D.13/2023 YİM No: 277/2018

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasa’nın 152.Maddesi Hakkında.

Mahkeme Heyeti: Tanju Öncül, Talat Usar, Bahar Duatepe.

Davacı: Ali Altınlı, Menekşe Sokak No.1, Boğaztepe - İskele

ile

Davalı: KKTC Bakanlar Kurulu vasıtası ile KKTC Başsavcılığı –

Lefkoşa.

A r a s ı n d a.

Davacı hazır namına: Avukat İlker Sertbay adına Avukat Beliz

Akpınar

Davalı namına: Savcı Gözdem Çeliker Sarp.

…………………………………………

**K A R A R**

**Tanju Öncül**: Bu davada, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Bahar Duatepe okuyacaktır.

**Bahar Duatepe:** Davacı, Davalı aleyhine dosyaladığı dava ile aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:

**“ A- Davalının, Davacı adında kayıtlı, Akdeniz Köyü Girne,**

**Pafta/Harita No:X/32.W.2, Parsel No: 12/2, 7-1-0 ay2 alana**

**sahip Koçan No: 88 olan arazi ile KKTC adına kayıtlı**

**İskele, Pafta/Harita No:XV/44.W, 6/3 Parsel Numaralı, 0-3-2500 ay2 alana sahip arazinin takasına ilişkin Bakanlar Kurulunun almış olduğu H (K-I) 2946-2017 sayı ve 31/10/2017 tarihli kararını iptal eden 10 Ekim 2018 tarihli ve 149 sayılı Resmi Gazetede, EK IV, Sayfa 795’te yayınlanmış olan TE (K-I) 1177-2018 sayı ve 09/10/2018 tarihli kararının geçersiz ve/veya hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve/veya hiçbir hukuki değeri olmadığına ve/veya yok hükmünde olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair bir Hüküm ve/veya Karar;**

1. **İşbu Dava masrafları.”**

Davanın hukuki dayanağı, **Anayasa’nın 1, 3, 5, 7,**

**36, 76, 152** ve diğer ilgili maddeleri, **41/1977 İskan Topraklandırma ve Eşdeğer Mal (İTEM) Yasası’nın 92.Maddesi**, **27/2013 Sayılı İyi İdare Yasası Madde 5, 7, 9, 10, 16**, **17** ve

**18, Fasıl 224 Taşınmaz Mal (Tasarruf, Kayıt ve Kıymet Takdiri) Yasası Madde 18**’dir.

Davanın olgusal dayanağı özetle;

Davacı, 29/07/2011 tarihinde, Akdeniz Köyü Girne’de kain, 7 dönüm 1 evlekten müteşekkil taşınmazı, satın alma yoluyla iktisap etti. Akabinde, Orman Dairesine müracaat ederek, mezkûr taşınmazda bulunan ağaçları, parselasyon çalışması yapacağı gerekçesi ile kesmeyi talep etti. Orman Dairesi talebi reddetmekle birlikte, İskan ve Rehabilitasyon Dairesi Müdürlüğüne yazmış olduğu yazıda, Davacıya ait arazinin İskan Encümeni Başkanlığı tarafından, orman alanına dahil edilerek, uygun bir taşınmaz ile takas edilmesi talebinde bulundu. Bunun üzerine Davalı, Davacının arazisinin değerinden daha az olan bir arazi ile takas edilmesi kararını aldı. Hal böyle iken, Tapu Dairesi Müdürü, bahse konu kararın, yasal mevzuata aykırı olduğuna dair yazılı bildirimde bulundu. Bildirim üzerine, karar iptal edildi. Yapılan değerlendirmeler sonrasında Davalı tarafından 31/10/2017 tarihinde, ikinci takas kararı alındı.

Tapu Müdürünün, takasa konu taşınmazı, devlet arazisinden 43,343 TL daha değerli olması nedeniyle Davacıdan, değer farkı talep etmeyeceğine dair muvafakatname talep etmesi üzerine, Davacı gerekli işlemleri yaparak, Girne Kaza Tapu Amirliği nezdinde 15,296.15 TL tapu vergisi ödedi ve adında kayıtlı taşınmazının, Devlete devrolunması için imkân sağladı. Davalı, takas kararının gereğini yerine getirmedi. Bunun üzerine Davacı, Davalı aleyhine YİM: 26/2018 sayılı davayı ikame ederek, ihmalin sonlandırılması talebinde bulundu. Davacı bilahare, bu davayı geri çekerek, Mandamus Emirnamesi ısdarı için Asli Yetki’ye müracaat etti. Davacı, Mandamus başvurusuna taraf olan İçişleri Bakanlığı ve Tapu Dairesi Müdürlüğü tarafından dinlenmek üzere daireye çağrıldı ve sonrasında Davalı tarafından ikinci takas kararını iptal eden, dava konusu karar alındı ve Mandamus müracaatı geri çekildi.

**Davalı tarafından Müdafaa Takriri dosyalanmıştır.**

Müdafaa Takririnin, “Hukuki Esaslar” başlığı altında;

dava konusu edilen kararın, yürürlükteki mevzuata uygun olduğu ve bu kararla Davacının “**meşru menfaat”**inin doğrudan doğruya ve olumsuz olarak etkilenmediği ileri sürüldü.

Müdafaa Takririnin “Olgular” başlığı altında ise özetle; Davacı tarafından iddia edilip Davalı tarafından açıkça kabul edilmeyen tüm iddialar ret ve inkâr edildikten sonra, Davacının mezkûr taşınmazı iktisap tarihinde, imar ve fiziki durumunu bilebilecek imkâna sahip olduğu, iktisap tarihinden sonra, bölgenin imar durumunda değişiklik olmayıp, herhangi bir kısıtlama getirilmediği, Orman Dairesi tarafından ağaçların kesilmesine izin verilmemiş olmasının, 41/1977 Sayılı Yasa’nın 92.maddesinin (3).fıkrası uyarınca “**kısıtlama”** olarak değerlendirilemeyeceği ileri sürülerek, davanın masraflarla birlikte reddi talep edildi.

Davacı tarafından Müdafaaya Cevap Takriri dosyalandı. İşbu Takrirle, Talep Takririnde ileri sürülen iddialarla bağdaşmayan hukuki esaslar ve olgular reddedildi.

Layihaların tamamlanmasının akabinde duruşma safhasına

geçildi.

Duruşma safhasında, tarafların mutabakatı ile dosyada

mevcut 1’den 48’e kadar sıralı evraklar aynı numara ile Emare olarak işaretlendi. Bilahare, Davacı tarafın tanık dinletmeyeceğini beyan etmesi üzerine, Davalı taraf, dava ile ilgili zamanlarda Orman Dairesinde Müdür olarak görevli **Cemil Karzaoğlu’**nu ve Planlama İnşaat Dairesi Müdürü **Türkmen Yiğitcan**’ı tanık olarak celbetti. Cemil Karzaoğlu tarafından ibraz edilen 588/89 numaralı Bakanlar Kurulu Kararı Emare 49 olarak işaretlendi. Hitapların ardından Mahkeme, dava konusu taşınmazın kimin adına kayıtlı olduğu belirsiz olduğundan, taşınmazın kayıtlı bulunduğu Girne Kaza Tapu Dairesi Amir vekili **Vedia Vaizoğlu’nu,** Mahkeme tanığı olarak celbetti.

Davalı Müdafaa Takririnde, Davacının dava konusu karar veya işlem ile meşru menfaatinin doğrudan doğruya ve olumsuz olarak etkilenmediğini ileri sürdü.

Davacının taşınmazındaki **“kısıtlama”** iddiasıyla, Davalı tarafından alınan “**takas”** kararı akabinde, kararın iptal edilmesiyle, Davacının, “**menfaat”**inin varlığını, “**doğrudan doğruya**” olumsuz yönde etkilendiği ve “**güncel**” olduğunu kabul ederiz.

**Davanın Esasının İncelenmesi:**

Davacının iddiası, **Emare 32** 31.10.2017 tarihli Bakanlar Kurulu kararını iptal edip geri alan **Emare 31**, 9.10.2018 tarihli kararın, “**hukuka uygun”** bir kararı geri aldığı, geri alma kararının “**gerekçeli”** olmayıp Davacıya “**dinlenme hakkı”** tanınmadan alındığı için hukuka aykırı olduğu ve her hal ve kârda hukuka aykırı **“kazandırıcı birel işlemi”**in 75 gün geçtikten sonra geri alınamayacağına ilişkindir.

Davalı tarafından alınan, **Emare 32** kararın, “**birel işlem”** olduğu, ihtilaf konusu edilmeyen, açıklıkla görülebilen bir husustur.

Birel idari işlemlerin geri alınması **27/2013 Sayılı İyi İdare Yasası madde 18’**dedüzenlenmiştir. Madde şöyledir:

**“18.İdare, hukuka aykırı birel idari işlemlerini, başvuru üzerine ya da kendiliğinden geri alır.**

**Ancak, yok hükmündeki, hile ile yapılan ve yükümlendirici birel işlemler hariç, hukuka aykırı kazandırıcı bir birel işlem, tebliğ edildiği tarihten itibaren yetmiş beş gün geçtikten sonra geri alınmaz.”**

Geri alma işleminin hukuka uygun olabilmesinin öncül koşulu, geri alınan işlemin hukuka aykırı olmasıdır.

**Emare 32,** 31.10.2017 tarihli Bakanlar Kurulu kararı aşağıdaki gibidir:

**“ Bakanlar Kurulu, Boğaztepe sakini Ali Altınlı’ya ait Akdeniz köyü p/h X.32.W2, 12/2 numaralı (7-1-0 ay2) parsel ile KKTC adına kayıtlı İskele p/h XV.44.W 6/3 numaralı (0-3-2500 ay2) pareselin takasına ilişkin aşağıdaki kararı aldı:**

1. **Akdeniz köyü p/h X.32.W2, 12/2 numaralı (7-1-0 ay2) Ali Altınlı adına kayıtlı arazinin, İskele p/h XV.44.W 6/3 parsel numaralı (0-3-2500 ay2) KKTC adına kayıtlı arazinin, rayiç bedellerinin Tapu ve Kadastro Dairesi tarafından değerlendirilmesine ve arada fark çıkması halinde çıkacak olan farkın Ali Altınlı tarafından Başbakan Yardımcılığı ve Maliye Bakanlığı’na ödenmesi şartıyla takas edilmesine,**
2. **Yukarıdaki hususların yerine getirilmesinden sonra her türlü tapu harç ve masrafların adı geçen tarafından ödenmesi kaydıyla takas işleminin onaylanması.”**

**Emare 32** Bakanlar Kurulu kararını iptal eden, **Emare 31** 9.10.2018 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ise aşağıdaki gibidir:

“ **Bakanlar Kurulu, Boğaztepe sakini Ali Altınlı adına**

**kayıtlı Akdeniz Köyü Pafta/Harita X.32.W2, 12/2 parsel**

**numaralı 7-1-0 ay2 alana sahip 88 koçan numaralı**

**arazi ile KKTC adına kayıtlı İskele Pafta /Harita**

**XV.44.W 6/3 parsel numaralı 0-3-2500 ay2 alana sahip**

**arazinin takasına ilişkin Bakanlar Kurulu’nun almış**

**olduğu H(K-I)2946-2017 sayı ve 31.10.2017 tarihli**

**kararın, yasal mevzuat çerçevesinde hatalı alınmış bir**

**karar olması nedeniyle, iptal edilmesine karar verdi.”**

Mevcut şahadete göre; Davacı Girne Kazası, Akdeniz Köy’ünde, Pafta/Harita:X.32W2, Parsel No.12/2 Koçan No:88’de kain 7 dönüm 1 evlekten müteşekkil taşınmaz malı, “**satış yolu”** ile 29.7.2011 tarihinde satın alarak tapu nezdinde adına kaydını sağlamıştır**. Emare 1** olarak işaretli taşınmaz mal koçanına göre taşınmaz, **“tarla”** niteliğini haiz, 2005 yılında yayınlanan Girne 1. Bölge Emirnamesi hudutları içerisinde, “**tarımsal gelişim**” alanında yer almaktadır. Söz konusu taşınmaz halen Davacı adına kayıtlıdır.

İşbu taşınmaz üzerinde muhtelif cins ve ebatta toplam 1453 adet ağaç mevcut olup, arazi orman niteliğini kazanmış olmasına rağmen tapu nezdinde bu şekilde kayıtlı değildir.

Takasa konu, İskele’de kain P/H XV.44.W Parsel 6/3, 21.6.1989 tarihli, E(K-3) 588-89 No’lu, Bakanlar Kurulu kararı ile **41/1977 Sayılı İTEM Yasası** uyarınca eşdeğere kaynak teşkil etmemesi, Tapu ve Kadastro Dairesince gerekli işlemler yapılarak, KKTC mülkiyetine geçirilmesi onaylanmıştır (**Emare 49).**

Davacı konu malı satın aldıktan sonra, 04.08.2011 tarihinde, parselasyon çalışmasını engellediği gerekçesiyle, Orman Dairesine müracaat ederek, tarlada bulunan ağaçları kesme talebinde bulundu. Orman Dairesi, bu talebe karşılık Davacıya 12.8.2011 tarihinde verdiği cevabi yazıda, bahse konu ağaçların %40-50 meyilli bir arazide bulunmasından ötürü, kesilmeleri durumunda erozyona sebebiyet vereceği, “**parselasyon”** için gerekli “**izin**” veya “**başvuru**” olmadığı, bahse konu tarlanın yolu olmadığı ve ormana bütünlük sağladığı gerekçesiyle kesilmelerinin uygun olmadığını bildirdi **(Emare 2).**

Tarım ve Doğal Kaynaklar Bakanlığına bağlı Orman Dairesi Müdürlüğü tarafından, İskan ve Rehabilitasyon Dairesi Müdürlüğüne, Davacıya ait arazide Orman Dairesi tarafından ağaçlandırma yapılmadan, doğal yollarla ağaçlanma oluştuğu, alanın “**imara kapalı”** bir bölge olduğu, ağaçlar ormana bütünlük sağladığından, kesilmelerinin uygun görülmediği belirtilerek, söz konusu arazinin İskan Encümen Başkanlığı tarafından orman alanına dahil edilerek, karşılığında Davacıya “**takas”** yöntemi ile başka bir arazi verilmesinin uygun olacağı bildirildi  **(Emare 3).**

Bakanlar Kurulu, 29.05.2013 tarihinde Davacının mülkiyetinde bulunan Pafta/Harita:X.32W2, Parsel No.12/2 Koçan No:88’de kain 7 dönüm 1 Evlekten müteşekkil taşınmaz mal ile İskele’de P/H XV.44.W Parsel 6/3’ün takas edilmesine karar verdi **(Emare 4).**

Bilahare, Bakanlar Kurulu, Tapu ve Kadastro Dairesi Müdürü’nün 21.4.2014 tarihli yazısı sonrasında **(Emare 5)** 28.08.2014 tarihinde, takas edilecek taşınmaz mallar arasında %20’den fazla değer farkı bulunduğu, bu durumun 41/1977 Sayılı İskan, Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasasına aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla **Emare 4** kararı iptal etti **(Emare 6).**

17.06.2016 tarihinde, Orman Dairesi Müdürü tarafından,

Davacıya ait arazideki ağaçların, 10.10.2017 tarihinde ise takasa konu edilen taşınmazın bedelleri belirlendi **(Emare 8-9).**

Değerlendirme sonrasında, Bakanlar Kurulu, 31.10.2017

tarihinde, Davacı adına kayıtlı arazi ile İskele P/H XV.44.W 6/3 parsel numaralı arazinin, rayiç bedellerinin, Tapu ve Kadastro Dairesi tarafından değerlendirilmesine ve arada fark çıkması halinde, farkın Davacı tarafından ödenmesi şartı ile “**takas”** edilmesine yönelik karar aldı **(Emare 32).**

09.10.2018 tarihinde ise 1177-2018 sayılı Bakanlar Kurulu

Kararı ile 31.10.2017 tarihli kararı (**Emare 32**), yasal mevzuat çerçevesinde hatalı alınmış bir karar olması nedeniyle, iptal edilmesine karar verdi **(Emare 31).**

Talep Takririnde, dava konusu edilen kararın **Fasıl 224**

**Taşınmaz Mal (Tasarruf, Kayıt ve Kıymet Takriri) Yasası Madde 18**’e aykırı olduğu ileri sürülmekle birlikte karar, **41/1977 Sayılı İskan Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası’na** istinaden alındığından, hukuki denetim bu Yasa ile sınırlı tutulacaktır.

**41/1977 İskan Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası’nın 92.Maddesi** aşağıdaki gibidir:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| “Tahsis Edilen  Malın Geri  Alınması veya  Koçanlı Mala  Getirilen  Kısıtlama  13.52/1995 | 92. | (1) Bu Yasa uyarınca, Taşınmaz Mal Koçanı verilmiş veya tahsis edilmiş bir kaynağa, Eski Eserler Yasası çerçevesinde yasal kısıtlama getirilmesi halinde;  (A) Söz konusu taşınmaz, I. Derece SİD  alanı içerisinde ise, veriliş  tarihindeki Terk edilen ve Özel  Bölgelerdeki Taşınmaz Mallar ile  Yabancılara Ait Taşınmaz Malların  Değerlendirilmesi Tüzüğü kuralları  esas alınarak hesaplanacak değerden  puan iadesi yapılır ve/veya o puan  değeri üzerinden aynı nitelikte başka  taşınmaz mal münferiden verilir. Ancak  verilecek olan malın puan  değerlendirmesinde de, geri alınan  malın, veriliş tarihindeki Terk edilen  ve Özel Bölgelerdeki Taşınmaz Mallar  ile Yabancılara Ait Taşınmaz Malların  Değerlendirilmesi Tüzüğü kuralları  uygulanır ve verilecek olan malın,  geri alınan malın puan değerini aşması  halinde, arazinin bütünselliği ve  bölünmezliği dikkate alınarak puan  satın alma hakkı tanınır. Ancak  arazinin bölünmezliği zorunlu  kılınıyorsa, satın alınacak puan, iade  edeceği arazinin puan değerinin  %20’sini aşamaz. |
|  |  | (B) Söz konusu taşınmaz, 2. Derece SİD alanı  içerisinde ise ve veriliş tarihinde arsa  ve/veya arsa nitelikli arazi olarak  verilmiş ise, tasarruf sahibinin istemi  halinde, yukarıdaki (A) bendi kuralları  uygulanır. |
|  |  | (2) Eski Eserler Yasası kuralları çerçevesinde  ve/veya kamu yararına yönelik idari  tasarrufla malı kısıtlamaya giren, bu Yasa  kuralları çerçevesinde Taşınmaz Mal Koçanı  ve/veya tahsis almış ve/veya mülk sahibi  kişilere de, yukarıdaki (A) ve (B) bentleri  kuralları uygulanır. |
|  |  | (3) (A) Hak sahibi olarak taşınmaz mal koçanı  alan kişilerden 1 Ağustos 1995 tarihinden  önce taşınmaz mal satın alan iyi niyetli  üçüncü şahıslara ait koçanlı mallar ile  eşdeğere konu olmayan Türk mallarının kamu  yararına ayrılmasında, kısıtlanmasında veya  bu malların I. ve II. derecede SİD alanı  içerisinde kalması hallerinde;  (a) Konu mallar istimlak edilir; veya  (b) Günün parasal rayiç değerleri  üzerinden rezerv kaynaklarla  takas edilmesi için Bakanlar  Kurulu Kararı ile Tapu ve  Kadastro Dairesi yetkili kılınır.  (B) Takas işlemlerinde kişilere avantaj  sağlanmaması esastır. Ancak kaynağın  bölünmezliği zorunlu kılıyorsa,  kısıtlamaya uğrayan malın değerinin  %20’si oranında bir değer farkı  olabilir. Bu gibi durumlarda avantaj  sağlayan taraf bu değer farkını rayiç  değer üzerinden öder.” |

Davacı sahibi olduğu taşınmazı, “**satış”** yolu ile iktisap etmiş olup, **41/1977 Sayılı İskan Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası** altında edinmediğinden, Yasa’nın **92(1)** ve**(2)** maddesi altında değerlendirmeye tabi tutulamayacağı açıklıkla görülebilen bir husustur. Davacı, Madde **92(3)(A)** altında değerlendirmeye tabi olup “**takas”** imkânından faydalanabilmesi için, maliki olduğu taşınmazın; “**kamu yararı**”na ayrılması, “**kısıtlanması”** veya bu malların I. Ve II. Derecede “**SİD alanı”** içerisinde yer alması gerekliliği söz konusudur.

Takas, Madde **92(3)(A)(b) ve (B)**’de belirtilen kriterlere uygun yapılmalıdır. Buna göre; Bakanlar Kurulu Kararı ile günün parasal rayiç değerleri üzerinden **“rezerv kaynaklarla”** takas edilmesi için, Tapu ve Kadastro Dairesi yetkili kılınır ve **“takas”** işlemlerinde kişilere **“avantaj”** sağlanmaz.

Davacı, söz konusu taşınmaz üzerinde “**mülkiyet hakkı**”na sahip olup, “**özel mülkiyet**”in kapsamı, **Fasıl 224 Madde 5 (1)**’de aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| “Özel  mülkiyetin  kapsamı | 5 |  | (1). | Herhangi bir arazideki özel mülkiyetinin kapsamına, bu Yasa veya ilgili zamanda yürürlükte olan başka herhangi bir yasa kurallarına bağlı kalınması koşuluyla, araziyi kullanmak için makul olarak gerekli olan toprağın yüzeyi ile yüzey altındaki toprak varlığı ve yüzey üzerindeki hava sahası girer, ancak madenler girmez.  Ancak, bu Yasanın yürürlüğe girmesinden önce Müdürün imzaladığı ve İlçe Tapu Dairesine yatırılan kadastro haritasında bu madde amaçları için belirlenmiş bölgelerde bulunan arazilerden olan herhangi  bir arazideki özel mülkiyeti, yukarıda belirtildiği şekilde herhangi bir kısıtlama olmaksızın, yüzey altındaki toprak varlığını da kapsamına alır.” |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |  |

Davacının arazisinde bulunan 1453 adet ağacı kesme talebine karşılık, idare tarafından mevcut ağaçların “**ormanla bütünlük sağladığı gerekçesi”** ile kesilmelerinin uygun bulunmamasına ilişkin kararın akabinde Davacının, tarımsal gelişim alanında bulunan arazisinde, İmar Yasası çerçevesinde sulu ve susuz tarım, izin alması halinde hayvancılık, su kuyusunun varlığı halinde, motor evi yapabilecek yasal imkâna sahipken, idarenin tasarrufu sonucu bu yöndeki imkânlarının, arazisinde kesimine izin verilmeyen ağaçlar nedeniyle, özel mülkiyeti kapsamında olan toprak yüzeyini kullanmasına **“kısıtlama”** getirildiği sonucuna ulaşırız.

Davacının mülkiyet hakkının idari bir işlemle kısıtlandığı sonucuna ulaştıktan sonra, takas işleminin, mezkûr Yasa’nın **92.Madde’**sinin **3. fıkrasının** **(A)(b) ve (B)** bentlerindebelirtilen kriterlere uygunluğunun denetimini yapmak gerekir.

Yasal düzenlemeye göre; takas, “**rezerv kaynaklar”**dan yapılmalıdır. Oysa takasa konu edilen İskele’de kain, P/H XV.44.W Parsel 6/3 referanslı taşınmaz, 21.6.1989 tarihli **Emare 49** Bakanlar Kurulu kararı ile, **41/1977 sayılı İTEM Yasası** uyarınca eşdeğere kaynak teşkil etmemesi, Tapu ve Kadastro Dairesince gerekli işlemler yapılarak, KKTC mülkiyetine geçirilmesi onaylanarak rezerv kaynak olma özelliğini kaybetmiştir.

Mevcut durumda, **“takas”**, **41/1977 Sayılı Yasa Madde 92 (3) (b)** gereği **“rezerv kaynak”**lardan yapılmamıştır. **“Takas”**, “**rezerv kaynak”**lardan yapılmadığından, **Emare 32** Bakanlar Kurulu kararının yasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşırız.

Yukarıda belirtilmiş olduğu üzere İdare, **27/2013 Sayılı İyi İdare Yasası Madde 18** uyarınca, “**hukuka aykırı birel işlemleri”**ni, başvuru üzerine ya da kendiliğinden geri alabilir.

Ancak hukuka aykırı “**kazandırıcı birel işlem**” tebliğ edildiği tarihten itibaren 75 gün geçtikten sonra geri alınamaz. Meğer ki; işlem yok hükmünde, hile ile yapılan bir işlem olsun.

**Emare 32** takas kararını iptal eden **Emare 31** kararın, 75 günü aşacak şekilde, yaklaşık bir yıl sonra alındığı, karar alınma tarihlerinden açıklıkla görülmektedir.

Bu aşamada cevaplanması gereken, **Emare 32** kararın “**kazandırıcı birel işlem**” olup olmadığıdır.

**“Kazandırıcı birel işlem”** ile ilgili **YİM 177/2018 D.20/2020** sayılı kararda, **Kemal Gözler, İdare Hukuku, 2. Baskı Cilt 1 sayfa 1128’deki**, **”Hak Yaratıcı İşlem Kavramı“** na atıfla;

”**Doktrinde hak yaratıcı işlem kavramının üzerinde uzlaşılmış bir tanımı yoktur. Burada öncelikle belirtelim ki ‘hak yaratıcı işlem (acte createur de droits)’ ifadesinde geçen ‘hak (droits)’ kelimesi, ‘subjektif hak’ demek değildir. İdari işlemlerin bir kısmı (şart işlemler) zaten doğrudan doğruya sübjektif hak yaratmazlar; ‘hukuki durum‘lar yaratırlar; sübjektif haklar bu durum içinde bulunmaktan dolayı daha sonra doğabilir. O nedenle bu hak yaratıcı işlemler aslında hak değil bir avantaj yaratırlar. Bu nedenle Reougevin-Baville, Denoix de Saint Marc ve Labetoulle tarafından ‘hak yaratıcı işlemler, belirli bir kişiye hukuken korunan bir avantaj sağlayan tek taraflı bireysel işlemler’ olarak tanımlanmıştır. Burada ‘hukuken korunan’ ibaresinin altını çizmek gerekir; çünkü, bireylere bir avantaj sağlayan her işlem hak yaratıcı değildir. Mühim olan bu avantajın hukuk düzeni tarafından korunuyor olmasıdır. Örneğin kamu mallarının özel kişilerce geçici olarak işgal edilmesine ilişkin idarenin verdiği izin (mesela bir işportacının tezgahını sokağa kurması veya bir kahvehanenin masa ve sandalyeleri önündeki sokağa çıkarması), yararlanıcı kişiye bir avantaj sağlar; ancak bu kişinin bu avantajı hukuken korunmaz; dolayısıyla böyle bir izin, hak yaratıcı bir işlem değildir. Buna karşılık, memur atama işlemi, terfi işlemi, inşaat ruhsatı, idari sözleşmeler, sürücü belgesi, bir adayın sınavdan geçmesine dair işlem, birer hak yaratıcı işlemdir. Bu tür işlemlerde işlemin yararlanıcına sağlanan avantaj, hukuken korunmaktadır; dolayısıyla bu işlemler ‘hak yaratıcı’ niteliktedir”** şeklinde ifade edilmiştir.

Alıntılanan eserden anlaşılacağı üzere; **“hak yaratıcı işlem”**in varlığından söz edebilmek için işlemin muhatabına “**avantaj”** sağlaması tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda bu avantajın, “**hukuk düzeni”** tarafından da “**korunuyor”** olması gerekir.

Takas işleminde kişiye avantaj sağlanamayacağı esasından hareketle, dava konusu edilen takas işlemindeki taşınmazların rayiç değerleri Tapu ve Kadastro Dairesi tarafından belirlenip, Davacıya muvafakatname imza ettirmek suretiyle rayiç bedellerde bir denklik sağlanmış olmasına rağmen geri alınan idari karar ile kısıtlamaya maruz kalan Davacıya ait taşınmazın, bu yönde kısıtlamaya tabi olmayan bir Devlet arazisi ile takas edilmesi sonucu, Davacının mülkiyet hakkından yararlanmasının daha avantajlı hale geldiği ve bu şekilde Davacıya bir avantaj sağlandığı söylenebilir haldedir. Ancak “**kazandırıcı birel işlem**”in varlığından söz etmek için, **“avantaj”** tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda avantajın “**hukuk düzeni”** tarafından da **“korunuyor”** olması gerekir.

Yasal düzenlemeye göre; “**takas”,** **“rezerv kaynak”**lardan yapılmalıdır. Oysa İdare tarafından geri alınan takas işlemine konu taşınmaz, **Emare 49** Bakanlar Kurulu kararı ile rezerv kaynak olma niteliğini kaybetmiş, “**kamu yararı”**na ayrılan bir Devlet arazisidir. Bu nedenle, takas işlemi sonucu Davacıya bir “**avantaj”** sağlandığını kabul etmekle birlikte, sağlanan avantajın, “**hukuk düzeni”** tarafından **“korunan”** bir avantaj olmadığı sonucuna ulaşırız.

İş bu noktadan hareketle, takası konu edinen idari işlemin **“kazandırıcı birel işlem”** olmadığı ve bu nedenle karar tarihinden itibaren 75 gün geçmiş olmasına rağmen geri alınabileceği sonucuna ulaşırız.

Davacı **Emare 31** olarak işaretli geri alma kararının, “**gerekçesiz**” ve tarafına “**dinlenilme hakkı”** tanınmadan alınmış bir karar olduğundan dolayı hukuka aykırı olduğunu ileri sürdü.

Mevcut içtihat ve **27/2013 Sayılı İyi İdare Yasası madde 17(1)** uyarınca idari işlemler, “**gerekçeli”** olarak yazılır.

**YİM 10/2001 D.7/2006 sayılı kararda** belirtildiği üzere; gerekçenin, kararda veya tutanaklardayer alması gerekir. Bu unsurlardan yoksun gerekçesiz bir kararın, iptali gerekir.

**Emare 47** olarak işaretli bulunan Şehir Planlama Dairesi Müdürü tarafından İskan ve Rehabilitasyon Dairesi Müdürlüğüne hitaben yazılan 30.5.2013 tarihli yazıda, takasa konu Devlete ait İskele’de kain parsel 6/3’ün 21.6.1989 tarihinde yayınlanan Bakanlar Kurulu Kararı ile “**kamu yararı**”na ayrılmış olduğu ve ancak 6/3 parselin bu kapsam dışına alınması halinde uygunluğunun söz konusu olacağının bildirildiği görülmektedir. Bu nedenle, kararın gerekçesinin zabıtlarda yer aldığına ve kararın “**gerekçesiz”** olmadığı sonucuna ulaşırız.

“**Dinlenilme hakkı**”, **27/2013 sayılı İyi İdare Yasası Madde 16’da “** **Birel İşlemlerde Özel Kişilerin Dinlenilme Hakkı**” yan başlığı ile aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

**16. İdare, birel işlem yapmadan önce, yaptığı işlemden**

**hakları etkilenecek olan özel kişilere dinlenilme**

**hakkı tanır. Özel kişiler bu haklarını kullanırken**

**yanlarında avukat bulundurma hakkına sahiptirler.**

Davacı, dava konusu edilen karardan bir gün önce tarafına dinlenilme hakkı verilerek idareye davet edildiğini kabul etmektedir. Davacı sürecin başından sonuna kadar gerek şahsen gerekse avukatı aracılığıyla, süreç içerisinde aktif rol almıştır.

**YİM 93/2018 D.2/2023 sayılı kararda** belirtildiği üzere;

**“Davacı, bu meselenin tüm süreçlerinde yer almış, daha ileri giderek Avukatı aracılığıyla tüm süreçleri takip etmiş durumdadır. Diğer bir deyişle, bu mesele ile ilgili tüm vakıaların idarenin önüne gelmesini sağlayan bir süreç yaşanmıştır ve bu süreçte de Davacı taraf aktif olarak yer almıştır. Bu nedenle, bu meselede, Davacıya dinlenilme hakkının tanınmadığının söylenmesi olanaksız haldedir.”**

Mevcut durumda Davacıya “**dinlenilme hakkı”** tanınmadığının söylenmesinin olanaklı olmadığı sonucuna ulaşırız.

Yukarıda belirtilen gerekçeler ışığında, **Emare 32** **“takas”** kararını iptal eden **Emare 31** Bakanlar Kurulu kararının, hatalı bir işlem olmayıp hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşırız.

Gelinen bu aşamada davanın reddi gerekecektir.

Davacının idari bir tasarrufla özel mülküne kısıtlama getirildiği göz önünde tutulduğundan, aleyhte masraf emri vermeyi uygun görmeyiz.

**Sonuç:**

Netice itibarıyla;

1. Dava ret ve iptal edilir.
2. Masraf emri verilmez.

Tanju Öncül Talat Usar Bahar Duatepe (Yargıç) (Yargıç) (Yargıç)

8 Mayıs, 2023