

MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI, SINIRLANDIRMA NEDENLERİ VE ŞARTLARI AÇISINDAN 1982 ANAYASASI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ: KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ

IN TERMS OF SCOPE, CAUSES AND CONDITIONS OF RESTRICTING
OF PROPERTY RIGHT, 1982 CONSTITUTIONAL CHARTER AND
CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND
FUNDAMENTAL FREEDOMS: A COMPARATIVE ANALYSE

Suat ŞİMŞEK*

Özet: Bu çalışmada, Türk hukukunun ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkına bakışını yansıtabilmek ve aradaki farkları gösterebilmek amacıyla, 1982 Anayasası ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında mülkiyet hakkının niteliği, sınırlandırma şartları ve nedenleri karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Çalışma göstermiştir ki 1982 Anayasası'nın ve Sözleşme'nin mülkiyet hakkına bakışı (aradaki büyük benzerliklere rağmen) önemli farklılıklar da gösterebilmektedir. Bu kapsamda hem mülkiyet hakkının niteliği, hem de mülkiyet hakkının sınırlandırma nedenleri ve şartları açısından önemli farklılıklar mevcuttur. Bu farklılığın temel nedeni Türk ve Avrupa hukukunda mülkiyet hakkının tarihsel süreç boyunca gelişimidir.

Her ne kadar Sözleşme, 1982 Anayasası'nın 90. maddesi gereği Türk hukukunda doğrudan uygulanabilir olsa da Sözleşme'nin mülkiyet hakkına bakışı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla şekillendiği için, Türk yargısının ve idari makamların Sözleşme'yi ve Ek 1 No.'lu Protokol'ü Türk hukukunda doğrudan uygulama konusunda çekimser davrandıkları görülmektedir.

Anahtar Sözcükler: Mülkiyet, AİHM, AİHS, mülkiyet hakkının korunması, mülkiyet hakkının sınırlandırılması.

Abstract: In this study, in order to present Turkish law and European Court of Human Rights point of view on right of property and to show the difference between them, quality of property right, restricting conditions and causes are studied comparatively within

* Maliye Bakanlığı, Milli Emlak Kontrolörü.

the context of 1982 Constitutional Charter and Protocol No. 1 of European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

This study shows that 1982 Constitutional Charter and the Conventions's point of view can represent consequential differences (despite being more similarities). In this scope, both in terms of quality of property right and causes and conditions of restricting right of property has significant differences. Main reason of this difference is development of property right in Turkish and European law during historical process.

Even though the Convention is applicable in Turkish law as is due article 90 of the 1982 Constitutional Charter, Turkish estimation and public authority abstain from applying the Convention and Ptorocol no. 1 on Turkish law directly because the Convention's point of view to right of property is shaped by European Court of Human Rights caselaws.

Keywords: Property, European Court of Human Rights (ECHR), European Convention on Human Rights (ECHR), protection of righth of property, restricting righth of property.

I. GİRİŞ

Diğer bütün hakların kendisinden türediğinin kabul edilmesi nedeniyle hakların anası olarak nitelendirilen¹ mülkiyet hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında özel bir öneme sahiptir.

XIX. yüzyıla kadar mutlak ve sınırsız bir hak olarak kabul edilen bu hak, XX. yüzyıla gelindiğinde sınırsızlık özelliğini gitgide artan bir şekilde yitirmiştir. Gerçekten de mülkiyet hakkı geçen yüzyılın ferdiyetçi doktrinlerin etkisi altında malikin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, kutsal ve doğal haklardan sayılırken günümüzde bu görüş değişmiş ve mülkiyet hakkı, malike toplum yararına bazı ödevler ve görevler yükleyen sosyal bir hak olarak görülmeye başlanmıştır. Bu yüzyıldan itibaren hem mülkiyet hakkının sınırlama sebepleri (imar planları, vergiler, para cezaları, kira kontrolleri gibi) artış göstermiş; hem de mülkiyetin sadece bir hak değil, aynı zamanda topluma karşı bir ödev olduğu anlayışı yaygınlaşmıştır.

¹ Ertaş, Ş., (2006) "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", in. *Türk Medenî Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 135.

Ancak mülkiyet kavramı, soyut bir fikir olmayıp ilk toplum hayatından bugüne kadar töre ve kurumların sürekli gelişmesi sonucu ortaya çıkmış sosyal bir kurum olduğu için üzerinde uzlaşmış bir mülkiyet kavramı olmadığı gibi² hakkın niteliği, kapsamı, sınırlandırma amaçları ve şartları yönünden devletler arasında önemli farklılıklar söz konusu olabilmektedir.

Mülkiyet hakkının niteliği, kapsamı, bu hakkın sınırlandırılabilme nedenleri ve koşulları açısından 1982 Anayasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme) ve bu Sözleşme'ye Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi arasında önemli benzerlikler olsa da uygulamada çok önemli sonuçlar doğudan ciddi farklılıklar da mevcuttur.

Bu çalışmada öncelikle 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre Türk hukukunda mülkiyet hakkının kapsamı, niteliği, sınırlandırma nedenleri ve koşulları incelenecektir. Daha sonra AİHS, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM/Mahkeme) içtihatları ışığında mülkiyet hakkının niteliği, kapsamı, sınırlandırma nedenleri ve koşulları incelenecek; son bölümde ise Sözleşme ile 1982 Anayasası karşılaştırmalı bir analize tabi tutulacaktır.

II. 1982 ANAYASASI'NA GÖRE MÜLKİYET HAKKI VE BU HAKKIN SINIRLANDIRILMASI

1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

Görüldüğü üzere maddenin ilk fıkrası mülkiyet hakkını, ikinci fıkrası ise mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını düzenlemektedir. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi, mülkiyet hakkının da aralarında bulunduğu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. Bunların yanı sıra, Anayasa'nın 43, 44, 46, 47, 63, 73, 167 ve

² Eren, F., (1974) "Mülkiyet Kavramı", A. Recai Seçkin'e Armağan, AÜHF Yayınları No: 351, 1974, s. 765.

168. maddeleri de (açıkça olmasa da) mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran hükümler ihtiva etmektedir.

1. Mülkiyet Hakkının Niteliği

1.1. Genel Olarak

1982 Anayasası'nın mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen 35. maddesinin metni, 1961 Anayasası'nın mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen 36. maddesinin metni ile aynıdır. Fakat 1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkına bakışı, 1961 Anayasası'ndan oldukça farklıdır.

1982 Anayasası, kendisini oluşturan koşulların etkisiyle, birey/ devlet dengesinde ağırlığı devlete vermiş ve hakların sınırlandırılması açısından kanun koyucuya önemli yetkiler tanımış³ olmasına rağmen mülkiyet hakkı, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" arasında değil, "kişinin hakları ve ödevleri" arasında düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin gerekçesi de, 1961 Anayasası'nın 36. maddesinin gerekçesinden oldukça farklı şekilde, liberal çizgiden unsurlar taşımaktadır. 1961 Anayasası'nda "mülkiyet hakkının artık Roma hukukunda olduğu gibi sınırsız bir hak olmadığı" vurgulanmışken,⁴ 1982 Anayasası'nda mülkiyetin "devletten önce de" mevcut olduğu belirtilerek hakkın kendisine, sınırlandırmadan daha öncelikli bir yer verilmiştir.

Anayasa; bir yandan özel mülkiyeti, bir yandan da hakkın sınırlandırılmasını ve malike ödevler yüklemesini kabul ederek mülkiyet hakkı açısından karma bir yaklaşım benimsemektedir.⁵

³ Aliefendioğlu, Y., (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 19, s. 143.

⁴ 36. maddenin gerekçesi şu şekildedir "Artık mülkiyet hakkı Roma Hukukundaki anlamda, ferdin toplum menfaatini dahi hesaba katmaksızın istediği gibi kullanabileceği bir hak, hudutsuz bir hak, hudutsuz bir hürriyet niteliği taşımamaktadır. Batı medeniyetinin öncüleri olan ve kolektif iktisat temayüllerinden çok uzak bulunan memleketlerde ve hatta eski hukukumuzda dahi mülkiyet anlayışı mülkiyetin aynı zamanla sosyal karaktere sahip bir hak olduğu yolundadır."

⁵ Eren, F., (1977) "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanununun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No.

Öncelikle 35. maddenin ilk fıkrasında herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu belirtilerek özel mülkiyet esas olarak kabul edilmiştir. Buna mülkiyet hakkının kişinin hak ve ödevleri arasında düzenlenmesi de eklenirse bu yaklaşımın devlet sistemi açısından bir tercih olarak da görülmesi mümkündür ve bu tercihin çağdaş demokrasi yönünde olduğuna da kuşku yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında⁶ vurgulandığı üzere demokratik hukuk devletinde özel mülkiyetin tanınması ve korunup garanti altına alınması zorunludur.

Ancak Anayasa, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini ve toplum yararına aykırı olarak kullanılmayacağını öngördüğü için Anayasa'nın, mülkiyet hakkının sosyal yönüne de büyük önem verdiği görülmektedir.

1982 Anayasası'nın mülkiyet anlayışı (ilke olarak özel mülkiyeti esas almakla beraber) mülkiyet hakkını klasik mülkiyet anlayışında olduğu gibi mutlak ve sınırsız bir hak olarak görmemekte, mülkiyetin kişilere haklarla birlikte ödevler de yüklediği kabul edilmektedir.

Elbette ki mülkiyet hakkının birinci kuşak haklar arasına yükseltilerek⁷ daha güvenceli hale getirilmesi hakkın niteliği bakımından önemlidir. Ve elbette ki Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında⁸ da belirtildiği üzere mülkiyet hakkının 1961 Anayasası'nda sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlemesi, anayasa koyucunun mülkiyet hakkının sosyal yönüne daha fazla ağırlık verdiğini göstermektedir.

Ancak 1982 Anayasası'nda sınırsız bir mülkiyet hakkının benimsendiğini söylemek de mümkün değildir. 1982 Anayasası'nın benimsediği sosyal devlet anlayışı, bireysel menfaat ile toplum yararının karşılaştığı durumlarda, toplum yararının üstün tutulmasını benimsemektedir.

Anayasa Mahkemesi de, 1982 Anayasası'nda bu hak her ne kadar klasik haklar kısmında düzenlenmişse de, mülkiyet hakkının sosyal

408 Ankara, 1977 s. 182.

⁶ 12.10.1976, E:1976/38, K:1976/46, *Resmi Gazete*, T/S:20.1.1977/15825.

⁷ Kaboğlu, İ. Ö., (2002) *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, 6. bs., Ankara 2002, s. 451.

⁸ 24.08.1966 tarihli ve E: 1966/3, K:1966/23 sayılı karar, *Resmi Gazete*, T/S: 11.07.1966/12345.

fonksiyonuna önem vermekte ve mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği hallerde sınırlandırılabilceğini ifade etmektedir.

Bundan dolayı, mülkiyet hakkının Anayasa'da kişinin hak ve ödevleri arasında düzenlenmesinin tek sonucu (her ne kadar bazı yazarlar⁹ bu durumu, sosyal devlet ilkesinin zayıfladığını gösteren bir belirti kabul etseler de) olağan dönemlerde mülkiyet hakkının kanun hükmünde kararname (KHK) ile düzenlenememesi olmuştur.¹⁰

1.2. Sosyal Devlet Anlayışında Mülkiyet

Anayasa'nın benimsediği mülkiyet anlayışına geçmeden önce mülkiyet hakkının niteliği konusundaki diğer yaklaşımları incelemek faydalı olacaktır. Mülkiyet hakkının niteliği konusunda temel olarak üç yaklaşım söz konusudur: Özel mülkiyeti benimseyen ve mülkiyet hakkına müdahaleyi reddeden klasik yaklaşım, özel mülkiyeti dar yorumlayan Marksist yaklaşım ve her ikisinin bir karması niteliğinde olan sosyal devlet yaklaşımı.

Klasik yaklaşımın hak ve özgürlük anlayışı, bireye ve bireyin iradesine dayanır. Bu yaklaşım, insanların doğuştan itibaren haklara sahip olduklarını ve devletin bu haklara dokunamayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre birey devlet ortaya çıkmadan önce de bazı haklara sahiptir, dolayısıyla bireylerin sahip olduğu hakların kaynağı devlet değildir.¹¹

Klasik yaklaşımın en katı şekli, devletin mülkiyet hakkına kesinlikle müdahale etmemesini savunur.¹² Bu görüşe göre mülkiyet hakkı;

⁹ Soysal, M. (1986), 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Altıncı Baskı, Gerçek Yayınevi, 1986, s. 227-228

¹⁰ Anayasa'nın 91. maddesine göre sosyal ve ekonomik haklarının olağanüstü durumlar dışında da KHK ile düzenlenmesi mümkünken kişinin hak ve ödevlerinin olağanüstü durumlar dışında KHK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Bundan dolayı 1961 Anayasası döneminde olağan dönemlerde bile, mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenmesi mümkünken 1982 Anayasası döneminde olağanüstü haller dışında, mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenmesi mümkün değildir.

¹¹ Etgü, M. A. (2009), "Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı", Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, s. 53

¹² Eren, F. (1977), "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülki-

kişiyeye bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez, zaman aşımına uğramaz kutsal bir haktır. Bundan dolayı klasik mülkiyet anlayışı; mülkiyetin kişiyeye sadece haklar yüklediğini, ödevler yüklemesinin ise söz konusu olamayacağını savunmuştur. Buna karşılık çağdaş liberal yaklaşımlar, hakkın kendisine dokunulmaması şartı ile mülkiyet hakkının düzenlenmesine karşı değildirler.

Özel mülkiyeti insanın insanı sömürmesinin en önemli sebebi olarak gören Marksist yaklaşım ise özel mülkiyeti dar yorumlamış, mülkiyetin toplumaştırılmasını savunmuştur.¹³ Bu görüşe göre mülkiyetin toplum yerine bireyde olması, birçok sosyal adaletsizliği doğurmaktadır. Bundan dolayı özellikle üretim araçlarının mülkiyetinin bireysel mülkiyette değil toplum mülkiyetinde olması gerekmektedir.

Anayasa'nın benimsediği sosyal devlet anlayışında ise, başlangıçta kişinin eşya üzerinde mutlak bir egemenliği demek olan ve kutsal olarak kabul edilen mülkiyet hakkı, bu niteliğini yitirmiş, mutlak ve sübjektif olarak düşünülen bu hak, mutlak olmayan bir duruma dönüşmüş ve sosyal işlevleriyle sınırlanmıştır. Bu anlamda mülkiyet hakkı, bireyin dilediği biçimde kullanabileceği bir hak ve sınırsız bir özgürlük olma niteliğini çoktan yitirmiştir, birçok hak gibi bu hakkın da kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ilkesi benimsenmiştir.

Modern (karma) mülkiyet anlayışı olarak da nitelendirilen sosyal mülkiyet anlayışında mülkiyet hakkının iki temel yönü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi mülkiyetin kişiyeye sağladığı haklar, diğer ise kişiyeye yüklediği ödevlerdir. Hemen belirtmek gerekir ki sosyal (karma=modern) mülkiyet anlayışında da özel mülkiyet kural, ödev ve sınırlandırma ise istisnadır.

Hakkın ödev yönü; bir yandan devlete mülkiyet hakkını kamu yararı amacıyla sınırlandırma hakkı sağlar, diğer yandan ise malike hakkını toplum yararına uygun olarak ve başkasına zarar vermeksizin kullanma yükümlülüğü yükler.

yet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara 1977 s. 175.

¹³ Eren, F. (1977), *a. g. e.*, s. 178.

2. Mülkiyet Hakkının Kapsamı

Mülkiyet kavramının anlamı ve boyutları ile hukuki yapısı, toplumların zaman içindeki gelişmesine ve bunun sonucu olarak anayasaların benimsediği toplumsal ve siyasal sisteme göre biçimlenmektedir. Bu anlamda devletler arasında bu hakkın kapsamı ve içeriği yönünden önemli farklılıklar olduğu gibi; mülkiyet kavramının dinamik bir yapıya sahip olmasının bir sonucu olarak, aynı toplumun farklı dönemlerinde de birbirinden oldukça farklı mülkiyet anlayışlarının olduğu görülmektedir. Bu nedenle, herhangi bir hukuki metnin mülkiyet hakkına bakışını; metnin hazırlandığı dönemin toplumsal ve siyasi koşulları dikkate alarak incelemek gerekmektedir.

Anayasa'da mülkiyet ve miras hakkının içeriği ile ilgili olarak herhangi bir hüküm yer almadığı için hakkın içeriği, ilk olarak kanun koyucunun 35. maddeye uygun olarak yapacağı kanuni düzenlemelerle, sonrasında ise Anayasa Mahkemesi kararları ile doldurulmaya çalışılmıştır.

Anayasa, mülkiyet hakkının kapsamının belirlenmesini kanun koyucunun takdirine bırakmıştır. Ancak kanun koyucu, mülkiyet hakkının kapsamını tayin ederken Anayasa'da yer alan hükümlere uygun davranmak zorundadır. Örneğin Anayasa'nın 35. maddesi, özel mülkiyeti kabul ettiğine göre kanun koyucunun özel mülkiyeti tamamen ortadan kaldıracak düzenlemeler yapması mümkün değildir.¹⁴

Mülkiyet hakkının kapsamını; mülkiyet konusu nesnenin özelliklerine, müdahalenin kimden geldiğine, malike ve malike sağladığı haklar ile yüklediği ödevlere göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

2.1. Mülkiyet Konusu Nesnenin Özelliğine Göre

Anayasa'nın 35. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkı sadece taşınır ya da taşınmazları değil; marka ve patent hakları, fikri mülkiyet hakları, alacak hakları gibi maddi bir varlığı olmayan hakları da kapsamaktadır. Bir başka ifade ile mülkiyet hakkının kapsamına

¹⁴ Eren F. (1974), "Mülkiyet Kavramı", *A.Recai Seçkin'e Armağan*, AÜHF Yayınları No:351, 1974. s. 778.

iktisadi bir değer arz eden bütün unsurlar girmektedir. Zaten 35. maddenin gerekçesinde de mülkiyet hakkının para ile ölçülebilen tüm değerleri ifade ettiği belirtilmektedir.¹⁵

Ancak Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında¹⁶ 1961 Anayasası'nın mülkiyet hakkını koruyan 36. maddenin kapsamını eşya hukuku anlamında, yani Medeni Kanun'da düzenlendiği şekliyle dar yorumlamış ve fikri mülkiyet haklarının mülkiyet hakkının getirdiği korumadan yararlanamayacağını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında; 36. maddede mameleke giren bütün hakların hepsinin mülkiyet hakkı kavramı içinde olduğunu gösteren bir hüküm veya bu derecede geniş yorumlamaya elverişli bir anlatım bulunmadığını, madde gerekçesinin ve Temsilciler Meclisi'nde yapılan görüşmelerde kullanılan bazı ifadelerin de mülkiyet hakkının Medeni Kanun çerçevesinde anlaşılması gerektiğini düşündüğünü ifade etmiştir.

Fakat Mahkeme daha sonradan görüşünü değiştirerek maddi varlığı olmayan çeşitli hakların da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi fikri ve sınaî mülkiyet haklarının,¹⁷ alacak haklarının,¹⁸ çalışanların aylık ve ücretlerinden 3417 sayılı Kanun uyarınca kesilen ve tasarrufu teşvik hesabında toplanan tasarruf tutarlarının¹⁹ da mülkiyet hakkının kapsamında olduğuna karar vermiştir.

Doktrin de Anayasa'nın 35. maddesinin sadece maddi şeyleri değil, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, alacak hakları gibi değeri

¹⁵ Ertaş, Ş. (2006) "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", in. *Türk Medenî Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2006, s. 137.

¹⁶ 28.12.1967 tarihli ve E:1967/10, K:1967/49 sayılı karar, *Resmi Gazete*, T/S:30.1.1969/13114.

¹⁷ 31.1.2008 tarihli ve E: 2004/81, K:2008/48 sayılı karar, *Resmi Gazete*, T/S: 20.03.2008/26822.

¹⁸ 19.06.2008 tarihli ve E: 2005/138, K:2008/124 sayılı karar, *Resmi Gazete*, T/S: 06.11.2008/27046.

¹⁹ 10.12.2001 tarihli ve E: 2000/42, K:2001/361 sayılı karar, *Resmi Gazete*, T/S: 28.03.2002/24709.

parayla ölçülebilen diğer nesnelere üzerindeki maddi ya da gayri maddi mal varlığı haklarını da kapsadığı görüşündedir.²⁰

Buna karşılık mülkiyetle ilgili davalar için yargılama ile ilgili olarak konulacak sınırlamalar, mülkiyet hakkı ile ilgili değildir ve bu sınırlamaların mülkiyet hakkını sınırladığı söylenemez. Anayasa Mahkemesi'ne göre mülkiyet kavramını değiştirmeyen, yapısını daraltmayan, bağıntı ortadan kaldırmayan, kullanılıp yararlanılmasını önlemeyen ancak ona bağlı hakların (dava açma hakkı gibi) kullanılma süresini düzenleyen kurallar doğrudan hakka yönelik değildir.²¹ Mahkeme'ye göre yasa koyucunun, beliren durumun, belli bir süre geçtikten sonra eski olaylara dayanılıp tartışma konusu yapılmamasını isteyerek ve bunda kamu düzeni bakımından yarar görerek getirdiği sınırlamalar mülkiyet hakkını değil, hak arama özgürlüğünü ilgilendirir. Üstelik aranılması önlenecek hakların sonuçta mülkiyet hakkını etkilemesi sonucu değiştirmez.²²

2.2. Malike Sağladığı Haklara ve Yüklediği Ödevlere Göre

Daha önce de ifade edildiği üzere mülkiyet hakkı kişiye hem haklar, hem de ödevler yüklemektedir. Ancak mülkiyet hakkı, dinamik bir unsur olarak, toplumun yapısından önemli ölçüde etkilendiği ve devletten/devlete ya da aynı toplumda farklı dönemlerde büyük farklılıklar gösterebildiği için hakkın, malike tanıdığı hakları ya da ödevleri tek tek saymaya imkan olmadığı düşüncesindeyiz.

Ayrıca peşinen vurgulamak gerekir ki Anayasa'nın benimsediği mülkiyet anlayışında özel mülkiyet kuralı, hakkın sınırlandırılması ve malike ödevler yüklemesi istisnadır. Bu nedenle hakkın malike sağladığı yetkilerin geniş, sınırlandırmaların ve ödevlerin ise dar ve katı şekilde yorumlanması gerekmektedir.

²⁰ Ertaş, Ş. (2006), "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", in: *Türk Medenî Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2006, s. 143.

²¹ 15.03.1989 tarihli ve E: 1988/33, K:1989/17 sayılı karar, *Resmî Gazete*, T/S:22.06.1989/20203.

²² Aynı yönde Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.1991 tarihli ve E: 1991/9, K:1991/36 sayılı kararına bakılabilir.

İkinci olarak hakkın, malike yüklediği ödevler; hakkın kendisine yabancı, dışsal bir unsur değil, yetkiler gibi bizzat hakkın içinde olan ve hakkın kapsamını oluşturan unsurlardır.²³

2.2.1. Haklar

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının malike tanıdığı haklar konusunda Roma hukukunun kabul ettiği yaklaşımı benimseyerek mülkiyet hakkının, kişiye mülkü üzerinde kullanma, ondan yararlanma ve onun hakkında tasarrufta bulunma imkanı verdiğini ifade etmektedir. Her ne kadar Mahkeme'nin bu yaklaşımı, mülk kavramının eşya hukuku anlamında değerlendirildiği izlenimi doğursa²⁴ da hakkın kapsamını belirlemesi bakımından önemli bir saptamadır.

Ancak, mülk olarak kabul edilecek unsurların sadece maddi varlığı olan nesnelere sınırlı olmadığı, fikri mülkiyet hakları gibi maddi varlığı olmayan unsurların da mülk olarak değerlendirildiği dikkate alındığında, mülkiyet hakkının kapsamını eşya hukuku anlamında değerlendirmek de hakkın niteliğini kısıtlamak anlamına gelebilecektir.

Bundan dolayı, mülkiyet hakkının kapsamının ve malike tanıdığı yetkilerin sadece eşya hukuku anlamında ele alınmaması ve hakkı oluşturan unsurun tabii bulunduğu mevzuatın da dikkate alınması gerekir. Örneğin taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki haklar, Medeni Kanun'a tabidir. Eser sahibinin fikri mülkiyet konusu eser üzerindeki hakları, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na;²⁵ alacaklının alacak üzerindeki hakları ise, Borçlar Kanunu'na tabidir.

Bu bağlamda aslında mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkiler konusunda Roma hukukundan gelen ve Anayasa Mahkemesi'nce de

²³ Eren F. (1974), "Mülkiyet Kavramı", A. Recai Seçkin'e Armağan, AÜHF, Yayınları No:351, 1974. s. 783.

²⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesi malikin haklarını şu şekilde düzenlemektedir:

"Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir."

²⁵ Kanun'un 13-17. maddeleri eser sahibinin haklarını düzenlemektedir.

benimsenen sınıflandırma çok anlamlı durmamaktadır.²⁶ Üstelik daha önce de belirtildiği üzere mülkiyet hakkı, dinamik bir unsurdur, içinde bulunduğu toplumun koşullarından etkilenir. Bundan dolayı mülkiyet hakkının kapsamını, hakkı oluşturan unsurun niteliğine göre tespit etmek daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Ancak kapsamını oluşturan unsurun malike sağladığı hakları; malikin bazı eylemleri yapmasını sağlayan haklar (mülkiyetin müspet yönü) ve malikin, üçüncü kişilerin müdahalesini önlemesine izin veren haklar (mülkiyetin menfi yönü) olmak üzere iki kapsamda değerlendirilmektedir.

Mülkiyet hakkının müspet yönü, malike mülkü üzerinde çeşitli şekillerde (kullanma, yararlanma, tüketme, ayırma, birleştirme, işleme) hakkı verir. Fakat bu yetkileri tek tek saymak da mümkün değildir. Mülkü yok etme yetkisinin de mülkiyet hakkının müspet yönüne dahil olup olmadığı tartışmalı olsa²⁷ da Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının kişiye mülkünü yok etme hakkı verdiği görüşündedir.²⁸

Mülkiyetin menfi yönü ise malikin, üçüncü kişilerin mülküne haksız müdahaleleri karşısında korunmasını ifade etmektedir. Bu kapsamda malik başkalarının mülküne yaptığı haksız müdahaleleri önleyebileceği gibi; müdahalenin önlenmesi, yıkım, istirdat gibi çeşitli davaları açma hakkına da sahiptir.

2.2.2. Ödevler

Klasik mülkiyet anlayışının aksine sosyal mülkiyet anlayışında mülkiyet hakkının malike sağladığı yetkiler bulunduğu gibi, malike yüklediği ödevler de söz konusudur. Anayasa'nın benimsediği bu husus, Anayasa'nın çeşitli maddelerinden kaynaklanmaktadır.

²⁶ Eren, F., (1977) "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 188.

²⁷ Eren, F., (1977) *a. g. e.*, s. 189.

²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve E:1988/ 34, K:1989/26 sayılı kararı, *Resmî Gazete* T/S: 05.12.1989/20363.

Öncelikle bu husus, Anayasa'nın 2. maddesinde sözü edilen sosyal hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olarak görülebilir. Her ne kadar Anayasa'da mülkiyet hakkı, kişinin hakları ve ödevleri bölümünde düzenlenmiş ise de mülkiyet hakkının sosyal yönü de ihmal edilmiş değildir.

Ayrıca Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı vurgulanmıştır. Bundan dolayı malik, sahip olduğu şeyi kamu ve toplum yararına aykırı kullanmamakla ve özellikle yasaların koyduğu sınırlamalara uymakla yükümlüdür.

Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkını; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hatta yok etme) şeklinde tanımlamaktadır.²⁹ Bu tanım da malike sadece haklar değil, aynı zamanda bazı ödevler de yüklemektedir.

Bunun yanı sıra Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." hükmünü içeren 12. maddesi temel hak ve özgürlüklerin; kişiye haklar kadar sorumluluk ve ödevler de yüklediğini göstermektedir. Madde gerekçesine bakıldığında kişilerin sahip oldukları hak ve özgürlükleri kullanırken 12. maddede yer alan ödev ve sorumlulukları da dikkate almak durumunda oldukları anlaşılmaktadır.³⁰

Anayasa'nın 14. maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. Buna göre temel hak ve özgürlükler devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve E:1988/ 34, K:1989/26 sayılı kararı, Resmi Gazete T/S: 05.12.1989/20363.

³⁰ Aliefendioğlu, Y., (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 148.

Bu sınırlamalar nedeniyle malik, mülkünü hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde ve kendisine yüklediği ödevler çerçevesinde kullanmak zorundadır. Hukuk düzeninin malike yüklediği ödevleri yapma, yapmama ve katlanma olmak üzere üçe ayırmak mümkündür.

Yapma yükümlülükleri maliki belli bir fiile zorlayan yükümlülüklerdir. Örneğin Medeni Kanun'un 749. ve 750. maddelerine göre taşınmaz malikleri komşuluk hukukundan doğan yetkilerin kullanılmasında ve taşınmazların etrafının sınırlılıklarla çevrilmesi için gerekli işlere ve bunların giderlerine, kendi yararlanması oranında katılmakla yükümlüdür. Bunun yanı sıra vergi ödeme, yapı yapmak için inşaat ruhsatı alma, yapıyı kullanabilmek için yapı kullanma izni alma gibi yükümlülükler de yapma yükümlülükleri niteliğindedir.

Yapmama yükümlülükleri başta Medeni Kanun olmak üzere pek çok kanunda düzenlenmiştir. Örneğin Medeni Kanun'un 737. maddesine göre herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.

Katlanma yükümlülüğü ise malike yapma ya da yapmama şeklinde bir görev yüklememekte, sadece diğer maliklerin yaptıkları bazı eylemlere malikin katlanmasını zorunlu tutmaktadır. Örneğin Medeni Kanun'un 742. maddesi taşınmaz malikini, üst taraftaki araziden kendi arazisine doğal olarak akan suların ve özellikle yağmur, kar ve tutulmamış kaynak sularının akışına katlanmakla yükümlü kılmaktadır. Malikin mülkiyet hakkını kısıtlayan ve ona katlanma yükümlülüğü doğuran önemli bir kural da zorunlu geçit ve zorunlu mecra hakkı konusundadır.

2.3. Malike Göre

2.3.1. Özel Hukuk Kişileri

Anayasa'nın 35. maddesi ile getirilen korumadan özel kişilere (gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisi) ait malların faydalandığı izah gerektirmeyecek kadar açıktır. Üstelik 35. maddede öngörülen korumadan sadece vatandaşlar değil, yabancılar da yararlanır. Anayasa, mülkiyet hakkından faydalanma konusunda vatandaş olanlar ile olmayanlar arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, yabancılara Türkiye’de taşınmaz satışının, mülkiyet hakkıyla ve bu hakkın sınırlanmasıyla ilgili bir yönü bulunmadığını ifade etse de ³¹ mülk edinme hakkının da mülkiyet hakkının bir parçası olduğu değerlendirildiğinde yabancılara taşınmaz edinme imkanının sınırlanmasının 35. maddenin getirdiği korumanın dışında olduğunun düşünmenin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Tapu Kanunu’nun 35. maddesi, miras ya da ölüme bağlı tasarruf yolu ile intikal eden taşınmazların yabancılara intikalinde karşılıklılık unsuruna bağlı olarak çeşitli kısıtlamalar getirmektedir.

Yabancılara miras yolu ile kendilerine kalan taşınmazları edinme hakkının miras konusu ile ilgili olduğu ve miras hakkının da mülkiyet hakkı ile çok yakından ilişkili olduğu dikkate alındığında yabancılara taşınmaz ediniminin de 35. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği çok açıktır.

Bundan dolayı Anayasa Mahkemesi’nin bu yorumu yerine şu şekilde bir yorumun daha uygun olacağı kanaatindeyiz: 35. madde, vatandaşlar kadar, vatandaş olmayanların da mülkiyet hakkını kapsar; ancak yabancılara taşınmazlar yönünden mülkiyet ve miras hakları kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Zaten Anayasa’nın 16. maddesi de temel hak ve hürriyetlerin, yabancılara için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini öngörmektedir.

2.3.2. Kamu Tüzel Kişileri

Anayasa Mahkemesi, 35. madde ile getirilen korumadan özel mülkiyette bulunan malların yanı sıra kamunun mülkiyetinde bulunan malların da yararlanması gerektiği görüşündedir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre Anayasa’nın 35. maddesinde gerçek kişi-tüzel kişi ayırımı yapılmaksızın mülkiyet hakkının “herkes” için öngörülmesi ve maddenin gerekçesinde malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişilerin bu güvenceden yararlanabileceklerinin ve onu ileri sürebileceklerinin açık olarak belirtilmesi dolayısıyla özel mülkiyet

³¹ Anayasa Mahkemesi’nin 09.10.1986 tarihli ve E:1986/18, K:1986/24 sayılı kararı, *Resmî Gazete* T/S: 31.01.1987/19358.

için Anayasa'nın getirdiği koruma ve güvence, kamu mülkiyeti için de geçerlidir.³² Çünkü anayasa koyucunun özel mülkiyetin korunması konusunda gösterdiği konusundaki özenin, kamu mülkiyetinin korunması konusunda gösterilmediği ve Anayasa'nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez.³³

Bundan dolayı, mülkiyet hakkını kişiler yönünden güvenceye alan 35. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki "bu hakkın ancak yasayla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı" hususları kamu mülkiyetini de kapsamaktadır. Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla ancak kanunla sınırlanabilir ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamaz.³⁴

Anayasa Mahkemesi'nin kamunun mülkiyetinde bulunan malları da 35. maddenin kapsamında görmesi iki açıdan önem taşımaktadır:

Birincisi, 35. maddede mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlanabileceği öngörüldüğü için kamu mülkiyetini sona erdiren düzenlemelerin kanun ile yapılması zorunludur. Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında³⁵ vurgulandığı üzere başta özelleştirme olmak üzere kamu mülkiyetinin sona erdirilmesinde yetki yasama organıdır ve kamu mülkiyetini sona erdiren bu satışların esas ve yöntemlerine ilişkin bir düzenlemenin kanunla yapılması 35. maddenin getirdiği bir zorunluluktur,³⁶ bundan dolayı buna ilişkin esasların belirlenmesinde Bakanlar Kurulu'nun ya da yürütmenin bir başka organının görevlendirilmesi 35. maddeye aykırıdır.³⁷

³² Anayasa Mahkemesi'nin 07.07.1994 tarihli ve E:1994/49, K:1994/45-2 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 10.09.1994/22047.

³³ Anayasa Mahkemesi'nin 07.07.1994 tarihli ve E:1994/49, K:1994/45-2 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 10.09.1994/22047.

³⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 07.07.1994 tarihli ve E:1994/49, K:1994/45-2 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 10.09.1994/22047.

³⁵ Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin 05.12.2001 tarihli ve E:2001/24, K: 2001/356 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 13.04.2002/24725.

³⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1996 tarihli ve E:1996/64, K:1996/47 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S:24.04.1998/23322.

³⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 20.05.1997 tarihli ve E:1997/36, K:1997/52 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 27.06.1998/23385.

Kamu mülkiyetinin 35. madde kapsamında değerlendirilmesinin ikinci sonucu, kamu mülkiyeti sona erdirilirken gerçek değer üzerinden hareket edilmesi zorunluluğudur. Üstelik kamu mülkiyeti de toplum yararına aykırı olmayacak şekilde kullanılmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında³⁸ vurgulandığı üzere idarenin malik olduğu taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının sınırsız ve mutlak olduğunu söylemek olanaklı değildir, bu hakkın "kamu yararı", "hazine yararı", "iyi idare" kavramlarıyla sınırlandırıldığını kabul etmek gerekmektedir.

Bazı yazarlar³⁹ ise Anayasa Mahkemesi'nin kamu mülkiyeti ile Anayasa'nın 35. maddesi arasında kurduğu bağlantıyı "zoraki ilişki" olarak tanımlamış ve kamu mülkiyetinin 35. madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmişlerdir.

2.4. Müdahalenin Kimden Geldiğine Göre

35. madde ile mülkiyet hakkına getirilen koruma sadece devletin müdahalelerini değil, günümüzün modern ve karmaşık sosyal hayatının getirdiği diğer sosyal güçlerin (baskı ve menfaat gruplarının, dernek ve şirketlerin) ve üçüncü kişilerin müdahalelerini de kapsamaktadır.⁴⁰ Bir başka ifadeyle, mülkiyet hakkına kamu idareleri dışındaki kişilerce yapılan müdahaleler de 35. madde kapsamında korunur.

Üstelik devlet üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı mülkiyet hakkını korumakla yükümlüdür. Bu anlamda devlet, bir taraftan kendi organları vasıtasıyla özel mülkiyete haksız müdahalede bulunmamakla, diğer taraftan da üçüncü kişilerin haksız müdahalelerini önlemekle yükümlüdür.⁴¹

³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1996 tarihli ve E:1996/64, K:1996/47 sayılı kararı, *Resmî Gazete* T/S:24.04.1998/23322.

³⁹ Savaş, V. F., (1998) "Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl:1998, Sayı: 15, s. 82; Eren, F., (1974) "Mülkiyet Kavramı", *A. Recai Seçkin'e Armağan*, AÜHF Yayınları No:351, 1974. s. 778.

⁴⁰ Eren, F., (1977) "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 184.

⁴¹ Eren, F., (1977) *a. g. e.*, s. 184.

Mevzuatımızda yer alan pek çok hüküm; devlete, mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahaleleri önleme veya sonlandırma görevi yüklemektedir. Örneğin taşınmazı haksız olarak işgal edilen kişinin tecavüzün önlenmesi için 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında mülki amire başvurusu durumunda taşınmazın başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içerisinde gerçek zilyede teslim edilmesi gerekmektedir.

3. Mülkiyet Hakkının Sınırlanması

Mülkiyet hakkının olağan dönemlerde sınırlandırılması açısından genel hüküm olan 35. madde, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceğini öngörmektedir. Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesi ise, mülkiyet hakkı için de uygulanır.

Bunun yanı sıra 1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran pek çok hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlere örnek olarak kıyıların devlet hüküm ve tasarrufunda olduğunu belirten 43. madde, topraksız köylülere toprak dağıtımı için büyük toprak mülkiyetine sınırlama getiren 44. madde, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde özel mülkiyette bulunan taşınmazların kamulaştırılmasını düzenleyen 46. madde, devletleştirme işlemlerini düzenleyen 47. madde, kültür ve tabiat varlıklarındaki özel mülkiyete sınır konulabilmesine imkan tanıyan 63. madde, tabii servet ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu düzenleyen 168. madde, ormanların gözetiminin devlete ait olmasını ve devlet ormanlarının mülkiyetinin devredilememesini düzenleyen 169. madde verilebilir.

Bundan dolayı olağan dönemlerde mülkiyet hakkının sınırlandırma amaçları ve sınırlandırmada bulunması gereken şartlar açısından 13 ve 35. maddeler ile mülkiyet hakkına dolaylı olarak sınırlandırma getiren maddelerin uygulanması gerekmektedir.

3.1. Sınırlama Amaçları

3.1.1. Kamu Yararı

3.1.1.1. Kamu Yararı Kavramının Anayasal Dayanakları

Anayasa'nın 35. maddesi mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini öngörmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğe kadar mülkiyet hakkı; hem 35. maddede, hem de 13. maddede sayılan nedenlerle sınırlanabiliyordu. Ancak 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'la 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri ortadan kaldırıldığı için mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından temel hüküm 35. maddedir.

Bu maddenin yanı sıra Anayasa'nın 43, 44, 46, 47, 63, 73, 168 ve 169. maddeleri ile mülkiyet hakkına dolaylı olarak getirilen kısıtlamaların da kamu yararı kapsamında olduğu değerlendirilmektedir.

Mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile sınırlandırılabilmesi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesiyle yakından ilgilidir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; Anayasa'nın 2. maddesinde sözü edilen sosyal hukuk devleti; kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak çalışanları koruyan ve insanca yaşamalarını sağlayan, işsizliği önleyen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi kuran devlettir.⁴²

Bu bağlamda sosyal hukuk devletinin gerçekleştirilebilmesi için zaman zaman farklı ekonomik ve sosyal politikalar uygulanması gerekebilir.⁴³ Bu ekonomik ve sosyal politikaların uygulanabilmesi amacıyla zaman zaman mülkiyet hakkına sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Çünkü sosyal devlette, mülkiyet hakkı konusunda toplumun genel menfaati ile bireysel menfaat çatıştığı zaman toplumun menfaatine ağırlık vermek gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, sosyal

⁴² Anayasa Mahkemesi'nin 21.11.2000 tarihli ve E:2000/77, K:2000/49 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 15.03.2002/24696.

⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin 21.11.2000 tarihli ve E:2000/77, K:2000/49 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 15.03.2002/24696 .

devlet anlayışında kişi yararı ile toplum yararının karşılaştığı alanlarda toplum yararı, ilke olarak, daima üstün tutulmuştur.

3.1.1.2. Kamu Yararı Kavramının Niteliği

Mülkiyetin, ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği yolundaki kural bir yandan kanun koyucuya mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırma imkanı vererek bir sınırlandırma amacı teşkil eder, bir yandan da mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek bir sınırlama sınırı oluşturur.⁴⁴

Ancak kamu yararı kavramı (doğası gereği) geniş, öznel ve bulanık bir kavramdır⁴⁵ ve bu nedenledir ki üzerine uzlaşmış bir kamu yararı kavramı bulunmamaktadır. Üstelik kamu yararı kavramının durağan bir anlama sahip olmadığı, devletten devlete farklılık gösterebildiği gibi toplumun farklı dönemlerinde de kendisine farklı anlamlar yüklenebildiği bilinen bir gerçektir.

Başta 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu olmak üzere pek çok kanunda “*kamu yararı*” kavramı bulunmasına rağmen bu kavramın yasa organınca yapılmış bir tanımı da bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi de kamu yararı kavramının tanımı yapmaksızın dava konusu kanun normunun kamu yararına uygun olup olmadığının belirlenmesi ile yetinmektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre kamu yararının gerektirdiği durumların belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir.⁴⁶ Ancak kanun koyucunun bu yetkisi anayasa normları ile sınırlıdır, bu nedenle kanun koyucu takdir alanına giren değerlendirmelerde anayasal ilkelere uygun düzenlemeler yapmak zorundadır.⁴⁷

⁴⁴ Eren, F., (1977) “Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam”, *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 186.

⁴⁵ Duran, L., (1982) *İdare Hukuku Ders Notları*, İÜHF, İstanbul, 1982, s. 25.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 17.06.1992 tarihli ve E:1992/22, K:1992/40 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 09.01.1995/22518.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 17.06.1992 tarihli ve E:1992/22, K:1992/40 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 09.01.1995/22518.

3.1.2. Mülkiyetin Toplum Yararına Kullanılmasını Sağlama

35. maddenin son fıkrası, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı şekilde kullanılmayacağını öngörmektedir. Bu düzenlemenin mülkiyet hakkını, kanun koyucudan da önce kendiliğinden sınırlayan bir düzenleme mi olduğu yoksa kanun koyucuya “*kamu yararı*” amacı yanında sınırlama için ikinci bir sebep mi verdiği konusu tartışmalıdır.

Bazı yazarlar mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılmayacağını öngören bu düzenlemenin, mülkiyetin kamu yararı amacıyla sınırlanmasından farklı olarak, doğrudan malike ödevler yükleyen, hakkı daha en başında sınırlayan bir düzenleme olduğunu ifade etmektedirler.⁴⁸ Bazı yazarlar ise bu kuralın malike ödevler de yüklemekle beraber, mülkiyet hakkının sınırlandırılması açısından ikinci bir sınırlama nedeni teşkil ettiğini ifade etmektedirler.

Anayasa Mahkemesi’nin ise her iki yönde verdiği kararları da bulunmaktadır. Mahkeme bazı kararlarında “*toplum yararına aykırı şekilde kullanmama*” ilkesini malike, mülkiyet hakkını toplum yararına aykırı şekilde kullanmama ödevi yüklediğini ifade etmiştir.

Buna karşılık Mahkeme bazı kararlarında mülkiyetin toplum yararına kullanılmasını sağlama amacını da mülkiyet hakkının sınırlanması nedenleri arasında görmüştür. Örneğin Anayasa Mahkemesi 20.9.1966 tarihli ve E: 1963/156, K: 1966/34 sayılı kararında kanun koyucunun Anayasa’nın 36. maddesiyle “*ancak kamu yararı amacı ile*” mülkiyet hakkı üzerinde sınırlama yapmaya yetkili kılındığı malikin de bu hakkını toplum yararına aykırı bir şekilde kullanamayacağı belirtildikten sonra “*mülkiyet hakkının, söz konusu iki istikametteki kısıtlamalardan başka herhangi bir kayıtla sınırlandırılmasının mümkün olmadığını*” ifade ederek toplum yararına aykırı kullanmama ilkesini de bir sınırlama sebebi olarak görmüştür.

Mahkeme 02.06.1989 tarihli ve E: 1988/36, K: 1989/24 sayılı kararında ise aynen “*mülkiyet hakkını doğrudan ya da dolaylı olarak, olumsuz*

⁴⁸ Bulut, N., (2006) “Mülkiyet Konusunda Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: X, Sayı: 3-4, s. 24.

biçimde etkileme, ortadan kaldırma, sınırlama durumu olmadığı gibi, bu hakkın kullanımını düzenleme amacı da yoktur” ifadesini kullanarak mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılmasını düzenlemeyi de sınırlandırma amaçları arasında görmüştür.⁴⁹

Kanaatimizce mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı olarak kullanılamayacağını öngören bu düzenlemenin hem malike, hem de devlete hitap eden yönleri bulunmaktadır.

Öncelikle, malik, mülkünü toplum yararına aykırı olarak kullanamayacaktır. Örneğin kişinin sahip olduğu şeyleri, başkalarının temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırmak ya da ortadan kaldırmak için kullanılamayacağı açıktır. Bu nedenle *“toplum yararına aykırı olarak kullanamama”* ilkesinin bu yönü hakkın kendisini daha en başından sınırlamaktadır.

Bu ilkenin ikinci yönü ise, devlete mülkiyetin toplum yararına aykırı olarak kullanılmasını önlemek amacıyla mülkiyet hakkını sınırlama hakkı vermektedir.

3.2. Sınırlandırmalarda Bulunması Gereken Şartlar

Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinde mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlandırılacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesinde de, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Şimdi 13. ve 35. maddede sayılan bu şartları sırasıyla inceleyelim.

3.2.1. Kanunla Sınırlama

Anayasa'nın gerek 35. ve gerekse 13. maddesine göre, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Üstelik Anayasa'nın 91. maddesi de (olağanüstü haller saklı kal-

⁴⁹ Aynı yönde 10.06.1993 tarihli ve E:1993/9, K:1993/21 sayılı karara bakılabilir.

mak kaydı ile) temel haklar ile kişi hakları ve ödevlerinin KHK ile düzenlenemeyeceğini öngörmektedir. Ayrıca Anayasa'nın mülkiyet hakkına dolaylı olarak kısıtlamalar koyan 43, 44, 46, 47, 63, 168 ve 169. maddeleri de, bu maddeler gereği yapılacak düzenlemelerin kanun ile yapılmasını zorunlu tutmaktadır.

Bu nedenle mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların mutlaka şekli anlamda kanun ile yapılması zorunludur. Kanun dışında herhangi bir hukuk normu ile getirilen sınırlama, sınırlamada kamu yararı olsa bile, Anayasa'nın 13. ve 35. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Gerek 35. maddenin ve gerekse 13. maddenin ifade tarzı bunu gerektirmektedir.⁵⁰

Anayasa Mahkemesi de 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin iptali ile ilgili olarak verdiği 24.05.2001 tarihli ve E: 2000/35, K: 2001/90 sayılı kararında KHK ile getirilen yapı denetimine ilişkin kuralların, arazi üzerinde yapılan inşaaata ve inşaatın sürecine ilişkin olması nedeniyle mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgili olduğunu ve mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır.

Temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesinin altında yatan espri şudur:

Demokratik bir toplumda iktidarın kaynağı halktır, halkı da yasama meclisi temsil ettiğine göre sınırlama ancak yasama meclisinin iradesi olan kanun ile olabilir. Üstelik yasama meclisinde görüşmeler topluma açık şekilde yapıldığı için mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların kamuoyu önünde tartışılması sağlanır. Bu nedenle, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden bu yana, demokratik hukuk devletlerinde, temel hak ve özgürlüklerin ancak halkın temsilcisi olan yasama organı tarafından ve bir kanunla sınırlanabileceği kabul edilmektedir.⁵¹

⁵⁰ Ünal, Ş., (1994) "Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 1994, Sayı: 11, s. 45.

⁵¹ Fendoğlu, H. T., (2002) "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. m. 13", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 19, s. 126.

Bunun yanı sıra mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kanun ile yapılması zorunluluğu, kanunların herkes için eşit hükümler içermesi nedeniyle, eşitlik ilkesini sağlayarak bireyler arasında farklı uygulamaları engellemiş olur.⁵²

Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin kanun ile düzenlenmesi, idarenin temel hak ve özgürlüklere keyfi olarak müdahalesini de engellemiş olur.⁵³ Temel hak ve özgürlüklerin, bu hak ve özgürlükleri keyfi şekilde ihlal eden siyasi iktidarlara karşı yapılan mücadele sonucunda kazanıldığı⁵⁴ dikkate alındığında bu yaklaşımın siyasi iktidara duyulan ve geçmişten gelen güvensizlikten kaynaklandığı sonucuna varılır.

Fakat burada şu hususa dikkat çekmek yerinde olacaktır: Kanunla düzenlenme zorunluluğu, mülkiyet hakkına kanunla getirilen sınırlamaların uygulanmasının tüzük, yönetmelik gibi yürütme organının tasarrufları ile düzenlenmesine engel değildir. Ancak tüzük, yönetmelik gibi bu düzenlemelerde kanunda olmayan sınırlamalar konulamaz.⁵⁵

3.2.2. Anayasa'nın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olma

Sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.

Anayasa'nın sözü ve ruhu kavramı, bir bütün olarak Anayasa'nın tamamını ifade eder. Bu kapsamda mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların Anayasa'nın genel felsefesine ve ondan çıkan temel anlama uygun olması gerekir.

3.2.3. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklarine Aykırı Olmama

Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların demokratik toplumun gereklerine aykırı olmaması gerekmektedir. 1961 Anayasası'nda temel

⁵² Ünal, Ş., (1994) "Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 1994, Sayı: 11, s. 46.

⁵³ Ünal, Ş., (1994) a. g. m., s. 45.

⁵⁴ Ünal, Ş., (1994) a. g. m., s. 45.

⁵⁵ Fendoğlu, H. T., (2002) a. g. m., s. 127.

hak ve özgürlüklerin sınırlaması ile ilgili olarak yer alan *“hakkın özüne dokunma ilkesi”* yerine 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk şeklinde *“demokratik toplumun gereklerine aykırı olmama”* ilkesi benimsenmiştir. Bu değişikliğin birkaç önemli nedeni bulunmaktadır:

Bunlardan birincisi temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı tedbirlerin demokratik sisteme uygun olması zorunluluğunun anayasal güvence altına alınmak istemesidir.

İkinci gerekçe *“demokratik toplum düzeninin gerekleri”* kavramının, *“hakkın özü”* kavramına göre daha belirgin olmasıdır. Bu gerekçeye göre *“demokratik toplum düzeninin gerekleri”* kavramının ne olduğunu bilmek, *“hakkın özü”* kavramını belirlemekten daha kolaydır. Hakkın özü kriteri, önemli ölçüde belirsizlik ihtiva etmektedir; hakkın özünün neresi olduğunu ve nasıl belirleneceğini objektif olarak belirlemek ve tanımlamak imkansızdır.⁵⁶ Demokratik düzeninin gereklerinin tanımı da belirgin değildir ama ülkemizdeki uygulamalar açısından, *“demokratik düzeninin gerekleri”* kavramı *“öz”* kavramına göre daha kullanışlıdır.⁵⁷

Bu değişikliğin önemli bir gerekçesinin de *“hakkın özü”* kavramının; temel hak ve özgürlükler konusunda hemen hiçbir sınırlamaya izin vermeyerek ülkede devlet otoritesinin zayıflamasına neden olduğu ifade edilmiştir.⁵⁸ Bu görüşe göre temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların hakkın özü kavramına dayanılarak Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi, siyasi iktidarı çaresiz bırakmakta ve otoritenin zayıflamasına neden olmaktadır.⁵⁹ Çünkü demokratik toplumun gereklerine uygun olarak yapılabilecek sınırlamaların pek çoğu hakkın özüne dokunmaktadır.⁶⁰ *“Hakkın özü”* kavramı yerine *“demokratik toplum düzeninin gerekleri”* kavramının oturtulması şeklindeki dü-

⁵⁶ Gözler, K. (2001) *“Anayasa Değişikliklerinin Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa'nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”*, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 4, s. 58.

⁵⁷ Fendoğlu, H. T., (2002) *“2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. M. 13”*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 128.

⁵⁸ Arslan, Z. (2002) *“Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 19, s. 147.

⁵⁹ Arslan, Z. (2002) a. g. m., s. 147.

⁶⁰ Gözler, K. (2001) a. g. m., s. 59.

zenleme, devlete ve siyasi iktidara belirli bir hareket alanı tanıyarak ülke içerisinde otoritenin güçlendirilmesini amaçlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde bir hakkı tamamen ortadan kaldıran ya da kullanılamaz hale getiren sınırlamaların yanı sıra hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıran sınırlamaları da hakkın özüne dokunur kabul ettiği ve hemen her sınırlamanın bir şekilde hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştırdığı dik-kate alındığında bu görüş hiç de yabana atılacak gibi değildir.

Bu yönde bir değişiklik yapılmasında 1954 yılında Türkiye tarafından kabul edilerek iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çeşitli maddelerinde (8, 9, 10, 11.) yer alan "demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler" ifadesinin de etkili olduğu görülmektedir.⁶¹ Zaten 4709 sayılı Kanun'un 13. maddeyi yeniden düzenleyen 2. maddesinin gerekçesi de tek cümlede bunu ifade etmektedir:

*"Anayasanın 13 üncü maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir."*⁶²

Ancak burada bahsedilen "demokratik toplum" ifadesinin 1982 Anayasası'nda ifade edilen demokrasi anlayışını mı, yoksa çağdaş ve batı tipi demokrasi anlayışını mı ifade ettiği tartışma konusu olmuştur.⁶³ Öğretide burada ifade edilenin "çağdaş, batılı, özgürlükçü demokrasiler" olduğu görüşü hakimdir.⁶⁴

Anayasa Mahkemesi, 06.09.1986 tarihli ve E: 1985/21, K: 1986/23 sayılı kararında "demokratik toplum düzeni" ifadesiyle Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğini vurgulamıştır. Buna karşılık Mahkeme 26.11.1986 tarihli ve E: 1985/8, K:1986/27 sayılı kararında demokratik toplum düzeni olarak klasik (batı tipi) demokrasilerden bahsetmiştir.

⁶¹ Aliefendioğlu, Y. (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 153.

⁶² 4709 sayılı Kanunun gerekçesi için: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>

⁶³ Arslan, Z., (2002) a. g. m., s. 148.

⁶⁴ Fendoğlu, H. T., (2002) a. g. m., s. 128.

Anayasa'da demokratik toplum düzeninin tanımı yapılmadığı için kavramın içi Anayasa Mahkemesi kararları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ilkesine ilişkin olarak yeterince açıklayıcı bilgilere yer verilmediği görülmektedir.

Demokratik toplum düzeni kavramının Anayasa Mahkemesi'nce somut olarak tanımlanmaması, siyasi tercih olarak algılanabileceği ve yerindelik denetimine kayabileceği gerekçesi ile olumlu karşılansa da⁶⁵ Anayasa Mahkemesi'nin denetimi açısından somut kriterler ortaya koyulamaması bakımından önemli bir eksiklik de ortaya çıkarmaktadır. Üstelik Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum düzeninin gereklerini tanımlamakta çekingen davranması, yapılan denetimin yerindelik denetimine kaymasına da engel değildir. Çünkü Mahkeme ister demokratik toplum düzeninin gereklerini tanımlayarak kriterlerini somut hale getirsin, isterse tanımlamaksızın denetim yapsın her durumda "*demokratik toplum düzeninin gereklerini*" değerlendirmek zorundadır. Bu gereklerin karar gerekçesinde yazılması ya da yazılmaması, sonuca etki eder bir durum değildir. Bu gereklerin karar gerekçesinde yazılmamasının somut tek sonucu, doktrine, demokratik toplum düzeninin gereklerini tanımlayabilmek için başka kaynaklara bakma zorunluluğu doğurmasıdır.

13. maddede 2001 yılında yapılan değişikliğin gerekçesinin maddede AİHS ile uyumlu hale getirmek olduğu ve Sözleşme'nin pek çok maddesinde "*demokratik toplumda gereklilik*" ilkesi yer aldığı dikkate alındığında, bakılacak ilk kaynak da AİHS ve AİHM içtihatları olacaktır.⁶⁶

Anayasanın 13. maddesinde yer alan "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" şeklindeki sınırlama sınırı, "*demokratik toplumda gerekli*" şeklinde, Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde (8-11) yer almıştır. Bu madde-

⁶⁵ Fendoğlu, H. T., (2002) "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. M. 13", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 19, s. 129.

⁶⁶ Arslan, Z., (2002) "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 19, s. 149.

lere göre, maddede korunan temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların “*demokratik toplumda gerekli*”⁶⁷ olması zorunludur.

Sözleşme’de geçen “*demokratik toplum*”un temel özelliklerinin hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirlilik olduğunu vurgulayan⁶⁸ AİHM bu maddelerin uygulanmasında sınırlamanın “*demokratik toplumda gereklilik*” ilkesine uygun olabilmesi için bazı şartları taşıması gerektiğine karar vermektedir. Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin kararları da dikkate alındığında bir sınırlamanın “*demokratik toplumun gereklerine aykırı*” olmaması için aşağıdaki şartları taşıması gerektiği söylenebilir:

İlk olarak demokratik toplum düzeninin gereklerine göre bir hak, ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir.

Sözleşme, “*gerekliliğin*” varlığı konusunda ulusal makamlara belli bir takdir hakkı tanımaktadır; bu nedenle “*gereklilik*” kavramının im ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal makamlardır.⁶⁹ AİHM tarafından Sunday Times/Birleşik Krallık kararında⁷⁰ (paragraf 59) ifade edildiği üzere bu takdir

⁶⁷ Sözleşme’nin 6366 sayılı Kanunlar onaylanmış metninde ve diğer Türkçe tercümelerinde “*gerekli*” ifadesi yerine “*zorunlu*” ibaresi kullanılmaktadır. Oysaki Sözleşme’nin İngilizce metninde “*necessary*” kelimesi geçmektedir ki bu kelime “*zorunlu*” kelimesinden ziyade “*gerekli*” olarak anlaşılmaya daha müsaittir. AİHM de 07.12.1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararında (paragraf 48) “*gerekli*” (*necessary*) sıfatının, “*zorunlu*” (*indispensable*) sözcüğü ile anlamdaş olmadığını ifade etmiştir. AİHM de yukarıda bahsedilen Handyside/Birleşik Krallık kararında bu konu hakkında şu yorumu yapmıştır:

“Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme’nin 10(2). fıkrasındaki ‘*gerekli*’ (*necessary*) sıfatının, bir yandan ‘*zorunlu*’ (*indispensable*) sözcüğü ile anlamdaş olmadığını, öte yandan ‘*kabul edilebilir*’, ‘*olağan*’, ‘*yararlı*’, ‘*makul*’ veya ‘*arzu edilen*’ deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate almaktadır.”

⁶⁸ Dungeon/Birleşik Krallık kararı, Çeviren: Sibel İnceoğlu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=48>

⁶⁹ Handyside/Birleşik Krallık kararı, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=25>

⁷⁰ Sunday Times/Birleşik Krallık kararı, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=32>

hakkı, sınırlanan hakkın ve sınırlama amacının niteliğine ve sınırlamanın kapsadığı eylemlere göre değişebilmektedir.

Bununla birlikte bu takdir hakkı sınırsız değildir, AİHM; temel haklara yapılan müdahalelerin diğer şartların yanı sıra “gereklilik” şartını taşıyıp taşımadığını, ulusal makamların kararı verdikleri koşulları dikkatle inceleyerek ve bu koşulları dikkate alarak incelemektedir. Mahkeme’nin kendi ifadesiyle “Sözleşmeye taraf devletlerin takdir yetkisi ile Mahkemenin denetim yetkisi el ele gider.”⁷¹

AİHM’ye göre ulusal makamların temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olması gerekmektedir.⁷² Bir başka ifadeyle, demokratik toplumda gerekli tedbirlerin alınması, ancak bunun için haklı gerekçeler ve sebepler ileri sürüldüğünde mümkün olabilmektedir. Üstelik AİHM, sınırlama nedenleri olarak gösterilebilecek nedenlerin dar ve katı olarak yorumlanması gerektiği görüşündedir.⁷³

İkinci şart olarak, demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, demokratik rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması gerekmektedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesi, getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsünü değil, yöntemini de kapsamaktadır.

Üçüncü olarak, demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmaması gerekir.⁷⁴ Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. AİHM’nin Dungeon/Birleşik Krallık

⁷¹ Müller ve diğerleri/İsviçre davası, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=159>.

⁷² Barthold/Almanya kararı, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=97>.

⁷³ Arslan, Z., (2002) Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 19, s. 151.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 19.07.2001 tarihli ve E:2001/303, K:2001/333 sayılı kararı, Resmi Gazete T/S: 15.09.2001/24524.

kararında⁷⁵ vurguladığı üzere “*demokratik bir toplumda gerekli*” bir tedbir olarak görülebilmesi için, bu kısıtlamanın, meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir.

Bu orantılılığın sınırı ise hakkın kullanılmasının engellenmesi ya da hakkın kendisinin ortadan kaldırılmasıdır. Buna göre temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların amaca uygun olması gerekir ancak bu sınırlamaların hiçbir şekilde, belli bir hakkın ya da özgürlüğün kullanılmasını engelleyecek ya da hakkı ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Bu durum aynı zamanda hakkın özüne dokunmama ilkesinin de gereğidir. Zaten Anayasa Mahkemesi, “*demokratik toplum düzeni gerekleri*” kavramının, “*hakkın özü*” kavramı ile yakından ilişkisi bulunduğunu vurgulamaktadır; Mahkemeye göre temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup, onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılmaz hale getiren sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaştığı kabul edilemez.⁷⁶

3.2.4. Hakkın Özüne Dokunmama

1961 Anayasası’nda bulunmasına⁷⁷ rağmen 1982 Anayasası’nın 13. maddesinin ilk halinde yer almayan “*hakkın özüne dokunmama*” ilkesi 4709 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle Anayasamıza tekrar girmiştir. 1961 Anayasası’nda yer alan “*hakkın özü*” ifadesine 1982 Anayasası’nın 13. maddesinin ilk halinde yer verilmemesine ilişkin gerekçeler ne ka-

⁷⁵ Dungeon/Birleşik Krallık kararı, Çeviren: Sibel İnceoğlu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=48>.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 06.11.1986 tarihli ve E:1985/8, K:1986/27 sayılı kararı, *Resmî Gazete* T/S: 14.08.1987/19544.

⁷⁷ Temsilciler Meclisi, Anayasa Komisyonu’nun 09.03.1961 tarihli raporunda da ifade edildiği üzere 1961 Anayasası’nın 11/2. maddesinde yer alan hakkın özüne dokunma yasağı, Batı Almanya (Bonn) Anayasası’nın 19. maddesinin “Hiç bir halde bir temel hakkın özüne dokunulamaz” hükmünü ihtiva eden 2. fıkrasından alınmıştır. Konu ile ilgili olarak bkz. Yüce, T. T., (1974) “Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi”, A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 351, Ankara 1974.

dar haklı ise “*hakkın özü*” kavramının 13. maddeye dahil edilmesi de o ölçüde talihsizlik olmuştur.⁷⁸

Çünkü demokratik toplumun gerekleri kriteri “*hakkın özü*” kriterine göre daha kullanışlıdır. (Bu durum yukarıda açıklanmıştı.) Ayrıca madem ki 4709 sayılı Kanun’la 13. maddede yapılan değişikliğin amacı “*Anayasanın 13. maddesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlemektir*”.⁷⁹ Sözleşme’de yer almayan bir kriterin madde metnine dahil edilmesi anlamsız kalmaktadır.

Hakkın özü kavramı, bir hakkın birbirinden farklı iki unsuru (çekirdek ve çevre) bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Buna göre hakkın temelini oluşturan ve dokunulmaz kabul edilen çekirdek,⁸⁰ bazı durumlarda sınırlandırılabilen bir çevre ile sarılmıştır.⁸¹ Bu dokunulamayan çekirdek kısma hakkın özü denilmektedir. Bir başka tanımla, bir hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir.⁸²

Bu kapsamda hakkın özüne dokunmama ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin çekirdek kısmına hiçbir şekilde dokunulmaması anlamına gelmektedir.⁸³ İşte bu kapsamda, hakkın çevresel unsurlarının kimi

⁷⁸ Aynı yönde Gözler, K., (2001) “Anayasa Değişikliklerinin Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa’nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)” *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 4, s. 58.

⁷⁹ 4709 sayılı Kanunun gerekçesi için: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>.

⁸⁰ 1961 Anayasası’nın 11. maddesiyle ilgili olarak Temsilcileri Meclisi, Anayasa Komisyonu’nca hazırlanan 09.02.1961 tarihli raporda bu çekirdek kısım için “cevhher ifadesi kullanılmaktadır. Örneğin “Öteden beri hakların sınırlanması meselesinde karşılaşılan tehlike bu tehditlerin çok ileri gitmesi neticesinde *cevhherinin* imha edilmesidir.” Benzer şekilde “Eğer sınırlama, bir temel hak veya hürriyet veya dokunulmazlığın *cevhherini* tahrip ediyorsa, Anayasa’ya aykırılığı dolayısıyla hükümsüz sayılacaktır.”

⁸¹ Güvenç, İ., (2008) “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı*”, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s. 110.

⁸² Fendoğlu, H. T., (2002) “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. M. 13”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 131.

⁸³ Arslan, Z., (2002) “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 19, s. 143.

durumlarda sınırlandırmak mümkün iken, çekirdeğe hiçbir şekilde dokunulamaz. Bu dokunmama sadece sınırlamalar için değil, ödevler için de geçerlidir. Hakkın özü kavramı, hak sahibine, ödevlerden arınmış, sınırsız bir yetki alanının tanınmış olduğu için ödev ve sınırlama, hakkın özüne kadardır; hakkın özünde ödev ve sınır yoktur.⁸⁴

Ancak burada doğal olarak, bir hakkın ne zaman ortadan kalkmış ya da kullanılamaz hale gelmiş, daha açıkçası ne zaman hakkın özüne dokunulmuş sayılacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Çünkü 1961 Anayasası'nın hazırlık çalışmaları aşamasında Anayasa Komisyonu tarafından da belirtildiği üzere hakkın özü kavramı, her bir hak açısından farklıdır.⁸⁵ Bundan dolayı, sınırlamaların hakkın özüne dokunup dokunmadığı hususu, tamamen Anayasa Mahkemesi kararları ile belirlenmektedir.⁸⁶

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarında bir hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren ya da tamamen ortadan kaldıran sınırlamaların hakkın özüne dokunduğuna karar vermiştir.⁸⁷

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın ilk dönemlerinde verdiği kararlarında sadece bir hakkı kullanılamaz hale getiren ya da ortadan kaldıran sınırlamaları hakkın özüne dokunur kabul etmiş, buna karşılık hakkın kullanılmasını ciddi surette güçleştirici sınırlamaları öze dokunur kabul etmemiş ise de sonradan bu görüşünden vazgeçmiştir. Bugün için hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıran, bir hakkı kullanılamaz hale getiren ya da ortadan kaldıran sınırlamalar, Anayasa Mahkemesi tarafından hakkın özüne dokunur kabul edilmektedir.⁸⁸

⁸⁴ Eren, F., (1977) "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 197.

⁸⁵ Arslan, Z., (2002) a. g. m., s. 143.

⁸⁶ Arslan, Z., (2002) a. g. m., s. 144.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi'nin E: 1962/208, K:1963/ 1 sayılı kararı, *Resmi Gazete T/S: 13.03.1963/11354*.

⁸⁸ Arslan, Z., (2002) "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 19, s. 144.

3.2.5. Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olamama

1961 Anayasası'nda ve 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk halinde yer almamasına rağmen Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle madde metnine giren bu ilkeye göre sınırlamalar laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamaz.

Aslında yapılan değişiklikle "*laik Cumhuriyetin gerekleri*" ibaresinin madde metnine yerleştirilmesinin çok fazla bir anlamı olmamıştır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, 13. maddede 2001 yılında yapılan değişiklikten önce verdiği kararlarında zaten, sınırlamaların Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyet'in temel niteliklerine de uygun olması gerektiğini ifade etmekteydi.⁸⁹ Cumhuriyetin en temel özelliklerinden birisi de laiklik olduğuna göre, yapılan değişiklik Anayasa Mahkemesi tarafından zaten uygulanan bir kriterin Anayasa metnine dahil edilmesinden öte bir anlam ifade etmemiştir. Üstelik bazı yazarlar⁹⁰ laik Cumhuriyet'in gerekleri ibaresinin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgisi olmadığını vurgulamaktadırlar.

"*Laik Cumhuriyetin gerekleri*" ibaresi, mülkiyet hakkına herhangi bir dinin gereklerine göre sınırlama yapılmamasını ya da bu sınırlamaların, dini inançlar karşısında devletin tarafsızlığını zedelememesini ifade eder.

Anayasa Mahkemesi, burada geçen "*laik*" ibaresinin, dini ve toplumsal nedenlerle, batılı ülkelerde yer alan laiklik kavramından farklı olduğunu vurgulamaktadır.⁹¹

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda "*laik Cumhuriyetin gerekleri*" ile ilgili çalışmalarda ibarenin daha çok laiklik yönüne vurgu yapılmaktadır. Fakat söz konusu ibare laik cumhuriyetin sadece laiklik değil, tüm özelliklerine vurgu yapmaktadır. Buna göre temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların sadece laiklik

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 06.11.1986 tarihli ve E:1985/8, K:1986/27 sayılı kararı, *Resmî Gazete* T/S: 14.08.1987/19544.

⁹⁰ Gözler, K., (2001) "*Anayasa Değişikliklerinin Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa'nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)*" *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 4, s. 62.

⁹¹ Fendoğlu, H. T., (2002) "*2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. M. 13*" *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 134.

ilkesine değil, Anayasa'nın ikinci maddesinde Cumhuriyet'in nitelikler olarak sayılan ilkelerin tamamına uygun olması gerekir.

Anayasa Mahkemesi laik Cumhuriyetin gereklerinin bir sınırlama sınırı olarak yer almadığı 1961 Anayasası döneminde verdiği bazı kararlarında, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların Cumhuriyet'in Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine uygun olması gerektiği vurgulanmıştır. Örneğin 14.02.1967 tarihli ve E: 1963/144, K: 1967/6 sayılı kararda; "*Kanun koyucu, mülkiyet hakkı ile ilgili hükümleri, Anayasa'nın Cumhuriyetin niteliklerini belirten 2. maddesinde yer alan ilkelerle ve özellikle insan haklarıyla ve demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti prensipleriyle bağdaşır biçimde düzenlemek durumundadır*" ifadelerine yer verilmiştir.⁹²

3.2.6. Ölçülülük İlkesine Uygunluk

Ölçülülük ilkesi, bir hakkın sınırlandırılması için başvuru aracın, sınırlandırma ile ulaşılmak istenen hedefe ulaşmak bakımından elverişli olması şeklinde tanımlanabilir.⁹³ Ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan araç ile sınırlamanın sonuçları arasındaki ilişkiyi betimleyen bir kavramdır.

Ölçülülük ilkesinin temel amacı, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasını önlemektir.⁹⁴ Zaten 13. maddenin gerekçesinde sınırlama ile amaç arasında denge bulunması gerektiği belirtilmiş ve amacın gerektirdiğinden daha fazla sınırlama yapılamasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.⁹⁵

⁹² Aynı yönde 19.06.1968 tarihli ve E:1966/19, K:1968/25 sayılı karar, *Resmi Gazete* T/S: 29.1.1970/13412.

⁹³ Oğurlu, Y., (2000) "İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetlerin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme", *Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s. 148

⁹⁴ Fendoğlu, H. T., (2002) "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. M. 13" *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 131

⁹⁵ Aliefendioğlu, Y., (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 160

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre Türk hukuku açısından ölçülülük ilkesinin; *elverişlilik* (sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması), *demokratik toplumda gereklilik* (sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olması) ve *oranlılık* (araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması, sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi) olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.⁹⁶

Elverişlilik ilkesi bir hak ve hürriyeti sınırlamak için kullanılan aracın, yani kanunun, sınırlama amacını gerçekleştirmek bakımından uygun olması olarak tanımlanmaktadır. Öngörülen amacı gerçekleştirebilmek için temel haklara getireceği sınırlamanın zorunlu olması ise gereklilik ilkesini oluşturmaktadır.

Oranlılık ilkesi ise; sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç ile aracın birbirine karşı ölçüsüz olmaması gereğini ifade etmektedir. Başka bir anlatımla, temel hak ve hürriyetler sınırlanırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makul ve adaletli bir denge kurulmalıdır.⁹⁷

3.2.6. Tazminat Ödenmesi

Mülkiyet hakkına yapılacak müdahaleler karşılığında malike tazminat ödenmesi konusunda 35. maddenin metninde herhangi bir ifade yer almamaktadır. Sadece Anayasanın kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddesinde kamulaştırmanın gerçek karşılık üzerinden yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

Her ne kadar 35. maddede bu yönde hüküm bulunmasa dahi Anayasa Mahkemesi, mülkiyetin hukuken ya da fiilen kamu idaresine geçtiği durumlarda malike tazminat ödenmesi gerektiği görüşündedir. Tazminatsız olarak mülke el konulması Anayasa Mahkemesi tarafından hakkın özüne dokunma olarak kabul edilmektedir.⁹⁸

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 23.06.1983 tarihli ve E:1988/50, K:1989/27 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 04.10.1989/20302

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 tarihli ve E:1999/1, K:1999/33, *Resmi Gazete* T/S:04.11.2000/24220

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 10.04.2003 tarihli ve E:2002/112, K:2003/33 sayılı kararı: "Taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur."

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA MÜLKİYET HAKKI VE BU HAKKIN SINIRLANMASI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında mülkiyet hakkı Sözleşme'ye Ek 1 No.'lu Protokol ile düzenlenmiştir. Protokol'ün "Mülkiyetin Korunması" başlıklı 1. maddesi şu şekildedir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."

1. Mülk ve Mülkiyet Kavramı

1.1. Genel Olarak

AIHM, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesini yorumlayarak mülk ve mülkiyet kavramları üzerine içtihatlar geliştirmiştir. Mahkemeye göre mülk ve mülkiyet kavramlarının iç hukuktaki tanımından bağımsız olarak özerk bir anlamı bulunmaktadır, bundan dolayı herhangi bir unsurun iç hukukta mülkiyet olarak kabul edilip edilmemesinin AIHM'nin değerlendirmesi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. AIHM mülk ve mülkiyet kavramını kendi kriterleri açısından değerlendirmekte ve kararlarını buna göre vermektedir.

Mahkemenin mülk kavramını iç hukuktan bağımsız olarak yorumlamasının temel sebebi, mülk ve mülkiyet kavramlarının, Sözleşme'ye taraf devletlerde farklı tanımlarla kullanılmasıdır. Eğer Mahkeme içtihadında Sözleşme'de yer alan kavramlara verilecek anlam, davaya konu olan milli hukukun yüklediği anlamla özdeşleştirilirse, bu kavramlar Sözleşme'ye taraf devletlerin her birinde farklı şekilde yorumlandığı için Sözleşme'nin uygulanmasında çeşitli devletler açısından farklı uygulamalar söz konusu olacaktır. Bu tür farklı uygulamalardan kaçınmak ve uygulama birliği sağlamak amacıyla AIHM Sözleşme'de

kullanılan terimleri ulusal hukuklardan bağımsız olarak yorumlama eğiliminde olmuştur.⁹⁹ Bu kapsamda AİHM, her olayı ilgili devletin iç hukukuna göre ayrı ayrı yorumlamak yerine Sözleşme'nin amacı doğrultusunda kendine has bir mülk tanımı benimsemiştir.

Mahkeme sürekli olarak "mülk" kavramının kendine has bir anlam genişliği olduğunu ve iç hukukta mülkiyet olarak kabul edilmeyen bazı hak ve menfaatlerin mülk olarak kabul edilebileceğini vurgulamaktadır. Örneğin Mahkeme Beyeler/İtalya kararında¹⁰⁰ (paragraf 100) mülk (*possessions*) kavramının fiziki mallarını mülkiyeti ile sınırlandırılmayan ve iç hukukun resmi sınıflandırmasından bağımsız, otonom bir yapısı olduğunu vurgulamıştır.

Ancak 1. maddenin koruması altında olabilmesi için, kişinin aynı hakka iç hukuk uyarınca da sahip olması gereklidir. Kişi iç hukukta hak sahibi değil ise, AİHM nezdinde de korunmamaktadır. Bu iki durum ("*iç hukuktan bağımsızlık*" ve "*aynı hakka iç hukukta da sahip olma*") ilk bakışta çelişir gibi görünmektedir. Ancak durum öyle değildir. Bu iki hususu birlikte değerlendirdiğimizde şu sonuca varırız: Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin sağladığı korumadan yararlanabilmek için aynı hakka iç hukukta da sahip olmak gerekir. Ancak, iç hukukun bu hakkı mülkiyet hakkı olarak kabul edip etmemesinin, AİHM'nin değerlendirmesi açısından bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin alkollü içki satma ruhsatı, iç hukuk tarafından mülk olarak değerlendirilmese bile AİHM tarafından mülk olarak değerlendirilebilmektedir. Ancak bunun için temel şart malikin, alkollü içki satma ruhsatına iç hukukta da sahip olmasıdır.

1.2. Mülkiyetin Niteliği

Sözleşme ve ek protokoller, temel hak ve özgürlükleri mutlak ve sınırsız olarak kabul etmemiş ve bunların Sözleşme'de belirtilen hal-

⁹⁹ Birtane, Ş., (2007) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk İdari Yargısına Etkileri", Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s. 18

¹⁰⁰ Kararın orijinal metni için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi internet sitesine bakılabilir: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=h bkm&action=html&highlight=beyeler&sessionid=54384809&skin=hudoc-en>

lerde ve Sözleşme’de belirtilen şartlara uyulmak şartı ile sınırlandırılabilmesi öngörmüştür.

Bu kapsamda Ek 1 No.’lu Protokol’ün 1. maddesi de mülkiyet hakkının sınırsız olmadığını ve kamu yararı, vergi ve benzeri katkıların ödenmesi ya da mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılmasının düzenlenmesi amacıyla sınırlandırılabilmesini hüküm altına almıştır. Üstelik Sözleşme’nin 17. maddesi temel hak ve özgürlüklerin, başkalarının haklarına zarar verecek veya bu hakları sınırlayacak şekilde kullanılmasını yasaklamaktadır.

AİHM de mülkiyet hakkının sosyal yönüne ağırlık vermekte ve mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılabilmesini kabul etmektedir. Mahkeme, günümüzde devletlerin sosyal adaletsizlik olduklarını düşündükleri problemlerin çözümü için gerekli tedbirleri alma hakkı bulunduğunu vurgulamakta¹⁰¹ ve bunu, demokratik bir yasama organının işlevleri arasında görmektedir.

Mahkeme’nin mülk kavramına bakış açısının önemli bir diğer yönü de durağan bir yorum şeklinin değil; günün sosyal, ekonomik ve hukuki koşullarına ve ihtiyaçlarına göre değişen, dinamik bir yorum şeklinin benimsenmesidir. Bu kapsamda Mahkeme Ek 1 No.’lu Protokol kapsamında mülk olarak korunabilecek unsurları yorumlarken Sözleşme’yi toplumun ihtiyaçlarına ve günün değişen koşullarına göre yorumlayarak daha önceden mülk kavramı içerisinde değerlendirmede bazı hususları da mülk kavramı içerisinde değerlendirmeye başlamıştır.

Örneğin Mahkeme Türkiye’de yabancıların taşınmaz edinmesi konusu ile ilgili olarak verdiği Apostolidi ve Diğerleri/Türkiye kararında yabancıların taşınmaz edinme hakkının Ek 1 No.’lu Protokol’ün 1. maddesi kapsamında mülk olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermesine rağmen, aynı konuda daha sonra verdiği Deryan ve Nacaryan/Türkiye kararı ile Fokas/Türkiye kararında yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinmeleri konusundaki bir beklentinin de Ek 1

¹⁰¹ AİHM’nin James ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 21.02.1986, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=107>.

No.'lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında mülk olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin bu yorum tarzı, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli katkılar sağladığı gibi, bu hakların sınırlandırılmasında devletlere önemli bir hareket alanı da oluşturmaktadır.

1.3. Mülkiyetin Kapsamı

1.3.1. Mülkiyetin Konusuna Göre

Sözleşme'de mülkiyet hakkının ve mülk kavramının açık bir tanımı bulunmamasıyla beraber AİHM, mülkiyet hakkını ve mülk kavramını geniş yorumlamak eğiliminde olmuştur. Mahkeme, mülkiyet hakkını yorumlarken geleneksel yorumlardan uzak kalmış ve kendine has bir mülkiyet anlayışı geliştirerek parasal değer ifade edebilen hemen hemen her unsuru mülkiyet kavramı içerisinde değerlendirme eğiliminde olmuştur.¹⁰² Mahkeme, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde geçen "*mal ve mülk*" kavramının fiziksel malların mülkiyeti ile sınırlı olmayan özerk bir anlamı olduğuna dikkat çekmektedir.

Mahkemeye göre mal ve mülk (ya da kısaca mülk), iktisadi bir değere sahip, para ile ifade edilebilen her türlü taşınır ve taşınmazlar, Hazine arazisi üzerine yapılan gecekondular, yüksek enflasyon dönemlerinde kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi nedeni ile uğrılan gelir kayıpları, haklar, şirket hisseleri, bir zarardan doğan tazminat hakları, her türlü alacak hakkı, tahkim kararları, patentler, emekli maaş hakkı, müşteri kitlesi, alkollü içki satma ruhsatı, kira alma hakkı, işletme ve imtiyaz hakları, fikri mülkiyet hakları gibi ekonomik çıkarları ifade etmektedir.

Mahkeme'nin mülk kavramını bu şekilde geniş yorumlamasında maddenin İngilizce ve Fransızca metinlerinde "*mülk*" kelimesini ifade etmek üzere kullanılan kelimelerin geniş anlamlara sahip olmasının da önemli bir etkisi söz konusudur. Gerçekten de Sözleşme'de mülkiyet hakkını ifade etmek için kullanılan "*biens*" kavramı Fransız hukuk

¹⁰² Dinç G., (2004) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı", *İzmir Barosu Dergisi*, Ekim 2004, Sayı: 69, s. 133.

terminolojisinde miras yoluyla geçen bütün hakları ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.¹⁰³

Mahkeme'nin bu yaklaşımı, mülk ve mülkiyet konusundaki ulusal tanımları anlamsız ve geçersiz kılmamaktadır.¹⁰⁴ Ancak şurası da bir gerçektir ki ulusal hukuka göre mülkiyet hakkı olarak değerlendirilmeyen birçok husus, AİHM'ce mülkiyet tanımı kapsamında değerlendirilmiştir.

Mahkeme'nin mülkiyetin kapsamına bakışının diğer bir yönü de Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin mevcut mülkte yapılan müdahaleleri mi yoksa mevcut mülkün yanı sıra mülk edinme hakkına yapılan müdahaleleri mi kapsadığı konusudur.

Mahkeme bu konuda yakın zamana kadar devam ettirdiği içtihadında Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi ile korumaya alınan unsurun gelecekte mülk edinme hakkı değil, *mevcut mülk* olduğunu, ayrıca bazı durumlarda *yakın ve meşru bir beklentinin* de mülk olarak değerlendirilebileceğini vurgulamaktaydı. Bu görüşe göre herhangi bir mülkiyetin Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında korunabilmesi için fiilen mevcut ve ileri sürülebilir olması ya da meşru bir beklentinin olması gerekir.

Madde metninde geçen "*maliki olduğu şeyler (possessions)*", "*mülkiyeti kullanma (use of property)*" kelimelerinin bu izlenimi doğurduğuna dikkat çeken Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları da bunu açıkça teyit etmektedir: Sözleşme'yi hazırlayanlar, bu maddenin öncüleri olan tasarılarıdaki bu konu için sürekli olarak "*mülkiyet hakkından*" ve "*mülkiyete haktan*" söz etmişlerdir.¹⁰⁵

Bu nedenle Mahkeme Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin sadece mevcut mülke ve mülk edinme konusundaki meşru beklentile-

¹⁰³ Grgiç ve diğerleri, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı*", Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No:10, 2007, s. 7.

¹⁰⁴ Dinç G., (2004) "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı*", *İzmir Barosu Dergisi*, Ekim 2004, Sayı:69, s. 134.

¹⁰⁵ Marckx/Belçika kararı, 1979, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=33>.

re yapılan müdahaleleri kapsadığını; veraset veya vasiyet yoluyla,¹⁰⁶ kadastro yolu ile¹⁰⁷ taşınmaz edinimi edinme hakkını ya da yabancıların henüz tapuda kendi adlarına tescil edilmemiş taşınmazları edinme hakkını¹⁰⁸ güvence altına almadığını vurgulamaktaydı.

Yukarıda Ek 1 No.'lu Protokol'ün mevcut mülk yanında meşru beklentiyi de koruduğunu ifade etmiştik. Burada akla şu soru gelebilir: Veraset, vasiyet gibi yollarla mülk edinme beklentisi de meşru beklenti olarak kabul edilemez mi? Mahkeme bu konuda yakın zamana kadar verdiği kararlarında meşru beklenti kavramını; daha ziyade alacak hakları, tazminat hakları gibi çok yakın ve kesin beklentiler için uygulamıştır. Mahkemeye göre meşru beklentinin yakın ve kesin olması, bir başka ifade ile bir mevzuat ya da içtihada dayanması gerekir. Mahkeme, zayıf beklentileri mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmeme eğilimindedir. Bundan dolayı, miras veya diğer yollarla mülk edinme beklentisi, yakın zamana kadar Mahkeme tarafından meşru beklenti olarak değerlendirilmemiştir.

Fakat Mahkeme son zamanlarda "*Ek 1 No.'lu Protokol'ün sadece mevcut mülkü koruduğu*" yönündeki görüşünü reddetmeksizin, mülk edinme hakkının da meşru beklenti olarak değerlendirilebileceğine ve Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamına girebileceğine karar vermektedir.

Mahkemenin içtihadını bu yönde değiştirmesinin temel nedeni, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin sadece mevcut mülkü ve mülk edinme konusundaki meşru bir beklentiyi koruduğu yönündeki içtihadın, mülkiyet hakkının korunmasında yetersiz kalmasıdır. Çünkü Mahkeme'nin daha önceki içtihadı, sadece mevcut mülke yapılan müdahaleleri kapsamakta, buna karşılık miras, bağış ya da kadastro yolu ile mülk edinme konusunda yapılan müdahaleleri kapsamamaktaydı.

¹⁰⁶ Marckx/Belçika kararı, 1979, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=33>.

¹⁰⁷ Balcı/Türkiye kararı, 2009, Kararın Türkçe tercümesi için Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankasına bakılabilir: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/remzibalcı10032008.doc>.

¹⁰⁸ Apostolide ve diğerleri/Türkiye kararı, 2007, Kararın Türkçe tercümesi için Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankasına bakılabilir: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/apostolidedigerleri29.05.2008.doc>.

Oysaki çoğu durumda Mahkemenin önüne gelen davalar mülk edinme hakkı ile ilgilidir ve bu davaları Sözleşme kapsamı dışında tutmak malikler açısından önemli dezavantajlar ve mülkiyet hakkının gerekleriyle ilgili önemli sorunlar doğurmaktaydı. Mahkeme, “*Ek 1 No.’lu Protokol’ün sadece mevcut mülkü koruduğu*” yönündeki içtihadının, mülkiyet hakkının korunmasında doğurduğu boşluğu gidermeye dönük olarak içtihadını değiştirmiştir.

Örneğin Karaman/Türkiye kararında¹⁰⁹ Mahkeme, kamulaştırıldıktan sonra kamulaştırma amacıyla kullanılmayan taşınmazın eski malikine iadesi konusundaki bir beklentinin bile miras hakkı olarak değerlendirilebileceğini ve “*mülk*” olarak kabul edilebileceğini vurgulamıştır. Bu davada Mahkeme daha önceki içtihadını tekrarlamakla birlikte (muhtemelen bu içtihadının doğurduğu sakıncaları bir nebze olsun hafifletebilmek amacı ile) kamulaştırıldıktan sonra kamulaştırma amacıyla kullanılmayan taşınmazın eski malikine iadesi konusundaki beklentinin de meşru beklenti ve dolayısıyla mülk olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir.

Benzer bir durum da yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinmelerinin Ek 1 No.’lu Protokol kapsamında korunup korunmayacağı konusunda yaşanmıştır. AIHM, yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinmeleri ile ilgili olarak baktığı ilk dava olan Apostolidi ve Diğerleri/Türkiye davasında verdiği kararında “*henüz tapuda yabancı uyruklu kişi adına tescil edilmemiş taşınmazlar açısından “taşınmazın kendisi adına tescil edileceği” yönündeki bir beklentinin Ek 1 No.’lu Protokol’ün 1. maddesi kapsamında mülk olarak değerlendirilemeyeceğine*” karar vermişti.

Fakat Mahkeme, Nacaryan ve Deryan/Türkiye davasında ve Fokas/Türkiye davasında “*yabancılar adına henüz tescil edilmemiş taşınmazlar açısından da yabancı uyruklu kişilerin taşınmazın kendi adlarına tesciline edileceğine*” ilişkin beklentilerinin “*meşru bir beklenti*” olarak değerlendirilebileceğine ve Ek 1 No.’lu Protokol’ün 1. maddesi kapsamında mülk olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir.

¹⁰⁹ Karaman/Türkiye kararı, Çeviren: Sabit İnan Kaya, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=9067>.

1.3.2. Malike Göre

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetlerinde bulunan malları korumaktadır.

1.3.2.1. Gerçek Kişiler

Gerçek kişiler açısından sadece vatandaşların değil, yabancıların, vatansızların, mültecilerin, hatta o ülkede yasadışı şekilde bulunan kişilerin de mülkiyet haklarının ihlali gerekçesiyle AİHM nezdinde dava açma hakları bulunmaktadır.¹¹⁰ Örneğin Mahkeme yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmeleri konusunda yabancı kişiler tarafından açılan davaları¹¹¹ karara bağlamıştır.

1.3.2.2. Tüzel Kişiler

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin mülkiyet hakkını korumaktadır. Zaten Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, Sözleşme'de yer alan hakları tüzel kişiliklere de tanıyan tek maddedir.

Bu maddede geçen tüzel kişi kavramının kapsamının Sözleşme'nin 34. maddesi dikkate alınarak yorumlanması gerekmektedir. 34. maddeye göre Sözleşme'de yer alan haklarından herhangi birinin ihlal edildiğini iddia eden "*hükümet dışı kuruluşlar*" AİHM nezdinde dava açma hakkına sahiptir.

34. maddede yer alan "*hükümet dışı kuruluşlar*" ifadesinden özel hukuk tüzel kişiliğine sahip sendikaları, ticaret şirketlerini, siyasal partileri, vakıfları, dernekleri, meslek kuruluşlarını anlamak gerekir.¹¹² Bu tüzel kişiler de tüzel kişiliklerini ilgilendiren konularda mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilmektedirler. Ancak tüzel kişiliklerin üyelerinin mülkiyetlerini ilgilendiren konularda dava açma ehli-

¹¹⁰ Poroy, M. A., (2006) "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü", *TBB Dergisi*, Sayı: 66, 2006, s. 123.

¹¹¹ Apostolidi ve diğerleri/Türkiye, Fokas/Türkiye, Nacaryan ve Deryan/Türkiye kararları.

¹¹² Poroy, M. A., (2006) "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü", *TBB Dergisi*, Sayı: 66, 2006, s. 123.

yetleri bulunmamaktadır. AİHM'ye göre bir tüzel kişi "*bizzat kendisinin*" mağdur olduğunu iddia edemediği durumlarda üyesi adına dava açamaz.¹¹³

Sözleşme'nin 34. maddesine göre ancak hükümet dışı kuruluşların Sözleşme kapsamında dava açma hakkı bulunduğu için kamu tüzel kişilerinin kendi devletleri aleyhine dava açma ehliyetleri bulunmadığı¹¹⁴ ve Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetlerinde bulunan malları kapsamadığı kabul edilmektedir.

1.3.3. Müdahalenin Kimden Geldiğine Göre

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, mülkiyet hakkına sadece devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılan müdahaleleri kapsamaktadır. Özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar mülkiyet hakkı kapsamında değildir. AİHM, özel hukuk kişileri arasında çıkan uyuşmazlık sonucu açılan Gustafsson/İsveç davasında; mülkiyet hakkına kamu otoriteleri tarafından yapılmış herhangi bir müdahale olmadığı durumlarda devletin serbest piyasa şartları altında özel kişilerin davranışlarına müdahale etmemesinden doğan yan etkilerin Ek 1. Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Devletin mülkiyet hakkı karşısındaki konumu ise negatif ve pozitif yükümlülükler olmak üzere iki başlık altında incelenebilir.

1.3.3.1. Devletin Negatif Yükümlülükleri

Eğer pozitif hak/negatif hak ayrımı yapılır ise mülkiyet hakkı negatif haklar kapsamında kalmaktadır. Bir başka anlatımla, mülkiyet hakkı devletin müdahale etmemesi gereken haklar statüsündedir. Ek

¹¹³ 16.05.1985 tarihli Norris/Almanya kararı, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=176>.

¹¹⁴ AİHM Rothenthurm Commune/İsveç kararında "Belediye gibi yerel bir yönetim, hükümet dışı bir örgüt ya da bir kişi topluluğu/grubu olmadığı için, bir başvuruda bulunma yetkisine/ sıfatına sahip değildir" şeklinde karar vermiştir. Poroy, M.A. (2006) "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü", *TBB Dergisi*, Sayı: 66, 2006, s. 123.

1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin temel hedefi de bireyi devlet tarafından mal ve mülküne yapılacak olan haksız müdahaleler karşısında korumaktır.¹¹⁵ Dolayısıyla, devletin mülkiyet hakkının korunmasındaki rolünün negatif olması gerektiği söylenebilir.

Negatif yükümlülük, devlete yasaların izin verdiği haller dışında mülkiyet hakkına müdahale etmeme görevi yüklemektedir. Bu anlamda devlet mülkiyet hakkına haksız müdahalede bulunmamakla yükümlüdür.

1.3.3.2. Devletin Pozitif Yükümlülükleri

AİHM, devletin mülkiyet hakkına karşı tutumunun genellikle negatif olması gerektiğini kabul etmekle beraber, bazı durumlarda mülkiyet hakkının korunması bakımından devletin pozitif yükümlülükleri de olabileceğini ifade etmektedir.

Örneğin Hazine arazisi üzerindeki gecekonduları, taşınmaz yakınlarında bulunan çöplüğün gaz sıkışması nedeni ile patlaması sonucu yıkılan başvuru sahiplerinin devletin bir müdahalesinden değil, tam aksine bazı olaylara kayıtsız kalmasından ve alması gereken önlemleri almamasından şikayetçi oldukları Öner Yıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında Mahkeme, bazı fiili durumlara devletin kayıtsız kalmasının, bir başka anlatımla alması gereken önlemleri almamasının mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelip gelmeyeceğini tartışmak zorunda kalmıştır.

Mahkemeye göre; Sözleşme'nin temel hedefi kişiyi kamu otoritelerinin keyfi kayıtsızlığına karşı korumaksa, mülkiyet hakkının korunmasının ayrılmaz bir gereği olarak devletin pozitif yükümlülüklerinin de bulunması gerekir. Bunun doğal bir sonucu olarak; eğer kişinin otoritelerden yasal olarak bekleyebileceği tedbirler ile bu kişinin mülkiyet hakkını kullanması arasında doğrudan bir ilişki olduğu kabul edilir ise devletin mülkiyet hakkını korumak için bazı yükümlülüklerini yerine getirmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.

¹¹⁵ Grgiç ve diğerleri, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı", Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No:10, 2007, s. 9.

Mahkeme, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi ile korunan mülkiyet hakkının korunmasında devletin yükümlülüklerinin sadece “*kayıtsız kalmakla*” ya da müdahale etmemekle sınırlandırılmayacağını vurgulamıştır. Mülkiyet hakkının korunması gerektirdiğinde devletin pozitif koruma tedbirleri de alması gerekebilir.

1.3.3.2.1. Pozitif Yükümlülük Nedir?

Devletlerin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri bulunabileceğini ifade etmesine rağmen AİHM, pozitif yükümlülük kavramının tanımını yapmamıştır.

Bilindiği üzere devletlerin devletin bir hak karşısında takınabileceği dört pozisyon bulunmaktadır. Tanıma, dokunmama, koruma ve temin/tedarik olarak sıralanabilecek bu dört pozisyondan ilk ikisi negatif yükümlülükler, son ikisi ise pozitif yükümlülüklerdir.

AİHM tarafından Sözleşme'nin dinamik ve etkili bir biçimde yorumlanması sonucu geliştirilmiş olan bu kavramın amacı, Sözleşme'nin etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altına aldığı haklara etkililik kazandırmak¹¹⁶ ve Sözleşme ile korunan hakların etkin şekilde kullanılabilmesini sağlamaktır.

AİHM tarafından ilk kez 1968 tarihli Belçika Dil Davası'ndan kullanılan pozitif yükümlülük kavramı, devletin mülkiyet hakkını korumak için bir edimde bulunmasını gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle, devletlerin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili olarak aktif tedbirler alma yükümlülüğüne pozitif yükümlülük denmektedir.

Yargıç Martens, Gul/Swirzerland kararında yazdığı karşı oyda pozitif yükümlülüğü “*taraf devletlerin harekete geçmesi gereken durumlar*” olarak tanımlamıştır.¹¹⁷ Pozitif yükümlülük kavramı bu şekilde taraf devletlerin aktif tavır almasını gerektiren bütün durumları ifade

¹¹⁶ Kocabaş, S., (2009) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Devletlere Yüklemediği Pozitif Yükümlülükler”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 2.

¹¹⁷ Çoban A. R., (2008) “Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2008, C:57, Sayı: 3, s. 206.

edecek şekilde tanımlanınca mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülükler; üçüncü kişilerden ya da dışarıdan gelecek tehlikelere karşı mülkü koruma, bunun için gereken tedbirleri alma, mülkiyetin kullanımı için uygun koşullar sağlama gibi çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir.

Pozitif yükümlülükler Öner Yıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında AİHM Büyük Dairesi tarafından verilen 30.11.2004 tarihli kararda “*esas yönünden yükümlülükler*” ve “*usul yönünden yükümlülükler*” olmak üzere iki kısımda değerlendirilmiştir.

Buna göre; Sözleşme’de güvence altına alınan hakları korumak için oluşturulması gereken yasal ve idari çerçeve (mevzuat) devletin esas yönünden yükümlülüğüdür. Esas yönünden yükümlülükler korunan hakkın özellikleri de dikkate alınmak suretiyle hakkı korumak için gerekli pratik tedbirleri içermelidir. Ayrıca bu düzenlemeler, bir faaliyetin işleyişindeki kusurları ve çeşitli düzeylerde görevliler tarafından yapılan hataları ortaya çıkarmak için gerekli usulleri de getirmelidir.

Buna karşılık bu yasal ve idari çerçevenin etkili şekilde uygulanmasına yönelik yükümlülükler ise usul yönünden yükümlülük kategorisine girmektedir. Örneğin mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale olduğunda bu müdahalenin önlenmesi veya sonlandırılması için gerekli idari ve yargısal sürecin etkin şekilde işletilmesi zorunludur.

Devletin usul yönünden pozitif yükümlülükleri sadece devlet tarafından kişilerin mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin önlenmesi ile sınırlı değildir. Özel hukuk kişileri tarafından birbirlerinin mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin önlenmesi açısından da büyük önem taşımaktadır.

1.3.3.2.2. Pozitif Yükümlülüklerde Takdir Hakkı

Mahkeme, mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerde kamu yararı konusunda Sözleşme’ye taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu ifade etmektedir. Bu takdir hakkı aynı zamanda pozitif yükümlülüklerin ne şekilde yerine getirileceğini, hangi düzenlemelerin yapılacağı konusunu da kapsamaktadır.

Örneğin, Mahkeme Öneriyıldız ve diğeleri/Türkiye davasında verdiği kararda sosyal, ekonomik ve şehirciliğe ilişkin sorunların nasıl çözüleceği konusunda kendi görüşlerini ulusal makamların görüşlerinin yerine koymanın kendi görevi olmadığını hatırlatmış ve ulusal makamların öncelikleri ve kaynakların nasıl kullanılacağını belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiştir.

Ancak Mahkeme, bir hakka yapılacak müdahalelerde alınması gereken pozitif tedbirleri belirleme yetkisini ulusal makamlara bırakmakla birlikte bu tedbirlerin çerçevesini çizmekten de geri kalmamıştır.

Mahkeme'ye göre devletlerin bir hakkın korunması ile ilgili iki temel pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi hukuki tedbir alma ödevidir ki bu ödevler yukarıda bahsedilen "*esas yönünden yükümlülükler*" kapsamına girmektedir. İkinci olarak devletler, pratik ve operasyonel tedbirler almak durumundadırlar,¹¹⁸ bu tedbirler ise "*usul yönünden yükümlülükler*" kapsamına girmektedir.

¹¹⁸ Kocabaş, S., (2009) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlülükler", Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 40.