

"...

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

1- E.2011/18 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

'A) GENEL OLARAK

A- 1) T.C ANAYASASI'NDA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Madde 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Madde 5- 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.

Madde 13- (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

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.

XII. Mülkiyet hakkı

Madde 35- Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

A- 2) 2863 SAYILI YASADA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Madde 3/a-1

Kültür varlıkları; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır veya taşınmaz varlıklardır.

Madde 3/a- 4

'Koruma'; ve 'Korunma'; taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında muhafaza, bakım, onarım, restorasyon, fonksiyon değiştirme işlemleri; taşınır kültür varlıklarında ise muhafaza, bakım, onarım ve restorasyon işleridir

Esas Sayısı : 2011/18
Karar Sayısı : 2012/53

Madde 6-

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları şunlardır.

a) Korunması gerekli tabiat varlıkları ile 19 uncu yüzyıl sonuna kadar yapılmış taşınmazlar,

b) Belirtilen tarihlerden 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 önemleri sebebiyle zaman kavramı ve tescil sözkonusu olmaksızın Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin Kuruluşunda büyük tarihi olaylara sahne olmuş binalar ve tesbit edilecek alanlar ile Mustafa Kemal Atatürk tarafından kullanılmış evler.

Madde 7- (Değişik: 17/6/1987 - 3386/2 md.)

(Değişik birinci fıkra : 26/5/2004-5177/26 md.) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespiti, Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkilenen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılır.

Yapılacak tespitlerde, kültür ve tabiat varlıklarının tarih, sanat, bölge ve diğer özellikleri dikkate alınır. Devletin imkanları gözönünde tutularak, örnek durumda olan ve ait olduğu devrin özelliklerini yansıtan yeteri kadar eser, korunması gerekli kültür varlığı olarak belirlenir.

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan tespitler koruma bölge kurulu kararı ile tescil olunur.

Tespit ve tescil ile ilgili usuller, esaslar ve kıstaslar yönetmelikte belirtilir.

Vakıflar Genel Müdürlüğünün idaresinde veya denetiminde bulunan mazbut ve mülhak vakıflara ait taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan cami, türbe, kervansaray, medrese han, hamam, mescit, zaviye, sebil, mevlevihane, çeşme ve benzeri korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının tespiti, envanterlenmesi Vakıflar Genel Müdürlüğüne yapılır.

Tescil kararlarının ilanı, tebliği ve tapu kütüğüne işlenmesi ile ilgili hususlar yönetmelikle düzenlenir.

Madde 9- (Değişik: 14/7/2004 - 5226/3 md.)

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 inşâ ve fizikî müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılmaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşâ ve fizikî müdahale sayılır.

Yetki ve yöntem:

Esas Sayısı : 2011/18
Karar Sayısı : 2012/53

Madde 10- Her kimin mülkiyetinde veya idaresinde olursa olsun, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldırarak ve bunların her türlü denetimini yapmak veya kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve valiliklere yaptırmak, Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin idare ve kontrolünde bulunan kültür ve tabiat varlıklarının korunması, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca yerine getirilir. Bu korunmanın sağlanmasında, gerektiğinde, Kültür ve Turizm Bakanlığının teknik yardımı ve işbirliği sağlanır.

Milli Savunma Bakanlığının idare ve denetiminde veya sınır boyu ve yasak bölgede bulunan kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi, Milli Savunma Bakanlığınca yerine getirilir. Bu korunmanın sağlanması, Milli Savunma Bakanlığı ile Kültür ve Turizm Bakanlığı arasında düzenlenecek protokol esaslarına göre yürütülür.

(Değişik: 17/6/1987 - 3386/4 md.) Vakıflar Genel Müdürlüğünün idaresinde veya denetiminde bulunan mazbut ve mülhak vakıflara ait taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan cami, türbe, kervansaray, medrese, han, hamam, mescit, zaviye, mevlevihane, çeşme ve benzeri kültür varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi koruma kurulları kararı alındıktan sonra, Vakıflar Genel Müdürlüğünce yürütülür.

Diğer kamu kurum ve kuruluşlarının mülkiyetinde bulunan taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunma ve değerlendirilmesi, bu Kanun hükümlerine uygun olarak kendileri tarafından sağlanır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının mülkiyetinde bulunan taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması, bu kuruluşların bütçelerine her yıl bu maksatla konacak ödeneklerle yapılır.

Bu hizmetlerin yerine getirilebilmesi için, Kültür ve Turizm Bakanlığı Bütçesine her yıl yeteri kadar ödenek konur.

(Ek: 17/6/1987 - 3386/4 md.) Araştırma, kazı ve sondaj yapılan alanların korunması ve değerlendirilmesi Bakanlığa aittir.

(Ek fıkra: 14/7/2004 - 5226/4 md.) Büyükşehir belediyeleri, valilikler, Bakanlıkça izin verilen belediyeler bünyesinde kültür varlıkları ile ilgili işlemleri ve uygulamaları yürütmek üzere sanat tarihi, mimarlık, şehir plânlama, mühendislik, arkeoloji gibi meslek alanlarından uzmanların görev alacağı koruma, uygulama ve denetim büroları kurulur. Ayrıca, il özel idareleri bünyesinde, kültür varlıklarının korunmasına yönelik rölöve, restitüsyon, restorasyon projelerini hazırlayacak ve uygulayacak proje büroları ve sertifikalı yapı ustalarını yetiştirecek eğitim birimleri kurulur.

(Ek fıkra: 14/7/2004 - 5226/4 md.) Belediyeler belediye sınırları ve mücavir alanları içerisinde, valilikler ise bu sınırlar dışında yetkilidir.

(Ek fıkra: 14/7/2004 - 5226/4 md.) Bu bürolar koruma bölge kurulları tarafından uygun görülen koruma amaçlı imar plâni, proje ve malzeme değişiklikleri ile inşaat denetimi de dahil olmak üzere uygulamayı denetlemekle yükümlüdürler.

Esas Sayısı : 2011/18
Karar Sayısı : 2012/53

(Ek fıkra: 14/7/2004 - 5226/4 md.) Alanın özelliği göz önüne alınarak, bu büroların hangi uzmanlık dallarından teşekkül edeceği, çalışma, izin usul ve esasları; Bakanlık ve İçişleri Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenir.

Hak ve sorumluluk:

Madde 11- Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının malikleri bu varlıkların bakım ve onarımlarını Kültür ve Turizm Bakanlığının bu Kanun uyarınca bakım ve onarım hususunda vereceği emir ve talimata uygun olarak yerine getirdikleri sürece, bu Kanunun bu konuda maliklere tanıdığı hak ve muafiyetlerden yararlanırlar. (Değişik ikinci cümle: 22/5/2007-5663/1 md.) Ancak, kültür ve tabiat varlıklarını koruma bölge kurullarınca birinci grup olarak tescil ve ilan edilen kültür varlıklarının bulunduğu taşınmazlar ile birinci ve ikinci derece arkeolojik sit alanlarındaki taşınmazlar zilyetlik yoluyla iktisap edilemez.

Malikler bu varlıkların üzerindeki mülkiyet haklarının tabii icabı olan ve bu Kanunun hükümlerine aykırı bulunmayan bütün yetkilerini kullanabilirler.

Bu Kanunun belirlediği bakım onarım sorumluluklarını yerine getirmekte aczi olanların mülkleri, usulüne göre kamulaştırılır. Mazbut veya mülhak vakıf varlıkları bu hükme tabi değildir.

Kültür ve Turizm Bakanlığının uygun görmesi ile, Vakıflar Genel Müdürlüğü, il özel idareleri, belediyeler ve diğer kamu kurum ve kuruluşları, yukarıda sözü geçen maliklere lüzum görülen hallerde, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının koruma, bakım ve onarımlarına, teknik eleman ve ödenekleri ile yardımda bulunabilirler.

Taşınmaz kültür varlıklarının onarımına yardım sağlanması ve katkı payı

Madde 12- Özel hukuka tabi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının; korunması, bakım ve onarımı için Kültür ve Turizm Bakanlığınca aynı, nakdi ve teknik yardım yapılır.

(Ek fıkra: 14/7/2004 - 5226/6 md.) Bu amaçla, Bakanlık bütçesine yeterli ödenek konulur. Bakanlıkça yapılacak yardımlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

Kamulaştırma:

Madde 15- Taşınmaz kültür varlıkları ve bunların korunma alanları, aşağıda belirlenen esaslara göre kamulaştırılır:

a) 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 Bakanlığının bütçesine yeterli ödenek konur.

(Ek: 17/6/1987 - 3386/5 md.; Değişik: 14/7/2004 - 5226/7 md.) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri ve mahallî idare birlikleri tescilli taşınmaz kültür varlıklarını, koruma bölge kurullarının belirlediği fonksiyonda kullanılmak kaydıyla kamulaştırabilirler.

Esas Sayısı : 2011/18
Karar Sayısı : 2012/53

b) Menşei vakıf olup da çeşitli sebeplerle kısmen veya tamamen gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetine geçen korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve bunların korunma alanlarının kamulaştırılmaları, Vakıflar Genel Müdürlüğüce yapılır. Bu maksat için Vakıflar Genel Müdürlüğü bütçesine yeteri kadar ödenek konur.

c) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunma alanları, imar planında yola, otoparka, yeşil sahaya rastlıyorsa bunların belediyelerce; sair kamu kurum ve kuruluşlarının bakım ve onarım ile görevli oldukları veya kullandıkları bu gibi kültür varlıklarının korunma alanlarının ise, bu kurum ve kuruluşlarca, kamulaştırılması esastır.

d) Kamulaştırmalarda bedel takdirinde, taşınmaz kültür varlıklarının eskilik, enderlik ve sanat değeri dikkate alınmaz.

e) (Değişik: 17/6/1987 - 3386/5 md.) Kamulaştırma işlemleri, bu Kanun hükümleri ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerine göre yapılır.

f) (Ek: 17/6/1987 - 3386/5 md.; Değişik: 25/6/2009-5917/24 md.) Sit alanı ilan edilen ve 1/1000 ölçekli oranlı koruma amaçlı imar planında kesin inşaat yasağı getirilen korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu parseller, aynı ada içerisindeki bütün parsel maliklerinin başvurusu ve karşılığında önerilen parsellerin tamamının kabulü koşuluyla, başka Hazine arsa veya arazileri ile müstakil veya hisseli olarak değiştirilebilir. Sit alanı ilan edildiği tapu kütüğüne şerh edilen taşınmazları, miras ve ölüme bağlı tasarruflar dışında, sonradan edinilenlerin talepleri değerlendirilmez. Ancak, Bakanlık izniyle gerçekleştirilen kazıların yapıldığı alanlarda bulunan parsellerde, maliklerin başvurusu ve kabulüne ilişkin koşul parseli yönelik uygulanır ve 1/1000 ölçekli onanlı koruma amaçlı imar planı şartı aranmaz. Bu parsellerin üzerinde bina veya tesis varsa malikinin başvurusu üzerine rayiç bedeli, 2942 sayılı Kanunun 11 inci maddesi hükümlerine göre belirlenerek ödenir. Bu bentle ilgili usul ve esaslar Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenir.

Madde 65- (Değişik: 23/1/2008-5728/408 md.)

a) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bu fiiller, korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırmak maksadıyla işlenmiş ise, verilecek cezalar bir kat artırılır.

b) Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

c) Bu Kanuna aykırı olarak yıkma veya imar izni veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

d) Bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerden bu Kanunun 57 nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca izin almaksızın veya izne aykırı

olarak tamirat ve tadilat yapanlar ile izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar altı aydan üç yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılırlar.

A-3) KONUYA İLİŞKİN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Mülkiyetin Anayasal garantisi, maliki klasik anlamda yalnız devlet müdahalesine karşı değil diğer sosyal güçlerin ve üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı da korunmaktadır, bu manada devlet, bir taraftan kendi organları vasıtası ile özel mülkiyete haksız müdahalede bulunmama ödevini taşıırken diğer taraftan da diğer sosyal güçlerin ihlallerini önlemek için tedbir almak ödevini taşımaktadır. (CHALLAYE, Felicien, Mülkiyet Tarihi (Çev.Turgut AYTUĞ), 2. Bası, İstanbul 1969, s.82-83.)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanması ile birlikte 1982 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında yer alan 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir' kuralından açıkça anlaşılacağı gibi, Türk hukuk düzeninde antlaşmalar yasa gücündedir ve doğrudan hüküm doğurur. Ayrıca 'usulüne göre yürürlüğe girmiş milletlerarası antlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz' kuralı antlaşmaların iç hukuktaki değeri bakımından önem taşır. Kimi yazarlara göre bu kural antlaşmaların yasalarla eşdeğer olduğu görüşünü etkilemez, kimilerine göre bu kural antlaşmaların yasaların üstünde olduğunu gösterir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki yeri ve değeri konusunda şu sonuçlara ulaşılabilir.

- Sözleşme iç hukukun bir parçasıdır, ayrıcalıklı bir yere sahiptir.
- Sözleşme iç hukukta kendiliğinden (doğrudan) uygulanır, ayrıca bir ulusal düzenleme yapılmasına gerek yoktur.
- Sözleşmenin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Bunun doğan sonucu sözleşme Anayasaya aykırı olsa bile uygulanır.
- Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen sözleşmenin yasaya aykırılığı nedeni ile uygulanmaması, Anayasanın getirdiği sisteme ters düşer.
- Uluslararası hukuk bakımından da sözleşme Türkiye'yi bağlayan bir andlaşmadır. Sözleşme bu yönden bir yasa ile değiştirilemez. Antlaşmalar kendi koyduğu kurallara göre bozulabilir ya da değiştirilebilir. Sözleşme bozulmadıkça bir yasa ile tek yanlı olarak değiştirilemez. Sözleşmeden sonra çıkan Anayasa ya da yasa ile ne açıkça ne de üstü kapalı bir biçimde sözleşmede değişiklik yapma olanağı yoktur. (GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 8. Bası, Ankara 2001, s. 156.)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalardan olduğu için ulusal kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri AİHS esas alınır. Yani sözleşme kuralları ile diğer ulusal hukuk kuralları arasında bir çatışma olması durumunda yargıcın sözleşme kurallarına üstünlük tanınması, ulusal kuralları sözleşmeye uygun şekilde yorumlaması gerekir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ek 1 nolu protokolle sözleşmeye eklenen mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeye değinmek gerekmektedir. Mülkiyet hakkı Sözleşme'de şu şekilde düzenlenmiştir. 'Her gerçek ve tüzel kişinin, mal ve mülk dokunulmazlığına riayet edilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi

bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve Uluslar arası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin mülkiyetin genel menfaate uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.'

Sözleşmeye göre mülkiyet hakkı mutlak olmayıp genel yarar amacına yönelik bazı kısıtlamalara konu olabilecektir. Mülkiyete saygı ilkesi, maddenin açıkça izin verdiği özel müdahale şekilleri dışındaki her türlü müdahaleyi yasaklayan niteliktedir. Bu yolla mülkiyet hakkına genel bir koruma getirilmiştir. Mülkiyet hakkından yoksun bırakma ancak kanunla ve milletlerarası hukukun genel ilkelerine uygun olarak yapılabilir. Mülkiyet hakkının kullanımını düzenleme ise, ancak kanunla yapılabilir. Sözleşmenin tamamına egemen olan ölçülülük ilkesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından da geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirin hem amaçla orantılı hem de bu amacın gerçekleştirilmesine elverişli olması gerekir. (GÜRİZ, Adnan , Hukuk Başlangıcı, 8. Bası, Ankara 2001, s.156-157.)

Ergun ÖZBUDUN'a göre, temel hak ve hürriyetlerin hepsi için geçerli bir 'hakkın özü' tanımı vermek mümkün değildir. Bunu her hak ve hürriyet için onu kendisine özgü niteliklerine uygun olarak, ayrı ayrı tanımlamak gerekir, ancak genel olarak şunu söylemek mümkündür ki bir hak ve hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir. (AKAD, Mehmet /VURAL DİNÇKOL, Genel Kamu Hukuku, İstanbul 2002, s.217-218.)Sınırlama, hakkı anlamsız hale getirilip ortadan kaldırırsa özüne dokunmaktadır. Belirli bir hak ve özgürlükle ilgili özün nerede başladığı, önceden kesinlikle belirtilemeyen ve ancak Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ortaya çıkacak bir konudur. (AKIN İlhan F, Kamu Hukuku 1987, s.45)

Öz ile ilgili karar bir takdir yetkisi uygulamasıdır. Ancak hukuki bakımdan takdir yetkisi yasama organına değil, bağımsız yargı organına aittir. (TUĞRUL, Saim Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, İstanbul 2004, s.52)

'Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılmaz hale koyucu veya ciddi suretle güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelikte olmadıklarından, hürriyetin özüne dokunulmadığı meydandadır. ...neyi ifade ettiği açıkça anlaşılmayan ve her türlü yoruma elverişli bulunan (maksadı mahsus) gibi terimlerle belirtilen hükümler, kişinin temel haklarından olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün belli şekilde konularını kökünden kaldırmakta ve bu sebeple de 11/2'ye aykırı olarak hak ve hürriyetin özüne dokunmaktadır. (SOYSAL Mümtaz, Anayasaya Giriş, 2. Bası, Ankara 1969, s.30)

Genel hukuk ilkesi kavramının kendisine ait hayati bir uygulama alanı olmayan ve öteki normların yorumunda bunların normatif kapsamının belirlenmesinde rol oynayan bir ilkeyi de kapsadığını kabul ediyorsak, ölçülülük ilkesi genel bir hukuk ilkesidir. Çünkü kendisinin hayati bir uygulama alanı yoktur, yani; genel yaşamın bir kısmını düzenleyen bir norm değildir. Avrupa'da sık sık söylediğine karşın bireye sübjektif hukuk konumunu tanımaktadır, idareye veya kanun koyucuya bireyin hukuk alanına müdahale yetkisini de tanımamaktadır, ölçülük ilkesinin kaideselliği, yukarıda açıklanan işlevine dayanır. Yürütme organı için takdire yön veren bir ilkedir. İdareye kanun tarafından tanınan ve aynı zamanda idarenin kanunun norm metnine bağlılığını zayıflatan düzenleme serbestliği, vatandaşların hukuki konumlarını koruyan diğer normlar tarafından sınırlandırmaktadır. Burada kamu menfaati ile bireyin menfaati

arasındaki uyuşmazlık, normatif bir çatışma oluşturmaktadır. Bu uyuşmazlık veya çatışma iki yolla çözülebilir ilk yol, çatışan normların birisine norm hiyerarşisinin içerisinde üstün bir yeri tanımakla öncelik vermektir. İkinci yol, çatışan normları eşdeğerde sayıp, dengeleşme süreciyle tartarak birisine daha fazla bir ağırlığı tanıyacak öncelik vermektedir. Anayasa düzeyinde genellikle ikinci yola başvurulup ölçülülük ilkesinin uygulama alanı açılır. İlkenin normatif etkinliği kanun koyucunun, idarenin veya yargıcın dengeleşme sürecinde hangi unsur ve kriterlerden faydalanacağını buyurmakla yatmaktadır, bunun ötesinde bir kaidesellik düşünülemez. (Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Dergisi Sayı: 10, Sayfa 46)

A- 4) KONUYA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve E.2001/309, K.2002/91 sayılı kararında, 'Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur' denilmiştir.

Diğer taraftan Anayasanın 13 üncü maddesinde öngörülen ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkeleri iptali istenen kural bakımından da geçerlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve E.2001/309, K.2002/91 sayılı kararında '...sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur' denilmiştir.

Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir. (Esas Sayısı: 2006/121 Karar Sayısı: 2009/90, Karar Günü : 18.6.2009)

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir. (Esas Sayısı: 2006/121, Karar Sayısı: 2009/90, Karar Günü : 18.6.2009)

A- 5) KONUYA İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ DÜZENLEMELERİ VE KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi Mülkiyet hakkını garanti altına alan 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi düzenlemesi aşağıdaki gibidir.

'Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını

düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez'

Kişi Mülkiyetten yoksun bırakılmamalıdır.

Malikin hukuki haklarının ihlal edilmesi mülkten yoksunluğun esasını oluşturmaktadır. Fakat daha genel olarak, Mahkeme sadece resmi bir kamulaştırmanın yapıp yapılmadığını veya mülkiyetin kazanımını değil aynı zamanda fiili (de facto) bir kamulaştırmanın yapıp yapılmadığının tespiti için durumun koşullarını da inceleyecektir. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletin, bireyi sahip olduğu mülkiyet hakkından yoksun bırakıp bırakmadığına bakmaktadır. Bu yoksunluk bir resmi kamulaştırma şeklinde olabileceği gibi fiili (de facto) bir kamulaştırma yani el koyma durumunda da söz konusu olabilir. 'Papamichalopoulos Yunanistan'a karşı davasında başvuruçuların değerli arazisi 1967 yılında diktatörlük döneminde devlet tarafından alınarak donanmaya tahsis edilmiş ve donanma da sonradan bu arazide bir donanma üssü inşa etmiştir. Bu tarihten itibaren başvuruçular mülkünü etkin bir şekilde kullanamamış ya da satamamıştır. Mahkeme davalı devleti fiili (de facto) kamulaştırmadan ötürü sorumlu tutmuştur.

Devletin mülke müdahalesi Orantılılık ilkesine uygun olmalıdır

Mal ve mülk dokunulmazlığı hakkına müdahale eden bir tedbirin meşru bir amacın gerçekleştirilmesi hedefiyle demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir. Bu tedbirin toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge gözetmesi şarttır. Böylesi adil bir denge bireysel mülk sahibinin 'bireysel ve aşırı bir yük altına sokulduğu durumlarda gerçekleşmiş olmayacaktır. Scollo İtalya'ya karşı davasında başvuruçular Roma'da içinde kiracı bulunan bir daire satın almıştır. Başvuruçular engelli, işsiz ve daireye kendi kullanımını için ihtiyacı olmasına rağmen kiracıyı 12 yıl kadar bir süre tahliye ettirememiştir. Kira hakları ile ilgili diğer bir çok davada olduğu gibi Mahkeme davayı 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinde öngörülen genel kural, mülkiyetin kullanımının kontrol hakkı, uyarınca incelemiştir. Mahkeme başvuruçuların içinde bulunduğu durumu kendilerine açıkça ifade etmiş olmasına rağmen yerel makamların kiracının evden tahliyesi amacıyla harekete geçmiş olmalarına dikkat çekerek, başvuruçuların kendi mülklerindeki kullanım hakkının kısıtlanmasının orantılılık ilkesiyle bağdaşmadığı ve 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne koşut olarak çoğu zaman ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkelerini bir arada kullanmakta ve meşru bir nedene dayansa bile yasal sınırlamanın 'demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliği taşımasını' aramaktadır. Bu ilkeler bizim Anayasamızda temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel bir koruma maddesi olan 13 üncü madde içinde yer aldığına göre, AİHM'nin bu yaklaşımının, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı tüm yasal düzenlemelerde göz önünde tutulması, insan hakları kavramının evrensel niteliğine de uygun düşer.

B) ÖZEL OLARAK:

Dava konusu somut olayda sanığın vekaleten maliki olduğu taşınmazın tapu kaydına 01.06.1999 tarihinde Korunması gerekli Taşınmaz Kültür Varlığı şerhi konulmuştur. Bu konuda karar verme yetkisi ve karar aşamaları ve uygulama usulü 2863 sayılı Yasanın 3, 6, 7. maddelerinde açıkça belirtilmiştir. Bir taşınmaz usulüne uygun olarak Korunması gerekli Taşınmaz Kültür Varlığı kabul edildikten sonra anılan Yasanın 9 ve 11 maddesinde belirtilen

sınırlamalarla karşılaşmakta ve bu maddelerde belirtilen sınırlamalara uymadıkları takdirde 65. maddede belirtilen ceza ile cezalandırılmaktadırlar. 2863 sayılı Yasanın 9. maddesi ile malikin koruma bölge kurulları kararlarına aykırı olarak yapamayacağı işler önce genel olarak sonra da örnekleyici mahiyette tek tek sayılmıştır. Madde metnine dikkat edildiğinde malikin koruma kurulu izni olmadan yapamayacağı işler mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldırıcı niteliktedir. (Dava konusu olayda çatısı akan bir taşınmazın çatı onarım işi bile 9. maddedeki yasak kapsamına girmektedir.) Esasen bu durum 2863 sayılı Yasanın düzenlenmesi sırasında yasa koyucu tarafından da kabul edildiği için 15. maddede taşınmaz kültür varlıklarının kamulaştırılması hususu düzenlenmiştir. Yani yasa koyucu Taşınmaz Kültür Varlığı olarak kabul edilen bir taşınmaz üzerinde malikin mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde yasal düzenlemede bulunduğunu kabul ettiğinden bu taşınmazların kamulaştırılması gerektiğini belirtmiştir. Ancak somut dava konusu olayda olduğu gibi devlet aradan 12 yıl gibi bir süre geçmesine rağmen kamulaştırma işlemini yapmamıştır. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yukarıda anılan kararında belirtildiği gibi de facto yani fiili bir el koyma işlemi gerçekleştirmiştir. Fiili el koyma işleminin ise hem Anayasamızın 2, 5, 13 ve 35. maddelerine hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 Nolu ek protokolünün 1. maddesine aykırı olduğu izahattan varestedir. 2863 sayılı Yasanın 7, 9, 11, 15 ve 65. maddelerindeki düzenlemeler mülkiyet hakkının özüne dokunan, demokratik toplum düzeninin gereklerine uymayan ve toplum yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasındaki dengede ölçülülük ilkesini (Orantılılık) toplum yararına birey aleyhine bozan bir düzenlemedir.

İSTEM : Yukarıda izah edilen nedenlerden dolayı 2863 sayılı Yasanın 7, 9, 11, 15 ve 65. maddelerinin Anayasamızın 2, 5, 13 ve 35. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmesi saygıyla arz olunur.02/02/2011'

2- E.2011/137 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

'Germencik Cumhuriyet Başsavcılığının 2009/280 E. sayılı iddianamesi ile sanığın 1. Derece sit alanı içerisinde bulunan arazi içerisindeki bahçede incir ağaçlarının arasına çukur kazdığı ve yeni incir ağaçları diktiğinden bahis ile 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65/b maddesi uyarınca sanığın cezalandırılması talep edilmiştir.

Yargılama aşamasında suça konu taşınmazın Germencik ilçesi Tekin Köyü 384 parsel nolu taşınmaz olduğu, sanığın taşınmazın maliklerinden olduğu, taşınmazın beyanlar hanesine 06.03.1997 tarihinde 'Sit alanıdır' ibaresinin yazılmış olduğu anlaşılmıştır. Sanık savunmasında atılı suçlamaya konu eylemi kabul etmiş, kendi taşınmazı olması sebebi ile ağaç dikmesinin suç olduğunu bilmediğini beyan etmiştir.

Eyleme uyan 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65/b maddesinde; 'Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar planlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşai ve fiziki müdahale yapanlar veya yaptırımlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.' denmiştir. Somut olayda taşınmaz sanığa ait olup 1997 yılından beridir de sit alanıdır, belirtilen Kanunun ilgili maddesinde 'öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşai ve fiziki' müdahaleler yaptırıma bağlanmıştır. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun SİT ALANLARINDA GEÇİŞ DÖNEMİ KORUMA ESASLARI VE KULLANMA ŞARTLARI İLE KORUMA AMAÇLI İMAR PLÂNI başlıklı 17. maddesinde ise; 'Bir alanın koruma bölge kurulunca sit olarak ilanı, bu alanda her ölçekteki plân uygulamasını durdurur. Sit alanının etkileşim çevresine ilişkin

Esas Sayısı : 2011/18
Karar Sayısı : 2012/53

varsa 1/25.000 ölçekli plân kararları ve notları alanın sit statüsü dikkate alınarak yeniden gözden geçirilerek ilgili idarelerce onaylanır.

Koruma amaçlı imar plânı yapılıncaya kadar, koruma bölge kurulu tarafından üç ay içinde geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartları belirlenir... Koruma amaçlı imar plânları ve çevre düzenleme projelerinde yapılacak değişiklikler yukarıdaki usullere tabidir. Yukarıdaki fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Bakanlıkça hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenir.' denmektedir. Anılan madde gereği sit alanı olan taşınmazlarda malikin kullanma şartları Koruma Bölge Kurulları tarafından belirlenmektedir. Koruma Bölge Kurulları uygulamada taşınmazı sit alanı olan malikin bu taşınmazda hangi eylemi gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini her yıl belirlemekte ve belirlenen esaslar internet sitesinde yayınlanmaktadır. Yukarıda anılan düzenlemelerden ötürü iki durumla karşılaşmaktadır. Birincisi bahsi geçen Kanunun 65/b maddesinin '2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası' olarak yaptırıma bağladığı cezaya konu eylemin ne olduğu esasen kanunla belirlenmiş olmayıp Koruma Bölge Kurulları tarafından yapılan belirlemeler ile ortaya çıkacaktır. Nitekim somut olayda sanık taşınmazında dikenli tel çekilmesi, için yasaya uygun davranarak izin talebinde bulunduğu halde yeni ağaç fidanı dikmek için aynı izin talebinde bulunmamıştır. Koruma Bölge Kurulu'nun suç tarihindeki kararı ile ağaç dikilmesi yasak işler arasında sayılmaması halinde de eylemi suç oluşturmayacaktır. Nitekim geniş sit alanları bulunan Germencik ilçesi gibi yerlerde sözkonusu alan maliklerinin büyük bölümü çiftçi olup bahse konu taşınmazlar genel olarak tarım amaçlı kullanılmakta ve genelde incir ve zeytin bahçelerinden oluşmaktadır. Malikler taşınmazlarında hangi eylemi yapıp yapamayacaklarını, cezalandırılan eylem bakımından ortada somut bir kanun maddesi bulunmaması nedeni ile ve eylem bölge kurulu kararı ile yıla göre değişiklik gösterdiğinden duyum üzerine hareket etmekte, domates ekmek için izin yoluna başvuranlar olduğu gibi, malik olduğu saikiyle taşınmazını korumak için izinsiz dikenli tel ile çeviren malikler de olmaktadır. Söz konusu düzenleme Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen 'Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.' maddesine ve 'Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

2. olarak da sözkonusu sit alanı ilan edilen suça konu eylemin yapıldığı taşınmazın maliki sanıktır. Her ne kadar 2863 sayılı Yasanın 17. maddesinin (b) fıkrasında; 'Koruma amaçlı imar planlarıyla kesin yapılanma yasağı getirilen sit alanlarında bulunan gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar malikin başvurusu üzerine, belediye ve il özel idaresine ait taşınmazlarla takas edilebilir,' denmekte ise de bu hüküm hem kesin yapılanma yasağı getirilen sit alanları içindir hem de malike bu hususu zorunlu kılmamaktadır. Ayrıca tarım amaçlı kullanılan taşınmazlar bakımından benzer imkan sağlayan bir hüküm de anılan yasada yer almamaktadır. Bu durum karşısında özellikle tarım amaçlı kullanılan taşınmazlarda malikin belirsiz ve oldukça kısıtlanmış olan kullanma hakkı uygulamada taşınmazını tanım amaçlı kullanan malikin Yasanın 65/b maddesindeki cezayla karşılaşmasını adeta kaçınılmaz kılmakta, bu durum da; Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen 'Mülkiyet Hakkı' başlıklı 'Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.' maddesine aykırılık taşımakta nitekim sözkonusu kanun maddesi uygulamada Anayasanın verdiği mülkiyet hakkını bu taşınmazlar bakımından tamamen kullanılmaz hale getirmektedir. Zira taşınmazın toprak altına zarar vermeyecek şekilde hırsızlık veya hayvan tehlikesine karşı çitle çevrilmesinden, yeni ağaç dikimine kadar neredeyse tüm eylemler Koruma Kurulu kararları ile yasaklanmaktadır. Sözkonusu durum çeşitli gazete haberlerinde de yer bulmuş özellikle tarımsal faaliyet yapan vatandaşın taşınmazında suç oluşturan eylemin ne olduğunu bilemediği haber olarak yer almıştır.

Esas Sayısı : 2011/18
Karar Sayısı : 2012/53

Belirtilen nedenlerle sanık hakkında uygulanması ihtimali bulunan 2863 sayılı Yasanın 65/b maddesinin TC. Anayasası'nın 35. ve 38. maddelerine aykırı olduğu düşünülerek Anayasa'nın 152. maddesi gereği Anayasa Mahkemesi'ne başvuru zorunluluğu doğmuştur."