

TAŞINMAZ MÜLKİYETİ SINIRLAMALARINA İLİŞKİN BAZI ÖNERİLER¹

Doç. Dr. Esin ÖRÜCÜ

I. SUNUŞ

Mülkiyet hakkının değişen ve gelişen anlamı karşısında ve çeşitli ülkelerdeki gelişmeleri de göz önünde bulundurarak, özellikle taşınmaz mülkiyeti alanında bazı sınırlama önerilerinde bulunmak ve 1961 Anayasamız açısından işlerliği olan ve yararlı sonuçlara varılmasını kolaylaştıracak olanaklardan söz etmek üzere bir denemeye girişmek istemekteyiz.

Önce, önerilerimizi yapmadan, çerçevemizi saptamalıyız:

Üst norm olan 1961 Anayasamızda, mülkiyet hakkına doğrudan ve dolayısıyla ilişkin ve Türk mülkiyet sisteminin temelini çizen maddeler şunlardır:

— md. 2 : Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.

— md. 8 : Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

— md. 10 : Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağ-

1) Bu öneriler Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı adlı Doçentlik (1975) tezimizde ortaya atılan önerilerdendir. Konunun önemi dolayısıyla ayrı bir makalede yeniden ve ayrıca ele almak gereğini duyduk.

daşamayacak surette sınırlayan, siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.

— md. 11 : Temel hak ve hürriyetler Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.

Kanun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.

Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz.

Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.

— md. 12 : Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

— md. 36 : Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

— md. 37 : Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini gerçekleştirmek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlamak amaçlarıyla gereken tedbirleri alır. Kanun, bu amaçlarla değişik tarım bölgelerine ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini gösterebilir. Devlet, çiftçinin işletme araçlarına sahip olmasını kolaylaştırır.

Toprak dağıtımı, ormanların küçülmesi veya diğer toprak servetlerinin azalması sonucunu doğuramaz.

— md. 38 : Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malları, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, tamamını veya bir kısmını kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Ödenecek karşılık, taşınmaz malın tamamının kamulaştırılması halinde o malın malikinin kanunda gösterilecek usul ve şekle uygun olarak bildireceği vergi değerini; kısmen kamulaştırmalarda da, vergi değerinin kamulaştırılan kısma düşen miktarını aşamaz.

Kamulaştırılan taşınmaz mal karşılığının vergi değerinden az takdir edilmesi halinde malikin itiraz ve dava hakkı saklıdır.

Çiftçinin topraklandırılması, ormanların Devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlarıyla kamulaştırılan taşınmaz mal ve kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprak bedellerinin ödeme şekli kanunla gösterilir.

Kanunun taksitle ödemeyi öngördüğü hallerde çiftçinin topraklandırılması, ormanların Devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskân projelerinin gerçekleştirilmesi için konulacak süre yirmi yılı; kıyıların korunması ve turizm amacıyla yapılacak kamulaştırmalarda ise bu süre on yılı aşamaz. Bu takdirde, taksitler eşit olarak ödenir ve kanunla gösterilen faiz haddine bağlanır.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten çiftçinin hakkaniyet ölçüleri içinde geçenebilmesi için zaruri olan ve kanunla gösterilen kısmın ve küçük çiftçinin kamulaştırılan toprağının bedeli her halde peşin ödenir.

— md. 39 : Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek

karşılığı kanunda gösterilen şekilde ödenmek şartıyla devletleştirilebilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngördüğü hallerde, ödeme süresi on yılı aşamaz ve taksitler eşit olarak ödenir; bu taksitler, kanunda gösterilen faiz had-dine bağlanır.

— md. 41 : İktisadî ve sosyal hayat, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla düzenlenir.

İktisadî, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu maksatla, millî tasarrufu arttırmak, yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma plânları yapmak Devletin ödevidir.

— md. 50/5 : Devlet, tarih ve kültür değeri olan eser ve anıtların korunmasını sağlar.

— md. 53 : Devlet, bu bölümde belirtilen iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadî gelişme ile malî kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirir.

— md. 123 : Olağanüstü hallerde vatandaşlar için konulabilecek para, mal ve çalışma yükümleri ile bu hallerin ilânı, yürütülmesi ve kaldırılması ile ilgili usuller Kanunla düzenlenir.

— md. 124/3 : Sıkıyönetim veya genel olarak savaş halinde... hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı... vatandaşlar için konulabilecek yükümler kanunla gösterilir.

— md. 129 : İktisadî sosyal ve kültürel kalkınma plana bağlanır. Kalkınma bu plana göre gerçekleştirilir...

— md. 130 : Tabii servetler ve kaynakları, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Arama ve işletmenin Devletin özel teşebbüslerle birleşmesi suretiyle veya doğrudan doğruya özel teşebbüs eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır.

— md. 131 : Devlet, ormanların korunması ve ormanlık sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir.

Devlet ormanları, kanuna göre Devletçe yönetilir ve işletilir. Devlet ormanlarının mülkiyeti, yönetimi ve işletilmesi özel kişilere devrolunamaz. Bu ormanlar, zamanlaşımıyla mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.

Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez.

Ormanlar içinde veya yakınında oturan halkın kındırılması ve ormanı koruma bakımından, ormanın gözetilmesinde ve işletilmesinde Devletle bu halkın işbirliği yapmasını sağlayıcı tedbirler ve gereken yerlerde başka yere yerleştirme kanunla düzenlenir.

Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvalık, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar bulunan topraklarla şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında orman sınırlarında hiçbir daraltma yapılamaz. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir ve bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz.

Ormanların tahribedilmesine yol açan hiçbir siyasî propaganda yapılamaz.

Artık, bu üst norma (Anayasaya) göre yorumlanacak olan ve fakat ondan önce yürürlükte bulunan ve özellikle özel hukuk alanında mülkiyetin gerçek düzenleyicisi olan Medeni Kanuna baktığımızda ise:

— md. 618 : Bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir; haksız olarak o şeye vaziyet eden herhangi bir kimseye karşı isithkak davası ikâme ve her nevi müdahaleyi menedebilir.

— md. 632 : Gayrimenkul mülkiyetinin mevzuu, yerinde sabit olan şeylerdir. Bu kanuna göre aşağıdaki şeyler gayrimenkuldür: 1 — Arazi, 2 — Tapu siciline müstakil ve daimî olmak üzere ayrıca kaydedilen haklar, 3 — Madenler.

*
**

Taşınmaz mülkiyeti, malikle sahip olunmaya elverişli taşınmaz şey arası bir ilişkidir. Bu ilişki toplum hayatı içinde ve topluma oranla sosyal fonksiyonuna göreli bir anlam taşır. Kapsamı ve niteliği, belirli yer ve zamanda kanunlarla saptanıp, düzenlenir ve sınırlanır. Bugün bu göreli anlam, Türk sosyal, ekonomik ve hukuksal yaşantısı içinde, kamu ve özel hukuk karakterlerini kendinde toplayan bu özel nitelikteki aynî hakkın, mutlak ve tabii bir hak değil, sosyal (toplum bakımından ve malike yüklenen ödevler açısından) ve iktisadî (malike sağladığı olanaklar bakımından) bir hak olduğu, kanunla ve geniş anlamında anlaşılması gereken kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği, sınırlamaların hakkın özüne dokunamayacağı ve bu hakkın toplum yararına aykırı olarak kullanılamıyacağını, ifade eder. Burada, bir ileri aşamada, mülkiyet hakkının aynı zamanda toplum yararına uygun biçimde kullanılması gerektiğini de eklemek gereklidir.

Ayrıca, mülkiyet hakkının önemli bir özelliğini de bu çerçevede içinde hemen belirtebiliriz. Kapsamı maddi olan bu hakkın ve bu hakkı kullanma özgürlüğünün —paraya çevrilebilmesi bakımından— özünü malikin iradesi dışında ortadan kaldırma halleri Anayasada gösterilmiştir. Bunlar kamulaştırma, devletleştirme ve idarî irtifaklardır. Bu hallerde, malikle şey arası ilişkinin kesilmesine, malikin mülkiyetten doğan yetkilerinin ya tamamen sona ermesine, ya da bir kısmının (kısmî kamulaştırma ve idarî irtifaklarda olduğunca) donmasına, kayıtlamanın yetkiyi hiç kullanılamaz hale getirmesine varan bir sınırlamanın bulunduğu, açıkça belirlenmiştir. Hakkı ortadan kaldıran, paraya çeviren, anayasal anlamda özü ortadan kaldıran, fakat paraya dönüştürdüğü için öze dokunma adını almayan bu üç hâl (ki bu üç hal Anayasanın 38 ve 39. maddelerinde genel anlamlarını bulurlar) dışında kalan ve tüm sınırlama olanaklarına uygulanacak genel madde olan 36. maddede sözü edilen an-

lam ve kapsamda, kanunla getirilecek, hakkın özüne doğru yönelmiş sınırlamalar, öze dokunmadıkları ve kamu yararına yöneldikleri sürece yalnızca geçerli ve Anayasaya uygun değil fakat aynı zamanda gerekli, kaçınılmaz, zorunlu ve Anayasanın genel çerçevesi içinde Sosyal Devlet, Hizmet Devleti anlamına uygun olarak ve giderek mülkiyetin çağdaş anlamının gereklerini yerine getirmek için kullanılmalrı zorunlu sosyal siyaset araçlarıdır.

II. SORUN

36. maddede sözü edilen kanunla sınırlama halleri, öze dokunmayan, genel düzenleme niteliğinde, olağan, genel yetkilerin kullanıldığı hallerdir. Anayasanın 38. maddesinde sözü edilen, kamu yararını gerektirdiği hallerde Devlete ve diğer idarelere tanınan kamulaştırma ve idarî irtifaklar kurma yetkisi ise, öze de dokunan, mülkiyet ilişkisini de ortadan kaldıran, ya da (irtifak söz konusu olduğunda) ilişkiden doğan yetkilerin bir ya da bir kaçını donduran ama ilişkiyi de paraya çeviren özel hallerdir. 36. madde tüm sınırlama hallerini kapsamaktadır. Kamulaştırma, idarî irtifak ve Devletleştirme dışında da, genel düzenlemelerle, yasama ve yürütme işlem ve eylemleri ile mülkiyet ilişkisinden doğan yetkiler sınırlanacaktır. 38. maddede söz konusu hallerde karşılıkların peşin ödemesi (sınırlamanın öze dokunma sayılmamasını sağlamak ve keyfîlik olanaklarına engel olmak üzere) mutlaka söz konusu iken 36. maddede söz konusu sınırlamalarda böyle bir ödün genel olarak söz konusu değildir. Bu ancak, sınırlama, 38. maddede adı geçen kamulaştırma ya da idarî irtifaklarla yapıldığında, söz konusu olur.

Mülkiyet hakkı sınırsız bir hak değildir. Fert yararı ile toplum yararının karşılaştığı alanlarda toplum yararı üstün tutulmuştur. Bu hakkı kanunla sınırlamak Devletin hakkı, yükümlere ve koşullara uymak da malikin borcu olmak gerekir.

Mülkiyet ilişkisinden doğan yetkiler dolayısıyla bu hakkın sosyal düzen üzerindeki etkisi göz önünde bulundurularak ve iyi işleyen ve çağdaş anlama uygun bir mülkiyet rejiminin ve özellikle taşınmaz mülkiyetine ilişkin sistemin toplumu her bakımdan düzenli ve uyumlu bir duruma getireceği de gözden uzak tutulmayarak

ve ayrıca mülkiyet hakkının bir haklar ve ödevler sistemi olarak toplumca tanındığı ve düzenlendiği, dolayısıyla yürürlükte bulunan hukuk düzeni tarafından mülkiyet hakkının kapsamı ve genişliğinin çok geniş ya da dar tutulabileceği ve bunun da her ülkede sosyal bünye ve anlayışa göre değişebileceği ve mülkiyetin, kişilerin kıt ve sınırlı değerlerle (şeylerle) ve dolayısıyla diğer kişilerle ilişkisini tanımladığı hatırdan çıkarılmazsa ve yine mülkiyetin özgürlük ve kendine yeterliğin ekonomik temeli olması nedeniyle yaygınlaştırılması gereği de kabul edilirse, bu hakkın "kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilirliği" ilkesine geniş uygulama alanı tanımak yoluna gidilmesi kaçınılmaz olur. Hele ki bizde olduğunca, Anayasa da bunu emretmekte ve öngörmekte ise...

Gerçekten de, mülkiyet, sosyal bir kurum olarak yaşamla birlikte devamlı bir değişikliğe uğramıştır².

Bunları gözönünde bulundurarak öneriler kısmında çeşitli —ve fakat her zaman gerçekcilik ilkesini ön planda tutan— olanaklardan söz etmek istiyoruz.

III. ÖNERİLER

1. Önce yapılması gereken, mülkiyetin konusu olan şey'lerin, toplum yararı kavramından hareketle, sosyal ve ekonomik önemi-ne ve toplum içindeki yararıyla orantılı yerine göre, bir önem sırasına konmasını sağlamaktır. Burada önerimiz, kamu mallarından zâten ayrı olarak düşünülmekte olan özel mülkiyete konu taşınmaz mülkiyetini, konulara göre ayırıp derecelendirmek, bu derecelen-

2) Akipek, J., Mülkiyet Kavramı üzerine bir inceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt V., s. 1, 1969 Ankara, Sh. 2. de der ki: "Bu sebeptendir ki muhteva ve şumulü her zaman her yerde aynı ve değişmez olan mücerret bir mülkiyet müessesesi bugünkü hukuk sistemlerinde mevcut değildir. Mülkiyet hakkının mahiyetini ve ana hatları ile karakteristik vasıflarını medenî kanunlar çizer, bu hakkın muhtevasının şumulünü ise daha ziyade kamu hukuku karakterli kanunlar tâyin eder. Çünkü anayasalar Devlete Anayasada gösterilen sebeplerle mülkiyet hakkını sınırlama yetkisini tanır ve hattâ bazan kendileri bu hakkı sınırlar. Türk Hukukunda da durum böyledir."

dirme sonunda kamu malları kategorisini genişletmek ve özel mülkiyete konu olacak şey'leri de yeniden düzenlemektir. Hukukun sosyalizasyonunun söz konusu olduğu çağımızda, Devletin, sosyal ve ekonomik gereksinmeler dolayısıyla özel hukuk alanında zayıfı korumak ve daha düzelmiş bir sosyal adalet temin etmek üzere müdahalesi olağan ve gereklidir³. Bunu gerçekleştirmek için de mülkiyet hakkı, içeriği ve kendisine tanınan koruma derecesine göre sınıflara ve derecelere ayrılır. Bu sürece *fragmentasyon* (*bö-lünme, dereceleme, parçalanma, sınıflanma*) da denebilir. Bu, bugün mülkiyetin içeriğinin evriminde varılmış en ileri safhadır. Bu, mülkiyetin sosyal bir fonksiyon olduğu ve malikle şey arası ilişkiyi, bağı doğuran toplumun, malikin hakkının mutlak ve inhisari olmasını engellediği görüşünün mantıki sonucunu temsil eder⁴. Bu görüşü iz-

3) Lewis, J., On Human Rights, UNESCO Symposium, Human Rights, Comments and Interpretation, (intro. Maritain, J.), London, N.J., 2d. imp. mcml, sh. 68'de insan hakları ve sosyal hakların gelişimini anlatırken, ilk devri, haklar uğruna savaş ve politik çatışmalar devri olarak niteler ve bu devrin otokrasinin yenilgisi ile kapandığını söyledikten sonra; ikinci devrin de çatışmalar devri olduğunu ve bunun iki safhada cereyan ettiğini belirtir. İlk safha bir kompromi safhasıdır; sosyal haklarla mülkiyet hakkı karşılıklı tavizler vermek zorunda kalmışlardır. İkinci safhada, mülkiyet, varlığının tehlikeye düştüğünü görmekte, sosyal reform ise, ekonomik güvenlik, açıktan özgürlük ve ekonomik savaşların sonu gibi en önemli ve hayati sorunlarının çözümünün eski anlamda mülkiyet hakkının daha kapsayıcı ve tam anlamıyla yok edilmesini gerektirdiğinin farkına varmaktadır. Bu da insanları, eskiden politik olarak otokrasiyle karşı karşıya iken düştükleri problemlere, bu kere de sosyal olarak mülkiyetle karşı karşıya iken düşürmüştür. İlk halde, nihai olarak otokrasi yenilmeden insan hakları sağlanamışlardı, bu ikinci halde de insan hakları, liberalizm (yani sermayenin mutlak hakları) yenilmeden sağlanamayacaktır. demektedir. Ayrıca Sosyal Devlet ve Sosyal Haklarla ilgili toplu bilgi için bkz.: Örucü, E., sosyal Refah Devletinde bir Sosyal Kamu Hizmeti: Konut, İ.Ü.Y.: 1765, H.F.: 388, İstanbul 1972. sh 5-34.

4) Katsarov, K., The Theory of Nationalisation, The Hague, 1964 sh. 123. Mülkiyeti içeriğine göre sınıflandırma, mülkiyetin mutlak karakterinin inkârı, sosyal fonksiyonunun kabulü, ilk ola-

lemek için demokratik, batılı görüşlerden ayrılmak gerekmez. Sosyal fonksiyon görüşü ve dolayısıyla mülkiyetin toplum yararına kullanılması gereği kabul edildikten sonra, çeşitli mülkiyet kategorileri arasında önemli farklar olduğu ve bazı kategorilere (ev, bahçe, kat gibi) Devletin müdahale gereği duymayacağı, bazı kategorilerde Devletin mülkiyetle daha yakından ilgilenmesi sonucu (özellikle anonim şirketler, toprak mülkiyeti, doğal kaynaklar, devletin alt yapı tesisleri ile kıymet kazanan ve toplum için önemi olan değerler) daha etkin ve yaygın müdahalelerin söz konusu olacağı, bazı kategorilerde ise (kıyılar, eski eserler, bazı doğal kaynaklar) özel mülkiyetin varlığının kabul görmeyeceği ortadadır.

rak 1936 tarihli Sovyet Anayasasında yasama konusu olmuştur. Bu Anayasa, mülkiyete karşı olan bir tutumu teyid etmek için yapılmıştır. Buna göre mülkiyet esasta sosyalisttir. Kişinin iktidarından çıkarılmıştır ve edinme, elden çıkarma ve kullanma topluma aittir. Bu mülkiyet bir alt bölünme ile Devlet malı ve kooperatif ve kollektif mal olarak ayrılmaktadır. Burada en önemli yeni unsur, mülkiyet kategorilerinin birbirlerinden farklılaşmaları ve bunun Anayasada açıkça belli olmasıdır. 1936 da frangmantasyonun kabulü ile, 1947 tarihli Bulgar Anayasası örneğin, 6. maddesinde: "halkın mülkiyeti, kooperatif mülkiyet, özel mülkiyet" ayrımını yapmış, 10. maddesinde de özel mülkiyet emek ve tasarrufla sağlanan ve normal olarak var olan, diye ikiye ayrılmıştır. Halkın mülkiyeti, kooperatif ve özel mülkiyet ayrımını, 1946 Yugoslav Anayasası (md. 16, 18), 1948 Romanya Anayasası (md. 5, 8), 1946 Arnavutluk Anayasası (md. 7-9), gibi anayasalarda da görebiliriz. Anayasaların incelenmesi ile ortaya şu çıkmaktadır: İlk kategori, Devletin ya da halkın mülkiyetidir. Millileştirme aracı ile özel mülkiyet buna dönüşür ve devletin elindeki "esas vasıta"dır." İkinci kategori, toplumun yakından ilgilendiği kooperatif mülkiyet (ve kollektif çiftliklere ait mülkiyet), üçüncü kategori ise özel mülkiyettir. Yasama bunu tanır, korur, garantiler, içeriği diğer kategorilerin varlığı ile sınırlıdır. Ayrıca emek ve tasarrufla elde edilen özel mülkiyet vardır. Bunun özel korunması sözkonusudur. Bir de kişisel mülkiyet var ki bunun da kapsamını kanun tayin eder ve ilk defa 1936 Sovyet Anayasası ile ortaya çıkmıştır. Buna elkonamaz ve mirasla geçer. Bkz: Katsarov, K., a.g.e., sh. 123-127 ve Hazard, J.N., Law and Social Change in the U.S. S.R., London 1953, sh. 1-34'de Sovyet Rusya'daki mülkiyet durumu ile ilgili genel bilgi.

Türk hukukunda da bu gerçekte böyledir. Çeşitli şeyler üzerinde mülkiyet ilişkisinin kabul edilmediği, çeşitli konularda da, özellikle sosyal ve ekonomik nedenler göz önünde bulundurularak, daha fazla sınırlamalara gidildiği açıktır. Mülkiyeti içeriğine göre sınırlandırma, yalnız taşınır ve taşınmaz mülkiyeti gibi geniş adlar altında değil, artık, özellikle taşınmaz mülkiyeti açısından, taşınmazın toplumdaki önemine, sosyo - ekonomik değerine göre olmalıdır⁵. Bu, kesin bir ayırım biçiminde yasalarla sunulmalı ve herhalde mülkiyete ilişkin bir yasa ile bu derecelendirme, Anayasanın ışığı altında belirlenmelidir. Bunu gerçekleştirmenin iki yararı olacaktır. Gerek kamulaştırma, gerek millileştirmelerde, karşılık sorunu, bu derecelere orantılı olarak düşünülebileceği ve biraz ileride üzerinde duracağımız değerlendirme resmine buna ilişkin olarak yeni bir biçim verilebileceği gibi, aynı zamanda toplum yararına uygun kullanma yükümü de, bu derecelere göre, içerikle ilişkili olarak, malike daha kolaylıkla uygulanabilir hale getirilebilecektir. Mülkiyet kategorileri birbirlerinden, kendilerine tanınan korunma biçimi ve sosyo-ekonomik içerik bakımından farklılaşınca —örneğin taşınmazlar arası, tek katlı ev ya da gecekondü, bir otelden, bir otel bir bütangaz üretim fabrikasından farklı anlamlara kavuşunca— ülkenin sosyo-ekonomik sorunlarına da daha farklı bir eğilme olanağı doğmuş ola-

5) Doğanay, Ü., Mülkiyet Açısından Toprak Çeşitleri ve Tabii Oldukları Ana Kurallar (Toprak Rejimi) adlı Büyük İstanbul Bölgesi Kent İşletmesi Sorunları Uluslararası Semineri'ne (9-12 Aralık 1974) sunduğu tebliğinde, "memleketimizde mülkiyet açısından toprağı çeşitlere ayıran ve her bir toprak çeşidinin tâbi olduğu hukukî rejimi ayrıntılı biçimde düzenleyen özel bir 'Toprak Kanunu' yoktur" dedikten sonra, 1926'dan önceki durumu anlatmakta ve "özel mülkiyete konu olan ve olmayan toprakların alt çeşitlere ayrılması ve herbirinin özelliğine göre tabii olacağı hukuk kurallarının belli edilmesi ise özel kanunlara bırakılmıştır", M.K. md. 632, 641'de; 1617 ve 1757 sayılı Kanunlarda; 6831 sayılı Kanunda Köy Kanununda, Eski Eserler Kanununda; 2644, 766, 2613 sayılı Kanunlarda mülkiyetle ilgili düzenlemeler yapıldığını belirtmekte, bunların tümünün yeniden gözden geçirilip, "kamu mallarının işletilme ve kullanılma ilkelerini saptayan bir "Kamu Malları Kanununun" da bir an evvel çıkarılmasına şiddetle ihtiyaç vardır" sonucuna varmaktadır.

caktır. Burada ilke olarak her türlü mülkiyet, malikin edinme, elde bulundurma, kullanma, yararlanma, engel olma, tasarruf, elden çıkarma yetkilerini ifade eder; fakat bunların içerik, kapsam ve korunma dereceleri farklıdır. Kimi kategori ile Devletin tüm ekonomik, politik ve sosyal sorunları yakından ilgilenmektedir, kimi kategori ise yalnızca maliki ilgilendirir ki, bu kategori için tek sınır, hakkın kötüye kullanılmamasıdır. Mülkiyetin bu derecelendirilmesinin kabulü de, sosyal ve ekonomik koşulların karakteristik özelliklerine dayanır. Mülkiyete konu olan şeyle toplum arası organik bağ bu derecelenmenin baş nedenidir.

Mülkiyet yalnızca şeyle kişi arası bir hukukî bağ olamaz, çevre de söz konusudur dendiğinde, sosyal fonksiyondan söz edilmiş olmaktadır. Her mülkiyet kategorisinde sosyal fonksiyona ayrı ayrı yer verilince ve her kategoriye, sosyal fonksiyonuna ve toplum için olan önemine göre, belirli bir kapsam ve belirli bir korunma tanınınca derecelenmeden söz edilmiş oluyor. Mülkiyete tanınmış olan genel sosyal fonksiyon fragmantasyonda özelleşmektedir⁶.

Mülkiyete bugün sosyal unsuru katarak onu buna göre değerlendirmemiz, sonucu değiştirmemektedir⁷. Mülkiyet sosyal fonksiyonu da olsa, derecelense de malikin kişisel hakkıdır, devletler hu-

6) Katsorav, K., The Theory of Nationalistaion, Martinus Nijhoff/The Hague 1964 sh. 129.

7) Kalkı ki, örneğin Türk Hukukunda kamu mallarına daha üstün korunma olanakları tanınması, ihlâllerin cezaî müeyyidelerle karşılanması, özel mülkiyete konu mallardan farklı bir düzenlemeye konu olması, yerinin daha üstün olduğunu göstermekte ve giderek derecelendirmeyi haklı kılmaktadır. Gerçekte, devlet mallarının da hepsinin hukukî niteliği aynı değildir ve aynı hukukî rejime tâbi olamaz. Mallar arasındaki fark onların niteliği ve yapılarından çok tahsis ve kullanma yönlerinden ileri gelmektedir. Kamu malı kavramının katî ve değişmez bir kategori olmadığını ve kamu malı sayılan şeylerin de tahdidi olmadığını belirten Onar, S.S., Türk Hukukunda Amme Emlâki Teorisi (Mukayeseli Tetkik) Ebül'ulâ Mardin'e Armağan, İÜHF. 1944), kamu malı kavramı genişledikçe bu kategoriye giren malların da artacağını söylemekte (sh. 491-492) ve "yerine millî servet ve kültür bakımından diğerinin konulması imkânsız bulunan mallar da âmme emlâki sayılmak ve âmme hukuku kaidelerine tâbi tutulmak icabeder", diyerek böyle bir derecelendirmeye yer verilebileceğini orta-

kukunda da insan haklarındandır. Şey'i dilediğince kullanma ve elden çıkarma mutlak ve inhisarî bir yetki değilse de yine malikte kalmaktadır. Bu bakımdan bu derecelendirme ve bölme ilkesi fazla radikal bir öneri anlamına alınmamalıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi kamulaştırmalarda ve millileştirmelerde karşılık meselesinde, değerlendirme resminde ve toplum yararına uygun kullanmanın kurallara bağlanıp düzenlenmesinde kolaylıklar sağlayacak, düzenli bir gelişmeyi mümkün kılacak bir ilerlemeyi gerçekleştirmesi bakımından ve 1961 Anayasasının sağladığı olanaklar içinde de ele alınması kolay olduğundan bu konu üzerine yasama eğilimidir.

*
**

2. Toplum yararına aykırı kullanmama, *toplum yararına uygun kullanma* olarak anlaşılmalı ve yargı yerlerince de gerek yasalar, gerek uygulamalar bu ışıkta değerlendirilmelidir. Hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi özel hukuk alanında kullanılırken, bununla toplum yararına uygun kullanma arası paralel gözden uzak tutulmamalı ve bu kavramlar eş değerli olarak ele alınıp genel bir çerçeveye çizilmelidir. Yine yukarıda önerilen sosyo-ekonomik önem, içerik ve kapsama oranlı olarak bu kuralın uygulanmasında yargı yerleri belirli kriterler yaratmaya çalışmalıdırlar. Özellikle Anayasa Mahkemesi belirli testleri benimseyip⁸ belirli ölçütleri açıklığa ka-

ya koymaktadır (sh. 534). Özel mülkiyete konu şeyler arası da bu aynen böyledir... Nasıl ki kamu yararının bir adım ötesi toplum yararı olmuş, buradan geçilerek sosyal fonksiyona varılmışsa, mülkiyetin derecelendirilmesine de rahatlıkla gidilebilir. Mülkiyet ilişkisinin bir üçgen olarak (malik —şey— toplum) kabulünün doğal sonucu bu olmaktadır. Bugün Türk Hukukunda başlıca kamu malları ve bu kategorilerin özellikleri için bkz.: Düren, A., İdare malları, Ankara Ü.H.F.Y. 373, Ankara 1975, sh. 95-135.

- 8) Çeşitli ölçüt ve testler arasında örneğin A.B.D.'de Yüksek Mahkemece kullanılan "sınırlamaların akıl dışı (unreasonable), aşırı, indi ve keyfî (arbitrary) olmaması", "seçilen araç ile ulaşılması istenen amaç arasında gerçek ve esaslı (substantial) ilgi bulunması", "hukukî esas ve usullere uyulmadan (due process) sınırlama yapılmaması", "sınırlamanın, umumun menfaati ve genel refahın gerektirdiği makul (reasonable) sınırlama sayılamıyacak tahdit ve takyid halini almaması", "sınırlamanın yasama organınca rasyonel bir esas ve dayanağa (rational basis)

vuşturarak çağdaş anlamda, en azından sosyal fonksiyon görüşüne uygun biçimde, kararlarına yön vermelidir. Böylece taşınmaz mülkiyetinin toplumdaki çağdaş ve kamu hukukuna dayalı yönü iyice belirlenmeli, özel haklarla toplumsal sorumluluklar arası ilişki de böylece çizilmelidir.

Böylece, toplum yararına kullanma nosyonu geliştirilince, her ne kadar, "lâkin 36/III, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmadığından bahisle idareye mülkiyet hakkına müdahale yetkisi vermez. Böyle bir müdahale bizzat Anayasanın 36. maddesine muhalif olur. Burada ancak idare kamu menfaati mülâhazasıyla, şartları varsa kamulaştırmaya başvurabilir. Kanun koyucu da toplum yararı gördüğü hallerde mülkiyet hakkını sınırlayabilir, yeter ki bu sınırlamalar kamu menfaati mülâhazasıyla yapılmış olsun"⁹, demektedir ise de; gerek, "üçüncü şahıslar, mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılmamasından dolayı, bir zarara uğradıkları takdirde bunun tazminini talep etmek yetkisine sahip olabilmelidirler"¹⁰, denebildiğine, gerekse, hakkın kötüye kullanılması teorisinin, mülkiyetin toplum yararına aykırı bir niteliğe sahip olmasını önleyecek yolda değerlendirilmesinin Türk Anayasası ilkelerinin ve çağımızın sosyal ve ekonomik koşullarının bir gereği olması¹¹ gerçe-

bağlanabilmesi", ölçütleri yararlı olacaktır. Ayrıca Balancing test (dengeleme testi)'de son derece önemlidir. Bir hak ve özgürlüğün kısıtlanıp kısıtlanmadığı kararlaştırılırken Yüksek Mahkeme, belli bir meselede ortaya çıkan zıt menfaatleri dengelerken şu formülü kullanır: Her davada, hak ve özgürlüğü sınırlayan işlem ile elde edilmek, ulaşılmak istenen toplumsal menfaate (kamu yararına) karşı, o hak ve özgürlüğün kendisinde mevcut ve mündemiç kişisel ve toplumsal yararı dengeler. Dengeleme sonunda, eğer kayıtlayıcı işlem ile gerçekleştirilmek istenen kamu yararının, özgürlüğün sınırlanmasında ağır basacak nitelikte bulunduğu ortaya çıkar ve saptanırsa, Mahkeme idarenin (ya da yasamanın) işlemini geçerli saymaktadır. Ayrıca haklar ve özgürlükler arası Mahkemenin uygulama ve saptamaları ile meydana çıkmış bir hiyerarşi de söz konusudur ki sınırlamalar değerlendirilirken bu da gözönünde bulundurulmaktadır.

9) Akipek, J., Mülkiyet Kavramı Üzerine... sh. 12

10) Akipek, J., Mülkiyet Kavramı Üzerine... sh. 12

11) Güriz, A., Teorik Açıdan Mülkiyet sorunu, A.Ü.H.F.Y: 253 Ankara 1969, sh. 349.

ğine göre, 36. maddenin üçüncü fıkrası, bütün maliklere ve özellikle malik buldukları şey sosyal ve ekonomik açıdan topluma oranla önem taşıyan ve yukarıda sözü edilen derecelenme içinde, toplum yararı açısından ön sıraları tutan şey maliklerine, yönelen bir yasak ve emir sayılmak gerekir. Bu hüküm, hem malikleri, hem idareyi hem de yargıçları bağlar; yasamaya da bundan böyle yaratacağı yasalar açısından yön verir.

*
**

3. Bu kapsam içinde *kamulaştırmaya* da yaklaşmakta yarar olabilir. Bir kere her ne kadar hukukumuzda kamulaştırmanın bir müeyyide olarak uygulanması idare için, alışlagelmiş bir davranış değilse de, toplum yararına aykırı bir kullanışa son vermek üzere, bu son verme düşüncesi kendiliğinden kamu yararını gerçekleştirmiş olacağından, kamu yararı amacıyla kamulaştırma yoluna gidilebilmesine bir engel olmamak gerekir¹².

Nitekim, Gecekondu, İskân ve Arsa Ofisi Kanunlarında söz konusu, taşınmaz malın geri alınabilmesi olanağı bir yana, 1934 tarihli Tapu Kanununun 15. maddesi, arazisindeki bataklığın kurutulma masrafına iştirak etmeyenlerin arazisinin kurutanın mülkü olacağı ve 1962 değişikliği ile İstimlâk Kanununa göre bedelin tesbit edileceğini öngörmüş. Ayrıca, 1953 tarih, 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun geçici 1. maddesi, karayolları sınırlarından iti-

12) Örneğin Sungurbey, İ., Medenî Hukuk Eleştirileri II. Cilt, İÜY: 1510, HFY: 330, İstanbul 1970, sh. 183'de, "İmdi, mutlak, liberal, bireyci bir mülkiyet anlayışına sahip olan eski hukukumuzda bile, yeni hukuk açısından mülkiyet hakkı niteliğinde bulunan tasarruf hakkına konu olan arazi-i emiriyenin, öbür adıyla, arz-ı memleketin, yani Anadolu ve Rumelinin tarımsal topraklarının hayati önemi yüzünden "maslahat" (kamu yararı) dolaşısıyla, ard arda üç yıl özürsüz olarak işlenmemesi durumunda tasarruf hakkının Devlet yararına sona ereceği kuralına yer verilmiştir.... Anayasamızın kuralları karşısında, tarımsal topraklardan malikin sürekli olarak yararlanması gerektiği, yoksa mülkiyet hakkının Devlet yararına sona ereceği ve toprağın topraksız çiftçiye dağıtılacağı yolunda bir kural haydi haydi, yeğlikle kabul edilebilir ve böyle bir kuralın kabulü yeni Anayasamıza aslâ aykırı olmayıp, mülkiyet hakkının özünü hiç bir biçimde kaldırmayıp tam tersine Anayasanın açık ve kesin buyruklarının yerine getirilmesi demek olur....", demektedir.

baren yolun her iki tarafından 15'er metrelik mesafede tesisi bulunanlar tesislerini mevzuata uydurmazlarsa, buralar kamulaştırılabilir demektir. Yine 1960 tarih ve 7463 sayılı Kanununun 4. maddesi, özel kişilere ait taşınmaz eski eserlerin belirli süre içinde tamir ve restorasyonuna başlanmaz ya da haklı sebep olmadan bitirilmez ya da kurallara uygun yapılmazsa, başkaca işleme gerek olmadan bunların kamulaştırılabileceğini belirtmektedir. 1956 tarih ve 6785 sayılı İmar Kanununun 1972 tarihli değişik 48. maddesi de boş arsalarda tebligata rağmen 5 yıl plana uygun inşaat yapılmadığı hallerde, bu yerler belediyelerce kamulaştırılabilir, hükmünü getirmektedir (Fakat bu maddeye gereksiz yere, eski malikin geri alma hakkı da eklenerek, özellikle böyle müeyyide niteliğindeki bir kamulaştırmaya ilişkin gayet yersiz bir hak tanınmış olmaktadır. Bedeilni alıp, şeyle ilişkisi kesilen eski malikin bu hakkının, normal hallerde bile, ne dereceye kadar çağdaş anlamlara uyduğu, tartışılabilir.)

Ayrıca, toprak ve tarım reformu alanında da bu tip kamulaştırmalar yer almaktadır. 1972 tarih ve 1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Ön Tedbirler Kanununun 4. maddesine göre, 1961'den bu kanunun yürürlük tarihine kadar, bu kanunda öngörülen istisnai hallerden birisi söz konusu olmaksızın, işlenmeyen ya da işletilmeyen arazinin tamamı Toprak ve Tarım Reformu Kanununun belli edilecek esaslara göre kamulaştırılır, denmektedir. 1973 tarih ve 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanununun 26. maddesine göre de reformun ilân tarihinde belirtilen esaslara göre verimli işletilmeyen ya da kiraya ve ortakçıya verilen toprakların tamamının kamulaştırılacağı, 64. maddede de, bu kanuna göre topraklarını işletmeyenlerin ya da terkedenlerin topraklarının kamulaştırılacağı, hükme bağlanmıştır.

Bu haller, genel ve kesin bir esasa bağlanmalı, tek tek kanunlarda her seferinde sözü edileceğine, toplum yararına aykırı kullanışların müeyyidesi olarak¹³ kabul edilmeli ve bu gibi "müeyyide

13) Umar, B., Türk Kalkınma Hukuku, Ege Ü.I.T.B.F.Y.: 64-17, Bornova 1971. sh. 62'de, "mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı yolda kullanılmasının müeyyidesi, gördüğümüz üzere, böyle bir kullanmanın hiç bir hakka dayanmayan bir davranış gibi işleme tâbi tutulmasıdır. Ancak Devlet, Anayasanın mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılması faraziyesinin belli

kamulaştırmalarda” (örneğin İmar Kanunu md. 48) kamulaştırma karşılığı da normal kamulaştırmalardan farklı olmalıdır ki, hem kişinin bu gibi kullanmaları, ya da kullanmamaları önleysin, hem de idare, bu kamulaştırmalardan —malî sıkıntı içinde olduğundan— kaçınma durumuna düşmeye gerek görmesin. Gerçek karşılığın vergi değeri ölçütüne bağlanması da Türkiye gerçekleri karşısında bir müeyyide sayılabilir, ama bu, vergileri doğru beyan etmemenin müeyyidesidir. Burada ise, dah az bir ödemede bulunma olanağı idareye sağlanarak, müeyyidesi belli olmayan bu toplum yararına aykırı kullanma hali, daha gerçekçi ve işler bir duruma getirilebilir ve getirilmelidir.



4. Şunu da önermekte yarar vardır: Kamulaştırma idare tarafından kullanılan olağan bir edinme yoludur¹⁴. Fakat *karşılık öden-*

müşahhas gerçekleşme şekilleri için özel hükümler sevkedip özel müeyyideler getirebilir. Bu özel müeyyide getirici özel hükümler güçlerini Anayasadan alırlar ve bunlar için “mülkiyet hakkının kullanılmasını sınırlıyorlar öyleyse Anayasaya aykırıdır” denemez. Meselâ, 6831 sayılı Orman Kanunu, bir taşının kaçır orman malları taşınmasında kullanılması halinde Devletce müsadere edilebileceğini belirtir. Anayasa Mahkemesi, bu hükmün, mülkiyet hakkına Anayasaya aykırı olarak tecavüz ettiğinin söylenemeyeceğine, tersine Anayasada destek bulduğuna karar vermiştir”, demektedir.

- 14) Kamulaştırmaya ilişkin bazı görüşlere de yer veren ve kalkış noktası bireyci mülkiyet anlayışı olan bir karşı oy yazısında, Yargıç Ketenoğlu, (26.9.1965 gün, E. 63/173, K. 65/40 — AMKD, S. 4, sh. 239-299) “Anayasanın 36. maddesi ferde tanınan bir hak ve hürriyetin kaynağıdır. Kamu yararı gerekirse bu hak, fayda yönünden ortadan kaldırılmamak şartıyla ve yine kamu yararı ölçüsünde sınırlanabilir. 37. madde toprak mülkiyetinin Devlete hasrına ve zirai işletmeciliğin yalnız devlet veya kooperatifler tarafından yapılması tarzına müsaade etmez... 38. madde de mülkiyet hakkının kamu yararı vardır mülâhazasıyla ortadan kaldırılması değil, özel mülkiyette bulunan muayyen taşınmaz malın, kamu yararının gerektirmesi, gerçek karşılıklarının peşin ödenmesi ve kanunda gösterilen usullere riayet edilmesi şartıyla kamulaştırmaya gidilebileceğini göstermektedir. Bu madde ile kamu yararına kayıtlanabilen taşınmaz mallardır, mülkiyet hakkı değildir. Muayyen şartların gerçekleşti-

mesi sorunu dolayısıyla, yaygın kullanımı zorlaşmaktadır. Bu bakımdan Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen, özü ortadan kaldıran ve bu bakımdan da mülkiyetin paraya çevrilmesini gerektiren bu edinme yolu dışında, Anayasanın 36. maddesinin sağladığı, öze dokunmayan olanaklardan yararlanarak, genel kanun sınırlamalarıyla idarenin daha geniş alanlarda özel mülkiyetten taşınmaz şeyler üzerinde müdahalesi sağlanmalıdır. Her ne kadar gerçekte, olağan bir yol olan ve artık belirli bir kamu hizmetine tahsis için, belirli bir kamu malına kalbetmek için değil, sırf kamu yararının gerektirmesi üzerine başvurulabilen bir yol olan kamulaştırmanın uygulama alanı çok genişleyebilirse de ve özellikle Anayasamıza göre belirli tür kamulaştırmalarda —örneğin çiftçinin topraklandırılması, ormanların devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amaçlarıyla yapılanlar— oldukça büyük ödeme kolaylıkları sağlanmışsa da¹⁵, yine de gerçekçi bir gözle bakıldığında —hele bu belirli, özel öncelik alanlarında da kamulaştırma yaptıktan sonra— genel kamu işlerinde mali olanakların kamulaştırmaya elvermeyeceği ortadadır. Bu bakımdan idarenin dar anlamda idarî irtifak olmayan genel düzenle-

rilmesi ile kamulaştırmaya gidilse dahi, mülkiyet hakkının icabı olarak sahibinin faydalandırılması prensibine dokunulmamalıdır. Bütün bunlar mülkiyet hakkının esas, kamu yararına kamulaştırmanın ise istisnai olduğunun ifadesidir...” demektedir.

- 15) Güriz, A., Modern Mülkiyet Kavramı ve Toprak Reformu, Türkiye'de Toprak Reformu Semineri, 6-8 Haziran 1968, A.Ü.H.F. Y.: 244, Ö.H.E. Y.: 7, Ankara 1968 sh. 116'da şöyle der: “Fikrimize göre, 38. maddede iki ayrı tazminat ölçüsü vardır. Devlet ve kamu tüzel kişileri münferit ve sınırlı nitelik taşıyan kamulaştırmalar yaptıkları zaman kamulaştırılan taşınmaz malın gerçek karşılığını peşin ödemek zorundadırlar. Buna karşılık çiftçinin topraklandırılması, ormanların devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi, iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılacak geniş kapsamlı kamulaştırmalarda “gerçek karşılığın” değil, kanun koyucunun göstereceği veya ölçüsünü belirteceği bir “bedel”in ödenmesi gereklidir. Bu türlü bir yorumun, yalnızca Anayasanın sözüne ve ruhuna değil, aynı zamanda toprak reformunu demokratik ilkelere uygun şekilde gerçekleştiren az gelişmiş ülkelerin tatbikatına ve Türkiye'nin şartlarına da uygun olduğu kanısındayız.”

meleri ile ve çoğunlukla hattâ değerlendirme resmi de alarak özellikle şehircilik alanında sınırlamalar yapması çok yerinde olur.

*
**

5. Bu arada önemle belirtilmesi gereken bir husus mülkiyet kavramındaki gelişme ve değişme yanı sıra kamulaştırmalarda *ödenek karşılık kavramında* da ilginç gelişmeler olduğudur. Federal Alman Anayasasının 14. maddesinin 3. fıkrasında şu hüküm vardır: “kamulaştırma ancak kamu yararının bulunması halinde caizdir. Kamulaştırma yalnızca tazminatın türünü ve kapsamını gösteren bir kanunla ya da böyle bir kanuna dayanarak yapılabilir. Bu tazminat, kamu yararı ile ilgili kişilerin faydası arasında âdil bir dengelemeden sonra tesbit edilir. Tazminat miktarında uyuşmazlık olması halinde âdalet mahkemelerine başvurulabilir.” Burada ilgi çeken husus, ödenek karşılığın saptanmasında, kamu yararı ile ilgilinin yararı arası âdil bir dengenin kurulması gereğidir¹⁶. Bu dengenin Türk Hukukunda da “mutatis mutandis” kurulabilmesini sağlayacak değişikliklere gidilmelidir.

Böylece karşılıkla ilgili yeni bir görüşün belirlediği ve bu görüşün kişi faydası ile toplum yararını uzlaştırmak amacını taşıdığı belirtilebilir. Karşılık kavramında ortaya çıkmakta olan bu değişimin mülkiyeti dokunulmaz tabii bir hak sayan doktrinden değil, fakat mülkiyet hakkını Anayasamız gibi sosyal hak kabul eden çağdaş mülkiyet anlayışından yararlandığı bir gerçektir. “Alman Anayasasında yer alan toplum yararı ile kişi faydasını uzlaştıran değer kavramı, kişi menfaatinin haksız şekilde çiğnenmesine ve yok pahasına kamulaştırma yapılmasına engel olduğu için, kişi yönünden âdil bir nitelik taşımaktadır. Diğer yandan da toplum yararının kişi faydasına üstünlüğünü kabul ettiği için, kamulaştırmanın bir zenginleşme ve devletin malî gücünü talan etme aracı olmasını engellemektedir.”¹⁷

Bazı ülkelerde ve bazı hallerde yasama, tazminat ödemedenden de kamulaştırmaya gidilebileceğini kararlaştırmak yetkisini haizdir.

16) Bu konuda bkz.: Friedmann, W., Legal Theory 5-ed. Stevens and Sons London 1967, sh. 405 - 407.

17) Güriz, A., a.g.m., sh. 117.

Buna örnek olarak. A.B.D.'de 5 ve 14. Ek'lerin yorumları ve sözünü yukarıda ettiğimiz Federal Alman Anayasasının 14. maddesi gösterilebilir. Ayrıca İngiltere'de 1967 tarihli Leashold Reform Act'e göre, uzun süreli kiraya verilmiş konutlarla ilgili olarak yapılan kamulaştırmalarda tazminat ödenmemektedir. Yine İngiltere'de 1965 tarihli War Damage Act'e göre, savaşta harabolmuş yerlerin kamulaştırılmasında tazminat ödenmemektedir. (Burmah Oil Co. Ltd. v. Lord Advocate (1965) A.C. 75 kararı). Kaldı ki, imar işlerinde inşaat ve geliştirme ruhsatı vermeyen idare, arsanın değeri böylece çok düştüğü halde, tazminat ödemediğine göre, İmar plânlamasına ilişkin yasalar da karşılık ödemediği kamulaştırmayı öngören yasalardan sayılabilir¹⁸.

Bu incelemenin kapsamı ayrıntılı bir biçimde bu konuların her birine girmemizi önlediğinden, örneğin kamulaştırmalar ve karşılık konusunda¹⁹ derin ve yaygın fikirler ileri sürmemize olanak sağlamamaktadır. Yalnız şunu bir kez daha belirtmekte yarar olduğuna inanıyoruz. Kamulaştırma ve karşılık mutlaka derin bir inceleme konusu yapılmalı ve yasamacada ele alınmalıdır. Çağdaş mülkiyet anlayışı ve gelişme ve kalkınmanın en yararlı araçlarından biri olan kamulaştırma ve pek kullanılmayan 39. madde yoluyla devletleştir-

18) Wade, H.W.R., Administrative Law Series, Oxford 1971, sh. 167-168. İngiltere'de kamulaştırma prosedürü ile ilgili kısa bilgi için bkz.: Eddey, K.J., An Introduction to Public Law, Butterworths, London 1967. sh. 118-121. Yine bu kamulaştırmalarda ödenmekte olan tazminata ilişkin sorunlarla ilgili olarak bkz.: Heap, D., An Outline of planning Law, 6 th. ed. London 1973. sh. 256-263, Genel olarak imar geliştirmeleriyle ilgili tazminat sorunlarına gelince bunları da en kapsayıcı biçimde görmek için bkz.: Telling, A.E., Planning Law and Procedure, 3 ed. London 1970. sh. 274-286.

19) Karşılık konusunda, bazı mülkiyet tiplerinin diğerlerine oranla daha farklı anlam taşıdığına da delili olmak üzere, tarım toprakları ile ilgili olağandan farklı bir uygulama yakın tarihlerde ele alınmıştır. Bkz.: Toprak ve Tarım Reformu Kanunu Uygulamasında Kamulaştırma Karşılığının Saptanması Hakkında Yönetmelik (özellikle md. 8, 9, 10, 11, 12, 13), R.G. 19 Kasım 1974 - 15067.

me Kamu Hukukumuzda mutlaka geliştirilmeleri gereken kalkınma ve sosyal siyaset araçlarıdır.

*
**

6. Anayasa Mahkemesinin 26/3/1963 tarih, E. 63/3 K. 63/67 sayılı kararı, biran evvel kanun koyucunun “sınırlı kira” ilkesi uyarınca yeni bir sınırlama sistemi getirmesi yolunu açık bırakmış ve hattâ bunun gerekliliğini ortaya koymuş olduğuna ve 14/9/1965 gün, E. 63/27, K. 65/47 sayılı karar ile de sınırlanmış kira ilkesini koruma ve bu alandaki kötü niyetli tutumları önleme ereğini güden hükümlerin Anayasaya aykırılığının düşünülemediği bir daha belirtilerek, 6570 sayılı Kanunun geri kalan maddelerinin iptali istemi de reddedildiğine göre Kanun koyucu bu çok önemli konuyu bir an önce düzenlemeli ve kamu yararına olduğu belirlenmiş olan bu konuda sınırlamalar ve kısıntıları hemen getirmelidir²⁰. Özellikle mülkiyetin çağdaş anlamını kabul eden bir Anayasanın varlığı karşısında ve sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılamanın da Anayasanın 49. maddesi ile Devlete bir ödev olarak yükletilmiş bulunması dolayısıyla kanun koyucu bu yola gitmek zorundadır da. Yukarıda da belirtildiği gibi Devlet uygun bir sosyal kamu hizmeti ile bu ödevleri üstlenmek durumundadır.

Bu noktaya kadar ileri sürmüş olduğumuz önerilerden bazıları yalnızca yargı organına yöneltilmiş yorum ilkeleri, önerileri; bazıları yasama ve yürütmeye yöneltilmiş uygulama, geliştirme ve yorum ilkeleri, önerileri olmaktadır. Gerek toplum yararına uygun kullanma ilkesini gerçekleştirecek usuller ve kullanmamanın müeyyideleri, gerek kamulaştırmalara ilişkin yeni görüşler ve karşılık sorunuyla ilgili gelişmeler göz önünde bulundurularak, kira sınırlamaları ve kullanım denetimleri yaratılarak mutlaka Anayasamızın gösterdiği çağdaş yönde yenilikler yapılması gerekir.

*
**

7. Şimdi sözünü edeceğimiz ve mevcut bir kuruluşun bünyesini değiştirerek (*Arsa Ofisi*) ve mevcut bir kurumun (*değerlenme*

20) Amerikada kira sınırlaması ile ilgili görüşler için bkz.: Aaron, H.J., Shelter and Subsidies, Studies in Social Economics, Washington 1972, sh. 18 - 22.

resmi) yapısını geliştirerek elde edilebilecek bir özel mülkiyete müdahale yöntemi oldukça yararlı sonuçlar doğurabilecek bir uygulama olabilir.

Değerlenme, arsa ve binaların değerinin, merkezî ya da mahallî idare işlem ve eylemleri dolayısıyla olumlu yollarla (bayındırlık işleri, kamu yatırımları) ya da olumsuz yollarla (başka arazi kullanma biçimlerini sınırlayarak) arttırılması olarak tanımlanır. Değerlenme yalnızca mülkdeki değer artışını tanımlamak için değil, malikten alınan ve bu artışa orantılı olan, resim anlamında da kullanılır. Kamu idarelerinin olumlu faaliyetleri sonucu ortaya çıkan değerlendirme, ya malikten doğrudan doğruya alınır, ya kamulaştırılan taşınmazların karşılığı hesaplanırken aynı maliğe ait ve bu kamulaştırma ve idari kullanma sonucu değeri artacak olan öbür taşınmazlardaki değer artışı göz önünde bulundurulur, ya da bir kamu faaliyetinin yanındaki yerlerin değeri artarsa, idare, bunları satın alır veya yeniden satarken, bu artışı, tamamen kendisine ayırır. Olumsuz yollar, özellikle planlama denetimlerinde kendini gösterir. Bir binanın yapımına izin verilmez de orası yeşil sahaya ayrılırsa, çevredeki diğer taşınmazların değeri artar; aynı zamanda kullanılabilir arazi miktarı azaldığından kalan kısımlarda talep yoğunlaşır ve bu yolla da bir değer artışı olur²¹.

21) Telling, A.E., a.g.e., sh. 249-251. Ayrıca sh. 251-255 arası Telling, İngiltere'deki gelişmeyi şöyle anlatmaktadır: Bir geliştirme planının uygulamasına ilişkin olarak artan değer yarısı, İngiltere'de 1909 ve 1925 İmar Kanunlarıyla resim olarak malikten alınmış, 1932 kanunu ile bu, artan değer % 75'ine çıkarılmıştır. Fakat bu kanunlar etkili olamamışlardır. 1941'de kurulan Uthwatt Komitesinin görüşüne göre, çare, halihazırda yapılmış, imar edilmiş alanlar dışında geliştirme (imar) hakkını millileştirmektedir. Toprak millileştirilmemekte, özel mülkiyette kalmakta, fakat imar işi yapılmak istenildiğinde Devletin onayı gerekmektedir. Devlet de gerekirse kamulaştırma yoluyla burayı alıp ya bir kamu idaresine geliştirmeyi yaptıracak, ya da bir özel geliştirmeciye yeniden satacak veya kiralayacaktır (Uthwatt Raporu, para. 56). 1947 İmar Kanunu (Town and Country Planning Act) bundan da ileri giderek, imar edilmiş, edilmemiş tüm arazinin imar hakkını millileştirmiştir. Fakat kamulaştırma mecburiyetini getirmemiş, bunun yerine geliştirme yapmak isteyen malike değerlendirme resmi ödemek

İngiltere İmar Hukukunda, Kamulaştırılmaya gidilmediği sürece bu bir değerlendirme resmi olarak (development charge) buraların maliklerinden alınır.

İmar hakkının (development right) değerlendirme resmi biçiminde ödenmesi hallerinde, yeniden imar faaliyetlerine girişmesine izin verilen malik, malın halihazır kullanma değeri ile izin verilmesi sonucu imkân dahiline girmiş olan yeni değer arası farkı, geliştirme resmi olarak idareye ödemelidir. Bu yol idarenin ruhsat verme işleminin mala bir değer kazandırdığı, kattığı görüşünden hareket eder. Burası kamulaştırılırsa, tazminat yalnızca halihazır kullanma değeri ile (existing use value) sınırlıdır. Malik bir nevi vergi ödemektedir. bu da sosyal anlamlı bir vergidir ve idarenin verdiği izinle doğmuş olan yeni değerden toplumun yararlanmasını amaçlamaktadır²². Türk Hukukunda imar izinlerine böyle bir çap kazandırmak ve bu anlayışla hareket etmek olanağı yaratılabilir sanırız. Hele ki bu, biraz aşağıda ele alacağımız olanakla da birleştirilebilirse...

mecburiyeti yüklemiştir. 1947 kanununda millileştirme terimi kullanılmamıştır ve açıkca imar haklarının devlete geçeceği söylenmemiştir, ama, teorinin bu olduğu açıktır.

- 22) İller Bankası Danışma Kurulu Başkanı Enver Kurdoğlu, Türkiye'de Toprak Reformu Seminerinde tartışmalar arasında yaptığı konuşmada (adı geçen seminer, sh. 154-155) bizim burada öne sürdüğümüz görüşün başka bir biçimini söz konusu etmiştir: "toprak reformu için yapılacak kamulaştırma dışında ben, artan değerler kaynağına temas etmek istiyorum. Türkiye'de Kalkınma Planındaki Devlet yatırımları arasında, toprak verimini arttırmak maksadıyla ele alınan geniş sulama, kurutma, taşkın kontrolü tedbirlerine ait milyarlar tutarındaki yatırımlarla, şahıslara ait arazinin değerleri kısa bir sürede büyük çapta arttırılmaktadır. Arazi sahiplerinin bu önemli Devlet yatırımlarına iştiraki henüz sağlanmamıştır. Diğer taraftan Devlet, geçirdiği kanalların istimplâk bedellerini de arazi sahiplerine gerçek ve artan değerleri üzerinden baştan derhal ödemektedir. Halbuki bu tip projelerin uygulanmasında ya halk yatırıma belli bir oranda iştirak etmeli veya Devlet, arazi sahibinden, yatırımla artan değer oranında, bedelsiz arazi almalıdır.... gerçekte, sulama, kurutma alanlarında artan değerler oranında Devletce bedelsiz alınacak arazi, toprak reformları için önemli bir kaynak teşkil edebilir." Yine aynı Seminerde (sh. 140). Sadi Koçaş da bu değer artışları üzerinde durmuştur.

İngiltere'de bundan da ötede bazı köklü tedbirler getirilmesi düşünülmüş ve şimdi ele alacağımız ve temel felsefesi idarenin araya girmesiyle ortaya çıkan değerın yeniden topluma dönmesi olan bir uygulamaya gidilmiştir.

İngilterede 1967 Land Commission Act ile bir Arsa Ofisi kurulmuştur²³. İmarı düşünülen yerleri satın alma hakkı bu Ofise tanınmıştır. Ofisin malike, halihazır kullanma değeri ve değer artışının da bir kısmını ödemesi, fakat tam piyasa fiyatını ödememesi düşünülmüştür. Ayrıca malik malını Ofise değil de başka bir kişiye satmayı seçerse, o zaman da, bu satış fiyatının halihazır kullanma değerini aşan kısmının yarısı (başlangıçta % 40'ı) Ofisce değerlendirme resmi (betterment levy) olarak alınmaktadır. Burada amaç, bir taşınmazda imar değeri artışı söz konusu olunca bir değerlendirme resmi almaktır. Malik bu halde imar değerinin % 50'sine sahip olabilmektedir.

Malik taşınmazı esaslı geliştirme için satar, ya da uzun süreli kiraya verirse, ya da kendi bu geliştirmeyi yaparsa, değerın artmasına bu geliştirme izniyle (development permission) yol açmış olan idare olduğundan, Arsa Ofisi bu değerın % 50'sini alabilmektedir. Her alım satımdan da Ofisin haberdar edilmesi gerekmektedir²⁴.

Ofis yalnızca değerlendirme resmi saptamak ve almakla kalmaz, geliştirmeye müsait taşınmazları da satın alabilir. Bunları kendi geliştirmede, satar ya da kiraya vererek geliştirtir (md. 12). Ofis geliştirmeye müsait olduğunu düşündüğü her yeri satın alabilir. Kamulaştırma da yapabilir fakat bu yola özel hallerde başvurur (md. 6/1). Ofis bir arsa bankası gibi fonksiyon görmektedir. Satarken ya da kiralarırken, en yüksek piyasa fiyatını arar, böylece kâr da eder (md. 16/2).

23) Land Commission Act'le ilgili olarak bilgi için bkz.: Telling, A.E., a.g.e., sh. 293-309 ve ayrıca toplu ve özlü bu konuya ilişkin her çeşit bilgi için bkz.: Heap, D., *Introducing the Land Commission Act*, Sweet and Maxwell, London, 1967.

24) Telling, A.E., a.g.e., sh. 303-304 de sistemin yumuşamalarından söz etmekte ve 1969 Finance Act'le değerlendirme resmine getirilen çeşitlemeler arasında özellikle kendi oturacağı evi yapanlara ve belirli bir değeri aşmayan evlere kolaylıklar tanıdığını söylemektedir.

Önerdiğimiz, Türkiye’de, 1969 tarihli, 1164 sayılı Kanunla kurulmuş olan Arsa Ofisini böyle bir yetkiyle donatan bir değişiklik getirilmesi. Özellikle kamu yatırımları ve harcamaları ile olağanüstü değer kazanan yerlerin satımında bedelin % 50’sinin İdareye geçmesini sağlamak; yine imar izinleriyle, örneğin iki katlı ahşap, bahçeli evin on katlı, her katta yirmişer odalı bir han haline getirilmesi izni çıkınca, bu artan değerden İdarenin pay almasını sağlayacak *yeni bir değerlendirme resmi kavramı yaratılması....*

Gerek bayındırlık işi, kamu yatırımı, alt yapı tesisi gibi (Boğaz Köprüsü, çevre yolları açma, fabrika kurma, vapur iskelesi ihdas etme, kanallarla sulama yapma) faaliyetleri gibi İdarenin pozitif davranışlarıyla gerek, İdarenin verdiği ruhsatlar gibi, iskân sahasına alma, fabrika kurma izni verme, yirmi kata izin verme, otel yaptırma ruhsatı verme gibi, ya da başkasının faaliyetlerine izin vermeme gibi, imar planı değişiklikleriyle mümkün olan, işlemlerle, artan değer—artışın % 50’sini vererek o taşınmaz ya da taşınmazların satın alınması, kamulaştırılırsa bu değerlendirilenin karşılıktan düşülmesi, ya da taşınmaz başkasına satıldığında normal fiyat artışının üzerinde olup da bu i darî faaliyet ve işlemler dolayısıyla artmış olan kısmın yarısının alınması yoluyla— İdareye dönmüş olacaktır. Sonra da Arsa Ofisi, bunları, istediği imar işlerinin yapılması için, ya satarak aradaki değerden bir daha yararlanacak, ya da uzun süreli kiraya verecektir.

Bu, özellikle arsa fiyatlarının çok artmakta olduğu yerlerde, ya da arsa spekülasyonuna²⁵, çok müsait yerlerde uygulanırsa çok yararlı sonuçlar doğurabilir.

İngiltere’de sözünü ettiğimiz bu kanunun tartışılması sırasında Toprak ve Tabii Kaynaklar Bakanı “gelişme değerinden pay almak, yalnızca bunun iyi bir gelir kaynağı olmasından, ya da vergi ödeyenler arası âdil bir orantı yaratmak ihtiyacından, ya da enflasyona engel olmak için değil, bu değerın malikten ziyade toplumun çabaları ile yaratılmış olmasından ve toplumun sırtından malikin zengin olmasının ahlâki değerler açısından haklı gösterilemeyeceği gerçeğinden hareket etmektedir. Bu bakımdan toplum geliş-

25) Heap, D., *Introducing.....*, sh. 8.

me değeri üzerinde söz sahibidir ve alınması gereken miktarı, olağan vergilerin tesbitinde uygulanan ekonomik faktörler ile tesbit doğru değildir”, demiştir²⁶.

İngiltere'deki bu sistem “mutatis mutandis” bizde de uygulanmalı ve Arsa Ofisinin yetkileri arasına bu da katılmalıdır. O takdirde Arsa Ofisinin de toplumda olumlu ve yaratıcı bir fonksiyonu olması sağlanabileceği gibi, diğer görevlerini yerine getirmesi de kolaylaşabilir²⁷.

Gerek bu, gerek değerlendirme resmine verilecek bu yeni anlam, Anayasanın 36. maddesinin 3. fıkrasının da anlamlandırmasında rol oynayacaktır.

*
**

8. Yeni imar gelişmeleri ve yapı izinleri bir yana, kurulmuş ve binalı arsalarla dolmuş kentlerde, *şehir arsalarının* millileştirilmesi olanağını araştırmanın gerçekçi olduğunu sanmıyoruz. Kamulaştırmalardan parasızlık nedeniyle kaçınılırken, tüm kent topraklarının millileştirilmesi yoluna gidebilmenin malî olanağı olmadığı gibi, her ne kadar çeşitli biçimlerde kent arsalarının tamamen kamuya mal edilmesi en etkin ve kestirme yol olarak nitelendirilmek-

26) Spekülasyonu önleme çabaları yıllardır sürüp gitmektedir. Bunu önleyebilmek için de çeşitli öneriler ortaya atılmıştır. Bunlardan ilginç bir tanesi de şudur: “Spekülasyonu önleyecek en müessir tedbir, kanunlara bir madde koymak ve satıştan sonra planda bir değişiklik olursa, muayyen bir müddet zarfında evvelki malike müşteriye ödediği bedeli vererek mülkünü kimin elinde olursa olsun istirdad selâhiyetini tanımaktadır”. Onar, S.S., Türkiye’de Mülkiyet Hakkının Takyidleri ve Neticeler (Cumhuriyet, 15 Mayıs 1957) Siyasi İlimlerde Fikir Dünyası Dergisi, 1967. sh. 14, ayrıca bkz.: Yavuz, F., Şehircilik, AÜSBFY: 148-125, İskân ve Şehircilik Enst.: 12, Ankara 1962, sh. 158.186.

27) 8 Ocak 1975 tarih ve 15112 sayılı R.G.’e yayınlanan Arsa Ofisi Genel Müdürlüğünün Görev ve Yetkileri ile Döner Sermayesinin Harcama Usulleri ve Arsa İşlerine Dair Yönetmeliğin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Ait Yönetmelik, Arsa Ofisinin bazı yetkilerini genişletmekte, kamulaştırma ve satın alma yetkisini yeniden belirlemekte, 60 yıllık kira sözleşmeleri ile diğer bir yönetmelik esaslarına göre arsaları kiraya verebileceğini açıklığa kavuşturmuştur. Fakat bizim belirttiğimiz anlamda bir yeniden düzenlemeye hâlâ ihtiyaç vardır.

te ise de, mülkiyet hakkının özüne dokunulamıyacağını belirten Anayasanın 36. maddesinin ve 11. maddesinin varlığı karşısında bunun olanaksız olduğu da belirtilmekte²⁸ olduğuna göre, hukuksal olanağını yaratmak güç olacaktır.

Fakat *yeni kurulacak kentler için*, ya da yeni yapılacak gelişmeler için yukarıda sözünü ettiğimiz hem yeni değerlendirme resimleri sonucu hem de yeni olanaklarla, yeni geliştirme yerlerine sahip olacak olan Arsa Ofisinin, bu arsaları elinden çıkarması engellenmeli ve buralarda yeni bir yöntemle kamu arsaları üzerinde özel kişilere yapı yapma izni verilmelidir. Bunun iki yolunu önermekteyiz²⁹. Kamu arsaları kesinlikle özel mülkiyete devredilmemeli, bu devredilmeyi önlemek üzere, bu olanağı sağlayan tüm yasa hükümleri gözden geçirilerek değiştirilmelidir. Bundan sonra, ya, bu kamu arsaları üzerinde (ki özellikle yeni yerleşme alanlarında ya kamulaştırma yoluyla, ya da Arsa Ofisinin yukarıda önerilen yeni yetkisini kullanarak satın almasıyla yeni toprak edinilecektir) malik olmak, inşaat yapmak isteyenlere bir üst hakkı³⁰ veya intifa hakkı

-
- 28) Keleş, R., Türkiye'de Şehirleşme Konut ve Gecekondu (100 Soruda) Gerçek yayınevi, İstanbul 1972, sh. 104-105, 112, 120-121. Ayrıca Kent topraklarının hukukî durumu ve gerçeklere ilişkin bir görüş için bkz.: Ceyhun, D., Yağma Edilen Türkiye, Habora Yayınevi, İstanbul, 1968, sh. 174-177.
- 29) Hele ki 1973-1977 dönemini planlayan Kalkınma Planında, "arsa spekülasyonunu önleyecek bir kamu kontrol sistemi kurulması" (sh. 835), "kiralık konut yapımı önemle gözetilecek, engelleri kaldırıcı tedbir getirilecek (sh. 841)", "Konut Kanunu Tasarısı yeniden gözden geçirilip TBMM'ye sunulacak (sh. 841)", "şehir yerleşim alanlarında toplu sosyal konut yapımı için alanlar ayrılacak (sh. 841)", "Planlı şehirleşmeyi sağlamak ve fiyatlarını kontrol edebilmek amacıyla şehir gelişme alanları Arsa Ofisi tarafından kamulaştırılacak; Arsa Ofisinin mali olanakları bu görevi yerine getirebilecek biçimde arttırılacak; İmar Planlarının gerektirdiği hallerde şehir gelişme alanlarındaki arazi kullanımı konusunda kamuca başka sınırlamalara da gidilecek ve bu sınırlamalar mahalli idarelerce yürütülecektir (sh. 856)", gibi hedeflere de yer verildiğine göre bu öneriler bu çabalara da içerik kazandırabilir. (Yeni Strateji ve Kalkınma Planı, Üçüncü Beş Yıl 1973-1977, T.C. BDPT. Yayın No. DPT: 1272).
- 30) Tekinay, S.S., Eşya Hukuku, İ.Ü.Y.: 1593, H.F.Y.: 346, İstanbul

tanınabilir ve böylece toprağın mülkiyeti ile binanın mülkiyetinin farklı ellerde bulunması sonucu hem toprağın özel mülkiyete konu olması önlenebilir, hem de özel mülkiyet ilişkisi burada sürdürülerek, bu ilke de muhafaza edilmiş olur; ya da, uzun süreli kiraya verme yoluyla buraların geliştirilmesi sağlanır. Her ne kadar Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu buna engel gibi görünmekte ise de uzun süreli kiraların Maliye Bakanlığının izni ile mümkün olması ve bir kez bu ilke kabul gördükten sonra yasa değişikliği yapmanın, özellikle Türkiye'de bir sorun olmaması dolayısıyla ve Türk sistemi için de bu uygulama yabancı olmadığı için³¹ bu kullanım biçimi birçok öneride yer almıştır ve gayet yararlı bir uygulamadır³².

Yeni kentler kurulurken toprak mülkiyetinin özel mülkiyete konu yapılmaması yanı sıra, kurulacak bir Konut Kurumuna yaptırılacak kiralık konutlara yönelme de teşvik edilebilir ve sosyal devlet ilkesi çerçevesine uygun gelişimler sağlanabilir³³. Yeni kurulan kentler yoluyla, aynı zamanda Devlet, nüfus akımını ve sanayi ve tarım dağılımını denetleyebileceği gibi, bireylerin toprak ihtiyaçlarını da yöneltmiş olur³⁴.

*
**

1970-71. sh. 416-417 de inşaat ve üst hakkı ile ilgili bilgi vardır. Ayrıca bkz.: Yayla, Y., Şehir planlamasının Başlıca Hukukî Mesleleri ve İstanbul Örneği (Teksir) İstanbul 1974, sh. 217-219.

- 31) 1274 (1858) tarihli Arazi Kanunnamesi kamu malları için uzun süreli kira ve hattâ süresiz kira ilkesine dayanırdı. Arazi Kanunnamesinin ilgili hükümleri için bkz.: F., Şehircilik... sh. 156-157, Yavuz, F., Arsa ve Planlı Şehircilik; Yavuz, Keleş, Geray, şehircilik, sorunlar uygulama ve Politika A.Ü.S.B.F.Y.: 358, Cumhuriyetin 50. Yılı Yayınları: 13 Ankara 1973. sh. 500-501. Arazi Kanununun mirî arazi rejiminin başarı ile kullanılabilmesi ve bu hükümlere benzer hükümlere yer verilmesinin yerindeliği ile de ilgili olarak bkz.: Cin, H., Mirî Arazi ve bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, A.Ü.H.F.Y.: 250, Ankara 1969, sh. 369.
- 32) Keleş, R., Türkiye'de Şehirleşme..., sh. 122-123, Yavuz, F. Arsa ve... sh. 500-501, Örücü, E., a.g.e., sh. 140-150.
- 33) Bu konuda çeşitli önerilerimiz olmuştur. Bkz.: Örücü, E., a.g.e., 138-154.
- 34) Keleş, R., Büyük İstanbul Bölgesi Kent İşletmeleri Sorunları Uluslararası Semineri (9-12 Aralık 1974)'ne sunduğu, Kentleşme ve Arazi Kullanma Politikası adlı tebliğinde, kapitalist ekonomilerde kent toprakları ile ilgili politikaların olumsuz ve olum-

9. Bu arada kamunun kent arsalarından ve taşınmazlardan yararlanmasını sağlamak ve malikin mevcut yetkilerini kullanmasını Anayasanın 36. maddesi ışığında, öze dokunma teşkil etmeyecek derecede, giderek kısıtlamak konusunda, olağan ve uygulana gelmekte olan yolları da daha etkin kılmak gerekmektedir.

Toprağın mülkiyetinin toplum yararına aykırı kullanılmıyacağı ilkesi, malikin kullanımı üzerinde kamuya geniş bir denetleme yetkisi tanımakta ve bu kullanımı istediği yöne yöneltmek olanağını sağlamaktadır. Bölgeleme (zoning) imar plancılığının en etkin araçlarından biridir ve kendiliğinden kullanma, yararlanma, tasarruf yetkilerine büyük sınırlar getirir. Fakat genellikle olumsuz bir yönde kullanılmakta, diğer bir deyişle arzulanmayan gelişmelere engel olabilmek üzere negatif bir güç olarak görülmektedir. Bugüne ise bölgelemenin anlamında gelişme olmuş ve özel geliştirme ve imar hareketlerini yöneltici, istenen gelişmelerin gerçekleşmesine yönelen

lu olmak üzere ikiye ayrıldığını, olumsuz politikalar ve önlemlerin, arazinin kötü kullanılmasını, israfını, boş bırakılmasını, aşırı fiyat artışlarını ve spekülasyonunu önlemek üzere başvuru- lan cezalandırıcı ve önleyici politikalar olduğunu; olumlu politika ve önlemlerin ise, kent topraklarının toplum yararına kullanılmasına yön veren, bu yöndeki gelişmeleri özendiren önlemler olduğunu; olumlu ve olumsuz tüm politikaların mali ve mali nitelik taşımayanlar diye ikiye ayrıldığını; mali politikaların toprağın artık-değerinin kamu tarafından geri alınmasını sağladığını (Kent arsasının değerinin kamu otoriteleri kararları ile yaratıldığı ve arsaya değerini kazandıranın kamu olduğu görüşü ile); mali nitelik taşımayan politikaların ise mülkiyetin transferini içeren, ve mülkiyet sınırlamaları ile yetinen önlemler olarak ikiye ayrıldığı; mülkiyetin transferini öngören politikalar ile taşınmaz malların kamunun mülkiyetine geçtiği, satın alma, kamulaştırma, ulusallaştırma ve öteki yasal yollarla özel mülkiyet konusu olmaktan çıkarılabileceği; mülkiyet sınırlamaları ile yetinen önlemlerin ise (Anayasa md. 36 gibi) hem mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanımını yasakladığı hem de Devlete, miktarı arttırılamayan bir doğal servet sayılan kırsal ve kentsel topraklar, ve kıyıları üzerinde (ve gerekli görülecek diğer unsurlar üzerinde) geniş bir denetleme yetkisi verdiğini, belirtir. Kent toprakları sorununa çeşitli çözümler ve öneriler için ayrıca bz.: Yayla, Y., Şehir Planlamasının... sh. 187-219.

yeni sınırlamalar getirerek ve bunları bu yolda kullanarak, olumlu bir araç ve uyarıcı olarak uygulanmaya başlanmıştır³⁵.

A.B.D.'de New York Şehir Planlama Dairesi bu konuda bir takım yenilikler getirmiş ve bölgeleme (zoning) düzenlemelerini beldenin gelişmesinin bir aracı olarak kullanabilmek üzere maliklere çeşitli yükümler öngörmüştür. Olumlu yönde, teşvik olarak kullanılan bölgeleme aracı bu yönde işletilmektedir. Yapı izni verilirken, kamuya yararlı olacağı düşünülen bazı eklerin ya da kolaylıkların bu yapılara dahil edilmesi için ekonomik teşvik sistemleri maliklere arzedilmektedir. Örneğin, bir malike yapı izni verilirken, eğer tekliif edilen yol bağlantısını, alt geçitle binanın altından yaya geçidi bırakma olanağını, binasını yer altı geçidine bağlamayı, bir galeri yapmayı, genel otopark için alt iki katını ayırmayı, ya da iki sokağa da cephesi bulunan binasında bir yoldan öbürüne geçecek bir yaya yolu yapmayı ve böylece trafik sorununa katkıda bulunmayı ya da başka tür kamu yararlanmaları için bazı kolaylıklar sağlamayı kabul ederse, kendisine inşaat yeri için ayırması gerekli metreka-reyi arttırabileceği, bina mesahasının fazlalaştırılması için ruhsat verileceği söylenmektedir³⁶.

Bu ve buna benzer yükümler malike yalnız böyle genişleme olanağı sağlayarak değil, izin verilmenin önşartı olarak da yüklenebilir. Mülkiyet hakkının malike yetkiler yanı sıra ödevler de yüklemesinin doğal sonucudur bu.

Böylece, örneğin, İmar Kanunumuzun Ek. 1. maddesinin yaygın uygulaması temin edilerek, her binaya kat ve daire sayısı ile orantılı yer altı garajları yapma yükümleri kolaylıkla yüklenebilir. Burada kamu yararı açıktır ve mülkiyetin özüne dokunma da yoktur.

IV. BAĞLAMA

Görüldüğü gibi, toprak mülkiyetinin tarımsal alanlar dışında da ve özellikle kentlerde ve yeni kurulacak kentlerde bir sorun olmaktan çıkarılması için yapılabilecek çeşitli yenilikler, değişiklikler,

35) Heap, D., An Outline... sh. 20.

36) Cohen, H., Planning Rationally for the City, Governing the City, ed. Connery, R.H., and Caraley, D., Proceedings of the Academy of Political Science, V. XXIV, No. 4, N.Y. 1969, sh. 182-183.

olanaklar vardır ve yenileri de yaratılabilir. Tüm toprakların millileştirilmesi ya da tüm imar gelişmelerinin, diğer bir deyişle, topraklar üzerindeki imar hakkının kamuya maledilmesi konuları, içinde bulunduğumuz ekonomik sistem ve siyasal rejim açısından da zorluklarla karşılaşacağından elverişli görünmemektedir. Bu bakımdan, daha başta da belirttiğimiz gibi, gerçekçi olmakla daha fazla şeyler başarılabilir. Böylece her ne kadar bunları zaman içinde gerçekleştirmek olanakları aranmalı ise de, ilk elde kamulaştırma ve karşılık konusunu hemen yeniden gözden geçirmek, mülkiyet konusu şeyleri sosyo-ekonomik içeriklerine göre yeniden derecelendirmek ve her bir kategori üzerinde özel mülkiyet sınırlamalarını çeşitli derecelerde uygulamak, toplum yararına aykırı kullanışları— en azından, düşük karşılıkla kamulaştırma olanağı yaratacak değişiklikleri getirerek— denetlemek ve bunun dışında da denetimi sıkı tutmak; kamulaştırma kurumunu yeniden gözden geçirirken, geri alma olanağının eski malike tanınması olasılığını asgariye indirmeyi sağlayacak bir sistem kurmak; kamu harcamaları sonucu değerlenen yerlerden mutlaka artan değerlerin % 50'sini resim olarak almak, ya da önerdiğimiz sistem içinde İngiltere'de Land Commission'a tanınan yetiklerin benzerleri ile Arsa Ofisini donatmak; şerefiye (değerleme resmi) uygulamalarının kapsamını bu yeni anlayışla genişletmek; yeni gelişme yerlerinde toprak mülkiyetinin bireylerin eline geçmesine engel olmak; kiralık konutlar politikası gütmeye başlamak; sınırlı kira sistemini biran evvel yeniden diriltmek için Gayrimenkul Kiraları ile ilgili yeni bir Yasa hazırlamak, yollarına gidilmelidir.

Genel sınırlamaların ve düzenlemelerin, 36. madde sınırları içinde kaldıkları sürece, idarî irtifak, kamulaştırma ve devletleştirme dışında³⁷ bir tazminat gerektirmedikleri de düşünülecek olursa, mülkiyetten doğan yetkilerden birini ya da birkaçını hiç etkisiz ve kullanılmaz duruma getirmeden (öze dokunmadan), sınırlamaları artırma ve kamu yararını geniş anlamı içinde ve 1961 Anayasasını da, bu inceleme içinde üzerinde durulan tüm maddeleriyle birlik-

37) Bunlar özel maddelerde düzenlenmişlerdir ve 36. madde genel maddedir ve ayrıca bunlar mülkiyetin özüne dokunmaktadırlar ve bu yüzden karşılıkları verilerek mülkiyet ilişkisinin paraya çevrilmesi yolu ile öze dokunma meydana getirmemeleri temin edilmektedir.

te düşünüp, kamu yararına böyle bir içerik kazandırmak amacıyla kanunları gözden geçirip, gerekirse azaltıp, toplayarak ve fakat daha yaygın sınırlamalar getirme, olanakları aranmalı ve kullanılmalıdır.