadığı takdirde devletin kat maliklerinin paylarını rayiç değerinde alarak sürece dahil olması durumuyla beraber süreç devam eder. Yıkım

²³⁵ Bkz s.15

²³⁶ Bkz s.1

öncesi değerlendirme sonrası yıkım ve inşaat uygulamaları sonrası ortaya çıkan yeni yapılarda yapılacak yeni bir değerlendirme sonrasında kat maliklerine payları yeniden paylaştırılır. Eksik ve fazla pay alanlar aralarında çeşitli denkleştirme yolları izlenerek süreç tamamlanmaktadır.

Ayrıca bazı durumlarda malikler kendi anlaştıkları müteahhide uygulamayı yaptırabileceği gibi, toplu proje kapsamında TOKİ aracılığıyla da uygulamalar yapılmaktadır. Maliklerin yıkım ve uygulamayı finanse edebilmeleri için çeşitli imkan ve kolaylıklar da öngörülmüştür. Bununla beraber yıkım öncesi taşınmazı kullanan kiracıların zor durumda kalmalarını önlemek amacıyla bazı kolaylıklar sunulabilmesi imkanı getirilmiştir.

1.3.3. Kentsel Dönüşüm

Dar anlamda “Kentsel Dönüşüm”ün tam karşılığı olan dönüşüm yöntemi 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 73’te düzenlenmiştir. İlk halinde yalnızca kapsam, karar veren organ ve uygulama alanı düzenlenen madde, 2010 yılında 5998 sayılı kanunla değiştirilmiş, 2012 ve 2014 yıllarında eklenen çeşitli cümlelerle son şekli verilmiştir. Bu dönüşüm yönteminin, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi” yönteminden en birincil iki farkı; kanun kapsamına alınan taşınmazların “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi” yönteminde olduğu gibi “riskli alan” veya “rezerv yapı alanı” değil, “kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı” olarak adlandırılmasıdır. Bir diğer fark da kanunun uygulanmasında asıl yetkili Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı değil büyükşehir ve ilçe belediyelerinin olmasıdır. Yani merkezi idareden çok, sorunlara daha yakın olan yerel yönetimlerin konuya temas etmesi ve sorunları çözümülemesi amaçlanmıştır.

Zaten Türkiye’nin de üyelik sürecine dahil olduğu ve yerel yönetimler başlıklı ayrı bir müzakere süreci yürüttüğü Avrupa Birliği, ikincilik(subsidiarity) ilkesini esas almıştır. Bu ilkenin, Avrupa Birliği yerel yönetim ilkelerinden biri olan bir yönetişim

kavramı olduğuna kentsel dönüşümün “istisnailik ilkesi” başlığı altında değinilmiştir²³⁷.

5393 sayılı Belediye Kanunu m. 73’e göre kentsel dönüşüm iki yolla yapılabilir. Bunlar; kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilen yerlerdeki binaların yıkılarak yeni bir plan ve çevre düzenlemesi ile yapıların baştan yapılması, diğeri ise binaların yıkılmadan, sadece dış cephelerinin yenilenmesi yoluyla dönüşümün yapılmasıdır.

Birinci yöntem, kent yapılaşmalarındaki dönüşüm yöntemlerinden en fazla sürekliliği olan ve belki de uygulama alanı en geniş olan yöntemdir. Belediye Kanunu kapsamındaki kentsel dönüşümün, ilgili kanunda düzenlenmiş olan amaçları ve kapsamı bunu açıkça göstermiştir ve m. 73/1’de sayılmıştır. Buna göre, Belediye Kanunu kapsamındaki kentsel dönüşüm üç temel amaçla uygulanmaktadır.

- Yeni alanlar oluşturmak
- Restorasyon
- Kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak için veya deprem riskine karşı tedbir almak

Yeni alanlar oluşturma amacının kapsamı ilgili maddede şu şekilde sayılmıştır: konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak.

Eskiyen kent kısımlarını, yeniden inşa ve restore etmek ise ilgili maddenin restorasyon amacıyla uygulanışının kapsamını ifade etmektedir. Ayrıca kentin tarihi ve kültürel dokusunun bozulmasını engellemek veya deprem riskine karşı gerekli önlemleri almak amacıyla dönüşüm uygulaması yapılması 5393 sayılı Belediye Kanunu’nda öngörülen dönüşüm amaçlarından bir diğeridir.

²³⁷ Bkz s. 27-28

Yukarıda sayılan kapsama dahil bir taşınmazın Belediye Kanunu hükümleri uyarınca dönüşüme tabi tutulabilmesi için bir diğer önemli şart ise bu taşınmazın Belediye Kanunu'nun uygulama sahası olan belediye veya mücavir alan sınırları içerisinde olmasıdır.

Bu hükmün uygulanmasında karar merci belediyelere ait belediye meclisleridir. Bunun yanında kamunun mülkiyetinde veya kullanımında olan taşınmazlar için kanunun önceki halinde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilme kararı verilirdi. Buna karşın 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı K.H.K.'dan sonra kamunun mülkiyet veya kullanımındaki taşınmazlar için kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilme kararı veren makam, Cumhurbaşkanı olmuştur. Kamuya ait taşınmazların proje kapsamında belediyelere devri mümkün iken, ilgili maddenin 6. fıkrasına göre eğitim ve sağlık hizmetlerine ayrılmış olan kamuya ait taşınmazlar hariç tutulmuştur.

Kısacası 5393 sayılı Kanun kapsamında kentsel dönüşüm yapılabilmesi için dört temel şart bulunmaktadır. Bunlar;

- 1- Dönüşümün yukarıda sayılan amaçları taşıması,
- 2- Kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı belediye sınırları veya mücavir alan sınırları içinde bulunması
- 3- Kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanının 5 hektardan küçük, 500 hektardan büyük bir alanı kapsamaması. (Bu aralıkta büyüklüğü belirleme yetkisi yine ilgili belediye meclisine aittir.)
- 4- Kamunun mülkiyetinde veya kullanımında olan taşınmazlar için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı kararıdır²³⁸.

²³⁸ Bunun yanında kamunun mülkiyetinde veya kullanımında olan taşınmazların kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı içine dahil edilmesi için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın çıkardığı "Kamunun Mülkiyetinde veya Kullanımında Olan Yerlerde Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Alanı İlân Edilmesinin Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ" ek bir şart getirmiştir. O da dönüşümü yapacak olan belediyenin finansal durumudur. Yani belediye bütçesinin projeyi sürdürebilmeye ve gerekirse proje kapsamındaki kamulaştırmaları yapabilmeye yeterli olmasıdır.

Büyükşehirlerdeki belediye veya mücavir alanlarda kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanlarını büyükşehir belediye meclisleri ilan etmekte ve uygulama yapabilmektedir. Buna ek olarak büyükşehir belediyelerince, alınan kararların uygulanması amacıyla, kararın kendi ilçe sınırlarını da kapsaması şartıyla, o ilçenin belediyesi de yıkım, düzenleme ve inşa uygulamaları yapabilmektedir. Yani büyükşehirlerde dönüşüm alanı ilan etmeye yetkili karar merci olmayan ilçe belediyeleri yine de kararların uygulanmalarına katılabilmektedir. Bu katılım ise yine büyükşehir belediyesinin iznine ve ilçe belediye meclisinin bu yönde alacağı karara bağlıdır. Zaten ilgili maddenin 8. fıkrasında kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanında yapılacak uygulamaların doğrudan belediye tarafından yapılabileceği veya belediyenin başka kişi veya kurumlara yaptırabileceği söylenmiştir. Kısaca, dar anlamda kentsel dönüşüm uygulamalarını ancak büyükşehir veya ilçe belediyeleri yapabilecektir.

Tıpkı “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi” yönteminde olduğu gibi kentsel dönüşüm yönteminde de esas olan mal sahipleri ve sakinlerle anlaşmadır. Yani dönüşümü gerçekleştirecek olan belediyenin öncelikle hak sahipleriyle anlaşmaya çalışmaları gerektiği, bu olmadığı takdirde diğer hukuki yollara başvurabileceği hüküm altına alınmıştır. Nitekim bu durum “katılım ilkesi”nin²³⁹ bir gereği olarak hukuk devletinin ve özel mülkiyete saygının da esasını oluşturmaktadır. Bu kapsamda teşvik yöntemi belirlenmiş ve kanunla hüküm altına alınmıştır. İlgili maddede teşvikle ilgili kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı içinde olmasına rağmen toplu proje kapsamında olmayıp münferiden malikler tarafından yapılan uygulamalar için devletin alması gereken vergi, resim ve harçların yalnızca dörtte birinin alınması gerektiği düzenlenmiştir.

Her ne kadar esas olarak hak sahipleriyle anlaşma gerekliliğine öncelik verilmesi hususu düzenlenmiş olsa da; bu kanuna göre hak sahibi olmasalar da diğer bazı kanun hükümlerine²⁴⁰ istinaden hak sahibi olmuş kişiler de, “katılım ilkesi” göz önünde bulundurularak anlaşılması gereken kişiler kapsamına dahil edilmiştir. Bu

²³⁹ Bkz. s. 58

²⁴⁰ 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Mülga Kanun, 775 sayılı Gecekondu Kanunu, 7143 sayılı Kanunla Değişik 3194 sayılı İmar Kanunu Geçici m. 16.

hükümlere göre imar mevzuatına aykırı yapılan bazı yapılara inşaat ruhsatı ve kullanma izni verilmesi düzenlenmiştir.

Bu kanun kapsamında ruhsat ve kullanma izni alamamış olan imar mevzuatına aykırı yapılmış gecekondu sahiplerini ise mağdur etmeme yönünde iki seçenek öngörülmüştür. Kanun ifadesinden anlaşılıyor ki bu seçeneklerden hangisinin tercih edileceğine idare karar verecektir. Bunlardan birincisi, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi” yöntemine benzer olarak yıkım sonrası enkaz ve ağaç bedeli ödenmesidir. İkincisi ise, kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı haricinde kalmak kaydıyla, enkaz ve ağaç bedelleri fiyattan mahsup edilmek suretiyle arsa veya konut satışlarıdır. Bu taşınmazlar ya dönüşüm kararı alan belediyenin imkanları dahilinde ya da TOKİ ile yardımlaşarak bu amaca dahil edilen taşınmazlardır.

3194 sayılı İmar Kanunu m. 18’e göre; düzenlemeye tabi olması gerekirken İmar Kanunu’na göre düzenlenemeyen ve imar planı ve yönetmeliğe göre müstakil inşaata müsait olan taşınmazların maliklerine, belediye tarafından inşaat ruhsatı verebilmektedir. Bu durum 5393 sayılı kanun m. 73/8’de “ayrı ada ve parselde imar hakkı” olarak ifade edilmiştir. Bu şekilde ayrı imar hakkı verilmiş olanlar için, maliklerin kendilerinin de imar planına uygun uygulama yapabileceğinden bahisle Danıştay bir kararında kamulaştırmaya gerek olmadığına hükmetmiştir²⁴¹. Ayrı ada ve parselde imar hakkı verilmiş olmayan ve kendileri anlaşılmadığı gibi belediyenin de gerek görmemesi sebebiyle taşınmaz üzerindeki hakları kamulaştırılmayan hak sahiplerinin 5393 sayılı kanun m. 73/8’e göre kamulaştırmasız el atma davası açma hakları vardır. Tabi ki hak sahiplerinin bu yola başvurabilmeleri için üzerinde hak sahibi oldukları taşınmazın 5393 sayılı kanuna göre kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanına dahil edilmiş olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi ise 3194 sayılı kanuna göre kendisine ayrı ada ve parselde imar hakkı verilmiş olanları da aynı kapsamda değerlendirmiş ve fıkra onları belirtmemesinin mülkiyet hakkı açısından zafiyet oluşturmadığı, zaten mülkiyet hakkının özünden gelen bu davayı açabileceklerine hükmetmiştir²⁴².

²⁴¹ Danıştay 6. D (20.12.2013), E. 2011/8665, K. 2013/9005. (www.lexpera.com.tr).

²⁴² Anayasa Mahkemesi (18.10.2012), E. 2010/82, K. 2012/159. (www.lexpera.com.tr).

Gerek “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi” yöntemi gerekse dar anlamda “Kentsel Dönüşüm” yöntemi için alt yapı uygulamaları ve rekreasyon alanlarının düzenlenmesi önemli iki unsurdur. 5393 sayılı kanun m. 73’e göre bunların inşası için yapılacak harcamalar “proje ortak gideri” olarak kabul edilmektedir. Hemen her kanun altyapı kavramını kendi düzenleme alanı çerçevesinde dar anlamda tanımlarken, kent bilim ve mimarlık açısından altyapı, *“Bir kentin işlevlerini yerine getirmesi, büyümesi ve gelişmesi için gerekli olan ve bir yerbölümde yapı yapılabilmesi, yapının içinde oturacaklara yeterli barınma hizmeti sağlayabilmesi için olması gereken su, elektrik, atıksu ağı gibi döşemler”*²⁴³ olarak tanımlanmıştır. Buna karşın “rekreasyon alanı” kavramının piknik ve eğlence anlamında kullanıldığından bahisle 03.07.2017 tarihli “Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”te *“Kentın açık ve yeşil alan ihtiyacı başta olmak üzere, eğlence, dinlenme, piknik ihtiyaçlarının karşılanabildiği, kent içinde ve çevresinde günübirlik kullanıma yönelik olarak imar planı ile belirlenmiş yerler”* olarak tanımlanmıştır. Daha ayrıntılı bir tanımlama ise 08.09.2013 tarihli Eski Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’te yapılmıştır. Buna göre rekreasyon alanı, *“Kentın açık ve yeşil alan ihtiyacı başta olmak üzere, kent içinde ve çevresinde günü birlik kullanıma yönelik ve imar planı kararı ile belirlenmiş; eğlence, dinlenme, piknik ihtiyaçlarının karşılanabileceği lokanta, gazino, kahvehane, çay bahçesi, büfe, otopark gibi kullanımlar ile, tenis, yüzme, mini golf, otokros gibi her tür sportif faaliyetlerin yer alabileceği alanlar”*dır.

5393 sayılı Kanun m. 73’e göre toplu dönüşüm projelerinde altyapı ve rekreasyon alanlarının finansmanını ifade eden “proje ortak gideri”ni dönüşümü gerçekleştiren belediye karşılamalıdır. Bu anlamda toplu dönüşüm projelerine dahil olan taşınmaz malikleri için bu durum maddi anlamda artı bir değer olarak kabul edilebilir. Çünkü yapılacak çevre düzenlemelerinin taşınmaz ve bağımsız bölümlerin rayiç değerini yükselttiği bir gerçektir²⁴⁴.

²⁴³ Türkiye Bilimler Akademisi Sözlüğü, <http://www.tubaterim.gov.tr/>, 20.02.2019.

²⁴⁴ T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü Özelgesi, (29.02.2012), B.07.1.GİB.4.34.16.01-GVK 74-772.

İlgili belediye, kamulaştırdığı taşınmazlarda yapı inşaatları yani imar uygulamaları yapmaya yetkilidir. Yapılan uygulamalardan sonra hak sahiplerine yeni yapıların dağıtımının sağlanabilmesi için dönüşüm sonrası yapıların değer tespitini yapmak da dönüşüm yapan belediyenin yetkilerindendir. Bu elbette ki bu, 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 73'e göre yapılan kentsel dönüşüm yollarından birincisi için gereklidir.

Belediye Kanunu m. 73/14 ise daha farklı ikinci bir yolu yine kentsel dönüşüm kapsamına almıştır. Bu ise, binaların yıkılmasına gerek kalmadan binaların yalnızca dış cephelerinin değiştirilerek yenilenmesi anlamına gelmektedir. Bu yolla belirlenecek olan uygulama alanlarına ise kanunda “yenileme alanı” denilmiştir. Bunun yanında çevre düzenlemesi de bu yol kapsamına alınmış, aydınlatma yöntemleriyle yapı ve rekreasyon alanlarının ışıklandırılması da bu kapsamda değerlendirilmiştir. Bu yol için gerekli maliyet tamamen veya kısmen belediye tarafından karşılanır. Kısmen karşılandığı durumlarda kalan kısmına taşınmaz maliklerinin katlanması beklenir.

Eğer bu yol belli bir proje kapsamında yapılmış ve proje telif hakkı üçüncü bir kişiye veya kişilere aitse, bu kişi veya kişilerin talep etmeleri üzerine kendilerine tasarımına sahip oldukları dış cephelerin her bir metrekaresi için bir günlük net asgari ücret karşılığı telif bedeli olarak verilmektedir.

Dış cephe düzenlemelerinin uygulanmasına belediye encümeni salt çoğunlukla karar vermektedir. Büyükşehirlerde ise büyükşehir belediyesi encümeni aynı çoğunlukla karar verse de uygulamayı büyükşehir belediyesinin yanında m. 73'teki birinci yolda olduğu gibi ilçe belediyeleri de kendi yetki alanlarında yapabilir.

5393 sayılı kanun m. 73 kapsamındaki ikinci yol olan “Dış Cephe Düzenlemeleri”nin özel hukuk kısmı olan, ilgili yapıların kat mülkiyetinde farklı maliklere ait bağımsız bölümlerden oluşması durumunda ne yapılacağı konusu ise “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi” yöntemine benzer şekilde çözülmüştür. 634 sayılı KMK m. 4/1(a) bendinde “ortak yer” kavramının kat mülkiyetine tabi yapılarda neler olduğunun sayıldığı görülmektedir. Buna göre ortak

yerler, “...temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan kiriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırlık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazı saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar...” olarak sayılmıştır. İlgili fıkranın (c) bendinde geçen “...sayılanların dışında kalıp da, yine ortaklaşa kullanma, korunma veya, faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de (Ortak yer) konusuna girer” ifadesi, sayılanların sınırlı olmadığı, somut duruma göre farklı nitelikteki yerlerin de ortak yer sayılabileceğini göstermektedir. Yedek hukuk kuralı olan bu hüküm kat malikleri tarafından aksi kararlaştırılabilir niteliktedir. Yani malikler kendi iradeleriyle yapacakları bir sözleşmeyle ortak yerlerin nereler olduğunu belirleme hakkına sahiptirler.

Ortak yerlerle ilgili karar vermeyle ilgili olarak; KMK m. 19 uyarınca inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte dış badana veya boya işleri için kat malikleri sayısının 4/5’inin yazılı onayı gerekmektedir²⁴⁵. Buna karşın YHGK bir kararında²⁴⁶, yine KMK m. 19/1’e atfen kat maliklerinin oy birliğini aramıştır. Çünkü bu fıkra kat maliklerine ana taşınmazın bakımını yapma ve mimari durumu ile güzelliğini ve sağlamlığını titizlikle koruma sorumluluğunu yüklemiştir. İlgili YHGK kararı da bu hükmü dikkate alarak dış duvarda yapılacak değişikliği, proje değişikliği olarak değerlendirmiş ve kat maliklerinin tamamının rızasını aramıştır. KMK m. 19’a göre bu tarz iş, işlem ve yetkilendirme amacıyla oybirliğiyle alınması gereken bir karar için; Belediye Kanunu m. 73, ne oybirliği, ne de kat malikleri sayısının 4/5’ini aramış, sadece arsa payı çoğunluğunu yeterli görmüştür.

Bunların dışında ilgili belediyeler, 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 75’e göre dönüşüm projelerini diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla ortak yürütebilmekte, bu amaçla o kamu kurum ve kuruluşlarına kaynak aktarabilmektedir.

²⁴⁵ Ayan, Mehmet, “Eşya Hukuku(Mülkiyet)” Konya, Mimoza Yayınevi, C. II, (2014), s.534.

²⁴⁶ YHGK (14.05.1986), E. 1985/184, K. 1986/519. (www.lexpera.com.tr).

5393 sayılı Kanun ve ARAADHK pek çok benzer hüküm ve metot içermektedir. Aralarındaki en büyük fark ise iki kanunun amaçları arasındadır. 5393 sayılı Belediye Kanunu'na göre dönüşüm, yukarıda sayıldığı üzere çok farklı amaçlarla (buna deprem riski de dahil) yapılabilirken, ARAADHK kapsamında dönüşümün yegane amacı deprem ve afetlerde can ve mal kaybı riskini en aza indirmektir. Dolayısıyla, 5393 sayılı kanun anlamında kentsel dönüşümü, kent dokusunu bozan ve yenilemeye ihtiyaç duyulan kent kısımlarının düzeltilmesi, onarılması veya yeniden inşa edilmesi şeklinde tanımlamak mümkündür²⁴⁷.

1.3.4. Emsal Artışı

Gerek ARAADHK kapsamında olsun gerekse 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 73 kapsamında olsun, hukuki prosedür tamamlanıp dönüşüm şartları sağlandığı zaman uygulamayı yapacak olan yüklenici firma açısından kârlı olmasını sağlamak ve yatırım yapılmasını teşvik amaçlı olarak yukarıda adı geçen yöntemlere alternatif değil ama destek olarak “emsal artışı” yöntemi uygulanabilmektedir. Bu yöntemle göre dönüşüm alanı, görev alanı içinde bulunan ilçe belediyesi veya büyükşehirlerde büyükşehir belediyeleri, yani dönüşüm alanındaki imar planlarını yapmaya yetkili belediye, imar planında bazı değişiklikler yaparak burada yapılacak dönüşümü yüklenici firmalar için daha kârlı hale getirebilmekte, bu şekilde dönüşüm için gerekli olan finansmanı sağlayabilmekte ve dönüşümü hızlandırabilmektedir.

Yukarıdaki anlatımdan da anlaşılacağı üzere imar artırımını kentsel dönüşümün uygulama safhası için etkili olabilecek bir yöntemdir. İmar artırımını olarak da adlandırılan bu yöntemin en tipik örneği, 2013 yılında Bakanlar Kurulu kararıyla ARAADHK kapsamında riskli alan ilan edilen İstanbul Fikirtepe’de uygulanmıştır²⁴⁸. Bu yöntem adından da anlaşılacağı üzere temel olarak emsal artırımına dayanmaktadır. Emsal kavramının hukuksal alandaki eş anlamlısı “katlar alanı katsayısı”(KAKS)dır. Kavramın tanımı, 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerine dayanılarak yürürlüğe

²⁴⁷ Şimşek, 2013, s.342.

²⁴⁸ Berber, Kadriye Cansu, İmar Planlarının Uygulanmasında Ve Kentsel Rantın Kamuya Aktarılmasında Kullanılan Araçlar, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uzmanlık Tezi, İller Bankası Anonim Şirketi, Ankara, (2017), s. 34.

konulan Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği, tanımlar başlıklı m. 4'te “*yapının inşa edilen tüm kat alanlarının toplamının imar parseli alanına oranı...*” olarak yapılmıştır.

Buna göre K.A.K.S. yani emsal değeri, taşınmaz üzerinde yapılacak bir yapının toplam alanını ifade eder. Bu, o yapının toplam taban alanı sayısı değil, katlardaki toplam iç mekan alanlarının yüzölçümüdür. İmar planlarında emsal değerler parsel, ada veya bölge bazında belirlenebilir. Uygulamada çoğunlukla parsel bazında belirlenen bu değerler²⁴⁹, ilgili parselin yüzölçümüyle çarpılarak belirtilir ve taşınmazın yüzölçümü ile o parsel üzerinde yapılacak yapıların kat alanlarının yüzölçümünün maksimum değeri bulunur²⁵⁰. Dönüşümle ilgili uygulama sonrası hak sahiplerine bağımsız bölümleri dağıtılırken, emsal artışı sonrası ortaya çıkan fazla kat ve bağımsız bölümler ise yüklenici firmaya, yaptığı eser için hak ediş olarak kalır. Böylece taşınmazları dönüşüme tabi tutulan hak sahipleri de herhangi bir masraf yapmadan ya da gerçek ederinden daha az masrafla uygulama sonrası yeni taşınmazlarına kavuşmaktadırlar, yüklenici firma da yaptığı eser sonucu sahip olduğu hak edışı taşınmaz üzerinden almaktadır.

Her ne kadar ilgili yöntem dönüşüm finansmanı için büyük kolaylık sağlasa da çeşitli suiistimallere sebebiyet vererek haksız kazanç sağlaması sebebiyle eleştirilmektedir. Buna göre bir taşınmazın, ilgili imar planlarına göre emsal değeri ne kadar çok ise piyasa değeri de o kadar artmaktadır. Örneğin İstanbul Kadıköy Fikirtepe mahallesinde emsal artışı uygulaması amacıyla yapılan imar planları, 2013-2019 yılları arasında 5 defa değişikliğe uğramış²⁵¹, bu durum taşınmazları dönüşüme tabi tutulan hak sahipleri için belirsizliğe yol açmış ve hukuk güvenliği ilkesine zarar vermiştir. Daha öncesinde de yüksek rant sebebiyle imar planları değiştirilmiş olan

²⁴⁹ Erkurtoğlu, Ahmet (2016), “Parsel Bazında Değil, Ada Bazında Bir Dönüşümün Yapılması Gerekiyor.” Ekoyapı, <https://www.ekoyapidergisi.org/2531-parsel-bazinda-degil-ada-bazinda-bir-donusumun-yapilmasi-gerekiyor.html>, 29.03.2019

²⁵⁰ Çalışkan Vural, Ece (2015), “İstanbul’da Emsal Artışları.” Dünya İnşaat, <http://www.dunyainsaat.com.tr/haber/istanbulda-emsal-artislari/11108>, 29.03.2019

²⁵¹ Bişkin, Hüseyin (09.03.2017), “Kadıköy’de 4 yılda 5 imar planı değişti”, Gazete Duvar, <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2017/03/09/kadikoyde-4-yilda-5-imar-planlari-degistirdi/>, 29.03.2019.

Fikirtepe'nin emsal değeri 4.14'e kadar çıkmış²⁵², buna karşılık sık sık itiraza maruz kalarak güncellenmiştir.

2018 yılı itibariyle daha adil ve şehirleşme açısından yararlı olan “kademeli emsal artışı” yönteminin benimsenmiş olduğu 1/5000 ölçekli nazım ve 1/1000 uygulama imar planları, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın 21249 sayılı yazısı ile 28.12.2016 tarihinde onaylanmış ve askıya çıkarılmıştır. Kademeli emsal artışı, tevhit edilen parsellerin, ada ölçeğinde emsal artışına müsaade edilerek yüzölçümü daha büyük alanlarda daha düzenli ve planlı kentleşme oluşturulması anlamına gelmektedir²⁵³. Bu şekilde düzensiz nüfus artışı engellenmekte, sosyal donatı alanları artmakta, yol ve otopark gibi özellikle büyükşehirlerdeki kentsel gereksinimler daha iyi karşılanmaya çalışılmaktadır. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın 21249 sayılı yazısı ile 28.12.2016 tarihinde onaylanan Fikirtepe mahallesi imar planları emsal değerlerini, 600 m² yüzölçümüne sahip parseller için 1.8, 601-1200m² için 2+%, 1201-2500m² için 2+%, 2501-4000 m² için 2+%, 4001m² ve yukarısı için 2+%; imar adası olan yerlerde ise yüzölçümüne bakılmadan 2+%100 biçiminde belirlemiştir. Görüldüğü üzere arazi toplulaştırması yapılan parsellerde emsal değeri daha yüksek belirlenmiştir. Kademeli imar artışları çevre düzeni ve şehircilik açısından daha kullanışlı gözükse de küçük ve büyük parsellere farklı uygulamalar getirmesi sebebiyle hukuken Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı da ileri sürülmektedir²⁵⁴.

Başta ARAADHK olmak üzere kentsel dönüşüm açısından önemli bir destekleyici yöntem olan emsal artışı yönteminin uygulanması için emsal değerlerinin belirlenmesinde ilgili parselin brüt yüzölçümünün mü, yoksa net yüzölçümünün mü dikkate alınacağı ve ayrıca merdiven gibi ortak kullanım alanları, balkon gibi yapının kapalı inşaat alanına tam olarak dahil olmayan bölümler ya da bahçe, sosyal ve teknik altyapı alanları gibi alanların, emsal değerlerine dahil edilip edilmeyeceğinin nasıl belirleneceği dikkat edilmesi gereken bir konudur.

²⁵² Posta, (22.11.2011), “Fikirtepe'ye piyango vurdu.” <https://www.posta.com.tr/fikirtepe-ye-piyango-vurdu-97230>, 29.03.2019.

²⁵³ Çalışkan, 2015, 29.03.2019.

²⁵⁴ Kadıköy Gazetesi, (02.01.2017), “Doğan, Kadıköy'de Riskli Bölgeye yapılan yeni planlar sorunları büyütecektir.” <https://kadikoygazetesi.com/56412-dogan-kadikoyde-riskli-bolgeye-yapilan-yeni-planlar-sorunlari-buyutecektir>, 29.03.2019

İmar mevzuatına göre sınırlandırılmış arazi parçalarına parsel denilmektedir²⁵⁵. Kural olarak imar planlarında o parselde kamuya bedelsiz bırakılması gereken yerler belirtilmediği sürece emsal değerleri net imar parseli alanı üzerinden hesaplanmaktadır²⁵⁶. Net imar parseli ise brüt alandan, imar planlarında gösterilen, yol, park gibi donatı alanları düşüldükten sonra kalan kısım olarak tanımlanır²⁵⁷. Planlı alanlar Tip İmar Yönetmeliği m. 22 ise uygulama alanında nerelerin emsal hesabına katılmayacağını saymaktadır. Bu maddede yapı inşaat alanında bulunan ortak alanlar, asansör boşlukları, balkonlar ve açık teraslar gibi bazı yerlerin emsal hesabının dışarıda tutulması gerektiğini söyleyerek “emsal harici” bu yerleri sınırlı saymıştır. Yönetmelik m. 5/8 ise bu yerlerin toplam alanının emsale esas alanın %30’unu geçmemesi gerektiğini belirtirken Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmeliğin, binaların bodrum katlarında yapılmasını emrettiği yerler ve bina boşlukları, %30’luk kotadan muaf tutulmuştur. Buna karşın daha önce %20 olan bu kota, 2017’deki değişiklikle %30’ çıkarılmıştır. Bu durum bazı yüklenici firmalar tarafından suiistimal edilerek bağımsız bölüm alanında gibi gösterilerek tüketiciye sunulmuştur.

1.3.5. Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması

“Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması” yöntemi, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun’da düzenlenmiştir. Ayrıca ilgili kanunun 2005 tarihli Uygulama Yönetmeliği de kanunun uygulama şeklini göstermektedir.

Bu yöntemin uygulanması için öncelikle uygulama alanının 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Koruma Kanunu’na göre sit alanı ilan edilmesi gerekmektedir. 2863 sayılı kanun m. 8’e göre bu alanlar, Kültür ve Turizm Bakanlığı’na bağlı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurullarınca yapılır. Sit alanı olarak ilan edilen bu

²⁵⁵ EMAP Şehircilik, <http://www.emapsehircilik.com/tag/brut-parsel/>, 30.03.2019.

²⁵⁶ Planlı alanlar Tip İmar Yönetmeliği m. 5/5.

²⁵⁷ EMAP Şehircilik, <http://www.emapsehircilik.com/tag/brut-parsel/>, 30.03.2019.

alanlar, belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediye meclisleri; mücavir alan sınırları dışındaki alanlarda ise il özel idarelerine bağlı olan il genel meclislerinin salt çoğunluğu ile alacakları kararların Cumhurbaşkanı'na sunulması sonrası Cumhurbaşkanı'nın kararı ile 5366 sayılı kanun kapsamında “yenileme alanı” olarak ilan edilir. Büyükşehirlerde ise ilçe belediyelerinin kararı Cumhurbaşkanı'na sunulmadan önce büyükşehir belediye meclislerince onaylanır.

Yetkili idare olan belediyeler veya il özel idareleri; yenileme projelerinin hazırlık ve uygulama sürecini yürütmek, yönlendirmek, denetim ve koordinasyonunu sağlamak, gelir ve giderlerini takip etmek, planlamasını yapmak için “uygulama birimleri” oluşturabilmektedirler. 5366 sayılı kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 8/2'ye göre yenileme alanının belirlenmesinde, tarihi ve kültürel özellikler ile afet riskleri dikkate alınmaktadır.

Aynı yönetmelik m. 7 ise katılım ilkesine yer vermiştir. Buna göre 5366 sayılı kanun kapsamında yapılacak olan uygulamalarla ilgili, üniversite, meslek kuruluşları, sivil toplum örgütleri, kamu kurum ve kuruluşları ve muhtarlar bilgilendirilebilmekte ve basın yayın vasıtasıyla bilgi paylaşılabilmektedir.

Yenileme alanları belirlendikten sonra bu alanlar etap proje alanlarına ayrılmakta ve uygulama, bu alanlar üzerinde etap etap tamamlanmaktadır. Bu uygulamalara da yine mücavir alan sınırları içinde belediye meclisi, mücavir alan dışında il genel meclisinin salt çoğunluğu ile karar verilerek, belediye meclisi kararlarında belediye başkanı ve il genel meclisi kararlarında valinin onayı ile uygulamaya konulur.

Sonrasında 5366 sayılı kanun m. 2 ve Uygulama Yönetmeliği m. 17'ye göre kültür ve tabiat varlıkları koruma kurulları kararı ile hazırlanan; statik, tesisat, elektrik, ulaşım ve alt yapı ön raporlarını içeren yenileme avan projesi yine yetkili idarelerin meclislerince alınacak olan karara, belediye meclisi kararlarında belediye başkanı ve il genel meclisi kararlarında valinin onay vermesiyle uygulamaya konulur. Yenileme avan projesi yapılacak alan tabi afet riski taşıyorsa Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından projenin tamamen ya da kısmen tasfiyesine varan çeşitli sınırlamalara ve

önlemlere tabi tutulabilir. Afet riski taşıyor ve tasfiye kararı alınmışsa, yapılacak tasfiyenin usulü yetkili idare meclis kararıyla belirlenir.

Yenileme avan projeleri temel alınarak uygulama projeleri hazırlanır. Bunlar koruma kurulları onayıyla uygulamaya konulur. Bu şekilde taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ya onarılmakta ya da yıkımı yapıp yeniden inşa edilmektedir. Kamu yararı gerektirdiği hallerde projelerin uygulamaya konulmasını sağlamak amacıyla gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin taşınmazları 5366 sayılı kanun m. 4 uyarınca belediye veya il özel idaresi yani yetkili dare tarafından kamulaştırılabilmektedir. Uygulamalar, yetkili idare tarafından, TOKİ tarafından veya diğer kamu kuruluşlarıyla ortak yapılabileceği gibi yapısı aynen korunarak yenilenecek taşınmazlara özel olarak parsel sahibi tarafından yapılmasına da müsaade edilebilmektedir. Fakat parsel sahibi tarafından yapılması durumunda uygulama ilgili projelere uygun ve yetkili idarenin uygulamalarıyla eş zamanlı yapılması gerekmektedir. Parsel sahibince yenileme yapılması durumunda projenin zamanında tamamlanmaması sebebiyle Uygulama Yönetmeliği m. 22 uyarınca söz konusu taşınmazın yenilenmesi masrafları taşınmaz malikinden alınmak şartıyla yine yetkili idare tarafından yapılabilir ya da taşınmaz kamulaştırılabilir. Gerek ilgili kanun m. 4 ve gerekse Uygulama Yönetmeliği m. 24 uyarınca kamulaştırma öncesi anlaşma yolunun denenmesi esas kabul edilmektedir. Buna göre yetkili idarenin kamulaştırmadan önce söz konusu taşınmazı satın alma, kat karşılığı işlem yapma, intifa ve üst hakkı gibi farklı sınırlı ayni hak tesisi yollarının denenmesi mümkündür.

5393 sayılı kanun ve yönetmelik m. 25'e göre, kentsel dönüşüm yönteminde olduğu gibi bu yöntemde de yetkili idare, kamulaştırma sırasında tapu kayıtlarında maliki ve varisi belli olmayan taşınmazlar için kamulaştırma işlemlerini hızlandırmak amacıyla veraset ilamı çıkarttırabilir, bu taşınmazlara kayyım tayin edebilir ya da tapuda halihazırda kayıtlı malik veya maliklere göre işlem yapmaya yetkili kılınmıştır.

Toplu yapılarda²⁵⁸ ise 5366 sayılı kanun m. 4’e göre 634 sayılı KMK’na uygun olarak imar parseli bazında tek bir kat mülkiyeti kurulması imkanı bulunmaktadır. Taşınmaz maliklerinin; sosyal altyapı ve tesislerini, ortak kullanım yerlerini, sosyal tesis ve hizmetlere ilişkin alanları nasıl kullanacakları ve yararlanma şartları ile masraflarına katılma usullerine ilişkin yetkili idare tarafından işletme projeleri hazırlanabilir, bu durum tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilir. Ayrıca yetkili idareler; projelere uygun kat irtifakı tesis edebilir, parselasyon planlarından sonra toplu yapı ilişkisini gösterir belgelerin ilan edilerek kesinleşmesinden sonra kat mülkiyetini tapu siciline re’sen tescil ettirebilmektedir.

Son olarak yenileme alanındaki taşınmazlar kamu kurum ve kuruluşlarına ait ise gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri lehine irtifak hakkı kurulması mümkündür. Ayrıca uygulama öncesinde taşınmazı kullanan kiracılara, taşınmazın satılmasında öncelik verilmesi de imkan dahilindedir.

1.3.6. Güçlendirme Hakkı

ARAADHK m. 6/8’de göre riskli alan veya rezerv yapı alanları dışında olan alanlarda, teknik olarak güçlendirilebileceği tespit edilen yapılar için güçlendirme yönteminin tercih edilmesine müsaade edilebileceği zikredilmiştir. Buna ek olarak ARAADHK’un Uygulama Yönetmeliği m. 8/5, 25.07.2014 tarihinde bir yenilik getirerek; riskli alan ve rezerv yapı alanlarının ister içinde ister dışında olsun, malike veya maliklere yapılarının yıktırılarak yeniden yaptırılması yerine güçlendirilmesi yolunu seçebilmeleri imkanı getirmiştir.

“Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi” yönteminde olduğu gibi “Güçlendirme Hakkı” yöntemi de ARAADHK’da düzenlenmiştir. Fakat buna rağmen bu yöntem, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi” yönteminden ayrılmaktadır. Her iki yöntem aslında birbirlerine alternatif yöntemler olup, bu iki yöntemden asıl olan, riskli yapıların yıktırılarak yeniden yapılması şeklinde uygulama

²⁵⁸ Bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim plânına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapı

yapılması, yani afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yöntemidir. Güçlendirme hakkı ise istisnai bir yöntem olup tercih hakkı maliklere bırakılmıştır.

Bununla beraber maliklerin, yapının yıktırılmasına gerek görmemesi ve yapının yıktırılmadan taşıyıcı unsurlarının güçlendirilmesiyle afet tehlikesine karşı dayanıklı olabileceğini tespit ettirmeleri halinde bu yöntemle başvurabilmektedirler.

Maliklerin, bu yönde bir irade kullanabilmeleri için; ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği, 634 sayılı KMK m. 19/2'ye doğrudan atıf yaparak oradaki şartların yerine getirilmiş olmasına işaret etmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrası, kat maliklerine zaten taşınmazın bakım ve dış görünümünün korunması yükümlülüğünü yüklemiştir. Bunun yanında Uygulama Yönetmeliği m. 8/5'in doğrudan atıf yaptığı KMK m. 19/2 ise her ne kadar yapılarda inşaat ve onarım sebebiyle kat maliklerinin tamamının 4/5 çoğunluğunun olumlu oyunun bulunmasını aramışsa da görüşümüzce ikinci cümle riskli yapı kavramına daha uygun bulunmaktadır. Buna göre: *"...ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz"*. O halde maliklerin, yapıyı yıktırmak yerine güçlendirmesinin teknik olarak mümkün olduğuna yönelik, yönetmelik m. 8/5'te işaret edilmiş olan tespit işleminin nerede yapılabileceği KMK m. 19/2'nin ikinci cümlesinden anlaşılmaktadır. Yani bu tespit mahkemelerce yapılabilmektedir. Söz konusu kanun ek m. 1'e göre bu konuda yetkili mahkeme ise sulh mahkemesidir. Kanunun ilgili fıkrasının ikinci cümlesinden, ayrıca bu uygulamanın yapılabilmesi için herhangi bir çoğunluğun aranmadığı, tam tersi her bir kat malikinin bu uygulamayı yapabileceği anlaşılmaktadır. Yargıtay da *"...KMK'nın 19. maddesine göre mahkemece güçlendirilmesinin zorunlu olduğuna karar verilmesi halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızasının aranmayacağına hüküm altına alındığını..."* ifadesiyle bu yönde karar vermiştir²⁵⁹. Yönetmeliği çıkaran idare olan Çevre, Şehircilik ve İklim

²⁵⁹ Yargıtay 20. H.D. (13.11.2018), E. 2017/3331, K. 2018/7306. (www.lexpera.com.tr).

Değişikliği Bakanlığı, riskli yapıyı, acilen onarılması gereken bir tehlike olarak değerlendirerek ilgili kanun maddesine atıf yapmıştır. Mahkemenin yaptıracağı tespit işleminin ise objektif olacağına güvenmiştir. Her bir malikin, yapının ortak gideri olarak, yeni ekonomik sonuçları bütün kat maliklerini bağlayacak şekilde güçlendirme uygulamasını yapabilmesi, ARAADHK'un süreci hızlandırma yönündeki amacına da daha uygundur. Her ne kadar KMK m. 19/2 “...güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması...” ifadesini kullansa da 6306'ya ve Uygulama Yönetmeliği'ne göre bu durum zorunlu değil ihtiyari bir seçenektir. “Afet Riski Altındaki alanların Dönüştürülmesi” yönteminin alternatifidir.

Yukarıda belirtildiği üzere, her bir malikin başvuracağı yetkili sulh mahkemesinin alacağı, güçlendirmenin teknik olarak mümkün olduğu kararı ile tek başına dahi yaptırabileceği güçlendirme uygulamasının ekonomik sonuçlarının bütün kat maliklerini bağlaması ise yine 634 sayılı KMK m. 20/(b)'de belirtilmiştir. Buna göre aksi kararlaştırılmış olmadıkça kat maliklerinden her biri: “*Anagayrimenkulün ...bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ...kendi arsa payı oranında katılmakla yükümlüdür*”. Buna karşın Yargıtay kararına konu olan bir sulh hukuk mahkemesi kararında teknik olarak mümkün olsa bile, tabiri yerindeyse astarı yüzünden pahalı gelebilecek bir güçlendirmenin, yıkılarak yeniden yapma uygulamasına tercih edilemeyeceğini şöyle belirtmiştir: “...*bu tip binalarda bina güçlendirme işleminin yeniden yapılması halindeki masraftan ve külfetten daha fazlasına sebebiyet vereceği, marjinal faydasının güçlendirme işlemi ile amaçlanan sonuca ulaştırmayacağı...*”. Kararın devamında Yargıtay da bilirkişi değerlendirmesinin teknik bir değerlendirmenin yanında ekonomik bir değerlendirmeyi de içermesi gerektiği²⁶⁰ üzerinde durmuştur. Her ne kadar Uygulama Yönetmeliği'nin ilgili maddesi, KMK'na atıf yapmış olsa da herhangi bir oy oranı aranmaması sonucu anlaşılan o dur ki henüz kat mülkiyeti rejimine geçmiş olmayan, tek mülkiyet, paylı mülkiyet ve üst hakkı sahibi bina malikleri için de güçlendirme yönteminin mümkün olduğu, mahkeme kararıyla tespit olduğu sürece yıkım uygulamasına alternatif şekilde başvurulabilecek bir yöntemdir.

²⁶⁰ Yargıtay 20. H.D. (18.12.2018), E. 2017/5356, K. 2018/8368. (www.lexpera.com.tr).

Güçlendirme yönteminin teknik olarak mümkün olduğunun tespit edilmesinden sonra güçlendirmeyi yapacak olan malik ya da malikler tarafından güçlendirme projesi hazırlatılmalı ve ilgili belediyeden ruhsat alınmalıdır. Sonrasında belediye tarafından verilen süre içerisinde uygulama tamamlanıp, tapu müdürlüğüne, riskli yapı kaydının silinmesi için başvuruda bulunulur.

1.3.7. Dönüşüm Yöntemlerinin Genel Olarak Değerlendirilmesi

Kent yapılaşmalarındaki dönüşüm yöntemleri; afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yöntemi ve kentsel dönüşüm yönteminde olduğu gibi birbirine alternatif yöntemler olabileceği gibi emsal artırımı yönteminde olduğu gibi afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi veya kentsel dönüşüm yönteminin tamamlayıcısı olarak yardımcı bir rol de üstlenebilmektedir. Çalışmanın asıl konusu olan afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yöntemi, günümüzde diğer yöntemlere oranla daha sık başvurulduğu uygulamada görülmektedir. Bunda, son dönemlerde afet riskinin, basın yayın, sivil toplum ve akademik çevrelerce gündeme getirilmesi sebebiyle devletin de önemli rol üstlendiği; belli bir plan çerçevesinde kent yapılaşmalarının dönüştürülmesini tamamlama gayretinde olduğu görülmektedir. ARAADHK tarafından getirilen kolaylıklar ve aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği üzere süreci hızlandıran düzenlemeler sayesinde en sık tercih edilen yöntem olmuştur. Bu yöntemlerden, İzmit Kent Konut ya da Kiptaş örneklerinde olduğu gibi belediyeler tarafından kentsel dönüşüm yöntemi de sıklıkla uygulanmaktadır.

İşin ekonomik boyutu da ihmal edilmeden emsal artırımı yöntemi ile yüklenici firmalar için iştah açıcı şartlarda uygulamanın daha karlı hale getirilmesi, finansal açıdan kolaylaştırırsa da yolsuzluk ve usulsüz rant elde etme tartışmalarını da beraber getirmiştir.

Kendine münhasır bir uygulama alanına sahip olan Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması yönteminde, Türkiye'de çok sayıda olan tarihi ve kültürel taşınmazların yenilenmesi imkanı sağlanarak kent yapılaşmasına olduğu gibi kültürel değerlere de önemli katkılar sunmaktadır.

Güçlendirme hakkı ise ARAADHK’da düzenlenmesi sebebiyle afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yöntemine alternatif bir yöntem olarak dikkati çekmektedir. Buna karşın uygulanabilmesi için gereken şartların yerine getirilmiş olmasının gerekmesi bu yöntemi istisnai bir yöntem yapmakta ve riskli yapılar için asıl olanın ise afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yöntemi olduğu kabul edilmektedir.



İKİNCİ BÖLÜM

2. TAŞINMAZIN DÖNÜŞÜM KAPSAMINA ALINMASI VE YIKILMASI

2.1. GENEL OLARAK

Çalışmanın asıl konusunu oluşturan afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yöntemi ve ona hukuki temel teşkil eden ARAADHK ile Uygulama Yönetmeliği; başta Türkiye'nin büyük çoğunluğunu etkisi altında bulunduran deprem riski olmak üzere, taşınmazların bulundukları coğrafyadaki jeolojik ve meteorolojik şartlar sebebiyle karşı karşıya kaldıkları tehlike ve risklerin bertaraf edilmesi amacıyla yapılmış hukuki alt yapı ile gelecekte yapılacak olan fiili uygulamaları içermektedir. Bununla beraber gerek özel mülkiyete ait taşınmazlar ve gerekse de kamu taşınmazları, hem ilgili hukuki alt yapı kapsamına girmekte hem de fiili uygulamalara tabi olmaktadır. Kapsama alınma ve uygulamalar sırasında aynı taşınmazın mülkiyetinin türü değişebilmekte, riskli taşınmaz ilan edilmeden önce özel mülkiyete konu olan bir taşınmaz kamulaştırılarak kamuya ait bir taşınmaz haline gelebilirken, tam tersi kamu mülkiyetine ait bir taşınmaz uygulamadan sonra özel mülkiyete konu olabilmektedir.

ARAADHK 31.05.2012 tarihinde 28309 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Günümüze kadar geçen zaman içerisinde gerek kanun gerek yönetmelik, ihtiyaçlardan kaynaklı olarak ya da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları sebebiyle çeşitli seferler değişikliğe uğramıştır. Bu zaman süresinde mevzuat temelinin yanı sıra yavaş yavaş içtihat temeli de oluşmaya başlamış, gerek birinci derece gerek yüksek mahkeme kararlarıyla uygulama şekillenmeye başlamıştır.

Süreci hızlandırmaya yönelik düzenlemelerin çokça yer aldığı mevzuatın, muhataplarıyla iletişimi; aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere, tabiri yerindeyse ödül-ceza esasına dayanmaktadır.

2.2. RİSKLİ YAPI, RİSKLİ ALAN, REZERV ALAN

2.2.1. Genel Olarak

ARAADHK kapsamında yapılacak uygulamalar için öncelikle, proje kapsamına alınacak taşınmazların neler olacağının, bunların kentsel dönüşüm hukukunda nasıl isimlendirileceği ve bunların hangi hukuki sürece tabi olarak hukuki sonuçlarının neler olacağının belirlenmesi gerekmektedir. Kent yapılaşmalarındaki dönüşüm yöntemlerinden kentsel dönüşüm²⁶¹ yöntemindeki “kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı” veya yıpranan tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılması yöntemindeki “yenileme alanı”nın afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yöntemindeki karşılığı, riskli yapı, riskli alan ve rezerv yapı alanıdır. Her ne kadar isminde “alan” kelimesi kullanılmış olsa da afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yöntemine, riskli yapıların da dahil edilmesinin sebebi; bu yöntemin salt alan olarak topyekûn bir dönüşüm mantığı ile uygulanması değil, uygulamanın kapsamının tek tek yapı bazında belirlenmesidir.

Yöntemin getirdiği kolaylıklardan bir diğeri, yapıların yanında diğer yöntemlerde olduğu gibi alanların da değerlendirilerek toplu bir dönüşüm yapılabilmesinin de mümkün olmasıdır. Bu seçenek çokluğu, dönüşümü gerçekleştirecek olan kişi ya da kurumlar için bir kolaylık olduğu kadar doğal afet riskinin bilimsel tespiti açısından da doğruluk ihtimalini arttırmaktadır.

2.2.2. Riskli Yapı

“Riskli yapı” kavramını tanımlamadan önce risk kavramının ve yapı kavramının neler olduğunu tanımlamak gerekir. Buna göre “risk”, zarara uğrama tehlikesini²⁶², “yapı” ise barınmak veya başka amaçlarla kullanılmak için yapılmış her türlü mimarlık eseri veya binayı²⁶³ ifade etmektedir. Yapı kavramı her ne kadar kelime

²⁶¹ 5393 sayılı Belediye Kanunu’na göre

²⁶² TDK Büyük Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, 31.07.2021.

²⁶³ TDK Büyük Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, 31.07.2021.

anlamı bakımından bina kavramıyla özdeşleştirilmiş olsa da hukuken binayı da içine alacak biçimde fakat daha kapsamlı kullanılmaktadır. Buna göre taşınmaz mülkiyetinin içeriğini düzenleyen TMK m. 718'e göre; arazi üzerindeki mülkiyet, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere dahilinde bulunan yapılar, bitkiler ve kaynakları da içermektedir. Buradan yola çıkılacak olursa arazinin alt veya üstüne yapılmış olan, araziye yapay ve teknik araçlarla birleştirilen her türlü yapı hukuken de yapıyı ifade eder. Bina ise daha dar olarak, insanların yalnızca ikamet ve ekonomik amaçlarının karşılanmasına ayrılmış inşaatlar olarak tanımlanır²⁶⁴.

Ayrıca TBK m. 69/1'de belirtilen ve haksız fiildeki kusursuz sorumluluk hallerinden birini ifade eden "Yapı Malikinin Sorumluluğu" kavramı, Türk Hukuk Sistemi'ndeki yapı kavramının tanımında yol gösterici olabilmektedir. Her ne kadar kanunda ya da gerekçede belirtilmiş olmasa da doktrinde yapı kavramı ve unsurları tanımlanmıştır. Buna göre TBK anlamında "yapı", imal edilmiş değil, inşa edilmiş yani toprağa doğrudan veya dolaylı bağlantı ile sabitlenmiş, etrafı çevrili, üzeri örtülü, barınma ve korunma amaçlı yapılmış şeylerdir²⁶⁵.

İmar hukuku açısından ise yapı kavramı, insan emeğinin sonucu olarak yer altında veya yer üstünde sürekli kalmak üzere yapılan ve toprağa sıkıca bağlı bulunan inşaat ve imalatlar olarak tanımlanmaktadır²⁶⁶. İmar Kanunu m. 5'te ise *"karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir"* şeklinde ifade edilmiştir. Şu halde imar hukuku açısından yapı kavramının iki unsuru; insan eliyle yapılması ve toprağa bağlı olmasıdır²⁶⁷. İmar hukukunda yapı kavramı genel bir kavram olup inşaat ve bina kavramlarını içinde barındırmaktadır. Bina, tamamlanmış ve kullanıma hazır hale gelmiş yapıyı; inşaat ise henüz tamamlanmamış yapıyı ifade etmektedir²⁶⁸.

²⁶⁴ Ayan, 2014, C. II, s.296-298.

²⁶⁵ Oğuzman/Öz, C. II, 2018, s.174.

²⁶⁶ Çalışkan, Ebru, İmar Hukukuna Aykırı Yapılar Ve Bunlara Uygulanan Yaptırımlar, Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, s.5.

²⁶⁷ Şaşmaz, Canbulut,, İmar Mevzuatına Aykırı Yapı Kavramı Ve Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.45.

²⁶⁸ Çalışkan, Ebru, İmar Hukukuna Aykırı Yapılar Ve Bunlara Uygulanan Yaptırımlar, Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, s.6.

ARAADHK'unun kapsamını belirleyen üç esas kavramdan biri olan riskli yapı, “doğal afet riskine karşı yapılabilecek olan tespitlerin mikro ölçekteki en küçük birimi” olarak değerlendirilebilir. Nitekim ilgili kanun m. 2/1 (d) bendinde riskli yapı; *“riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı”* olarak tanımlanmıştır Buna göre herhangi bir yapı dört çeşit yapıdan birisi olduğu takdirde kanuna göre riskli yapı kabul edilir. Bunlar;

- a) Yapının (aşağıda ayrıntıları ile açıklanacak olan) riskli alan ilan edilen alan dahilinde bulunması,
- b) Riskli alan dışında fakat ekonomik ömrünü tamamlamış olması,
- c) Bilimsel ve teknik olarak yıkılma riski olduğu tespit edilmiş olması,
- d) Bilimsel ve teknik olarak ağır hasar görme riski olduğu tespit edilmiş olmasıdır.

Bu durumların hepsinin bir arada olması şart değildir. Bir yapının bunlardan herhangi birini karşılaması riskli yapı ilan edilerek kanun kapsamında dönüşüme tabi tutulması için yeterlidir. Yine ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği m. 3/1 (g) bendinde de aynı tanım yapılarak kanun ifadesi tekrarlanmıştır.

ARAADHK, amaç ve kapsamının tanımladığı m. 1’de genel olarak riskli alan ve bu alan dışındaki riskli yapılardan bahsetmektedir. Riskli yapı ve alanlar üzerindeki amacını ise genel ifadelerle afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek olarak tanımlamaktadır. Buna karşılık kanunun Uygulama Yönetmeliği, amaç ve kapsam başlıklı m. 1’de sürecin safhalarını baştan sona sıralayan bir cümle kullanmıştır. Buna göre ilgili hüküm üç esas kavramın üçüne de yer vermiş ve riskli alan, rezerv alan ve riskli yapıların yıktırılması, değer tespiti, hak sahiplerinin anlaşma ve yardımları, yapının yeniden yapılması amaçlarından bahsetmiştir.

Bunlarla beraber bir yapının; ARAADHK m. 2/1 (d)’deki ve yönetmelik m. 3/1 (g)’deki tanımlarda geçen alternatiflerden birine dahil olması, dönüşüme tabi tutulması için yeterli değildir. Ayrıca o binanın, Uygulama Yönetmeliği m. 7/1’deki

ön şartları sağlamış olan bir yapı olması gerekmektedir. Buna göre bir yapı ancak insanların oturma, çalışma, eğlenme, dinlenme ve ibadetleri için; üzeri kapalı olarak yapılmış olan yapılar ve riskli yapı kategorisinde değerlendirmeye alınarak kanun m. 2/1 (d)'deki alternatiflerden birine de giriyorsa o durumda dönüşüme tabi tutulabilmektedir.

Hayvan ve eşyaların konulduğu bağımsız ve yine üstü kapalı yapılar bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Buradaki “bağımsız” kavramından kasıt ise tapuda, bağımsız bir yapı niteliğinde bina kaydının bulunmasıdır. TMK m. 718’e göre bir arazi üzerindeki yapılar o arazinin bütünleyici parçası kabul edilerek aynı mülkiyete tabi olsa da ana taşınmaza tahsisli bütünleyici parçaların ayrıca riskli yapı olarak değerlendirmeye tabi tutulabilmesi için, tapuya bina kaydının yapılmış olması gereklidir. Yine taşınır mal şeklinde kalıcı amaçla yapılmış olmayan büfe, çardak, baraka gibi yapılar ile tamamlanmamış, metruk ya da bir kısmı yıkık bütünlüğü bozulmuş yapılar risk denetimine tabi değildir²⁶⁹. Kat mülkiyeti rejimine göre ise KMK m. 6’nın, “ekleni” olarak adlandırdığı, bağımsız bölüme tahsis edilmiş olan kömürlük, su deposu, garaj, elektrik, havagazı veya su saati yuvaları, tuvalet gibi bütünleyici parçalardan bahisle, asıl eşyanın kaderine tabi biçimde, bunların da asıl eşyayla birlikte risk tespitine tabi tutulması gerektiği söylenebilir.

Uygulama Yönetmeliği m. 7/1’e göre inşası henüz bitmemiş yapılar veya statü ve yapı bütünlüğü bozulmuş binalar, yani harabe ve metruk durumdaki binalar riskli yapı statüsüne alınamazlar. Dolayısıyla dönüşüm sürecinde riskli yapılar ile aynı prosedüre tabi tutulamazlar. Buna ek olarak aynı proje kapsamında riskli yapı bulunan taşınmazlarla tevhit edilen komşu taşınmazlara da riskli yapılarla aynı prosedür uygulanabilir.

²⁶⁹ Kiraz, Ali Güvenç, “A’dan Z’ye Kentsel Dönüşüm”, İstanbul, Beta, (2016), s.4.

2.2.2.1. Ekonomik ömrünü tamamlamış yapılar

ARAADHK'daki riskli yapı tanımına uygun olarak yukarıda sayılan alternatiflerden²⁷⁰, riskli alan dahilinde bulunanların durumu aşağıda “riskli alan” başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Bir yapının riskli yapı sayılabilmesi için bir diğer alternatif durum olan “ekonomik ömrünü tamamlamış olması” kavramı aslında afet riski kavramına ve afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yöntemine yabancı bir kavramdır. Bunun sebebi ise; kanunun adında geçen “afet riski”, her ne kadar ekonomik ömrünü tamamlamış binalar için de geçerli olsa da söz konusu kavramın afet riski dikkate alınmadan, başlı başına dönüşüme tabi tutulma sebebi olmasıdır. Yine de birinci maddede geçen ve kanunun amacını açıklayan “...arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek...” ifadesi, kanunun gerçek amacının sağlıklı ve güvenli yaşam çevreleri oluşturmak olduğunu ve değerlendirmenin salt afet riskinin ötesinde daha geniş kapsamlı olduğunu ortaya koymaktadır. Zaten yukarıda da belirtildiği üzere şehircilik anlamında olağanüstü bir yöntem²⁷¹ olan afet riski kavramı ve afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yöntemi de buna uygun düşmektedir.

O halde ARAADHK m. 2/1(d)'deki “ekonomik ömrünü tamamlamış” yapıların ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar afet riski kavramına yabancı da olsa yöntem dahilinde, riskli yapıların belirlenebilmesi için öngörülen alternatif ölçütlerden biri olan bu kavramın, bir yapıya nasıl izafe edileceği konusu hukuken net değildir. Doktrinde bir görüşe göre, kendi görevini yerine getiremeyen, fonksiyonlarını kaybetmiş, yani bina olma vasfını kaybetmiş yapıların ekonomik ömürlerini tamamladıkları kabul edilir²⁷². Bir diğer hukuki görüş ise yapının yalnızca ekonomik anlamda değil, aynı zamanda sosyal, kültürel, tarihi, mimari vb. açıdan da incelenmesi gerektiği üzerinde durmaktadır. Ayrıca afet riski olmayan bir yapının

²⁷⁰ Bkz. s.124.

²⁷¹ Bkz. s.28 vd.

²⁷² Çakır, Halil Burak, Kentsel Dönüşüm Kapsamında Riskli Yapıların Yıkılması ve Yeniden Değerlendirilmesi Sürecinde Meydana Gelen Uyuşmazlıklar, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s.23.

sadece ekonomik ömrünü tamamlamış olması gerekçesiyle dönüşüme tabi tutulmasını kanunun özüne aykırı bulmuştur²⁷³.

Buna karşın konunun başında değinildiği üzere yöntemin olağanüstülüğünün buna cevaz verdiği açıkça görülebilmektedir. Kaldı ki kanundaki tabirden de anlaşılacağı üzere, kanunun sözüne bağlı kalarak yapıyı salt ekonomik açıdan değerlendirmek ve bu anlamda yeterince açık bir hükmü, sosyal, kültürel, mimari alana çekmek doğru olmayacaktır.

“Ekonomik ömrünü tamamlamış olma” kavramı Türk Hukuk Sisteminde sıkça rastlanılan bir kavram olmamakla beraber, “ekonomik” kavramı, bir şeyin hukuksal statüsünü belirlemek amacıyla kullanılabilir. Bunların başında ise Eşya Hukuku’nun en önemli kavramlarından olan “eklenti” kavramı gelmektedir. Eklenti, asıl eşyanın ekonomik amacına hizmet ederek ona sürekli olarak özgülünmüş şeyler²⁷⁴ olarak tanımlanmaktadır. Her ne kadar TMK’ndaki tanımında “ekonomik amaç” tabiri bulunmasa da doktrinde asıl eşyayla aynı amacı paylaşma zorunluluğu bulunduğu vurgulanmıştır. Bundan da asıl eşyanın, eklentisinden ekonomik anlamda bir fayda elde edebilmesi anlaşılmaktadır²⁷⁵.

Benzer bir yorumun, yapının ekonomik ömrü için de yapılması mümkündür. İnsanların ekonomik yarar elde etmeyi sürdürebilecek olduğu yapıların ekonomik ömrünü devam ettirdiği söylenebilir. Buna “kullanım” ya da “servis ömrü” denilebilir. Ekonomik fayda elde etmenin güçleştiği yapılar için ise ekonomik ömrünün tamamlanmış olduğu kabul edilir²⁷⁶. Bunun için bütün binalarda geçerli olabilecek genel geçer bir süre bulunmayıp bu süre, her bina için ayrı ayrı tespit edilmelidir. Tamamen harabe halde bulunan binalar için elbette ekonomik ömrünü sürdürdüğünü söylemek güçtür. Diğer yapılar için ise bu belirlenirken bazı standartlara bakmakta fayda vardır.

²⁷³ İnal, Emrehan, Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, (2017), s.61; [aktaran] Çakır, 2018, s.22-23.

²⁷⁴ Antalya/Topuz, 2016, s.103.

²⁷⁵ Antalya/Topuz, 2016, s.103.

²⁷⁶ Karahan, Gönül, Yapı Ömrü Kavramına Bütüncül Bir Bakış, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Bursa, 2010, s.24.

Bir yapı, ilk yapıldığında kaliteli olmalı, daha sonra ise zaman içinde meydana gelecek yıpranmalara bağlı olarak yapılacak tamiratlardan sonra asgari beklentilere cevap vermelidir. Binaların ve yapıldıkları materyallerin dayanıklılıkları ve öngörülen servis ömürleriyle ilgili İngiliz Standartları; ayrıca binaların zati ağırlıkları ve maruz kaldığı diğer yüklerle ilgili TS EN 1991-1-1 ile çelik ve beton karma yapıların tasarımıyla ilgili TS EN 1994-2'nı içeren Türk Standartları binalar için ortak bir standart servis ömrü biçmiştir²⁷⁷. Dört gruba ayrılmış olan servis ömürleri,

- a) Konteyner, çardak, büfe gibi geçici yapılar; servis ömrü minimum 1-5 yıl,
- b) Çatı makası, kiriş gibi değiştirilebilir taşıyıcı elemanlar; servis ömrü minimum 25 yıl,
- c) Bina ve kamu yapıları; servis ömrü minimum 50 yıl,
- d) Anıtsal binalar, köprüler ve önemli inşaat mühendisliği yapıları; servis ömrü minimum 100 yıldır.

Buna göre oturma veya işyeri amaçlı yapılmış olan sıradan bir yapının servis ömrü, yani ekonomik ömrü 50 yıl olarak belirlenmiştir. Yine de dünya standartlarında 50 yıl olarak kabul gören sıradan bir betonarme binanın beton-donatı(binanın inşasında kullanılmış olan metal veya çelik materyaller) kalitesi teknik raporlarla belirlenmiş olmalıdır. Yargıtay da bir kararında²⁷⁸ bir binanın ekonomik ömrünü tamamladığının belirlenmesi için beton-donatı kalitesinin değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda, (her ne kadar Yargıtay tarafından bozulmuş da olsa) ekonomik ömrünün tamamlanmış olduğu yönünde rapora dayalı birinci derece mahkemesi kararına konu olan yapının 1995 yılında yapılmış olduğu belirtilmektedir. Söz konusu raporun ise 2015 yılında alındığı değerlendirildiğinde henüz 20 yaşındaki bir binanın ekonomik ömrünün tamamlanıp tamamlanmadığının tartışma konusu olduğu görülmektedir. Bu da Türkiye’de özellikle eski tipte yapılmış binaların ortalama servis ömürlerinin 50 yılın altında olduğuna işaret etmektedir²⁷⁹. Nitekim Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Müsteşarının konuyla ilgili

²⁷⁷ Babür Deliktaş, (2014), Malzeme Bilimi slayt, s.18, <https://slideplayer.biz.tr/slide/2282089/> 09.08.2021.

²⁷⁸ Yargıtay 3. H.D. (09.06.2016), E. 2015/19592, K. 2016/9259. (www.lexpera.com.tr).

²⁷⁹ Ferdi Erdoğan, (11.10.2017), “20-30 yıl ömrü olan binalarda yaşıyoruz”, Emlak Haberleri (haber7.com), 09.08.2021.

bir toplantıda binaların ortalama ekonomik ömürlerinin 30 yıl olduğunu ileri sürmesi dikkate değerdir²⁸⁰.

Yine kanunun genel gerekçesindeki “...*hâlihazırda yaşanabilirlikten uzak, köhnemiş, can ve mal emniyeti bakımından riskli ve görüntü itibarı ile de çirkin olan yapılaşmalar...*” tanımlaması bilhassa kanun koyucunun ekonomik ömrünü tamamlamış yapılara hangi bakış açısıyla baktığını açıkça belirtmektedir.

2.2.2.2. Yıkılma ve Ağır Hasar Görme Riski Altındaki Yapılar

Riskli yapıların diğer iki alternatif ölçütü olan “yıkılma riski olması” veya “ağır hasar görme riski altında olmasının” bilimsel ve teknik olarak tespiti gerekliliği ARAADHK m. 2/1(d) ve Uygulama Yönetmeliği m. 3/1(g)’de düzenlenmiştir.

Burada kastedilen, bir yapının yıkılma veya ağır hasar görme riski, yapının ekonomik ömrünü tamamlama kavramının bir seviye ilerisinde, artık o yapının maliklerinin yapıdan ekonomik olarak istifade edebilmeleri bir yana; yapının herhangi bir amaçla fiilen kullanılmasının, kullananlar açısından yaşamsal risk oluşturabileceği durumlarıdır.

Aşağıda “Risk Tespiti” başlığı altında usul ve yöntemleriyle ilgili ayrıntılı açıklama yapılacak olan yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıyan yapıların bilimsel ve teknik olarak tespiti mutlaka işin uzmanı olan gerçek ya da tüzel kişilerce yapılmalıdır. Bunun için bir yapının ekonomik ömrünün belirlenmesinde olduğu gibi beton-donatı kalitesini değerlendirmek gerekir. Beton-donatı kalitesi değerlendirilirken ise mekanik, fiziksel veya kimyasal sebeplerle (darbe etkisi, aşırı yükleme, aşırı sıcaklıklar, doğal ve endüstriyel sıvıların etkileri, alkali-agrega reaksiyonu, donma-çözülme, ıslanma-kuruma, boy ve hacim değişimleri) oluşan aşınma ve yıpranmalarla beraber donatılar için korozyon²⁸¹ seviyesi dikkate

²⁸⁰ Emlakkulisi.com, (07.11.2017), “Su yalıtımıyla binaların ömrü 100 yıla çıkacak”, <https://emlakkulisi.com/su-yalitimiyla-binalarin-omru-100-yila-cikacak/551929>, 09.08.2021.

²⁸¹ Korozyon, metallerin çevresinde bulunan bileşenlerle kimyasal veya elektrokimyasal reaksiyonu sonucu malzeme özelliklerinin olumsuz yönde etkilenmesi ve hasara uğramasıdır. Er Akan, Aslı, Hilal Tuğba Örmecioğlu (2012), “Brüt Beton Yapıların Kullanım Ömrü ve Onarım Teknikleri.”

alınmaktadır²⁸². Beton-donatı kalitesindeki azalmalar, sırasıyla beton ve donatıdaki bozulmaların yani karbonatlaşma ve korozyon sonrası çatlaklar ve parçalar kopması biçiminde olmaktadır.

Bir yapının ekonomik ömrünü tamamlaması ile yıkılma veya ağır hasar görme riskleri birbirinden ayrı değerlendirilebilir. Yapının ekonomik ömrünü tamamlaması daha olağan durumlarda söz konusu olmasına rağmen, ağır hasar alma hatta yıkılma riski daha olağanüstü durumlarda, çoğu zaman olası bir deprem riskine karşı hesaplanmaktadır. Bu yüzden yukarıda bahsedilmiş olan riskli yapıların üstün nitelikte özel yarar²⁸³ gerekçesiyle tahliyesi ve dönüşüme tabi tutulması durumu ağır hasar görme veya yıkılma riski için söz konusu olabilmelidir.

Yine de özellikle Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın uygulamalarında ekonomik ömrünü tamamlamış olan bir yapının ağır hasar veya yıkılma riski altında olduğu kabul edilmektedir. Yani bu üç alternatif ölçüt bir arada değerlendirilmektedir²⁸⁴.

2.2.3. Riskli Alan

Kanundaki riskli yapı tanımından yola çıkılarak bir yapının riskli olduğunun kabulü ve ARAADHK kapsamında dönüşüme tabi tutulması için bir diğer ve en başta gelen ölçüt, riskli alan ölçütüdür. ARAADHK, amacı itibarıyla yalnızca yapı bazında riskli yapıları belirlememekte, aynı zamanda zemin ve alan değerlendirmesi yapılmasını da öngörmektedir. Yani yapıların riskli yapı olup olmadığının belirlenmesinde en başta gelen ölçüt bir yapının riskli ilan edilen alan üzerinde inşa edilmiş olmasıdır. Söz konusu kanun, “riskli alan” kavramını da m. 2/1(ç)’de “*zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alan...*” biçiminde tanımlamıştır. Bu

Mimarlık Dergisi, Temmuz Ağustos 2012, S.366, <http://www.mimarlikdergisi.com/index.cfm?sayfa=mimarlik&DergiSayi=380&RecID=2980>, 9.8.2021.

²⁸² Er/Örmecioğlu, 2012, 09.08.2021.

²⁸³ Bkz. s 23-25.

²⁸⁴ Yargıtay 2. H.D. (10.11.2014) E. 2014/14098 K. 2014/22221. (Karşı oy yazısı) (www.lexpera.com.tr).

tanımlamadan, riskli alanın fiziki ve hukuki, iki temel unsurdan meydana geldiği anlaşılmaktadır. Bunlar;

- Zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybı riskinin bulunması,
- Cumhurbaşkanlığı kararının varlığıdır.

Birinci unsur olan “zemin yapısı”ndan, ne anlaşılması gerektiği kanunun genel gerekçesinde belirtilmiştir. Buna göre bir zemin, jeolojik açıdan iskana elverişli durumda değil ise, o zeminin afet riski durumunda can ve mal kaybı riski taşıdığı, üzerindeki yapılaşma açısından söylenebilir.

Zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybı riski dışında, Uygulama Yönetmeliği m. 5/2’de hangi durumların riskli alan ilanına neden olduğu belirtilmiştir. Aynı düzenleme 2016 yılında ek madde 1 ile ARAADHK’a da eklenmiştir. Buna göre;

Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde aşağıda gösterilen sebeplerden biri veya birkaçıyla bozulduğu yerlerde;

- 1) Planlama veya altyapı hizmetlerinin yetersiz olması,
- 2) İmar mevzuatına aykırı yapılaşmanın bulunması,
- 3) Altyapı veya üstyapıda hasar meydana gelmiş olması, riskli alan ilanına gerekçe olmaktadır.

Ayrıca söz konusu arazi; üzerindeki toplam yapı sayısının en az % 65’i imar mevzuatına aykırı ise veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan meydana gelmiş ise, riskli alan olarak ilan edilebilmektedir. ARAADHK Ek m. 1’e göre riskli alan sınırının, uygulama bütünlüğü gözetilerek belirleneceği dile getirilmiştir. Aynı maddede zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybı riski dışındaki bu hallerin, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil

etmek, sağlık, eğitim ve ulaşım gibi kamu hizmetlerinin dzenli bir şekilde yurutulmesini sağlamak amacıyla riskli alan ilanına sebep olabildesinin mwmkmn olduğu belirtilmiştir.

Bu şartların belirlenmesi ise şupheye yer bırakmayacak kadar net olmalıdır. Son derece hassas bir konu olan ve onemli hukuki ve sosyal sonuçları bulunan bu kararın yalnızca bir taşınmazı veya bir bølgeyi değil, belki bir ilçenin ya da kentin tamamını etkileyebilecek olması göz önünde bulundurularak açık ve kesin teknik raporlarla ispatlanmış olması gereklidir. Yine riskli alan belirlenirken tek tek yapı bazında yapılacak bir belirlemenin o alanın tamamı hakkında geçerli olması mwmkmn değildir. Teknik tespitin, alanın tamamı için geçerli olacak şekilde hazırlanmış olması gereklidir²⁸⁵. Buna karşın Kanun'un ilk halinde, m. 3/7'e göre belirlenen riskli alanlarda bulunan ve riskli yapıların dışında kalan diğer yapıların da Çevre, şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nca uygun görölmesi durumunda dönüşüme tabi tutulabileceğine işaret edilmekteydi. Fakat Anayasa Mahkemesi, riskli yapı tanımına uymayan yapıların, ARAADHK'daki mülkiyet hakkını kısıtlayan imar kısıtlamaları, yapının tahliyesi ve yıkılması, taşınmazın kamulaştırması uygulamalarına tabi tutulmasını, her ne kadar bu madde, "uygulama bütünlüğu" sağlamak amacıyla yapılmış olsa da Anayasa'nın mülkiyet hakkını güvence altına alan m. 35 ve kamu yararıyla temel haklar arası dengeyi bozması sebebiyle ölçölülük ilkesini dzenleyen m. 13'e aykırı bularak iptal etmiřtir²⁸⁶.

İptal kararından sonra 26.04.2016 tarih ve 29695 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yurürlüğe giren 6704 sayılı kanunla söz konusu ARAADHK m.3/7'ye yeni bir dzenleme getirilmiştir. Buna göre, *"bu Kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğu bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler, değerleme ęalıřmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla bu Kanun hükümlerine tabi olur"* ifadesi yer almıştır. Yapılan iptal başvurusu üzerine söz konusu yeni dzenlemeyi de görüşen Anayasa Mahkemesi; yeni dzenlemenin de ilk dzenlemenin iptal sebeplerini ortadan kaldırmadığı ve maddeye eklenen "riskli yapı olmayan riskli alan dahilindeki yapıların

²⁸⁵ Danıştay 14. D. (10.09.2013), E. 2013/1493 K. 2013/5670. (www.lexpera.com.tr).

²⁸⁶ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

uygulama kapsamına dahil edilerek sadece değerlemesi yapılırken riskli yapı olmadıklarının göz önünde bulundurulması” ifadesinin, kamu yararı ile temel haklar arasındaki bozulan dengeyi onarmaya yetmeyeceğini gerekçe göstererek bir kez daha iptal etmiştir²⁸⁷.

Kanunun ilk halinde riskli alan ilanı için yetkili makam, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı’nın görüşünü alan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın tespit ve teklifi ile Bakanlar Kurulu idi. Buna karşılık 2017 Anayasa değişikliğiyle uygulamaya konulan yeni yönetim sistemi sonrası ilgili maddede uyum amaçlı 02.07.2018 tarihinde yapılan değişiklikle, ilan sürecine Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın katılımı kaldırılmış, Bakanlar Kurulu kararı yerine ise riskli alan kararı için tek yetkili makam Cumhurbaşkanlığı olmuştur. ARAADHK m.2/1(4)’de geçen “...Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan...” ifadesinin ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi değil birel bir idari işlem türü olan Cumhurbaşkanlığı kararı²⁸⁸ olduğu anlaşılmaktadır.

Cumhurbaşkanı kararının Resmi Gazete’de yayımı ile riskli alan hukuki sonuçlarını doğurmaya başlar. Ayrıca karara karşı iptal davası açma süresi de ARAADHK Ek m. 1’e göre Resmi Gazete’de yayımı ile başlar. Bununla beraber uygulama işleminin başlamasıyla beraber dava açma hakkının sona ereceği kanunda belirlenmiştir.

Bu tarz imara ilişkin planlamalar, yargı içtihatlarıyla “ilanı gereken genel düzenleyici işlem” niteliğinde kabul edilmiştir²⁸⁹. Cumhurbaşkanınca yapılacak olan riskli alan kararlarının da aynı şekilde “ilanı gereken genel düzenleyici işlem” kabul edilmesi gerekir. Danıştay Kanunu m. 24/1(b) de Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere karşı birinci derece mahkemesi olarak Danıştay’da dava açılabilceğini öngörmüştür. Bunun yanında

²⁸⁷ Anayasa Mah. (15.11.2017), E.2016/133, K. 2017/155. (www.lexpera.com.tr).

²⁸⁸ İba, Şeref, Yasin Söyler, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanınca Kararın Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları” Anayasa Yargısı, 36(1),(2019),s. 199.

²⁸⁹ Danıştay (15.12.2005) İdari Dava Daireler Kurulu E. 2005/2477, K. 2005/2822. (www.lexpera.com.tr).

ARAADHK m. 6/9 gereğince söz konusu kanunun hükümlerine göre yapılan idari işlemlere karşı dava açma süresi 30 gün olarak belirlenmiştir.

Buna karşın yine ARAADHK'un riskli alan ilanını düzenleyen ek m. 1'in f.2(a) ikinci cümlesine göre uygulama işleminin başlamasıyla beraber Cumhurbaşkanı'nın riskli alan ilanı kararına karşı dava açma hakkının sona ereceği düzenlenmiştir. İlk bakışta bu durum, hem Anayasa m. 125'teki idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu en temel hukuk devleti düsturuna, hem hak arama hürriyetini düzenleyen m. 36'ya, hem de kendi düzenlenmiş olduğu kanun m. 6/9'daki 30 günlük süreye aykırı olabileceği şüphesi uyandırmaktadır. Fakat 6704 sayılı kanunla ARAADHK'a eklenen bu hüküm, iptal başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından görüşülmüş, her ne kadar söz konusu maddede "riskli alan kararına karşı" lafzı geçse de dava açma hakkının, karara karşı açılacak davanın otuz günlük süresini etkilemediği, sadece İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 7'ye göre uygulamaya karşı açılabilir davaları engellemekte ve özel kanun genel kanunu ilga eder kuralı gereği ilgili maddedeki genel hükmün ARAADHK ek m. 1/2(a) ile ilga edilmiş olduğuna hükmedilmiştir²⁹⁰.

Riskli alanlar 2019'da ARAADHK'da yapılan değişikliklerle, kanunda gösterilen bazı durumlarda uygulama bütünlüğü kapsamında Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından da re'sen belirlenebilmektedir²⁹¹.

2.2.4. Rezerv Alan

ARAADHK'un genel gerekçesinde "*bazı yerleşim merkezlerinin jeolojik durumu ve zemin özellikleri ise, buralarda iskânın tehlikeler arz ettiğini ve afet riski altında bulunan bu yerleşim merkezlerinin bir an önce bulundukları yerlerde dönüştürülerek buralardaki iskânın yeniden düzenlenmesini ve hatta bunların başka yerlere nakledilmesini zarurî kılmaktadır*" cümlesi yer almaktadır. Bu ifadeden afet riski sebebiyle can ve mal güvenliği tehlikede bulunan yerleşim yerlerinin önce

²⁹⁰ Anayasa Mah. (15.11.2017), E.2016/133, K. 2017/155. (www.lexpera.com.tr).

²⁹¹ Bkz. s.166,167

bulundukları yerde, eğer bu da mümkün değilse daha güvenli bir alana taşınmaları suretiyle riski azaltma yoluna gidilmesinin Kanun'un en esaslı amaçlarından biri olduğu anlaşılmaktadır. Kısacası ARAADHK'un gerekçesi, afet riski taşıdığı teknik raporlarla sabit olan bir alan veya yapının öncelikle bulundukları yerde dönüşüme tabi tutulması, mümkün olmaması durumunda başka yere taşınmasını öngörmektedir. Afet riski sebebiyle taşınması gereken yapı alanları için yapılacak yeni yerleşim alanlarına "rezerv yapı alanları" denilir. Anayasa Mahkemesi de kararında rezerv yapı alanını, riskli alanın dönüştürülerek buralardaki iskânın yeniden düzenlenmesi için gerekliyse bunların başka yerlere nakledilmesi amacıyla oluşturulan yeni yerleşim alanları olarak ifade etmiştir²⁹².

Kanun ise tanımlar başlıklı m. 2'de ayrıntılı olarak "rezerv yapı alanı" kavramını *"bu Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya re'sen Bakanlıkça belirlenen alanlar"* biçiminde tanımlamıştır. Dolayısıyla Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, rezerv yapı alanlarının belirlenmesinde son kararı verecek olan yetkili makamdır. Bakanlık, bu kararı alırken, re'sen hareket edebileceği gibi, kararı TOKİ veya proje sahibinin, ilgili yerel yönetimin talebine istinaden alması da imkan dahilindedir. Kanunun ilk halinde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın, bu kararı alırken Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşüne başvurması zorunluluğu ise 29.11.2019 tarih ve 7153 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Buna rağmen Uygulama Yönetmeliği, yeni düzenlemeye henüz uyarlanmamıştır.

Ayrıca gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri de Uygulama Yönetmeliği m. 4/1'deki belgelerle birlikte, sahip oldukları taşınmazlar için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na rezerv yapı alanı tahsis edilmesi konusunda, maliklerin tamamının onayıyla başvuruda bulunabilir. Fakat Uygulama Yönetmeliği'ne göre bunun için ilgili taşınmaz yüzölçümünün %25'inin; geliri Türkiye'deki bütün kentsel dönüşüm alanlarında kullanılmak üzere ortak belirlenen "dönüşüm projeleri özel hesabı"na kalmak üzere Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın uygun göreceği bağlı veya ilgili kuruluşuna veya TOKİ veya idareye devredilmesi

²⁹² Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

gerekmektedir. Buna karşın Danıştay, 2015 yılında vermiş olduğu bir ara kararla söz konusu, taşınmazın %25'inin dönüşüm özel hesabında kullanılmak amacıyla kamu kurumuna devrini öngören hükmün yürütmesini durdurmuştur²⁹³. Fakat maliklerin tamamının rızasıyla rezerv alan talebinde bulunabileceklerini düzenleyen ifadenin yürürlüğü devam etmiştir.

Riskli alan ve riskli yapılarda oturanların nakledileceği alanlar dışında, buralarda oturmayanlara da satış yapmak amacıyla, yapılacak yapıların inşa edilebilmek ya da gelir ve/veya hasılat elde etmek amacıyla uygulama yapmak üzere de rezerv yapı alanları belirlenebilmektedir. Uygulama Yönetmeliği m. 4/1(b)'de belirtilen bu durumun, yönetmeliğin temelini aldığı kanun olan ARAADHK'da düzenlenmemesi ayrı bir soru işareti oluşturmaktadır. Çünkü ilgili bent, kanunun amacını belirten m. 1'e ve ARAADHK'un genel gerekçesindeki amaçlara aykırı olarak, herhangi bir doğal afet riski veya en azından ekonomik ömrünü tamamlamış yapıları yenileme durumu olmaksızın salt gelir amacıyla rezerv yapı alanlarını kullanılabileceklerini söylemektedir. Kanunun genel amacıyla ters düşen bu durum aynı zamanda dönüşüm için gerekli olan riskli alan ilanı için yapılacak risk tespitinin, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde teknik raporlarla sabit olmasını arayan Danıştay içtihatlarıyla, ayrıca belirlenen riskli alanlarda bulunan ve riskli yapıların dışında kalan diğer yapıların dönüşüme tabi tutulabileceğini öngören maddeyi iptal eden Anayasa Mahkemesi kararıyla da ters düşmektedir²⁹⁴.

Yine de ARAADHK m. 6/5(g)'deki *“rezerv yapı alanlarında gelir ve hasılat getirecek her türlü uygulama yapmaya”* cümlesi geniş yorumlanarak, yönetmelikteki söz konusu uygulamaları kapsama dahil etmesi mümkündür. Söz konusu kanundaki bu bent aynı zamanda, yönetmelikte uygulamayı yapmaya yetkili makamın kim olduğunun net olmaması durumunu da açıklığa kavuşturmakta, bu konularda yetkili makamı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olarak belirlemektedir.

Rezerv yapı alanları, her kentsel dönüşüm projesi açısından zorunlu değildir. Afet riski nedeniyle dönüşüme tabi tutulacak yapıların veya alanların rezerv yapı

²⁹³ Danıştay 14. D. (20.04.2015) E. 2013/983(Yürütmenin durdurulması). (www.lexpera.com.tr).

²⁹⁴ Bkz. s.131-133

alanlarına taşınması için zorunluluk bulunmalıdır. Bu zorunluluk, risk altındaki yapıların halihazırda bulundukları yerde dönüştürülmesinin teknik ve fiziki şartlar sebebiyle mümkün olmaması anlamındadır.

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın rezerv yapı alanı belirleme kararı, ilan gerektiren düzenleyici nitelikte bir idari işlem kabul edilmektedir²⁹⁵ ve bu kararın iptali amacıyla doğrudan birinci derece mahkemesi olarak Danıştay'da dava açılabilir. İdari Yargılama Usulü Kanun m. 7/4'deki dava açma süresi sınırlandırıcı bir süre değildir. Kararın uygulanmasıyla birlikte de gerek uygulamaya gerek karara ve gerek her ikisine karşı dava açılabilmelidir.

2.2.4.1. Hazinesin Özel Mülkiyetinde Bulunan Alanlar (Hazine Adına Tescilli Taşınmazlar)

ARAADHK'da, "Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmaz" kavramı çokça geçse de, bu kanunda tanımı yapılmamıştır. Kavramın tanımı, "Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik"de yapılmıştır. Buna göre, Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmaz; tapuda Hazine adına tescilli taşınmazları ifade etmektedir. Yani bir kamu taşınmazının, tapu siciline Hazine malı olarak tescili yapıldığı zaman "Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmaz" ismini kazanmaktadır. Bu durumda TMK'nın tapu sicili ile ilgili m. 997 ve m. 999'a bakmak gerekir.

TMK m. 997, tapu sicilinin ne amaçla tutulduğunu göstermektedir. Buna göre, *"taşınmazlar üzerindeki hakları göstermek üzere tapu sicili tutulur"*. Aynı kanun, m. 999 ise hangi taşınmazların tapu siciline kaydedilmediğini şöyle ifade etmiştir; *"özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynî hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz"*. Hükmün zıt anlamından Hazine'nin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazların özel mülkiyete konu olabildiği ve üzerinde ayni hak kurulabildiği anlaşılmaktadır. 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu m. 45 ile genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin edindiği taşınmazlar, Hazine adına tapuya tescil

²⁹⁵ Bkz. dipnot 289.

edilmektedir, bu taşınmazları idare yetkisi ise aynı madde ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na verilmiştir. Genel bütçe dışındakilerin tescili ise kendi tüzel kişilikleri adına yapılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de kararında²⁹⁶, Hazine'nin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazları şöyle tanımlamıştır; “*genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin edindiği, tapuda Hazine adına kayıtlı olan ancak özel mülkiyete konu olabilen, Devletin üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma gibi özel mülkiyete ilişkin yetkileri (mülkiyetin devri, kiralama vs. gibi) kullanabildiği taşınmazlar*”dır. O halde Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmazların dört unsuru:

- Genel bütçeli kamu idarelerinin edinmiş olduğu,
- Hazine adına tapuya kayıtlı olan,
- Özel mülkiyete konu olabilen,
- Özel hukukun mülkiyet hakkına ilişkin verdiği kullanma, yararlanma, tasarruf yetkilerinin devlet tarafından kullanılabildiği taşınmazlardır.

Yine aynı karara göre, kanun kapsamında değerlendirilecek olan Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmazlar, sadece riskli alan ve rezerv yapı alanlarındaki taşınmazlardır. ARAADHK'a göre Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmazların tahsis ve devir işlemleri yapıncaya kadar satılması veya kiraya verilmesi özgülenmesi veya irtifak hakkına konu edilmesi yasaklanmıştır. Bu taşınmazlardan daha önce bir kamu idaresine özgülenmiş olanlar Cumhurbaşkanı kararıyla, henüz özgülenmemiş olanlar ise o taşınmazın ilgi alanı içinde olduğu kamu idaresinin görüşü alınarak, riskli alan veya rezerv yapı alanlarında kullanılmak üzere Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı veya Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın talebi üzerine TOKİ ya da uygulamayı yapacak yerel yönetime özgülenmesi yapılabilmektedir. Tapuda kaydı bulunmayan, uygulama kapsamındaki alanlar ise öncelikle Hazine adına tescil edilerek daha sonra yine aynı şekilde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı veya Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın talebi üzerine TOKİ ya da uygulamayı yapacak yerel yönetime

²⁹⁶ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

özülemesi yapılabilmektedir. Kanunun ilk halinde özüleme işlemini yapmaya yetkili makam Maliye Bakanlığı olarak düzenlenmişken; 7153 sayılı kanunla 2018 yılındaki değişlikle bu ibare çıkartılmış, kamu idareleri adına özülenmiş olanları Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na özülemeye yetkili olarak Cumhurbaşkanlığı gösterilmiş, buna karşılık kamu idarelerine özülenmiş olmayanlar yani Hazine adına tescilli olan taşınmazlar için bu işlemi yapmaya yetkili bir makam düzenlenmemiştir. Bu durumda genel kanun olan 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu m. 47'e bakmak gerekecektir. Söz konusu kanuna göre *“Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri tahsis etmeye, kamu ihtiyaçları için gerekli olmayanların tahsisini kaldırmaya Çevre ve Şehircilik Bakanlığı... yetkilidir”* denilerek yetki Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na verilmiştir. Aynı kanun m. 45'teki *“Hazine adına tescil edilen taşınmazlar Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yönetilir”* ifadesi de varken ARAADHK m. 3/3'te Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı kastedilerek *“Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilir”* ifadesinde bulunan *“Bakanlığın talebi”* ifadesi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın kendi kendisine teklifte bulunması düşünölemeyeceğine göre gereksiz olmuştur.

Bu özüleme işlemlerinden biri yapıldıktan itibaren üç yıl içinde veya gerekli görölen durumlarda uzatılan sürenin sona ermesine kadar, amacına uygun kullanılmayan taşınmazlar ise yeniden Hazine adına veya daha önce özülenmiş olduğu kamu idaresi adına tapuda tescil edilmektedir. Amaca uygun kullanılıp kullanılmadığının denetimi ise yine Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nca yapılır. Anayasa Mahkemesi kararına göre burada amaca uygunlukla ilgili yapılacak denetim kamu yararı amacının denetlenmesi olmalıdır. Afet riski açısından bu taşınmazların kullanılmasında ise elbette kamu yararı bulunmaktadır²⁹⁷. Amaca uygun kullanma zorunluluğu Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu m. 47'de zaten düzenlenmiştir. Buna karşılık bu durumda tekrar Hazine adına tescil edilmesi için belli bir süre sınırı belirtilmemiştir. ARAADHK'daki özel hükme göre ise iki yıllık süre sınırı konulması, Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu

²⁹⁷ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

özüleme ŧartlarının ARAADHK’da daha ağırlaştırılmış olduğu ŧeklinde yorumlanmıřtır²⁹⁸.

Genel kural bu olmakla beraber ARAADHK geçici m. 1’de işaret edilen, dönüşüm amacıyla kullanılmak üzere kamu idarelerine özülemesi ve devri yapılmış olan taşınmazlar için amaca uygun uygulamaya başlanılmadığı takdirde devirden itibaren iki yıl sonra tekrar Hazine adına tescil edilir.

Bununla beraber Anayasa Mahkemesi, bir kararında²⁹⁹ Hazine’ye ait taşınmazların uygulama sonunda gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine devrinin nasıl yapılacağına ilişkin bir sorunu tartışmıştır. ARAADHK m. 6/11, *“bu Kanun hükümlerine göre Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılan veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ’ye veya İdareye devredilen taşınmazlar üzerinde bu Kanun kapsamındaki uygulamalara bağlı olarak meydana gelen yeni taşınmazlar Bakanlığın, TOKİ’nin veya İdarenin isteği üzerine, kendileri ile anlaşma sağlanan gerçek kişiler veya mirasçıları ile tüzel kişiler adına tapuya tescil olunur”* ifadesiyle uygulama sonunda meydana gelecek yeni taşınmazların hak sahibi olan gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerine devredilerek tapu siciline tescil edilmesi kararı için yetkili makamı Çevre, şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ ve uygulamayı yapan yerel yönetim olarak düzenlemiştir. 4706 sayılı Hazine’ye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değeriklik Yapılması Hakkında Kanun kapsamında ise Hazine’nin özel mülkiyetindeki taşınmazların satış ya da kiraya verilmesinin, ARAADHK m. 6/11’den farklı biçimde, belirli usullerle yapılması öngörölmüşür. Bunlar, ihale ve doğrudan satış yöntemleridir. Tabi ki bu usullerden hangisi uygulanırsa uygulansın amaç her zaman idare hukukunun vazgeçilmez düsturu olan “kamu yararı” olmalıdır. Buna karşın anayasada ormanlar gibi güvence altına alınmış olan taşınmazlar bu kapsam dışındadır.

Bu noktada tartışma konusu olabilecek hukuki sorun ise devir işleminde uygulanacak usulle ilgili ARAADHK’un mu yoksa 4706 sayılı kanun³⁰⁰ hükümlerinin

²⁹⁸ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

²⁹⁹ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

³⁰⁰ Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değeriklik Yapılması Hakkında Kanun

mi uygulanacağı sorunudur. Pozitif hukukta aynı konuda iki ayrı hukuk kuralının bulunması durumunda bunlardan biri diğerini ilga eder ki, açık bir ilga olmaması durumunda buna örtülü ilga denilmektedir³⁰¹. Anayasa Mahkemesi de söz konusu kararda; gerek özel hüküm, gerekse yeni tarihli hüküm olarak sonradan yürürlüğe girmiş olmasından dolayı ARAADHK m. 6/11'in; 4706 sayılı kanunun söz konusu hükümlerini, afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yöntemindeki "riskli alan" ve "rezerv yapı alanları" özelinde örtülü olarak ilga etmiş olduğu sonucuna varmıştır.

Bir diğer önemli hukuki sorun ise özel hukuk açısından, yapılan bu devir işlemlerinin taşınmaz üzerinde hukuki sonuçlarını hangi andan itibaren doğuracağı sorunudur. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ veya uygulamayı yapan yerel yönetimin talebi üzerine tapuya yapılacak tescilin kurucu tescil mi yoksa açıklayıcı tescil mi olduğu sorusu cevap beklemektedir. Yani taşınmaz üzerinde aynı hak, maddedeki "*anlaşma sağlanan gerçek kişiler veya mirasçıları ile tüzel kişiler*" ifadesinde geçen anlaşma anında mı yoksa tescil anında mı kurulmaktadır?

Bu durumda başvurulacak kanun, öncelikle TMK olmalıdır. TMK m. 1022'e göre "*aynî haklar, kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır*", yani asıl olan tescilin kurucu olması ve aynı hakların taşınmazlar üzerinde tescille doğması, ayrıca belli bir aynı hakkı karşılamasıdır³⁰². "Tapuya güven" ilkesi gereği kişilerin tapu siciline güvenerek hak sahibi olmaları bu etkiden ileri gelir. Buna "tescilin olumlu(müspet) etkisi" denir³⁰³.

Yine TMK m. 1021, "*kurulması kanunen tescile tâbi aynî haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz*" ifadesiyle bu sefer "tescilin olumsuz(menfi) etkisi"ne dikkat çekmiştir. Buna göre taşınmazlar üzerinde bir aynı hakkın doğumu, el değiştirmesi veya sona ermesi usulüne uygun bir tescille mümkün olmaktadır. Bu etkiye aynı zamanda "tescil ilkesi" de denilmektedir³⁰⁴. Buna rağmen istisna olarak

³⁰¹ Turhan, Mehmet, "Hans Kelsen'in "Normatif Alternatifler Kuramı"nın Gözden Geçirilmesi" Anayasa Yargısı, 36(1), (2020), s. 4-5.

³⁰² Antalya, Gökhan, Murat Topuz Eşya Hukuku C.IV/1, İstanbul, Seçkin Kitabevi, (2019), s.567.

³⁰³ Esener, Turhan, Kudret Güven, Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Kitabevi, (2019), s. 165; Topuz, Murat, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, İstanbul, Seçkin Kitabevi, (2020), s. 117-118; Erman, Hasan Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, Der Yayınları, (2018), s. 44-49.

³⁰⁴ Esener/Güven, 2019, s.136-137; Akipek, Jale, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Eşya Hukuku, İstanbul, Beta, (2018), s. 307-309.

hukuk sistemimizde tescil öncesi kazandırmalar da mevcut olup, bu durumda sonradan yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı özelliğe sahiptir³⁰⁵. İşgal, miras, olağanüstü zamanaşımı ile kazanmada olduğu gibi özel hukuktan gelen istisnalar olabileceği gibi; kamulaştırma, cebri icra gibi doğrudan kamu hukukundan gelen istisnaları da bulunmaktadır³⁰⁶. Bu durumda bakılması gereken hüküm, taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkını düzenlemiş olan TMK m. 705'tir. Bahsi geçen madde “taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur” şeklinde m. 1022'e benzer bir ifadeden sonra; maddenin devamında, tescil dışı kurulabilecek istisnaları saymıştır. Buna göre, miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı söylenmektedir.

TMK m. 705 hükmüne rağmen kamulaştırma ile ilgili özel hükümler içeren 2492 sayılı Kamulaştırma Kanunu m. 25 farklı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre TMK m. 705'in ifade ettiği gibi mülkiyet idareye kamulaştırma kararıyla birlikte değil, açılacak bedel tespiti ve tescil davası sonunda mahkemenin vereceği tescil kararıyla birlikte geçer. Her nasıl olursa olsun kamulaştırma durumunda idarenin, kamulaştırma konusu taşınmazın mülkiyetini tescilden önce kazanacağı kesindir.

Bu noktada idari bir karar olan kamulaştırma, çıkış noktası olarak kıyasa tabi tutulabilir. Her ne kadar birel idari işlem olarak kamu hukuku alanını ilgilendirmekte ve bu yüzden yorumlama aracı olan kıyas metodunun kullanılmasına kamu hukukunda sınırlı olarak başvurulsa da³⁰⁷, konu genel anlamda, özel mülkiyete tabi taşınmaz üzerinde aynı hakkın hangi anda kazanıldığı sorunu olarak özel hukuka ait bir sorundur, dolayısıyla kıyas yapılmasında bir sakınca yoktur. Ayrıca TMK m. 705/2'deki istisnalar sınırlı değildir³⁰⁸. Bu görüşe göre, kamulaştırmada “kamu yararı” olduğu konusundan hareketle eleştiri yapılması mümkündür lakin yapılabilecek bu eleştiri, afet riski altındaki yerlerin dönüştürülmesi yönteminde de en azından dolaylı bir kamu yararı olduğu görüşüyle cevaplandırılabilir³⁰⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi

³⁰⁵ Sirmen, A. Lale, Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Kitabevi, (2019), s.119; Erman, 2018, s. 83, 84.

³⁰⁶ Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya, Mimoza (2015), s.390; Erman, 2018, s. 92-94.

³⁰⁷ Karabatak, Rüstem, Hukukun Anlam Bakımından Uygulanması (Yorum ve Nitelendirme), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, (1996), s. 66-67.

³⁰⁸ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, 2015, Eşya Hukuku, s.229

³⁰⁹ Bkz. s. 20, 22, 26, 50.

de kararında³¹⁰, “...devlet, kamuya ait taşınmazlar üzerinde, kamu yararını gözetmek ve Anayasa’nın özel maddelerinde yer alan güvence hükümlerini dikkate almak kaydıyla üstün yetkilerini kullanarak istediği hukuki düzeni kurabilir” ifadesini kullanmıştır. Devamında ARAADHK m. 6/11 için, “dava konusu kural kapsamındaki uygulama işlemi de bu amacı temin için öngörülmüştür” demiştir.

Bu durumda (her ne kadar kamulaştırmada mülkiyet devri için mahkemenin vereceği tescil kararı beklenerek de olsa) yine kamulaştırma gibi idari bir işlem ve bir idari sözleşme olan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ veya uygulamayı yapan yerel yönetimin; gerçek kişiler, mirasçıları veya özel hukuk tüzel kişileri ile Hazine’nin özel mülkiyetindeki taşınmaz üzerindeki aynı hakların devri amacıyla yapacakları sözleşme anında, yani tescilden önce mülkiyetin kazanılabileceği söylenebilir. ARAADHK m. 6/11’deki sözleşmeyi, idarenin özel hukuk sözleşmesi olan kamu taşınmazlarının satım sözleşmelerinden ayırmak gerekir. Çünkü idari sözleşmenin üç ölçütü olan³¹¹; taraflardan birinin idare olması, kamu hizmetinin görülmesi amacıyla yapılmış olması ve kendi inisiyatifi ile belirleyeceği, Hazine’nin özel mülkiyetindeki taşınmazlarını uygulama alanı kapsamına dahil etmesi sebebiyle idarenin üstün yetkilerini kullanıyor olması³¹² ölçütlerinin tamamını taşımaktadır. Yani genel kurala göre tapuda yapılacak tescil açıklayıcı tescil olacaktır.

Genel hükümlere göre durum böyle olsa da ARAADHK m. 6/11 kapsamında gerçek kişiler, mirasçıları veya özel hukuk tüzel kişilerinin hangi anda Hazine’ye ait taşınmazlarda aynı hakka sahip olduğu sorunu önemlidir. Bu konuyla ilgili Uygulama Yönetmeliği m. 13/8, ARAADHK m. 6/11’den daha ayrıntılı bir düzenleme getirmiş ve şöyle demiştir: “Kanunun 3 üncü maddesi kapsamında Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılan taşınmazlar, bu taşınmazlardan, Bakanlığın talebi üzerine TOKİ’ye veya İdareye devredilenler ve Kanun kapsamında değerlendirilmek üzere Bakanlık ile bağlı veya ilgili kuruluşu arasında akdedilecek protokole konu edilenler üzerinde, Kanun kapsamındaki uygulamalara bağlı olarak meydana gelen yeni taşınmazların kendileri ile anlaşma sağlanan gerçek kişiler veya mirasçıları ile tüzel

³¹⁰ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

³¹¹ Odyakmaz, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), (1998), s.7.

³¹² Bkz. s.141-142 (Anayasa Mahkemesi kararı).

kişiler adına tapuya tescil edilmesi, ilgili kurumun isteği üzerine tapu müdürlüğünce gerçekleştirilir. Bu taşınmazlar ile ilgili olarak tapuda işlem yapılmasını gerektiren diğer hallerde de, ilgili kurumun isteği üzerine, tapu müdürlüğünce işlem tesis edilir”. Söz konusu maddeden de anlaşılacağı üzere tescili taleple yetkili olan, kendisine uygulama yapılması amacıyla taşınmaz tahsis edilen idaredir. Dolayısıyla tescilden önce gerçek kişiler, mirasçıları veya özel hukuk tüzel kişileri açıklayıcı tescili talep yetkisi bulunmadığı için tescilden önce henüz aynı hakkın doğmuş olduğunu söylemek mümkün değildir.

Her ne kadar TMK m. 705’deki “kanunda öngörülen diğer hâllerde” ifadesi hükmün içeriğinin sınırlı olarak sayılmadığını gösterse de burada kastedilen diğer haller, hakkın doğrudan tescilden önce kazanılabileceği hallerdir. Oysa ki ARAADHK m. 6/11, tescilin ancak ilgili idare tarafından talep edilebileceğini ifade etmiştir. TMK m. 1015 ise tescili talep için tasarruf yetkisinin bulunmasını gerekli kılmıştır. Aynı şekilde Tapu Sicil Tüzüğü m. 17/1, “*kanunî istisnalar dışında, tapu sicilinde hak sahibi olan kişiler istemde bulunabilir*” cümlesini kullanmıştır. Tasarruf yetkisi olmayanın tescili talep yetkisi bulunmadığına göre, mülkiyet hakkının tescilden önce henüz ilgililere devredildiğini söylemek mümkün değildir. Anlaşma sağlanan kişiler, ihale veya doğrudan satış yöntemi uygulanmadan, ilgili idarenin talebi üzerine tapu siciline yapılacak olan kurucu tescille birlikte, kanun kapsamında uygulama yapılmış olan Hazine’nin özel mülkiyetindeki taşınmazları üzerinde hak sahibi olabilecektir. Ayrıca yine aynı maddeye göre tescili talep, geçerli bir hukuki sebebin varlığına bağlıdır.

Kurucu olması gereken bu tescil, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ veya uygulamayı yapan yerel yönetimin tescili talepten kaçınması durumunda; tescilin hukuki sebebini oluşturan sözleşmenin yapıldığı gerçek kişiler, mirasçıları veya özel hukuk tüzel kişileri, TMK 716’da belirtildiği gibi hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilecektir. Bu durumda ise TMK m. 705’teki istisnalardan biri olan mahkeme kararı gerçekleşmiş olacak ve taşınmaz üzerindeki aynı hak tescil dışı kazanılmış olacaktır. Yani gerçek kişiler, mirasçıları veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından tapu idaresinden aynı haklarının açıklayıcı tescili talep

edilebilecektir. Ayrıca söz konusu durum, idari sözleşmeden doğan çekişmenin idare mahkemesi dışında adliye mahkemelerinde çözülen bir istisnasıdır.

2.2.4.2. Tescil Dışı Alanlar

İdare hukuku anlamında kamu malları iki ana grupta değerlendirilmektedir. Bunlardan biri, yukarıda bahsedilen Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmazlarının da dahil olduğu ve özel hukuk hükümlerine tabi olup, ortaya çıkacak çekişmelerde hukuk mahkemelerinin görevli olduğu, kamunun özel mallarıdır³¹³. Diğeri ise kamunun doğrudan kullanımına veya özel düzenlemelerle bir kamu hizmetine tahsis edilen, kamu tüzel kişilerine ait olan kamusal mallardır³¹⁴.

Taşınmaz mülkiyeti açısından söz konusu kamusal mallar, sahihsiz-orta malları ve hizmet malları olarak Kadastro Kanunu m. 16 ve TMK'da düzenlenmiştir. Buna göre TMK m. 715 bunları şöyle ifade etmiştir; *“Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz”*. Yine TMK m. 999 ise özel mülkiyete tabi olmayan bu tür malların tapuya kaydolunmaması gerektiğini şöyle belirtmiştir; *“özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynî hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz”*³¹⁵.

Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmazlar gibi devletin hüküm ve tasarrufunda olup tapu sicilinde kayıtlı olmayan taşınmazların da afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi uygulamalarına dahil edilmesi mümkündür. Bu konuyu ARAADHK m. 3/4 kapsamında değerlendirmek mümkündür. ARAADHK m. 3/4'e göre; ARAADHK kapsamında uygulama yapılacak alanlarda yer alan tescil dışı

³¹³ Arslan, Kahan Onur, “Kamu Malı Niteliğinin Tespiti ve Kamu Mallarından Yararlanmanın Esasları” TBB Dergisi, S.131, (2017), s.61.

³¹⁴ Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Yayınevi, (2010), s.679; Tan, Turgut, İdare Hukuku, Ankara, Turhan kitabevi, (2019), s. 589.

³¹⁵ Tan, 2019, s. 699; Çetin Özge, Olağan ve Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Taşınmazın Mülkiyetinin Kazanılması, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s.29.

alanlar, tapuda Hazine adına tescil edildikten sonra Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na tahsis edilerek tasarrufuna bırakılır veya Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın talebi üzerine TOKİ'ye veya uygulamayı yapan yerel yönetime bedelsiz olarak devredilebilir.

O halde sahipsiz-orta mallar ile kamu hizmetine ayrılmış malların afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi uygulamalarına konu edilebilmesi için iki aşamalı bir yol izlenmelidir. Birinci aşama için, bu taşınmazların, tescil dışı alanlar olarak önce Hazine adına tapuya tescilleri gerekir. Sonrasında ise Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmazlara benzer işlemlere tabi tutularak, uygulamaya konu edilir. Yani ikinci aşama olarak, zaten kamu idarelerine tahsisli olmayan mallar, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m. 45 gereği Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından idare edildiği için bahsi geçen bakanlık tarafından kendisine tahsis edilir. Veya kendi kendisinden talepte bulunamayacağı için³¹⁶ bu durumda re'sen TOKİ veya uygulamayı yapan yerel yönetime karşılıksız şekilde mülkiyeti devrederek dönüşüm uygulamalarının yapılması temin edilir.

2.2.4.3. Anayasa ve Özel Kanunlarla Güvence Altına Alınan Meralar, Zeytinlikler, Orman Arazileri

Meralar, zeytinlikler ve ormanlar da tıpkı ARAADHK m. 3/4'te belirtilen taşınmazlarda olduğu gibi kamunun "tescil dışı" mallarındandır. Buna karşılık bu alanlardan meralar ve ormanlar anayasa ile, zeytinlikler ise kanunlarla güvence altına alınmışlardır. Her ne kadar ARAADHK'un ilk halinde m. 9, zorunlu olan hallerde bu alanların da belli şartlar altında kapsama dahil edilebileceğini öngörmüş olsa bile söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptal edilmiştir³¹⁷. Bahsi geçen hüküm iptal edilmemiş olsaydı, ARAADHK'un "önce uygulanırlığı sorunu" bir kez daha gündeme gelmiş olacaktı³¹⁸.

³¹⁶ Bkz. s.138

³¹⁷ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

³¹⁸ Bkz. s.89-102.

Ormanlar, “ormanların korunması ve geliştirilmesi” başlıklı anayasa m. 169 ile koruma altına alınmıştır. İlk fıkrada, “*devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır*” denildikten sonra, kanun koyucu, aynı hükmün ikinci fıkrasında orman arazilerinin devrolunmasını yasaklamıştır. Devamında ise “*ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez*” denilerek orman arazilerinin korunmasına ne kadar önem verildiği gösterilmiştir³¹⁹. Yukarıdaki paragrafta bahsi geçen ARAADHK’un ilk halindeki m. 9 ile getirilen; orman arazilerinin anayasa kaynaklı olarak korunmasını düzenleyen 6831 sayılı Orman Kanunu ile çelişen hükümlerin açıkça ilgasını ve bu taşınmazların dönüşüm uygulamalarına konu edilmesine müsaade edebilecek hüküm, Anayasa Mahkemesi’nde iptal davasına konu olmuştur.

6831 sayılı Orman Kanunu’na benzer şekilde, ARAADHK’un ilk hali m. 9’da “uygulamaların zaruri kılması hâlinde” idarenin, 3573 sayılı “Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun”daki kısıtlarla bağlı olmadığı öngörülmüştür. Yani zeytin bahçelerinin dönüşüm uygulamalarındaki kullanımının idarenin kararına bağlı olarak kullanılması mümkün olabilecekti. Anayasa Mahkemesi bu konuyu da aynı madde içinde görüşmüş³²⁰ ve her iki durum için de anayasaya aykırılık görerek ilgili hükmü iptal etmiştir. Lakin Anayasa Mahkemesi, iptal kararını m. 9’un içeriğinin anayasa aykırı olduğundan bahisle vermemiştir. Mahkeme, anayasadaki ödevleri kanun koyucunun çıkaracağı kanunla istediği şekilde düzenleyebileceğini, buna karşın m. 9’da düzenlendiği üzere idarenin vereceği kararlar daha önceden kanunla getirilmiş olan kısıtların(6831, 3573 vb.) o taşınmaz için bertaraf edilerek, tamamen idarenin takdir yetkisinde olarak “uygulamanın zaruri kılması” kararı verebilmesinin anayasaya aykırı olması sebebiyle iptal kararı vermiştir.

Aynı maddede ormanlar için düzenlenmiş olan başka yerlerde en az uygulamaya konu edilen orman alanı kadar alanın ağaçlandırılması ve zeytinlikler için belirtilmiş olan başka yerlerde en az uygulamaya konu edilen zeytinlik alanı kadar alanın zeytinlik alan hâline getirilmesi zorunlulukları da Anayasa Mahkemesi’nin

³¹⁹ Ateş, Turan, Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin 2/B’lerin Satışı ve Kentsel Dönüşüm, Ankara, Bilge Kitabevi, (2013), s.77

³²⁰ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

fikrini değiştirmeye yetmemiştir. Mahkeme durumu, anayasal güvenceye sahip bu tür alanların değerlendirme yöntemlerinden ziyade sonuçlarının nasıl giderileceğini düzenlediği şeklinde değerlendirerek, bunun iptal kararını değiştirmeyeceğini ima etmiştir.

Mera kavramından devam edilecek olursa; mera, 4342 sayılı Mera Kanunu’nda *“hayvanların otlatılması ve otundan yararlanılması için tahsis edilen veya kadimden beri bu amaçla kullanılan yeri”* olarak tanımlanmaktadır. Meralar, her şeyden önce “tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması” başlıklı Anayasa m. 45’te güvence altına alınan tarım ve hayvancılık alanları arasında sayılmıştır. Buna göre bu tür alanların amaç dışı kullanılması ve tahribinin önlenmesinin amaçlandığı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde de amaçlananın tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesi olarak belirtilmiştir.

Mera Kanunu da 6831 ve 3573 sayılı kanunlar gibi m. 9’un ilk halinde sayılmıştı. Kaldı ki söz konusu m. 9’da sayılan kanunlar, maddedeki “diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz” ifadesi sebebiyle sınırlayıcı değildi. Kısacası Mera Kanunu hükümleri de uygulamaların zaruri kılması halinde ARAADHK’un uygulanmasını engelleyememekte ve idari işlemle mera alanlarının amacı dışında, dönüşüm uygulamalarında kullanılabilmektedir. Söz konusu hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ile her üç kanunun ve diğer kanunların kısıtlayıcı hükümleri, idare için bağlayıcı olma özelliğini srdrmştir.

Buna karşılık mera arazilerinin, orman ve zeytinliklerden bir farkı vardır. O da kanun koyucunun ARAADHK’da meraların kullanım amaçlarının değiştirilerek, Hazine’nin özel mülkiyetindeki taşınmazları olarak tapuya tescili durumunda bu arazilerin uygulama kapsamına alınabileceği yönünde m. 3/6’da ayrı bir düzenleme yapmış olmasıdır. Anayasa Mahkemesi ise yine aynı kararda³²¹ bu fıkrayı da görüşmüş ve m. 9/2’deki kararıyla tutarlı bir karar vererek, bu alanların korunmasının nasıl yapılacağıyla ilgili keyfiyetin kanun koyucuya ait olduğu gerekçesiyle, bu hükümde herhangi bir kanun hükmünün idari işlemle uygulanmasının engellenmesi hali söz

³²¹ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

konusu olmadığından hükmü iptal etmemiştir. Çünkü m. 3/6, doğrudan kanuni bir düzenleme ile meraların, kullanım amacının değiştirilerek Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmaz haline getirilmesi biçiminde kullanılabilmesine imkan vermiştir. Bu noktada meraların kullanım amacı; riskli alan ve riskli yapıların yerinde dönüşümü mümkün değilse nakledilmesi gereken rezerv yapı alanı olarak değiştirilecektir. Bundan sonraki aşamalar ise Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmazlar için uygulanan prosedürdür.

Rezerv yapı alanları oluşturulması amacıyla m. 3/6'da geçen "bakanlıkça ihtiyaç duyulan taşınmazlar" ifadesi her ne kadar Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na takdir yetkisi veriyormuş gibi görünse de Anayasa Mahkemesi, bu takdir yetkisini sınırsız görmemiş,³²² meraların kullanım amacının değiştirilerek bu yola başvurulabilmesi için bazı şartların sağlanmış olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu şartlar:

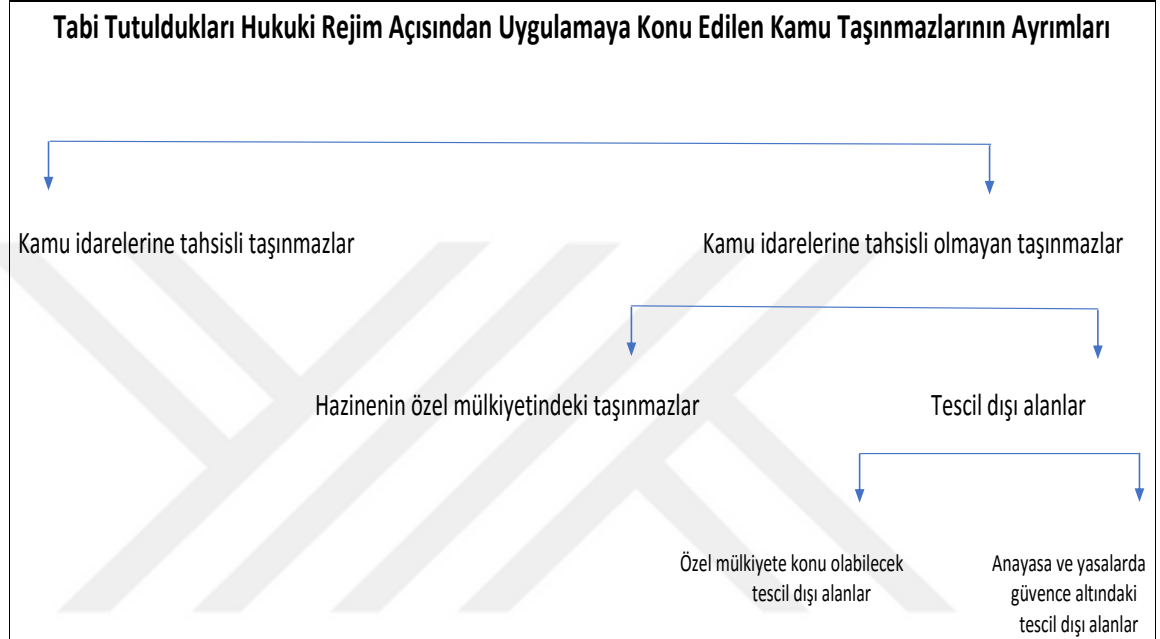
- M. 3/6'da geçen "riskli alanlarda ve riskli yapılarda yaşayanların nakledilmesi" amacı bulunması. Aynı amaç ARAADHK m. 3/6'nın atıf yaptığı, 4342 sayılı kanun m. 14/1(g)'de bulunan "doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için ihtiyaç duyulan" yerler biçiminde ifade edilmiştir.
- Jeolojik ve zemin özellikleri olarak yerinde dönüşümün mümkün olmaması
- Meraların Anayasa'da özel olarak korunması sebebiyle, öncelikle kamunun diğer taşınmazlarının değerlendirilmesi
- ARAADHK m. 3/6'nın atıf yaptığı, 4342 sayılı kanun m. 14'te bu amacın değiştirilmesi için gerekli olan ilgili müdürlüğün talebi, komisyonun ve defterdarlığın uygun görüşü üzerine, kullanım amacının değiştirilmesiyle ilgili valilik kararı bulunmasıdır.

Ayrıca 4342 sayılı kanunun getirdiği bir özel şart daha vardır. O da;

- Bu yerlerde yürütülen faaliyetlerin çevreye ve kalan mera alanlarına zarar vermeyecek şekilde yürütülmesidir.

³²² Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

Bu şartların bulunması halinde ancak mera alanları, afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi amacıyla kullanılabilir. Aynı kararda Anayasa Mahkemesi, anayasa m. 5'deki devletin temel görevleri ve m. 56'daki çevre hakkı ile m. 45'te bulunan meraların korunmasının kimi zaman birbiriyle çatışabileceğini ima etmiş ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın dönüşümle ilgili meralara ihtiyaç olduğu kararını verirken bunlar arasındaki dengeyi sağlaması gerektiğine işaret etmiştir.



Tablo 1 Tabi Tutuldukları Hukuki Rejim Açısından Uygulamaya Konu Edilen Kamu Taşınmazlarının Ayrırımları

2.3. RİSK TESPİT SÖZLEŞMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARI İŞİĞINDA RİSK TESPİT SÖZLEŞMESİNİN BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

2.3.1. Genel Olarak

“Yapı” kavramı, İmar Kanunu m. 5’te “*karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir*” şeklinde tanımlanmıştır³²³. Yapı kavramı ana taşınmazın dışında onun bütünleyici parça ve eklentileriyle birlikte kat mülkiyeti rejimine geçmiş yapıların bağımsız bölümlerine özgülenmiş olan eklenti ve ortak

³²³ Yapı kavramıyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için Bkz. s.122.

yerleri de içermektedir. Bu anlamda hukuken salt “bina” kavramından daha geniş yorumlanmış olan ve ARAADHK kapsamına giren yapıların risk tespitlerinin yaptırılması aynı kanun gereği zorunlu tutulmuştur.

Kelime anlamı olarak “zarara uğrama tehlikesi”ni ifade etse de³²⁴ risk kavramı 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 3/1(o)’da “*tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaralanma ya da başka zararlı sonuç meydana gelme ihtimali*” olarak tanımlanmıştır. Yani mevzuatımız da kelime anlamına benzer olarak “risk” kavramını “ortaya çıkma ihtimali olan sonuçlar”dan yola çıkarak ele almış ve tehlikelerin gerçekleşme ihtimali olarak değerlendirmiştir.

ARAADHK’da “riskli yapı tespiti” olarak kullanılan kavram için “risk analizi” ya da 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda “risk değerlendirmesi” kavramları kullanılabilmektedir. ARAADHK’da açıkça tanımı yapılmamış olan bu kavramın 6331 sayılı Kanun’daki tanımı ise şöyledir: “...*tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmalar*”. Söz konusu kanun iş sağlığı ve güvenliğine yönelik bir kanun olarak tehlikeleri, işyerinin içinden ve dışından gelen tehlikeler olarak ikiye ayırmış, risk analizini ise 3 aşamalı olarak şöyle düzenlemiştir.

- Tehlikelerin belirlenmesi
- Bunlara yol açan nedenlerle, risklerin derecelendirmeye tabi tutulması,
- Kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması.

ARAADHK kapsamına alınan yapıların da, bu üç aşamalı izlenecek yol sonrası ilmi ve teknik verilere göre afet riski altında olduğunun tespit edilmesiyle yapı “riskli yapı” olarak kabul edilir.

³²⁴ Bkz. s.122.

2.3.2. Risk Tespiti

ARAADHK kapsamında dönüşüm uygulamalarının merkezinde yukarıda bahsedildiği üzere riskli yapı, riskli alanlar ve rezerv yapı alanları vardır. Dolayısıyla söz konusu kanun kapsamında dönüşüm uygulamalarının yapılabilmesi için çalışmanın bu aşamasına kadar bahsedilen ve tanımları yapılan riskli yapı ve riskli alanların tespit edilmesi gerekir. Riskli yapı tespitinin ne olduğuna dair ne doktrinde ne de kanunda tanım yapılmamış olsa da; ARAADHK'daki riskli yapı tanımından da yola çıkılarak risk tespitinin, bir taşınmazın ARAADHK'a göre riskli yapı veya riskli alan olarak kabul edilip edilmeyeceğinin fen ve sanat norm ve standartlarına göre belirlenmesi olduğu söylenebilir. Bu tespiti “usul esastan önde gelir” düsturu gereği kimin, nasıl yapacağı ise ayrı bir konudur.

Her ne kadar ARAADHK m. 3'e göre risk tespitinin yapı bazında yapılması gerektiği öngörülmüş olsa da bir yapının riskli olduğunun en önemli göstergelerinden biri elbette üzerinde yapılmış olduğu alanın riskli olmasıdır³²⁵.

ARAADHK m. 3, öncelikle risk tespitinin yapılabilmesi için iki yol öngörmüştür. Bunlardan birincisi, yapının maliklerinin kendi tercihleri ile o yapının risk tespitini yapmasıdır. Riskli yapı tespiti, ekonomik sonucu olan bir işlemdir. Yapı malikleri bu yolu tercih ettikleri takdirde, riskli yapı tespitiyle ilgili tüm maliyetlere katlanmayı göze alarak bu işleme başlayacaklardır.

Buna karşılık ARAADHK m. 3 ikinci bir yol olarak, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ile kanunda “idare” olarak zikredilen ve m. 2/1(b)'de tanımlanan, belediye ve mücavir alanlarda, belediye; büyükşehirlerde, büyükşehir belediyesi, diğer yerlerde ise il özel idareleri tarafından ayrıca Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın yetkilendirdiği durumda büyükşehirlerdeki ilçe belediyeleri kendi belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde afet riski taşıdığı

³²⁵ Bkz. s.130.

konusunda “kuvvetli düşünce” sahibi olduğu yapılar için süreci başlatmaları mümkündür³²⁶.

“Kuvvetli düşünce” kavramı, “kuvvetli şüphe” kavramını çağrıştırmaktadır. Hukuk alanında Ceza Muhakemesi Hukuku’na ait bir kavram olan “şüphe” kavramı ise esasen, soruşturma veya kovuşturma sırasında tedbire başvurulması amacıyla kullanılan bir ölçüttür ve kelime anlamı olarak *“bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık”*³²⁷ şeklinde tanımlanmıştır.

Soruşturma aşamasında şüpheliye, kovuşturma aşamasında ise sanığa izafe edilerek hakkında tedbir uygulanıp uygulanmamasına sebebiyet veren şüphe kavramı, basit, yeterli(makul) ve kuvvetli olmak üzere üçe ayrılır³²⁸. Ceza Muhakemesi Kanunu(C.M.K.) m. 100’e göre şüpheli veya sanık hakkında tedbir uygulanabilmesi için kuvvetli şüphe gerekmektedir. Özel hukukun yanında idare hukukuna da yabancı olan bu kavram özellikle son zamanlarda idare hukukunda kullanılmaya başlanmıştır.

ARAADHK kapsamında dönüşümün gerçekten gerekli olup olmadığı ancak risk tespiti yapıldıktan sonra söz konusu olabilecektir. Buna karşılık risk tespitine başvurulup başvurulmayacağı ile ilgili ilk değerlendirme kanunda o tedbire başvurmayla görevlendirilmiş olan makam tarafından yapılabilecektir³²⁹. Ceza Usul Hukuku kapsamında ise kuvvetli şüphe ile ilgili uygulama dikkate alındığında, bu değerlendirme hakim tarafından yapılacaktır. ARAADHK m. 3’e göre ise Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ile kanunda idare olarak sayılan makamlar tarafından yapılabilecektir.

ARAADHK kapsamında yapılacak olan dönüşüm de bir tedbirdir ve bu tedbire başvururken şeklen bir haklılık bulunması gerekir. Buna da “görünüşte haklılık” denir. Kanunda kuvvetli şüphenin tanımı yapılmamış olsa da, özellikle ceza usul öğretisine göre eldeki delillerle ve günlük yaşamdaki tecrübelerle dayanılarak tedbir alınacak

³²⁶ Kiraz, 2016, s.9.

³²⁷ TDK Büyük Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, 21.08.2021.

³²⁸ Turgutalp Mehmet Ali, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 Sy. CMK'nın 135.Maddesi), Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011, s,53-54.

³²⁹ Turgutalp, 2011, s,51.

şeyin o tedbiri uygulamaya değer olmasının tahmin, varsayımın ötesine geçerek kuvvetle muhtemel olduğunun kabul edilmesi anlamına gelmektedir³³⁰.

Konuyla ilgili Ceza Muhakemesi Hukuku'ndan yararlanılabilir. C.M.K., kuvvetli şüphenin varlığını somut olguların bulunmasına bağlamıştır. Buna göre C.M.K. m. 100, durumu şöyle ifade etmiştir; *“kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir”*. Aynı maddenin devamında ise *“işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez”* diyerek bu tedbire başvurulması için *“işin önemi”* yani Kentsel Dönüşüm Hukuku'ndaki *“risk”* kavramı ile başvurulacak tedbirin birbiriyle uyumlu olması gerektiğine işaret etmiş ve anayasadaki ölçülülük ilkesini bir kere daha vurgulamıştır. Nitekim *“somut olgu”* kavramının da Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında³³¹ *“birşeyin; inanılır, kesin ve net şekilde kanıtlanmasına yarayan her tür maddi delil”* olduğu ifade edilmiştir. Varsayıma dayanan genel ve soyut iddia ve talepler hukuki açıdan dikkate alınmaya değer görülmemiştir³³².

Buna karşın zaman içerisinde şartlara göre azalan bir tehlikenin bulunması halinde, yeni şartlar yeniden gözden geçirilerek, Ceza Usul Hukuku'nda toplanan delillerden sonra şüpheli ya da sanığın delilleri karartma ihtimalinin azalması ile tutuklama tedbirine başvurmada somut olguların yeniden değerlendirilerek geçen tehlikenin ardından sanık ya da şüphelinin tahliye edilmesinde olduğu gibi, dönüşüm sürecinden de vazgeçilebilmelidir. Henüz uygulama yani yıkım safhasına geçilmemiş yapılar için değişen koşullar elveriyorsa; artık riskin, yapının dönüşümü uygulamasıyla orantılı olmaması sebebiyle bu uygulamadan geri dönüş mümkün olmalıdır. Bununla birlikte yıkıma başlanılabilmesi için *“güçlendirme”* gibi herhangi bir başka tedbire başvurulabilmesinin mümkün olmadığı somut olgularla yani ilmi ve teknik verilerle ortaya konulması gerekmektedir.

³³⁰ İnci, Zekiye Özen, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2008, s. 72.

³³¹ Yargıtay, 15. CD. 15.5.2014, E. 2013/19833 K. 2014/9662, 18. HD. 14.12.2015., E. 2015/5164 K. 2015/18416 (www.lexpera.com.tr).

³³² Yargıtay, 18. HD 04.10.2010, E. 2010/9860 K. 2010/12447. (www.lexpera.com.tr).

2.3.2.1. Taşınmazını Risk Tespiti Yaptırmak Zorunda Olanlar

Bir taşınmazı, ARAADHK kapsamında “risk tespiti” yaptırmak zorunda olanlar; maliki tam fiil ehliyetine sahip olan taşınmazlar için bizzat malikler, maliki sınırlı ehliyetsiz veya tam ehliyetsiz olan taşınmazlar için ise kanuni temsilcileridir. Risk tespiti bir sözleşmeyle yaptırılır ve risk tespit sözleşmeleri; taşınmaz konu edinen, nispi hak doğuran bir sözleşmedir.

Mülkiyet hakkının içeriği TMK m. 683'te “*bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir*” şeklinde açıklanmıştır. Buna göre mülkiyet hakkı doktrinde de TMK m. 683'e benzer olarak “hakka konu şey üzerinde sahibine en geniş yetkiler veren ayni ve mutlak” bir hak olarak tanımlanmıştır³³³. Bu yetkiler ise kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkileridir. Yani bu üç yetkiye sahip kişilere malik denir. Malik kısaca, mülkiyet hakkına sahip olan gerçek veya tüzel kişiye hukuken verilen unvandır. Ayrıca malik eşya üzerinde belirli hukuki sonuç doğurabilecek her tür kararı verme hakkına sahiptir³³⁴.

Dolayısıyla ekonomik ömrünü tamamlamış ve/veya yıkılma ve ağır hasar görme riski altında³³⁵ olduğu hakkında “kuvvetli şüphe” bulunan yapıların maliklerinin, yapılarını risk tespitini yaptırmaları gerekmektedir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkı ilgilendirmemesi sebebiyle yapıların risk tespitinin, Türk Özel Hukuku'ndaki iradi veya kanuni temsille yapılması mümkündür.

Malik risk tespitini, bizzat yaptırmasının önünde bulunan bir engeli (mesafe gibi...) aşmak amacıyla kendi nam ve hesabına riskli yapı tespitini yapması için üçüncü bir kişiyi yetkilendirerek, bunu iradi temsilci aracılığıyla yaptırabilir. Böyle bir durumda, her ne kadar temsil yetkisinin konusu bir taşınmazı içeriyor olsa da, taşınmazın mülkiyetinin devrini veya tapu müdürlüğünde, temsil olunanı borç altına

³³³ Antalya, Gökhan, Murat Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Seçkin Kitabevi, (2019), s.164; Dural/Sarı, 2015, C.I, s.153.

³³⁴ Dural/Sarı, 2015, C.I, s.153.

³³⁵ Bkz. s.125-128.

sokan bir işlemi konu edinmemesi ve temsile konu işlemin yalnızca o taşınmazla ilgili nispi bir hak doğurması sebebiyle özel bir temsil yetkisinin resmi şekle tabi olarak verilmesine lüzum yoktur³³⁶. Şekil şartına tabi olmayan genel bir temsil yetkisiyle birlikte yalnızca ayırt etme gücüne sahip olan iradi temsilci tarafından riskli yapı tespitinin yaptırılması mümkündür. Buna karşın ekonomik maliyeti muhtemelen 2500 Türk Lirası'nın³³⁷ üzerinde olabilecek bir "Risk Tespit Sözleşmesi"nin yazılı yapılmasının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 200 açısından ispat kolaylığı sağlayacağı açıktır.

Bunun yanında ilgili yapının maliki tam ehliyetli olmayabilir. Elbette ki bu durumda Medeni Hukuk'un fiil ehliyetine ilişkin hükümleri devreye girecektir. Buna göre, sınırlı ehliyetsiz bir malik tarafından yapılan risk tespit sözleşmesi, kanuni temsilcisinin onayıyla sözleşmenin kuruluşundan itibaren geçerli hale gelecektir (TMK m. 16). Eğer malik tam ehliyetsizse, kanuni temsilcisinin bizzat yapacağı bir hukuki işlemle riskli yapı tespiti yaptırılabilir.

Pek çok sözleşmede olduğu gibi, risk tespit sözleşmelerinde de, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat edimlerin ifasından önce, malikin sözleşme konusu taşınmazı üçüncü kişiye satarak devretmesi mümkündür. Çünkü sözleşme bir borçlandırıcı işlemdir. Dolayısıyla sözleşme tarafları dilerlerse sözleşmeye aykırı olarak tasarrufta bulunabilirler³³⁸. Bu durumda taşınmazı yeni alan malikin, eski malikin yaptığı bu sözleşmeyle bağlı olmaması sözleşmenin karşı tarafı olan, riskli yapı tespiti yapacak olan kişi veya kurumların ekonomik planlarının bozulmasına neden olabilecektir. Bu durumu önlemek amacıyla kira sözleşmelerinde kiracı lehine olarak, taşınmaz eser sözleşmelerinde müteahhit lehine olarak sözleşmenin herkese karşı ileri sürülebilmesini sağlamak amacıyla tapu siciline şerh edilebilmesi gibi; risk tespit sözleşmelerinin de özellikle yeni malike karşı ileri sürülebilmesini sağlamak amacıyla tapuya şerh verilebilmesi uygun olacaktır. Fakat taşınmazlarla ilgili tapuya şerh verildiği durumda (herkese karşı ileri sürülebilme özelliğini kazanarak) etkisi

³³⁶ Doğan, Murat, Gökhan Şahan, İsmail Atamulu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Kitabevi, (2019), s. 94-95, 161; Akıntürk, Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul, Beta, (2019), s. 77-78.

³³⁷ 2022 itibarıyla 6640TL olarak güncellenmiştir.

³³⁸ Doğan/Şahan/Atamulu, 2019, s. 94-95.

güçlendirilmiş nispi hakka dönüşen bu hakların TMK m. 1009’da sınırlı olarak sayılmaları³³⁹ sebebiyle risk tespit sözleşmeleri açısından şerh edilebilmeleri henüz mümkün değildir.

Malik dışında riskli yapı tespitini kimlerin yaptırabileceği konusunda öncelikle, hukukumuzda nelerin taşınmaz kabul edildiğinden yola çıkmak doğru olacaktır. Bu konuyu üç maddede açıklamak mümkündür. TMK m. 998’e göre Medeni Hukuku’muzda taşınmaz kabul edilen şeyler³⁴⁰.

- 1- Araziler
- 2- Taşınmaz üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar
- 3- Kat mülkiyeti rejimine geçmiş olan yapılara ait bağımsız bölümlerdir.

Gerek ARAADHK gerekse Uygulama Yönetmeliği’nin farklı maddelerinde “riskli yapı tespiti” ibaresi bulunduğu için bu kanun kapsamında yapının bulunduğu taşınmazın malikleri ya da iradi veya kanuni temsilcileri açısından risk tespiti yaptırma yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla bu zorunluluk yapı malikleri veya temsilcileri açısından söz konusudur.

Taşınmazlar üzerindeki bazı haklar için tapu sicilinde ayrı bir sayfa açılarak, ayrı bir taşınmaz gibi işlem görebilmesi sağlanabilmektedir. Fakat bu durum, taşınmaz üzerindeki her tür hak için söz konusu olmamaktadır. Bu imkana sahip haklar iki özelliği içerisinde barındırmalıdır ki bunlar, o hakkın bağımsız ve sürekli olmasıdır. Bir hakkın bağımsız olması onun devredilebilir ve mirasçıya geçebilir özelliğe sahip olmasıdır. O hakkın sürekli olması ise en az otuz yıllık yapılmış olması anlamına gelmektedir³⁴¹.

³³⁹ Oğuzman/Barlas, 2015, s.158; Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s. 205-206.

³⁴⁰ Ayan, 2015, C.I, s.19.

³⁴¹ Zevkliler, Aydın, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu, Beşir Acabey, Damla Gürpınar, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara, Turhan Kitabevi, (2018), s. 533; Özbilen, Arif Barış “Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı” TBB Dergisi, S.126, (2016), s.266. (dipnot 16,17)

Elbette ki malikten farklı bir kişinin sahip olabileceği bu haklar, hukukumuzda yalnızca iki hak için söz konusu olmaktadır. Bunlar; her ikisi de birer; aksi kararlaştırılmadıkça devredilebilen, kişiye bağlı irtifak hakkı olan yani sınırlı ayni hak olan üst hakkı ve kaynak hakkıdır³⁴². Kaynak hakkı, bir yapı ile ilgili olmadığından yalnızca üst hakkı ve üst hakkı sahibi için riskli yapı tespiti yaptırılması yükümlülüğü söz konusu olabilecektir. Üst hakkı aksi kararlaştırılmadıkça devredilebilen bir irtifak hakkı olduğu için, üst hakkının bağımsız olma özelliğini kazanabilmesi için aksinin, irtifak hakkını kuran sözleşmede kararlaştırılmamış olması gerekir³⁴³. Ayrıca süreklilik özelliğini kazanabilmesi için de en çok yüz yıllık yapılabilen üst hakkının en az otuz yıllık kararlaştırılmış olması gerekir (TMK m. 826/3).

Sahibine bir başkasının arsasında mevcut bulunan bir yapıyı muhafaza ederek ya da yeni bir yapı inşa ederek kullanma hakkı veren bir sınırlı ayni hak olan üst hakkı, bağımsız ve süreklilik özelliklerini kazandığı takdirde tapu sicilinde o yapı için, kurulduğu arsadan ayrı bir sayfa açılarak üst hakkı sahibinin ona malik olması imkanı vermektedir³⁴⁴. Kural olarak arsa üzerindeki yapılar arsanın bütünleyici parçası kabul edilir ve arsa malikinin mülkiyetinde bulunur. Fakat üst hakkı varsa bu hak devam ettiği sürece yapının maliki üst hakkı sahibi olarak kabul edilir (TMK m. 726). Bu durumda bu yapının risk tespitini arsa sahibinin mi yoksa üst hakkı sahibinin mi yaptıracağı tartışmaya açıktır. Yine de tapu sicilinde ayrı bir sayfaya tescil edilen yapının, maliki olarak görünen üst hakkı sahibinin o yapının risk tespitini yaptırması doğru olur. Nitekim ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği m. 7/2, "*Arsa üzerindeki yapının başkasına ait olması ve bunun da tapu kütüğünde belirtilmiş olması halinde, riskli yapı tespiti, lehine şerh olan tarafça yaptırılır*" diyerek bu durumu düzenlemiştir. Burada kast edilenin, üst hakkı; şerh kavramıyla kastedilenin ise üzerindeki bağımsız ve sürekli ayni haklar için taşınmaza ayrı bir tapu sayfasının açılmasının ve tescil yapılmasının olduğu anlaşılmalıdır³⁴⁵. Yapının maliki sayıldığı için bağımsız ve sürekli olun ya da olmasın tüm üst hakkı sahipleri risk tespiti yaptırabilmektedir.

³⁴² Özbilen, 2016, s.266.

³⁴³ Hamamcıoğlu, Gülşah Vardar, Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, Vedat kitabevi, (2014), s.194.

³⁴⁴ Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s.175-176; Sirmen, 2019, s. 570-571.

³⁴⁵ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, 2015, s.158-159; Sirmen, 2019, s. 570-571.

ARAADHK m. 3'te yalnızca malik ve kanuni temsilcilerinin sayılmış, yönetmelikte ise üst hakkı sahibine bu hakkın verilmesi dışında TBK'ya göre de malikin yetkilendireceği iradi temsilcilerin bu tarz hukuki işlemleri yapabilmesi mümkündür. Bu sebeple bu dört aktör dışında kiracıların veya taşınmaz üzerinde üst hakkı dışında aynı hak sahibi olanların riskli yapı tespiti yaptıramayacaklarını belirtmek gerekir.

Kat mülkiyeti veya üst hakkının söz konusu olmadığı durumlarda yapıların, bütünüleyici parçası oldukları arsanın paylı mülkiyete tabi olması halinde, riskli yapı tespiti için yönetmelikte farklı bir usul öngörülmüştür. Buna göre yapı, arsa payı sahiplerinden hangisine aitse yapıya riskli yapı tespiti yaptırması gereken de o paydaş olacaktır. Bu durumu, Uygulama Yönetmeliği m. 7/2(a) şu şekilde ifade etmiştir; *“arsa paylı tapu var ise, arsa üzerinde fiilen bulunan yapının riskli yapı tespiti, yapının sahibi olan arsa payı sahibince yaptırılır”*. Hepsinin ortak mülkiyetinde olan bir yapı ise bu durumda, kentsel dönüşümle ilgili mevzuatta açık hüküm bulunmamakta ve TMK'nun genel hükümlerine göre her paydaşın sahip olduğu mülkiyet hakkına ait yetkiler uyarınca riskli yapı tespiti yaptırma yetkisi vardır³⁴⁶. *“Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur”* şeklindeki TMK m. 688/3'ün birinci cümlesi ve *“eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhâl alınması gereken önlemleri bütün paydaşlar hesabına almak”* şeklinde her bir paydaşın eşya üzerinde dokunulamaz haklarından birini düzenleyen TMK m. 689/1(2), paylı mülkiyette her paydaşın diğer paydaşlar hesabına zararı önleme amaçlı olarak riskli yapı tespiti yaptırabileceğini öngörmüştür. Ayrıca TMK m. 693/3 de her paydaşa eşya üzerinde ortak menfaatleri koruma görevi yüklemiştir³⁴⁷.

Buna karşın elbirliği mülkiyeti açısından durum paylı mülkiyet kadar net değildir. Elbirliği mülkiyetini düzenleyen TMK m. 702/2'ye göre yönetim ve tasarruf işlemleri için bütün ortakların oybirliği aranmışsa da aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre paylı mülkiyettekine paralel bir düzenlemeyle ortaklardan her biri,

³⁴⁶ Esener/Güven, 2019, s. 212-213; Yılmaz, Kumru Kılıçoğlu, “Eşlerin Paylı Mülkiyetleri” TBB Dergisi, S.114, (2014), s.87.

³⁴⁷ Sirmen, 2019, s.293-302.

topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilmektedir. Yani elbirliği mülkiyetine tabi yapının ortaklarından her biri riskli yapı tespiti yoluna başvurabilmektedir (TMK m. 702/4)³⁴⁸.

Malik ve bağımsız ve sürekli hak sahipleri dışında, 634 sayılı KMK'na göre kat mülkiyeti rejimine geçmiş olan yapılardaki bağımsız bölümler de ayrı birer taşınmaz olarak kabul edildiği için kat mülkiyeti rejimine geçmiş olan yapıların bağımsız bölüm maliklerince riskli yapı tespitinin yaptırılması gerekmektedir. Bunu maliklerden her biri yaptırabileceği gibi kat malikleri kurulu kararıyla yönetici tarafından da yaptırılabilir³⁴⁹. Kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümün ise birlikte mülkiyete tabi olması durumunda konu ihtilafıdır. Kentsel dönüşüm hukukunun özel hukuk yönünü dikkate alan görüşe göre bağımsız bölüm gerek paylı, gerekse elbirliği mülkiyeti olsun riskli yapı tespiti oybirliği ile yaptırılabilirken,³⁵⁰ kamu hukuku yönünü dikkate alan görüş bunun kamu düzeniyle ilgili olduğu, her bir cüzi hissedarın(bağımsız bölümün paydaşı) riskli yapı tespiti yaptırabileceğini ileri sürmektedir³⁵¹.

Konu Anayasa m. 35 ışığında değerlendirildiğinde özel mülkiyetin ancak kanunla sınırlandırılması öngörülmüştür. Ne kentsel dönüşüm ne de kat mülkiyeti mevzuatında bu sınırlamaya ilişkin herhangi bir ayrıntı vardır. Yine de yukarıda bahsedildiği üzere³⁵² TMK'nın genel hükümlerine göre bir çözüm yolu bulunmaya çalışılacak olursa hem paylı, hem de elbirliği mülkiyetinde her bir paydaşın koruma amaçlı olarak bu yola başvurabileceği kanaatindeyiz.

Uygulama Yönetmeliği m. 7/2(a)'daki, “23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmadığı için arsa paylı

³⁴⁸ Sirmen, 2019, s. 316-317; Celep, Ayça Ebru, Yeniden İnşa ve İmar Sebebiyle Tahliye ve Kentsel Dönüşümde Kiracının Durumu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s.120-121.

³⁴⁹ Kiraz, 2016, s.9

³⁵⁰ Yanlı, Didem (2015), 6306 Sayılı Kanun Işığında Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına Genel Bakış, <https://www.linkedin.com/pulse/6306-sayili-kanun-i%C5%9Fi%C4%9Finda-kentsel-d%C3%B6n%C3%BC%C5%9F%C3%BCm-genel-baki%C5%9F-didem-yanli> 23.08.2021.

³⁵¹ Saltık Şenol (2017), Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları, <https://www.senolsaltik.av.tr/2017/08/05/kentsel-donusum-surecinde-riskli-yapi-tespiti-ve-hukuki-sonuclari/> 23.08.2021.

³⁵² Bkz.s.157-158.

tapu var ise, arsa üzerinde fiilen bulunan yapının riskli yapı tespiti, yapının sahibi olan arsa payı sahibince yaptırılır” ifadesinin ters anlamından kat mülkiyetine henüz geçmemiş olsa da, kat mülkiyetine geçmiş yapılardaki bağımsız bölüm sahipleri gibi, yapı üzerinde kat irtifakı hakkı sahibi olan hak sahiplerince de, tek veya paylı mülkiyetten farklı bir rejime tabi olarak riskli yapı tespitinin yaptırılması gerektiği kabul edilmiştir. Maddeye göre arsa payı sahiplerinden farklı bir kişinin arsa üzerindeki yapı üzerinde aynı hak sahibi olabilmesinin tek yolu ise yukarıda belirtildiği üzere üst hakkıdır. Kat irtifakı, arsa payına bağlı olarak kurulan kişiye bağlı sınırlı bir aynı haktır³⁵³ ve mutlak hak olmasının getirmiş olduğu, herkese karşı ileri sürülebilme, doğrudan hakimiyet imkanı verme özelliklerine sahiptir³⁵⁴. Buna rağmen zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerle kaybedilmeme özelliğine sahip değildir, çünkü KMK m. 49’a göre irtifakın kurulmasından itibaren beş yıl sonraya kadar yapı inşa edilmemiş olursa hak sahiplerinden birinin talebi üzerine hakim tarafından sonlandırılabilen veya bu süre uzatılabilmektedir.

Kat irtifakının, irtifak hakkı olmayıp, kat mülkiyetine yönelen aynileştirilmiş özel bir paylı mülkiyet düzenine göre kurulan ve Türk Medeni Kanunu’ndaki aynı haklardan biri olmayan arsa payına bağlı kendine özgü(sui generis) bir sınırlı aynı hak olduğundan bahseden görüşler vardır³⁵⁵. Bu durum; sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabi olan aynı hakların³⁵⁶ haricinde, kanunda sayılmayan yeni bir aynı hak tipi oluşturması sebebiyle; fakat eğer KMK’da düzenlendiği ileri sürülüyor ise söz konusu kanun m. 3/3’te *“kat irtifakı arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olup...”* ifadesiyle bunun bir irtifak hakkı olduğunun açıkça belirtilmesi sebebiyle doğru değildir. Bu noktadaki sorun, TMK m. 779’da yapma borçlarının irtifak hakkının konusu olamayacağı, fakat yan edim olabileceği düzenlemesine istinaden KMK m. 79’da kat irtifakı hakkı sahiplerinin yükümlülüklerinin belirlenmesidir. Burada kullanılan ve irtifak hakkı sahiplerinin üzerlerine düşen yükümlülüğün; kat mülkiyetine çevrilecek yapının tamamlanmasını “kolaylaştırmak” ifadesi bu yükümlülüğün bir asli edim olmayıp, ancak irtifak hakkının kullanılabilmesini kolaylaştırmak amacıyla ifa

³⁵³ Kat irtifakının gerçek anlamda bir irtifak hakkı olmayıp konusu eşyaya bağlı nispi hak olan bir borç doğurduğuyla ilgili bkz. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, 2015, s.631.

³⁵⁴ Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s.197-198.

³⁵⁵ Ayan, 2015, C.I, s.476; Esener/Güven, 2019, s. 338 (Dipnot 393).

³⁵⁶ Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019),s. 160.

edilecek bir yan edim olduğu açıktır. Zira yan edim, asli edimin ifasına yardımcı olan onun ifasını kolaylaştıran edimlerdir³⁵⁷.

Kat irtifakının belli bir süre sonunda halen yapılmayan yapı sebebiyle hak sahiplerinden en az birinin talebi üzerine yargı kararıyla sona ermesi durumu³⁵⁸ ise; hak düşürücü sürenin hakim tarafından re'sen dikkate alınması ve buradaki sürenin ise tarafın talebi üzerine dikkate alınarak uzatılmasının yine talep üzerine yapılabilmesi (KMK m. 49/3); zamanaşımının ise hukuki sonuçlarının gerçekleşmesinin yargı kararına bağlı olmayıp doğrudan gerçekleşmesi³⁵⁹ sebebiyle ne hak düşürücü süreye ne de zamanaşımına uymaktadır. Daha çok; talepte bulunan malikin eski arsa payına dönüşünü sağlayan, adeta olağan ve olağanüstü zamanaşımalarıyla bir başkasının kazanacağı aynı hak sebebiyle diğerlerinin aynı haklarını kaybetmesi gibi kat irtifakı haklarının kaybedilmesi söz konusudur. Kıyasa açık olan Medeni Hukuk'ta, bu yorum daha doğrudur.

Kat irtifakının taşınmaz üzerinde diğer aynı hakların kurulması gibi tescille kurulup, tescille genişletilmesi ve terkinle daraltılarak terkinle ortadan kaldırılması gerekir. Bu durum da kat irtifakının bir irtifak hakkı olduğunu göstermektedir.

Kat irtifakı, hala arsa üzerinde paylı malik olan hak sahiplerine, müteahhitten ve diğer kat maliklerinden, yan edim olan yapının tamamlanması ve hakkın konusu olan kat mülkiyetine geçişi talep edebilme haklarını verir. Eklentiler üzerinde ve ortak yerlerde ise kat irtifakı kurulamamaktadır³⁶⁰.

Üst hakkı ve kat irtifakı dışında diğer sınırlı aynı hak sahipleriyle, kira sözleşmesinden doğan adi veya etkisi güçlendirilmiş nispi hak sahiplerinin ise risk tespit talebinde bulunma hakları yoktur³⁶¹.

³⁵⁷ Çubuktar, Mert (2017), Davranış ve Koruma Yan Yükümlülüğünün Sözleşme Dışı Üçüncü Kişilere Etkisi "YHGK (6.5.1992) 1992/13-213 E., 1992/315 K. (Tüpgaz Kararı)", t-pgaz-karar_951016.pdf (eryigithukuk.com) 23.08.2021.

³⁵⁸ Sirmen, 2019, s.473.

³⁵⁹ Kayıhan, Şaban, Mustafa Ünlütepe, Medeni Hukuka Giriş ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri, Ankara, Seçkin kitabevi, (2019), s.282-286.

³⁶⁰ Ayan, 2015, C.I, s.474-475.

³⁶¹ Şimşek, 2013, s.49.

Bunların dışında bir görüşe göre, “malik sıfatıyla zilyet” de riskli yapı tespiti talebinde bulunabilecek kişiler arasındadır³⁶². Malik sıfatıyla zilyet, iyi niyetli olsun ya da olmasın kendisi malik olmadığı halde malik gibi davranan gerçek veya tüzel kişilerdir³⁶³. Bu kişiler; taşınmazın TMK m. 773’e göre kazandırıcı zamanaşımına tabi olabileceği durumlarda, zamanaşımı süresi henüz tamamlanmadan önce malik değil malik sıfatıyla zilyettir. Taşınmazları haksız olarak işgal eden kişilerin durumu da malik olmamalarına rağmen hukuken malik sıfatıyla zilyettir. Bu durumda riskli olduğuna dair kuvvetli şüphe bulunan bir taşınmazı hakimiyetinde bulunduran malik sıfatıyla zilyet de risk tespit talebinde bulunabilmelidir.

Geçici tescil şerhi ise hukuk sistemimizde iki durumda mümkündür. Bunlar; taşınmazda ihtilafli tescil dışı aynı hak iddiaları olması durumunda mahkeme sonuçlanıncaya kadar iyiniyetli üçüncü kişilerin taşınmazlar üzerinde TMK 1023’e göre aynı hak kazanmasını engellemek yani yolsuz tescilin iyiniyete ilişkin sonuçlarını engellemek amacıyla veya aynı hak sahibinin taşınmaz üzerinde yapacağı tasarruf işlemi için tasarruf yetkisinin ispatıyla veya tasarrufun hukuki sebebinin ispatıyla ilgili kimi belgelerin, tapu idaresine sunulamaması durumunda eksik belgeler tamamlanana kadar yapılabilir³⁶⁴. Birinci durumda geçici tescil mahkeme kararı üzerine şerh edilir, ikinci durum ise malikin rızası, ilgililerin yazılı talebiyle tapu memurunun uygun göreceği süre için tescil işlemi gerçekleştirilir³⁶⁵. Geçici tescil şerhi, tapuda aynı hak sahibi görülen kişinin uyuşmazlık sonuçlanıncaya veya eksik belgeler tamamlanana kadar tasarruf yetkisini sınırlandırmak amacıyla yapılır³⁶⁶. Bu yüzden tescil dışı aynı hak kazanımının bu aşamada gerçekleştiğini söylemek zordur. Mülkiyet hakkı şerhe rağmen hala tapuda kayıtlı görünen kişide olduğu için riskli yapı tespitini de öncelikle tapuda malik görünen kişinin yaptırması gerekir.

TMK m. 705’te belirtilen miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde taşınmaz üzerinde

³⁶² Yasin, 2015, s.20.

³⁶³ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, 2015, s.56-57; Antalya/Topuz Eşya Hukuku C.IV/1, (2019), s. 229.

³⁶⁴ Sirmen, 2019, s.225-226; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, 2015, s.218.

³⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, 2015, s.218-219.

³⁶⁶ Ayan, C.I, 2015, s.401-403; Tapu Sicil Tüzüğü49/1a

mülkiyetin tescil dışı kazanılması, yani tescilden önce kazanılması söz konusudur³⁶⁷. Böyle durumlarda malik tasarruf yetkisi dışında sahip olduğu tüm yetkileri kullanabileceği için³⁶⁸ henüz tapu siciline tescil edilmemiş olsa dahi taşınmazın riskli yapı tespiti yaptıracaktır. TMK m. 705'in ikinci cümlesine göre malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlıdır. Tasarruf yetkisi, kişinin mal varlığında yer alan bir hakkı doğrudan etkileyerek, devredebilme, sona erdirmeye, sınırlandırabilme ve hakkın içeriğini değiştirebilme iktidar ve ehliyetidir³⁶⁹. O halde bir eşya üzerinde onu koruma ve güçlendirme amaçlı yapılacak çalışma salt tasarruf yetkisi kapsamında değerlendirilmemelidir. Öyle dahi olsa³⁷⁰ Oğuzman'a göre TMK m. 705, tapu sicil memurlarına direktif veren bir hükümden ibarettir ve buna rağmen taşınmazı tescil dışı kazanan malikin bir şekilde yapacağı tasarruf işlemleri geçerli kabul edilir³⁷¹. Bu bağlamda tescil dışı hak sahibi olan kişinin teorik olarak riskli yapı tespiti yaptırması mümkün iken uygulamada talepte bulunabilmesi için yapının maliki olduğunu, mülkiyetinin kendisine ait olduğunu ispatlaması gerekir. Bu amaçla tapu belgesinin ibrazı istenmektedir³⁷². Yine de mahkeme kararı gibi tescil dışı kazanıma sebep olan hukuki sebebin ibrazı da bu açıdan yeterli olabilmelidir.

Riskli yapı tespit talebinde bulunabilecek kişilerin kim olduklarının tespiti, risk tespiti yapacak kuruluşun ARAADHK m. 3 kapsamında ceza almaması için önem kazanmaktadır. Bu maddeye göre malik olmayan bir kimsenin talebiyle risk tespiti yapılması risk tespiti yapan kuruluşa yazılı uyarı cezası verilmesiyle sonuçlanır³⁷³.

³⁶⁷ Bkz s.141-143

³⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, 2015, s.403.

³⁶⁹ Yargıtay HGK, (25.06.2019), 2018/77E. 2019/790K. (www.lexpera.com.tr); Akıntürk, Turgut, Derya Ateş, Medeni Hukuk, İstanbul, Beta, (2019), s.422.

³⁷⁰ Aksi yönde karar için bkz Yargıtay HGK, (08.11.2017), 2017/797 E. 2017/1297 K. (www.lexpera.com.tr).

³⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, 2015, s.402,403

³⁷² Şimşek, 2013, s.53,54; Riskli Yapı Tespit Raporu, <http://www.ugurkentseldonusum.com.tr/tr/2393/Riskli-Yapi-Tespit-Raporu> 23.08.2021, Riskli Yapı Tespiti Yaptırmak İçin; Son 1 ay içerisinde alınmış tapu sicil kaydı, Taşınmaza ait elektrik ve su faturası, Tapu sahibinin kimlik fotokopisi, Belediyeden alınacak "Emlak Vergisi Bildirimi", (Vekaletle yapılacak ise "6306 sayılı kanun" ibareli vekaletname)

³⁷³ Bkz.s169

2.3.2.2. Risk Tespit Süreci ve Risk Tespiti Yapabilecek Kişi ve Kurumlar

ARAADHK'un iyileştirme, tasfiye ve yenileme amaçları dikkate alınarak dönüşüm süreci için genel olarak üç aşamalı bir plan belirlenmiştir. Buna göre;

- Riskli alan ve yapıların tespiti
- Binaların tahliyesi ve yıktırılması
- Yeniden değerlendirme ve hak sahiplerine paylarının verilmesi

Birinci aşamadaki riskli alan ve yapıların tespitini kapsayan “riskli taşınmaz tespiti” aşamasının başlaması ise “riskli taşınmaz tespit talebi” ile başlamaktadır. Bu talep ise gerek ARAADHK gerekse Uygulama Yönetmeliği uyarınca, öncelikle yukarıda bahsi geçen kişilerce³⁷⁴ yapılır. Yani inisiyatif riskli taşınmaz tespit talebinde bulunabilecek kişilerdedir. Bu durum, kentsel dönüşüm hukukunun özel hukuk yönünün ağır bastığının kanıtlarından biridir. Buna göre tercih yapma önceliği bireydedir.

Talepte bulunabilecek kişilerce riskli yapı tespiti süreci başlatılmazsa, devreye ikinci bir mekanizma girmektedir. Yukarıda bahsedilen “kuvvetli şüphe” durumunda³⁷⁵ tespit yaptırması zorunlu olan kişiler tarafından tespit yaptırılması için kendilerine Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın süre vereceği öngörülmüştür. Fakat bu sürenin ne kadar olacağı ise hükümde düzenlenmemiştir. ARAADHK m. 3/1'in ikinci cümlesi bu süreyle ilgili Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na takdir yetkisi vermiştir. Süreyi belirleme yetkisi bu bakanlığa ait olsa da bu sürenin tespit talebinde bulunacaklar açısından “makul” bir süre olması gerekir. Daha çok şekli hukuka ait bir kavram olan “makul süre” kavramı gerek Ceza Usul Hukuku ve gerekse de Medeni Usul Hukuku alanlarında kullanılmıştır. 6100 sayılı HMK'nun Usul Ekonomisi İlkesi başlıklı m. 30 “hakim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını

³⁷⁴ Bkz. s.153-163“Taşınmazın Risk Tespiti Yaptırmak Zorunda Olanlar”

³⁷⁵ Bkz. s.151-152

sağlamakla yükümlüdür” biçiminde düzenlenmiştir. Her ne kadar yargılama hukukuyla ilgili olarak kavram, adli makamlara işleri çabuklaştırma yönünde talimat veriyor olsa da ilgili maddenin gerekçesinde üç anahtar ifade dikkat çekmektedir. Buna göre makul sürede bitirilmesi gereken işin;

- gecikmeye meydan vermeden,
- düzenli ve
- en az masrafla yapılması gerekmektedir.

O halde bu süre, somut olaydaki riskli taşınmazın durumuna göre Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın uygun göreceği makul bir süredir. Verilen süre içinde yapıların riskli olup olmadıkları Uygulama Yönetmeliği ve 6.3.2007 tarihli ve 26454 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre, taşıyıcı sistemi ile donatı ve malzeme özelliklerine göre tespit edilir³⁷⁶. Ayrıca Uygulama Yönetmeliği’nin ekinde yer alan “Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar”a göre teknik film çekimi yapılarak, kolon ve kirişlerden karot örnek alınarak dayanıklılık testine tabi tutulması gerekmektedir³⁷⁷. Risk tespiti, yaptırması gereken kişiler tarafından yaptırılmaması durumunda tespit işlemi bizzat Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı veya yetkilendireceği ve ARAADHK’da idare olarak sayılan yerel yönetim tarafından yapılır. Masrafi ise yaptırması gereken kişi ya da kişilerden tahsil edilir³⁷⁸.

Yapıların risk tespitlerinin dışında alanların da riskli olabilmeleri mümkündür. Bu tipte alanlara ise riskli alan denilmektedir. ARAADHK’daki tanıma göre riskli alan, “zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alan”dır³⁷⁹. Görüldüğü üzere bir

³⁷⁶ Ç.Ş.B. İstanbul Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü. “Riskli Yapı Süreci”, <https://istanbulakdm.csb.gov.tr/riskli-yapi-sureci-i-3596> 23.08.2021.

³⁷⁷ Uygulamada maliklerin tamamının haberi olmadan, ortak alanlardan alınan karot örnekleri ile yapılan risk tespitinin, ortak alanların paylı mülkiyet rejimine tabi oluşu ve T.M.K.’ya göre risk tespitinin olağanüstü yönetim işi olarak oy birliği ile alınacak karar üzerine uygulanması gerekmesi sebebiyle iptal ettirilebileceği görüşü için bkz. Özsunay, Ergun, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Trajedisi: 6306 Sayılı Kanun’un Uygulanmasında Yargıya Götürelen Sorunlar”, (Ed.) Emrehan İnal, Başak Baysal, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, On İki Levha, (2017), s.485.

³⁷⁸ Bkz.s.178

³⁷⁹ Bkz s.130-134 “Riskli Alan”.

alanın riskli alan olabilmesi, üzerindeki yapılaşmayla doğrudan ilgilidir. Üzerindeki yapılaşma sebebiyle risk taşımayan bir alanın riskli alan olarak kabul edilmesi doğru değildir.

Yine de bu konuda tek yetkili makamın Cumhurbaşkanlığı olduğu ve konunun Cumhurbaşkanı'nın takdir yetkisinde olduğu dikkate alınmalıdır. Kanun'un ilk halinde "Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (A.F.A.D.)'nın görüşü alınarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nca karar verilirken, Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmesinden sonra mevzuatta yapılan uyum çalışmaları neticesinde yapılan değişiklikle bu konuda Cumhurbaşkanı tek yetkili olmuş ve A.F.A.D.'in görüşünü alma zorunluluğu kaldırılmıştır. Buna karşın Cumhurbaşkanı'nın da bu konuda sınırsız yetkiye sahip olduğu söylenemez. ARAADHK Ek m. 1/1(a, b) Cumhurbaşkanı'nın ne şekilde riskli alanı belirleyeceğini açıklamıştır. Buna göre kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde; planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan veya imar mevzuatına aykırı yapılaşma bulunan yahut yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanlar ile üzerindeki toplam yapı sayısının en az %65'i imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan alanlar Cumhurbaşkanınca riskli alan olarak belirlenebilmektedir.

Riskli alan belirleme, Uygulama Yönetmeliği m. 5'te prosedüre bağlanmış, buna göre riskli alanların Cumhurbaşkanınca belirlendiği hallerde sürece yine Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın katılımı sağlanmış ve kentsel dönüşümde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın aktif rolü daha da pekiştirilmiştir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanı'na sunuluş aşamasına gelinceye kadar her birine Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın da katıldı üçlü bir sistem belirlenmiştir. Bunlardan birincisinde riskli alanlar, yönetmeliğin ilgili maddesinde sayılan belgelerle beraber Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından belirlenerek Cumhurbaşkanı'na sunulmakta ve son kararı yine Cumhurbaşkanı vermektedir. İkincisinde TOKİ veya kanunda idare olarak belirtilen ilgili yerel otoriteler, birinci yöntemdeki belgelerle Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'ndan riskli alan talebinde bulunur ve bu bakanlık uygun görürse prosedür birinci yöntemdeki gibi

devam eder ve yine son karar merci olan Cumhurbaşkanı'na sunulur. Son yöntemde ise taşınmaz maliki olan gerçek veya tüzel kişiler taşınmazlarının riskli alan kapsamına alınması için bizzat Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na birinci yöntemdeki belgelerle başvurma hakkına sahiptirler. Bu bakanlığın uygun görüşüyle hazırlanan teklif yine bu bakanlık tarafından Cumhurbaşkanı'na sunulabilmektedir. Riskli alan olarak belirlenen alan Resmi Gazetede yayınlanmaktadır.

Riskli alanlar, yukarıdaki paragrafta da belirtildiği gibi, üzerindeki yapılardan bağımsız olarak tek tek, ARAADHK kapsamında dönüşüme tabi tutulamazlar. Buna karşın ilgili kanunda bulunan “uygulama bütünlüğü” ifadesi sebebiyle üzerinde risk taşıyan bir yapı olması bile ve hatta üzerinde bulunan yapının risk tespiti yapılmamış olsa bile dönüşüme tabi tutulabilmektedir. Gerek kanununda gerekse de gerekçesinde “uygulama bütünlüğünün gerektirmesi” kavramıyla ne ifade edilmek istendiği açıklanmamıştır. Her ikisinde de yalnızca idareye bu konuda bir takdir hakkı tanındığı ve zaruri görmesine bağlandığı görülmektedir. Danıştay ise bir kararında³⁸⁰ dolaylı yoldan bu kavramı, “riskli yapılaşmanın tespit edilmemiş olduğu arsaların riskli olanlarla sağlıklı ve güvenli yapılaşmanın temini ve kamu yararı amacıyla tevhit edilerek uygulama yapılmasının Cumhurbaşkanınca uygun görülmesi” olduğunu ima etmiştir. Bu tanımdaki kamu yararı amacının ne olduğunun ayrıntılarını ise ARAADHK ek m. 1’de bulmak mümkündür. Bahsi geçen maddede, “*fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek, sağlık, eğitim ve ulaşım gibi kamu hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak*” şeklinde belirlenmiştir.

Cumhurbaşkanı'nın belirleyeceği alanlar dışında Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na da uygulama bütünlüğü kapsamında, üzerinde riskli yapı bulunmayan alanları dönüşüm kapsamına alma yetkisi verilmiştir. Kanuna göre ismi riskli alan olmasa da, Cumhurbaşkanı'na göre daha istisnai ve daha dar kapsamlı takdir yetkisiyle riskli alan belirleme yetkisi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na verilmiştir. 2019 yılında ARAADHK'a eklenen m. 6/A; üzerinde yıkılacak derecede riskli yapılar bulunması dışında hangi hallerin alan üzerindeki

³⁸⁰ Danıştay 14. D. (3.7.2017), E. 2015/2547 K. 2017/4421. (www.lexpera.com.tr).

yapılaşmayı riskli kılabilceğini saymıştır. Buna göre bir alanın Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından riskli ilan edilebilmesi için üzerinde; kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, su baskını, kaya düşmesi, yangın, patlama gibi sebeplerle ağır hasar gören veya ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunması gerekir. Kısacası ARAADHK'a göre hem Cumhurbaşkanı'nın hem de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın re'sen, kapsamı farklı olmakla birlikte riskli alan belirleme yetkileri vardır. Bu noktada anahtar kelimeler uygulama bütünlüğüdür. Her iki durumda da uygulama yapılacak alanın sınırları uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenmektedir. Dolayısıyla gerek Cumhurbaşkanınca olsun gerek Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na olsun riskli alan sınırları, yürütmenin takdir yetkisindeki uygulama bütünlüğüne bağlıdır.

Uygulama bütünlüğü kavramı, riskli yapı tespiti olmadan bir yapının bulunduğu alanın idarenin takdir yetkisiyle dönüşüm kapsamına alınabilmesi bağlamında, hem ARAADHK'un üç temel amacı olan iyileştirme, tasfiye, yenileme amaçlarına aykırı olması hem de anayasadaki mülkiyet hakkına gereksiz müdahale olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁸¹. Kanaatimizce gerek Cumhurbaşkanı ve gerekse Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın hangi şartlarda, hangi amaçlarla uygulama bütünlüğü gerekçesiyle riskli yapı tespiti olmayan arsaları dönüşüme tabi tutabileceği kanunda düzenlenmiştir. Kamu yararı ve üstün nitelikte özel yarar amacıyla kanunla yapılabilecek olan bu sınırlamanın ne Anayasa m. 13'e ne hukuka ve ne de insan haklarına aykırı olduğu söylenebilir. Ölçülülüğe aykırılık ise somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmeli ve uygulama bütünlüğü gerektirip gerektirmediğine teknik açıdan bakılmalıdır³⁸².

Riskli yapı tespiti, bizzat Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yapılabileceği gibi, kanunda idare olarak tanımlanan ilgili yerel otoriteler veya Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından lisans verilmiş olan kuruluşlar tarafından da yapılabilmektedir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın kimlere lisans verebileceği ise Uygulama Yönetmeliği m. 6'da

³⁸¹ Şimşek, 2013, s.28,29

³⁸² Danıştay bir kararında riskli alanların belirlenmesinde o alanda belli orandaki yapıların örneklem yöntemi ile teste tabi tutulması yöntemini benimsemiştir. 14. D. (18.2.2016), E. 2015/5172 K. 2016/1058. (www.lexpera.com.tr).

düzenlenmiştir. Bu kuruluşlar, kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, sermayesinin en az yüzde kırkı kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan şirketler ile depremde korunma alanında çalışma yürüten sivil toplum kuruluşları, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'ndan 4708 sayılı kanuna göre alanında faaliyet göstermek üzere izin belgesi almış yapı denetimi kuruluşları ve Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu uyarınca, inşaat, jeoloji ve jeofizik mühendisleri odalarına büro tescilini yaptırmış olan kurum ve kuruluşlardır. Yönetmeliğe göre bu kuruluşlar ülke çapında faaliyet gösterebilmektedir.

Bu kuruluşlar, jeolojik açıdan yapacağı inceleme sonunda alanı dört sınıflandırmadan biriyle sınıflandırır. Bunlar; yapılaşmaya uygun olan, yapılaşmaya uygun olmayan, önlemler alan³⁸³ ve ayrıntılı jeoteknik etüt gerektiren alandır³⁸⁴. Bunlardan uygun olmayan ve önlemler alanlar yapılaşma için elverişli değilken ayrıntılı jeoteknik etüt gerektiren alan ise ayrı bir uzmanlık alanının incelenmesine tabi tutulmak üzere yapılaşma durumu netleştirilememiş olan alanlardır³⁸⁵. Uygun alanlar ise yapılaşma için elverişlidir.

Bir alan yapılan tespit sonunda önlemler alan sınıfına giriyorsa alınacak tedbirler sonunda yapılaşmaya açılabilirken, uygun olmayan alanlarda yapılaşma yerine farklı yöntemlere başvurulması gerekmektedir. Bu yöntemler, uygulamada üç türdür ve seçimlik hak, malike aittir.

Bunlar;³⁸⁶ malike

- Taşınmazın bedelini ödemek
- Farklı bir yerde dönüşümü yapmak üzere rezerv yapı alanında³⁸⁷ yer tahsisi

³⁸³ Doğa kaynaklı afet tehlikeleri ve arazinin jeoteknik özellikleri nedeniyle yerleşime açılmadan önce yapısal veya yapısal olmayan önlemler alınmasını gerektiren alan, <https://www.afad.gov.tr/tr/23792/Aciklamali-Afet-Yonetimi-Terimleri-Sozlugu?kelime=%C3%B6nlemler> 18.03.2016.

³⁸⁴ Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Afet İşleri Genel Müdürlüğü, Genelge No: 10, 17 Ağustos 1999 Marmara Depremi Sonrasında Planlama ve Yapılaşmalarla İlgili İşlemler, 15.10.2021.

³⁸⁵ Aciklamali Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü, <https://www.afad.gov.tr/tr/23792/Aciklamali-Afet-Yonetimi-Terimleri-Sozlugu?kelime=ayr%C4%B1nt%C4%B1l%C4%B1+jeoteknik+et%C3%BCt+gerektiren+alanlar> 18.03.2016.

³⁸⁶ Kiraz, 2016, s.3.

³⁸⁷ Bkz.s.134-136 “Rezerv alan”

- Başka bir bölgede yapılan projeden yer tahsisidir.

Lisanslı kuruluşlarca risk tespiti yaptırtılacak mühendislerin ise yönetmelik hükümlerine göre belli kriterlere sahip olmaları gerekmektedir. Bunlar meslek odası kayıtlarının devam ediyor olması, en az 5 yıl fiilen mesleği icra etmiş olması, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın eğitim programına katılarak yapılacak sınavda en az 100 üzerinden 70 puan almış olmaları gerekmektedir. Üniversitelerce yapılacak risk tespitinde ise bu kriterler aranmayacaktır. Üniversiteler dışında lisans verilen kuruluşlarda bu kriterlere sahip en az bir inşaat mühendisinden riskli yapı tespiti işlemlerini hukuka uygun yapacağına dair taahhüt alınmaktadır.

ARAADHK, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na lisanslı kuruluşları sıkı bir denetime tabi tutarak mevzuata uygun davranmaya zorlama görevi yüklemiştir. Buna göre mevzuata aykırı davranan lisanslı kuruluşlar için uyarı, para ve lisans iptali olmak üzere kanun üçlü ceza sistemi öngörmüştür. ARAADHK m. 3/8'e göre tespit raporunda tespit edilen eksikliklerin verilen sürede giderilmemesi, malik olmayan kimsenin talebiyle taşınmazın risk tespitine tabi tutulması ve daha önce risk tespiti yapılmış olan taşınmazı ikinci kez risk tespitine tabi tutulması durumunda kuruluşa yazılı uyarı cezası verilmektedir. Üçüncü kez yazılı uyarı cezası alınmasını gerektiren fiilde bulunulursa, yanlış veri sebebiyle riskli yapı risksiz, risksiz yapı riskli şeklinde tespit edilirse, teknik inceleme yapılmadan rapor hazırlanması durumunda kuruluşa 15.000TL para cezası verilmektedir. Kuruluş, lisans başvurusu yaparken gerçeğe aykırı bilgi vermişse veya sonradan lisanslandırma şartlarını kaybetmesinden sonra verilen süre içinde şartları sağlayamazsa, olmayan bir yapı hakkında rapor hazırlarsa veya hakkında üçüncü kez idari para cezası verilirse lisansı iptal edilmektedir. Lisans iptal edildikten sonra o kuruluşa beş yıl süreyle lisans verilmemekte, iptal cezasına sebep olan mühendis beş yıl süreyle başka bir lisanslı kuruluşta görev alamamaktadır.

Lisansa ilişkin konularda çok sıkı denetime tabi tutulan kuruluşların teknik inceleme sırasında kamu görevlileri tarafından aynı sıklıkta denetlenmedikleri konusu sık sık eleştirilere konu olmuştur³⁸⁸.

2.3.2.3. Riskli Yapı Tespit Raporu ve Risk Tespitine İtiraz

Lisanslı kuruluşun yapacağı teknik incelemeden sonra, ilgili taşınmazın kriterlere uygun olup olmadığıyla ilgili hazırlanacak olan belgeye “riskli yapı tespit raporu” denilmektedir. İsminden de anlaşılacağı üzere bu rapor yapılar için düzenlenecek bir rapordur ve her yapı için bir riskli yapı tespit raporu düzenlenebilmektedir³⁸⁹. Yine de ARAADHK ek m. 1 ile m. 6/A kapsamında ilan edilecek olan riskli alanlar³⁹⁰ da yukarıda bahsedildiği üzere riskli yapı odaklı olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla Ek m. 1/1(a)’daki kamu düzeniyle ilgili durumlar hariç olmak üzere her ne kadar idarenin takdirine bağlıysa da riskli yapı tespit raporu temellidir.

Lisanslı kuruluş tarafından hazırlanan rapor maliklerle paylaşılmadan önce, 10 iş günü içerisinde raporun bir örneği, Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü bulunan yerlerde buralara, bulunmayan yerlerde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlükleri’ne ayrıca 17.03.2014 tarihinden itibaren Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yapılan yetki devriyle birlikte İstanbul iline özel olarak büyükşehir sınırları içerisinde bulunan ilçe belediyelerine³⁹¹ gönderilmektedir. Bu safhadan sonra prosedür bu kurumlar nezdinde sürdürülmektedir. İlgili birimlerce riskli yapı tespit raporu teknik ve hukuki yönden incelenerek, eksiklik veya yanlışlık bulunması halinde ilgili rapor, hazırlayan lisanslı kuruluşa bu eksiklik veya yanlışlıkları tamamlamak üzere geri iade edilir. İlgili kurumca verilecek olan süre içerisinde eksiklik veya yanlışlıkların tamamlanmaması halinde lisanslı kuruluşa yazılı uyarı cezası verilmektedir.

³⁸⁸ Kiraz, 2016, s.7

³⁸⁹ Kiraz, 2016, s.11

³⁹⁰ Bkz. s.166-169

³⁹¹ Belediyelerin şehircilik büroları, kentsel dönüşüm ofisi gibi çeşitli isimler altındaki birimlerine...

Riskli yapı tespit raporunda herhangi bir eksiklik veya yanlışlık bulunmaması ya da verilen sürede eksik veya yanlışlıkların tamamlanması halinde 10 iş günü içerisinde taşınmazın bulunduğu ilgili Tapu Sicil Müdürlüğü'ne gönderilmektedir. İlgili Tapu Sicil Müdürlüğü tarafından söz konusu taşınmazın beyanlar hanesine “riskli yapı” ibaresi yazıldıktan sonra aynı müdürlükçe taşınmaz üzerinde hem aynı hem de şahsi hak sahiplerine tebliğ edilir. Tebligatta ise yapının riskli olarak tespit edilme nedenleri bildirilmemekte, yalnızca riskli olduğu ve tespitin tapuya kaydedildiği bildirilmektedir.

Kanunun ilk halinde “*bu kanun uyarınca yapılan iş ve işlemlere ilişkin olarak adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere yapılan tebligat, muhataplarına yapılmış sayılır*” ifadesiyle aynı ve şahsi hak sahiplerinin Ulusal Adres Veri Tabanındaki adreslerine tebligat yapılması öngörülmüşken Anayasa Mahkemesi bu hükmü iptal etmiştir³⁹². İptal gerekçesinde ise 7201 sayılı Tebligat Kanunu’na göre tebligatın muhatabın önce bilinen son adresine, burada bulunamadığı takdirde Ulusal Adres Veri Tabanındaki adreslerine yapılması gerektiği öngörüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca aksi uygulamada veri tabanında nüfus idaresi tarafından yapılabilecek eksiklik ve yanlışlıkların tebligat sürecinin uzaması ve hak sahiplerinin itiraz ve dava sürelerini kaçırmaması sonucu hak mahrumiyetine uğrama ihtimalleri olduğundan hareketle konunun hukuk devleti ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğuna işaret edilmiştir. İptal sonrası Uygulama Yönetmeliği m. 7/5’e göre 7201 sayılı Tebligat Kanunu’na göre hak sahiplerine tebliğ yapılmaktadır. ARAADHK m. 6/A’daki hallerde ise riskli olarak tespit edilen yapıların listesi bu yapıların kapısına asılır ve ilgili muhtarlıkta iki gün süre ile ilan edilerek maliklere şahsen tebliğ edilmiş sayılır. Tapuda kayıtlı malikin ölmüş olması halinde ise, Uygulama Yönetmeliği m. 7/5’e göre Bakanlık, Müdürlük veya İdare tebligat işlemleri için 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre mirasçılık belgesi çıkartmaya, kayyım tayin ettirmeye veya tapuda kayıtlı son malike göre işlem yapmaya yetkili kılınmıştır.

Tebligatın içeriğinde riskli yapı tespit nedenlerine yer verilmemesi, yani malikin rapora değil yalnızca tespite itiraz edebilmesi ise hem anayasa m. 35’de

³⁹² Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

bulunan “özel mülkiyetin korunması” hem de malikin bilmediği bir gerekçeye itirazının yetersiz olacağı ve savunma hakkını kısıtlayacağı gerekçesiyle “hukuk devleti” ilkesine aykırı olabileceği için eleştirilmiştir³⁹³.

Yine de malike, yapının riskli olduğunun tespit edildiği, 60 gün içerisinde yapıyı kendisinin yıktırabileceği ve tebligat tarihinden itibaren 15 gün içinde süreci yürüten kuruma riskli yapı kararına itiraz edebileceği bildirilmektedir. 60 günlük süre asgari yasal süre olup ilgili kurum tarafından bu süre arttırılabilirken daha aşağı bir süre belirlenemez. Ayrıca bu durumda malikin kişisel ve aynı hak sahiplerine tahliye bildiriminde bulunması istenerek bu yükümlülük malike yükletilir.

Hak sahibi veya sahipleri tarafından yapı yıktırılmadığı ya da itiraz edilmediği takdirde verilen sürenin sonunda yapı, ARAADHK m. 5/3’e göre masrafları “dönüşüm projeleri özel hesabı”ndan olmak üzere mülki amir tarafından yıktırılır. Yıkım sürecine yerel yönetim de katılır.

İtiraz halinde ise bu itirazlar, 2 yıllık süre için görev yapmak üzere Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından oluşturulan bir teknik heyet tarafından incelenmektedir³⁹⁴. İlgili heyetin yapısı, dördü üniversitelerden, üçü Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı teşkilatından olmak üzere toplam yedi üyeden oluşmaktadır. Ayrıca yine üniversite rektörlüğünce belirlenen dört de yedek üye bulunmaktadır. Bakanlık teşkilatından atanan üyelerden ikisi inşaat, biri ise jeoloji mühendisi olmalıdır. Herhangi bir itirazda, menfaati olan üye ise o toplantıya katılamamakta, oy kullanamamaktadır. Toplantı yeter sayısı beştir, oy çokluğuyla karar almaktadır. İtiraz sonrası eksiklik veya yanlışlık tespit eden teknik heyetin, tespiti yapan kuruluşa yapacağı tebliğden itibaren 30 gün içinde, söz konusu kuruluşun yanlışlıkları düzeltip ve eksiklikleri tamamlayıp süreci yürüten kuruma sunması gerekmektedir.

³⁹³ Kiraz, 2016, s.11.

³⁹⁴ Özkan, Hasan, Ceren Kubilay, “Açıklamalı-Örnekli Kentsel Dönüşüm Uygulaması”, İstanbul, Cross Basım, (2014), s.18.

Teknik heyet yapacağı itiraz incelemesinde, itiraz gerekçeleriyle bağılı olmadan bu incelemeyi yapar. Heyet, alacağı gerekçeli kararları kuruluşla birlikte, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na, süreci yürüten kuruma ve itiraz edene tebliğ eder. Bu uygulamanın, riskli yapı kararının sebeplerinin hak sahiplerine bildirilmemesi ile özel mülkiyet ve adil yargılanma hakkına zarar verildiği şeklinde gelen eleştirileri biraz azalttığı söylenebilir. Paylı mülkiyet, kat mülkiyeti gibi hak sahibi olan maliklerin birden fazla olduğu durumlarda yalnızca bir malikin itirazda bulunması yeterlidir. Bu durum ARAADHK'da açıkça belirtilmemiştir. Fakat TMK'nın paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyetinde, her birlikte malikin eşya üzerindeki hak, yükümlülüklerini düzenleyen m. 688 ve 701'in yorumlanmasıyla her malikin itirazda bulunabileceği düşüncesine varılabilir³⁹⁵. Teknik heyetin nihai kararının tebligatının ise sadece itiraz eden malike yapılması yeterlidir.

Teknik heyet, itirazın haklı olduğuna karar verirse durum derhal ilgili Tapu Sicil Müdürlüğü'ne teknik heyetçe bildirilmelidir. Bildirim sonrası ilgili Tapu Sicil Müdürlüğü tarafından "riskli yapı" kaydı silinir. İtiraz reddedildiği takdirde ise 60 günden az olmamak üzere verilecek süre içerisinde yapının yıktırılması ve bu kararın taşınmazda kişisel ve aynı hak sahiplerine bildirilmesi malikten istenir. Teknik heyete verilmek üzere itiraz sürecini yürüten kuruma yapılan başvuru bir idari başvuru yoludur ve teknik heyetin vereceği kararlara karşı tebliğden itibaren 30 gün içinde idari yargı yolu açıktır (6306 m. 6/9)³⁹⁶. Aynı gerekçeyle birden çok malik ayrı ayrı dava açmışlarsa davalar, açılmış olan ilk davayla birleştirilir ve olağan yargılama usulüyle görülür. Bu davalarda duruşma istenebilir, bilirkişi görüşü verilebilir³⁹⁷. Gerek ARAADHK gerekse Uygulama Yönetmeliği'nde ifade açık olduğu için sadece riskli yapı kararına karşı itirazda bulunulabilir. Yapının riskli olmadığı yönde kararlarına karşı ise itirazda bulunulamamakta yine idari yargı yolu tercih edilebilmektedir³⁹⁸.

60 günden az olmamak üzere verilen sürenin sonunda yerel yönetim tarafından yapılacak kontrolde yıktırılmadığı tespit edildiği takdirde 30 günden çok olmamak üzere son bir ek süre verilerek mülki amire bildirilir. Yıktırılmadığı takdirde

³⁹⁵ Şimşek, 2013, s.53.

³⁹⁶ Şimşek, 2013, s.73.

³⁹⁷ Özsunay, 2017, s.483-484.

³⁹⁸ Şimşek, 2013, s.70.

nihayetinde yapının, yerel yönetimin de iştirakiyle mülki amirce yıkım işlemi re'sen yapılır veya yaptırılır³⁹⁹.

Yapının riskli veya risksiz olduğuna dair hazırlanacak raporun dışında lisanslı kuruluş tarafından bir üçüncü türde rapor hazırlama ihtimali bulunmaktadır. O da yapının yıkılmasına gerek olmadığı fakat güçlendirmeye ihtiyacı olduğu şeklinde hazırlanacak rapordur. Bu türde rapora “yıkım yerine güçlendirme” başlığında değinilecektir⁴⁰⁰.

Riskli yapı tespit raporu için süreç elektronik yazılım sistemi üzerinden yürütülebilmektedir. Tespit raporları, süreci yürüten kuruma yazılı olmanın dışında bu sistem üzerinden bildirilebilmektedir. Ayrıca lisanslı kuruluş risk tespiti yapılacak yapıyla ilgili daha önce riskli yapı tespit raporu düzenlenip düzenlenmediğini elektronik yazılım sistemi üzerinden kontrol edebilmektedir. Aynı yapıyla ilgili ikinci kez riskli yapı tespit raporu düzenleyen kuruluşa yazılı uyarı cezası verilmektedir. Elektronik yazılım sisteminde bir yapıyla ilgili kayıt oluşturulduktan itibaren 2 ay içerisinde inceleme yapıp risk tespitinin tamamlanmaması halinde kayıt sistemden silinir.

2.3.3. Riskli Yapı Tespiti Sözleşmesi

Riskli yapı tespiti sözleşmesi, riskli yapı tespitinin yapılabilmesi için tespit hizmetini veren ile tespit hizmetini alacak olan taraf arasında kurulan bir sözleşmedir. Riskli yapı tespiti sözleşmesi bir anlamda ARAADHK kapsamındaki kentsel dönüşümün ilk adımı, riskli yapının yıkım öncesi süreci ve uygulamaya hazırlık aşamasını ifade etmektedir.

³⁹⁹ Kaplan, Onur, İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s.168.(dipnot 743)

⁴⁰⁰ Bkz 248-252.

2.3.3.1. Riskli Yapı Tespiti Sözleşmesinin Tarafları, Şekli ve Konusu

Riskli yapı tespit sözleşmeleri çok taraflı bir hukuki işlemdir. TBK m. 1’de açıklanan sözleşme(akit) kavramı, öğretide “tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla hukuki bir sonuç doğurmak üzere hukuki ilişki kurmak amacıyla yapılan hukuki işlem” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁰¹.

ARAADHK m. 3’te belirtildiği gibi başta malikler olmak üzere riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olanların bu tespiti, bir sözleşme ile yaptırması gerekmektedir. Riskli yapı tespiti fiili bir hizmet edimi olması sebebiyle yapılacak sözleşme bir hizmet sözleşmesidir. Hizmet sözleşmeleri, TBK m. 393 vd. düzenlenmiş ve taraflardan birinin belirli bir işi görmeyi, karşı tarafınsa iş karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme tipleridir. Sözleşme asıl olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme tipi olmakla beraber tek tarafa borç yükleyen ivazsız yani bağışlama sözleşmesi şeklinde ücretsiz olarak yapılabilmesi de mümkündür. Ayrıca riskli yapı tespit sözleşmesi herhangi bir geçerlilik şartına tabi değildir. İspat açısından ise HMK m. 200 uyarınca muhtemeldir ki konusu 2500TL⁴⁰² üzerindeki bir alacağın yazılı olması, çıkabilecek bir uyuşmazlıkta adli makamlar önünde ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Riskli yapı tespit sözleşmesinin tarafları riskli yapı tespiti yapacak olan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından lisanslandırılmış özel hukuk kişisi ile onun karşı tarafında başta malik (veya malikin sınırlı ehliyetli veya sınırlı ehliyetsiz olması durumunda kanuni temsilcisi) olmak üzere riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olan yine özel hukuk gerçek ya da tüzel kişisidir. Klasik anlamda bir hizmet sözleşmesi olması sebebiyle bu sözleşmeler, yasal olarak zorunlu olması durumunda kanuni temsilci ile yapılabilirken, iradi temsille de yapılabilmesi mümkündür. Bütün bunların dışında “birlikte malik”, KMK’na tabi bağımsız bölüm maliki, üst hakkı sahibi gibi⁴⁰³

⁴⁰¹ Oğuzman, Kemal, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, İstanbul, Filiz Kitabevi, (2019), s.44; Nomer, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta, (2020), s.35.

⁴⁰² 2022 itibarıyla 6640TL olarak güncellenmiştir.

⁴⁰³ Yapıya riskli yapı tespiti yaptırmak zorunluluğu olan kişiler için Bkz. s.153-163 “Taşınmazını Risk Tespiti Yaptırmak Zorunda Olanlar”

yapıyı riskli yapı tespitine tabi tutma zorunluluğu olan kişiler bu sözleşmeyi lisanslı kuruluşla kurarak sözleşmeye taraf olma hak ve yükümlülüğüne sahiptirler.

Riskli yapı tespit sözleşmesinin niteliği ile ilgili yapılması gereken tespitlerden biri de bu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi mi yoksa kamu hukukuna ait idari bir sözleşme mi olduğu konusudur. Bu anlamda tespiti yapan lisanslı kuruluş bir özel hukuk tüzel kişisi olsa da yapmış olduğu tespit faaliyetinin idari işlem niteliğinde bir “kamu hizmeti” olduğunu söylemek gerekir. Buradaki sorun ise araç muayenelerinde olduğu gibi devletin kamu hizmetini bir özel hukuk kişisi eliyle yürütüyor olması, fakat bu faaliyet karşılığında faaliyeti yürüten özel hukuk gerçek veya tüzel kişinin ücretini devlet bütçesinden değil, doğrudan hizmeti alan kişilerden tahsil etmesidir. Bu durumda riskli yapı tespit sözleşmesi özel hukuka ait bir hukuki ilişki mi yoksa kamu hukukuna ait bir idari sözleşme midir?

Her şeyden önce sözleşmenin taraflarına bakıldığı zaman sözleşmenin her iki tarafının da birer özel hukuk (tüzel veya gerçek) kişisi olduğu görülmektedir. Türk İdare Hukuku’nda idari sözleşmeler için taraflardan birinin her zaman idare olması gerektiği görüşü öğretide genel kabul görmektedir⁴⁰⁴. Anayasa mahkemesi, Danıştay ve uyuşmazlık mahkemesi de verdikleri kararlarda bir sözleşmenin idari sözleşme yani kamu hukuku alanına giren bir sözleşme olduğunu kabul etmek için üç şartın tamamının sözleşmede bulunması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁰⁵. Bu şartlar sözleşmenin, taraflarından birinin kamu idaresi olması, kamu hizmetini yürütmek için yapılması, idareye bazı ayrıcalıklar tanınmasıdır.

Yukarıdaki kriterlere göre her ne kadar söz konusu hukuki ilişki eşitler arası ve devletin taraf olmadığı bir ilişki olarak özel hukuk kapsamında gibi görünse de sözleşmenin konusu itibarıyla para dışında sözleşmeye karakterini veren “risk tespiti” ediminin bir kamu hizmeti olması, bu hizmet yerine getirilirken ortaya çıkabilecek bir aksaklığın “hizmet kusuru” kabul edilmesi ve görevli mahkemenin idari yargı

⁴⁰⁴ Günday, (2017), s.184.

⁴⁰⁵ Anayasa Mah. (09.12.1994), E.1994/43, K.1994/42-2; Danıştay 10.D. (11.04.2005), E.2004/12712, K.2005/1612; Uyuşmazlık Mah. (08.07.1991), E.1991/15, K.1991/16. (www.lexpera.com.tr).

olması⁴⁰⁶ yönüyle sözleşmeyi, bir idari sözleşme olmasa dahi kamu hukukuna ait bir sözleşme olarak kabul etmek gerekir.

Buna karşılık idareyle riskli yapı tespiti yapan kuruluş arasındaki hukuki ilişki ise idarenin, kendi vermesi gereken kamu hizmetini özel hukuk kişisi eliyle yerine getirmek üzere o özel hukuk kişisine lisans(ruhsat) vermesidir. Bu bir imtiyaz olmadığı gibi bir sözleşme de değildir. Çünkü imtiyaz durumunda kamu hizmeti amacıyla kurulan işletme, sözleşme sonunda idareye devredilmektedir. Oysa riskli yapı tespiti uzun süreli verilen bir lisans ile elektrik dağıtım veya araç muayenesi gibi bir kamu hizmeti yürütülmesidir. Buradaki amaç, hizmeti alanla hizmeti sunan arasındaki hukuki ilişkiyi özel hukuk kapsamında serbest piyasaya sokabilmektir. Ayrıca idarenin, hizmeti yerine getiren özel hukuk kişisi üzerinde gerek hizmetin görülmesi gerek fiyatın belirlenmesiyle ilgili gözetim ve denetim yetkisi vardır⁴⁰⁷.

İster bizzat idarenin kendisi yapsın isterse de idarenin lisansla yetkilendirdiği özel hukuk kişisi eliyle yapılsın, özel hukuk kişileriyle konusu kamu hizmeti olan abonelik gibi sözleşmeler, gerek öğretilerde gerek içtihatlarda özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁸. Yine de Danıştay bir kararında bunların tam olarak özel hukuk sözleşmesi olmadığını, kamu hizmetini düzenleyen bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi veya şartname gibi objektif düzenleyici hukuk kuralları olduğunu ileri sürmüştür⁴⁰⁹.

Sonuç itibariyle sözleşmenin tarafları ölçütüne göre “riskli yapı tespiti sözleşmesi” bir özel hukuk ilişkisi olduğu ağır basmakla birlikte gerek ARAADHK gerekse Uygulama Yönetmeliği’nde açıkça düzenlendiği üzere “riskli yapı” istikametinde hazırlanacak rapora karşı hak sahipleri, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından oluşturulacak teknik heyete⁴¹⁰ itirazda bulunabilmektedir. Bu bir idari başvuru yoludur⁴¹¹. Kanun ve yönetmelikte açıkça

⁴⁰⁶ Yargıtay 13. HD (17.1.2018) 2017/599 E. 2018/194 K.; Yargıtay 4. HD. (3.7.2013), 2013/9696 E. 2013/12762 K. (www.lexpera.com.tr).

⁴⁰⁷ Günday, (2017), s.362-363.

⁴⁰⁸ Alatur Seher, Türk Hukuku’nda İdari Sözleşmeler, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013, s.40; Günday, (2017), s.186. (dipnot 162)

⁴⁰⁹ Danıştay 8.D., (23.06.1997), E.997/18, K.997/2229. (www.lexpera.com.tr).

⁴¹⁰ Bkz s.172

⁴¹¹ Şimşek, 2013, s.71-73.

lisanslı kuruluşun “riskli yapı” kararına karşı itiraz edilebileceği belirtilmiş olsa da Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın internet sitesinde aksi karara, yani yapının riskli olmadığı kararına karşı da aynı itiraz yolunun kullanılabileceği söylenmiştir⁴¹². Teknik heyetin ise vereceği kararların *belli kişi ve duruma ilişkin yeni hukuki durum oluşturan*⁴¹³ bir idari karar ya da diğer ismiyle “bireysel idari işlem” olduğuna şüphe yoktur. Dolayısıyla idarenin her tür iş ve işleminin idari yargı denetimine açık olması biçimindeki anayasa hükmü gereği bu kararlara karşı idari yargıda iptal veya tam yargı davası açılabilir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 11 genel kuralı gereği idareye itiraz etmeden idari davanın açılabilmesi mümkün olduğuna göre doğrudan lisanslı kuruluşun vereceği karar aleyhine de idari yargıda iptal davası açılabilir. Buna karşın Yargıtay bir kararında lisanslı kuruluş kararının uygulanmasıyla ortaya çıkabilecek zarar için tam yargı davası açılmayacak, özel hukuk kapsamında değerlendirilen bu ilişkinin sonuçlarıyla ilgili çıkabilecek uyuşmazlık adli yargıda görülecek tazminat davasıyla çözülebilecektir⁴¹⁴. Riskli yapı tespiti sözleşmesi açısından sözleşmenin kendisi idari sözleşme olmayıp yukarıda belirtildiği üzere, özel hukuk tüzel kişisi olan lisanslı kuruluşla yapılan ve bir özel hukuk sözleşmesi olan iş görme sözleşmesi, aynı zamanda işin ticari veya mesleki amaçla yaptırılmaması sebebiyle bir tüketici sözleşmesidir (Tüketici Kanunu m. 3/1(k))⁴¹⁵. Dolayısıyla TBK ve TMK olduğu kadar 6502 sayılı Tüketici Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sözleşme türüdür. Tüketici konumunda olan hizmet alanın davasını tüketici mahkemesine taşıması gerekecektir⁴¹⁶. Tespiti yapılacak yapı bir kamu binasıysa ilgili kurum sözleşmenin bir tarafı olmasına rağmen sözleşmeyle ilgili egemenlik hakkını kullanmamasından dolayı sözleşmenin yine idarenin eşitler arası yaptığı bir özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir⁴¹⁷.

⁴¹² Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, “Alo 181 Sık Sorulan Sorular”, <https://181.csb.gov.tr/ss/riskli-yapilar>, 24.08.2021.

⁴¹³ Günday, (2017), s.123.

⁴¹⁴ Yargıtay 13. HD 17.01.2018, 2017/599E. 2018/194K. (www.lexpera.com.tr).

⁴¹⁵ Yargıtay 13. HD 17.01.2018, 2017/599E. 2018/194K. (www.lexpera.com.tr).

⁴¹⁶ Yargıtay 13. HD 17.01.2018, 2017/599E. 2018/194K. (www.lexpera.com.tr).

⁴¹⁷ Günday, (2017), s.195.

2.3.3.2. İdare Tarafından Yapılan Risk Tespit Sözleşmesinin Borçlar Hukuku Açısından Sonuçları ile Anayasa Mahkemesi 2012/87 Esas No’lu Kararı Işığında İncelenmesi

Verilen süre içerisinde, yaptırmayı gereken kişilerce riskli yapı tespiti yaptırılmadığı takdirde bu iş, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından re’sen yaptırılmaktadır⁴¹⁸. Tespitin Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yaptırılması halinde tespit masrafları, tespit yaptırmayı gereken kişilerden alınır. Bu durumda riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olanlarla idare arasında kurulan hukuki ilişkinin kapsamı açıklanmaya muhtaçtır. Bu hukuki ilişkinin önce, ne olduğundan çok ne olmadığından bahsetmek doğru olacaktır. İdare ile riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olup da, yaptırmayan kişi ya da kişiler arasındaki ilişki bir idare hukukuna tabi bir hukuki ilişki değildir. Çünkü idari sözleşmeler, idare dışındaki tarafın bir kamu hizmetini yürütmesi veya bir kamu hizmetine katılması maksadıyla yapılabilir⁴¹⁹. İdare ile riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olup yaptırmayan kişi ya da kişiler arasındaki ilişki üçüncü kişi yararına bir sözleşme de değildir. Çünkü üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, lehine sözleşme yapılan üçüncü kişiye borç yükletilememesi gerekir⁴²⁰. İdare tarafından başka bir kişi ya da kuruluşla, malik lehine yapılan bir sözleşme üçüncü kişi yararına sözleşme olamaz, zira malik bu tarz bir sözleşmede üçüncü kişi konumundadır ve idare ile tespiti yapan kuruluş arasındaki sözleşmenin, riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olan bir malik aleyhine borç doğurmaması gerekir⁴²¹.

O halde bu hukuki ilişki bir sözleşme midir? Sözleşmenin, “ tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla hukuki bir sonuç doğurmak üzere hukuki ilişki kurmak amacıyla yapılan hukuki işlem” olduğu yukarıda belirtilmişti⁴²². Bahsi geçen olayda ise karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanından çok idarenin tek taraflı tasarrufuyla yapılan bir işlem sonucu, lehine işlem yapılan kişinin istem dışı borç altına girmesi ve bu borç sebebiyle, daha önce onun yerine ödeme yapmış olan devlete karşı

⁴¹⁸ Bkz. s.164

⁴¹⁹ Günday, (2017), s.186; Tan, 2019, s. 305.

⁴²⁰ Oğuzman/Öz, 2018, s.437; Doğan/Şahan/Atamulu, 2019, s.320-321.

⁴²¹ Oğuzman/Öz, 2019, s.457-458. Doğan/Şahan/Atamulu, 2019, s.320-322.

⁴²² Bkz. s.174

yükümlülüğü vardır. Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, borçlar hukuku anlamında bir sözleşmenin kurucu unsurlarıdır ve yoklukları sözleşmenin yok hükmünde olması sonucunu doğurur. Dolayısıyla ortada bir sözleşme olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

O halde riskli yapı tespiti için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın yapma veya yaptırmaması sonrası, idare ile riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olup yaptırmayan kişi ya da kişiler arasında "riskli yapı tespit" masrafları sebebiyle meydana gelen borç alacak ilişkisi bir kamu hukuku ilişkisi değil daha çok idarenin tek taraflı işlemi söz konusudur. Bunun için getirilebilecek en uygun çözüm ise bunun bir "vekaletsiz iş görme" ilişkisi olduğu ya da hiç değilse "sebepsiz zenginleşme" olduğudur. TBK m. 526, "*vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekte yükümlüdür*" cümlesiyle vekaletsiz iş görmeyi tanımlamıştır. İlgili maddeden de anlaşılacağı üzere vekaletsiz iş görmenin unsurları;⁴²³ iş görme, işin başkasına ait olması, vekalet bulunmaması, iş görenin iş görme iradesi, işin iş sahibinin menfaatine uygun olması ve iş sahibinin varsayılan iradesine aykırı olmaması (yasaklamaması)dır.

İdare ile riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olup da yaptırmayan kişi ya da kişiler arasındaki ilişkide ise bu unsurlardan yalnızca iş sahibinin varsayılan iradesi eksiktir. Çünkü vekaletsiz iş görme hükümlerine göre iş sahibi olan ve riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olup yaptırmayan kişi ya da kişilerin, verilen süre içerisinde yükümlü oldukları bu iş; kendileri yaptırmamaları sebebiyle idare tarafından yaptırılmıştır. Bu durum öğretide iş sahibinin varsayılan iradesinin eksikliği nedeniyle "gerçek olmayan vekaletsiz iş görme" şeklinde ifade edilmiştir⁴²⁴.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ise TBK'da 527/2'de düzenlenmiş olsa da iş sahibinin iş görene olan borç yükümlülüğünden çok, beklenmedik bir hal durumunda iş sahibinin gördüğü zararın iş gören tarafından tazmin edilmesiyle

⁴²³ Bayram, Hümeysra Merve, Vekaletsiz İş Görme, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s.67-87; Zevkliler, Aydın, Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Turhan Kitabevi, (2019), s.639-640.

⁴²⁴ Şenol, Kübra Ercoşkun, "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sistemik Açısından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Durum" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22(4), (2018), s.40.

ilgilidir⁴²⁵. Öğretide de gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin hukuka aykırı bir fiil olduğu konusunda fikir birliği vardır⁴²⁶. Bu durumda idarenin yaptığı masrafları ve girdiği borçları iş gören sıfatıyla, TBK m. 530'a göre iş sahibinin zenginleştiği ölçüde iş sahibinden alabilmesi mümkündür⁴²⁷. Fakat iş sahibinin görülen işten elde ettiği yarar dışında idarenin kendi elde ettiği kazanımlar varsa bunları iş sahibine iade etme yükümlülüğü altına girmiş olacaktır⁴²⁸. Ayrıca riskli yapı tespiti sırasında beklenmeyen bir hal sebebiyle iş sahibinin uğrayabileceği zararı da karşılaması gerekir.

Buna karşın TBK m527/2'de gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin sayılan unsurlarında, iş sahibinin işi yasaklamasının hukuka ya da ahlaka aykırı olmama şartı vardır. Söz konusu bu maddeden yola çıkılacak olursa, konumuz olan hukuki ilişkide iş sahibi olan riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olup, yaptırmayan kişi ya da kişilerin riskli yapı tespiti yapılmasına rıza göstermemeleri; ARAADHK m. 3'e aykırı olduğu için, idarenin yaptığı işin gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden, gerçek vekaletsiz iş görmeye dönüşmesine imkan verecektir. Nitekim YHGK bir kararında⁴²⁹ kanuna göre Çevre Temizlik Vergisi mükellefi kişinin borcunun üçüncü kişi tarafından rızası hilafına yatırılmış dahi olsa vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirilerek zenginleşmenin işgörene verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda *"... tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle başkasının borcunu ödeyen kişi borçlu kendisine yetki vermemiş olsa bile borçlunun temsilcisi sıfatıyla hareket etmiş olacağından, ödemede bulunan üçüncü kişi (davacı), borçluya karşı (davalıya karşı) vekaletsiz işgören sıfatıyla BK. madde 413 gereğince istemde bulunabileceğine..."* denilmiştir.

Kanaatimizce iş sahibinin zaten kanunen yükümlü olup yapmadığı bir şeyin idarece yaptırılması sonrası meydana gelen masrafı işgören olarak idareye ödemesi gerekecektir. Bu durumda TBK m. 529'da düzenlendiği gibi, idare gereken özeni

⁴²⁵ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin kitabevi, (2019), s. 929.

⁴²⁶ Bayram, 2019, s.157.

⁴²⁷ Yavuz, Cevdet, Burak Özen, Faruk Acar, Borçlar Hukuku dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, Beta, (2021), s.764.

⁴²⁸ Zevkliler/Gökyayla, 2019, s.668.

⁴²⁹ YHGK, (27. 2. 2002), 2002/3-118E, 2002/131K. (www.lexpera.com.tr).

göstermesi durumunda istenen sonuç gerçekleşmemiş olsa da iş sahibinin, idareye, riskli yapı tespiti dolayısıyla yapılan zorunlu ve faydalı masrafları faiziyle ödemesi gerekir.

Buna karşın kararın devamında Yargıtay⁴³⁰ yine de iş sahibinin yükümlülüğünü gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirmiştir. İş sahibinin, işgörene ödemesi gereken giderin kapsamını *“borçlunun menfaatine uygun değilse ya da borçlunun karşı koymasına karşın yapılmışsa, üçüncü kişinin giderlerini değil, ancak borcun sona ermesi nedeniyle borçlunun malvarlığında oluşan zenginleşmeyi isteyebileceğine göre”* ifadesiyle TBK m. 530 kapsamında sadece iş sahibinin zenginleşmesiyle sınırlı tutmuş, bunu aşan giderleri kapsama dahil etmemiştir. Yine de iş sahibinin riskli yapı tespiti sonrası vereceği icazet ile iş sahibinin hakları TBK m. 530 değil, m. 529 kapsamında değerlendirilebilecektir⁴³¹.

İster gerçek ister gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olsun doğacak borçlar on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir⁴³². Yine ister gerçek vekaletsiz iş görme ister gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olsun, işgörenin iş görme ile ilgili ihmali sebebiyle sorumlu olması durumu, TBK m. 527/1’e göre iş sahibinin zararını veya zarar görme tehlikesini gidermek amacıyla yapılıyorsa sorumluluğun hafif şekilde dikkate alınması gerekir. Söz konusu ilişkide de idare, riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olup yaptırmayan kişi ya da kişilerin afet riski sebebiyle zarar görmesinin önlenmesini amaçlamakta, bu sebeple ihmal sonrası idarenin ortaya çıkabilecek yükümlülüğü daha hafif olmalıdır. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumundaki beklenmedik halin ortaya çıktığı durumlarda ise idarece zararın iş görülme de meydana geleceği ispat edildiği takdirde sorumluluk kalkar, kurtuluş kanıtı imkanı bulunmaktadır⁴³³.

Nihayet masraflar idare tarafından sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre de alınabilecek olsa da tespit işleminden baştan beri haberdar olan riskli yapı tespiti yaptırmak zorunda olup yaptırmayan kişi ya da kişilerin iyiniyetli olmayan

⁴³⁰ Yargıtay 11.H.D. (31.03.1983), E. 1379, K. 1589. (www.lexpera.com.tr).

⁴³¹ Bayram, 2019, s.63.

⁴³² Yargıtay İBK, (04.06.1958), E.15, K.6; Yargıtay 13. HD. (16.06.1981), E.3881 K.4515; Yargıtay 13. HD. (28.03.1989), E.1687 K.2109; Yargıtay 1. HD., (16.12.2013) E.13990 K.18046. (www.lexpera.com.tr).

⁴³³ Yavuz/Özen/Acar, 2021, s. 762-764.

zenginleşen olarak idareye hem zorunlu hem de faydalı giderleri ödemesi gerekecektir. Bu durumun da hakkaniyete aykırı olduğu kanaatindeyiz.

ARAADHK'un ilk halinde riskli yapı tespiti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yapılması halinde masrafların tahsilatının güvence altına alınabilmesi için *“Bakanlık veya İdare tarafından yapılan tespit işleminin masrafı ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğü, binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine, masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak Bakanlığa veya İdareye ve binanın aynı ve şahsi hak sahiplerine bilgi verir”* düzenlemesine yer verilmişti. Dolayısıyla tespiti yapılan gayrimenkul üzerinde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı lehine ipotek kurulması öngörülmüştü. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, kanunun üçüncü maddesinde geçen ilgili hükmü, anayasa m. 13’de geçen “ölçülülük” ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir⁴³⁴.

Sonuçta, yapılması gereken kişilerce yapılmaması sebebiyle Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı veya Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın görevlendireceği ilgili yerel idare tarafından yapılan riskli yapı tespiti masrafının maliklerden ipotek yoluyla tahsil edilmesi iptal sonrasında mevcut düzenlemelerde mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu iptal kararını; ödenmesi gereken masrafın hukuksuz, gayrimeşru veya Anayasa m. 10’daki eşitlik ilkesine aykırı olmasına değil birlikte mülkiyet (paylı, elbirliği) veya kat mülkiyeti ihtimallerinde bu masrafın tahsilinin teminat altına alınmasında idare lehine kurulabilecek bir müşterek ipoteğin, maliklerden biri veya bir kısmı tarafından kaldırılmak istenmesi halinde malikler arasındaki müteselsil sorumluluk gereği idareye masrafın tamamını ödemesinin Anayasa m. 13’teki ölçülülüğe aykırı olmasına dayandırmıştır. Sırf bu ihtimal sebebiyle meşru olan masrafın malikten tahsil edilmesi ile ilgili hüküm (6306 sayılı Kanun m. 3/1 yedi ve sekizinci cümle) iptal edilmiş, yerine bu alacağın teminatıyla ilgili yeni bir düzenleme yapılmamıştır.

⁴³⁴ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

2.4. TAŞINMAZ MALİKLERİNİN SÜRECİ BAŞLATMASI VE KATILIMI

2.4.1. Genel Olarak

Kanun koyucu, ARAADHK m. 6/1'deki *“bu parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır”* ifadesiyle kentsel dönüşüm hukukunda taşınmazlar üzerindeki tasarruflarda maliklerin iradesine öncelik tanımıştır. Anlaşılacağı üzere malikin iradesine gerek yapının yıkımı öncesi gerekse de yapının yıkımı sonrasındaki safhasında öncelik verilecektir.

Benzer şekilde Uygulama Yönetmeliği m. 15'de, *“riskli alanlarda, rezerv yapı alanlarında ve riskli yapılarda Kanun kapsamında öncelikle maliklerce uygulama yapılması esastır”* ifadesiyle özellikle yıkım sonrası uygulama safhasında maliklerin tercihlerine öncelik verildiği anlaşılmaktadır.

Yine kanun ve yönetmelik çok çeşitli şekillerde süreçle ilgili malik ve hak sahiplerine yardımcı olmakla devleti yükümlendirmiştir⁴³⁵. Böylece sürecin işleyişinde kolaylık sağlanmaya ve danışmanlık hizmeti vermekle çalışılmıştır⁴³⁶.

2.4.2. Oy Birliği ile Anlaşması

Riskli yapı tespiti sonrası sürecin yönetimi ve ARAADHK kapsamında taşınmazla ilgili yapılması gereken tasarruf işlemleri malikler tarafından gerçekleştirilmelidir. Yıkım öncesi ve sonrası yapılabilecek bu işlemler, ilgili kanun m. 6'da şu şekilde sayılmıştır:

- Parsellerin tevhit edilmesi,
- Münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılması,
- İfraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemleri,

⁴³⁵ Şimşek, 2013, s.137.

⁴³⁶ Kiraz, 2016, s.16.

- Kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesi
- Yeniden bina yaptırılması,
- Payların satışı

Elbette ki malikler bir taşınmaz üzerinde, kural olarak mülkiyet hakkının verdiği üç temel yetkiden biri olan tasarruf yetkisine sahiptirler. Tasarruf yetkisi, bir eşyanın tüketim yetkisidir. Bu tüketim, fiziken tüketim veya şeklini değiştirme olabileceği gibi, hukuken hakkı devretme veya türünü değiştirme de olabilmektedir⁴³⁷. Anayasa Mahkemesi de bir kararında⁴³⁸ tasarruf yetkisinin sınırlarını belirlerken “... mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hattâ yok etme) yetkilerini anlatır” ifadesini kullanarak eşyanın biçimini değiştirmeyi de bu kapsamda kabul etmiştir.

Şu halde tasarruf yetkisi sahibi olan malik, Anayasa m. 35’e de dayanarak bir eşya üzerinde, amacı her ne olursa olsun (güçlendirmek ya da güzelleştirmek) onun şeklini değiştirmek ya da tamamen yok ederek baştan yapmak konusunda tek yetkilidir. ARAADHK kapsamındaki dönüşümlerde taşınmazda yapılacak olan değişikliklerde de bu yetkinin bütün maliklere ait olması gerektiği ve oy birliği ile hareket etmeleri gerektiği söylenebilir. Yani riskli yapı ilan edilen yapı için malikler, ARAADHK m. 6/1’deki uygulamalarla ilgili karar almada tek yetkilidir.

İşin mantığı gereği birden çok kişinin, bir eşyaya aynı anda malik olmasını ifade eden birlikte mülkiyet hallerinde bu yetkinin bütün maliklere ait olması ve eşya üzerinde bu tarz önemli değişiklikler için maliklerin oy birliği ile karar vermesi gerekir. Fakat ARAADHK aşağıda açıklanacağı üzere riskli taşınmazlarla ilgili farklı bir usul getirmiştir.

⁴³⁷ Hamamcıoğlu, 2014, s.317, 318; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, 2018, s. 559.

⁴³⁸ Akça, Kürşat, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 Özel Sayı, (2015), s.554-555. (dipnot53); Anayasa Mah. (21.06.1989), E. 1988/34, K. 1989/26. (www.lexpera.com.tr).

2.4.3. 2/3 Çoğunluk ile Anlaşma

Bir yapının maliki bir kişi olduğunda yani yapının, eşya hukukunda “tek mülkiyet” olarak adlandırılan mülkiyet rejimine tabi olduğu hallerde, yapıda riskli yapı tespit raporu doğrultusunda yapılması gereken uygulamalara ve bu uygulamaların gerçekleşmesi için gereken prosedürlere öncelikle malik kendisi karar verecektir. Bu halde özel hukuk anlamında karar aşamasıyla ilgili önemli bir problem bulunmamaktadır⁴³⁹. Bunun yanında birlikte mülkiyet hallerinde taşınmazın yönetim ve tasarruflarıyla ilgili kararların nasıl alınacağıyla ilgili ARAADHK, TMK ve KMK’ndan farklı bir usul getirmiştir.

Birlikte mülkiyetin bir türü olan elbirliği mülkiyeti TMK m. 702’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre elbirliği mülkiyetinde “*gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir*”. Yine birlikte mülkiyetin diğer türü olan paylı mülkiyetteki, eşyanın olağan kullanımının dışında olan bu gibi olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflarla ilgili kararlar TMK m. 692’ye göre bütün paydaşların oybirliği ile alınabilmektedir.

TMK’nun tersine ARAADHK’un Uygulama Yönetmeliği m. 15/1’in son cümlesinde “*ortaklığın giderilmesi için dava açılmış olması, Kanun kapsamında hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınmasına ve bu karara göre işlem yapılmasına engel teşkil etmez*” ifadesi yer almaktadır. Bilindiği gibi ortaklığın giderilmesi davası, “*paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallarda paydaşlar (ortaklar) arasında mevcut birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirip ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan iki taraflı taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır*”⁴⁴⁰. Şu durumda eğer ki yönetmeliğe göre ortaklığın giderilmesi davası sırasında dahi birlikte maliklerin 2/3 çoğunluğu ile yıkım öncesi ve sonrası tasarruflarla⁴⁴¹ ilgili kararlar alınabiliyorsa ortaklığın giderilmesi davası henüz

⁴³⁹ Yine de aralarındaki boşanma davası sebebiyle aile konutu kabul edilen riskli yapının dönüşümle ilgili karar toplantılarına katılamayan eşin, tedbiren katılma yetkisi talebinin reddiyle ilgili bkz Yargıtay 14. HD. (30.5.2018), E. 2018/777, K. 2018/4257(Beyazkılıç, Yeşim, “Kentsel Dönüşümün Özel Hukuk Alanında Getirdiği Sorunlar”, Ankara, Seçkin Kitabevi, (2017), s.48-49.

⁴⁴⁰ Yargıtay 14. HD. (30.5.2018), E. 2018/777, K. 2018/4257. (www.lexpera.com.tr).

⁴⁴¹ Bkz. s.183

açılmadan önce bu oy oranının birlikte mülkiyet rejiminde, ARAADHK gereği karar yeter sayısı olması evleviyet icabıdır. Buna karşın birlikte mülkiyet rejimlerinden, hem paylı mülkiyet hem de elbirliği mülkiyeti için karar yeter sayısının 2/3 olduğu söylenebilir. Elbirliği mülkiyetinde, birinci derece mahkemeleri ve Yargıtay, 2/3 çoğunluk ile riskli yapı ilan edilen yapıların “birlikte maliklerinin” ARAADHK kapsamında “eşya için esaslı uygulamalar” hakkında 2/3 çoğunluk ile karar verilebileceğine hükmetmiştir⁴⁴².

2.4.3.1. “Kanunda Öngörülen 2/3 Oy Oranı, Pay Çoğunluğu mu Yoksa Paydaş Çoğunluğu mu” Sorunu ve TMK m. 692 ile Kıyaslanması

2019’daki değişiklikten önce paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyetiyle ilgili yapılacak uygulamayla ilgili karar yeter sayıları ARAADHK’da gösterilmekte, kat mülkiyetiyle ilgili süreç ve karar yeter sayıları ise Uygulama Yönetmeliği’nde düzenlenmekteydi. Uygulama Yönetmeliği’nde; yapılacak uygulama işleriyle ilgili tasarruflara yönelik kat malikleri tarafından alınacak kararlarda iki aşamalı bir toplantı süreci öngörmüş ve birinci toplantıda oybirliği ile karar alınamaması durumunda ikinci toplantıya geçilerek 2/3’lük oy oranını ikinci toplantıda yeterli saymıştı. Bu ise ARAADHK m. 6/1’deki “...parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır” ifadesine daha uygundu. Söz konusu bu ifade kalmakla beraber birinci toplantı süreci 2019’daki değişiklikle kaldırılmış ve yalnızca 2/3 çoğunluk, karar oranı olarak kalmıştır.

Genel hükümler çerçevesinde paylı mülkiyette tasarruf imkanı her paylı malik için kendi payı ile sınırlıdır ve her paydaşın tek başına veya belli bir malın tamamıyla ilgili tasarruf yetkisi yoktur. Daha sıkı bir şekilde elbirliği mülkiyetinde, eşya üzerinde pay oranları belli olmadığı için elbirliği malikler ne paylar ne de eşyanın tamamı üzerinde tek başlarına tasarruf yetkisine sahiptirler. Fakat hem paylı hem elbirliği mülkiyetinde eşya fiilen bölünmediği için mülkiyet eşyanın tamamındadır⁴⁴³.

⁴⁴² Yargıtay 14. HD. (30.5.2018), E. 2018/777, K. 2018/4257. (www.lexpera.com.tr).

⁴⁴³ Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s.164; Akıntürk/Ateş, 2019, s.425.

ARAADHK m. 6'da belirtilen ve öncelikle maliklerce yapılması öngörülen uygulamaların, eşyaya ilişkin esaslı ve olağanüstü işler olduğundan bahsedilebilir⁴⁴⁴. Nitekim ilgili maddede sıralanan; parsellerin tevhit edilmesi, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılması, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemleri, yeniden bina yaptırılması, arsa payı karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesi işlemlerinin olağanüstü işlemler olduğu açıktır. Buna karşılık maddede geçen “payların satışı” ifadesiyle ne anlaşılması gerektiği ile ilgili üç ihtimal vardır. Bunlardan biri, herkesin kendi payını satması ki bu zaten TMK'da paylı mülkiyet hükümlerine göre mümkündür. Diğer ise dönüşüm sürecine muhalif kalan payların sahiplerinin iradeleri haricinde satışını ifade etmektedir ki bu zaten genel hükümlerde bulunmayan ve ARAADHK'la hukukumuzda dahil olan olağanüstü işlemlerdendir. Sonuncu ihtimal ise bütün maliklerin birlikte, taşınmazı üçüncü kişiye satmasıdır. Söz konusu maddeden (ARAADHK m. 6) asıl anlaşılması gerekenin bu sonuncusu olduğu, Uygulama Yönetmeliği m. 15/5'ten anlaşılmaktadır. Uygulama Yönetmeliği m. 15/5'de riskli taşınmazın en az 2/3 çoğunlukla alınmış böyle bir satış kararında, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ veya ilgili belediyenin; sahip olduğu yasal önalım hakkı düzenlenmektedir. İdarenin buradaki yasal önalım hakkını kullanmaması durumunda ise söz konusu yönetmelik fıkrası, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde aynı karar oranıyla, uygulama sonrası yeni yapıda ortaya çıkacak fazladan bağımsız bölümlerin müteahhite devrine imkan vermektedir⁴⁴⁵.

TMK m. 692 ve m. 702'de belirtildiği üzere gerek paylı, gerek elbirliği mülkiyeti için dönüşüm sürecindeki olağanüstü yönetim işi sayılan bütün iş ve işlemlerle ilgili bütün paydaşların rızası gerekir⁴⁴⁶. ARAADHK ise bu duruma istisna getirerek özel hüküm olması sebebiyle TMK'nun genel hükümlerini ilga etmiş ve daha düşük bir oy oranı olan 2/3 çoğunluğu yeter görmüştür. O halde ARAADHK m. 6/1'de geçen bu 2/3 çoğunluk “pay çoğunluğu mudur, paydaş çoğunluğu mudur” sorusu akıllara gelecektir.

⁴⁴⁴ Yargıtay 1.HD. (22.05.1995), E. 1995/6429, K.1995/7456 (www.lexpera.com.tr); Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, 2015, s.317-318; Ayan, C. II, 2014, s.57-58.

⁴⁴⁵ Çetiner, Bilgehan, “Kentsel Dönüşüm Kapsamında Akdedilen Sözleşmelerin Kuruluşunun Tabi Olduğu Hukuki Rejim”, (Ed.) Emrehan İnal, Başak Baysal, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, On İki Levha, (2017), s.174-176.

⁴⁴⁶ Akipek, Jale, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Eşya Hukuku, İstanbul, Beta, (2018), s.397.

TMK ve KMK olağanüstü yönetim işleriyle ilgili pay ve paydaş sayısını dikkate almıştır. Öğreti, ARAADHK'daki ifadenin net olmayışından beisle genel hükümlerdeki çifte çoğunluğun esas alınması görüşü hakimdir⁴⁴⁷. Uygulamadan gelen yazarlar ise daha çok, ifadenin net olduğu ve buradan paydaş değil pay çoğunluğunun anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁴⁸. Kanun koyucu, ARAADHK'da ise “*sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu*” cümlesini kullanarak 2/3'lük oy oranının sahip olunan hisse bazında olduğunu ve karar yeter sayısı belirlenirken paydaş değil pay çoğunluğunun dikkate alınacağına işaret etmiştir. Yargıtay da ifadeden anlaşılması gerekenin pay çoğunluğu olduğuna hükmetmiştir⁴⁴⁹.

Bu durum elbirliği mülkiyeti gibi henüz pay oranları eşya üzerine yansımamış olan bir mülkiyet rejimi açısından pay çoğunluğunun nasıl belirlenebileceği sorununu doğurmuştur. Klasik karar yeter sayısı olan oybirliği olması durumunda herhangi bir sıkıntı söz konusu olmazken, 2/3 pay çoğunluğunun belirlenmesi bu mülkiyet tipinin doğasına aykırıdır. Buna karşın uygulamada bu konuda paylı mülkiyet gibi muamele gördüğü ve elbirliği mülkiyetini kuran hukuki gerekçeden gelen pay oranlarının tasarruf edilebilir kısılmış gibi işleme tabi tutulduğu görülmektedir⁴⁵⁰.

Buna karşın pay oranları eşya üzerine yansımış olan paylı mülkiyet için malın tamamına ilişkin yapılabilecek önemli işlerle ilgili tasarrufların, karar yeter sayısı olan oy oranının, tüm paydaşların önceden kararlaştırmaları üzerine daha düşük bir oranda belirlenebileceği TMK m. 692/1'de düzenlenmiştir. Şu durumda ARAADHK'la düşürülen oy oranının kanunun amacına uygun olarak kararlaştırılabilecek azami bir oran olduğu kabul edilebilir. Yani bu oy oranı paylı maliklerce ARAADHK'da gösterilen işlemler için arttırılamazken, daha önceden tüm paydaşların kabulüyle yapılabilecek bir anlaşmayla azaltılması mümkündür. Bu durum, TMK m. 692/1'in son cümlesinin ters anlamından çıkarılabilmektedir. Elbirliği mülkiyeti içinse daha

⁴⁴⁷ Seçer, Öz “Kentsel Dönüşümde Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İdari Yolla Sona Ermesini Koşulları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021(1), (2021), s.955; Özay, Osman Levent, Feride Demirbaş, “6306 Sayılı Kanun Bakımından Kentsel Dönüşüm Süreci ve Tapu Sicil İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), (2017), s.231.

⁴⁴⁸ Saltık, Şenol, Tüm Yönleriyle Kentsel Dönüşüm, Ankara, Seçkin Kitabevi, (2018), s.99; Kiraz, 2016, s.24.

⁴⁴⁹ Yargıtay 20. HD. (16.06.2020), E. 2019/5708, K. 2020/1894. (www.lexpera.com.tr).

⁴⁵⁰ Yargıtay 14. HD. (30.5.2018), E. 2018/777, K. 2018/4257. (www.lexpera.com.tr).

düşük bir oy oranı belirlenmesi mümkün olmadığı için 2/3'lük karar yeter sayısı, kesin bir oranı ifade etmektedir.

2.4.3.2. Kat Mülkiyeti Açısından Oy Çokluğu ile Anlaşma

2007 tarih ve 5711 sayılı KMK'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, şehirlerdeki nüfus yoğunluğunun artması ile müstakil ev yapma imkanı ortadan kalkmıştır. Bu sebeple tek parsel esasına dayanan ve her parselde bulunan yapılardaki bağımsız bölümlerin ayrı bir mülkiyet hakkının konusu olabilmesine imkan veren 634 sayılı KMK 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

KMK'na göre bir parsel üzerinde bulunan bir yapı, bu kanun kapsamına girebileceği gibi, aynı parsel üzerinde birden çok bloktan oluşan yapıların yönetimi de bu kanun kapsamında düzenlenmektedir. Kanunun ilk yapıldığı halinde öngörülmemekle beraber sonradan yapılan değişikliklerle 634 sayılı kanunda yer bulan yapılar ise birden çok parsel üzerinde inşa edilmiş olan birden çok yapı ve bunların ortak alanları, “toplu yapılar” olarak adlandırılmaktadır.

Anagayrimenkul olarak tabir edilen, kat mülkiyeti rejimine geçmiş olan yapının kat maliklerinin tamamından oluşan “kat malikleri kurulu” tarafından yönetileceği KMK m. 27'de düzenlenmiştir. Bununla birlikte KMK m. 45 ise taşınmazın bir hakla kayıtlanması, arsanın bölünmesi, bölünen kısmın devri gibi “önemli yönetim işleri”ni sınırlı olmayacak şekilde örneklendirmiştir. Aynı madde, söz konusu önemli işler için tüm kat maliklerinin olumlu oy kullanmasını yani oybirliğini şart koşmuştur.

Buna karşın yıkım öncesi, sırasında ve sonrasında yapılacak uygulamalarla ilgili karar prosedürünü ayrıntılandıran ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği, önceki halinde toplantı usullerini de ayrıntılarıyla düzenlemekteydi. 2019 değişiklikleriyle birlikte, belki de uygulamadaki aksamalar sebebiyle, kanun koyucunun ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın süreci daha da hızlandırma yönündeki iradesi Uygulama Yönetmeliği'ne yansımıştır.

Bu bağlamda yukarıda bahsedildiği üzere⁴⁵¹ ARAADHK kapsamında riskli yapının yıkımı öncesinde, sırasında ve sonrasında yapılacak önemli uygulamalarla ilgili toplantı usulleri ile karar oranlarında köklü değişiklikler olmuştur.

Yönetmeliğin önceki halinde m. 15, ARAADHK m. 6/1'deki "parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır" cümlesinden kaynaklanan ve "Taşınmazın Malikler Tarafından Değerlendirilmesinin Önceliği" ilkesine uygun olarak üç aşamalı toplantı usulü öngörülmüştü. Buna göre öncelikle kat malikleri kurulu; yöneticinin veya denetçinin veya kat maliklerinin üçte birinin istemi üzerine, noter vasıtası ile yapılacak tebligat ile toplantıya çağrılmalıydı. Birinci toplantıda, kanunda ve yönetmelikte belirtilen uygulamalarla ilgili karar yeter sayısı, KMK m. 45'e de uygun olarak oybirliği idi.

Birinci toplantıda oybirliği ile anlaşma olmaması halinde, bu durumda yapının yıkılmasının beklenilmesine gerek olmaksızın bütün bağımsız bölüm sahiplerinin 2/3 çoğunluğu ile bahsi geçen konularla ilgili (ARAADHK m. 6 ve Uygulama Yönetmeliği m. 15) karar alınarak uygulanabilecek idi.

Yine Uygulama Yönetmeliği'nin önceki halinde karara konu taşınmazlarda ikili bir ayrıma gidilmişti. Bunlardan birincisi riskli yapılar diğeri de riskli alanlardı. Karar yeter sayısı riskli yapılardakiyle aynı olmakla beraber, riskli alanların değerlendirilmesinde, birden çok parselden oluşan riskli alanlar ve aynı parselde birden çok riskli yapı bulunması durumlarına ayrı fıkralarda yer verilmiştir. Riskli alanlara eski yönetmelikte ayrı olarak yer verilmesinin nedeni ise m. 15 f.7 vd.'nden anlaşıldığı kadarıyla, birden fazla parselin tevhit edilerek parsel maliklerinin ortak karar alabilmelerini sağlamak; bunun yanında aynı parsel üzerinde bulunan risksiz yapıların, riskli yapılardan ayrılarak risksiz yapının bulunduğu alanın parselin geri kalanından ifraz edilmesi de mümkündü. Bunun için aynı parselde bulunsada her bir yapı için ayrı riskli yapı tespit raporu düzenlenmesi ve buna göre dönüşüme tabi tutulması gerektiği öngörülmekteydi.

⁴⁵¹ Bkz. s.186-188

Buna karşılık yönetmeliğin 2013'ten başlayarak gösterdiği değişim süreci onu teknikten çok stratejik bir metin kimliğine büründürmüştür. Bu da ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği'nin son derece dinamik yapısı olduğunu ortaya koymuştur. Özellikle 2019 değişiklikleri aşağıda “yeni bir mülkiyet türü ve önemi” başlığında ayrıntılarıyla değinileceği üzere hukuk sistemimize yeni bir mülkiyet türü getirmiştir.

ARAADHK m. 6'daki düzenlemeye paralel şekilde taşınmazda, öncelikle maliklerce uygulama yapılmasının esas olması yönetmelikteki son değişikliklerden sonra dahi devam etmektedir. Buna rağmen 2019 değişikliğinden sonra artık hem klasik anlamda paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti hem de kat mülkiyetinde 2/3 çoğunluktan önce maliklerin oybirliği ile anlaşmaya çalışılması zorunluluğu tamamen kaldırıldığı gibi toplantı usulü de bu mülkiyet türlerinin tamamı için kaldırılmıştır. Sonuç olarak 2/3 çoğunluk, yıkım öncesi, sırasında ve sonrasında yapılacak uygulamalar için tek karar yeter sayısı olmuştur. Toplantı usulünün de kaldırılmış olması herhangi bir toplantı yeter sayısına gerek olmaması sonucunu doğurmuştur.

KMK m. 29 gereği ise kat mülkiyeti rejimine geçmiş yapılar için alınacak kararlarda belli bir toplantı usulü öngörülmüştür. Buna göre yönetim planında gösterilen günde, yılda bir defadan az olmamak koşuluyla kat maliklerinin toplantı yapması gerekmektedir. Yönetim planında gün gösterilmediği durumda ise her ocak ayı içinde bu toplantının yapılması gerekir. Birden çok yapıların oluşturduğu aynı kat mülkiyetine tabi toplu yapılarda ise en geç iki yılda bir aynı usullerle toplanılır.

Aynı maddenin devamında önemli bir sebebin bulunması durumunda kat maliklerinin üçte birine, yöneticiye veya denetçiye olağanüstü toplantıya çağırma hakkı tanınmıştır. Fakat bu çağrı belli bir şekle tabi tutulmuştur. Yani çağrıda bulunacak kişi olağanüstü toplantı çağrısını bütün kat maliklerine tebliğ edildiğine dair imzaları karşılığında ya da taahhütlü posta yoluyla toplantıdan en az on beş gün önce yapmalıdır. Birinci toplantıda, toplantı yeter sayısı kat maliklerinin salt çoğunluğu iken bu oranın yakalanamaması durumunda birinci toplantı tarihinden en geç on beş gün içinde olmak koşuluyla ikinci toplantının nerede ve ne zaman yapılacağı birinci toplantı çağrısında gösterilmiş olmalıdır.

Buna karşın eğer ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği karar almayla ilgili herhangi bir usul öngörmüş olmasaydı KMK'daki toplantı usulünün kat mülkiyeti rejimine geçmiş olan yapılar için kıyasen kullanılması mümkün olabilirdi. Fakat yönetmelik, ister paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti olsun ister kat mülkiyeti olsun farklı bir karar alma prosedürü öngörmüştür. Her ne kadar açıkça düzenlenmiş olmasa da bu; oybirliği ile anlaşma sağlanamaması durumunda sürecin devam etmesi ve karara katılmayan muhalif payların satılması için, idareye yapılacak başvuruda bulunması gereken, yönetmelik m. 15/A/1(a)'da düzenlenen belgelerden olan; en az 2/3 çoğunlukla karar alındığına dair maliklerce imzalanmış karar tutanağı veya anlaşılan maliklerin aralarında yapmış olduğu sözleşmenin bulunmasının zorunlu olmasından anlaşılmaktadır. Karar ve sözleşme gibi, uygulama kararı alan maliklerce yapılan çok taraflı hukuki işlemler ilgili maddede sınırlı olarak sayılmamış, "gibi belgeler" ifadesiyle yazılı her tür belgeyle ispatlanabilmesi mümkün kılınmıştır.

Dolayısıyla bu maddeden, alınacak olan kararın en az adi yazılı şekilde hazırlanarak imzalanması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu şekil şartı ise geçerlilik şartı değil, ilgili prosedür gereği ispat şartıdır. Nitekim bu şart asgari şekil şartıdır ve maliklerce; KMK m. 32'e göre belirlenen toplantı usulünün, daha ağır bir şekil şartı olması sebebiyle uygulanması da mümkündür. Çünkü KMK m. 32'e göre kat malikleri kurul kararları, her sayfası noterce onaylanan bir deftere(karar defteri) kaydedilmekte, toplantıya katılan maliklere imzalatılmaktadır⁴⁵². Toplu yapılarda da toplu yapı kat malikleri kurul kararı için durum benzer şekildedir⁴⁵³.

Malikin tek olması durumunda ARAADHK m. 5/1 uyarınca "Taşınmazın Malikler Tarafından Değerlendirilmesinin Önceliği" ilkesi geçerlidir. Buna göre "Riskli yapıların yıktırılmasında ve bunların bulunduğu alanlar ile riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda, öncelikli olarak malikler ile anlaşma yoluna gidilmesi esastır".

⁴⁵² Ayan, C. II, 2014, s.537; Esener/Güven, 2019, s. 345.

⁴⁵³ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s.431-434.

2.4.3.3. Hakkın Kötüye Kullanılması ile Alınmış Olan Karara KMK m. 33'e Göre Hakimin Müdahalesi

TMK m. 2'de genel geçer bir kural olarak “dürüstlük kuralı” düzenlenmiştir. Elbette ki bir menfaat hukuken korunduğu zaman hak haline dönüşür. Buna rağmen her hak da hukuk düzeni tarafından korunmamıştır. TMK m. 2'ye göre herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlüğe uygun davranması gerekliliği, aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hakkın kötüye kullanılması ile yakından ilgilidir ve hakkın kötüye kullanılması dürüstlük kuralının bir uygulama şeklidir⁴⁵⁴.

Dürüstlük kuralı uyarınca hukuk düzeni hak sahibinden, hakkını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken toplumdaki ortalama zekaya sahip, makul ve namuslu bir kişinin kullanması gerektiği gibi kullanması beklenir⁴⁵⁵. Bu dürüstlük kuralının objektif yönüdür. Yani bu ölçü toplumdaki asgari standardı ifade eder. Buna rağmen hakkın konusuyla ilgili üstün bilgi ve beceriye sahip kişiler söz konusu olduğunda objektif model yerini nitelikli subjektif modele bırakır ve bu durumda kişinin hakkını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken o konudaki bilgi ve becerisi oranında daha özenli davranması gerekir⁴⁵⁶.

Hakkın kötüye kullanılmasında ise genel geçer kriter, hakkın kullanmasından etkilenecek olan kişinin zararıyla kıyaslandığında hak sahibinin o hakkın kullanılmasından elde edeceği faydanın hiç veya çok az olmasıdır⁴⁵⁷.

Riskli yapıda; çoğunluğu oluşturan maliklerin, ARAADHK m. 6 hükümleri gereği yapılması gereken uygulama ve işlemler için alacakları kararlarda, sahip oldukları 2/3 çoğunluk ile maliklerin kalan kısmı adına da tasarruf işlemi yaparak onları da bağlayıcı hukuki işlem yapabilme hak ve yeterliliklerini kötüye kullanmamaları gerekir. Örneğin sırf onların rızası hilafına kullanım açısından engelli

⁴⁵⁴ Oğuzman/Barlas, 2015, s.282; Zevkliler/Ertas/Havutcu/Acabey/Gürpınar, 2018, s. 58; Akuntürk, Turgut, Derya Ateş, Medeni Hukuk, İstanbul, Beta, (2019), s.95.

⁴⁵⁵ Akuntürk/Ateş, 2019, s.92; Zevkliler/Ertas/Havutcu/Acabey/Gürpınar, 2018, s. 57.

⁴⁵⁶ Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s.495-496.

⁴⁵⁷ Anayurt, 2018, s.341.

veya hayvan severlere zorluk oluşturacak proje veya mimarı tasarımlara karar verilmemelidir. Aksi taktirde bu durum TMK m. 2'deki genel geçer kurala göre hakkın, dürüstlüğe aykırı olarak kötüye kullanması anlamına gelecektir. Bu durum da yine TMK m. 2/2 gereği hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır. Örneğin çoğunluğun; bir paydaş veya bağımsız bölüm sahibini, sırf taşınmazdan uzaklaştırmak amacıyla onun haklı gerekçelerle muhalif olduğu bir konuda ısrarla aksi birtakım tasarruflarda bulunması hakkın kötüye kullanılması kabul edilebilir. Ya da maliklerin açıkça aleyhine olduğu bilinmesine rağmen o tasarrufu yapmakta ısrar edilmesi ve akabinde muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin satılması talebinde bulunulması yine hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Bu noktada riskli yapı maliklerinin 2/3 çoğunluğu ile alınmış olan kararların şeklen geçerli olup olmadığının, yani oy oranlarının yakalanıp yakalanmadığının yanında alınan kararların ve yapılan işlemlerin esasına da girilerek, mahkemeye yansımaları durumunda hakim tarafından değerlendirme yapılması gerekmektedir. TMK m. 2 kapsamında yapılması gereken, bu değerlendirme sonucu 2/3 çoğunluğun hakkını kötüye kullandığı kanaatine varması duruunda, hakimin KMK m. 33'e göre müdahalede bulunmasıdır⁴⁵⁸. Alınan kararı böylece her malik, sulh hukuk mahkemesinde kararı öğrenmesinden itibaren 1 ay, her durumda karardan itibaren 6 ay içinde iptal edebilir. Yapılmış olan işlem varsa muhalif oy kullananın, karara istinaden yapılmış işlem sebebiyle uğradığı zararının karşılanması gerekebilir.

Bu madde, kat mülkiyeti rejimine özel hükümler içerse de benzer durumlar için kanaatimizce paylı mülkiyete de uygulanması gerekir. Her ne kadar TMK m. 693 paylı mülkiyette hakimin müdahalesini, maliklerin kullanma, yararlanma ve koruma yetkileriyle sınırlı olarak düzenlemiş olsa da, TMK'da paylı mülkiyetteki tasarruf yetkisini konu edinen durumlarda zaten oy birliği ile karar verilmesi zorunludur. Buna karşın ARAADHK paylı mülkiyeti de kapsama alarak tasarruf yetkisi kapsamında olan konularda da, kat mülkiyetinde olduğu gibi 2/3 çoğunluğu yeterli görmüştür. Bu durumda muhalif oy sahiplerinin alınan kararların dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı ile ilgili KMK m. 33'e kıyasen hakimin müdahalesine başvurabilmeleri

⁴⁵⁸ Kuşat, 2015, s.52.

hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Yargıtay da bazı kararlarında⁴⁵⁹ TMK m. 693'ü geniş yorumlamış *“yasanın paylı mülkiyete ilişkin hükümleri bütün olarak incelendiğinde, 688. maddeden, 695. maddeye kadar, paylı taşınmazda yönetim, tasarruf, yararlanma, koruma, giderlere katılma ve bu konularda paydaşlarca verilen kararların etkisi düzenlenmiş, bu suretle paydaşların mülkiyet haklarını bir çekişmeye meydan vermeden, uyum ve düzen içerisinde kullanmaları amaçlanmıştır. Böyle bir amacın gerçekleşme olasılığı bulunmayan hallerde, sorunlu paydaş yönünden paydaşlıktan çıkarma (Md. 696, 697), nihayet paylı mülkiyetin sonra ermesi (Md. 698-699) düşünülmüştür. Görüldüğü üzere yasa koyucu, öncelikle, kimi halde devamı zorunlu paylı mülkiyet ilişkisinin ayakta tutulmasına özen göstermiş, paydaşlık ilişkisinin ve paydaşlığın sona erdirilmesini son çare olarak amaçlamıştır”* diyerek paylı mülkiyetin devamı adına oybirliği sağlanamadığı durumlarda tasarruf yetkisine ilişkin bazı konularda hakim müdahalesini uygun görmüştür. Elbirliği mülkiyeti için de paylı mülkiyet gibi, ARAADHK'da sayılan uygulama ve işlemler için kanaatimizce dürüstlük kuralı değerlendirmesi açısından hakim müdahalesi kıyasen uygulanabilmelidir.

KMK m. 33 ise hakim müdahalesini daha ayrıntılı düzenlemiş ve bu konuda net ifadeler kullanmıştır. KMK m. 33/2 bu konuyla ilgili *“hakim, ilgilileri dinledikten sonra, bu kanuna ve yönetim planına ve bunlarda bir hüküm yoksa, genel hükümlere ve hakkaniyet kaidelerine göre derhal kararını verir”* demiştir. ARAADHK hükümleri daha özel nitelikte olması sebebiyle KMK ile çeliştiği durumlarda geçerli olduğu kabul edilmelidir. Maliklerce alınan kararın değerlendirilmesinde her iki kanunda da hüküm olmaması durumunda ise genel hükümlere ve özellikle yine bir genel hüküm olan TMK m. 2 ve bunların yanında hakkaniyet ilkeleri de dikkate alınarak, buna göre karar verilecektir. Bu yola yine dürüstlük kuralı ve KMK m. 33 gereği yalnızca muhalif oy kullanan pay sahipleri, karar tarihinden itibaren, karar sürecine katılmamışlarsa kararı öğrendikleri tarihten itibaren bir ay ve ister öğrensin ister öğrenmesin 6 ay içinde sulh mahkemesinde başvurabileceklerdir.

⁴⁵⁹ Yargıtay 1. HD. (14.10.2003), E. 2003/8571, K. 2003/10694; Yargıtay 1. HD. (20.9.2007), E. 2007/7164, K. 2007/8736. (www.lexpera.com.tr).

2.4.3.4. Muhalif Oy Verenlerin Durumu ve Taşınmazın Önceki Vasfı ile Değerlemesi

ARAADHK kapsamında sorulması gereken en önemli sorulardan biri muhalif oy verenlerin akıbetinin ne olacağıdır. Bu noktada aşama aşama muhalif oy sahiplerinin paylarının akıbeti şu biçimdedir: İlk olarak, ister paylı mülkiyet, ister elbirliği mülkiyeti, isterse de kat mülkiyeti olsun maliklerin en az 2/3 pay çoğunluğu ile alacakları karar ve sonuçları; bu karar oybirliğiyle alınmadığı takdirde Uygulama Yönetmeliği m. 15/A(b)'ye göre muhalif oy verenlere ya da oylamaya katılmayanlara bildirilmek zorundadır. Bu bildirim, Uygulama Yönetmeliği'ndeki son değişiklikler sonrasında yönetmelikte açıkça gösterilmiş olmasa da aşağıda ayrıntıları açıklanacağı üzere muhalif payların satışı için bakanlık veya bakanlığın yetki vermesi durumunda ilgili belediyeye yapılacak başvuruda istenen belgeler arasında bulunması sebebiyle yapılmasının zorunlu olduğu sonucuna yorum yoluyla ulaşılabilmektedir.

Yapılan bildirimin ardından muhalif oy verenlerin görüşünde herhangi bir değişiklik olmaması durumunda birlikte mülkiyette sahip oldukları pay veya kat mülkiyetinde sahip oldukları bağımsız bölüm açık artırma yoluyla satılacaktır. Satış sonrası söz konusu payı alacak kişi ise 2/3 çoğunluk ile alınacak karara uyacağını taahhüde zorlanmaktadır.

2.4.3.4.1. Muhalif Oy Verenlerin Pay ve Bağımsız Bölümlerinin Açık Arttırma ile Satışı

ARAADHK kapsamında en az 2/3 çoğunlukla dönüşüm kararı alınan yapının yıktırılmış olup olmaması önem taşımadan, karara katılmayan pay sahipleri ya da kat maliklerinin pay ya da bağımsız bölümleri satılabilmektedir. Bu satış sonrası kentsel dönüşümün seyrinin kesintiye uğramadan devamı ve bu sayede karara katılan maliklerin tatmin edilmesinin amaçlanmış olmasının yanında, muhalif oy veren maliklerin de, mülkiyet hakkı devam edecek olmasa bile, rayiç değerinde taşınmazının bedelini alarak tatmin edilmesi amaçlanmıştır.

ARAADHK ve Uygulama Yönetmeliği'nin ilk halinde, bir uyum halinde, riskli yapı, riskli alan ve rezerv yapı alanları için karara katılmayan muhalif oy sahiplerinin pay ve bağımsız bölümlerinin, önce karara olumlu oy veren diğer paydaşlar veya kat maliklerine açık artırma yoluyla satılması, yine de satışın sağlanamaması durumunda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın talebi üzerine belirlenecek rayiç bedel, maliklerine ödemek kaydıyla taşınmazın Hazine adına tescil ettirilmesine imkan tanınmıştı. Buna karşılık 2019 değişikliği sonrası kanunla yönetmelik arasında bir uyumsuzluk göze çarpmaktadır.

2.4.3.4.1.1. Sürecin Hukuki Niteliği, “Yaptırım mı, Yasal Önalım Hakkı mı Yoksa Kamulaştırma mı” Olduğu Sorunu ve TMK m. 696 Kapsamında Değerlendirilmesi

Uygulama Yönetmeliği m. 15/A, ilgili satış prosedürünü düzenlemiştir. Uygulama Yönetmeliği'nin 2019 değişikliğinden önceki halinde m. 15/2(a)'da, "bu toplantıda yürütülecek uygulamalar konusunda bütün maliklerce oybirliği ile anlaşma sağlanamaması halinde, öncelikle riskli yapının değeri, sermaye piyasası kuruluna kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilir ve bu değer gözetilerek oybirliği ile anlaşmaya çalışılır" denilerek öncelikle maliklerin oy birliği ile karar alması yönünde çaba gösterilmesi teşvik edilmiştir. Buna karşılık 2019 değişikliğinden sonra bu durum düzenlemeden çıkarılmış ve 2/3 çoğunlukla karar alınması esas hale getirilmiştir. Bu durumda karara katılmayan oylar ise muhalif oy olarak adlandırılabilir.

Yine yönetmeliğin eski halinde, yukarıda bahsedilen m. 15/2(a)'nın ilgili cümlesindeki "toplantı" kelimesinden de anlaşılacağı üzere o toplantıda oy birliği ile anlaşmaya varılamayan uygulama kararları için ayrı bir prosedür öngörülmüştü. Buna göre aynı maddenin önceki cümlelerinde oybirliği ile anlaşmaya varılamaması durumunda öncelikle taşınmazın değeri, Sermaye Piyasası Kurulu'ndan lisanslı, değerlendirme kuruluşlarından birine tespit ettirilerek tüm malikler ayrı bir toplantıya çağrılmaktaydı. Toplantı için, toplantı konusu taşınmazın birlikte mülkiyet mi yoksa kat mülkiyeti mi olup olmaması açısından bir ayırım yapılmamıştı ve maliklerden birinin talebi ile gerçekleştirilebileceği düzenlenmişti.

Bu toplantıda uygulamalar, uygulamaların hukuksal hüküm ve sonuçları hakkında malikler bilgilendirilmekte ve maliklerin ikna edilerek bizzat kendilerinin, kendi taşınmazlarının akıbetine oybirliği ile karar vermesi için çaba gösterilmesi zorunluluğu düzenlenmişti. Bu durum mümkün olmadığı takdirde 2/3 çoğunlukla alınacak karar taşınmazın akıbetini belirleyecekti. Düzenlemenin son halinde ise bu ön prosedürden vazgeçilerek sürecin başından itibaren 2/3 çoğunlukla alınacak karar yeterli sayılmıştır.

Yönetmeliğin değişiklikten önceki halinde uygulama kararına katılmayan muhalif oyların pay satışı için m. 15/A'da prosedür silsilesi açıkça düzenlenmişti. Bu oy sahiplerinin taşınmaz üzerindeki paylarının satışını koordine etmek üzere en az üç üyeden oluşan bir "bedel tespiti ve satış komisyonu" öngörülmüş olup, bu komisyonun sermaye piyasasından lisanslı değerlendirme kuruluşlarınca taşınmazla ilgili verilen raporlardaki değerler üzerinden işlem yapması düzenlenmişti. Yönetmeliğin son halinde ise bedel tespiti komisyonu ve satış komisyonu ayrı ayrı düzenlenmiş olup, ilgili maddeye göre bedel tespit komisyonunun, önceki düzenlemede olduğu gibi sermaye piyasasından lisanslı değerlendirme kuruluşlarınca verilen raporlardaki değerleri dikkate alarak işlem yapması öngörülmüştür. Yani söz konusu pay veya bağımsız bölümün değerinin tespitinde son söz bedel tespit komisyonunundur.

Uygulama Yönetmeliği'nin son haline göre, önceki halinde toplantı prosedüründe alınarak, tutanağa geçirilmesi gereken karar için herhangi bir toplantı şekli öngörülmemiş, buna karşılık yine de alınacak kararın muhalif oy sahiplerine ve karardan haberi olmayan diğer maliklere noter aracılığıyla bildirilmesi zorunluluğu devam etmiştir. Bu bildirimde tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde alınmış olan karara katılmadıkları takdirde taşınmaz üzerindeki mal rejimine göre, pay veya bağımsız bölümlerinin, rızaları alınmaksızın satılacağı yönünde bir ibare bulunmalıdır. Bu durum yönetmeliğin son halinde açıkça düzenlenmiş olmasa da, satış prosedürünün başlatılabilmesi için karara katılan maliklerin Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü veya yetki devri halinde belediyelere yapılacak başvuruda ibraz edilmesi gereken belgelerin sayıldığı m. 15/a'daki düzenlemeden yorum yoluyla çıkarılmaktadır. Önceki halinde ise zorunlu ön prosedür olan toplantı prosedürünün uygulanmasını düzenleyen m. 15'te açıkça düzenlenmekte idi.

Toplantı prosedürü düzenlemeden çıkarıldığına ve yerine bu boşluğu dolduran herhangi bir düzenleme yapılmadığına göre, yönetmeliğin son halinde gerek paylı mülkiyet, gerek elbirliği mülkiyeti ve gerekse de kat mülkiyetinde 2/3 pay çoğunluğunun yeterli olduğu uygulama kararının nasıl alınacağına dair bir toplantı şekil şartı bulunmamaktadır. Her üç mülkiyet tipi için de karar bir toplantı ile alınabileceği gibi, şifahen veya elden imza toplanması şeklinde adi yazılı şekilde alınabilmesi mümkündür. Bunun, yönetmeliğin önceki halindeki gibi kararın bir tutanak altına alınması öngörülmemiş olduğundan, söz konusu kararın en azından adi yazılı şekilde yapılmasının bir ispat şekil şartı olduğu kabul edilebilir. Buna karşın Yargıtay'ın; kat mülkiyetine geçmiş bir riskli yapı yıkılana kadar yapının yıkım ve yeniden yapımı için alacakları kararların KMK'ya tabi olduğu kararı temelinde, riskli yapı henüz yıkılmamışsa ARAADHK kapsamında alınacak kararların da KMK'da öngörülen toplantı usulleri dairesinde alınması gerektiği söylenebilir⁴⁶⁰.

Satış işlemlerinin hukuki sonuçları açısından yönetmelikteki yeni düzenleme; riskli alan ve rezerv yapı alanına farklı bir sonuç, riskli yapılara ise daha farklı bir sonuç bağlamıştır. Bu bağlamda riskli yapıların uygulama kararına katılmayan muhalif oy sahiplerinin paylarının karara katılan paydaşlara satılması için yapılan satış işlemlerinde söz konusu satış ilk seferde yapılamazsa, üçüncü kişilerin de katılabileceği ikinci bir satış işlemi yapılır. Eğer söz konusu paylar yine satılmazsa satış işleminin, satış yapılınca kadar tekrarlanması hüküm altına alınmışken, riskli alan ve rezerv yapı alanları için paydaşlara yapılan satıştan sonuç alınamaması durumunda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın söz konusu payların rayiç değerini ödemek kaydıyla, tapuda Hazine adına kaydedilmesi düzenlenmiştir. Yani riskli alan ve rezerv yapı alanları için üçüncü kişilerin de katılabileceği bir satış yapılmamaktadır.

Yine de ve riskli alan ve rezerv yapı alanlarında satış prosedüründen önce muhalif oy sahiplerinin, kendi rızalarıyla arsa veya arsa paylarını üçüncü kişilere satabilmeleri mümkündür. Fakat muhalif oy sahibi maliklerin, diğer paydaşlar değil de üçüncü kişilere yapmış oldukları bu satışın tapuda tescil edilebilmesi için,

⁴⁶⁰ Yargıtay 18. HD. (04.11.2015), E. 2015/1794, K. 2015/15821. (www.lexpera.com.tr).

ARAADHK m. 6/1 gereği satın alanın elektronik tebligat adresinin tapu müdürlüğüne bildirilmesi gerekir.

Mevcut düzenleme özellikle iki hususta hukuki sorun oluşturmaktadır. Acaba ister riskli alan veya rezerv yapı alanı olsun isterse de riskli yapı olsun yapılacak olan, muhalif oy sahiplerinin paylarının ilk satışına, yalnızca karara katılan paydaşların katılabilmesi hukuken ne ile açıklanabilir? İkinci olarak ise riskli alan ve rezerv yapı alanlarında muhalif oy sahiplerinin paylarının satışında, bir satıştan sonuç alınamaması durumunda rayiç bedeli ödenmek suretiyle taşınmazın Hazine adına tescil edilmesi bir kamulaştırma mıdır? Bunun pratik sonucu işlem veya işlemlerin kamulaştırma olarak kabul edilmesi durumunda pay veya bağımsız bölümleri, rızaları dışında satılan veya el konulan maliklerin, kamulaştırmanın iptali, bedel tespiti ve tescil davalarını açabilme haklarına sahip olabilmelerinin yanında el koymadan itibaren 5 yıl içinde kamu yararı amacıyla kullanılmayan taşınmazını geri alma haklarının da doğabilmesidir.

Kamulaştırmanın zamanı ise yani hangi andan itibaren mülkiyetin idareye geçmiş sayılması gerektiği konusu, hem Kamulaştırma Kanunu m. 25 hem de TMK m. 705'e bakılarak belirlenebilir. Buna göre kamulaştırmada, yetkili idarenin yapacağı tek taraflı bir hukuki işlem sonrası açılacak bedel tespiti ve tescil davası sonunda mahkemenin vereceği tescil kararı ile kamulaştırmaya konu aynı hak idareye geçmiş kabul edilir. Bu anlamda kamulaştırma tescil dışı bir kazanımdır ve tapuya yapılacak tescil kurucu değil açıklayıcı olacaktır.

şu durumda riskli yapıların, uygulama kararına katılmayan yani muhalif pay veya bağımsız bölüm sahiplerinin, pay ve bağımsız bölümlerinin diğer pay veya bağımsız bölüm maliklerine veya üçüncü kişilere satılmasının; riskli alan veya rezerv yapı alanlarının pay sahiplerinin ise paylarının diğer paydaşlara satılması ya da bu mümkün değilse Hazine adına tescil edilmesi durumlarının hukuki anlamda kamulaştırma olup olmadığını belirlemek gerekir.

Akıllara bu soruyu getiren ilk durum Anayasa m. 35 ile güvence altına alınmış olan özel mülkiyete, haklı bir gerekçe ile de olsa hak sahibinin rızasını almadan el konulmasıdır.

Bu durumların kamulaştırma olup olmadığı, yukarıda belirtilen şartlar dikkate alınarak değerlendirilebilir.

Söz konusu el koymaları, "diğer pay veya bağımsız bölüm sahiplerine teklif edilmesi" olan birinci aşama ve "birinci aşamada satış yapılamaması durumunda riskli yapılarda pay veya bağımsız bölümün satış yapıncaya kadar satışın tekrarlanması, riskli alan veya rezerv yapı alanları için Hazine'ye tescil durumunu" ifade eden ikinci aşama olmak üzere iki aşamalı olarak incelemek mümkündür.

Birinci aşama; kamulaştırma şartları dikkate alınarak değerlendirildiğinde, bu işlemin sebebi, ARAADHK; işlemin karşılığı, malike ödenecek rayiç değer, işleme konu hak ise mülkiyet hakkıdır. Buna karşılık kamulaştırmaya konu aynı hak klasik kamulaştırmadan farklı olarak idareye değil, bazı gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine geçmektedir. Bu anlamda birinci aşamada geçen işlemlerin anayasa ve kanundaki kamulaştırma tanımlarına tam olarak oturmadığı görülmektedir. Bunda kanun koyucunun söz konusu durumu kamu hukukundan çok özel hukuk sorunu olarak ele almayı amaçlaması etkili olmuştur. Her ne kadar imtiyaz sözleşmelerinde devlet dışında, sözleşmenin tarafları olan imtiyaz sahibi gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin, sözleşme konusu edimini yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu taşınmaz devlet tarafından kamu yararı amacıyla kamulaştırılabiliyorsa da; burada işlem sonunda mülkiyet, imtiyaz sahibine değil devlete aittir.

Elbette ki idarenin her iş ve işleminde olduğu gibi kamulaştırma işleminde de amaç her zaman kamu yararı olmalıdır. Söz konusu işlemde de kamu yararının olduğu hatta bunun da ötesinde üstün nitelikte bir özel yarar bulunduğunun söylenebileceği yukarıda belirtilmişti. Nitekim kamulaştırma işleminin yapılmasından önce yetkili makam tarafından kamu yararı kararı alınması zorunludur. Bahse konu işlemde ise bu kararın yerini lisanslı kuruluşlarca verilen "riskli yapı kararı" almıştır.

Usul yönünden ise kamulaştırma yapılmasından önce malike, tahmini belirlenen bedel karşılığında satın alınmasının teklif edilmesi kamulaştırma kanununa göre zorunludur. Kamulaştırmadaki bir ön prosedür olarak özel mülkiyetin devlet tarafından satın alınmasının teklif edilmesi prosedürünün yerini, diğer pay veya bağımsız bölüm sahiplerine satışın açık arttırma ile teklif edilmesinin aldığı söylenebilir.

Şekil yönünden kamulaştırma için belirlenmiş usul ve süreler esasa ilişkin olmadıkları için yapılan mukayesede göz ardı edilebilirler. Kamulaştırmadan el atma yöntemi ise imar planları ile ilgili ayrı bir usule tabi olması sebebiyle söz konusu olayla benzerlik göstermektedir.

O halde muhalif oy sahiplerinin taşınmazdaki pay veya bağımsız bölümlerinin diğer pay veya bağımsız bölüm sahiplerine satışının teklif edilmesi hukuken nasıl adlandırılabilir? Bu anlamda kamulaştırmadan farklı olarak muhalif oy sahiplerinin taşınmazdaki aynı hakları, son olarak gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde kalmaktadır. Özel hukukta ise bu duruma en yakın kavramın alım(iştir) hakkı olduğu söylenebilir. TMK m. 736'de düzenlenmiş olan alım hakkı esas itibarıyla, resmi şekilde yapılması zorunlu olan bir sözleşme temelinde eşyanın malikinin serbest iradesi ile bir başka kişiye, onun gelecekte tek taraflı irade beyanıyla eşyayı satın alabilmesine yönelik tanınmış olduğu bir yenilik doğuran haktır.

Hemen akıllara haklı olarak, ARAADHK m. 6 ve yönetmelik m. 15'teki uygulama kararını muhalif oy sahiplerinin taşınmaz üzerindeki pay veya bağımsız bölümlerinin satılmasında rızalarının alınmamasının, irade serbestisine aykırı bir durum olarak nasıl alım hakkı kapsamına sokulabileceği sorusu gelmektedir. Fakat hukukumuzda; TMK m. 240'daki edinilmiş mallara katılma rejimindeki sağ kalan eşin katılma alacağına mahsuben, aile konutu eşyalarının mülkiyetini satın alması veya TMK m. 279'daki mal ortaklığı rejiminde sağ kalan eşin ortak mallarda sahip olduğu payına mahsuben aile konutunun kendisine ait olmayan payını satın alması gibi malikin rızasının aranmadığı, alım hakkının zorunlu olduğu örnekler vardır. Bunlara yasal alım hakkı denir.

Yine bir başka örnek, KMK m. 25'teki kötü komşu olarak adlandırılan diğer kat maliklerine karşı borçlarını ve yükümlülüklerini yerine getirmeyen kat malikinin bağımsız bölümünün mahkeme kararıyla diğer kat maliklerine satılmasıdır. Buna göre diğer kat malikleri, borç ve yükümlülüklerini yerine getirmeyen ve kendilerini rahatsız edici şekilde sorun çıkaran kat maliki veya maliklerinin bağımsız bölüm veya bölümlerini satın almak için mahkemeye başvurabilmektedirler. Bu başvuru, pay ve paydaş çoğunluğu ile alınacak karar temelinde yapılabilmektedir ve bu yönüyle ARAADHK ve Uygulama Yönetmeliği kapsamında diğer pay veya bağımsız bölüm maliklerince 2/3 pay çoğunluğuyla alınacak uygulama kararı temelinde, muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin satın alınabilmesine benzemektedir.

Klasik anlamda, alım hakkındaki gibi yukarıdaki her iki durumda da hak sahibinin tek taraflı irade beyanının karşı tarafa yönetilmesinin prosedüre herhangi bir etkisi yoktur. Fakat bir makam kararıyla bu satış yapılmaktadır. KMK m. 25'deki durumda bu makam bir mahkeme iken ARAADHK'da açık arttırma ile satış yapacak makam Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'dır. Nihayetinde satışı yapacak makam farklı da olsa muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin, taşınmazdaki diğer pay veya bağımsız bölüm sahiplerine satılması durumu alım hakkı ile örtüşmektedir.

Riskli alan ve rezerv yapı alanları açısından bu bir yasal alım hakkıdır. Buna karşılık riskli yapılarda satış işleminin diğer pay veya bağımsız bölüm sahiplerine yapılamaması durumunda üçüncü kişilerin de katılabileceği ikinci bir açık arttırma yapılmaktadır. Riskli yapılardaki muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin üçüncü kişilere satılmasının mümkün olması, alım hakkından çok önalım(şufa) hakkı ile örtüşmektedir. Önalım hakkı, taşınmaz malikinin taşınmazını satmaya karar vermesi durumunda üçüncü kişilerden önce, hak sahibi tarafından tek taraflı irade beyanıyla satın alabilme yetkisi veren bir yenilik doğuran haktır. Önalım hakkının alım hakkından farkı, önalım hakkında hak sahibinin taşınmazı üçüncü kişilerden önce satın alma yetkisine sahip olması, eğer önalım hakkı sahibi almaz ise o durumda taşınmazın üçüncü kişilere satılabilmesidir. Alımı hakkında ise taşınmazın üçüncü kişilere satılıyor olması gibi bir zorunluluk yoktur. Riskli yapılarda da muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümleri ilk satışta yalnızca taşınmazdaki diğer

pay veya bağımsız bölüm maliklerinin satışına çıkartılması bunun diğer pay veya bağımsız bölüm malikleri açısından bir yasal önalım hakkı olduğunu göstermektedir. Bu durum, TMK m. 732’de paylı mülkiyet kapsamında düzenlenen yasal önalım hakkına ek olarak ARAADHK ile gerek paylı mülkiyete gerekse kat mülkiyetine getirilen yeni bir yasal önalım yöntemidir. Riskli alan veya rezerv yapı alanlarında ise üçüncü kişilere satış söz konusu olmadığı için, taşınmazdaki diğer pay veya bağımsız bölüm maliklerine satış bir alım hakkıdır. Fakat riskli alan veya rezerv yapı alanlarında da ilk satışta diğer pay veya bağımsız bölüm maliklerine satılamaması durumunda rayiç bedeli ödemek kaydıyla söz konusu pay veya bağımsız bölüm Hazine adına tapuda tescil edilmektedir. Bu durumda mülkiyetin idareye geçmesi sebebiyle tipik bir kamulaştırma olduğu söylenebilir.

2.4.3.4.1.2. Taşınmazın Önceki Vasfı ile Değerlemesi ve Açık Arttırma ile Satış Süreci

Satışa konu pay veya bağımsız bölümlerin rayiç bedelinin bedel tespit komisyonu tarafından tespit edilmesinden sonra satış işlemleri ve ilgili prosedürle satış komisyonu ilgilenir. Yönetmeliğin eski halindeki düzenlemede muhalif oy sahiplerinin paylarının satışının nerede ve ne zaman yapılacağına dair tebliğin bütün maliklere yapılması gerektiği hükme bağlanmışken yeni halindeki düzenlemede bunun şart olmadığı, karara katılan maliklere ve hatta onlara da tebliğ olmasa dahi onlara ulaştırılmak üzere anlaştıkları müteahhite tebliğ yapılmasıyla satış işlemlerinin başlayacağı düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere söz konusu tebligatın yeni düzenlemede ne karara katılan ne de muhalif oy sahibi maliklere tebliğ edilmesi zorunlu olmayıp, uygulamayı yapacak müteahhite tebliğ yeterli sayılmıştır. Buna karşılık müteahhitte yapılacak tebliğ elden olmak zorundadır. Fakat karara katılan maliklere tebliğ yapılacaksa bunun elden veya posta yoluyla yapılmasının mümkün olduğu öngörülmüştür. Satışın muhalif oy sahibi maliklerin gıyabında yapılabilmesine imkan veren bu düzenleme açıktır ki sürecin hızlandırılmasını amaçlamıştır.

Her şeyden önce gerek kanun gerekse de yönetmelik, riskli yapılarda satış işleminin yapılabilmesi için riskli yapıların yıkılmış olmasını gerekli görmez. Üzerindeki yapı yıkılmış ise, işleme konu arazi üzerindeki muhalif oy sahiplerinin payları, eğer yıkılmamış ise muhalif oy sahiplerinin bağımsız bölümleri satış işlemine tabi tutulur. Satış prosedürünün başlatılabilmesi için taşınmazın bulunduğu yerdeki Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü'ne veya Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın yetki devri yapması durumunda belediyelere, uygulama kararına katılan pay veya bağımsız bölüm maliklerinden en az biri tarafından yapılmalıdır. Fakat satış sürecini başlatacak olan pay veya bağımsız bölüm malik veya malikleri, en az 2/3 çoğunlukla karar alındığına dair tutanak veya sözleşmeleri, alınan kararın ve hukuki sonuçlarının muhalif oy sahiplerine noter aracılığıyla tebliğ edildiğine dair belgeyi ve satılacak pay veya bağımsız bölüm maliklerinin iletişim bilgilerini ibraz etmek zorundadır.

Bunların yanında karara katılan pay veya bağımsız bölüm malikleri uygulama öncesi, sermaye piyasası kuruluna kayıtlı lisanslı değerlendirme kuruluşlarına taşınmazın değerlemesini yaptırmak ve bunu ibraz etmek zorundadır. Bu belge de yönetmelikte, sürecin başlatılması için yetkili makama ibraz edilmesi gereken belgeler arasında sayılmıştır. Taşınmazın lisanslı değerlendirme kuruluşlarınca belirlenen değeri bedel tespit komisyonu açısından bağlayıcı değildir. Bedel tespit komisyonu değerlendirme raporunda dikkate alarak taşınmazdaki pay veya bağımsız bölümün rayiç değerini kendisi belirler.

Ayrıca söz konusu pay veya bağımsız bölümlerin açık arttırma ile satılacağına ve bu tarihe kadar üçüncü kişilere devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin yapılamayacağına ilişkin kayıt, yapılacak yazılı başvuru üzerine, taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasının beyanlar hanesine kaydedileceği Uygulama Yönetmeliği m. 15/A/2'de düzenlenmiştir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü'ne yapılacak ilk başvuruyla resmen başlamış olan satış sürecinde tapu kütüğüne yapılacak bu kayıtlı birlikte satışa konu taşınmaza yeni bir hukuksal statü verilmiş olur.

Yönetmelik m. 15/A/2'de göze çarpan iki sorun vardır. Bunlardan biri satışa tabi tutulacak pay veya bağımsız bölümün satışa kadar devir işlemini sınırlayan kaydın

yapılması için tapu memurluğuna yapılacak başvurunun kim tarafından yapılacağını, Uygulama Yönetmeliği'nde belirtilmemiş olmasıdır. Bu sorun, 17.09.2019 tarih ve 27553936-010.06.02-E.3246990 sayılı ARAADHK'un uygulamalarını konu edinen, Tapu Dairesi Başkanlığı Genelgesi'nde bakanlık veya idarece açık artırma usulü ile satış başlığı altında m. 2'ye bakılarak çözülebilir. Buna göre *"yapılacak müracaat üzerine, Çevre Şehircilik İl Müdürlüğü veya idarece, "6306 sayılı kanuna göre satış işlemine tabi olduğu ve satışa veya taşınmazın devrini gerektiren benzeri bir işleme tabi tutulamaz" şeklinde belirtme yapılması istenmesi üzerine tapu müdürlüğünce satış yapılacak payın tapu sicilinin beyanlar sütununa bu yönde belirtme yapılır"* denilerek bu başvurunun taşınmazın bulunduğu ve ilk başvurunun yapıldığı yerdeki Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü veya yetki devri durumunda belediye tarafından yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

Uygulama Yönetmeliği m. 15/A/2'deki asıl önemli sorun ise bu maddeye göre tapuda yapılacak kaydın taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasının beyanlar hanesine yapılması zorunluluğudur. Oysaki 22/7/2013 tarih ve 2013/5150 sayılı tapu sicil tüzüğü m. 46, *"kütüğün şerhler sütununa kişisel haklar, tasarruf yetkisini kısıtlayan veya yasaklayan şerhler, geçici tescil şerhleri ile kanunlarda öngörülen diğer hususlar yazılır"* diyerek bu tarz, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayan durumların tapu kütüğündeki şerhler sütununa kaydedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Normlar hiyerarşisinde tüzüğün altında bulunan ve tüzüğe aykırı olmaması gerekli olan yönetmelikle, tüzüğe aykırı bir hüküm öngörmemesi gerekir. Yine yukarıda belirtildiği üzere bunun; karara katılan pay veya bağımsız bölüm malikleri için bir alım hakkı, yani bir kişisel hak olduğundan bahisle bunun şerhler sütununa yazılması ve kullanılmadığı takdirde alım hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresi sonunda tapu memuru tarafından re'sen kaydının silinmesi gerekir⁴⁶¹. Çünkü tasarruf yetkisini kısıtlayıcı bu tür bir kaydın mevzuatımızda herhangi bir zamanaşımı süresine tabi tutulmamış olması, bu hakkı suiistimale açık hale getirmiştir. Kamulaştırma durumunda dahi kamulaştırılan fakat 5 yıl içinde amaca uygun olarak kullanılmayan

⁴⁶¹ Karaküçük, Barış, Alım (İştira) Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021, s.53.

taşınmazın maliki tarafından iade alınabilmesi mümkündür⁴⁶². Şu halde son süre konulmamış olan ucu açık ve mülkiyet hakkını kısıtlayıcı bu tarz bir kaydın karara katılan pay veya bağımsız bölüm malikleri tarafında muhalif oy sahibi pay veya bağımsız bölüm maliklerine karşı bir tehdit vasıtası olarak farklı amaçlarla kötüye kullanılması mümkündür. Bu durum da TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına aykırıdır. Bu anlamda İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 106/1'e kıyasen⁴⁶³ hak sahiplerinin, muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin satışını 1 yıl içinde talep etmeleri aksi takdirde hak düşürücü süreye uğraması gerektiğini kabul etmek doğru olacaktır.

Hakkın şerh olarak kaydedilmesi durumunda üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir, etkisi güçlendirilmiş bir nisbi hak durumuna gelmesi, muhalif oy sahibi pay veya bağımsız bölüm maliklerinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını gerektirmeyebilir. Bu hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, taşınmazdaki pay veya bağımsız bölümün mülkiyet hakkını devren kazanacak olan gerçek veya tüzel kişilere karşı da ileri sürülebileceği anlamına gelmektedir⁴⁶⁴. Bu anlamda muhalif oy sahibinin taşınmazdaki pay veya bağımsız bölümleri üzerindeki haklarına cüzi halef olacak bu kişi, malikin kararın bildirilmesinden itibaren 15 güne kadar kararından dönme hakkına da halef olarak bu kararından dönüp taşınmaz üzerindeki haklarını koruyabilir ve açık arttırma ile satış iptal edilebilir.

Uygulama Yönetmeliği'ne göre muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin satışı için belirlenecek olan yer ve tarih muhataplarına elden veya posta yoluyla bildirilebilir. Eğer bu bildirim elden yapılacaksa doğrudan karara katılan pay veya bağımsız bölüm sahiplerine yapılabilir ya da karara katılan bağımsız bölüm sahiplerinin anlaşmış olduğu, eğer kendisi de uygulamaya konu taşınmazda pay veya bağımsız bölüm sahibiyse, bu durumda karara katılan diğer pay ve bağımsız bölüm sahiplerine bildirilmek üzere sadece müteahhide de yapılması mümkündür. Eğer adrese bildirim yapılacaksa tebligat kanununa göre karara katılan malikler ile birlikte

⁴⁶² Tahtalı, Murat Buğra, "Türk Hukukunda Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında İdarenin Sorumluluğunun Eski Malike Yükletilmesi Sorunu" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan(46), (2021), s.512-513.

⁴⁶³ Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Yetkin kitabevi, s.228; Uyar, Talih, (2017), "Seçilmiş Yargıtay Kararları" Ankara Barosu Dergisi, 2017(2), (2019), s.258.

⁴⁶⁴ Zevkliler/Ertay/Havutçu/Acabey/Gürpınar, 2018, s. 499-500; Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s. 204-206.

pay veya bağımsız bölümü satılacak muhalif oy sahiplerine de posta yolu ile yapılabilir. Buna karşılık pay veya bağımsız bölümleri satılacak muhalif oy sahiplerine bildirim yapılmaması veya yapılmasına rağmen onların katılmaması satışın geçersizliğine sebep olmaz. Bunlar satışa gözlemci olarak katılabilirler fakat satışa müdahale etmeye çalıştıkları takdirde veya ses ve görüntü kaydı almaya çalıştıkları takdirde satış komisyonu tarafından salondan çıkartılabilirler.

Yapılan açık artırma ile satışta taşınmaz ihale edilen kişi, rayiç bedelden az olmayacak şekilde ihale sonucu ortaya çıkan satış bedelini 7 gün içinde kendisine gösterilecek bir vadeli banka hesabına yatırmalıdır. Bu süre içinde yatırmaz ise taşınmaz, sırayla kendinden sonraki gelecek en yüksek teklifi yapan katılımcılara ihale edilir. Eğer tek katılımcı varsa yine rayiç bedelden az olmamak üzere taşınmaz bu kişiye ihale edilir.

Riskli yapılarda ilk satışta taşınmazı satın alan çıkmazsa üçüncü kişilerin de katılımıyla taşınmazın satışına kadar açık arttırma tekrarlanacağı için tekrarlanması gereken her açık arttırmada bir sonraki yapılacak açık arttırmanın tarih ve saati tutanağa bağlanarak hazır bulunan katılımcılara verilir ve yayın araçları ve panoya asılarak ilan ile duyurulur.

Riskli yapılardaki muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin satışında, bir satıştan sonuç alınamaması durumunda ikinci arttırmaya katılmak isteyen üçüncü kişiler, iki şartla arttırmaya katılabilmektedirler. Bu şartlar;

- Satışa konu taşınmazın pay veya bağımsız bölümü, rayiç bedelinin %10'u değerinde nakdi teminat yatırılması,
- En az 2/3 çoğunluğun, uygulama için müteahhitte yapmış olduğu sözleşmeyi ve uygulamanın gerektirdiği diğer belgeleri imzalayacağını önceden yazılı olarak taahhüt etmesidir.

Açık arttırma sonrası ihaleyi kazanmamış olan üçüncü kişilere birinci şart gereği yatırmış oldukları teminat iade edilir. İhaleyi kazanan, yapıda pay veya bağımsız bölüm maliki olmayan bir üçüncü kişinin ise; yönetmelik gereği teminatı

ancak ikinci şartta taahhüt etmiş olduğu sözleşmeyi 7 gün içerisinde şartsız olarak imzalaması durumunda iade edilmektedir.

Uygulama Yönetmeliği'ndeki bu açık arttırmadan bahsetmek gerekirse, özel hukuk anlamında açık arttırma Borçlar Kanunu ile İcra İflas Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Özel hukukta “açık artırma” olarak adlandırılan kavram İdare Hukuku'nda “ihale” olarak adlandırılmaktadır. Bu ayırım, özellikle sözleşmenin kurulma anında önem ifade etmektedir. İdare Hukuku'nda özellikle Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'nda tanımlanmış olan ihale kavramı sözleşmeden önce, sözleşme yapılacak karşı tarafı belirleyecek süreci ifade etmektedir. Buna göre ihale tamamlanıp sözleşmenin karşı tarafı belirlendikten sonra idare ile ihaleyi kazanan arasında ayrıca bir sözleşme yapılması gerekir.

Buna karşılık özel hukukta kural olarak açık arttırmanın ilanı bir “öneriye davet”, ihale sırasında katılanlar tarafından yapılan teklif Borçlar Hukuku anlamında bir “öneri”, ihalenin bırakılması ise satıcının kabulü ve aynı anda sözleşmenin kurulması anlamına gelmektedir⁴⁶⁵. Fakat özel hukuktaki açık arttırmalarda da, açık arttırmanın konusu bir taşınmaz ise ihale yapıldığı anda sözleşme kurulmuş sayılmamaktadır, ihale sonrası ayrıca bir sözleşme yapmak gerekir. Taşınmazlar için yani kazananın ihale sonrası da bağlılığını devam ettirecek koşulların geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır. (TBK m. 277/2)

Bütün bunların yanında özel hukuktaki açık arttırmalar ihtiyari arttırma ve cebri arttırma olarak ikiye ayrılmıştır. Özellikle mal alım satım sözleşmesi sonucunu doğuracak açık arttırmalarda, mal sahibinin kendi rızası ile bu arttırmayı yaptırması ihtiyari arttırma, malların cebri icra yolu ile satılması gibi malikin rızası alınmadan yapılan açık arttırmalar cebri arttırma olarak adlandırılır⁴⁶⁶.

ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği m. 15/A uyarınca yapılacak arttırmanın bu anlamda bir cebri arttırma olduğu söylenebilir. Söz konusu maddede

⁴⁶⁵ Demirel Gamze Güler, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s.16.

⁴⁶⁶ Üstündağ, Mustafa Emir, Medeni Hukukumuzda Taşınmazların Açık Arttırma Suretiyle Satımı, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s.29, 66.

düzenlenmiş olan bu arttırmanın hüküm ve sonuçları çok detaylandırılmamıştır. Örneğin 13-14. fıkralarda bahsedilen teminatın hukuken ne anlama geldiği açık değildir. İhale katılım şartlarından olan bu teminat, rehin haklarının para üzerinde kurulamaması sebebiyle bir rehin hakkı ve dolayısıyla sınırlı bir ayni hak değildir. Sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşme bedelinden mahsup edilmemesi sebebiyle bir kaparo da değildir, ayrıca ihaleye katılımdan önce tahsil edilmesi sebebiyle bir cezai şart da değildir. Sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşme bedelinden mahsup edilmemesini de, sözleşmenin kurulmasından sonra arttırmaya katılımın ikinci şartı olarak ihaleyi kazanan katılımcı tarafından daha önceden yapılmış olan taahhünameye 7 gün içerisinde uyulması şartını yerine getirmediği durumunda yatırdığı teminatın kendisine iade edilmeyeceğinin hükme bağlanmış olmasından anlaşıyor.

Anlaşılan o ki kural koyucu bu yönetmelik uyarınca yapılması gereken açık arttırmanın İİK'ndakine benzer nitelikte olmasını amaçlamıştır.

İİK m. 114'te satışın açık artırma ile yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Maddenin devamında ise arttırmaya katılacak olan kişilerin satışa konu malın değerinin %20'si kadar teminat gösterilmesini zorunlu saymıştır. Klasik anlamda kamu ihalesi statüsünde olmamakla birlikte, icra dairelerince yapılan açık arttırmaların hukukumuzda kendine has bir yeri vardır. Her ne kadar İİK, icra dairelerince yapılan açık arttırmaları kamu hukukunda olduğu şekliyle ihale olarak adlandırılmış olsa da özel hukuka ait pek çok alanda açık artırma ile yapılması gereken satışlar da icra dairesi eliyle yapılmaktadır. Örneğin TMK m. 769-770 gereği sahibin belli olmayan bulunmuş eşyaların belli şartlarda satışı, TMK m. 440 vd. gereği vesayet altında bulunanların mallarının satışı, HMK m. 322'ye atfen TMK m. 699/2 gereği ortaklığın giderilmesi amacıyla yapılan satış gibi durumlarda açık artırma, icra dairesi tarafından yapılabilmektedir. Dolayısıyla yapan makamın bir kamu görevlisi olması söz konusu açık arttırmanın özel hukuk kapsamında bir açık artırma olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Yönetmelik gereği açık arttırmaya katılım şartlarından biri olan teminat ise İcra Hukuku'ndaki teminat emsal alınarak, açık arttırmaya katılımın diğer şartı olan uygulama sözleşmesine katılma taahhüdünü yerine getirmeye zorlama amacıyla

alınmaktadır. İcra Hukuku'nda alınan teminat, ihale konusu edimin alıcı tarafından yerine getirilmemesi durumunda el konulan bir miktarken; Uygulama Yönetmeliği'ndeki teminat, hem 15/A(15) gereği ihale konusu edimin ödenmemesi durumunda el koyulan bir miktarı hem de açık artırmanın şartlarından olan taahhütnamenin yerine getirilmesi amacıyla zorlayıcılık unsuru taşıyan bir miktarı ifade eden iki işleve sahip bir yükümlülüktür.

Eğer kararlaştırılmışsa, özel hukuk anlamında kendisi de bir alım-satım sözleşmesi olan açık artırmalar hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi açısından, etkinlik unsuru olarak erteleyici koşula bağlanabilse ve hatta bu koşul bir başka hukuki işlemi öngörmüş olması mümkünse de, yukarıdaki şartlardan birincisi olan "uygulama sözleşmesine katılma taahhüdü" verme zorunluluğu bir açık artırmaya katılım şartı olması sebebiyle asıl sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için bir koşul olarak kabul edilemez. Bunu, Uygulama Yönetmeliği m. 15/A(13)'teki "satıştan önce" ifadesi açıkça göstermektedir. Dolayısıyla açık arttırma sonucu meydana gelecek sözleşme bu açıdan şarta bağlı bir sözleşme olarak kabul edilemez. Eğer kararlaştırılmamışsa zaten ihale sonrası ayrı bir sözleşme yapılması gerektiği için sözleşmede bulunmayan koşullar sözleşmenin tarafları açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Uygulama Yönetmeliği m. 15/A/10 gereği satış bedelinin yatırılması üzerine satışı yapan idare, ihaleyi alan adına taşınmazın tescilinin yapılması amacıyla tapu müdürlüğüne bildirimde bulunur. Ayrıca taşınmazın tapu kaydındaki haklar ve şartlar yine aynı idarenin talebi ile taşınmazın kayıtlı bulunduğu tapu müdürlüğü tarafından terkin edilir.

2.4.3.4.1.3. Muhalif Oy Sahiplerinin Kararlarından Dönmesi ile Satış Kararının Uygulanmaması ve Geri Alma

Uygulama Yönetmeliği'nin değişiklikten önceki halinde m. 15/A/11'de muhalif oy sahibinin kararından satış işleminin her aşamasında vazgeçmesi mümkündü. Bu kapsamda, en az 2/3 çoğunlukla alınmış olan kararı kabul ederek kendisine verilen süre içerisinde bu karar doğrultusunda müteahhitte yapılan

sözleşmeyi imzalayıp Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü'ne vermesi durumunda satış işleminin yapılmayacağı, açık artırmanın iptal edileceği öngörülmüştü.

Burada son süre, satış işleminin tamamlanıp komisyonca karara bağlandığı tarihtir. Yani ilgili fıkra, açık artırmanın tamamlanıp ihalenin en yüksek pey sürene bırakılması anına kadar, muhalif oy sahiplerinin kararlarından dönebileceklerini ifade etmekteydi.

Yeni düzenlemede ise karar sürecinde kendisine tanınan 15 günlük süre içerisinde kararı reddetmesi veya ret anlamına gelen sessiz kalması durumunda artık kararını değiştiremeyeceği ve taşınmazındaki pay veya bağımsız bölümün, karara katılanların talebiyle Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından satılmasına engel olamayacağı anlamına gelmektedir. Burada kanun koyucu, muhalif oy sahiplerinin süreci gereksiz oyalamalarını engellemeyi amaçlamıştır.

2.4.3.4.2. Sürecin Mülkiyet Hakkı ve Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi

Anayasa m. 35'den yola çıkarak ARAADHK ve Uygulama Yönetmeliği kapsamında muhalif oy sahiplerinin pay ve bağımsız bölümlerinin malikin rızası dışında diğer paydaş veya üçüncü kişilere satılması ya da Hazine'ye kalmasının, kamusal haklardan kişinin negatif statü hakkı olan ayrıca özel haklardan kişinin maddi malvarlığı haklarından olan "özel mülkiyet hakkı"na açık bir müdahale olduğundan yukarıda bahsedilmişti⁴⁶⁷. Her ne kadar bu müdahale kısmen kamu yararı kısmen de üstün nitelikli özel yarar kapsamında yapılmış olsa da, uygulamada mülkiyet hakkına müdahale edilen maliklerin mağdur olduğu olaylar sıkça vuku bulmaktadır.

Ortak Karar Protokolü olarak adlandırılan ve maliklerce alınan uygulama kararına muhalif kalmanın yukarıda açıklanan maddi yaptırımları bir kenara, karara katılan komşular arasında dışlanmak gibi manevi yaptırımları da vardır.

⁴⁶⁷ Bkz. s. 57-58

Örneğin, Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği ve Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nde belirtildiği üzere kullanım yerinde, kendi kullanımı için elektrik veya doğalgaz satın almak, tüketiciler açısından bir haktır. Kiracı gibi farklı amaçlarla taşınmazı kullanan kişiler için bile bir hak ise, eşya üzerinde en geniş yetkileri veren mülkiyet hakkı sahibi olan malik için evleviyet gereği bir haktır. Buna karşılık Uygulama Yönetmeliği m. 8/2/ç bendi gereği verilen süre içerisinde malikler tarafından yaptırılmayan riskli yapıların elektrik,, doğalgaz ve su aboneliklerinin idari makamların talebi üzerine durdurulması zorunluluktur. Bunun da mülkiyet hakkına bir müdahale olduğu söylenebilir.

Uygulama sonrası ortaya çıkacak yeni taşınmazdaki paylaşım sorunları ile ilgili “arsa payı düzeltim davası” (ki bu konudan aşağıda bahsedilecektir) bir kenara bırakılırsa, muhalif oy sahibi kendisine verilecek 15 gün süre içinde taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetme korkusuyla karara katılması ile ortaya çıkabilecek maddi kayıplar sebebiyle vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurabilir. Vekaletsiz iş görme hükümleri ile ilgili yukarıda ayrıntılı olarak bahsedilmiştir⁴⁶⁸.

TBK m. 526 vd. hükümlerinde bulunan vekaletsiz iş görme düzenlemelerine bakıldığında zaman durumun "gerçek olmayan vekaletsiz iş görme"ye (TBK m. 530) daha uygun olduğu söylenebilir. Gerçek vekaletsiz iş görme ile gerçek olmayan vekaletsiz iş görme arasındaki fark, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede işgörenin o işi kendi menfaatine yapmasıdır⁴⁶⁹. Buradaki durumda da en az 2/3 çoğunlukla karara katılanların işgören, muhalif oy sahibi olarak zorunluluktan dolayı verilen sürede karara katılanların da iş sahibi oldukları söylenebilir.

Buradaki gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeyi, başkasının hukuk ve menfaatine müdahale kastı taşınması sebebiyle, "kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme" olarak kabul etmek gerekir. Kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedeki kötüniyet, hukuka aykırılık anlamına gelmektedir⁴⁷⁰. Burada en az 2/3

⁴⁶⁸ Bkz. 179-183

⁴⁶⁹ Yavuz/Özen/Acar, 2021, s.758, 763; Saruhan, Utku, Gerçek Vekaletsiz İş Görme, Ankara, Yetki kitabevi, (2018), s. 44.

⁴⁷⁰ Eren, 2019, s.923; Aksoy, Hüseyin Can, “Vekaletsiz İş Görende İş Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?” Ankara Barosu Dergisi, 2017(1), (2017), s.106.

çoğunlukla karara katılanların muhalif oy sahiplerinin mülkiyet hakkına müdahalesi ARAADHK ve Uygulama Yönetmeliği gereği hukuka aykırı değildir. Fakat hak ettiklerinden fazla menfaat elde etmek amacıyla karar alınarak, hukuka uygunluk sınırlarının aşılması kalan maliklerin mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi dürüstlük kuralına ve hukuka aykırıdır.

TBK m. 530 uyarınca da iş sahibi gerçek olmayan vekaletsiz işgörme sonrası ortaya çıkacak işten faydaları edinebilecek, zenginleştiği oranlarla da sınırlı (sınırlı sorumlu) olarak masraflara katılacaktır⁴⁷¹. Bu anlamda zenginleşme masraflardan çoksa masrafların tamamına iş sahibinin katılması gerekir. Buna karşılık karara katılanlar ise iş sahibi olan muhalif oy sahibinin mutlak hakkına müdahale etmesi sebebiyle, yani işin görülmesi sebebiyle muhalif oy sahibinin pay veya bağımsız bölümü ile sınırlı olarak fazladan elde ettiği kazançları, iş sahibi sıfatıyla muhalif oy sahiplerine vermeleri gerekir. Kazançtan kastedilen ise brüt kazançta eklenen faizden masrafların çıkartılmasıdır⁴⁷². Kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede kazanç devri bir tazminat olmayıp bu bakımdan iş sahibinin zarara uğramış olma şartı da yoktur. Hakkaniyete aykırı kazanç olması yeterlidir. Kazanç devrinde subjektif değerlendirme esas alınmalı ve işgörenin kendi becerisi ile elde etmiş olduğu kazancın da iadesi gerekir⁴⁷³.

Vekaletsiz iş görmede işgören, özen yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda vekaletle ilişkin, vekilin özen yükümlülüğü ile ilgili hükümler vekaletsiz iş görmeye de kıyasen uygulanır⁴⁷⁴. Ayrıca işgörenin iş sahibini bilgilendirme ve hesap verme yükümlülükleri de vardır. Bunun sonucunda işgörenin özensiz davranışı sebebiyle piyasanın altında bir değerle kazanç elde etmesi halinde aradaki farkın iş sahibi tarafından talep edilebileceği kabul edilmelidir⁴⁷⁵.

Oybirliği sağlanmadan maliklerin bir kısmının rızası hilafına anlaşma yapan en az 2/3 çoğunluk, özenli davranarak dikkatli hareket etmek zorundadır⁴⁷⁶. Anlaşma

⁴⁷¹ Yavuz/Özen/Acar, 2021, s.763.

⁴⁷² Tokbaş, Hakan, Vekaletsiz İş Görme Kısa Şerh, İstanbul, Aristo kitabevi, (2018), s. 67-69.

⁴⁷³ Aksoy, 2017(1), 2017, s.107-108.

⁴⁷⁴ Bayram, 2019, s.96; Saruhan, 2018, s. 89.

⁴⁷⁵ Saruhan, 2018, s. 90-91; Aksoy, 2017(1), 2017, s.99,109.(dipnot 20,76)

⁴⁷⁶ Eren, 2019, s.923.

yapacağı müteahhit ve anlaşma şartlarını dikkatli belirlemeli, bu anlamda vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca, başta karara katılmayan fakat sonradan kendisini zorunlu hissettiği için karara katılmak zorunda kalan maliklerin menfaatlerini de temsil ettiğini unutmamalıdır. Durumun bu şekilde gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre çözümlenmesi, oy birliği ile ortak karar alınmasını teşvik etmekte, bu yönüyle taşınmazın malikler tarafından değerlendirilmesinin önceliği ilkesine uygun olduğu; bu sağlanamayacaksa dahi karar alan çoğunluğu, uygulama ile ilgili yapacağı iş ve işlemlerde daha dikkatli davranmasına zorlayacağı kesindir.

Her ne kadar kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye, işgörenin kendi menfaati doğrultusunda iş yapması sebebiyle özen yükümlülüğünün kendisinden beklenemeyeceği görüşünü savunanlar varsa da, aksi görüş olan TBK m. 527'deki vekaletsiz işgörenlerin, ihmallerinden sorumlu tutulması, genel kurala daha uygun görünmektedir⁴⁷⁷.

TBK m. 527 gereği karara katılanlar her türlü ihmallerinden sorumludurlar. Yine de maddenin devamında işgörenin, iş sahibinin zarar tehlikesini gidermek üzere yapmış olması sebebiyle sorumluluğunun daha hafif değerlendirilmesi gerektiği öngörülmüştür⁴⁷⁸. Buradaki zarar tehlikesinin başta deprem olmak üzere doğal afetler olduğu göz önünde bulundurulduğunda 2/3 çoğunluk ve karara katılanlar yapmış oldukları ihmallerden daha hafif sorumlu tutulmalıdır.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, işgören herhangi bir ücret veya tazminat talebinde bulunamaz, dolayısıyla başta karara katılan malikler, sonradan katılanlardan herhangi bir ücret ya da tazminat talep edemezler. Buna karşılık iş sahibinden isteyeceği masraflarla ilgili, kötü niyetli haksız zilyet, sebepsiz zenginleşme, haksız yapıya ilişkin hükümler gibi farklı ihtimaller vardır. Kanaatimizce taşınmazla ilgili olması sebebiyle de TMK m. 723 düzenlemesindeki haksız yapı hükümleri uygulanarak başta karara katılanlar, sonradan karara katılanlardan tahsil edemedikleri masrafları tahsil edebilirler. Bu hükme göre arazisine rızası dışında yapı yapılan arazi maliki, yapıyı yapan tarafından malzemeler sökülüp alınmadığı takdirde

⁴⁷⁷ Aksoy, 2017(1), 2017, s. 109.(dipnot 76)

⁴⁷⁸ Tokbaş, 2018, s. 30-33.

malzemenin arazi maliki için taşıdığı en düşük değeri geçmeyecek şekilde bir tazminata hükmedilir.

TBK m. 80 gereği sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulabileceği yönünde görüş de vardır⁴⁷⁹. Aynı durum iş sahibi konumundaki muhalif oy sahipleri için de geçerlidir. Sebepsiz zenginleşme, bir kişinin bir başka kişinin malvarlığı aleyhine hukuki temelden yoksun olarak zenginleşmesidir⁴⁸⁰. Zenginleşenin fakirleşene, zenginleştiğini iade borcu, zenginleşme ile fakirleşme arasındaki illiyet bağının bulunmasına bağlıdır. Başta karara katılan çoğunluğun, uygulama sonrası ortaya çıkacak taşınmazda sonradan karara katılanlar aleyhine haksız olarak zenginleşmesi durumunda, bu miktar fakirleşenler tarafından TBK m. 80'e göre talep edilebilecektir.

2.4.3.4.2.1. Sürecin Mülkiyet Hakkına Etkisi ve Mülkiyetin Süreç Sonunda Şahsi Şirket Hissesine Dönüşebilme İhtimali

Mülkiyet hakkına bir başka müdahale durumu, ARAADHK m. 4/1'de düzenlenmiş, buna göre Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı veya uygulamayı bizzat yürütüyorsa TOKİ veya ilgili belediye; riskli alan ve rezerv yapı alanlarında imar ve yapılaşmaları en çok iki yıl süreyle geçici olarak durdurma yetkisine sahiptir. Buradaki amaç projenin bütünlüklü olarak yürütülmesi ve projeye aykırı yapılaşmaların engellenmesidir ve Anayasa Mahkemesi de burada kamu yararı olduğunu öngörmüştür⁴⁸¹. Ayrıca AİHM de imar planlamaları açısından inşaat yasağı konulmasını meşru görmüştür. Buna karşılık kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında ölçülü ve adil bir denge bulunmalıdır. Bu denge bireye aşırı yük yüklemeyi engellemelidir⁴⁸².

Anayasa Mahkemesi de ilgili kararında, kanunun ilk halindeki bu fıkrayı, sınırlama ile ilgili herhangi bir son süre belirlenmemesi ve bunun da hukuk güvenliği

⁴⁷⁹ Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:2, İstanbul, Vedat kitabevi, (2012), s.240.

⁴⁸⁰ Doğan/Şahan/Atamulu, 2019, s. 237.

⁴⁸¹ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

⁴⁸² Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

ilkesine zarar vereceği sebebiyle iptal etmiştir. Daha sonra bu boşluğu doldurmak amacıyla kanun koyucu tarafından yapılan yeni düzenlemede bu sınırlamanın üst sınırı 2 yıl olarak belirlenmiştir. Ayrıca gerekli görüldüğü hallerde bir yıl daha uzatılabileceği de eklenmiştir.

Bir eşyanın biçiminin değiştirilmesinin mülkiyet hakkının sahibine verdiği yetkilerden tasarruf yetkisini kullanmak anlamına geldiği yukarıda belirtilmişti. Bunun yanında bir eşyanın ekonomik işlevinin değiştirilmesi de tasarruf yetkisi kapsamında değerlendirilir⁴⁸³. O halde bir taşınmazın maliki, o taşınmazı emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla isterse konut olarak, isterse tarla, isterse ticari amaçlı olarak kullanabilmektedir. Fakat ARAADHK'a göre 2/3 çoğunluk ile karar alınabilmesi mülkiyet hakkı açısından önemli bir tehlikeyi ortaya çıkarmaktadır. Bu noktada konut olarak kullanılan bir taşınmazın, 2/3 paydaş çoğunluğu, taşınmazın yeniden inşasında örneğin bir otel olarak inşa edilmesi kararı alabilir. Şirket olarak kurulacak bu otele muhalif oy sahipleri mülkiyet haklarını kaybetme korkusuyla rıza göstermiş olabilir. Bu durumda ortaya ikamet amaçlı kullanılan bir taşınmaz değil, tam tersi ticari işletme amaçlı kullanılan bir otel çıkmış olacaktır. Yani taşınmazın ekonomik işlevi değiştirilmiş olacaktır. Sonuç olarak aynı mülkiyet bir şirket hissesine dönüşecektir⁴⁸⁴.

Şirketler ihtiyaç duydukları ekonomik kaynakları sağlayabilmek için iç ve dış kaynaklı sermaye artırımını yoluna gidebilirler. Bunun sonucunda sermaye artırımına katılmayan ortakların sermaye içindeki payı azalır. Verilen örnekteki otel işletmesinin sermaye artırımına gitmesi durumunda, muhalif oy sahiplerinin bu sermaye içindeki payları azalabilecektir, bu durumda muhalif oy sahipleri yargı tarafından verilecek bir tedbir kararı alamadıkları takdirde elbette ki mülkiyet hakları fazlasıyla zarar görecektir.

Riskli taşınmazın mevcut niteliğinin bozulamayacağıyla ilgili bir görüşe göre ARAADHK m. 6/1'de dönüşüm kapsamındaki taşınmazlarla ilgili geçen “önceki vasfı ile değerlemede bulunularak” ve yıkılan riskli yapı sonrası durumla ilgili geçen

⁴⁸³ Hamamcıoğlu, 2014, s.317-320; Dereli, Zeliha, “Roma Hukukundan Günümüze İntifa Hakkı Sahibinin Hakları” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1(7), (2011), s.4. (dipnot 7)

⁴⁸⁴ Kiraz, 2016, s.95-96.

“taşınmazların niteliği re’sen mevcut duruma göre tescil edilir” ifadeleri buna engel olur⁴⁸⁵. Buna karşılık kanaatimizce fıkarda geçen “önceki vasfı”, değerlemenin yapı yıkılarak arsa haline geldikten sonraki haliyle değil, henüz yapı varken ki durumuna uygun yapılmasını; “mevcut durum” ifadesi ise yapı yıkıldıktan sonra paylı mülkiyete tabi arsa olarak tescilini kastetmektedir.

Sorunun doğru çözümü ise aşağıda "Yeni Bir Mülkiyet Türü Olarak Riskli Yapılarda Birlikte Mülkiyet ve Riskli Yapı, Riskli Alan, Rezerv Yapı Alanı Tüzel Kişiliği" başlığı altında öneri şeklinde açıklanacağı üzere, uygulama sırasında riskli yapılar için meydana getirilebilecek ve yasayla sınırları çizilen geçici bir tüzel kişiliktir.

2.4.3.4.2.2. Taşınmaz Ortak Karar Protokolünün Bakanlık Tarafından Denetlenebilmesi

Her ne kadar kat mülkiyeti rejimine tabi taşınmazlar için hem kat mülkiyeti mevzuatındaki hem de afet riski altındaki taşınmazlarla ilgili mevzuattaki toplantı koşulları geçerli olsa da, özel kural genel kuralı ilga eder ilkesi gereği afet riski altındaki taşınmazların dönüşümü ile ilgili alınacak kararlarda, ARAADHK ve Uygulama Yönetmeliği’nde gösterilmiş olan usuller uygulanmalıdır⁴⁸⁶ -ki burada KMK’dan daha basit ve diğer mülkiyet tipleriyle ortak bir usul belirlenmiştir. Yine de ispat kolaylığı açısından her iki mevzuattaki usule de dikkat edilmesi, kat mülkiyeti kanuna tabi taşınmazlarda ortaya çıkabilecek muhtemel ihtilafları önleyebilecektir. Ayrıca Noterlik Kanunu m. 61 kapsamında, yapılacak olan toplantıya noter davet edilerek alınacak kararlar belgelendirilebilir.

Bunların yanında her ne kadar gerek ARAADHK ve gerekse Uygulama Yönetmeliği’nde, toplantıdan önce yapılması zorunlu tutulmuş olmasa da, taşınmazın yıkımdan önceki değerlemesinin yapılmış olması toplantıda konunun maliklerce görüşülebilmesi şeffaflığı sağlayacaktır. Uygulamada çoğunlukla, Sermaye Piyasası

⁴⁸⁵ Çetiner, 2017, s.177-179.

⁴⁸⁶ Kiraz, 2016, s.19.

Kurulu tarafından lisanslandırılmış değerleme kuruluşları tarafından yapılan değerlemelerin ücreti müteahhitler tarafından karşılanmakta hatta maliklere verilen temsil yetkisiyle doğrudan müteahhit tarafından bu kuruluşlara yaptırılmaktadır⁴⁸⁷. Karar toplantısında uygulama sonrası ortaya çıkacak yeni taşınmazın ne şekilde paylaşılacağı konusu da görüőülebilir. Alınacak kararlar ispat kolaylığı açısından tutanak altına alınmalıdır. Bu tutanağa “ortak karar protokolü” de denilmektedir. Ortak karar protokollerinde; kesinleşen bina yıkımının nasıl gerçekleştirileceği, yeni yapılacak binanın hisse paylaşımının nasıl yapılacağı, yüklenici firma ile hangi şartlarda anlaşma yapıldığı, şerefiye bedellerinin ayrıntıları, kentsel dönüşüm kredisinin kullanılıp kullanılmayacağı ya da hangi şartlarda kullanılacağı konuları düzenlenebilir⁴⁸⁸.

Bu protokoller, Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü olan illerde bu müdürlüğe, diğer illerde ise Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü’ne onaylatılmalıdır. Bu anlamda riskli taşınmazlarda malikler arasında yapılan ortak karar protokolü üzerinde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın denetleme yetkisi görülmektedir. Ancak bu yetki mevzuatta açıkça düzenlenmiş mutlak bir yetki değildir. Nitekim uygulamada yetkili müdürlük de denetlemeyi şekli yönden yaptığını söylemekte, yani yeterli çoğunluğun sağlanıp sağlanmadığına bakmakta, esasa ilişkin bir denetleme yapmamaktadır. Esasa ilişkin denetlemeyi asıl yetki sahibi olan yargıya bırakmıştır.

2.4.4. Yeni Bir Mülkiyet Türü Olarak “Riskli Yapılarda Birlikte Mülkiyet” ve “Riskli Taşınmaz Tüzel Kişiliği”

Dönüşüm uygulamalarıyla ilgili karar yeter sayısının ilk seferde dahi 2/3 çoğunluk olmasının, ilk bakışta yönetmeliğin önceki haliyle pratikte bir farkı olmadığı ve süreci hızlandırdığı düşünülebilir. Fakat değişiklikten önceki halinde yönetmeliğin; öncelikle oybirliği araması, malikin eşya üzerindeki tasarruf yetkisine saygı göstermesi itibarıyla teorik bakımdan önemli idi. KMK m. 42 vd.’na göre ise ortak

⁴⁸⁷ Çetiner, 2017, s.166.

⁴⁸⁸ Çetiner, 2017, s.170.

yerlerde, kullanıma ilişkin onarım ve değişiklikler dışında, lüks giderlere karara katılmayanlar katlanmak zorunda değilken, yapıya yapılabilecek ilaveler ve önemli değişiklikler için kat maliklerinin oybirliği şartı aranmaktadır. Oybirliği ile her malikin rızasının aranması, bağımsız bölüm maliklerinin tasarruf yetkisine hâlel gelmesine engel olur. Yani ARAADHK m. 6/1’de sayılan uygulamalar ve yapının yıkılarak yeniden yapılması KMK m. 43, 44 ve 45’e göre önemli iş sayılmakta olup, bütün bağımsız bölüm maliklerinin onayı gerekir.

ARAADHK’la hukukumıza getirilen, maliklerin 2/3 çoğunluğuyla yapıyla ilgili önemli inşaat işleri ve tapu kayıtlarında değişiklik yapılması özellikle Uygulama Yönetmeliği’ndeki 2019 değişikliği ile, öncelikle oybirliği ile anlaşmanın denenmesi zorunluluğunun da kaldırılmasıyla adı konulmamış yeni bir mülkiyet tipinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Buna göre ortaya çıkan yeni mülkiyet tipi ne klasik birlikte mülkiyet tipleri olan paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyetine ve ne de kat mülkiyetine tam olarak uymaktadır. Gerek TMK, gerekse KMK’nun ilgili hükümleri önemli işlerde maliklerin tasarruf yetkisini göz önünde bulundurarak bütün maliklerin rızalarını ararlarken, ARAADHK ve Uygulama Yönetmeliği’nin hükümleri, doğrudan yapının kaderinin belirlenmesinde kimi maliklerin görüşünü dikkate almadan karara varılmasına cevaz vermiştir. Elbette ki bu durum haklı gerekçelerle sürecin hızlandırılması adına yapılmıştır. Yine de bu gerekçeler, söz konusu durumda kanunda adı konulmamış yeni bir mülkiyet tipini ortaya çıkarmıştır. Bu mülkiyet tipi ise “riskli yapılarda birlikte mülkiyet” olarak adlandırılabilir. Burada ne aynı eşya üzerinde pay ne de birbirinden bağımsız eşyaların bir araya gelerek oluşturduğu bir birliktelik söz konusudur. Bu mülkiyet tipinde; kullanma ve yararlanma yetkileri tartışma konusu değil, fakat maliklerin tasarruf yetkilerinin bir araya gelmesiyle oluşan tek bir tasarruf yetkisi söz konusudur. Bu tasarruf yetkisi ise ortak kararla kullanılmaktadır.

Tasarruf yetkisi, yukarıda bahsedildiği üzere çok geniş kapsamlı bir yetkidir. Bir eşyanın fiziksel olarak tüketimini içerdiği gibi eşyanın devredilmesini ve şeklinin değiştirilmesini de kapsamaktadır⁴⁸⁹. Paylı mülkiyet, elbirliği mülkiyeti ile kat mülkiyetinde de eşyanın şeklinin değiştirilmesinin söz konusu olduğu dönüşüm

⁴⁸⁹ Bkz. s. 184, 215.

sürecine benzer önemli konularda ortak kararlar hareket edilse de her malikin rızasının bulunması gerekliliği, aynı zamanda karar aleyhinde oy kullanarak her bir malike söz konusu kararı veto etme yetkisi tanımaktadır. Oysa “riskli yapılarda birlikte mülkiyet”te ise diğer mülkiyet tiplerinden farklı olarak özellikle eşyanın şeklinin değiştirilmesi bağlamında maliklerin tamamının rızasına gerek olmadığı için her malik sahip olduğu tasarruf yetkisini kullanamamaktadır. Malikler, nitelikli pay çoğunluğuyla alınacak karara uymak zorunda kalacaktır. Aynı haklarda sınırlı sayılık ilkesi gereği, böyle bir aynı hakkın mevzuatta ayrı bir aynı hak olarak zikredilmiş olmaması önemli bir hukuki sorundur. Medeni Hukukumuzda bulunmayan böyle bir aynı hak tipi ile ilgili bu sorunun aşılması ancak bu mülkiyet tipinin yasal düzenlemesiyle veya riskli yapının tüzel kişiliğe kavuşturulması ile mümkün olabilecektir. Bu yönüyle riskli yapılarda birlikte mülkiyet rejimi, tüzel kişiye benzer bir davranış göstermektedir. Yani tüzel kişiliğin tanımından yola çıkılacak olursa tüzel kişi, kendisini oluşturan kişilerden bağımsız hareket etmektedir⁴⁹⁰.

Maliklerin kendi aralarında; gerek önceki mülkiyetin kuruluşu sırasında ve gerekse taşınmaz, riskli yapı statüsü kazandığı sırada dönüşüme dair bir sözleşme genellikle yapılmaz. Fakat taşınmazın risklilik statüsü kesinleştikten itibaren geçilen bu mülkiyet rejiminin dönüşüm sürecindeki akıbeti yine çok taraflı bir başka hukuki işlem olan “karar” ile belirlenebilmektedir. ARAADHK’la “riskli yapı” ibaresinin tapuya kaydedilmesinin zorunlu tutulması da aynı haklara hakim olan “kamuya açıklık(aleniyet) ilkesi”ni sağlamasıyla kurucu nitelik taşımaktadır. Bu anlamda tapuya yapılacak tescil “riskli yapılarda birlikte mülkiyet”in kurulması açısından kurucu niteliktedir.

Kullanma ve doğal-ekonomik semerelerden yararlanmayı ifade eden yararlanma yetkilerinin malikler tarafından serbestçe kullanılabilirdiği bu rejimde maliklerin tasarruf yetkileri de devam etmektedir. Buna karşılık riskli yapı statüsü devam ettiği sürece söz konusu mülkiyet rejimi taşınmazı yeni satın alacak maliklere karşı da ileri sürülebilmektedir. Nitekim bu durum muhalif oyların satışında yeni alacak malikin, diğer maliklerin almış oldukları karara uyması gerektiğinden ve tarafı

⁴⁹⁰ Tüzel kişi, kendisini oluşturan kişilerden bağımsız hak edinip borç altına girebilen, yapay, hukuki kişidir. (Anayurt, 2018, s. 98-99)

olmadığı halde (borcun nisbiliğine istisna) diğer maliklerin dönüşümle ilgili yapmış oldukları her tür hukuki işlemi kabul edeceği yönünde taahhüt vermesi zorunluluğundan açıkça anlaşılmaktadır. Uygulama Yönetmeliği m. 15/A/11 ve 15/A/14, bu durumu “*yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara satış yapılınca kadar satış işlemi tekrarlanır*” şeklinde ve “*...satış ihalesi üzerinde kalan üçüncü şahsın teminatı ise, satış bedelinin yatırılmasından ve tapuda yeni malik adına tescil işleminden sonra, bu şahsın yedi gün içinde üçte iki çoğunluk ile alınan karar doğrultusunda yapılan sözleşmeyi ve yapılacak uygulamanın gerektirdiği diğer belgeleri anlaşılan diğer malikler gibi şartsız ve şerhsiz olarak imzalayarak Müdürlüğe vermesinden sonra iade edilir*” diyerek ifade etmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, taşınmazı devralacak yeni malikin, uygulamaya konulacak karara yeni bir müdahalesinin olmasını istememekte, yalnızca teorik açıdan mülkiyet hakkına şeklen bir hanel gelmesini engellemek amacıyla teminatının iadesini, bu anlaşmayı şartsız olarak kabulüne bağı tutmuştur. Yani yaptırım olarak teminatın iade edilmemesini belirlemiştir.

Yine bu tasarruf yetkisinin tek bir tasarruf yetkisiymiş gibi ortak kararla kullanılması yalnızca dönüşüm uygulamalarıyla ilgili kararlarla sınırlıdır. Yani eşya üzerindeki aynı ve şahsi haklar devam etmektedir. Bu durum gerek ARAADHK m. 6/1, gerekse de Uygulama Yönetmeliği m. 15/10’da düzenlenmiştir. Buna karşılık binanın yıkım sürecine girmesi ve tasarruf anlamında diğer mülkiyet tiplerinden bir farkı olmaması nedeniyle “riskli yapı” kaydının tapuya geçirilmesinden itibaren artık kat mülkiyeti rejiminin devam etmesinin de bir mantığı yoktur. Elbette bir yapı riskli ilan edilmiş olsa da malikler yıkıma kadar bağımsız bölümleri kullanma ve yararlanmaya devam etmek isteyeceklerdir. Bu sebeple adeta tek bir mülkiyete tabiymiş gibi tasarruf edilen yapının, maliklerinin ya da bağımsız bölümlerdeki aynı ve şahsi hak sahiplerinin kullanageldikleri bağımsız bölümü, yapının yıkımına kadar kullanmaya devam etmelerine, şahsi yükümlülüklerini yerine getirdikleri sürece göz yumulması da dürüstlük kuralı gereğidir.

Bunun dışında Uygulama Yönetmeliği m. 15/A/5’de belirtilen haklar(ipotek, ihtiyati haciz, haciz, intifa hakkı vb.) ile ilgili sorunlara aşağıda “İhtilafı, İpotekli,

Hacizli ve Tedbirli Taşınmazların Durumu” başlığında değinilecektir⁴⁹¹. Önerdiğimiz tüzel kişiliğin gerçekleşmesi durumunda, muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin satılması söz konusu olmayacağı için bu haklarla ilgili sorunlar da ortadan kalkmış olacaktır.

Yine çok büyük ihtimalle karara katılan en az 2/3 çoğunluk içinden seçilecek olan ve ayrıca tüzel kişilik adına uygulama anlaşması yapacak olan tüzel kişiliğin idare ve temsil organı olan yönetim kurulunun özen yükümlülüğü de olacaktır. Bu açıdan tüzel kişilik genel kuruluna karşı sorumlu olacak ve ibra edilmesi gerekecek olan yönetim kurulu, dönüşümle ilgili yapacağı iş ve işlemlerde daha dikkatli ve tüm maliklerin hak ve menfaatlerini gözetir tutum içerisinde olacağına şüphe yoktur. Bu anlamda yapı kooperatiflerine benzer mantıkta çalışacak olan bu tüzel kişiliğin zorunlu organları yine kooperatiflere kıyasen kurulabilir. Yukarıda belirtildiği üzere şu anki düzenleme ile bir ticari işletmeye dönüşebilme ihtimali olan bu kişi topluluğunun, ticari işletmedense bir yapı kooperatifine dönüşmesi, amaç açısından daha kabul edilebilir bir durumdur⁴⁹².

Kanaatimizce tüm bu özellikleri bizleri tüzel kişiliğe götürmektedir. Elbette ki bir tüzel kişiliğin kanunla açıkça düzenlenmesi sınırlı sayı ilkesi gereği⁴⁹³ daha doğru olacaktır. TMK m. 47, tüzel kişiliği *“başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar”* şeklinde tanımlamıştır. Tanımdan yola çıkılarak tüzel kişiliğin unsurlarını, bir araya gelme, belli bir amaç ve hukuk düzenince bağımsız bir varlık tanınması şeklinde saymak mümkündür. Kentsel dönüşüm amacıyla maliklerin, mülkiyetlerinde bulundurdıkları taşınmazı, afet riski sebebiyle dönüşüme tabi tutulması amacına özgülemesi, ilk iki unsuru karşılamaktadır. Son unsurun da kanun koyucu tarafından karşılanması durumunda söz konusu kişi topluluğu tüzel kişilik kazanmış olacaktır. Bu, ortak bir amaç etrafında bir araya gelen kişilerin oluşturduğu hükmi şahsiyettir⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ Bkz.s.257-261

⁴⁹² Bkz s.215-216

⁴⁹³ Serozan, Rona Medeni Hukuk, İstanbul,Vedat Kitapçılık, (2008), s.198.

⁴⁹⁴ Ataay, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi (Temel Bilgiler – Temel Kavramlar), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (1980), s.258.

Riskli yapıda birlikte mülkiyetin tüzel kişiliğe geçmesi için maliklerce ya da başka bir kurumca herhangi bir karara ihtiyaç olmamalıdır. Tapuya riskli yapı kaydının yapılmasıyla birlikte tüzel kişilik kazanılmış olursa zaten şu anki sisteme kıyasla yapı için alınacak kararlarda uygulama süreci daha da hızlanmış buna karşın hassas olan teorik mülkiyet hakkına da kağıt üzerinde zarar verilmemiş olacaktır.

Buna karşılık önemli bir sorun, dönüşüm sonuna kadar mülkiyet hakkı tüzel kişiliğe geçecek taşınmaz maliklerin hangi hukuksal gerekçeyle kullanıp yararlanabilecekleridir. Aynı haklar bakımından sınırlı sayım ve kanunda gösterilen tipe bağlı olma ilkesi gereği yasal altyapısı oluşturulmadan, artık tüzel kişi paydaşı haline gelecek önceki malikler lehine yeni bir sınırlı aynı hak kurulamaz. Bu sorun ise taşınmaz üzerinde malikler lehine kurulabilecek kullanma ve yararlanma yetkilerini içeren intifa hakkı ile aşılabılır. Asıl pratik ve uygun çözüm ise finansal kiralama modelindeki; ekonomik mülkiyet, hukuki mülkiyet ayrımıdır. Elbette ki bir kiralama içermeyen riskli yapılarla benzerliği, riskli yapılara tüzel kişilik verilmesi durumunda, mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin malikler ile riskli yapı tüzel kişiliği arasında paylaştırılmasında olacaktır.

Finansal kiralamada 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda sınırlı olarak sayılmış kiralamaya konu şey, bir eşya finansal kiralama kuruluşu tarafından uygun bir bedel karşılığında kiracıya teslim edilmektedir. Tipik kira sözleşmelerinden farklı olarak, finansal kiralama sözleşmesinde sözleşme sonunda kira konusunun mülkiyeti düşük bir bedelle kiracıya devredilmektedir. Fakat mülkiyet geçinceye kadar, Kanun'un 27'inci maddesindeki "*Sözleşmede aksi öngörülmemişse kiralayan, malın mülkiyetini bir üçüncü kişiye devredemez...*" hükmü gereği mülkiyet hakkına sahip kuruluş, sözleşme amacını tehlikeye düşürecek tasarruflarda bulunmama yükümlülüğündedir. Burada bir tasarruf yetkisi sınırlaması söz konusudur. Buna göre örneğin; kiraya veren sözleşmeye konu eşyayı üçüncü kişiye devredemez⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Topuz, Murat, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara, Adalet kitabevi, (2017), s. 206.

Benzer bir model riskli yapılara verilecek tüzel kişilikte de uygulanarak, taşınmazı tasarruf yetkisi “riskli yapı tüzel kişiliğinde” bulunup; önceki malikler, tüzel kişi paydaşı olarak yıkıma kadar yapıyı kullanıp yararlanabilecektir. Tüzel kişilik ise dönüşüm amacına aykırı tasarruflarda bulunmadan yalnızca eşyanın biçiminin değiştirilmesine yönelik tasarruflarda bulunabilecek ve dönüşüm sonunda finansal kiralama olduğu gibi mülkiyeti paydaşlara devredecektir.

Dernek veya yapı kooperatifi yapısına benzer bir yapıyla bütün maliklerden oluşan bir genel kurul, bir yönetim kurulu ve bir denetim kuruluna sahip olacak bu tüzel kişilik için genel kurul toplantı yeter sayısı bütün maliklerin salt çoğunluğu ve bu toplantıdaki karar yeter sayısı paydaşların salt çoğunluğu olabilir. Genel kurul tarafından seçilecek olan ve ARAADHK m. 6/1’deki iş ve işlemleri yapmaya tek yetkili olarak 3 malikten veya 2 malik ve yöneticiden oluşacak olan yönetim kurulunda toplantı ve karar yeter sayısı üyelerin salt çoğunluğu olacaktır. Yine yönetim kurulu dışından 3 kişiden oluşacak olan denetim kurulu veya dış denetim firmaları ise yönetim kurulunu denetleyerek genel kurula rapor sunmalıdır. Öyle veya böyle artık dönüşüm sürecine girecek olan yapı için iş ve işlemlerin kararı sürecinde paydaş çoğunluğu yerine pay çoğunluğuna yer vermek ARAADHK’nun mantığına ters olacaktır. Bu durumda birbiriyle eşit değerde olan insan canının, korunması amacıyla yapılacak bu uygulamalarda pay çoğunluğu yerine paydaş çoğunluğu dikkate alınarak genel kurulda karar alınmalıdır. Nitekim amaca ulaşıp da uygulama tamamlandıktan sonra tüzel kişiliğin olağan tasfiyesi söz konusu olup artık tasfiye sonrası mülkiyet paydaşlara devredilecektir. Yeni taşınmaz ise yapılacak değerlemelere uygun dağıtılmalıdır.

Bu noktada tüzel kişiliğin taşınmazda sahip olduğu mülkiyet, hukuki mülkiyet iken paydaşların kullanma ve yararlanma yetkileri ise Alman hukukundaki “ekonomik mülkiyet”e örnektir⁴⁹⁶. Bu açıdan riskli yapının tüzel kişiliği, Türk Hukuk Sistemi’nde de yerini almış olan finansal kiralama ile benzerlik gösterir. Aradaki fark ise finansal kiralama mülkiyet ayrı bir firmaya aitken, riskli yapıda tasarruf yetkisine sahip olan

⁴⁹⁶ Yılmazsoy, Ebru, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, s.33.

tüzel kişilik, ekonomik mülkiyet sahibi olan paydaşların bir araya gelmesiyle oluşmuştur⁴⁹⁷.

Bu sistem hem aranan oy oranını daha aşağı çekmesi ve yapılacak iş ve işlemlerin yönetim kurulunca yapılması sebebiyle süreci hızlandıracağı gibi teorik olarak mülkiyet hakkına ve Anayasa m. 35'e aykırı olmayacaktır. Bu yöntemle ayrıca muhalif maliklerin taşınmazlarının satışa çıkarılması da gerekmeyecek, sürece dahil olan aktörler ve idare, enerjisini boşa harcamayacaktır. Tüzel kişiliğin kurulmasıyla birlikte taşınmazın mülkiyet hakkı kendiliğinden tüzel kişinin hükmi şahsiyetine geçecektir. Bu noktada "herkesin yaşama hakkının eşit değerde oluşu" ilkesi⁴⁹⁸ gereği tüzel kişilikte eşit hak sahibi olacakları için artık tasfiyeye kadar dönüşümle ilgili tüzel kişiliğin yapacağı hukuki işlemlerde de paydaşların eşit hak sahibi olmaları söz konusudur. Tüzel kişiliğin kurulmasından tasfiyesine kadar tüzel kişiliğin her paydaşı, sahip olduğu tüzel kişilik payını da devredebilir olmalıdır. Devir sonrası yeni paydaş, devreden haklarına cüzi halef olmalıdır ve uygulama sonrası yeni taşınmazda, önceki paydaşla aynı haklara sahip olmalıdır.

Ayrıca henüz eşya üzerinde pay oranları belli olmayan elbirliği mülkiyetinde pay çoğunluğunun nasıl belirleneceği sorunu da ortadan kalkmış olacaktır⁴⁹⁹. Sonuç olarak riskli yapıların dönüşüme tabi tutulması gibi olağanüstü durumlar için aynı mülkiyet tipini devam ettirmeye zorlamak ve bunun için çeşitli hukuksal oynaklıklara başvurmak hem tutarlı hem de samimi değildir ve hukuk güvenliğine de zarar vermektedir.

⁴⁹⁷ Çırasunlar Arzu, Konut Finansmanı Amacıyla Yapılan Finansal Kiralama Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Hukuki Niteliği, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.15.(dipnot 41)

⁴⁹⁸ Çiftçioğlu, Cengiz Topel, "Yaşama Hakkı" TBB Dergisi, 2012(103), (2012), s.139.

⁴⁹⁹ Özay, Osman Levent, Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2014, s.53.

2.4.5. Maliklerin 2/3 Pay Çoğunluğu ile Anlaşamaması Durumu

Kanunlarla belirlenmiş olan karar yeter sayısına ulaşamadan alınan bir dönüşüm ve uygulama kararı için Yargıtay⁵⁰⁰, yok hükmünde olduğuna karar vermiştir. Doktrinde de bunu destekleyen görüşler bulunsa da bunun bir yokluk değil fakat iptal edilebilirlik olduğu yönünde de görüşler vardır⁵⁰¹. KMK m. 33 anlamında sulh hukuk mahkemesinde karar iptal edilebilecekken, paylı mülkiyette kararın geçersizliği def'i yoluyla ileri sürülebilir veya kararın hükümsüzlüğü bir dava ile tespit edilerek asliye hukuk mahkemesinde eski hale iade davası açılabilir. Doğrudan mülkiyet hakkını ilgilendirdiği için bu davanın bir hak düşürücü süresi bulunmaz⁵⁰². Kanaatimizce uygulanabilirlik açısından bu daha doğrudur.

Riskli olduğu tespit edilen bir yapıda 2/3 çoğunluk ile bir anlaşmaya varılamaması durumunda idareye bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu durumda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı maliklere anlaşmaları yönünde ikazda bulunacaktır. Bu noktada idare hukuku anlamında bir nevi idari vesayet görülüyor. İkaza rağmen yine de 30 gün içinde anlaşmaya varılamaması durumunda taşınmaz Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından acele kamulaştırma yoluyla kamulaştırılabilecektir. Paylı mülkiyetin olduğu durumlarda ayrıca bu sürenin dolmasından ve hala maliklerce anlaşmaya varılamaması durumunda, acele kamulaştırma kararı alınmasından önce paylı maliklerden her biri TMK m. 698'e göre paylaşırma talebinde bulunabilir⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Yargıtay 18.HD. (04.11.2015), 2015/1794 E., 2015/15821 K.; Yargıtay 18.HD. (26.11.2015), 2015/2026 E., 2015/17243 K. (www.lexpera.com.tr).

⁵⁰¹ Yargıtay'ın lehinde, Arpacı, Abdülkadir, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması, 6. Bası, İstanbul 2002, s.134; Yargıtay'ın aleyhinde, Nomer, Haluk, Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, 2008, İstanbul, 86 vd.; Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 19. Bası, İstanbul, (2016), N. 2305 [aktaran] Çetiner, 2017, s.164-167.

⁵⁰² Çetiner, 2017, s.167, 171.

⁵⁰³ Çetiner, 2017, s.167.

2.4.5.1. Yıkımın Mülki Amir Tarafından Yaptırılması

Hatırlanacağı üzere risk tespiti yaptırılmamış taşınmazların maliklerine idare tarafından süre verilmekte, verilen bu süre içerisinde risk tespiti yapılmadığı takdirde masrafları maliklere ait olmak üzere risk tespiti idarece yapılmaktadır. Bu aşamadan sonra, taşınmazların riskli çıkması durumunda, taşınmaz maliklerce yıktırılmadığı takdirde, öncelikle taşınmaz tahliye ettirilir. Tahliyenin zor kullanmadan temini için yukarıda bahsedildiği gibi, elektrik, doğalgaz, su aboneliklerinin kesilmesi gibi baskı yöntemleri uygulanabilmektedir. Tahliye sonrası, masrafları dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanmak üzere ilgili belediyenin de katılımıyla mülki amir tarafından taşınmaz yıktırılmaktadır. Dönüşüm projeleri özel hesabı ise, 25.02.2017 tarih ve 29990 sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanan “Dönüşüm Projeleri Özel Hesabı Yönetmeliği”, tanımlar başlıklı m. 3'teki tanımıyla, *“merkez muhasebe birimi adına açılan ve 6306 sayılı kanun m. 7'deki dönüşümden elde edilen gelirlerin aktarıldığı, kaydedildiği, harcamaların yapıldığı ve kaynak aktarımının gerçekleştirildiği hesaptır”*.

2.4.5.2. Acele Yolla Kamulaştırma ve Bedel Tespiti ve Tescil Davası

Üzerindeki riskli yapı yıkılan alan, birlikte mülkiyete tabi durumdaysa ve maliklerce de en az 2/3 çoğunlukla anlaşılabilmesi durumunda yıkım işlemi sonrası yapının yeniden yaptırılmasının muhtelif yani şüpheli olabilmesi sebebiyle; kendilerine uygulama ile ilgili anlaşma sağlamaları konusunda ARAADHK m. 6/2'ye göre 30 gün süre verilmektedir. Verilen sürede de en az 2/3 ile anlaşma sağlanamaması durumunda, kanun koyucu kamulaştırma gibi daha kesin bir çözüm öngörmüştür. Bahsi geçen kamulaştırma, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu m. 27'de tarif edilen "acele kamulaştırma"dır.

Kamulaştırma Kanunu'nun söz konusu maddesine (m. 17) göre *“...özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın ...bilirkişilerce*

tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına...yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir". Görüldüğü gibi idare tarafından acele kamulaştırma yoluna gidilebilmesi için, idarenin talebi dışında, özel kanunlarla gösterilmiş olağanüstü bir durum bulunması, taşınmazın değerinin bilirkişilerce tespit edilmesi, bu bedelin malike bildirilen bir banka hesabına yatırılması ve mahkeme kararı gereklidir. Şu durumda acele kamulaştırma keyfi bir uygulama olmayıp, kamu yararının bulunması şarttır. Burada işaret edilen özel kanun, bu çalışmanın konusu açısından ARAADHK m. 6/2'dir.

Kamulaştırmanın tanımı Anayasa m. 46'da düzenlenmiştir. Buna göre kamulaştırma; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıkları peşin ödenmek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamına veya bir kısmına, kanunla gösterilen esas ve usullere göre devlet veya kamu tüzel kişilerinin el koyması veya irtifak hakkı kurmasıdır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında iskan projeleri de dahil olmak üzere bazı istisnai durumlarda kamulaştırma bedellerinin taksitlendirilebileceği belirtilmiştir. Şu halde afet riski sebebiyle kentsel dönüşümlerin de birer iskan projesi olduğu kabul edilerek -ki ARAADHK m. 6/2 böyle kabul etmektedir, bu taksitlendirmenin yapılabileceği anlaşılmaktadır. Fakat bu taksitlendirme 5 yılı geçmemelidir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde başvurulması gereken acele kamulaştırma için yukarıda bahsedildiği üzere "bedel takdiri" dışındaki diğer işlemler kamulaştırma sonrasına bırakılmaktadır. Acele kamulaştırma gerçek anlamda bir kamulaştırma olmayıp, idarenin özel mülkiyete el atmasıdır. Yani bu TMK m. 705/2'deki idarenin mülkiyeti tescil öncesinde kazandığı durumlardan biri sayılamaz. Şu halde acele kamulaştırma sonrası taşınmazın mülkiyeti hemen idareye geçmemektedir. Malik, idare mahkemesinde acele kamulaştırmanın iptali için dava açabilmektedir. Ayrıca acele kamulaştırma durumunda, idare ile malik arasında belirlenen bedel ile ilgili ihtilaf çıkabilmektedir. Bunun çözümü için ilgili idare el koyma kararından itibaren makul süre kabul edilen 6 ay içinde taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinde, bedel tespiti ve tescil davası açmalıdır. Söz konusu makul sürede bu dava idarece açılmadığı takdirde, malik tarafından

kamulaştırmasız el atma davası ile tazminat talep edilebilecektir⁵⁰⁴. Adından da anlaşılacağı üzere bu davada taşınmazın gerçek bedelinin tespit edilerek malike verilmesine ve taşınmazın idare adına tesciline hükmedilmektedir. İşte “bedel tespiti ve tescil davası” TMK m. 705'te sayılmış olan tescil öncesi kazanımlardan kabul edilerek, idarenin tescile hükmedilmesi anında taşınmazın mülkiyetini kazandığı söylenebilir.

2.4.5.3. Bakanlık, TOKİ ve İdarenin Kullanabileceği Özel Hukuk Enstrümanları

İdarenin; kendi hazırlayacağı proje kapsamında yapacağı kentsel dönüşüm hamleleri dışında, uygulamaya baştan sona müdahil olması gereken üç tip durum vardır. Bunlardan biri, riskli yapı maliklerinin en az 2/3 çoğunlukla uygulama üzerinde anlaşamaması durumudur⁵⁰⁵. Diğeri ise bir arazinin riskli alan ilan edilmesi ile arazi maliklerinin, arazi üzerindeki yapılaşma yetkilerinin sınırlandırılması durumudur. Ayrıca bir üçüncü durum olarak ARAADHK m. 6/5/ç bendine göre kamu-özel sektör iş birliği ile yapılan projeler gösterilebilir. Bu üçüncü durumda, proje kapsamında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri veya hasılat karşılığı usulü kullanılarak maliklerin rızasıyla dönüşümün uygulanması mümkündür. İlk ikisiyle ilgili ise, dönüşüm projesini yürüten idarenin, hukuk içerisinde daha rahat hareket edebilmesi için elindeki en temel üç enstrüman ise, kamulaştırma, trampa ve imar hakkı transferidir.

Birinci duruma müdahalede devletin elindeki en önemli imkan devletin egemenlik hakkından kaynaklanan kamulaştırma yetkisidir. Bu imkan ARAADHK m. 6/2'de yetkili kurumlara sunulmuştur ve 6203 sayılı Kamulaştırma Kanunu kapsamında yürütülmektedir. Bunu yürütecek olan kurumlar ise Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ ve ilgili belediyedir. Yani taşınmaz malikleri riskli yapı veya riskli alanların dönüştürülmesi için, 2/3 çoğunluk ile anlaşamadıkları takdirde, riskli ilan edilen bu taşınmazlar dönüşüm projesini yürütecek idare tarafından

⁵⁰⁴ Yargıtay 5. HD. (30.10.2008), E. 2008/8776, K. 2008/13836; Çabri, Sezer, “Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(1-2), (2011), s.87.

⁵⁰⁵ Bkz. s.224 “Maliklerin 2/3 Pay Çoğunluğu ile Anlaşamaması Durumu”

kamulaştırılmaktadır. ARAADHK m. 6/2 kapsamında, kamulaştırma bedeli ile ilgili, idarenin öncelikle malik veya malikler ile anlaşması esastır. Bu şekilde anlaşma sağlanamadığı takdirde idarenin acele kamulaştırma ile taşınmazı kamulaştırması mümkündür. Böylece kamulaştırılan taşınmazlar için özellikle TOKİ tarafından yapılan projeler uygulamaya konulabilecektir.

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın ayrıca hangi tür özel hukuk yöntemlerine başvurabileceği ARAADHK m. 6/5(b)'de gösterilmiştir. Bunlar, genel olarak satın almak, ön alım hakkını kullanmak, bağımsız bölümler de dahil olmak üzere taşınmazları trampaya, taşınmaz mülkiyetini veya imar haklarını başka bir alana aktarmaktır. Bunlardan en sık rastlanana mal değişim sözleşmesidir (trampa). Her ne kadar mal değişim sözleşmesi, genel olarak mal değişimini konu edinen tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme tipini ifade etse de; dönüşüm hukukunda, uygulamada daha çok, üzerinde yapılaşmaya çok da elverişli olmayan arazilerin, maliklerin rızası ile yapılaşmaya daha elverişli araziler olarak belirlenen rezerv yapı alanlarının mülkiyetiyle takas edilmesini ifade eder. Hemen belirtmek gerekir ki riskli alan ilan edilmiş olan arazilerde yapılaşmaya izin verilmemesi sonrası maliklerin mülkiyet haklarının rezerv yapı alanlarına taşınması farklı bir durumdur. Maliklerin rızası alınarak yapılan bu işlem özel hukuk işlemi olmaya daha uygundur. Böyle bir durumda TBK m. 282 anlamında mal değişim sözleşmesi olduğundan bahsedilebilir. Mal değişim sözleşmesi ise sözleşme taraflarının karşılıklı olarak bir veya birden çok eşyanın zilyetlik ve mülkiyetini birbirlerine devretmeyi taahhüt ettikleri sözleşme tipleridir. Fakat maliklerin rızası alınmadan yapılırsa kamu hukuku içerisinde ve kamulaştırma kapsamında değerlendirmek daha doğru olacaktır. Yine de maddi karşılığının nakit olarak ödenmemesi sebebiyle buna da tam anlamıyla kamulaştırma demek güçtür⁵⁰⁶. Ayrıca İdare Hukuku'ndaki "trampa yoluyla kamulaştırma" ise pek çok yönden bu duruma uygun olsa da yine kamulaştırma karşılığının malike; riskli alanın, rezerv yapı alanı ile takas edilmesinde olduğu gibi aynı olarak verilmesi mümkün ise de bu durum kamulaştırma için, dönüşüm hukukunda olduğu gibi zorunlu değildir. Trampa yoluyla kamulaştırmada, kamulaştırmanın karşılığı malike aynı olarak verilebileceği gibi nakdi olarak da verilme alternatifi sunulmaktadır. Yani her

⁵⁰⁶ Kamulaştırma ölçütleri için bkz s.199-201.

ne kadar kamulaştırma ile ilgili olarak malikin rızası alınmasa da kamulaştırma karşılığının aynı mi nakdi mi ödeneceği konusunda trampa yoluyla kamulaştırmada malike seçimlik hak sunulmuştur. Nitekim bu durumu düzenleyen Kamulaştırma Kanunu m. 26 “*mal sahibinin kabul etmesi halinde kamulaştırma bedeli yerine, idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan taşınmaz mallarından, bu bedeli kısmen veya tamamen karşılayacak miktarı verilebilir*” demiştir. Malik karşılığın aynı olarak verilmesini kabul etmezse karşılık, nakdi olarak anayasada belirlenen usuller dairesinde ödenir. Bu yönden rezerv yapı alanları ile ilgili bu duruma trampa yoluyla kamulaştırma yerine “kamulaştırma benzeri işlem”⁵⁰⁷ denilebilir.

Kamulaştırmalardaki sürecin uzunluğuyla ya da bedel anlaşmazlıkları ile uğraşmak istemeyen idarenin bir başka özel hukuk aracı olan malikle anlaşarak mal alım-satım sözleşmesi ile taşınmazı satın alma yöntemine başvurduğu görülmüştür. Ayrıca Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, ARAADHK m. 6/5 (b)’de kendisine tanınan önalım hakkını⁵⁰⁸ da kullanabilmektedir. Bunun en önemli örneği ise İstanbul Fikirtepe’deki kentsel dönüşüm projesidir⁵⁰⁹. Bu noktada her ne kadar yasal önalım hakkı çerçevesinde idare malikin rızasını almadan taşınmazı satın alıyor olsa da, yasal önalım hakkı özel hukuk anlamında buna cevaz vermektedir ve bu durum ARAADHK’da belirtilen önalım hakkını bir özel hukuk enstrümanı olmaktan çıkarmaz. Elbette ki idare bu hakkını TMK’da belirlenen sınırlar içerisinde kullanmalıdır. Böylece zaten taşınmazını bir üçüncü kişiye satacak olan malik, taşınmazını aynı şartlarda devlete sattığı durumda, ne aynı haklarıyla ne de ekonomik menfaatleriyle ilgili mağdur olmayacaktır.

Dönüşüm hukuku ile ilgili kamunun elindeki bir diğer özel hukuk enstrümanı ise “imar hakkı transferi” veya bir diğer adıyla “yapılanma hakkının devri”dir. Anglo-amerikan kökenli ve hukukumuzda ABD’ndeki imar uygulamalarından ithal olarak son yıllarda kazandırılan imar hakkı transferi, ne tam anlamıyla İdare Hukuku’ndaki kamulaştırmaya ne de dönüşüm hukukundaki riskli alanla rezerv yapı alanlarının takas

⁵⁰⁷ Karaman, Buket, Acele Kamulaştırma, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, (2015), s.18,49.

⁵⁰⁸ Bkz s.42

⁵⁰⁹ Emlakkulisi.com, (5.11.2014), “Fikirtepe Kentsel Dönüşümde Önalım Hakkı”, <https://emlakkulisi.com/fikirtepe-kentsel-donusumde-onalim-hakki/306010>, 23.08.2021.

edilmesine uymaktadır. Çünkü imar hakkının transferi durumunda malik, taşınmazın üzerindeki mülkiyet hakkını tamamen kaybedebileceği gibi, mülkiyet hakkına dayalı olarak sahip olduğu tasarruf yetkisini kısmen veya tamamen kaybedebilmektedir. Söz konusu tasarruf yetkisinin kısmen kaybı ise, kamu lehine sınırlı aynı hak tesisi değildir. Burada kastedilen malikin tasarruf yetkisi kapsamında sahip olduğu malın biçimini değiştirebilmesi, taşınmaz açısından ise mülkiyet hakkına dayalı olarak taşınmazda yapacağı değişikliklerin kanun temelinde olarak çeşitli gerekçelerle sınırlandırılmasıdır⁵¹⁰.

Bunun en tipik örneği ise hukukumuzda 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda *"yapılanma hakları kısıtlanmış tescilli taşınmaz kültür varlıklarına veya bunların koruma alanlarında bulunan ya da koruma amaçlı imar planlarıyla yapılanma hakları kısıtlanan taşınmazlara ait mülkiyet veya yapılanma haklarının kısıtlanmış bölümünü, imar plânlarıyla yapılanmaya açık aktarım alanı olarak ayrılmış, mülkiyetlerindeki veya üçüncü şahıslara ait alanlara, aktarımdan yararlanacak öncelikli hakları belirleyerek bir program dahilinde aktarmaya, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediyeler, bunların dışında valilikler yetkilidir"* ifadesiyle yer bulan m. 17/1(c)'dir.

ARAADHK kapsamında imar hakkı transferi ise Uygulama Yönetmeliği m. 15/11'de düzenlenmektedir. Buna göre uygulama alanı yapılaşmaya elverişli olmadığından ya da mevzuat izin vermediğinden malikler, taşınmazları üzerinde yapılanma haklarını kullanamıyorsa bu durumda yapılanma haklarını kendilerine gösterilecek yapılaşmaya müsait bir başka arsa üzerinde kullanabilirler.

Bu anlamda imar hakkı transferi, değeri sermaye piyasası kurulunca onaylı gayrimenkul değerlendirme şirketlerince belirlenen yapılanma hakkının, bu değer üzerinden yazılı menkul kıymete dönüştürülerek belgeler düzenlenmesi ve bu belgelerin yapılanma hakları kısıtlanmış alan olarak gösterilen ve tapuda bu konuda şerh düşülen alanlardaki taşınmaz sahiplerinden hak sahibi olanlara verilmesidir. Söz konusu bu durumda yapılanma kısıtlaması geçici olmak kaydıyla mülkiyet malikte

⁵¹⁰ Aynural Melike Sevim, İmar Hakkı Transferinin Hukuki Rejimi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s.4, 14-16, 81-82.

kalmaktadır. Buna karşılık yapılanma hakkı kısıtlaması kesinleşerek tamamının menkul değere dönüştürülmesi durumunda mülkiyet idareye geçmektedir⁵¹¹. Gayrimenkulü menkulleştirme konusuna daha ayrıntılı olarak "gayrimenkul sertifikası" başlığı altında değinilecektir.

2.4.6. Yıkım Öncesinde Arsa Sahibi ile Üzerindeki Yapı Sahibinin (veya Lehine Şerh Olanın) Farklı Kişiler Olması Sorunu

Türk hukukunda taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır: Araziler, tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kaydedilen bağımsız bölümler (TMK m. 704). Yani bir arazi üzerine inşa edilmiş bir yapının kendisi hukuken bir taşınmaz olarak kabul edilmez. Genel kural bu olmakla birlikte aksi kararlaştırılmadıkça devredilebilen kişiye bağlı bir irtifak hakkı olan üst hakkında, bir başka kişinin arazisindeki kaçak yapılaşmada veya KMK'ndaki bağımsız bölümlerden her birinde olduğu gibi bu genel kuralın istisnaları vardır.

Bu istisnalar, yapının arazi malikinden başka bir kişiye ait olabileceği iddiasına dayanmaktadır. Böyle bir durumda, gerek ARAADHK m. 6 ve gerekse de Uygulama Yönetmeliği m. 15'de işaret edilen maliklerce uygulama yapılması esası kapsamına kimi alacaktır? Üst arza tabi(taşınmazın dikey kapsamı)⁵¹² kuralı gereği arazi maliki mi, yoksa bu kuralın istisnasındaki yapı maliki mi uygulamanın yapılmasına karar verecektir?

Bu kuralın istisnaları "malik sıfatıyla zilyet" olarak değerlendirilebilir⁵¹³. Malik sıfatıyla zilyet ise bir eşyayı malik olduğu iddiasıyla fiili hakimiyetinde bulunduran kişidir⁵¹⁴. Burada zilyedin gerçekten malik olup olmadığı önemli olmadığı gibi, zilyetliğinin hukuka uygun ya da hukuka aykırı olması da önem arz etmemektedir. O halde burada kastedilen mülkiyet, hukuki anlamda bir mülkiyetten ziyade ekonomik anlamda bir mülkiyettir. Ekonomik mülkiyet kavramı ise mevzu hukukumuzda henüz

⁵¹¹ Aynural, 2020, s.87-88; Yamak, Yalçın, "İmar(Yapılanma) Haklarının Devri: Model-Uygulama Alanları ve Sonuçlar" Planlama Dergisi, 2006(1), (2006), s.71.

⁵¹² Bkz. s. 299

⁵¹³ Bkz s.161

⁵¹⁴ Ayan, C.I, 2015, s.68; Sirmen, 2019, s.50.

yansımış bir kavram olmayıp Alman Hukuku kökenli⁵¹⁵, doktrinde tartışmalı bir konudur. Yine de bazı Yargıtay kararlarında yer almıştır⁵¹⁶. Bu durumda dönüşüm hukukumuzda maliklerce uygulama yapılması esastaki malik kavramı eşyayı tasarruf yetkisini içeren hukuki mülkiyetten gelmektedir⁵¹⁷.

2.4.6.1. Üst Hakkı Sahiplerinin Durumu

Üst hakkı her ne kadar kendisi bir irtifak hakkı olsa da dönüşüm hukuk açısından değerlendirildiğinde diğer sınırlı ayni haklardan farklı özellikler gösterdiği açıkça görülebilir. Sınırlı ayni haklar; sahibine eşya üzerinde en geniş yetkiler veren, mutlak hak olan mülkiyet hakkının sahibine sağlamış oldu kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkililerinden en çok ikisinin bağımsızlaştırılarak bir üçüncü kişiye

⁵¹⁵ § 39 Abs. 1 Abgabenordnung (AO); Alman Federal Mahkemesi, 21.12.2017 (Aktenzeichen IV R 56/16 und IV R 55/16).

⁵¹⁶ “3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 1. maddesi ile finansal kiralama münasebetinin "finans sağlamaya" yönelik bir tip sözleşme olduğu amaçlanmıştır. Bu tür sözleşmede; finansman şirketi sözleşmeye konu malın hukuki mülkiyetini muhafaza ederken, ekonomik mülkiyet ve zilyetlik, malı teslim alan kiracıya geçmektedir.”(Yargıtay HGK 2008/21-535 E., 2008/586 K.); “Taraflar arasındaki uyuşmazlığın özel Yasa olan 6361 sayılı Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu (...) hükümleri uyarınca çözümlenmesi gerekmektedir.

Finansal Kiralama Sözleşmesinin tanımı Yasanın 3. ve 18. maddelerinde yapılmıştır.

Yasanın 3/ç maddesinde; “Finansal Kiralama: Bir finansal kiralama sözleşmesine dayalı olmak koşuluyla, bu Kanun veya ilgili mevzuatı uyarınca yetkilendirilen kiralayan tarafından finansman sağlamaya yönelik olarak bir malın mülkiyetinin kira süresi sonunda kiracıya devredilmesi; kiracıya kira süresi sonunda malın rayiç bedelinden düşük bir bedelle satın alma hakkı tanınması; kiralama süresinin malın ekonomik ömrünün yüzde sekseninden daha büyük bir bölümünü kapsamaması veya finansal kiralama sözleşmesine göre yapılacak kira ödemelerinin bugünkü değerlerinin toplamının malın rayiç bedelinin yüzde doksanından daha büyük bir değeri oluşturması hâllerinden herhangi birini sağlayan kiralama işlemi, ifade eder.”

Yine aynı Kanunun 18. maddesinde ise şöyle tanımlanmaktadır.

“Finansal kiralama sözleşmesi

Finansal kiralama sözleşmesi; kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğu bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşmedir.” hükmüne yer verilmiştir.

Finansal kiralama sözleşmesinin ana amacı kiracıya kredi kullandırmaktır. Bu ana unsur dışında kiracının kiralama dönemi sonunda finansal kiralamaya konu malı satın alma hakkı gibi bazı unsurları da bünyesinde bulunduran kendine özgü yapısı ve unsurları bulunan bu tür sözleşmelerin kullandırma amacı taşıyan sözleşmelerden sayılması gerektiği kabul edilmektedir.

Yukarıda belirtilen madde hükümleri uyarınca **finansal kiralama ilişkisinde kiracı malın zilyetliğini ve ekonomik mülkiyetini elinde bulundurmamakla birlikte malın hukukî maliki sözleşme süresi içerisinde halen kiralayan finansal kiralama şirkettir.**” (Yargıtay19.HD 2016/9510 E.,2017/2268 K.); Yukarıda belirtilen madde hükümleri uyarınca finansal kiralama ilişkisinde kiracı malın zilyetliğini ve ekonomik mülkiyetini elinde bulundurmamakla birlikte malın hukukî maliki sözleşme süresi içerisinde halen kiralayan finansal kiralama şirkettir. (Yargıtay19.HD 2016/15425 E., 2018/5323 K).

⁵¹⁷ Bkz s.222-223, 232

özgülenmesi ile ortaya çıkan mutlak haklardır⁵¹⁸. Birer sınırlı ayni hak türü olan irtifak hakları ise mülkiyet hakkının sahibine sağlamış olduğu üç yetkiden, sadece kullanma veya hem kullanma hem yararlanma yetkilerinin bir arada bir üçüncü kişi veya eşyaya özgülenmesi ile tecessüm etmektedir⁵¹⁹.

Yine hem bir sınırlı ayni hak ve hem de bir irtifak hakkı türü olan üst hakkı ise, sahibine, başkasına ait bir yapıyı kullanıp, o arazide bir yapı inşa ederek veya mevcut bir yapıyı muhafaza ederek ona malik olma imkanı sağlayan kişiye bağlı bir irtifak hakkıdır. Üst hakkı aksi kararlaştırılmadıkça devredilebilen ve mirasçıya geçebilen kişiye bağlı bir irtifak hakkı olması sebebiyle hukukumuzda, aksi kararlaştırılmadığı sürece "bağımsız bir hak" niteliğine sahip olduğu kabul edilmektedir⁵²⁰. Yani üst hakkı aksi kararlaştırılmadıkça içinden türemiş olduğu mülkiyet hakkından bağımsız olarak tasarruf edilebilmektedir.

Üst hakkının diğer bir önemli niteliği ise en az 30 yıllık süre için kurulduğu takdirde "süreklilik" niteliğine sahip olmasıdır. Yukarıda belirtildiği üzere bir hak bağımsız ve sürekli olma niteliklerine sahip olması durumunda hukukumuzda taşınmaz olarak kabul edilen üç sùjeden biri olarak değerlendirilmekte ve kendisi ile ilgili tapu kütüğünde ayrı bir sayfa açılmaktadır.

Bunun anlamı, üst arza tabidir kuralının istisnası olarak arazi üzerindeki yapı ile arazi maliklerinin ayrı kişiler olmasıdır. Yani arazi maliki kendi arazisine malik olurken, üzerinde bulunan yapı üst hakkı sahibine ait olacaktır. Mevcut yapısıyla dönüşüm mevzuatı böylesi bir durumda kargaşaya yol açacakken, gerek ARAADHK m. 6'daki "parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır" ifadesi ve gerekse de Uygulama Yönetmeliği m. 15'teki "öncelikle maliklerce uygulama yapılması esastır" ifadeleri geniş yorumlanmak sureti ile sorun aşılmıştır. ARAADHK m. 6'daki ifade parsel sahibi olarak geçmektedir. Yani parsel sahibinden kasıt, arsa malikidir. Buna karşılık maddenin ilk cümlesinden, bu parsellerin üzerindeki yapılar yıkılarak arsa haline getirilmiş parseller olduğu anlaşılmaktadır. Uygulama Yönetmeliği, m.

⁵¹⁸ Oğuzman/Barlas, 2015, s.145; Sirmen, 2019, s. 519.

⁵¹⁹ Antalya/Topuz, 2016, s.113-115; Esener/Güven, 2019, s. 62.

⁵²⁰ Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s.175-176; Sirmen, 2019, s. 570-571; Esener/Güven, 2019, s. 482.

15/A'da uygulama kararına katılmayan muhalif oy sahibi maliklerin paylarının satışı ile ilgili, yapının yıktırılmış olması şartı aranmıştır. Bu da uygulama kararının alınabilmesi için yapının yıktırılmış olmasının gerekmediğini göstermektedir. O halde ARAADHK m. 6'daki üzerindeki yapı yıktırılan parsel maliki değil de henüz üzerindeki yapı yıkılmamış ve üst hakkı ile sınırlandırılmış bir taşınmazla ilgili uygulama kararını kimin alacağı tartışmalıdır. Bu kararı üst hakkı sahibi mi yoksa parsel sahibi mi alacaktır. Bu noktada Uygulama Yönetmeliği m. 15'teki "öncelikle maliklerce uygulama yapılması esastır" ifadesi açıklayıcı olmaktan uzaktır.

Özel hukuktaki kıyas imkanına müstenit bu konuya çözüm bulmak mümkündür. Uygulama Yönetmeliği bize bu konuda yardımcı olmasa da, ARAADHK'daki "parsel maliki" ifadesi konuya müteallik yol göstericidir. Bu yol göstericilik, yıkım sonrası uygulama kararının parsel maliki tarafından alınmasından yola çıkarak, yıkım öncesinde de karar alacak malikin, parsel maliki olduğuna kıyas yolu ile ulaşabilmede kendisini göstermektedir. Bu noktada arazinin asıl malikinin hakkı, yapının üst hakkına dayalı mülkiyet hakkına göre öncelik gösterir. Elbette üst hakkı sahibi de yapı maliki statüsüne dayanarak tespit yaptırtabilir fakat yaptığı anlaşmanın üst hakkının vermiş olduğu yetkiler kapsamında olması gerekir. Ezcümle gerek yıkım öncesi, gerek yıkım sonrası uygulama kararı alacak kişi, parsel sahibi gerçek ya da tüzel kişi ya da kişiler ile bunların kanuni veya uygulama kararı almaya özel vekalet sahibi iradi temsilcileridir.

Uygulama Yönetmeliği riskli yapının tespitine ve itiraza ilişkin m. 7'de gösterilen, bildirilen riskli yapı tespit raporunun ilgili tapu müdürlüğü tarafından muhataplarına tebliği ile ilgili süreçte bu muhatapın kimler olduğu sayılmıştır. Bu noktada m. 7/5'teki şu ifade dikkat çekmektedir: *"Arsa paylı tapularda, arsa üzerindeki riskli yapının arsa malikleri dışındaki bir başkasına ait olması durumunda müdürlükçe tapu müdürlüğüne bildirilecek yapı sahibine; arsa üzerinde birden fazla yapı olması ve riskli yapının arsa maliklerinden sadece bazılarına ait olması durumunda ise sadece riskli yapının sahibi olan arsa hissedarlarına ve ilgili ayni ve şahsi hak sahiplerine tebligat yapılır"*. Cümlede geçen "arsa paylı tapu" ifadesi arazi üzerindeki paylı mülkiyet rejimini ifade etmektedir. Söz konusu cümle yıkımdan önce arazi malikleri dışında, arazi üzerindeki yapıya malik olan yani taşınmaza "malik

sıfatıyla zilyet" olan kişilerce uygulama kararı alınıp alınamayacağı konusunda kafa karışıklığına yol açmış olsa da yönetmeliğin ilgili maddesinin sadece riskli yapı tespit raporu tebligatının kimlere yapılacağına ilişkin bir düzenleme olması sebebiyle, yıkımdan önce de uygulama kararının parsel malikleri tarafından alınmasına engel oluşturacak bir düzenleme değildir.

Uygulama kararı parsel maliklerince alınacaksa yapının riskli olduğunun tebligatının böyle istisnai bir durumda neden sadece yapı malikine yapılacağı sorusu sorulabilir. Yönetmelik düzenleyen makamın buradaki amacının süreci hızlandırmak olduğu ve yapının riskli olduğu ile ilgili asıl bilgilendirilmesi gereken kişileri, yapıya malik sıfatıyla zilyet olan kişiler olarak gördüğü açıktır.

Cümlede eleştirilebilecek bir başka nokta ise arazi malikinden başkasına ait riskli yapı ile ilgili tebligat yapılması durumunun yönetmeliğe göre neden sadece arazinin paylı mülkiyet rejimine tabi olduğu durumlarda söz konusu olduğudur. Burada yönetmeliği yapan makamın gözden kaçırdığı konu ise üst hakkı başta olmak üzere malik sıfatıyla zilyet, yalnızca birlikte mülkiyet durumlarında değil tek mülkiyet durumunda da mümkün olabilmektedir. Elbette bu durum da üst hakkı sahibine taşınmazla ilgili uygulama kararı alma yetkisi vermemektedir.

2.4.6.2. İskansız, Kaçak Yapı ve Gecekondü Sahiplerinin Durumu

Medeni Hukuk açısından sade bir şekilde mülkiyet hakkının içinde belirlenen "yapılanma hakkı"(imar hakkı) taşınmazlarda mülkiyet hakkının sahibine verdiği yetkilerden tasarruf yetkisi içinde değerlendirilmiştir⁵²¹. Bununla birlikte "yapılanma" bir hak olduğu kadar bir özgürlük olarak da değerlendirilir ve kolektif bir anlam kazanır. Bu yönüyle bir taşınmaz üzerinde yapılanma hakkı olan bir kişi bu hakkını, özel hukuktan kaynaklanan mülkiyet hakkı temelinde ve onun yanında kamu hukukuna ilişkin prosedürleri yerine getirerek imar ve ıslah amaçlı düzenlemelere uygun davranarak kullanabilir.

⁵²¹ Aksoy, Mehmet Ali, Kürşat Yalçın, Emine Ebru Aksoy, "İmar Hakkı Transfer Sistemi ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi" Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 12(3), (2019), s.442.

Kamu hukuku açısından, belediye ve mücavir alanda bulunan bir yapının kullanılabilir hale gelmesi için ruhsat prosedürü bakımından iki temel aşamayı geçmesi gerekir. İlk aşama inşaatla başlamadır ki bunun için öncelikle “yapı ruhsatı” ya da diğer bir adıyla “inşaat ruhsatı” alınması gerekir. Diğer aşama ise inşaat sonrası iskan, işyeri gibi çeşitli amaçlarla yapıyı kullanabilme amacıyla alınacak olan izni temsil eden “yapı kullanma ruhsatı”dır. Her iki ruhsat için de taşınmaz maliki ilgili belediye veya valiliklere başvurmalıdır.

Yapı kullanma ruhsatı alınabilmesi için 2 yıl içinde inşaatla başlanmalı, inşaatla başladıktan sonra en geç 5 yıl içinde tamamlanmalıdır. İmar mevzuatına aykırı ve söz konusu bu ruhsatlara sahip olmayan bir yapı, üzerinde bulunduğu arsa aynı kişinin mülkiyetinde de olsa kamu hukuku açısından kaçak kabul edilmektedir. Bunun gibi Hazine, belediye, İl Özel İdaresi veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idare ettiği taşınmazlar ile üçüncü kişilere ait özel mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde yapılan yapılar da kaçak kabul edilmekte, fakat bunlar gecekondular olarak adlandırılmaktadır⁵²².

Kaçak yapılarla ilgili olarak kanun koyucu ARAADHK kapsamında kaçak yapı sahiplerine kazanılmış hak tanımaktan özenle kaçınmıştır. Bunu imar affı, gecekondular mevzuatı gibi diğer alanlara terk edilmesi ve yer yer bu mevzuatlara ARAADHK’da atıf yapılmış olması hukuk tekniği açısından doğru olmuştur. Ayrıca bu durum olası kargaşayı engellemiştir.

Özellikle riskli yapı, riskli alan ve rezerv yapı alanlarının tahliyesi ile ilgili süreçte ARAADHK, malikleri muhatap almıştır. Buradaki malikten kasıt, arsa maliki ile yapı malikinin farklı kişiler olması durumunda, yapı malikleridir. Gerek ARAADHK gerekse Uygulama Yönetmeliği; malik ya da malikler ile kiracı ve taşınmazı kullanan sınırlı ayni hak sahipleri dışında taşınmazı kullanan kişileri, şahsi veya ayni hak sahipleri olarak kategorize etmek yerine "kullanmakta olan kişiler" deyimini kullanmayı tercih etmiştir. Bu şekilde malik sıfatıyla zilyetler dahil bütün şahsi ve ayni hak sahipleri kapsama dahil edilmiştir.

⁵²² 3290 Sayılı Kanun ile Bazı Maddeleri Değiştirilen ve Bazı Maddeler Eklenen 2981 Sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 4,8.

Bu noktada ARAADHK m. 5, yapıları kullanan kişilerle, tahliye için anlaşma yapılmasını öngörmüştür. Bu kapsam içine elbette iskansız ve kaçak yapı (gecekondular dahil) sahipleri de girmektedir. Anlaşma ile tahliye olması durumunda bu kişilere aynı madde, kira yardımı yapılmasını, enkaz bedeli ödenmesini veya bankalardan kullanacakları kredilere dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanmak üzere faiz desteği verilmesini düzenlemiştir. Tahliye süreci dışında ise taşınmazda yapılacak dönüşüm uygulamaları ile ilgili bu kişiler sürece dahil edilmemiştir. Yukarıda belirtildiği üzere parsel malikleri muhatap alınmıştır.

Bu anlamda iki kaçak yapı türünden birincisi olan taşınmazın maliki olup özel hukuk anlamında yapılanma uygulamasında herhangi bir problem olmayan fakat kamu hukuku açısından engeli olan kişiler, zaten riskli yapı yıkılacak ise yıktırıp imar mevzuatına ve doğal afet standartlarına uygun olarak inşa etmeli ya da yapının güçlendirilerek ıslah edilmesi gerekiyorsa imar mevzuatına uygun olarak ıslah etmelidir. Prosedür için, yine ARAADHK ve Uygulama Yönetmeliği'ndeki, uygulama ile ilgili aynı şartlar geçerli olacaktır. Bu açıdan bakıldığında ARAADHK onlar için özellikli bir durum teşkil etmemektedir.

İkinci olarak gecekondulara yapılacak yardım ise ARAADHK m. 6/3'te TOKİ ve idareye verilen takdir yetkisi ile ve 775 sayılı Gecekondular Kanunu da sayılan imkanlarla sınırlandırılmıştır. Bunun dışında ARAADHK gecekondulara sahiplerine herhangi bir hak sahipliği sağlamamaktadır. Ancak “tapu tahsis belgesi” olan gecekondularda, Uygulama Yönetmeliği m. 7/2(a)'ya göre yapının risk tespitinin gecekondulara sahibince yapılması gerekmektedir.

Tapu tahsis belgesi; 1984 yılında çıkarılan 2981 sayılı “İmar ve Gecekondular Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”un 1986 yılında değiştirilen m. 14/1(f) hükmü gereği, 1985 tarihinden önce yapılan gecekondular için belediye, Hazine, İl Özel İdaresi veya Vakıflar İdaresine başvurmaları ve şartları taşımaları halinde nihai amaç olarak gecekondulara sahiplerine tapuları verilinceye kadar gecekondular yapıları üzerinde aynı hak sağlayan resmi bir belgedir.

Tapu tahsis belgesi ilgili kurumca verilip gecekondunun bulunduğu taşınmazın tapudaki ilgili sayfasına işlenmek üzere tapu müdürlüğüne bildirilir.

Her ne kadar tapu tahsis belgesinin mülkiyet hakkı vermediği savı ileri sürülüyor olsa da, özel hukuk anlamında mülkiyet hakkının verdiği yetkilerden her üçünü de(kullanma, yararlanma, tasarruf) sağladığı göz önünde bulundurulduğunda farklı bir durumun hatta bir sınırlı ayni hakkın verilmiş olduğu bile düşünülemez. Şu durumda tapu tahsis belgesi, sahibine “tam ayni hak” olan mülkiyet hakkı vermese de benzer bir yetkiler sağlamaktadır. 2981 sayılı kanun eğer şartlar taşıyorsa, öncesinde tapu tahsis belgesi verilmiş olması zorunluluğu olmadan doğrudan tapu tescili yapılmasının da önünü açmıştır.

2981 sayılı Kanun, ARAADHK’un ilga edici m. 23 hükmü uyarınca yürürlükten kaldırılmış da olsa kazanılmış hak sahiplerinin hakları korunmuş, 2023 yılına kadar tapu başvurusu için süre uzatılmıştır. Kanunun nihai amacının hak sahiplerine mülkiyet hakkı sağlayan tapu tescili olması, taşınmazı kullanma imkanının yanında üçüncü kişiler lehine şahsi hak sağlama imkanı vermesi, işyeri ve konut için gerekli kamu hizmeti aboneliklerine imkan sağlaması ve nihayet tasarruf yetkisi anlamına gelen ve ilgili mülga yasa m. 9’da belirtilen üçüncü kişilere satış ve devir ile satış vaadi işlemlerinin geçerli kabul edilmesi tapu tahsis belgesinin Medeni Hukuk anlamında mülkiyet hakkı veren, tapu belgesinden bir farkı olmadığını göstermektedir.

Tamamı izinsiz yapı olarak adlandırılabilir olan kaçak yapı ve gecekondular imar mevzuatı ve taşınmazın bulunduğu yerde yapılacak olan ıslah beyanlarına uygun olarak korunabilecek veya ıslah edilip korunabilecekse hak sahiplerine ruhsat ve tapuları hemen verilirken, ıslah planlarına göre yeminli özel teknik büroları önce yapılan değerlendirme sonunda korunması mümkün olmayan yapıların ıslah planlarına uygun olarak yeniden inşa edilmesi ile ilgili uygulama, tapu tahsis belgesi sahibine aittir. Yine ARAADHK’da düzenlenmiş olan rezerv yapı alanı da benzer şekilde gerek mülga 2981 sayılı Kanun gerekse Gecekondular Kanunu’nda şartları taşıyan hak sahiplerine farklı bir gecekondular ıslah ve önleme bölgesinde arsa veya arsa payı verilerek sorunun çözümlenmesi amaçlanmıştır.

Sanayi hamleleri ile 1960'larda Türkiye'de artan köyden kente göç hareketi ile patlak veren konut ihtiyacı ve gecekondur sorunu 1966 tarihinde çıkarılan 775 sayılı Gecekondur Kanunu ile aşılmaaya çalışılmış olsa da günümüzde hala süregelen çözölmesi gereken bir sorundur. Bu sorun ARAADHK kapsamında afet riski sebebiyle yapılan kentsel dönüşümü de yakından ilgilendirmektedir ki bahsi geçen gecekonduların çoğu depreme karşı yetersiz yapılardır. Gecekondur Kanunu gereğı kanunun yürürlük tarihinden önce yapılan kamu kurum ve kuruluşları ile diğör özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine ait araziler üzerinde bu kanundaki tabiriyle izinsiz yapılar belli şartları taşıyarak gecekondur sahiplerine satılabilecektir. Bu kanunun yürürlüğe girdiğı tarihten sonra yapılan bu tarz izinsiz yapılar ise Gecekondur Kanunu m. 18 gereğı kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine ait araziler üzerine yapılanlar herhangi bir başka karar veya prosedüre gerek olmaksızın belediye veya kolluk güçlerince derhal yıkılabilmektedir. Kanun koyucu böylece gecekondulaşmayı önlemek adına bu usulü kolaylaştırmıştır.

Ancak özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine ait araziler için malik veya malikler, ilgili makama başvurarak mülkiyet durumlarını ispatladıktan sonra bu yoldan yararlanabilmekte, aksi takdirde ancak TMK'daki zilyetlik koruyucu dava yoluyla arazilerinin zilyetliğini iade alma imkanları bulunmaktadır. Zilyetliğin genel hükümlere göre idari yoldan korunması ile ilgili azami yasal sürenin, kanunun yürürlüğe giriş tarihi esas alınarak sona ermiş olduğı göz önünde bulundurulduğunda kanunun yürürlüğe giriş tarihinden önce yapılmış olan yapılar için zaten başvurulması mümkün olan bir yol değildir. Arazi zilyetliğinin malikin kendi hakkını koruma yoluyla kuvvet kullanarak geri alması ise yapının konut olarak kullanıldığı durumlarda konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşturabileceğı için ceza hukuku anlamında özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinince başvurulmaması gereken bir yoldur.

Üzerinden bu kadar uzun bir süre geçmesine rağmen kanun kapsamındaki taşınmazların çokluğu dikkate alındığında bu tarz yapıların hala hukuk sistemini zorlayan bir konu olduğı açıktır. Süreç öncelikle ilgili kanun m. 16 uyarınca gecekondur ıslah ve tasfiye alanlarının tespiti ile başlamakta, ıslah ve tasfiye alanları kamu hizmetine ayrılan alanlar gibi istisnalar hariç olarak, belirlenen kamu kurum ve kuruluşlarına ait araziler, ilgili belediyenin mülkiyetine devredilmektedir. Belediye ve

mücadir alan dışındakiler de m. 35 gereği Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ve TOKİ'nin takdir yetkisi kapsamında en yakın belediyeye verilebilmektedir. Fakat bunlar için gecekondur kanunu hükümlerinin uygulanabilmesi bununla ilgili alınacak Cumhurbaşkanlığı kararına bağılıdır. Bundan sonra belediyelerin mülkiyetindeki bu arazilerin hak sahiplerine satılması aşamasına geçilmektedir.

Bu araziler gecekondur alanlarının ıslahı ve tasfiyesi sebebiyle açıkta kalacak olan vatandaşlara verilmektedir ki bunun için bu kişilerin taşınmaları gereken şartlar Gecekondur Kanunu Uygulama Yönetmeliği m. 7'de gösterilen yoksul veya dar gelirli olması, kendisi veya eşi veya ergin olmayan çocuğunun herhangi belediye sınırı içinde bir taşınmazının yani arazi veya bağımsız bölümünün bulunmaması gerekmektedir.

Kanun ve yönetmeliğin terminolojisinden ve Gecekondur Kanunu m. 5'teki “yeniden teşkil edilecek önleme bölgelerinde” ifadesinden, gecekondur sahibine satılacak arazinin mutlaka gecekondunun bulunduğu arazi değil bir başka yerde bu amaçla ayrılan başka bir arazi veya burada yaptırılacak yapı veya bağımsız bölüm olabileceği anlaşılmakta, buralar ıslah ve tasfiye sahası değil “önleme bölgesi” olarak adlandırılmaktadır.

Gerek ıslah ve tasfiye sahası, gerekse önleme bölgesinde yeni yapılacak projeler ile ilgili TOKİ tarafından özel mülkiyetteki taşınmazların satın alınmasına veya kamulaştırılmasına karar verilebilmektedir. Proje uygulaması sonrası ortaya çıkacak yeni taşınmazların hak sahiplerine satış bedelleri valiliklerce belirlenmekte, TOKİ'nin onayından geçerek kesinleşmektedir. Gecekondur Kanunu Uygulama Yönetmeliği uyarınca satış bedelinin 1/10'unu veren kişiler, kalan borcunu 9 yılda taksitler halinde ödeyebilmektedir. Söz konusu bedelin tamamı ödenmeden satılan taşınmazlar devir veya temlik edilememektedir; rehin veya aynı hakları sınırlandırılmamakta, hakkında taşınmaz satış vaadi yapılamamakta, ortaklığın giderilmesine konu olamamakta, kanunda sayılan istisnalar dışında haciz edilememektedir.

Gecekondu sahiplerine konut, arazi veya nakdi karşılığı verilinceye kadar yıktırılamamaktadır. Gecekondu kiralıcı olarak oturanlar için ise; idarenin takdirine bırakılan arazi tahsis veya konut temin edilinceye kadar kanun kapsamında bulunan bu gecekondu sahiplerinin yıktırılması yasaktır. Uygulama Yönetmeliği'ne göre asıl olan taşınmazın hak sahiplerine TBK hükümlerine göre kiralanması olup, inşaat ruhsatı için tahsis belgesi, satış vaadi, kira belgesi yeterli görülmüş; tapu bulunması zorunlu tutulmamıştır. İşyeri olarak kullananların bu kanun hükümlerine tabi olması ise yine idarenin takdirine bırakılmıştır. Satış veya kira dışında başka şekilde değerlendirmesi mümkün olan taşınmazlar hakkında yönetmelik TOKİ'nin takdir yetkisi olduğunu düzenlemiştir.

Korunması mümkün olmayan gecekondu ile imar ve ıslah planlarına göre korunması veya düzeltilerek korunması mümkün olanlar, kendilerine bildirilmesinden itibaren en geç 2 yıl içinde yapıları planlara uygun hale getirmelidir. Gecekondu sahipleri ise bu yapıları, enkazları kendilerine ait olmak üzere yıkmalıdır. Yıkmadıkları takdirde yıkım işlemi, masrafı %10 fazlası ile gecekondu sahiplerinden alınmak üzere belediye ekiplerince yapılmalıdır.

Uygulamaya gelince, öncelikle gecekondu sahiplerine yapılarını yenilemeleri veya imar ve ıslah planlarını uygun hale getirmeleri için teknik destek yanında uzun vadeli kredi ve ayni yardım yapılabilir. Gecekondu Kanunu Uygulama Yönetmeliği m. 32'ye göre inşaat uygulama projesi, detay resmi, teknik bilgi ve kontrol karşılıksız ilgili belediye tarafından yapılabilir. Gecekondu Kanunu m. 27 ve onun Uygulama Yönetmeliği m. 15'e göre konut kredisi kullanılacaksa bu tarihten, kullanılmayacaksa tapu tarihinden itibaren bir yıl içinde inşaat ruhsatı alıp inşaat başlanmalı ve 2 yıl içinde "bir konutun bir ailenin asgari şartlarla barınmasını temin eden bir yaşama ve yatma bölümü ile iş gruplarından meydana gelen kısmı" anlamına gelen nüve yapıyı tamamlamalıdır. Bunların yanında gecekondu sahiplerince değil fakat TOKİ tarafından veya TOKİ'nin izni ile ilgili belediyeler tarafından gecekondu sahipleri için geçici konutlar, halk konutları ve nüve konutlar, proje kapsamında yapılabilir. Kanun m. 25'e göre ARAADHK'daki rezerv yapı alanlarına karşılık gelen önleme bölgelerinde yapılacak bu projelerle gecekondu sahipleri haricinde diğer konutsuz vatandaşlara da taşınmaz verilebilmektedir. Önleme

bölgelerinde, dağıtılacak olan konut veya bağımsız bölümler yönetmelik m. 9'a göre belirli bir sıraya göre dağıtılmaktadır. Bu şekilde yapılan üçlü ayırma öncelik tasfiye sebebiyle konutsuz kalacak olan gecekondü sahibi ve kiracılarıdır. Bu kişilere dağıtıldıktan sonra kalanlar, aynı kategoride değerlendirilen ıslah bölgesinde kendisi tasfiye isteyen taşınmaz malikleri ve ıslah alanı dışındaki gecekondü sahiplerine, son olarak kalanlar konutsuz vatandaşlara verilmekte veya satılmaktadır. Bunların dışında yukarıda bahsedildiği gibi Belediye Kanunu m. 73'e göre yapılacak proje kapsamında da, 2981'e göre hak sahibi olmuş kişilerle anlaşılması halinde konut verilmesi düzenlenmiştir. Hak sahibi olmayan proje alanındaki gecekondü sahiplerine enkaz ve ağaç bedelleri verilmekte veya belediye imkanları ölçüsünde kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı dışında arsa veya konut satışı yapılabilmektedir⁵²³.

Gecekondü Kanunu Uygulama Yönetmeliği'ne göre TOKİ ve belediyelerin yaptığı projelerde hak sahipleri, konut veya bağımsız bölümleri bu kurumlarla yapılacak anlaşma sonrası bedelin %25'ini yatırarak teslim alırken, en geç 2 yıl içinde ödeyerek konut veya bağımsız bölümün mülkiyetini devir alabilmektedirler. Hak sahiplerinin ortak olarak yapacakları başvurularla ilgili yönetmelik, imar planında birden fazla konut yapılmak için ayrılmış arazilere KMK hükümleri uygulanmak şartıyla diğer hak sahiplerine göre öncelik verilir. Hak sahipleri bu başvuruları konut kooperatifi olarak yapabilir.

Yıkım ve eğer hak sahibiyse yıkım sonrası uygulama işlemlerini, kendisine yapılabilecek yardımlar dışında asıl olarak gecekondü sahibince yerine getirilmesi gerekliliği yukarıda bahsedilen düzenlemelerin yanında, ıslah ve önleme bölgelerine yapılması gereken kamu hizmetleri harcamalarına katılmaları gerekliliğiyle de örtüşmektedir (Gecekondü Kanunu m. 24).

Yine 7143 sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun geçici m. 16 ile 3194 sayılı İmar Kanunu m. 16'da yapılan değişiklikle 2018 tarihinde imar barışı getirilmiştir. Söz konusu imar barışı 1984 tarihinde yapılan, yukarıda bahsi geçen 2981 sayılı kanuna

⁵²³ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru, Hüseyin Çınar ve diğerleri (12.01.2017), Başvuru No: 2014/10248. (www.lexpera.com.tr).

çok benzemekte olup bu kanunda geçen “tapu tahsis belgesi” kavramının yerini imar barışında “yapı kayıt belgesi” almıştır. Aslında her ikisi de belli bir bedel karşılığı izinsiz yapıların meşru hale getirilmesini amaçlayan imar affıdır.

Yapı kayıt belgesi; tamamen kaçak olan gecekondu ile arazi malikinin kendi arazisine imar ve ıslah planlarına aykırı yapmış olduğu yapıları birlikte kapsayan bir kavram olan izinsiz yapıların kayıt altına alınmasını ve nihai olarak gecekonduların belge sahiplerine satılarak devredilmesini amaçlayan bir belgedir. İmar barışına konu gecekondu için arazi büyük, üzerindeki yapı küçük olan taşınmazların ifraz edilerek daha küçük parçalara ayrılması ve böyle satılması, bu mümkün değilse arazinin hisseli olarak satılması Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar ile İlgili Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Tebliğ’de öngörülmüştür. Buna karşılık büyüklükten ne anlaşıldığı açık değildir, idareye takdir yetkisi tanınmıştır.

Yapı sahibinin beyanına göre düzenlenen yapı kayıt belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüme tabi tutulmasına kadar geçerli kabul edilmiştir. Bu belgeyle su, elektrik, doğalgaz gibi kamu hizmetleri geçici olarak belge sahibine sağlanmaktadır. Ayrıca inşaat ruhsatı ve yapı kullanma izni bulunmayan izinsiz yapıların, bu belgeyle ARAADHK’la uyumlu biçimde maliklerin tamamının rızası aranmadan kat mülkiyetine geçebilmesini sağlamakta ve talep etmeleri halinde cins değişikliğinin yapılabilmesi imkanı bulunmaktadır. Bunun için hak sahiplerinin yol, ibadethane, okul gibi kamu hizmeti alanlarına ayrılan yerleri terk etmeleri şarttır. Yani Hazine’ye ait sosyal donatı alanları için ayrılmış arazilerde bulunan taşınmazların malikleri bu imar barışından yararlanarak taşınmazlarının bulunduğu arazileri edinememektedir. Ayrıca bu işlemlerin tapu müdürlüğünce yapılabilmesi için, izinsiz yapının mimar tarafından hazırlanan projesi ve bu proje ile uyumlu, özel harita mühendislik büroları veya lisanslı harita kadastro büroları tarafından düzenlenen “zemin tespit tutanağı”nın tapu müdürlüğüne sunulması gerekir. İleride olası risklerin gerçekleşmesi durumunda projeyi hazırlayan mimar, zemin tespit tutanağını hazırlayan mühendis ve yapı malikleri müteselsilen sorumludur.

Yapı kayıt belgesi verildikten sonra yeni inşaat alanları eklememek şartıyla belge sahibi, yapının eksik inşaat işlerini tamamlayabilir. Yapı kayıt belgesi

sahiplerine yapı kullanma ruhsatı olmadan işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmektedir. Yapı yenilenirse İmar Kanunu geçici m. 16/10 yenilenen yapılara yürürlükteki imar hükümlerinin uygulanacağını da düzenlemiştir.

Ezcümle 2018 tarihli imar barışı kapsamında söz konusu taşınmazların, yapı kayıt belgesi sahiplerine ve külli veya cüzi haleflerine rayiç bedeli üzerinden satılması öngörülmüştür. İmar Kanunu geçici m. 16/10'da "cüzi halef" yerine kullanılan "akdi haleflerine" ifadesi; kişinin hukuken sahibi olmadığı bir taşınmazı şekil şartına uymadan el senedi ile veya fiilen, yapmış olduğu satış sözleşmesini kanunun geçerli saydığını göstermektedir. Ayrıca bu madde ve söz konusu tebliğ, izinsiz yapı olan gecekondular veya kaçak yapının depreme dayanıklılığının sorumluluğunun yapı malikine ait olduğunu söyleyerek, bu yönden ARAADHK'a örtülü atıf yapmış, yapı sahibinin arazi malikiymiş gibi risk tespitinden başlayarak dönüşüm sürecine katılmasının gerekliliğini vurgulamıştır. Nitekim ARAADHK'a göre; arazi maliki ile yapı malikinin farklı kişiler olması durumunda, risk tespitinden ve Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar ile İlgili Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Tebliği'nde belirtilen zemin tespit tutanağından yapı malikinin sorumluluğunun olması açıkça bunu gösterir.

2.4.6.3. Tarımsal Amaçlı Yapı Sahiplerinin Durumu

Riskli yapıların dönüştürülmesi ile ilgili olarak başlık açılması gereken bir diğer yapı türü de tarımsal amaçlı yapılardır. Farklı amaçlarla kullanılan nizami yapılar veya kaçak olarak kullanılan izinsiz yapıların dışında, insan elinden çıkmış olarak tarım amaçlı kullanılan yapılarda afet riski altında olması tabiidir. Nitekim özellikle yapılar için dayanıksız bir zemin olan tarım arazilerinde kurulu bulunan tarımsal amaçlı yapıların deprem dışında özellikle yağışın bol olduğu mevsimlerde sıkça su baskınları heyelan ve sel felaketine de maruz kaldığı bilinmektedir. Bu durumda, tarımsal amaçlı yapılar için ayrı bir düzenlemenin mevcut olup olmadığı, bu yapılara karşı alınacak risk tespitlerinin neler olduğu soruları önem kazanmaktadır.

Mevzuatımızda tarım amaçlı yapılar olarak geçen bu yapılar 5403 sayılı 2005 tarihli Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda, "*toprak koruma ve sulamaya*

yönelik altyapı tesisleri, entegre nitelikte olmayan hayvancılık ve su ürünleri üretim ve muhafaza tesisleri ile zorunlu olarak tesis edilmesi gerekli olan müştemilatı, mandıra, üreticinin bitkisel üretime bağlı olarak elde ettiği ürünü için ihtiyaç duyacağı yeterli boyut ve hacimde depolar, un değirmeni, tarım alet ve makinelerinin muhafazasında kullanılan sundurma ve çiftlik atölyeleri, seralar, tarımsal işletmede üretilen ürünün özelliği itibarıyla hasattan sonra iki saat içinde işlenmediği takdirde ürünün kalite ve besin değeri kaybolması söz konusu ise bu ürünlerin işlenmesi için kurulan tesisler ile Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından tarımsal amaçlı olduğu kabul edilen entegre nitelikte olmayan diğer tesisler" olarak tanımlanmıştır. Çoğunlukla belediye ve mücavir alan sınırları dışında kalan bu yapılar da her yapı gibi, gerek İmar Kanunu'na gerekse ARAADHK hükümlerine tabidir ve riskli olması durumunda ARAADHK'daki prosedürler uygulanmaktadır.

Anayasa m. 45'in devlete vermiş olduğu, tarım arazileri başta olmak üzere çayır ve meraların amaç dışı kullanımının engellenmesi görevi, kanun koyucu tarafından 5403 sayılı kanunla ayrıntılandırılmıştır. Buna karşılık yine aynı anayasa maddesinin devamında devlete verilen bir başka görev olan tarımsal üretim planlanmasına uygun şekilde bitkisel ve hayvansal üretimi arttırma görevi için tarım ve hayvancılıkla uğraşan kişilerin işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdi temininin kolaylaştırılması amacıyla 5403 sayılı kanun, asıl amacının istisnalarını muhtelif maddelerde belirtmiştir. Bunların başında da tarımla uğraşan kişilerin tarımsal amaçlı yapı ihtiyaçları gelmektedir. Nitekim Tarım Arazilerinin Korunması Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı, tanımlar başlıklı m. 3'te bağ veya çiftlik evi, "tarımsal faaliyetin yapılması için gerekli ihtiyacı karşılayacak olan ve izin verilmesi halinde tarımsal üretimi artırıcı etkisi olan yapı" olarak tanımlanmıştır.

Bu bağlamda 5403 sayılı kanun m. 14 ve Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik m. 19/1'de büyük ovalarda bulunan tarım arazilerinin amaçları dışında yani yapı yapmak amacıyla kullanılamayacağı ancak alternatif alan bulunmaması⁵²⁴ ve koruma kurullarının uygun görüşü ile tarımsal

⁵²⁴ Tarım ve Orman Bakanlığı'nın Tarım Arazilerinin Korunması Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı'na göre büyük ovalardaki tarımsal amaçlı yapı taleplerinde, talebin büyük ova dışındaki alanlardan karşılanamaması durumunda öncelikle bu amaç için planlanmış alanlardan karşılanması, buna imkan bulunmadığı takdirde tarımsal üretim potansiyeli düşük yerlerden

amaçlı yapılar için Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından izin verilebileceği öngörülmüştür.

Tarım arazileri olarak sınıflandırılan; mutlak tarım arazisi, özel ürün arazisi, dikili tarım arazisi ve sulu tarım arazilerinin de aynı şekilde farklı amaçla kullanılarak üzerinde yapı yapılması yasaklanmıştır. Buna karşılık yine istisna olarak, kanunun asıl amacı olan tarımsal arazi kullanım bütünlüğünün⁵²⁵ sağlanması amacının gerçekleştirilmesi için gereken yapı ihtiyacının sağlanabilmesi amacıyla valilik izni ile tarımsal amaçlı yapı yapılabilmesi imkanı tanınmıştır. Bu noktada asıl olan 5403 sayılı kanun m. 13'te geçen "projesine uyulması şartı", tanımlar başlıklı m. 3/o'daki "Toprak Koruma Projeleri"⁵²⁶ni ifade etmektedir. İlgili yönetmelik m. 12/6 valilik izninin idarenin takdirine bağlı olduğunu "izin verebilir" ifadesi ile belirtmiştir. Ayrıca başvuru sahibinden yönetmelik gereği farklı amaçlarla bu yapıyı kullanmayacağına dair alınan noter onaylı taahhüt, kişinin sahibi olacağı yapı üzerindeki mülkiyet hakkının sağladığı kullanma, yararlanma, tasarruf yetkilerine sınırlama getireceği ve taahhüde aykırı davranışın cezai yaptırım ile karşılaşacağı açıktır. Söz konusu taahhüdün içeriği Tarım ve Orman Bakanlığı'nın ilgili talimatı m. 12/8'de *"yapının tarımsal amaç dışında kullanılamayacağı, kamulaştırma dışında ifraz edilemeyeceği, arsaya dönüştürülemeyeceği, projesine uygun yapılacağı"* olarak belirlenmiştir. Bu anlamda idari bir tasarrufla, hak sahibinin vermeye zorlanacağı böyle bir taahhüt

karşılanması yöntemine başvurulur. Bu da olmazsa alternatif bulunmadığı kabul edilir. Sera ve bağ (çiftlik) evinin yapılış amacı dikkate alındığında, bu talepler için alternatif alan bulunmadığı kabul edilecektir.

⁵²⁵ Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik m. 3/1(v): Tarımsal arazi kullanım bütünlüğü: Tarım arazisinin tarım dışı amaçlı kullanım taleplerinde imarlı alana, karayoluna, köy/mahalle ulaşım yollarına veya tarım dışı alana sınırdaş olmayan, çevresinde bulunan arazilerin tamamı tarımsal üretimde kullanılan arazilerdir. 5403 sayılı kanunun, özel hukuka özellikle de Medeni Hukuk'a getirmiş olduğu ilginç bir yenilik ise taşınmazlardaki yasal önalım hakkı ile ilgilidir. Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olmasa da taşınmazın fiili taksimi durumunda, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olan taşınmazların paylı mülkiyetinde yasal önalım hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması olduğu Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile kabul edilmiştir. 5403 sayılı kanun m. 8'de, tarımsal arazi kullanım bütünlüğünün sağlanması amacıyla sınırdaş arazi maliklerinin birbirlerinin taşınmazları üzerinde yasal önalım hakkı sahibi oldukları düzenlenmiştir. Bu düzenleme sonrası Medeni Hukuk'taki yorum yöntemlerinden evleviyet icabı, sınırdaş taşınmaz maliklerine birbirlerinin taşınmazları üzerinde kanun tarafından yasal önalım hakkının tanınması sonrası, taşınmazın fiili taksimi durumunda, Yargıtay'ın aynı taşınmazın paylı maliklerinin birbirlerine karşı ileri sürebileceği yasal önalım hakkının, hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu içtihadı tartışma konusu haline gelmiştir. (14. Hukuk Dairesi 2016/15591 E., 2020/3095 K. karşı oy yazısı)

⁵²⁶ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m3/1(o): Toprak koruma projeleri: Toprağın doğal veya insan faaliyetleri sonucu yok olmasını, bozulmasını veya zarar görmesini önlemek ve sürekli üretken kalmasını sağlamak için yapılan fiziksel, kültürel ve bitkisel tedbirleri kapsayan projeler

anayasal mülkiyet hakkının sınırlandırılması gibi görünebilir. Fakat idarenin; tarımsal amaçlı yapı için, kanunun gösterdiği amaç doğrultusunda kullanılmayacağı kanaatine sahip olduğu durumda, izin vermeyebileceği dikkate alınırsa, kanun koyucunun bu takdir yetkisini tarımsal arazi bütünlüğünü sağlamak yani kamu yararı amacıyla idareye tanıdığı ve taahhütnamenin idarece zorunlu tutulmasının hak ihlali anlamına gelmediği söylenebilir. Buna karşılık amaç dışı kullanımın tespit edilmesi durumunda zaten kanun m. 20-21'de gösterilen idari para cezaları varken, yine de taahhüt istenmesi vatandaş açısından fazladan bir tazyik unsuru olmuştur.

Tarımsal bütünlüğü sağlamak amacıyla korunan tarım arazilerine yapılan bu tarz yapılar, tarımsal amaçlı yapılar ve tarım dışı amaçlı yapılar olarak ikiye ayrılmaktadır. Yukarıda bahsedilen tarımsal amaçlı yapılar ise, planlama gerektiren ve planlama gerektirmeyen tarımsal amaçlı yapılar olarak ikiye ayrılmaktadır. Belediye ve mücavir alanlarda nazım ve uygulama imar planları ile sair planlara; köy yerlerinde köy yerleşim planlarına uygun olması gerekir. Bunların dışındakiler ise 1985 tarihli Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'ndeki asgari standartlara uygun yapılmak zorundadır. Tarımsal amaçlı yapılara, yönetmelik m. 12/8 gereği verilmiş olan izin, izin tarihinden itibaren 2 yıl içinde gerekli ruhsatların alınmaması durumunda geçersiz olur.

Tarımsal amaç dışı yapıların hangi amaçlarla yapılabileceği ise Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 13 ile Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik m. 12'de sınırlı olarak gösterilmiştir. Bunlardan biri de doğal afet sonrası ortaya çıkan geçici yerleşim yeri ihtiyacının karşılanmasıdır. Fakat bu durum doğal afet sonrası ortaya çıkacak ihtiyacın karşılanması ile ilgili olduğu için ARAADHK ile doğrudan ilgili değildir.

Üst arza tabidir kuralı gereği çoğunlukla arazi maliki, yapıya da malik olarak risk tespitinden sorumlu iken, arazi ve yapı farklı kişilere ait olması durumunda yapı malikinin, yapının risk tespitini yaptırması gerekmektedir. Yapı riskli olarak tespit edilirse, yıkım sonrasındaki uygulamalar malik veya maliklerce yapılmalıdır. Tarımsal

amaçlı yapı başvuruları da ilgili kuruma, ölçüleri “ölçekli vaziyet planı”nda belirtilmiş olan avan proje⁵²⁷ ile yapılmaktadır.

2.4.7. Yıkım Yerine Güçlendirme

Mevzuatımıza göre risk tespiti yapılan her yapının yıkılması gerekmez. Riskli olmadığı tespit edilen yapıların, yani olası depremlere karşı dayanıklı olduğu tespit edilen yapıların yıkılarak yeniden yapılması zorunlu değildir. Lisanslı risk tespit kuruluşlarınca riskli olduğu, tespit raporunda belirlenmiş olan yapıların yıkılması gündeme gelecektir. Ancak bu yapıların da hepsinin yıkılması gerekmemektedir.

Risk tespiti yapıp riskli olduğu tespit raporunda belirlenmiş olan yapılar, Uygulama Yönetmeliği m. 8/5 gereği yıktırma yerine güçlendirilebilir. Fakat güçlendirme kararı, malik ya da maliklerin keyfiyetine kalmış bir konu değildir. Bir yapı için verilen riskli yapı kararı sonrası malikler yapının yıktırılması dışında, lisanslı kuruluştan alacakları güçlendirilebilir raporu ile yapının güçlendirilerek riskin ortadan kaldırılması yoluna başvurabilirler. Lisanslı kuruluştan güçlendirilebilir raporu alınabilmesi için mevzuatta bir süre öngörülmemiş olsa da bu noktada yapının riskli yapı olduğu kabul edilerek yıkım için gerekli olan en az 60 günlük süre burada güçlendirme kararı alınmasında belirleyicidir.

Bu yol malikler açısından hem daha kolay ve hızlı hem de daha ucuz ve az maliyetli bir işlemdir. Lisanslı kuruluş, yapacağı teknik inceleme sonrası güçlendirme yapılabilmesi yönünde rapor vermesinden sonra inisiyatif, malik ya da maliklere geçmektedir. Bu durumda malik veya malikler yapının yıkılarak yeniden yapılmasından daha az maliyetli seçenek olan yapının güçlendirilmesi seçeneğini tercih ederek bu doğrultuda karar alabilirler.

⁵²⁷ Avan proje: Uygulama projelerinin yapılmasına esas teşkil eden, geçerli imar durumu, yürürlükte bulunan plan ve yönetmeliklere göre düzenlenen ve içeriğinde; vaziyet planı, tüm kat planları ve yeterli miktarda kesit ve görünüşleri ile taban alanı, katlar alanı (emsal) ve yapı inşaat alanı hesaplarına ilişkin tüm ölçü ve kotları içeren, gerektiğinde silüetin yer aldığı projedir.

Maliklerin güçlendirme kararını nasıl alacakları ise ayrı bir tartışma konusudur. Risk tespit süreci aynı olsa da, güçlendirme kararının alınması süreci yapının yıkılarak yeniden yapılması sürecinden farklıdır. Çünkü yapının yıkılarak yeniden yapılması süreci ile ilgili usul ve esaslar yukarıda bahsedildiği üzere ARAADHK'da düzenlenmiş olmasına rağmen, güçlendirme kararı ile ilgili hüküm ve sonuçlar kanunda düzenlenmemiştir. Bu durumda kat mülkiyetine geçmiş olan yapılar için konuyla en yakından ilgili olan 634 sayılı KMK'ya bakılmalıdır. Nitekim ARAADHK Uygulama Yönetmeliği m. 8/5'de ve KMK m. 19'da güçlendirme kararı için iki ihtimal öngörülmüştür. Bunlardan biri bütün kat maliklerinin 4/5' inin yazılı rızası, ikincisi ise güçlendirmenin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmesidir.

Bütün bunların dışında ise ne kanun ne de yönetmelikte bir düzenleme olduğu için güçlendirme kararı verilecek yapının paylı mülkiyete tabi olması durumunda, yapının yıkılarak yeniden yapılmasından farklı bir karar oranı geçerli olacaktır. Yapının yıkımı ve yeniden yapılması ile ilgili yukarıda bahsedilen hükümlerden yola çıkarak güçlendirme için de kanun koyucunun amacının süreci hızlandırmak olduğu açıktır. Bu sebeple güçlendirmenin, yapının yıkılıp yeniden yaptırılmasında olduğu gibi olağanüstü yönetim işlerine sokulmasından çok, TMK m. 691'deki tarife daha uygun olduğu kabul edilerek "önemli yönetim işleri"ne sokulması doğru olacaktır.

Çünkü söz konusu maddede "olağan yönetim sınırlarını aşan" ifadesiyle; yapının güçlendirilmesi faaliyetine uygun olarak, sıradan işler sınırının aşıldığını ve amacın malın değerinin veya yarar sağlamaya elverişliliğinin korunması için gereken bakım, onarım ve yapı işlerinin "önemli yönetim işi" olduğuna işaret edilmiştir ki tam da bu güçlendirme faaliyetini ifade etmektedir. Zorunlu ve ivedi olmayan, basit onarım ve tarımsal işleri kapsayan işler olağan yönetim işi kabul edilirken; eşyanın değerini ve kullanım bakımından elverişliliğini koruyan onarım ve yenileme gibi zorunlu yapı işleri ise önemli yönetim işi kabul edilir⁵²⁸. Bu faaliyet için paylı mülkiyette aranan karar oranı ise pay ve paydaşların çoğunluğudur. Yani taşınmaz üzerindeki toplam payın %50+1'i ile toplam paydaşların %50+1'i olan çifte çoğunluk gerekmektedir⁵²⁹.

⁵²⁸ Sirmen, 2019, s.294-295.

⁵²⁹ Sirmen, 2019, s.295; Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s.395-396.

Fakat yine de KMK'daki mahkeme sürecine benzer biçimde, güçlendirme kararı için gerekli çoğunluk sağlanamaması durumunda yönetim ve tasarruf başlıklı TMK m. 689/1(2) uyarınca her paydaş, ivedi yönetim işlerinden sayılan, eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhal alınması gereken önlemleri bütün paydaşlar hesabına alabilir ki güçlendirme de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ancak burada mahkemece bunun tespit edilmiş olması zorunlu değildir⁵³⁰.

Yani yapının güçlendirilmesinde, kat mülkiyetine geçmiş olan yapılarla paylı mülkiyet halinde bulunan yapılar arasında süreçle ilgili fark bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği şekilde riskli yapılara tüzel kişilik kazandırılması durumunda mevzuattaki bu tarz iki başlıkların da önüne geçilmiş olacaktır.

Karar alındıktan sonra güçlendirme işlemi yine maliklerin veya anlaşıacakları, güçlendirme işlemini yapacak müteahhitin keyfiyetine kalmış bir konu olmaktan ötedir. Uygulama Yönetmeliği m. 8/5'deki belirtilen güçlendirme projesi, 30.364 sayılı ve 18 Mart 2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği'nin deprem etkisi altında binaların tasarımı ekinin 15. Bölümünde bulunan deprem etkisi altında mevcut bina sistemlerinin değerlendirilmesi ve güçlendirme tasarımı için özel kurallar başlığındaki kriterlere uygun olmalıdır.

Bahsi geçen yönetmelik, bina türünde yapılar için geçerli olup, özellikle tarihi ve kültürel yapılar ile anıtlar, kendi özel mevzuat hükümlerine göre güçlendirmektedir. Gerek risk tespiti sonrası hakkında güçlendirilebilir raporu verilen binaların gerekse deprem sonrası hasar görmüş binaların güçlendirilmesi bu kapsamda yapılmalıdır. Tasarım ekinde belirtildiği üzere güçlendirmede mevcut elemanların dayanıklılıklarının hangi ölçüde dikkate alınacağından ise proje sorumlusu inşaat mühendisi sorumludur. Bu anlamda son derece hassas göreve sahip ilgili mühendisin, olası eksiklik ve yanlışlıklardan olabilecek maddi manevi zararlardan tazminat sorumluluğu mevcuttur.

⁵³⁰ Sirmen, 2019, s.293.

Lisanslı kuruluştan alınan güçlendirilebilir raporu, maliklerin alacağı güçlendirme kararı ve nihayet mevzuata uygun olarak hazırlanacak güçlendirme projesi sonrasında son bir şart olarak imar mevzuatına göre alınacak “güçlendirme ruhsatı” gerekmektedir. 3194 sayılı İmar Kanunu geçici m. 21 de güçlendirmeyi düzenlemiştir fakat burada bahsedilen güçlendirme, daha çok olası bir afet sonrası yapılması gereken güçlendirmeyi ifade etmektedir. Yine de Uygulama Yönetmeliği m. 8/5’in yapmış olduğu atıf, bu kapsamda verilecek iznin de imar mevzuatına göre belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde ilgili belediyeden bunların dışında valilikten verilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Bunun yanında belediye veya Hazine’ye ait taşınmazlar üzerindeki gecekondular için, söz konusu taşınmazlar satın alınmadığı sürece güçlendirme izni verilmeyecek olduğu öngörülmüştür. Buna rağmen imar barışı ile ilgili mevzuatlara göre hak sahibi olan kişiler için nihai amacın taşınmazın devri olması nedeniyle, kanun koyucunun da amacına uygun olarak güçlendirme izni verilmesi gerektiği değerlendirilebilir.

Son olarak İmar Kanunu geçici m. 21’de “tecavüzlü” olarak geçen fakat aslında TMK m. 725’te belirtilen taşkın yapıları ifade eden, üçüncü kişilerin arsalarına taşmış olan komşu yapılar içinse güçlendirme izni verilebilmesi, üzerine taşmış olan arsa malikinin vereceği onaya bağlıdır.

Güçlendirme kararı, ruhsatı veren idarenin maliklere vereceği süre içerisinde alınmalıdır. Bu takdir yetkisi, Uygulama Yönetmeliği m. 8/6 ile ilgili idareye verilmiştir. Buna karşılık süresi içinde güçlendirme yapılmazsa ne olacağı açıkça düzenlenmemiştir. Anlaşılan o ki güçlendirme, verilen sürede tamamlanmadığı halde idare tarafından diğer riskli yapılar gibi değerlendirilerek riskin bertaraf edilmesi için yapının yıkılıp yeniden yapılması için gereken prosedür işletilecektir. Tabi bu durumda yıkım için maliklere tanınan süreler işletilmelidir.

Güçlendirme sonrası da yine aynı şekilde binanın deprem performansı belirlenmelidir. Güçlendirildiği ve bu güçlendirmenin teknik uygunluğa sahip olduğu belirlenen yapının ise tapudaki "riskli" şerhinin silinmesi için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü'ne başvurulur ve bu makamın Tapu Müdürlüğü'ne bildirmesiyle şerh sildirilir.

KMK'ya göre alınacak kararın şekil şartı ve oy oranlarına uyulmadan alınması üzerine ilgililer tarafından, hukuk mahkemelerinde güçlendirme kararının iptali davası açılabilecektir. Ayrıca risk tespiti yapan kuruluş risk tespitini yaparken güçlendirmenin yapılabilip yapılamayacağını da değerlendirmelidir. Aksi durumda rapor, idare mahkemelerinde iptal davasına konu olabilecektir⁵³¹. Eğer bu değerlendirme ve tespit yapılmamışsa, malikler hukuk mahkemelerinde güçlendirmenin mümkün olduğuyla ilgili tespit davası açabileceklerdir. Bunların dışında, güçlendirme kararına muhalif olan malikler de; belediyelerin düzenlediği güçlendirme ruhsatını, idari işlem olmaları sebebiyle idare mahkemelerinde iptal davası açabileceklerdir. Buna karşın bu yol sırf süreci uzatmak veya diğer maliklere zarar vermek amacıyla kullanılmışsa elbette yasal bir yol olsa da bundan dolayı zarara uğrayanlar tarafından hukuk mahkemelerinde, TBK'nın haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru dikkate alınmaksızın, ahlaka aykırı olarak bir başkasına zarar sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 49/2 temelli tazminat davası açabileceklerdir⁵³².

2.4.8. Yıkıma İtiraz, Yıkım Masrafları

ARAADHK'da, yukarıda prosedürü ayrıntılı olarak açıklanan tespit raporuna itiraz imkanı bulunmaktadır. Buna karşılık risk tespitinde hakkında riskli raporu verilen yapılar için, tespit raporuna itiraz reddedilmiş ise veya süresi içinde itiraz edilmemişse artık idari makamlara, yıkıma itiraz gibi ikinci bir itiraz imkanı dönüşüm hukukunda bulunmamaktadır. Yine de maliklerce yapılmadığı takdirde, idare tarafından re'sen yaptırılan yıkım işlemi de bir idari işlem olması sebebiyle, işlemi yapan idari makamdan sonra idari yargılama usulü kanunundaki sürelerle uyularak yargı yoluna başvurmak mümkündür. Söz konusu idari yargı safhasında da düzeltilmesi imkansız zarar ve hukuka açık aykırılık şartları varsa yıkım işlemi ile ilgili yürütmenin durdurulması kararı verilebilir.

⁵³¹ Özsunay, 2017, s.486, 501; İstanbul 3. İdare Mahkemesi (21.02.2014), 2013/1202 E., 2014/239 K.; Aksi yönde karar için bkz. İstanbul 2. İdare Mahkemesi (10.06.2016), 2015/1369 E., 2016/1268 K. (www.lexpera.com.tr).

⁵³² Özsunay, 2017, s.501.

Yine en az 2/3 çoğunlukla maliklerce alınacak yıkım kararının hukuksuz olduğu iddiasıyla hukuk mahkemelerinde dava açılarak dava sırasında yürütmenin durdurulması kararı istenebilir. Fakat malikler tarafından oy çokluğu ile alınacak bu tarz yıkım kararı sonrası hukuken yıkımın yapılabilmesi için muhalif oy sahiplerinin ikna edilmesi ya da pay veya bağımsız bölümlerinin, karar yönünde oy kullanan maliklere veya üçüncü kişilere satılması gerekmektedir. Dolayısıyla yargı yoluna yapılacak başvuru doğrudan yıkıma değil alınmış olan kararın hukukiliğine veya satış işlemindedir. Yine muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin satış prosedürünün bir şekilde atlanmış olması durumunda muhalif oy sahipleri bu yola başvurabilirler. Nihayet yargı kararları, haklarında hüküm verilmiş her kişi, kurum ve makamı bağlar. Bu sebeple böyle bir durumda yıkımı gerçekleştirecek malikler veya mülki amir yargı kararına uymakla yükümlüdür.

Süresi içinde risk tespiti yapılmayan yapıların risk tespitinin nihayetinde bakanlık veya belediye tarafından yaptırılmasında olduğu gibi ARAADHK, olağan döneme ait olağanüstü tedbirler içerme karakterini, yapının yıktırılmasında da göstermektedir. Buna göre riskli ilan edilen yapılar malikler tarafından yıktırılmadığı takdirde yıkım, ARAADHK m. 5/4'e gören mülki amir tarafından yaptırılabilir. Fakat yıkımdan önce maliklere en az 60 gün süre verilerek yapıyı insan ve eşyadan arındırmaları istenmelidir. Bu olmadığı takdirde tahliye işlemleri, kolluk güçlerince belediye ekiplerinin katılımıyla yapılmalıdır; yine de yıkım yapılmadığı durumlarda ilgili belediyenin yapacağı bildirimin ardından Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından re'sen yıkım işlemi yaptırabilir. Kısacası risk tespiti gibi yıkım işlemi de iradi veya re'sen yapılabilir. Bu, dönüşüm hukukunun karma hukuk doğasından gelmektedir.

İlk aşamada yıkımın fiilen tamamlanabilmesi için masraflar, yetkili devlet kurumlarının konu ile ilgili ilk başvuracağı kamu kaynağı olan dönüşüm projeleri özel hesabından tahsil edilmektedir. Ortaya çıkan en önemli sorun ise böyle bir durumda yıkım masraflarının kimden tahsil edileceğidir. Kanunun ilk halinde risk tespitindekine paralel bir düzenlemeye sahip olan ve yetkili makamın re'sen yaptığı yıkım prosedüründe masrafların tahsili için de benzer bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre masraflardan, malikler müteselsilen sorumlu olacak ve yıkım sonrası paylı

mülkiyete tabi arsa üzerinde kamu alacağından kaynaklanan kamunun ipotek hakkı olacaktı. Fakat yine aynı gerekçelerle konuyu ele alan Anayasa Mahkemesi⁵³³ tespitindeki kararına atıf yapma ile yetinerek düzenlemeyi iptal etmiştir. Doğan boşluğu doldurmak amacıyla kanun koyucu 2019 yılında Anayasa Mahkemesi'nin asıl iptal sebebi olmasa da, eşya üzerinde ipotek gibi bir sınırlı ayni hakkın kurulmasını yeniden düzenlemekten vazgeçmiş; maliklerin birbirlerinin borçlarını da ödemek zorunda bırakan ve Anayasa Mahkemesi'nin asıl iptal gerekçesini teşkil eden müteselsil borçluluğu ise müşterek borçluluk haline çevirmiştir.

Yani eşyaya bağlı bir borç olması sebebiyle paylı maliklerin eşya üzerindeki payları oranında, alacaklı olan kamuya karşı sorumlu oldukları bir sistem getirilmiştir. Söz konusu bu borç, borçlulara yapılacak tebligattan itibaren bir ay içinde ödenmediği takdirde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre tahsil edilir.

2.4.8.1. Devletin; Bireylerin Özel Hukuktan Doğan Haklarına, Madde 6/A Kapsamında Özel Müdahalesi

2019 yılında, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın, süreci idarede elini kolaylaştıran ve geniş yetkilerle özel mülkiyete müdahale imkanı veren anahtar niteliğindeki ARAADHK m. 6/A yürürlüğe girmiştir. Önce maliklerce uygulama yapılması esasının geçerli olmadığı düzenleme alanında, ARAADHK'un karakterine de aykırı olarak afet öncesi olağan dönemdeki olağanüstü tedbirlerin dışında, afet sonrası döneme özgü sayılabilecek durumlar için ilgili devlet kurumlarına diğer maddelerde geçen yetkilerden öte geniş yetkiler tanınmıştır. Öyle ki bu olağanüstünün de üstünde yetkiler, kanunun lafzından yola çıkılarak afet öncesi olan dönemde de uygulamaya imkan verecek şekilde yorumlamaya müsait ifadeler içermektedir. Buna göre aşağıdaki üç halde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı maliklerin rızasını aramadan re'sen yıkım ve uygulama işlemleri yapabilmektedir;

⁵³³ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

- Yıkılacak derecede riskli olan yapıların bulunduğu alanlar
- Kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, su baskını, kaya düşmesi, yangın, patlama gibi sebeplerle ağır hasar gören alanlar
- Ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlardır.

Görüldüğü üzere her ne kadar ikinci ve üçüncü maddelerdeki durumlar afet sonrası olarak değerlendirilirse de birinci madde yorum yoluyla genişletilerek afet öncesi re'sen yapılacak uygulamalara temel teşkil edebilir. Henüz çok yeni olan ve Uygulama Yönetmeliği'nde ayrıntılandırılmamış bu maddede, bir yapının yıkılacak derecede riskli olduğunu veya ağır hasar görme riski bulunduğunu kimin belirleyeceği belirsizdir. Kıyasen, buna karar verenlerin bu madde dışındaki prosedürlerde risk tespiti yapmaya yetkili lisanslandırılmış risk tespit kuruluşları olduğu değerlendirilebilir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na maddede tanınan bu geniş takdir yetkisini teknik konulara kadar genişletmek yanlış olur.

Her ne kadar hukuken ilgili devlet kurumları için, özel mülkiyet ve bireylerin özel hukuktan gelen haklarına müdahalesindeki sınırlamaları açan anahtar niteliğinde bir madde olsa da, söz konusu durumda bu kez devleti, mali imkanları sınırlamaktadır. Yine de bu durum devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları başlıklı Anayasa m. 65'deki *"devlet... belirlenen görevlerini.. mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir"* ifadesine uygun düşmektedir. Madde kapsamında söz konusu mali yük, dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanır.

Bu madde ile getirilen yenilikler her şeyden önce ilgililere yapılacak tebligat usulündedir. Buna göre mevzuattaki olağan tebligat yöntemlerine uyulmadan, bu kapsama alınan taşınmazın kapısına asılarak ve bağlı bulunduğu muhtarlıkta iki gün süreyle ilan edilerek tebliğ edilmiş kabul edilir. İtiraz süresi ise maddenin amacına uygun olarak iki günle sınırlandırılmıştır. Yapılan itiraz ise üç gün içinde karara bağlanır.

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı madde kapsamına alınan taşınmazların tahliyesi için, kullananlara verilecek süre ile ilgili takdir yetkisine sahiptir. Verdiği süre içerisinde tahliye edilmemesi halinde Çevre, Şehircilik ve İklim

Değişikliği Bakanlığı tarafından doğrudan kolluk kuvvetleri kullanılarak tahliye işlemi gerçekleştirilebilir. Tapu kayıtlarında bu taşınmazlarla ilgili yapılacak tescil, tashih ve terkin işlemleri ve diğer tüm tapu işlemleri Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın talebi üzerine re'sen yapılır.

Madde ile gelen asıl yenilikler ise, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın, maliklerin iradi olarak dönüşüm işlemi yapmalarına fırsat vermeden re'sen süreci başlatması; taşınmazın madde kapsamına alınmasından, inşaat ruhsatı verilmesi, kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulması dahil hak sahibine devir işlemleri yapılincaya kadar Hazine'nin mülkiyetine geçerek tapuda Hazine adına tescil olmasıdır. Kamu binaları yanında özel mülkiyete tabi taşınmazların da bu şekilde Hazine'nin mülkiyetine geçmesi geçici bir niteliğe sahip olması sebebiyle kamulaştırma olarak kabul edilemez. Buradaki dönüşüm sürecinin bu şekilde tamamıyla Hazine kontrolünde olması, tahliye, yıkım ve uygulama masraflarının dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanması; günün sonunda kamu kaynakları ile hak sahibi bireylerin maddi yönden mahsuplaşması ihtiyacını getirmektedir. Yani hak sahibine uygulama sonrasında ortaya çıkacak yeni taşınmazda, yıkım öncesi taşınmazının değeri ile orantılı bir pay verilmesi gerekir. Yine de devletin hak sahibinden alacağının bulunması ihtimaline karşı madde, bireye verilecek taşınmaz üzerinde bakanlık lehine ipotek tesis edilmesini düzenlemiştir. ARAADHK m. 3 ve 5 temelinde, re'sen yapılan gerek risk tespiti ve gerekse yıkım işlemlerinin masraflarının hak sahiplerinden tahsili amacıyla kamu kurumu lehine ipotek tesisini, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili iptal kararı sonrası(-ki burada Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi ipotek değil hak sahipleri arasındaki müteselsil borçluluk) yeniden düzenlenme gereği görülmese de, ARAADHK m. 6/A'daki özel durumlar için bu teminata ihtiyaç duyulmuştur.

Bütün bunlara rağmen hak sahibinin, uygulama sonrası ortaya çıkacak yeni taşınmazda kendisine devredilmesi istenen pay veya bağımsız bölümden feragat etmek istemesi durumunda ne olacağı sorusu maddede düzenlenmiştir. Buna göre Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı hak sahibine, söz konusu taşınmazın pay veya bağımsız bölüm veya bölümlerini devralması için uygun bir süre tanımalıdır. Hak sahibinin kendisinin bizzat hakkından feragat ettiğini beyan etmesi veya verilen süre

içinde teklif edilen hakkı devir almaması durumunda bu hakkı otomatikman sona ermektedir. Bu durumda yıkım öncesi sahibi olduğu taşınmazın güncel değerine karşılık gelen miktar kendisi adına bankada açılacak vadeli hesaba Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yatırılmaktadır. Yine burada tercih imkanının bireye bırakılması bu durumun kamulaştırma olduğu değerlendirmesine engel olmaktadır.

Özel hukuk açısından madde ile getirilen asıl önemli nokta ise kanunda, tapuya yapılacak şerh ile etkisi güçlendirilebilecek veya diğer bir deyimle mutlak hak benzeri olabilecek nisbi haklar sınıfında kategorize edilen iki farklı durum için söz konusudur. Bunlardan biri taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, diğeri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Daha önce taşınmaz maliki ile üçüncü şahıslar arasında yapılan bu sözleşmeler, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın uygulamaya başlamaya karar verdiği tarih itibarıyla feshedilmiş kabul edilmektedir (ARAADHK m. 6/A/6). Borçlar Hukuku'na hakim olan en temel ilke olan "borcun nisbiliği"ne istisna getiren bu madde; Borçlar Hukuku hükümlerince akdedilmiş olan bu tarz sözleşmelere, hukuki ilişkiye göre üçüncü kişi kabul edilecek olan devletin müdahalesi ve sözleşmeyi geçersiz kılmasını düzenlemiştir. Hukukumuzda bir ilk olan bu durum devletin, takdir yetkisine dayanan sebeple, özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri arasında yapılan sözleşmelere müdahalesini öngörmüştür. Bu öyle bir müdahale ki, TBK m. 27'de sayılan kesin hükümsüzlük veya iptal sebepleri, haksız şart olan genel işlem şartı veya fiil ehliyeti eksikliği olmaksızın irade serbestisini hiçe saymak anlamına gelmektedir. Hatta kanundaki ifade "fesih" olarak da geçse Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın yaptığı bu müdahaleye, ileriye dönük geçersizliği ifade eden fesih demek güçtür. İdarenin bozucu yenilik doğuran kararı olan bu karar sonrası sözleşmenin hukuki durumu; maddenin, kira yardımı ödemeleri dışındaki taraflarca ifa edilmiş edimlerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesini öngörmesi sebebiyle geriye etkili sözleşmeden dönme olarak değerlendirilmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile ilgili karşılıklı edimlerden müteahhite ödenen miktar hak sahibine iade edilecekken, müteahhitin eser sözleşmesi temelinde ifa etmiş olduğu inşaat, taşınmazı devralan ve bu yolla malikin haklarına halef olan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ile mahsuplaşma şeklinde iade edilmiş kabul edilir. Bu anlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi

özelinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre müteahhit ile sözleşmeyi ve sonrasında ödemeyi yapmış olan malik veya maliklere iade edilmesi yerine; malik veya maliklerin haklarına halef olan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na iade edilerek, uygulama sonrası bakanlığın hak sahipleri ile yapacağı mahsuplaşmaya dahil edilmesi sözleşmeler hukuku tekniği ve “borç ilişkisinin nisbiliği” ilkesi açısından daha doğru olacak ve olası kargaşayı önleyecektir. Özel hukukla çok yakından ilgili bu konunun devletin egemenlik yetkisini kullandığı salt İdare Hukuku işlemi mantığı ile düzenlenmesi yanlış olmuştur.

Sonuçta anlaşılan o ki kanun koyucunun acele kamulaştırma yerine bu yöntemi tercih etmesi, kentsel dönüşümde devletin elini finansal olarak rahatlatmak istemesindendir.

2.4.9. İhtilafı, İpotekli, Hacizli ve Tedbirli Taşınmazların Durumu

ARAADHK m. 6/1'in üçüncü cümlesi; ayni ve şahsi haklarla, malikin temlik hakkını kısıtlayan her türlü hakkın taşınmaz üzerinde devam edeceğine işaret etmiştir. Buna karşılık maddedeki ifadeden, burada tarif edilen hakların tapu defterlerinde kayıtlı bulunması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durumda yıkım öncesi yapıdaki pay veya bağımsız bölümler üzerinde bulunan bu tarz haklar, uygulama sonrası ortaya çıkacak yeni taşınmazdaki pay veya bağımsız bölümler üzerinde devam edecektir.

Uygulamaların, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nca re'sen yapıldığı ARAADHK m. 6/A kapsamında, maddede düzenlenmemiş olsa da uygulama sırasında mülkiyetin Hazine'ye geçmesi durumunda dahi tapuya kayıtlı ayni ve şahsi hakların, bu hakların doğası gereği taşınmaz üzerinde devam etmesi gerekmektedir. Uygulama sonunda hak sahibinin ortaya çıkan yeni taşınmazı devralmak istememesi durumunda, adına açılacak banka hesabına yatırılmak üzere yıkım öncesi taşınmazın değeri belirlenirken taşınmaz üzerindeki bu sınırlamalar hesaplanarak mahsup edilmelidir.

Mülkiyeti ihtilafı yapılarla ilgili olarak, özel hukuk davalarında eşya hukukunun genel hükümleri uygulanacaktır. Buna karşılık Uygulama Yönetmeliği m.

15/1, taşınmazların mülkiyeti ile ilgili en çok başvurulanan dava türlerinden olan ortaklığın giderilmesi davasını, maliklerin uygulama kararı süreci açısından düzenlemiştir. Buna göre bir taşınmazdaki pay veya bağımsız bölümlerle ilgili açılmış olan ortaklığın giderilmesi davası, maliklerin 2/3 pay çoğunluğu ile alacakları uygulama kararına etki etmemektedir. Yani pay çoğunluğu, elbirliği maliklerin tamamı üzerinden hesaplanır. Ortaklığın giderilmesi davasına özgü bu düzenleme, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla taşınmazın aynına ilişkin diğer davalar için de uygulanabilir. Yine de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası, usule ilişkin şartlar olduğu takdirde davayı görmekte olan mahkemenin yürütmeyi durdurma kararı verme imkanı vardır.

ARAADHK m. 7/11'nun *"bu kanunda belirtilen iş, işlem ve hizmetlere tahsis edilmiş olan taşınır ve taşınmazlar ile her türlü hak ve alacaklar, para ve para hükmündeki kıymetli evrak, kamu yararı amacına tahsis edilmiş sayılır, bunlar ve bu kanun kapsamında alınacak teminatlar hakkında her ne suretle olursa olsun haciz ve tedbir uygulanamaz"* hükmü gereği ister kamu kurumunun isterse özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunsun; taşınmazların kendisi dahil sayılan hiçbir hak üzerinde haciz ve tedbir mümkün değildir. Haciz ve tedbir yasağının sonsuza kadar uygulanması mümkün değildir. Bunun hangi anda başlayıp ne zamana kadar devam edeceğini bir başka maddeye bakarak bulmak mümkündür.

Bu yasağın hangi anda başlayacağını, ARAADHK m. 7/11'den, kanundaki iş ve işlemlere tahsis edilmesi anından itibaren olarak anlamak mümkünken; hangi ana kadar süreceğini bulmak için kanundaki bir başka maddeye bakmak gerekecektir. ARAADHK m. 6/10, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kapsamında müteahhit tarafından yapılan uygulamalar için taşınmazın müteahhitin mülkiyetine geçtiği andan itibaren müteahhitin borçlarından dolayı bu taşınmazlar üzerine haciz veya tedbir konulamayacağını düzenlemiştir. Zaten ARAADHK m. 7/11'deki genel haciz ve tedbir yasağı varken taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri temelinde müteahhitle kurulacak hukuki ilişkiye özel böyle bir yasak yersiz olmuştur. Buna karşılık ARAADHK m. 7/11'de düzenlenmeyen yasağın nereye kadar süreceği konusu aynı Kanun m. 6/10'da düzenlenmiştir.

Yıkım sonrası arazi haline gelen taşınmaz üzerinde yapım işine başlandıktan sonra 6 ay içinde yapıda kat irtifakı kurulmadığı takdirde haciz ve tedbir yasağının kalkacağına işaret edilmiştir. Yine de uygulama sonrası kat mülkiyetine geçmeyecek ve paylı mülkiyet olarak kalacak yapıların üzerindeki haciz ve tedbir yasağının ne zaman kalkacağı ise belirsizdir. Bu durumda ARAADHK m. 6/10'da geçen kat mülkiyetine geçme ifadesi geniş yorumlanarak yapı üzerindeki mülkiyet hakkının, hak sahiplerine devredilmesi olarak anlamak gerekir. Çünkü kat irtifakı, henüz tamamlanmamış inşaatla yönelik mülkiyet hakkı olarak tanımlanır. Bu anlamda yapı üzerinde hak sahipleri lehine mülkiyet hakkının kurulması ile birlikte haciz ve temlik yasağı kalkar.

Taşınmazın müteahhit veya uygulamayı yapacak kamu kurumunun mülkiyetine geçmemesi durumunda , her ne kadar her paydaş, paylı mülkiyetin doğası gereği kendi payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabiliyor olsa da yıkım sonrası arsa haline gelen taşınmaz üzerinde maliklerin sahip oldukları pay üzerinde sınırlı aynı haklardan yalnızca ipotek ve intifa hakkının kullanılması mümkündür. Kullanım amacına uygun olmadığı için diğer irtifak haklarının ise kurulabilmesi mümkün değildir. İpotek ve intifa hakkının ise uygulama sonrası ortaya çıkacak yapıda hak sahibine düşecek pay ya da bağımsız bölüm üzerinde, önceki yapı üzerindeki sınırlı aynı hakların devam edeceği kuralına kıyasen devam edeceği değerlendirilebilir.

Uygulama sonrası ortaya çıkacak yeni taşınmazda hak sahiplerinin arsa payları belirlenirken, hak sahibi ile müteahhitin yapacakları muvazaalı bir sözleşme sonrası üçüncü kişileri zarara uğratmaları mümkündür. Bu sebeple arsa payları belirlenirken intifa veya ipotek hakkı sahiplerinin onaylarının alınması zorunludur⁵³⁴.

Uygulama kararına katılmayan muhalif oy sahipleriyle ilgili durum farklıdır. Uygulama Yönetmeliği, uygulama kararına katılmayan muhalif oy sahiplerinin karara konu taşınmaz üzerindeki pay ve bağımsız bölümleri üzerinde kurulabilecek bazı aynı ve şahsi hakları sınırlı olmayacak şekilde m. 15/A/5'te saymış. Satış sonrası taşınmaz üzerinden terkin edilen üçüncü kişilere ait bu hakların banka hesabında bloke edilen

⁵³⁴ Kiraz, Ali Güvenç, (29.01.2014), “İpotekler, İntifalar, Hacizler, Aynı Haklar ve Kentsel Dönüşüm”, <https://emlakulisi.com/guncel/kentsel-donusumde-haciz/591460>, 23.08.2021.

satış bedeli üzerinde devam edeceğini hükme bağlamıştır. Söz konusu fıkra da sayılan haklar ipotek, ihtiyati haciz, haciz ve intifa hakkıdır (Uygulama Yönetmeliği m. 15/A/5). "Gibi haklar" ifadesiyle sınırlı olmamak üzere sayılan bu hakların ortak yönlerinin ne olduğu ise maddede açıklanmamıştır. Satış bedeli üzerinde devam ettiğine göre bunların para üzerinde varlığını sürdürebilecek haklar olduğu söylenebilir.

Haciz ve ihtiyati haciz için söz konusu olmasında sakınca olmayan bu duruma, fıkra da belirtilen ipotek ve intifa hakkının yanında, bunlar gibi diğer aynı hakların dahil edilmesi sakınca teşkil etmektedir. Öncelikle bu durum aynı haklardaki sınırlı sayılılık ilkesine ters düşmekte, bahsi geçen hakların yorum yoluyla genişletilmesine imkan vermektedir. Aynı hak, eşya üzerinde kurulan, herkese karşı ileri sürülebilen ve sahibine o eşya üzerinde doğrudan hakimiyet imkanı veren bir mutlak haktır⁵³⁵. Eşya üzerinde kuruluyor olması aynı hakları diğer malvarlığı haklarından ayıran en önemli özelliktir.

Kural olarak para üzerinde rehin hakkı kurulamıyor olsa da, alacak hakkı üzerinde rehin kurdurulması mümkündür. Hak sahibi adına bankaya yatırılan para, hak sahibinin bankadan olan alacağı olarak değerlendirilebileceğinden bu alacak üzerinde rehin kurdurulması mümkündür. Kural koyucu ise burada ipotek hakkının para üzerinde devam edeceğinden bahsederken ipotek hakkının rehin hakkına dönüşeceğini kastetmektedir. Çünkü ipotek yalnızca taşınmazlar üzerinde kurulabilir. para alacağı ise, İİK m106/2 gereği taşınır mal statüsündedir.

İntifa hakkı ise istisnai bir irtifak hakkı olarak alacak hakları üzerinde kurulabilmesi mümkündür⁵³⁶. Fakat kullanma ve yararlanma yetkilerini hak sahibine veren intifa hakkı alacak hakları üzerinde kurulduğu zaman alacağın anaparası üzerinde değil, doğal ve ekonomik semerelerinden istifade etmeyi içeren yararlanma yetkisi gereği alacağın faizini tahsil etmeyi ifade eder. Şu durumda üzerinde intifa hakkı bulunan muhalif oy sahibinin taşınmazının satışı sonrası satış bedeli m. 15/A/8'e

⁵³⁵ Oğuzman/Barlas, 2015, s.143; Akça, 2015, C.1, s.552; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku C.IV/1, (2019), s. 90; Esener/Güven, 2019, s. 55.

⁵³⁶ Antalya/Topuz, 2016, s.117-118; Esener/Güven, 2019, s. 454; Sirmen, 2019, s. 551.

paralel olarak vadeli hesaba yatırılmalıdır. İntifa hakkı sahibine de vadeli hesabın getireceği faizi almak düşmektedir.

Buna karşılık intifa hakkı dışındaki diğer irtifak hakları, özellikleri gereği ancak taşınmazlar üzerinde kurulabilirler. Benzer şekilde satışa konu taşınmaz üzerinde kurulabilecek bir diğer aynı hak türü olan taşınmaz yükünün satış sonrası tapu sicilinden terkin sonrası satış bedeli üzerinde nasıl devam edeceği ise belli değildir.

Her ne kadar sonuçları itibarıyla satış bedeli üzerinde varlığını devam ettirebilmesi zorlamayla da olsa söz konusu rehin ve intifa hakkı sahibinin de eşyanın aynına ilişkin olan bu hakka özellikle o eşya özelinde sahip olmak istediğini söylemek yanlış olmaz. Nitekim hak vasfını değiştirmekte mutlak hak üzerinde kurulan bir başka mutlak hak iken, nisbi hak üzerinde kurulan bir mutlak haline gelmektedir.

Yönetmeliğin değişiklikten önceki halinde "satışı yapılacak payın üzerinde ipotek bulunması, satış işlemine engel teşkil etmez, ancak, satış işleminden önce ipotek alacaklısına haber verilmesi zorunludur" denilerek doğru olarak söz konusu mutlak hakkın doğasına daha uygun bir çözüm yolu bulunmuştu. En başta gelen özelliği üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi olan ve mutlak haklardan olan taşınmaz üzerindeki aynı hakların, hak sahibi tarafından taşınmazı satın alacak yeni malike karşı da ileri sürülebilmesi daha doğru olacaktır.

2.4.10. Yargı Yolu Aşaması

Multidisipliner bir konu olarak yalnızca ARAADHK değil bütün kentsel dönüşüm hukukunu, Kıta Avrupa'sı Hukuk Sistemi içindeki sınıflandırmada ne tam anlamıyla özel hukuka ne de kamu hukukuna sokmanın mümkün olmadığı yukarıda vurgulanmıştı. Bu iki disiplinin sonucu olan yargı kolu ayrımları açısından ise benzer şekilde kentsel dönüşüm hukuku ile ilgili ihtilafların tamamen ne adli yargının ne de idari yargının görev alanına girdiği söylenebilir. Kentsel dönüşüm hukukunda çıkabilecek ihtilaflar çok çeşitli ve çetrefillidir. Bu bakımdan idari işlemlerin iptali ve doğabilecek zararların tazmini için işlem yapan makam veya kurum aleyhine yetkili idare mahkemelerinde iptal veya tam yargı davaları veya her ikisi birden açılacağı

gibi, daha çok paylı mülkiyet veya kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda yıkım ve uygulama süreci ile ilgili, özellikle karar usullerine uyulup uyulmadığı, 2/3 pay çoğunluğunun sağlanıp sağlanmadığı ile ilgili, uygulama sonrası arsa paylarının hak sahiplerine dağıtılması ile ilgili davalar, bunların yanında taraflardan biri devlet olsa da kamulaştırma ile ilgili genel kurallardan, acele kamulaştırma sonrası bedel tespiti ve tescil davaları adli yargı kolu tarafından çözümlenmektedir. Ayrıca ceza hükümleri ile ilgili yine adli yargıda ceza mahkemeleri görevlidir.

Bu anlamda aynı somut olayın farklı mahkemelerde görülmesi gereken konuları hakkında verilecek kararların diğer mahkemelerin görmekte olduğu davanın sonucunu etkileyeceği değerlendirildiğinde bekletici mesele yapılarak o davanın sonucu beklenebilir. Yani mahkemelerin vermiş oldukları kararlar farklı yargı kolu veya alanında olsa da birbirlerini etkileyebilmektedir. Yargı kolları arasındaki olumlu ya da olumsuz görev uyuşmazlıkları ise genel hükümler uyarınca Uyuşmazlık Mahkemesi'nde çözümlenmektedir.

Yargı kollarında dava açma süreleri açısından birlik yoktur. Bu bakımdan idari yargıda belirli bir dava açma süresi mevcutken, adli yargıdaki hukuk davalarında mevcut değil. Medeni Usul hukukunda dava şartlarında süre şartı yoktur. Zamanaşımı veya hak düşürücü süreye uğramamış maddi hukuka ait bir hak her zaman dava yoluyla hukuk mahkemeleri önünde ileri sürülebilir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre genel dava açma süresi; işlemi yapan idareye iptal istemi ile yapılan başvuru sonrası hak sahibinin alacağı olumsuz yanıtta veya cevap verilmemiş olması durumunda başvurudan itibaren 60 günün sonundan itibaren, 60 gündür⁵³⁷. ARAADHK m. 6/9 ise idari yargı başvurusu ile ilgili usuli bir düzenleme getirmiş ve genel kural olan bu 60 günlük süreyi 30 güne çekmiştir. Kanun koyucu burada bireyin adil yargılanma hakkıyla, dönüşüm sürecinin hız kaybetmemesi arasında denge oluşturmaya çalışmıştır.

Kentsel dönüşüm hukukunun yargı aşamasında dikkat çeken bir konu, ARAADHK'un ilk halinde konunun aciliyetine istinaden yargı kolu ayrımı

⁵³⁷ Ulusoy, Ali, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Yetkin kitabevi, (2020), s.132-140.

yapılmaksızın davayı görmekte olan mahkemece, sürecin durdurulmasına yönelik yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğinin düzenlenmiş olmasıydı. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, kanunun genel karakteristiğine bakarak yürütmenin durdurulması kararı için gereken yakın ve kaçınılmayacak tehlike bulunmadığı şeklinde değerlendirerek söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir. Ayrıca yürütmenin durdurulmasının, ARAADHK kapsamında kaldırılmasında üstün bir kamu yararı bulunmadığı, bu sebeple düzenlemenin Anayasa m. 125'te gösterilen yürütmenin durdurulması kararının kanunla sınırlandırılması sebeplerinden herhangi birisinin oluşmadığını iptal kararına gerekçe yapmıştır. Yani Anayasa Mahkemesi ARAADHK kapsamında yapılan iş ve işlemleri; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenlerinden saymamıştır.

2.5. TÜRK MEDENİ HUKUKU'NDAKİ TAŞINMAZ TESCİLİ AÇISINDAN RİSKLİ YAPILARIN TAPU KÜTÜĞÜNDEKİ DURUMU

2.5.1. Genel Olarak

Aynı haklara hakim olan ilkelerden aleniyet ilkesi açısından taşınırlar ve taşınmazlar birbirlerinden ayrılmakta, taşınırlar açısından aleniyeti zilyetlik, taşınmazlarda ise tapu siciline tescil sağlamaktadır⁵³⁸.

Riskli taşınmazlar açısından da durum farklı değildir. Aynı haklara hakim olan ilkeler, riskli yapılar açısından da geçerlidir. Belirlilik ilkesi gereği riskli taşınmazlar diğerlerinden ayırt edilmiş eşya olarak aynı haklara konu olurken, kamuya açıklık ilkesi ve tescil ilkesi gereği (kadastrusu yapılmış) taşınmazların açısından tapuya tescil edilmiş olmaları gerekir.

Tescil dışı alanlar ise ARAADHK m. 3/4 uyarınca Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın proje uygulama alanı içerisinde kalıyorsa öncelikle tapuda Hazine adına tescil edilerek daha sonra Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği

⁵³⁸ Antalya/Topuz, Eşya Hukuku C.IV/1, (2019), s. 133; Sirmen, 2019, s. 34-35; Esener/Güven, 2019, s. 70.

Bakanlığı'na tahsis edilmektedir. Proje uygulamasına göre bakanlık tarafından TOKİ veya idareye bedelsiz olarak devredilebilmektedir. 3 yıl içinde amaca uygun kullanılmazsa tahsis kaldırılarak tekrar Hazine adına re'sen tescil edilmektedir.

Riskli taşınmaz bir arsa ise 2/3 çoğunlukla alınacak uygulama kararına katılmayan muhalif oy sahibinin payı diğer paydaşlara satılamadığı takdirde, rayiç bedeli Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından malike ödenerek bakanlığın talebi üzerine tapuda Hazine adına tescil olur ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na tahsis edilmiş sayılır. Riskli yapılarda ise muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin diğer paydaşlara veya üçüncü kişilere satışı halinde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın talebi üzerine eski maliklerin taşınmaz üzerindeki hakları tapu kütüğünden re'sen terkin edilmektedir. Bunun gibi; tapu kütüğünde üçüncü kişiler lehine bulunan ayni ve şahsi haklar da terkin edilerek, satış sonrası malikin elde edeceği bedel üzerinde devam edeceği düzenlenmiştir.

ARAADHK m. 6/2 gereği riskli bulunduğu için üzerindeki bina yıkılarak arsa haline gelen ve buna rağmen en az 2/3 çoğunluk ile uygulama kararı alınamayan taşınmazlar acele yolla kamulaştırılabilmektedir. Tapuda kayıtlı malik ölmüş fakat taşınmaz henüz mirasçılara intikal etmemişse kamulaştırmayı yapan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ veya ilgili belediye mirasçılık belgesi çıkartarak, tapuya idari başvuru veya dava yoluyla da tapuda kaydın düzeltilmesini isteyebilir ve bu şekilde kamulaştırma işlemlerini devam ettirir. Ayrıca gereken durumda tapuya güven ilkesine de ters düşmeyecek şekilde tapuya kayıtlı son malike göre işlem yapılabilmekte veya taşınmazın, acele kamulaştırılmasını sekteye uğratacak şekilde tapu kayıtlarında malikin kimliğinde belirsizlik varsa söz konusu kurumlar, ilgili taşınmazın idaresi için kayyum tayin edebilmektedir.

Bunun dışında da Uygulama Yönetmeliği'ne göre taşınmazın tapu kütüğündeki kaydına re'sen yapılan riskli yapı kaydının ilgililere bildirilmesi gerekmektedir. Bu durumda riskli yapı kaydını yapan Tapu Müdürlüğü, eğer malik hayattaysa maliğe, hayatta değilse mirasçılarına, bu mümkün değilse ilgili taşınmaz için TMK m598'e göre hak sahiplerine mirasçılık belgesi çıkartarak veya ilgili taşınmaz için kayyum

tain ederek bu kişilere, tapuda mülkiyet kaydı ihtilaflı ise kayıtlı görünen son kişiye yazılı veya elektronik ortamda tebligat yapar. Ayrıca eğer taşınmaz paylı mülkiyete tabi ise iki ihtimal söz konusudur. Birinci ihtimalde paylı mülkiyete tabi taşınmazdaki yapı maliklerden başkasına aitse ilgili Tapu Müdürlüğü tebligatı bu kişiye, ikinci ihtimale göre ise taşınmaz üzerindeki yapı arsa maliklerinden bazısına aitse yapı maliki paydaşlara aynı usulle tebligat yapılır. Bütün bunların dışında ilgili Tapu Müdürlüğü taşınmazın tapu kütüğündeki kaydında görünen ayni ve şahsi hak sahiplerine de tebligatta bulunur.

Kimi durumlarda kamulaştırma ile ilgili acele kamulaştırmaya gerek kalmadan malikler ile anlaşılması mümkündür. Bu durumda muvafakat içeren sözleşme, uzlaşma tutanağı ile birlikte ilgili tapu müdürlüğüne kamulaştırma yapan kurum tarafından gönderilerek terkin ve ilgili kuruma tescil yapılmaktadır. Bu tescil kurucu tescil olup taşınmaz mülkiyeti tescil anında devredilmiş olur. Diğer durumlarda ise tescil açıklayıcıdır ve TMK m. 705 gereği tescilden önce, bedel tespiti ve tescil davası kararı ile mülkiyet idareye geçmiş kabul edilir.

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ veya ilgili belediye tarafından yürütölen projelerde taşınmaz, kurum üzerinde tahsisli ise uygulama sonunda ortaya çıkan yeni taşınmazın projeyi yürüten kurumun talebi üzerine anlaşma sağlanan hak sahiplerine devri sağlanmaktadır.

TMK'daki, taşınmazlar üzerindeki tasarruf işlemleri için tapudaki hak sahibinin talep şartının istisnası, maliklerin müteahhit ile yaptıkları kat karşılığı inşaat sözleşmesi sonrası meydana gelecek yeni yapıda kat irtifakı veya kat mülkiyeti tesisi için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ veya ilgili belediyeye başvurmaları ile bu kurumların malikler adına tapudan talepte bulunmalarıdır. Bunun için tapu memuru gerekli mimari proje ve yönetim planında maliklerin imzasını aramayacağı gibi bunların elektronik ortamda hazırlanmasını ve ilgili idarece onaylanmasını yeterli görmektedir.

Bütün bunların yanında 2019 yılında kanuna eklenen ARAADHK m. 6/A, kamucu bir yaklaşımla Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na tapu ve

kadastro işlemleri ile ilgili genel bir yetki vererek, malikler ve diğer ilgililerin rızası aranmaksızın bütün tapu ve kadastro işlemlerinin tapuda Bakanlığın talebi ile yapılabileceğini düzenlemiştir. Kanun koyucunun, Türkiye'de kentsel dönüşüm hukukunun gelişim sürecinde, uygulamada yaşanan aksaklıklar sebebiyle böyle bir maddeye ihtiyaç duyduğunu ve kantarın topuzunun son dönemde taraf iradelerinden devletçi yaklaşıma yani özel hukuktan kamu hukukuna doğru kaymaya başladığını göstermektedir.

2.5.2. Riskli Yapı Kaydı

Bir taşınmaz için lisanslı kuruluş tarafından düzenlenen riskli yapı tespit raporu, Uygulama Yönetmeliği m. 7/4'de gösterilen şekilde elektronik ortamda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü ya da Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın yetki devri yapmış olması durumunda ilgili belediyeye gönderilir. Durumu öğrenen kurum, 10 iş günü içinde taşınmazın riskli olduğunu kayıtlı olduğu tapuya bildirerek, o taşınmazın tapu kütüğündeki beyanlar hanesine riskli yapı kaydı yapılmasını sağlamalıdır.

Uygulama Yönetmeliği m. 15/8(ç)'ye göre bir parselde birden çok yapının bulunması durumunda sadece risk tespit raporuna göre riskli oldukları kabul edilen yapıların, mümkünse yapıların bulundukları arsaların ifraz, taksim, ihdas ve tescil işlemleri re'sen yapılarak tapuda sadece bu yapılara riskli yapı belirtmesi kaydedilebilir. Bu mümkün değilse Uygulama Yönetmeliği m. 15/8(a)'ya göre, tapu kütüğündeki beyanlar hanesine riskli yapı belirtmesi yapılabilir. Bu durumda yapının açık adresi tapu kütüğünde belirtilmiş olmalıdır.

Müteakip fıkra ise bunun tam tersini yani, tapudaki tevhit işlemini düzenlemektedir. Üzerlerindeki riski yapılardan dolayı birden fazla komşu parsel tapuda tevhit edilerek uygulamaya bu parsel üzerinden devam edilebilir. Fakat bu işlemin ifraz işleminden farkı, tevhit ve tescile re'sen değil tevhit edilen parsellerde, her birinde ayrı ayrı en az 2/3 pay çoğunluğuyla maliklerce karar verilebilmesidir. Ayrıca böyle bir tevhit işlemi için o parsellerdeki bütün yapıların riskli tespit edilmiş olması gerekir. Bunun yanında proje uygulama alanı içindeki boş parsellerin de

üzerinde riskli yapıların bulunduğu parsellerle tevhit edilebilmesi mümkündür. Fakat bunun için boş parsel maliklerinin oy birliği gerekmektedir. Tevhid sonrası uygulama işlemleri için ise meydana gelen yeni parsel maliklerinin en az 2/3 çoğunluğu yeterli görülmüştür. Buna karşılık Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği m. 7/3 “re’sen tevhit” işlemini düzenlemiş, boş parselin tek başına yapılaşmaya elverişli olmaması halinde maliklere verilecek 3 ay içinde kendi aralarında anlaşamazlarsa parselin yapılaşmaya elverişli hale getirilmesi amacıyla tapuda re’sen tevhit ya da ifraz işlemlerinin yapılabileceği ifade edilmiştir.

ARAADHK’un Uygulama Yönetmeliği, hatalı şekilde "riskli yapı şerhi" ifadesini kullanmış olsa da gerek kanun gerek yönetmeliğin, bildirimin açıkça beyanlar hanesine yazılması gerektiğini düzenlemiş olmaları bunun hukuken bir şerh olmadığını, bir açıklayıcı bilgi olduğunu göstermektedir⁵³⁹.

Taşınmazların kayıt altına alınması roma-cermen hukukundan gelmektedir. Taşınmazlar için bir aleniyet unsuru olan tapu sicilinin, ana kaynaklarından olan tapu kütüğünde “aynı kayıt ilkesi” gereği her taşınmaz için ayrı bir sayfa açılmalıdır⁵⁴⁰. Bu sayfalarda taşınmazla ilgili fiziki ve hukuki bilgilerin yanında ayrı ayrı şerhler ve beyanlar haneleri bulunmaktadır.

TMK m. 1009 vd. maddelere göre şerhler hanesine; şahsi haklar, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması ile geçici tescil şerhi (m. 1011) kaydedilmektedir⁵⁴¹. Buna karşılık beyanlar hanesine muhtelif mevzuatta, farklı kayıtlar yapılabileceği ifade edilmiştir. Bunlardan biri de kamu hukukundan kaynaklanan kısıtlamalardır⁵⁴². Riskli yapı malikinin taşınmaz üzerinde uygulama yapıp yapamayacağına istediği gibi karar verememesi, uygulamaya yapı maliklerinin en az 2/3’ünün karar verebilmesi, oy çokluğu ile alınacak uygulama kararlarında muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin satışı için başvurulduğunda, malik tarafından üçüncü kişilere satışının engellenmesi tasarruf yetkisinin kısıtlanması

⁵³⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s.333.

⁵⁴⁰ Ayan, C.I, 2015, s.204.

⁵⁴¹ Antalya/Topuz, Eşya Hukuku C.IV/1, (2019), s.675-678; Esener/Güven, 2019, s. 180-190; Sirmen, 2019, s. 211.

⁵⁴² Sirmen, 2019, s.228.

olsa da riskli yapı ibaresinin beyanlar hanesine yazılmasının düzenlenmiş olması, kanun koyucunun bunu kamu hukukundan kaynaklanan bir kısıtlama olarak gördüğünü göstermektedir. Bu açıdan söz konusu mevzuatta "riskli yapı şerhi" ifadesinin kullanılması doğru olmamıştır. Sonuçta bunun yerine "riskli yapı kaydı" ya da "riskli yapı bildirimi" ifadesi daha doğru olur.

Riskli yapı kaydının hukuki sonuçlarının ne olduğu ise, ifadesinin ne olduğundan daha ayrıntılıdır. Tapu kütüğüne yapılan beyanlar genel itibarıyla farklı işlemlere sahip olabilir. Üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf edecek bir işlem görebileceği gibi, yalnızca bir ayni hakkı açıklayıcı bir işleve de sahip olabilir. Riskli yapı kaydı sonrası ortaya bir ayni hak çıktığından bahsedilemez. Dolayısıyla yapılan kaydın asıl işlevi iyiniyetin bertarafıdır.

Tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilen riskli yapı kaydıyla alenileşen bildirim, aynı haklara hakim olan kamuya açıklık ilkesini taşınmazlar açısından karşılamaktadır. Kamuya açıklık ilkesinin sonucu olarak artık kimse tapu kütüğündeki bu kaydı bilmediğini iddia edemez⁵⁴³. Bu da sonunda bizi taşınmaz hukukundaki bir diğer temel ilke olan tapu siciline güven ilkesine götürmektedir. Dolayısıyla tapu kayıtlarına güvenerek taşınmazla ilgili iyiniyetle aynı hakka ilişkin kazanımda bulunan bir kişinin taşınmaz üzerindeki bu kazanımları hukuk düzeni tarafından korunur⁵⁴⁴.

Tersten bakıldığında ise kamuya açıklık ve bunun sonucunda tapuya güven ilkelerinin TMK m. 3'de düzenlenen iyiniyet kavramını bertaraf ettiği görülmektedir. İyiniyet, bir hakka sahip olmada önündeki hukuki engeli kendi subjektif durumu sebebiyle bilmeyen veya gerekli özeni gösterse de bilemeyecek durumda olan bir kişiyi ilgili kanun hükmünün o hakka ulaştırmasıdır⁵⁴⁵.

Bunların yanında tapu kütüğündeki beyanların karine oluşturma işlevi de olabilir. Resmi belge kabul edilen tapu kütüğüne bağlı bu tarz karineler kesin

⁵⁴³ Esener/Güven, 2019, s.138-139; Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s.164; Dural/Sarı, 2015, C.I, s.159.

⁵⁴⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s.358; Esener/Güven, 2019, s. 70-72.

⁵⁴⁵ Esener, 2015, s.199; Akıntürk/Ateş, 2019, s.81; Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s. 451-452.

karinelerdir⁵⁴⁶. Hukukta kesin karine, aksi ispatlanamayacak karineleri ifade eder. Bir karinenin aksinin ispatlanamayacak olması mantığa aykırı gibi gözüksede buradaki karine, tapu kütüğündeki kaydın maddi olarak var olup olmadığından ziyade herkesin bu kaydı aleniyet gereği bildiği ve kimsenin bunun aksini ispatlayamamasıdır.(TMK m. 1020/2) Sonuç itibarıyla tapu kütüğünün beyanlar hanesine yapılan bu bildirimle artık kimse o yapının riskli olduğunu bilmediğini iddia edemez.

Buna karşılık tapu kütüğünde kayıtlı maddi hukuka ait hakkın mevcut olup olmadığının, yani içeriğinin ise TMK m. 7 gereği adi karine olarak aksi ispatlanabilir. Fakat aksi ispatlanıncaya kadar doğru kabul edilir ve aksini iddia eden ispatla yükümlüdür.

Tapu kütüğünde bulunan riskli yapı kaydını bilmediğini kimse ileri süremezken, kayda konu hakkın olmadığına ispatı ise Uygulama Yönetmeliği m. 7'de özel bir usule tabi tutulmuştur. Yukarıda da belirtildiği üzere risk tespit raporuna karşı riskli yapı kaydını yapan tapu müdürlüğünün kendilerine tebliğinden itibaren malikler veya kanuni temsilcileri 15 gün içinde ilgili Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Müdürlüğü'ne veya yetki devri durumunda ilgili belediyeye itirazda bulunabilirler. İtiraz gerekçeleri ise; aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre yapının risk durumunu etkileyecek somut bir olay veya raporun gerçeğe aykırı düzenlenmiş olması durumlarıdır. Kasti müdahale ile yapının risk durumu etkilenmişse zaten o yapı ile ilgili risk tespit raporu hazırlanamaz.

Bu iki gerekçe sınırlı sayılmamakta, itiraz ve mahkeme hükmüne gerekçe olabilecek diğer durumlar için verilecek karara göre karara konu yapı için yeni bir risk tespit raporu düzenlenebilecektir. Her ne kadar bu iki gerekçe, herhangi bir itiraz ve mahkeme kararından ayrı sayılmış olsa da maddedeki ifadeden, onların da bir kararla tespit edilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu iki gerekçe dışında yapının risk durumunu hukuken değiştirecek herhangi bir itiraz veya mahkeme kararına bağlı olarak yeni bir risk tespit raporu düzenlenebilir.

⁵⁴⁶ Ayan, 2015, C.I, s.209-210; Esener/Güven, 2019, s. 138-139; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku C.IV/1, (2019), s. 142.

Düzenlenen yeni raporda, yapının risksiz çıkması durumunda önceki rapora göre yapının beyanlar hanesine kaydedilen riskli yapı kaydı, "yetkide paralellik" ve Uygulama Yönetmeliği m. 7/8 gereği Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü'nün talebi üzerine ilgili tapu kütüğünden terkin edilir. Şu durumda yeni rapor düzenleninceye kadar maliklere verilecek yıkım veya güçlendirme sürelerinin işlememesi gerekir.

Güçlendirmenin mümkün olması durumunda da, güçlendirme ruhsatını veren belediyenin güçlendirme için maliklere verdiği süre sonunda güçlendirme işlemi usulüne uygun olarak yapılmışsa, bu belediye tarafından ilgili tapuya yapılacak başvuru sonrası riskli yapı kaydı terkin edilir.

Yıkılan kat mülkiyetine konu yapının ise tapudaki kaydı Uygulama Yönetmeliği m. 8/7 uyarınca Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın, ilgili belediyenin veya hak sahiplerinin talebi üzerine terkin edilmekte ve arsa, paylı mülkiyete dönüştürülmektedir. Sonrasında ise maliklerin payları oranında arsa, tapu kütüğüne tescil edilmektedir. ARAADHK m. 6/1'e göre bu durumda ayni ve şahsi haklar ile temlik kısıtlayan şerhler, paylar üzerinde devam etmektedir. Uygulama Yönetmeliği m. 15/10 ise bu hak ve şerhlerin, taşınmazın dönüşüm sürecinde tevhid, ifraz, taksim, terk, tescil, kat irtifakı ve kat mülkiyeti tesis işlemine engel engel olamayacağını düzenlemiştir. Yapılacak uygulama sonunda meydana gelecek yeni yapıda kat irtifakı veya kat mülkiyetine geçilmesi durumunda bu hak ve şerhler, malike ait olacak bağımsız bölüm ya da bölümlerde devam edecektir.

Ayni ve şahsi hakların yapının yıkılmasından sonra da taşınmaz üzerinde devam edeceğini ilişkin bu tarz hükümler, aslında kanun koyucu tarafından yıkım sonrası yapılacak uygulama ile ortaya çıkacak yeni yapıdaki bağımsız bölümler üzerinde kat mülkiyeti rejimi düşünülerek düzenlenmiştir. Fakat yapılacak yeni yapı üzerinde söz konusu haklar, kat mülkiyeti kurulana kadar ara basamaklar üzerinde nasıl devam edecektir? ARAADHK m. 6/1'deki *"taşınmazların re'sen niteliği mevcut duruma göre tescil edilir"* ifadesi ile hüküm kapsamının geniş tutulması, yıkım sonrası ortaya çıkabilecek her tür mülkiyet rejimine tabi taşınmaza bu hükmün şamil olmasını gerektirmektedir.

Hakların varlığını sürdürebilmesi, taşınmazın niteliği dışında yıkım öncesi taşınmaz üzerinde üçüncü kişilerin sahip olduğu hakkın niteliğine de bağlıdır. Örneğin; yapı ile ilgili fiili kullanmaya bağlı sükna hakkı ya da mevcut yapının muhafaza edilmesi ile ona malik olma imkanı veren üst hakkının birer sınırlı ayni hak olarak akıbetinin ne olacağı düzenlenmemiştir. Benzer şekilde konut veya işyeri kirası gibi fiili kullanmaya bağlı şahsi hakların hukuksal akıbeti belirsizdir.

Bu sorunun çözümünde haklar arasında yapılması gereken ayırım, ayni-şahsi hak ayırımı değil; hakkın, yapının fiili kullanımına dayalı hak olup olmadığı ayırımıdır. Bu durumda fiili kullanıma dayalı olmayan ayni ve şahsi haklar açısından sorun yoktur. Örneğin; sınırlı bir ayni hak olan rehin hakkı, hakka konu yapı yıkılıp arsa haline döndükten sonra paylı mülkiyete tabi bir arsadaki arsa payı üzerinde de devam edecektir. Buna karşılık fiili kullanıma dayalı ayni ve şahsi hakların ne şekilde devam edeceğini konu alan bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Kanun, her ne kadar malik olmamakla birlikte yapıyı fiilen kullanan kişilere yeni yapı inşa edilinceye kadar bazı imkanlar tanımış olsa da teoride hakkın nasıl devam edeceği belli değildir. Kaldı ki bu imkanlar aynı durumdaki herkese tanınması zorunlu imkan değil, idarenin takdirine bağlı imkanlardır.

Kat mülkiyeti rejimi ilgili durumda, genel hüküm olan KMK m. 46’da konu ile ilgili fiili kullanıma dayalı olup olmama ayırımı yapmamış, kat mülkiyeti ve kat irtifakının sona ermesi başlığından ayrıntılı olarak anlaşılabileceği üzere “taşınmazı kayıtlayıcı hak sahibi”ne tercih hakkı tanımıştır. Hak sahipleri, kat mülkiyetinin terkinine engel olabilecekleri gibi arsa haline dönüşmüş taşınmazda borçlunun arsa payları üzerinde devam edecek şekilde onay verebilmektedir. Yine de bu durum ARAADHK’un yukarıda bahsedilen sorununa çözüm getirmemekte, sorun devam etmektedir.

En azından fiili kullanıma dayalı hakların yıkım ve inşaat dahil dönüşüm uygulamaları sırasında dondurularak, uygulama sonrası ortaya çıkacak yeni yapıda kaldığı yerden devam etmesi yönünde bir düzenleme taşınmaz üzerinde fiili kullanıma dayalı kayıtlayıcı hak sahiplerinin sorununa belli ölçüde çözüm olabilecektir.

Yargıtaysa⁵⁴⁷ bunun aksine taşınmazın tapu kaydına şerh edilmiş etkisi güçlendirilmiş nispi haklar dışındaki, salt sözleşmeye dayalı nispi hakların taşınmaz üzerinde devam etmeyeceği fakat uygulama sonrası yeni yapıda, eski kiracıya TBK m. 355/2 gereği öncelik verilmesi yönünde karar vermiştir. Buna karşılık yeni yapılacak sözleşme şartlarını tarafların baştan belirleyebilecekleri öngörülmüştür. Yine de malikin yeni yapıyı bizzat kullanabileceği ihtimali veya kendisi için daha uygun şartlarda üçüncü kişilere kiralayabileceği ihtimali bu içtihadı kiracılar açısından çok ta kullanılabilir yapmamaktadır. Buna ancak kurucu yenilik doğuran bir hak olarak “ön kiralama hakkı” denilebilir. Bunun yanında dönüşüme tabi yapılarda tüzel kişilik uygulaması mümkün olsaydı, fiili kullanıma dayalı hak sahiplerinin de dış paydaş olarak tüzel kişiliğe katılmaları mümkün olabilecekti ve hak kaybına mahal verilmemiş olacaktı.

2.5.3. Yolsuz Belirtme Durumu

Tescil; taşınmaz üzerinde, geçerli bir ayni hakkın kurulabilmesi için tapu kütüğüne yapılan kaydı ifade eder⁵⁴⁸. Riskli yapı kaydının tapuya işlenmesinde ise taşınmaz üzerinde bir ayni hak tesisi henüz yoktur. Ayrıca şerhler hanesinde gösterilmediği için bu kayda hukuken şerh demek de mümkün değildir. Dolayısıyla tapu sicilinin ana sicillerinin başında gelen tapu kütüğüne yapılacak "riskli yapı" kaydı, beyanlar hanesine yazılacak bir açıklayıcı bilgidir.

Hatalı şekilde ya da sonradan hatalı hale gelerek yapılacak ayni hak kaydı, hukuken yolsuz tescil olarak adlandırılmaktadır. Şu durumda beyanlar hanesindeki hatalı kayıt bir "yolsuz belirtme"dir. Yolsuz tescilin hatalı olarak yapılan bir tescil olabileceği gibi doğru yapılmış olan tescilin, sonradan kayden taşınmazın gerçek durumunu yansıtmaması sonucu yolsuz hale gelmiş tescil olması da mümkündür. Yolsuz tescilin hukuki sonucu olarak tapu kayıtlarına güvenerek taşınmaz üzerinde iyiniyetle ayni hak kazanan kişinin bu kazanımı hukuken korunmuştur. Ayrıca bunun sonucu olarak yolsuz tescilden zararı doğan üçüncü kişiler, tapu kütüğünü tutma yükümlülüğünde olan idareden, dava yoluyla tazminat isteyebilecektir.

⁵⁴⁷ Yargıtay 6.HD. (19.01.2016), E. 2015/7205, K. 2016/102. (www.lexpera.com.tr).

⁵⁴⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s. 285; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku C.IV/1, (2019), s. 474.

Tapu kütüğünün devamı olan beyanlar hanesine yolsuz olarak yapılan ya da sonradan yolsuz hale gelen “riskli yapı” belirtmesi üçüncü kişilerin iyiniyetle aynı hak kazanmalarına imkan veren bir kayıt değildir. Buna karşılık yolsuz tescilin TMK m. 1025/2'e göre bir diğer sonucu olan, bu kayda güvenmesi sebebiyle zarara uğrayan üçüncü kişilerin tazminat talebi, yolsuz riskli yapı belirtmesi durumunda da mümkündür. Yani bir yapının tapu kaydında riskli olduğunu görerek iyi niyetle o taşınmazla ilgili tasarrufta bulunan üçüncü kişiler, idareden zararlarının tazminini talep edebilirler (TMK m. 1007). Örneğin bu kayda güvenerek tasarrufta bulunmuş bir müteahhit sonradan kaydının düzeltilmesi ile uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilmelidir. Beyanlar da tesciller gibi ancak tapu kütüğünde hak sahibi görünen tarafın talebine veya mahkeme kararına istinaden düzeltilebilir. Varsa kaydın tutulmasında sorumluluğu bulunanlara idare, üçüncü kişilere ödediği tazminatı kusuru oranında rücu edebilir.

2.5.4. Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakının Sona Ermesi

Bir yapıdaki her bir bağımsız bölümün ayrı bir mülkiyet hakkına konu olmasına kat mülkiyeti denir⁵⁴⁹. Üzerindeki yapı kat mülkiyetine geçmiş taşınmazların tapu kütüğündeki sayfasına KMK'na tabi olduğuna dair kayıt düşülerek, yapıdaki her bir bağımsız bölüm kat mülkiyeti kütüğündeki ayrı bir sayfaya tescil edilir⁵⁵⁰. Kat irtifakı ise henüz kat mülkiyeti rejimine geçmemiş arsanın pay sahiplerine; yapının tamamlanarak kat mülkiyetine geçilmesini talep hakkı veren bir irtifak hakkıdır⁵⁵¹.

Bir yapıda kat mülkiyetine geçilmesi talep veya mahkeme kararı ile olabilir. Kat mülkiyeti, maliklerin tamamının resmi yazılı şekle tabi yapacakları sözleşme ile kurulabilir⁵⁵². Mahkeme kararı ile kat mülkiyetinin kurulmasına ise ortaklığın giderilmesi davasında hakimin, taşınmazın pay edilmesi ve bağımsız bölümlerde ferdi

⁵⁴⁹ Erman, 2018, s. 135.

⁵⁵⁰ Ayan, 2014, C. II, s.457-458; Germeç, Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, Ankara, Seçkin kitabevi, (2020), s. 228.

⁵⁵¹ İlgezdi, Ali Rıza, Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku, Ankara, Seçkin kitabevi, (2019), s. 25-26; Uslu, Abdüssamet, Kat İrtifakı, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018, s.8.

⁵⁵² Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, 01.09.2021 tarih E-23294678-010.06.02-730554 sayılı 2021/4 Genelgesi; Germeç, 2020, s. 227-228.

mülkiyetin kurulabilmesi için kat mülkiyetine geçilmesine karar vermesi örnek olarak verilebilir (KMK m. 10/6).

Taşınmazdaki kat mülkiyeti rejimi ile ilgili; ARAADHK'a göre daha genel nitelikte olan KMK, arsa üzerindeki yapı ya da yapıların tabi olduğu kat mülkiyeti rejiminin nasıl sonlandırılacağı ile ilgili iki durum tarif etmiştir. Buna göre kat mülkiyeti; KMK'daki genel hükümlere göre iki yol (m. 46, 47)⁵⁵³ dışında, ARAADHK'daki özel hükümlere göre de bir şekilde olmak üzere toplamda üç farklı şekilde sona erebilir.

Genel hükümlere göre bir kat mülkiyeti ya KMK m. 47'ye göre kendiliğinden ya da KMK m. 46'ya göre talep ile sona erebilir⁵⁵⁴. KMK m. 47, bir anayapının tümüyle harap olması durumunda kat mülkiyetinin kendiliğinden ortadan kalktığını belirtmiştir. Bu durumda taşınmazın tapu kaydında bulunan kat mülkiyetinin terkinin açıklayıcı bir niteliğe sahip olur. Anayapının tümüyle harap olması kat mülkiyetinin sona erme anı olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁵.

KMK m. 46'ya göre talep ile terkin için ise tek malik varsa malikin, bağımsız bölümlerin farklı malikleri varsa maliklerin tamamının talebi ile kat mülkiyeti terkin edilir⁵⁵⁶. Böyle bir durumda tapu kaydından terkin, bozucu terkindir ve yenilik doğuran bir işlemdir⁵⁵⁷.

Özel nitelikteki ARAADHK ise maliklerin talebinden ziyade anayapının fiziki akıbetini dikkate aldığı için KMK m. 47'ye daha yakın bir düzenleme olsa da burada genellikle yıkama işlemi maliklerinin rızası ile yapılmaktadır. Yine de KMK m. 46'da terkin için maliklerin tamamının rızası gerekirken ARAADHK'a göre 2/3 çoğunluk yıkım ve uygulama kararı alınabilmesi için yeterli olacaktır.

⁵⁵³ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s. 430-431; Sirmen, 2019, s. 492-494.

⁵⁵⁴ Yargıtay HGK, 2018/559 E., 2020/261 K.

⁵⁵⁵ Germeç, 2020, s. 1160-1161; Esener/Güven, 2019, s. 337.

⁵⁵⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s. 430.

⁵⁵⁷ Esener/Güven, 2019, s. 154; Sirmen, 2019, s.194.

ARAADHK’da riskli yapı, malikler tarafından yıktırılmadığı takdirde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı veya idare ya da en büyük mülki amir tarafından yıkım işlemi yapılabilmektedir. Bu durumda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından ilgili tapuya durum bildirilerek re’sen terkin yapılmaktadır.

İster maliklerin rızasıyla isterse re’sen olsun, yapının yıkılmasına odaklanıldığı için ARAADHK’da düzenlenen kat mülkiyeti terkin, açıklayıcı niteliktedir. Benzer şekilde projenin ARAADHK m. 6/A’a göre kamu eliyle yürütülmesi durumunda yapılacak kamulaştırmalarda mülkiyetin idareye geçmesi kamulaştırma kararı sonrası mahkeme kararıyla olmakla beraber tescil açıklayıcıdır. Bunun yanında kat mülkiyetine tabi ana taşınmazın arsasıyla kamulaştırılması sonrası kat mülkiyetinin hangi anda sona ereceği ile ilgili açık bir düzenleme bulunmazken KMK m. 49, kat irtifakının kamulaştırma ile beraber kendiliğinden sona ereceğini düzenlemiştir⁵⁵⁸. KMK m. 49’a kıyasen taşınmazdaki kat mülkiyeti rejiminin kamulaştırma ile beraber kendiliğinden sona ereceği söylenebilir. Bu yüzden yapılacak terkin de açıklayıcı terkin olacaktır.

ARAADHK m. 6’nın KMK m. 47’deki sona ermeden en büyük farkı 6306’ya göre yıkımdan önce yapının önceki vasfıyla değerlendirilmesinin gerekliliğidir.

Kat irtifakı ise KMK’ya göre yapının harap olması ile değil, kat mülkiyetine geçiş dışında ancak maliklerin talebi ile terkin edilebilir ve bu bozucu terkindir⁵⁵⁹. ARAADHK ise kat mülkiyeti ve kat irtifakını aynı akıbete bağlayarak, harap olmasını esas almıştır ki buradaki terkin hem kat mülkiyeti hem kat irtifakı için açıklayıcıdır.

2.6. YAPILARIN TAHLİYESİ VE TEŞVİK-YAPTIRIM İKİLEMİ

⁵⁵⁸ Yargıtay 5. HD 2020/3045 E. , 2021/8792 K.

⁵⁵⁹ Özmen, Etem Saba, Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Kat İrtifakı, İstanbul, Onikilevha kitabevi, (2017), s. 410-411.

2.6.1. Genel Olarak

Geniş kapsamlı bir kavram olan tahliye kavramı sözlük anlamı olarak “boşaltma”⁵⁶⁰ anlamına gelir. Tahliye, özel hukuk anlamında daha çok eşya hukukuyla ilgili olarak *"kimi koşulların oluşması durumunda, kira sözleşmesi sona ermeden, ama genellikle kira sözleşme süresinin bitiminde, konut sahibinin başvurusu üzerine, kiracının, yönetim ve yargı organlarınca, oturmakta olduğu yapıyı bırakmaya zorlanması"*⁵⁶¹nı ifade eder. Tahliyenin özel hukuktaki anlamı, yapının yalnız insandan değil eşyadan da arındırılması anlamına gelir.

Tahliye, kentsel dönüşüm uygulamalarının yıkım öncesi aşamalarındandır. Bir yapının yıktırılması üç basamaklı bir süreçtir. Bunun birinci basamağında, yapıya sağlanan kamu hizmetlerinden olan elektrik, su, doğalgazın kesilmesi bulunur. Bu üçlünün yanına telefon, internet gibi diğer abonelikleri koyma keyfiyeti yapıyı kullanana aittir. Özellikle bu üç aboneliğin yıkım açısından önemli olması, bu hizmetlerin ekonomik tarafından çok özellik itibarıyla fiilen yıkımı etkileyebilecek özelliklere sahip olmalarıdır.

Yıkım güvenliğini tehlikeye atabilecek bu kamu hizmetlerinin kesilmesinin ardından tahliye işlemine geçilmektedir. Yapının; tahliye kavramının özel hukuk anlamına da uygun olarak; kullananların rızası veya rızası olmadan insan, hayvan ve eşyadan tahliye edilmesinin ardından yıkım aşamasına geçilebilir.

Genel olarak bakıldığında kanun koyucu, gerek taşınmazı kullananlar gerekse uygulayanlar açısından son derece zor olan tahliyeyi gerçekleştirebilmek amacıyla aşağıda ayrıntılarıyla değinileceği üzere, tabiri yerindeyse havuç-sopa diğer bir deyimle ödül-ceza yöntemini amaçlamıştır. Bu da dönüşümün asıl uygulamalarına geçilebilmesi için bir ön aşama ve zorunlu bir aşamanın sorunsuz gerçekleştirilebilmesi açısından depreme karşı zamanla yarışan dönüşüm uygulamalarını hızlandırmak için gerekli ve doğrudur.

⁵⁶⁰ TDK Büyük Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, 23.08.2021.

⁵⁶¹ Sosyal Bilimler Sözlüğü (2011), “Türkiye Bilim Terimleri Sözlüğü.” Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi(TÜBA).

2.6.2. Dönüşüm Kapsamındaki Taşınmazların Tahliye Süreci ve Erken Tahliye

Anayasa Mahkemesi 2014/41 sayılı kararında ARAADHK kapsamında kentsel dönüşüm sürecini başlıca 5 aşamaya ayırmış ve bu 5 aşama altında incelemiştir. Bunlar sırasıyla; riskli yapının tespiti, tasarrufların kısıtlanması, yapının tahliyesi, yıkılması ve yeni yapı için yapılacak inşaat uygulamasıdır. Yine mahkemenin tabiriyle, bunların hepsi ARAADHK’da öngörülen amacı gerçekleştirmek için yapılmaktadır. Yani genel olarak fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşam çevreleri sağlamak amacıyla tahliye aşaması dahil bu beş aşama uygulanmaktadır. Bu aşamalardan herhangi birini, dönüşüm sürecinde atlamak mümkün değildir. Sırasıyla her birini muntazam ve kurallara uygun uygulamak gerekir.

Tahliye aşaması için ise yapıyı işyeri veya konut olarak fiilen kullanan kişilerden arındırmak gerekir ki bu, o kişiler için büyük fedakarlık gerektiren, onları tahliye zorlayacak olan kişi ve kurumlar içinse meşakkatli bir durumdur. Hatta gecekondular ve kaçak yapılar için kullanılan, klasik tahliye yöntemleri uygulandığında vicdan yaralayıcı görüntüler vermektedir. Bu sebeple, sopa-havuç ikilemindeki sopa yöntemi için, ARAADHK, zorla tahliyeden önce kişileri tahliye zorlamak amacıyla anayasa m. 127 kapsamında konutlara sağlanan üç temel kamu hizmeti olan elektrik, su ve doğalgaz hizmetlerinin sağlanmasının durdurulması bulunmaktadır.

Bu yöntem zor kullanma yerine tercih edilebilir bir yöntemdir. Fakat gerek hukuken, gerekse sağlık açısından bazı sakıncaları vardır. Günümüz modern insanının, bir yapıyı konut veya işyeri olarak kullanabilmesi için elektrik, su ve ısınma gibi en temel 3 ihtiyacı vardır. Bir kişinin kendi imkanlarıyla bunları elde etme imkanı oldukça güç ve maliyetlidir. Dolayısıyla bu türden ihtiyaçlar için kamu hizmetine ihtiyaç duyulmaktadır. Sonuç itibarıyla bu türden altyapı gerektiren kamu hizmetleri mülkiyet hakkıyla da yakından ilgilidir ve eksikliği mülkiyet hakkının sahibine verdiği kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkilerinin kullanılmasını engellemektedir. Bu sebeple bu hizmetlerin engellenmesinin tamamıyla zararsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Hukuken mülkiyet hakkının engellenmesine sebebiyet vereceği açıktır.

Zorla tahliye ile arasındaki fark, zorla tahliyedeki aktif tutum yerine pasif bir durumla dönüşümün önündeki engelin aşılmasından ibaret olmasıdır. Bununla birlikte anayasa m. 57 devletin, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirler alması gereğinden bahsetmiştir. Bu anlamda konutların özellikle altyapı ihtiyaçları, yukarıda bahsedildiği gibi anayasa m. 56'daki sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı ile de yakından ilgilidir. Yani elektriksiz, susuz ve ısıtma enerjisiz bir konutun sağlıklı bir konut, işyerinin ise yapılan işe bağlı olarak sağlıklı bir iş yeri olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Kaldı ki sağlık problemleri yaşayan ve tıbben belli cihaz desteğine bağlı yaşayan pek çok konut sakini vardır ki elektrik, su ve doğalgazın biri, ikisi ya da her üçünün birden kesilmesi hayati bir soruna dönüşebilecektir.

Bu açıdan da bakıldığında Anayasa Mahkemesi, bu kamu hizmetlerinin engellenmesi ile ilgili iki şarta dikkat çekmiştir. Bunlardan biri “kamu yararı”, diğeri ise anayasada temel hakların kısıtlanması ile ilgili temel ölçüt olan “ölçülülük ilkesi”dir. Yani bu ifade, Anayasa Mahkemesi'nin bu üç kamu hizmetini mülkiyet hakkı içinde temel bir hak olarak gördüğü ayrıca bireylerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşayabilmesi için gerekli gördüğünü göstermiştir. Bu yüzden kamu hizmetlerinin kısıtlanmasının, ölçülülük temelinde yapılmasını ve somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasını öngörmüştür.

Tapu memuru tarafından, riskli yapı kaydının yapıldığına dair ARAADHK m. 3 gereği maliklere yapılacak tebligatın ardından, Uygulama Yönetmeliği m. 8 gereği Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü'nün talebi üzerine en az 60 günlük yıkım süresinin başlaması için yapılması gereken yapı yıktırılmadığı takdirde 30 günü geçmemek üzere verilmesi gereken takdiri sürenin başlayabilmesi için ilgili belediye tarafından maliklere tebligat yapılır. Tahliye için ne kanunda ne de yönetmelikte bir süre öngörülmüş olmasa da; bu sürelerin toplamı, bu bakımdan tahliye süresi olarak değerlendirilebilir. Yapıyı fiilen kullanan, oturma hakkı ya da kiracılara ise tahliye amaçlı tebligat maliklerce yapılmalı, yapılmadığı takdirde bu görev yine ilgili belediyeye aittir.

Bu kamu hizmetlerinin durdurulması için ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunma yetkisinin kime ait olduğu kanunda açıkça belirtilmemiştir. Buna karşılık

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü'nün talebi ile başlayacak riskli yapının yıkım süreci Uygulama Yönetmeliği ile tümüyle ilgili belediyeye devredilmiştir. Bu bakımdan bahsi geçen kamu hizmetlerinin durdurulması için ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunma yetkisi de Uygulama Yönetmeliği m. 8/2(ç)'deki genel düzenleyici işlemle ilgili belediyeye bırakılmıştır. Yani ARAADHK m. 6/12 gereği Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından kanundaki iş ve işlemler için yapılması gereken yetki devrinin, bu işlemleri yapması için ilgili belediyeye ayrıca yapılması gerekmemektedir.

Zor kullanma (sopa yöntemi) ile yapıyı kullananlara ne kadar süre pasif tazyik uygulanarak, tahliyenin bekleneceği konusunda ise yine belli bir süre bulunmamaktadır. Fakat sopa yönteminin pasif ve aktif yolları belirli bir kronoloji sırasına bağlı ve birbirinin ön şartı olan, mutlaka yapılması gereken aşamalar değil; birbirinin alternatifi ya da birlikte uygulanabilecek, ölçülülük sınırlarında nereye kadar ve ne süre uygulanacağı idarenin takdirine bırakılmış iki ayrı yoldur. Bu durum şurada açıkça görülmektedir ki; Uygulama Yönetmeliği m. 8/3'de ilgili belediyenin, mülki amirin sağlayacağı kolluk desteği ile yapının cebri yoldan tahliyesinin yegane ön şartı, maliklerin kendilerine tanınan süre içerisinde yapıyı yıktırmamalarıdır. Söz konusu kamu hizmetlerinin durdurulması, güç kullanılarak tahliye için şart değil fakat yıkım için bu hizmetlerin durdurulması ve yapının insan ve eşyadan tahliyesi elbette ki şarttır.

Salt kamusal zorlama ve ihtiyari teşviklere dayalı olarak; malik dışında, sözleşmeye dayalı yapıyı kullananların, bu sözleşmeler hesaba katılmadan tahliyesini beklemek hukuk güvenliği ve hukukun öngörülebilirliğine zarar verecektir. ARAADHK'nun dönüşümle ilgili özel hükümleri arasında özel hukuka ait bu sözleşmelerin akıbeti ile ilgili açık hüküm bulunmamaktadır. Taşınmaz üzerindeki tapuya kayıtlı ayni ve şahsi hakların arsa payı üzerinde devam edeceğine dair hüküm olmasına rağmen, tapuya şerh edilmemiş nispi hakkın ne olacağı belli değildir. Bu konuda TBK'nın genel hükümlerine bakmak gerekecektir.

2.6.2.1. Kira Sözleşmesinin Malik veya Kiraya Veren Tarafından Sonlandırılması

Ödül yöntemine ait ve "taşınmazı anlaşılarak tahliye edenler için uygulanacak teşvikler" başlığı altında incelenecek kamusal teşvikler göz ardı edilecek olursa; kiracı olarak yapıyı kullanan kişilerin konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesi kiraya veren tarafından ancak, TBK m. 350/2 uyarınca yeniden inşa ve imar sebebiyle, eğer sözleşme belirli süreli ise süre sonundan itibaren açılacak dava ile, belirsiz süreli ise TBK m. 328-329 gereği, yerel adette bir kira süresi yoksa altışar aylık dönemlerin sonlanmasından en az 3 ay önce kiracıya yapılacak fesih bildirimi ile süre sonundan itibaren açılacak dava ile sonlandırılabilir ve kiracı tahliye edilebilir⁵⁶². Kiraya verenin, bunun için dava açma süresi ise 1 aydır.

Buna karşılık ARAADHK m. 5/3'teki yıkım ve tahliye süresi ilk olarak asgari 60 gündür. Yine de tahliye ve yıkım gerçekleşmezse azami ek 30 gün süre verilebiliyor ki bu da toplamda asgari 90 güne denk gelmektedir⁵⁶³. Her ne kadar daha üst bir süre idarenin takdirinde olsa da, riskli bir yapının yıkımını geciktirme sorumluluğunu hiçbir idari amir kolay kolay almayacaktır. Ayrıca 6 aylık dönemi yeni başlamış olması ya da örf adet hukukunda daha uzun kira dönemi olması durumunda, idare tarafından yıkım için verilen 90 günlük süre kira sözleşmesinin malik tarafından sonlandırılabilmesi için yeterli değildir. Kaldı ki kanun bu süre sonunda sözleşmenin dava yolu ile sonuçlandırılmasını zorunlu tutarak bunun için ayrıca 1 ay süre vermiştir. Sonuçta fesih dönemi ve sürelerine uyulmadan kiracı zorla tahliye edildiği için kiracı ve malik arasındaki ilişki gereği malik tazminat ödemek durumunda kalacaktır. Malikin kendi elinde olmayan bu tarz, kamusal tazyik gibi bir ifa engeli sebebiyle tazminat ödemek durumunda kalması adil olmaz. Bu durumda malikin sözleşmeyi sona erdirmek için başvurabileceği yol ise sözleşmeyi devam ettirmede önündeki hukuksal engel sebebiyle kusursuz ifa imkansızlığı olacaktır (TBK m. 136). Nitekim kiracının kullandığı taşınmazın kamulaştırılması durumunda ise tahliye edilmesinden

⁵⁶² Eren, 2019, s.416-417; Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, İstanbul, Filiz kitabevi, (2019), s. 278-282; Yargıtay 3. HD. (22.2.2017), E. 2017/1367 K. 2017/1784. (www.lexpera.com.tr).

⁵⁶³ Uygulamada çoğunlukla 60+29 gün olarak veriliyor.

idare ve malikin sorumluluğunun olmayacağı Kamulaştırma Kanunu m. 20/2’de düzenlenmiştir.

Bunun yanında ARAADHK’un Uygulama Yönetmeliği, kiracıya tahliye tebligatı yükümlülüğünü malike yüklemiştir. Her ne kadar bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde ilgili belediye tarafından yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiş olsa da, yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle kiracının uğrayabileceği zarardan malik sorumlu olacak ve tazminat yükümlülüğü altına girecektir.

Konu ile ilgili bir başka tartışma konusu da malikin kira sözleşmesinin tarafı olmaması durumunda tahliye davasını kimin açabileceğidir. Elbette ki taşınmazı konu edinen bir kira sözleşmesi borç doğuran bir borçlandırııcı işlemdir. Kiracı lehine o taşınmaz üzerinde nisbi bir hak doğuracağından ve taraflar arasındaki bu nisbi ilişkinin asli edimlerinin sözleşme tarihinde belirlenmiş ya da en azından gelecekte belirlenebilecek olması yeterli olduğundan kiraya veren, kendisine ait olmayan bir taşınmazı üçüncü bir kişiye kiralamasında önünde bir hukuki engel yoktur⁵⁶⁴. TBK m. 350, tahliye davası açma yetkisini kiraya verene tanımıştır. Buna karşılık eşya üzerinde sahibine en geniş yetkileri tanıyan mülkiyet hakkı bir mutlak haktır. Böyle bir durumda malik, kendisinin tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğan şahsi bir hakka dayalı olarak, eşyasını kullanan bir kişiden; eşyanın zilyetliğini, zilyetlik davaları yoluyla alabilir. Kimsenin sahibi olduğu haktan fazlasını devredemeyeceği ve üçüncü kişi aleyhine sözleşme yapılamayacağı kuralı gereği, taşınmaza malik olmayan bir kişinin bir başkası ile yapacağı kira sözleşmesi ile malikin tasarruf yetkisini sınırlaması da mümkün değildir. Şu durumda kira sözleşmesine taraf olmasa da malik mülkiyet hakkına dayalı olarak tahliye davası açabilecektir. Alt kira ilişkisinde ise tahliye davası hem alt kiraya veren hem de malik tarafından açılabilir⁵⁶⁵. Sahibine kullanma ve yararlanma yetkilerini veren sınırlı bir ayni hak olan intifa hakkı sahibinin de taşınmazı kiraya vermesi durumunda tahliye davası açma hakkı vardır. Benzer şekilde bir taşınmaz üzerindeki mevcut yapıyı koruyarak ya da yeni bir yapı inşa ederek ona malik

⁵⁶⁴ Aral, Fahrettin, Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Yetkin kitabevi, (2019), s. 261.

⁵⁶⁵ Konut ve çatılı işyeri kiralarda malikin rızası alınmadan kurulan alt kira ilişkisi, malik için alt kiracıyla arasındaki kira sözleşmesini fesih sebebi sayılmaktadır.

olma imkanı veren üst hakkı sahibi de bu bağlamda hukuken sahip olduğu malik statüsüyle tahliye davası açabilecektir.

Birlikte mülkiyet hallerinden taşınmaz üzerinde elbirliği mülkiyeti durumunda, TMK m. 702 gereği yönetim işlemlerinden sayılabilecek kira sözleşmesinin sonlandırılarak tahliye davası açılması için tıpkı sözleşmenin kurulmasında olduğu gibi, hukuki sonuç doğurması için elbirliği maliklerin tamamının katılımı şarttır⁵⁶⁶. Fakat öncesinde malikler arasında yapılacak bir sözleşme ile daha düşük bir oy oranı kararlaştırılabilir⁵⁶⁷. Paylı mülkiyet durumunda ise, TMK m. 691 gereği önemli yönetim işlerinden sayılabilecek tahliye davası için malikler arasında pay ve paydaş çoğunluğu olan çifte çoğunluk aranır⁵⁶⁸.

Ayrıca TBK'nın temsile ilişkin hükümleri saklıdır. Kiraya verenin, malikin temsilcisi olması durumunda zaten kira sözleşmesi bir dış ilişki olarak malik ve kiracı arasında kurulmuş sayılacak ve malik açısından bağlayıcı olacaktır. Yapının insan ve eşyadan tahliyesi ile, yapının yıkımı ve yeniden inşası uygulamalarını birbirinden ayırmak gerekir. Elbette ki malik ve birlikte malikler dışında yukarıda sayılan imar ve yeniden inşa sebebiyle tahliye davası açmaya yetkili kişiler, malikin ya da maliklerin rızası olmadan binanın yıkılarak yeniden inşasına veya güçlendirilmesine karar verecek durumda değildirler. Yapı üzerinde tasarruf yetkisi, TMK'nın genel hükümleri gereği ancak malike verilen yetkilerdendir ve ayni ve mutlak hak olan mülkiyet hakkından gelir. Gerek yapının yıkılması, gerek yeniden inşası ve gerekse güçlendirilmesi mülkiyet hakkının verdiği tasarruf yetkisi kapsamındadır. ARAADHK da bu yetkiyi maliklere vermiştir. Şu halde üçüncü kişiler taşınmaz üzerinde malik nam ve hesabına ancak malik tarafından kendilerine verilecek özel temsil yetkisi kapsamında tasarrufta bulunabilirler. Şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmaması sebebiyle, özel temsil yetkisi kapsamında bu tasarrufların yapılmasında hukuken bir engel de bulunmamaktadır.

⁵⁶⁶ Esener/Güven, 2019, s. 224; Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s. 413.

⁵⁶⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s. 414.

⁵⁶⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s. 395; Sirmen, 2019, s. 294.

Sonuç itibarı ile taşınmazın tahliyesi için davayı hem kiraya veren hem malik açabilecektir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir. Tahliye davasında kiraya verenin tahliye davası açması için malikin rızasını almaya mecbur olduğu görüşü, doğrudan kanun tarafından yetkinin kiraya verene verilmesi sebebiyle yersizdir⁵⁶⁹.

Ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi gereği bir borç ilişkisinin tarafları, istisnalar hariç olarak üstlenmiş oldukları edimleri yerine getirerek ancak borçlarından kurtulabilirler. Yani ahde vefa, tarafların sözleşmeye bağlı kalarak edimlerini yerine getirmelerini ifade eder. Bir taşınmaz kirasında ise malikin borcu eşyayı, kiracının kullanımına hazır bulundurmak (TBK m. 301), kiracının borcu ise malike kira borcunu ödemek (TBK m. 313) ve taşınmazı teslim aldığı şekliyle sözleşme sonunda malike iade etmektir (TBK m. 334). Malikin buradaki borcu sürekli maddi bir edimdir. Bu anlamda kesintiye uğramadan taşınmaz, kira süresi boyunca kiracının kullanımında bulunur ve malikin bu borcu bizzat yerine getirmesi de şart değildir, önemli olan kiracının taşınmazı kullanabilmesidir.

Kira konusu yapının riskli olarak tespit edilmesi ve tapuya riskli yapı kaydı düşülmesinden itibaren, idare tarafından takdir yetkisi ile uygulamada yıkım için malike verilen 89 günlük süre; TBK'daki imar ve yeniden inşaat sebebiyle sözleşmeyi fesih için uyulması gereken fesih dönemi ve fesih bildirim sürelerinden daha kısa ise kiraya verenin sözleşmeyi TBK m. 350/2'ye göre sona erdirmesi mümkün değildir. Çünkü bu hükme göre fesih sürelerine uyulması şarttır.

Bir edimin ifası mücbir sebeple imkansızlaşabilir. Aynı zamanda olağanüstü hal olan mücbir sebep, dış kuvvetler sonucu borçlu ile bağlantılı bulunmayan, önceden

⁵⁶⁹ Dolayısıyla kiraya verenin, malikten tahliye davası için herhangi bir yetki alması gerekmemektedir, bu sebeple taşınmazda yapılacak İnşaat projesinin zaten mahkemeye sunulması gerekliliği sebebiyle pratikte kiraya verenin tahliye davası için zaten malikin rızasını aldığı görüşü gereksizdir. T.B.K. m. 355'e göre yapının eski hali ile; imar ve yeniden inşa gibi kişisel gereksinim sebebiyle, kiraya veren veya Malik tarafından 3 yıl süre ile, tahliye edilen Kiracıdan bir başkasına, kiraya verilemeyecek olması sebebiyle; tahliye için projenin mahkemeye sunulması imar ve yeniden inşanın davacı tarafından ispatlanması yükümlülüğü, göreceli ve usuli bir konudur. Celep, 2017, s.68.

öngörülemeyen kaçınılmaz ve mutlak olarak ifayı engelleyen olaydır⁵⁷⁰. Borçlunun kendisinden kaynaklanan bir olay olmayan mücbir sebep, objektif olarak değerlendirilmelidir. Bu olay bir doğa olayından kaynaklanabileceği gibi sözleşme konusu bir şeyin ithalatının yasaklanması gibi yasal sebeplerden de ileri gelebilir⁵⁷¹.

Riskli yapılar için idare tarafından verilen süre sonunda yapıya verilen elektrik, su, doğalgaz hizmetleri kesilebileceğinden ve her an idare tarafından zorla tahliye mümkün olduğundan, malikin sürekli edimi kesintiye uğrayabilecek, kiralananın amacına uygun kullanımı mümkün olmayacak ve hatta kiracı tarafından tamamen kullanılamayabilecektir. Sonuç olarak kiraya verenin edimi imkansızlaşacaktır. Verilen sürenin, kanunda öngörülen fesih dönemi ve fesih bildirimi sürelerinden kısa olması durumunda kiraya verenin kusurunun bulunduğu bahsetmek mümkün değildir. Çünkü burada yasal mücbir sebep bulunmaktadır ve borç, borçlunun kusuru bulunmadan, kusursuz imkansızlaşmıştır. Böyle bir durumda edim borçlusunu olan kiraya veren, sözleşmenin sona ermesinden dolayı tazminat sorumluluğu altına girmeyecektir. Fakat imkansızlaşan edimin sürekli edim olması sebebiyle ifa edilmiş olan edimler geriye dönük iade edilemeyeceğinden, sözleşme ileriye dönük olarak feshedilecektir ve sonuçlarını fesihten itibaren doğurmaya başlayacaktır⁵⁷².

Sözleşmenin bu sebeplerle sonlandırılmasının ya da sonlandırılmasının geciktirilmesinin kat mülkiyetine tabi taşınmazlar açısından bir diğer sonucu KMK m. 22'ye göre bağımsız bölümü kira sözleşmesi temelinde devamlı kullanan kişilerin kat maliklerinin ana taşınmazın genel giderlerine ilişkin borçlarından müteselsil olarak sorumlu olmalıdır. Uygulama kararı sonrası malik karara katılmışsa yapılan anlaşma gereği belirlenen uygulama masrafları da ana taşınmazın giderlerinden sayılmaktadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde müteselsil sorumluluk gereği borcun tamamı kiracıdan tahsil edilebilecek, icra takibi başlatılabilecektir. Tabii ki bu sorumluluk kira dönemi sonuna kadar kiracının ödemesi gereken kira miktarı ile sınırlıdır ve kiradan düşülmesi suretiyle malike rücu edilebilecek; kira döneminin tamamlanmasından önce tahliye olunması durumunda malikten tahsil edilebilecektir.

⁵⁷⁰ Akkurt, Sinan Sami, Kemal Erdoğan, Hüseyin Tokat, Borçlar Hukuku, Ankara, Seçkin Kitabevi, (2019), s. 194; Yargıtay H.G.K. (17.10.2019), 2017/444 E., 2019/1083 K. (www.lexpera.com.tr).

⁵⁷¹ Doğan/Şahan/Atamulu, 2019, s. 201-202.

⁵⁷² Yargıtay 15.HD 12.05.2020, 2019/2672 E., 2020/1099 K. (www.lexpera.com.tr).

Yine de kiracı tarafından tek seferde ödenmesi gereken önemli bir miktarı oluşturabilir. Bu bakımdan kira sözleşmesinin vakitlice sonlandırılarak malikin genel giderlerin ödenmesine titizlik göstermesi, dürüstlük kuralı gereğidir.

2.6.2.2. Kira Sözleşmesinin Kiracı Tarafından Sonlandırılması

Elbette ki yapının dönüşüm sebebiyle tahliye yolunu ilk olarak, menfaati olması sebebiyle özellikle de malik ve kiraya verenin aynı kişi olması halinde, kiraya verenin başvuracağı düşünülebilir. Fakat binanın riskli yapı olduğunu öğrenen kiracının da yapıyı kullanmaktan vazgeçip, tahliye etmek istemesi mümkündür. Buna karşılık kiracının, kiraya veren gibi TBK m. 350/2'deki imar ve yeniden inşa gerekçesiyle sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün değildir. O halde kiracının kira sözleşmesini sona erdirebilmesi için başvurabileceği ilk hukuki yol gerekçe göstermeksizin fesih dönemi ve fesih sürelerine uyarak sözleşmeyi sona erdirmesidir. Bu durumda ise kiracının yapıyı ne amaçla kullandığı önem arz etmektedir.

Kiracı yapıyı konut veya çatılı işyeri amacıyla kullanıyorsa TBK m. 347'e göre en geç her kira dönemi sonuna 15 gün kala karşı tarafa yapacağı tek taraflı irade beyanıyla bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmış olacaktır. Böylece kira döneminin sonunda kira sözleşmesi son bulacaktır. Eğer kiracı yapıyı konut veya işyeri dışında sair bir amaçla kullanıyorsa bu durumda TBK m. 329 gereği kira döneminin bitiminden 3 ay önce bozucu yenilik doğuran hakkını kullanarak kira dönemi sonunda sözleşmeye devam etmeyeceğini beyan etmelidir⁵⁷³.

Sözleşmenin gerekçe gösterilmeden kiracı tarafından sona erdirilmesi dışında yine kiracının, yapının riskli olduğu gerekçesiyle sözleşmeyi sonlandırılmasında iki durum söz konusu olabilir. Bunlardan biri, TBK'nın kiraya özel hükümleri değil fakat ayıptan sorumluluk hükümlerine (TBK m. 219 vd.) göre sonlandırılmasıdır. Diğerisi ise TBK m. 331'deki olağanüstü fesih sebeplerinden olan "önemli sebeple fesih"tir. 2012 yılında yürürlüğe giren TBK'daki bu madde ile ilgili kanuna not düşülmüş ve 01.07.2020 tarihinden itibaren artık taraflar, kira ilişkisinin devamını kendisi için

⁵⁷³ Eren, 2019, s.385, 386, 416, 417.

çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda feshedebilmektedirler⁵⁷⁴. Madde burada, yasal fesih sürelerine atıf yapmıştır. Bu sebeple yine TBK m. 329'daki süreler dikkate alınarak karşı tarafa yapılacak fesih bildirimi ile sözleşme kiracı tarafından sona erdirilebilecektir.

Hepsinden öte eğer kiraya verenin kasıtlı davranışıyla kiracı zarara uğramışsa; kusurlu ifa imkansızlığı, ayıptan sorumluluk ve aydınlatma yükümlülüğünün(culpa in contrahendo) ihmali ile sorumluluğu gündeme gelebilir. Burada dikkat edilmesi gereken konu kiraya verenin yapının riskli olduğunu saklamasının pasif bir davranışla yani ihmalen değil, aktif bir davranışla yani icraen yapılması zorunluluğudur. Bunun sebebi riskli yapı kaydının, taşınmazın tapu kütüğündeki beyanlar hanesine kaydedilmesi ve tapu kayıtlarının aleni olmasıdır. Aleniyet ilkesi, gereği tapu kayıtları alenidir ve kimse tapu kayıtlarını bilmediğini iddia edemez ve bu bir kesin karinedir⁵⁷⁵. Nitekim TMK m. 1020, *"kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez"* diyerek tapu kütüğündeki kayıtlar arasında da bir ayırım yapmamıştır. Sonuç olarak kiracının, gerekli özeni göstererek bu kayıtlardan ve binanın riskli durumundan haberdar olma imkanı varken bunu yapmaması sebebiyle sözleşmenin kiraya verenin kusuru ile imkansızlaştığını iddia etmesi mümkün değildir. Ancak sözleşmede yapının sağlam ve risksiz olduğu ibaresi düzenlenmiş ve kiraya veren bunu kabul etmişse artık yanıltıcı beyandan dolayı kiracı durumu öğrendiğinden itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi derhal iptal ettirebilir (TBK m.36) ya da kusurlu ifa imkansızlığına başvurarak tazminat talep edebilir (TBK m. 112, 114). Fakat tekrar belirtmekte fayda var, kiraya veren sözleşme sırasında yapının risksiz olduğunu kabul etmiş olmalıdır. Bu yüzden ayıptan sorumluluk başlıklı TBK m. 219 vd. hükümlerine kiracı tarafından başvurulabilir. Çünkü alıcının bildiği ayıplar başlıklı TBK m. 222 satıcının satış sözleşmesi kurulduğu anda alıcının bildiği ayıplardan sorumlu olmadığını söylese de; alıcının gerekli özeni göstererek fark edebileceği ayıplardan ancak bu ayıbın bulunmadığını üstlenmişse satıcının sorumlu olacağını da düzenlemiştir⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Eren, 2019, s.388-390.

⁵⁷⁵ Bkz. s.268

⁵⁷⁶ Eren, 2019, s.108-114.

Yukarıdakilere paralel olarak sözleşme yapıldığı sırada kiraya verenin aydınlatma yükümlülüğü(culpa in contrahendo) aykırılığına başvurulabilmesi kiraya verenin sözleşmede bunun garantisini vermiş olmasına bağlıdır. Ayrıca bunun devamı olarak; sürekli edimli bir borç olan kiraya verenin borcu, sözleşme sırasında ifaya yardımcı yan yükümlülük olarak devam eder. Çünkü ifaya yardımcı yan yükümlülük olan aydınlatma yükümlülüğü, dürüstlük kuralı gereği karşı tarafı aydınlatarak canını ve malını zarardan koruyucu tedbirleri alma yükümlülüğüdür⁵⁷⁷.

2.6.3. Taşınmazı Anlaşarak Tahliye Edenler İçin Uygulanacak Teşvikler

Tahliye sürecinde riskli yapıyı kullananların, havuç-sopa yöntemiyle yani yapıyı rızasıyla tahliye etmeyenlere yaptırımlar, rızası ile tahliye edenlere ise ödül anlamında bazı teşvikler öngörülmüştür. Yukarıda, yaptırım uygulama yöntemi ile riskli yapıyı kullananların tahliyeye zorlanmasından bahsedilmişti. Bunun dışında bu kişilerin ödüllendirilerek yani havuç yöntemi ile tahliyeye yönlendirilmeleri ile ilgili bazı teşvikler mevzuatta düzenlenmiştir.

2.6.3.1. Teşvikler

ARAADHK’da genel olarak düzenlenen teşvikler;

- Kişinin yapıdaki kullanım amacını devam ettirmesine yönelik teşvikler(konut veya iş yeri tahsisi ile kira yardımı),
- Yapılacak dönüşüm uygulamaları için düşük faizli kredi desteği,
- Kaçak yapılar için enkaz bedeli ödenmesi veya kullanılan kredilere faiz desteği,
- Uygulama masraflarının maliyetinin altında belirlenmesi,
- Sosyal donatı altyapı masraflarının maliyete dahil edilmemesi,
- Vergi ve harç muafiyetidir.

⁵⁷⁷ Arıkan, Mustafa, “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1), (2009), s.85-86.

Sayılanlardan ilk üçü yapının, kullananlar tarafından anlaşma ile tahliye edilmesi şartında bağlanmışken devamındaki ikisi uygulama öncesi yapıların rayiç bedeli ve enkaz bedelleri dikkate alınarak kişilerin gelir durumuna göre yapılması düzenlenmiştir. Bu yardımlardan ilk beşi zorunlu olmayıp kanun, bu şartı taşıyanlar için idareye takdir yetkisi tanımıştır. Son olarak vergi ve harç muafiyeti için ise gelir durumu ya da yapıyı anlaşma ile tahliye etme şartı olmadan, kanun kapsamındaki bütün uygulamalarda muaf olunması düzenlenmiştir ve bununla ilgili idarenin takdir yetkisi yoktur.

ARAADHK'a göre malikler ile anlaşma yapma esası başlıca iki konuyu içermektedir. Bunlar, m. 5/1'e göre riskli yapının yıktırılmasında anlaşma sağlanması ve m. 6/1'e göre yıkım sonrası yapılacak uygulamada malik veya malikler ile anlaşma sağlanmasıdır. Kamu tarafından yürütülen dönüşüm projeleri dışında buradaki "anlaşma" ifadesinden maliklerin yıkım ve uygulamaya ikna edilmesini anlamak gerekir. Kanunun ilk haline eklenmiş olan gerekçede gönüllülük esasına vurgu yapılmıştır. Bu bağlamda gönüllü olarak kendileri yıkım ve uygulamayı yapmadıkları takdirde malik ve yapıyı diğer sıfatlarla kullananlar, devlet tarafından sağlanacak bazı teşviklerden de mahrum kalacaklardır. Dönüşüm sürecine gönüllü katılıp katılmamanın devlet yardımı verilmesinde belirleyici olmasının anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı, Anayasa Mahkemesi tarafından tartışılmış⁵⁷⁸ ve gönüllü olarak yapıyı tahliye edip ve riskli yapının yıkımı sürecine katılmamanın hukuksal statüyü belirlediği, dolayısıyla farklı statüde olanlara farklı hukuki muamele yapılmasının eşitlik ilkesini bozmayacağı sonucuna varılmıştır. Kamu tarafından yürütülen projelerde hak sahipleri ile yani yapıyı malik veya diğer sıfatlarla kullananlarla, projeyi yürüten kamu kurumu arasında "anlaşma" olarak ifade edilen somut bir sözleşme yapılabilmektedir. İdarenin takdir yetkisinde olan devlet yardımlarının kime verilip kime verilmeyeceği, yardımın türü ve kapsamı bu anlaşma şartlarında belirtilebilir. Tabii ki bu yardım, idare ile anlaşılan hak sahiplerinin sahip oldukları maddi imkanlarla doğrudan ilgilidir.

⁵⁷⁸ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41. (www.lexpera.com.tr).

Kişinin yapıdaki kullanım amacını devam ettirmesine yönelik teşvikler; geçici konut veya iş yeri tahsisi ile kira yardımı şeklinde iki türdür. Niteliği gereği konut veya işyeri tahsisi ile kira yardımı aynı kişiye yapılamaz. Dolayısıyla bu yardımlar, taşınmazı konut veya işyeri olarak kullanan maliklere, sınırlı ayni hak sahiplerine ve kiracılara yapılabilmektedir. Burada kastedilen sınırlı ayni haklar ancak irtifak hakkı olabilir. Zira rehin hakkı ve taşınmaz yükü sahiplerinin bu haklara dayanarak bir yapıyı konut veya işyeri olarak kullanabilmeleri mümkün değildir.

Yapıyı konut veya işyeri olarak kullanabilme imkanı veren irtifak hakları ise "zorunlu olarak kişiye bağlı irtifak hakları" olan ve sahibine taşınmazı kullanma yetkisi de veren intifa ve sükna(oturma) haklarıdır. Bu haklar, nitelikleri gereği sahibinden başkasına devredilemeyen ve mirasçıya geçmeyen irtifak haklarıdır. Bunlarla birlikte bir taşınmazdaki yapıyı muhafaza ederek veya yeni bir yapı inşa ederek o yapıya malik olma yetkisi veren üst hakkı da, sahibinin yapıyı kullanabileceği irtifak haklarındandır. Bunun yanı sıra amacına uygun olduğu ölçüde diğer irtifak hakları da sahibine kullanma yetkisi verebilmektedir. Ayrıca gerçek anlamda bir irtifak hakkı olup olmadığı tartışmalı olsa da henüz kat mülkiyetine geçmemiş yapıda bulunan ve sahiplerine kat mülkiyetine geçmeyi talep hakkı veren kat irtifakı da bunların arasında sayılabilir.

Uygulama Yönetmeliği m. 15/1'in ikinci cümlesi, kanun kapsamındaki dönüşüm süreciyle ilgili bütün kurumlara, maliklere yardımcı olma yükümlülüğü yüklemiştir. Cümlede bahsedilen "kurum" ifadesi, malik dışında sürece katılan kamu veya özel her tür kurumu ifade etmektedir. "Yardımcı olma" ise, kanun ve yönetmelikteki yardımlara atfen geniş yorumlanmalı ve yukarıda bahsedilen yardımların sağlanmasında kolaylık gösterilerek, yardımlarla ilgili hükümlerin, uygulamada malik lehine yorumlanmasıdır. Bu noktada söz konusu cümlenin muhatabı olan ve dönüşüme kendi rızası ile katılan maliklere sağlanacak kredi, faiz desteği ve gecekondü sahiplerine yıkım sonrası enkaz bedeli desteğinin yanı sıra ekonomik durumlarına ve taşınmazın rayiç değerine göre masraflardan indirim ayrıca dönüşüm sürecine giren bütün taşınmazların maliklerine vergi ve harç indirimi gündeme gelmektedir.

Bütün bu yardımları finansal olarak sübvansetme adına Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı bünyesinde, dönüşüm projeleri özel hesabı tahsis edilmiştir. Bu hesaptan riskli ilan edilen yapıları kendi imkanları ile yıkabilmeleri için yıkım kredisi, güçlendirme kararı alan maliklere güçlendirme kredisi, kamu eliyle yürütülen proje kapsamında olmayan taşınmazlar için ve taşınmazında fen ve sanat norm ve standartlarına uygun yapı inşa edebilmek için gereken finansal desteğin sağlanabilmesi adına düşük faizli ve uzun vadeli geri ödemeli kredi desteği sağlanabilmektedir. Ayrıca Uygulama Yönetmeliği m. 16/8, kendi yaptıkları uygulamalar kapsamında TOKİ veya ilgili belediyenin de kendi bütçelerinden, riskli yapıyı rızalarıyla ve süresi içinde tahliye edenlere kira yardımı yapabileceklerini düzenlemiştir.

2.6.3.2. Yararlanacak Kişiler

ARAADHK m. 5/1'e göre malik, kiracı ve sınırlı ayni hak sahiplerinden riskli yapıyı rızasıyla tahliye edenlere, yapıdaki kullanım amacını devam ettirebilecek konut veya işyeri tahsisi veya bu amaçla kullanılmak üzere dönüşüm projeleri özel hesabından kira yardımı yapılabilmektedir. Aynı kanun m. 5/2'de ise yapının bulunduğu arazide herhangi bir mülkiyet, ayni veya şahsi hakkı veya tapu tahsis belgesi bulunmayan, gecekondulu ve kaçak yapı maliklerine yine rızalarıyla kendilerine tanınan süre içinde riskli yapıyı tahliye etmeleri ve kanunda geçtiği şekliyle "uygulamanın gerektirmesi" halinde, başta yapıların yıkımı sonrası ortaya çıkacak enkazın bedeli olmak üzere bu amaçla kullanılmış kredilere ait faize destek verilmesi gibi bazı yardımlar öngörülmüştür.

Fıkarda kaçak yapılar açısından yapılacak yardımlar için şart olarak geçen, "uygulamanın gerektirmesi halinde" ifadesi teknik olarak bozuk bir ifadedir. Çünkü riskli yapıda ikamet edenlere yapılacak yardımla, uygulamanın gerekleri arasında doğrudan bir ilgi ve bağlantı yoktur. Olsa olsa dolaylı olarak ortaya çıkabilecek olumsuz görüntülerin sürece zarar vermesi söz konusu olabilir ki zaten malik ve taşınmazda ayni ve şahsi hakları olan mukimlere yapılacak yardımlar gibi idarenin takdirine bağlanmış ve birer siyasi tercih olan bu yardımlar için bir de "uygulamanın gerektirmesi hali" gibi içinin doldurulması çok zor bir ön şart bulunması, söz konusu

fıkra da fazladan idarenin takdirine vurgu yapılması dışında bir işleve sahip olmamaktadır.

Aynı ifade, aynı kanun m. 4/1'de de bulunmaktadır. Burada ise *"uygulamanın gerektirmesi hâlinde imar ve yapılaşma işlemlerinin geçici olarak durdurulması bir yıl daha uzatılabilir"* şeklinde daha doğru, konu ile ilgili olarak kullanılmaktadır. Uygulamanın neyi gerektirdiğini takdir edecek makam, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ve yetki devri durumunda TOKİ ve ilgili belediye olduğuna göre idarenin takdirine atıf yapıldığı açıktır. Buna paralel olarak m. 5/4'te *"Uygulamanın gerektirmesi halinde bakanlık, yukarıdaki fıkralarda belirtilen tespit, tahliye ve yıktırma iş ve işlemlerini bizzat da yapabilir"* ifadesi ile yine uygulamanın gerektirmesi hali ile ilgili, uygulama ile doğrudan ilgili bir konunun üzerinde durulmaktadır. Bütüncül bakıldığında, kanunun sistematığı bu yöndedir.

Fazladan bu ön şartın bulunması Anayasa Mahkemesi tarafından da tartışılmış olsa da içeriği hakkında ne başvuruçuların ne de Anayasa Mahkemesi'nin bir fikir sahibi olup olmadıkları net değildir. Anayasa Mahkemesi durumu sadece ikinci fıkra da belirtilen kişiler için, bu şartın getirilmesinin birinci fıkra da belirtilen kişiler lehine bir eşitsizlik yaratıp yaratmayacağını hukuki açıdan tartışmış ve eşitsizliğe yol açmayacağı kanaatine varmıştır. Buna gerekçe olarak birinci fıkradakilerin taşınmazdaki kabul edilebilir haklarının karşısında ikinci fıkradakilerin farklı bir statüde bulunmalarının göstermiştir. Her ne kadar taşınmazı rızalarıyla süresi içinde tahliye etseler de sonuç olarak her iki fıkra da gösterilenler de söz konusu yardımları ancak idarenin takdirine bağlı olarak alabilmektedirler.

Bunun ötesinde ikinci fıkranın ikinci cümlesinde fıkra da belirtilen kişilere yapılacak yardımların neler olduğunun, *"bunlara yardım yapılmasının, enkaz bedeli ödenmesinin ve bankalardan kullanacakları kredilere dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanmak üzere faiz desteği"* şeklinde sayılması ile burada ilk olarak geçen *"bunlara yardım yapılması"* ifadesi; sınırlı sayıllığı engelleyerek her türlü yardımın devlet tarafından yine siyasi iradenin tercihlerine bağlı olarak yapılabileceğine işaret etmiştir. Buna karşılık birinci fıkra da belirtilen kişilere yapılacak yardımın yine siyasi iradenin tercihi ve idarenin takdirine bağlı olarak ancak

geçici konut, işyeri ve kira yardımıyla sınırlı tutulması yardım ve tahliyeyi teşvik konusuyla ilgili ikinci fıkradakileri daha avantajlı duruma getirmiştir.

Riskli yapıyı malik, kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olmaksızın kullananlar için yapılacak asıl yardım olan enkaz bedelinin kapsamı ARAADHK ve Uygulama Yönetmeliği'nde ayrıntılı olarak belirtilmemiştir. Bu ihtiyaca cevaben 08.04.2016 tarihli Resmi Gazete'de 2016/8663 sayılı Bakanlar Kurulu kararı yayımlanmıştır. Bu karar, ARAADHK esas alınarak, malik, sınırlı ayni hak sahibi veya kiracı olmaksızın riskli yapıyı kullananlara devlet tarafından yapılacak yardımları düzenlemektedir. Buna rağmen bu kararda da enkaz bedelinin ne olduğu ayrıntılı olarak tanımlanmazken; tanımlar başlıklı m. 3'te enkaz bedeli "gecekondu ve müstemilatı için belirlenen bedel" olarak tanımlanmıştır.

Bu kavramın kapsamı ise devamındaki maddelerde düzenlenmiştir. Söz konusu kararın başlığı "riskli yapıyı malik, kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olmaksızın kullananlara yardım yapılmasına dair karar"dır. Karar alıcının, karar kapsamındaki kişiler için, kısaca hak sahibi demek yerine uzun uzun "riskli yapıyı malik, kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olmaksızın kullananlar" olarak adlandırmasının sebebi, özellikle karar başlığında geçen kişilerin bazı durumlarda, 4706 ve 2981 sayılı kanunda "hak sahibi" olarak adlandırılan tapu tahsis belgesi⁵⁷⁹ sahibi kişilerle karıştırılmasını engellemektir. Çünkü tapu tahsis belgesi sahipleri bu karar kapsamına dahildirler ve karara göre yapılacak yardımlardan yararlanabilecek kişiler arasındadırlar.

2016/8663 sayılı bu kararda enkaz bedeli ve diğer yardımlarla ilgili, 4706 ve 2981 sayılı kanuna göre tapu tahsis belgesi olan ve hak sahibi olanlar ile gecekondu sahipleri birbirinden ayrılmıştır. Buna göre bu kişilere verilecek geçici ya da kalıcı konut ve iş yerinin dışında yapılabilecek iki farklı ödemededen bahsedilmektedir. Bunlar; enkaz bedeli, ayrıca ağaç ve duvar bedeldir. Söz konusu bu bedeller, projeyi yürüten kurumda oluşturulacak "kıymet takdir komisyonu" eli ile belirlenir.

⁵⁷⁹ Bkz.s.237

Aslında her iki bedel de kaynağını; TMK m. 723'teki "arazi maliki ile üzerindeki yapı malzemelerinin farklı kişilere ait olması ve malzeme kolaylıkla sökülüp götürülememesi durumunda, arazi malikinin malzeme sahibine ödemesi gereken tazminat"tan almaktadır. TMK'nın taşınmaz mülkiyeti ile ilgili bölümünde yer alan bu hüküm başkasının malzemesi ile yapılmış olsa da aynı kanun m. 718/2'ye uygun olarak yapının, üzerinde bulunduğu arazinin bütünüleyici parçası olduğu ve yapının arazi malikine ait olduğunu öngörmektedir. Eğer malzeme aşırı zarara yol açmayacak şekilde sökülebiliyorsa gideri, yapıyı yapan her kimse ona ait olarak sökülüp götürülebilir. Fakat aşırı zarara yol açacağı ya da maliyeti ederinden fazla olacağı durumlarda arazi malikinin, malzeme malikinin iyi niyetli olup olmamasına göre hakimin takdir edeceği bir tazminatı malzeme malikine ödemesi sonucunu doğurabilmektedir.

2016/8663 sayılı kararda, ödenecek bedel ise TMK'da olduğu gibi malzeme sahibinin iyi niyetli olup olmamasına göre değil yapıyı süresi içerisinde rızası ile tahliye edip etmemesine ve 4706 ve 2981 sayılı kanunlara göre hak sahibi olup olmamasına göre belirlenmektedir. Eğer karar kapsamındaki kişi, 4706 ve 2981 sayılı kanunlara göre hak sahibi olan tapu tahsis belgesi sahibi ise bu kişilere de uygulama alanında yapılacak projedeki konutlardan veya işyerlerinden verilerek; anlaşılması ve bunlarla ilgili kendileri ile sözleşme yapılması asıl olup, söz konusu enkaz, duvar ve ağaç bedelleri; verilecek konut bedellerinden mahsup edilir. Kendileri bu sözleşmeye rıza göstermedikleri durumda enkaz bedelinin %10'u ve duvar ve ağaç bedelleri peşin olarak, kalanı kurumun belirleyeceği esaslara göre taksitler halinde ödenir.

Buna karşılık gecekondü sahiplerine ise enkaz bedeli ile duvar ve ağaç bedeli verilmesi esas olup; malik ve hak sahiplerine proje kapsamında uygulama sonrası ortaya çıkan taşınmazlardan konut ve işyerleri verildikten sonra artan olursa ancak kendilerine de konut ve işyeri verilmesi için sözleşme yapılabileceği öngörülmüştür. Bu noktada hak sahibi olarak adlandırılan tapu tahsis belgesi sahipleri, malikler gibi uygulama sonrası ortaya çıkacak konut ve işyerlerinde asli hak sahibi iken, gecekondü sahipleri tali nitelikte hak sahibidir. Projede malik ve tapu tahsis belgesi sahiplerinden artan konut ve işyeri olmazsa ya da olmasına rağmen gecekondü sahipleri sözleşmeye rıza göstermezlerse kendilerine enkaz bedelinin %90'ı ve duvar ve ağaç bedelleri peşin

olarak ödenmektedir. Kalanı yine kurumca belirlenecek esaslara göre taksitlerle ödenecektir.

Bunların dışında yine aynı kararda idarenin takdirine bağlı olarak riskli yapıları tahliye eden tapu tahsis belgesi veya gecekondü sahiplerine ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği'nde gösterilen sürelerle kira yardımı yapılabilmektedir. Uygulama Yönetmeliği m. 16 kira yardımı açısından, bu yardımları hak edecek kişileri 2016/8663 sayılı kararda olduğu gibi tapu tahsis belgesi sahibi olan hak sahipleri ve gecekondü sahipleri olarak ikiye ayırmış ve yine kararda olduğu gibi farklı fıkralarda düzenlemiş olsa da tapu tahsis belgesi sahibi hak sahiplerine; malik, kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak taşınmazı kullananlarla aynı imkanlar tanınmıştır. Tapu tahsis belgesi sahibi hak sahipleri ile aralarındaki tek fark ise; malik, kiracı veya sınırlı ayni hak sahipleri için aylık kira bedelini Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı belirlemeye yetkiliyken tapu tahsis belgesi sahipleri için bu yetki uygulamayı yapan kuruma verilmiştir.

Gecekondü sahipleri ise üç ayrı kategoriye ayrılmıştır. Bunlar; riskli alan dışındaki riskli yapılar, riskli alandaki riskli yapılar ve son olarak ARAADHK'un amacına tam olarak oturmasa da, 2016 yılında ek m. 1 kapsamında kanuna dahil edilen ve yukarıda da kentsel dönüşüm kavramının genel amaçlarından biri olarak bahsedilen, kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla, kamu güvenliğini tehdit eden özellikle terör bölgelerindeki gecekondü ve kaçak yapılardır. Bu bağlamda Uygulama Yönetmeliği'ne göre, birinci kategorideki gecekondü sahiplerine; malikler için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından belirlenen aylık kira bedelinin iki katı, ikinci kategoridekilere, en fazla 32 ay olmak şartıyla uygulamayı yapan kurum tarafından belirlenecek aylık kira bedeli ödenebilir.

Elbette ki tapu tahsis belgesi ve gecekondü sahipleri gibi malik, sınırlı ayni hak sahibi veya kiracı olarak yapıyı kullananlar da kira desteğinden faydalanmaktadırlar. Bu kişilerden maliklere, riskli alan dışındaki riskli yapılar için 18 ay, dönüşüm için daha uzun vadeli süreçler içerebilmesi sebebiyle riskli alanlardaki malik ya da maliklere ise en fazla 48 aylık, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın belirleyeceği aylık kira bedeli üzerinden kira yardımı yapılabilir. Sınırlı ayni hak sahibi

olarak taşınmazı kullananlar için, malikler için belirlenen aylık kira bedelinin 5 katı; kiracı olarak kullananlar için aynı bedelin iki katı kira desteği verilebilmektedir. Bunların dışında idare ile anlaşarak proje kapsamında, taşınmazı kamulaştırılan malikler de kira yardımı ile ilgili yönetmelik kapsamına alınmışlardır. Bu kişilere de kiracılara olduğu gibi söz konusu aylık kira bedelinin iki katı kira desteği verilmektedir.

Malik, sınırlı ayni hak sahibi veya kiracı olarak riskli yapıyı kullananlar açısından yapının tamamlanmış olup olmaması arasında fark yoktur ve inşaat halindeyken kullananlara da bu yardım yapılabilir. Her şeyden önce rızasıyla ve süresi içinde tahliye etmek şartıyla, kira yardımını hak edenlerin ne zamandan itibaren bu yardımları almaları gerektiği yine Uygulama Yönetmeliği m. 16'da düzenlenmiştir. Kira yardımı başvuruları kanun ve yönetmelikte gösterilen kişilerce, tahliyeden 1 yıl, en geç yapının yıkımından itibaren 3. ayın sonuna kadar yapılmalıdır. Yardım ödemeleri ise, yardımı hak eden kişilere tahliye veya yıkımdan itibaren, yine geçici konut veya işyeri tahsisi ise bu tahsisi; kanun, yönetmelik ve karara göre hak edenlere tahliye tarihinden itibaren kalıcı konut ve işyerleri teslim edilene kadar yapılır. Söz konusu kira yardımlarının, en fazla 1 yıllık kısmı peşin olarak ödenebilmektedir. Bu yardımlar, dönüşüm projeleri özel hesabından karşılandığı için peşin yapılacak ödeme, bu hesabın mali durumu da dikkate alınarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın takdir yetkisine bağlı olarak verilir.

Gerek taşınmazı malik, sınırlı ayni hak sahibi ve kiracı olarak gerekse tapu tahsis belgesi veya gecekondü sahibi olarak kullansınlar, ARAADHK kapsamında özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin bankalardan kullandıkları krediler için Uygulama Yönetmeliği; kredi faizlerine destek verilerek belli oranda karşılanacağını belirtmiştir. Bu oran Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmektedir. Bunun için gereken iki şart bir yıl içinde yerine getirilmelidir. Bunlar; Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ile protokol imzalanması ve bankalara başvurulmuş olmasıdır. Uygulama Yönetmeliği'ne göre kira yardımıyla, faiz desteği yardımı aynı kişiye yapılamaz.

ARAADHK ayrıca m. 6/4'e göre, Cumhurbaşkanı objektif ve sübjektif birtakım koşulları değerlendirerek proje maliyetinin altında bir bedelle, uygulama sonrası ortaya çıkan taşınmazları hak edenlere teslimine karar verebilmektedir. Burada kanun Cumhurbaşkanı'na takdir yetkisi tanımıştır. Ayrıca aynı koşullar dikkate alınarak sosyal donatı ve altyapı projeleri de, hak edenlerin ödemeleri gereken bedel belirlenirken hesaba dahil edilmeyebilmektedir. Aradaki maliyet farkı ise yine dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanmaktadır. Söz konusu objektif koşullar;

- Dönüşüm projesinin yapıldığı bölgedeki genel ekonomik durum,
- Afetin sonuçları,
- Uygulama öncesi taşınmazların rayiç bedelleri,
- Enkaz bedelidir.

Sübjektif tek koşul ise uygulama sonrası ortaya çıkan yeni taşınmazlarla ilgili kendileri ile sözleşme yapılabilecek hak eden kişilerin, gelirleri ve mal varlıkları yani mal varlıklarının aktif ve pasifidir.

Son olarak bu gibi objektif ve sübjektif kriterler dikkate alınmadan; kişilerin malik, sınırlı ayni hak sahibi, kiracı, tapu tahsis belgesi veya gecekondü sahibi olup olmaması gibi hukuki statüler veya özel durumlar göz ardı edilerek dönüşüm kapsamına alınan taşınmazın fonksiyonunun değiştirilmiş olması veya imar mevzuatına uygun olmasına bağlı olmaksızın ARAADHK kapsamında yapılan tüm uygulamalarla ilgili kamu hukukuna ait masraflardan vergi, harç ve ücret muaf kabul edilmektedir. İlgili muafiyetler 6306 kanun m. 7/9 ve 7/10 ile Uygulama Yönetmeliği m. 16/9 vd. maddeleri ve sair mevzuatta belirtilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. DÖNÜŞÜM SÜRECİNDE TAŞINMAZLAR ÜZERİNDE YIKIM SONRASI UYGULAMALAR (YENİDEN YAPILAŞMA) VE TAŞINMAZIN DEĞERLEMESİ

3.1. GENEL OLARAK YIKIM SONRASI UYGULAMA SÜRECİ

Kentsel dönüşüm sürecinde taşınmazın risk tespiti yapıp, riskli ilan edildikten sonra dönüşüm kararı alınması süreci ve riskli yapının yıkımı kadar; dönüşüm sürecinin son ayağı olan yıkım sonrası uygulama süreci ve süreç sonunda ortaya çıkan taşınmazın hak edenlere dağıtılması da büyük öneme sahiptir. Bu bölümde söz konusu sürecin nasıl işlediği ve özel hukuk açısından değerlendirilmesi ile süreç sırasında ve sonunda ortaya çıkabilecek hukuksal sorunların irdelenmesi ve çözüm önerileri yer alacaktır.

Kaba hatlarıyla karar sonrası kronolojik sıra; yıkım öncesi değerlendirme, yıkım, uygulama, uygulama sonrası ortaya çıkan taşınmazın yeniden değerlendirilmesi ve hak edenlere taşınmazın paylaştırılması şeklindedir. Ayrıca bu süreç, başta malikler olmak üzere kentsel dönüşüm bileşenlerinin yapacağı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri gibi birtakım özel hukuk işlemleri ve bunların hüküm ve sonuçları, Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku boyutuyla ele alınacaktır.

3.2. UYGULAMA SÜRECİ İLE İLGİLİ ALINAN KARARIN KONUSU

İkinci bölümde ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere Türkiye'de kentsel dönüşümde taşınmaz üzerindeki uygulamanın malikler tarafından yapılmasının önceliği esas alınmaktadır. Buna göre, taşınmazda yıkım sonrası uygulamaya malikler karar vereceklerdir. Bu karar sürecinin ne şekilde devam ettiği yine yukarıda ayrıntılarıyla açıklanmıştı. Bu noktada üzerinde çok durulmayan konu, uygulama sürecinden önce karar alınırken maliklerin, alınacak bu kararla neye onay verdikleridir. Yani en az 2/3

çoğunlukla malikler acaba yalnızca riskli yapının yıkımına yani yok edilmesine ve yerine fen ve sanat, norm ve standartlarına uygun yeniden yapılaşma yapılmasına mı onay veriyor, yoksa bunlarla beraber yeniden yapılaşmanın nasıl yapılacağına yani uygulama projesine de mi onay veriyor?

Kamu eliyle olsun, maliklerin kendi anlaşlıkları müteahhit eliyle olsun ARAADHK m. 5/1 ve 6/1 bağlamında kamu gücüyle cebren yıkım devreye girmeden önce uygulama için öncelikle malikle anlaşılmalı veya malikin rızasına bırakılmalıdır. Elbette ki maliklerin rızasına bırakma konusu sınırsız bir süre için değildir. Doğal afetle ilgili güvenliğin bir an önce sağlanabilmesi için riskli yapıyı kullananlar, yukarıda belirtilen kendilerine tanınan süre içinde yapıyı tahliye etmek, malikler de bir karara varmak zorundadırlar.

Karar, yetkili bir topluluğun belli bir hukuki sonuca ulaşmak amacıyla aynı istikamette gösterdikleri toplu irade beyanlarından oluşan çok taraflı bir hukuki işlemdir⁵⁸⁰. Bu noktada kararın hukuki sonuç doğurması için yetkili topluluğun üyelerinden en az kaçının onay vermesi gerektiği ise karar yeter sayısının ifade eder. Kentsel dönüşüm kapsamında ise bu yeter sayısı, taşınmazdaki payların en az 2/3'üdür. Bu karara “dönüşüm kararı” denebilir. Dönüşüm kararı, risk tespit kararından ayrılmalıdır. Risk tespiti, her ne kadar dönüşümün ilk adımı olsa da bütün maliklerin ayrı ayrı yaptırabileceği ve her birinin üzerinde olan bir sorumluluktur. Yine kamu gücü devreye girip masrafları daha sonra bütün maliklerden tahsil edilecek şekilde risk tespiti yaptırmadan önce; maliklerin kendileri taşınmazlarının risk tespitini lisanslı risk tespit kuruluşlarına yaptırmaları gerekmektedir. Daha sonra ise taşınmazın riskli olduğunun tespit edilmesi durumunda, maliklerin en az 2/3 çoğunluğunun bu anlamda alacağı dönüşüm kararı ise tek bir karar gibi görünse de aslında içinde birden çok kararlar silsilesi bulunduran bileşik bir karardır.

⁵⁸⁰ Karşlıoğlu, Hasan, Anonim Şirket Genel Kurul Kararları, Kararların Alınması ve Etkileri, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2007, s.82-83; Akkurt/Erdoğan/Tokat, 2019, s. 80.

Dönüşüm kararıyla malikler, önce riskli yapının dönüşüme girip yıkılmasına, sonra yeniden yapımına, yapıyı hangi müteahhitin, hangi şartlarda yapacağına ve son olarak taşınmazın hak edenlere nasıl pay edileceğine karar vereceklerdir⁵⁸¹.

3.3. TAŞINMAZ MALİKİNİN YAPILAŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE UYGULAMA SÜRESİNCE TAŞINMAZA GETİRİLEN YASAL KISITLAMALAR

3.3.1. Genel Olarak

ARAADHK kapsamında yapılacak uygulamaların olağan döneme ait olağanüstü tedbirleri içerdiği yukarıda belirtilmişti. Bu bağlamda gerek karar alma, gerek tahliye ve yıkım süreçlerinde; hukukumuzda sıra dışı sayılabilecek birtakım yöntemlere başvurmak amacıyla kanun koyucu tarafından yapılmış bazı düzenlemeler yine yukarıdaki konularda ayrıntılı olarak incelenmişti. Buna benzer şekilde uygulama aşamasındaki süreçlerde de bu tarz yöntem ve tedbirlere kanun kapsamında başvurulduğu görülmektedir. Bunlardan en önemlilerinden biri de riskli alan ve rezerv yapı alanlarında, maliklere ait tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasıdır.

3.3.2. Yapılaşma Özgürlüğü Kavramı ve Medeni Hukuktaki Yeri

Eşya Hukuku'nun genel ilkeleri ile benzer şekilde mülkiyet, sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlayan hak olarak gerek Anayasada ve gerekse TMK ile sair mevzuatta koruma altına alınmıştır. Temel haklardan sayılan mülkiyet hakkı ancak hakkın kötüye kullanılması veya kanunda gösterilen hallerde kamu yararı amacıyla kısıtlanabilmektedir.

Maddi malvarlığı hakları kapsamında mutlak bir hak olarak değerlendirilen mülkiyet hakkının konusu ancak bir eşya olabilir. Eşya ise; sınırlandırılabilen, hakimiyete elverişli, insan uzvu olmayan herhangi bir fiziki cismani şeydir⁵⁸².

⁵⁸¹ Kiraz, 2016, s.23.

⁵⁸² Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s.155; Esener/Güven, 2019, s. 46-48; Sirmen, 2019, s. 5-7.

Mülkiyet hakkının sahibine eşya ve onun bütünleyici parça ve eklentileri üzerinde tanıdığı bu en geniş üç yetki ise; eşyanın kişisel kullanımı, doğal ve ekonomik semerelerinden yararlanma ve tasarruf yetkileridir. Mülkiyet hakkı sahibi olan malik için bu üç yetkiden de en geniş olanı tasarruf yetkisidir. Tasarruf yetkisi, malikin bir eşyasını tüketme yetkisidir. Bu tüketme yetkisi, eşyayı satıp devretme, bağışlama veya miras bırakma gibi hukuki tüketimini içermenin yanısıra; yok etme, çöpe atma ya da tüketilebilecek bir gıda veya ilaç türü eşyanın fiziksel olarak tüketilmesi şeklinde de olabilir. Ayrıca yukarıda da bahsedildiği üzere bir eşyanın şeklini değiştirme, belli bir şekle sokma ya da yeniden düzen verme gibi faaliyetleri de içermektedir⁵⁸³.

Gerek taşınır, gerekse taşınmaz eşyalarda söz konusu olan mülkiyet hakkı, istisnalar hariç taşınır eşyalarda zilyetliğin teslimi, taşınmazlarda ise tapu siciline tescille kazanılmaktadır. Taşınmazlardaki söz konusu sınırlama, ARAADHK m. 4'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Kurulan mülkiyetin verdiği bu tasarruf yetkisinin kapsamı, taşınmazlar açısından öğretide dikey kapsam ve yatay kapsam olarak ayrılmaktadır⁵⁸⁴. Hukukumuzda taşınmaz olarak kabul edilen; bağımsız ve sürekli haklar ile KMK'nda ki bağımsız bölümler bir kenara bırakılacak olursa "taşınmaz" ile, araziler ifade edilmektedir. Araziler ise sınırları çeşitli araçlarla ferdileştirilmiş yeryüzü parçalarıdır⁵⁸⁵. Bu şekilde arazinin ferdileşmesi aynı haklara hakim olan "belirlilik ilkesi"nin de gereğidir. Malikin bu yeryüzü parçası üzerinde yetkilerini kullanabileceği sınırlar ise taşınmaz mülkiyetinin yatay kapsamını ifade etmektedir.

"Yapılaşma özgürlüğü" de denilen taşınmaz mülkiyetindeki diğer bir kapsam da dikey kapsam olarak öğretide yer bulmuştur. Bir arazinin toprak katmanı üzerinde hava tabakalarına doğru yukarı ve o toprak katmanının altında yer derinliklerine doğru giden aşağı kısımları üzerindeki malikin taşınmaz üzerinde sahip olduğu yetkilerine dikey kapsam denir⁵⁸⁶. TMK'nın taşınmaz mülkiyetinin kapsamını düzenlediği m.

⁵⁸³ Hamamcıoğlu, 2014, s.317-318.

⁵⁸⁴ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, 2015, s.466,467,475,476,477; Ayan, C. II, 2014, s.277,278,294,295.

⁵⁸⁵ Ayan, C. II, 2014, s.277,278.

⁵⁸⁶ Sirmen, 2019, s. 391; Esener/Güven, 2019, s. 278.

718’de “arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar” denilerek bu durumdan bahsedilmiştir. İşte yapılaşma özgürlüğü denilen kavram, bir arazinin mülkiyetinin yatay kapsamının yanında dikey kapsamını da içermektedir. Buna göre malik, sahibi olduğu arazide imar planları gibi kamu hukukundan kaynaklı kısıtlamalar dışında dilediği gibi inşaat ve yapılaşma yapabilmektedir. Bir inşaat yapılırken hem bir temel kazılarak arazi yerin altına doğru hem de yapılaşarak yukarı doğru taşınmaz mülkiyetinin dikey kapsamı içinde tasarruf yetkisi kullanılmaktadır. Bu durum Anayasa Mahkemesi’nin ARAADHK ile ilgili vermiş olduğu kararında da⁵⁸⁷ "mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şey üzerinde “kullanma”, “yararlanma” ve “tasarruf” yetkileri veren bir haklar demeti olduğu, Bireylerin, taşınmazları üzerinde yapı yapabilmeleri de, onların mülkiyet hakkından doğan bu yetkileri kapsamında” olduğu ifade edilmiştir.

3.3.3. Riskli Alan veya Rezerv Yapı Alanlarındaki İmar ve Yapılaşmaların Geçici Olarak Durdurulmasının Niteliği ve Süresi

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı veya projeyi yürüten kurum olarak idare veya ilgili belediye tarafından riskli alan veya rezerv yapı alanlarındaki imar ve yapılaşmalar geçici olarak durdurulabilmektedir. Bu geçici süre aynı maddede 2 yıl olarak belirlenmiştir. Fakat uygulama gerektiriyorsa kurumlar tarafından bir yıl daha uzatılabilmektedir. Bu durum elbette ki en ucuz herhangi bir kamulaştırma işlemi yapılmamış da olsa arazi malikleri açısından mülkiyet hakkına ve yapılaşma özgürlüğüne doğrudan bir müdahaledir. Bu durum, Kamulaştırma Kanunu m. 25 gereği mahkemenin verdiği kamulaştırma kararı sonrası malikin inşaat ve yapılaşma hakkının sona ermesi ile kıyaslanabilse de söz konusu maddede bir kamulaştırma kararı, dahası olası ihtilafta mahkemenin kamulaştırılan taşınmazın kamu adına tescili kararı verilmesi şartı varken, ARAADHK m. 4’te kamulaştırma kararı olmaksızın yalnızca taşınmazın riskli alan veya rezerv yapı alanı ilan edilmiş olması şartı vardır. Fakat mülkiyet hakkı açısından her ne kadar hakkın özünü ortadan kaldırmasa da bu ölçüde doğrudan ve yıkıcı müdahalenin, deprem riski düşünüldüğünde üstün nitelikli

⁵⁸⁷ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41

özel yarar ve üstün nitelikli kamu yararı ile tolere edilebilir düzeyde ölçülü olduğu şeklinde yorumlanabilir.

Bakanlığın, projeyi yürüten kurumun veya ilgili belediyenin imar ve yapılanmaları geçici olarak durdurması, tasarruf yetkisinin sınırlandırılması niteliğindedir. Bu sınırlamaların neden getirildiği kanunda ya da kanunun gerekçesinde açıkça belirtilmese de Anayasa Mahkemesi tarafından, bütünlüklü olarak kamu eliyle yürütülen projelere aykırı yapılaşmanın önüne geçilmesi amacıyla yapıldığı şeklinde yorumlanmıştır⁵⁸⁸. Şu durumda kamu eliyle yürütülen projeler dışında öyle bir sınırlama getirilmesinin de kanunun amacına uygun düşebileceği söylenebilir.

ARAADHK'un ilk halinde (m. 4/1) geçici olduğu belirtilen bu kısıtlama için herhangi bir süre belirlenmemiş, kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince denilerek belirsiz bir süre konulmuştur. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin ilgili hükmü iptali⁵⁸⁹ sonrası yapılan yeni düzenleme ile bu süre 2+1 yıl şeklinde belirlenmiştir.

3.3.4. Kamu Kurumlarına Ait Taşınmazların Dönüşüm Kapsamına Alınması ve Bu Taşınmazlara Getirilen Kısıtlamalar

Bütünlüklü bir yerinde dönüşüm projesi kapsamında, projede kullanılmak üzere veya katkıda bulunmak veya taşınmazın riskli oluşu nedeniyle yerinde dönüşüm mümkün değilse rezerv yapı alanı olarak kullanılmak amacıyla gerekli görüldüğü takdirde kamu taşınmazları da kullanılabilir. ARAADHK m. 3'te yapılan bu düzenleme, taşınmazları idare hukukundaki klasik sınıflandırma ile değil, tescil dışı alanlar ile tapuda Hazine'nin özel mülkiyetinde tescilli olan taşınmazlar olarak iki ana gruba ayırmıştır. Hazine'nin özel mülkiyetinde tescilli bulunan taşınmazlar ise bir başka kamu idaresine özgülenmiş olup olmamasına göre iki farklı akıbete tabi tutulmuştur.

⁵⁸⁸ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41

⁵⁸⁹ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41

Tapu kaydında Hazine'nin özel mülkiyetinde bulunan bir taşınmaz eğer bir kamu idaresine özgülenmiş değilse, talebi üzerine Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na özgülenir. Eğer proje; TOKİ veya ilgili belediye eliyle yürütülüyorsa taşınmazın mülkiyeti bu kurumlara devredilebilir. Bu devir için kurumlardan bir karşılık talep edilmez. Özgülenmiş olmadan bir kamu idaresi tarafından kullanılıyorsa o kamu kurumunun görüşünün alınması da ilgili fıkra düzenlenmiştir. Bu tahsis veya devir işlemleri de tamamlanıncaya kadar kamu adına bu taşınmazlar üzerinde tasarrufta bulunan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın bu taşınmazları satması, kiraya vermesi, başka kurumlara başka amaçlarla özgülenmesi, ön izne konu etmesi ve üzerinde irtifak hakları dahil herhangi bir sınırlı ayni hak tesis etmesi yasaklanmıştır.

Bahsi geçen taşınmaz daha önceden bir başka kamu kurumuna özgülenmiş se bu durumda Cumhurbaşkanı kararıyla yine Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na özgülenir veya uygulama gerektiriyorsa talep üzerine TOKİ veya ilgili belediyeye devredilebilir. Eğer bu taşınmaz tescil dışı bir taşınmazsa önce Hazine adına tescil edilerek, Hazine'nin özel mülkiyetindeki mallara aynı işlemler uygulanarak, dönüşüm projesi kapsamına dahil edilir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından tahsis veya devirden itibaren 3 yıl içinde istenen amaçla kullanılmadığı takdirde taşınma önce, yine karşılıksız ve re'sen Hazine adına veya önceki sahibi olan kamu kurumu adına tescil edilmektedir.

3.4. UYGULAMA AŞAMASI

3.4.1. Genel Olarak

ARAADHK kapsamında dönüşüm sürecinin son aşamalarından biri elbette ki uygulama aşamasıdır. Uygulama aşaması, riskli yapının yıkımı sonrası işleyen bir süreç olmasına rağmen aslında bu sürecin yıkım öncesine dayandığı söylenebilir. Nitekim karar alma sürecinde maliklerin en az 2/3 çoğunluğu sağlayarak anlaşabilmeleri sonucu yapılacak uygulama ile, 2/3 karar çoğunluğu sağlanamadan yapılacak uygulamanın hukuksal akıbetleri farklılık göstermektedir.

3.4.2. Maliklerin Anlaşması Sonrası Malikler Tarafından Yapılan Uygulama

Yıkım öncesi uygulamanın asıl başladığı aşama karar aşamasıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere riskli yapı tespiti sonrası malik ya da paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazda malikler ile kat mülkiyetine geçmiş yapıda bağımsız bölüm maliklerinin en az 2/3 pay çoğunluğu ile karar alınmaktadır. Bu karar riskli yapının hem yapının kentsel dönüşüme tabi tutulmasını, hem de yıkım sonrası yapılacak uygulama ile ilgili sözleşmenin kimle ve hangi şartlarda yapılacağını kapsamaktadır.

ARAADHK m. 6/1’de taşınmazlar üzerinde maliklerin uygulama yapmasının asıl olduğunu söylemekle kanun koyucu, birinci planda maliklerin kendi uygulamalarını kendileri yapmalarına zemin hazırlamaktadır.

Şu durumda malikler, kendi taşınmazlarının hukuksal akıbetlerini belirleyecek kamu veya özel hukuka ait hukuki işlemleri bizzat alacakları kararla kendileri yapacaktır. Hukuki işlem, hukuki sonuca yönelmiş iradedir. ARAADHK kapsamında maliklerin yapabilecekleri kamu hukukuna ait hukuki işlemler, m. 6’da "parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemleri" denilerek sayılmıştır. Maliklerin yapacağı özel hukuka ait hukuki işlemler ise yine aynı maddede; başta yıkım ve yıkım sonrası uygulama için müteahhitle yapacakları eser sözleşmesi ile yeniden bina yaptırılması olmak üzere, payların satışı, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ile uygulama yapılması⁵⁹⁰ biçiminde sayılmıştır. Buna karşılık maliklerin özel hukuk işlemleri kanunda sayılanlarla sınırında değildir. Alınan karar temelinde yapılacak hukuki işlem veya işlemlerin sonucu olarak fiili uygulama şekillenecektir.

⁵⁹⁰ Kanun, burada uygulama yerine “yeniden değerlendirme” ifadesini kullanmıştır.

3.4.2.1. Uygulama Anlaşmasının Yıkımdan Önce Yapılıp Yapılamayacağı ve Muhalif Oy Verenlerin Sonradan Sözleşmeye Katılıp Katılamayacağı Sorunları

ARAADHK'dan anlaşılan o ki bir taşınmazın bu kanun kapsamında dönüşüm amacıyla tahliye, karar, anlaşma, yıkım ve uygulama gibi hukuki sürece dahil olması risk tespit raporu ile başlamaktadır. Dolayısıyla bir taşınmazla ilgili, risk tespit raporundan önce veya risk tespit raporunda yapının risksiz çıkması durumunda maliklerin dönüşümle ilgili karar alabilmesi için; eğer yapı kat mülkiyeti rejimine tabi ise bağımsız bölüm malikleri, eğer yapı paylı veya elbirliği mülkiyeti ise tüm birlikte maliklerin onayıyla ancak yapı ile ilgili dönüşüm uygulaması yapılabilir. Risk tespit raporunda yapının riskli çıkması ve itiraz süresinin sona erip kesilmesi ile artık kat malikleri veya birlikte malikler 2/3 oy oranı ile karar alabilecektir.

Kural olarak ARAADHK'a göre 2/3 çoğunlukla uygulama anlaşması ve bu anlaşmanın şartları ile ilgili karar alınabilecekken, riskli yapı tespitinden önce oy birliği ile alınması gereken karar için; olası riskli rapor sonrası muhalefet durumunda pay satışı ile tehdit edilerek istemediği bir müteahhitle ve/veya istemediği şartlarla sözleşmeye zorlanan bir kat maliki veya birlikte malik, tehdidin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde sözleşmenin iptalini TBK'nın "iptal edilebilirlik" ile ilgili m. 39 hükmü uyarınca talep edebilir.

Söz konusu sözleşmenin irade sakatlığı gereği iptal edilebilmesi mümkün olduğu sürece sözleşmenin tamamının iptali mümkünken, dürüstlük kuralı gereği iptali mümkün olmayacak ölçüde artık uygulama tamamlanmışsa⁵⁹¹ sözleşme şartlarından tehlide maruz kalan malikin aleyhine hükümlerin kısmi hükümsüzlüğü sebebiyle ortaya çıkacak boşlukların TBK hükümleri uyarınca doldurulması yoluna başvurulabilecektir.

⁵⁹¹ Yargıtay, *eserin %74'ünün tamamlanmış olmasının işsahibinin sözleşmeden dönmesine engel olmaya yeterli olduğunu kabul etmektedir. 15. HD 01.02.2006, E. 6210, K.397; 15. HD. 06.11.2003, E. 1903, K. 5288; 15. HD. 07.05.2001, E. 548, K. 2453; [aktaran] Tunç, Aybike "İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (TBK md. 473/I)" Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), (2016), s.266.(dipnot 78)*

Diğer taraftan riskli yapı tespit raporu sonrası malikler en az 2/3 çoğunluk ile alınacak sözleşme kararına katılmak zorundadır. Buna karşılık aşağıda “Arsa Paylaşımı İle Değerleme, Arsa Payı Düzeltim Davası” başlığında ayrıntılarıyla incelenecek olduğu gibi; malikin, aleyhine yapılan sözleşmeyi dava yolu ile düzeltmesi mümkün olacaktır.

Yukarıda, maliklerin 2/3 çoğunluğu ile alınacak kararın hem yapının yıkım ve dönüşüme girmesi ve hem de dönüşümün kim tarafından hangi şartlarla yapılacağı ile ilgili sözleşmeye onay verilmesi anlamına geldiği söylenmişti. Buna karşılık karar sırasında mutlaka bir müteahhitle anlaşılmış olması da şart değildir. Malikler henüz herhangi bir müteahhitle anlaşmadan da en az 2/3 çoğunluk ile yenileme kararı alabilirler. Zira her ne kadar eser sözleşmeleri şekle bağlı olmasa da müteahhitle yapılacak kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, taşınmazların aynıyla ilgili olması sebebiyle TMK m. 706 gereği resmi yazılı şekilde yapılmalıdır. Zaten yenilemeye katılmayan maliklerin payı satılacaktır. Bu durum yenileme kararına katılıp da müteahhitle, ilgili sözleşmeyi yapmaya yanaşmama veya farklı müteahhitle sözleşme yapmak için işi sürüncemede bırakma ve çeşitli rant kavgalarıyla süreci suiistimal etme gibi problemlere ve böylece sürecin sekteye uğramasına yol açmaktadır. Bu sebeple yenileme kararı ile birlikte sözleşme üzerinde de anlaşılması ileride doğabilecek bu tarz sorunların önüne geçebilecektir.

Bunun yanında riskli yapının tüzel kişiliğe sahip olması da, sorun için çözümlenecek bir yöntem olarak kanun koyucunun göz önünde bulundurması gereken bir durumdur. Çünkü karar, bir çok taraflı hukuki işlemdir ve ortak bir amaç etrafında toplanan birlik veya tüzel kişinin yetkili organını oluşturan yeterli sayıda kişinin aynı yönde olan irade açıklamalarını ifade eder⁵⁹².

Bu durumda ARAADHK’a göre karar alınacak en az 2/3 çoğunluk bu yetkiyi hangi sıfatla kullanacaktır? Bunun KMK’daki kat malikleri kurulu gibi yetkili bir organ olduğunu söylemek mümkün değildir, zira ARAADHK’da kat malikleri kuruluna

⁵⁹² Doğan/Şahan/Atamulu, 2019, s.93.

herhangi bir atıf yoktur. Kaldı ki böyle varsaysak bile birlikte mülkiyete tabi bir taşınmazda karar alan çoğunluğun sıfatı ne olacaktır?

Bu yüzden karar alan çoğunluğun sıfatının ne olduğu yani hangi yetkili organ sıfatıyla hangi birlik adına bu kararı aldığı konusu net değildir. Riskli olarak tapuya tescil edilmiş ve dönüşüme girmiş olan yapı tüzel kişi olsa, yenileme kararı sonrası hangi müteahhitte hangi sözleşme yapılacağına ilişkin ihtilafların da önüne geçilmiş olur. Tüzel kişinin yetkili organı tarafından tüm tüzel kişiliği ve ortakları bağlayacak bir sözleşme yapabilmeleri mümkün hale gelir. Olası hak kayıplarına ilişkin tüzel kişilik mekanizmaları da bu kapsamda işletilebilir.

3.4.2.2. Maliklerin Anlaşmaları Durumunda Müteahhit ile Yapılacak İnşaat Sözleşmeleri

Temel haklardan olan mülkiyet hakkının, hak sahibinin tahakküm ve tasarrufunda bulunması sebebiyle iradelere öncelik tanınmasının gerekli oluşu; riskli yapı, riskli alan veya rezerv yapı alanlarında ilk uygulama yapma imkanının ARAADHK m. 6 ve Uygulama Yönetmeliği m. 15 uyarınca maliklere verilmesine neden olmuştur. Bunun sonucu olarak asıl olanın maliklerin kendileri tarafından uygulamanın yapılması, kanundaki deyim ile taşınmazın yeniden değerlendirilmesi olduğu söylenebilir. Malik ya da maliklerin elbette ki, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun bir uygulamayı bizzat kendilerinin yapması pek mümkün değildir. Bu sebeple profesyonel bir inşaat firması eliyle bu hakkı kullanacaklardır. Sonuç olarak ilk planda, kamu kurumları devreye girmeden doğrudan özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri dönüşümü tamamlayacaklardır.

Karşılıklı tarafların belirli bir edimin yerine getirilmesi konusunda anlaşmak için yaptıkları hukuki işleme sözleşme denir (TBK m. 1)⁵⁹³. Yani her sözleşme aynı zamanda bir hukuki işlemdir. Birer özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olan müteahhit inşaat firması ile malikler arasında bu amaçla yapılacak sözleşmeler de özel hukuka ait birer hukuki işlem kabul edilir. Bu bağlamda müteahhit ile malikler arasında çeşitli

⁵⁹³ Doğan/Şahan/Atamulu, 2019, s.101.

özel hukuk sözleşmeleri yapılabilir. Bunların bazıları ARAADHK m. 6'da sınırlı olmayarak sayılmıştır. Dolayısıyla Borçlar Hukuku'na hakim olan en temel ilkelerden biri olan sözleşme serbestisinin⁵⁹⁴ geçerli olduğu, tarafların ortak iradeleriyle, TBK'da düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden birini seçip veya bu sözleşmelerden birden fazlasını bir araya getirip karma bir sözleşme haline sokarak sözleşme kurabilecekleri söylenebilir⁵⁹⁵.

3.4.2.2.1. Adi İnşaat Sözleşmesi

Adi inşaat sözleşmesi olarak da tabir edilen, öğreti ve mevzuatta kullanılan adıyla “eser sözleşmesi” ya da eski tabiriyle “istisna akdi”, TBK m. 470 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Eser sözleşmesi, TBK m. 470'de *"yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme"* olarak tanımlanmıştır⁵⁹⁶.

Adi inşaat sözleşmesi aslında yasal kökeni olan bir sözleşme tipi değildir⁵⁹⁷. TBK'da bu ve buna benzer sözleşmeler için genel olarak kullanılan sözleşme tipi, eser veya eski ismi ile istisna sözleşmesidir. Borçlar Hukuku'na hakim olan ilkelerden sözleşme serbestisi temelinde yapı inşası için yapılacak bir eser sözleşmesi elbette ki diğer eser sözleşmelerinden farklı bir takım özelliklere sahip olacaktır. Yani her adi inşaat sözleşmesi aynı zamanda bir eser sözleşmesi türüdür, buna karşılık her eser sözleşmesi adi inşaat sözleşmesi olmayabilir. Klasik eser sözleşmelerine ek olarak farklı özellikler barındırdığından, adi inşaat sözleşmeleri farklı anlamda kullanılmaktadır. “Yapı alacaklısı”nın ipotek hakkına öncelik veren TMK m. 893 vd. gibi, eser sözleşmelerinin bu türüne ayrıca değinildiği hükümler vardır⁵⁹⁸. Fakat tümdengelim kuralı gereği adi inşaat sözleşmesinden önce eser sözleşmesinin ne olduğunu açıklamakta yarar vardır.

⁵⁹⁴ Doğan/Şahan/Atamulu, 2019, s. 34-35.

⁵⁹⁵ Oğuzman/Öz, 2019, s.49-50.

⁵⁹⁶ Eren, 2019, s.591-592; Gümüş 2019, s. 323.

⁵⁹⁷ Ekmen, Mehmet Cihat, İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, Seçkin Kitabevi, (2020), s.20.

⁵⁹⁸ Çabri Sezer, “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017 C.19(özel sayı), (2017), s.379-380.

Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İlgili hükümde geçen eser kavramından ne anlaşılması gerektiği ise kanunda tanımlanmamıştır⁵⁹⁹. Buna karşılık, bunun insan emeği ürünü olarak ortaya çıkan bir şey olduğu açıktır⁶⁰⁰. Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin tarafları, eseri meydana getirecek olan yüklenici ile iş sahibi veya diğer adıyla eser sahibidir⁶⁰¹. Eser sözleşmelerine konu olan eser, maddi bir şey olabileceği gibi maddi olmayan bir şey, örneğin bir fikir ürünü de olabilir⁶⁰². Önemli olan sözleşmenin konusu olan ve sözleşme sonucunda meydana gelecek eserin ekonomik bir değerinin olmasıdır⁶⁰³.

Eser Sözleşmesinin dört unsuru vardır⁶⁰⁴. Bunlar, eser, esere karşılık olarak bedel, taraflar(iş sahibi ve yüklenici) ve tarafların anlaşmalarıdır. Asli edimler, bir sözleşmenin esaslı unsurlarıdır. Eser sözleşmelerinde asli edimler, eser ve bedel olmakla birlikte yan edimler, yan yükümlülük ve tali yükümlülükler de sözleşmede bulunabilmektedir. Yüklenicinin asli edimi bir eserin meydana getirilmesi, iş sahibinin asli edimi ise sözleşmede kararlaştırılan bedelin ödenmesidir. Söz konusu sözleşme yapılırken belirlenmiş bir şey ya da en azından gelecekte belirlenebilecek bir şey olmalıdır⁶⁰⁵. Eser sözleşmelerinde eserin karşılığı olan bedel iki türlü belirlenebilir. Bunlar, götürü bedel veya yaklaşık bedeldir. Götürü bedel, yüklenici ve iş sahibinin eser karşılığında belirli bir bedel üzerinde anlaşmalarıdır (TBK m. 480)⁶⁰⁶. Kural olarak ahde vefa ilkesi gereği edimler sözleşme yapıldıktan sonra TBK m. 138 kapsamında uyarlama dışında değiştirilemezler. Buna karşılık yaklaşık bedelde taraflar, sözleşme yapılırken bedeli, yere, zamana, eserin değerini ve yüklenicinin giderlerine göre tahmini olarak belirleyebilirler. Eserin tamamlanmasından sonra

⁵⁹⁹ Ürem, Müge, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul, Onikilevha kitabevi, (2017), s. 6, 8,

⁶⁰⁰ Aral/Ayrancı, 2019, s. 361, 365; Küfteoğlu, Ekim Su, İnşaat Sözleşmesinde Ayıbın İş Sahibinden Kaynaklanması, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s.4-5; Balkır, Zehra Gönül, Mimarlık ve İş Hukuku, Kocaeli, Kuban Matbaacılık, (2009), s.26.

⁶⁰¹ Ekmen, 2020, s.24-25.

⁶⁰² Eren, 2019, s. 596-600; Ürem, 2017, s.11.

⁶⁰³ Pektaş, Ahmet, Eser Sözleşmesinde Ceza Koşulu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2020, s.4-6.

⁶⁰⁴ Gümüş 2019, s. 325-329; Pektaş, 2020, s.4-8.

⁶⁰⁵ Yüce, Melek Bilgin, “Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8(özel sayı), (2013), s.3192.

⁶⁰⁶ Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat kitabevi, (2021), s. 64.

tahmini bedel bu şartlara göre güncellenebilir (TBK m. 481). Yaklaşık bedel belirlenen durumlarda, sözleşme yapılırken tahmin edilen bedel çok aşırı aşılmışsa iş sahibinin, TBK m. 482/1'e göre sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı vardır⁶⁰⁷. Burada önemli olan yaklaşık bedelin yüklenici tarafından belirlenmiş olmasıdır. Eğer yaklaşık bedel iş sahibinin kendisi tarafından belirlenmişse, iş sahibi için sözleşmeden dönmenin dürüstlüğü aykırı olacağı gerekçesiyle mümkün olmayacağı söylenebilir⁶⁰⁸. Sözleşmede eser karşılığı bir bedel belirlenmemişse, yüklenicinin gideri ve elde etmesi gereken makul bir kazanç da hesaplanarak sözleşmenin eksik kalan bu kısmı doldurulabilir. Ancak bu, sözleşmenin esaslı unsuru olduğu için ihtilaf durumunda sözleşme hükümsüz olacak⁶⁰⁹ ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre taraflar hesaplaşacaklardır.

Yüklenici ise kendi edimi olan eser meydana getirme edimini sadakat ve özenle yapmalıdır. Bu, iş sahibinin menfaatlerine olan sadakat ve eserin meydana getirilmesindeki azami dikkat ve özendir⁶¹⁰. Kaynağını, TBK m. 471 ve TMK m. 2'deki dürüstlük kuralından alır. Bu sebeple yüklenici kural olarak eseri bizzat veya idaresi altındakilere yaptırabilir. Buna karşılık yüklenicinin göstermesi gereken şahsi özenin önem taşımadığı, yani bir şahsi edimden çok maddi edim niteliği kazandığı durumlarda bir başkasına yani bir alt yükleniciye(taşeron) yaptırtması mümkündür⁶¹¹.

Her nasıl olursa olsun yüklenici işe zamanında başlamalı⁶¹² ve geciktirmemelidir. Çünkü yüklenicinin edimi, aksi kararlaştırılmadıkça gerekli araç, gereç ve malzemeyi temin ederek eseri ayıpsız olarak tamamlamanın yanında; meydana getireceği eseri zamanında, eksiksiz bir şekilde iş sahibine teslimini de içer. Bu sebeple işi geciktirmeyip, önemli konuları iş sahibine gecikmeksizin

⁶⁰⁷ Büyükay, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara, Yetkin kitabevi, (2013), s. 223-224; Öz, 2021, s. 68-69.

⁶⁰⁸ Pektaş, 2020, s.32-34.

⁶⁰⁹ Acar, Faruk, “İntikal (Geçiş) Hukuku Bakımından Tek Satıcının Portföy Tazminatını Talep Etme Hakkının Tabi Olduğu Süre Hakkında Bir Değerlendirme” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), (2016), s.88; Sözleşmede karakteristik olmayan edimin belirlenmemiş olmasının sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağı görüşü için bkz. Kırkbeşoğlu Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.82.

⁶¹⁰ Büyükay, 2013, s.134-136.

⁶¹¹ Özsoy, Görkem Mutlu, Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s.41-42, 53-54; Öz, 2021, s. 142-143.

⁶¹² Öz, 2021, s. 146; Yargıtay 15 HD. (17.09.2007), 2007/4320 E, 2007/5351 K. (www.lexpera.com.tr).

bildirmelidir⁶¹³. İş sahibine yükletilemeyecek bir sebeple ve yüklenici açısından haklı bir sebep olmadan eserin zamanında tamamlanamayacağı anlaşılırsa yüklenici temerrüde düşmüş kabul edilir⁶¹⁴.

Yukarıda belirtildiği üzere eser sözleşmeleri, çok geniş yelpazede ve alanı çok geniş sözleşme tipi olması ve bu sözleşme tipi kapsamında inşaatla ilgili eser sözleşmelerinin ayrıntıda, kendisine özgü özelliklere sahip olması sebebiyle çalışmanın kalan kısmında bu sözleşmeler için adi inşaat sözleşmesi tabiri kullanılacaktır.

Adi inşaat sözleşmesi özelinde bahsedilecek olursa diğer eser sözleşmelerinden başta gelen farkı konusunun ekonomik değeri olan maddi bir şey olmasıdır⁶¹⁵. Klasik eser sözleşmelerinde eser, maddi bir şey olabileceği gibi fikri bir çabanın ürünü de olabilir⁶¹⁶. Genel olarak TBK'daki eser sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu adi inşaat sözleşmesinde yüklenici, eser olarak kendi arsasında, iş sahibinin arsasında veya bir üçüncü kişinin arsasında bir yapı inşa ederek bunu ayıpsız bir şekilde ve zamanında iş sahibine teslim etmek borcu altına girmektedir⁶¹⁷. Buna karşılık kural olarak iş sahibinin edimi, diğer klasik eser sözleşmelerinden bir farklılık göstermemektedir. İş sahibinin ediminin de farklılaşma gereğinin hasıl olduğu durumlar için müteakip başlıklarda ayrıntılı açıklanacağı üzere farklı tipte inşaat sözleşmeleri mümkün olabilmektedir⁶¹⁸.

Adi inşaat sözleşmelerinde, eser sözleşmesi'nin taraflarından biri olan yüklenici yerine çoğunlukla müteahhit, iş sahibi için ise arsa sahibi veya malik sıfatı kullanılmaktadır. Bu tipte sözleşmelerde, müteahhitin edimi bir şahsi edim olmaktan uzak, bir maddi edimdir. Dolayısıyla müteahhit edimini bizzat ve idaresi altındaki kişiler aracılığıyla yapabileceği gibi bir alt yükleniciye de yaptırabilmektedir⁶¹⁹. Eğer müteahhit belli bir proje kapsamında yapının mimarlık, mühendislik, proje, mekanik,

⁶¹³ Büyükay, 2013, s. 134.

⁶¹⁴ Büyükay, 2013, s. 82-83; Özsoy, 2015, s.49,64,65,116.

⁶¹⁵ Özsoy, 2015, s.3,15,16.

⁶¹⁶ Kurşat, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, Filiz kitabevi, (2017), s. 6.; Ürem, 2017, s.11.

⁶¹⁷ Şahankaya, Arda, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021, s.48-49.

⁶¹⁸ Kurşat, 2017, s. 91-92.

⁶¹⁹ Büyükay, 2013, s.74-77; Öz, 2021, s. 142-143.

teknik ve hukuki bütün aşamalarını üstlenerek büyük bir inşaat projesi gerçekleştiriyorsa bu tip müteahhitlere tam yüklenici denilmektedir. Tam yüklenici, bir projeyi baştan sona, A'dan Z'ye tamamlamayı üstlenmiş olsa da projenin tamamı ya da bir kısmı alt müteahhit aracılığıyla yaptırılabilir. Fakat sözleşme tarafı olarak malike karşı sorumludur⁶²⁰.

İşe bu açıdan yaklaşarak adi inşaat sözleşmelerini, yüklenicinin taahhüt ettiği edim kapsamına göre "anahtar teslim götürü inşaat sözleşmeleri" ve "yarı anahtar teslim götürü inşaat sözleşmeleri" olarak ikiye ayırmak mümkündür. Anahtar teslim götürü inşaat sözleşmelerinde müteahhit bir tam yüklenici olarak, gerekli araç, gereç, malzeme ve ürünün ayıpsız olarak zamanında tesliminin yanında; kurulum, iş gücü, montaj, proje, mekanik ve inşaat gereksinimlerini sağlamakta, ayrıca kendi idaresi altındakiler veya alt işveren tarafından yapılan işler arasında koordinasyon sağlayarak, bunun yanında yapı inşaat ve kullanımı için hukuksal olarak gerekli girişimleri yapmakta, gerekli izin ve ruhsatları resmi makamlardan malik adına temin etmektedir. Burada bu işlemleri müteahhit, maliki temsilen onun nam ve hesabına yapar ve malikin müteahhit ve bu işler için vekalet verme yan edim yükümlülüğü doğar. Buna karşılık yarı anahtar teslim götürü inşaat sözleşmesinde inşa kısımları arasında işbirliği için gerekli koordinasyonu ve yapı inşa ve kullanımı için gerekli plan, izin ve ruhsat işlemleri, iş sahibi yani malik veya onun temsilcisi tarafından yapılır. Burada sözleşmenin tarafları arasında, yapının kullanıma hazır hale getirilmesi için iş bölümü vardır⁶²¹.

Elbette ki ARAADHK kapsamında yapılacak kentsel dönüşüm yalnızca konut ve işyerlerinin değil, kamu binaları ve üretim tesislerini de kapsamaktadır. Bu tarz üretim tesislerinden çoğunlukla yüksek teknoloji ve büyük maliyet gerektiren; bazıları için, özellikle yurtdışı kaynaklı müteahhitler bakımından, edimin ifası için yalnızca yapının zamanında ve ayıpsız olarak iş sahibine teslimi yeterli değil; bununla birlikte yapının kullanım amacına uygun olarak "know how" aktarımı ve kullanım amacı sonucunda belli ürünlerin elde edilmesinin garanti edilmesi gerekmektedir. Yani edim,

⁶²⁰ Özsoy, 2015, s.33.

⁶²¹ Toprak, İpek Betül Aldemir, Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, Doktora Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s.42-43.

tesisin yapımından sonraki verimliliğin teminini kapsamıştır. Sözleşme konusu ürünler; miktar, ebat veya süre olarak garanti edilebilmektedir. Bu tarz sözleşmeler ürün teslim inşaat sözleşmeleri denilmektedir. Bir baraj veya enerji tesisi buna örnek olarak verilebilir⁶²².

TBK genel olarak eser sözleşmelerinde yüklenicinin edimini tam ve gerektiği gibi yerine getirmemesi sebebiyle edimin ayıplı olmasından dolayı iş sahibine üç seçimlik hak sunmuştur. Bunlar⁶²³;

- Eser, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.
- Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.
- Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını istemedir.

Buna karşılık adi inşaat sözleşmelerinde yapının iş sahibinin arazisinde yapıldığı durumlar için kanun bir ayırım yapmış ve eserin tamamlanan kısmının sökülerek kaldırılmasının aşırı zarara yol açacağı durumlarda iş sahibinin sözleşmeden dönme imkânını kullanamayacağını düzenlemiştir (TBK m. 475)⁶²⁴. Böyle bir durumda iş sahibi indirim isteme veya ücretsiz onarılması seçeneklerinden birini tercih etmek durumundadır⁶²⁵. Eserin zamanında teslim edilmemesi sebebiyle veya meydana gelebilecek diğer zararlardan dolayı iş sahibi elbette ki tazminat isteyebilir (TBK m. 475)⁶²⁶.

Adi inşaat sözleşmelerinde, yaklaşık bedel belirlenen durumlarda, iş sahibinin kusuru olmadan, müteahhit açısından bu bedel çok aşılırsa ve eser, iş sahibinin

⁶²² Toprak, 2019, s.43.

⁶²³ Büyükay, 2013, s. 121.

⁶²⁴ Büyükay, 2013, s. 126.

⁶²⁵ Yargıtay 15. HD. (27.03.2018), E. 2016/6089, K. 2018/1188.; Yargıtay 15. HD. (23.01.2017), E. 2016/1142, K. 2017/241 (www.lexpera.com.tr.); Gül Tuğba, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s.77-79.

⁶²⁶ Kurşat, 2017, s. 350-357.

arazisinde yapılıyorsa; klasik eser sözleşmelerinden farklı olarak adi inşaat sözleşmesinde, sözleşmeden dönme imkanı yoktur. Eser henüz tamamlanmamışsa, iş sahibi inşaa faaliyetini durdurarak tamamlanmış kısım için bir bedel ödeyerek, eser tamamlanmışsa uygun bir indirim isteyerek sözleşmeyi ileri dönük feshedebilir (TBK m. 482). Eser sözleşmesindeki alacaklar için zamanaşımı süresi 5 yıldır⁶²⁷.

3.4.2.2.2. Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi

Günlük kullanımda sıklıkla "kat karşılığı inşaat sözleşmesi" adı ile kullanılan bu sözleşme, öğretide teknik ayrıntılarına daha uygun olarak, "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadır. Günlük kullanımdaki adının farklı olmasının sebebi ise çoğunlukla sözleşmenin konusunun, kat mülkiyetine geçecek yapılarda ortaya çıkacak bağımsız bölümler üzerinden belirlenmesidir. Buna karşılık eşya hukuku tekniğinde; gelecekte inşa edilecek bir yapının kat mülkiyetine geçmesi yani mülkiyetin yalnızca bağımsız bölümler üzerinde kurulması zorunlu değildir, bunun yanında paylı mülkiyet şeklinde de kurulabilmektedir. Bu durum, henüz üzerinde yapı inşa edilmemiş olan taşınmazlarla ilgili, sözleşmenin konusunun arsa payı üzerinden belirlenmesini gerekli kılar⁶²⁸. Nitekim kat mülkiyeti hukukunda da bağımsız bölümler, maliklerin arazideki paylarına bağlanmaktadır⁶²⁹. Bu sebeple sözleşme konusunun, arsa payı üzerinden belirlenmesi hem paylı mülkiyet hem de kat mülkiyeti rejimine geçmiş taşınmazlar ile ilgili uygulamaya elverişlidir.

Kimi kararlarında aynı hatayı Yargıtay da yapmıştır ve bu sözleşmenin tanımını *"arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir."* şeklinde yapmıştır. Aslında kısa tanımı zaten öğretide kendisine verilen isimde bulunan ve sözleşme konusu edimlerin birleşiminden oluşan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, mevzuatta ise belli bir

⁶²⁷ Oral, Murat, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s.96-136.

⁶²⁸ Ruhi, Canan, Ahmet Cemal Ruhi, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, Seçkin kitabevi, (2019), s. 27-28.

⁶²⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s.419-420.

tanımı yoktur. Bu sözleşme tipinin öğretide ise muhtelif tanımları olmakla beraber aşağı yukarı pek çoğu; "arsa malikinin arsanın paylarından belirli bir kısmının veya tamamının mülkiyetini müteahhite devretmeyi borçlandığı ve müteahhitin yapı inşası ile bağımsız bölümleri devir borcu altına girdiği sözleşmeler" paralelinde tanımlamıştır⁶³⁰. Yine de kanaatimizce en doğru tanım Yargıtayca, "bağımsız bölüm" ifadesi kullanılmadan oluşturulmuştur. Buna göre; *"iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşaa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, geçerliliği resmi şekle bağlı kural olarak ani edimli, geçici-sürekli karmaşığı, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir"*⁶³¹. Burada ayrıca Yargıtay bu sözleşmenin eser sözleşmesi yönüne vurgu yapmıştır. Nitekim baskın görüş olarak, TBK'da düzenlenmiş olan eser sözleşmesinin bir türü olduğu söylenebilir⁶³².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin diğer yapı inşası borçlanılan eser sözleşmelerinden en büyük farkı, iş sahibinin yani malikin eser için hiçbir ücret ödemeyecek olmasıdır. İnşaat maliyeti ise müteahhit tarafından karşılanmaktadır. Bunun karşılığında malik veya malikler yapının inşa edildiği arsadan pay vermektedirler. Yapı tamamlanıp kat mülkiyetine geçildiği takdirde ise müteahhit de sahip olduğu paya bağlı olarak uygulama sonrası ortaya çıkan yapıda bağımsız bölüm sahibi olacaktır⁶³³.

Arsa malikinin edimi açısından bu sözleşme türü iki farklı açıdan ikiye ayrılabilir. Bir ayrıma göre arsa maliki arsanın ya belli bir kısım payını veya arsanın tamamını müteahhide devreder. Arsanın tamamının devri durumunda, müteahhitin edimine teminat olarak arsa üzerine, iş sahibi eski malik lehine sınırlı aynı bir hak olan ipotek kurulabilmektedir⁶³⁴. Arsa malikinin ediminin ifası ile ilgili diğer

⁶³⁰ Sütçü, Nezih, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi C.I. Ankara, Seçkin, (2016), s.29-30; Gül, s.1; Küfteoğlu, s.8; Çelen, Salih, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü, İstanbul, 2020, s.42.

⁶³¹ Yargıtay 23. HD. (08.07.2013), E. 2013/1998, K. 2013/4767. (www.lexpera.com.tr).

⁶³² Günay, Erhan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Ankara, Seçkin kitabevi, (2019), s. 18; Ruhi, 2019, s. 28.

⁶³³ Bahadır, Engin, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması" Fiscoeconomia, 3(1), (2019), s.184-185; Günay, 2019, s. 18.

⁶³⁴ Ruhi, 2019, s. 45; Duman, İlker Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeler Nasıl Düzenlenmelidir, Ankara, Seçkin kitabevi, (2018), s. 35.

ayrım ise; arsa maliki, sözleşmede kararlaştırılan payları müteahhide inşaat henüz tamamlanmadan peşin olarak devreder veya müteahhitin inşaat kat edeceği aşamaya göre peyderpey olarak devredilebilir⁶³⁵.

Her nasıl olursa olsun arsa maliki taşınmaz satımı veya satış vaadi yapmaktadır⁶³⁶. Sözleşmenin satış sözleşmesi şeklinde yapılması durumunda, devir sonrası müteahhitin; kendi ediminin ifasından önce, sahip olduğu payın mülkiyetini üçüncü kişilere resmi şekilde devretmesi mümkündür. Satış vaadi şeklinde yapılması durumunda ise üçüncü kişilere ancak alacağın devri şeklinde devredebilecektir ve adi yazılı şekilde bu devrin yapılması yeterli olacaktır⁶³⁷.

Sözleşmeye asıl karakterini veren edim ise müteahhitin bir yapıyı tamamlayarak sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa malikine eksiksiz olarak teslim etmesidir. Kısacası sözleşme, üç farklı edim olan arsa paylarının mülkiyetini devir, yapı inşası ve inşaat sonrası ortaya çıkacak bağımsız bölümleri devretmeyi içermektedir. Bunlardan ilki arsa malikinin, diğer ikisi müteahhitin üstlendiği borçlardır⁶³⁸. Bu yönleriyle bu sözleşme tipi için, mevzuatta yer almayan fakat sözleşme serbestisi temelinde uygulamada sıkça, satış veya satış vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmesinin birleşiminden oluşan, "çift tipli karma bir sözleşme"⁶³⁹ olduğu söylenebilir.

Müteahhitin bu sözleşmedeki edimi, taşınmaz üzerinde kat irtifakı olup olmamasına göre iki farklı şekilde değerlendirilebilir. Buna göre eğer taşınmaz üzerinde kat irtifakı varsa müteahhitin edimi ancak hem malik hem kendi payına düşecek olan bağımsız bölümlerle beraber ana taşınmazın(yapı) tamamının inşasının tamamlanması ve teslim edilmesi ile ifa edilmiş olacaktır. Çünkü KMK uyarınca bir yapının kat mülkiyetine geçebilmesi ancak ana taşınmazın kargir ve tamamlanmış olmasıyla mümkündür. Eğer yapı kat mülkiyetine geçmesi amacıyla yapılmıyorsa bu

⁶³⁵ Çetintepe, Ece, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s.19.

⁶³⁶ Günay, 2019, s. 21.

⁶³⁷ Gül, 2020, s.10-11.

⁶³⁸ İnal, 2017, s. 134-135.

⁶³⁹ Yargıtay 14. HD. (20.4.2007), 2007/247 E., 2007/4636 K. (www.lexpera.com.tr).

durumda tarafların anlaştıkları oranda inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi edimin ifası için yeterlidir.

Karma sözleşmelerin bir türü olan çift tipli sözleşmeler, farklı sözleşme tiplerinin asli edimlerinin karşılıklı değişimini ifade eder⁶⁴⁰. Karma sözleşmeler ise kanunun düzenlediği sözleşmelerin kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesidir⁶⁴¹. Karma sözleşmelerde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi edimler asıl ilgili oldukları sözleşme türünden ayrılarak yeni meydana getirilen sözleşmenin unsuru olurlar⁶⁴². Bu sözleşme tipine baskın karakteri veren eser sözleşmesinin, TBK'daki hükümleri öncelikli olarak uygulanmakta, ayrıca niteliği elverdiği ölçüde satış sözleşmesi hükümleri uygulanabilir⁶⁴³.

Tam iki tarafa borç yükleyen ve esas itibarıyla ani edimlerin bir mübadelesi olan bu sözleşmeyi, Yargıtay⁶⁴⁴ ve öğreti pek çok sefer, müteahhitin ediminin uzun bir süreçte tamamlanabilmesi sebebiyle sürekli edim olarak yorumlamıştır. Sürekli edim olarak yorumlanmasının sebebi; her ne kadar malikin edimden elde edeceği yarar, yapının tamamlanıp teslim edilmesi ile olsa da, müteahhitin temerrüde düşeceği pek muhtemelse ve henüz eser tamamlanmadan fakat tamamlanan kısmının sökülüp götürülmesinin çok zor ve masraflı olması durumunda, arsa malikinin sözleşmeden dönmesini engellemek ve ancak ileri doğru fesih seçeneğini kullanabilmesine imkan sağlamaktır⁶⁴⁵.

Aslında aynı durum adi inşaat sözleşmeleri için de geçerlidir. Kural olarak eser sözleşmeleri bir şekil şartına tabi değildir. Fakat eser sözleşmelerinin bu türünde, esere karşılık karşı tarafın taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunma yükümlülüğü olması sebebiyle taşınmaz satışı için geçerlilik şekil şartı olan resmi yazılı şekilde yapılma zorunluluğu vardır. Bu bir geçerlilik şartıdır ve uyulmaması kesin hükümsüzlük sonucunu doğurur⁶⁴⁶.

⁶⁴⁰ Gümüş 2019, s. 8.

⁶⁴¹ Gümüş 2019, s. 6.

⁶⁴² Aral/Ayrancı, 2019, s.58.

⁶⁴³ Çetintepe, 2020, s.17, 27, 40.

⁶⁴⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (İBK) (25.01.1984), E.1983/3, K.1984/1. (www.lexpera.com.tr).

⁶⁴⁵ Ekmen, 2020, s. 28-32; Çetintepe, 2020, s.153-154.

⁶⁴⁶ Çetintepe, 2020, s.28-30.

3.4.2.2.3. Hasılat Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi

Buraya kadar tarifi yapılan inşaat sözleşmelerinden ilki olan adi inşaat sözleşmesinin TBK'da tanımlanan eser sözleşmesinin bir türü olduğu yukarıda belirtilmişti. Ayrıca bu sözleşme türünün satış sözleşmesi ile kombine edilmesi sonucunda sözleşme serbestisi kapsamında “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” elde edilmektedir. Satış sözleşmesine temsil yetkisi eklenerek, bunların da adi inşaat sözleşmesine eklenmesiyle karşımıza, “hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmesi” çıkmaktadır⁶⁴⁷.

Hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmesinin diğer eser ve inşaat sözleşmelerinden önemli farkı, “uygulama sonrası ortaya çıkacak yapının veya yapıdaki belli bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere pazarlanması” kısmının da müteahhitin yükümlülüğünde olmasıdır⁶⁴⁸. Burada sözleşmenin tarafları olan müteahhit ve maliklerin asıl amaçları, satıştan gelir elde ederek bu geliri paylaşmaktır. Bu gelir paylaşımını yaparken de maliklerin masraf yapmamasıdır. Bu noktada ortaya çıkan yeni yapının mülkiyeti müteahhide devir edilmeyip yalnızca satış için malikler tarafından temsil yetkisi verilmekte ve elde edilen hasılat paylaşılmaktadır. Yani satış ve devir, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilere yapılır⁶⁴⁹.

Bu yüzden bu sözleşme tipine "arsa satışı karşılığı inşaat sözleşmesi"nden ziyade doğru kullanım olarak "hasılat (gelir) paylaşımlı inşaat sözleşmesi" denilmesi gerekir. Çünkü bu, tarafların asıl amacını ifade eder.

Sahip olduğu unsurlar açısından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden farkı, hem müteahhitin hem maliklerin edimleri açısındanadır. Arsa maliklerinin edimi, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde olduğu gibi bir arsa payı veya bağımsız bölüm devridir⁶⁵⁰. Fakat bu sözleşmede malikler; müteahhite arsa payı veya bağımsız bölümü

⁶⁴⁷ Yeniocak, Umut, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, Ankara- Seçkin kitabevi, (2013), s. 25-28, 44, 105; Çelen, 2020, s.7-8.

⁶⁴⁸ İnal, 2017, s. 137-138.

⁶⁴⁹ Çelen, 2020, s.7-8.

⁶⁵⁰ Aldemir Toprak, İpek Betül, Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, Ankara, Seçkin kitabevi, (2020), s. 112.

değil, müteahhitin pazarlamasını yaptığı üçüncü kişilere bağımsız bölümleri devretmek üzere özel yetki içeren ve resmi yazılı şekle tabi temsil yetkisi vermeyi borçlanır. Bu noktada malikin verdiği temsil yetkisi ile müteahhitin arsa payı veya bağımsız bölümü satışıyla; malikin bizzat bu satışı yapması arasında bir fark yoktur. Sonuç olarak elde edilecek hasılat (sadece kar değil, satıştan elde edilecek hasılatın tamamı) öyle veya böyle müteahhitle sözleşmede kararlaştırıldığı gibi paylaşılmalıdır⁶⁵¹.

Hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin; sade halinin yanı sıra yine sözleşme serbestisi kapsamında “asgari gelir taahhüdü içeren”, “aynı paylaşım koşulu içeren” “hasılat paylaşımlı” ve “tapuda pay devri öngören hasılat paylaşımlı” inşaat sözleşmesi türleri de uygulamada yapılmaktadır. Asgari gelir taahhüdü içeren türünde, sözleşmenin sade haline ek olarak müteahhit, hasılatın belli bir miktarın altında olmamasını garanti etmekte ve eğer bu miktarın altına düştüğü takdirde aradaki farkı kendisinin takviye edeceğini taahhüt eder⁶⁵². Buna karşılık da müteahhitin takviye ettiği orandaki miktara karşılık gelecek arsa payı veya bağımsız bölümleri malikler müteahhide devir borcu altına girerler⁶⁵³.

Sözleşmeye konulabilecek hasılat ile ilgili limit dışında, süre ile ilgili bir limit konularak da hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmesinin bir başka türü yapılabilmektedir. Buna, "aynı paylaşım koşulu içeren inşaat sözleşmesi" denir. Bu sözleşme türünde, belli bir süre içerisinde pazarlaması ve satışı yapılamayan pay veya bağımsız bölümler aynı olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi malikler ve müteahhit arasında paylaşılır⁶⁵⁴. Dolayısıyla bu sözleşme türü için geciktirici şarta bağlı edim içeren karma ve isimsiz bir sözleşme olduğu söylenebilir⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ Yeniocak, 2013, s. 98-101; (Yüklenicinin bağımsız bölümler meydana getirme ve bunların satışını sağlama borcuna karşılık, arsa sahibinin bu bağımsız bölümlerin satımına ilişkin yükleniciye temsil yetkisi verme ve bu satıştan elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşma borcu altına girdiği sözleşme) Yargıtay 3.HD (15.07.2014), E.2014/10780, K.2014/10005. (www.lexpera.com.tr).

⁶⁵² Aldemir Toprak, 2020, s. 112.

⁶⁵³ Çelen, 2020, s.39-42; Kurşat, 2017, s. 9.

⁶⁵⁴ Yargıtay 3. HD 23.06.2014, 2014/10780 E., 2014/10005 K. (www.lexpera.com.tr).

⁶⁵⁵ Yalınca, Özlem, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 21, 24, 25.

Sözleşmenin aynı paylaşım koşulu içeren türünde, belirlenen sürede üçüncü kişilere satış olmadığı durumda sözleşmenin sade halindeki gibi arsa payı veya bağımsız bölümlerin aynı olarak paylaşılması kararlaştırılmakta ve sözleşmede kararlaştırılan miktarda pay veya bağımsız bölümü malikler devretme yükümlülüğü altına girmektedir⁶⁵⁶.

Hasılat paylaşım sözleşmesi'nin bu türünde asıl problem, sözleşmede kararlaştırılmış olan belirli süre sonunda arsa paylarının veya bağımsız bölümlerin ne şekilde paylaşılacağıdır. Olası böyle bir ihtilafta hakim; sorunu somut olayda yapının rayiç bedeline, müteahhitin inşaat masrafları ve elde etmesi gereken makul kar hesaba katılarak, dürüstlük kuralına göre çözümlemelidir. Kanaatimizce burada müteahhitin yapı üzerinde henüz bir aynı hakkı olmadığından, TMK m. 699'daki paylı mülkiyetin tasfiyesi yolu uygulanmamalıdır.

Bu sözleşme türünde de malikler, müteahhide satışla ilgili temsil yetkisi verme yükümlülüğü altındadır. Bu sözleşme türünün; temsil yetkisi verilmesi yerine, sözleşmede maliklerin, müteahhidin pazarlamasını yaptığı üçüncü kişilere, sözleşmede kararlaştırılan pay veya bağımsız bölümleri devrini öngören, "tapuda pay devrini öngören hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmesi" adıyla benzer bir şekli de uygulamada yapılmaktadır⁶⁵⁷.

Bunun taşınmaz satış vaadi öngörmesi sebebiyle, resmi yazılı şekilde yapılması gerekir. Yalnız bu değil, adi inşaat sözleşmesi dışındaki burada bahsedilen bütün inşaat sözleşmesi türleri taşınmazın aynına ilişkin hukuki işlem içermesi sebebiyle resmi yazılı yapılması gerekir⁶⁵⁸.

3.4.2.2.4. Bina Tamamlama Sigortası

Genel olarak kentsel dönüşümde maliklerin riskli yapıların yıkılması sonrası yapacakları inşaat uygulamaları yanında; malikler ile müteahhit arasında yapılmış olan

⁶⁵⁶ Oral, 2020, s.31-32; Kurşat, 2017, s. 9.

⁶⁵⁷ Çelen, 2020, s.41-42.

⁶⁵⁸ Yeniocak, 2013, s.104.

sözleşmeye göre üçüncü kişi kabul edilen tüketicilerin de, hariçten projeye girerek inşaat finansmanında yer almaları ve dolayısıyla uygulama sonucunda ortaya çıkacak yapıda hak sahibi olmaları, yukarıda bahsedilen muhtelif inşaat sözleşmesi türlerinde mümkündür. Bununla birlikte sözleşme yapılacak müteahhitin belirlenmesi bu açıdan büyük önem taşımakta ve projedeki inşaata yeterli olmayan veya art niyetli müteahhitlerin; proje tamamlanmadan veya ayıplı teslimiyle, malik ve/veya haricen katılan tüketicilerin yüzüstü bırakılarak mağdur olmaları durumu olabilmektedir. Bunu engellemek amacıyla Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından 2 Mart 2019'da yürürlüğe giren, Yapı Müteahhitlerinin Sınıflandırılması ve Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik hazırlanmış, bu yönetmeliğe göre hangi projelerin hangi müteahhit eliyle yürütülebileceği ile ilgili müteahhitlere; iş tecrübesi, teknik donanım ve mali duruma göre yetki belgesi verilmiştir.

Bu yönetmelikte, mülkiyet hakkına yine derin bir müdahale görülmektedir. Mutlak bir hak olan mülkiyet hakkının verdiği tasarruf yetkisi; mutlak hak olmasının verdiği doğrudan kullanılabilme yani üçüncü kişinin aracılığı veya iznine ihtiyaç duymadan kullanılabilme özelliği ile malik tarafından doğrudan kullanabilmelidir. Oysaki anılan Yönetmelik m. 5, malikin tasarruf yetkisini, kentsel dönüşümün üstün nitelikli özel ve kamu yararı nitelikleri gereği sınırlandırmaktadır. Bu madde; malikin ancak bodrum katı hariç 2 kata kadar ve toplam inşaat alanı 500m²'yi geçmeyen yapıları, bizzat kendilerinin yapabilmesine izin vermiştir. Bu limiti aşan projelerin ancak yönetmelik m. 14'te projeye göre belirtilen yeterlilik belgesine sahip müteahhitler tarafından yapılabileceği öngörülmüştür.

Müteahhitlerin hangi projeleri üstleneceğini bu yönetmelikte düzenlenmesinde bir sakınca yoktur. Buna karşı malikin tasarruf yetkisinin yönetmelikle sınırlanması Anayasa Hukuku açısından bir problemdir.

Bu belgeler Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlükleri'nde kurulan "il müteahhitlik yetki belge komisyonları" tarafından verilir. İş tecrübesi, teknik donanım ve mali durumlara göre; A,B,C,D,E,F,G,H grubu ve geçici gruplardan oluşan yeterlilik belgelerinden A grubu için, üstlenebileceği projelere herhangi bir sınırlama

getirilmemiştir. Bu anlamda proje maliyetleri ile, müteahhitin sahip olduğu iş deneyim miktarı arasında doğru orantılı denge kurulmaya çalışılmıştır.

Kanun koyucu müteahhit ile anlaşılan maliklerin bu anlamda mağdur olmaması için bir yenilik daha getirmiştir. ARAADHK m. 8/6 ile 2018 yılında dönüşüm hukukuna getirilen bir yenilik olarak daha önce sadece ön ödemeli konutlar için tüketici sözleşmelerinde yapılan, bir diğer anlatımla henüz başlanmamış veya başlanıp tamamlanmamış konutlara özel olarak tüketici mağduriyetini önlemek için zorunlu tutulmuş olan "bina tamamlama sigortası", ARAADHK'da konut olsun olmasın her projede zorunlu tutulmuştur⁶⁵⁹. Mevzuatımızda ilk olarak 2014'te Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik ile yer alan bu sigorta türünün ayrıntıları, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 2015 yılında yürürlüğe konulan Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları (B.T.S.G.Ş.) ile düzenlenmiştir.

Bu sigorta, müteahhit veya satıcının iflası, gerçek kişi müteahhit veya satıcının ölümü sonrası mirası mirasçılarca reddedilmişse, sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinin üzerinden 12 ay geçmesine rağmen halen tamamlanmaması durumlarının birinin gerçekleşmesini takip eden 6 ay içinde (poliçede daha uzun süre belirlenmemişse) tüketici veya arsa maliklerince talep edilmesi durumunda sigortacı tarafından tazminat ödenmesini içermektedir. Bu sigorta karşılığında tüketiciye veya arsa maliklerine müstakil teminat senetleri düzenlenerek verilir⁶⁶⁰.

Asıl kapsamı konut ve tatil amaçlı taşınmaz (devre mülk) satışı olmakla beraber; B.T.S.G.Ş. m. A3, ofis, işyerinin vb. ayrıca kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin, sigorta ettiren ve sigortacı arasında yapılacak ek sözleşme ile isteğe bağlı olarak kapsama dahil edilebileceğini öngörmüştür. Burada sigorta ettiren müteahhit veya satıcı iken, poliçe lehtarları malikler veya tüketicilerdir. Buna karşılık ARAADHK ile 2018 yılında artık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri dahil dönüşüm projeleri sözleşmeleri için bu sigortanın yapılması zorunlu tutulmuştur⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ Tamer, Şaban, "Bina Tamamlama Sigortası", İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(11), (2021), s. 160.

⁶⁶⁰ Solak, Nilgün, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 99-101.

⁶⁶¹ Karadeniz, Umut, Bina Tamamlama Sigortası Sözleşmesinde Riziko, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 13.

Sigorta kapsamında müteahhit, yapının teslim edildiğini sigortacıya derhal bildirmeli, yapının malik veya hak sahiplerine teslimi ile sigortacının tazminat sorumluluğu da sona ermektedir. B.T.S.G.Ş.'na göre teslimden anlaşılan; kat mülkiyetine konu taşınmaz için hak sahibi adına tescil, kat irtifakına konu taşınmaz için hak sahibi adına tescil ve zilyetliğin devridir. ARAADHK'a gelince, kat karşılığı veya hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde zilyetliğin ayıpsız devri; arsanın mülkiyetinin bütünüyle proje başlangıcında müteahhide devredildiği durumlarda, tescil ile veya kat mülkiyetine tabi taşınmazlar için bağımsız bölümlerin hak sahipleri adına tescili ile olmaktadır⁶⁶².

B.T.S.G.Ş. m. A3'de sayılan rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacının seçimlik borcu söz konusu olur. Buna göre sigortacı ya poliçe tutarına kadar hak sahiplerine tazminat öder; ya da poliçede kararlaştırılmış ise kendisi projeyi tamamlar -ki bunu seçmesi durumunda projenin önceki müteahhiti ile anlaşmasına herhangi bir engel yoktur. Projeyi kendisinin tamamlaması borcunu seçmesi durumunda, projeyi tamamlamak ve teslim etmek için 24 ay süresi bulunmaktadır⁶⁶³. Ayrıca bu seçenekte önceki müteahhit, projenin tamamlanmasına engel olacak davranışta bulunmamalıdır.

Maliklere ödenecek tazminat sonrası sigortacı; maliklerin alacaklarına halef olur ve sigorta kapsamında ödediği tazminat, yaptığı masraf ve temerrüt faizlerini müteahhitten talep edebilir⁶⁶⁴. Proje süresinde malik veya malikler değişirse sigortacı tazminat sorumluluğunu yeni malike karşı devam ettirmekte serbesttir. Ayrıca bu sigorta ile ilgili davalarda sigortacı aleyhine açılacak davalar için yetkili mahkeme, sigortacının veya acentesinin ikamet yeri mahkemeleridir.

⁶⁶² Göktepe, Elif, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Bina Tamamlama Sigortası , Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2019, s. 71.

⁶⁶³ Karadeniz, 2021, s. 99.

⁶⁶⁴ Karadeniz, 2021, s. 84-85.

3.4.2.2.5. 5393 Sayılı Belediye Kanunu Uyarınca Kentsel Dönüşümde Maliklere İmar Adası Bazında Verilen Yapılaşma Özgürlüğünün ARAADHK'la Kıyaslanması

ARAADHK kapsamında uygulama yapılması, bir yapının riskli yapı olarak tespit edilmesi veya üzerinde riskli yapılar bulunan riskli alan ilan edilmesine bağlıdır. Bu konu, 5393 sayılı kanun m. 73 kapsamında yukarıda açıklandığı gibi belediyeler tarafından yapılacak dönüşüm uygulamalarıyla kıyaslandığında ise; belediyeler tarafından bir taşınmazda uygulama yapılması, o taşınmazın 5393 sayılı kanuna göre kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilmesine bağlıdır. Buna göre yalnız doğal afet riski değil, 5393 sayılı kanun m. 73'te sayılan bütün amaçlarla; özel mülkiyete tabi taşınmaz, belediye veya mücavir alan sınırları içinde olması ve ilgili belediye meclisi kararı alınması şartları ile uygulamaya tabi tutulabilir.

Yani ARAADHK'daki riskli yapı, riskli alan veya rezerv yapı alanı kavramları; 5393 sayılı kanunda "kentsel dönüşüm ve gelişim alanı"na karşılık gelmektedir. Kamu mülkiyetinde bulunan taşınmazlarınsa 5393 sayılı kanun m. 73 kapsamına alınması, Cumhurbaşkanlığı kararına bağlıdır.

Özellikle idari yargı ise bir taşınmazın bu kapsama alınması için belediye meclisinde alınan kararları sıkı denetime tabi tutmuş, gereksiz kamulaştırmaları engellemiştir. Kamulaştırma için sadece bu amaçla karar alınmasını yeterli bulmamış, ayrıca plan ve projeler ile bu kamulaştırmanın uyumlu olmasını aramıştır. Hatta proje sınırları içinde olup proje ve planlara göre kamulaştırılması gerekli olmayan ada ve parseller için İmar Kanunu m. 18'e atıf yapılarak projeye uygun olarak kendi yapılaşma hak ve özgürlüklerinin tanınmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir.

Benzer bir durum, ARAADHK kapsamında yapılacak dönüşüm uygulamalarının temelini oluşturan m. 6'da da düzenlenmiştir. Buna karşılık 5393 sayılı kanunda maliklerin sahip oldukları imar adası ve parseline bu tarz yapılaşma özgürlüğü tanınmasının belediye meclisi kararıyla olması asıldır. Bu, 5393 sayılı kanun m. 73'de, 3194 sayılı imar kanunu m. 18'e atfen "*3194 sayılı Kanunun 18 inci maddesine göre ayrı ada ve parselde imar hakkı verilmemiş olanlar*" ifadesinden

anlaşılmaktadır. Proje sınırları içindeki ada veya parselde yapılaşma özgürlüğü için, ada veya parsel malik veya malikleri henüz belediye ile anlaşmamış olmalıdır.

ARAADHK bu anlamda özel hukuk özelliklerini ön planda tutarak, ilk planda imar adası bazında uygulama yapılabilmesini, dönüşümün genelinde olduğu gibi maliklerin iradelerine bırakmıştır. Nitekim m. 6'da bu, *"bu çerçevede riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada... veya imar adası bazında uygulama yapılmasına... hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir"* biçiminde ifade edilmiştir. Elbette gerek 5393 sayılı Kanun ve gerekse ARAADHK kapsamında ada veya parsel bazında yapılaşma özgürlüğü verilmiş olması; malik veya maliklere, tasarruf yetkilerini sonuna kadar kullanarak proje sınırları içinde olup proje ile tamamen ilgisiz uygulama yapma hakkı vermez. Bu dürüstlük kuralına da aykırı olur. Bu sebeple ada veya parsel bazında yapılaşma özgürlüğüne sahip malikler asgari seviyede proje ile uyumlu uygulamalar yapmak zorundadır.

3.4.2.3. Güçlendirme Sözleşmesi

Malikler, gerek KMK m. 19'a göre 4/5 çoğunluk kararına istinaden güçlendirme hakkı ile; gerekse ARAADHK'nun Uygulama Yönetmeliği m. 8/5'e göre riskli olduğu tespit edilmiş olan veya riskli alanda bulunan yapıyı, yıkıp yeniden yapmak yerine güçlendirme yapmayı tercih edebilirler. Birinci ihtimalde KMK kapsamında mahkeme tarafından güçlendirmenin zorunlu olduğunun tespit edilmiş olması gerekir. Bu yöntem, herhangi bir başka dönüşüm yöntemine alternatif değil yalnızca kat mülkiyeti rejimine tabi yapının bakımı ve korunması ile ilgilidir. Buna karşılık ARAADHK ve Uygulama Yönetmeliği kapsamındaki güçlendirme için, lisanslı kuruluş tarafından yapının riskli olduğunun yanında, yıkıma alternatif olarak güçlendirilmesinin yapılabileceğinin de tespit edilmiş olması gerekir.

Bu iki alternatiften birini, yani yıkım ve yeniden yapma mı yoksa güçlendirmenin mi yapılacağını seçme hakkı, Uygulama Yönetmeliği ile, KMK m. 19'a atfen maliklerin 4/5 pay çoğunluğu ile karar almalarına bağlanmıştır. Yani gerek

kat mülkiyetinde güçlendirme hakkı, gerekse ARAADHK kapsamında yeniden yapma yerine güçlendirme yöntemi için uygulanacak karar oranı maliklerin 4/5'idir.

ARAADHK m. 8/5'e göre güçlendirme üç aşamalı bir uygulamadır. Bunlar, karar, proje ve imar mevzuatına göre güçlendirme ruhsatı almaktır. Güçlendirmenin teknik olarak mümkün olması durumunda, ARAADHK kapsamında yapılacak güçlendirme elbette ki bu konuda teknik bilgi ve donanım sahibi müteahhitler tarafından yapılacak ve malikler, güçlendirmeyi yapacak müteahhitle sözleşme imzalayacaklardır. Güçlendirme sözleşmesi de adi inşaat, kat karşılığı inşaat veya hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmeleri gibi birer eser sözleşmesi türüdür. Bu sözleşmede müteahhitin edimi, sözleşmede belirlenen şartlara uygun olarak, sözleşme konusu yapıyı afet risklerine karşı dayanıklı hale getirerek zamanında maliklere teslim etmek; buna karşılık maliklerin edimi ise güçlendirme süresince taşınmazı müteahhitin çalışmasına uygun durumda tutup, eser karşılığında müteahhide karşılığını ödemektir. Eser sözleşmeleri de, ısmarlanan bir nesnenin iş sahibinin isteğine göre yapımının üstlenilmesi veya önceden var olan nesnenin onarılması, bakımının yapılması veya işin görülmesi olarak da geniş anlamda tanımlandığı için⁶⁶⁵ güçlendirme sözleşmelerinin birer eser sözleşmesi çeşidi şeklinde yorumlanması mümkündür. Şu halde niteliğine uygun düştüğü surette eser sözleşmesine ilişkin TBK hükümleri, güçlendirme sözleşmesine de uygulanmalıdır.

3.4.2.4. ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği'nin, Müteahhitlik Sözleşmesinin Feshi ile İlgili Getirdiği Yenilikler ve Farklı Maliklerin Farklı Müteahhitlerle Sözleşme Yapması Durumu

2019 yılında Uygulama Yönetmeliği'ne getirilen bir yenilik, sözleşme hukukunu, riskli taşınmazları konu edinen inşaat sözleşmeleri için adeta sil baştan düzenlemiştir. Bu düzenleme, Uygulama Yönetmeliği'nin "uygulama alanında hak sahipliği ve diğer uygulamalar" başlığındaki m. 13/11'de yer almıştır. Söz konusu fıkra, malikler ile müteahhit arasında, riskli taşınmazı konu edinen inşaat sözleşmeleri

⁶⁶⁵ Bkz. s.307-308

ile sözleşmenin amacına yönelik yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin nasıl feshedilebileceğini içermektedir.

Buna göre yönetmelik iki farklı durum için bu özel fesih imkanını öngörmüştür. Bunlar, inşaata hiç başlanmamış olması⁶⁶⁶ veya belli bir seviyeye gelen inşaatın en az 6 aydır durdurulmuş olmasıdır. Fesih hakkı Borçlar Hukuku anlamında, mevcut hukuki ilişkiyi ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran bir haktır. Kişiye tek taraflı irade beyanı ile yeni bir hukuki durum ortaya çıkarma, bir hukuki ilişkiyi değiştirme veya ortadan kaldırma yetkisi veren haklardır⁶⁶⁷. Bu haklar bir kez kullanılmakla sonuç doğurur ve geri dönülemez. Buna karşılık yönetmelik bu hakların kullanılmasına ilişkin bir hak düşürücü süre belirtmemiştir.

Yönetmeliğe göre her iki durum için de maliklerin fesih haklarının kullanabilmelerinde iki şart öngörülmüştür. Bunlar, hak sahiplerinin o tarihe kadar varsa kendi edimlerini yerine getirmiş olmaları ve inşaatta başlamasının önünde hukuki bir engel bulunmuyor olmasıdır. Yani müteahhitin ediminin yerine getirmesinin önünde geçici veya sürekli bir hukuki engel ya da idari uygulama bulunmuyor olmalıdır. Ayrıca borçlar hukukunda muacceliyetten önce temerrüdün istisnai örneği olan; en az 6 aydır inşaatın durmuş olduğunun kabul edilebilmesi için, özel bir tespit yolu düzenlenmiş, gereken ekipmanlarla en az 6 aydır inşaatın yapılmıyor olmasının ilgili idarenin tespit, tutanak ve kayıtları, yapı denetimi sistemindeki kayıtlar, fotoğraflar, uydu görüntüleri gibi birtakım delillerle sabit olması şartı getirilmiştir.

İnşaata başlanmamış olmasının, haklı fesih sebebi olarak kabul edilebilmesi için 1 yıl içerisinde inşaata başlanmamış olması gerekir (Uygulama Yönetmeliği m. 13/11). Buna karşılık 1 yıllık surenin hangi andan başlayacağı ile ilgili maliklerin oybirliği ile anlaşp anlaşamamasına göre ikili ayırım yapılmıştır. Malikler, yapı veya arazinin riskli olarak belirlenmesinden önce oybirliği ile anlaşmışlarsa taşınmazın

⁶⁶⁶ Müteahhitlik anlamında işe başlama zamanı, plan ve projelerin yapılmasını da içeren ilk ifa eylemlerinin yapılabileceği ilk uygun zamandır. TBK m. 90'a göre aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa derhaldir. Seçer, 2021, s.937.

⁶⁶⁷ Erdoğan, İlhan, Dilşad Keskin, Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, Ankara, Gazi kitabevi, (2018), s.119-120; Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s.212.

riskli olarak belirlendiği tarihten; eğer sonra anlaşmış ve uygulama kararı almışlar buna rağmen müteahhit, önünde bir hukuksal engel olmaksızın ve maliklerin kendi edimlerini ifasına rağmen inşaaata başlamamışsa, karar tarihinden itibaren maliklerin haklı fesih hakkı doğmaktadır⁶⁶⁸. İmarla ilgili izin ve ruhsat alma konusu, aksi kararlaştırılmış olmadıkça maliklerin sorumluluğunda olmak da beraber; uygulamada müteahhide vekalet verilerek müteahhitin alması sağlanmaktadır. Bu durumda gerekli temsil yetkisinin müteahhide verilmesi, malikler açısından inşaattan önce yerine getirilmesi gereken edimdir.

Ayrıca müteahhitin def'i ileri sürebileceği durumlarda bu durum, işe başlamamak olarak anlaşılmamalı; malikler edimlerini ifa edememeleri halinde şahsi veya ayni teminat gösterilinceye kadar müteahhitin edimini ifadan kaçınması yine işe başlamamak sayılmamaktadır⁶⁶⁹.

Eğer malikler oybirliği ile değil de en az 2/3 pay çoğunluğu ile anlaşıp da muhalif oy sahiplerinin payları diğer malik veya üçüncü kişilere satılmışsa, tapuda yeni maliklere yapılacak devir işleminin tescili ile süre başlar. Bu noktada asıl sorulması gereken soru, şartların varlığı halinde fesih hakkını kimin kullanacağıdır. Yönetmelik m. 2, uygulama kararında olduğu gibi herhangi bir şekil şartı olmadan en az 2/3 çoğunlukla karar alınabileceğini söylemektedir. Bu çoğunluk, uygulama kararına kıyasen pay çoğunluğu kabul edilmelidir. Ayrıca maliklerden bu yönde alınacak beyan dilekçesi, imzalı karar tutanağı veya en az 2/3 çoğunluğun bir başka müteahhit ile yaptıkları anlaşma, karara ilişkin yeterli görülmüştür. Başka bir prosedür aranmamıştır.

Bundan sonra malikler, fesih için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü veya yetkili belediyeye başvuracaklardır. Özellikle bu nokta bizlere kamucu anlayışın ilginç bir örneğini sunmakta hatta adeta sözleşme hukukunda Sosyalist Hukuk adacığı oluşturmaktadır. Her ne kadar ARAADHK'un ruhuna uygun

⁶⁶⁸ Yargıtay'ın, borçlar hukukunun tabiatına aykırı olarak, TBK m. 473/1'e göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, şartları sağlanması durumunda yenilik doğuran hak olarak değil yenilik doğuran dava yoluyla kullanılması gerektiği yönünde içtihadı için Yargıtay 15. HD 14.04.2008, 2007/1276 K. 2008/2431 E. (www.lexpera.com.tr).

⁶⁶⁹ Seçer, 2021, s.950.

olsa da genel olarak sözleşme hukukumuzun tabiatına aykırılık oluşturacak bu fesih prosedürü, bu başvurudan sonra başlamaktadır. Yukarıda bahsedildiği üzere sahibi tarafından tek taraflı olarak doğrudan karşı tarafa beyanla kullanılması gereken bu tür bir yenilik doğuran hak, bir idari makam aracılığıyla kullanılacaktır. Borçlar Hukuku'ndaki nisbilik ilkesine istisna olarak, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü veya yetkili belediye, maliklerin başvurusunu komisyon aracılığı ile inceler ve ilgili müteahhitten 15 gün içinde savunma ister. Ayrıca süre sonunda müdürlük, fesih şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini bizzat denetleyerek ilgili kurum ve kuruluşlardan bilgi ve belge talep edebilmektedir. Fesih şartlarının varlığına kanaat getirirse müteahhite inşaatı başlaması veya devam etmesi için 30 gün süre verilmekte ve sürenin sonunda müdürlük yeniden denetim yapmaktadır. İlgili müdürlük veya belediye yaptığı denetim sonunda takdir hakkına bağlı olarak uygun ekipmanla inşaatı başlanmadığına kanaat getirirse, sözleşmenin feshine karar vermektedir.

Yönetmelikte dikkat çeken husus "ilgililerin muvafakati aranmaksızın" ifadesidir. Buna göre borçlar hukukunda sözleşmenin sona erme şekillerine, idari kararlar fesih yöntemi de girmiş olmaktadır. Sözleşmeyi re'sen fesheden idare, sözleşmenin taraflarına sadece inşaatı hiç başlanmamışsa sözleşmenin sona erdiği, belli bir seviyeye gelmişse ileri dönük feshedilmiş olduğunu bildirmekle yükümlüdür. Bununla ilgili TBK genel hükümleri uygulanıp, müteahhitin daha önceki sakinlere yapmış olduğu kira yardımları ise iade kapsamı dışında tutulmuştur. Sonrasında taşınmazla ilgili tapuya yapılan şerhlerin tapudan silinmesi için malikler, müdürlük veya ilgili belediye tapuda talepte bulunabilirler.

Sözleşmesel haklara bu denli yoğun bir kamusal müdahale, başta nisbilik olmak üzere borçlar hukukuna hakim olan temel ilkelere zarar vermektedir. Elbette gerektiği takdirde sözleşmesel haklara da kamusal müdahale olması mümkündür. Buna karşılık kentsel dönüşüm alanında da, diğer kamusal müdahale alanlarında

olduğu gibi⁶⁷⁰ yönetmelik yerine kanunla sözleşmesel haklara sınırlama getirilmesi Anayasa'nın sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddesine de uygun olacaktır.

İnşaat sözleşmesi türleri ve güçlendirme sözleşmesi dahil müteahhitlik sözleşmeleri, riskli taşınmazın birden çok malikinin olduğu birlikte mülkiyet tiplerinde malikler ve kat mülkiyeti rejimine geçmiş riskli yapılarda kat maliklerinin en az 2/3 çoğunluğu ile kabul edilerek imzalanmaktadır. Yani sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmenin şartları ve hükümleri, bu karar oranı ile alınacak karar üzerine belirlenmektedir. Kısacası Borçlar Hukuku anlamında bu prosedürde iki adet çok taraflı hukuki işlem vardır. Bunlar sırasıyla karar ve sözleşmedir.

Alınan bu karar sonrası yapılacak sözleşmenin malikler açısından bağlayıcılığının nasıl ve ne kadar olacağı sorusu, karar alan bu topluluğun aldıkları bu kararın uygulanabilirliği açısından tüzel kişiliğe sahip olmasının eksikliği görülmektedir. Klasik kat mülkiyeti işlemlerinden daha radikal ve daha komplike alınan bu kararların kanunun ruhuna uygun olarak kolay ve hızlı uygulanabilirliği için, kendisini oluşturan kişilerden bağımsız hukuki işlem yapabilecek, temsil yetkisine sahip yetkili bir kurula ihtiyaç vardır. Bu konuyla ilgili tüm maliklerden elbette ki alınabilecek temsil yetkisi ile bazı işlemlerin yapılması mümkünse de, karşılaşılabilecek her durum için ayrı temsil yetkisi yerine genel yetkili bir organın bunu yapması ve yapmış olduğu bu işlemlerdeki özen yükümlülüğünün bu organda daha hassas olması sebebiyle bir tüzel kişilik yönetim kurulunun, üçüncü kişi müteahhitlerle tüzel kişiliği temsile muhatap olması ve hukuki ilişki kurmasındaki kolaylık, sürecin bünyesine ve kanunun ruhuna daha uygundur.

Bu topluluğun tüzel kişiliğinin olmayışının ortaya çıkarabileceği bir başka sorun ise karar süreci öncesi maliklerin biri veya birkaçının piyasa şartlarında sahip olduklarını düşündükleri uygun bir fırsatı kaçırmamak adına bir müteahhit ile anlaşmaları ve sözleşme yapmaları, buna karşılık oyçokluğuyla sözleşmenin karşı tarafı olarak başka bir müteahhit ile sözleşme yapılması kararının çıkmasıdır.

⁶⁷⁰ Özellikle iş hukuku alanında sözleşme serbestisi ilkesine kamusal müdahaleyi öngören, sözleşme yapma zorunluluğu olan durumlar ya da covid-19 salgını sırasında alınan tedbirler kapsamında iş sözleşmesi fesih yasaklarının 4857 sayılı iş kanunu'nda düzenlenmesi gibi..

Bu şekilde önceki sözleşmeyi imzalayan malikler, taşınmaz maliklerinin en az 2/3 çoğunlukla aldığı karara uymadıkları takdirde sahip oldukları pay ya da bağımsız bölümün elden çıkması riski ile karşı karşıya kalacaklardır. Alınacak karar doğrultusunda, sonraki sözleşmeye imza atmaları durumunda önceki sözleşmenin karşı tarafı olan müteahhit zarara uğrayacaktır. Eğer tüzel kişilik bulunsaydı bu tarz sözleşmeleri yapmaya tek yetkili, tüzel kişiliği temsile yetkili icra organı olacaktı. Fakat şu andaki durumda her malik farklı bir müteahhitte inşaat sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

Bir görüşe göre saikte yanılma (TBK m. 32) nedeniyle iptal edilebilirlik kurumu işletilebilir. Bir diğer görüş borcun doğumu, gerçekleşmesi şüpheli olan, malikler kararına(geciktirici şart) bağlı olduğu için, maliklerin bu yönde karar almaları sonrası sözleşmeyi imzalayan maliklerin borçları muacceliyet kazanmamaktadır⁶⁷¹.

Son olarak maliklerin dürüstlüğü aykırı davranarak karardan önce böyle bir sözleşme imzalamaları sebebiyle, ilk sözleşmenin tarafı olan müteahhit, kusurlu ifa imkansızlığı sebebiyle zararının tazminini talep edebilecektir (TBK m. 112)⁶⁷².

Kanaatimizce, böyle bir durumda kusursuz ifa imkansızlığı (TBK m. 136) durumu ortaya çıkacak, bu sebeple henüz uygulama da başlamamış olacağı için sözleşme baştan itibaren geçersiz olacak, ifa edilmiş edimler varsa iade edilecektir. Bu imkansızlık, hukuki bir imkansızlık olup sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı zararı olan taraf herhangi bir tazminat talep edemeyecektir. Hak sahibi her malik geçerli bir ortak karar olmadan böyle bir sözleşme yapabilecektir. Böyle bir durum elbette müteahhit açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği için riskli yapıya kanunlarla verilebilecek bir tüzel kişilik sorunun önüne geçmiş olacaktır.

Ayrıca muhalif oy sahipleri, sırf mülkiyet hakkından olmamak için yasal zorunluluk sebebiyle, geçerli olmayacak bir sözleşmeyi imzaladığını ispatlayabildiği takdirde müteahhitin olası tazminatını ödemekten kurtulabilecektir⁶⁷³.

⁶⁷¹ Çetiner, 2017, s.173.

⁶⁷² Kiraz, 2016, s.40.

⁶⁷³ Kiraz, 2016, s.40.

Bütün bunların yanında müteahhitler de, Uygulama Yönetmeliği'ne göre arsa payı karşılığı veya inşaat hasılat paylaşımı sözleşmelerinde, kendi payına düşen kısmı ilgili belediyenin izniyle satışa çıkarabilir. Belediye bu izni, inşaatın geldiği seviyeyi de dikkate alarak verir. İnşaatın tamamlandığı oranın ancak %10'unu geçmeyecek oranda payın satışına izin verilebilecektir. Bunun sebebi Uygulama Yönetmeliği m. 13/9/b bendi gereği müteahhitin yapı ruhsatı almasından önce ilgili belediyeye, uygulamanın yaklaşık maliyetinin %10'unu teminat yatırma zorunluluğudur ki bu, inşaatın tamamlanmasından önce satış yapılacak yeni malikler için bir güvence olabilecektir. Belediye ise yaptığı denetimin ardından bunu ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir⁶⁷⁴. Müteahhitin satışını yapabileceği arsa payı veya taşınmazda kat irtifakı kurulmuşsa bağımsız bölüme karşılık gelen payının, inşaatın tamamlanma oranı veya daha üst bir oran üzerinden hesaplanabilmesi için ancak maliklerinin oy birliği ile rıza vermesi gerekir.(Uygulama Yönetmeliği m. 13/10)

Sözleşmenin re'sen feshi kararı, idari yargıdaki bir dava sonucu iptal edilirse, bu durumda sözleşmenin aynı hükümlerle muteberliğinin devam ettiğini kabul etmek gerekir. Müteahhitin dava sebebiyle uğradığı zarar ve mahrum kaldığı kar da kesinti yöntemi⁶⁷⁵ ile tazmin edilmelidir.

3.4.3. Maliklerin Anlaşamaması Sonrası Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Tarafından Uygulama Yapılması

ARAADHK, istisnaen projelerin belirli şartlarla kamu eliyle yürütülmesine de cevaz vermiştir. Bu durumlar, afet öncesi ve afet sonrası olmak üzere iki farklı duruma özel olarak m. 6 ve m. 6/A'da düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi kanunun ruhuna uygun olarak olağan döneme ait olağanüstü yöntemleri ifade etmektedir. Kanuna

⁶⁷⁴ Ali Güvenç Kiraz, “Müteahhitlere Teminat Şartı 2 Eylül'de Başlıyor”, www.emlakgundemi.com.tr/sektorel/muteahhitlere-teminat-sarti-2-eylulde-basliyor-h6830.html , 10.06.2020.

⁶⁷⁵ Kesinti yöntemi, 818 sayılı BK m. 325 ve T.B.K. m. 408'e göre haksız fesihlerde müteahhitin uğramış olduğu zarardan; işi tamamlayamaması sebebiyle elde ettiği tasarruf ve onun yerine bir başka iş alarak oradan elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı kazancın mahsup edilmesiyle yapılan tazminat hesaplama yoludur. Yargıtay 15 HD, 16.01.2014, 2013/764 E., 2014/353 K. (www.lexpera.com.tr).

2019'da dahil olan m. 6/A yöntemi ise, olağanüstü döneme yönelik olağanüstü yetkileri düzenlemektedir.

ARAADHK kapsamında uygulamaların malikler eliyle yapılmasının esas olduğu pek çok kez belirtilmişti. Sonuç olarak yukarıdaki başlıklarda bahsedilen pek çok ihtimal hep maliklerin en az 2/3 çoğunlukla anlaşmaları sonrası ortaya çıkabilecek ihtimallerin hüküm ve sonuçlarıydı. Bunun yanında taşınmazın aynı anda birden çok malikinin olabileceği birlikte mülkiyet veya kat mülkiyeti durumlarında, maliklerin en az 2/3 çoğunlukla dönüşüm ve uygulama üzerinde anlaşamaması durumunda dönüşümün ne şekilde yapılacağı sorusu gündeme gelmektedir. İşte sistem içindeki bu tıkanıklık, tabiri yerindeyse kamu gücünün sert yumruğu ile açılmaktadır. Kamunun bu tıkanıklığı açabilmek için elindeki en önemli argüman ise, bir temel hak olan özel mülkiyete müdahalede elindeki yegâne argüman olan kamulaştırma. Bu andan itibaren kentsel dönüşüm hukuku, özel hukuktan çok kamusal bir karaktere bürünmektedir. Artık taşınmazlar kamunun malı, projeler kamunun projesi haline gelmektedir.

Sonuç olarak dönüşümün her halükarda yapılacağı düsturu, en az 2/3 ile karar alınamaması durumunda bütün maliklerin mülkiyet haklarına müdahale ile malikler kendi rızalarıyla dönüşümü gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Bu durumda üstün nitelikli özel ve üstün nitelikli kamu yararları gereği malik iradelerinin üzerine kamunun gölgesi gelmiştir.

ARAADHK m. 6'ya göre üzerindeki riskli yapı yıkılarak arsa haline gelmiş olan taşınmazın maliklerine tebligat yapılarak gerekli kararları almaları için 30 gün süre verilmektedir. Verilen süre içinde en az 2/3 çoğunlukla uygulama kararı alınmadığı takdirde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ veya ilgili belediye tarafından taşınmaz acele kamulaştırma yöntemi ile kamulaştırılarak dönüşüm projesi kapsamına alınmaktadır.

Acele kamulaştırmada, “değer takdiri” dışındaki bütün işlemler sonraya bırakılır. TMK hükümleri gereği kamulaştırma kararı ile birlikte mülkiyetin hukuken kamuya geçmesi durumu acele kamulaştırmada yoktur. Yani acele kamulaştırma

sonrası mülkiyet halen maliktedir. Mülkiyetin idareye geçmesi için idare veya malik tarafından “bedel tespiti ve tescil davası” açılması ve mahkeme hükmü gerekir. Acele kamulaştırmada, mülkiyet geçmeden sadece kamunun el atması söz konusudur⁶⁷⁶.

ARAADHK m. 6/A kapsamında kamu eliyle yürütülecek uygulama ise m. 6'dan farklı olarak daha olağanüstü bir yöntemdir. ARAADHK m. 6/A/1 uyarınca kamulaştırma yapılmadan riskli alanlar ile kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, su baskını, kaya düşmesi, yangın, patlama gibi sebeplerle ağır hasar gören veya ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlarda herhangi bir kamulaştırma işlemi yapılmaksızın, uygulamalar, maliklerin rızası olsun olmasın Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı eliyle yapılarak tamamlanmaktadır. Bu uygulamaların dönüşüm maliyeti ise dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanır. Dönüşümün kamu eliyle iki şekilde yapılması mümkündür. Bunlar, dönüşüm projesinin yerinde yapılması ile arazinin, dönüşüme elverişli olmadığı durumlarda farklı çözümlerin uygulanmasıdır.

3.4.3.1. Dönüşümün Yerinde Yapılması

Kentsel dönüşümle ilgili şehircilik ilkelerinin başında “yerinde dönüşüm ilkesi” gelmektedir. Her ne kadar dönüşümün, yapının bulunduğu yerde yapılmasının hukuken zorunluluğu bulunmasa da sosyolojik açısından yerinde dönüşüm dikkate alınması gereken bir konudur.

ARAADHK’a göre öncelikle maliklerce uygulama yapılması esası açısından en nihayetinde dönüşümün zaten yerinde yapıldığı söylenebilir. Fakat yerinde dönüşümün göz önünde bulundurulması gereken asıl durum, uygulamanın kamu eli ile yapıldığı durumlardır. Buna göre, taşınmazın yapılaşmaya uygun olmaması veya dönüşüm maliyetinin çok yüksek olması ihtimalleri dışında dönüşümün yerinde yapılması asıl olmalıdır. Bu ihtimallerin varlığı halinde asıl çöküntü alanının yerleşime kapatılarak dönüşümün bir başka yerde yapılması gündeme gelebilir. Böyle durumlarda da riskli alan denilen bu alanlar, ARAADHK ek m. 1 kapsamında

⁶⁷⁶ Karaman, 2015, s.71-72.

Cumhurbaşkanlığı kararıyla belirlenmelidir. Benzer şekilde dönüşümün taşınması gereken durumlarda, uygulamanın yapılacağı alanlar olan rezerv yapı alanları da Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından re'sen veya TOKİ veya ilgili belediyenin talebi ile belirlenecektir.

Kamulaştırma sonrası kamu eliyle yapılacak dönüşümlerde, dönüşümü gerçekleştiren idare ile anlaşma yolunu deneyen eski maliklere, idarenin takdirine bağlı olarak projeden hak verilmesi mümkündür. Eski sakinlerin bulundukları yerlerde yaşamlarını sürdürmeleri öncelikli olup, projeyi yürüten kurumların, onların dönüşüm alanını terk etmelerini engelleyecek tedbirleri alması gerekir. Burada önemli olan soylulaştırma yapılmadan, yani rant amacıyla eski sahiplerin başka yere taşınıp, merkezde değerli olan bu yerlerin daha üst gelir düzeyindekilere satılmamasıdır⁶⁷⁷. Bunu sağlamak için de kamunun elindeki en önemli argüman sosyal donatı alanlarının dönüşüm projesine eklenmesidir. Bu şekilde eski sakinlerin yaşam standardı yönündeki eksiklikler giderilebilecektir.

Elbette ki bu sosyal donatı alanları belli bir maliyeti gerektirmektedir. Bu maliyet, ARAADHK m. 6/4 gereği Cumhurbaşkanı kararıyla taşınmazın rayiç bedeli ve hak sahibi olabilecek eski sakinlerin ekonomik durumları göz önünde bulundurularak toplam proje maliyetine dahil edilmeyebilmektedir.

3.4.3.2. Taşınmazın Yapılaşmaya Elverişli Olmadığı Durumlarda Bakanlığın Başvuracağı Yöntemler

Riskli alanlar veya riskli yapıların bulunduğu alanlar, kimi durumlarda üzerindeki yapılar yıkılıp arsa haline geldikten sonra yeniden yapılaşmaya elverişli olmayabilir veya mümkün olsa da çok maliyetli olabilir. Bununla ilgili, ARAADHK m. 6/6 Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na çok geniş yetkiler vermiştir. Buna göre Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, riskli alanlar, rezerv yapı alanları ve riskli yapıların bulunduğu parsellerdeki uygulamalarda faydalanılmak üzere; özel kanunlar ile öngörülen alanlara ilişkin olanlar da dâhil, her tür ve ölçekteki

⁶⁷⁷ Bkz. s.5

planlama işlemlerine esas teşkil edecek standartları belirlemeye ve gerek görülmesi hâlinde bu standartları plan kararları ile tayin etmeye veya özel standartlar ihtiva eden planlar ve kentsel tasarım projeleri yapmaya, yaptırmaya ve onaylamaya yetkili kılınmıştır. Benzer bir hüküm Uygulama Yönetmeliği m. 18'de de bulunmaktadır.

ARAADHK'a göre riskli yapı veya riskli alanlardaki yapılarla ilgili maliklerce uygulama yapılması esas olup maliklerin en az 2/3 çoğunlukla anlaşılamaması durumunda kamulaştırma ile kamu eliyle dönüşümün yapılması mümkündür. Dönüşüm uygulamalarının maliklerce yapıldığı durumlarda dahi Uygulama Yönetmeliği m. 15/1, ilgili kamu kurumlarına, maliklere yardımcı olma yükümlülüğü yüklemiştir. Projeyi yürüten idare ise taşınmazın bulunduğu yerden farklı yerde dönüşümün yapılacağı durumlarda malikleri mağdur etmeme adına hukuken üç ayrı yöntemle başvurabilir. Bunlar, malike taşınmazın bedelini ödeme, rezerv yapı alanından yer tahsisi ve başka yerdeki projeden yer tahsisidir.

3.4.3.2.1. Malike Taşınmazın Bedelini Ödeme

İdare, eski taşınmazın yerinde dönüşümünün sağlanması için şartların bulunmaması durumunda, malikleri mağdur etmemek adına başvurabileceği yöntemlerden biri taşınmazın kamulaştırılarak rayiç bedelinin malike ödenmesidir. Bu bedel, kamulaştırma kanunu m. 11'e göre uzman kişi ya da kurumların görüşü alınarak kıymet takdir komisyonlarında belirlenerek ödenir. İlgili kurumun vereceği kamulaştırma kararı ile birlikte taşınmazın mülkiyeti idareye geçmekte, tapuya yapılacak tescil ise TMK uyarınca açıklayıcı tescil olacaktır. Belirlenen bu bedele maliklerin bedel tespiti ve tescil davası ile itiraz hakları vardır⁶⁷⁸. Temel haklardan olan ve A.İ.H.S ile de korunan özel mülkiyete; müdahale olması sebebiyle, mahkemenin vereceği kararın malikleri tatmin etmemesi durumunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ve devamında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne maliklerin başvuru hakları vardır.

⁶⁷⁸ Yılmaz, Muhammed Furkan, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s.9-10.

Bununla birlikte uzun süren kamulaştırma prosedürlerini kısaltarak, ARAADHK'nun ruhuna uygun olarak seri şekilde yapabilmek için kamunun elindeki bir diğer argüman acele kamulaştırmadır. Olağanüstü bir kamulaştırma şekli olan bu yöntemde kıymet takdiri dışındaki işlemler sonraya bırakılarak özel mülkiyete kamu adına el konulmakta ve uygulama zaman kaybetmeden başlayabilmektedir. Buna karşılık mülkiyet idari geçmemekte, yalnızca fiili bir el koyma durumu söz konusu olmaktadır. Mülkiyetin geçişi ise ancak yine bir bedel tespiti ve tescil davası ile olmakta, bu yola gerek idare, mülkiyeti devralabilmek için ve gerekse malikler rayiç olmadığını düşündükleri kıymet takdir komisyonunun belirlediği değeri güncellemek için başvurabilmektedir⁶⁷⁹.

Anayasa m. 46'ya göre kamulaştırma bedellerinin peşin ödenmesi gerekir. Fakat kamulaştırma kanunu m. 3/2'de sayılan istisnalardan olan “iskan projeleri amaçlı kamulaştırmalar”da bu bedenin en az 1/6'sı peşin olarak ödenmek kaydıyla taksitler halinde ödenebileceği düzenlenmiştir. ARAADHK m. 6/2, kentsel dönüşümlerde yapılacak kamulaştırmaların iskan projeleri amaçlı olduğunu öngörmüştür. Bu sebeple taşınmazın bedeli taksitler halinde ödenebilir. Fakat bu görevler yine anayasanın aynı maddesi gereği 5 yıldan uzun süreli olamaz.

Eğer kamulaştırma yapılacak taşınmazın maliki belli değilse gelecekte belli olacak hak sahibine ödenmek üzere kamulaştırma bedeli bir banka hesabında bloke edilir. Acele kamulaştırma sonunda ise, takdir komisyonunu belirleyen mahkemece ilgili tapu müdürlüğüne el koyma kararı bildirilerek taşınmazın devir, ferağ ve temlikini yasaklayan bir şerh düşülmesi istenir.

3.4.3.2.2. Rezerv Taşınmazda Yer Tahsisi

Bazen, riskli taşınmazın dönüşümünü fen ve sanat norm ve standartlarına göre yerinde yapılması mümkün olmaz. Böyle durumlarda yapılaşmaya elverişli ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı kararı ile belirlenen bir başka yerde

⁶⁷⁹ Öztürk, Hanife Ebru, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s.20-22.

dönüşümün yapılması için maliklere yer tahsis edilebilir veya kamu eliyle dönüşüm yapılabilir. ARAADHK'a göre rezerv yapı alanı, ARAADHK uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya ilgili belediyenin talebine bağlı olarak veya re'sen Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nca belirlenen alanlardır.

Kamusal dönüşüm projeleri için, projeyi yürüten TOKİ veya ilgili belediyenin talebi üzerine veya Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın re'sen alacağı kararla rezerv yapı alanı belirlenebilir. Bunun yanında taşınmaz malikleri de kendi taşınmazlarının rezerv yapı alanı olarak kullanılması ve uygulama sonrası ortaya çıkacak taşınmazda hak sahibi olabilmek için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ile anlaşma yoluna gidebilirler. Bu durumda dönüşüm uygulaması Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ veya ilgili belediye tarafından yapılacak; buna karşılık uygulamada malikler, söz konusu taşınmazın yüzölçümünün %25'inin Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın bağlı kuruluşu, TOKİ veya ilgili belediyeye devredilmesine onay vermelidirler⁶⁸⁰. Fakat bu konu ne kanun ne de Uygulama Yönetmeliği'nde bulunmadığı ve anlaşma yoluyla çözüleceği için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı maliklerin tamamının rızasını aramıştır. Buradaki yüzölçümü ifadesinden ise, paylı mülkiyetteki paya ortaklık değil, her tür ve ölçekte plan yapma yetkisine sahip Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın yapacağı ifraz işlemi ile ayrı parsel olarak mülkiyetin kamuya geçmesi anlaşılmalıdır. Elde edilecek bu taşınmaz da yine dönüşüm işleri için kullanılmak amacıyla dönüşüm projeleri özel hesabına gelir kaydedilmektedir.

Rezerv yapı alanlarının bir işlevi, yerinde dönüşüm imkanı olmayan riskli taşınmazların dönüşümünün yapılacağı yeni yerleşim yeri olmasıdır. Yani malikler dışındaki kişilere de rezerv yapı alanında yapılacak uygulama sonrası ortaya çıkacak taşınmazda hak verilmesi mümkündür. Bununla beraber dönüşüm hizmetleri için gelir elde etmek amacıyla da kamu tarafından kullanılabileceği Uygulama Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

⁶⁸⁰ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, "Rezerv Yapı Alanı-Rezerv Alan İçin Uygulama Süreci" <https://istanbul.csb.gov.tr/rezerv-yapi-alani-i-3121>, 25.08.2021.

3.4.3.2.3. Bir Başka Yerdeki Projeden Yer Tahsisi

“Rezerv taşınmazda yer tahsisi” başlığında anlatıldığı gibi, taşınmazın yeniden yapılaşmaya uygun olmadığı veya maliyetin çok yüksek olduğu yerlerde dönüşüm uygulaması yapmaktan kaçınılmaktadır. Bunun yerine maliklere bir başka yerde devam eden kamu projelerinden yer tahsis edilmekte, orada oturan sakinler ise proje sonunda ortaya çıkacak taşınmazlara nakil edilmektedirler.

3.5. ARSA PAYLAŞIMI İLE DEĞERLEME, YENİDEN DEĞERLEME VE ARSA PAYI DÜZELTİM DAVASI

3.5.1. Genel Olarak

Dönüşüm uygulaması aşamasının tamamlanmasının ve ortaya yeni, afet risklerine karşı fen ve sanat norm ve standartlarına uygun taşınmaz çıkmasından sonra asıl sorun son aşamada cereyan etmektedir. Bu sorun yeni taşınmazdaki paylaşımın ne şekilde yapılacağıdır. Yeni taşınmaz ortaya çıkana kadar belli bir disiplinle yapılan dönüşüm çalışmaları artık yerini, hangi malikin ne kadar pay alacağı ile ilgili menfaat çatışmalarına bırakacaktır.

Bu sorunu da aşarak dönüşümün son ve hukuksal açıdan en dikkat çeken aşamasını aşıp dönüşümü tamamlamak için takip edilmesi gereken birtakım yollar ve başvurulabilecek bazı hukuksal argümanlar vardır. Özellikle taşınmaz değerlendirme çalışmalarının önem kazandığı bu aşamada, ilgililer ayrıca dava yoluyla hak talebinde bulunabilmektedirler.

3.5.2. Değerleme Raporunun İşlevleri ve Değerleme Yapabilecek Kişi ve Kuruluşlar

Dönüşüme tabi olacak riskli taşınmazlar açısından, gerek uygulama öncesi ve gerekse uygulama sonrası yapılacak değerlendirme işlemi büyük önem taşımaktadır.

Kentsel dönüşümle ilgili mevzuatta bir tanımlama olmamakla beraber değerlendirme, belli bir ekonomik değerin belli bir zamandaki karşılığının para cinsinden belirlenmesidir⁶⁸¹.

Hem uygulama sonrası taşınmazın maliklere paylaşılması hem de maliklerin anlaşılamaması veya uygulama bütünlüğü gereği taşınmazın kamu projeleri kapsamına dahil edilmesi sebebiyle kamulaştırılması gereken taşınmazlar için olmak üzere ARAADHK kapsamında uygulama öncesi ve uygulama sonrası olmak üzere iki defa değerlendirme yapılacaktır.

Kamulaştırma veya acele kamulaştırma değerlemesi için ise, değerlendirme yapacak kişilerin sahip olması gereken özellikler, ARAADHK m. 16'da net bir şekilde ortaya konulmuştur. İptali için Anayasa Mahkemesi'nde görüşülen madde iptal edilmemiştir. 2016 tarihli 6754 sayılı bilirkişi yasasıyla söz konusu hüküm değiştirilerek, Kamulaştırma Kanunu m. 15'te kıymet takdiri için bilirkişi özelliklerini düzenleyen hükme atıf yapmakla yetinilmiştir.

Buna karşılık ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği ile uygulama sonrası taşınmazın paylaşılması için değerlendirme yapacak kişilerin sahip olması gereken nitelikler daha muğlak bir şekilde belirlenmiş, zaten yetkiyi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ ve ilgili belediyeye bırakan bu kanun, projeyi yürüten kurum bünyesinde en az 3 kişiden oluşacak bir komisyon veya bu kurumun dışarıdan hizmet almasıyla değerlemenin yapılmasını düzenlemiştir. Bu konunun belirlendiği Uygulama Yönetmeliği m. 12/2'nin devamı fıkrasında ise, kurumun değerlemeyi kendisi yapması durumunda bile, konusunda uzman kişi, kurum ve taşınmazın bulunduğu yerdeki emlak ofisine danışılması gereği öngörülmüştür. Burada belirtilen uzman kişi ve kurumların kim oldukları idarenin takdirine bırakılmış gibi görünse de bu kimseleri, kamulaştırma kanunu m. 15'deki S.P.K. lisanslı değerlendirme uzmanları olduğu şeklinde değerlendirmek yerinde olacaktır.

⁶⁸¹ Vergi Dosyası, (05.05.2017), "Değerleme nedir? Değerleme Ölçüleri Nelerdir?", <https://vergidosyasi.com/2017/05/05/degerleme-nedir-degerleme-olculeri-nelerdir/>, 25.08.2021.

Arsa paylaşırma amaçlı değerleme yapacak kişilerden farklı olarak, kamulaştırmalarda değerlemeyi yapacak kişiler kamulaştırma kanunu m. 15'de, dışarıdan hizmet alma alternatifi olmadan, buna karşılık kurumda en az 3 kişi ile kurulacak kurulun en az 1 üyesinin “taşınmaz geliştirme” konusunda yüksek lisans veya doktora yapan veya Sermaye Piyasası Kanunu'na göre temel eğitim alarak fiilen en az 5 yıl o alanda görev yapan değerleme uzmanlarından seçilmesi gerekir. Uygulama Yönetmeliği'ndekinin aksine kurul, mahkeme tarafından belirlenmektedir. Ayrıca değerlemesi yapılacak taşınmazın niteliğine göre, değerleme yapacak kişinin uzmanlık alanı farklılık gösterir. Kurulu belirlerken ilgili mahkeme bunu göz önünde bulundurmalıdır.

ARAADHK kapsamında yapılan dönüşüm sürecinde, kamulaştırma ve uygulama sonrası taşınmazın paylaşırılması dışında değerleme raporu gerektiren bir üçüncü durum, maliklerce dönüşümle ilgili alınacak en az 2/3 çoğunluk kararına katılmayan muhalif oy sahibi maliklerin pay veya bağımsız bölümlerinin satıřıdır⁶⁸². Karara katılan muhalif oy sahiplerinin pay veya bağımsız bölümlerinin maliklerce satışı için Çevre, şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü'ne veya ilgili belediyeye yapılacak başvuruda aranan belgelerde, satışı yapılacak pay veya bağımsız bölümün değerleme raporu da bulunmalıdır.

Bu değerleme, malikler tarafından SPK lisanslı değerleme kuruluşlarına yaptırılmalıdır. Bunun diğer iki durumdan farkı, Uygulama Yönetmeliği m. 15/A'da değerleme uzmanı raporu hazırlama da yeterli görülmemiş, bunun bir değerleme kuruluşu olması gerekliliğine işaret edilmiştir. Buna karşılık taşınmazın rayiç değeri için son kararı yine Çevre, şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü veya ilgili belediyede kurulan bedel tespit komisyonu verir.

3.5.3. Değerleme Sonrası Taşınmazın Paylaşımı ve Değerleme Farkları

Riskli yapının yıkımı sonrası yapılacak uygulama sonucunda ortaya çıkacak yeni taşınmazın malikler ve müteahhit arasında paylaşımı iki açıdan

⁶⁸² Bkz s.196

değerlendirilebilir. Bunlardan biri, maliklerin kendilerinin bir müteahhit ile anlaşarak yaptıracakları uygulama sonunda taşınmazın paylaştırılması, diğeri kamu eliyle yapılan projeler sonunda ortaya çıkacak taşınmazın paylaşımıdır. Maliklerin kendilerinin müteahhitle anlaşmaları sonucu yapılan uygulama sonrası ortaya çıkan taşınmaz, yapılacak bu anlaşmaya göre malikler ve müteahhit arasında paylaşılır. Sözleşmeye uygun olarak hak sahipleri adına tapuda tescil edilir.

Buna karşılık kamu eli ile yapılan projelerle ortaya çıkan yeni taşınmazlar, Uygulama Yönetmeliği m. 13'e göre malikler, müteahhit ve üçüncü kişilere paylaştırılabilir. Buradaki üçüncü kişilerden kasıt, maliklere payları teslim edildikten sonra öncelikli olarak malik olmaksızın taşınmazı kullananlar ve daha sonra bu hak sahiplerinden artan taşınmazları herhangi bir üçüncü kişinin ücreti karşılığı satın alabilmesidir.

Uygulama Yönetmeliği m. 13'e göre yıkım öncesi taşınmazın değerlemesi yapılmaktadır. Buna, taşınmazın “önceki vasfı ile değerlendirme” denir. Uygulama sonrası yeni yapı için bir değerlendirme daha yapılarak hak sahibinin hak ettiği payı veya bağımsız bölümün değerinden, önceki vasfı ile yapılan değerlendirme sonucu sahip olduğu değer düşülerek artan miktar hak sahibi tarafından kuruma ödenir. Bunun karşılığında, hak ettiği pay veya bağımsız bölüm kendisine teslim edilir. Ters bir durum olur da hak sahibinin alacağı olursa, kurum tarafından nakden veya kuruma ait bir başka taşınmazdan yer verilerek veya imar hakkı transferi şeklinde telafi edilebilir. Belediye kanunu göre yapılan kentsel dönüşümde ise dağıtım re'sen ilgili belediye tarafından yapılmaktadır. Bu paylaşırma, idari işlemle yapıldığı için hak sahiplerinin idare mahkemelerine itiraz hakları vardır.

3.5.4. Arsa Payının Düzeltilmesi Davası

Bu zamana kadar yapılan uygulamalar şunu göstermiştir ki kentsel dönüşüm uygulamalarında en çok çıkan ihtilafların başında arsa payı ihtilafları gelmektedir.

Çünkü bu paylaşırma genellikle müteahhite bırakılmaktadır⁶⁸³. Bu ihtilafların ne olduğunun çözümlenmesinde ise öncelikle arsa payının ne anlam ifade ettiğinin tam olarak belirlenmesi gerekir. Temelini, TMK'nın paylı mülkiyeti düzenlediği m. 688'den alan bu rejim, birden çok kişinin aynı anda bir eşyaya, pay oranları eşya üzerine yansımış şekilde malik olmasını ifade eder⁶⁸⁴. ARAADHK, bu temel kavrama ilişkin bir tanımlamaya yer vermemiştir.

KMK ise taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet ile arsa payının özellikle kat mülkiyeti rejimine geçen taşınmazlarda ne ifade ettiğini, tarifler başlıklı m. 2'de yapmıştır. Buna göre, arsanın bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet payları arsa payı olarak tanımlanmıştır. Yani paylı mülkiyet temelli bu mülkiyet türünde arsa üzerine yapılan ve kat mülkiyeti rejimine geçen betonarme yapının her bağımsız bölümü, belli bir arsa payına özgülenmektedir. Bu şekilde her bağımsız bölüm için tapuda, kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sayfa açılır ve hukukumuzda bu bağımsız bölümler ayrı bir taşınmaz kabul edilir⁶⁸⁵. Paylı mülkiyetten farklı olarak arsa değil fakat üzerinde bulunan yapı, maddi olarak bölünmüş ve ortak alanlar dışında malikine, o bağımsız bölüm üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkileri tanınmıştır. Böylece bağımsız bölümler üzerlerinde malikler tarafından üçüncü kişiler lehine sınırlı ayni hak kurulabilir, kira gibi fiili kullanmaya ilişkin şahsi hak tanınabilir⁶⁸⁶.

KMK m. 3 ise bu özgüleme işleminin nasıl yapılacağı yani kat mülkiyeti rejiminin nasıl kurulacağını tarif etmiştir. Aslında bu madde mülkiyet tipinin kurulmasının yanında değerlemeye de yer veren bir düzenlemedir. Söz konusu maddede birebir değerlendirme terimi kullanılmış olmasa da özgüleme işleminin, taşınmazın yapılacak değerlemesi esas alınarak yapılması gerektiği söylenmiştir.

ARAADHK ve Uygulama Yönetmeliği'nde ise değerlemenin nasıl yapılacağından ziyade bu değerlemeyi yapacak kurulun kimlerden oluşması gerektiği belirtilmiştir. KMK m. 3 bu kanundan biraz daha ayrıntılı düzenleme yaparak,

⁶⁸³ Özsunay, Ergun, 6306 Sayılı Kanun ve Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler, İstanbul, Vedat Kitabevi, (2015), s.30.

⁶⁸⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2018, s. 389, 417-418; Esener/Güven, 2019, s. 205, 329.

⁶⁸⁵ Germeç, 2020, s. 139-140.

⁶⁸⁶ Sirmen, 2019, s.462-463.

yapılacak değerlemede iki kriterin esas olması gerektiğine işaret etmiştir. Bunlar bağımsız bölümlerin konumları ve büyüklükleridir⁶⁸⁷. Yani kat mülkiyeti rejimi kurulurken bağımsız bölümlerin konum ve büyüklükleri dikkate alınarak o bağımsız bölüme arsa payı hesaplaması yapıp özgülmesi gerekmektedir⁶⁸⁸. Dolayısıyla ARAADHK kapsamındaki dönüşümlerde taşınmaz değerlemesinin nasıl yapılacağı ile ilgili boşluğu, KMK'nın ilgili hükümleri doldurmaktadır.

Kısacası arsa payları, bağımsız bölümlere dağıtılırken göz önünde bulundurulacak kriter yalnızca bağımsız bölümün yüzölçümü gibi objektif bir kriter değil aynı zamanda KMK'da işaret edilen taşınmazların konumu gibi nisbi kriterlerdir. Buradaki konum kavramını geniş anlamda anlamak gerekir. Yani konum kavramı, o bağımsız bölümün katı, cephesi, manzarası gibi bağımsız bölümün değerine etkili olan bütün kriterlerdir⁶⁸⁹. Ekonomik dille, emlak piyasasında bağımsız bölümün değerine etki eden her şeydir. Bağımsız bölümlere yapılacak arsa payı dağılımı; taşınmazın önceki vasfı ile yapılacak değerlemesi temelinde, uygulama sonrası ortaya çıkacak taşınmazın emlak piyasasındaki reel, rayiç değeri ile yapılmalıdır⁶⁹⁰.

Arsa payının düzeltilmesi davaları, taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemelerinde açılabilir, davacı ve davalı ise kat malikleri veya yasal mirasçılardır⁶⁹¹. Bir görüşe göre herhangi bir zamanaşımına tabi değildir⁶⁹². Bu talebin zamanaşımına tabi olmadığı kabul edilirse, malikler arasında her zaman arsa payı düzeltim davaları söz konusu olabilecektir. Buna karşılık Yargıtay, söz konusu hakkı eser sözleşmesinden doğan hak olarak değerlendirerek TBK m. 147 gereği 5 yıllık zamanaşımına tabi olması gerektiğine karar vermiştir. Bu zamanaşımı ise düzeltim talebi ileri süren malike, yeni taşınmazı teslim borcunun muaccel olmasıyla başlar. Bu davalar, taşınmazın arsa payı dağıtıldığı andaki rayiç değerleri ile ilgili fark

⁶⁸⁷ Yargıtay 5. HD, 2021/10517 E., 2021/14052 K.

⁶⁸⁸ Germeç, 2020, s. 141-142.

⁶⁸⁹ Alpöğünç, Erkan, "Arsa Payı Kavramı, Önemi, Hesaplanması Düzeltme Davası" Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi, S.89, (2010), s. 503.

⁶⁹⁰ Kiraz, 2016, s.120.

⁶⁹¹ Alpöğünç, 2010, s. 499-502.

⁶⁹² Kiraz, 2016, s.120.

sebebiyle açılmaktadır⁶⁹³. Arsa payı dağılımı yapıldıktan sonra ise, ortaya çıkabilecek, manzaranın sonradan kapanması gibi farklı parametreler sebepli düzeltim talepleri hukuken korunmayacaktır.

Arsa payı düzeltim davalarında, mahkeme bilirkişi incelemesi sonunda hazırlanacak raporlar ve emsal taşınmazlarla kıyas doğrultusunda davayı sonuçlandıracaktır⁶⁹⁴. Bu raporlar verilinceye kadar geçici tedbir kararı verilebilir⁶⁹⁵. Bu davada HMK m. 389 gereği mahkemeden geçici tedbir talep edilebilecektir. Mahkemenin bu yönde karar verebilmesi için, tedbir getirilmediği takdirde hakkın kullanılması önemli ölçüde zorlaşacak veya imkansızlaşacak olmalıdır⁶⁹⁶.

3.5.5. Uygulama Bütünlüğü Gerektiren Hallerde Yapılacak Uygulamalar

ARAADHK ve Uygulama Yönetmeliği hem maliklere hem de devlete, şartların varlığı halinde uygulamaya tabi tutulacak taşınmazların, tapudaki mevcut parsel yapısında değişikliği talep yetkisi vermektedir. Bu da kanunun ilk halinde, m. 3/7 ile hukuk sistemimize sokulan, "uygulama bütünlüğü" kavramına bağlanmıştır. Bu kadar muğlak bir kavramın, rızasıyla bu tarz tasarruflarda bulunan malikler bir yana, kamu eliyle yapılan projelerde Ç.Ş.B., TOKİ veya ilgili belediyelere lisanslı kuruluşlarca riskli olduğu tespit edilmiş olmayan yapıları da 6306 kanun kapsamına dahil etme yetkisi verdiği anlaşılmaktadır. Ne var ki Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi, anayasa m. 13'teki ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir⁶⁹⁷. Sonrasında, 2016 yılında aynı hüküm, taşınmazın değeri belirlenirken riskli olmadığının göz önünde bulundurulacak olmasına dair bir ifade eklenerek yeniden yürürlüğe sokulsa da; Anayasa Mahkemesi bir kez daha bu hükmü anayasaya ve ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir⁶⁹⁸.

⁶⁹³ Özmen, Saba, "6306 Sayılı Yasa Uygulamalarında Arsa Payının Düzeltilmesi Davasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar" İstanbul Barosu Dergisi, 87(5), (2013), s.735-737; Yargıtay 3.HD. (03.07.2012), 2012/12160 E., 2012/16687 K. (www.lexpera.com.tr).

⁶⁹⁴ Germeç, 2020, s. 83-84.

⁶⁹⁵ Erişir, Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, On iki levha, (2013), s.192.

⁶⁹⁶ Özsunay, 2017, s.500.

⁶⁹⁷ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41.

⁶⁹⁸ Anayasa Mah. (27.02.2014), E.2012/87, K. 2014/41.

3.5.5.1. Riskli Alanlardaki Sağlam Yapılar

Uygulama bütünlüğü gerekçesiyle riskli olmayan yapıların da dönüşüm kapsamına dahil edilmesine imkan veren bu yetki, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek kanundan çıkarılmış olsa da Uygulama Yönetmeliği'nin riskli alanların tespiti ile ilgili m. 5'te, riskli alanın tespiti ile yetkili olan Cumhurbaşkanı'na verilerek uygulanmaya devam edilmiştir. Buna göre uygulama bütünlüğü gerekçesiyle Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından, belirlenen alanlar riskli alan ilan edilmek üzere Cumhurbaşkanı'na teklif edilmekte, Cumhurbaşkanı ise riskli olsun olmasın bu taşınmazları ARAADHK kapsamına dahil ederek dönüşüme tabi tutulmasına karar verebilmektedir.

Peki uygulama bütünlüğü gibi muğlak kavramın sınırları nedir? Bununla ilgili mevzuatımızda bir tanımlama olmasa da, kavramın objektif sınırlarını imar hukukuna hakim olan ilkelerden "bütüncül planlama ilkesi" ile belirlemek mümkündür. Buna göre bir yerdeki yapılaşma, şehrin kalan kısmındaki planlamaları uygun olmalıdır. Ayrıca dönüşümü yapılan alanın uygulaması, dönüşümün yapıldığı alan içinde de planlı ve uyumlu olmalıdır. Oradaki altyapı, sosyal donatı alanları, iş yerleri, ibadethaneler, okul ve sağlık merkezleri belli bir planla ve ayrıca imar planlarına uygun inşa edilmelidir.

Bu şekilde uygulama alanının hem iç hem de dış uyumundan bahsedilebilir ki, iç uyum zaten ARAADHK'daki yapılaşmanın fen ve sanat norm standartlarına uygun olma zorunluluğu gereğidir. Son olarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı dışında taşınmaz malikleri kendileri de taşınmazlarının riskli alan tespitini Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı veya ilgili belediyeden talep edebilirler.

3.5.5.2. Aynı Parselde Birden Çok Yapı Olması Durumu

Yukarıda da bahsedildiği üzere riskli olmayan yapıların ARAADHK kapsamında dönüşüme tabi tutulabilmesi için Cumhurbaşkanı kararıyla riskli alan

kapsamına dahil edilmesi gerekir. Buna karşılık asıl olan, Uygulama Yönetmeliği m. 15/8'e göre eğer imkan varsa riskli yapıların riskli olmayan yapıların bulunduğu parsellerden ayrılmasıdır.

Eğer bir parselde birden çok yapı var ve hepsinin riskli olduğu tespit edilmişse Uygulama Yönetmeliği m. 15/7'e göre her bir yapının uygulaması için ayrı ayrı o yapının kat malikleri değil, bütün yapılar için toplu olarak arsa maliklerinin tamamının en az 2/3 pay çoğunluğu ile karar alınmakta ve uygulanmaktadır. Bu durum yine kanunun ruhuna uygun olarak süreci hızlandırmaya yönelik kanun koyucunun amacını yansıtmaktadır.

Bir parselde birden çok yapı var ve sadece bir kısmı riskli ise ve ifrazı mümkün değilse, yapılacak inşaatta kurulacak kat irtifakı için sadece riskli yapı maliklerinin KMK m. 45 gereği tamamının onayı yeterli görülmüş, aynı parseldeki riskli olmayan yapı malikleri Uygulama Yönetmeliği m. 15'e göre bu oylamaya dahil edilmemiştir.

3.5.5.3. Riskli Taşınmazların Tevhit ve İfrazı ile Yapılaşmamış Komşu Taşınmazların Durumu

ARAADHK m. 6'ya göre maliklerin; dönüşüm sırasında en az 2/3 çoğunlukla alınacak kararla; üzerinde riskli yapılar bulunan birden çok parseli birleştirerek tek bir uygulama yapılmasına imkan veren tevhit veya riskli yapının bulunduğu parselin ayrılarak iki farklı uygulamaya imkan veren ifraz işlemlerini yapmaları mümkündür. Aynı yetki, yine aynı madde ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ veya ilgili belediyeye de verilmiştir. Bu kurumlar, bu işlemleri yaparken maliklerin veya diğer ilgililerin rızalarını almaya ihtiyaç duymamaktadır.

Yukarıda bahsedildiği üzere; üzerinde riskli yapılar bulunan komşu parsellerin, gerek malikler gerekse üzerinde dönüşüm projesi yürütecek kamu kurumu, tevhid yoluyla birleştirilmelerini sağlayarak tek bir uygulamaya tabi tutabilmektedirler. Uygulama Yönetmeliği ile ayrıntılandırılan bu enstrümanı, tevhid edilecek parsel maliklerinin 2/3 çoğunluğu ile karar vererek kullanabilmelerinin yegâne şartı ise tevhid edilecek parseldeki bütün taşınmazların riskli olarak tespit edilmesidir.

Bunun yanında kimi riskli alan veya riskli yapıların bulunduğu alanların bitişiğinde henüz yapılaşmamış komşu parseller bulunmaktadır. Tevhidi planlanan boş parselde riskli yapı olmadığı ve riskli alan ilan edilmiş olmadığı için maliklerinin mülkiyet haklarını, ARAADHK'un olağanüstü önlemleri ile kısıtlamak anayasanın ölçülülük ilkesine⁶⁹⁹ aykırı olacaktır. Bu sebeple tevhid işleminin talep edilebilmesi için, riskli yapıların bulunduğu arsa maliklerinin en az 2/3 çoğunluğu yeterken, tevhidi planlanan boş parsel maliklerinin paylı mülkiyet hükümleri gereği oy birliği ile karar almaları Uygulama Yönetmeliği m. 15'e göre şarttır. Bu oranları oluşturulduğu takdirde söz konusu parseller tevhid edilerek birlikte dönüşüm uygulamaları yapılabilir.

3.6. UYGULAMA SONRASI TAŞINMAZLARDAKİ ŞAHSİ VE SINIRLI AYNİ HAK SAHİPLERİNİN DURUMU

3.6.1. Genel Olarak

ARAADHK m. 6/1 gereği, dönüşüme tabi tutulacak riskli yapılar üzerinde maliklerin mülkiyet hakkı dışında, üçüncü kişilerin haklarının bulunabilmesi de mümkündür. Üçüncü kişilerin hakları nisbi hak veya mutlak hak olabilir. Riskli yapı yıkılarak, yapılacak uygulama sonrası ortaya çıkacak yapıda, ARAADHK m. 6/1 uyarınca hem mutlak ve hem de nisbi hakların devam edeceği hükme bağlanmıştır. Kanun ifadesinde ise; mutlak haklar için, ayni hakların mülkiyet dışındaki "sınırlı ayni haklar", nisbi haklar için ise "şahsi hak" ibaresi kullanılmıştır.

ARAADHK açısından, devam etmesi gereken şahsi ve sınırlı ayni haklar iki açıdan ele alınabilir. Bunlardan biri dönüşüm ve uygulama kararına katılan maliklerin payı üzerinde devam edecek olan şahsi ve sınırlı ayni haklar, diğeri ise karara katılmayan muhalif oy sahiplerinin pay ve bağımsız bölümleri üzerinde bulunan şahsi ve sınırlı ayni hakların ne olacağı sorunudur.

⁶⁹⁹ Terzioğlu, Süleyman, Sırrı Anayasa Hukuku, Ankara, Orion kitabevi, (2009), s.63-64.

3.6.2. Uygulama Sonrası Şahsi ve Sınırlı Ayni Hakların Devam Edip Etmeyeceği Sorununun KMK ve ARAADHK Kapsamında Değerlendirilmesi

Her şeyden önce bir taşınmaz üzerinde şahsi veya sınırlı ayni hakkın devam edip etmeyeceği sorunu taşınmazın fiilen veya hukuken taşınmaz olmaktan çıkması ya da hukuki niteliğinin değişmesi durumunda ortaya çıkabilir. Bu durumda üzerinde şahsi veya sınırlı ayni hak olan bir taşınmazın, taşınmaz olma vasfının nasıl ortadan kalkacağı belirlenmelidir. Bu konu, KMK m. 46 ve 47'de iki farklı durum için ayrı değerlendirilmiştir.

Türk hukuk sisteminde araziler, bağımsız ve sürekli hakların ve KMK kapsamındaki bağımsız bölümler taşınmaz olarak kabul edilirler. Bu bilgi ışığında kat mülkiyeti rejimine tabi taşınmazlar, KMK m. 46'ya göre ancak bütün kat maliklerinin onayıyla hükmen paylı mülkiyet rejimine dönebilir. Bu şekilde bağımsız bölümlerin hukuken ayrı taşınmaz olma vasıfları da ortadan kalkmış olur ve arazi adi mülkiyete dönerken⁷⁰⁰, üzerindeki yapıda onun bütünleyici parçası haline gelir. Buna karşılık KMK m. 47'e göre ise yapı veya yapının bir kısmı fiilen yıkıldıktan sonra⁷⁰¹ yapıdan geriye kalan arazinin adi mülkiyete dönmesi söz konusu olur ki birden çok malikin olması durumunda o taşınmaz da paylı mülkiyet rejimine tabi olur.

KMK m. 46'a göre kat mülkiyeti rejiminin hukuken sona ermesi için maliklerin tamamının rızası gereklidir. Bu sebeple bu sona ermeye kat mülkiyetinin iradi olarak sona ermesi de denilebilir. Eğer bağımsız bölümlerden biri üzerinde bir sınırlı ayni hak veya tapu siciline şerh edilmiş etkisi güçlendirilmiş nisbi hak varsa; kat mülkiyeti rejiminin sona erebilmesi için yalnızca maliklerin tamamının rızası yeterli değil, bu sınırlı ayni hak veya etkisi güçlendirilmiş nisbi hak sahibinin de rızası gereklidir.⁷⁰² ARAADHK kapsamında dönüşüme tabi olacak riskli yapıların da yıkımdan önce kat mülkiyetinin sonlandırılması isteniyorsa KMK m. 46'a uygun hareket edilmelidir.

⁷⁰⁰ Özmen, Etem Saba, Mehmet Şengül, Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler, İstanbul, Onikilevha kitabevi, (2018), s.41.

⁷⁰¹ Bu durum, KMK'da “anayapının harap olması” olarak geçmektedir.

⁷⁰² Özmen/Şengül, 2018, s.42-43.

Buna karşılık bilvesile kat mülkiyeti rejimine tabi anayapının harap olması -ki bunda dönüşüm kapsamında riskli olduğu tespit edilen yapının yıkımı da var, bu durumda kat mülkiyeti rejiminin kendiliğinden sona ermiş olduğu kabul edilir. Fakat bunun tapu idaresine bildirilerek açıklayıcı terkin yapılması sorumluluğu KMK m. 48 gereği yöneticiye yüklenmiştir.

ARAADHK kapsamında riskli yapının yıkılması da KMK m. 47 ile paralellik gösterir. Fakat ARAADHK m. 6/1'e göre Tapu İdaresi tarafından re'sen terkin söz konusudur. Re'sen terkin talebi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yapılmaktadır.

Yapının dönüşüm kapsamında yıkılması sonrası ise bağımsız bölümler üzerinde bulunan sınırlı ayni haklar ile şahsi hakların ne olacağı KMK m. 47'de gösterilmemiştir. Buna karşılık imkansızlık sebebiyle şahsi hakların sona ereceği, hakkın niteliğine uygun olarak sınırlı ayni haklardan ise yalnızca intifa, rehin ve taşınmaz yükünün devam edebileceği kabul edilmelidir. ARAADHK m. 6 ise bu boşluğu kanun kapsamındaki dönüşme tabi taşınmazlar için doldurmuştur. Buna göre ayni ve şahsi haklarla temlik hakkını kısıtlayan şerhlerin, kat mülkiyetinin terkinin sonrası hisseler üzerinde devam etmekte olduğu kabul edilir. KMK m. 47 yorumunda olduğu gibi adi mülkiyette intifa, rehin ve taşınmaz yükü dışındaki bağımsız bölüm üzerindeki sınırlı ayni hakların kullanılabilmesi mümkün görünmemektedir. Yine de uygulama sonrası ortaya çıkan yeni taşınmazda, hakkın bulunduğu bağımsız bölüm malikine düşecek bağımsız bölüm üzerinde devam edeceği kabul edilmelidir⁷⁰³. Arsa payı üzerinde devam eden bu hakkın, kat mülkiyetine geçildikten sonra taşınmazdaki bağımsız bölümün sayfasına tescil edilmesi gerekir. Arazi üzerindeki üst hakkı ise hakkın doğası gereği yapının yıkılmasından sonra da devam eder ve yapıyı yeniden inşa etme hakkı üst hakkı sahibie aittir.

⁷⁰³ Özmen/Şengül, 2018, s.45.

3.6.2.1. Uygulama Sonrası Kira Sözleşmelerinin Hukuki Durumu

Diğer şahsi ve sınırlı ayni haklarda olduğu gibi, kira gibi bir şahsi hakkın da dönüşüm sürecindeki akıbeti merak konusudur. Fakat konut veya işyeri kiralari, malik açısından sürekli edimli bir sözleşme olması ve süreklilik ifade etmesi sebebiyle kira sözleşmelerinin dönüşüm sürecinin tamamı için değerlendirmek ve riskli yapının yıkımı dikkate alınarak kira sözleşmelerinin yıkım öncesi ve uygulama sonrası durumlarını iki esas bölüm halinde ayrı ayrı ele almak doğru olacaktır.

Kira sözleşmesinin sona ermesi ve sona ermesi sonrası kiracının riskli yapıdan tahliyesi konusunun, "Kira Sözleşmesinin Malik veya Kiraya Veren Tarafından Sonlandırılması" başlığında ayrıntıları ile üzerinde durulmuştu. Bu sebeple bu başlıkta bu konu üzerinde durulmayacaktır.

3.6.2.1.1. Kiracının Erken Tahliyesi Sonrası Öncelik (Rüçhan) Hakkı

Yıkım öncesi kira sözleşmesinin sona ermesi ve tahliye sürecinin yanında; kira sözleşmesi açısından dönüşüm sürecinin ikinci kısmı olan, uygulama sonrası son kiracının yeni yapıdaki konut veya iş yerinde herhangi bir hakkının olup olmadığı konusu incelemeye değerdir. Bu anlamda eldeki yegâne hüküm TBK m. 355'deki son kiracının sahip olduğu öncelik (rüçhan) hakkıdır.

Bu maddeye göre eğer yeniden imar ve inşa amacıyla erken tahliye söz konusu olmuşsa; bu durumda malikin, yapı yıkılmadan önce üç yıl süreyle eski kiracı dışında konut veya iş yerini üçüncü kişilere kiralaması yasaklanmıştır⁷⁰⁴. Kiracıyı koruyucu olarak kanun koyucu tarafından TBK'da düzenlenen bu hüküm yalnızca ARAADHK kapsamındaki riskli yapılar için değil, yıkılıp yeniden inşa amacıyla tahliye edilen bütün konut ve işyerleri için geçerlidir.

Maddenin devamında, uygulama sonrası ortaya çıkan yapıda, son kiracının öncelik hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Yani yeni yapıda malikin payına düşecek

⁷⁰⁴ Eren, 2019, s. 428; Aral/Ayrancı, 2019, s.424.

bağımsız bölüm veya işyerinin eğer isterse son kiracı yeni koşullara göre belirlenecek rayiç kira değeri üzerinden öncelikle kiralayabilecektir. Malikin buna uymayarak üçüncü kişilere kiraya vermesi durumunda eski kiracının tazminat hakkı bulunmaktadır. Erken tahliye sebebiyle uğradığı zararı tazmin ettirebilecektir.

Son kiracının öncelik (rüçhan) hakkı ile ilgili bir aylık hak düşürücü süresi mevcuttur. Bu süre ise bağımsız bölüm veya işyerinin yeni hali ile kullanıma hazır olduğunun kendisine bildirildiği tarihten itibaren başlar (TBK m. 355/2). Tabii ki taşınmazın kiraya hazır olduğunu bildirim yükümlülüğünün, süreci yöneten malike ait olduğu TBK m. 355/2'de düzenlenmiştir.

3.6.2.1.2. Şahsi ve Sınırlı Ayni Hak Sahiplerinin Tazminat Talebi ve Ek Tazminat Halleri

Normal şartlarda kira açısından bu hakka konu taşınmazın ortadan kalkmasıyla, edimin ifasının imkansızlaşması; sınırlı ayni hak açısından ise hakka konu taşınmazın harap olması sebebiyle, hakkın da sona ereceği kabul edilmelidir. Fakat ARAADHK m. 6, bu hakların uygulama sonrası yeni yapıda devam edeceğini düzenlemiştir. Taşınmaz üzerindeki kira gibi şahsi haklar açısından yapının yıkımı sonrası bu hakların, arsa haline gelen taşınmaz üzerinde kullanılabilmesinin imkansız hale gelmesi; yeni yapının kullanılabilir olacağı zamana kadar geçen sürede, malik açısından geçici ifa imkansızlığı sonucunu doğurmaktadır.

Malikin bu imkansızlıkta kusurunun bulunmadığı durumlarda, yapıyı kullanana karşı herhangi bir tazminat sorumluluğu bulunmazken⁷⁰⁵, malikin, hakkı doğuran sözleşme yapıldığı sırada yapının riskli olduğunu bilmesine rağmen bunu hak sahibi kişiden saklaması gibi kusurlu ifa imkansızlığı (TBK m. 112) durumlarında yapıyı kullananın uğradığı zarar sebebiyle tazminat sorumluluğu olabilecektir⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ Akıntürk, 2019, s.183; Nomer, 2020, s. 373-374; Oğuzman/Öz, C. I, 2019, s. 590-591.

⁷⁰⁶ Aral/Ayrancı, 2019, s.125; Nomer, 2020, s.369; Oğuzman/Öz, C. I, 2019, s.589.

Aslında burada yapıyı şahsi veya sınırlı ayni hakka dayalı olarak kullananın kesin değil, geçici tahliyesi söz konusu olmalıdır.

Şahsi haklar açısından ise durum hukuken daha sorunludur. Buna göre riskli yapıda veya onun bir bağımsız bölümünde, sükna hakkı veya intifa hakkı sahibi kişilerin, sınırlı ayni hakların bir mutlak hak olması ve hak sahibine o hakkı doğrudan kullanma yetkisi vermesi sebebiyle kendi rızaları olmadan malik tarafından tahliye edilmeleri söz konusu olamaz. Buna karşılık ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği m. 8/2(a), kiracılar gibi sınırlı ayni hak sahiplerinin kentsel dönüşüm kapsamında riskli yapıdan tahliye yetkisini kamu hukukuna ait emredici hüküm ile maliklere vermiştir. Medeni Hukuk'daki genel kural, mülkiyet hakkı ile sınırlı ayni hakların çatışması durumunda sınırlı ayni hakkı üstün tutmak yönünde iken⁷⁰⁷; üstün kamu yararı ön plana çıkarılarak ARAADHK'un amacına uygun olarak mülkiyet hakkına üstünlük tanınmış ve malik tarafından sınırlı ayni hak sahibinin riskli yapıdan, yeni yapı kullanıma hazır oluncaya kadar geçici tahliyesi mümkün kılınmıştır.

Kaynağını ARAADHK m. 4'ten alan söz konusu yönetmelik hükmü doğrudan tahliye tabirini kullanmayıp, malik tarafından yapılacak bildirimle tahliyenin yapılmasını düzenlemiştir. Bu bildirimin malik tarafından yapılmaması durumunda idare tarafından yapılarak tahliyenin sağlanması, bu tahliyenin zaten kamu hukuku kökenli olduğunu göstermektedir. TBK m. 355 gereği son kiracının öncelik hakkına aykırı şekilde, tahliyeden 3 yıl geçmeden üçüncü kişiye kira hakkı sağlaması durumunda; malikin, son kiracıya en az, son kira yılındaki 1 yıllık kira bedeli kadar tazminat ödemesi gerekir. Sınırlı ayni haklar açısındansa böyle bir öncelik hakkı olmayıp, taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni hakkın tapu kaydında devam edeceği, uygulama sonrası yeni yapıda hak sahibinin hakkını kullanabileceği söylenebilir.

TBK temelli yeniden inşa ve imar amaçlı tahliyelerin mümkün olması için onaylı proje gerekirken, ARAADHK kapsamındaki dönüşümlerde henüz proje belli olmamış, hatta yeniden inşaat sözleşmesi yapılmış olmayabileceği için riskli yapılarda acil durum gereği riskli yapı tespit raporu erken tahliye için yeterli görülmüştür. Erken

⁷⁰⁷ Ayan, C. III, 2015, s.12; Esener/Güven, 2019, s. 410; Antalya/Topuz, Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, (2019), s. 171.

tahliyede riskli yapıdaki kusurun; sözleşme yapıldığı sırada kasten gizlenmesi gibi sebeplerle kiraya verenin kusuru olduğu durumlarda, kiracı zararının tazminini isteyebilecektir.⁷⁰⁸ . Sürekli edim içeren bu tür sözleşmelerde, sözleşmeden dönme mümkün olamayacağı için kiracı, ifa yerine getirilmiş olsaydı uğramayacak olduğu müspet zararının tazminini talep edebilecektir.

Bununla birlikte kiracının, konut veya işyeri için belli bir masraf yapmış olma ihtimali vardır. Böyle bir durumda malik kusursuzsa, imkansızlık sebebiyle sözleşmenin sona ermesi tazminat sorumluluğunu da ortadan kaldırdığı için, kiracı açısından maddi olarak hakkaniyete aykırı sonuçlanabilecektir. Bunu önlemek ve hakkaniyete daha uygun bir çözüm olarak TBK m. 331 temelli “önemli sebeple fesih” hükümlerine göre sözleşmenin sonlandırılması yoluna gidilebilir ve hukuki sonuçlarına göre kiracının, yapmış olduğu masraflara uygun tazminat talebi olabilir. TBK m. 331/2 *"hakim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar"* demektedir.

Bunların dışında riskli yapılarda aynı veya şahsi hakka dayalı olarak ikamet eden yada işyeri olarak kullananların dönüşüm uygulaması süresince mağdur olmalarını engellemek amacıyla ARAADHK m. 5 devlete, bu kişilere geçici konut veya işyeri tahsis veya bir başka yerde kiralayacağı konut veya iş yerleri için kira yardımı yapması konusunda takdir hakkı getirmiştir. Fakat bu yardım için bir ön şart getirilmiştir ki bu da riskli yapının anlaşma yoluyla tahliyesidir. Yani, ARAADHK’un ödül-ceza metoduna uygun şekilde taşınmazı kullanan hangi hakka dayalı olarak ve ne sıfatla olursa olsun, devlet desteğinden yararlanabilmesi için; kentsel dönüşüm amacıyla, cebri yolla değil, rızası ile taşınmazı tahliye etmelidir.

Maddenin birinci fıkrası, uygulamalarla ilgili maliklerle anlaşılmasının esas olduğunu söylemiş, ikinci cümle ise anlaşmanın kiminle yapılacağını belirtmeden anlaşma ile tahliye edilen yapıların malik, kiracı ve sınırlı ayni hak sahiplerine yardımda bulunulabileceğini belirtmiştir. Bu yardımlar ile ilgili kanunda bir süre belirtilmemişse de; tahliye tarihinden itibaren riskli yapılarda 18 ay, riskli alan ve

⁷⁰⁸ Yargıtay H.G.K. (17.11.2020), 2020/137 E., 2020/900 K. (www.lexpera.com.tr).

rezerv yapı alanlarında ise 48 ayı geçmeyecek şekilde idare tarafından belirlenecek sürede kira yardımı yapılabilir. Geçici konut veya işyeri desteği ise yeni taşınmaz hak sahibinin kullanımına hazır olunca kadar sağlanabilir. Yine gecekondü ve tapu tahsis belgesi sahiplerine de, Uygulama Yönetmeliği m. 16 uyarınca kira yardımı yapılabilir⁷⁰⁹. Yardımın miktarı ise Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından belirlenir. Kira yardımı hibe türü bir yardımdır. Geçici konut ve işyeri tahsisi ve kira yardımı dışında kendi taşınmazında dönüşüm uygulaması yapmak isteyenler için, kredi kullanmaları durumunda idare tarafından kredi faiz desteği yardımı yapılabilir. Tabi sonuncusunu ancak malikler seçebilecektir. Aynı anda birden çok yardım türü yapılamaz. Biri hak sahibi tarafından seçilmelidir⁷¹⁰.

Ancak malikin anlaşması durumunda bu yardımların yapılabileceği gibi yanlış bir yorum söz konusudur. Yani kiracı ve sınırlı ayni hak sahiplerinin alacağı yardımların, malikin anlaşarak yapıyı dönüşüm sürecine sokmasına bağlandığı düşünülmüştür. Oysaki birinci ve ikinci cümlelerdeki "anlaşma" ifadelerini farklı yorumlamak gerekir. Birinci cümledeki "anlaşma", malikin riski yapıyı dönüşüm sürecine sokmasıyken, ikinci cümlede ise yapıdaki, sayılan hak sahiplerinin anlaşma ile yani rızalarıyla tahliyesi şeklinde yorumlanmalıdır. Aksi takdirde yapıyı mülkiyet hakkı dışındaki haklara dayalı olarak kullanan kişilerin alacağı yardımın malikin iradesine bağlı olduğu sonucuna ulaşılır ki bu da kuralın düzenleme amacına zıt bir sonuca götürür. Nitekim birinci cümlede "tahliye" kelimesi yokken ikinci cümlede "anlaşma ile tahliye" ifadesi geçmektedir.

Yapılacak bu yardımların, erken tahliyede malikin kusurlu olması durumunda yapıyı kullananların talep edecekleri tazminattan mahsup edilmesi gerekir. Yine de yardımlara rağmen, yapıyı kullananın, işyeri amaçlı ise iş kaybı, konut amaçlı ise konutun iş merkezlerinden uzak olması sebebiyle katlanılacak yol masrafı gibi sebeplerden dolayı zararı olabilir. Dolaylı zarar, borca aykırı davranış sebebiyle araya başka bir sebep girerek uğranılan zarardır. Yani yapıyı kullananın geçici tahliye

⁷⁰⁹ Uygulamada dikkat çeken bir örnek Kuzey Ankara Girişi(Protokol Yolu) Projesidir. Çakallı, Mehmet Emin "Kentsel Yenilemede Bir Araç Olarak Kentsel Dönüşüm Projeleri ve İlgili İdari Yargı Kararları", Ankara, Adalet Kitabevi, (2015), s.140.

⁷¹⁰ Kiraz, 2016, s.32.

sonrasında başka yapıya ödeyeceği kira farkı değil, iş kaybı veya yol masrafı gibi dolaylı zararlar sebebiyle ek(munzam) zararı tazmin talebi olabilecektir.

3.7. GAYRİMENKUL SERTİFİKASI

ARAADHK kapsamında riskli yapıların dönüşümü için, ilgili mevzuatta açıkça düzenlenmiş olmasa da dönüşümün öncelikle maliklerce yapılmaması halinde idare tarafından kamulaştırılarak yapılması söz konusu olur. Durumun aciliyeti gereği daha çok acele kamulaştırma yöntemi seçilerek uygulanan bu yöntemden önce idare, malikler ile anlaşma yolunu tercih eder. Yani bu durumda idare, bedel tespiti ve tescil davası ve kamulaştırma bedelleri ile uğraşmadan satın alma yoluna gidebilir. Satın alma bedeli için ise malike, idarenin tercihine bağlı olarak üç farklı karşılık türü önerilebilir.

Bunlardan birincisi ve en çok tercih edileni; kamunun yapacağı uygulama sonrası yeni ortaya çıkacak taşınmazda, eski taşınmazın değerine karşılık pay veya bağımsız bölüm teklif edilmesidir. İkincisi, bir başka yerdeki taşınmazda mülkiyet veya sınırlı ayni hak veya imar hakkı transferi verilmesidir. Son olarak idarenin bütün bunların dışında; hak sahiplerine, maliklerin taşınmasında, yapılacak projede veya bir başka proje de gayrimenkul sertifikası vermesidir. Diğerlerine göre daha komplike ve ekonomi kurallarının hakim olduğu bir yöntemdir.

3.8. KONUSYA İLİŞKİN HUKUKİ PROBLEMLERE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan afet riskli taşınmazların dönüştürülmesi ile ilgili mevzuatın özel hukuk boyutu da, çok çeşitli sorunlara sebep olmuştur. Bu sorunların en göze çarpanları yukarıda, çalışma içinde ayrıntılı olarak irdelendi. Bu sorunların da her hükümle ilgili tek tek yapılacak yenilemeler ile aşılmaya çalışıldığına değinildi. Buna karşın sorunların tek tek yapılacak çözümlemelerden çok, daha köklü değişikliklerden geçtiği açıktır.

Çalışmanın içinde de sıkça değinildiği üzere pek çok sorunla ilgili olarak riskli yapı ve riskli alanlara verilecek tüzel kişilik, bu sorunların pek çoğunun aşılmasında yardımcı olacaktır. Hukukun; Ticaret Hukuku, Dernekler Hukuku, Toplu İş Hukuku gibi pek çok alanında da sorunların çözümünde en büyük enstrüman, tüzel kişiliktir.

Kaldı ki yapı işleri ile ilgili tüzel kişilik kavramı; yeni olmayan, denenmiş ve hala devam eden bir uygulamadır. Bunun en güzel örneği ise Yapı Kooperatifleridir. Kooperatifler Kanunu(KK) m. 1, kooperatifleri tanımlamıştır. Buna göre; *"Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir"*. Yani aslında kooperatifler, ticari işletmelerden farklı olarak ticari kar elde etme amacı gütmeyen, ekonomik ve mesleki dayanışmayı amaçlayan tüzel kişilerdir. Kooperatifler birer kişi toplulukları olsa da, "riskli yapı tüzel kişilikleri"nin, ARAADHK'un, karar almada paydaş değil pay çoğunluğunu dikkate almasına atfen mal topluluğu oldukları söylenebilir.

Yapı kooperatifleri ile ilgili ise özel bir kanun olmaması sebebiyle onlara da KK uygulanmaktadır. Her ne kadar ticaret şirketi olup olmadıkları öğretide tartışmalı olsa da kooperatifler, TTK'da ticari işletme olarak sayıldıkları için KK'da hüküm bulunmayan hallerde TTK (anonim şirket) hükümleri uygulanmaktadır.

Yargıtay'a göre ise⁷¹¹ *"Yapı kooperatiflerinin amacı, ortakların belirli ekonomik yararlarını karşılıklı yardım dayanışma ve iyi niyet kuralları içerisinde sağlama ve konutu bulunmayan ortaklara bir konut yapmaktan ibarettir"*.

Yapı kooperatiflerinin faaliyet konuları ise şunlardır⁷¹².

1- *Arsa ve arazi satın alır, birleştirir, imar planına uygun biçimde böldürerek*

⁷¹¹ Yargıtay 11. H.D. (20.06.1995), E. 1995/3161, K. 1995/5492. (www.lexpera.com.tr).

⁷¹² Arık, Tuğçe Burhan, Konut Yapı Kooperatiflerinde Sabit Fiyatlı Satış Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2019, s.36-37.

altyapı, plan, proje ve maliyet hesapları hazırlar ve ortaklarına konut yaptırır.

2- Yaptırılan konutların mülkiyetini bu ana sözleşmede yazılı esaslara göre ortaklarına aktarır.

3- Ortaklarının sosyal, kültürel ve ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak üzere gerekli tesisleri kurar, bunları ortaklarına aktarabilir.

4- Yukarıdaki fıkralardaki yazılı hususları sağlamak üzere, ilgili kurum ve kuruluşlarla ortak çalışmalarda bulunabilir, gayrimenkul ve menkulleri iktisap eder, kiralar, kiraya verir, satar ve benzeri tasarruflarda bulunur, aynı haklar tesis eder.

5- Üst kuruluşlara iştirak eder.

6- Kooperatifin kredi ihtiyacının karşılanması amacı ile ilgili finansman kuruluşlarına başvurur, borçlanır, açılan kredinin zamanında ve amacına uygun kullanılmasını sağlayıcı tedbirleri alır.

7- Konutların inşasının mümkün olmaması durumunda kooperatif arsasını ortaklara dağıtır.

8- Araştırma, eğitim ve yardım kaynakları üretme vb. çalışmalar yapar.

Bu sayılanlar, ARAADHK'da riskli taşınmaz maliklerine verilen haklarla benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla riskli yapıların tüzel kişi kazanması ile ilgili yasal altyapı, KK ve ilgili mevzuattan uyarlanabilir. Bu noktada asıl soru, riskli taşınmazın tüzel kişiliği hangi anda kazanacağıdır. Bu soru için en büyük kolaylık riskli yapılarda, riskli yapı kaydının tapuya şerh edilmesidir. Bunun kurucu niteliğe sahip olup, şerh anından itibaren tüzel kişinin başlayacağı söylenebilir. Riskli alanların ise, riskli alan ilanının resmi gazetede yayınlandığı an olarak kabul edilebilir.

Riskli taşınmazlarda tüzel kişilik kurulduğu anda, oluşturulacak yasal altyapıyla taşınmaz mülkiyeti re'sen maliklerin paydaşı oldukları bu tüzel kişiliğe geçecektir. Tüzel kişiliğe geçecek olan mülkiyet, finansal kiralama olduğu gibi sadece hukuki mülkiyeti ifade ederken, maliklerde kalacak olan mülkiyet ise kullanma, yararlanma yetkilerini içeren ekonomik mülkiyettir⁷¹³. Bunun yanında tüzel

⁷¹³ Topuz, 2017, s. 118.

kişiliğe paydaş olacak olan eski malikler, sahip oldukları “riskli yapı tüzel kişilik” paylarını serbestçe tasarruf ederek üçüncü kişilere devredebilecektir. Böylece taşınmaz riskli ilan edildikten sonra da tasarruf yetkileri sınırlanmamış olacaktır.

Kooperatiflerde ana sözleşme olarak kabul edilen; riskli taşınmazın kurucu belgesi olan riskli taşınmaz sözleşmesi, tüzel kişinin re’sen kurulmasıyla, dönüşüm amacına uygun değiştirilemez hükümleri ile birlikte uygulamaya girecektir. Emredici hükümlere aykırı olmayacak şekilde, belirlenecek çoğunlukla kurucu belgeye maliklerce hüküm eklenebilecektir.

Bunun dışında kooperatifçiliğe hakim olan ilkeler⁷¹⁴ de büyük oranda riskli taşınmazların dönüşümüne yardımcı olacak türdendir. Örneğin demokratik yönetim ilkesi, katılımcılık ilkesine karşılık gelirken, bağımsızlık ilkesi kooperatiflerin ortaklar tarafından, riskli taşınmazın ise malikler tarafından idare edileceğini ifade etmektedir. Bilgilendirme ilkesi, kooperatiflerin faaliyet alanı ile ilgili kamuoyuna bilgi vermesi iken, riskli taşınmaz da bu ilke deprem bilincinin topluma aktarılmasında faydalı olabilecektir. Kooperatifler arası dayanışma ilkesinin riskli taşınmazlara uygulanmasıyla, taşınmazlar arası dayanışma olabileceği gibi, bir üst yapılanma özel hukuk tüzel kişisi olarak Riskli Yapılar Birliği kurularak, koordinasyon sağlanmasında etkili olabilecektir. En önemlisi, ekonomik katılım ilkesi sonucu, faaliyet sonrası ortaya çıkacak ekonomik kazancın paylaşımı ile ilgili KK m. 38'deki ortaklar arasında, ortakların faaliyete katılımına uygun paylaşımın riskli taşınmazlarda uygulanması sonrası, arsa payı ve bağımsız bölümlerin paylaştırılmasında adil bir uygulama olabilecektir. Ayrıca açık kapı ilkesi ve demokratik katılım ilkesi, sözleşme yapılan müteahhitin de tüzel kişiye ve hatta tüzel kişinin yönetimine katılmasına yardımcı olacak, tecrübeleri riskli yapı için yönlendirici olacaktır. Bunların dışında ilerleyen zamanda arsa payı karşılığı ve benzeri inşaat sözleşmelerinde inşaatın tamamlanması beklenmeden, üçüncü kişilerin tüzel kişiliğe katılımı sağlanacak, bu da tüzel kişiliğe ekonomik katkı sağlayarak dönüşümün daha hızlı tamamlanmasını sağlayabilecektir.

⁷¹⁴ Açık Kapı İlkesi, Ortağın Demokratik Yönetimi İlkesi, Ortağın Ekonomik Katılımı İlkesi, Eğitim, Öğretim ve Bilgilendirme İlkesi, Toplumsal Sorumluluk İlkesi, Özerklik ve Bağımsızlık İlkesi, Kooperatifler Arası İşbirliği İlkesi (Arık, 2019, s.29-35).

Yine riskli yapı adına çıkarılacak menkul değerlerde sermaye piyasalarında işlem görebilecektir.

Aslında afet riski altındaki taşınmazların dönüşümü ile ilgili düzenlemelerde de, adı konulmamış bir tüzelkişiliğin var olduğu görülür. Bunlardan en göze çarpanı, riskli taşınmazlardaki temsil sorununun mülkiyet hakkına zarar vermeden aşılmaya çalışılması amacıyla getirilen oy oranlarıdır. Özellikle ister kat mülkiyetine tabi ister paylı mülkiyete tabi riskli taşınmaz olsun, 2/3 çoğunlukla alınan kararların, karara katılmayan malikler açısından bağlayıcı olması, 2/3 çoğunluğa katılan maliklerin, katılmayanları temsilen onlar adına karar aldıkları sonucunu doğurur. Bu kararı, olmayan temsil yetkisi ile aldıkları için, özel hukuk anlamında ciddi bir temsil sorunu ortaya çıkmaktadır. Oysaki riskli taşınmazlara verilecek tüzel kişilikle, kararlar tüzel kişinin temsil ve icra organı tarafından alınması sebebiyle, bu sorun kolaylıkla aşılabilecek, özel hukuk anlamında daha meşru bir zemine oturacak, maliklere de yalnızca belli oy oranıyla zorunlu organları seçmek düşecektir.

Benzer şekilde maliklerle müteahhit arasında imzalanan sözleşmelerde temsil sorununun aşabilmek için kanun, mülkiyet hakkına köklü bir müdahalede bulunmuş ve kamu hukukunun özel hukuka müdahalesinde en başvurulacak fakat bir o kadar da tartışmalı olarak AİHM'e kadar giden davalara konu olan "kamu yararı" gerekçesi kullanılmak zorunda kalınmıştır. Karara katılmayan maliklerin pay ve bağımsız bölümleri, maliklerin rızası dışında cebren satışa konu olmuştur. Oysaki mülkiyet hakkı açısından özel hukuk tarafında kalabilmek için yoğun çaba gösterilirken, riskli taşınmaza verilecek tüzel kişilik bu tarz uygulama sözleşmeleri için de tüzel kişiliğin temsil ve icra organına, tüzel kişilik adına üçüncü kişilerle sözleşme yapma yetkisi verecektir. Böylece maliklerin pay ve bağımsız bölümleri özel hukuk ilkelerine aykırı olarak maliklerin rızası dışında tasarruf edilemeyecektir.

Bunun en önemli ekstra avantajı ise şu andaki düzenlemede bulunmayan, tüzel kişiliğin temsil ve yönetim organının özen yükümlülüğü ve karara katılsın katılmasın bütün maliklere karşı hesap verebilirliğidir. Bu anlamda çoğunluk da, sınırsız yetkilere sahip olamayacak, en azından karara katılmayan maliklere karşı da hesap verme

yükümlülüğü altında olduğu için onların menfaatlerini de dikkate alarak tüzel kişilik adına daha özenli işlemler yapmak durumunda kalacaktır.

Yine bunun devamı olarak, maliklerin yaptıkları inşaat sözleşmelerinde, müteahhitin ediminin; inşaat haricinde genellikle ruhsat işlemlerini üstlenmeyi ve hatta hasılat paylaşımlı ve benzeri sözleşmelerde, uygulama sonrası ortaya çıkacak yeni taşınmazın maliklere düşen kısmı dışındaki bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere pazarlanması ve satışını da içerdiğine çalışmada değinildi. Tabii ki müteahhit bu işlemleri malikler adına, onları temsilen yapmaktadır. Nitekim YHGK bir kararında⁷¹⁵, müteahhitle yapılan bu tarz hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmesini, sahip olduğu unsurlardaki benzerlik sebebiyle TBK m. 620'deki adi ortaklık statüsünde değerlendirmektedir. Bu durum adı konulmamış bir adi ortaklık olarak yorumlanmış ve adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanmasına karar verilmiştir. Müteahhit burada, adi ortaklıkta yönetim yetkisi verilmiş bir ortak gibi değerlendirilmiştir. Müteahhitle maliklerin ortak kazanç sağlama amaçlarına uygunsa da, bu gerçek anlamda bir ortak amaç(affectio societatis) olmayıp, müteahhitin ediminin ifasıdır. Yine de Yargıtay, müteahhitin ortaklığa sermaye ve emeğini, maliklerin ise aynı sermayesini koyduğuna işaret etmiştir. Müteahhitin de katıldığı olası bir tüzel kişilik durumunda bu sorun da aşılabilir, müteahhitin edimi değil, olması gerektiği şekliyle bir affectio societatis olduğu kabul edilebilecektir. Söz konusu kararda Yargıtay, müteahhitin üçüncü kişiye borcundan, malikleri de müşterek ve müteselsil sorumlu tutmuştur⁷¹⁶.

Bununla ilgili bir diğer sorun, dönüşümün ilk ayağını ifade eden riskli yapı tespiti ile ilgilidir. Riskli yapı incelemeleri genellikle, taşınmaz kat mülkiyetine geçmiş de olsa, paylı mülkiyet rejimine tabi olan ortak yerlerden alınan karot örnekleri ile yapılmaktadır. Gerek TMK hükümleri uyarınca paylı mülkiyet rejimi, gerek kat mülkiyeti rejiminde bu tarz işler çalışmada bahsedildiği gibi oy birliği ya da belli bir çoğunlukla alınması gereken kararlara göre yapılır. Oysaki ARAADHK ve ilgili mevzuat gereği tek bir malik bile bunu yaptırmaya yetkilidir. Diğer maliklerin bundan haberi olmayabilmektedir. Hukuken iki başlılık anlamına gelebilecek bu durum yine tüzel kişilik aracılığıyla daha net hukuksal zemin kazanmış olacak, risk tespiti tüzel

⁷¹⁵ YHGK (24.04.2013), E. 2012/13-798, K. 2013/568. (www.lexpera.com.tr).

⁷¹⁶ Çelen, 2020, s.50-54.

kişi yönetim organının alacağı karara uygun olarak yapılabilecektir. Bu durum henüz riskli olduğu tespit edilmemiş olan yapılarda elbette ki uygulanamazsa da alanlarda bulunan yapıların da tüzel kişiliğe kavuşturulmasıyla en azından bu alanlardaki yapılarda risk tespiti aşamasında da kolaylık sağlayacaktır.

Benzer bir durum, yıkım yerine güçlendirme kararında da sözkonusu olabilir. Bu yine KMK ve TMK'ya göre belli bir çoğunlukla veya mahkeme tarafından verilmesi gereken bir karardır. Risk tespiti sırasında yapılmamış olan, güçlendirme yapıp yapılamayacağı tespitinin ayrıca yapılmasıyla ilgili karar, tüzel kişilik kazanmış riskli taşınmazın yönetim organı tarafından alınabilecektir.

Son olarak belki de en içinden çıkılmaz durum, uygulama ile ilgili müteahhit ile yapılacak sözleşmelerde, mülkiyet hakkı temelinde her malik sözleşme serbestisi kapsamında istediği müteahhitte istediği inşaat sözleşmesini yapabilecektir. Buna karşılık maliklerin yapmış olduğu farklı sözleşmelerden, yalnızca 2/3 çoğunluğun katıldığı sözleşme ifa edilebilecektir. Diğer sözleşmelerin akıbeti ise meçhuldür. Çalışmada ayrıntılı bahsedildiği üzere çare yalnızca bu duruma özel, borca aykırılık hükümleri, imkansızlık hükümleri gibi palyatif çözümlerden ibarettir. Bu durumda hem sözleşmeyi imzalayan malik hem de müteahhit zarara uğraya bilmektedir. Tüzel kişilik durumunda ise afet riski sebebiyle dönüşüm kapsamında üçüncü kişilerle sözleşme yapmaya tek yetkili tüzel kişiliğin temsil ve yönetim organı olacaktır.

Çalışmanın içinde de belirtildiği üzere, her ne kadar ARAADHK m. 6/1'de çok da net olmayan "önceki vasfı ile değerlemede bulunularak" ifadesi, yorumlanarak riskli taşınmazın uygulama öncesi amacı, uygulama sonrası değiştirilemeyecek, değerlendirmesine ulaşılabilse de; örneğin konut olarak kullanılan riskli taşınmaz, muhalif oy sahiplerinin isteği dışında uygulama sonrası kullanım amacı ve hukuki statüsü değiştirilerek bir işletme veya otele pekala dönüştürülebilir. Ultra vires kuralı uygulatılabilecek, tüzel kişilik kazanmış riskli yapı için böyle bir sorun söz konusu olmayacak, tüzel kişilik amaç dışına çıkamayacak, yıkım öncesi kullanım amacı ne ise o amaçla kullanılmaya devam edecektir. Amacına ulaşan tüzel kişilik ise dönüşümün tamamlanması ile tasfiye olacaktır.

SONUÇ

Kentsel dönüşümün çıkış noktası olan Batı Avrupa'daki tarihsel süreci 19. yüzyıl dayanmaktadır. Türkiye ise bu yöntemi yaklaşık 100 yıl geriden takip etmiş, bu anlamda batılı ülkelerin gerisinde kalmıştır. Bunun sonuçları doğal afetlerdeki acı tecrübelerle görülerek, kentsel dönüşümde önemli mesafeler kat edilmiştir. Yine de, çoğunluğu birinci derece deprem kuşağında bulunan ülkenin, alması gereken çok yolun olduğu konusu gündemdeki yerini korumaktadır.

Kat edilmesi gereken bu yolların en önemli etaplarından biri ise şüphe yok ki kentsel dönüşümün hukuki yönüdür. Türkiye'deki acil durumlara devlet müdahalesinin beklenmesi mantığının dönüşüm hukukuna da yansımından olsa gerek, çoğunlukla işin kamu hukuku boyutu tartışılmış, asıl önemli olan özel hukuk boyutu ise daha geri planda kalmıştır.

Türkiye'de modern anlamda kentsel dönüşümün yasal altyapısının 1956'daki ilk İmar Kanunu ile başlamış, 1966 Gecekondu Kanunu, 1981 İmar Ve Gecekondu Kanuna Aykırı Yapılarla İlgili Kanun, 1984 Toplu Konut Kanunu, 2004 Kuzey Ankara Girişi Toplu Konut Kanunu, 2005 Belediye Kanunu m.73, 2005 Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Kanun ve 2012 ARAADHK ile devam etmiştir. Fakat bunlar yalnızca kentleri fiziki yenileme aşamasında kalmıştır.

Daha çok şehir planlamacıları tarafından belirlenen kentsel dönüşüm ilkelerini, Türkiye'deki mevcut mevzuat dikkate alınarak şu şekilde sıralamak mümkündür. Maliklerin iradelerine öncelik vermesi sebebiyle “Özel Hukuk Yanı Baskın Olan Karma Hukuk Alanı Olması İlkesi”, ARAADHK kapsamının daha dar olması, İmar Kanunu'na göre istisnai uygulamaları düzenlemesi sebebiyle “İstisnailik İlkesi”, kanun koyucunun sürecin kesintiye uğramadan devam etmesi iradesini yasalarla ortaya koyması sebebiyle “Kesintisizlik İlkesi”, iradelere öncelik tanınsa da bir şekilde kanun koyucunun arzuladığı sonuca ulaşılmasının zorunluluğu sebebiyle “Emredicilik İlkesi”, taraf iradelerinin dönüşüm sürecini harekete geçirmede öncelikli olması sebebiyle “Taşınmazın Malikler Tarafından Değerlendirilmesinin Önceliği İlkesi” ve

son olarak riskli alanların belirlenmesi ve kamu projelerinde tek tek taşınmazların değil bütünsel olarak belli bölgelerin dikkate alınması sebebiyle “Uygulama Bütünlüğü İlkesi” olarak toplam altı adettir.

Kentsel dönüşüm gerek iç ve gerek uluslararası hukukta sağlık hakkı içinde değerlendirilmiştir. Türkiye'deki anayasal temelleri ise Anayasa m.56'daki, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını içeren "çevre hakkı" ile başlar. Bunun yanında m.57'deki konut hakkı ise diğer bir anayasal temel olarak, m.65'de belirtilen devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü içinde vatandaşlara ucuz ve sağlam konutlar sunulması şeklinde devlete görev olarak yüklenmiştir. Ayrıca m.35'deki mülkiyet hakkı da kentsel dönüşümden önemli ölçüde etkilenmektedir.

Bu anlamda üçüncü kuşak haklardan kabul edilen Kent Hakkı yalnızca çevre, konut, mülkiyet haklarını değil sağlık, eğitim, çalışma, demokratik katılım haklarını da yakından bilgilendirerek fiziksel, sosyal, kültürel ve ekonomik gelişmişliği belirlemektedir.

Ayrıca devletin kentsel dönüşümde yapacağı müdahalelerde, dayanabileceği en önemli anayasal enstrüman ise Anayasa m.23'te, devlete düzenli kentleşme sebebiyle yerleşme özgürlüğünü sınırlama yetkisi vermesidir. Bununla birlikte devlet, ARAADHK ile aynı haklara önemli müdahalelerde bulunabilmektedir. Yine aynı kanunla Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na da; imar kanunları ile belediye ve valiliklere verilen imar planı yapma yetkisinin ötesinde, ARAADHK kapsamındaki taşınmazlarla sınırlı olarak her ölçekte kentleşme planı yapma yetkisi kazandırılmıştır.

ARAADHK'da geçen “afet riskli alanların dönüştürülmesi” kavramının, yasal altyapısı ile birlikte hayatımıza girmesi sonrası kamu hukukunun özel hukukla en çok karıştığı uygulamalara şahit olduk. Bu durum, amacı doğrultusunda hayat kurtaran bir hukuki durum olduğu kadar, suistimale açık uygulamaları da sebep olmuştur. Bu suistimler, bireylerin anayasal hakları, imar mevzuatı, kamulaştırma mevzuatının ihlali gibi kamu hukukundan kaynaklanabileceği gibi başta eşya hukuku ve borçlar hukuku olmak üzere özel hukuktan da kaynaklanabilmektedir.

Örneğin kamu hukuku açısından yapının ortak yerlerinin imara aykırı eklerinin, kentsel dönüşüm yasaları kullanılarak hukuka uygun hale getirilme çabaları; taşınmazlar üzerindeki ayni ve şahsi hakların ortadan kaldırılması veya sınırlandırılmasına sebep olacak işlemler bunlar arasında sayılabilir.

Kanun koyucunun ise kentsel dönüşüm hukuku alanında, mülkiyet hakkını yakından ilgilendirdiğinden olsa gerek daha çok işin özel hukuk tarafında kalmaya gayret gösterdiği, sembolik de olsa çeşitli özel hukuka ait enstrümanlarla bu konuda ısrar ettiği, kamulaştırma gibi kamu hukukuna ait enstrümanlara ise son kertede başvurulması ile ilgili düzenlemelere yer verdiği görülmektedir. Bütün bu çabalar hukuk düzenimizin genel sistematığının zarar görmemesi açısından doğru hamlelerdir. Fakat yeterli olmadığını; başlayan uygulamalar sonrası zaman bize göstermiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen, ARAADHK ile ilgili onca hüküm ve gerek kanun gerekse Uygulama Yönetmeliği hükümlerinin sayısız kez değiştirilmesi, buna rağmen hukuksal sorunların da devam etmesi bu görüşü ziyadesiyle desteklemektedir.

Konunun aciliyetinden dolayı erteleme şansı olmadan, hukuka uygun uygulamalardan ziyade, uygulamaya uygun hukuk üretme gayreti de gözlerden kaçmamaktadır. Bunun sonucu olarak yasalaştırma faaliyetinde, yasama organının dışında yürütme ve yargı organlarının da önemli etkisi olduğu söylenebilir. Uygulamada ortaya çıkan sorunlar ve çözümleri ile ARAADHK'a uygun Uygulama Yönetmeliği meydana getirme çabaları yürütme organının; yasa ve yönetmelik maddelerinin üst normlara uygunluğunun defalarca kez denetlenerek ilgili hükümleri iptal kararları ise yargı organının etkisini göstermektedir.

Elbette ki bizler hukuk yapıcılar ve uygulayıcılar olarak ne yaparsak yapalım, afet ve özellikle deprem gerçeği bizim kendi kurallarımıza değil tabiat yasalarına göre hareket ederek yaşamımızı ve toplum sağlığını, bunun dışında ekonomiyi de tehdit etmektedir. Afetleri yalnızca deprem olarak göremeyiz. Ülkemizin pek çok yerinin birinci derecede deprem riski altında bulunması ve Kuzey Anadolu fay hattında son 20-30 yıl içindeki hareketlilik ile yüksek miktarda can ve mal kaybına sebep olan depremler, ARAADHK'nun asıl gerekçesi olsa da; son yıllarda artan küresel

ısınmanın sebep olduğu mevsimsel değişim ve sel felaketleri, selin de ciddi bir tehdit olduğunu hatırlatmaktadır. Bu açıdan kanun koyucunun yasayı yalnızca deprem değil bütün doğal afetleri kapsayacak şekilde düzenlemesi doğru olmuştur.

Bir karma hukuk alanı olan dönüşüm hukukunda, ARAADHK haricinde farklı yöntemler mevcuttur. Ulusal mevzuatta kentsel dönüşüm beş farklı şekilde yapılmaktadır. Bunlar;

- 1-ARAADHK kapsamında dönüşüm,
- 2-5393 sayılı Belediye Kanunu m.73 kapsamında dönüşüm,
- 3-Emsal artışı yoluyla (KAKS artırımı) dönüşüm,
- 4-5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun kapsamında dönüşüm,
- 5-Güçlendirme hakkı ile dönüşümdür.

ARAADHK'un kapsamını belirleyen başlıca üç taşınmaz; riskli yapı, riskli alan ve rezerv yapı alanlarıdır. Riskli yapılar ise riskli alan içindeki, ekonomik ömrünü tamamlamış, yıkılma riski veya ağır hasar görme riski olan yapıları ifade etmektedir. Riskli alan, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybı riski olan, Cumhurbaşkanı kararı ile belirlenen alanları; rezerv alanları ise riskli ve taşınması gereken yapı alanları için yapılacak yeni yerleşim alanlarıdır. Rezerv yapı alanları için hazinenin özel mülkiyetindeki alanlar ile devletin tasarrufu altındaki tescil dışı alanlar gibi kamu taşınmazları da tahsis edilebilmektedir.

Dönüşüm süreci; riskli alan ve yapıların tespiti, binaların tahliyesi ve yıktırılması, yeniden değerlendirme ve hak sahiplerine paylarının verilmesi şeklinde üç aşamalıdır.

ARAADHK kapsamında ise herhangi bir amaçla kullanılan bir yapının riskli kabul edilebilmesi için öncelikle risk tespiti yapılmalıdır. Özel Hukuk açısından önem taşıyan bir husus da risk tespit sözleşmeleridir. Malik veya temsilcileri ile veya üst hakkı sahibi ile tespiti yapacak lisanslı kuruluş arasında yapılan bir hizmet sözleşmesi türüdür. Riskli olduğu tespit edilen yapının tapu kaydına riskli yapı kaydı

düşülmektedir. Yapıların tahliyesi de hem özel hukuk hem kamu hukuku açısından önem taşır. Kamu hukuku açısından sonuçları elektrik, su, doğalgaz gibi temel kamu hizmetlerinin kesilerek, taşınmazı kullanan ve tahliyeye yanaşmayan kişilerin tahliyeye zorlanması iken; özel hukuk açısından kiracı olarak bulunan kişilerin tahliyesinin, malik ile yaptıkları kira sözleşmesine etkisi açısındandır. Genellikle kamu hukukunun emrediciliği sebebiyle malik açısından kusursuz ifa imkansızlığı olabilecek ve kira sözleşmesi sona erebilecekken, malikin sözleşme yapılırken yapının riskli olduğunu kasıtlı olarak gizlemesi durumunda malik kiracıya karşı sorumlu olabilecektir.

Maliklerden her biri veya üst hakkı sahibi tarafından yaptırılabilir olan risk tespiti ardından, yapının yıkılıp yeniden inşası ile ilgili maliklerin en az 2/3 çoğunluğu ile karar alması aşamasına geçilmektedir. Malikler tarafından alınacak karar aslında yıkımı, hangi müteahhitte hangi şartlarda inşaat sözleşmesi yapılacağı ve hak sahipleri arasında paylaşımın nasıl olacağı ile ilgili birden çok kararı içermektedir. Bu karar gereken çoğunlukla alınamadığı takdirde dönüşümün özel hukuk boyutu bir kenara bırakılarak, durumun aciliyetinden ötürü idarenin kamu hukukuna ilişkin müdahalelerini gerektirebilmektedir. Bunların dışında risk tespiti yapan lisanslı kuruluş tarafından yıkım yerine binanın güçlendirilebileceği ile ilgili rapor verilmesi durumunda malikler bu yönetime de başvurabilirler.

Özel hukuk açısından ARAADHK kapsamında alınacak karara muhalif oy sahiplerinin mülkiyet haklarına müdahale önemli bir sorun olarak görülmektedir. Bu kişilerin pay veya bağımsız bölümleri, karara katılmadıkları takdirde diğer pay veya bağımsız bölüm maliklerine veya üçüncü kişilere satılmaktadır. Bu baskı ile karşı karşıya kalan muhalif oy sahipleri, istemedikleri bir karara katılmaya zorlanmaktadır.

Bu durumun çözümü ise özellikle bünyesine daha uygun düşmesi sebebiyle tıpkı yapı kooperatiflerinde olduğu gibi, riskli yapıya tüzel kişilik vermekten geçiyor. Yasal altyapısı oluşturularak riskli yapıya tüzel kişilik tanınması ile, hem muhalif oy sahipleri mülkiyet haklarından olmamış olacak, hem de katılımcılık gereği görüşlerini serbestçe söyleyebilecek ve hem de tüzel kişiliğin yönetim organınca özen

yükümlülüğü gereği muhalif oy sahiplerinin hak ve menfaatleri azami ölçüde gözetilmek zorunda olacaktır. Ayrıca mevcut durumda her malikin istediği müteahhitle sözleşme yapabilmesinden dolayı ortaya çıkan, farklı maliklerin aynı yapı için farklı müteahhitlerle sözleşme yapması sorunu da aşılmış olacaktır. Müteahhitlerle sözleşme yapmaya tek yetkili, tüzel kişinin karar organı olacaktır.

2/3 çoğunlukla uygulama kararı alan malikler, müteahhitlerle menfaatleri doğrultusunda farklı inşaat sözleşmesi tipleri yapabilmektedirler. Bunlar uygulamada, adi inşaat sözleşmesi olabileceği gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi veya hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmeleri şeklinde de olabilirler.

ARAADHK'un Uygulama Yönetmeliği, türk özel hukukuna bir başka köklü yenilik getirerek borcun nisbiliği ilkesine istisna olan resen fesih sürecini getirmiştir. Buna göre zamanında inşaatla başlamayan veya başladıktan sonra 6 aydan uzun süre inşaatla devam etmeyen müteahhitin malikler ile olan sözleşmesi idare tarafından resen feshedilebilecektir. Resen fesihte ilgililerin rızası aranmamaktadır.

Yapılan uygulama sonrası ortaya çıkan yeni taşınmazda ise en büyük sorun arsa payı paylaşımının nasıl yapılacağıdır. Buna göre uygulama öncesi yapılacak taşınmaz değerlemesi ve uygulama sonrası ortaya çıkacak yeni yapının değerlemesinin birbirini tutması ve arsa payı dağılımının malikler arasında buna göre yapılması beklenir. Bu değerlendirme, belli niteliklere sahip yetkili kişi ve kuruluşlarca, yalnızca yüzölçümü gibi objektif kriterler dikkate alınarak değil, bağımsız bölümün konumu gibi subjektif kriterler de dikkate alınarak yapılır. Uygulama sonrası arsa paylaşımından memnun kalmayan malikler açısından ise arsa payının düzeltilmesi davası ile yargı yoluna başvurma imkanı vardır. Hukuk mahkemelerinin görevli olduğu arsa payının düzeltilmesi davaları kural olarak zamanaşımına tabi değildir. Fakat Yargıtay bunun, eser sözleşmesinden yola çıkarak 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğuna karar vermiştir.

Afetsiz bir gelecek dileğiyle bütün bu açıklamalar doğrultusunda tüzel kişilik kazanmış bir riskli taşınmazın özel hukuk açısından kolaylık sağlayacağı fikrinin hukuk yapıcılar ve uygulayıcılar tarafından dikkate alınması durumunda sağlıklı bir

hukuki yapının süreci hızlandıracağı ve olası afetlerde kayıpları asgaride tutacağı kanaatindeyim.



KAYNAKÇA

1. Kitaplar

- Akuntürk, Turgut, Derya Ateş (2019). Medeni Hukuk, İstanbul, Beta
- Akıntürk, Turgut (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul, Beta
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk, Derya Ateş (2018). Eşya Hukuku, İstanbul, Beta
- Akkurt, Sinan Sami, Kemal Erdoğan, Hüseyin Tokat (2019), Borçlar Hukuku, Ankara, Seçkin Kitabevi
- Aldemir Toprak, İpek Betül (2020), Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, Ankara, Seçkin kitabevi
- Anayurt, Ömer (2018). Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları. Ankara, Seçkin Yayınları
- Antalya, Gökhan, Murat Topuz (2016). Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri. İstanbul, Legal Kitabevi
- Antalya, Gökhan, Murat Topuz (2019). Medeni Hukuk Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri. İstanbul, Seçkin Kitabevi
- Antalya, Gökhan, Murat Topuz (2019). Eşya Hukuku C.IV/1. İstanbul, Seçkin Kitabevi
- Aral, Fahrettin, Hasan Ayrancı (2019). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Yetkin kitabevi
- Ataay, Aytekin (1980). Medeni Hukukun Genel Teorisi (Temel Bilgiler – Temel Kavramlar), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
- Ateş, Turan (2013). Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin 2/B'lerin Satışı ve Kentsel Dönüşüm. Ankara, Bilge Kitabevi
- Ayan, Mehmet (2014). “Eşya Hukuku II Mülkiyet” Konya, Mimoza Yayınevi,
- Ayan, Mehmet (2015). Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili. Konya, Mimoza
- Ayan, Mehmet (2015). Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar. Konya, Mimoza
- Ayhan, Fatma (2015). “Kentsel Dönüşüm Kavramı ve Tarihsel Gelişimi” Şu kitapta, Haz. Melikşah Yasin, Cenk Şahin. Kentsel Dönüşüm Hukuku. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık
- Balkır, Zehra Gönül (2009). Mimarlık ve İş Hukuku. Kocaeli, Kuban Matbaacılık
- Beyazkılıç, Yeşim (2017). “Kentsel Dönüşümün Özel Hukuk Alanında Getirdiği Sorunlar”, Ankara, Seçkin Kitabevi
- Bilgin, Hüseyin, Yasin Sezer (2017). “Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi” Ankara, Adalet Yayınevi

- Birleşmiş Milletler (1966). Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (2200 A XXI). (Çev. Mehmet Semih Gemalmaz) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. cilt, Uluslararası Sistemler, İstanbul, Legal Yayınevi
- Büyükcay, Yusuf (2013), Eser Sözleşmesi, Ankara, Yetkin kitabevi
- Çakallı, Mehmet Emin (2015). “Kentsel Yenilemede Bir Araç Olarak Kentsel Dönüşüm Projeleri ve İlgili İdari Yargı Kararları”, Ankara, Adalet Kitabevi
- Çetiner, Bilgehan (2017). “Kentsel Dönüşüm Kapsamında Akdedilen Sözleşmelerin Kuruluşunun Tabi Olduğu Hukuki Rejim”, Şu kitapta, Haz. Emrehan İnal, Başak Baysal. İnşaat Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, On İki Levha
- Doğan, Murat, Gökhan Şahan, İsmail Atamulu (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, İstanbul, Seçkin kitabevi
- Dural, Mustafa, Suat Sarı (2015). Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri. İstanbul, Filiz Kitabevi
- Duru, Bülent (2007). “Avrupa Birliği Çevre Politikası.” Şu kitapta, Haz./Ed. Çağrı Erhan, Deniz Senemoğlu. Avrupa Birliği Politikaları. Ankara, İmaj Yayınevi
- Ekmen, Mehmet Cihat (2020), İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, Seçkin Kitabevi
- Eren, Fikret (2019). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin kitabevi
- Ergen, Cafer (2013). Arazi ve Arsa Düzenlemeleri. Ankara, Seçkin Kitabevi
- Erişir, Evrim (2013). Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri. İstanbul, On iki levha
- Erman, Hasan (2018), Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, Der Yayınları
- Ertan, Kıvılcım Akkoyunlu, Birol Ertan (2005). “Kentli Hakları: Kent ve İnsan Hakları Bağlamında Kentsel Hizmetlere Erişim Hakkı.” Şu kitapta, Haz./Ed. Mustafa Okmen, Kıvılcım Ertan, Birol Ertan, Hossein Sadri. Kentsel Dönüşüm ve İnsan Hakları. İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi
- Esener, Turhan (2015). Hukuka Giriş. İstanbul, Vedat Kitabevi
- Esener, Turhan, Kudret Güven (2019). Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Kitabevi
- Germeç, Mahir Ersin (2020), Kat Mülkiyeti Hukuku, Ankara, Seçkin kitabevi
- Gözler, Kemal (2010). İdare Hukuku Dersleri. Bursa, Ekin Yayınevi
- Gözler, Kemal (2011). Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II. Bursa, Ekin Yayınevi
- Gözübüyük, Şeref (2003). Anayasa Hukuku. Ankara, Turhan Yayınevi
- Gülan, Aydın (2009) “Tarihi Dokuyu Yenilemek Adına Cerrahi Bir Müdahale Aracı: Yenileme Alanları”, Prof. Hüseyin Hatemi’ye Armağan C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık
- Gümüş, Mustafa Alper (2012). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:2, İstanbul, Vedat kitabevi

- Gümüş, Mustafa Alper (2019), Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, İstanbul, Filiz kitabevi
- Günay, Erhan (2019), Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Ankara, Seçkin kitabevi
- Günday, Metin (2017). İdare Hukuku. Ankara, İmaj Yayıncılık
- Hamamcıoğlu, Gülşah Vardar (2014), Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, Vedat kitabevi
- İlgezdi, Ali Rıza (2019), Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku, Ankara, Seçkin kitabevi
- Kayıhan, Şaban, Mustafa Ünlütepe (2019). Medeni Hukuka Giriş ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri, Ankara, Seçkin kitabevi
- Keleş, Ruşen (2015). "Kentleşme Politikası" Ankara, İmge Kitabevi
- Keleş, Ruşen, Birol Ertan (2002). Çevre Hukukuna Giriş. Ankara, İmge Kitabevi
- Ken Greenberg, (2011). Walking Home The Life And Lessons Of A City Builder, U.S.A., Random House Canada
- Kiraz, Ali Güvenç (2016). "A'dan Z'ye Kentsel Dönüşüm"; İstanbul, Beta
- Kurşat, Zekeriya (2015). "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri" Şu kitapta, Haz. Melikşah Yasin, Cenk Şahin. Kentsel Dönüşüm Hukuku. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık
- Kurşat, Zekeriya (2017), İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, Filiz kitabevi
- Kuru, Baki (2019), İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Yetkin kitabevi
- Nomer, Haluk (2020), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta
- Odyakmaz, Zehra, Ümit Kaymak, İsmail Ercan (2012). Anayasa Hukuku İdare Hukuku. İstanbul, Oniki Levha Yayınevi
- Oğuzman, Kemal, Nami Barlas, (2015). Medeni Hukuk, İstanbul, Filiz Kitabevi
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir (2015). Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir (2015). Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi
- Oğuzman, Kemal, Turgut Öz (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, İstanbul, Filiz Kitabevi
- Oğuzman, Kemal, Turgut Öz (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, İstanbul, Filiz Kitabevi
- Öngören, Gürsel (2017). Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku. İstanbul, Öngören Hukuk Yayınları
- Öngören, Gürsel, Nusret Çolak (2015). "Kentsel Dönüşüm Rehberi". İstanbul, Öngören Hukuk Yayınları

- Öz, Turgut (2006), İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Yamaner Yayın
- Özkan, Hasan, Ceren Kubilay, (2014). “Açıklamalı-Örnekli Kentsel Dönüşüm Uygulaması”, İstanbul, Cross Basım
- Özmen, Etem Saba, Gülşah Vardar Hamamcıoğlu (2017), Kat İrtifakı, İstanbul, Onikilevha kitabevi
- Özmen, Etem Saba, Mehmet Şengül (2018). Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler, İstanbul, Onikilevha kitabevi
- Özsunay, Ergun (2015). 6306 Sayılı Kanun ve Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler. İstanbul, Vedat Kitabevi
- Özsunay, Ergun (2017). “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Trajedisi: 6306 Sayılı Kanun’un Uygulanmasında Yargıya Götürülen Sorunlar”, Şu kitapta, Haz. Emrehan İnal, Başak Baysal. İnşaat Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, On İki Levha
- Punter, John (2010). Önsöz Şu kitapta, Ed. John Punter. Urban Design and British Urban Renaissance. Oxon, Routledge
- Robins, Lionel (1932). An Essay on the Nature and Significance of Economic Science (Ekonomi Biliminin Anlamı ve Doğası Üzerine Bir Deneme). Londra, Macmillan
- Ruhi, Canan, Ahmet Cemal Ruhi (2019), Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, Seçkin kitabevi
- Sadri, Senem Zeybekoğlu (2005). “Kentsel Dönüşüm ve Kentte İnsan Hakları.” Şu kitapta, Haz/Ed. Mustafa Okmen, Kıvılcım Ertan, Birol Ertan, Hossein Sadri. Kentsel Dönüşüm Ve İnsan Hakları. İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi
- Saltık, Şenol (2018). Tüm Yönleriyle Kentsel Dönüşüm. Ankara, Seçkin Kitabevi
- Saruhan, Utku (2018), Gerçek Vekaletsiz İş Görme, Ankara, Yetki kitabevi
- Serozan, Rona (2008). Medeni Hukuk. İstanbul, Vedat Kitapçılık
- Sirmen, A. Lale (2019). Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Kitabevi
- Sütçü, Nezih. (2016). Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi C.I. Ankara, Seçkin
- Şimşek, Suat (2013). Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları, Ankara, Seçkin kitabevi
- Şimşek, Suat (2016). “Hukuki Unsurları Açısından Arazi ve Arsa Düzenlemesi İşlemleri (Parselasyon), Bu İşlemlere Karşı İtiraz ve Dava” Ankara; Seçkin Yayınları
- Tan, Turgut (2019), İdare Hukuku, Ankara, Turhan kitabevi
- T.C.Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (2014). “Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü.” Ankara: T.C.Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı

- Tekeli, İlhan (1985). “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Kentsel Dönüşüm.” Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi. İstanbul, İletişim Yayınları
- Terzioğlu, Süleyman Sırrı (2009). Anayasa Hukuku, Ankara, Orion kitabevi
- Tokbaş, Hakan (2018), Vekaletsiz İş Görme Kısa Şerh, İstanbul, Aristo kitabevi
- Topuz, Murat (2017), Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara, Adalet kitabevi
- Topuz, Murat (2020). Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti. İstanbul, Seçkin Kitabevi
- Ulusoy, Ali (2020). İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Yetkin kitabevi
- Ürem, Müge (2017), Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul, Onikilevha kitabevi
- Yasin, Melikşah (2015). “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler”; Şu kitapta, Haz. Melikşah Yasin, Cenk Şahin. Kentsel Dönüşüm Hukuku. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık
- Yavuz, Cevdet, Burak Özen, Faruk Acar (2021). Borçlar Hukuku dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, Beta
- Yeniocak, Umut (2013), Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, Ankara- Seçkin kitabevi
- Zevkliler, Aydın, Emre Gökyayla (2019), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Turhan kitabevi
- Zevkliler, Aydın, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu, Beşir Acabey, Damla Gürpınar (2018), Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara, Turhan Kitabevi

2. Makaleler, Bildiriler, Diğer Basılı Yayınlar

- Abdulahkimoğulları, Erdal, Fatmagül Kale (2013). “Türk Anayasalarında ve Karşılaştırmalı Hukukta Konut Hakkı”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (15) , s.17-18
- Acar, Faruk (2016). “İntikal (Geçiş) Hukuku Bakımından Tek Satıcının Portföy Tazminatını Talep Etme Hakkının Tabi Olduğu Süre Hakkında Bir Değerlendirme” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3) , s.88
- Açıkgöz, Ayşe Tuğba (2014). Kentsel Dönüşümün Ekonomik, Mekânsal, Sosyal Etkileri ve Kamunun Rolü: Ankara Gültepe (Çinçin) Örneği. Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara
- Akça, Kürşat (2015). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (Özel Sayı) , s.554-555

- Akgül, Aydın (2016). “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı.” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(1), s.277, 285
- Aksoy, Hüseyin Can (2017). “Vekaletsiz İş Görende İş Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?” Ankara Barosu Dergisi, 2017(1), s.106
- Aksoy, Mehmet Ali; Kürşat Yalçın; Emine Ebru Aksoy (2019). “İmar Hakkı Transfer Sistemi ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi” Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 12(3), s.442
- Alamur Seher, 2013, Türk Hukuku’nda İdari Sözleşmeler, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Alpöğünç, Erkan (2010), “Arsa Payı Kavramı, Önemi, Hesaplanması Düzeltme Davası” Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi, (89), s. 503
- Arık Tuğçe Burhan, 2019, Konut Yapı Kooperatiflerinde Sabit Fiyatlı Satış Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta
- Arıkan, Mustafa (2009). “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1), s.85-86
- Arslan, Kahan Onur (2017). “Kamu Malı Niteliğinin Tespiti ve Kamu Mallarından Yararlanmanın Esasları” TBB Dergisi, (131), s.61
- Ataöv, Anlı, Sevin Osmay (2007). “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Yöntemsel Bir Yaklaşım”. Odtü Mimarlık Fakültesi Dergisi, 24(2), s.58-59
- Aynural Melike Sevim, 2020, İmar Hakkı Transferinin Hukuki Rejimi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Baba, Gül İsmahan (2015). “Kentsel Dönüşüm Kavramının İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi.” ABMYO Dergisi, (39), s.32-33
- Bahadır, Engin (2019). “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması” Fiscioeconomia, 3(1), s. 18
- Bal, Eylem (2006). “İdari Yargının Üç Temel Bileşeni Olarak; Kamu Yararı, Planlama Esasları ve Şehircilik İlkeleri”. Planlama, (3), s.29-31
- Balkır, Zehra Gönül (2010). "Konut Hakkı ve İhlalleri: Kentli Haklarının Doğuşu". (Ed.) Mesut Gülmez. II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu. Denizli: Petrol-İş, s.342
- Bayram, Hümeysra Merve, 2019, Vekaletsiz İş Görme, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Berber, Kadriye Cansu (2017). İmar Planlarının Uygulanmasında ve Kentsel Rantın Kamuya Aktarılmasında Kullanılan Araçlar, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uzmanlık Tezi, İller Bankası Anonim Şirketi, Ankara, s. 34
- Bilici Mustafa, 2017, İdari İşlemlerde Amaç Unsuru ve Hukuka Aykırılık Halleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul

- Bozkurt, Enver., Mehmet Özcan (2001). “Subsidiarite İlkesi (İkincilik İlkesi) Ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme.” Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 6(1), s.8
- Cantemir, Bekir (2013). “Çok Partili Hayata Geçiş Sürecinde İstanbul’un Mekân Ve Sosyal Yapı Dönüşümü (1946–1960)”. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul
- Celep, Ayça Ebru, 2017, Yeniden İnşa ve İmar Sebebiyle Tahliye ve Kentsel Dönüşümde Kiracının Durumu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Coşkun, Yener (2016). “Türkiye Konut Piyasasında Talep Eğilimleri ve Bilgi Bakışsızlığına Yönelik Politika Önerileri.” Bankacılar, 27(96), s.131
- Cross Nigel, 2001, “Designerly way of Knowing: Design Dicipline Versus Design Science, Design Issues”(Mit Press Journals), 17(3), s.49
- Çabri Sezer (2017). “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, 19(özel sayı), s.379-380
- Çabri, Sezer (2011). “Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(1-2), s.87
- Çağdaş, Tülin. (2011). “Türkiye’de Yerel Yönetimlerde İdari Özerklik.” Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, 30(1), s.392
- Çakır Halil Burak, 2018, Kentsel Dönüşüm Kapsamında Riskli Yapıların Yıkılması ve Yeniden Değerlendirilmesi Sürecinde Meydana Gelen Uyuşmazlıklar, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Çal, Halit (1997). “Osmanlı Devleti’nde Asar-ı Atika Nizamnameleri”. Vakıflar Dergisi, (26), s.392
- Çalışkan, Ümit (2009). Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu. Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Diyarbakır
- Çelen Salih, 2020, Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü, İstanbul
- Çerçi, Ezgi (2011). “Çevre Hukukunun Temel İlkeleri.” Anahtar, Haziran 2011 (270), s.21
- Çetintepe Ece, 2020, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Çırasunlar Arzu, 2011, Konut Finansmanı Amacıyla Yapılan Finansal Kiralama Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Hukuki Niteliği, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel (2012). “Yaşama Hakkı” TBB Dergisi, 2012(103), s.139

- Çubuk, Mehmet (Kasım 2016). “Yeni Gelişmeler Üzerine Kentsel Tasarıma Ve Eğitimine Yeniden Bakmak” “MSGSÜ-ŞBPB-25. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu Buluşması”, İstanbul
- Dadak, Kemal (2017). “Yeni Kuşak Hak Olarak Çevre Hakkı”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s.313, 322
- Demirel Gamze Güler, 2017, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Dereli, Zeliha, (2011). “Roma Hukukundan Günümüze İntifa Hakkı Sahibinin Hakları” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1(7), s.4
- Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu, (1987). “Çevre ve Kalkınma Komisyon Raporu: Ortak Geleceğimiz”
- Erdoğan, Duygu (13.05.2015). “2.5 milyon riskli yapı ‘ucuz kredi’ bulacak”. Milliyet
- Ergun, Cem, Hüseyin Gül (2010). “Barınma Hakkının İhlal Edilme Sürecinde Kentsel Dönüşüm Projeleri.” (Ed.) Mesut Gülmez. II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu. Denizli: Petrol-İş, s.364-365
- Erkan, Nihal Ekin (2012). “Ebniye Nizamnamesinden Şehir Planlama Teorisine Uzanan Yol: İstanbul’da Şehir Planlama.” Çağdaş Yerel Yönetimler 21(4), s.9
- Gökgür, Pelin (2005). “1933’den 2003’e Atina Kartasındaki Değişimler, CIAM’dan CEU’ya.” Planlama, (31), s.37, 40, 41
- Göktepe, Elif, 2019, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Bina Tamamlama Sigortası , Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir
- Gönüllü, Günay (2014). “Çevresel-Kentsel Hakların Gelişimi: Dünyada ve Türkiye’de Kentsel Haklar.” İnsan Hakları Yıllığı, C.32, s.38
- Görgülü, Zekai (2009). ”Kentsel Dönüşüm Ve Ülkemiz”. (Ed.) TMMOB. TMMOB İzmir Kent Sempozyumu. İzmir: TMMOB, s.770
- Gül Tuğba, 2020, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Gül, İbrahim (2004). “Danıştay Kararlarında “Kamu Yararı” Kavramı”. Ankara Barosu Dergisi, (2), s.537
- Gündüz, Ebru (2016). “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(33), s.81
- Güneş, Ahmet M. (2010). “Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme.” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, s. 310-312, 317-318
- Gürsellers, Güneş (2008). “İnsan Hakları, Çevre, Anayasa.” TBB Dergisi, S.75, s.200
- Hamamcıoğlu, Gülşah Vardar, 2013, Medenî Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul

- İba, Şeref., Yasin Söyler (2019). “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları” Anayasa Yargısı, 36(1), s. 199
- İnci, Zekiye Özen, 2008, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir
- Kapancı, Kadir Berk (2016). “Türk Ticaret Kanunu’nun 7. Maddesinde Öngörülen “Ticari İşlerde Teselsül” Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2) , s.154
- Kaplan, Onur, 2017, İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Karabatak, Rüstem (1996), Hukukun Anlam Bakımından Uygulanması (Yorum ve Nitelendirme), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Karadeniz, Umut 2021, Bina Tamamlama Sigortası Sözleşmesinde Riziko, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Karahan, Gönül, 2010, Yapı Ömrü Kavramına Bütüncül Bir Bakış, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Bursa
- Karaküçük, Barış, 2021, Alım (İştira) Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Karaman Buket, (2015). Acele Kamulaştırma, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Karşlıoğlu Hasan, 2007, Anonim Şirket Genel Kurul Kararları, Kararların Alınması ve Etkileri, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara
- “Kentsel Görev Gücü”(Urban Task Force), (1999). “Kentsel Rönesansa Doğru”(Towards an Urban Renaissance), s.4-5
- Kırkbeşoğlu Nagehan, 2010, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Köktürk, Erdal (2005). “Arsa Düzenlemeleri İçin Önemli Bir Araç: İmar Programı.” Hkm Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi, 2005(92), s.18
- Uyar, Talih, (2017). “Seçilmiş Yargıtay Kararları” Ankara Barosu Dergisi, 2017(2), s.258
- Kuzu, Burhan (1996). “Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkının Gelişim Süreci.” İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, s.148
- Küfteoğlu Ekim Su, 2020, İnşaat Sözleşmesinde Ayıbın İş Sahibinden Kaynaklanması, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul

- Odyakmaz, Zehra (1998). “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), s.7
- Oral Murat, 2020, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Öğütçü, Muhlis (2009). “Dayanışma Hakkı Olarak Yurttaşların Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı.” İnsan Hakları Yıllığı, C.27, s.37-38
- Önen, Semih Mustafa, İhsan, Eken (2016). “Yerel Yönetimler Üzerinde Uygulanan İdari Vesayet Yetkisinin İrdelenmesi”. Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 15(56), s.278
- Özay Osman Levent, Feride Demirbaş (2017). “6306 Sayılı Kanun Bakımından Kentsel Dönüşüm Süreci ve Tapu Sicil İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), s.231
- Özbilen, Arif Barış (2016). “Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı” TBB Dergisi, (126), s.266
- Özkaya Özlüer, Ilgın (2018). “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Alanlarda Riskli Olmayan Yapıların Durumu.” Ankara Barosu Dergisi, C.76(1), s.252-253
- Özmen, Saba (2013). “6306 Sayılı Yasa Uygulamalarında Arsa Payının Düzeltilmesi Davasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar” İstanbul Barosu Dergisi, 87(5), s.735-737
- Özsoy Görkem Mutlu, 2015, Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Öztürk, Hanife Ebru, 2019 Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Pallemarts, Marc (Çev. Bülent Duru) (1997). “Stockholm'den Rio'ya Uluslararası Çevre Hukuku: Geleceğe Doğru Geri Adım Mı?” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 52(1) , s.621, 624
- Pektaş Ahmet, 2020, Eser Sözleşmesinde Ceza Koşulu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Ankara
- Pektaş, Ethem Kadri (2010). “Avrupa Kentsel Şartları Perspektifinde Bir Kentli Hakkı Olarak “Katılım Hakkı” ve Türkiye.” Afyon Kocatepe Üniversitesi, İ.İ.B.F. Dergisi, 12(2), s. 31-32
- Seçer Öz (2021). “Kentsel Dönüşümde Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İdari Yolla Sona Ermesini Koşulları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021(1), s.955
- Sibel Polat, Neslihan Dostoğlu (2007). “Kentsel Dönüşüm Kavramı Üzerine: Bursa’da Kükürtlü Ve Mudanya Örnekleri”. Uludağ Üniversitesi Mühendislik-Mimarlık Fakültesi Dergisi, 12(1), s.63
- Solak, Nilgün, 2020, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul

- Solmaz, Yasemin (2013). Kentsel Dönüşüm ve Kentsel Hareketler: İstanbul'da Kent Hakkı Mücadeleleri." Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul
- Şahankaya Arda, 2021, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Şaşmaz, Canbulut (2010). İmar Mevzuatına Aykırı Yapı Kavramı ve Denetimi. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Şenol, Kübra Ercoşkun (2018). "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sistemik Açısından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Durum" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22(4), s.40
- Tahtalı, Murat Buğra, (2021). "Türk Hukukunda Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında İdarenin Sorumluluğunun Eski Malike Yükletilmesi Sorunu" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan(46), s.512-513
- Temiz, Özgür (2014). "Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı." Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 69(1), s.173
- Toprak İpek Betül Aldemir, 2019, Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, Doktora Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Tunç, Aybike (2016). "İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (TBK md. 473/I)" Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), s.266
- Turgutalp Mehmet Ali, 2011, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 Sy. CMK'nın 135.Maddesi), Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya
- Turhan, Mehmet (2020). "Hans Kelsen'in "Normatif Alternatifler Kuramı"nın Gözden Geçirilmesi" Anayasa Yargısı, 36(1), s. 4-5
- Uslu Abdüssamet, 2018, Kat İrtifakı, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya
- Uyanıker Kırbaş Fatma, 2017, Neoliberalizmin Kent Üzerindeki Sosyo-Mekânsal Etkisi: Ankara Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Uz, Abdullah (2008). "Türkiye'de Çevre Hakkının Mülkiyet Hakkı ve Özel Teşebbüs Hürriyeti Üzerindeki Etkileri." Amme İdaresi Dergisi, 41(3), s.117
- Ülger, Nihat Enver (Ekim 2013). "Açılış Konuşması". 1. Uluslararası Kentsel Dönüşüm Sempozyumu. Ankara: HKMO, s.8
- Üstündağ Mustafa Emir, 2011, Medeni Hukukumuzda Taşınmazların Açık Arttırma Suretiyle Satımı, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Yalçın, Berk (2017). Arazi ve Arsa Düzenlemesi İşlemleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolu. Yüksek lisans tezi, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara

- Yalınca Özlem, 2018, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Yamak, Yalçın (2006). “İmar(Yapılanma) Haklarının Devri: Model-Uygulama Alanları ve Sonuçlar” Planlama Dergisi, 2006(1), s.71
- Yılmaz, Kumru Kılıçoğlu (2014). “Eşlerin Paylı Mülkiyetleri” TBB Dergisi, (114), s.87
- Yılmaz Muhammed Furkan, 2019, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- Yılmazsoy, Ebru, 2016, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- Yurtcanlı, Seda (2012). “Fransız Çevre Şartı’na Bir Bakış.” İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, (47), s.317
- Yüce, Melek Bilgin (2013). “Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8(özel sayı) , s.3192

3. Elektronik Kaynaklar

- Acıklamali Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü, <https://www.afad.gov.tr/tr/23792/Aciklamali-Afet-Yonetimi-Terimleri-Sozlugu?kelime=ayr%C4%B1nt%C4%B1l%C4%B1+jeoteknik+et%C3%BCt+gerektilen+alanlar> 18.03.2016
- Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü, <https://www.afad.gov.tr/tr/23792/Aciklamali-Afet-Yonetimi-Terimleri-Sozlugu?kelime=%C3%B6nlemler> 18.03.2016
- Avrupa Birliğı (2000). Consolidated Version Of The Treaty Establishing The European Community (12002E/TXT). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12002E%2FTXT>, 08.03.2018
- Avrupa Birliğı (2005). Avrupa Birliğı İçin Bir Anayasa Hazırlama Antlaşması. s. 109-110, https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_en.pdf, 06.03.2018
- Avrupa Birliğı (2007). Sürdürülebilir Avrupa Kentleri için Leipzig Şartı. (Çev. Aydan Erim), Mimarlar Odası. <http://www.mo.org.tr/UIKDocs/leipzigarti.pdf>, 15.03.2018
- Avrupa Ekonomik Topluluğı (1987). Avrupa Tek Senedi (OJ L 169). (Çev. Meltem Cansever – İktisadi Kalkınma Vakfı). <http://www.ikv.org.tr/images/files/A4-tr.pdf>, 08.03.2018
- Avrupa Konseyi Avrupa Kentsel Şartı – 2 (2008). Yeni Bir Kentlilik İçin Manifesto (269). (Çev. Aydan Erim), Mimarlar Odası – Ağustos 2008. <http://mo.org.tr/UIKDocs/kentselsart2.pdf>, 15.03.2018

- Avrupa Konseyi Avrupa Kentsel Şartı (1992). Avrupa Kent Hakları Deklarasyonu (The European Declaration of Urban Rights). <http://www.mo.org.tr/UIKDocs/urbancharter1.pdf>, 15.03.2018
- Babür Deliktaş, (2014). Malzeme Bilimi slayt. s.18, <https://slideplayer.biz.tr/slide/2282089/> 09.08.2021
- Birleşmiş Milletler (1996). İnsan Yerleşimleri Konferansı Habitat II İstanbul Deklarasyonu. s.2,56,57, <https://www.toki.gov.tr/habitat/dokumanlar/habitatgundemi.doc>, 14.03.2018
- Birleşmiş Milletler (Aralık 1948). İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (217.A(III)). s.52, http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf/ 07.03.2018
- Birleşmiş Milletler (Haziran 1972). İnsan Çevresi Konferansı Raporu (A/CONF.48/14/Rev.1). s.3-4, <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>, 07.03.2018
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (1966). Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (2200 A XXI). <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, 10.03.2018
- Bişkin, Hüseyin (09.03.2017). “Kadıköy’de 4 yılda 5 imar planı değişti”. Gazete Duvar, <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2017/03/09/kadikoyde-4-yilda-5-imar-planı-degisti/>, 29.03.2019.
- Ç.Ş.B. İstanbul Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü. “Riskli Yapı Süreci”, <https://istanbulakdm.csb.gov.tr/riskli-yapi-sureci-i-3596> 23.08.2021
- Çalışkan Vural, Ece (2015). “İstanbul’da Emsal Artışları.” Dünya İnşaat, <http://www.dunyainsaat.com.tr/haber/istanbulda-emsal-artislari/11108>, 29.03.2019
- Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (2017). <https://www.csb.gov.tr/db/kastamonu/webmenu/webmenu14377.pdf/>, 10.12.2017
- Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (24.10.2016) Türkiye Habitat-III Konferansına Katıldı. <http://habitat.csb.gov.tr/turkiye-habitat-iii-konferansina-katildi-haber-65396>, 14.03.2018
- Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, “Alo 181 Sık Sorulan Sorular”, <https://181.csb.gov.tr/sss/riskli-yapilar>, 24.08.2021
- Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, “Rezerv Yapı Alanı-Rezerv Alan İçin Uygulama Süreci” <https://istanbul.csb.gov.tr/rezerv-yapi-alani-i-3121>. 25.08.2021.
- Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, <http://mpgm.csb.gov.tr/mekansal-strateji-plani-nedir-i-4381>, 24.11.2018

- Çubuktar, Mert(2017). Davranış ve Koruma Yan Yükümlülüğünün Sözleşme Dışı Üçüncü Kişilere Etkisi “YHGK (6.5.1992) 1992/13-213 E., 1992/315 K. (Tüpgaz Kararı)”. t-pgaz-karar_951016.pdf (eryigithukuk.com) 23.08.2021
- Duman, İlker Hasan (t.y.). “Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı.”, <http://www.ilkerduman.av.tr/makaleoku.aspx?id=11&/Ay%C4%B1n%20Konusu/Sa%C4%9Fl%C4%B1kl%C4%B1%20ve%20dengeli%20bir%20%C3%A7evrede%20ya%C5%9Fama%20hakk%C4%B1>, 08.02.2018
- Dünya Sağlık Örgütü (Temmuz 2002). Sağlık ve İnsan Hakları üzerine 25 Soru 25 Cevap (Çev. Nazmi Zengin). http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42526/10/9241545690_tur.pdf/ 07.08.2018
- Dünya Sağlık Örgütü (Ekim 2006). Temel Belge(Basic Document)-(E/C.12/2000/4 no.14). s.1, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf/ 06.03.2018
- EMAP Şehircilik, <http://www.emapsehircilik.com/tag/brut-parsel/>, 30.03.2019
- Emlakkulisi.com, (07.11.2017). “Su yalıtımıyla binaların ömrü 100 yıla çıkacak”, <https://emlakkulisi.com/su-yalitimiyla-binalarin-omru-100-yila-cikacak/551929>, 09.08.2021
- Emlakkulisi.com, (5.11.2014). “Fikirtepe Kentsel Dönüşümde Önalım Hakkı”, <https://emlakkulisi.com/fikirtepe-kentsel-donusumde-onalim-hakki/306010>, 23.08.2021
- Er Akan, Aslı., Hilal Tuğba Örmecioğlu (2012). “Brüt Beton Yapıların Kullanım Ömrü ve Onarım Teknikleri.” Mimarlık Dergisi, Temmuz Ağustos 2012, S.366,
- Erbaş, Erdem (2010). “Sürdürülebilir Planlamada Yeni Tartışma Konuları.” Ekoyapı, <http://www.ekoyapidergisi.org/126-surdurulebilir-planlamada-yeni-tartisma-konulari.html>, 30.09.2017
- Erkurtoğlu, Ahmet (2016). “Parsel Bazında Değil, Ada Bazında Bir Dönüşümün Yapılması Gerekıyor.” Ekoyapı, <https://www.ekoyapidergisi.org/2531-parsel-bazinda-degil-ada-bazinda-bir-donusumun-yapilmasi-gerekiyor.html>, 29.03.2019
- Etimoloji Türkçe Sözlüğü, <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/imar>, 02.10.2017
- Mimarlık E-Dergi
<http://www.mimarlikdergisi.com/index.cfm?sayfa=mimarlik&DergiSayi=380&RecID=2980>, 9.8.2021
- Kadıköy Gazetesi, (02.01.2017). “Doğan, Kadıköy’de Riskli Bölgeye yapılan yeni planlar sorunları büyütecektir.” <https://kadikoygazetesi.com/56412-dogan-kadikoyde-riskli-bolgeye-yapilan-yeni-planlar-sorunlari-buyutecektir>, 29.03.2019
- Kiraz, Ali Güvenç, (29.01.2014). “İpotekler, İntifalar, Hacizler, Ayni Haklar ve Kentsel Dönüşüm”, <https://emlakkulisi.com/guncel/kentsel-donusumde-haciz/591460>, 23.08.2021

- Milliyet, (21.09.2017). “yılda 500 bin bağımsız birimi yenileyeceğiz”, <http://www.milliyet.com.tr/bakan-ozhaseki-2018-den-itibaren-ekonomi-2523555/>, 25.10.2017
- NTV, (17.08.2017). “Kandilli: Yakın gelecekte 7’nin üzerinde deprem olacak”, https://www.ntv.com.tr/turkiye/kandilli-yakin-gelecekte-7nin-uzerinde-deprem-olacak,xVjocgLZWUenpF_2AsE-eQ?_ref=infinite, 25.10.2017
- Posta, (22.11.2011). “Fikirtepe’ye piyango vurdu.” <https://www.posta.com.tr/fikirtepe-ye-piyango-vurdu-97230>, 29.03.2019
- Richard, Rogers (21.07.2002). The Guardian, “The Observer Regeneration conference” <https://www.theguardian.com/society/2002/jul/21/regeneration.comment>, 02.10.2017
- Riskli Yapı Tespit Raporu, <http://www.ugurkentseldonusum.com.tr/tr/2393/Riskli-Yapi-Tespit-Raporu> 23.08.2021
- Saltık Şenol (2017). Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları. <https://www.senolsaltik.av.tr/2017/08/05/kentsel-donusum-surecinde-riskli-yapi-tespiti-ve-hukuki-sonuclari/> 23.08.2021
- Sosyal Bilimler Sözlüğü (2011). “Türkiye Bilim Terimleri Sözlüğü.” Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi(TÜBA) <http://www.tuba.gov.tr/>, 02.10.2017
- TDK Büyük Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/>, 29.03.2019
- Vergi Dosyası, (05.05.2017). “Değerleme nedir? Değerleme Ölçüleri Nelerdir?”, <https://vergidosyasi.com/2017/05/05/degerleme-nedir-degerleme-olculeri-nelerdir/>, 25.08.2021
- Yanlı, Didem (2015). 6306 Sayılı Kanun Işığında Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına Genel Bakış. <https://www.linkedin.com/pulse/6306-sayili-kanun-i%C5%9Fi%C4%9Finda-kentsel-d%C3%B6n%C3%BC%C5%9F%C3%BCm-genel-baki%C5%9F-didem-yanli> 23.08.2021
- Yelken, Fatma Dilşad (17.04.2017). Kentsel dönüşümde arsa payı karmaşası ve düzeltim davası. <http://konuttimes.com/emlak-terimleri/kentsel-donusumde-arsa-payi-karmasasi-ve-duzeltim-davasi/77487/> 12.12.2017