

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

**Esas Sayısı : 1992/22**  
**Karar Sayısı : 1992/40**  
**Karar Günü : 17.6.1992**  
**R.G. Tarih-Sayı :09.01.1995-22518**

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Küçükçekmece 1. Asliye Hukuk Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : 20.7.1966 günlü, 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 40. maddesinin Anayasa'nın 10., 13., 35/1., 46. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

### I- OLAY

Davacının taşınmazı, gecekondu ıslah bölgesinde kalması nedeniyle Avcılar Belediyesinin 18.9.1979 günlü, 531 sayılı kararı ile kamulaştırılmıştır.

İstanbul Büyükşehir Belediye Meclisi 12.6.1984 günlü, 18 sayılı kararı ile davacının taşınmazının da bulunduğu alanı gecekondu ıslah bölgesi dışına çıkartarak İstanbul Belediye Mensupları Yapı Kooperatifine tahsis etmiştir.

Davacı, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı ile tahsis yapılan yapı kooperatifi aleyhine açtığı davada taşınmazın kamulaştırma amacına aykırı olarak davalı belediyede çalışan personelin kurduğu yapı kooperatifine verilmesi işleminin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştü ve yeniden kendi adına tescil edilmesini talep etmiştir. Ancak taşınmazın geri alınmasını olanaklı kılan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinin uygulanmasını engelleyen 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 40. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia ederek Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını istemiştir.

Mahkeme de; davacının Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bularak 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 40. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 13., 35., 46. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

### III- YASA METİNLERİ

#### A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun iptali istenilen 40. maddesi şöyledir :

"Madde 40- Bu Kanun gereğince yapılan kamulaştırmalarda 6830 sayılı İstimlâk Kanunu'nun 23. maddesi uygulanmaz."

#### B- İlgili Yasa Kuralı 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesi şöyledir :

"Madde 23- Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya

kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçuları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanunî faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir.

Doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer.

Aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz mal birlikte kamulaştırıldığı takdirde bu taşınmaz malların durumunun bir bütün oluşturduğu kabul edilerek yukarıdaki fıkralar buna göre uygulanır.

Özel kanunlarda bu maddenin uygulanmayacağına ilişkin hükümler saklıdır. 1164 sayılı Arsa Ofisi Kanununa dayanılarak yapılan kamulaştırmalarda ve bu Kanunun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda, bu madde hükmü uygulanmaz."

### C- İtiraza Dayanak Yapılan Anayasa Kuralları

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin itirazına dayanak yaptığı Anayasa kuralları şunlardır:

1- "MADDE 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

2- MADDE 13- Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir."

3- "MADDE 35- Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

4- "MADDE 46.- Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedelinin hesaplanma tarz ve usulleri kanunla belirlenir. Kanun kamulaştırma bedelinin tespitinde vergi beyanını, kamulaştırma tarihindeki resmî makamlarca yapılmış kıymet takdirlerini, taşınmaz malların birim fiyatlarını ve yapı maliyet hesaplarını ve diğer objektif ölçüleri dikkate alır. Bu bedel ile vergi beyanındaki kıymet arasındaki farkın nasıl vergilendirileceği kanunla gösterilir.

Kamulaştırma bedeli, nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir ve peşin ödenmeyen kısım Devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz haddine bağlanır.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleyen küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir."

5- "MADDE 125- İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır.

İdarî işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.

İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."

#### IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Yekta Güngör ÖZDEN, Güven DİNÇER, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, Mustafa GÖNÜL, Mustafa ŞAHİN, İhsan PEKEL, Selçuk TÜZÜN, Ahmet N. SEZER, Erol CANSEL, Yavuz NAZAROĞLU ve Haşim KILIÇ'ın katılmalarıyla 24.3.1992 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

#### V- ESASIN İNCELENMESİ

İşin esasına ilişkin rapor, başvuru kararı ve ekleri, itiraz konusu yasa kuralı ile dayandırılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüştülüp düşünöldü:

#### A- İptali İstenilen Kuralın Anlam ve Kapsamı

İtiraz konusu 20.7.1966 günlü 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 40. maddesinde "Bu kanun gereğince yapılan kamulaştırmalarda 6830 sayılı İstimlâk Kanunu'nun 23. maddesi uygulanmaz" denilmektedir.

Gecekondu Yasası gereğince yapılacak kamulaştırmalarda uygulanmayacağı öngörölen 6830 sayılı İstimlâk Kanunu 4.11.1983 günlü 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Yasa'nın 41. maddesinde "Diğer Kanunlarda İstimlâk Kanunu'na veya belli maddelerine yapılan atıflar bu Kanuna veya Kanunun aynı konuları düzenleyen madde veya maddelerine yapılmış sayılır." denilerek Gecekondu Yasası'nın 40. maddesinin göndermede bulunduğu 6830 sayılı İstimlâk Kanunu'nun 23. maddesindeki düzenlenen kurala, bu yasayı yürürlükten kaldıran 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesinde yer verilmiştir.

Malikin, kimi durumlarda kamulaştırılan taşınmazını geri alabilmesine olanak veren 2942 sayılı Yasa'nın 23. maddesinde şöyle denilmektedir :

"Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22. maddenin ikinci fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanunî faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir.

Doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer.

Aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz malların durumunun bir bütün oluşturduğu kabul edilerek yukarıdaki fıkralar buna göre uygulanır.

Özel kanunlarda bu maddenin uygulanmayacağına ilişkin hükümler saklıdır. 1164 sayılı Arsa Ofisi Kanunu'na dayanılarak yapılan kamulaştırmalarda ve bu Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda bu madde hükmü uygulanmaz."

Buna göre, kamulaştırmayı yapan idarece taşınmaz üzerinde kamulaştırma amacına uygun herhangi bir işlem veya tesisat yapılmaz veya taşınmaz kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmez ise mal sahibi veya mirasçıları taşınmaz mallarını geri alma hakkına sahip olmaktadırlar.

Oysa, Gecekondu Yasası'nın iptali istenen 40. maddesinde, gecekondu ıslah bölgesinde kalması nedeniyle kamulaştırılan taşınmazların kimi durumlarda mal sahiplerine geri alma hakkını tanıyan 2942 sayılı Yasa'nın 23. maddesinin uygulanmaması öngörülmektedir.

#### B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

##### 1- Anayasa'nın 13., 35. ve 46. Maddeleri Yönünden İnceleme

Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu belirtildikten sonra bu hakların ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği ve kullanılmasının da toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasal güvence altında olan mülkiyet hakkına, kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda, Anayasa'da öngörülen koşullara uygun olarak kimi sınırlamalar, yasa ile getirilebilecektir. Başka bir anlatımla mâlikin taşınmazı üzerinde sahip olduğu yetkileri toplum yararına kısıtlanabilecektir. Temel haklardan olan mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların da Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacağı ölçütüne uygun yapılması gerekir. Anayasa'nın 46. maddesinde kamulaştırmalarda taşınmazın karşılığının peşin ödenmesi kuralı öngörülmüştür. Aynı maddede kamulaştırma bedelinin tesbitinde dikkate alınacak objektif ölçüler belirtilerek taşınmaz malın gerçek değerine ulaşılması amaçlanmıştır. Kamu yararına dayanan kamulaştırma işleminde taşınmazın gerçek karşılığı ödenerek, mülkiyet hakkı korunmaktadır. Böylece itiraz konusu kural mülkiyet hakkını zedelememektedir.

Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş bir istisnadır. Kamulaştırma, kamu tüzel kişilerinin kamu yararı amacıyla kamu gücünü kullanarak gerçek ya da özel tüzel kişilere ait taşınmazları kendi mülkiyetine geçirmesidir. Gerçek ya da özel tüzel kişilerin mülkiyet hakkını sona erdiren kamulaştırmaya Anayasa'nın 46. maddesiyle geçerlilik tanınmaktadır. Bu maddeye göre; devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği durumlarda karşılığını peşin ödemek koşuluyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını kamulaştırmaya yetkili kılınmaktadır. Kamulaştırma bedelinin saptanmasında kimi ilkeler belirlendikten sonra (nesnel) ölçülerin gözetileceği ve bedelin nakden ve peşin olarak ödeneceği öngörülerek, kişilerin taşınmaz mal üzerindeki el değiştirmeden doğan hakları güvence altına alınmıştır.

Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkını mutlak bir hak olmaktan çıkararak kimi durumlarda taşınmaz ile sahibi arasındaki ilişkinin sona ermesine neden olmaktadır. Kamu yararının gerektirdiği durumların belirlenmesi yasakoyucunun takdir alanı içinde değerlendirilmelidir. Kuşkusuz, yasakoyucu takdir alanına giren değerlendirmelerde anayasal ilkelere uygun düzenlemeler yapmak zorundadır.

2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesine göre, kamulaştırmayı yapan idarece beş yıl içinde taşınmaz üzerinde kamulaştırma amacına uygun bir işlem ya da tesis yapılmaz veya taşınmaz kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılırsa eski sahibi veya mirasçılarının bedelini ödeyerek geri alma hakkı doğmaktadır. Böylece kamu yararı beş yıl ile sınırlandırılarak amacın gerçekleşmesi için bir yaptırım getirilmiştir.

Kimi haklı nedenler ve özel durumlar, kamu yararı gerektirdiğinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinin uygulanmamasını gerekli kılabilir.

Yasakoyucunun, 775 sayılı Gecekondu Yasası'nın 40. maddesi ile 2942 sayılı Yasa'nın 23. maddesinin uygulanmamasını öngörmesi de kimi haklı ve özel durumların varlığı nedeniyledir. Gecekondu ıslah bölgelerine ilişkin projeler, hızlı şehirleşmenin getirdiği sorunların çözümü için düzenli ve etkin bir yerleşme politikalarını gerçekleştirmenin aracı olmuştur. Büyük boyutlara ulaşan gecekondulaşmanın sosyal bir sorun haline geldiği ülkemizde, çağdaş şehircilik anlayışı içinde çözüme kavuşturma düşüncesi farklılığın kaynağını oluşturmaktadır. Gecekonduların ıslahı, tasfiyesi ya da yeniden yapımının önlenmesi amacı, uzun süreli planlama ve çok geniş kapsamlı bir kamulaştırma yapmayı gerekli kılar. Genel bir

kamulaştırma sonunda elde edilen arsaların dağıtılması sonunda koşulları uyan kişilerle dağıtım yapan kamu kuruluşu arasındaki hukuksal işlemlerin uzun yıllara yayılması ve karmaşıklığı, taşınmaz malın eski sahibine geri verilmemesinin haklı nedenini oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla geri alma hakkını engelleyen böyle bir düzenleme yine kamu yararının gerçekleşmesi amacı ile getirilmektedir. Nitekim, Anayasa'nın 46. maddesinin üçüncü fıkrasında, kamulaştırma bedellerinin nakden ve peşin olarak ödeneceği belirtildikten sonra tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla yapılan kamulaştırma bedellerinin ödenmesinde taksitlendirme olanağı getirilerek geniş kapsamlı kamulaştırma uygulamalarında işin niteliğine uygun ayrık kuralların getirilebileceği gösterilmiştir.

Bu nedenle itiraz konusu kural Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

## 2- Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme

Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinde; herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye ve zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı belirtilmekte, devlet organları ile idare makamlarına tüm işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uygun davranmak zorunluluğu yüklenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında da belirtildiği gibi, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülemez. Bu mutlak yasak birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını engellemektedir. Bazı kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak, yasalarla farklı uygulamalar getirilmesini engellemez.

Buna göre, eşitliğe aykırı olduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmaktaysa ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise, bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden sözedilemez.

Yukarıda da açıklandığı üzere, gecekonduların ıslâhı, tasfiyesi, yeniden yapılmalarının önlenmesi gibi kamusal gereksinimlerin çok uzun süreli çalışmayı ve plânlamayı zorunlu kılması, itiraz konusu kuralın, 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesinde öngörülen sürenin sonunda "geri alma hakkının" uygulanmamasının haklı nedenidir. Gecekondu ıslâh ve önleme projelerinin bu özelliği nedeniyle 2942 sayılı Yasa'nın 23. maddesinin uygulanmaması kamu yararı yönünden zorunlu görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle genel olarak kamulaştırma işlemlerini düzenleyen 2942 sayılı Yasa'da belirtilen taşınmaz sahipleri ile özel olarak düzenlenen 775 sayılı Gecekondu Yasası gereğince kamulaştırması yapılmış taşınmazların sahipleri arasında herhangi bir eşitsizlikten sözedilemez. İtiraz konusu kuralda Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık görülmemiştir.

Bu nedenle iptal isteminin reddi gerekir.

3- Anayasa'nın 125. Maddesi Yönünden İnceleme

Başvuru kararında, Gecekondu Yasası'nın 40. maddesinin, Anayasa'nın 125. maddesine aykırılığı ileri sürülerek, idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 46. maddesi gereğince, kamu yararının gerektirdiği durumlarda özel mülkiyette bulunan taşınmazlar karşılığı peşin ödenmek koşuluyla kamulaştırılabilmektedir. İdarenin kamulaştırmaya ilişkin işlemlerine karşı idarî yargıya başvurularak kamu yararının gerektirdiği bir durumun olup olmadığı yargı denetimine tabi tutulabilir. Bu nedenle kamulaştırmanın bu aşamasında idarî yargı yolunun kapatıldığından sözedilemez.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonraki durumları düzenleyen 2942 sayılı Yasa'nın 23. maddesinin uygulanmasını engelleyen Gecekondu Yasası'nın 40. maddesini Anayasa'nın 125. maddesine aykırılığını ileri sürmektedir. Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinde kamulaştırılan taşınmazın üzerinde beş yıl içinde idarece hiçbir işlem ve tesisat yapılmaz veya taşınmaz mal kamu yararına yönelik ihtiyaca tahsis edilmez ise eski sahibine mülkünü geri alma hakkı verilmektedir. Bu konularda, idare ile taşınmazın eski sahibi arasında doğacak olan uyuşmazlıkların çözüm yeri idarî yargı değil adli yargı makamlarıdır. Bu nedenle Anayasa'nın 125. maddesi ile ilgi kurularak idarenin işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulduğundan sözedilemez. İdarî eylem ve işlemlerin idarî yargı denetimini düzenleyen Anayasa'nın 125. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

20.7.1966 günlü, 775 sayılı "Gecekondu Kanunu"nun 40. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Yekta Güngör ÖZDEN, Mustafa GÖNÜL, İhsan PEKEL, Selçuk TÜZÜN ile Erol CANSER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

17.6.1992 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Yekta Güngör ÖZDEN Üye	Güven DİNÇER Üye	Yılmaz ALİEFENDİOĞLU Üye
Mustafa GÖNÜL Üye	Mustafa ŞAHİN Üye	İhsan PEKEL Üye
Selçuk TÜZÜN Üye	Ahmet N. SEZER Üye	Erol CANSER
Yavuz NAZAROĞLU	Haşim KILIÇ	

## KARŞIOY YAZISI

Yukarıda esas ve karar no'ları belirtilen kararın oluşumunda kullandığım karşıoyumun gerekçesini aşağıda açıklıyorum:

20.7.1966 günlü, 775 sayılı Gecekondu Yasası'nın itiraz yoluyla iptali istenen 40. maddesi, bu Yasa gereğince yapılan kamulaştırmalarda 6830 (yenisi 2942) sayılı Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesinin uygulanmayacağını öngörmektedir. Gecekondu Yasası uyarınca yapılacak kamulaştırmalarda genel kamulaştırma kurallarından "geri alma hakkı"na ilişkin olanın uygulanmasını yasaklayan 40. maddeyi, hukuksal içeriği yönünden Anayasa'ya uygun ve demokratik bulmak güç, hattâ olanaksızdır.

1. Karara egemen olan çoğunluk görüşünün tersine, kamulaştırma işlemiyle, kamulaştırmanın kesinleşmesi, yargı kararıyla saptanıp belirlenen bedel artımının alınmasıyla taşınmazla sahibinin ilişkisi biçimsel yönden kesilse de öz yönünden kamulaştırmanın amacına uygun kullanılmasına değin geçici bir kesintiye uğrar. Kamulaştırma, kamu yararı savıyla, bu yarardan söz edilerek taşınmazın bir tür zor alımıdır. Kamulaştırma amacı ya da nedeni, kamulaştırmanın yönetimin tek yanlı ama yasal bir sözverisi olmaktadır. Bu amaç-neden, hukuksal bağlamda bir koşuldur. Kamulaştırma amacını gerçekleşmesi koşuluyla taşınmaz alınmakta, taşınmazın sahibi de kamu yararına kullanacağı varsayımıyla (kamulaştırmanın gereksizliğini dava etse bile) malını vermektedir. Hukuk devletine, kamu yönetiminin açıkladığı amaca, bu konuda yürütülen işlem ve eylemlere güvene bağlı uygulama, bu doğrultuda sonuçlanmalıdır. Daha yalın bir anlatımla, kamulaştırma amacına uygun kullanmama tutumu ve davranışı, koşula aykırı durumu açıklar, bu da geri dönüş koşulunu gündeme getirir. Geri alma hakkının dayanağı, az önce değindiğim iki yanlı koşulun işlerlik kazanmasıdır. Elkonma, zoralma nedeni ortadan kalkınca aynı yöntemle önceki duruma dönülmesi gerekir.

2. Hukuk devleti, bireyler, toplum ve ulus üzerinde baskı kuran, herşeyin sahibi, her istediğini yapan, her istenci yerine getirmesi zorunlu, hiçbir işlem ve eylemine karşı çıkılamayan bir kurum olmayıp öncelikle bir insan ve hukuk kurumudur. Çağdaş demokrasilerde ağır basan, belirleyici nitelik, hukuksallıktır. Devlet, hiç kuşkusuz ve tartışmasız, bireylerin hak ve özgürlüklerini koruyup güçlendirerek hukuksallık ırasını (karakterini) vurgulayacak, örnek sayılacak yöntemler izleyecektir. Bir anayasal-temel hak olan "mülkiyet"i, yine bir anayasal kurumu olan, ancak kamu yararının üstün tutulduğu durumlarla sınırlı "kamulaştırma"nın ayrıklığına kıydırmak düşünülemez. İki anayasal kurumda temel-genel olan hak (ki evrensel niteliktedir), ayrıklık durumuna yeğlenir. Kamulaştırmanın nedenleri geçersiz kalınca, önceki durumun doğması için Anayasa'da özel bir açıklık bulunmasına zorunluluk yoktur. Hukukun yazılı olmayan kuralları böyle bir dönüşümü gerektirdiği gibi, olayın özelliği ve hukuk devletinin yapısı da bunu doğal kılmaktadır. Yönetim sözünü yerine getirmiyor ya da getiremiyorsa, hukuk devletine yaraşan tutum, geriye dönüp en yakındakine, önceki sahibine hakkını vermek, onun hak edinme başvurusuna kapıyı ve yolu açık tutmaktır. Hem sözüne aykırı davranmak hem de bu aykırılığa karşı yargı denetimini engellemek, önceden "Ne istersem onu, nasıl istersem öyle yaparım, kimse soramaz, denetleyemez ve karışamaz" anlayışına götürür. Bu durumda Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesi bile gereksizdir. Haklar bu ölçüde gözardı edilip çiğnenebilirse demokratik yaşam gölgeden kurtarılamaz. Aldığı hakkı, alma nedeni ve amacı yerine gelmeyince geri vermekten kaçınan devlet, inandırıcı olamaz. Kaynağını Anayasa'nın ruhundan, anlam ve amacından alan bu duyguyu korumak görevi de öncelikle Anayasa Mahkemesi'ne düşer.



Yurttaş, kamulaştırmaya karşı çıksa da çıkmasa da kamulaştırma yapılmaktadır. Bu işleyişe kimsenin diyeceği yoktur. Yani, kamulaştırma bir anayasal kurumdur. Ama yurttaşın, koşulları yine yasayla belirlenen durumlarda eski taşınmazı geri almak hakkı da kutsaldır. Hukuk devletinde, bu tür durumlarda, yurttaşın başvurusuna gerek kalmadan, devlet, önceki sahibine önermeli, o olmazsa yöntemince elden çıkarmalıdır. Anayasa'nın 35. maddesindeki temel hakla, ayırık durumun altında değerlendiren bir anlayışa katılamaz. Toplum yararına aykırı kullanılmayan mülkiyet hakkı devlet güvencesindedir. Devlet bu güvenceye aykırı davranmak serbestliğini edinirse başlangıçta gerçek dışı kamulaştırmalara girişilmesi olasılığı güç kazanır.

3. Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesinin tanıdığı hak "geri alabilme"dir. Bu da gerekirse yargı yolunun açık tutulmasıdır. Dönüşümü sağlayabilecek yargı yolunun kapatılması, yargıya güvensizliği de düşündürebilecek boyutta hak arama özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Kamulaştırmanın başlangıcında idare mahkemesine gereksizliği için, hukuk mahkemesine bedel artırımı için başvurmak ayrı, yepyeni bir olgu niteliğindeki kullanmama ya da kamulaştırma amacına aykırı durum için başvurma hakkı aynıdır. Önceki malik yurttaşın hak tanımayıp yönetimin aykırı tutumuna geçerlik tanımak, buna olanak sağlamak hukuk katında savunulabilecek bir anlayış olamaz.

Yargı yolu, hak arama özgürlüğünün yaşama geçirilmesi işlerlik kazanmasıdır. Yurttaş, bu yolu izleyerek aldığı olumlu ya da olumsuz sonuçla devlete inan ve güvenini pekiştirir. Bu yola başvurmayı gereksiz ve sakıncalı bulmak, yurttaşın gereksiz gider ve uğraştan kurtarmak savunması günümüzün hukuk anlayışıyla bağdaşmaz.

4. Gecekondulaşmayı önlemek için daha uzun süre gerekiyorsa, bu süre anlaşılabilir, uygun bir ölçüyle belirlenip yine dava hakkı korunabilir. Kamu yararına yönelik bir gereksinmeye özgülünmeyen taşınmazı öncelikle eski sahibine geri vermek düzeni, adalet duygusuna en uyumlu yöntemdir. Anayasa Mahkemesi'nin 28.7.1967 günlü, 933 sayılı Kalkınma Plânının Uygulanması Esaslarına Dair Yasa'nın 9. maddesindeki benzer engelin iptaline ilişkin 23, 24, 25.10.1969 günlü, Esas: 1967/41, Karar: 1969/57 sayılı kararı, konumuzla doğrudan ilgili bir örnektir. Anılan karardaki hukuksal dayanakları, o kararın karşıoylarıyla geçersiz saymak olanaksızdır. Kamulaştırmayla değişikliğe uğrayan "mülkiyet hakkı" kamulaştırmayı haklı kılan nedenin ortadan kalkmasıyla değişiklik öncesi duruma dönmektir. Kamulaştırma da, amaca uygun olmayan eylemlerle durumla değişmiş olmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, kamulaştırılmasına karşın uygun biçimde kullanılmayan malın önceki sahibine geri verilmesini "anayasal gerek" saymasını tersine çevirecek biçimdeki çoğunluk yorumunu haksızlığa yol açması nedeniyle de Anayasa'ya aykırı buluyorum. Bilim çevrelerinin güçlü olmayan, kimi aykırı görüşleri karara dayanak yapılamaz. Anayasa Mahkemesi'nin yukardaki kararını ileri görüşlülüğü yansıttığı için beğeniyle karşılayacak yerde "... çok ferdiyetçi liberal bir görüşle iptal ettiğini ..." için eleştirmenin haklı bir yanı yoktur. Toplumsal yararı, kamu yararını kuşkuyla düşürecek biçimde temel hakkı nedensiz yıkacak bir uygulamayı önlemek hukuk devletine onur kazandırır. Devleti yanlış tanımlayıp değerlendirme koşullanmasına olmasa da alışkanlığına bağlı tutumlar, çağdaşlığı değil gelenekçiliği açıklamaktadır. Devlet, hakkı ve malı korur. Onun elden alınmasına amaç olamaz. Kaldığı, görüşlerin, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılmaması esasına bağlıdır. Devlet ancak toplum yararına aykırı kullanmaların önlemine yine ancak hukuk içinde alır. Kendisi de sürekli hukuk içinde kalarak işlemlerini yürütür. Mülkiyet hakkının özünü değişik yasa kurallarının tanımlamalarına ve sınırlamalarına bakarak değişken nitelemek doğru değildir. Yasakoyucu bu hak üzerinde gelişigüzel düzenlemelere gitmesi düşünülemez. Kamulaştırmayla getirilen sınırlama da ancak kamu yararı nedeninin gözetilmesidir. Böyle bir

yararın sözkonusu olmadığı durumlarda bu sınırlama da yapılamaz. 1961 Anayasası'nda "Sosyal Haklar ve Ödevler" bölümünde iken 1982 Anayasası'nda "kişinin hakları ve ödevleri" bölümünde yer alan "mülkiyet hakkı"nın yapısının karma görülmesi, kişinin ekonomik yanının yansınmasına neden olamaz. Anayasa'nın devletin yükümlülükleri kapsamında saydığı "... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkele riyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak ..." görevi "sosyal devlet" olmanın da başlıca gereklerindedir. Özgürlükçü yanına ağırlık verilmeden yorumlanacak Anayasa, yetersiz ve eski kalır. Demokratik toplum düzeninin gereklerini özgürlüklerin özüyle eşdeğer sayan bir anlayış Anayasa'yı yapıcı ve yeni kılar. Yasal sınırlamaları bu anlayışın dışında gerçekleştirmek sınırsızlık anlamında bir aykırılığı çağrıştırmaktadır. Kişiyi, bireyi arkaya atan bir devlet anlayışı demokratik olamaz. Devlet adı kullanılarak devlet adına nice aykırılık ve çelişkilerin sergilenebileceği düzenler, devlete ağırlık tanıyarak kişiyi, kişi hak ve özgürlüklerini ezme olanağını bulmuşlardır. Koşulları, nedeni, yöntemi, başvurulacak yasa yolları gözetilmeden salt kısıtlama-sınırlamanın ölçüsüyle demokratik toplum düzeninin gereklerine uyulmuş olunamaz.

5. Kamulaştırma Yasası kapsamına girecek bir taşınmazla yanyana bulunan bir taşınmaz Gecekondu Yasası kapsamında ise, birincisinin sahibine açık olan yargı yolu, ikincisinin sahibine kapalıdır. Böylesi bir ikilem, hukuk düzeninde hoşgörülemez. Siyasal düzenin, toplumsal barışın kaynağı haklara saygıdır. Demokrasi bu olguların güvenceye bağlanmasıyla geçerli olur ve gerçekleşir. Hukuksal ölçütleri dışlayan bir anlayışı yansıtan düzenlemelerle haklı nedene dayanmayan sınırlamalara Anayasa yönünden olur verilemez.

Yargı yolunu kapatan kuralları korumak, anayasal işlevle de uyuşmamaktadır. Antidemokratik kuralları yasalardan ayıklamak görevi öncelikli ve ağırlıklıdır. Anayasa'nın yargı denetimine kapalı tuttuğu anlamlar eleştirilir, düzeltilmesi istenirken çok gerekli ve haklı konularda, üstelik genel kamulaştırmalar için yargı yolu açıkken Gecekondu Kanunu'nda bu yolu kapalı tutmanın savunulacak yönü olmadığı kanısındayım.

Özgürlüklerin önündeki engelleri kaldırıp genişlemelerini sağlamak gerekirken yasalarla getirilen kimi sınırlamalara geçerlik tanımak, bunun için de yasaları örnek almak doğru değildir. Yasalar, yasalara bakılarak değil, Anayasa'ya bakılarak denetlenir.

Ayrı doğrultudaki öbür karşıoyların gerekçesine de katılıyor, 755 sayılı Yasa'nın yargı yolunu kapatmasını yukarıda kısaca belirtmeye çalıştığım nedenlerle Anayasa'nın 2., 10., 13., 35., 46. ve özellikle 36. ile 125. maddelerine aykırı buluyorum. 17.6.1992

Başkan

Yekta Güngör ÖZDEN

## KARŞIOY YAZISI

20.7.1966 günlü, 755 sayılı Gecekondu Yasası'nın 40. maddesinde, bu Yasa gereğince yapılan kamulaştırmalarda, 6830 (yenisi 2942) sayılı Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesinin uygulanmayacağı yer almaktadır.

Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesi, kamulaştırılan taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkını koruyan bir hüküm getirmiştir. Eğer kamulaştırılan taşınmaz üzerinde kamulaştırma amacına uygun hiç bir işlem, tesisat yapılmaz veya kamu yararına tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılırsa mal sahibi veya mirasçılarında dava açarak geri alma hakkı vermiştir.

Anayasa'nın "Temel Haklar ve Ödevler" kısmında yer alan 35. maddesinde mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği öngörülmektedir. Kamulaştırma ile ilgili 46. maddede ise kamulaştırma, kamu yararının gerektirdiği haller koşuluna bağlanmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Demeci'nin 17. maddesinde de "Hiç kimse keyfi olarak mal ve mülkünden mahrum edilemez." kuralı yer almaktadır.

Yukardaki açıklamalara göre, sahibinin rızası dışında elkoyma, diğer bir ifade ile zorarım olan kamulaştırma kamu yararının olmasına bağlıdır. Kamu yararı kamulaştırmanın başlangıcında olduğu gibi uygulama kademesinde de aranmaktadır. Çünkü mülkiyet koşullu olarak terk edilmiştir. O koşulun gerçekleştirilmesi asıldır.

Gerçekleştirilmediğinde geri alma hakkı korunmalıdır. Başlangıçta gösterilen kamu yararı ile yargı yolunun kapandığını düşünmenin keyfi, haksız uygulamalara yolaçacağı kuşkusuzdur. Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesi, kamulaştırmada keyfi ve haksız uygulamaları önlemek için getirilmiş Anayasa gereği bir düzenleme olarak görülmelidir. Bu kuralla kamulaştırmaya getirilen kamu yararı sınırlamasının gözetim ve denetimi sağlanmaktadır. Kamulaştırma Yasası kapsamında kamulaştırılan taşınmaz için getirilen uygulamaya yönelik yargı yolunu açan söz konusu güvencenin Gecekondu Yasası kapsamı içinde kamulaştırılan taşınmazlar için gözardı edilmesi; kamu yararı, ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri, eşitlik, hukuk devleti ve idarenin her türlü işlerinin yargı denetimine açık olması ilkeleri karşısında olanaksızdır. Bu nedenle Gecekondu Yasası kapsamında yapılacak kamulaştırmalarda da mülkiyet hakkında keyfiliği ve haksızlığı önlemek için uygulamalarda kamu yararının varlığını sağlayacak yargı yolunu açan yasal düzenlemelere Anayasa yönünden zorunluk vardır.

755 sayılı Yasa'nın 40. maddesi, yukarıda belirtildiği üzere Anayasa gereğince olması gereken yasal kuralı önlediği için Anayasa'nın 2., 10., 13., 35., 36., 46. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Üye

İhsan PEKEL

## KARŞIOY YAZISI

20.7.1966 günlü, 775 sayılı Gecekondu Kanunu 40. maddesiyle "Bu Kanun gereğince yapılan kamulaştırmalarda 6830 sayılı İstimlâk Kanunu'nun 23 üncü maddesi uygulanmaz." kuralını getirmiştir. Gerek 6830 sayılı Yasa'nın, gerek bu Yasa'yı yürürlükten kaldıran 4.11.1983 günlü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesi aynı ifadelerle ve eş metin halinde düzenlenmiştir. "Mal sahibinin geri alma hakkı" başlığı altındaki anılan madde metni şöyledir :

"Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde kamulaştırmayı yapan idarece veya 22 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanunî faiziyle birlikte ödeye rek, taşınmaz malını geri alabilir....

Doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer...

Özel kanunlarda bu maddenin uygulanamayacağına ilişkin hükümler saklıdır..."

Taşınmazı kamulaştırılan mal sahibinin "geri alma hakkı"na getirilen istisna kuralı, 775 sayılı Gecekondu Yasası'nın 40. maddesinde yer almıştır. Küçükçekmece 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülen bir dava sırasında davacı tarafından ileri sürülen 40. maddeye yönelik Anayasa'ya aykırılık savı, Mahkemece de gerekçeli kararlarla ciddî bulunarak benimsenmiş, iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Benimsediğimiz iptal istemine koşut karşıoyumuzu, anayasa yargısı açısından sağlıklı bir temele oturtabilmek için dâva konusuyla doğrudan ilgileri olduğu ve sorunun iyice anlaşılmasına açıklık getirebilecekleri kanısını taşıdığımız "mülkiyet hakkı", "kamulaştırma kurumu" ve "gecekondu olgusu" üzerinde konumuzun gerektirdiği ölçüde durmak istiyoruz. Bunun için, öğretilerdeki görüşlerden ve Anayasa Mahkemesi kararlarından yararlanmaya çalışacağız.

Tarihsel evrim sonucunda "mülkiyet hakkı", evrensel boyutlarda ve kutsal nitelik taşıyan bir "temel hak" statüsü kazanmıştır. Bu hak, anayasaların sistematüğinde farklı konumlarda yer almış olsa da, özünde taşıdığı evrensel niteliği ve anayasal güvence altında bulunma özelliği değişmez. Nitekim 1961 tarihli Anayasa'nın 36. maddesiyle düzenlediği "Mülkiyet hakkı", "Sosyal ve iktisadî haklar ve ödevler" bölümünde yer almışken, aynı metin 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde ve "Kişinin hakları ve ödevleri" bölümünde bulunmaktadır.

1982 Anayasası'nın 35. maddesine ilişkin Danışma Meclisi gerekçesinde de vurgulandığı gibi, mülkiyet hakkının güvence altına alınması, bir ölçüde ekonomik sistem tercihinin de bir göstergesi olduğundan özel mülkiyetin, özellikle üretim araçları üzerindeki özel mülkiyetin yok edilmesi ve yadsınması önlenmiştir. Hukuk devletinin de bir gereği olan bu güvence, bireyin kişiliğini geliştirebilmesinde, ayrıca özgürlüklerin korunmasında tam bir etkidir. Anayasa Mahkemesi'nin E.1988/34, K.1989/26 sayılı kararı na ilişkin karşıoy yazımızda yer alan Alman Federal Anayasa Mahkemesi Yargıcı Prof.Dr. Peter BADURA'nın sözünü anımsatmakta yarar görüyoruz: "Bireyler için mülkiyet, varolmanın, bağımsızlığın ve özgürlüğün maddî bir güvencesidir." Demek oluyor ki, mülkiyet hakkı, "ikincil hak" ya da "artık hak" biçiminde algılanamaz. Bu nedenle, mülkiyet hakkını anayasal güvence altına alan

Anayasa kuralının muhatabı doğrudan doğruya devlettir. Mülkiyetin kişilere karşı korunmasının hukuksal yolları ayrıdır.

Hemen belirtelim ki, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen koşul ve ölçülerle, öteki temel haklarda olduğu gibi, 35. maddenin düzenlediği "mülkiyet hakkı" da Yasa'yla sınırlanabilir. Nitekim, 35. maddenin ikinci fıkrası "Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir" kuralını öngörmüştür.

Tüm çağdaş ve uygar devletlerde olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti devletinin de, "... sosyal bir hukuk Devleti" olma özelliğinden kaynaklanan ve yerine getirme zorunda olduğu pek çok kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetler için "özel mülkiyet" rejimindeki taşınmazlara ya da tesislere gereksinim duyulabilir. Gereksinim, malikin rızası sağlanamadığı için özel hukuk kuralları içinde satınalmayla karşılanamayabilir. Kamulaştırma zorunlu olur. İşte bu durumda, temel haklar kategorisinde yer alan "mülkiyet hakkı" ile vazgeçilmezliği kuşku götürmeyen, ağırlıklı önemde, gerekliliği ve çağdaş özelliği yadsınamayacak "kamu yararı"nın bağdaştırılması zorunluluğu söz konusudur.

Kamu yararı, bir kamu hizmetinin varlığının kanıtı olmaktadır. Ancak, öğretilerde, kamulaştırma için her kamu yararı gereksinimi yeterli görülmemektedir. Daha çok ve özellikle ağırlıklı ve zorlayıcı bir kamu yararı aranmaktadır. Bonn Üniversitesi öğretim üyelerinden Prof.Dr. Fritz OSSENBÜHL'ün dediği gibi, "Kamulaştırma, aracın ölçülülüğü bakımından hukuk devletinin güvencesi altındadır. Bundan ötürü kamulaştırmanın, kamu yararının gerçekleştirme aracı olarak sadece uygun olması değil, aynı zamanda gerekliliği de zorunludur. Çünkü, kamulaştırma, mülkiyet güvencesinin özü uyarınca son çare (ultima ratio) dir. O da ancak, kamulaştırmadan başka hukuksal, ekonomik ve savunulabilir bir çözümün bulunmaması halinde caizdir." (Enteignung-Evangelisches Staatslexikon 1, S. 714-718).

Kanımızca, yukarıda belirtilenlere ek olarak, kamulaştırmayla amaçlanan kamu hizmetinin yasayla belirlenen süre içinde ya da fiziksel gerçekleşme aşamasına kadar, kamu yararında "süreklilik" te bir koşul olarak aranmalıdır. Aksi takdirde, "kamulaştırma kurumu" yasal biçimsellikle, mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak öznel, bireysel, keyfi, siyasal ve benzeri hukuk dışı beklentilerin, hattâ ölçümlerinin aracılığıyla kullanılabilir. Nitekim, Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesi, olası sakıncaları giderici, yönetimi uyarıcı, taşınmaz sahibine de güven verici ve hukuka saygınlığı pekiştirici bir kural getirmiştir. Bu kurala göre, "Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece, kamulaştırma ve devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, malsahibi veya mirasçıları..." lehine taşınmazı "geri alma hakkı" doğmaktadır. Bu maddedeki beş yıl azamî süredir. Geri alma hakkı daha erken de ortaya çıkabilir. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.01.1979 günlü ve Esas: 1977/5-381, Karar: 9 sayılı kararında "İmar planının değişmesi, kamulaştırılan taşınmaz üstünde gaye dışı bir inşaat yapılması, taşınmazın devri gibi sebeplerle taşınmaz malın gayesine hiçbir surette tahsis edilemeyeceği anlaşılırsa bu sürenin beklenilmesine lüzum ve zaruret düşünülemez." biçiminde açık ve kesin bir yargıya varmaktadır.

Kamu yararı amacı ve kamulaştırma aracıyla ortadan kaldırılan mülkiyet hakkını, belli koşullarla yeniden yaşama geçiren "Geri alma hakkı"na ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin E. 1967/41, K. 1969/57 sayılı kararını da anımsamakta yarar görmekteyiz:

"... mülkiyet hakkının kamulaştırma yolu ile değişikliğe uğratılmasının nedeni kamu yararının karşılanması ihtiyacının, malikin mülkiyet hakkının korunması ihtiyacından daha üstün tutulmasıdır; buna göre kamulaştırma yapıldıktan ve işin niteliği bakımından belli süre geçtikten sonra taşınmaz malın kamu yararının gerektirdiği yönde kullanılmaya başlanılmamış olması durumunda kamu yararının zorunlu kıldığı ihtiyacın kalmamış veya gerçekleşmemiş olması sonucu doğmakta ve dolayısıyla kamulaştırmayı haklı gösteren neden ortadan kalkmış bulunmaktadır. Malikin mülkiyet hakkının korunması düşüncesinin gözetilmesini engelleyen neden ortadan kalkmış bulununca mülkiyet hakkının malike geri verilerek mülkiyet güvencesi kuralına uyulması zorunluğu belirlemektedir." (AMKD., Cilt: 8, S. 59-60).

Yine Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına göre, "geri alma hakkı"na ilişkin bir kuralın Anayasa'da yer almamış olması dolayısıyla, kamulaştırılan malın geri verilmesi konusunun Anayasa alanını ilgilendirmedeği görüşü, hukuka uygun değildir; zira 11. maddesinin birinci fıkrasında sözden ve ruhtan söz edilmiş olmasından da anlaşıldığı gibi, Anayasa yalnız sözü ile değil, özü ile de birtakım kurallar koyar ve yine Anayasa'nın koyduğu açık kuralların dayandığı hukuk ilkeleri dahi, Anayasa kuralı gibi bağlayıcıdır." 1961 tarihli Anayasa'nın 11. maddesinin öngördüğü temel hak ve özgürlükleri sınırlama koşulları, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrası uyarınca, "Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz." Anayasa yargısı terminolojisine "Sınırlamanın sınırlaması" olarak geçen bu ölçü-norm da bir anayasal temel ilkedir, bağlayıcıdır ve "geri alma hakkı"nın hukuksallığı için yeterli bir gerekçedir. İptal istemine konu edilen 775 sayılı Gecekondu Yasası'nın 40. maddesi ise, açıklanan "Mal sahibinin geri alma hakkı"nı ortadan kaldırmaktadır.

775 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde "... imar ve yapı işlerini düzenleyen mevzuata ve genel hükümlere bağlı kalınmaksızın, kendisine ait olmayan arazi veya arsalar üzerinde, sahibinin rızası alınmadan yapılan izinsiz yapılar..." diye tanımlanan "gecekondu", "Türkiye'de II. Dünya Savaşı yılları içinde ortaya çıkmış bir sosyal olaydır." (Fehmi YAVUZ - Ruşen KELEŞ - Cevat GERAY, ŞEHİRCİLİK, Ankara, 1973, S. 648). Genellikle köysel alanda giderek olumsuz yönde değişen ve gelişen ekonomik yapı bozuklukları, kırsal alandaki nüfusun daha büyük yerleşim noktalarına akmasında İTİCİ (push) bir neden olmuştur. Ulaşım olanaklarının artması, yaygınlaşması ve hızlanması, yazılı, sözlü ve görüntülü haberleşme araçlarının yoğunlaşması İLETİCİ bir rol üstlenmiştir. Öğrenim, sağlık, çalışma gibi gereksinim ve umutları besleyen olanaklara sahip kentlerin ÇEKİCİ (pull) gücü gecekondulaşma sürecine değişik boyutlar getirmiştir (YAVUZ-KELEŞ-GERAY, a.g.e., S. 33-38). Böylece, sağlık, teknik ve uygar koşullardan yoksun çarpık kentleşme, bir kamu hizmeti kimliği içinde köklü ve hızlı çözümler bekleyen sorunlar yığını olarak ortaya çıkmıştır. 775 sayılı Yasa'nın 1. maddesi, gecekondu sorununun çözümü için "iyileştirme (ıslah)", "ortadan kaldırma (tasfiye)" ve "önleme" olarak üç yöntem kabul etmiştir. Kuşkusuz bu amaç, her yönüyle kamu yararına dayanmaktadır. Kamusal gereksinim ile mülkiyet hakkı arasında kurulması gerekli, zorunlu ve duyarlı denge, burada da söz konusu olacaktır. Bu da ancak, kamulaştırma işleminin başlamasından, amacın gerçekleşmesine değin, konusuna göre adli ya da yönetsel yargı yolunun açık tutulmasıyla sağlanabilir.

İptal istemini oluşturan konunun dayandığı somut olay, "geri alma hakkını" ortadan kaldıran 775 sayılı Yasa'nın 40. maddesinin ne tür haksızlıklara yol açabileceğini gösteren ilginç bir örnek oluşturmaktadır. Dâva dosyasındaki belgelerden anlaşıldığı üzere, İstanbul Küçükçekmece, Avcılar Köyiçi mevkiinde bulunan tapulu 7086 metrekairelik taşınmaz., mülga Avcılar Belediyesi'nin 18.09.1979 günlü ve 531 sayılı kararıyla "Gecekondu ıslah bölgesinde

**Esas Sayısı : 1992/22**  
**Karar Sayısı : 1992/40**

kaldığı" gerekçesiyle kamulaştırılmıştır. Kamulaştırmanın amacı, bu yerin İstanbul Üniversitesi kamulaştırma mağdurlarının kurduğu yapı kooperatifine verilmesinden ibarettir.

İstanbul Büyükşehir Belediye Meclisi ise 12.06.1984 günlü ve 18 sayılı kararıyla, dâva konusu 4372 sayılı parselin de içinde bulunduğu taşınmazları "Plan tasdik tarihi olan 3.2.1982'den bugüne kadar hiçbir imar uygulanması yapılmamakta ve bir çok ilgisinin mağduriyetine sebep olmaktadır." gerekçesiyle gecekondu ıslah bölgesi dışına çıkarılmasını kararlaştırmıştır.

Kuşkusuz kentsel dokunun yaşamsal önemdeki bir gereksinimini karşılayacak olan "Gecekondu ıslah bölgesi" konusu, ciddi araştırma ve incelemeleri gerektirir. Plan, program ve akçalı güç olanağı devreye girer. Uygulamanın, makul ve kabul edilebilir bir sürede gerçekleşmesi öngörülür. Ne var ki, aynı Büyükşehir Belediye Meclisi yedi gün sonra, 19.06.1984 günlü ve 35 sayılı kararıyla, aynı taşınmazları bu kez de 775 sayılı Yasa'nın 26. maddesi uyarınca İstanbul Belediyesi Memurları Yapı Kooperatifi üyelerine tahsis etmiştir. Beş yılda üç, bir haftada iki kez aynı taşınmaz üzerinde konu değiştiren bir kamu yararının "ciddiliği", "uygunluğu" ve "sürekliliği" savunulamaz. Nesnel, hukuksal ve yansız bir işlem den çok, öznel, kayırmacı ve hukuk dışına taşma izlenimi veren bir durum ön plana çıkmaktadır. 775 sayılı Yasa'nın "geri alma hakkı"nı ortadan kaldıran 40. maddesi, olumsuz örnekleri çoğaltıp yaygınlaştırmaya açık yapıdadır. İşlemin özelliğine göre mutlaka yargı yolu açık tutulmalıdır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın;

1- 2. maddesinin öngördüğü Cumhuriyetin "hukuk Devleti" niteliğine,

2- 13. maddesinin ikinci fıkrasındaki "Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz" biçimindeki buyruğuna,

3- 17. maddesinin birinci fıkrasındaki "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" temel ilkesindeki "maddî varlığını koruma ve geliştirme hakkı"na,

4- 35. maddesindeki "Mülkiyet hakkı"na,

5- 125. maddesindeki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." kuralına,

Aykırı olduğu kanısına vardığım 775 sayılı Gecekondu Yasası'nın 40. maddesinin iptali gerekir. Bu nedenle çoğunluk oyuna karşıyım.

Üye

Mustafa GÖNÜL

**Esas Sayısı : 1992/22**  
**Karar Sayısı : 1992/40**

### KARŞIOY YAZISI

Anayasa Mahkemesi'nin 17.6.1992 günlü, Esas: 1992/22, Karar: 1992/40 sayılı 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 40. maddesinin iptal isteminin reddine ilişkin kararda, Sayın Üye Mustafa GÖNÜL'ün yazmış olduğu karşıoy gerekçesine katılıyoruz.

Üye

Selçuk TÜZÜN

Üye

Erol CANSAL