

ARKEOLOJİK SİT
ALANLARINDA
KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

Av. Murat TEZCAN*

* tezcan@ankarahukukburosu.org

2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu'na göre, özel mülkiyetteki bir taşınmazın, korunması gereken taşınmazlar kapsamına alınması maliklerin mülkiyet haklarının verdiği imkânlardan yoksun bırakılması anlamına gelmektedir.

Taşınmaz maliklerinin tasarruf hakkını engelleyen bu idari kararlar, kamu yararının özel yarara tercih edilmesi nedeniyle önemli hak kayıplarına uğratmaktadır. Mülkiyet hakkını ihlal eden müdahalelerden biri olan, söz konusu kanun kapsamında alınan idari kararların, kamulaştırmaz el atma (fiili yol) kavramıyla birlikte, yüksek yargı içtihatları ışığında konunun değerlendirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

A. YASA İLE MÜLKİYET HAKKINA GETİRİLEN SINIRLAMALAR VE KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA KAVRAMI

1. Mülkiyet Hakkı ve Sınırlamalar

Mülkiyet hakkı, sahibine konusu olan eşya üzerinde doğrudan doğruya kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin tamamını veren ve herkese karşı ileri sürülebilen, tam, mutlak, münhasır, kutsal, vazgeçilmez bir ayni haktır.

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde negatif statü hakları içinde sayılmıştır. Anayasanın 35. maddesi'ne göre mülkiyet hakkı "ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." Görüldüğü gibi Anayasa, mülkiyeti, yetkilerin ve yükümlülüklerin bir arada düzenlendiği bir hak olarak düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi de mülkiyetin bu yönüne dikkat çekmiş ve sınırsız bir hak olarak tanımamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1990 tarihli kararında "*Mülkiyet hakkı, bireyin dilediği biçimde kullanabileceği bir hak, sınırsız bir özgürlük olma niteliğini günümüzde yitirmiş, mülkiyet anlayışı, bu hakkın, bir bakıma sosyal yapıda bir hak olduğu yolunda gelişmiş, birçok hak gibi bu hakkın da kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ilkesi benimsenmiştir.*" ifadelerine yer verilmiştir.

Fakat tartışmanın kilitlendiği nokta, mülkiyet hakkının kamu yararı gözetilerek kanunla sınırlandırılmasının sınırının ne olacağı ile ilgilidir.

Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde sınırlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, bu hakkın özüne dokunur. Mülkiyet hakkının muhtevasını ve sınırlarını tespit yetkisi kanunlara bırakılmış ise de, bu konuda kanun Kanunkoyucu'ya mutlak bir yetki de verilmiş değildir. Aksi görüşün kabulü, mülkiyet hakkının Anayasa teminatı altına alınmış olmasına aykırıdır.

Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin amacı ise, bireylerin hukuk güvenliğini sağlamasıdır.^[1]

Toplumsal yarar gözetilerek alınan idari karar ve eylemlerle, kişilerin mülkiyet hakkının kullanılmasına engel olmak, malike tanınan hakla ölçüsüz şekilde ödev yüklenmesi anlamına gelir. Zira ödevin haktan fazla olması, mülkiyetin niteliğine, tarifine ve tarihi gelişimine aykırıdır.

2. Fiili ve Hukuki Kamulaştırmaz El Atma Kavramı

Kamulaştırmaz el atma, Anayasa'da dayanağı bulunmayan ve HAKSIZ FİİL olarak da nitelendirilen kamulaştırmaz el koyma suretiyle, temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına müdahale edilmesi hâlinde, ilgili taşınmazın bedelinin devletçe malikine ödenmesi olarak kısaca tanımlanabilir.

Kamulaştırmaz el atma olarak kabul edilen uygulamalar, idarenin klasik anlamada, herhangi bir yasal dayanak bulunmaksızın taşınmaz üzerinde fiilen tasarrufta bulunması şeklinde olabileceği gibi, bir idari kararla mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilerin kullanılamaması şeklinde de olabilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulanmasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında vermiş olduğu karar, fiili el atma dışında da kamulaştırmaz el atmanın olabileceğini göstermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarih ve 2010/5-662E. , 2010/652K. sayılı adı geçen kararında özetle, "...Mülkiyet hakkına kamusal yarar sebep gösterilerek getirilen sınırlama, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılmaz hale getirerek bir hukuk devletinde kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açarak hukuk güvenliğini yok etmektedir.

...Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmazla hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır." görüşü vurgulanmıştır.

Karardan da açıkça anlaşılacağı üzere idari kararlarla da getirilen sınırlamalar, mülkiyet hakkının özüne dokunarak, hakkı felç edebilecek nitelikte olabilir.

[1] Başpınar Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Syf 101.

B. 2863 SAYILI KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARI KORUMA KANUNU'NDA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Korunması Gereken Taşınmazların Tespitinde İzlenecek Usul

Söz konusu kanunun 6. maddesi, korunacak eserleri, sayma usulünü benimseyerek sınıflandırmaya çalışmıştır. Kanunun 6. maddesinde a, b, c ve d bentlerinde^[2] özel olarak belirttiği taşınmaz eserlere, 3. ve 4. Fıkralarda bazilikalar, kiliseler, manastırlar gibi örnekler sunduktan sonra “benzeri taşınmazlar; taşınmaz kültür varlığı örneklerindedir.” ifadesiyle koruma altına alınacak taşınmazları belirlemiştir.

Adları sayılan bu ve benzeri taşınmazların tespiti, Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkilenen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılır. Daha sonra tespiti yapılan bu taşınmazlar, koruma kurulları tarafından tescil olunur.

Bu noktadan sonra mülkiyet hakkının verdiği bir takım haklar sınırlandırılır ya da tümüyle malikin elinden alınır.

Kanunla Mülkiyet Hakkına Getirilen Sınırlamalar

1. İzinsiz Müdahale ve Kullanma Yasağı

İzinsiz müdahaleler ve kullanma yasağı, kenar başlığı ile düzenlenen 9. madde “Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşai ve fiziki müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılmaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşai ve fiziki müdahale sayılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninde sayılan fiziki müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü, esas itibarıyla taşınmazı olduğu gibi koruma mecburiyeti getirir niteliktedir.

Nitekim, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, tabiat varlığı olarak kabul edilen bir taşınmaz üzerinden geçit hakkının tesisine ilişkin davada, yerel mahkemenin

[2] Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları şunlardır:

- a) Korunması gerekli tabiat varlıkları ile 19 uncu yüzyıl sonuna kadar yapılmış taşınmazlar,
- b) Belirlenen tarihten sonra yapılmış olup önem ve özellikleri bakımından Kültür ve Turizm Bakanlığınca korunmalarında gerek görülen taşınmazlar,
- c) Sit alanı içinde bulunan taşınmaz kültür varlıkları,
- d) Milli tarihimizdeki önlemleri sebebiyle zaman kavramı ve tescil söz konusu olmaksızın Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşunda büyük tarihi olaylara sahne olmuş binalar ve tesbit edilecek alanlar ile Mustafa Kemal ATATÜRK tarafından kullanılmış evler.

vermiş olduğu geçit hakkı kararını, 11.02.2008 tarih 2008/1177E, 2008/1437K sayılı kararındaki, *“tabiat varlığı olarak nitelendirilen yasa uyarınca da Devlet malı hükmünde bulunan merdiven üzerinde 19 parsel maliki davacılar yararına kullanımını değiştirecek nitelikte geçit tesisi olanağı bulunmamaktadır.”* ifadele-riyle bozmuştur.

2. Rubsatsız Yapı Yapma Yasağı

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının zarar görmeden korunabilmesi için, inşaat yapmak için imar mevzuatından kaynaklanan izinlere ek olarak, koruma kurularından *“Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde”* izin alınması gerekmektedir. Söz konu izinlerin alınmaması durumunda kanununun 16. maddesindeki ifadesiyle *“koruma amaçlı imar planlarında, plana; sitlerde, sit şartlarına aykırı olarak inşa edilen yapılar hakkında imar mevzuatına göre işlem”* yapılacaktır.

İmar mevzuatına göre, ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.

İmar kanununun 32. maddesine göre durdurulan inşaat için, *“Rubsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir. Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, rubsata aykırı veya rubsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masraflı yapı sahibinden tahsil edilir.”*

2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu ve 3194 Sayılı İmar Kanunu birlikte derlendirildiğinde *“yapı”* dan anlaşılması gereken, *“esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işlerdir.”*

3. Taşınmaz Maliklerinin İzin Verme Yükümlülüğü

Mülkiyet hakkının doğal sonuçlarından biri de, mülkiyet hakkının verdiği yetkilerden kimin yararlanacağına veya kullanacağını karar verme özgürlüğüdür. Fakat koruma kapsamında bulunan bir taşınmaz olması durumunda malikin söz konusu doğal yetkileri sınırlandırılmaktadır. Kanununun 19. maddesi gereğince malik, *“Kültür ve Turizm Bakanlığınca görevlendirilmiş uzmanlara, gerektiği zaman, varlığın kontrolü, incelenmesi, harita, plan ve rölevesinin yapılması, fotoğraflarının çekilmesi, kalıplarının çıkarılması için izin vermeye ve gereken kolaylığı göstermeye mecburdurlar.”*

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA 2863 SAYILI KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARI KORUMA KANUNU İLE GETİRİLEN SINIRLAMALARIN KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA KAPSAMI İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU

Yukarıda 2863 sayılı kanunla mülkiyet hakkına yasayla getirilen sınırlamalar gösterilmiştir. Bu sınırlamalar, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve hakkı tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar olup olmadığı sorunu güncelliğini koruyan bir konudur.

Çünkü getirilen sınırlamalar, toplum yararı gözetilerek bireye yüklenen ödevlerdendir. Söz konusu yükümlülükler, toplum ve birey arasında kurulmak zorunda olan adil dengenin bozulmasına neden olabilecek bir niteliktedir. Bu ödevin, bireyi anayasa güvencelerden mahrum bırakmaması amacıyla, 2863 sayılı kanun çok önemli önlemler almıştır.

2863 sayılı kanunun 15. maddesinin a bendi “*Kısmen veya tamamen gerçek ve tüzelkişilerle mülkiyetine geçmiş olan korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanları Kültür ve Turizm Bakanlığınca hazırlanacak programlara uygun olarak kamulaştırılır. Bu maksat için, Kültür ve Turizm Bakanlığı bütçesine yeterli ödenek konur*” ifadeleriyle açıkça idareye ÖDEV yüklemiştir.

Maddenin lâfzî ve amaçsal yorumu, idareye herhangi bir takdir yetkisi vermediği gibi, açıkça kamulaştırma zorunluluğunu ve yeterli ödenek temin etme görevini yükümlendirmiştir. Söz konusu düzenleme, idareyi kamulaştırmaya zorlamak değil hukuk devletinin gereği olarak anayasal güvence altına alınmış özel mülkiyet hakkının korunması amacını taşımaktadır.

Zaten, 2942 sayılı kamulaştırma kanunun 3. maddesinin gerekçesinde “*Madde ile, idarelerin, yeterli ödenek temin etmeden kamulaştırma işlemlerine başlamalarının engellenmesi öngörülmüştür.*” İfadesiyle değişiklik öncesi, uzun sürelerde ödenmeyen kamulaştırma bedeli sorunun önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 2011/5468E., 2011/15095K. sayılı kararı söz konusu maddenin amacını destekler niteliktedir. Künyesini belirttiğimiz 28.09.2011 tarihli karar, “*Davaya konu taşınmaz Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulunun 12.10.1984 tarih ve 441 sayılı kararı ile 1. Derece Arkeolojik Sit Alanı içine alınmış, bu kararla birlikte taşınmazda hiçbir yapılaşmaya, bilimsel araştırma, restorasyon, konservasyon düzenleme çalışmalarının dışında hiçbir kullanıma, yeni tarımsal alanların açılmasına ve ağaçlandırmaya izin verilmeyeceği belirlenmiştir. Davacının taşınmazı kullanmasının engellendiği anlaşıldığından taşınmazda davalı Kültür ve Turizm Bakanlığınca kamulaştırmaz el atıldığından kabulü gerekir. Taşınmazın aynına ilişkin bu davanın görülme yeri*

Adliye Mahkemeleridir.” ifadeleriyle birlikte benzer olaylara ilişkin Yargıtay içtihadını açıkça ortaya koymuştur.

Tüm bunlardan ayrı olarak taşınmaz malikleri mülkiyet hakkının olumlu içeriğine göre, eşyayı eylemli olarak dilediğince kullanma, ondan ve semerelerinden yararlanma, eşyayı zilyesinde bulundurma, satışı, bağışlama, nesnel haklar kurma, kişisel haklarla sınırlama gibi, eşya üzerinde dilediğince tasarrufta bulunma yetkilerine sahiptir. Bunu engelleyecek hiçbir müdahale, Anayasa 35. maddede gösterilen ve negatif statü hakları içerisinde sayılan mülkiyet hakkıyla bağdaşmaz.

Kamulaştırmaz el atma davalarında mihenk taşı olarak kabul edilen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 23.09.1982 tarihli Sporrong ve Lonroth Kararında, Sporrong ve Lonroth ait taşınmazlara kamulaştırma yapılacağı gerekçesiyle yapı yasağı getirilmiştir. Sporrong’a ait taşınmazın yirmi beş yıl, Lonroth’a ait taşınmazın ise on iki yıl boyunca inşaat yasaklarına konu, bu izin ve yasaklar sonucunda taşınmazı satma, kiralama, kullanma, yararlı değişiklikler yapma gibi mülkiyet hakkının sahibine verdiği yetkileri kullanma konusunda sıkıntı çektikleri ileri sürülmüştür. Yapılan başvuruda, *“olayda mülkiyet hakkına doğrudan el konulmadığı ama verilen izin ve getirilen yasakların el konulma sonucunu doğurduğu, bunun da hakkın özüne dokunduğu”* sonucuna ulaşarak davacılar AİHS ihlali gerekçesiyle haklı bulunmuşlardır.

Türkiye Cumhuriyeti olarak tarafı bulunduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu ek protokolünün mülkiyetin korunmasını düzenleyen 1. maddesi *“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir”* hükmü AİHM’nin, birçok sözleşmeyi ihlal kararına gerekçe olmuştur.

Yine bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde düzenlenen *“ayrımcılık yasağı”* mülkiyet hakkı ile birlikte değerlendirilerek temel hakların arasında yer almaktadır. Ayrımcılık yasağı ve mülkiyet hakkı; mal ve mülküne müdahale eden bir muameleye tabi tutulduğunu ve bu muamelenin benzer durumda bulunanlara yapılan muamele ile haklı gösterilemeyecek bir farklılık arz ettiğini kanıtlaması anlamına gelmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Pine Valley Developments Ltd ve diğerleri İrlanda’ya* karşı davasında, başvurucular sınayi depolar ve büro açma ile ilgili bir planlama izni taslağına güvenerek bir miktar arazi satın almışlardır. Detaylı planlama onayı verilmediğinden satın alınan arazi değer kaybetmeye devam etmiştir. Nihayetinde planlama kanununun yanlış uygulanmasına çare olmak ve planlama izinlerinin geçerli kılınması amacıyla bir kanun kabul edilmiştir. Fakat başvuruculara yine de planlama izni verilmemiştir. Başvurucuların diğer mülk

sahiplerine göre ayrımcılığa tabi tutuldukları yönündeki şikâyetleri Mahkeme tarafından kabul edilmiştir.

Söz konusu kararda da açıkça görüleceği üzere müvekkillerin murisi tarafından satın alınan taşınmaz 1995 yılında alınan bir idari karar ve daha sonra yapılan fiili müdahalelerle birlikte, diğer özel mülkiyet sahiplerinin haklarından farklı bir uygulamaya tabii kılınmış ve mağduriyetlerine neden olan bir ayrımcılığa tabi tutulmuşlardır.

Fakat, AİHM tüm bu kararlarını yanlışlar nitelikte, Sinan Yıldız – Türkiye davasında “*kanunda mutlak bir inşaat yasağı öngörülmemektedir ve bütünüyle bir satış yasağı söz konusu değildir. Başvuranlar, yalnızca mülklerinde yapacakları tadilatlar veya satış için ilgili yetkililerin iznini almak zorundadırlar ve bunun amacı da arkeolojik değeri bulunan bir alanın korunmasıdır. Yandaki arsanın kamulaştırılmış olması bu gerçeği değiştirmez.*

Ayrıca, 2863 sayılı Kanunda birinci derece arkeolojik sit alanı ilan edilen özel mülkiyete ait parsellerin başka arazilerle değiştirilebileceği ve söz konusu arazinin üzerinde bina varsa değerinin malikine ödenebileceği öngörülmektedir. Her ne kadar bu işlemi başlatma tasarrufu ilgili bakanlıklara ait olsa da, başvuranların bundan yararlanmak için gerekli girişimde bulunmadıkları görülmektedir.

Bu değerlendirmeler ışığında AİHM, ihtilaf konusu müdahalenin başvuranlara güdülen meşru amaçla orantısız, aşırı bir yük getirmediğini değerlendirmektedir. AİHM, 1 no’lu Protokolün 1. maddesine dayandırılan şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna...” hükmederek davacıların taleplerini reddetmiştir.

Karar her ne kadar konuyla örtüşüyor görünse de, somut olayın özel ayırt edici özellikleri gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü hukuki kamulaştırmasız el atma kavramı, malikin hakkını kullanabilmesi için tüm yolları tüketmesi sonrasında gündeme gelebilecek bir haksız fiildir.

D. SONUÇ

İdare tarafından alınan idari kararlar ve yapılan idari eylemler sonrasında birçok mülkiyet hakkını ihlal eden müdahalelere rastlamak mümkündür. İmar planı değişiklikleri, kıyı-kenar çizgisinin tespiti, kamulaştırmaz el atma, düzenleme ortaklık payı gibi birçok örnek sıralayabiliriz. Çalışmamızda 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu'nda getirilen sınırlamaların hukuk sistemimiz açısından “*kamulaştırmaz el atma*” anlamına geleceği sonucuna ulaşılmıştır. İdarenin alacağı koruma kararlarıyla kamu yararı gözetilirken, bireylere getirilecek yükümlülükler, demokratik hukuk devleti ilkeleri de gözetilerek, adil bir denge sağlama amacı taşıyarak belirlenmelidir.