

Kamuya Ayrılan Arsanın İmara Açılması veya Eşdeğer Bir Taşınmaz İle Trampa Edilmesi Talebi

Bu Karar, ilgilinin imar planında kamu hizmetine ayrılan arsasının kullanım hakkının, on dokuz seneden beri elinden alındığını iddiasıyla, uğradığı ekonomik zararın Belediyeye giderilmesi, söz konusu arsanın imara açılması veya eşdeğer bir taşınmaz ile trampa edilmesi talebinin değerlendirilmesine ilişkindir.

T.C.

KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

(OMBUDSMANLIK)

ŞİKAYET NO: 2015/5199

KARAR TARİHİ: 23/06/2016

TAVSİYE KARARI

ŞİKAYETÇİ:

ŞİKAYET EDİLEN İDARE: 1. Büyükşehir Belediye Başkanlığı (Re'sen)

2. Belediye Başkanlığı

ŞİKAYETİN KONUSU: Şikayetçinin, İlçesi Mahallesi .. pafta parsel numaralı arsasının kullanım hakkının, on dokuz seneden beri elinden alındığını iddiasıyla, uğradığı ekonomik zararın Belediyece giderilmesi, söz konusu arsanın imara açılması veya eşdeğer bir taşınmaz ile trampa edilmesi talebi hakkındadır.

ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ: 4.11.2015

I. USUL

A. Şikâyet Başvuru Süreci

1. Şikâyet başvurusu, Kurumumuza elden başvuru yolu ile teslim edilen ve 04/11/2015 tarih ve 11608 sayı ile kayıt altına alınan, gerçek kişiler için şikâyet başvuru belgesi vasıtasıyla yapılmıştır. Şikâyet başvurusunun karara bağlanması için 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 41/1-a maddesi ve İmza Yetkileri Yönergesinin 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, şikâyetin incelenmesine ve araştırmasına geçilmiş, 2015/5199 şikâyet numaralı Tavsiye Önerisiyle Kamu Başı Denetçisi'ne sunulmuştur.

B. Ön İnceleme Süreci

2. Yapılan ön inceleme neticesinde, şikâyet konusunun Kurumumuzun görev alanına girdiği, şikâyetçinin menfaat ihlali koşulunu taşıdığı, şikâyetin süresinde yapıldığı, idari başvuru yolları tüketilmiş olduğu anlaşılmış olup, diğer ön inceleme konularında da bir eksikliğin olmadığı bu nedenle şikâyetin inceleme ve araştırmasına engel bir hususun bulunmadığı tespit edilmiştir.

II. OLAY VE OLGULAR

A. Şikâyetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

3. Şikâyet başvurusu, İlçesi Mahallesi .. pafta parsel numaralı arsasının 1997 yılından itibaren imar planlarında kamu hizmetine tahsis edilen alan olarak belirlenmek suretiyle kullanım hakkının elinden alınarak mülkiyet hakkının engellendiğini iddia etmek suretiyle, bu durumun yarattığı ekonomik zararın Belediyece giderilmesini, söz konusu arsanın imara açılmasını veya eşdeğer bir taşınmaz ile trampa edilmesini talep etmektedir.

B. İdarenin Şikâyetle İlişkin Açıklamaları

4. Belediye Başkanlığı Emlak ve İstimlak Müdürlüğü' nün/2016 tarih ve .. sayılı yazısı ile Kurumumuza gönderilen cevabi yazıda özetle;

4.1. İlçesi Mahallesi .. pafta ... parsel numaralı taşınmaz ile ilgili adı geçen Müdürlük bünyesinde herhangi bir kamulaştırma çalışması bulunmadığı, ancak bu durumun çözülmesinde bahsi geçen parselin de bulunduğu alanda hesabat haritası hazırlandığı, Kadastro Müdürlüğüne onaylatıldığı ve Büyükşehir Belediyesine gerekli kamulaştırmanın yapılması hususunda yazı yazıldığı,

4.2. Söz konusu parsel üzerinde herhangi bir imar uygulaması yapılmamış olduğu ve herhangi bir Düzenleme Ortaklık Payı (DOP) kesintisi bulunmadığı,

4.3. Bahsi geçen parselin dosyasında yapılan incelemede, kadastro sıra cetvelinin bulunamadığı,

4.4. Şikayet başvurusu tarafından yargı yoluna gidildiği ile ilgili bilgi bulunmadığı ifade edilmiştir.

5. Büyükşehir Belediye Başkanlığı ve Belediye Başkanlığının şikayet konusuyla ilgili birimlerinden, gerekli bilgi ve belgeler istenilmiş olup; söz konusu birimlerden Kurumumuza gönderilen cevabi yazılarda özetle;

5.1. Büyükşehir Belediye Başkanlığı Park Bahçe ve Yeşil Alanlar Daire Başkanlığı Avrupa Yakası Park ve Bahçeler Müdürlüğünün/2016 tarih ve sayılı yazısında, İlçesi Mahallesi pafta parsel numaralı taşınmazın adı geçen müdürlüğün sorumluluk alanı dahilinde bulunmadığı açıklamasına yer verilmiştir.

5.2. Belediye Başkanlığı Emlak ve İstimlak Müdürlüğünün/2016 tarih ve ... sayılı yazısında, söz konusu taşınmazın, 1997, 1998, 2010, 2011 ve 2013 yıllarında plan çalışmalarına konu olduğu, anılan müdürlükçe 13/03/2013 tescil tarihli Uygulama İmar Planlarına göre 1 yıllık ve 5 yıllık imar programlarının hazırlandığı, 04/05/2015 tarih ve 2015/46 sayılı Belediye Meclis Kararı ile onaylandığı, ancak adı geçen taşınmazın bu programda yer almadığı ifade edilmiş ve plan çalışmalarına ilişkin askı süreciyle ilgili belgelerin onaylı örnekleri gönderilmiştir.

5.3. Belediye Başkanlığı İmar ve Şehircilik Müdürlüğü Planlama ve Şehircilik Şefliğinin,/2016 tarih ve .. sayılı yazısında, parsel numaralı arsayı kapsayan nazım imar planı, uygulama imar planı ve bu planlara ilişkin tadil planlarının askıda kaldığı süre içerisinde

şikayetçi tarafından itirazda bulunulduğuna dair belgeye rastlanılmadığı ifade edilmiş ve 1997 yılından günümüze kadar parsel numaralı arsayı kapsayan nazım imar planı, uygulama imar planı ve bu planlara ilişkin tadil planlarının aslı gibidir onaylı örnekleri gönderilmiştir.

5.4. Büyükşehir Belediye Başkanlığı İmar ve Şehircilik Daire Başkanlığı Planlama Müdürlüğünün, .../2016 tarih ve sayılı yazısında, İlçesi Mahallesi .. pafta ...numaralı parselin; 04.12.2002 tescil tarihli 1/5000 ölçekli Planında “Eğitim Tesis Alanı” nda kalmakta iken 20.11.2011 tescil tarihli 1/5000 ölçekli Planı tadilatı ile “Açık ve Yeşil Alanlar” a alındığı, 16.06.1997 tescil tarihli 1/1000 ölçekli Revizyon Uygulama İmar Planında ise “Atışalanı Metro İstasyonu, Durak, Yol ve Refüj” alanında kalmakta iken 17.04.2012 tescil tarihli 1/1000 ölçekli Uygulama İmar Planı tadilatı ile “Yeşil Alan” a alındığı, devam eden süreçte İlçesi 13.03.2013 tescil tarihli 1/1000 ölçekli Uygulama İmar Planı onaylanmış olup, bu plan ile “Yeşil Alan”a alındığı, askı sürecine ilişkin olarak adına itiraz dilekçesine rastlanılmadığı beyan edilmiş ve 1/5000-1/1000 ölçekli plan ve plan tadilatı örnekleri, meclis kararları ve askı tutanaklarının onaylı örnekleri gönderilmiştir.

5.5. Büyükşehir Belediye Başkanlığı Emlak Yönetimi Daire Başkanlığı Kamulaştırma Müdürlüğünün, .../2016 tarih ve sayılı yazısında, ..’ ün taşınmaz maliki olmadığı, soy isimlerinin aynı olması sebebiyle taşınmaz malikinin akrabası olduğunun düşünüldüğü, taşınmaz malikinin müracaatı halinde talebin değerlendirilebileceği açıklamasına yer verilmiştir.

5.6. Kurumumuzun .../2016 tarih ve ... sayılı yazısı ile, İlçesi .. pafta ... sayılı parselin tapu senedinde adına kayıtlı olduğu ancak ..’ün mirasçılarının oğulları .. ve .. olarak tespit edildiğini gösteren Sulh Hukuk Mahkemesinin .../.... tarihli ve .../.... ve .../.... sayılı veraset ilamı eklenmek suretiyle Büyükşehir Belediye Başkanlığı Emlak Yönetimi Daire Başkanlığı Kamulaştırma Müdürlüğüne gönderilmiş, söz konusu yazımıza istinaden gönderilen .../2016 tarih ve sayılı cevabi yazıda, söz konusu taşınmazın, kamulaştırma işlemlerinin başlaması hususunda .../2014 tarih ve sayılı Encümen Kararının alındığı ancak söz konusu taşınmazında dahil olduğu projede kamulaştırılma hususunun aciliyet arz etmemesi sebebiyle kamulaştırma işlemlerinin tamamlanmadığı ifade edilmiştir.

C. Olaylar

6. Şikayet başvurusu, 25/01/2013, 12/03/2013, 02/04/2013, 10/05/2013 tarihlerinde şikayet konusu talebiyle ilgili olarak Büyükşehir Belediye Başkanlığına ve

Belediye Başkanlığına birden çok kez başvuruda bulunmuştur.

6.1. Şikayet başvurusu, 28/07/2015 tarih ve 2015/4084 şikayet numarası ile Kurumumuza başvuruda bulunmuş, Kurumumuzca, idari başvuru yollarının tüketilmediği anlaşıldığından, şikayet başvurusu, Kurumumuzun 27/08/2015 tarih ve 6816 sayılı Gönderme Kararı ile Büyükşehir Belediye Başkanlığına gönderilmiştir.

6.2. Başvurucu, 04/11/2015 tarih ve 2015/5199 sayılı şikayet numarası ile Kurumumuza başvurmuştur.

D. Kamu Denetçisi Zekeriya ASLAN' in İnceleme ve Araştırma Bulguları

7. Şikayete ilişkin inceleme ve araştırma kapsamında; Kurumumuzun2015 tarih ve sayılı yazısı ile Belediye Başkanlığı'ndan,2016 tarih ve sayılı yazısı ile de Büyükşehir Belediye Başkanlığı ve Belediye Başkanlığının şikayet konusuyla ilgili birimlerinden, gerekli bilgi ve belgeler istenilmiş olup; anılan idareler tarafından Kurumumuza gönderilen söz konusu bilgi ve belgeler ile yapılan açıklamalara yukarıda 4 ve 5 nolu paragraflarda yer verilmiştir.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat

8. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının,

8.1. “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı ” başlıklı 74 üncü maddesinde, “... Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.”

8.2. “Mülkiyet hakkı” başlıklı 35 inci maddesinde, “Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar kamu yararı amacı ile kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

8.3. “Kamulaştırma” başlıklı 46 inci maddesinin,

1 inci fıkrasında, “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek 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.”

2 inci fıkrasında, “Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım 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.”

3 üncü fıkrasında, “Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir. ...”

9. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun, “Kurumun görevi” başlıklı 5 inci maddesi; “Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir” şeklindedir.

10. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ek Protokol No.1’in “Mülkiyetin korunması” başlıklı 1 inci maddesinde, “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.”

11. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun, “Mülkiyet hakkının içeriğı” başlıklı 683 üncü maddesinde, “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediğı gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.”

12. 5216 Büyükşehir Belediyesi Kanununun;

12.1. “Büyükşehir ve ilçe belediyelerinin görev ve sorumlulukları” başlıklı 7 inci maddesinin,

1 inci fıkrasında, “Büyükşehir belediyesinin görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır: b) Çevre düzeni plânına uygun olmak kaydıyla, büyükşehir belediye sınırları içinde 1/5.000 ile 1/25.000 arasındaki her ölçekte nazım imar plânını yapmak, yaptırmak ve onaylayarak uygulamak; büyükşehir içindeki belediyelerin nazım plâna uygun olarak hazırlayacakları uygulama imar plânlarını, bu plânlarda yapılacak değişiklikleri, parselasyon plânlarını ve imar ıslah plânlarını aynen veya değiştirerek onaylamak ve uygulanmasını denetlemek ...”

13. 3194 sayılı İmar Kanununun;

13.1.“Tanımlar” başlıklı 5 inci maddesinin,

1 inci fıkrasında, “Bu Kanunda geçen terimlerden bazıları aşağıda tanımlanmıştır: Nazım İmar Planı; varsa bölge veya çevre düzeni planlarına uygun olarak halihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunu, çeşitli yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerini ve problemlerinin çözümü gibi hususları göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, detaylı bir raporla açıklanan ve raporuyla beraber bütün olan plandır. Uygulama İmar Planı; tasdikli halihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak nazım imar planı esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren plandır.”

13.2. “Planların hazırlanması ve yürürlüğe konulması” başlıklı 8 inci maddesinin,

1 inci fıkrasının b bendinde, “İmar Planları; Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, **belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. Belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe girer....”**

13.3. “İmar programları, kamulaştırma ve kısıtlılık hali” başlıklı 10 uncu maddesinin,

1 inci fıkrasında, “Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden **en geç 3 ay içinde,** buplanı **tatbik etmek üzere** 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Bu programlar, **belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar.** Bu amaçla gerekli ödenek, kamu kuruluşlarının yıllık bütçelerine konulur.”

14. 2 Kasım 1985 tarih ve 18916 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Planlı Alanlar Tip imar Yönetmeliğinin;

14.1. 14 üncü maddesinde, "... 2. Sosyal ve kültürel altyapı alanları:

a) Yeşil alanlar: Toplumun yararlanması için ayrılan oyun bahçesi, çocuk bahçesi, dinlenme, gezinti, piknik, eğlence, rekreasyon ve kıyı alanları toplamıdır. Metropol ölçekteki fuar, botanik ve hayvan bahçeleri ile bölgesel parklar bu alanlar kapsamındadır. ..."

15. 15.06.2007 tarihli 1512 Sayılı ve 23.06.2007 yürürlük tarihli İstanbul İmar Yönetmeliğinin,

15.1. 2.01 inci maddesinde, Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planı tanımları, İmar Kanununun 5 inci maddesi doğrultusunda, kanun hükmü ile uyumlu şekilde tanımlanmıştır.

"... Umumi Hizmet Alanları: Meydan, park, yeşil alan, çocuk bahçesi, yol, açık otopark, açık pazaryeri, açık oyun ve açık spor alanları gibi kullanımlar için ayrılan kamunun ve toplumun ortak kullanımına yönelik tescile tabi olmayan alanlardır." hükümleri düzenlenmiş bulunmaktadır.

B. Şikayet Konusuna İlişkin Uygulamalar

16. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15/12/2010 tarihli 2010/5-662 E., 2010/651 K. sayılı kararında, "...kamulaştırmaz el atma müessesesinin, kaynağını ve dayanağını Anayasa ve yasalardan almayan, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlem olduğunu, ... mülkiyet hakkının özgürlük, güvenlik gibi kişinin doğal haklarından biri olduğunu; 1982 Anayasasında mal sahibinin kullanma hakkı, 35. maddenin 2. fıkrasında "kamu yararı", 3. fıkrasında "toplum yararı" ile sınırlandırılmış olsa da, her iki durumda da, taşınmazın mülkiyetine el uzatılmadığını, sadece kullanma hakkının hangi sınırlarla bağlı olduğunun belirtildiğini, ...malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılmaz hale getirilerek bir hukuk devletinde kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açılarak hukuk güvenliğinin yok edildiğini, ... **bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasındasonucu itibari ile bir fark bulunmadığını, her ikisinin de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurduğunu,** ... uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, **pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiğini; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı için**

yeterli bulunduğunu,” ifade etmek suretiyle ilk derece mahkemesinin direnme kararının yerinde olduğuna hükmetmiştir.

17. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 23.06.2014 tarihli 2014/1615 E., 2014/2763K. sayılı kararında, “Davacıya ait uyuşmazlık konusu parselin, imar planında 1994 yılından itibaren ilkokul alanı olarak ayrılması nedeniyle bu parselde artık yapılaşmaya gidilemeyeceği ve bu nedenle malikin tasarruf haklarının kısıtlandığı, ... uyuşmazlık konusu olayda, davacının mülkiyet hakkının hukuka aykırı şekilde belirsiz bir süreyle kısıtlandığı konusunda tereddüt bulunmadığı, ... davacının mülkiyet hakkını ihlal eden parsel üzerindeki kısıtlamanın kaldırılmasının hukuken zorunlu olduğu” ifadelerine yer vermek suretiyle, davacının mülkiyet hakkının orantısız biçimde kısıtlandığı hususunda 16 nolu paragrafta yer alan Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararı doğrultusunda hüküm tesis etmiştir.

18. AIHM’ de görülen, kamulaştırmasız el atmaya ilişkin ilk dava olan **Sporrong ve Lönnroth (İsveç)** olayında, İsveç’ in Stockholm şehrinin yeniden yapılandırılması planı kapsamında ilgili yerlerdeki arsalara getirilen inşaat yasağı bazı yerlerde 23-25 yıl bazı yerlerde 8-12 yıl devam etmiş, sonrasında ise arsalara ihtiyaç duyulmaması nedeniyle inşaat yasağı kaldırılmıştır. Başvurucular, bu düzenlemenin mülkiyet hakkına müdahale ettiği iddiasıyla mahkemeye başvuruda bulunmuşlardır. (SEVER, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kamulaştırmasız El Atma, Akademik Bakış Dergisi, Sayı 32, Eylül Ekim 2012, <http://www.akademikbakis.org/eskisite/32/14.htm>, s. 3, Erişim Tarihi, 01.03.2016) Mahkeme, taraf devletlerin şehir planlaması politikalarını uygulama bakımından geniş bir **takdir marjından yararlanmaları gerektiğinin doğal olduğunu, ancak, taraf devletlerin takdir marjının ölçülülük ilkesine uygun olarak uygulanıp uygulanmadığını denetleme yetkisinin de mahkeme yetkisi dahilinde bulunduğunu** ifade etmiştir. Mahkeme, ölçülülük ilkesi kapsamında **toplum yararına ilişkin menfaat ile bireyin temel haklarının korunmasına ilişkin menfaat arsında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını** sorgulamış, mülkiyet hakkı müdahaleye maruz kalan bireye, söz konusu müdahalenin, **ölçüsüz ve aşırı bir külfet yükleyip yüklemediğini incelemiş, müdahalenin, başvurucuya, olağan dışı ve aşırı bir külfet yükleyerek olması gereken adil dengeyi bozduğu ve mülkiyet hakkını ihlal ettiği** sonucuna ulaşmıştır.(GEMALMAZ, s. 654-655.)

19. AIHM’ in 13331/07 başvuru nolu 11 Ocak 2011 tarihli Hakan ARI - Türkiye Davasında, İçel’de yerleşik bulunan ve tapu sicil kaydına fidanlık olarak tescil edilen arazinin sahibi olan başvuru, 2002 yılında Mersin Belediyesi’ne imar izni almak için başvuruda bulunmuş anılan idarece imar planında söz konusu arazinin okul yapım sahasına girdiği gerekçesiyle izin verilmemiş, iç hukuk yollarını tüketen başvuru AIHM’

e başvurmuştur. AIHM, "... başvurucunun mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin 2002 yılından, yani imar izni talebinde bulunduğu 2011 yılına kadar devam etmesinin başvurucuyu, mülkiyetinin akıbeti konusunda belirsizliğe ittiğini, bu durumunun başvurucunun mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanması önünde engel teşkil ettiğini, arazinin satış şansı da dahil olmak üzere sonucu itibariyle taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığını, bunun yanında söz konusu kaybın tazminat ödenmek suretiyle de giderilmediğini, başvurucunun kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken **adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda bırakıldığını...**" ifade etmek suretiyle AIHS' nin Ek 1 No'lu Protokolünün 1 inci maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

(<http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m1/hakan-ari-turkiye-davasi-karari.pdf>,Erişim Tarihi: 22.04.2016.)

C. Kamu Denetçisi Zekeriya Aslan'ın Kamu Baş Denetçisi'ne Önerisi

20. Şikayet başvurucusunun mülkiyet hakkının on dokuz seneden bu yana imar hukukundan kaynaklı müdahaleye maruz kalmasının başvurucuyu alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda bıraktığı ve bireysel menfaat ile kamu yararı arasında bulunması gereken adil dengenin başvuru aleyhine bozulmuş olduğunun tespit edilmiş olması sebebiyle tavsiye yönünde öneri Kamu Baş Denetçisi'ne sunulmuştur.

D. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme ve Gerekçe

21. Şikâyet başvurusu, 3 nolu paragraftaki iddialarla, İlçesi Mahallesi .. pafta parsel numaralı arsasının 1997 yılından itibaren imar planlarında kamu hizmetine tahsis edilen alan olarak belirlendiğini, bu durumunun yarattığı ekonomik zararının Belediyece giderilmesini, söz konusu arsanın imara açılmasını veya eşdeğer bir taşınmaz ile trampa edilmesini talep etmektedir.

22. Şikayet başvurusuna ait İlçesi Mahallesi .. pafta ... numaralı parsel; 04.12.2002 tescil tarihli Planında "Eğitim Tesis Alanı" nda kalmakta iken 20.11.2011 tescil tarihli Planı tadilatı ile "Açık ve Yeşil Alanlar (Zemin Altı Otopark yapılabilir)"a alınmış, 16.06.1997 tescil tarihli Revizyon Uygulama İmar Planında ise "Atışalanı Metro İstasyonu, Durak, Yol ve Refüj" alanında kalmakta iken 17.04.2012 tescil tarihli Uygulama İmar Planı tadilatı ile "Yeşil Alan (Zemin Altı Otopark yapılabilir)"a alınmış ve devam eden süreçte İlçesi 13.03.2013 tescil tarihli Uygulama İmar Planı onaylanmış olup, bu plan ile "Yeşil Alan" a alınmış bulunmaktadır.

23. Günümüzde devam eden küreselleşme sürecinde mülkiyet hakkının her şeyden öte öncelikli olarak bir insan hakkı olduğu, sadece bir eşya hukuku meselesi olarak değerlendirilemeyeceği, yadsınamaz bir gerçektir. (GEMALMAZ, Burak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında Adil Denge İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 69, Sayı 1, Y. 2011, s. 650) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması esnasında uyulması gereken genel ilkeler Anayasanın 13 üncü maddesi ile teminat altına alınmış bulunmaktadır. Bu doğrultuda, Anayasanın 35 inci maddesinde temel bir insan hakkı olarak değerlendirilen mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği öngörülmektedir. Anayasanın 46 ncı maddesi ise mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin özel hükümler içermektedir.

24. Oldukça güncel ve önemli bir hak olan mülkiyet hakkı, mutlak nitelikte bir hak olmaması sebebiyle, kamu gücünün kullanıldığı kamu idarelerinin müdahalesine açık ve sınırlanabilir bir niteliğe sahiptir. Ancak kamu idarelerinin, diğer haklar gibi, mülkiyet hakkını da keyfi olarak sınırlandırması düşünülemez. (GEMALMAZ, s. 650) Mal ve mülk dokunulmazlığı hakkına müdahale ancak; müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olması, müdahalede kamu yararı amacı güdülmüş olması ve müdahalenin demokratik bir toplum açısından gerekli olması şeklindeki üç kümülatif koşulun birlikte gerçekleşmesi halinde mümkün olabilecektir. (GRGIC, MATAGA, LONGAR, VILFAN s. 13)

25. Kamulaştırma, Anayasanın 46 ncı maddesine göre, Devlet ve kamu tüzelkişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılığını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamına veya bir kısmına, kanunda gösterilen esas ve usullere göre zorla el atması işlemidir. (GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 250.)

26. Kamulaştırmatsız el atma ise, **Anayasa Mahkemesinin 2013/9381 Başvuru No’lu ve 03.03.2016 tarihli Bireysel Başvuruya İlişkin Kararında** belirtildiği üzere, kamulaştırma yapmaya yetkili olan Devlet, kamu tüzelkişileri, kamu kurumları ve kamu yararı bulunması halinde yararlarına kamulaştırma yapılabilecek gerçek ve özel hukuk kişileri tarafından, Anayasanın 46 ncı maddesi ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa aykırı şekilde, özel mülkiyete konu taşınmazlara kısmen veya tamamen, **fiilen** veya **hukuken** el konulması işlemidir.

27. Şikayet başvurusuna ait İlçesi Mahallesi .. pafta parsel numaralı taşınmaz 1997 yılından günümüze nazım ve uygulama imar planları ve bu planlarda yapılan tadilatlarla kamu hizmetine tahsis edilen alan olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

13 nolu paragrafta yer alan mevzuat hükmü doğrultusunda belediyelerin; imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlayacakları, beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki **kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerlerin ilgili kamu kuruluşları tarafından, bu program süresi içinde kamulaştırılacağı** hükmü düzenlenmiştir.

28. 18 nolu paragrafta yer alan AİHM kararında da değinildiği üzere, taraf devletlerin şehir planlaması politikalarını uygulama bakımından geniş bir takdir marjından yararlanmaları gerekmektedir; ancak taraf devletler şehir planlamasına ilişkin olarak sahip oldukları takdir yetkisini ölçülülük ilkesini gözetmek suretiyle kullanmak zorunda bulunmaktadırlar. Uzun süreli kamulaştırma şerhleri ve imar yasakları ile mülkiyet hakkına müdahale edilmesi halinde öncelikli olarak dikkat edilmesi gereken, **toplumun genel yararı ile bireylerin temel haklarının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı** hususudur.

29. Somut olay bakımından esasen şikayet başvurusunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin şikayetçi bakımından ölçüsüz ve aşırı bir külfet niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesi şikayet konusunun çözümü açısından zorunluluk teşkil etmektedir. Bu bağlamda, başvurusunun mülkiyet hakkı üzerinde gerçekleştirilen söz konusu müdahalenin, uzun bir süre olarak nitelendirilmesinde kuşku bulunmayan on dokuz seneden bu yana devam ediyor olmasının şikayet başvurusunun mülkiyet hakkına orantısız bir sınırlama getirmekte olduğunu ve arsasının geleceği konusunda belirsizlik içinde bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bir başka anlatımla, **şikayet başvurusunun arsası üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisinin on dokuz yıldan bu yana imar hukukundan kaynaklı engellemeler ile kısıtlanması başvuruyla olağan dışı ve aşırı bir külfet altına sokmuş ve toplumun genel yararı ile bireylerin hakları arasında bulunması gereken adil denge başvuru aleyhine bozulmuş bulunmaktadır.**

30. İmar uygulamaları sonucunda, başvurucuya ait, Mahallesi, .. pafta ... parsel numaralı taşınmaza hukuken kullanılmaya engel sınırlamalar getirilmiş bulunmaktadır. 16 nolu paragrafta yer verilen Yargıtay içtihadında da açıklandığı üzere, bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından aynı sonucu doğurmaktadır. Söz konusu taşınmaz, on dokuz seneden bu yana nazım ve uygulama imar planı ve bu planlarda gerçekleştirilen tadilatlarla kamu hizmeti alanı olarak tahsis edilmiş; ancak

aradan geçen bu uzun zaman aralığında tahsis amacına uygun bir yapı inşası gerçekleştirilmediği gibi imar programlarına alınmamış ve kamulaştırılması da yapılmamış bulunmaktadır. Bu doğrultuda, şikayetçinin mülkiyet hakkının özüne dokunan ve bu hakkı ortadan kaldıran imar hukukundan kaynaklı bu müdahale kuşkusuz kamulaştırmatsız el atma olgusunu meydana getirmektedir. Bu itibarla, her ne kadar Kurumumuz mevzuatından kaynaklanan bilirkişi ücretlerinin düşük olması ve bilirkişi temininin güç olması sebebiyle mahallinde keşif imkanı bulunamamışsa da idare ile başvuranın kamulaştırma bedeli konusunda **anlaşması yoluyla** veya **genel rayiç bedel** üzerinden kamulaştırma bedelinin tespit edilip karşılığının başvurana ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmamasının kaçınılmaz olduğu hususu tespit edilmiş bulunmaktadır.

31. Yukarıdan beri anlatılan hususlar, bilgi, belge, yasal mevzuat, idarenin konu ile ilgili açıklamaları Yargı içtihatları ve tüm dosya kapsamı hep birlikte değerlendirildiğinde, idarenin başvuranın taşınmazı üzerinde imar hukukundan kaynaklı ve on dokuz yıldan bu yana devam eden müdahalesinin, başvuranın mülkiyet hakkının özüne dokunan nitelikte bir müdahale olduğu, başvuranı taşınmazının geleceği hususunda belirsizliğe ittiği, mülkiyet hakkına müdahale edilmesi halinde bireysel yarar ile kamu yararı arasında bulunması gereken adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu, söz konusu müdahalenin başvuranı ölçsüz ve ağır bir külfete katlanmak zorunda bıraktığı tespit edilmiş olup; söz konusu taşınmazın da dahil olduğu kamulaştırma projesinin kamulaştırılması hususunda aciliyet bulunmaması sebebiyle Büyükşehir Belediyesi tarafından kamulaştırma işlemlerinin tamamlanmaması şeklinde tesis edilen işlemin hukuka uyarlık tespit edilemediği kanaat ve sonucuna ulaşılmıştır.

E. İnsan Hakları Yönünden Değerlendirme

32. Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Nolu Ek Protokolün 1 inci maddesi ile teminat altına alınmıştır. Somut olay 19 nolu paragrafta yer alan AİHM kararı doğrultusunda değerlendirildiğinde, şikayetçinin mülkiyet hakkına yönelik imar hukukundan kaynaklı müdahalenin 1997 yılından itibaren içinde bulunulan 2016 yılına kadar devam etmesi şikayetçiyi, mülkiyetinin geleceği konusunda belirsizliğe itmekte, şikayetçinin mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanması önünde engel teşkil etmekte, arazinin satış şansı da dahil olmak üzere sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azaltmakta, bunun yanında söz konusu müdahalenin idare tarafından tazminat ödemek suretiyle giderilmediği ve giderilmesinin ilgili idare bakımından aciliyet arz eden bir husus olarak değerlendirilmemektedir. Bir başka anlatımla, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken **adil denge şikayetçi aleyhine bozulmuş bulunmakta ve bu durum şikayetçinin alışılmışın dışında ve ölçsüz bir yüke katlanmak zorunda bırakılması sonucunu doğurmaktadır.**

Bu doğrultuda, Büyükşehir Belediyesi tarafından tesis edilen söz konusu taşınmazın kamulaştırılmasının aciliyet arz etmediğine ilişkin işlem mülkiyet hakkını ihlali sonucunu doğurmaktadır.

33. Bunun dışında şikâyeteye konu olayda, T.C. Anayasasının "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10 uncu maddesinde ifadesini bulan kanun önünde eşitlik ilkesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13 üncü maddesindeki etkili başvuru hakkının ve 17 inci maddesindeki hakları kötüye kullanma yasağının ihlal edildiğine dair herhangi bir bulgu ve bilgiye rastlanmadığı gibi şikâyeteye konu olayda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde yazılı ve güvence altına alınmış olan başkaca bir insan hakkı ihlalinin tespit edilemediği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

F. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

34. Günümüzde demokratik, modern ve katılımcı yönetim anlayışında idarelerden sadece hukuka uygun olarak hareket etmeleri değil aynı zamanda iyi yönetim ilkelerine de uygun işlem tesis etmeleri de beklenmektedir.

35. 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi yönetim ilkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde "Kurum, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar." hükmü yer almaktadır. Söz konusu Yönetmelik hükmünde yer alan ilkelerin kaynağını teşkil eden Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 41 inci maddesinde de iyi yönetim hakkından bahsedilmekte olup, benzer ilkelere Avrupa Parlamentosu **tarafından kabul edilen "Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası" nda da yer verilmiştir.**

36. Söz konusu ilkeler yönünden yapılan değerlendirme neticesinde; somut olayda Kurumumuzca istenilen bilgi ve belgeleri idarenin yasal süresi içerisinde gerekçeli olarak Kurumumuza gönderdiği, ayrıca idarenin şikayet başvurusunun şikayet konusu taleplerini makul sürede, gerekçeli olarak cevapladığı bu yönüyle İdarenin kanunlara

uygun işlemlerinde bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi **ilkelerine uygun hareket ettiği** ancak; idarenin cevabi yazısında hangi sürede hangi mercilere başvurabileceğini şikayetçiye göstermediği, "haklı beklenti", "ölçülülük", "yetkinin kötüye kullanılmaması", "karara karşı başvuru yollarını "göstermediği ve bu **ilkelere uygun davranmadığı** anlaşıldığından idarenin bundan böyle bu ilkeye de uyması beklenmektedir.

IV. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT

A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması

37. 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun “Dava açma süresinin yeniden işlemeye başlaması” başlıklı 21 inci maddesinde, Kamu Denetçiliği Kurumunun inceleme ve araştırmasını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde sonuçlandıramaması hâlinde durmuş olan dava açma süresinin kaldığı yerden işlemeye başlayacağı belirtilmiş; Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 38 inci maddesinin dördüncü fıkrasında da Kurumun inceleme ve araştırmasını, şikâyet başvuru tarihinden itibaren, altı ay içinde sonuçlandıramaması halinde durumun gerekçesiyle birlikte şikâyetçiye tebliğ edileceği ve durmuş olan dava açma süresinin tebliğden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda incelemenin altı ayda bitirilememe gerekçesi ve dava açma süresinin kaldığı yerden yeniden işlemeye başlayacağı hususu 29/04/2016 tarihli ve 3465 sayılı yazı ile şikâyetçiye bildirilmiştir.

B. Yargı Yolu

38. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması Başlıklı 40 ıncı maddesinin 2 nci fıkrasında, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü yer almakta olup, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin işlemine karşı 60 günlük dava açma süresinden varsa arta kalan süre içinde İdare Mahkemesine yargı yolu açıktır.

V. KARAR

Yukarıda açıklanan gerekçe ve dosya kapsamına göre; şikayetin **KABULÜNE;**

1. İdarenin,İlçesi Mahallesi .. paftaparsel numaralı arsaya ihtiyacı bulunmadığının saptanması halinde, bireysel yarar ile kamusal yarar arasındaki denge gözetilerek başvuranın arsası üzerindeki imar plan uygulamasından kaynaklı kısıtlamanın

kaldırılması,

Bu mümkün olmadığında,

2. İdare ile başvuran arasında taşınmazın kamulaştırma bedelinin, güncel rayiç bedel gözetilerek mümkünse uzlaşma yoluyla belirlenmesi ve idare tarafından kamulaştırma bedelinin makul sürede ödenmesini teminen yeni bir işlem tesisi,

Bu da mümkün olmadığında,

3. Tespit edilecek güncel kamulaştırma rayiç bedel esas alınarak idare tarafından başka taşınmazla takas işleminin makul sürede gerçekleştirmesini teminen yeni bir işlem tesisi hususunda,..... **BÜYÜKŞEHİR BELEDİYE BAŞKANLIĞINA TAVSİYEDE BULUNULMASINA,**

6328 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, merciince bu karar üzerine tesis edilecek işlem ya da tavsiye edilen çözümün uygulanabilir nitelikte görülmediği takdirde gerekçesinin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Bu kararın **ŞİKAYET BAŞVURUCUSUNA, BÜYÜKŞEHİR BELEDİYEBAŞKANLIĞINA ve BELEDİYE BAŞKANLIĞINA** tebliğine,

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce karar verildi.

M. Nihat ÖMEROĞLU

Kamu Baş Denetçisi

Telefon: +90 (312) 473 84 23

E-Posta: mts@mevzuattakip.com.tr

Adres: Çetin Emeç Bulvarı Hürriyet Cad. No: 2/12 Çankaya ANKARA