



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA
MAHKEMESİ KARARLARI KAPSAMINDA
MÜLKİYET HAKKI VE KAMULAŞTIRMA**

Merve GÜNEŞ

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2022

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA
MAHKEMESİ KARARLARI KAPSAMINDA
MÜLKİYET HAKKI VE KAMULAŞTIRMA**

Merve GÜNEŞ

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2022

KABUL VE ONAY

Merve Güneş tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Kapsamında Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırma başlıklı bu çalışma, 13.05.2022 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Hasan TAHSİN FENDOĞLU (Başkan)

Prof. Dr. Hasan TAHSİN FENDOĞLU (Danışman)

Dr. Öğr. Üyesi Abdulsamet GÜLLER (Üye)

Dr. Öğr. Üyesi Merve ÜNAL AÇIKGÖZ (Üye)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

Prof.Dr. Uğur ÖMÜRGÖNÜLŞEN

Enstitü Müdürü

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan “**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**” kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. ⁽¹⁾
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ay ertelenmiştir. ⁽²⁾
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. ⁽³⁾

...../...../.....

[İmza]

Merve Güneş

“*Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge*”

Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.

Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.

*Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.*

Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

** Tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu tarafından karar verilir.*

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, grsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında zgn olduğunu, **Prof. Dr. Hasan TAHSİN FENDOĞLU** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

[İmza]

MERVE GÜNEŞ

ÖZET

GÜNEŞ Merve, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Kapsamında Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırma, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022.*

Temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkı zaman içerisinde farklı formlarda ortaya çıkmış ve dinamikliğini daima korumuştur. Günümüzde sosyal devlet anlayışının etkisiyle mülkiyet hakkı sınırlanabilir bir hak olarak kabul edilmektedir. Kamulaştırma işlemi ise bu hakka müdahale yollardan biridir. Ancak özel mülkiyet hakkına verilen önem de devam etmektedir. Nitekim anayasal düzeyde güvencesi olan mülkiyet hakkına müdahale biçimlerinden Kamulaştırma da yine Anayasada düzenlenmiştir.

Bu bağlamda mülkiyet hakkı düzenlemesi ulusal ve uluslararası düzenlemelerde sınırlanabilir bir temel hak olarak yer almıştır. Söz konusu form elbette ki belirli bir sürecin sonucu olarak olgunlaşmıştır. Ancak özel mülkiyet ile bu hakka müdahale biçimlerinden Kamulaştırma, hala yargı organlarının sıklıkla incelediği bir konudur. Dolayısıyla güncelliği devam etmekte ve mülkiyet hakkı ile hakka müdahale arasında adil denge gözetmek üzere, yargı organlarınca da geliştirilen ölçütler oluşmaktadır. Sonuç olarak çalışmanın konusu ve sorununu; mülkiyet hakkının varlığı, hakkın kapsamının gelişimi, sosyal devlet formundaki kamulaştırma işleminin meşruiyet koşulları ve buna ilişkin düzenlemeler ile yargı organlarının kararları oluşturmaktadır.

Anahtar Sözcükler

Mülkiyet Hakkı, Kamulaştırma, Türk Anayasa Mahkemesi Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

ABSTRACT

GÜNEŞ Merve, *Right To Property And Expropriation Within The Decisions Of The European Court Of Human Rights And The Constitutional Court of Turkey, Master Thesis, Ankara 2022.*

The right to property, which is a fundamental human right, has emerged in different forms over time and has always maintained its dynamism. Today, with the effect of the social state understanding, the right to property is accepted as a limitable right. Expropriation is one of the ways to interfere with this right. However, the importance given to the right to private property continues. As a matter of fact, expropriation, which is one of the forms of interference with the right to property, which is guaranteed at the constitutional level, is also regulated in the Constitution.

In this context, the right to property regulation has been included as a limited fundamental right in national and international regulations. Of course, the form in question has matured as a result of a certain process. However, expropriation, which is one of the forms of interference with private property, and the right to property is still a subject frequently examined by the judicial organs. Therefore, it continues to be up-to-date and criteria developed by the judicial organs are formed in order to maintain a fair balance between the right to property and the interference with the right. As a result, the subject and problem of the work; The existence of the right to property, the development of the scope of the right, the legitimacy conditions of the expropriation in the form of a social state and related regulations and the decisions of the judicial organs.

Keywords

Right to Property, Expropriation, The Turkish Constitutional Court Decisions, The European Court of Human Rights Decisions

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI	ii
ETİK BEYAN	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	x
ÖNSÖZ	xi
GİRİŞ	1
1.BÖLÜM: MÜLKİYET HAKKI	3
1.1. MÜLKİYET KAVRAMI	3
1.2. HAK OLARAK MÜLKİYET	5
1.2.1. Genel Olarak.....	5
1.2.2. Sistem Farklılarıyla Birlikte Mülkiyet Hakkının Tarihsel Süreci	9
1.2.2.1. Semavi Dinlerde Mülkiyet Hakkı.....	13
1.2.2.1.1. Yahudilik ve Mülkiyet Hakkı	14
1.2.2.1.2. Hristiyanlık ve Mülkiyet Hakkı	16
1.2.2.1.3. İslam ve Mülkiyet Hakkı	17
1.2.2.2. Ekonomik Sistemlerde Mülkiyet Hakkı	19
1.2.2.2.1. Liberal Yaklaşım (Klasik Sistem).....	20
1.2.2.2.2. Marksist Yaklaşım	21
1.2.2.2.3. Sosyal Devlet Anlayışı.....	23
1.3. MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI	25
1.4. MİRAS HAKKI	29
2.BÖLÜM: MÜLKİYET HAKKININ GÜVENCESİ OLARAK SINIRLANDIRMA REJİMLERİ	34

2.1. MÜLKİYET HAKKININ ULUSLARARASI HUKUK TARAFINDAN KORUNMASI	34
2.1.1. Virginia Haklar Beyannamesi	35
2.1.2. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi	35
2.1.3. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	36
2.1.4. İslam İşbirliği Teşkilatı İnsan Hakları Bildirgesi (Kahire Bildirgesi).....	37
2.1.5. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi	38
2.1.6. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi	38
2.1.7. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	39
2.1.7.1. Kişi Kapsamı	41
2.1.7.2. AİHS Ek 1 Numaralı Protokolün İç Hukuka Etkisi	43
2.1.7.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkı Yorumu	46
2.2. AİHS’TE MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI	49
2.2.1. AİHS’te Mülkiyet Hakkının İncelenmesi Sistemi: Üç Kural Prensipleri.....	50
2.2.1.1. Mal ve Mülk Dokunulmazlığı İlkesinin İhlali	51
2.2.1.2. Mal ve Mülkten Yoksun Bırakma Prensipleri	53
2.2.1.3. Mülkiyetin Kullanımını Kontrolü.....	55
2.2.2. AİHM’e Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalelerin Meşruiyeti İçin Gerekli Koşullar	57
2.2.2.1. Hukukilik	57
2.2.2.2. Meşru Amaç: Kamu Yararı	60
2.2.2.3. Ölçülülük-Adil Denge	62
2.3. TÜRK HUKUKU’NDA MÜLKİYET HAKKININ GÜVENCESİ	68
2.3.1. Genel Olarak.....	68
2.3.2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında Mülkiyet Hakkı.....	69
2.3.2.1. 1876 ve 1921 Anayasası	69
2.3.2.2. 1924 Anayasası	70
2.3.2.3. 1961 Anayasası	71
2.3.2.4. 1982 Anayasası.....	74
2.4. ULUSAL SINIRLAMA REJİMİ.....	77

2.4.1.Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması Sistemi (Olağan Dönem) ve Sınırlandırmanın Koşulları	78
2.4.1.1.Kanunla Sınırlama (Hukukilik)	79
2.4.1.2. Meşru Amaca Dayanma-Kamu Yararı	81
2.4.1.3. Sınırlamanın Sınırı: Mülkiyet Hakkını Sınırlamanın 13. Madde Kapsamında Sınırı	87
2.4.1.3.1. Hakkın Özü - Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere	87
2.4.1.3.2.Anayasada Belirtilen Sebeplere Dayanma	90
2.4.1.3.3. Laik Cumhuriyetin Gereklere Uygunluk	91
2.4.1.3.4. Anayasasının Sözüne ve Ruhuna Uygunluk	92
2.4.1.3.5. Ölçülülük İlkesi.....	92
2.4.2. Olağanüstü Dönem Sınırlandırma Koşulları-Savaş, Olağanüstü Hal	96
3. BÖLÜM: KAMULAŞTIRMA VE MÜLKİYET HAKKI İLİŞKİSİ.....	99
3.1. KAMULAŞTIRMA.....	99
3.2. KAMULAŞTIRMANIN TARİHSEL SÜRECİ	100
3.3. KAMULAŞTIRMANIN ANAYASAL ÇERÇEVESİ.....	103
3.4. KAMULAŞTIRMANIN İLKELERİ	105
3.4.1. Kanunla Gösterilen Usul ve Esaslara Göre Yapılması.....	105
3.4.2. Devlet ve Kamu Tüzel Kişilerince Yapılabilmesi.....	106
3.4.3. Kamu Yararının Bulunması.....	107
3.4.4. Gerçek Karşılık Bedelin Nakden ve Peşin Olarak Ödenmesi	109
3.4.4.1. Taksitle Ödeme	114
3.4.4.2. Para Dışında Ödeme	115
3.4.5. Özel Kişilerin Taşınmazı ve Kaynakları Kamulaştırılabilir	115
3.5. KAMULAŞTIRMANIN AŞAMALARI.....	116
3.5.1. İdari Aşama	116
3.5.1.1. Yeterli Ödenek Sağlanması Zorunluluğu	116
3.5.1.2. Kamu Yararı Kararının Alınması ve Onaylanması	117
3.5.1.3. Taşınmazın Belirlenmesi ve Tapu Siciline Şerh.....	117
3.5.1.4. Kamulaştırma Kararının Alınması.....	118

3.5.1.5. Satın Alma Usulünün Başvurulmuş Olması	118
3.5.2. Yargısal Aşama	119
3.5.2.1. Adli Yargı	119
3.5.2.2. İdari Yargı.....	122
3.5.3. Kamulaştırmadan Vazgeçme - Geri Alma Hakkı.....	122
3.5.3.1.Kamulaştırmadan Vazgeçme	122
3.5.2.2. Geri Alma Hakkı.....	124
3.6. İDARENİN DİĞER BENZER MAL EDİNME YÖNTEMLERİ	125
3.6.1. İstimval	125
3.6.2. Devletleştirme	126
3.6.3. Geçici İşgal.....	127
3.6.4. Kamulaştırmasız El Atma	128
SONUÇ.....	130
KAYNAKÇA	139
EK 1. ORİJİNALLİK RAPORU.....	161
EK 2. ETİK KURUL MUAFİYET FORMU.....	162

KISALTMALAR

Akt.	: Aktaran
Ame İHS.	: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	: Anayasa
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
B. No.	: Başvuru Numarası
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
Edt.	: Editör
AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
İÜHF.M.	: İstanbul Üniversite Hukuk Fakültesi Mecmuası
İHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
in.	: İçinde
m.	: Madde
K.	: Karar
para.	: Paragraf
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
Sbf.	: Siyasal Bilgiler Fakültesi

ÖNSÖZ

Öncelikle akademik hayatımın başlangıcı sayılacak yüksek lisans sürecimin ve tez aşamamın her noktasında sabır gösteren, destek veren, ufkumu açan Danışman Hocam Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu'na daima müteşekkirim, hakkını ödeyemem. Ortada bir başarı var ise, bu tezi satır satır iyileştiren, eleştiren, Dr. Öğr. Üyesi Abdülsamet Güller'e, anlayışlı ve yapıcı tavrı ile ufkumu açtığı için; Dr. Öğr. Üyesi Merve Ünal Açıkgöz'e, açık kapısı, yol göstericiliği ve fevkaledede motivasyon desteği ile beraber tez için önerileri için sonsuz şükranlarımı sunuyorum.

Kendi adıma mütevazı bir ilerleme saydığım bu süreç için, çokça katkı sağlayan; dersini aldığım hocalarıma, eserlerinden yararlandığım, zihnimin kilitlerini açmamı sağlayan tüm müelliflere bilvesile teşekkür ederim.

İlaveten; Av. Betül Karakaya Güngör, Av. Tansu Canatar ve Öğretmen Ebru Turan Akdoğan'ın bu tez sürecinde zorlandığım her bir adımdaki yoldaşlıklarına, desteklerine ve varlıklarına paha biçilemezdi, onlara ne kadar teşekkür etsem az kalır. Bu yolda dostluklarıyla her daim beni yüreklendiren, tereddüt ettiğim her bir anda tekrar tekrar ayağa kaldıran çok değerli Av. İlkay Ateşel, Av. Merve Yıldız, Av. Rukiye Bilir, Av. Selim Kirpitçi ve Av. Sultan Ceylan Bostancı'ya minnettirim, çok teşekkür ederim. Öte yandan beni ben yapan bu zamana kadarki tüm süreçte; birlikte öğrendiğim, paylaştığım, güzelliklerine şahit ve ortak olduğum sevgili dostlarım hepimiz iyi ki vardınız, var olunuz.

Son olarak bu tezin ortaya çıkmasında bana karşı gösterdiği sabır, güven ve motivasyon desteği ile birlikte tüm varlığıyla beni daha iyi, daha güçlü biri yapan anneme, varlıklarıyla ve destekleriyle daima güven veren kardeşime ve babama sonsuz teşekkür ederim.

Dünya her ihtimale teşne iken iyinin, iyiliğın ve gayretin erdemini öğreterek yolunu aydınlatan sevgili ailem; bu çalışma ancak size ithaf olabilir. Zira her şey sayenizde kolaydı. Daima gayretle ve iyilikle...

GİRİŞ

Mülkiyet ve mülkiyet hakkı ile başlayan çalışmada, mülkiyetin kavramsal içeriğinin belirlenmesinin ardından hak olarak mülkiyetin değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

Mülkiyet hakkının tarihsel süreci ve mülkiyet hakkına bakış açıları incelenerek, hakkın tarihsel planının günümüzde kabul edilen sistem üzerindeki etkisi irdelenecektir. Akabinde mülkiyet hakkının ulusal ve uluslararası düzlemdeki düzenlemeleri ve bununla birlikte kabul edilen sınırlandırılma ölçütlerinin incelenmesi gerekecektir. Mülkiyet hakkının sınırlandırılma sebebi olarak kabul edilen Kamulaştırma işleminin, mülkiyet hakkı ile ilişkisi ise hakkın sınırlama boyutlarından birini teşkil etmektedir. Bu konuda kamulaştırma işlemi ile kesişen/karıştırılan kamulaştırmaz el atma, acele kamulaştırma gibi idarenin başkaca tasarruflarının mülkiyet hakkı kapsamında kamulaştırma işlemi ile karşılaştırması da yapılmaya çalışılacak ve kamulaştırmanın mülkiyet hakkına müdahalesine ilişkin ayırt ediciliği ortaya konmaya çalışılacaktır.

Mülkiyet hakkı anayasal güvencesi olan temel hak ve hürriyetlerden biridir. Anayasanın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının sınırlama ölçütleri yine aynı maddede belirtilmiştir. Mülkiyet hakkına müdahalenin meşruluğu ancak kamu yararına uygun olmasına ve kanunla sınırlandırılabilmesine bağlıdır. Ayrıca Anayasanın 13. maddesi gereğince temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin uyulması gereken başkaca sınırlamalar mevcuttur. Tüm bu ölçütler dikkate alınarak mülkiyet hakkına müdahalenin sınırları belirlenmeye çalışılacaktır.

Ulusal güvencesinin yanı sıra mülkiyet hakkı taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de yer almıştır. Bu bağlamda mülkiyet hakkının sınırlandırılması bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uyguladığı ölçütler ortaya konulacak, ardından uluslararası ilkelerin ulusal hukuktaki ve yargıdaki uygulamalarının tezahürüne değinilecektir. Ayrıca bu hakkın kullanımıyla ilgili incelenen yargı kararları ile zaman içerisinde mülkiyet hakkına ilişkin ne tür ölçütler geliştirildiği ve tarihsel gelişimi gözlemlenmeye çalışılacaktır.

AİHS'e taraf olan ülkelerden biri olarak mülkiyet hakkının ihlali en yüksek ihlallerden birini oluşturmaktadır. İhlalin kamulaştırmaya ilişkin kısmı ise, kalabalık şehirleşme ile beraber kamu hizmetine ihtiyacın da artması bakımından, büyük bir kısmını oluşturmaya teşnedir. Mülkiyet hakkı, AİHS Ek 1 nolu Protokülün 1. maddesinde düzenlenmiş ve AİHM içtihatlarıyla da zamana göre hakkın kapsamı ile ilgili cevap aranmakta ve belirlenmektedir.

Bu kapsamda kamu yararı ile bireysel yararın koşullara göre nasıl öncelendiği ve kamu yararı koşulu ile mülkiyet hakkına müdahalenin hukuki boyutu incelenecektir. AYM ve AİHM'in mülkiyet hakkını değerlendirme biçimi, mülkiyet hakkını sınırlama ölçütlerinin ulusal ve uluslararası boyutta ne şekilde olduğu ve nihai olarak kamulaştırma yoluyla mülkiyet hakkına müdahaleye bakış açısı incelenmeye çalışılmıştır.

Mülkiyet hakkı, disiplinler arası geçişin daha mümkün olduğu insan haklarına dahil bir haktır. Bu bakımdan mülkiyet hakkının her ne kadar kamu ve özel hukuk olarak iki yönlü niteliği olsa da burada anayasal güvencesi olan ve uluslararası sözleşmelerle de garanti altına alınmış, kamu hukukunu ilgilendiren yönüyle mülkiyet hakkını inceleyeceğiz. İlaveten kamulaştırmanın idari kısmının genişliği ile birlikte adli kısmının da mevcudiyeti göz önüne alındığında, konuyu anayasal yönden inceleme bağlamından koparmamak adına idari ve adli kısımlarda detaya inmekten kasdi olarak imtina edilmiştir.

Sonuç olarak bu çalışma; üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, mülkiyet hakkının gelişimi ve kapsamı; ikinci bölümde, mülkiyet hakkının ulusal ve uluslararası düzeyde, konumuz özeli ile sınırlı olmak adına AİHS, korunma ve sınırlandırma biçimi ve son bölümde hakka müdahale biçimlerinden kamulaştırmanın mülkiyet hakkı ile ilişkisi incelenmeye çalışılmıştır.

1. BÖLÜM: MÜLKİYET HAKKI

1.1. MÜLKİYET KAVRAMI

Arapça “mulk” kelimesinden neşet eden¹ mülkiyetin sözlük anlamı “*sahiplik*” olup, mana olarak “*kendisinin olan bir şeyi yasa çerçevesi içinde dilediği gibi kullanabilme hakkını taşıma durumu*” olarak karşılık bulmaktadır.²

Mülkiyet kavramının ekonomi, siyaset ve felsefede çeşitli izahları yapılmış ve bu alanların önemli konu başlıklarından biri olmuştur. Dolayısıyla kavram salt hukuki bir meseleden ibaret değildir. Toplumun varlığıyla beraber gelenekselleşen ve bu kurumsallaşmış yapısına rağmen daima gelişim gösteren iktisadi, sosyal ve ahlaki yönleri bulunan çok yönlü bir dinamiktir.³ Ancak burada ele alınacak yönü hukukidir. Genel olarak “*mülkiyet, malik ile sahip olmaya elverişli her çeşit şey arası ilişki*”⁴ olarak tanımlansa da kavramdan ne anlaşılması gerektiği bu disiplinde de hiçbir zaman tam olarak saptanamamış, kavramın genel bir tanımı yapılamamıştır. Nedeni ise mülkiyet kavramının statik olmamasından ileri gelmektedir.⁵

Mülkiyet, toplumsal devinim ve gereksinime bağlı olarak ayrıca o anki mevcut politik duruşa göre hukuksal konumu belirlenen bir kavramdır.⁶ Nitekim birden çok veçhesi bulunan bu kavramın, çok yönlü etki alanı olarak ekonomi, siyaset, toplum denkleminde tarihsel süreç içinde farklı hukuksal formları ortaya çıkmıştır.

¹Adnan GÜRİZ, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu*, 2. Baskı, Siyasal Kitabevi. Ankara, 2018, s. XI.

²Türk Dil Kurumu, Erişim Tarihi, 10.11.2020.

³Fikret Eren, “Mülkiyet Kavramı”, *A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Ankara, 1974, s. 765-795

⁴Esin Özü, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 6

⁵Rona Serozan, “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, *Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan I, Fakülteler Matbaası*, İstanbul 1982, s. 240

⁶Sadullah Özel, *Mülkiyet Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı, Yekin Yayınları*, Ankara, 2013., Güriz, a.g.e., s. 332.

Mülkiyet için Türk Hukuku'na bakıldığında, bu kavram ne Anayasada ne Türk Medeni Kanunu'nda ne de Mecellede tanımlanmadığı görülmektedir.⁷ Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesi ise tanımdan azade mülkiyet hakkının içeriğine ilişkindir.⁸ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de de, “*Mülk insanın malik olduğu şeydir, gerek ayan olsun gerek menafi olsun*” şeklinde mülkiyetin değil mülkün tanımı yapılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de mülk tanımını yapmaktan kaçınarak, mülkiyet hakkının ucunu açık bırakmış ve bu durum da kapsam itibarıyla geniş yorumlanmasına olanak sağlamıştır.⁹ Mülkiyetin karşılığı olarak AİHS'in İngilizce dilinde “property”, Fransızca dilinde ise “biens” olarak geçen sözcükler de esasında anlamsal eşitliği sağlamamaktadır¹⁰, bununla birlikte AİHM sözleşmedeki kavramlar arasında bütünlük oluşturmayı çalışmaktadır.¹¹

Bundan sonraki aşamada, mülkiyetin hak olarak değerlendirilmesi ile ulusal ve uluslararası yargı organlarının mal ve mülk içeriği olarak mülkiyet hakkının kapsamı ve bu hakkın ihlallerine değinilecektir.

⁷Mülkiyet kavramına ilişkin de Yargıtay HGK'nın 03.02.2010 tarihi 2010/4E. 2010/56K. sayılı detaylı kararı da mülkiyet kavramının tanımının yapılmadığına atıf yapmış ve Medeni Kanun'un hakka ilişkin genel bir çerçeve çizerek kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisini belirttiğini, hakkın muhtevasını ise kamu hukukuna bıraktığını ifade etmiştir. Ayrıca bkz: Yargıtay 1. HD. 03.03.2015 tarih 2014/21791E. 2015/3213K., YHGK 17.03.2013 tarih 2013/1080E. 2013/1068K., 19.09.2012 tarih, 2012/344E. 2012/585K., 17.03.2013 tarih 2013/1080E. 2013/1068K., 19.09.2012 tarih 2012/344E. 2012/585K.

⁸TMK md 683: *Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*

⁹Oya Boyar, “Mülkiyet Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Avrupa Konseyi, Editör, Sibel İnceoğlu, Ankara, 2013, s. 499

¹⁰H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 8

¹¹Anlamlar arasında başdaştırıcı (reconcile) yaklaşım ile bütünlük sağlamaya ilişkin bkz: Sunday Times/Bileşik Krallık, B. No: 6538/74, 26.04.1979, para. 48: “*Hukuk yaratan bir andlaşmanın güvenilirlik bakımından eşit, fakat tamamıyla aynı olmayan metinleri ile karşılaşan Mahkeme, bunları mümkün olduğu kadar ‘uzlaştırıcı’ ve Sözleşmenin gayesini kavramaya ve amacını gerçekleştirneye en uygun tarzda yorumlamalıdır*”. Mahkemenin atıf yaptığı bir diğer karar da: Wemhoff/Almanya, B. No: 2122/64, 27.06.1968., para.53.

1.2. HAK OLARAK MÜLKİYET

1.2.1. Genel Olarak

Hak sözlük anlamı olarak “*hukuken korunan menfaat; adalet, insaf, hakkaniyet, kişilere tanınan yetki; davranış özgürlüğü, edinebilme, sahiplik, ileri sürebilme yetkisi, yasaca tanınan ayrıcalık*” olarak geçmektedir.¹²

Hakkı genel kabul görmüş tanımdan yola çıkarak yetki bağlamında ele aldığımızda çoğulu hukuk olur. Bu durumda hakkın zıddı “ödev”e karşılık gelmektedir. Nitekim toplumsal ilişkilerimizin bir ucu hak iken, diğer ucunu ödevler oluşturmaktadır.¹³

Ancak hakkın kabul gören tanımı ve tanımından yola çıkan sonuçla birlikte hakkın özgürlük kavramı ile kesişimi de dikkate alınmalıdır. Zira özgürlük; felsefe ve sosyoloji alanlarına ilişkin bir kavram olsa da, varılan noktada kişi haklarının¹⁴ arka planını, bir başka deyişle çıkış noktasını oluşturmaktadır. Her ne kadar özgürlük ve hak kavramı iç içe geçmiş ise de; özgürlük, hakkın muhtevasına dahildir. Zira hakkın içeriği, 19. yüzyılın son yarısından sonra ekonomik ve sosyal hakların yaygınlaşmaya başlamasıyla birlikte genişleyerek; özgürlük, yasaklama ve yararlanma durumlarını içeren hale bürünmüştür.¹⁵

Hakkın doğumu, doğal hukukçular tarafından hakların temeli olarak kabul edilen özgürlüğe dayanırken, pozitivist hukukçular hakkın doğumunu normatif yaklaşım ile hukuk normuna dayandırmıştır.¹⁶ Bu bağlamda, bir pozitif hukuk yaklaşımı olarak yasal güvencesi olan insan hakları için “kamu hürriyetleri”¹⁷ tabiri kullanılmıştır. Yine pozitivist yaklaşımdan yola çıkarak bireylerin temel haklara ilişkin güvence sistemlerinin

¹²Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

¹³Hasan Tahsin Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 307.

¹⁴Hasan Tahsin Fendoğlu, *Milenyum Türkiye'sinde İnsan Hakları ve AB Konusundaki Açılımlar*, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Yayınları, Ankara 2007, s. 17

¹⁵Muzaffer SENCER, “Hak ve Özgürlük Kavramı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Todaie Y., Ankara, 1992, C. 14, s. 3.

¹⁶Hasan Tahsin Fendoğlu, *Hukuk Tarihimizde Temel Haklar*, Mimoza y. Konya, 1994, s. 32.

¹⁷Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 2. Bası, Ankara, 1968, s. 14

oluşturulmasında, istemedikleri durumların kanun için yol gösterici olduğu belirtilmektedir.¹⁸

İnsan haklarının ekseriyetle kabul görmüş tanımı ise, “*insanın insan olmaktan kaynaklanan hakları*”nı ifade eder.¹⁹ Esasında tabii hukuka dayanan bu görüş; zamanla sınırlanamayan, varlığı devletten öncesine dayanan, hiçbir tasarrufun ve geleneğin onu yok edemeyeceği devredilmez, vazgeçilmez, her döneme hitap eden kutsallık atfedilmiş evrensel nitelikli mutlak haklardır.²⁰ Dolayısıyla anayasal düzeyde güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın insan onurunun gerektirdiği tüm hakları ifade eder.²¹

Tabii hukukun, insan haklarının varlığına ilişkin yaklaşımından farklı olarak, somut ve ahlaki tartışmaya girmeksizin pozitivist yaklaşımın insan hakları tanımı, devlet ile birey arasında bireyin haklarını güçlendirmek adına anayasal güvence tanınmasına meşruiyet sağlayan haklardır.²²

İnsan haklarının, insan onuru ile açıklanması onu daha iyi çözümlenemize fayda sağlayacaktır. İnsanın kendisine verdiği değer (haysiyet) ve toplumun ona verdiği değer (şeref/itibar) dışında onlardan bağımsız olarak, soyut insanın doğuştan taşıdığı/sahip olduğu değerler insan haklarının temelini oluşturur ve asla yok olmaz, olamazlar.²³

İnsan hakları, 19. yüzyıl itibariyle tabii hukuk haricinde “*hukuki pozitivizm*”in de konusu haline gelerek bir anayasal koruma sistemine dahil olmaya başlamıştır. Ancak bu tabii hukukun her insan için geçerli olan haklarına zamansızlık ve mekansızlık atfettiği

¹⁸Douglas B. Rasmussen, “Haklar, Hukuk ve Ahlak”, çev: Mustafa Erdoğan, in. *Liberal Düşünce*, Sayı 36, Güz 2004, s. 285.

¹⁹Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019., s. 1; Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku Ders Notları*, Değişim y. İstanbul, 2004, s. 2; Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin y. Ankara, 1995. s. 19.

²⁰M. Semih Gemalmaz, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 22 vd. Karşı görüş için bkz. Akıllıoğlu, a.g.e., s. 56-57.

²¹Oktay Uygun, “*İnsan Hakları Kuramı*”, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2000, s. 16

²²Akıllıoğlu, a.g.e., s. 53.

²³Akıllıoğlu, a.g.e., s. 21

kutsallığı ortadan kaldırmamıştır.²⁴ Sadece salt siyasetin, felsefenin konusu olmasının haricinde pozitivist düzlemde güvenceye sahip olarak form değiştirmiştir.

Mülkiyet hakkı ise ulusal ve uluslararası güvencesi olan bir insan hakkıdır.²⁵ Toplumun var olduğu ilk zamandan itibaren kutsal ve dokunulmaz addedilmiştir.²⁶

Sürekli değişime uğrayarak toplum yapısında mülkiyete öncelikle felsefe, sonra iktisat bilimi müdahale etmiştir.²⁷ Esasında insan var olduğu ilk zamandan itibaren varlıklarının devamı için üretim tüketim döngüsüne dahil olmuştur. Bu döngü doğal olarak “benim”, “senin” yaklaşımını; bir başka deyişle mahfuz alan olarak mülkiyet kavramını ortaya çıkarmıştır. Ancak tarihsel süreçte ortak mülkiyet ve özel mülkiyet olarak farklı türleri varlık göstermiş, kimi zaman tartışma konusu olmuştur.²⁸ Çünkü mülkiyet müessesesi; ateş, DNA, atomun keşfi, ilmi metot gibi insanlık tarihindeki büyük keşiflerden biridir²⁹ ve kişilerin, toplumların, devletlerin tartışma, uzlaşma ve sistem meselesidir.

Mülkiyet hakkı, tabii hukuk kapsamında 19. yüzyıla kadar kişiliğe bağlı, kutsal ve dokunulmaz bir hak olarak kabul edilmişken, 20. yüzyıla gelindiğinde bu sınırsızlık özelliklerinden arındırılarak; hukuk tarafından tanınmış bir “yetkiler” ve “ödevler” bütününe doğru bir dönüşüm gerçekleşmiştir.³⁰

Mülkiyet hakkını diğer temel hak ve hürriyetlerden ayıran en önemli özelliklerinden birisi kavramın kısmen belirsizliğinden mütevellit bu hakkın içeriğinin hiçbir zaman tam olarak saptanamamasıdır. Zira mülkiyet hakkı içinde bulunduğu toplumun siyasi, sosyolojik ve

²⁴Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Meclis Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yay., No: 89, Ankara 2001, s.14;

²⁵Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, s. 742

²⁶Örücü, *Taşınmaz Mülkiyeti*, s. 8-9

²⁷Örücü, a.g.e., s. 10.

²⁸Elvin Dinler, Zeynep Çalışkan, “Mülkiyetin Tarihsel Gelişimi Üzerine Bir Deneme”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, S. 77, 2019, s. 421.

²⁹Veysel Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 57

³⁰Örücü, *Taşınmaz Mülkiyeti*, s. 16; Suat Şimşek, *Türk Hukukunda ve AİHS’ de Mülkiyet Hakkı*, Hermes Matbaacılık, Ankara, 2011, s. 1-2.

hukuki faktörlerinden etkilenmekte ve buna bağlı olarak sürekli değişim göstermektedir.³¹

Ancak yine de kapsamını anlamak için bir çerçeve belirlemek gerektiğinden, genel kabul gören bir tanım olarak; bir engel olmadıkça doğrudan kullanılabilen, hukuken yalnızca sahibine hukuksal tasarruf iktidarı ve yetkisi veren, herkese karşı ileri sürülebilen hakka mülkiyet diyebiliriz.³² Bu bağlamda mülkiyetin yasal bir dayanağı³³ olduğu kabul edilir ve konusunu mal, menfaat ve haklar oluşturur.³⁴

Türk hukukunda da mülkiyet hakkı³⁵ usus (kullanma, isti'mal), fruktus (yararlanma, istiğlal), abusus (tüketme, tasarruf) yetkilerini haizdir ve böylelikle sahibine en geniş yetkiler vermektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkı için “yetkiler demeti” tabiri kullanılmaktadır.³⁶

Anayasa Mahkemesi 21.06.1989 tarih E:1988/34, K:1989/26 sayılı kararında mülkiyet hakkını şu şekilde tanımlamıştır:

“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)...”³⁷

³¹Kürşat Akça, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, 2015, s. 545

³²Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, s. 742'den Kasani: Bedai, C. VII, Beyrut, 1974, 2.B. s. 128

³³Tabii hukuk anlayışındaki mülkiyet yaklaşımını karmaşık bularak kabul etmeyen *Bentham'ın mülkiyet anlayışına göre*: “Hukuk düzeni var olmadıkça, mülkiyetin varlığından güçlülük söz edilebilir. Mülkiyet ile hukuk birlikte doğarlar ve birlikte ortadan kalkarlar. Hukuk var olmadan önce mülkiyet yoktu. Hukukun ortadan kalkması, mülkiyetin de sonu demektir.” Adnan Güriz, a.g.e., s. 208'den Bentham, Jeremy. *The Limits of Jurisprudence Defined*, edited by Everett, C.W. Columbia University Press, 1945, p. 85., Örucü, a.g.e., s. 9'dan Cribbet, J.E., *Principles of the Law of Property*, Brooklyn 1962, s. 6.

Hukuk anlayışı pozitivist olan Karl Renner'e göre de mülkiyetin varlığı hukukça tanınmasına bağlıdır, Güriz, a.g.e., s. 335.

³⁴Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, s. 742

³⁵M. Kemal Oğuzman-Seliçi- Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012., s. 278.

³⁶Örucü, a.g.e., s. 9'dan Fienmann, W., *Law in*, s.95 ve Kahn-Freund, *Introduction to Renner, The Institutions of Private Law and theirahri demi Social Functions*, 1949 London, s. 19

³⁷Kararın devamı da mülkiyet hakkının dönüşümünü izah etmektedir: “Başlangıçta kişinin eşya üzerinde mutlak bir egemenliği demek olan ve kutsal olarak kabul edilen mülkiyet hakkı, çağımızda bu niteliğini yitirmiş, mutlak ve subjektif olarak düşünülen bu hak, mutlak olmayan bir duruma dönüşmüş ve sosyal işlevleriyle sınırlanmıştır. Taşınmazlar bakımından mülkiyet hakkı, belirli bir zamanda, devletin izin verdiği ölçüde, taşınmazdan olabildiğince yararlanma hakkıdır.”

Bu yaklaşım aslında mülkiyet hakkı için, Roma hukukundan beri çizilmiş çerçevedir. AİHS Ek 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesi kapsamında güvenceye sahip mülkiyet hakkını; AİHM de, *Marckx* davasında malikin mülkü üzerindeki tasarruf yetkisi üzerinden açıkladığı görülmektedir. Mahkeme, mezkur hakkın en temel unsurunun, tasarruf olduğunu belirtmiş³⁸ ve daha sonraki davalar için bu tanımlama referans olarak kullanılmaya devam etmiştir.

1.2.2. Sistem Farklılarıyla Birlikte Mülkiyet Hakkının Tarihsel Süreci

İnsanlığın başlangıcından itibaren mülkiyetin varlığı devam etse de mülkiyet hakkına yaklaşım tarihsel seyir içerisinde devamlı biçim değiştirmiştir. Bu değişimler temelde dini, siyasi, ekonomik sistemler olarak sınıflandırılrsa da günümüzde teknolojik gelişmeler de eklenmiştir. Bu doğrultuda internet; sermaye şirketlerinin varlığında, şirketteki yönetici-hissedar ayırımında kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin yeniden şekillenmesinde kendini göstermiş, ayrıca hızı göz önüne alındığına fikri mülkiyet hakkının yayılmasının engellenememesi gibi yeni sorunlar doğurmuştur.³⁹

Tüm bu sınıflandırmalar tarihsel süreç içerisinde değerlendirildiğinde, değişiklikler mülkiyet kavramından ari değildir. Dahası toplumdaki hukuki, ekonomik sistem değişiklikleri, mülkiyet hakkı ile neden-sonuç içerisinde. ⁴⁰

³⁸Gilles Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003, s. 447; *Marckx/Belçika*, B. No: 6833/74, 13.07.1979: “Gerçekten de, kişinin mülkü üzerindeki tasarruf hakkı, mülkiyet hakkının geleneksel ve temel bir yönüdür.” *Handyside/Bileşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7.12.1976, para. 62

³⁹Dinler, Çalışkan, a.g.m., s. 421-452:

⁴⁰Ramazan Kılıç, Mine Demirçelik, “Mülkiyet Kavramının Tarihsel Gelişimi Sürecinde Ortaçağ ve Reform Hareketi”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 30, Ağustos 2011, s. 181.

Mülkiyet hakkı anlayışında hiçbir dönem mutlak bir konsensüs sağlanamamıştır. Hakkı incelerken hakkın zamansal gelişimi ve dönüşümü göz önüne alındığında, mülkiyet hakkını insanın başlangıcından itibaren incelemek daha açıklayıcı olacaktır.⁴¹

Sümerler, belki de yazının icadı ile tarihin başlangıcı sayılır. Yazı gibi yüce bir icat ile birden çok alanda “ilkler” oluşturarak bir uygarlık kurmuşlardır. Bu uygarlık elbette o dönemin eşsiz ve ilk devletini kurarak, bir hukuk düzeni de tesis etmiş ve bu gelişme ile diğer kültürler ve uygarlıklar kurulmuştur.⁴² Ardından gelen Babil ise dönemin en gelişmiş ve parlak devletiydi. Bu dönemde ticari ilişkilerden ötürü düzenlenmiş Hammurabi kanunları yürürlüktedir ve içerisinde 100’e yakın mülkiyet ve ticarete dair madde mevcuttur.⁴³

Antik Yunan’da mülkiyet anlayışının aile mülkiyetinden ferdi mülkiyete geçiş süreci hızlı olmuştur.⁴⁴ Roma’da ise aile mülkiyetinden önce mülkiyet ortaklığı bilinmektedir. Bununla birlikte aile mülkiyetinin kalabalıklaşan ailelere yetersiz gelmesiyle ferdi mülkiyete geçiş Roma hukukunda da gerçekleşmiştir.⁴⁵ Nitekim Roma hukukunun, özel mülkiyetin kabul edilmesinde ve yaygınlaşmasında katkısı büyüktür.⁴⁶

Roma döneminde; On iki Levha Kanunlarından önce Roma hukukundaki mülkiyet hakkına ilişkin zamanın hiçbir döneminde olmayan hakkın mutlak ve dokunulmazlığına dair görüş birliği mevcuttur.⁴⁷ Zamanla mülkiyet hakkının dokunulmazlığı esneklik kazanmaya başlamıştır. Modern hukukun kaynağı addedilen Oniki Levha Kanunları M.Ö. 451-449 dönemine denk gelmektedir. Bu kanun ile; miras, vasiyet, özel mülkiyet tanınması gibi mülkiyet hakkında büyük nitelikte değişimler sağlanmıştır. Kanunun bu

⁴¹Dinler, Çalışkan, a.g.m., s. 425

⁴²Ahmet Mumcu, Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 5. Bakı Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 25-27

⁴³Dinler, Çalışkan, a.g.m., s. 429.

⁴⁴Güriz, a.g.e., s. 14

⁴⁵Güriz, a.g.e., s. 27

⁴⁶Güriz a.g.e., s. XIII

⁴⁷Mukbil Özyörük, *Kamulaştırma Hukuku*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948, s. 32

doğrultuda düzenlenmesinde itici kuvvet olarak; İpek Yolu'nun o dönem canlılığı ve etkinliğiyle özel mülkiyetin artması gösterilmektedir.⁴⁸

Roma'da özel mülkiyet, On İki Levha Kanunlarından sonra belirgin hale gelmiş ve daha sonraki süreçte, yöneticiler, hakimler ve hukukçular mülkiyetle ilgili kuralları işleyerek, geliştirmişlerdir.⁴⁹ Roma hukukundaki mülkiyet hakkının mutlaklığı, feodal dönemle beraber toprak mülkiyeti hakların ve ödevlerin mevcut olduğu sisteme dönüşmüştür.⁵⁰

Doğal hukuk anlayışındaki hukukçular mülkiyet hakkını yaratılış ile açıklarken,⁵¹ doğal hukuk haricindeki görüşler mülkiyetin; devletten, iradeden, emekten ya da fayda ilkesi gibi bir nedenle var olduğunu iddia etmektedir. Nihayetinde mülkiyet hakkının teorilerine ilişkin işgal teorisi, tabii hakları teorisi, hukuk teorisi ve sosyal fayda teorisi olarak farklı yaklaşımlar söz konusu olmuştur.⁵² Ancak mülkiyetin tabii bir hak olup olmadığı konusunda uyuşmazlığa düşülmüş olsa da hukukçuların çoğu mülkiyetin tabii hukuk ve medeni hukuktan geldiğini savunmuşlardır.⁵³

Roma pozitif hukukundaki mülkiyet anlayışı, Avrupa hukuku için büyük ölçüde ilham kaynağı olmuştur ve nihayetinde Fransız devriminden sonra yayınlanan Avrupa kanunlarında yer almıştır.⁵⁴ Tarihi süreç itibariyle sanayi devrimiyle beraber özel mülkiyetin yükselişi en üst noktaya ulaşmıştır.⁵⁵

Devletten önceki varlığına dair,⁵⁶ zamana ve topluma göre değişkenlik gösteren mülkiyet hakkı,⁵⁷ dinamizmini insan var olduğu müddetçe devam ettirecek görünüyor. Zira mülkiyet, insanın gelişimi ve özgürlüğü için zorunlu görülen bir insan hakkı olarak kabul

⁴⁸Dinler, Çalışkan, a.g.m., s. 433.

⁴⁹Ali Fuat Başgil, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, İstanbul, 1946, s. 381

⁵⁰Güriz, a.g.e., s. XIII

⁵¹Güriz, a.g.e., s. 135

⁵²Örücü, *Taşınmaz Mülkiyeti*, s. 16

⁵³Güriz, a.g.e., s. 35.

⁵⁴Güriz, a.g.e., s. 33

⁵⁵Dinler, Çalışkan, a.g.m., s. 448.

⁵⁶Başpınar, a.g.e., s. 57

⁵⁷Suat Şimşek, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz", *TBB Dergisi*, 2010, s. 188.

edilmiştir.⁵⁸ Alman hukukunda Engel'in de vurgusu aynı yöndedir; “mülkiyet (kişiyi) hür yapar (eigentum macht frei).⁵⁹

Mülkiyetin kişilik gelişiminde nasıl etkili olduğunu gözlemek adına, kelime manası topluluk olan, İsrail'deki Kibbutizm adı altındaki deneyi incelemek fayda verecektir. Bu deneyde çocuklar özel mülkiyetten yoksun bırakılarak yetiştiriliyorlar. Bununla beraber çocukların özel mülkiyete güçlü meyline, “tedrici” şekilde müdahale edilmiş ve çocuklar özel mülkiyetten uzak tutulmaya çalışılmıştır. Nihayet bu tutum ile özel mülkiyet arzusu çocukların bir kısmında tükenirken, davranışlarında da değişiklik gözlemlenmiştir. Çocuklarda *yabancılaşma, suçluluk, kendini ifade edememe ve sosyal davranışlarında azalma* meydana gelmiştir.⁶⁰ Buradan çıkan sonuçla denilebilir ki insanın elde bulundurma ve sahip olma arzusu içten var olmakla birlikte bunun yok edilmeye çalışılması onun kendisine ve topluma yabancılaşması, sosyalliğini kaybetmesi, üretkenliğinin azalması gibi sonuçlarla insan tabiatına aykırılık doğurmaktadır.

Yakın dönem Türk hukukuna yüzümü çevirdiğimizde ise, Osmanlı anayasal gelişmelerinde de mülkiyet hakkı daima tanınmıştır. Osmanlı'nın ilk anayasası olma özelliğini haiz Kanun-u Esasi'de mülkiyet hakkı, 21. maddede düzenlenerek müdahalelere karşı koruma altına alınmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları incelendiğinde ise 1924 Anayasası'nda tabii hak doktrininin, 1961 Anayasası'nda ise 1982 Anayasası'na göre sosyal mülkiyet anlayışının etkileri daha net görülmektedir. 1982 Anayasası ise sosyal mülkiyeti benimsemekle beraber, düzenleme gerekçesine bakıldığında hakkın devletten önceki varlığına işaret ederek tabii hak doktrinini de göz ardı etmediği görülmektedir. Bununla birlikte

⁵⁸Burcu Bulut, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması Esasları”, *Leges Hukuk Dergisi*, Sayı:33, s. 11

⁵⁹Veysel Başpınar, “Mukayeseli Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Olağanüstü Hallerde Mülkiyet Hakkı Sınırlamasının Fikrî Ve Hukukî Temelleri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 2016, s. 1-32

⁶⁰Timothy Sandefur, “Özgürlüğün Köşe Taşı: 21. Asır Amerika'sında Mülkiyete Hakları”, çev. Şeyma Akın, *Liberal Düşünce*, Sayı Kış-Bahar 2009, Sayı: 53-54, s. 49

Anayasanın kül halinde değerlendirilmesi neticesinde komünizm, faşizm ve din kaynaklı devleti yasaklaması, devletin ekonomik sistem seçimine dair önemli bir çerçevedir.⁶¹

Mülkiyet hakkına ekonomik yaklaşım öylesine etkilidir ki siyasal sistemler bu fark üzerine kurulmuştur.⁶² Sistemler esasında malik, toplum ve eşya arasındaki ilişkiyi baz alarak ortaya çıkmaktadır.⁶³ Görüşlerin ekseriyeti bu üçlü ilişkinin üçgene benzetilerek⁶⁴ malik, toplum ve eşya arasında bir bağıntı bulunduğu yönündedir.⁶⁵

Tarihsel sürece bakıldığında genel olarak özel mülkiyeti üç temel yaklaşımda ele alabiliriz. İlki özel mülkiyeti insan tabiatına uygun görüp mutlak kabul eden yaklaşım, diğeri mülkiyetin toplumsal çatışmanın sebebi olarak görüldüğü bu sebepten özel mülkiyete karşı çıkılan yaklaşım, son olarak günümüzde kabul edilen bireyin gelişimi için özel mülkiyetin kabul edildiği ancak kamu yararı gereği sınırlandırılarak mülkiyetin mutlaklığının ortadan kaldırıldığı yaklaşımdır.⁶⁶

Öncelikle dini sistemlerin mülkiyeti ele alışını inceledikten sonra ekonomik sistemler açısından farklılıkları ortaya koymaya çalışacağız.

1.2.2.1. Semavi Dinlerde Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkını salt semavi dinler kapsamında sunmamız semavi dinlerin kaynağının (vahiy) aynı olmasından ve en yaygın inançlar olmasından kaynaklıdır. Bu bağlamda aslında mülkiyet hakkına yaklaşımın farklılaşmaması gerekirken, hukukun dinamizmi gereği toplumsal şartların o gününe ait değerlendirmeleri ve gerekleri bazı farklılıklar

⁶¹Yunus Emre Yılmazoğlu, İsmail Emrah Perdecioğlu, *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2. Baskı, 2019, Ankara, Danışma Meclisinin Kabul Ettiği Metnin Gerekçesi, s. 203.

⁶²H. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6*, Ankara, 2018, s. 1

⁶³Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 4

⁶⁴Eren, a.g.e., s. 4'ten Meier-Hayoz; Vom Wewn des Eigentums in: Revolution der Technik – Evolution des Rechts, Festgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, sa.172

⁶⁵Eren, a.g.e., s. 4.

⁶⁶Hasan Hacak, "Mülkiyet", TDV İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mulkiyet> Erişim tarihi, 21.02.2021; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 3-4

meydana getirmiştir.⁶⁷ Tüm semavi dinlerde çalışmanın önemi üzerinde durulmuş, farklılıklarla beraber özel mülkiyet benimsense de paylaşım güçlü bir vurgu yapılmıştır.⁶⁸

1.2.2.1.1. Yahudilik ve Mülkiyet Hakkı

İbraniler, Hz Musa'da önce göçebe halde, hayvancılıkla uğraşmakta idiler.⁶⁹ Göçebelik zamanında mülkiyet ortaklığı uygulamasının söz konusu olduğu belirtilmektedir.⁷⁰ Özel mülkiyete geçiş ise aşama aşama olmuştur. Tevrat'a göre kişilerin giyecek ve süs eşyası kabul edilmiş ise de, İbranilerin aile mülkiyetini uyguladığı görülmektedir.⁷¹ Bununla beraber Filistin'e yerleştikten sonra mülkiyet anlayışına dair benimsedikleri aile mülkiyeti yaklaşımında değişiklik olmuştur. Tarımla beraber özel mülkiyet yaklaşımını benimsedikleri belgelerle kesinleşmiştir.⁷² Ancak bu zamanlarda ziraat dışında herhangi bir ekonomik faaliyetle mülk edinmeyi makbul görmemişler ve tercih etmemişlerdir.⁷³

Hz Musa'ya vahyedilen On Emir'den birisi "çalmayacaksın"dır. Bu noktada, Yahudiliğin hırsızlığı yasaklayarak özel mülkiyeti reddetmediği görülmektedir. Mülkiyetin varlığının meşruluğuna ilişkin bazı ayetler ise şu şekildedir: "*Parası olmayanlar, gelin, satın alın, yiyin.*"⁷⁴ "*Rab hileli teraziden öğrenir, hilesiz tartıdansa hoşnut kalır.*"⁷⁵

Emeğin öneminden bahseden ve emek göstermeye teşvik içeren ayetler ise şu şekildedir: "*Toprağını işleyen ekmeği bol olur, hayal peşinde koşansa sağduyudan yoksundur.*"

⁶⁷Fahri Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı*, 1. Baskı, İlmî Yayınlar, 1981, s. 8

⁶⁸Dinler, Çalışkan, a.g.m., s. 433

⁶⁹Fendoğlu, Osmanlı Hukukunda Temel Hak ve Özgürlükler İçinde Mülkiyet Kavram ve Olgusu, Doktora Tezi, 1992, İstanbul, s. 161

⁷⁰Güriz, a.g.e., s. 35'ten, Challeye, F. op. cit., s. 30'da Lods'un Israel, des origines au milieu du VIII e siècle, 1930 adlı eserinden.

⁷¹ Güriz, a.g.e., s. 37

⁷²Güriz, a.g.e., s. 36'den, Plaquevent, Jean. De quelques aventures de la notion de propriété, Esprit, No. 19, Avril 1934, pp. 96, 97

⁷³Demir, a.g.e., s. 8

⁷⁴Yeşaya-Bölüm 55/ 1-2

⁷⁵Özdeyişler bölüm 11: 1

Kötü kişi kötülerin ganimetini ister, ama doğru kişilerin kökü ürün verir. İnsan ağzının ürünüyle iyiliğe doyar, elinin emeğine göre de karşılığını alır.”⁷⁶

Tevrat’ın mülkiyet ile ilgili yaklaşımında; toprak, hava, su ve yaratılan diğer tüm şeyler insanın kullanımına sunulmuş olsa bile insan da Tanrı’ya ait olduğundan, insanın sahip olduğu ve olabileceği her şey, yani mülkiyet Tanrı’ya aittir.⁷⁷ Bununla birlikte mülkiyetin insana Tanrı tarafından sunulan bağış olması mülkiyetin “iyi” kabul edilmesini sağlamıştır. Ancak sosyal adaletsizlik ve eşitsizlik durumlarında peygamberler tarafından “mülkiyet hırsına” karşı durmuşlar ve kınamışlardır. Paylaşımın dair ayetlerden anlaşılmaktadır ki insana mülkiyetin kullanımına dair sorumluluk yüklenmiştir. Mülk sahibi mevcudundan fazlalıkları ihtiyaç sahibine vermekle yükümlüdür.⁷⁸

Birçok ayette kişinin malından vermesi gerekliliğinden ve paylaşımın öneminden bahsedilmektedir: “Servetinle ve ürününün turfandasıyla Rabbi onurlandır.”⁷⁹ “Elinde varken komşuna, ‘Bugün git, yarın gel, o zaman veririm’ deme”⁸⁰, “Eli açık olan daha çok kazanır, hak yiyenin sonuysa yoksulluktur. Cömert olan bolluğa erecek, başkasına su verene su verilecek. Buğday istifleyeni halk lanetler, ama buğday satanı kutsar. Zenginliğine güvenen tepetaklak gidecek, oysa doğrular dalındaki yaprak gibi gelişecek.”⁸¹

Tevrat’ta iktisadi faaliyet kabul edilmekle birlikte, paylaşım vurgusu da oldukça çoktur. Ancak Yahudilerin faaliyetlerden ziraati makbul gördüğü, bunun haricindeki servetleri muteber saymadığı görülmektedir. Dahası ticaretle uğraşmaya başladıkları döneme dek (M.Ö. 100-37), ticaretle uğraşanları küçümsedikleri bilinmektedir.⁸²

Genel olarak Yahudilikteki mülkiyet anlayışının, mülkiyetin bir sömürge aracı olarak sosyal adaletsizliğe sebep olmaması kaydıyla, Tanrı’nın bir bağışı olarak

⁷⁶Özdeyişler Bölüm 12: 11-12-14

⁷⁷Güriz, a.g.e., s. 37-39; Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, s. 90

⁷⁸Fendoğlu, a.g.e., s. 84-85

⁷⁹Özdeyişler Bölüm 3: 9

⁸⁰Özdeyişler Bölüm 3: 28

⁸¹Özdeyişler Bölüm 11: 24-25-26-28

⁸²Demir, a.g.e., s. 8

değerlendirilmesi ve bunun üzerinde malikin tasarruf imkanı olduğu kabulü söz konusudur.⁸³ Yahudiliğin mülkiyet ve varlık konusundaki yaklaşımı daha özellikle Hristiyanlığı büyük ölçüde etkilediği belirtilmiştir.⁸⁴

1.2.2.1.2. Hristiyanlık ve Mülkiyet Hakkı

Hristiyanlık dininde mülkiyete ilişkin bir sistem ve kavram olmasa da, Yahudilik dininin bu konudaki yaklaşımından esinlenilmiştir.⁸⁵ Ancak servet farklılıklarının toplumda ayrılmaya oluşturması, Hristiyan din adamlarının zenginliğe karşı tavır almalarına sebep olmuştur.

İncil’de zenginliğe karşı olumsuz ve tereddüt içeren ifadeler şu şekildedir: *“Eğer kusursuz olmak istiyorsan, git sahip bulunduğu şeyleri sat ve parasını yoksullara ver”*, *“Tanrı ülkesine girmek ne güçtür! Devenin iğne deliğinden geçmesi, zengin adamın Tanrı ülkesine girmesinden daha kolaydır”*.⁸⁶

Keza kardeşlik ve paylaşım vurgusunun yapıldığı ayetler de şu şekildedir: *“İmanlıların tümü bir arada bulunuyor, her şeyi ortaklaşa kullanıyorlardı. Mallarını mülklerini satıyor ve bunun parasını herkese ihtiyacına göre dağıtıyorlardı”*⁸⁷ denilmekte, bir diğerinde ise *“Aralarında yoksul olan yoktu. Çünkü toprak ya da ev sahibi olanlar bunları satar, sattıklarının bedelini getirip elçilerin buyruğuna verirlerdi; bu da herkese ihtiyacına göre dağıtılırdı.”*⁸⁸

İncil’de doğrudan mülkiyet hakkına yönelik bir sistem olmadığından, ilk din adamları bir teori geliştiremese de servet farklılığın sonuçlarından dolayı, din adamları zenginliğe mesafeli olmuşlardır.⁸⁹ Mülkiyet kavramını Hristiyanlıkta sistematik hale getiren ilk kişi

⁸³Güriz, a.g.e., s. 39

⁸⁴Demir, a.g.e., s. 8

⁸⁵Güriz, a.g.e., s. 38

⁸⁶Güriz, a.g.e., s. 43-44

⁸⁷<http://incil.info/kitap/Elcilerin+Isleri/2>, Erişim Tarihi: 10.08.2021

⁸⁸<http://incil.info/kitap/Elcilerin+Isleri/4>, Erişim Tarihi: 10.08.2021

⁸⁹Güriz, a.g.e., s. 43

St. Augustine'dir.⁹⁰ Ancak 13. yy kilisesinde etkisini yitirerek, Aristo'nun öğretilerinden mülhem St. Thomas Aquinas'ın teorisi itibar görmüştür. Aristo insanların özel mülkiyete sahip olmasını tabiata uygun görmüştür. Ancak St. Thomas'ın öğretisinin tabii hukuka dayanıp dayanmadığı tartışma konusudur. Bununla beraber teorisine göre; insanın üretme arzusunun ancak kendine ait olanla daha mümkün olabileceğini, hayatın düzeninin özel mülkiyetle kurulabileceğini ve bunun sonunda insanların daha mutlu ve barışçıl olacağını savunmuştur.⁹¹

1517 yılı ise Hristiyanlık için bir başka öneme sahiptir. Zira Alman din adamı Martin Luther reform hareketlerini başlatmış ve İncil'de ortak mülkiyetin olmadığını belirterek, özel mülkiyeti savunmuştur. Böylelikle kiliselerin ellerindeki mallar krallığa geçmiştir. Luther bu teorisinde hırsızlığın yasaklanmasını özel mülkiyetin varlığına dayandırmıştır.⁹²

Her ne kadar Hz. İsa sosyal reformcu olmadığından, Hristiyanlıkta mülkiyet hakkına ilişkin sistemleştirilecek bir fikir ve yaklaşım olmasa da bu ayetler göstermektedir ki mülkiyet ortaklığı desteklenmiştir.⁹³ Özel mülkiyet kötülenmemiş, ancak asıl olanın Tanrı'ya ulaşmak olduğunun ve mal sevgisinin bundan alıkoyabileceğine vurgu yapılmıştır.

1.2.2.1.3. İslam ve Mülkiyet Hakkı

İslamiyete göre mülkiyetin asıl sahibi Allah'tır. Mülkiyete ilişkin bazı ayetler şu şekildedir: *“Muhakkak ki yeryüzü Allah'ındır”*⁹⁴, *“Göklerin ve yerin aralarındaki her şeyin mülkü (hakimiyeti) Allah'ındır.”*⁹⁵, *“De ki: Ey mülkün sahibi olan Allah'ım! Sen mülkü dilediğine verirsin. Dilediğinden de mülkü çeker alırsın.”*⁹⁶

⁹⁰Dinler, Çalışkan, a.g.m., s. 434, Güriz, a.g.e., 46-49

⁹¹Güriz, a.g.e., s. 53; Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, s. 105

⁹²Dinler Çalışkan, a.g.m., s. 441

⁹³Güriz, a.g.e., s. 43-44

⁹⁴A'râf Sûresi 128. Ayet

⁹⁵Mâide Sûresi 17. Ayet

⁹⁶Ali İmran Sûresi 26. Ayet

Aslolan hakimiyetin Allah’a aitliği kabul edilmekle beraber, dünyada vekil olarak insanın özel mülkiyeti de tanınmıştır. Mülkiyetin özel bir görünümü miras hakkı, zekat gibi kurumları tanınması, veda hutbesindeki “*mallarınız*” ifadesi sebebiyle İslam Hukuku’nda özel mülkiyetin varlığına ilişkin bir tereddüt oluşmamıştır.⁹⁷ Ayet ve hadislerde servet karşılığı bir tavır bulunmamaktadır, bununla beraber servete itibar da edilmemektedir. Ancak bu nokta izaha muhtaçtır. Şöyle ki; Tevbe suresi, altın, gümüş biriktirip Allah yolunda harcamayanları azabın beklediğini bildirmektedir.⁹⁸ Kuran Yolu tefsirinde bu husus şu şekilde açıklanmıştır: Kişinin; o günkü ekonomik araçlar olarak kabul edilen gümüşünü, altınını salt servet arttırmak üzere piyasadan çekmesi, ekonominin durağanlaşmasına yol açacak; bunun sonucunda da sosyal adaletsizlik ortaya çıkacaktır. Bu sebeple toplumun bazı kesimlerinin mahrumiyetlere maruz kalmasına sebep olan kişinin cezalandırılacağı bildirilmiştir. Burada İbn Âşûr’un şerhi de; öncelikle zekât ile olmak üzere, Allah yolunda malın harcanması, diğer eylemlerle infakta bulunmak, üzerinde kul hakkı bulundurmamak kaydıyla servete sahip olunabileceği şeklinde olmuştur.⁹⁹ Ayetlerde, Allah’ın verdiği maldan/servetten, kişinin Allah yolunda infakta bulunması gerektiği daimi olarak hatırlatılmıştır.¹⁰⁰ Bu itibarla toplumun düzenini bozacak, bazı kesimler için mahrumiyete sebep olacak servet hırsı ile istifçiliğin yasaklanması söz konusudur.

İslamiyetin üzerinde durduğu husus, malın meşru yollarla elde edilip edilmediği ve insanın tekamülüne ne şekilde etki ettiğiidir.¹⁰¹ Bu itibarla insanların kumar, gasp, hırsızlık, rüşvet, faiz gibi, meşru yollarla elde edilmemiş malları, İslam hukuku çerçevesinde mülk sayılmaz.¹⁰²

Mülkün insanlara verilmiş amacı, insanların mülk konusunda Allah’ın emirlerine uygun hareket edip etmeyeceğini ölçmektir. Zira İslamiyet’e göre insan vekil olarak mülkiyete

⁹⁷Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, s. 740

⁹⁸ Tevbe Sûresi, 34. ayet

⁹⁹Hayrettin Karaman, Mustafa Çağrı, İbrahim Kâfi Dönmez, Sadrettin Gümü, *Kuran Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, Diyanet İşleri Başkanlığı, 2020, C.2, s. 762-763

¹⁰⁰Nûr Sûresi, 33. Ayet; Hadîd Sûresi, 7. Ayet

¹⁰¹ Halit Çalış, “İslâm Hukukunda Servet/Mülkiyet Tahdidinin İmkânı Üzerine”, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2004, S. 17, s. 127-144

¹⁰²Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, s. 745

sahip olup bunun hesabı verilecektir.¹⁰³ Ancak şu belirtilmelidir ki klâsik İslâm hukukunda "*mülkiyet*" yerine "*milk*" terimi kullanılmıştır. Mülkiyetin terim olarak tercihi son dönemlerde kendini göstermiştir.¹⁰⁴

Günümüzde Roma Hukuku'ndan itibaren kabul edilen malikin yetkilerine ilişkin *kullanma(usus)*, *yararlanma(fructus)* ve *tasarruf(abusus)* ayrımları İslam Hukukçuları tarafından tercih edilmemiş, sadece tasarruf ifadesi tercih edilmiştir.¹⁰⁵ Osmanlı Devleti'nin Şeri Mahkemeleri için hukuki dayanak addedilen Mecellenin de 1192. maddesinin "*Herkes mülkünde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahiptir*" şeklinde olduğu göz önüne alındığında aynı yaklaşımı benimsemiş olduğu görülecektir.

Bir başka husus olarak ise mülkiyet hakkının sınırlaması konusu ise İslam hukukunda mevcuttur. Malın *helal* yollarla elde edilmesi haricinde maslahatın gerektirdiği durumlar, zekat, fitre, nafaka ve sadakanın mevcudiyeti ile mülkiyet hakkına sınırlama getirilmiştir.¹⁰⁶ Netice olarak özel mülkiyet yasaklanmamış olmakla birlikte, bu durum mülk sahibi için bir imtihan vesilesi kılınmış ve malikin malından Allah yolunda infak etmesi istenmiştir.

1.2.2.2 Ekonomik Sistemlerde Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkını ekonomik yaklaşım farklılıklarına dayanarak; kapitalizmden mülhem klasik (liberal) sistem, özel mülkiyeti kabul etmeyen Marksist sistem, her iki sistemin de bazı özelliklerini taşıyarak orta yol teşkil eden karma sistem olarak tasnif edebiliriz.¹⁰⁷

¹⁰³Fendoğlu, a.g.e., s. 745

¹⁰⁴Hakkı Dağlı, *AIHM Kararları Altında Mülkiyet Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, s. 23

¹⁰⁵Halit Çalış, "İslam Hukuku Literatüründe Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve Konu ve Kapsam Açısından "Milk" Terimi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2003, S. 2, s. 188

¹⁰⁶Güriz, a.g.e., s. 65

İlaveten Mecelle'nin 26. maddesi "*Zarar-ı âmmi def*" için, *zarar-ı hâs ihtiyar olunur*" şeklinde, keza 1197. maddesi de "*Hiç kimse mülkünde tasarruftan men' olunamaz. Meğer ki, âhara zarar-ı fâhişi ola. Ol halde men' olunabilir. Nitekim fasl-ı sâni'de tafsil olunur.*" şeklindedir. Bu maddeler mülkiyet hakkını sınırlama bağlamında incelendiğinde kamu yararı üstünlüğünün ve dolayısıyla sınırlamanın kabul edildiği de görülecektir.

¹⁰⁷Nihat Bulut, "Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasası'nda Mülkiyet Hakkı", *EÜHFD*, C. X, S. 3-4, 2006, s. 15; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 5

1.2.2.2.1. Liberal Yaklaşım (Klasik Sistem)

Liberalizm salt ekonomiden ibaret olmayıp siyasal olarak bireyin mutlak şekilde öncelendiği, özgürlüğü benimseyen bir ideolojidir. Bu bakımdan kapitalizmi kapsadığı da ifade edilmiştir. Çıkış noktası monarşi ve kilise gibi egemen güçler ve bunların katı hiyerarşisine karşıtlık olan liberalizm¹⁰⁸, bireysel hak ve hürriyetler için tabii haklar kuramına dayanmıştır.¹⁰⁹

Liberal yaklaşımda mülkiyet ile özgürlük iç içe geçmiş kavramlardır. Mülkiyet hakkının tanınmadığı bir sistemde bireyin de özgür olmadığı kabul edilir. Bu düşünce sistemine göre mülkiyet ile özgürlük ilişkisi tamamen birbirine bağlıdır. Burada kapitalizm teriminden bahsetmek de isabetli olacaktır. *Kullanım amaçlı ekonomiden kar amacına geçiş ve sermaye birikimi olan kapitalizm, sanayi ve ticaretin gelişimiyle “liberal mülkiyeti” ortaya çıkarmıştır. Kapitalizm ve liberalizm zaman zaman birbiri yerine kullanılsa da liberalizm kapitalizmin bir sonucu olarak da görülmüştür.*¹¹⁰

İlk kapitalist kişi olarak kabul edilen John Calvin; mülkiyeti, Tanrı'nın insanlara kullanması ve çalışması için bir nevi hak ve ödev mahiyetinde bir hediyesi olarak görmektedir. Bu kapsamda mülkiyetin insana sorumluluk verdiği ve üretim tüketim döngüsüne girmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bir nevi malik çalışmadığı ve üretmediği müddetçe günahkâr sayılmaktadır.¹¹¹

17. yüzyıl düşünürlerinden John Locke liberalizmin öncüsü kabul edilir ve mülkiyet teorisi liberalizmin klasik teorisidir.¹¹² Locke'a göre insan hakları yaşam, özgürlük ve mülkiyettir, devlet ise yasalar ve kurumları aracılığıyla bu hakları korumakla yükümlüdür.

¹⁰⁸N. Bulut, a.g.m., s. 20

¹⁰⁹Sencer, a.g.m., s. 8-9

¹¹⁰N. Bulut, a.g.m., s. 21

¹¹¹Dinler, Çalışkan, a.g.m., s. 441

¹¹²Güriz, a.g.e., s. 139

En temel liberal mülkiyet anlayışına göre mülkiyet hakkı doğal, sınırlanamaz, vazgeçilemez bir mutlak haktır ve salt yetkilerden oluşur. Bu sistemde mülkiyet ile ödev bağdaşmamaktadır. Bu itibarla malikin mülkü üzerinde mutlak tasarruf imkanı vardır.¹¹³

Mülkiyet hakkını insan haklarının temeli sayan liberal sistem; Fransa'nın 1789 Bildirgesi'nde kendini göstermiş, sonrasında tüm dünyaya teşmil etmiştir. 19 uncu yüzyıl boyunca Norveç'te, Portekiz'de, Japonya'da, Şili'de dokunulmaz bir hak olarak kanun ve anayasalarda güvence altına alınmıştır.¹¹⁴

Ancak mutlak mülkiyet anlayışı; eşitsizlikle beraber işçi sınıfını, ekonomik olarak bulunduğu noktayı geçemeyeceği bir krize sürüklemiştir. Bu da beraberinde kaynak noktası olarak mülkiyet anlayışında farklılığa gitmeye sebep olmuştur. Böylece temel hak ve özgürlükleri, sosyal hak ve özgürlüklerle tamamlama yoluna gidilmiştir.¹¹⁵

1.2.2.2. Marksist Yaklaşım

Karl Marx ve Friedrich Engels'in fikirlerine dayanan Marksizmin çıkış motivasyonunda şüphesiz kapitalizm etkilidir. Liberalizmin, mutlak mülkiyet anlayışı ile yarattığı eşitsizlik, Sanayi Devrimi sonrası insanların sömürüldüğü bir düzen ve işçi sınıfını ortaya çıkarmış, bunun sonucu da ekonomik buhrana sebep olmuştur. Bu buhranla beraber Marksizm; mülkiyette, malikin kim olması gerektiği soruna cevap aramıştır.

Bununla birlikte Marksizm salt ekonomik sistem tercihi değildir. Bir dünya görüşü olarak; insan, toplum ve bunun gelişimi, *hukukun ideolojik fonksiyonu*, devlet, doğa,

¹¹³Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 6-7

¹¹⁴Güriz, a.g.e., 102

¹¹⁵Saim Tuğrul, "Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 71; Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der. Yayınları, İstanbul, 1999, s. 265

evren, Tanrı konuları üzerinde çalışmış ve teori ile birlikte uygulamaya yönelik bir sentez çabası gütmüştür.¹¹⁶

Kapitalizmin emeği metalaştırmasına karşın; Marksizmin, malları topluma bir plan dahilinde dağıtmasının bu metalaştırmayı yok edeceği savunulmuştur. Bu sistemin sürekliliğinde komünizm gelişecek ve hukuk ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla Marksizm, bir hukuk teorisi sunmamaktadır.¹¹⁷ Zira toplumun en temel ilişkisini üretim ilişkisinde dayandırmışlar ve hukuk ancak bu temel üzerine inşaa edilen arazi bir unsur olarak değerlendirilmiştir. Kapitalist sistemdeki hukuk, salt sınıfsal baskı aracı olarak görülmekte, ideolojik ve politik role karşılık gelmektedir.¹¹⁸

Marksizm, insanlık tarihini sınıflar arası (sömüren-sömürülen) mücadele üzerinden okumaktadır.¹¹⁹ Bu itibarla insanı, toplumu ve bunların tarihini incelerken başvurduğu kaynak; hukuk değil, mülkiyet yahut üretim araçlarıdır.¹²⁰ Sorun mülkiyet kurumunda olduğuna göre mülkiyetin ne olduğu ve kimde olması gerektiği sorularına yanıt aranmıştır.

Özel mülkiyet, sınıflara ve insanın sömürülmesine yol açtığı için¹²¹, Marksizm mülkiyeti topluma hasretmiştir. Böylelikle sermayenin tek elde toplanmasına engel teşkil edecek şekilde, üretim araçlarının bireylerden alınarak devletleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹²² Özel mülkiyetin yarattığı eşitsizliğin giderilmesini ve sosyal adaletin tesisinin ancak bu şekilde olabileceğini savunmuştur.

¹¹⁶Murat Yüksel, "Marksizm ve Hukuk Anlayışı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 13, S. 3-4, İstanbul, 2007, s. 19-20, Onur Karahanoğulları, "Marksizm Ve Hukuk." *Ankara Üniversitesi Sbf Dergisi*, 2018, s. 62

¹¹⁷Karahanoğulları, a.g.m., s. 63

¹¹⁸Mark Cowling, *Marksizm ve Kriminoloji Teorisi: Kavramsal Araçlar ve Eleştirel Bir Değerlendirme*, çev. Dafne Yeşilsu, NotaBene Yayınları, Ankara, 2012 s. 309-315; Yüksel, "Marksizm ve Hukuk Anlayışı", s. 21-22

¹¹⁹Yüksel, a.g.m., s. 24, 28

¹²⁰Karahanoğlu, a.g.m., s. 73'ten, Karl Marks/ Friedrich Engels, *Seçme Yazışmalar* (1844-1869), çev. Yurdakul Fincancı, Ankara: Sol Yayınları, 1995, s. 176

¹²¹Yüksel, a.g.m., s. 26'dan, H. Hartmann, *The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: Towards a More Progressive Union*, Women and Revotution, Bostan, 1981, p.19-20.

¹²²Öktem, Türkbağ, a.g.e., s. 284-287; Güriz, a.g.e., 293-294

Bu yaklaşıma göre üretim araçlarıyla beraber, tarım toprakları, doğal kaynak ve servetler, ormanlar özel mülkiyete konu olamaz.¹²³ Marksist anlayışta özel mülkiyetin yok sayılmasının amacı toplumun refahı, barışı ve mutluluğudur. Ancak Marksist ekonomi ile başarı sağlanamadığı savunulmaktadır.¹²⁴

Nitekim 2021 Uluslararası Mülkiyet Hakları İndeksinde¹²⁵ sıralamada önde bulunan ülkelerin, “Dünyada Özgürlük” araştırmasında diğer hak ve özgürlükler bağlamında da en iyiler arasında yer alması, mülkiyet hakkı ile gelişim arasındaki pozitif korelasyona işaret etmekte ve güçlendirmektedir.¹²⁶

1.2.2.2.3. Sosyal Devlet Anlayışı

Sosyal devlet anlayışı, günümüz karma anlayışının karşılığına denk gelmektedir. Buna göre mülkiyet hakkı artık sınırsız kabul edilmemektedir. Bu sistemde; mülkiyet hakkının salt yetkilerden ibaret görülmeyip, görev yönünün kabulü; mülkiyet hakkının dengeleyici bir unsur olarak yer almıştır.

Sosyal devlet anlayışına, işçi sınıfının mücadelesi ile gerçekleşen 1848 Devriminin¹²⁷ öncülük teşkil ettiği söylenebilir. Zira akabinde hazırlanan 1848 tarihli Fransız Anayasası, işçi-işveren arasındaki bir uzlaşma modeli olarak sosyal devlet anlayışına anayasal düzeyde ilk defa yer veren belge olmuştur.¹²⁸ Bu bağlamda Marksizmin, sosyal devlet anlayışının oluşmasına katkı sağladığı savunulmaktadır.¹²⁹ Tarihsel süreç içerisindeki 1929 yılı dünya geneli ekonomik buhranı¹³⁰, dünya savaşları¹³¹ sosyal devletin giderek etkili

¹²³Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 9

¹²⁴Tuğrul, a.g.e, s. 73

¹²⁵<https://www.internationalpropertyrightsindex.org/countries>, Erişim Tarihi, 02.02.2022

¹²⁶Atilla Yayla, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/ozel-mulkiyet-bir-insan-hakki-midir-atilla-yayla,272.php>, Erişim Tarihi, 19.02.2021.

¹²⁷Nihat Bulut, *Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri Ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı*, s. 321-335, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/N.Bulut-2.pdf>, Erişim Tarihi, 28.05.2022

¹²⁸Bulut, a.g.m., s. 329, Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, May Yayınları, İstanbul, 1978, s. 120-121

¹²⁹Bulut, a.g.m, s. 328; Niyazi Öktem, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, İÜHF y., İstanbul, 1977, s.110

¹³⁰Celalettin Yanık, Mustafa Kara, “Küreselleşmenin Sosyal Devlet Anlayışındaki Dönüşüme Etkisi: Genel Bir Değerlendirme”, *Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, 2014, s. 13

¹³¹Güney Dinç, *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 611

olmasını sağlamıştır. Mezkur unsurlar, devletin kayıtsız kaldığı ekonomik ve sosyal hayata müdahale etmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır ve ikinci dünya savaşı sonrası anayasalarda ve uluslararası metinlerde kendini göstermiştir.¹³²

19. yüzyılda varlık gösteren sosyal devlet ilkesi, 20. yüzyıl itibariyle sağlamlaşmış ve ağırlığı artmıştır.¹³³ Burada zikredilmesi gereken sosyal fonksiyon teorisinin kurucusu, Fransız hukukçu Duguit'dir. Duguit'ye göre, 20. yüzyılda modern toplumların birbirleri ile gelişen bağıllığı ve bilinç konusundaki farklılığı mülkiyet hakkının değişiminin açıklanmasını gerektirmiş ve sosyal devlet anlayışını oluşturmuştur.¹³⁴ Bu teoride, zengin ve fakir ayrımı yine var olmakla birlikte bu haksızlıkları gidermek için devlete, sosyal reformlar enstrümanlarını kullanması ödevini yükler. Zira bu teori söz konusu enstrümanların kullanımı için elverişlilik sunmaktadır.¹³⁵ Böylelikle, burada malikin kendi gelişimi için mülkiyet hakkına sahip olduğu şüphesiz kabul edilmekte ve fakat toplumun ihtiyaçlarına karşı da yasalar çerçevesinde mülk sahiplerinin vazifelerinin varlığının altını çizilmektedir. Bir başka deyişle birey hakları ve özel mülkiyet varlığını sürdürecektir, ancak sıkı şartlar dahilinde mülkiyete müdahale söz konusu olabilecektir.

Günümüze yaklaştıkça mülkiyetin hak olduğu kadar ödev de kabul edildiği görülmüştür. Bunun için çeşitli anayasalara bakmak açıklayıcı olacaktır. Weimar Anayasası 153. maddesi: "*Mülkiyet vecibeler yükler*", Avrupa'daki Anayasacılık hareketleri konusunda önemli bir yeri olan Polonya'nın 1921 Anayasası'nın 37. maddesi: "*Mülkiyet vecibeler yükler. Mülkiyet toplumun menfaatine zarar verecek bir şekilde kullanılamaz.*", ilaveten Estonya, Şili, Meksika anayasalarında¹³⁶ da mülkiyetin ödev niteliği belirtilmiştir.

Mülkiyet hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre ise Kişinin Hakları ve Ödevleri kısmında düzenlenmiştir. Madde metninde kamu yararı ile sınırlanabileceği belirtilmiş

¹³² Bulut, a.g.m, s. 330; Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 53-75

¹³³ Bulut, a.g.m., s. 329

¹³⁴ Güriz, a.g.e, s. 313-316

¹³⁵ Güriz, a.g.e., s. 354

¹³⁶ Aynı sırayla 90., 10., 27. maddeleri akt. Özyörük, a.g.e., s. 70

ise de anayasa sistematığı açısından bulunduğu konum itibariyle sosyal bir hak ve ödev niteliği tartışmalıdır.¹³⁷

1.3. MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI

Mülkiyet hakkının tanımını konusundaki faktörleri incelendikten sonra rahatlıkla denilebilir ki mülkiyet hakkının kapsamı da hakkın gelişim sürecinde farklılık göstermiştir. Esasında bu neden sonuç ilişkisinden ibaret bir durumdur.

Mülkiyet hakkının kapsamı çok geniş olduğundan sınırını belirlemek de güçtür. Zira anayasa yargısının konusu olabilecek mülkiyet hakkı; eşya hukuku, imar hukuku ceza hukuku, ceza usul hukuku, idare hukuku, sosyal güvenlik hukuku, borçlar hukuku, fikri mülkiyet hukuku, vergi hukuku şeklinde bütün hukuk alanları içinde varlığını ortaya koyan bir temel hak ve özgürlüktür.¹³⁸

Hakkın güvence altına aldığı ve mülkiyet olarak sayılan unsurlar değiştiği gibi aynı zamanda hakkın yetki ve ödev içerip içermediği de zamanla değişmiştir. Ekonomik sistemlerdeki farklıların bu husus üzerinden oluşturulduğuna ilişkin izahı yapmıştık.

Mülkiyet hakkı, 19. yüzyılda malikin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, kutsal ve doğal haklardan sayılırken günümüzde mülkiyet hakkının niteliği değişerek sosyal hak kapsamına dahil olmuştur. Bunun sonucunda da hakkın yetki ile beraber ödev yönü kabul edilmiştir. Ancak hak sahibine yüklenen ödevle beraber gelen sınırlandırmalar, mülkiyet hakkının eşya üzerindeki en kapsamlı ve geniş hakimiyetine hanel getirmektedir.¹³⁹

Bununla birlikte mahiyet itibariyle, Roma hukukunda mülkiyet hakkına ancak maddi mallar (eşyalar) dahil olmaktadır. Ancak hakkın zamansal yolculuğunda gördüğümüz üzere insanı ve buna bağlı olarak gelişmeleri takip eden hukuk anlayışı; mülkiyet

¹³⁷Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s.15., ancak aksi tutumdaki, mülkiyet hakkına sosyal bir hak ve ödev niteliği yükleyen AYM kararı için bkz. E: 1976/38, K: 1976/46, 12.10.1976.

¹³⁸B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. XII-XIV.

¹³⁹Başpınar, a.g.e, s. 4.

hakkının Roma hukukundan bu yana kabul edilmiş taşınır ve taşınmaz maddi mallar kapsamına karşılık gelen klasik kabulün yetersizliği ile karşılaşmıştır.¹⁴⁰

Roma hukukunda mülkiyet “şey” kavramı ile ifade edilip, eşya ile sınırlanırken 20 yüzyılda mülkiyet “ekonomik değer” ile izah edilip böylelikle mahiyetinin genişlemesinin yolu açılmıştır.¹⁴¹ Böylelikle mülk olarak addedilen unsurlar değişmiş ve artmıştır. Zira teknik gelişmeler (nükleer enerji, doğal güçler; gaz, elektrik ve anonim şirket hissedarlığı) ile taşınır kültür varlıkları, bir fikir ürünü olarak ortaya çıkan (*telif hakları, markalar*¹⁴², *siber mülkiyet patent hakları gibi fikri haklar*) yeni haklar bu bağlamda değerlendirilmeye başlanmıştır.¹⁴³ Burada şunu da belirtmeliyiz ki Anayasa ile korunan mülkiyet hakkının kapsamı TMK ile karşılaştırıldığında daha geniştir.¹⁴⁴

AYM kararında da benzer gelişim gerçekleşmiştir. Başlangıçta dönem anayasası tedvininde en fazla müracaat edilmiş BONN Anayasası’nın 14. maddesinde fikri hakları mülkiyet hakkına dahil ettiğini vermiş olduğu kararda belirtilmesine rağmen AYM aksine bir tutumla 28.12.1967 tarih 1967/10E. 1967/49K. sayılı kararında açıkça fikri hakların mülkiyet hakkı olarak değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir.¹⁴⁵

¹⁴⁰Güriz, a.g.e., s. 349

¹⁴¹Güriz, a.g.e., s. 352

¹⁴² Anheuser-Busch Inc./Portekiz, B. No: 73049/01, 11.01.2007; Lenzing, Birleşik Krallık, B. No: 38817/97, 09.09.1998; Lenzing/Almanya, B. No: 39025/97, 09.09.1998

¹⁴³ Güriz, a.g.e., s.348-349

¹⁴⁴ TMK’nın mülkiyet ile ilgili temel hükmünde yer alan “*Bir şeye malik olan...*” ifadesi hakkın konusunun eşya olduğuna dair daha sınırlandırıcı yorum yapılmasına sebebiyet vermektedir. bkz: Güriz, a.g.e., s. 348, Başpınar, a.g.e., s. 109, B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 4, Eren, a.g.e., s. 8.

¹⁴⁵Kararı, AYM’ nin temel hak ve hürriyetleri yorumlamasındaki önemi gereği, büyük ölçüde dipnota ekledik: “*Bu yönün anlaşılması için, yapılacak incelemede, ihtira beratının, sahibine sağladığı hak ile Anayasadaki mülkiyet hakkının konusu ve kapsamı üzerinde durulmalıdır.*

Anayasada, mülkiyet hakkının, bir temel hak olduğu, kamu yararına aykırı olarak kullanılmayacağı, ancak kamu yararı düşüncesiyle sınırlanabileceği belirtilmiş ise de konusu ve kapsamı gösterilmemiş ve ihtira hakkından da söz edilmemiştir. O halde bu yönlerde ilgili kanunlara ve hukuk ilkelerine bakarak bir sonuç çıkarmak gerekir.

Davacı, dilekçesinde, Anayasa’daki (mülkiyet hakkı) teriminin, kişinin mamelekinin hepsini kapsadığı ve Anayasa’daki mülkiyet hakkı kavramının kapsamı ile Medeni Kanun’ daki mülkiyet hakkı kavramının kapsamının farklı olduğu görüşünü öne sürmekte, Danıştay 12. Dairesi de bu görüşü benimsemiş bulunmaktadır. Oysa Anayasanın 36. maddesinin ilk fıkrasında (Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir) denilmekle yetinilmiş, hakkın niteliği ve kapsamı konusunda bir açıklama yapılmamıştır. Anayasanın 36. maddesinde mameleke giren hakların hepsinin mülkiyet hakkı kavramı içinde olduğunu gösteren bir hüküm veya bu derecede geniş yorumlamaya elverişli bir anlatım yoktur. Anayasa çalışmalarında ve maddelerinin tertiplenmesinde, yürürlükteki hukuk düzeninin göz önünde tutulmuş olması ise, tabiidir. Nitekim Anayasa, yürürlükteki hukuk düzeninde değişiklik yapmayı istediği hallerde,

Kararın fikri hakları dahil etmemesinin gerekçesi; mülkiyet hakkının kapsamının Anayasada belirtilmemiş olması ve TMK'deki belirtilen kapsamdan daha fazlasını yorumlamayı gerektirecek kanuni bir nüve bulunmaması olarak belirtilmiştir. Bu gerekçe ile ilgili olarak; Mahkeme, hakkın etkililiğini gerçekleştirme sorumluluğundan ve dönemin gereklerini okumaktan uzağa düşmüş görünmektedir. Zira mülkiyet hakkının gelişimine bakıldığında dinamik yapısından ötürü bilerek kapsamından kaçınıldığının aşikarlığı ve “şey” kavramından “ekonomik değer” ölçüsüne geçişi, ayrıca uluslararası hukuk varlığı ve bunun karşılaştırmasını bizzat yapmasına rağmen salt tarihi ve lafzi yorumu tercih etmesi, Anayasanın sistematığına aykırılık teşkil etmiştir.

AYM de mülkiyet hakkının, Anayasadaki kapsamının TMK'ye nazaran daha geniş olduğu kabulü ile kararlarını geliştirmiş ve güncel kararları ihtiyaçlara karşılık veren bir noktaya ulaşmıştır. AYM, 2008 tarihli bir kararında; hakkın kapsamının maddi ve gayri

bu gereğini sağlayan veya belli eden açıklıkta, hükümler getirmiştir. Mülkiyet hakkı bakımından koyduğu ilkeler ise, bu hakkın ancak kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlanabileceğinden ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağından ibarettir. Maddenin gerekçesinde ve Temsilciler Meclisindeki görüşmelerde de, davacı tarafından ileri sürülen görüşü destekler bir söz geçmemiş, tersine kimi üyelerin. "halbuki fikri haklar gibi haklar vardır ki mülkiyet hakkı ile ilgili değildir.", "Komisyonun tadil teklifi Medeni Kanunumuzun getirdiği, bu gün Türk Milletinin alışık olduğu şekilde bir mülkiyet hakkı ve tasarruf imkanı getirmektedir ve gerçekten komisyonun getirdiği teklif, Medeni Kanunumuzun 618. maddesindeki kabul ettiği mülkiyet hakkına tamamen uymaktadır" şeklindeki açıklanan görüşleri itiraza uğramamış ve madde hakkındaki bütün tartışmalar Medeni Kanunumuz çerçevesindeki bir mülkiyet hakkının öngörüldüğünü benimseyen görüşler çerçevesinde yapılmıştır. (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi Cilt: 3. Sahife: 252-254 ve devamı, Cilt: 4, Sahife: 493-495) Bu sebeple Anayasanın metni ve bu metni kabul eden Meclisin açık olan gereği karşısında, Anayasadaki mülkiyet hakkı teriminin, niteliği ve kapsamı bakımından, Medeni Kanunumuzdakinden daha geniş düşünüldüğü ve kişinin bütün mali haklarını içine aldığı sonucuna varılması mümkün değildir. Anayasadaki (Mülkiyet hakkı) kavramının mamelek kavramı ile eşit anlamda olduğunu kabul etmek ve çeşitli hakları ihtiva eden bir küll olarak görmek müsbet hukuk kurallarımıza uygun bir görüş olmaz. Medeni Kanunumuza göre, mülkiyet hakkının konusunu maddi şeyler teşkil etmekte, mamelek içindeki diğer haklar mülkiyet hakkı sayılmamakta ve kanunlarda bunlardan, haklar ve alacaklar diye bahsedilmektedir. Hatta maddi eşya üzerinde kurulan ve bu itibarla mülkiyet hakkını etkileyen ve böylece Anayasanın 36. maddesinin kapsamı içinde bulunan bir kısım haklar bile doğrudan doğruya "mülkiyet" hakkı sayılmayarak, "mülkiyetin gayri aynı haklar" adı ile nitelendirilmektedir.

Nazari hukuk alanında da mülkiyet hakkı, konusu maddi şey ve mal olan bir eşya hakkı olup, medeni hakların ayırımında, mameleke giren aynı haklardan birisini teşkil etmekle, ihtira hakkı ise, mameleke girmekle birlikte aynı hakların ve böylece mülkiyet hakkının dışında kalmaktadır. Özet olarak, Anayasanın 36. maddesinin açık metni, maddede yer alan "mülkiyet hakkı" teriminin bütün mamelek haklarını kapsadığı yolunda yorumlanmasına ve ihtira hakkının da bir mülkiyet hakkı olduğunun kabulüne elverişli değildir. Öte yandan Almanya'daki Anayasa hukuku nazariyatında ve mahkemelerin uygulamalarında, ileri sürüldüğü üzere, Bonn Anayasasının 14. maddesindeki "mülkiyet hakkı" kavramına fikri hakların da dahil sayılmakta olması, Anayasamızın 36. maddesi hükmünün de aynı doğrultuda yorumlanması için yeter bir neden değildir." şeklindedir.

maddi mallar olduğunu belirtmiş ve fikri sınai hakları gayri maddi mallar olarak nitelendirmiştir.¹⁴⁶

İki karara bakıldığında elbette salt yorumdan kaynaklı bir kapsam genişlemesi olduğu aşikârdır. Her ne kadar AYM'nin hakkın etkililiğini gerçekleştirme gerekliliğinden bahsetsek de TMK'de hakkın içeriğinde malikliği “şey” kavramı üzerinden açıklamanın etkisini de göz ardı edemeyiz.

Hakkın kapsamını belirlemenin önemi hak sahibinin iddia ve talep edebileceği hakkın sınırını, çerçevesini belirlemek açısından önemlidir. Bu şekilde ulusal ve uluslararası mahkemeler öncelikle korunmaya değer bir menfaatin varlığını araştıracaktır.¹⁴⁷

AİHM de mülkiyet hakkının kapsamında kıstas olarak “ekonomik değer”i kabul etmiştir.¹⁴⁸ AİHM'in mal ve mülk kavramının içeriğine hisseler patentler, tahkim kararları, emeklilik maaşı hakkı, kira hakları gibi hakları dahil ederek kavramı geniş yorumlamasının nedeni sözleşmenin orijinal metinlerinden biri olan Fransızca metninde “biens” sözcüğünün tercih edilmesidir. Böylelikle miras hakkına dahil olan tüm haklar için bu kavram kullanılmıştır.¹⁴⁹

Bu noktada AİHM'in Öneriyıldız/Türkiye davasındaki tutumu da üzerinde durulmaya değerdir. Ümraniye'deki çöplük patlaması olarak bilinen olayda, yasadışı inşa edilen ancak uzun yıllardır yaşanan gecekondunun patlamanın ardından yıkılması söz konusudur. Mahkeme yetkililerin bu duruma göz yumduğunu (yasadışı gecekonduya karşı herhangi bir yaptırım/müdahalede bulunmadığını) da belirterek, başvuru açısından yıkılan gecekondunun “mal” kapsamında değerlendirilmiştir. Burada devletin hem patlamayı hem gecekondunun yıkılmasını engelleyici tedbirlerle ilgili bir önlem

¹⁴⁶AYM, E: 2004/81, K: 2008/48, 31.03.2008; E: 2010/73, K: 2011/176, 29.12.2011

¹⁴⁷B. Gemalmaz, *El Kitapları Serisi*, s. 4

¹⁴⁸Paeffgen GmbH/Almanya, B. No: 25379/04, 21688/05, 21722/05 ve 21770/05, 18.09.2007; Gasus Dossier ve Fördertechnik GmbH/Hollanda, 23.02.1995, para.53; Anheuser-Busch Inc./Portekiz, B. No: 73049/01, 11.01.2007, para. 63.

¹⁴⁹Grgiç 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. 8

almamasından/yapmamasından ötürü pozitif yükümlüğüne işaret etmiştir.¹⁵⁰ Dolayısıyla mahkeme öngörülebilir olması şartıyla mülkiyet hakkına ilişkin olarak tedbir alma/koruma sağlama (pozitif yükümlülük olarak yapma edimi) ile hakkın kapsamını genişletmiştir.¹⁵¹

1.4. MİRAS HAKKI

Anayasa; 35. maddesindeki “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir*” ifadesi ile miras hakkını mülkiyet hakkı kapsamında tanımıştır. Maddenin gerekçesine¹⁵² bakıldığında da iki hakkın birbiri ile yakın ve geleneksel ilişkisine dikkat çektiği görülmektedir.

İslam hukukunun özel mülkiyeti tanıdığından ve uzantısı olarak mülkiyet hakkının özel bir biçimi olarak kabul edilen miras hakkını da kabul ettiğinden, İslam ve mülkiyet hakkı bölümünde bahsetmiştik. Esasında özel mülkiyetin kabul edildiği bir sistemde miras hakkı da mantıken kendiliğinden gelmektedir. Zira mülkiyet hakkının kaynak noktası miras hakkıdır.¹⁵³

AYM de mülkiyet ve miras hakkının ard arda düzenlenişine ve bu iki hakkın birbiri ile yakın ilişkisine dikkat çekmiş, miras hakkının özel mülkiyetin devamı niteliğinde olduğunu vurgulamıştır.¹⁵⁴ Miras hakkının geleneksel ve yerleşik düzeninden ötürü

¹⁵⁰Helene Pauliat, “Mülkiyet Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı Tebliği I, TBB Yayınları*, Ankara, 2003, s. 275

¹⁵¹Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 436, Başpınar, a.g.e., s. 117, Güney Dinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, TBB, Yayınları, Ankara, s. 224. Ancak devletin pozitif yükümlüğünün öngörülebilir ve doğal afet kriterlerine bağlanarak mülkiyet hakkı ihlal kararı vermediği diğer bir dava için bkz: Budayeva ve diğerleri/Rusya, B. No: 15339/02, 20.03.2008, para. 178-185.

¹⁵²Yılmazoğlu, Perdecioğlu, a.g.e., s. 203-206.

¹⁵³Selim Kanetti, *Türk Miras Hukukunun Anayasal Temelleri*, İÜHFİM, C: LIV, S. 1-4, 1991-1994, s. 237-244’ten MAUNZ/PAPIER, MAUNZ-DURIG. Grundgesetz Kommentar. München 1989. Art 14. Rd Nr. 237

¹⁵⁴AYM, E: 1987/1, K:1987/18, 11.09.1987, AYM, E:1984/4, K:1984/9, 20.9.1984: *Miras hakkı, mülkiyet hakkının bir devamıdır. Miras hakkı, miras bırakacak olana, ölümünden sonra malvarlığının yakınlarına yada belli ölçüde kendi seçeceği kişilere; aile bireyelerine, yakınlarının ölümü halinde mal varlığının, en az kanunda öngörülen ölçülerde, kendilerine geçeceği yolunda güvence sağlar. Bu genel kavram içinde, miras hakkı bir yandan mülkiyet, öte yandan aile kurumuyla ilişkilidir.*

ayrıntılı düzenlenmesinin Anayasa tarafından yapılmayıp kanunlara bırakılışı¹⁵⁵ bu sebepten ötürüdür, diyebiliriz.

Miras hakkı, miras bırakan ve müstakbel mirasçılar olarak iki yönlüdür. Şöyle ki bu hak; miras bırakan için mülkünün kendisinden sonrasına aktarılması ile miras bırakının bizatihi tasarrufuna bağlı olarak ölüme bağlı tasarruf imkanı sağlama ve müstakbel mirasçılar için ise miras edinebilme içeriğine sahiptir.¹⁵⁶

Mülkiyet ile miras hakkının içkinliğine ilişkin bu gelenekselleşmiş tutum, lafız olarak geçmese de, AİHS'in mülkiyet hakkına ilişkin güvencesinde kendine yer bulmuştur. Ancak AİHS ve uygulayıcısı AİHM miras hakkını sadece miras bırakının tasarrufu yönünden değerlendirmektedir. Müstakbel mirasçıların miras edinme hakkı yönünden, mülkiyet hakkına kapsamında meşru bir beklenti olarak kabul etmediği görülmektedir.

AİHS'in mülkiyet hakkına ilişkin benimsediği güvencenin kapsamı; mevcut mal ve mülkü koruma ve meşru beklenti halidir. Dolayısıyla mülkiyet edinme hakkını güvence kapsamına almamıştır. AİHM *Marckx/Belçika* davasında kimsenin vasiyet yoluyla ya da ölüme bağlı tasarruf ile mal edinme hakkını korumadığını belirtmiştir.¹⁵⁷ Daha yüksek bir kazanç talebi, AİHS'te yer alan mülkiyet hakkının kapsamında değerlendirilemez.¹⁵⁸

Ancak buradaki ayrıntı, murisin ölmeden önceki malvarlığının, müstakbel mirasçılar için meşru beklenti kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir.¹⁵⁹ Meşru beklenti¹⁶⁰, mevcut bir malvarlığı olmadığı durumlarda, istisnai olarak mülkiyet hakkının

¹⁵⁵AYM, E:1984/4, K: 1984/9, 21.02.1985

¹⁵⁶Kaneti, a.g.m., s. 237.

¹⁵⁷*Marckx/Belçika*, B. No: 6833/74, 13.07.1979, para. 50.

Ölüme bağlı tasarruflar ile mirasçıların saklı payı üzerinde tarassuf yetkisinin oldukça kısıtlı olduğuna, ayrıca AİHS kapsamında saklı payın ulusal hukukta yeterli temeli bulunmasından ötürü meşru beklenti kapsamında değerlendirilmesine ilişkin bkz: B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 400

¹⁵⁸*Nerva ve Diğerleri/Bileşik Krallık*, B. No: 42295/98, 24.09.2002, para. 43; *Pine Valley Developments Ltd ve Diğerleri/İrlanda*, 29.11.1991, para. 5; *Pressos Compania Naviera SA ve Diğerleri/Belçika*, B. No:17849/91, 20.11.1995, para. 31; *Malhous / Çek Cumhuriyeti*, B. No: 33071/96, 12.07.2001; *Liechtenstein Prensi Hans-Adam II - Almanya* B. No.: 42527/98, 12.07.2001, para. 83,

¹⁵⁹*Monica Carss-Frisk, Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları El Kitapları, No. 4, s. 6; B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 399

¹⁶⁰Bu tezin AİHM'in Mülkiyet Hakkı Yorumu bölümünde ayrıca meşru beklenti kapsamı incelenmiştir.

güvencesi kapsamında kabul edilen bir haldir. AİHM'in mülkiyet hakkına ilişkin incelemelerde aradığı husus ise, ihlal iddiasında bulunan kişinin en azından meşru beklentisi olması gerektiği yönündedir. Ancak meşru beklentinin önemli unsurlarından biri olarak “*umuttan ziyade somut nitelik*” taşıması gereken iddia; müstakbel mirasçılar durumunda salt umuttan ibarettir ve bu bağlamda AİHS'te yer alan mülkiyet hakkı kapsamında değildir. Dolayısıyla AİHS kapsamında mülkiyet hakkı, ancak ölüm gerçekleşikten sonraki mirasçılarının durumunda ortaya çıkmaktadır.¹⁶¹

AİHM *Inze/Avusturya* davasında, mirasçı durumundaki evlilik içi çocuk ile evlilik dışı çocuk arasında mirastan pay alma konusundaki farkı sözleşmenin ayrımcılık maddesi ile birlikte okuyarak, evlilik dışı çocuk yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶² *Marckx* ile *Inze* davasında başvuru konusu; evlilik içi ve evlilik dışı çocukların iç hukuktaki düzenlemeler kapsamında mirasçılık haklarının farklılığına dairdir. Ancak *Inze* davasında, *Marckx* davasından farklı olarak “*zaman duvarı*”¹⁶³ kalkmış ve ölüm gerçekleşmiş, mirasçılık sıfatı canlanmıştır.

Marckx davasında ise henüz ölüm gerçekleşmemiştir, evlilik dışı çocuk ve annenin her ikisi de başvurucudur. Mülkiyet hakkı ihlali kararı mirasçı (evlilik dışı çocuk) yönünden değil ancak murisin (annenin) tasarruf yetkisinin kısıtlanmasından dolayı verilmiştir. *Handyside* kararına atıfla mülkiyetin geleneksel ve temel yönünün gereği olarak; mülk sahibinin mülkünü elden çıkarma, yani bir tasarruf halinin kısıtlanmasını, evlilik dışı çocuk durumunda söz konusu olduğundan sözleşmenin ayrımcılık yasağı (14. madde) ile beraber değerlendirilerek mülkiyet hakkının (Ek 1 nolu Protokol 1. madde) ihlali olarak değerlendirmiştir.¹⁶⁴ Elbette Mahkeme, Sözleşme'nin mülkiyet hakkı maddesinin ölüm öncesi durumunda meşru beklenti kapsamında bir güvence sağlamadığını, *Marckx* kararı ile vurgulamıştır. Ancak dolaylı da olsa müstakbel mirasçı yönünden olumlu etkisi göz ardı edilemez.

¹⁶¹Marckx/Belçika, B. No: 6833/74, 13.07.1979

¹⁶²Inze/Avusturya, B. No: 8695/79, 28.10.1987, para. 38-40; Mazurek/Fransa, Başv. No: 34406/97, 01.02.2000, para.42, 54-55; Merger ve Cros/Fransa, Başv. No: 68864/01, 22.12.2004, para.32-33

¹⁶³B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 399-402

¹⁶⁴Marckx/Belçika, B. No: 6833/74, 13.07.1979, para. 63

Son olarak miras hakkı da mülkiyet hakkında olduğu gibi mutlak bir hak olarak kabul edilmemiştir. Anayasanın 35. maddenin 2. fıkrası sınırlamanın kanun ve ancak kamu yararıyla olacağını belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi de konu olarak Marckx davasına benzer bir davada miras hakkının kısıtlanmasına ilişkin olarak kamu yararını değerlendirmiştir. 1988 tarihli bir kararda evlilik dışı (gayri sahih) ve evlilik içi (sahih nesepli) çocukların miras hakkının farklılığına ilişkin o dönemdeki mevcut kanuni düzenlemeyi mülkiyet hakkına da aykırılık nedeniyle iptal etmiştir.¹⁶⁵ Burada mahkemenin gerekçesi dikkat çekicidir. Miras hakkının evlilik dışı (gayri sahih) çocukları açısından ayrımcılığa uğrayarak kısıtlandığını belirten mahkeme, oysa miras hakkına yönelik kısıtlamanın ancak kamu yararı sebebiyle olması gerekliliğini ifade eder. Mahkeme, evlilik kurumunun devamının sağlanması ve bu kurum içindeki çocukların üstün tutulmasının kamu yararı kapsamında değerlendirilmesinin; ayrımcılığa sebep olacağını ve çocukların korunması ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla evlilik dışı çocuğun miras edinme hakkındaki kısıtlamanın dayanağı olan iç hukuk normunun kamu yararı taşımaması sebebiyle mülkiyet hakkına aykırılık teşkil ettiğinden, söz konusu normu iptal etmiştir.

Bu karar *Marckx* kararı sonrasında verilmiştir ve fakat dikkat çeken husus, miras hakkının müstakbel mirasçı yönünden karar verilmiş olmasıdır. AİHM'in benzer davaları ile karşılaştırıldığında, ihlal kararının ne şekilde verildiği önem arz etmektedir. Zira AİHM, mülkiyet hakkının kısıtlanması için AİHS'te de mevcut kamu yararı ölçütüne rağmen, evlilik dışı çocuk için iç hukuk normlarının miras hakkını kısıtlamasını, *Marckx* kararında

¹⁶⁵AYM, E: 1987/1, K:1987/18, 29.03.1987: “*Medeni Kanununun itiraza konu 443. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, nesebi sahih olmayan çocuklar veya onların füruu (altsoyu), babalarının nesebi sahih olan çocukları ile birlikte bulunurlarsa, miras konusunda nesebi sahih olan bir çocuğa veya bunun furuuna isabet edebilecek miktarın yansını alırlar. Buna göre mirasın ikili birli paylaşımı kuralı ile de kamu yararı amacından ziyade evlilik içinde doğan çocuklara bir üstünlük sağlama amacına yöneldiği ortadadır. Bunun evlilik içinde doğan çocuklara daha fazla değer verilmesinin sonucu olduğu ve evlenme kurumunun üstün tutulması ilkesinden meydana geldiği ileri sürülebilir ise de, bu nedenler ayırım yaratılmasına dayanak olamaz. Gerçekten bu farklı uygulamanın evlilik dışı birleşmeleri önlemediği de Medeni Kanunun kabulünden bu yana çıkarılan nesebin idari yoldan düzeltilmesini sağlayan af kanunları ve evlenme akdine dayanmayan birleşmelerin sayısından anlaşılmaktadır. Bu suretle itiraz konusu kuralın evlilik dışında doğan çocukların miras haklarında ayırma ve kısıntıya neden olduğu ortaya çıktığından açıklanan nedenlerle anılan hüküm Anayasanın 35. maddesine aykırı düşmektedir.*”

kamu yararı yönünden değerlendirmemiş; doğrudan Ek 1 nolu Protokolün 1. maddesinin “*miras edinme hakkını*” güvenceye almadığı sebebiyle, başvuruyu müstakbel mirasçı yönünden kabul edilemez bulmuştur. AYM ise mezkur kararda evlilik dışı çocuğun mirasçılık haklarının kısıtlanmasını kamu yararı ölçütü ile değerlendirmiştir. Kanımızca denilebilir ki AYM miras hakkı konusundan daha geniş mahiyette bir hükme varmıştır. Miras edinme hakkı miras hakkının iki yönlü kapsamından biridir. Ancak AİHM bu yetkiyi miras hakkı kapsamında değerlendirmezken, AYM’nin miras hakkının her iki yönünü dikkate aldığı ortadır.

Ancak şu da belirtilmelidir ki AYM’ye göre miras edinme hakkının meşru beklenti kavramı dahilinde olduğuna dair bir tavır da yoktur. Kararın mirasçılar için bir güvence oluşturduğu iddia edilemez belki ancak diğer ilişkili haklar (ayrımcılık yasağı gibi) ile birlikte müstakbel mirasçı üzerinden değerlendirmelere de açıktır. Zira anayasadaki herkesin miras hakkının varlığına dair güvence, “*miras bırakmak, mirastan yararlanmak, belirli ölçüde mirasçı atamak ve vasiyet*” haklarını kapsamaktadır.¹⁶⁶

Bu bölümün akabinde mülkiyet hakkının öncelikle uluslararası hukuk güvencesi ve sınırlama sebepleri, ardından aynı çerçevede ulusal sistemdeki varlığı incelenecektir. Konu itibarıyla ağırlıklı olarak üzerinde durulacak kısım AİHS ve AİHM kararları olduğundan, AİHS ve AİHM’in iç hukuka etkisini görmek için öncelikle uluslararası yaklaşımın ne olduğu ardından iç hukuktaki tezahürünün ne olduğunu irdelemeye çalışacağız.

¹⁶⁶Kaneti, a.g.m., s. 238

2. BÖLÜM: MÜLKİYET HAKKININ GÜVENCESİ OLARAK SINIRLANDIRMA REJİMLERİ

2.1. MÜLKİYET HAKKININ ULUSLARARASI HUKUK TARAFINDAN KORUNMASI

İnsan hakları her ne kadar geçmişi olan bir kuram olarak kabul edilmiş ise de, uygulama açısından İkinci Dünya Savaşı'na dek ancak bir iç hukuk sorunu addedilmiştir. İnsan haklarının evrensel nitelikteki uygulamada karşılık bulması, İkinci Dünya Savaşı'nın olumsuz sonuçlarının ardından mümkün olmuştur.¹⁶⁷ Ancak insan haklarından bazılarına ilişkin, uluslararası bir güvence ve denetim sağlanmasa da, daha öncesinde de düzenlemeler mevcuttur.

Konumuza ilişkin olarak, mülkiyet hakkının bahsine ilişkin ilk olma özelliği taşıyan belge¹⁶⁸ Virginia Haklar Bildirgesi'dir ve hakkın temeli doğal hukuk anlayışına dayanmaktadır. Kıta Avrupası açısından ise en bilinen ve öncü belge ise Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'dir.

İnsanların vazgeçilmez ve devredilmez, doğuştan gelen hak ve özgürlükleri, tabii haklar doktrinine dayanmaktadır. Bu hakların en önemlilerinden biri de mülkiyet hakkıdır. Çünkü insan, yaşam hakkı ile ilintili olarak hayatını idame ettirebilmesi ve gelişimi için mülkiyete muhtaçtır. Bu sebeplerle uluslararası ve bölgesel nitelikteki birçok insan hakları belgesi tabii haklar doktrininden mülhem olarak düzenlemiştir.

Mülkiyet hakkının önemi, karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde daha fazla ortaya çıkacaktır. Bu sebeple aşağıdaki bölümde mülkiyet hakkına yer verilen ve uluslararası hukuku da etkileyen belgeler gösterilmiştir.

¹⁶⁷Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Birinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s. 2-3; Akıllıoğlu, *İnsan Hakları*, s. 339.

¹⁶⁸Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Mülkiyet Hakları Ve Mülkiyet İlişkileri Çerçevesinde Kadının Hukuki Statüsü", *II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri*, s. 195-196

2.1.1. Virginia Haklar Beyannamesi

Amerika'da haklar ve özgürlükleri isim isim sayarak sistemleştiren ve kendisinden sonraki beyannameler için örnek teşkil eden ayrıca doğal hukuk kaynaklı¹⁶⁹ ilk belge 1776 tarihli 16 maddelik Virginia Haklar Beyannamesi'dir.¹⁷⁰ Daha sonrasında da Amerika'nın kurucu babalarından olan ve Anasayanın ilk on maddesini yazan James Madison 1792'de “*Âdil devlet, kişiye, neye sahipse onu garanti eder*” diyerek insan hakları konusunda ABD Anayasası'na tabii hak teorisinin kaynaklık ettiğini göstermiştir.

Amerika'nın 1776 Virginia Haklar Beyannamesi, mülkiyeti insanın aslı hakkı ilân etmişti. İlk maddesine baktığımızda ise mülkiyet hakkı ile karşılaşılıyor:

“Madde 1: Tüm insanlar doğuştan eşit derecede özgür ve bağımsızdır. Doğar doğmaz edindikleri belli bazı hakları vardır; siyasal bir topluluk kurdukları zaman, hiçbir antlaşmayla gelecek kuşakları bu haklardan yoksun bırakamaz, onları bu haklardan vazgeçmeleri için zorlayamazlar; yaşama ve özgürlük haklarıyla mülk edinme ve sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma olanağı da bunların arasındadır.”

2.1.2. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi

Amerikan İhtilali'nin ardından haklar ve hürriyetler doktrini, Avrupa Kıtası'nda da ortaya çıkmış ve Fransız İhtilali gerçekleşmiştir. Fransız İhtilali'nin çıkışındaki düşünsel temel liberalizme dayanmaktadır.¹⁷¹ Liberalizmin felsefesi kurucusu sayılan Locke'a göre her insanın “*yaşam, özgürlük ve mülkiyet*” haklarına doğal olarak sahip olduğu ve devletlerin bu hakları koruması gerektiğine dayanmıştır. Bu kapsamda Fransız İhtilali ile beraber yayınlanan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi de tabii haklar doktrini anlayışına dayanmaktadır ve mülkiyet hakkı 17. maddede düzenlemiştir.

¹⁶⁹Bildirinin ilk maddesinde tüm insanların doğuştan eşit derecede özgür, bağımsız ve (mülkiyet hakkı da dahil olmak üzere) bazı haklara sahip oldukları vurgulanmıştır.

M. Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, Legal Yayınları, İstanbul, 2010, s. 141; M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları*, s. 67, Akyılmaz, a.g.m., s. 195

¹⁷⁰Kapani, a.g.e., s. 43

¹⁷¹M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları*, s. 49

Mülkiyet hakkı bu bildiri için ayırt edici unsurdur denilebilir. Zira sadece hakkın mevcudiyeti değil bildirinin etkilemiş olduğu anayasalarda da, mülkiyet hakkı siyasi haklardan seçme hakkının şartlarından biri haline getirilmiştir.¹⁷²

Bildirgenin ikinci maddesinde doğal hukuk temelli düzenlenen mülkiyet hakkıyla birlikte politik birleşmenin amacının ancak doğal ve dokunulmaz insan haklarını korumak olduğu belirtilmiş ve akabindeki cümlede hakları; “özgürlük hakkı, mülkiyet hakkı, güvenlik hakkı ve baskıya karşı direnme hakkı” olarak sıralamıştır. Ayrıca mülkiyet hakkını düzenleyen bir madde de mevcuttur (17. madde) ve bildirgeye rengini veren¹⁷³ başat unsur da mülkiyet hakkıdır.

“Madde 17: Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğu için, yasaların belirlediği kamusal gereklilik açıkça doğmadıkça ve meşru bir tazminat ödenmedikçe kimse bu haktan yoksun bırakılamaz.”

2.1.3. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Birleşmiş Milletler Andlaşması San Francisco’da 26 Haziran 1945’te imzalanmış ve 24 Ekim 1945’te yürürlüğe girmiştir. Türkiye de 15 Ağustos 1945 tarihinde andlaşmayı onaylamıştır.

Birleşmiş Milletlerin kurulması, 2. Dünya Savaşı’nın sonucunda insan haklarını bertaraf eden uygulamaların canlanmaması adına kurulmuş ve insan hakları bu kuruluş ile beraber uluslararası hukuk açısından sistemleşmeye başlamıştır.¹⁷⁴

Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın imzalanmasının ardından andlaşma içeriğinin etkinliği gerçekleştirmek adına,¹⁷⁵ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca 10 Aralık 1948’de kabul edilmiştir. Doğal hukuk bağlamında insan haklarını ele alan bu 30 maddelik bildiri, uluslararası hukukta ortak bir zemin

¹⁷²M. Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, s. 172

¹⁷³M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları*, s. 83

¹⁷⁴Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 3., Akıllıoğlu, *İnsan Hakları*, s. 339-340

¹⁷⁵Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 3-4.

oluşturmuş ve “uluslararası ilişkilerin temel düzenleyici ögesi”¹⁷⁶ olarak kabul edilmiştir.¹⁷⁷ Ancak burada şu husus önem arz etmektedir. Her ne kadar Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın etkililiğini arttırmak adına bu bildiri ortaya çıksa da bildiri andlaşma niteliğinde değil, ulusal ve uluslararası sözleşmelere ilham mahiyetinde bir ideali ortaya koymuştur.¹⁷⁸

Mülkiyet hakkının düzenlendiği madde ise şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 17- ‘1. Herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mülkiyet hakkı vardır. 2. Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.’

2.1.4. İslam İşbirliği Teşkilatı İnsan Hakları Bildirgesi (Kahire Bildirgesi)

İslam İşbirliği Teşkilatı 25 Eylül 1969 tarihinde kurulmuştur. Türkiye’de kuruluşundan itibaren üyedir. Bölgesel nitelikte ve daha az sayıda üye devlet olsa da bu tip kuruluşlar, evrensel insan haklarından mülhem düzenlenmiş maddeleri¹⁷⁹ ile bölgesel ihtiyaçlara daha fazla vâkıf olunması ayrıcalığını da ekleyerek adaleti erişimi kolaylaştırmakta ve insan hakları bağlamında önemli bir yere sahip olmaktadır.¹⁸⁰ Kahire Bildirisi de 5 Ağustos 1990’da Kahire’ de kabul edilmiştir ve Müslümanların kolektif fikirlerini yansıtmaktadır.¹⁸¹

İslam hukukunda mülkiyet hakkının nasıl ve ne şekilde yeri olduğundan İslam ve Mülkiyet Hakkı bölümünde bahsetmiştik. Kahire Bildirgesi’nde de mülkiyet hakkına şu ifadelerle yer verilmiştir:

“Madde 14: Mülkiyet Hakkı: Herkes meşru şekilde elde edilmiş mülkiyet hakkına ve kendisine, başkalarına veya genel olarak topluma hâlel gelmeden mülkiyetten kaynaklanan haklarına sahiptir.

¹⁷⁶Akılhoğlu, a.g.e., s. 19.

¹⁷⁷Akılhoğlu, a.g.e., s. 19’dan P. Foriers “Le droit naturel: evolution d’une notion”, Histoire de laïcité, Bruxelles, 1979, s. 301.

¹⁷⁸Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 4

¹⁷⁹Jack Donnelly, *International Human Rights*, Westview Press, 2007, s. 95.

¹⁸⁰Mohamed Y. Mattar, “Article 43 of the Arab Charter on Human Rights: Reconciling National, Regional, and International Standards”, *Harvard Human Rights Journal*, 2013, s.91- 147.

¹⁸¹<https://www.oic-oci.org/english/article/human.htm> (14.02.2022)

Kamu yararının gerektirmesi ve adil tazminat ödenmesi hali dışında kamulaştırmaya izin verilemez. Hiç kimse keyfi/usulsüz şekilde mülkiyet hakkından yoksun bırakılamaz.”

2.1.5. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

İnsan haklarının Amerika’da kurumsallaşması bakımından temel belgelerden biri San Jose’de imzalanan Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’dir. (San Jose Paktı)¹⁸² Sözleşme 18 Temmuz 1978’de yürürlüğe girmiştir ve Sözleşme’ye sadece Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ)¹⁸³ üyesi devletler taraf olabilmektedir. Sözleşmeye 2020 yılı itibarıyla 24 devlet taraftır.

Bölgesel nitelikli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Ame.İHS.) çerçevesinde incelenmek üzere taraf devletlerin sözleşmede belirtilen yükümlülüklerle ilişkin danışma ve denetim sistemi de Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi ile sağlanmaktadır.¹⁸⁴

Mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme ise sözleşmenin 21. maddesinde yer bulmuştur:

“1. Herkes mülkiyetinden kullanma ve yararlanma hakkına sahiptir. Kanun, bu tür bir kullanım ve yararlanmayı toplumun yararına tabi tutabilir.

2. Hiç kimse, kamu yararı veya sosyal çıkar nedeniyle ve kanunla belirlenen hal ve biçimlere göre, adil bir tazminat ödenmedikçe mülkünden yoksun bırakılamaz.

3. Tefecilik ve insanın insan tarafından başka herhangi bir şekilde sömürülmesi kanunla yasaklanacaktır.”

2.1.6. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi, BM temel insan hakları değerlerini esas alarak sözleşmenin bölgesel niteliği ile örtüşecek şekilde bölgeye has insan hakları

¹⁸²Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Teorisine Giriş*, s. 848

¹⁸³1948 yılında 21 Amerikan Devleti tarafından imzalanarak kurulan bölgesel nitelikli kuruluş.

¹⁸⁴Akıllıoğlu, *İnsan Hakları*, s. 414

anlayışını amaçlamıştır.¹⁸⁵ 26 devletın onaylaması koşulunu sağlayarak 21 Ekim 1986 yılında yürürlüğe girmiştir.¹⁸⁶

Ame.İHS.'ne benzer olarak Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesine de Afrika Birliği Organizasyona üye Afrikalı ülkeler taraf olabilmektedir.

Ayrıca 1998'de kurulan ve 2006'da çalışmaya başlayan¹⁸⁷ Mahkemesi ile de insan haklarının uygulanması amacını taşımaktadır. Ancak mahkeme başlangıçta öngörülemediği, sonrasında eklenen bir Protokol ile var olmuştur. Bu bakımdan Ame.İHS.'ten ayrılmaktadır.¹⁸⁸

68 madde içeren Sözleşmenin mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemesi ise 14. maddede yer bulmuştur:

*“Mülkiyet hakkı güvence altına alınacaktır. Bu hakka sadece, kamusal gereksinim yararı ya da topluluğun genel menfaati nedeniyle ve konuya ilişkin yasaların hükümlerine uygun olarak müdahale edilebilir.”*¹⁸⁹

2.1.7. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) İkinci Dünya Savaşı yıkımının ardından, totalitarizme karşı demokratik hakimiyetin sağlanması ve korunmasını, devletin mutlak kudret anlayışına karşı temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak amacı ve gereğiyle ortaya çıkmıştır.¹⁹⁰ 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan AİHS'in yürürlük tarihi ise 3 Eylül 1953'tür.

¹⁸⁵Akılloğlu, a.g.e., s. 420-421

¹⁸⁶Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Teorisine Giriş*, s. 910

¹⁸⁷Akılloğlu, a.g.e., s. 421

¹⁸⁸Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Teorisine Giriş*, s. 924

¹⁸⁹M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri Bölgesel Sistemler*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1999, <http://www.ihop.org.tr/dosya/sozlesme/afrikainsanhaklarisarti.doc> (14.02.2022)

¹⁹⁰Mustafa Yıldız, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 5-6; Gölcüklü, Gözbüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 7-9, Şeref Ünal, *Avrupa İnsan*

AİHS'in ayırıcı özelliği Evrensel Beyannameden mülhem oluşturulan hak ve özgürlükler için ortak bir denetim mekanizması getirmiş olmasıdır. Hak ve özgürlüklere ilişkin bu denetim sistemi güvencelerin etkililiğini de beraberinde getirmiştir.

Kapsam yönünden sözleşme başlangıçta klasik-liberal (birinci kuşak) hakların bir kısmını almış ise de sonradan eklenen sözleşmeye ek protokoller ile sözleşmenin kapsamı genişlemiştir.¹⁹¹

AİHS'in konumuz itibariyle Ek 1 nolu Protokol kısmından bahsedeceğiz. Ek 1 nolu protokol ile öğrenim hakkı, serbest seçim hakkı ve mülkiyet hakkı olmak üzere üç hak dahil edilmiştir. Bu protokol 20 Mart 1952'de Paris'te imzalanmış ve 18 Mayıs 1954 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından da aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilk halinde, formülasyonu konusunda uzlaşmaya varılamadığından düzenlenmemiş, ek protokolde yer almıştır.¹⁹² Ancak bunun nedeni mülkiyet hakkının insan hakkı olup olmadığı konusu değil, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra ekonomik yıkımın toparlanmaya çalışılması ve sosyal devlet anlayışını güçlendirmeye çalışılmasıydı.¹⁹³ Mülkiyet hakkı, her ne kadar birçok belgede tabii haklar doktrininden etkilenmiş olsa da zaman içerisinde birinci kuşak haklardan ikinci kuşak hakka geçmesi, diğer doğal haklardan farklı olarak tartışma ve çatışmaya açık bir konu olması, devletlerin ekonomik ve siyasal sistemlerinin oluşumunda bu hakka karşı tutumlarının etkisi olması onun önemini aynı minvaldeki haklar arasında farklılaştırmıştır. Bununla beraber totaliter devletlerin bireylerin mülkiyet hakkına karşı keyfi müdahalesi, mülkiyet hakkının sözleşme ile güvence altına alınmasını sağlamıştır.

Hakları Sözleşmesi-Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumlanması, TBMM Basımevi, Ankara, 1995, s. 90-91

¹⁹¹Gölcüklü, Gözbüyük, a.g.e., s. 11; Ünal, a.g.e., s. 91

¹⁹²David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, ve Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Ulaş Karan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Dördüncü Baskı, İstanbul, 2021, s. 821

¹⁹³Dinç, *Sorularla AİHS*, s. 611

Mülkiyet hakkının başlangıçta düzenlenmemesinin sebebi olarak farklı görüşler vardır. Baskın görüş mülkiyet hakkının düzenlenmemesini İkinci Dünya Savaşı'ndaki Doğu ve Batı Bloku ayrışması olarak değerlendirirken, bir başka görüş de ABD ve İngiltere'nin hakkın kapsamı ve sınırlandırılması konusunda anlayamadığına bağlamaktadır. bkz: B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 5

AİHS'in iç hukukumuza yönelik yansımaları ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin tamamlayıcı nitelikte bir uluslararası koruma sistemi olmasıdır.¹⁹⁴ Sözleşmenin en önemli özelliği iç hukuktaki etkililiğidir. Bu iki durumla sağlanmaktadır; bir yandan iç hukuk tarafından tüketilmiş kesin yargı kararları sonrasında AİHS tarafından güvence altına alınmış haklarla ilgili olarak, AİHM' e mağduriyet/ihlal iddiası ile başvuru hakkı tanınması; öte yandan iç hukuk yönünden AİHM kararlarının bağlayıcı olması.¹⁹⁵

Ancak yine de şu belirtilmelidir ki AİHS'te yer alan mülkiyet hakkının bir güvence taşıması, hakkın başvuru açısından ulusal sistemde var olmasına bağlıdır. Dolayısıyla AİHS'in mülkiyet hakkına ilişkin tutumu tabii haklar doktrininden bağımsız pozitif hukuk temellidir.

2.1.7.1. Kişi Kapsamı

AİHS Ek 1 nolu Protokol'ün 1. maddesinde gerçek ve tüzel kişilerin mülk sahibi olabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla mülkiyet sahibi her kişi sözleşmenin bu maddesi kapsamında hakkın öznesi kabul edilerek güvence altına alınmıştır.

Kişi kapsamında üzerinde durulması gereken diğer yön ise Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin ihlali iddiası ile kimlerin başvuru yapabileceğidir. Bu konuda AİHS'in 1. ve 34. maddelerini¹⁹⁶ incelememiz gerekiyor.

Sözleşmenin 1. maddesi gereği Âkit Devletlerin yargı yetkisi alanındaki herkes, hak ve özgürlüklerin öznesidir. Dolayısıyla ihlal iddiası olan başvuru sahibinin, başvuru konusundaki devletin vatandaşı olması gerekmektedir. Vatandaş, yabancı, uyruğu bilinmeyen ve vatansızlar da başvuru sahibi kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁹⁷ Konu

¹⁹⁴Akılhoğlu, a.g.e., s. 373

¹⁹⁵Akılhoğlu, a.g.e., s. 375, Tekin Akılhoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz*, AÜSBF Dergisi, Cilt XLIX, Sayı 3-4, 1989, s. 155-173.

¹⁹⁶“İşbu sözleşme ve protokollerinde tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflar'dan biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.”

¹⁹⁷Dinç, *Sorularla AİHS*, s. 19

ile ilgili olarak Mahkeme, *Handyside/Bileşik* Krallık kararında; “Sözleşmeye taraf olan devletler yargı yetkilerinin kapsamına göre herkesin mülkiyet hakkına saygı göstermek zorundadırlar. Bunun tersi düşünce ve uygulamalar mülkiyet hakkına dair korumanın geçersiz olmasına neden olacaktır.” diyerek vatandaşlar ve yabancılar arasında bir ayırım yapılamayacağını vurgulanmıştır.

Yukarıda sayılan öznelerin, hak ve özgürlüğünü ihlal ettiği iddia edilen devletin eyleminin salt mağduru olması başvuru için kafi gelmektedir. Ancak mağduriyetin doğrudan olup olmaması da önemlidir.¹⁹⁸ Mahkeme ihlal iddiası için doğrudan mağdur sıfatını arıyor ise de ¹⁹⁹ bu konuda AİHM’in bir başka kararının da zikredilmesi gerekmektedir. Mahkeme, Agrotexim kararında doğrudan mağdur olmasa da ihlal iddiasıyla bir zararın ortaya çıkmasında ve bunun giderilmesinde kişisel bir menfaati olduğunu kanıtlayan kimseyi de mağdur kabul etmiştir.²⁰⁰

34. maddeye göre ise her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları AİHS’in sağlamış olduğu güvenceden yararlanabilmektedir. Tüzel kişilerin de mülkiyet hakkı sahibi olduğunu belirtilmiş ise de kamu tüzel kişilerinin mülkiyet hakkını ihlal iddiasıyla başvuru yapma hakkı yoktur. AYM de bu konuda benzer bir görüştedir.²⁰¹ Ancak idari teşkilatta, hizmet yönünden yerinden yönetim dahilindeki kamu tüzel kişilerinin, kamu yönetiminden ziyade kamu amaçlı hareket etmesi halinde ayrıca bir durum ortaya çıkmaktadır.²⁰² Mahkeme, iç hukukta görülen idari davalarda kamu tüzel kişisinin başvuru olarak kabul edilebilmesi için; dava açma ehliyetine sahip olmasını, yönetiminin atama usulü ile değil görece bağımsız olarak seçilmesini, kamu hukukundan daha ziyade

¹⁹⁸Sejdić ve Finci/Bosna-Hersek, B. No: 27996/06 ve 34836/06, 22.12.2009, para 28.

¹⁹⁹ Tănase/Moldova B. No. 7/08, 27.04.2010, para. 104; Aksu/Türkiye B.No: 4149/04 ve 41029/04, 15.03.2012, para. 50.

²⁰⁰Agrotexim ve diğerleri/Yunanistan, Başv. No: 14807/89, 24.10.1995, para. 59; daha fazlası için bkz. Boyar, a.g.m., s.497

²⁰¹AYM, Büğdüz Köyü Muhtarlığı B. No. 2012/22, 25/12/2012.

²⁰²The Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye, B. No:40998/98, 13.03.2008, para. 80

özel hukuk kurallarına uymakla yükümlülüğünü aramaktadır.²⁰³ Böylelikle kamu tüzel kişilerinin başvuru olması, kısıtlı olarak mümkün olabilmektedir.²⁰⁴

2.1.7.2. AİHS Ek 1 Numaralı Protokolün İç Hukuka Etkisi

AİHS Ek 1 Numaralı Protokolü Türkiye 20 Mart 1952 tarihi itibariyle imzalamış ve AİHS ile beraber 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bununla beraber AİHM'e bireysel başvuru hakkını ise Türkiye 1987 yılı itibariyle kabul etmiştir.²⁰⁵

Uluslararası sözleşmelerin taraf devletlerin iç hukukundaki yeri için monist ve dualist olarak iki görüş bulunmaktadır. Mutlak egemenlik temelli düalist görüşe göre devletler hukuku ve ülke hukuku konusunda ayırım yapılmakta iken, Kıta Avrupası'nda hakim monist görüşe göre sözleşmenin onayı ile birlikte sözleşme iç hukukun bir parçası olur. Bu bağlamda AİHS Türkiye açısından milli mevzuat niteliğini haizdir.²⁰⁶

AİHS uluslararası bir anlaşma olduğundan iç hukuktaki etkisi için Anayasanın 90 maddesine bakmak gerekiyor. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Burada dikkat çeken husus; usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların, kanun hükmünde sayılmasına rağmen Anayasa Mahkemesine götürülememesidir. Bu noktada, uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki konumuna ilişkin sorun ortaya çıkmıştır. Ekseriyetle kabul edilen ve yargı organlarınca da itibar edilmiş görüş

²⁰³Bursa Barosu Başkanlığı ve diğerleri / Türkiye, B. No. 25680/05, 19.06.2018, para. 111

²⁰⁴Daha fazlası için bkz. Volkan Müftüoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Mülkiyet Hakkı Ve Sınırlandırılması Esasları”, <https://www.taa.gov.tr> (15.02.2022)

²⁰⁵<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/gorev-ve-yetkileri/bireysel-basvuru/>, Erişim Tarihi, 02.05.2022

²⁰⁶Ünal, a.g.e., s. 96

göre; usule uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir.²⁰⁷ Zira bu görüşe göre; söz konusu uluslararası andlaşmaların, salt Anayasa aykırılığı iddiasıyla AYM'ye başvuru yapılamaması ona kanun üstü bir nitelik kazandırmaya yeterli değildir.²⁰⁸ Bu bağlamda söz konusu milletlerarası andlaşmalar kanunlardan üstün²⁰⁹ ancak anayasanın da altında bir konuma sahiptir.²¹⁰

Bir diğer görüş ise; söz konusu uluslararası andlaşmaları, kanunların üstünde bir konuma yerleştirmiştir.²¹¹ Bu görüşü savunanlar söz konusu maddenin ikinci cümlesini baz alarak; uluslararası andlaşmaların anayasaya aykırılığının ileri sürülememesinin sebebini, devletlerarası hukukun üstünlüğü olarak görmektedir.²¹²

İlaveten, 2004 yılı değişikliği ile yürürlüğe giren 90. maddenin devamında; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların, kanun ile çatışması halinde tercihin uluslararası andlaşmalar olacağı belirtilmiştir. Bu noktada uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki konumunu insan hakları açısından değerlendiren bazı görüşlere göre; usulünce yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar, anayasal niteliktedir.²¹³ Akıllıoğlu'na göre; Anayasanın 15. ve 16. maddelerinde uluslararası hukuka atıf yapılmış olduğundan, bu maddelerdeki bağlamla sınırlı olmak üzere uluslararası anlaşmalar anayasal nitelik taşımaktadır.²¹⁴ Zira insan hakları bağlamında Âkit Devletler; iç hukuktaki düzenlemelerinin AİHS ile dahası AİHM içtihatlarıyla uyum sağlaması için sorumluluk altındadır. Bu özellik insan

²⁰⁷ Faruk Bilir, "Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2005; s. 79 vd.; Kemal Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu", in. *Türkiye'de İnsan Hakları*, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, s.25-46; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2005, s. 27- 28

²⁰⁸ Rona Aybay, "Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık Üstlük İlişkisi", II Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 1993, Ankara, s. 277 vd.

²⁰⁹ Kemal Gözler, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir Mi?", <https://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>, Erişim Tarihi, 27.05.2022

²¹⁰ Akıllıoğlu, *AİHS ve İç Hukukumuz*, s. 155-173

²¹¹ Akıllıoğlu, *İnsan Hakları*, s. 374; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2004, s. 478

²¹² Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1991, s. 8-9.

²¹³ Batum, Süheyl, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri", *İÜHF yay.*, İstanbul, 1993, s. 19,31 ve 56; Akıllıoğlu, *İnsan Hakları*, s. 374; Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk, Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, *İÜHF Yay.*, İstanbul, 1993, s. 52

²¹⁴ Akıllıoğlu, *İnsan Hakları*, s. 374; Aslan Gündüz, "İktidar ve Milletlerarası Sınırları", *İstanbul Barosu Dergisi*, S. 1, 2, 3, İstanbul, 1990, s. 58.

haklarına ilişkin sözleşmeleri diğer sözleşmelerden ayırarak kanunlar üstü bir konuma yerleştirmektedir.²¹⁵

Bununla beraber insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların anayasanın da üstünde olduğunu kabul eden görüşler mevcuttur.²¹⁶ Bu görüşü savunan Gölcüklü ve Gözübüyük'e göre, Sözleşmeye taraf olduktan sonra; ne anayasa ne de herhangi bir yasa ile Sözleşme hükümlerinde değişiklik mümkün olmadığından Sözleşmenin geçerliliği söz konusu olacaktır.

Her ne kadar temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası anlaşmalar bakımından normlar hiyerarşisi konusunda, doktrinde bir görüş birliği bulunmasa da AİHS'in 46. maddesine göre taraf devletler sözleşmeye ve sözleşmeyi yorumlayan AİHM kararlarına uymakla yükümlüdür. Ancak bir dava esnasında kanun ile çatışan uluslararası sözleşmelerde tercihin ne olacağı açıkça belirtilmiş olsa da, bu durum mahkemelerin sözleşmeleri uygularken özerk bir şekilde "*milli bir yoruma*" sebebiyet verme haline yol açmamalıdır. Burada sözleşmeyi yorum açısından yol gösterici olan nokta AİHM kararlarıdır.²¹⁷

Burada 2010 Anayasa değişikliğiyle beraber bireysel başvuru sisteminin tanınması, temel hak ve hürriyetlere ilişkin önemli bir aşamadır. Zira bu değişikliğin esas amacının temel hak ve hürriyetlerin güvencesinin nitelikli hale getirilmesi ve ulusal koruma mekanizmasının genişletilmesidir. Böylelikle AİHM'in Türkiye aleyhine ihlal kararının azalması ve insanların haklarına daha hızlı bir şekilde kavuşması hedeflenmiştir. Bu bağlamda Anayasanın 148. maddesine eklenen fıkra uyarınca bireysel başvuru yolu açılmıştır. Bireysel başvuru ile birlikte AİHS ile Anayasanın ilişkisi artmıştır. Zira bireysel başvuru AİHS ve Anayasa bakımından koruma altına alınan haklara ilişkin olabilmektedir.

²¹⁵Tekin Akıllıoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri", *Tarık Zafer Tuna'ya Armağanı*, İstanbul 1992, s. 5

²¹⁶Feyyaz Gölcüklü ve A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 1996, s. 20; Akıllıoğlu, *İnsan Hakları*, s. 374

²¹⁷Sibel İnceoğlu, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi" in. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 9

Burada şunu da belirtmek gerekir ki ülkede olağanüstü dönemlerin yaşandığı hallerde ilişkin olarak, Anayasanın ve AİHS'in 15 maddesinde hükümler bulunmaktadır. Bu durumlarda, devletler varlıklarını ve toprak bütünlüklerini korumak için olağanüstü halin gerekli kıldığı durumlarla sınırlı olarak, bazı tedbirleri alma yetkileri ile donatılmıştır. Dolayısıyla bu dönemlerde, devletlere taraf oldukları uluslararası sözleşmelerin, “standartlarını askıya alma” seçeneği verilmiştir.²¹⁸

2.1.7.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkı Yorumu

AİHS'in mülkiyet tanımı yapmaktan imtina ettiğinden, mülkiyet kavramı bölümünde bahsetmiştik. Fakat güvence altında olan bir hakkın mevcudiyetine rağmen sınırlarının belirsizliği, hakkın ne şekilde korunacağı sorusunu ortaya çıkarmaktadır.

Burada AİHM, AİHS Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesini yorum yoluyla tanımlamaktadır. Bu yorum yoluna da özerk yorum prensibi denilmektedir. Bir başka deyişle AİHS'te yer alan kavramlar, iç hukuktan farklı olarak özerk bir varlığa sahiptirler.²¹⁹ Mahkeme burada mülkiyet hakkını, ulusal mevzuatlarla sınırlandırmamakta ve fakat onları da dikkate alan ekonomik değer endeksli daha geniş bir bakış açısı ile ortaya çıkarmaktadır.²²⁰ Esasında AİHM tarafından kabul edilen özerk yorum/otonom kavramlar doktrininin²²¹ nihai amacı hakların kapsamını genişleterek etkililik ilkesine hayat vermektir.²²² Böylece sözleşme ile korunan hakların, AİHM'in yorumuyla dinamikliği sürdürülecektir. Bu bağlamda esasında devletlerin iç hukukunda mülkiyet hakkı olarak kabul etmediği haklar dahi bu kapsama girebilmektedir. Mahkeme bu yorum yoluyla kavramların farklılık gösterdiği taraf devletler için ortaklık

²¹⁸Başpınar, *Olağanüstü Hallerde Mülkiyet Hakkı Sınırlaması*, s. 19-20

²¹⁹Carss-Frisk, a.g.e. s. 27; Akıllıoğlu, *İnsan Hakları*, s. 379; İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2002, s. 233

²²⁰Tekin Akıllıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s.14

²²¹Özerk yorum prensibi olarak da anılmaktadır. Gemalmaz bu yaklaşımını otonom kavramlar doktrini olarak adlandırmıştır. Her ikisi de aynı yaklaşımı anlatmaktadır.

²²²B.Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 125

sağlayabileceği bir çerçeve çizmiş olmaktadır. AİHM otonom/özerk kavramlar yaklaşımı ile taraf devletler için ortak bir uygulama alanı oluşturmaya çalışmıştır.²²³

Sözleşmenin mülkiyet hakkına ilişkin ilgili hükmündeki mal ve mülk kapsamına, ekonomik değeri olan somut ve soyut her türlü varlık dahil olmaktadır. Bununla birlikte AİHM mevcut ve müstakbel davalarda mülkiyet hakkının devletlerin kendi iç hukuku kapsamına göre değil kendi ölçütlerine göre değerlendirme yoluna gitmektedir.²²⁴

Farklı kavramlara ilişkin olsa da; Mahkeme, *Engel* davasında Sözleşme kapsamındaki kavramları özerk yorum prensibi tabiri ile değerlendirmiştir.²²⁵ Mahkeme, sözleşmedeki bir kavramı özerk yorum ile değerlendirecekse öncelikle bunu belirtmektedir.²²⁶

Mahkeme, mülkiyet hakkına yönelik olarak ilk kez *Gasus* kararında²²⁷ özerk yorum niteliğini vurgulamıştır. *Gasus* davasında, mülkiyeti muhafaza kaydının, mülkiyet hakkına dahil edilip edilemeyeceği üzerinde anlaşmazlığa düşülmüş ve değerlendirmede Sözleşmeye göre mülkiyetin/mamelekin salt fiziksel mallardan ibaret olmadığını vurgulamıştır. Mülkiyet hakkına ilişkin olarak ise özerk yorum prensibi birçok kararda tekrarlanmış²²⁸ ve güncelliğini korumaktadır.

Sözleşmedeki kavramlara ilişkin; madde metninde geçen yahut içtihatlarla geliştirilmiş ölçütler var olsa da Mahkeme'nin, Sözleşme için "yaşayan bir belge"²²⁹ felsefesine dayanması, her bir davada kavramları ayrıca değerlendirme yapmasını gerektirmektedir

²²³B. Gemalmaz, a.g.e., s. 125

²²⁴Gani Kamışlı, *Avrupa İnsan Hakları ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 63.

²²⁵*Engel ve diğerleri/ Hollanda*, B. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, para. 81, ayrıca bkz. Norbert Ackermann and Ingo Fuhrmann/Almanya, B. No:71477/01, 08.09.2005.

²²⁶B. Gemalmaz, a.g.e., s. 128

²²⁷*Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH / Hollanda*, B. No: 15375/89, 23.02.1995, para. 53

²²⁸*Iatridis / Yunanistan*, B. No: 31107/96, 19.10.2000, para. 54, *Beyeler/ İtalya*, B. No.:33202/96, 05.01.2000, para. 100, *Zwierzyński/Polonya*, B. No: 34049/96, 19.06.2001, para. 63; *Öneryıldız/Türkiye*, B. No. 48939/99, 30.11.2004, para. 124; *Fleri Soler ve Camilleri/Malta*, B. No: 35349/05, 26.09.2006, para. 57; *Brosset-Triboulet ve diğerleri/Fransa*, B. No. 34078/02, 29.03.2010, para. 65; *Lay Lay Company/Malta*, B. No: 30633/11, 23.07.2013, para. 77.; *Sargsyan/Azərbaycan*, Başv. No.:40167/06, 16.06.2015.

²²⁹*Tyrer/Birleşik Krallık*, B. No: 5856/72, 25/04/1978, para. 31

ve nitekim Mahkeme de kalıplaşmış tanımlamalardan kasıtlı olarak kaçınarak buna göre hareket etmektedir.²³⁰

Ancak bu özerk yorum/otonom kavramlar doktrini, mahkemenin bir davada keyfi yorum yapma hakkına sahip olduğu anlamına gelmez. Bu husus ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrini ile desteklenmektedir.²³¹ İkincillik ilkesi de AİHM'in içtihatla geliştirmiş olduğu bir yaklaşımdır. Buna göre bir ihlalde, mağduriyetin giderilmesi öncelikle iç hukukun sorumluluğunda bir husus olup, AİHM'in ancak ikincil nitelikte *tamamlayıcı* bir görevi vardır.²³² *Sher ve diğerleri* davasıyla birlikte birçok davada bu husus açıkça belirtilmiştir:

“Sözleşme ile oluşturulan koruma mekanizmasının, insan haklarının korunmasına ilişkin ulusal sistemlere nazaran ikincil bir nitelik taşıması esastır. Mahkeme, Sözleşmeciler Tarafından Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmelerini denetlemekle iştigal etmektedir. Mahkeme, Sözleşmede yer alan temel hak ve özgürlüklerin iç hukuk düzeyinde saygı görmesini ve korunmasını sağlama sorumluluğu bulunan Sözleşmeciler Devletlerin rolünü üstlenemez ve üstlenmemelidir. Dolayısıyla iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, bu koruma sisteminin işleyişinin vazgeçilmez bir parçasıdır. Devletler sorunları kendi hukuk sistemlerinde giderme fırsatına sahip olmadan önce, eylemleri için uluslararası bir organ önünde cevap vermekten muaf tutulmaktadır ve dolayısıyla Devlet aleyhindeki şikâyetler hakkında Mahkeme'nin denetleyici yargı yetkisine başvurmak isteyen kişilerin öncelikle ulusal hukuk sisteminin sunduğu hukuk yollarına başvurmaları gerekmektedir.”

Diğer birçok kararda da, AİHM'in dava konusunu incelemede ikincil yetkiye sahip olduğu vurgulanmaktadır.²³³ Burada ikincillik ilkesi ile ilişkili olan bir doktrin olarak devletlerin takdir marjı²³⁴ da dikkate alınmalıdır. Devletlerin ulusal bir ihlal ile ilgili konuda değerlendirme konusunda daha avantajlı bir pozisyonda olduğu vurgusu ile takdir marjı alanı oluşmaktadır.²³⁵ Ancak ulusal makamların takdir marjının mevcudiyeti,

²³⁰Gemalmaz, a.g.e., s. 127

²³¹Gemalmaz, a.g.e., s. 127

²³²Hasan Tahsin Gökcan, “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, *TBB Dergisi*, S. 135, 2018. s.9-76.

²³³*Sher ve diğerleri*, Birleşik Krallık, B. No. 5201/11, 20.10.2015, para. 130, bkz diğer pek çok karar için: *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 07.12.1976, para. 48; *Akdivar ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 21893/93, 16.09.1996, para. 65; *Gough/Birleşik Krallık*, No. 49327/11, 28.10.2014, para. 137; *Blatchford/Birleşik Krallık*, B. No. 14447/06, 22.06.2010.

²³⁴*Sunday Times/Birleşik Krallık*, B. No: 6538/74, 26.04.1979, para. 50/c; *Hakansson and Stureson/İsveç*, B. No:11855/85, 21.02.1990, para. 54; *Gashi/Hırvatistan*, B. No:32457/05, 13.12.2007, para. 30, *Edwards/Malta*, B. No. 17647/04, 24.10.2006, para. 64.

²³⁵Gökcan, a.g.m., s. 17

AİHM'in denetiminde olmayacağı anlamına gelmemektedir.²³⁶ Nitekim *Broniowski/Polonya* kararında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir:

*“Bununla birlikte Mahkeme, bu marjın ne kadar önemli olursa olsun sınırsız olmadığını ve Devletin en karmaşık reformu bağlamında bile Devletin takdir yetkisinin kullanılmasının Sözleşme standartlarına aykırı sonuçlar doğuramayacağını yineleyecektir.”*²³⁷

Mahkeme mal ve mülk kavramına meşru beklenti dahilindeki halleri de katmaktadır.²³⁸ Bir başka deyişle güvence altına alınan salt mevcut mal ve mülk değildir. Ancak meşru beklenti kavramına neyin dahil olup olmayacağı konusunda kıstas belirlenmelidir. Mahkeme bu konuda *“umuttan ziyade somut nitelik”* ve *“iddianın uygulanabilir olduğunun kanıtlanması”*ni beklemektedir.²³⁹

AYM'nin de konuya yaklaşımı paraleldir. *Habibe Kalender* başvurusunda; kamulaştırıldıktan 20 yıl kadar sonra, tahsis kararı kaldırılarak değişen koşullara uyarlanmak suretiyle başka bir kamu yararı amacıyla, taşınmazın üçüncü kişilere devredilmesinde, başvuruçular açısından mülkiyet hakkı kapsamında ekonomik bir değer yahut meşru beklentilerinin olamayacağı tespitiyle olayın ihlal teşkil etmeyeceğine karar verilmiştir.²⁴⁰

2.2. AİHS'TE MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

Mülkiyet hakkının sınırlanmasında, AİHM'in öncelikle incelediği husus hakkın mevcudiyeti ve bu hakka müdahalenin var olup olmadığıdır. Bu aşamadan sonra müdahalenin sınırlama rejimine uygunluğu değerlendirilir.²⁴¹

²³⁶M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları*, s. 732

²³⁷*Broniowski/Polonya*, B. No. 31443/96, 22.06.2004, para. 182

²³⁸ *Kopecný/Slovakya*, B. No: No. 44912/98, 28/9/2004, para.35; *Maltzan ve diğerleri/Almanya*, B. No: 71916/01, 71917/01 ve 10260/02, para: 74 c., *Saghinadze/Gürcistan*, B. No: 18768/05, 27/5/2010, para. 103; *SA Dangeville/Fransa*, B. No: 36677/97, 16/4/2002, para. 44-45.

²³⁹*Grgiç ve Diğerleri*, a.g.e., s. 8-9

²⁴⁰AYM, *Habibe Kalender ve diğerleri*, B. No: 2013/3845, 1/12/2015

²⁴¹*Carss-Frisk*, a.g.e., s. 40; *Boyar*, a.g.m., s. 508

Öteki temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejiminden farklı olan mülkiyet hakkı, bu konuda kısmen Sözleşmenin 8. ve 11. maddesi ile benzerlik göstermektedir.²⁴² Ancak mülkiyet hakkının, kişinin varlığına içkin olmayıp ondan ayrı bir objede var olması hakka müdahale şeklini ve hakka müdahalenin meşruiyet koşullarını değiştirmektedir. Çünkü mülkiyet hakkına müdahalede haktan yoksun bırakıldığında, söz konusu hak ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu duruma karşı, içtihadi ölçüt olarak getirilen tazminat yükümlülüğü ile müdahale dengeye kavuşturulmaya çalışılmıştır.²⁴³

Mezkur müdahalenin sınırlama rejimine uygunluğunun değerlendirilmesi, “üç kural” sisteminin devreye girmesi ile etkili hale gelmiştir. Mülkiyet hakkına yönelik müdahaleleri inceleme yöntemi olan üç kural prensibinin sistemleşmesi ise ilk defa *Sporrong ve Lönnroth/İsveç* başvurusunda olmuştur.²⁴⁴ Bu AİHM’in Ek 1 No.lu Protokolü’nün 1. maddesi için en önemli kararlarından biridir.

2.2.1. AİHS’te Mülkiyet Hakkının İncelenmesi Sistemi: Üç Kural Prensibi

AİHS’in mülkiyet hakkını içeren Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

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

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

Yukarıdaki hükümle ilk cümle mülkiyet dokunulmazlığını ve mal mülkünden faydalanma hakkını güvence kapsamına almakta, hemen akabindeki ikinci cümlede ise devlet müdahalesi için gerekli koşullar ile güvence altına alınan hak sınırlandırılmıştır. Ancak burada bireysel hakkın sınırlandırılması mı yoksa devlete tanınan bir imtiyaz mı

²⁴²Mümtaz Soysal, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, s. 43.

²⁴³B. Gemalmaz, *Mülkiyet hakkı*, s. 447-452, B. Gemalmaz, *El Kitabı*, s. 99

²⁴⁴Sporrong ve Lönnroth/ İsveç, 23.09.1982.

bulunduğu tereddüdü ortaya çıkmıştır.²⁴⁵ Aslında bu tereddüt 23 Eylül 1982 tarihli *İsveç/Sporrong ve Lönnroth* kararına dek mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin bir karara rastlanmamasından da ileri gelmektedir.²⁴⁶ Bu kararlar birlikte Mahkeme esasında koruma altına alınmış mülkiyet hakkının kapsamını devletlere bir takım yükümlülükler getirerek hükmü insan hakları bağlamında kuvvetlendirmiştir.²⁴⁷

Bu bölümün devamında ise söz konusu karar ile mülkiyet hakkı incelenirken dikkate alınan üç kural detaylandırılacaktır. Üç kural ile müdahalenin varlığı tespit edilecek olup, müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı ise meşruiyet koşullarında izah edilecektir.

2.2.1.1. Mal ve Mülk Dokunulmazlığı İlkesinin İhlali

Bu kural Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinden çıkartılabilen bir ilkedir. Madde uyarınca; “*Her gerçek ve tüzel kişinin mallarının masuniyetine riayet edilmesini isteme hakkı vardır*”. Bu kuralın pratik görünümü ise şu halde ortaya çıkmaktadır: Mülke dair bir müdahale söz konusu ise ve bu müdahaleye dair uygulamalar mal ve mülkten yoksun bırakma prensibi (ikinci kural) ile mal ve mülkün kullanımının kontrol edilmesi (üçüncü kural) seçenekleri dahilinde değil ise müdahale çeşidi bu ilke kapsamında incelenmektedir.²⁴⁸

Bu ilke mülkiyete saygı ilkesi olarak da geçmektedir. Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesindeki tarife göre de maddede öngörülen müdahale sınırları dışındakileri yasaklamaktadır.²⁴⁹ Ancak buradan AİHM'in ihlal belirlerken keskin çizgileri olduğu anlaşılmalıdır. Aksine kurallar/ilkelere uygulamada geçişkenlik içermektedir. Dolayısıyla bu sınırları kesin bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Beyeler/İtalya davası ve birçok davada bu durum açıklanmıştır ve Mahkeme bu hususta içtihadı yeknesaklığı sağlamıştır. Nitekim ikinci ve üçüncü kuralların belirli örnekleriyle ilgili olması ve hatta ikinci ve üçüncü ilkenin genel kural ışığında değerlendirilmesi gerektiğini

²⁴⁵Pauliat, a.g.m., s. 270

²⁴⁶Boyar, a.g.e., s. 496

²⁴⁷Pauliat, a.g.m., s. 270

²⁴⁸Grgiç ve Diğerleri, a.g.e., s. 13

²⁴⁹Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 321

belirtmekle birlikte²⁵⁰ tam olarak o prensiplere de dahil edilemeyen karmaşık olaylar birinci ilke dahilinde yorumlanmıştır.²⁵¹

Burada kast edilen esasında mal ve mülk dokunulmazlığı kuralının ihlal tespiti için genel bir ilke kabul edildiğidir.²⁵² Ancak AİHM kararlarına bakıldığında şu hususun altı çizilmelidir: Vakıanın karmaşasından birinci kural kapsamına giden bu inceleme rejiminde, mülkiyetten barışçıl yararlanma ilkesinden daha önce ikinci ve üçüncü kuralların olay üzerinde uygulanabilir olup olmadığını incelemektedir.²⁵³

İmar planları ile kamu hizmetine sunulmak üzere kullanımı kısıtlanan özel mülkiyetteki taşınmazlar, bu kuralın uygulandığı alanlardandır. Burada şu hususun altını çizmek istiyoruz: İmar hukuku gereği yapılan müdahaleler genel itibariyle mülkiyetin toplum yararına aykırı kullanılmaması mahiyetli mülkiyetin kullanımının kontrolü ilkesine dahil olmaktadır. Ancak İmar Kanunu 10. maddede; ilgili kamu kuruluşlarına, imar programlarındaki alanları kamulaştırılmasını tamamlamak üzere beş yıllık süre tanınmıştır. Süreç kamulaştırma sürecinin bir parçası olmakla birlikte, sürecin uzunluğu ve belirsizliği ve ayrıca mülkiyetten yoksun bırakmanın ve müdahalenin kontrol amacı haricinde olduğu üzerinde durularak, Mahkeme bu tür imar uygulamasına yönelik kısıtlamaları birinci ilkenin ihlali kapsamında değerlendirmektedir. Mahkeme, taşınmaza el atma olmadığından dolayı fiilen bir müdahale olmasa da ve mülkiyet transferi gerçekleşmese de *olayı görünenin ötesine geçerek* yorumlayacağını ifade etmiştir.²⁵⁴

²⁵⁰ Lithgow ve Diğerleri kararı, 08.07.1986, para. 106; Mellacher/Avusturya, B. No: 10522/83; 11011/84; 11070/84, 19.12.1989, Brunckrona / Finlandiya, B. No. 41673/98, 16.11.2004, para. 65-69, ve Broniowski/Polonya, B. No: 31443/96, 22.06.2004, para. 134.

²⁵¹Beyeler/İtalya, B. No: 33202/96, 05.01.2000, para. 98, ayrıca bkz: James ve diğerleri/Bileşik Krallık, 21.02.1986, para: 37; Kutsal Manastırlar/Yunanistan, B. No.: 13984/88, 09.12.1994, para. 56 ve Iatridis / Yunanistan, B. No: 31107/96, 19.10.2000, para. 55.

²⁵²Griç ve Diğerleri, a.g.e., s.13, Başpınar, a.g.e., s. 192, B. Gemalmaz, *El Kitapları Serisi-6*, s. 113

²⁵³Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.322. Sporrang et Lönnroth/İsveç, 23.09.1982, James ve diğerleri/Bileşik Krallık, B. No: 8793/79, 21.02.1986, Mellacher/Avusturya, 19.12.1989, Fredin/İsveç, B. No: 12033/86, 18.02.1991.

²⁵⁴Hakan Arı/Türkiye, B. No.: 13331/07, 11.01.2011, para. 36- 37, Erkner ve Hofauer/Avusturya, 23.04.1987, para. 74; Poiss/Avusturya, B. No: 9816/82, 23.04.1987, para. 64; Elia S.r.l./İtalya, B. No. 37710/97, 02.08.2001, para. 57; Köktepe / Türkiye, B. No:35785/03, 13.10.2009, para. 85, 22; Ziya Çevik / Türkiye, B. No: 19145/08, 21.06.2011, para. 36

AYM'nin ve Danıştayın kararları da bu konuda paralel yöndedir. İmar planı ile kamu hizmetine ayrılmış taşınmaz üzerinde, henüz kamulaştırma da yapılmadığından, malik tarafından hak son bulmamıştır. Ancak bununla birlikte Mahkeme, malikin taşınmaz üzerinde; inşai faaliyette bulunamamasını, satış, bağış, ipotek ve diğer irtifak haklarının tesisi yönünden yapılacak işlemleri ve taşınmazın rayiç değerinin düşmesi gibi tasarruflarının kısıtlanmasını mülkiyet hakkına müdahale olarak belirtmiş, belirsiz ve uzun süreci de göz önünde bulundurarak söz konusu müdahalenin birinci kural ihlali kapsamında olduğunu tespit etmiştir.²⁵⁵

2.2.1.2. Mal ve Mülkten Yoksun Bırakma Prensibi

Bu ilke Ek 1 No.lu Protokol'ün 1.maddesindeki *“hiç kimse, kamu yararının gerektirdiği hallerde, yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine riayet edilmeksizin mülkiyetinden yoksun bırakılamaz”* kısmına dayanmaktadır. Mefhumu muhalifinden anlaşılmaktadır ki belirli şartlar sağlandığında mülkiyetten yoksun bırakmanın meşru temeli vardır.

İhlal iddiasının bu kural tasnifine dahil olabilmesi için başvurucunun kesin ve net bir “mülksüzleştirme” halinin mevcudiyeti aranmaktadır.²⁵⁶ Geçici el koymalar belirli bir süre ile sınırlı olduğundan, ikinci kuralın daimi bir mülksüzleştirme gerekliliğini sağlamadığı görülmektedir. Ancak mülke kalıcı olarak el konulması bu kapsama girebilmektedir.²⁵⁷

Bu ilkenin somut olayda var olup olmadığının değerlendirilmesi her zaman kolay olmamakla beraber, bunu tespit için iki husus üzerinde durulmaktadır: Mülkiyet hakkının biçimsel olarak nakledilip nakledilmediği ve mülkiyete *“de*

²⁵⁵AYM, E: 2016/196, K: 2018/34, 28/3/2018; Fatma Gül Balıkcıoğlu ve Zeynep Nur Yazıcıoğlu, B. No.: 2014/11026, 27.06.2018, para. 37, ayrıca bkz: Danıştay Altıncı Dairesi, 22/4/2015 ve E: 2014/9101, K: 2015/2572, Danıştay Altıncı Dairesi, 22/4/2014 ve E: 2010/6020, K: 2014/3357.

²⁵⁶Boyar, a.g.m., s. 513

²⁵⁷Handyside/Bileşik Krallık, B. No:5493/72, 07.12.1976, para.60-63

facto”(fiilen/kamulaştırılmaksızın)²⁵⁸ el atılıp atılmadığı.²⁵⁹ Mahkemenin mülkten yoksun bırakma için kabul ettiği ölçüt, uluslararası hukukun genel ilkelerine de uygun olan; malikin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin ne ölçüde olduğunun tespitidir.²⁶⁰ Malikin malından keskin bir şekilde, zorunlu, tam ve nihai devir ile mülksüz bırakılması, incelenmektedir.²⁶¹

Konumuzu ilgilendiren yönü itibariyle usulüne uygun kamulaştırma işlemleri ile mülkiyet hakkına müdahale, mezkur ilkenin en bariz ve tipik örneklerindedir.²⁶² Kamulaştırma tipik örneği olsa dahi bu koşulun gerçekleşmesi için tasarrufun nasıl nitelendiğinin önemi yoktur.²⁶³ Kamulaştırma bölümünde detaylı olarak bahsedileceği üzere, bu işlemlerle beraber malikin tasarruf hakkı ortadan kalmakta ve mülkiyet idareye geçmektedir. Bu durumda malikin kamulaştırılan taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı külli olarak son bulmakta, mülksüzleştirme gerçekleşmektedir.

Yoksun bırakmanın meşru olması onun hukukilik ve kamu yararı ölçütlerine uyumu ile sağlanmaktadır. Mahkemenin kamu yararı ölçütünü geniş yorumlamaya yatkın olduğu görülmektedir. Nitekim James/Bileşik Krallık davasında Mahkeme, Sözleşmenin birçok kavramının özerk niteliğine atıf yaparak kamu yararı kavramını genişletmeye meyletmiştir.²⁶⁴ Doktrinde kamu yararının geniş değerlendirilmesinin insan hakları mantığına ters düştüğü belirtilmektedir.²⁶⁵ Zira bir sınırlama ölçütünün geniş yorumlanması hakkın güvencesine ilişkin denetimde şüphe oluşturacaktır. Bununla

²⁵⁸ Papamichalopoulos ve diğerleri/Yunanistan, Başv. No: 14556/89, 24.06.1993, para. 41-44: Donanma Fonu tarafından, başvuruçuların arsalarına yasaya dayanarak el konulmuş ancak resmi bir kamulaştırma işlemi gerçekleşmese de fiilen kamulaştırmanın gerçekleştiği ve tazminat ödenmediği, sonuç olarak da mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

²⁵⁹ B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 103

²⁶⁰ Cars, Frisk, s. 34

²⁶¹ Hüseyin Kaplan/Türkiye, B. No: 24508/09, 01.10.2013, para.38; Scordino / İtalya, B. No.: 36815/97, 15.07.2004, para. 71; Matos e Silva, Lda, ve Diğerleri / Portekiz, 16.09.1996, para. 85.

²⁶² B. Gemalmaz, *El Kitapları*, s. 103

²⁶³ Örneğin Milhau/Fransa, B. No: 4944/11, 10.7.2014 davasında: Eski eş tarafından boşanma ile maddi durumundaki bozulmanın giderilmesi için açılan maddi tazminat davasında, başvuran sahip olduğu villalardan birinin eski eşine devrine hükmedilmesinin, mülkiyet hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Nitekim Mahkeme de; başvuranın, tazminat miktarını, toplu ödemeye karşılık malvarlığı olduğu için, kanunun öngördüğü meşru amaca bu uygulama olmaksızın da ulaşılabileceğinden ihlal kararı vermiştir.

²⁶⁴ James/Bileşik Krallık, para. 42

²⁶⁵ B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 477; Pauliat, a.g.m., s. 277-280.

beraber Mahkemenin, mülkiyetten yoksun bırakma durumunda, kamu yararının bulunmadığına ilişkin tespitleri de vakidir.²⁶⁶

Bu ilkenin mevcudiyeti halinde malike bir tazminat ödenmesi gerektiğinden vasıflandırma önem arz etmektedir.²⁶⁷

2.2.1.3. Mülkiyetin Kullanımını Kontrolü

Mülkiyet hakkına müdahalenin özel türlerinden bir diğeri mülkiyetin kullanımının kontrolü/düzenlenmesidir. Bu özel durum Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin 2. fıkrasına tekabül etmektedir.

Bu ilkenin mevcudiyetinde mülkiyet tam olarak kaybedilmemiştir. Ancak malikin hakları kamu yararı gözetilerek yeniden düzenlenmiş ve sınırlandırılmıştır.²⁶⁸ Örneğin idari irtifaklar; malik olunan arsada inşaat yapamamak, bina yüksekliğinin imar izinleri doğrultusunda belirli kat sayısını geçememesi, şerefiye, inşaat vergisi, emlak vergisi, veraset ve intikal vergisi²⁶⁹, cezai ve önleyici tedbirler; yasadışı faaliyetlerden ötürü mallara el konulması, müsadere²⁷⁰ ayrıca kira kontrolleri²⁷¹, ruhsat iptali²⁷², vergiler²⁷³, iflas kararı AİHM kararları ile üçüncü kural vasıflandırmasına dahil olan bazı konulardır.

Bu ilkede şu belirtilmelidir; mülkiyet hakkına müdahale asla mülkten yoksun bırakmaya sebep olacak nitelikte olmamalıdır. Mülkiyetten yoksun bırakmada ikinci ve üçüncü kural arasındaki farkı belirlemek müdahalenin yoğunluğu ve süresinin ayırt edici unsur olarak

²⁶⁶Zwierzynski/Polonya, para. 72; Pauliat, a.g.m., s. 277-280.

²⁶⁷B. Gemalmaz, *El Kitapları Serisi-6*, s. 104

²⁶⁸AYM, Hanife Ensaroğlu Başvurusu, No. 2014/14195, 20/09/2017, para. 51

²⁶⁹Örücü, *Taşınmaz Mülkiyeti*, s. 524

²⁷⁰Handyside, para. 63

²⁷¹Mellacher ve diğerleri, para. 44

²⁷² Tre Traktörer Aktiebolag/İsveç, 07.07.1989, para. 55; Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd./Polonya, B. No.: 51728/99, 28.07.2005, para. 48,

²⁷³Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH / Hollanda, B. No: 15375/89, 23.02.1995, para. 59

kullanılması ile sağlanmaktadır.²⁷⁴ Dolayısıyla denilebilir ki üçüncü kuralın, kapsamı ikinci kural ile karşılaştırılarak belirlenmektedir.²⁷⁵

İmar uygulamalarıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler, kural olarak mülkiyetin kamu yararına kullanılmasının kontrolü (veya düzenlenmesi) kapsamında görülmektedir.²⁷⁶ AİHM bölgesel planlama ve çevre koruma politikalarında devletlerin takdir yetkisini oldukça geniş tutmuştur.²⁷⁷ Takdir yetkisi ile müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verilmektedir. Ancak bu gerekliliğin sınırları ise ulusal makamlarca “zorunluluk” arz eden durumlarla sağlanabilmektedir²⁷⁸ ve fakat takdir yetkisi kamu yararından kaynaklandığından bizi kamu yararı ile bireysel yararın karşılaştığı noktaya tekrar vardırılmaktadır. Kamunun ve bireyin menfaatinin çatışıp çatışmadığı daima tartışma konusu olmuştur. Ancak AİHM’in üçüncü kişilerin bireysel yararlarını da kamu yararı kapsamında değerlendirmesi, aslolanın bireysel yarar üzerine inşa edilen bir kamu yararı olduğudur. Nihayetinde amaç insan haklarına uygun demokratik düzenin gelişmesidir.²⁷⁹

Burada tazminat müdahalenin ölçülü olup olmadığı konusunda belirleyici bir faktör değildir. Dahası vasıflandırmanın üçüncü kural olduğu çoğu durumda tazminat ödenmemektedir.²⁸⁰ Üzerinde durulan husus yeterli usuli güvencelerle müdahalenin katlanılabilir düzeyde olup olmadığıdır.²⁸¹ Ancak vasıflandırmanın salt üçüncü kural olduğu durumlarda kategorik bir tazminat yokluğu da doğru değildir. Zira müdahalenin mevcudiyeti kati olduğu gibi, malvarlığında azalma da beraberinde gelmektedir. AİHM

²⁷⁴B. Gemalmaz, *El Kitabı Serisi-6*, s. 105

²⁷⁵Boyar, a.g.m., s. 525

²⁷⁶Balıkçioğlu ve Yazıcıoğlu, para 37., Süleyman Günaydın, B. No: 2014/4870, 16/6/2016, para. 65: “*imar mevzuatı nedeniyle ruhsatsız ve ruhsata bağlanması mümkün olmayan yapıların yıkılması şeklinde gerçekleşen müdahalenin mülkiyetin kullanımını kontrol/düzenleme suretiyle mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği değerlendirilmiştir.*”

²⁷⁷Depalle/Fransa, B. No:34044/02, 29/3/2010, para 84

²⁷⁸Handyside, para. 48, daha fazla bilgi için bkz: B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 449

²⁷⁹B. Gemalmaz, *a.g.e.t.*, s.477-478

²⁸⁰Boyar, a.g.m., s. 523

²⁸¹B. Gemalmaz, *El Kitapları Serisi-6*, s. 106

için bu yaklaşımı çoğaltmak mümkün değilse de az da olsa tazminat kararlarına rastlamak mümkündür.²⁸²

Üçüncü kuralı oluşturan bu düzenleme, devletlere kişilerin malvarlığına ilişkin olarak kamu yararı amacıyla kullanım kontrolü ile *vergi, diğer yükümlülüklerin veya para cezalarının* ödenmesi için düzenleme yapma yetkilerini vermektedir. Burada yasallık ilkesi her iki yetki açısından yine hayati öneme sahip olmaktadır.²⁸³ Dolayısıyla bu kural kapsamında hukukilik kriteri, adil denge ve kamu yararı ölçütlerine²⁸⁴ riayet, usuli güvenceyi sağlamaktadır.

2.2.2. AİHM'e Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalelerin Meşruiyeti İçin Gerekli Koşullar

2.2.2.1. Hukukilik

Mahkemenin, ihlal iddialı bir başvurunun meşru olup olmadığını değerlendirirken öncelikle incelediği husus müdahalenin iç hukuktaki dayanağıdır. Bu iç hukuk kanun olabileceği gibi alt dereceli normları da kapsamaktadır ve içtihadi hukuk dahi bu kapsamda değerlendirilmektedir.²⁸⁵

Müdahalede keyfiliğin önlenmesi adına var olan bu koşula²⁸⁶ göre “*yasallık ya da hukuki kesinlik*” ilkesine dair mülkiyet hakkı bağlamı ile ilgili olarak *Iatridis/Yunanistan* davası yol göstericidir. AİHM için devletlerin hukukilik ilkesinin önemi öyle önceliklidir ki ilkeye uygunluk sağlanmadığı takdirde sonraki adımlara geçerek meşru amaç, orantısallık

²⁸²The Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye, B. No: 40998/98, para. 96, 99-101; B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 536

²⁸³Dinç, *Malvarlığı Hakları*, s. 123

²⁸⁴Boyar, a.g.m., s. 525

²⁸⁵H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge” İlkesi*, Prof. Dr. İlhan Özay’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Legal Yayın, 2011, s. 647-672; *Malonei/İngiltere*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, para. 66-68

²⁸⁶Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 324

da incelenmemektedir.²⁸⁷ Müdahalenin türü olarak üç kuralın tamamında bu ölçüt incelenmektedir.

Ancak bu ilkedeki sorun şu halde ortaya çıkmaktadır: İç hukuktaki yasal dayanağın salt varlığı, hukukilik ilkesini karşılamaya yeter mi? AİHM'e göre hukukilik ilkesi, demokratik toplumun temelini oluşturan hukukun üstünlüğüne dayanmaktadır. Hukukun üstünlüğünün salt kanun varlığı ile sağlanması Mahkeme'nin mantığına da ters düşmektedir. Nitekim başvurular salt yasanın yokluğuna dair olmamaktadır. Dahası kanunun sorgulanamayacağı sistemin varlığı hukuk devleti ve Sözleşmenin dinamiği "*pratik ve etkililiğini*" de anlamsız kılacaktır. Ancak Mahkeme; iç hukuktaki yasal dayanağın salt varlığını, meşruiyete (müdahalenin uygunluğu) karşılık gelmediğini, yasanın niteliğinin sorun olabileceğini belirtmektedir.²⁸⁸ Mahkemenin uzun süredir beslediği yaklaşım, hukuk devletinin üstünlüğüne dairdir. Hukukun üstünlüğünün olduğu bir sistemde; kararlarda ve uygulamada, keyfiliğe yer olmayacak şekilde yetkili merciler tarafından uygun bir usulün bulunması gerektiğini belirtir.²⁸⁹ Hukukilik ilkesi; iç hukukun ulaşılabilir, kesin ve öngörülebilir ölçütleri ile sağlanmaktadır.²⁹⁰

Ulaşılabilirlik, kişi açısından yeterli derece erişilebilirliğe karşılık gelmektedir. Öngörülebilirlik ise; belirli koşullarda, kişilerin eylemlerinin sonuçlarını öncesinden görebilmesini, iç hukukun açıklığı ve netliği sayesinde kişilerin davranışlarını yönlendirebilecek niteliği haiz olmayı ifade eder.²⁹¹

De facto kamulaştırma (fiili kamulaştırma) davalarından olan *Carbonaara ve Ventura* kararı, hukukilik ilkesine dair olduğundan önem arz etmektedir. Mahkeme; de facto kamulaştırmaya ilişkin, içtihadın tutarsız şekilde ilerlemesinin sonuçların öngörülemezliğine veya keyfiliğine neden olduğunu belirtmiştir. Bu tutarsızlık hali ile

²⁸⁷Carss, a.g.e., s. 71; Grgiç ve Diğerleri, a.g.e., s. 14

²⁸⁸Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye, B. No: 34478/97, 09.01.2007, para. 51

²⁸⁹Iatridis/Yunanistan, B. No: 31107/96, 19.10.2000, para. 58; Former King of Greece ve diğerleri/Yunanistan, B. No: 25701/94, 23.11.2000, para. 79

²⁹⁰Hentrich-Fransa, B. No: 13616/88, 22.09.1994, para. 42; Lithgow/ Birleşik Krallık, 08.07.1986, para. 110; La Rosa ve Alba-İtalya, B. No: 58119/00, 11.10.2005, 11.10.2005, para. 76

²⁹¹The Sunday Times/Birleşik Krallık, B. No: 6538/74, 26.04.1979, para. 49; Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 5947/72, 25/3/1983, para. 86-88

içtihadî yeknesaklığın sağlanamaması, pek tabî kişiler açısından bilinmezliğe sebep olmakta ve hukukî belirlilik puslanmaktadır. Bu ise başvuruçuların haklarının etkin şekilde korunmasına engel olmakta ve bu durum hukukilik ilkesi (requirement of lawfulness) ile bağdaşmamaktadır.²⁹²

Yargı kararlarının icra edilmesi de hakeza hukukilik bağlamında değerlendirilebilir bir husustur.²⁹³ Zira yargı kararlarının icrası hukuk devletinin temeli niteliğindedir. Aksi bir hukukî sistem düşünülemez, bu durumda bahsedilecek bir hukuk sistemi de yoktur. Bununla birlikte AİHM, bu kıstası mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülülüğünde de değerlendirmektedir.²⁹⁴

Fraschino kararında adı geçen başvuruçucu, mülküne ait arazi için inşaat ruhsatı almadığından ulusal yargı makamlarına başvurmuş ve neticesinde dava lehine sonuçlanmıştır. Ancak idare yargı makamının verdiği karara rağmen imar ruhsatını vermeyerek, açıkça yargı kararına uymamıştır. Başvuruçucu, mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle konuyu AİHM'e taşımıştır. AİHM; idari makamların yargı kararlarını meşru bir sebebe dayanmadan uygulamamasını, hukukilik ilkesi ölçütüne tabî tutmuş ve başvuruçunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁹⁵

İzah edilen noktalarla birlikte, AİHM'in mülkiyet hakkının özerkliğini kabul etmesine rağmen iç hukukta korunmaya değer bir ekonomik menfaatin varlığını şart göstermesinin, bir tutarsızlık oluşturup oluşturmadığı sorusunu da beraberinde getirmektedir.²⁹⁶

²⁹²Carbonara ve Ventura/İtalya, B. No: 24638/94, 30.05.2000, para. 65-69-72. Ayrıca bkz: Belvedere Alberghiera S.R.L/İtalya, B. No: 31524/96, 30.08.2000, para.58

²⁹³Hornsby / Yunanistan, B. No: 18357/91, 19.03.1997, para. 41

²⁹⁴B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 468

²⁹⁵Fraschino/İtalya, B. No. 35227/97, 11.12.2003, para. 32-33

²⁹⁶B. Gemalmaz, *a.g.e.*, s. 135

2.2.2.2. Meşru Amaç: Kamu Yararı

Mülkiyet hakkının sınırlama ölçütü, AİHS Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin 1. fıkrasına göre “*kamu yararı/public interest*” ve 2. fıkrasına göre “*genel yarar/general interest*” olarak belirlenmiştir.

Teorik olarak kamu yararı toplumun ortak yararına ve menfaatine karşılık gelmek üzere kullanılmakta,²⁹⁷ uluslararası doktrin ve AİHM kavramsal farklılığa dikkat çekmemektedir.²⁹⁸ Keza AİHS rehberinde de görmekteyiz ki iki kavram birbiri yerine kullanılmaktadır.²⁹⁹ Türk hukukunda ise bu iki kavramın eş değer mi yoksa bir farklılığa mı hizmet ettiği üzerinde oldukça durulmuştur.³⁰⁰

Akkuş v. Türkiye kararında başvuru, kendisine kamulaştırma sebebiyle ödenen tazminat miktarının yetersiz olmasından ve bu ek kayba ilişkin enflasyon oranının da gözönünde bulundurulmadan karar verilmesinden dolayı mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla dosyayı AİHM'e götürmüştür. AİHM'in mülkiyet hakkının ihlaline karar verdiği gibi, burada kamu yararı ile genel yarar arasında bir farka gitmediği de açıkça görülmektedir. Şöyle ki:

“Başvurucunun şikayet ettiği gibi bir durum “mülkiyetinin kullanımından yararlanma hakkı vermek”le ilgilidir Mahkeme, genel menfaatlerin talebiyle, şahısların temel haklarının korunması zorunluluğu arasında hakça bir dengenin sürdürülüp sürdürülmediğini incelemek zorundadır; bu bağlamda, tazminatın ulusal kanunlar altında ödenebilirliği konusundaki şartlar ve kavramlar ve başvuru davası sırasında gösterdiği tavır, gözönüne alınmak zorundadır.

...Ulusal yetkililer, 17 aylık tazminat ödemesini sonraya bırakarak, tazminatın yetersizliğini göstermiş ve sonuçta mülkiyet hakkını korumak ile genel menfaatlerin gerekliliği arasındaki dengeyi bozmuşlardır.”³⁰¹

²⁹⁷Oktay Uygun, Demokrasinin Tarihsel, Felsefi Ve Ahlaki Boyutları, İnkılap, İstanbul, 2003, s. 306

²⁹⁸B. Gemalmaz, a.g.e., s. 475

²⁹⁹Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Protection of property, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2019, s. 23

³⁰⁰Bu husus mülkiyet hakkına ilişkin ulusal sınırlama rejimi kısmındaki kamu yararı bölümünde daha detaylıca incelenecektir.

³⁰¹*Akkuş/Türkiye*, B. No: 19263/92, 09.07.1997, para. 31; benzer diğer davalar için bkz: *Aka/Türkiye*, B. No:19639/92, 23.09.1998; *Scordino/İtalya*, B. No: 36813/97, 29/3/2006, para. 258; *Yetiş/Türkiye*, B. No: 40349/05, 6/7/2010, para. 57-60

Kamu yararı konusunda AİHM'in en önemli tavrı ulusal devletlere tanımış olduğu takdir yetkisidir. Bu konu AİHM'in mülkiyet hakkını nasıl yorumladığına ilişkin başlıkta ele alınmıştır. Kısaca belirtmek gerekirse AİHM'in içtihatla geliştirmiş olduğu ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrinine göre, AİHM mağduriyete ilişkin değerlendirmede, önceliği iç hukuka tanımıştır. Kamu yararında ise ulusal makamların öncelikle değerlendirmesine bırakmaktadır.

Bununla birlikte AİHM takdir yetkisini yargı kararları ile sınırlamayıp, “*ekonomik ve sosyal politikaları*” belirleme ve uygulama yetkisini haiz yasama organının işlemlerini de takdir yetkisi kapsamında değerlendirmektedir.³⁰² Dolayısıyla kamu yararının tespiti ve uygulaması yönündeki yasama organının ölçütlerini bu çerçevede makul görmektedir.

Kararlara bakıldığında da AİHM'in, ulusal organlar için takdir yetkisini geniş kabul ettiği görülmektedir. AİHM, ulusal makamların kamusal ihtiyaçların tespiti için daha isabetli karar verme olanağına sahip olmaları nedeniyle kendisini ikincil konumda bırakmaktadır. Bu bağlamda devletlerin kamu yararı ile ilgili takdir yetkisinin geniş olduğu vurgusuna ilişkin kararlar³⁰³ oldukça fazla olmakla beraber, kendisinin inceleme yetkisini de hatırlatmaktadır.³⁰⁴ Ancak bu geniş yorumlama ve yer yer sözleşme kavramlarının

³⁰²Güney Dinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Mülkiyet Hakkı*, TBB Dergisi, S. 51, 2004., s. 141; Mellacher/Avusturya, 1989

³⁰³Former King of Greece ve diğerleri/Yunanistan, B. No: 25701/94, 23.11.2020, para. 87: “*Mahkeme, topluları ve ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgi sahibi olmaları nedeniyle, ulusal makamların, neyin “kamu yararına” olduğunu takdir etme konusunda uluslararası yargıçlardan ilke olarak daha iyi konumda olduğu görüşündedir. Sözleşme tarafından oluşturulan koruma sistemi kapsamında, mülkten yoksun bırakma önlemlerini gerektiren, kamuyu ilgilendiren bir sorunun varlığına ilişkin ilk değerlendirmeyi yapmak ulusal makamların görevidir. Burada, Sözleşme'nin güvencelerinin uzandığı diğer alanlarda olduğu gibi, ulusal makamlar buna göre belirli bir takdir marjına sahiptir.*

Ayrıca, “kamu yararı” kavramı zorunlu olarak geniş kapsamlıdır. Özellikle, mülkü kamulaştıran yasaları çıkarma kararı, genellikle siyasi, ekonomik ve sosyal konuların dikkate alınmasını içerecektir. Sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasında yasama organının takdir yetkisinin geniş olması gerektiğini doğal bulan Mahkeme, yasama organının neyin “kamu yararına” olduğuna ilişkin kararına, bu karar açıkça makul bir temelden yoksun olmadıkça saygı duyacaktır”. Diğer kararların benzer ifadeler içermesi nedeniyle sadece birini açıkça yazıp diğerlerinin kısaca geçmeyi tercih ettik. Lithgow ve diğerleri/Bileşik Krallık, para. 122, 143,149, James ve diğerleri/ Bileşik Krallık, para. 46, Béláné Nagy/Macaristan, B. No: 53080/13, 13.12.2016, para. 123

³⁰⁴Sporrong ve Lönnroth/İsveç, B. No:7151/75, 12.12.1984, para. 69

birçoğunun özerk niteliği hatırlatarak, kamu yararına zımni bir özerklik atfetmek insan hakları bağlamında çelişkili bulunmuştur.³⁰⁵

AİHM'in; ulusal makamlara tanıdığı kamu yararına ilişkin takdir yetkisindeki genişlik, bu zamana dek kamu yararının olmaması sebebiyle ihlal karar verdiği az sayıda başvuru ile doğrulanmaktadır.³⁰⁶ Mülkiyet hakkına müdahaleler hakkın özüne dokunur nitelikte ise, Mahkeme; devletlerin takdir hakkını kısıtlayan bir incelemeyi tercih etmektedir.³⁰⁷

Bununla beraber bireyin ulusal mevzuat doğrultusundaki aldıkları tavra karşı, yargının normatif dayanağı olmaksızın müdahale etmesi; AİHM tarafından açıkça keyfilik olarak nitelenmesine ve mülkiyet hakkının ihlalinin tespitine yol açmıştır.³⁰⁸

Kamu yararını genel kabulden yola çıkarak toplumun ortak menfaati olarak tanımlamıştık. Ancak toplumun ortak menfaatinin nasıl yorumlandığı konusunda AİHM yol göstericidir. Çünkü AİHM'in kamu yararı kapsamında ele aldığı önemli bir nokta da, “*üçüncü şahsın bireysel menfaati*”dir.³⁰⁹ Esasında bireysel menfaatin korunması kamu çıkarına hizmet ettiği müddetçe ayrışan kavramlar değildir. Ancak kamu çıkarından kastının müdahale edilen mülkün; topluma arzı, kullanıma, yararlandırmaya açılmasının olmadığı, müdahalenin “*meşru sosyal ekonomik ve diğer politikalar*” gerçekleştirme şartıyla kamu yararına ulaşabileceğini kabul etmiştir.³¹⁰

2.2.2.3. Ölçülülük-Adil Denge

Mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığı, günümüz itibariyle sınırlanabilir nitelikte olduğu buraya kadarki izah çerçevesinde malumdur. Bu sınırlanabilir hakka müdahalenin ne yoğunlukta olması gerektiğinin ve sınırını belirlemeye ilişkin Mahkemenin hangi

³⁰⁵B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 476

³⁰⁶B. Gemalmaz, a.g.e., s. 482; kararlar için bkz: S.A. Dangeville v. France, para. 47,53,58.

³⁰⁷Dinç, *Sorularla AİHS*, s. 625; Zwierznski/Polonya, para. 72

³⁰⁸B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı* s. 474, Sojus Trade Company GmbH and Deutsche Consulting GmbH /Almanya , B. No. 32411/96, 20.04.1999.

³⁰⁹B. Gemalmaz, a.g.e, s. 477

³¹⁰James ve diğerleri/Bileşik Krallık, 21.02.1986, para. 39, ayrıca bkz. benzer yorumla James kararına atıf yapılan Association of General Practitioners/Danimarka, B. No: 12947/87, 12.07.1989, para. 1, The Former King of Greece ve diğerleri/ Yunanistan, B. No: 25701/94, para. 87

enstrümanı kullandığının cevabı ise, “ölçülülük/orantılısalık”tır. Zira mülkiyet hakkına müdahale, salt meşru amaç (kamu yararı) ile meşruiyet kazanmamaktadır.

Kıta Avrupası idare hukukundan mülhem orantısallık teriminin ortaya çıktığı ilk yerin Alman Anayasa Mahkemesi olduğu görülmektedir. Akabinde Avrupa hukuk sistemlerinde varlık göstermiştir.³¹¹ Fransa’da ölçülülük denetiminde kullanılan “yarar-zarar bilançosu” ilkesi³¹² ise özellikle kamulaştırma kararlarındaki kamu yararı ölçüsünü belirlerken kullanılmaktadır.³¹³

Mülkiyet hakkının düzenlendiği AİHS Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinde ise ölçülülük ilkesi var olmamasına rağmen, Mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiştir.³¹⁴ Mahkeme genelde temel hak ve özgürlüklerin özelde mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında, kamu yararının gerekleri ile kişinin hak ve özgürlüklerinin korunması arasında denge kurulması gerektiği üzerinde durmaktadır.³¹⁵

Bir diğer adıyla orantısallık olan ölçülülük koşuluna³¹⁶ göre ihlal iddialı konu AİHM tarafından incelenirken, ulusal makamların takdir yetkisinin bu ilkeye uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı konusunda da değerlendirme yapılır. Bir başka deyişle ulusal makamların tasarruflarındaki amaçlanan durum (kamu yararı) ile kullanılan yöntem (müdahale) arasında “*makul*” ve “*denge*” koşullarının olup olmadığı incelenir.³¹⁷

Ölçülülük ilkesinin Mahkeme’nin başka kararlarında “*adil denge*” olarak ifade edildiği de olmuştur. Mahkeme adil dengeyi; başvurucu açısından “olağan dışı ve aşırı” bir yük

³¹¹Dağlı, a.g.e., s. 94

³¹²Gözler, a.g.e. s. 971

³¹³Gözler, a.g.e., s. 971

³¹⁴Mahkeme, mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla incelediği bir başvuruda; salt kamu yararının varlığının müdahalenin meşruiyeti için yeterli olmadığını aynı zamanda, ulaşılmak istenen amaç ile araç arasında makul bir orantının zorunluluğuna işaret etmiştir. Bkz. Lithgow ve diğerleri/Birleşik Krallık

³¹⁵Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin y. Ankara, 2002., s.160.

³¹⁶Metinde ahenk sağlanması için bundan sonra ölçülülük olarak geçecektir. Sözleşmedeki “demokratik toplum düzeni”nin bir gereği olarak değerlendirilmektedir.

³¹⁷Van marle ve diğerleri/Hollanda, B. No: 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, 26.02.1986, para. 43; Ashingdane/Birleşik Krallık, B. No: 8225/78, 28.05.1985, para. 57; Allan Jacobson/ İsveç, B. No: 10842/84, 25.10.1989, para. 55.

altında bırakmaması koşulu ile sağlamaktadır.³¹⁸ Bireyi mülkünden yoksun bırakan bir eylemi, salt “kamu yararı” ölçütüne tabi tutmak yeterli değildir, bununla beraber müdahale yöntemi ile “meşru amaç” arasında orantının mevcudiyeti de gereklidir.³¹⁹

N.A ve Diğerleri-Türkiye davasında da başvuruçuların mülklerinden yoksun bırakılması ve kamu yararından kaynaklı olmasına rağmen tazminat ödenmemesi adil denge ilkesine aykırılık teşkil etmekte ve mülk sahiplerine ölçsüz bir külfet yüklemektedir.³²⁰

Müdahale ile meşru amaç arasındaki ölçülülüğe ilişkin belirlemeler de; meşru amaç için müdahalenin “*gerekli, yerinde ve toplumsal ihtiyacı karşılarken müdahale edilen bireysel hakla dengeli olup olmadığı*” incelemelerine tabi tutulur.³²¹ Ancak bu durum bizi ister istemez idarenin eylemlerinin yerindelik denetimine savurmaktadır. Mahkeme her ne kadar ulusal makamların takdir yetkisi konusunda daimi bir hatırlatma yapıp takdir yetkisi konusunda oldukça geniş bir alan bırakmış olsa da konunun geçişkenliği itibariyle kendisinin de incelemeye yapabileceğini göstermiştir.³²²

Mahkeme, gerekliliği; meşru amacın gerçekleştirilmesi için bir başka seçeneği olmamasından yola çıkarak ölçmektedir. Meşru amacı gerçekleştirmek için bir başka daha az şiddetli müdahale imkanı varsa, müdahalenin gereklilik arz etmediği kanaatindedir. Bu halde devletler öncelikle olağan sınırlama yöntemlerini denemek zorundadır.³²³

Mahkeme'nin en yaygın kullandığı denge enstrümanı ise tazminattır. Ancak bu demek değildir ki tazminat ödendiği takdirde mülkiyet hakkına müdahale kolaylıkla yapılabilir.

³¹⁸Sporrong ve Lönnroth/İsveç, B. No:7151/75, 12.12.1984, para. 69; Akkuş/Türkiye, B. No: 19263/92, 09.07.1997, para27,

³¹⁹Dinç, *AİHS ve Malvarlığı Hakları*, s. 61

³²⁰N.A. ve Diğerleri-Türkiye, B. No: 37451/97, 11.10.2005.

³²¹Gözübüyük, Gölçüklü, a.g.e., s. 146

³²²Sporrong and Lönnroth/ İsviçre, para. 69

³²³M. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s. 38-39

Sayılan ölçütlerin ve amacın kümülatif varlığı ile adil dengenin sağlanması amaçlanmaktadır.³²⁴

Tazminat Ödeme

Protokolün hazırlık aşamasında bir tazminat yükümlülüğü öngörülmüş ve görüşülmüş olsa da bu maddeye İngiltere, Fransa, İsveç, Türkiye karşı çıkmıştır³²⁵ ve açıkça yer almamıştır. Ancak bu unsurun Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesindeki varlığının zımni olduğu kabul edilmiştir.³²⁶ Zira mülkiyetin “*paraya çevrilebilir olma*” niteliğinde³²⁷ bu unsurun bulunmadığı söylenemez. AİHM'e göre de bu durumda maddeden umulan amaç hasıl olmayacak ve istenen güvence hayat bulamamış, “*hayali*” ve “*etkisiz*” kalmış olacaktır.³²⁸

Tazminat yokluğunu kabul edersek hakkın özüne dokunulmuş olacaktır. Oysa anılan belirli şartlar dahilinde sınırlandırma her ne kadar meşru olsa da her halükârda müdahalenin öze dokunmaması gerekir.³²⁹ Meşru amaç (kamu yararı) güdülse dahi salt bu unsur müdahaleyi meşrulaştırmaya yetmeyecektir.³³⁰ Ki amacı kamu yararı olan kamulaştırma işlemi müdahale türlerinden ikinci kuralın (yoksun bırakma) tipik örneklerinden olduğundan ilgili bölümde bahsetmiştik. Kamulaştırma karşılığında bir bedel³³¹ ile hakkın özüne müdahale engellenmiş olacak ve tazminat oranını değerlendirilerek ölçülülük sağlanmış olacaktır.

Mahkeme tazminatı o kadar önemsemektedir ki kıyı bölgelerinin ve ormanların korunmasını, müdahale için meşru bir amaç görse de bu şartlarda bile karşılıksız bir

³²⁴B. Gemalmaz, *Adil Denge İlkesi*, s. 656

³²⁵Boyar, a.g.m., s. 520

³²⁶Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 325.

³²⁷Örücü, *Taşınmaz Mülkiyeti*, s. 61

³²⁸James ve diğerleri/ Bileşik Krallık, B. No: 8793/79, 21.02.1986; Lithgow ve diğerleri/Bileşik Krallık, B. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81; 9266/81; 9313/81, 08.07.1986

³²⁹Winterwerp/Hollanda, B. No: 6301/73, 24.10.1979, para 60-75; Ashingdane/ Bileşik Krallık, B. No: 8225/78, 28.05.1985, para. 57-59/3

³³⁰James; para 50: “*Bir kimseyi mülkiyetinden yoksun bırakan bir tasarruf, sadece prensipte ve de fiiliyatta kamu yararı meşru amacını izlemekle kalmamalı, fakat aynı zamanda kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurmalıdır.*”

³³¹Keza Anayasanın 46 ıncı maddesi kamulaştırma için gerçek karşılık ilkesini öngörümüştür.

şekilde özel mülkiyete müdahaleyi hakkın özüne müdahale olarak değerlendirmektedir
332

Ancak istisnai de olsa tazminatın ödenmesine gerek olmayan müdahaleleri mahkemenin kabul ettiği görülmektedir. *James/Bileşik Krallık* davasında; “*Mahkeme, Sözleşmecî devletlerin hukuki sistemleri içinde, kamu yararı halinde bir mülkün tazminat ödenmeden alınmasının, ancak istisnai haller dahilinde mümkün olabileceğini*” belirtir.³³³

Ancak mahkeme birkaç kararın yol göstericiliği dışında bunlara ilişkin belirli, standart bir tasnif de yapmamıştır.³³⁴

Tazminatın hakkın özü ile doğrudan ilişkisinin kabulünün ardından belirlenmesi gereken, tazminatın ne kadar ödenmesi ve bunun ne şekilde belirlendiğidir. AİHM’in tazmin edilmesi gereken taşınmazın değeri konusunda piyasa değeri (gerçek değer) ölçütünü benimsediği söylenemez. Her koşulda tam tazminin güvence edilmediği, *piyasa değerine makul oranda yakın bedelin*³³⁵ tazmininin yeterli kabul edildiği söylenebilir. *James/Bileşik Krallık davasında* şikayetlerden biri başvuruçuların mülklerinin piyasa değerinin verilmemesi idi. Ancak mahkeme ulusal makamların takdir marjını göz önünde bulundurarak bireysel yarar ile kamu yararı arasındaki adil dengenin sağlanamamış olduğuna dair iddiayı haklı bulmamıştır.³³⁶

AİHM’in kamulaştırma hususunda baktığı birçok dava ulusal makamların kıymet takdirinin düşüklüğü (*piyasa değeri ile eşleşmeyen*) sebebiyledir. Ancak ulusal makamların takdir marjını önemseyen Mahkeme, kıymet takdirlerine de itibar etmektedir.

³³²Lazaridi / Yunanistan, B. No. 31282/ 04, 13.07.2006, para. 34; Ansay/Türkiye, B. No: 49908/99, 02.03.2006; Temel Conta Sanayi Ve Ticaret A.Ş./Türkiye, para. 42; Cin ve diğerleri/Türkiye, B. No. 305/03, 10.11.2009; Abacı/Türkiye, B. No. 33431/02, 07.10.2008, daha fazlası için bkz B. Gemalmaz, *El Kitapları Serisi-6*, s. 143.

³³³James ve diğerleri/ Bileşik Krallık, B. No: 8793/79, 21.02.1986, para. 54,

³³⁴B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 543; Kutsal Manastır/Yunanistan, B. No: 13092/87;13984/88, 09.12.1994, para. 73

³³⁵Pincova ve Pinc/Çek Cumhuriyeti, B. No: 36548/97, 05.02.2003, para. 53, Gashi/Hırvatistan, B: No: 32457/05, 13.12.2007, para. 41; Guiso-Gallisay/İtalya, B. No. 58858/00, 22.12.2009, para. 103

³³⁶James, para. 55 ayrıca bkz: Lithgow ve Diğerleri/Bileşik Krallık, para. 121

Mahkemenin kamulaştırma işlemlerinde meşru “*ekonomik, sosyal, siyasi ve diğer haklı sebeplere*” dayanması neticesinde düşük bir bedeli makul görebilmektedir. Fakat bu halde dahi başvuru için açık bir orantısız külfete yol açmamalıdır. Nitekim Mahkeme, ulusal makamların reform amacına rağmen taşınmazın gerçek değerinin %2 oranındaki tazminat değerini mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirmiştir.³³⁷ Ancak bahsedilen meşru amaçlar gerekçelendirilemediğinde, bilirkişi ile yetkili ulusal makamların belirlediği kıymet takdirindeki fark mülkiyet hakkını ihlal etmektedir.³³⁸

Mahkeme kamulaştırma işlemlerinde gerçek değer yerine, değeriyle makul olan bedeli makbul bulmakta ve böylece adil dengenin kurulduğunu kabul etmektedir.³³⁹ Bu hususta Mahkeme piyasa değerinin tazmin hakkını her zaman için garanti etmemektedir.³⁴⁰

AİHM’in bu konuda incelediği diğer bir husus da süredir. Tazminat ödenmesinin gecikmesi sürecindeki enflasyon farkını da mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu konuda *Akkuş-Türkiye* kararında tazminatın yetersizliğin adil dengeyi bozduğuna şu ifadelerle tespit etmiştir:

“Ullusal yetkililer, 17 aylık tazminat ödemesini sonraya bırakarak, tazminatın yetersizliğini göstermiş ve sonuçta mülkiyet hakkını korumak ile genel menfaatlerin gerekliliği arasındaki dengeyi bozmuşlardır.”³⁴¹

Guiso-Gallisay/İtalya davasında da başvuruçunun taşınmazına hukuka aykırı bir şekilde el atılmıştır. Mahkeme, başvuruçunun tazmin miktarının mülkiyet hakkını kaybettiği tarihteki tam bedele denk olması gerektiğini belirtir. Ancak taşınmaza uzun süre önce el

³³⁷Broniowski/Polonya, B. No: 31443/96, 22/6/2004, para. 186

³³⁸Scordino / İtalya, B. No:36813/97, 29.03.2006, para, 99-103

³³⁹AYM, Devicioğlu/ Türkiye, B. No: 17203/03, 24.11.2009, para. 39

³⁴⁰ Broniowski / Polonya, para. 166-182 :” *Demokratik bir toplumdaki görüşlerin meşru olarak değişebileceği karmaşık siyasi, ekonomik ve sosyal sorunların değerlendirilmesini içeren durumlarda, Sözleşmeciler Devletlere, reformlar tarafından izlenen amaçlara ulaşmak için tasarlanan tedbirlerin seçiminde geniş bir takdir payı tanınmalıdır. İdareye kapsamlı bir değerlendirme marjı tanınmalıdır. Tedbirlerin seçimi, zorunlu olarak, mülkün alınması veya iadesi için tazminatı piyasa değerinin altında bir düzeye sınırlayan kararları içerebilir. Dolayısıyla, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi, her koşulda tam tazminat hakkını garanti etmez.*”

³⁴¹Akkuş/Türkiye, B. No: 19263/92, 09.07.1997, para. 31

atıldığından geçen zaman içerisinde enflasyondan kaynaklanan kayıpları telafi edecek miktarda faiz ödenmesi gerektiğini kabul etmektedir.³⁴²

AİHM'in yukarıda izah edildiği üzere her dava bazında farklı yaklaşımı mevcuttur. Ancak “*taşınmazın değerine makul oranda bir bedel*” ölçütü başat unsurdur denilebilir.

2.3. TÜRK HUKUKU'NDA MÜLKİYET HAKKININ GÜVENCESİ

2.3.1. Genel Olarak

Konumuz itibariyle burada anayasal güvencesi olan mülkiyet hakkını anayasa hukuku bağlamında inceleyeceğiz. Bu sebeple diğer hukuk disiplinlerindeki sebep-sonuç, teori-pratik yansımalarına değinmekten kasıtlı olarak imtina edeceğiz.

Anayasanın devlet niteliklerinin belirlenmiş olduğu başlangıç kısmında ve 2. maddesinde özel mülkiyet hakkından söz edilmemiştir. Ancak mülkiyet hakkı, 2. maddedeki cumhuriyetin nitelikleri olan demokratik, sosyal, hukuk devletinin gereği bir koşuldur.³⁴³ AYM de mülkiyet hakkının hukukça tanınmaması, kamu yararı iddiası ile olsa dahi, demokratik bir hukuk devletiyle bağdaşmadığını/bağdaşamayacağını belirtmiştir.³⁴⁴

Devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin Anayasanın 5. maddesi de bu bağlamda dikkat çeken bir diğer maddedir. Cumhuriyet ve demokrasi vurgusu ile kişilerin ve toplumun refahının eş zamanlılığı, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sosyal hukuk devletine aykırı olmasının engellenmesi, hakeza insanın maddi manevi gelişimi için mülkiyet hakkının mecburiyeti bu kapsamda ilave olarak okunabilecek güçlü vurguda bir düzenlemedir.

³⁴²Guiso-Gallisay/İtalya, B. No. 58858/00, 22.12.2009, para. 103-105, ayrıca bkz. Czajkowskave diğerleri/Polonya, B. No: 166651/05, 13.07.2010, para. 62

³⁴³Gürkan Çelebican, “*Anayasanın 38. Maddesine İlişkin İptal Kararı Üzerine*”, Prof. Dr. Bülent Nuri Esen'e Armağan A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara, 1977, s. 141; Yılmazoğlu, Perdecioğlu, a.g.e., Danışma Meclisinin Kabul Ettiği Metnin Gerekçesi, s. 203

³⁴⁴AYM, E: 1976/38, K: 1976/46, 12.10.1976

Mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde ise açıkça düzenlenmiştir. Maddeye göre mülkiyet ve miras hakkı “herkes” içindir, bu kapsama özel kişiler dahil olduğu gibi tüzel kişiler ve devlet de dahildir³⁴⁵ ve ancak kamu yararı sebebiyle sınırlandırılabilir.

Anayasanın 12. maddesi ise temel hak ve hürriyetlerin bir diğer yönü olan sorumluluk ve ödev vasfını belirtmektedir. Madde gerekçesinde de, bireylerin hak ve özgürlükleri kullanma yetkisinin yanı sıra hakkın ödevlerinin de bulunduğu ve zorunluk arz ettiği ifade edilmiştir. Bu yaklaşım esasında hakların yetki ve ödevlerden oluştuğuna ilişkin yaklaşımın somut bir örneğidir ve sosyal devlet ilkesini beslemektedir.³⁴⁶

2.3.2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında Mülkiyet Hakkı

2.3.2.1. 1876 ve 1921 Anayasası

1876 yılında ilan edilen Kanuni Esasi Osmanlı Devleti'nin ilk ve son anayasası olması itibariyle önemlidir. İlanı ile birlikte Birinci Meşrutiyeti başlatan Kanuni Esasi, II. Abdulhamid'in fermanı ile ortaya çıktığından “ferman anayasa” niteliğini haizdir.³⁴⁷

Kanunu Esasi'nin 9. ve 26. maddeleri arasında hak ve özgürlükler düzenlenmiştir. Mezkur maddeler arasındaki hak ve özgürlükler, Türk hukukunda liberal ve Batılı klasik esaslara uygun olarak listelenerek bir ilki de oluşturmaktaydı.³⁴⁸ Ancak hakların güvencesiz olması bu Anayasanın özelliklerinden biriydi³⁴⁹ ve bu da Anayasayı nitelik açısından istenen düzeye çıkarmamakta idi.

Konumuz itibariyle mülkiyet hakkı, Kanuni Esasi'de 21. maddede düzenlenmiştir. 21. maddeye göre: *Herkes, usulen kullanım hakkı kendinde olan maldan ve mülkten emindir.*

³⁴⁵AYM, E: 1994/49, K: 1994/45-2, 07.07.1994.

³⁴⁶Sosyal devletin bir boyutu olan temel hakların sosyal yükümlülüğüne ilişkin bkz. Zafer Gören, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, *Anayasa Mahkemesi Yayınları, Anayasa Yargısı*, C. 14, Ankara, 1997, s. 98

³⁴⁷Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 5. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1979, s. 28; Tuğrul, a.g.e., s. 54, 61

³⁴⁸Kapani, a.g.e., s. 97

³⁴⁹Kapani, a.g.e., s. 97

*Kamu yararı için gereği sabit olmadıkça ve kanunu uyarınca değeri peşin verilmedikçe, kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz.”*³⁵⁰ şeklinde ifade edilmiştir.

20 Ocak 1921 tarihinde kabul edilen "Teşkilat Esasiye Kanunu" savaş şartlarından dolayı kapsamlı olamamış ancak ivedi işler için gerekli hükümleri içermekle kalmıştır. Bu sebeple mülkiyet hakkı da dahil olmak üzere temel haklarla ilgili hükümler mevcut değildir.³⁵¹ Ancak 1924 Anayasasına dek 1876 tarihli Kanuni Esasi ile 1921 tarihli Teşkilat Esasiye'nin birlikte yürürlükte oldukları kabul edildiğinden Kanun-u Esasi'nin, 1921 Anayasası'na aykırı olmayan maddeleri yürürlükte sayılmıştır.³⁵² Bu sebeple Kanuni Esasi'nin mülkiyet bağlamında yaklaşımı 1921 Anayasasında da aynen devam etmiştir.

2.3.2.2. 1924 Anayasası

Fransız İhtilali ve 18. yy felsefesinden mülhem tabii hukuk doktrini çerçevesinde düzenlenmiş 1924 Anayasasına, liberal mülkiyet anlayışı hakimdir.³⁵³ Hürriyet tanımı ise yine 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden iktibasla 1924 Anayasasında yer almıştır.³⁵⁴

Mülkiyet hakkı da bu sıralamada yer almış ve 70. maddede düzenlemiştir. Ayrıca mülkiyet hakkı ihtiva eden çeşitli hükümler de mevcuttu. Bunlar şu şekildedir:

“Madde 70: Şahsi masuniyet, vicdan, tefekkür, kelim, neşir, seyahat, akit, sayü amel, temellük ve tasarruf, içtima, cemiyet, şirket, hak ve hürriyetleri Türklerin hukukuna tabidir.

Madde 71: Can, mal, ırz, mesken her türlü taarruzdan masundur.

*Madde 79: Ukudun, sayü amelin, temellük ve tasarrufun, içtimaatın, cemiyetlerin ve şirketlerin hududu hürriyeti kanunlar ile musarrahtır.”*³⁵⁵

1924 Anayasasında kanunların anayasaya uygunluğunun denetlendiği bir anayasal yargı sistemi bulunmamaktadır. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sisteminin yerleşmemiş olması, meclis çoğunluğunun oyuyla, hakların ölçsüz şekilde

³⁵⁰ Adil Şahin, *Türkiye’de Anayasalarda ve Anayasa Taslaklarında İnsan Hakları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 261

³⁵¹ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, 5. Bası, 1975, s. 332.

³⁵² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2019, s. 68

³⁵³ Kapani, a.g.e., s. 103

³⁵⁴ Soysal, a.g.e., s. 43-45

³⁵⁵ <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm> , Erişim Tarihi, 28.10.2021

sınırlandırılmasını mümkün kılmıştır. Bu durum da, temel hak ve özgürlükleri gerçek bir güvenceden yoksun bırakmaktadır.³⁵⁶

2.3.2.3. 1961 Anayasası

1961 Anayasası bir darbenin neticesi olarak ortaya çıkmıştır. Temsilciler Meclisi tarafından hazırlanan ve anayasa tarihimizde ilk kez³⁵⁷ halkoyuna sunulması özelliğine sahip 1961 Anayasası, 9 Temmuz 1961 tarihinde % 61,7 oranında “evet” oyuyla kabul edilmiştir.³⁵⁸

1961 Anayasasının hak ve özgürlüklere ilişkin tutumunun İtalya ve Federal Alman Anayasasından mülhem olduğu kabul edilmektedir. Bunun neticesi olarak temel hak ve hürriyetler; *kişi hak ve ödevleri, sosyal ve ekonomik hak ve ödevler, siyasi hak ve ödevler* olarak üç bölümde sistemleştirilmiştir.³⁵⁹

1961 Anayasasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin üzerinde durulması gereken belki de en önemli husus anayasaya uygunluk denetiminin getirilmiş olmasıdır. 1924 Anayasasında anayasanın üstünlüğü (103. madde) belirtilmiş olsa da kanunların anayasaya uygunluğunun denetlendiği bir sistemin yokluğu maddeyi sadece bir temenni haline çevirmekte idi. 1961 Anayasasıyla birlikte Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Bu bağlamda, anayasanın diğer kanunlardan üstünlüğünün ve dolayısıyla anayasanın bağlayıcılığı temelinden yola çıkarak, temel hak ve özgürlüklerle ilgili etkili bir sistem getirdiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda konumuz itibarıyla şu husus sarihtir: Meclis tarafından mülkiyet hakkına müdahale bir denetime tabi olmuştur.³⁶⁰

³⁵⁶Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 11; Mustafa Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 81

³⁵⁷Tunaya, a.g.e., s. 129

³⁵⁸Özbudun, a.g.e., s.

³⁵⁹Soysal, s. 119-120

³⁶⁰Tunaya, a.g.e., s. 135-148; Özbudun, a.g.e., s. 39

1961 Anayasası birey devlet ilişkisinde temel hak ve özgürlüklerin güçlendirilmesi yoluyla bireye öncelik verse de daha sonra yapılan anayasal değişiklikler³⁶¹ bu durumun geçici olduğunu ve “özgürlükten otoriteye” geçişi göstermektedir.³⁶²

Mülkiyet hakkı 1961 Anayasasının 36. maddesinde düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkı ile ilişkili olarak kabul edilen toprak mülkiyeti 37. maddede, kamulaştırma ve devletleştirme 38. maddede düzenlenmiştir. Bu ilişkili maddeler de hakeza sosyal ve iktisadi haklar başlığı altında idi.

Bu maddede tartışılan husus miras hakkının düzenlenmemiş olmasıdır. Miras hakkının, mülkiyet hakkına ilişkin maddede geçmemesi onu anayasal güvenceden yoksun bırakacağına ilişkin düşünceleri ortaya çıkarmıştır ve anayasal güvenceden yoksun bırakılması, mirasın devlete geçebileceği endişesini oluşturmuştur.³⁶³

Meclisteki tartışmalarda miras hakkının doğal olarak mülkiyet hakkı içinde düşünülmesi gerektiği, aksinin intifa hakkından öte bir durum oluşturmayacağı, bu sebeple miras hakkının özellikle zikredilmesinin gerekmediği belirtilmiştir.³⁶⁴ Ancak baskın görüş çokça ilham alınan Alman ve İtalyan Anayasasında da olduğu gibi miras hakkının sarahaten belirtilerek, mülkiyet hakkına olası müdahalelere karşı korunması gerektiği yönünde olmuştur. Anayasa Komisyonu tarafından bu eleştiriler dikkate alınmış ve miras hakkının da yer aldığı bir düzenleme yapılmıştır.³⁶⁵ Böylelikle 36. maddenin son hali şu şekilde olmuştur:

“Madde 36 - Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Mülkiyet hakkının kullanılması, kamu yararına aykırı olamaz. Mülkiyet hakkının sınırları ve miras hakkının sınırları kanun ile düzenlenir”³⁶⁶

³⁶¹1971 ve 1973 Anayasa değişiklikleri kastedilmektedir.

³⁶²Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 150; ayrıca temel hak ve özgürlükleri güçlendirme bakımından 1961 Anayasası başlangıçta alan yaratmış olduğu kabul edilse de anayasanın vesayetçi izlerine ilişkin bkz. Özbudun, a.g.e., 45

³⁶³Şimşek, a.g.e., s. 201

³⁶⁴Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, TBMM, 1961, C.2, Sayfa: 491

³⁶⁵Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 2, s. 389, 462, 463

³⁶⁶36. maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: “İkinci fıkranın ikinci cümlesi hükmü ise, 19 ncu yüz yılın ikinci yarısından ve bilhassa 20 nci yüzyılın başlarından bu yana bütün medenî memleketlerde hâkim olan ve bugün genel olarak kabul edilen bir temayülün mahsulüdür. Artık mülkiyet hakkı, Roma hukukundaki anlamda, ferdin toplum menfaatini dahi hesaba katmaksızın istediği gibi kullanabileceği bir hak, hudutsuz

1961 Anayasasının yeniliklerinden biri de sosyal devlet ilkesinin³⁶⁷ tezahürü olarak mülkiyet hakkının kamu yararına düzenlenebilmesidir.³⁶⁸ Burada aslında mülkiyet hakkının sınırsız ve mutlak kabul edildiği 18. yüzyıl yansımasından *sosyal fonksiyon* içeren bir hakka³⁶⁹ dönüşümü gerçekleştirmiştir.³⁷⁰

Anayasa Mahkemesi bir kararında bu husus şu şekilde ifade etmiştir:

*“...Kanun koyucunun mülkiyet hakkına dilediği kayıtları koymakta serbest bulunduğu düşüncesi hatıra gelebilir. Fakat bu noktada Anayasanın 36. Maddesindeki kurallar karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten anayasanın 36. Maddesinde, kanun koyucu ancak kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkı üzerinde sınırlama yapmaya yetkili kılınmış ve mülkiyet hakkı sahibi de bu hakkını toplum yararına aykırı bir şekilde kullanmaktan men edilmiştir. Anayasanın bu hükümleri karşısında mülkiyet hakkının, söz konusu iki istikametteki kayıtlamalardan başka herhangi bir kayıtla sınırlandırılması mümkün değildir. Diğer bir deyimle kanun koyucunun yetkisi de bunlarla sınırlandırılmıştır”.*³⁷¹

Mülkiyet hakkının kişi hak ve ödevlerinde değil sosyal hak ve ödevlerde düzenlenmesi de tartışma konularından biri olmuştur. Hem sınırlama rejiminin her iki kategori açısından farklı olması³⁷² hem sosyal ve iktisadi hakları ve ödevler bölümünün son (53.) maddesinin devletin ödevlerinin sınırlarını belirlemesi bazı tartışmaları neden olmuştur. 53. maddeye göre; *“Devlet, bu bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadi gelişme ile mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”* Bu madde devletin mülkiyet hakkına müdahalesi için keyfi bir alan yaratıp yaratmadığı tereddüdünü de beraberinde getirmiştir.³⁷³

bir hürriyet niteliğini taşımamaktadır. Batı medeniyetinin öncüleri olan ve kollektif iktisat temayüllerinden çok uzak bulunan memleketlerde ve hatta eski hukukumuzda dahi mülkiyet anlayışı, mülkiyetin aynı zamanda sosyal karaktere sahip bir hak olduğu yolun- dadır. Medenî Kanunumuzun mülkiyet anlayışı da bu istikamettedir. Sözü geçen hükmün bazı anayasalarda olduğu gibi, Anayasamızda da yer alması, kanun koyucuya yol gösterecek, içtihatlarla istikamet verecek ve genel olarak fertler üzerinde terbiyetkar tesire sahip olacaktır.” Server Tanilli, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul, 1976, s. 257

³⁶⁷Özbudun, a.g.e., s. 44

³⁶⁸Soysal, a.g.e., s. 131

³⁶⁹Kapani, a.g.e., s. 115, Soysal, a.g.e., s. 133, 134

³⁷⁰AYM, E: 1964/13, K: 1964/43, 02.06.1964 kararında mülkiyet hakkının bireyci mutlak hak yaklaşımından sosyal devlet ilkesine uzanan zamansal dönüşümünü ve bu bağlamda oluşan hakkın ödev ve sorumluluk yönünü vurgulamıştır.

³⁷¹AYM, E:1963/156, K.1966/34, 20.09.1966

³⁷²Sınırlama rejimi bölümünde bu konuya ayrıntılı olarak değinilecek olup aradaki farkı belirtip geçmekle yetiniyoruz.

³⁷³Soysal, a.g.e., s. 181

1961 Anayasasının getirdiği bir diğer yenilik ise Anayasanın ilgili maddesindeki sınırlama sebebi ile birlikte “*kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamayacağı*” belirtmesidir. Anayasa yargısı ile birlikte hakların özü ölçütü, temel hak ve hürriyetlerin güvencesinde etkili hale gelmiştir. Hakkın özü kavramı, mevcut sınırlama rejiminde de mevcut olduğundan ilgili başlıkta detayları ayrıca incelenmiştir.

2.3.2.4. 1982 Anayasası

Bir başka darbe ürünü olan 1982 Anayasası, ülke yönetimine el koyan Milli Güvenlik Konseyince oluşturulan Danışma Meclisi tarafından hazırlanmıştır. Anayasada mülkiyet ve miras hakları ise “Mülkiyet ve Miras Hakları” başlığı altında birlikte düzenlenmiştir.

Mülkiyet hakkı metin olarak 1961 Anayasasında geçtiği şekilde aynen 1982 Anayasasının 35. maddesinde geçse de önemli farklılıkları bulunmaktadır. Öncelikle mülkiyet hakkı kişinin hak ve ödevleri bölümünde düzenlenmiştir. Bu tasnif farkı hakkın sonuçları açısından da bazı farklılıklar oluşturmaktadır. Hakkı birinci kuşak hakka taşıdığı³⁷⁴ kabul edilmekle birlikte, sosyal devlet niteliğini ne şekilde etkilediği tartışma konusu olmuştur.³⁷⁵ Ancak mülkiyet hakkının sosyal bir hak olmasından ziyade devlete karşı korumanın daha etkin olduğu ve devletin müdahalesinin az olması gerekliliği sebebiyle kişi hak ve hürriyeti bölümünde düzenlenmesi daha isabetli görülmektedir.³⁷⁶

Mülkiyet hakkını sınırlamaya ilişkin Toprak Mülkiyeti (madde 44), Tarım, Hayvancılık ve Bu Üretim Dallarında Çalışanların Korunması (madde 45), Kamulaştırma (madde 46), Devletleştirme ve Özelleştirme (madde 47); kamu yararı alt başlığı altında sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla 1961 Anayasası ile bu noktada ayrılmıştır. Zira mülkiyet hakkı daha sıkı ve güvenli bir rejime ait haklardan biri olarak

³⁷⁴Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, a. 451

³⁷⁵Mülkiyet hakkının ekonomik ve sosyal haklar kısmında düzenlenmesine ilişkin Bkz. Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 184; Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yay., 3. Baskı, 2013, s. 544.

³⁷⁶Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 451-452

nitelendirilmiş, sınırlamaya ilişkin hükümlerde ise görece daraltılmaya daha müsait bir düzenleme yapıl

1982 Anayasasında düzenlenen mülkiyet ve miras hakkına ilişkin madde, 1961 Anayasasında düzenlenen şekliyle aynıdır. Ancak mülkiyet hakkının 1982 Anayasasındaki gerekçesi, 1961 Anayasasının gerekçesinden farklı olarak liberal noktadadır. Zira mülkiyet hakkının devletten önce de var olduğuna ilişkin vurgu nettir. Bununla birlikte kamu yararına ilişkin sınırlandırmayı da ekleyerek hakkın ödev yönünden bahsetmiş ve karma sistemin benimsediği görülmüştür.³⁷⁷ İlaveten son iki Anayasada mülkiyet hakkının düzenlenme yerinde de değişiklik görülmektedir; 1982 Anayasasında mülkiyet hakkı *kişinin hakları ve ödevleri* bölümünde yer almıştır. Bu durumun kanun koyucu tarafından özellikle tercih edildiği göz önüne alındığında yaklaşımın demokratik olduğu da kabul edilecektir.

Jellinek'in haklar tasnifinde kişinin hak ve ödevleri kısmı negatif statü hakları, bir başka deyişle devletin kişisel alana müdahale etmemesini söylerken; sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kısmı pozitif statü hakları yani devletin olumlu bir edimle yükümlü olduğu şeklindedir. Esasında pozitif statü hakları sosyal devlet anlayışının bir sonucudur.³⁷⁸ Bu bağlamda mülkiyet hakkının 1982 Anayasasındaki konumunun sosyal devlet ilkesini zedeleyebileceği düşünülse de³⁷⁹, olağan dönem temel hak ve hürriyetlerin sınırlama rejimi ile birlikte değerlendirildiğinde mülkiyet hakkını bireyler bağlamında güçlendiren olumlu yönünün göz ardı edildiğini düşünmekteyiz. Zira Anayasanın kişi hak ve özgürlükleri kısmında yer alan temel hak ve özgürlükler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) ile düzenlenemeyecektir.³⁸⁰ Oysa kimilerince mülkiyet hakkının düzenlenmesi gereken yer olarak savunulan sosyal ve ekonomik haklar ve özgürlükler kısmındaki temel hak ve özgürlüklerin, Anayasanın md. 104/17'ye göre, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi mümkün görünmektedir. Bununla birlikte CBK'lar ile

³⁷⁷Eren, a.g.e, s. 10- 12; AYM'nin bu konudaki tutumu yeknesaklık sağlamaktadır. AYM, E.1988/34, K.1989/26, 21.06.1989 tarihli kararında mülkiyet hakkının sosyal niteliğine vurgu yaparak kamu yararı ile bireysel yararın çatıştığı durumda önceliğin kamu yararına olduğunu belirtmiştir.

³⁷⁸Hasan Tahsin Fendoğlu, *İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 284

³⁷⁹Soysal, a.g.e., s. 227-228

³⁸⁰An. md 104/17.

sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin sınırlanamayacağı yönünde de görüşler vardır.³⁸¹ Ancak AYM, bu görüşün aksine bir karar vermiştir. Mahkemeye göre düzenleme, sınırlama kavramını da içine alan daha geniş bir kavramdır. Dolayısıyla olağan dönem CBK'ları ile sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının mümkün olduğu görülmektedir.³⁸²

Nitekim benzer mahiyetli olarak Mahkemeye; Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında CBK'ya eklenen yerli yazarların desteklenmesine ilişkin hükmün iptali için başvuru yapılmıştır. Mahkeme, “sanatın ve sanatçının korunması” başlıklı Anayasanın 64. maddesinin ekonomik ve sosyal haklar bölümünde yer alması sebebiyle, CBK ile düzenleme yapılmasının mümkün olduğuna karar vermiştir.³⁸³ Karşı oy gerekçesinde ise; Anayasanın, sosyal hak ve özgürlüklere, salt düzenleme yerinden ötürü kül halinde otomatik olarak CBK ile düzenlenebilme imkanı sağlamadığını ve başvuru konusu kuralın mülkiyet hakkı ile ilişkili olduğunu savunmuştur. Bu hususta devletin yerine getirmeye yönelik yükümlülüğünün, salt sosyal ve ekonomik haklar bağlamında değerlendirilmesinin hatalı olduğunu belirtmiştir.³⁸⁴ Ancak CBK'ların düzenleme yetkisine ilişkin konuların yer aldığı Anayasada 104/17. Fıkrasının ikinci cümlesi ile söz konusu karşıoy gerekçesinin bağdaşmadığını düşünmekteyiz.

Sonuç olarak mülkiyet hakkının kişi hak ve hürriyetlerinde kısmında yer alması, hakkın sınırlandırılmasını, ekonomik ve sosyal hak ve özgürlüklere nazaran daha güç bir noktaya

³⁸¹Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezgine, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Yenilenmiş 10. Baskı, Savaş Yayinevi, Ankara, 2019. s. 33; Kemal Gözleri, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş 21. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2019. S. 389-390. Kemal Gözler'e göre düzenlenebilir ifadesi sınırlama anlamı taşımamaktadır. Bu bağlamda sosyal ve ekonomik hakların düzenlenebilmesi ancak güçlendirici etki taşıyabilir ve sınırlandırma her halükarda kanun ile olabilir.

³⁸²AYM'nin E: 2021/91, K: 2021/106, 30.12.2021 tarihli kararına göre: “Diğer yandan, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler, CBK ile düzenlenemez. Anayasa koyucu, sosyal ve ekonomik haklar dışında kalan temel hak ve özgürlüklerin olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesini yasaklamıştır. Buradaki “düzenleme”, sınırlamayı da içine alan geniş bir terimdir. Söz konusu hak ve özgürlükler, CBK'lar bakımından bir nevi yasak alandır. Bu alanda düzenleme yapma yetkisi münhasıran yasama organına aittir.”

³⁸³ AYM, E.2019/77, K.2021/2, 14/01/2021, para. 19

³⁸⁴ AYM, E.2019/77, K.2021/2, 14/01/2021, Karşı oy gerekçesi, para. 4-13

taşımaktadır. Bundan sonra bahsedilecek bölüm 1982 Anayasasının mülkiyet hakkının güncel sınırlama rejimine ilişkindir.

2.4. ULUSAL SINIRLAMA REJİMİ

Mülkiyet hakkının temel bir hak olmasının yanında sınırlanabileceğine ilişkin gelişimi tarihsel süreç içerisinde ve Türk hukukunun anayasal metinlerinde gördük. Sosyal devlete karşılık gelen karma sistemde dahası 1982 Anayasasındaki gibi liberal vurgunun baskın olduğu düzenlemede dahi mülkiyet hakkına müdahale belirli koşullarda meşru kabul edilmektedir. Hakeza Anayasanın 12. maddesi temel hak ve hürriyetlerin ödev kısmından da bahsederek bu durumu açıkça göstermiştir.

Türk hukukunda da sınırlama rejimi için Anayasanın öncelikle genel hüküm niteliğindeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlaması başlıklı 13. maddesine bakılmalıdır. Bununla birlikte 14. güvence altındaki özgürlüklerin nasıl kullanılamayacağına ilişkin bir diğer yol gösterici düzenlemedir. İlaveten konumuz özelinde mülkiyet hakkının düzenlendiği 35. madde sınırlama konusunda bakılması gereken en önemli maddedir.

1982 Anayasasında temel hak ve hürriyetlere ilişkin çok önemli bir değişiklik, 2001 yılında Anayasanın 13. maddesindeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması olmuştur. Mevcut düzenlemede Anayasanın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmamak kaydıyla *“yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla”* sınırlanabilir. Bu sınırlamalar ise Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir.

2001 değişikliği öncesi tabiriyle “özel sınırlama sebepleri”, ancak anıldıkları maddede düzenlenen temel hak ve hürriyetlerde etkilidir. Bir başka deyişle, yasama organının bir temel hak ve hürriyeti sınırlaması; ancak müdahale edeceği hakkın düzenleme metnindeki

sebeple mümkün olmaktadır.³⁸⁵ Bu bağlamda mülkiyet hakkı için sınırlama bakımından temel düzenleme 35. maddedir.

Hak ve hürriyetlerin ilgili madde metnindeki özel sınırlama sebeplerine uygulanacak sınırlamalar ise 13. maddede düzenlenmiş ve bir başka deyişle sınırlamanın sınırı olarak vücut bulmuştur.

2.4.1.Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması Sistemi (Olağan Dönem) ve Sınırlandırmanın Koşulları

Anayasanın 13. maddesi ve mülkiyet hakkının düzenlenmiş olduğu 35. maddeler uyarınca sınırlandırma üç ilke çerçevesinde gerçekleşmektedir: Birincisi, sınırlandırmanın bir nedene dayanması (meşru amaç); ikincisi, sınırlamanın yöntemi (kanunla yapılması, ölçülü olması, belli bir dengenin gözetilmesi); son olarak sınırlamanın sınırı (demokratik toplum düzeninde gerekli olma, hakkın özüne dokunmama).³⁸⁶

Bu şartlar birbirinin alternatifi değil, bir arada bulunması gereken kümülatif şartlardır. Bu bağlamda mevcut halde “*şartların bağımsızlığı ilkesi*” oluşmaktadır.³⁸⁷

Mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne gelen başvurularda mahkeme; öncelikle başvurucunun böyle bir hakkı var mı sorununa değinecek, bir diğer deyişle korunması gereken bir mülkün varlığını inceleyecektir.³⁸⁸ Bu hususta, anayasa çerçevesinde korunan mülkiyet hakkı kapsamının daha geniş olduğuna tekrar değinmek isteriz. Ancak mülkün hak sahibinin mevcudunda olması gerekmektedir. Dolayısıyla “mülkiyet edinme hakkı”nı yahut “gelecekteki hakları” icra edilebilir olmadığı müddetçe korumamaktadır. Anayasada mülkiyet kapsamına dahil olmayan bu hallerin istisnası ise

³⁸⁵ Kemal Gözler, *"Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme"*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, S. 2001/4, s. 57

³⁸⁶ Abdurrahman Eren, “*Özgürlükler Mekânı Olarak Kamusal Alan*”, AÜEHFD, C. IX, S. 3- 4, s. 96-125

³⁸⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 306

³⁸⁸ AYM, Cemile Ünlü, B. No: 2013/382, 16.04.2013, para. 26; İhsan Vurucuoğlu, B. No: 2013/539, 16.05.2013, para. 31; Rabia Aydın ve Şerife Aksu, B. No: 2018/37136, 28.12.2021., para. 38

meşru beklenti halidir.³⁸⁹ Meşru beklentinin kapsamı ise “*ekonomik değer*” veya icrası mümkün “*alacak*”, bir “*kanun*”a yahut “*başarılı olma şansının yüksek olduğunu gösteren yerleşik ve istikrarlı bir yargı içtihadına*” dayanan somut nitelikteki durumdur.³⁹⁰

Mülkün kabulünün ardından, AİHM’in kullanmış olduğu üç kural prensibi uyarınca müdahalenin varlığı ve türü, sonrasında ise müdahalenin ihlale sebebiyet verip vermediği değerlendirilir. Müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı ise Anayasanın mezkur maddelerinde geçen kıstaslara göre yapılır: Kanunilik, meşru amaç (kamu yararı), ölçülülük.³⁹¹ Bununla birlikte AYM’nin bireysel başvuru kararları incelendiğinde AİHM’in bu yöntemi ile büyük ölçüde paralellik göstermektedir.³⁹²

2.4.1.1. Kanunla Sınırlama (Hukukilik)

Demokratik düzenin bir sonucu olarak hak ve hürriyetlerin sınırlanması ancak yasama organı tarafından kanunla yapılabilir.³⁹³ Bu ölçütün tarihsel kökeni ise monark ve parlamento çatışmasına gitmektedir. Parlamantonun temel hak ve hürriyetleri monarka karşı kanun ile güvence altına alması, kanun özgürlük ile eşitleyecek anlama kadar ulaşmıştır. Zamanla parlamentoya karşı korunması için ise Anayasa yargısı oluşmuştur.³⁹⁴ Bu bağlamda denilebilir ki temel hak ve hürriyetlerin anayasal koruması iki mekanizma tarafından etkili olmaktadır: Sınırlandırmanın kanun ile olması ve kanunların anayasa yargısı tarafından denetlenmesi.³⁹⁵

³⁸⁹AYM, Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi, B. No: 2012/636, 15/4/2014, para. 36.

³⁹⁰AYM, Üçgen Nakliyat Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2013/845, 20/11/2014, para. 37; E: 2018/139, K: 2020/12, 19.02.2020; E: 2019/95, K: 2019/89, 14.11.2019; E: 2014/61, K: 2014/166, 07.11.2014; E: 2010/29, K: 2010/90, 16.07.2010

³⁹¹AYM, Recep Tarhan ve Afife Tarhan, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, para. 62

³⁹²Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 589; İsmail Emrah Perdecioğlu, *Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 46

³⁹³Kapani, a.g.e., s. 227; Mumcu, Küzeci, a.g.e., s. 256

³⁹⁴Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, 1993, s. 224

³⁹⁵Şeref İba, *Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 80

Hukukilik ölçütüne göre aydınlatılması gereken husus müdahalenin şekli olarak kanun ile yapılmasının yeterli olup olmadığıdır. Madde metnine göre ancak kanunla sınırlama ölçütü aynı zamanda hak ve hürriyetlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik ve idari işlemlerle sınırlanamayacağı anlamına da gelmektedir.³⁹⁶ Ancak yürütme organı, kanuna dayanarak³⁹⁷ mülkiyet hakkına müdahale içeren düzenleme yapabilir. Bu hususta AİHM karşılaştırmasından da bahsetmek isabetli olacaktır. Zira AİHM'in hukukilik ölçütü ile AYM'nin hukukilik yaklaşımı farklılık teşkil etmektedir. AYM'ye göre hukukilik şekli anlamda kanuna denk gelmekte olup, AİHM'e göre daha dar yorumladığını ancak böylece daha geniş güvence sağladığını da açıkça belirtmiştir.³⁹⁸

Bununla birlikte AYM, kanunilik ilkesinin şekli olarak varlığının yanında maddi yönüne³⁹⁹ dair de inceleme yapmaktadır ve bu noktada inceleme metodu AİHM ile benzerlik göstermektedir.⁴⁰⁰ Bu hususta kanunilik ilkesinde aranan, hukuki güvenlik ve belirliliği sağlayacak; düzenlemenin nesnel, öngörülebilir, ulaşılabilir, bilinebilir nitelikleri haiz olması gerektiğidir.⁴⁰¹ Kanunun sarıh ve uygulanabilir olma vasfı; Anayasanın soyut kavramlarının vücut bulmasına, sınırlarının net bir şekilde belirlenmesine ve böylelikle keyfi uygulamalara engel olabilmesine, devlet ve bireylerin düzenleme konusunda tereddüde düşürmeyecek şekilde önünü görebilmesine olanak sağlamaktadır.⁴⁰²

Kanunilik ölçütü mahkemenin ilk incelediği husustur. O kadar ki kanuniliğin sağlanmadığı müdahalelerde devamındaki ölçütler bakımında inceleme yapılmaksızın ihlal kararı verilmektedir.⁴⁰³ Dolayısıyla mülkiyet hakkına müdahale her ne kadar kamu yararı gütsede de tek başına meşruiyet sağlayamayacaktır.

³⁹⁶Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 311; AYM, Tahsin Erdoğan, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, para. 60

³⁹⁷Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2010, s. 124

³⁹⁸AYM, Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/06/2014, para. 84. Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, para. 31

³⁹⁹Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, para. 55

⁴⁰⁰B. Gemalmaz, *El Kitapları Serisi-6*, s. 120

⁴⁰¹AYM, Ahmet Yazı, B. No: 2018/357, 29.09.2021, para. 56; E:2014/61, K:2014/166, 07.11.2014; E: 2013/39, K: 2013/65, 22/5/2013, Türkiye İş Bankası A.Ş., B. No: 2014/6192, 12/11/2014, para. 44, 53

⁴⁰²AYM, E: 1987/16, K: 1988/8, 19.04.1988, 4-c

⁴⁰³AYM, Ahmet Yazı, B. No: 2018/357, 29.09.2021, para. 56; Türkiye İş Bankası A.Ş., B. No: 2014/6192, 12/11/2014, para. 44; Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, para. 55

Mahkeme, kanununu bu nitelikleri haiz olmasını, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devletinin gereği olarak görmektedir.⁴⁰⁴ Gerçekten de kişilerin eylemlerine yön veremeyeceği belirsizlik; kaosa sebep olacak, keza uygulanabilirliğin öngörülemediği sistem de kamu otoritelerinin ve bireylerin keyfi müdahalesine olanak sağlayacaktır. Sonuç olarak hukuki güvenliğin ortadan kalkmasına sebep olacaktır.⁴⁰⁵ Bu bağlamda kanunilik ilkesinin hukuk devleti ile beraber okunmasının gerekliliği önem arz etmektedir.

Kanunilik kısmında hatırlanması gereken bir diğer husus ise mülkiyet hakkının Anayasadaki geçtiği yer itibariyle (kişi hak ve hürriyetleri), olağan dönemlerde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlemeyecek olmasıdır.

2.4.1.2. Meşru Amaca Dayanma-Kamu Yararı

Kamu yararı ifadesi, Anayasanın 35. (*Mülkiyet Hakkı*), 39. (*İspat Hakkı*), 169. (*Ormanların Korunması ve Geliştirilmesi*) maddelerinde geçmektedir. Ayrıca 1982 Anayasasında, diğer anayasalardan farklı olarak 43. (*Kıyılardan Yararlanma*), 44. (*Toprak mülkiyeti*), 45. (*Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması*), 46. (*Kamulaştırma*), 47. (*Devletleştirme ve Özelleştirme*) maddelerin dahil olduğu “Kamu Yararı” başlığı ile düzenleme de mevcuttur.

Kamu yararı ifadesi bu kadar fazla geçmiş olmasına rağmen tanımı yasa tarafından yapılmamıştır. Zira kamu yararının zamana göre gelişen ve değişen yapısının tarihsel süreçte içeriğine dahil olan konuların artması, tanımının yapılmaması gereğini de beraberinde getirmiştir.⁴⁰⁶

Kamu yararı kavramı zaman içerisinde mevzuatta dar anlamdan çıkarak geniş yorumlanmıştır.⁴⁰⁷ Gerçekten de önceleri kamu yararı mevcudiyeti ancak kamu malı ve

⁴⁰⁴AYM, E: 2021 / 37, K: 2021/63, 22.09.2021

⁴⁰⁵AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, para. 153, 154

⁴⁰⁶Bu bağlamda dar ve geniş anlamda kamu yararı farkı için bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, s. 880-881

⁴⁰⁷AYM, E: 1999/46 K: 2000/45, 20.09.2000, AYM Nusret Külâh, B. No: 2013/6151, 21/4/2016

bayındırlık işi hallerinde kabul edilmişse de 3710 sayılı Belediye İstimlak Kanunuyla⁴⁰⁸ beraber kamu yararı kavramı daha geniş tutulmuştur.⁴⁰⁹ Daha sonraki dönemlerde ise 1956 tarihli İstimlak Kanunu ile mevcut 1983 tarihli 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nunda kamu yararı kavramına yer verilmiştir. Aslında buralarda da kamu yararına ilişkin açıklama yapılmamıştır.

1982 Anayasasının 46. maddesindeki tarım, sağlık, turizm, spor vb. amaçları gerçekleştirmek için kamulaştırma yapılabileceği belirtilmiştir. Ancak KK'nin 3. maddesi ile çerçeve belirttiği ifade edilebilir.⁴¹⁰ Zira kamu hizmeti; ulaşım hizmetleri, doğal kaynakların kullanılması, topraksız çiftçiyi topraklandırma, kıyıların korunması, kültür ve tabiatın korunması, çağdaş şehirciliğin gereklerine dahil olmaktadır. Bu itibarla kamu yararının ilk halinden daha geniş ele alındığı görülmektedir. Tanımının yapılması onun dinamik yapısını sınırlandırıcı bir işlem⁴¹¹ olacağından, yasa ile tanımlanmamasının kasıtlı olduğu sonucuna varılabilir.

Öte yandan kamu yararı tanımını yapmak ise güçtür, zira *felsefe, ahlak, sosyoloji* gibi birden çok disiplinin sorguladığı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Tunaya kavramın, siyasi otoritelerin faaliyetlerinin meşruiyetine hizmet ettiğini ifade etmektedir.”⁴¹²

Bir başka görüş ise kamu yararını değişkenliği ve dinamikliği nedeniyle tanımlama çabasından uzaklaşarak; sonuçları yönünden değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.⁴¹³ Bu bağlamda kavramın *geniş, öznel ve bulanık*⁴¹⁴ yapısı da tanım yoksunluğunu beraberinde getirmektedir.

⁴⁰⁸ “Belediye Kanununda yazılı, belediyenin ve beldenin sakinlerinin mednei, sıhhi ve bedii ihtiyaçlarının tanzim ve tavsiyesi ve tehlikeden korunması için tesisat yapmak maksadı ile binalı ve binasız gayrimenkulleri... istimlake bedeliyeler salahiyetlidir.”

⁴⁰⁹ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, DER Yayınları, İstanbul, 2008, s. 849

⁴¹⁰ Ömer Köroğlu, Kamulaştırma Seçkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 51-52

⁴¹¹ Kutlu, a.g.e., s. 149

⁴¹² Tunaya, a.g.e., s. 162-167.

⁴¹³ Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri, Sakarya, 2004, s. 352.,

⁴¹⁴ Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1982, s. 25

Kavramın geniş olmasından kaynaklı belirsizliğinin kabulü ile beraber hukuk düzeninde sübjektif değerlendirmelerden arı yerini bulabilmesi de gerekmektedir.

Doktriner çerçeveden bahsedecek olursak; kamu yararı kavramı toplumun ortak çıkarı gözetilerek başlanılan ve bu doğrultuda topluma kamu hizmeti sunmak üzere idarelerce yürütülen faaliyet olarak ifade edilmiştir.⁴¹⁵

Anayasa Mahkemesi de kamu yararını bireysel yarar ile karşılaştırarak, toplumsal yararın üstünlüğü ile bir çerçeve çizmiştir.⁴¹⁶ Bununla beraber Anayasa Mahkemesinin bir kararında yargı mensuplarından hakimlere düşen yönü şu şekilde ifade edilmiştir: *“Kanunlarımız, kamu yararını tanımlamamıştır. Kamu yararı mücerret bir mefhum olmamakla beraber belirli bir ölçüsü de yoktur. Bunu kanunların ışığı altında tanımlamak ve olaylara göre uygulamak yetkili hakimlere düşen bir ödevdir.”*⁴¹⁷

Çalışmamız gereği kapsamına ilişkin izahın ardından kamu yararının mülkiyet hakkını ilgilendiren yönüne dikkat çekmek gerekiyor. Alman Federal Anayasası 14/II, c. 2 ye göre *“Mülkiyet hakkının kullanımı aynı zamanda toplum menfaatine hizmet etmelidir.”* Türk hukukunda da paralel bir düzenleme olarak Mülkiyet Hakkını düzenleyen 35. maddenin 3. fıkrasına göre ise *“Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”*.

Burada yine dikkat çeken husus kavramsal olarak; kamu yararı ile beraber kullanılan toplum yararısıdır. Anayasada her iki kavrama da yer verilmesi kavramların farklılığından mı, birbirlerini tamamlayıcı olduğundan mı sorgusunu beraberinde getirmiştir.⁴¹⁸ Doktrinde de uzlaşa sağlanamamıştır. Kamu yararı yerine toplum yararı, ortak iyilik,

⁴¹⁵Gökçe Gençay, “Ormancılıkta Kamu Yararı”, *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, C. 60, S. 1, 2010, s. 38

⁴¹⁶AYM, E.2008/34, K.2008/153, 31.10.2008 : *“...bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarar”*

⁴¹⁷ AYM, E:1965/26, K:1965/ 49, 28.09.1965

⁴¹⁸Tekin Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi*, S. 1-3, 11-22, 1988, s. 14

genel yarar gibi farklı ifadeler kullanılsa da Tekinoğlu'nun görüşüne göre başat ve etkin ayrımın bireysel yarar ile kamu yararı arasında olduğudur.⁴¹⁹

Ümit Doğanay ise bu iki kavramın farklı olduğunu savunmuştur. Bu iki kavramın aynı anlamda kullanılmasının sonucu olarak, özel mülkiyetin “toplum yararı” ile kullanılmasının hakkın niteliğine etki ettiğini düşünmektedir. Nitekim bununla beraber olarak sosyal ve siyasal sistemin düzenlenmiş olduğunu ve mevcut düzenin devam etmesi yönündeki asıl niyet olarak okumaktadır.⁴²⁰

Danıştay ise kamu yarar ile toplumsal yarar arasında fark gözetmeden ikame kavramlar olarak kullanma yolunu tercih etmiştir.⁴²¹ Anayasa Mahkemesi de iki kavram arasında ayırım yapmadan kamu yararını; “*bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarar*” olarak belirtme yoluna gitmiştir.⁴²²

Bununla birlikte Danıştay kararlarında, “üstün kamu yararı” gibi, kamu yararına kavramını türeten benzer kullanımlar da tercih ettiği görülmektedir. Bu içtihadi olarak oluşturulan kavramın, birçok kararda tekrar ettiği görülmektedir.⁴²³ Şöyle ki Danıştay 6. Dairesi'nin bir kararında bu husus benzer şekilde belirtilmiştir:

“İmar planlarının yargısal denetimi sırasında, şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı kriterlerinin yanı sıra özelliği itibarıyla imar planının bütünlüğü, genel yapısı kapsadığı alanın nitelikleri ve çevrenin korunması gibi olguların yanı sıra “üstün kamu yararı ilkesinin de gözetilmesi zorunludur.”⁴²⁴

Danıştay 6. Dairesi yerleşik⁴²⁵ bir tavır olarak kamu yararı ile bireysel yararı, çatışma olarak değerlendirip, önceliği şüphesiz “üstün kamu yararına” atfetmiştir: “Okul ya da

⁴¹⁹Akılhoğlu, a.g.m.. s. 15

⁴²⁰Ümit Doğanay, *Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları*, Mimarlık, S. 7, 1974, s. 5-6

⁴²¹Danıştay 6. Dairesi'nin 18.10.2011 tarihli ve E: 2009/10109, K:2011/3784; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 23.10.2008 tarih E: 2005/2154, K: 2008/1839; AYM E: 1999/33, K: 1999/51, 29.12.1999

⁴²²AYM, E: 2008/34, K: 2008/153, 31.10.2008.

⁴²³İbrahim Gül, “Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, s. 541

⁴²⁴Danıştay 6.Dairesi, E:2016 / 12022, K:2018 / 10424, 19.12.2018

⁴²⁵Danıştay 6. Dairesi, E: 2004 / 5140, K:2004 / 6795, 21.10.2004; Danıştay 6. Dairesi, E:1995/5161, K:1996/1464,25.3.1996, Danıştay 5. Dairesi, E:2007/8867, K:2009/5992, 22.5.2009

maden işletmeciliği arasındaki kamu yararı çatışmasında üstün kamu yararının maden ocağı lehine olacağı tartışmasızdır.”⁴²⁶

Toplumsal yarar ile kamu yararı arasında kavram olarak fark gözetmeyen yargı kararlarının ardından kamu yararının mülkiyet hakkında ölçüt olarak nasıl kullanıldığına dikkat çekilmelidir. Kamu yararının 35. maddedeki Mülkiyet Hakkı için kanunla müdahale edilebilme haricinde kabul etmiş olduğu tek ölçüt kabul edilmesinin yanı sıra mülkiyet hakkına müdahale niteliğindeki kamulaştırma, devletleştirme işlemlerinde de kamu yararı yine Anayasanın belirtmiş olduğu sınırlama ölçütüdür. Nusret Külâh başvurusuyla AYM mülkiyetin kamu yararı amacı dışında sınırlanamamasını sınırlamanın sınırı olarak değerlendirmiştir.⁴²⁷

Kamu yararının sınırları ise demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi hukuk devletinde kanunların var oluş amacını ancak kamu yararını gerçekleştirilmesiyle açıklar. Bir başka deyişle kamu yararı ancak demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek amacı güdebilir.⁴²⁸ Günümüzde sosyal nitelik taşıyan mülkiyet hakkı da bu bağlamda kamu yararı ölçüsü ile sınırlandırılabilir ve bununla da ancak demokratik sosyal hukuk devletinin tesisi amaçlanır. Dolayısıyla birey ile toplum yararı menfaatlerinin çatıştığı durumda öncelik toplum yararına olacaktır.⁴²⁹ Zira toplum yararının üstünlüğü AYM’ ye göre sosyal hukuk devletinin gereği olmasının yanı sıra bunun öncelenmesi neticede yine bireyin mutluluğunu sağlar.⁴³⁰

Ancak kavramsal genişlik ve belirsizliğin yanı sıra yargı kararlarının bu ölçütü nasıl değerlendireceği de bir başka sorunu ortaya çıkarmaktadır. Erdoğan Teziç ve Prof. Necmi Yüzbaşıoğlu göre yargı incelediği olayda kamu yararının varlığına bakmakla yükümlüdür, kamu yararının ne olduğu, nerede ve nasıl olduğu ile ilgili inceleme yapamaz. Bu izah aslında doktrinde “*yerine geçme yasağı*” olarak adlandırılmaktadır.

⁴²⁶Danıştay 6. Dairesi, E:1999/3929, K:2009/261, 15.5.2001

⁴²⁷AYM, Nusret Külâh, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, para. 53

⁴²⁸AYM, E: 2004/67, K: 2007/83, 22.11.2007; E: 2015/60, K:2016/2, 13.01.2016

⁴²⁹AYM, E:1990/9, K: 1990/13, 21.06.1990

⁴³⁰AYM, E: 1993/8, K: 1993/31, 22.9.1993

Kamu yararının bulunduğu yeri ve “nasıl”lığa ilişkin sorulara cevap verme konusundaki otorite ancak idaredir. AYM de bu durumu, kamu yararı konusundaki incelemesini, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı hususunda değerlendirmektedir. Kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin değerlendirmenin anayasa yargısına aykırı bir inceleme olduğunu ve bunun siyasi bir tercih olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte kamu yararı gibi soyut ve belirsiz bir kavramın ölçüt olarak değerlendirilmesinin, Anayasa Mahkemesi için de kavramı illa ki belirleyici konumda olduğuna dikkat çekilmektedir.⁴³¹

Burada şu husus ayrıca dikkate değerdir: Anayasa 2001 yılında 13. madde değişikliğine giderek kamu yararı kapsamına dahil olabilecek genel sınırlama sebepleri⁴³² kaldırılarak özel sınırlama sebepleri tercih edilmiştir. Bu temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların daha özgürlükçü⁴³³ ve evrensel noktaya dönüşümü itibariyle olumlu karşılanmaktadır.⁴³⁴ Burada şu noktaya varılabilecektir: Kamu yararı, mülkiyet hakkının madde metninde geçen sınırlama sebebidir. Eski tasnife göre belirtecek olursak özel sınırlama sebebidir. Dolayısıyla kamu yararı kavramının belirsiz ve geniş olması onun keyfi kullanımına yol açmamalıdır. Zira Anayasa burada madde metnindeki sınırlamalara yönlendirerek kapsamı geniş ifadelerle sınırlamadan kaçınmıştır. İdarenin keyfi kullanımına karşı olarak denetim mekanizmalarının da işlevselliği gerekmektedir.⁴³⁵

Kanunlar ve idari işlemler mevcut karineye göre aksi ispat edilene kadar kamu yararı amacına hizmet etmektedir. Ancak AYM, kanun koyucuya kamu yararının gerektirdiği

⁴³¹ Akıllıoğlu, Kamu Yararı, s. 17, Anayasaya uygun yoruma ilişkin bkz. Yüksel Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, Asil Yayın, Isparta, 2008, s. 196; Meltem Dikmen Canıklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 268-288

⁴³² “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması”

⁴³³ Hikmet Tülen, “03.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S.:1-4, Erzincan, 2011, s. 191-244.

⁴³⁴ Levent Korkut, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı*, Yıl: 11, S. 44, 2006, s. 77-78

⁴³⁵ Özyörük, a.g.e., s. 149

durumları belirlerken de mutlak bir keyfilik hakkının olmadığını, kamu yararı bağlamında takdir hakkının anayasal ilkelerle sınırlı olduğunu vurgulamıştır.⁴³⁶

Norman Barry ve Brian Barry'nin asgari ortak yarar teorisi günümüz kamu yararını belirlemeye en yakın ölçüttür. Hukuk devleti ilkesi ve demokrasinin varlığı gereği ayrıca temel hakka müdahale eden kamusal eylemlerin meşruiyeti için salt kamu yararı kavramının belirlenmesinin yeterli olmayacağı, kamu yararının “*usuli olarak demokratik ilke ve kurullarla her olay bazından test edilebilme*” imkanını sağlamasının gerekliliğini vurgulamıştır.⁴³⁷ Bir başka deyişle konumuz özelinde mülkiyet hakkına müdahalede orantılılık, adil denge kurma, hakkın özüne dokunmama gibi yukarıda belirtilmiş olan ilkelere uygunluk ile meşruiyet sağlamaktır.

2.4.1.3. Sınırlamanın Sınırı: Mülkiyet Hakkını Sınırlamanın 13. Madde Kapsamında Sınırı

13. maddedeki kanunla sınırlama koşulu, konumuzla ilgili 35. maddede de geçmektedir ve Anayasa Mahkemesinin sistematığı gereği öncelik ölçüt olarak yukarıdaki bölümde detaylandırıldığından burada diğer koşullarla başlanmıştır.

2.4.1.3.1. Hakkın Özü - Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri

Hakkın özü ölçütü, ilk defa 1961 Anayasasının 11/2 maddesiyle getirilmiştir. Federal Alman Anayasasından örnek alınmıştır.⁴³⁸ 1982 Anayasasının ilk halinde ise hakkın özü ölçütüne yer verilmemiştir. 03 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile hakkın özü unsuru eklenmiştir.

⁴³⁶AYM, E: 1992/22, K: 1992/40, 27.06.1992; AYM, 17.03.1986, E:1985/31, K:1986/1.

⁴³⁷Korkut, a.g.m., s. 90-98'den Brian Barry, “The Public Interest”, Political Philosophy. Ed. Anthony Quinton içinde, Oxford University Press, New York, 1991, s. 122, Norman Barry, “*An introduction to Modern Political Theory*”, MacMillan Press, London, 1989, s. 248.

⁴³⁸Özbudun, a.g.e., s. 115

Doktrinde hakkın özünün tüm hak ve hürriyetler için nasıl tespit edileceği tam manasıyla belirlenememiştir.⁴³⁹ Bununla birlikte çerçeve olarak öz kavramı müdahale ile birlikte söz konusu hak ve hürriyeti anlamsız kılan, hakkın vazgeçilmez asli çekirdeği, cevheri olarak ifade edilmektedir.⁴⁴⁰

Temsilciler Meclisi tutanakları da bu konuda yol göstericidir: “*Bir hürriyetin özünün, belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, efkari umumiye, yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tesbit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de buna şekil verir.*”⁴⁴¹ AYM’nin bu konudaki ısrarlı yaklaşımı ise birbiri ile benzer şekilde ilerlemiştir. Mahkemeye göre, temel hak ve özgürlüklerin büyük ölçüde kullanılmaz hale getirilmesi, hakkın özüne dokunulduğu anlamına gelmektedir:

*“...Temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir”*⁴⁴²

Kararlar incelendiğinde hakkın özü ile birlikte birlikte değerlendirilmesi gereken bir diğer ölçüt, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluktur. Zira mahkeme bu iki

⁴³⁹Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 115

⁴⁴⁰Özbudun, a.g.e., s. 115, Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982, s. 155

⁴⁴¹Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt : 3, s. 57

⁴⁴²AYM, E: 2012/108, K: 2013/64, 22/5/2013; Mehmet Akdoğan ve diğerleri B. No. 2013/817, 19/12/2013, para. 33.

Hakkın özü kavramı 1982 Anayasası öncesi dönemde de yer almıştır. Zaten ölçü 1961 Anayasası ile birlikte gelmiştir. 1982 Anayasasına ise 2001 değişikliği ile birlikte eklenmiştir. Dolayısıyla 2001 öncesi dönemde alıntılanan kararda yer aldığı şekilde demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ile birlikte değerlendirilememiş, sadece “bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran ve onu kullanılmaz duruma düşüren” hal olarak tanımlanmıştır. Bkz: AYM, E: 1963/25, K: 1963/87, 08.04.1963; AYM, E:1962/208, K: 1963/1, 04.01.1963

kavramı birleştirerek⁴⁴³, birbirini tamamlayan kavramlar⁴⁴⁴ olarak değerlendirme yapmaktadır.⁴⁴⁵

Ancak doktrinde bu iki kavramın ikame kavramlar olarak kullanılmasının makuliyeti tereddütlüdür.⁴⁴⁶ Gözler ise hakkın özü kavramı yerine salt demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ölçütünün yer alması gerektiğini belirtmiştir. Zira hakkın özü kavramının sınırlarını belirlemenin ve dolayısıyla objektif olarak uygulanmasının güçlüğüne işaret etmektedir.⁴⁴⁷

Hakkın özünün tespitinden daha kolay kabul edilen⁴⁴⁸ demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü için madde gerekçesinde belirtilen husus; temel hak ve hürriyetler için oluşturulan sınırlamalar, demokratik toplum düzenine aykırı olmaması, bu kıstas ile uzlaşabilir olması gerektiği yönündedir. Buna göre hakkın özü kıstasından daha net olan demokratik toplum düzeninin, ölçü olarak uygulanması daha kolay görülmektedir. Konumuz özelinde AİHS'in yaklaşımının ise, hakkın özü yerine demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü kullandığını belirtmek gerekir.⁴⁴⁹

Mülkiyet hakkının özü ise “şey” in malikle ilişkisidir. Dolayısıyla malikin, malik olmanın verdiği yetkileri ortadan kaldıran (ve tazminat ödemeyen), meşru amacın var olmadığı, var olsa da ölçüsüz bir müdahalenin söz konusu olduğu durumlardır.⁴⁵⁰

⁴⁴³Tanör, Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, s.153; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 375

⁴⁴⁴Zühtü Arslan, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler*, Anayasa Yargısı, 2002, s.129-154

⁴⁴⁵AYM, E: 2006/142, K: 2008/148, 24.09.2008; AYM, B. No: 2013/5447, 16.10.2014, para. 104: “*Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hak getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz*”

⁴⁴⁶İki kavramın birbiri ile çatışma ihtimali ve işlev farklılıklarına ilişkin Bkz. Mehmet Turhan, *Anayamızın Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, Anayasa Yargısı 8, Ankara, 1991, s. 404-405; Arslan, a.g.m., S. 151

⁴⁴⁷Gözler, a.g.m., s. 53-67

⁴⁴⁸Feyyaz Gölcüklü, *Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Görüşme Tutanakları*, C. 8, s. 79

⁴⁴⁹Gölcüklü, a.g.e., s. 16

⁴⁵⁰Esin Örucü, *Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü*, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yıl Anısına Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 316

Kamulaştırma ve devleştirme örneklerinde de mülkiyet hakkının doğrudan özüne dokunulduğu aşıkardır. Ancak burada öze dokunmamayı sağlayan unsur, “şey” in karşılığının ödenmesi ve belirtilmiş usule uygunluktur.⁴⁵¹ Anayasa Mahkemesi de bu duruma benzer şekilde yaklaşmış; taşınmazın bilabedel idari otoritelere geçmesi ile hakkın özüne dokunulduğunu belirtmiştir.⁴⁵²

Konumuz özelinde kamulaştırmada bedelin ne ölçüde olması gerektiği hakkın özüne dokunma yasağı ile doğrudan ilgilidir. Bu husus bizi bir diğer ölçüt olan ölçülülük/oranlılık kavramına götürecektir ve bu ölçülülüğün kamulaştırma işlemi ne şekilde vücut bulduğu incelenecektir. Kamulaştırma bölümündeki kamulaştırılan mülkiyetin karşılığı olarak belirlenecek miktar anayasal ilke de olan gerçek karşılık hakkına tekabül etmektedir. İlgili bölümde detaylandırılacak olup bu bölümde sadece bedel ödenmesinin zorunluluğunu zikretmekle yetiniyoruz.

2.4.1.3.2. Anayasada Belirtilen Sebeplere Dayanma

1982 Anayasasının 13. maddesi 2001 değişikliği ile beraber genel sınırlama sebepleri kaldırılarak, sınırlama sadece o temel hak ve hürriyetle ilgili maddenin metninde yer alan özel sebeplerle yapılabilmektedir. Dolayısıyla genel ve özel sınırlama sebepleri ayrımı da kalmış olmaktadır.

Burada konumuz itibariyle mülkiyet hakkını ele alırsak ilgili maddeye baktığımızda mülkiyet ve miras hakları ancak kamu yararı sebebiyle sınırlanabilecektir. Bu halde her ne kadar mülkiyet hakkına müdahale kanun ile yapılsa da, eylemin amacı ve sebebi olarak kamu yararı bulunmuyorsa anayasaya aykırı olacaktır.

⁴⁵¹Örücü, a.g.m, s. 316

⁴⁵²AYM, E. 2002/112, K.2003/33, 10/04/2003, para. 41

2.4.1.3.3. Laik Cumhuriyetin Gereklere Uygunluk

Anayasanın 13. maddesinde düzenlenmiş temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin “ölçü norm”⁴⁵³ olarak “*laik cumhuriyetin gereklere uygunluk ilkesi*” Anayasaya, mezkur 2001 değişikliği ile eklenmiştir. 1982 Anayasasının ruhu olarak nitelendiği de olmuştur.⁴⁵⁴

13. maddenin temel hak ve hürriyetlere ilişkin genel hüküm niteliği göz önüne alınarak, *laik cumhuriyetin gereklere*” ölçütü anayasadaki sayılmış tüm hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamanın sınırı olarak varlığını göstermektedir.⁴⁵⁵

Laik cumhuriyetin sınırlamanın sınırına ilişkin olsa da nasıl yorumlanacağı tartışma konusu olmuştur.⁴⁵⁶ Bu sebeple AYM’nin demokratik toplum gereklere uygunluk ile beraber kullanılması Anayasanın 2. maddesindeki devletin niteliklerini kuvvetlendirmek kastı ile eklendiği ifade edilmektedir.⁴⁵⁷

Burada laik cumhuriyet anlamı açıklanmaya muhtaçtır. Laiklik devletin dinlerden arı örgütlenme biçimidir. Dolayısıyla hukuk bu temel üzerinde inşa edilir ve din devlet işlerinde bir referans olarak kullanılamaz.⁴⁵⁸

Mülkiyet hakkı ve kamulaştırma bağlamında ise yasa koyucu mülkiyet hakkını sınırlandırırken laik cumhuriyetin gereklere uygunluğu sağlamak zorundadır.

⁴⁵³Eren, a.g.m., s. 40

⁴⁵⁴Arslan, a.g.m., s. 152; Ömer İzgi, Zafer Gören, *T.C.Anayasasının Yorumu*, TBMM Basımevi, Ankara, 2002, s. 200

⁴⁵⁵Abdurrahman Eren, *2001 Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen “Laik Cumhuriyetin Gereklere” Yönündeki Değişikliğin Anlam ve Sonuçları*, TBB Dergisi, 2002/3, s. 39

⁴⁵⁶Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 130; Zafer Gören, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 12 Güz 2007/2, s. 39-59; Arslan, a.g.m., s. 152-153; Eren, a.g.m, 37-67

⁴⁵⁷Arslan, a.g.m., s. 153

⁴⁵⁸Eren, a.g.m., s. 43, 46-47, Erdoğan, a.g.e., s. 148

Dolayısıyla hak sınırlandırılırken din farkı gözetilmesi, anayasa aykırılık teşkil edecektir.⁴⁵⁹

2.4.1.3.4. Anayasasının Sözüne ve Ruhuna Uygunluk

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlamasındaki bir diğer mezkur ölçütte, Anayasanın sözünden kastı Anayasasının kendisidir ⁴⁶⁰ , ruhu ise Anayasanın kül olarak değerlendirilerek ondan çıkan temel anlamdır.⁴⁶¹

Hakkın özünün belirlenmesinde değerlendirilen bu ölçüt söz ve ruh ile bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. Hak ve hürriyetler sadece anıldıkları madde ile güvence alınmamış, bazılarında “*ek güvenceler*”⁴⁶² getirerek “*özel ve yoğun*” bir koruma sağlamıştır. Bu koşulun önemi ek güvencelerle ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki ek güvenceler kendini kanun koyucunun hak ve özgürlükleri düzenlerken uyması gereken yasakların da eklenmesiyle göstermektedir.⁴⁶³

Konumuz özelinde buna ilişkin, mülkiyet hakkına ayrımcılık yasağının birlikte değerlendirilmesi örnek olarak gösterilebilir. Miras hukuku bölümünde anılan kararda⁴⁶⁴ AYM, 743 sayılı Medeni Kanun’un 443. maddesinde evlilik içi ve evlilik dışı çocukların miras konusundaki farklılığa gidilmesini ayrımcılık yasağı ile birlikte okuyarak mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir. Hakeza genel müsadere cezası koyulamaması (madde 33/6) mülkiyet hakkına yönelik ek güvence kapsamındadır.⁴⁶⁵

2.4.1.3.5. Ölçülülük İlkesi

⁴⁵⁹ Mehmet Akif Etkü, “Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı”, Yüksek Lisans Tezi, a.g.e., s. 153

⁴⁶⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 324

⁴⁶¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 114; Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 91-92

⁴⁶² Sağlam, a.g.e., s. 156-158

⁴⁶³ Ergun Özbudun, a.g.e., s. 113

⁴⁶⁴ AYM, E: 1987/1, K:1987/18, 29.03.1988

⁴⁶⁵ Sağlam, a.g.e., s. 158

Ölçülülük ilkesi temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamanın ne yoğunlukta olması gerektiğinin cevabını veren bir ölçüttür. Zira hakkın özüne ancak bu şekilde ulaşılmayacak ve ihlal doğmayacaktır. Bir başka deyişle müdahaleyi düzeltici⁴⁶⁶ etkide bir ilkedir. Bu bağlamda amaç ile araç arasındaki oluşturulması gereken adil denge olarak ifade edilebilir.

Ölçülülük esasında, müdahalenin hakkın özüne erişmesini engelleyen ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil etmemeyi sağlayacak bir ölçü kuvvettir. Bu bağlamda denilebilir ki demokratik toplum düzeninin gereklerinde, olabilecek en üst düzeydeki sınırlamanın aşılmasını sağlayan ve yapılmaması gerekeni anlatması yönü itibariyle negatif bir kavramdır.⁴⁶⁷

Ölçülülük ilkesinin kaynağı Alman Anayasa Mahkemesi'dir.⁴⁶⁸ Devamında Avrupa hukuk sisteminde benimsenmiştir. Türk Hukuku'nda ise ilke ilk defa 1982 Anayasasının 2001 değişikliği ile yer bulmuştur. Ancak 1961 Anayasası dönemi AYM kararlarında ilkenin, denge yaklaşımıyla izdüşümlerini görmek mümkündür. Şöyle ki:⁴⁶⁹

"Ancak mülkiyet hakkının özü kabul edildikten sonra, kamulaştırma yoluyla da olsa, bir taşınmazı bedelsiz olarak, ya da değerinin altındaki bir karşılıkla kişinin malvarlığından çıkarılmasına, yukarıda açıklanan hukuksal gelişim ve mülkiyet hakkının sosyal karakteri elverişli değildir. Aslında kamulaştırmanın belirgin unsuru, mülkiyetin el değiştirmesinde kamu yararının bulunması ve bu yararın o işlemi gerekli hale sokmasıdır...

...Hakların birbirleriyle çatışması halinde bir dengenin bulunması demokratik hukuk devleti ilkelerinin başında gelir. Kamulaştırma gibi zoralmı hakkını kullanan kamu gücünün karşısında, elinden taşınmazı alınan kişinin de bu taşınmazın gerçek değerini isteyebilmesi, haklar arasındaki dengenin gerçekleştirilmesinde önemli bir öğedir."⁴⁷⁰

Kararda görüldüğü üzere Mahkeme haklar arasında denge kurma gerekliliğini göz ardı etmemiştir.

⁴⁶⁶Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 19

⁴⁶⁷Yüksel Metin, *Ölçülülük Anayasal Bir İlke midir?*, SDÜHFD C: 7, S: 1, 2017., s. 4; Sağlam, a.g.e., s. 116

⁴⁶⁸Sağlam, a.g.e., s. 117

⁴⁶⁹Metin, a.g.e., s. 40

⁴⁷⁰AYM, E: 1976/38, K: 1976/46, 12.10.1976, benzer yöndeki başka kararlar için bkz: AYM, E: 1970/48, K: 1972/3, 09.02.1972; E: 1976/26, K: 1976/47, 12.10.1976.

1982 Anayasasının 2001 değişikliği dönemi öncesinde de AYM ve doktrin 13. maddenin “*temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalarla ilgili... öngörüldükleri ama dışından kullanılamaz.*” kısmını ölçülülük ilkesi olarak yorumlamaktaydı. Ancak lafzen geçmemesi, ölçülülük ilkesinin pozitif temeline ilişkin tartışma yaratmaktaydı.⁴⁷¹

İlke 2001 değişikliği ile birlikte pozitif dayanağa da kavuşmakla beraber, AYM etkili bir şekilde bu ölçütü kullanmaya başlamıştır. Bununla beraber ölçülülük bünyesine üç unsur barındırmaktadır: elverişlilik, gereklilik, oranlılık.

Anayasa Mahkemesi de ölçülülüğün alt ilkelerini tanımlamıştır. *Elverişlilik* amaç için müdahalenin sonuca katkı sağlamasına; *gereklilik* hakka müdahalenin zorunluluğunun yanı sıra müdahale araçları arasında en hafif olanın seçilmesi, bir başka daha hafif müdahale seçeneğinin olmamasına, *orantılılık* ise müdahalenin ölçsüz olmaması, amaç ile araç arasındaki adil dengeye işaret eder.⁴⁷²

Konumuz özelinde mülkiyet hakkı, istatistiki olarak incelendiğinde bireysel başvurularda ihlal kararının verildiği ikinci hak niteliğindedir. 2021 verilerine göre mülkiyet hakkı ihlali, ihlallerin %11.4 üne tekabül etmektedir.⁴⁷³ İlkeye ilişkin bu izahların ardından ihlal kararlarının büyük bir kısmını oluşturan mülkiyet hakkında ise ölçülülüğün görünümünü incelemek gerekmektedir. Zira kamulaştırma işlemi mülkiyet hakkının özüne ilişkin bir müdahale olması itibariyle bu işlemi meşruiyet zeminine taşıyan, ölçülülük ilkesine hayat veren uygulama ne şekilde sağlanmaktadır?

İlkenin uygulanışını kararlarda net bir şekilde görmekteyiz. Mülkiyet hakkı yönünden kamu yararı ile müdahale arasındaki dengenin bulunması yönünden kendini göstermektedir. Nitekim mahkeme “*meşru amaç unsurunu müdahalenin ölçülülüğü ile birlikte sorgulayarak sonuca varacağını*” öncelikle ifade ederek içtihadi yeknesaklığı

⁴⁷¹Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 132; Metin, a.g.m, s. 37

⁴⁷²Saęlam, a.g.e., s. 114-116, Anayasa Mahkemesince benzer tanımı için ayrıca bkz. AYM, Selma Arıcan, B. No: 2013/7841, 21/5/2015; AYM, E: 1988/50, K: 1989/27, 03.06.1983 sayılı kararı, AYM, Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013.

⁴⁷³<https://www.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 02.02.2022

sağlamıştır. Yakın tarihli, 29 Eylül 2021, Ahmet Yazı kararında da aynı şekilde belirtmiştir.⁴⁷⁴

Elverişlilik çoğu zaman ihlal kararının çıktığı bir unsur değildir. Zira müdahaleler yasa koyucunun amacına kısmen de olsa katkı sağladığı için ender olarak bu unsurdan ihlal kararı çıkmaktadır.⁴⁷⁵

Gereklilik ilkesi müdahaleyi en aza indiren seçenektir.⁴⁷⁶ Daha hafif müdahale içeren bir başka seçeneğin olduğu durumlarda malike ağır külfet yüklenilenin seçilmesi gereklik unsuru yönünden ihlale sebebiyet vermektedir.⁴⁷⁷ Alman Anayasa Mahkemesi de unsur için “*yumuşak araç*” tanımını yapmışlardır.⁴⁷⁸

Ekseriyetle karşımıza çıkan unsur ihlali ise orantılılıktır. Ölçülülük ile kavram olarak farkını Alman Anayasa Mahkemesi orantılılığı “dar anlamda ölçülülük” manasında kullanarak gidermiştir.⁴⁷⁹ Türk Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı da genel itibariyle bu yöndedir.⁴⁸⁰

Orantılılık ölçülülük denetimdeki en önemli ve en işlevsel unsurdur. Orantılılık ekseriyetle ikinci kural (mükiyetten yoksun bırakma) kapsamında kamu otoritelere tarafından belirlenen tazminat yahut yargı organı tarafından malike mülkünün piyasa değerinin altında miktara hükmedilmesi yönünden ihlale sebebiyet vermektedir. Nitekim AYM birçok kararında taşınmazı kamulaştırılan malike aşırı külfetin telafisi olarak gördüğü tazminatı gerçek karşılık değeri üzerinden belirlemektedir. Bunun sağlanmadığı durumlarda ise somut olayın koşulları da gözetilerek orantılılığın sağlanmadığına hükmetmektedir.⁴⁸¹ Kamulaştırmanın anayasal ilkelerinden gerçek karşılık hakkını bir

⁴⁷⁴ AYM, Ahmet Yazı, B. No: 2018/357, para. 60, Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras, B. No: 2014/11994, 9/3/2017, para. 75

⁴⁷⁵Metin, a.g.m., s. 10

⁴⁷⁶Metin, a.g.m., s. 11

⁴⁷⁷AYM, Hanife Ensaroğlu, B. No: 2014/14195, 20.09.2017, para. 75

⁴⁷⁸Metin, a.g.m., s. 12

⁴⁷⁹Metin, a.g.m., s. 13

⁴⁸⁰B. Gemalmaz, *El Kitapları Serisi-6*, s. 142

⁴⁸¹AYM, Cevat Aydın, B. No: 2014/13886, 04/10/2017, para. 48, Ali Taşgeldi, B. No: 2018/30814, 16.11.2021

sonraki bölümde detaylandıracağız. Bununla beraber Anayasa Mahkemesinin görevi kamulaştırma bedeli belirlemek değil, orantılılığın sağlanıp sağlanmadığı, haklar arasında dengenin kurulup kurulmadığını incelemektedir.⁴⁸²

İlaveten kamulaştırma bedelinin zamanında ödenmemesinden kaynaklı enflasyon farkı ölçülülük ilkesinin ihlaline sebebiyet vermektedir. Mahkeme taşınmazın gerçek değeri ile eski maliklere ödenen bedellerinin enflasyondan arındırılmış hali karşılaştırarak adil denge kurmaya çalışmaktadır.⁴⁸³

Gemalmaz'a göre AİHM ile karşılaştırıldığında Anayasa Mahkemesinin Alman ekolünü benimsediği görülmektedir. AİHM ölçülülük ilkesini ilgili bölümde de gördüğümüz üzere meşru amaç ile aracı, hakkına müdahale edilen bireyin yararı ile karşılaştırarak adil dengenin gözetilip gözetilmediğine bakmaktadır.⁴⁸⁴ Anayasa Mahkemesi ise ilkenin unsurlarını AİHM'e nazaran daha fazla açıklamış olmakla birlikte AİHM ile benzer çizgi de olduğu görülmektedir.⁴⁸⁵

2.4.2. Olağanüstü Dönem Sınırlandırma Koşulları-Savaş, Olağanüstü Hal

Temel hak ve hürriyetler olağanüstü dönemlerde, olağan dönemin hukuk sistemi ile önlenemeyecek durumlar hasıl olduğundan daha farklı ve ağır sınırlamaya tabi olurlar.⁴⁸⁶ Bununla beraber olağanüstü hallerde dahi dikkat edilmesi gereken sınırlamanın keyfi olmaması gerektirir.

Olağan dönemlerde hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini belirtmiştik. Olağanüstü hallerde ise Anayasanın 104/17 fıkrasında belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın OHAL CBK'ları ile hak ve hürriyetler düzenlenebilmektedir.⁴⁸⁷ Dolayısıyla

⁴⁸²AYM, Mukadder Sağlam ve diğerleri, B. No: 2013/2511, 22.01.2015; para. 49, Selma Arıcan, B. No: 2013/781, 21.05.2015, para. 40

⁴⁸³Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, para. 41-65; Ali Şimşek ve diğerleri, para. 58-69; Türkan Poyraz, B. No: 2015/15388, 13/9/2018; para. 29-37; Hanım Çeyiz ve Mehmet Gündüz, B. No: 2015/19289, 17/7/2018, para. 23-29; Kadir Çakar, B. No: 2015/18908, 21/3/2018, para. 21-28

⁴⁸⁴B. Gemalmaz, *El Kitapları Serisi-6*, s. 141-142

⁴⁸⁵Perdecioğlu, a.g.e, s. 131

⁴⁸⁶İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 251

⁴⁸⁷ Anayasa madde 119/6

kişi hak ve hürriyetleri bölümünden düzenlemiş mülkiyet hakkı OHAL CBK'ları ile sınırlanması mümkündür. Bununla beraber OHAL CBK'ları olağan dönem CBK'ların aksine kanun hükmündedir.

OHAL dönemindeki sınırlamalara ilişkin temel hüküm Anayasanın 15. maddesidir. Buna göre savaş, seferberlik hâllerinde veya olağanüstü durumlarda temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması ve bunlar için Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür. Ancak Anayasanın 15. maddesiyle bu hususta tanınan yetki de sınırsız değildir. Anayasanın öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınması ancak milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemek ve olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularla sınırlı ve orantılı olmak kaydıyla mümkün olmaktadır. Bununla beraber mezkur madde AİHS'nin olağanüstü hallerde devletlere Sözleşme yükümlülüklerini askıya alma imkanı veren 15. maddesi ile paralel bir düzenlemedir.⁴⁸⁸ Nitekim AİHM *Lawless/İrlanda* kararında taraf devletlerin olağanüstü halin gerektirdiği durumlarda uluslararası hukuka kapsamındaki yükümlülüklerle çelişmeyen ve *durumun zaruretlerinin kesin olarak gerektirdiği ölçüde* tedbirlerin alınabileceğini belirtmiştir.⁴⁸⁹ Bununla beraber OHAL CBK'larına ilişkin AYM'e ve AİHM'e başvuru yolu kapalıdır.⁴⁹⁰

İlaveten kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulması, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması ve bunlardan dolayı suçlanması yasaklanmış; suç ve cezaların geriye yürümemesi ilkesi ile masumiyet karinesinin olağanüstü hâllerde de geçerli olduğu kabul edilmiştir.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991: "...Anayasanın 15. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinin hemen hemen bir yinelenmesidir. Bu nedenle, olağanüstü yönetime ilişkin bir düzenleme ile hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlandırma Anayasanın 15. maddesine uygun görüldüğünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de uygun olacağı kuşkusuzdur."

⁴⁸⁹ *Lawless/İrlanda*, B. No: 332/57, 01.07.1961, para. 30

⁴⁹⁰ A. Eren, "Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Değerlendirilmesi", s. 16; Başpınar, "Olağanüstü Hallerde Mülkiyet Hakkı", s. 20

⁴⁹¹ Anayasa md. 15/2; AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019

Bu bağlamda mülkiyet hakkı hakkın kötüye kullanılması⁴⁹² niteliğinde olmadığı müddetçe, ancak uluslararası yükümlülüklerle ve OHAL dönemi konusu gerekleriyle zorunlu, uyumlu ve süresiyle sınırlı olmak kaydıyla müdahale imkanı tanınmıştır. Ayrıca müdahalenin orantılılığı da gerekmektedir. Bir başka deyişle hakkı ortadan kaldırıcı, mülkiyet hakkını yok edici düzenlemeler 2. madde kapsamında hukuk devletine aykırılık teşkil edecektir.⁴⁹³

⁴⁹²Anayasa md. 14: “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.”

⁴⁹³Başpınar, a.g.m., s. 22-26

3. BÖLÜM: KAMULAŞTIRMA VE MÜLKİYET HAKKI İLİŞKİSİ

3.1. KAMULAŞTIRMA

Kamulaştırma kavram olarak istimlak kavramının güncel versiyonu diyebiliriz. Tarihsel sürecinde görüleceği üzere başlangıçtaki var oluşu istimlak kavramı ile gerçekleşmiştir. Ancak kamulaştırma ve istimlak kavramlarının teorik boyutta birbirini karşılamadığı görülmektedir. Zira öncelikle istimlak kelimesi Arapça kökenli Osmanlıca bir kelime olup mülk kökünden türemiş, mülk edinme manasını taşımaktadır. Kamulaştırma ise mülkten bağımsız olarak kamu köküne dayanmaktadır. Türemiş halinde ise mana olarak ise kamuya mal etme sonucuna varmaktadır.⁴⁹⁴ Oysa kamulaştırma işlemi mülkün kamu malı haline dönüşmesine gerek kalmamaktadır.⁴⁹⁵ Bu itibarla iki kavram mana olarak birbirini karşılamasa da 1961 Anayasasında kamulaştırma teriminin kullanımıyla beraber dönüşüm de gerçekleşmiştir.

Kamulaştırma düzenlenmiş olduğu 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda ve Anayasada tanımlanmış olmasa da Anayasa Mahkemesince ve doktrinde kabul gören hali ile; mal sahibinin rızasına bakılmaksızın özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların, kamu yararı amacıyla, gerçek değeri peşin olarak ödemek suretiyle elde edilmesi yetkisi olarak tanımlanmıştır.⁴⁹⁶ Kamulaştırmalar için 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Kamulaştırmada amaç kamu yararının sağlanması için kamu hizmetinin götürülmesidir.⁴⁹⁷ Örgütlenmiş bir toplumun devamlılığı, kamu yararının gözetilmesi ile olacaktır⁴⁹⁸ ve fakat temel bir hak olan mülkiyet hakkı ile nasıl uzlaşacaktır?

⁴⁹⁴Özyörük, a.g.e., s.18, Gözler, *İdare Hukuku*, s. 934

⁴⁹⁵Gözler, *İdare Hukuku*, s. 934

⁴⁹⁶Cemil Kaya, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 97, Yavuz Nazaroğlu, Hasan Ünal, *Danıştay ve Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırma ve İlgili Mevzuat*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1975, s. 6; Özyörük, a.g.e., s. 230., Sulhi Dönmezer, "İstimlak Hukuku", *İÜHF Mecmuası*, C. 7, 1941, s. 41.

Kamulaştırmanın yakın zamana dek istimlak olarak geçmesi ve işlem mahiyeti itibarıyla istimlak teriminin daha isabetli olduğu yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. 3, Hak Kitabevi, s. 1513, Gözler, *İdare Hukuku*, s. 935

⁴⁹⁷Kaya, a.g.e., s. 97-98

⁴⁹⁸Özcan Karadeniz, "Roma'da Kamulaştırma ve Kamu Yararı Kavramı", *AÜHF Yay.*, Ankara, 1975, s. 2.

3.2. KAMULAŞTIRMANIN TARİHSEL SÜRECİ

Kamulaştırma ve mülkiyet hakkı iç içe geçmiştir. Zira kamulaştırma teorik ve pratik yönleriyle incelenirken mülkiyet hakkına müdahale biçimi hukuksal çerçevede değerlendirilmek zorundadır. Demografik, ekonomik, sosyal, politik durumlardaki değişim ile birlikte kamulaştırmanın da gelişimi göz ardı edilemez. Nihayetinde kamulaştırma kamu hizmeti ve kamu yararı amacıyla yürütülen bir işlem olduğundan dayanak noktaları da insana ve toplumun oluşturmaya çalıştığı medeniyet arzusundan ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle mülkiyet hakkının gelişimi ile kamulaştırmanın gelişiminin birbirini doğrudan etkilediğini söyleyebiliriz.

Mülkiyet hakkı yaklaşımlarından klasik mülkiyette, mülkiyet hakkı kutsal ve dokunulmaz kabul edildiği için hukuka uygun kabul edilen bir sınırlandırmayı da bünyesinde barındırmamakta idi. Dolayısıyla sistemsiz olarak kamulaştırmanın var olması beklenmemiştir. Marksist mülkiyet anlayışında ise müdahale edilecek bir özel mülkiyet mevcut değildir, dahası mülkiyet ancak kamu yararını gerçekleştirdiği ölçüde meşrudur. Dolayısıyla sistem kamulaştırma yapmaya elverişli sağlamamaktadır. Bulduğumuz dönemde yaygın olarak kabul edilmiş sosyal devlet anlayışındaki mülkiyet hakkına göre ise, yukarıda izah edildiği üzere hukuka uygun kalmak koşulu ile sınırlandırmalar kabul edilmiştir. Kamulaştırma da bu sınırlandırmaların içinde kalan uygulamalardan biridir.

Roma'da mülkiyet hakkını mutlaklığına mülkiyetin tarihsel sürecinde değinmiştik. Ancak o dönemde dahi zamanla gerçekleşen görece hak kısıtlamalarının olduğu kabul edilmiştir. Nitekim bayındırlık işlerinin olduğu Roma'da kamu yararı kavramı ile özel mülkiyetin çatışması kaçınılmaz olmuştur.⁴⁹⁹ Kamu yararını kabul etmiş ve özel menfaati zaman zaman feda eden bir sistemde kamulaştırma usulünün olduğu ekseriyetle kabul edilmiştir. Her ne kadar kamulaştırmanın sistemsiz olarak varlığını meçhul sayan görüşler olsa da örnekler ve deliller varlığını kabul etmeye mecbur kılmaktadır.⁵⁰⁰

⁴⁹⁹Özyörük, a.g.e., s. 32

⁵⁰⁰Özyörük, a.g.e., s. 34-35

Hukuki olarak Ortaçağ M.S. 3. yüzyıldan 1789 Fransız İhtilali dönemlerine tekabül etmektedir. Ortaçağda barbar istilalarıyla feodalite güçlenmiş ve zayıfın güçlüye sığınması silsilesinde, özel mülk nihai durak olarak kralın elinde toplanmış oluyordu. Bu bakımdan kamulaştırma işlemi için elverişlilik oluşmuyordu. Ancak devamında haçlı seferleri ile başlayan bu sistem Rönesans ve coğrafi keşiflerle nihayet bularak özel mülkiyet tekrar güçlenmiştir.⁵⁰¹ Bu da akabinde bugünkü kamulaştırmanın temel halinin Fransa’da, 12. yüzyıl itibariyle oluşmaya imkan sağlamıştır.⁵⁰² İngiltere’de ise kamulaştırmaya ilişkin ilk kanun 1541 tarihi itibariyle varlık göstermiştir.⁵⁰³

Fransa’da kamulaştırma Fransız Hakları Bildirgesi’nin 17. maddesi⁵⁰⁴ ile cisimlense de varlığı uygulamalarla daha öncesinde de kabul edilmiştir. Ancak 1804 tarihinde Fransız Medeni Kanunu’nun 545. maddesine göre ise kamu yararının gerektirdiği takdirde özel mülkiyete müdahale mülk sahibine tazminat ödenmesi halinde hukuki kabul edilmiştir.⁵⁰⁵

İslam hukukunda kamulaştırmanın yokluğuna ilişkin görüşler mevcut ise de⁵⁰⁶ yaygın görüş varlığını kabul etmiş ve kamulaştırmanın uygulanmış olduğuna ilişkindir. Kamu yararı gereksinimi halinde kamulaştırma, Halife Hz. Ömer devrinde Mescidi Haramın genişletilmesi için yakınındaki özel mülklere müdahale ile gerçekleşmiştir.⁵⁰⁷ Özyörük ve Onar da kamulaştırma müessesesinin müstakil bir düzenleme ile görülmediğini kabul etmekle beraber uygulamada varlığının olduğu konusunda görüş birliğindedirler. Zira medeniyet ve şehircilik konusunda ileri bir safhada olduğu tartışmasız bir sistemde kamulaştırma işleminin olmaması abesle işgal kabul edilmektedir.⁵⁰⁸

⁵⁰¹Özyörük, a.g.e., 36-37

⁵⁰²Özyörük, a.g.e., s. 37’den Montesquieu, De l’Esprit des Lois, Livre XXVI, Chap. XV

⁵⁰³Özyörük, a.g.e., s. 39

⁵⁰⁴“Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğu için, yasaların belirlediği kamusal gereklilik açıkça doğmadıkça ve meşru bir tazminat ödenmedikçe kimse bu haktan yoksun bırakılamaz.”

⁵⁰⁵Güriz, a.g.e., s. 199

⁵⁰⁶Osman Nuri Ergin, “İslam’da Temellük ve Tasarruf Hakkının Dokunulmazlığı ve İstimlak Meselesi”, *Adalet Dergisi*, Yıl 40, S.12, 1949, s. 1754-1763.

⁵⁰⁷Ali Haydar Efendi, *Dürrer-ül Hükkam, Şerh-i Mecelleti’l Ahkam*, Osmanlı Yayınevi, İstanbul, C.3, s. 293, Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, s. 760

⁵⁰⁸Özyörük a.g.e, s. 52-53.

İstimlak düzenlenme olarak ilk defa 4 Recep 1272 tarihli nizamnamede⁵⁰⁹ gerçekleşmiş olsa da terim olarak mevcudiyeti 1293 tarihli “*Dersaadet Belediye Kanunu*” ve 1924 tarihli “*Vilayat Belediye Kanunu*” adlı düzenlemelere uzanmaktadır.⁵¹⁰ Yine Mecelle’nin 1216.⁵¹¹ maddesinde de kamulaştırma işlemine ilişkin düzenleme ile karşılaşmaktayız. Mecellenin 26. maddesi⁵¹² ise kamunun zararı ile birey zararını karşılaştırarak kamuyu öncelmesi bakımından genel hükümler kapsamında dolaylı da olsa kamulaştırmaya meşruiyet sağlamaktadır. Bu bağlamda bakıldığında kamulaştırma işlemi için hem genel hem özel hükümler ihtiva etmesi, Mecellenin kamulaştırma işlemi için ortaya koymuş olduğu önemi göstermektedir.

Osmanlı Devleti’nin ilk anayasası niteliğini haiz Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda⁵¹³ da kamulaştırma müessesesi yerini almıştır. Böylelikle kamulaştırmanın anayasal temeli de oluşmuştur.

1272 tarihli Nizamnameyi yürürlükten kaldıran 24 Teşrinisani 1295 (6 Aralık 1879) tarihli *Menafi-i Umumiye İçin İstimlak Kararnamesi* ise kamulaştırma düzenlemesi açısından bulunduğu dönemde eşsiz bir nitelik taşımıştır.⁵¹⁴

1924 Anayasası ve mevcut Kamulaştırma Kanunu’ndan önceki 6830 sayılı kanun kamulaştırma işlemi için “istimlak” terimini kullanmış, 1961 ve 1982 Anayasası ilaveten 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu da kamulaştırma terimini kullanmıştır.

⁵⁰⁹Saltanat-ı Seniyyenin, Menafi-i Umumiyyeye Dair Şeylerin Tanzimi Halinde Lüzumu Olup Kıymet-i Layikasıyla Sahiplerinden Mubayaa Edeceği Arazi ve Saire Hakkında 4 Recep 1272 (1855) tarihli Nizamname

⁵¹⁰Özyörük, *Kamulaştırma Hukuku*, s. 17.

⁵¹¹“*Ledel-hâce emr-i sultani ile bir kimsenin mülkü, kıymeti ile alınıp tarika ilhak olunabilir. Fakat tediye-i semen olunmadıkça mülkü yed’inden alınamaz.*”

⁵¹²“Zarar-ı ammı def için zarar-ı has ihtiyar olunur”

⁵¹³Teşkilatı Esasiye’nin 74. maddesini ilk fıkrasına göre: “*Menafi-i umûmîye için lüzûmu usûlen tahakkuk etmedikçe ve kanûn-u mahsûs mücibince değer bahâsı peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malı istimvâl ve mülkü istimlak olunamaz.*”

⁵¹⁴Murat Şen, “İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, S. 1, s. 178’den Hacı Reşit Paşa, *Ruhu’l Mecelle*. C. VI, Kitabü’ş Şirket Şerhi, İstanbul 1328.

3.3. KAMULAŞTIRMANIN ANAYASAL ÇERÇEVESİ

1982 Anayasasının 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma Anayasanın “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” bölümünde yer almaktadır. Mülkiyet hakkını sınırlamanın ötesinde sonlandıran bir işlemdir.⁵¹⁵ Onar’a göre, temel hakka ağır bir müdahale içerdiğinden mülkiyet hakkına müdahale biçimlerinden kamulaştırmanın anayasada düzenlenmesi ve güvence altına alınması mülkiyet hakkının etkililiği açısından önemlidir.⁵¹⁶

Kamulaştırmaya yer verilen diğer ülkelerden bazılarını karşılaştırmak maksatlı almayı tercih ettik.⁵¹⁷

Alman Anayasasının 14/3 fıkrasına göre: “*Kamulaştırma ancak toplumun yararı için olanaklıdır. Kamulaştırma yalnız tazminatın biçim ve ölçüsünü düzenleyen bir yasayla veya bir yasaya dayanarak yapılabilir. Tazminat, toplumun ve ilgililerin yararları adaletli bir biçimde denkleştirilerek belirlenir. Tazminatın miktarı üzerinde anlaşmazlık halinde, adli yargıya kanun yolları açıktır.*”

İspanya Anayasasının 33/3 fıkrasına göre “*Kimse, kamu yararı ve toplum çıkarına haklı sebepler ve kanun hükümleriyle uyumlu tazminat olmaksızın, mülkiyet ve haklarından yoksun bırakılamaz.*”

Belçika Anayasasının 16. maddesine göre; “*Kamusal amaçlı kamulaştırmalar hariç olmak üzere, kanunun öngördüğü haller dışında ve kanunda öngörülen şekilden başka şekilde ve önceden adil bir bedel ödenmeksizin hiç kimse mülkünden alıkonulamaz*”

⁵¹⁵Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 127

⁵¹⁶Onar, a.g.e., s. 1513-1514

⁵¹⁷<https://hukukbook.com/category/evrensel-hukuk-metinleri/>, Erişim Tarihi: 04.03.2.2022.

Danimarka Anayasasının 73. maddesine göre “Mülkiyet hakkı dokunulmazdır. Kimse, kamu yararı gerekmedikçe, mülkünden vazgeçmeye zorlanamaz. Bir kişi, kanunda belirtilen esaslara ve kendisine tazminat ödenerek mülkünden vazgeçebilir.”

İrlanda Anayasasının 43/2. fıkrasına göre “Devlet, buna uygun olarak, gerektirdiğinde, kullanımlarını kamu yararının zorunlulukları ile uyumlu hale getirmek isteyen bir bakış açısıyla, bu hakları kanunla sınırlayabilir.”

İtalyan Anayasasının 42/2. fıkrasına göre “Kanunda gösterilen durumlarda ve tazminat hükümleri ile birlikte, özel mülkiyet kamu yararına dayanarak kamulaştırılabilir.”

Hollanda Anayasasının 14/1. fıkrasına göre “Kamulaştırma sadece kamu yararı için önceden belirlenmiş tazminat karşılığı ve kanunen belirlenmiş kurallar çerçevesinde yapılabilir.”

Anayasaların kamulaştırmaya ilişkin maddelerine bakıldığında kamu yararı aynı olmakla beraber ve bedele ilişkin farklı tabirler kullanıldığını görmekteyiz. Ancak her halükarda kamu yararı ve bedel şartı ile mülkiyet hakkına yönelik anayasal düzeyde bir güvence ile karşılaşyoruz. Doktrinde kamulaştırmanın mülkiyet hakkına ilişkin ağır bir darbe olduğu düşüncesinin⁵¹⁸ yanı sıra sosyal mülkiyet anlayışına göre kamulaştırma bireyin hakkının ihlalden ziyade birey ile toplum yararının konsensüsü,⁵¹⁹ bir başka deyişle mülkiyet hakkının ödev niteliğinin gereği değerlendirmesi⁵²⁰ de mevcuttur. Nitekim AYM'nin yaklaşımına göre de gerçek karşılığın ödenmemesi ile mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu anlamını taşımaktadır. Gerçekten de mahkemeye göre, “Kamu yararına dayanılarak kamulaştırma işleminde taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi halinde, mülkiyet hakkı paraya çevrilmek suretiyle korunmuş olacağından” öze dokunma gerçekleşmemiş olacaktır. Sonuç olarak, gerçek karşılık bedelinin ödenmesi ile öze

⁵¹⁸Özyörük, a.g.e., s. 12

⁵¹⁹Güriz, a.g.e., s. 228

⁵²⁰Jale Akipek, “Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması ile İlgili Bir Deneme”, *Adalet Dergisi*, Ankara, 1967, S. 5, s. 310; Eren, *Mülkiyet Kavramı*, s. 787

dokunma yerine müdahale, hakkın sınırlanmasından ve hakkın ödev niteliğinin gereğinden ibaret olacaktır.⁵²¹

Anayasal ilke olan gerçek karşılık hakkı, kamu yararı ile birlikte kamulaştırmanın üzerinde durulması gereken belki de en öncelikli unsurlarıdır. Bu noktada AYM'nin kamu yararı olmadıkça gerçek karşılık bedelinden daha fazlası dahi verilse kamulaştırmanın meşruiyetinin olmayacağı⁵²² konusundaki tutumu, kamulaştırmanın tanımını doğrular niteliktedir.

3.4. KAMULAŞTIRMANIN İLKELERİ

Kamulaştırmanın, Anayasanın 46. maddedeki tanımından yola çıkarak temel ilkelerinin⁵²³ devlet ve kamu tüzel kişisi tarafından yapılabilmesi, kamu yararı sebebi, konusunun özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallar olması, kanunda belirtilen usul ve esaslara göre yapılması, malın gerçek karşılığının ödenmesi gerekliliği, yeterli ödenek ile kamulaştırma işlemine başlanması belirtilebilir.

3.4.1. Kanunla Gösterilen Usul ve Esaslara Göre Yapılması

Kamulaştırmanın idari işlem olması sebebiyle, kanunda belirtilen usul ve esaslara göre yapılması gerekir. İdare işlem yetkisini kanundan sağlamaktadır. Dolayısıyla kamulaştırma konusunda yetki veren ve kamulaştırma usulüne ilişkin kanunun varlığı gerekmektedir. Esasında bu husus Anayasadan da kaynaklanan mülkiyet hakkına müdahaleyi mümkün kılan bir unsurdur.⁵²⁴ Mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddeye göre müdahalenin ancak kanunla doğacağı katidir. Kamulaştırma işleminin de mülkiyet hakkına müdahale olduğu açıktır. Bu bağlamda kamulaştırma idari işlemi için kanuna

⁵²¹AYM, E: 1976/38, K: 1976/46, 12.10.1976.

⁵²²AYM, Derya Alpdoğan, B. No: 2015/6845, 31/10/2018, para. 47.

⁵²³Gözler, *İdare Hukuku*, s. 936

⁵²⁴Gözler, *İdare Hukuku*, s. 939

dayanmak anayasal bir şarttır. Mevcut düzende kamulaştırma işlemi 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'ndaki usul ve esaslara göre düzenlenmektedir.

Bu şartın sağlanmaması hukukilik şartının yokluğuna sebep olacak ve Mahkeme, bu bağlamda ihlal hükmü kuracaktır.

3.4.2. Devlet ve Kamu Tüzel Kişilerince Yapılabilmesi

Kamulaştırma kararı yetkili makamlar tarafından alınmalı ve yetkili makamlar tarafından onaylanmalıdır. Bu şartlar yerine getirilmediğinde kamulaştırma işlemi şekil (yetki yönünden) bakımından hukuka aykırı olur ve idari yargı tarafından iptale tabidir.⁵²⁵

Anayasanın 46. maddesi ve 2942 sayılı Kanuna göre devlet ve kamu tüzel kişileri kamulaştırma yapma yetkisine sahiptirler. Madde metninden özel hukuk tüzel kişilerinin böyle bir yetkisinin olmadığı açıkça anlaşıldığını gibi, böyle bir karar alması yok hükmündedir.⁵²⁶ İlaveten tüzel kişiliği olmayan idarenin böyle bir yetkisinin olmadığı da aşıkardır.

Kamulaştırma Kanunu Tasarısı'nın gerekçesinde kamulaştırma yetkisini haiz kamu tüzel kişileri belirtilmiş⁵²⁷ olmakla beraber bu kurumların yetkisi sınırsız değildir. Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesine göre ancak kamu tüzel kişilerin kendi görev ve yetkileri alanları için geçerlidir. Aksi halde yetki unsuru yönünden ihlal sonucu ortaya çıkacaktır. Bu durum idarenin hareketlerinin ancak kanun doğrultusunda gerçekleştireceğin ilişkin olan "kanuni idare" ilkesinin bir gereğidir.⁵²⁸

⁵²⁵Onar, a.g.e., s. 1515; Kaya, a.g.e., s. 102

⁵²⁶Danıştay 6. D., 13.05.1981, E.980/1388, K.981/1547, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 585

⁵²⁷Devlet, Mahalli İdareler(İl Özel İdaresi, Belediye, Köy), kamu kurumları (Üniversite, Yüksek Öğretim Kurulu, RTÜK, Devlet Dairesi ve Genel Müdürlük şeklindeki kamu kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile iktisadi devlet teşekkülleri). Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamulaştırma yapıp yapamayacağına ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, s. 940-941

⁵²⁸Giritli, Bilgen, Akgüner, a.g.e., s. 62-63

Özel kişilerin kamu hizmeti yürüttüğü bazı durumlarda da özel kişiler yararına kamulaştırma yapılabilir. Ancak bunun için mezkur kamu hizmetinin düzenlendiği özel yasada bu yetki için açık hüküm mevcudiyeti gerekmektedir.⁵²⁹ KK'nin 1. maddesinin son fıkrası bu özel halin kaynağıdır: “*Özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da, bu Kanun hükümleri uygulanır*”. Anayasa Mahkemesi de özel kişiler lehine kamulaştırmayı düzenleyen özel düzenlemeleri mümkün görmektedir.⁵³⁰

3.4.3. Kamu Yararının Bulunması

Özel mülkiyet ile kamulaştırma işlemi arasında negatif bir korelasyonun varlığı açıktır. Bu itibarla kamulaştırma işlemi kamu yararıyla idarenin keyfilikliğini önleyecek önemli bir ölçütle sınırlamak ve bu ölçütün gelişimini de kontrole tabi tutmak zorunluluktur.⁵³¹ Kamu yararı kavramının içeriğinin genişliği ile beraber kanunda da belirli bir tanımının olmamasının güçlüğüne yukarıda ilgili bölümde değinmiştik. Bununla beraber kamu yararı kamulaştırma işlemi tanımlanırken olmazsa olmaz şarttır. Fransızca'da kamulaştırmanın tanımı “*kamu yararı nedeniyle mülkiyetten çıkarma*” olarak belirtilmiştir.⁵³² Danıştay kararlarında “kamu yararı” kavramı kamulaştırma tanımlamasında vurgulanmaktadır.⁵³³ Bununla birlikte kamu yararı kamulaştırma için olmazsa olmaz , işlemin esasını oluşturan bir şart olarak görülmektedir.⁵³⁴

Kamu yararı kararı kamulaştırmanın amaç ve sebep unsurunu oluşturmaktadır.⁵³⁵ “*Kamu yararı kamulaştırma işleminin ruhudur; kamu yararı kararı ise kamulaştırma usulünün*

⁵²⁹Örnekler için bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, s. 945, Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri, Kamulaştırma-İstimval*, 1995, s. 21

⁵³⁰AYM, E:1993/8, K: 1993/31, 22.09.1993; E: 2017/110, K: 2017/133, 26.07.2017; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, Ankara*, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, C. 1, Genel Esaslar, 2001, s. 996

⁵³¹Özyörük, a.g.e., s. 66

⁵³²Gözler, *İdare Hukuku*, s. 958

⁵³³Kaya, a.g.e., s. 97.

⁵³⁴Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E:1972/7, K:1975/16, 19.12.1975; Danıştay İdare Daireleri Genel Kurulu, E:1995/769, K:1997/525, 17.10.1997; Danıştay 11. Dairesi, ve E:2005/2069, K:2007/9757, 17.12.2007; Danıştay 14. Dairesi, E:2008/7216, K:2011/7431, 13.10.2011

⁵³⁵Kaya, a.g.e., s. 101; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 536

*önemli bir parçasıdır.”*⁵³⁶ Bu iki unsur birbiri ile yakın ilişkili olduğu için birlikte anılmıştır. Amaç ile sebep ögesinin iç içe geçmişliği şu şekilde oraya konulabilir; kamu yararı amaç, kamu hizmetinin yürütülmesi için oluşan ihtiyaç ise sebeptir.⁵³⁷ Bir başka deyişle kamu yararını etkin kılmak, idarenin işlemdeki sebep unsurunu oluşturmaktadır. Nitekim Danıştay bir kararında idari işlemlerin sebep unsunu; idareyi işlem yapmaya yönelten dürtü, etken olarak tanımlamıştır.⁵³⁸ Bu itibarla sıkı şekilde birbiri ile ilişkili unsurdur.

İdarenin tüm işlemleri kamu yararına dayanmalıdır. Mülkiyet hakkına müdahale için başat unsurlardan kamu yararının Anayasa ve Kamulaştırma Kanunu’nda geçtiğini madde alıntıları ile birlikte görüldü. Kamulaştırma işlemi mülkiyet hakkı için ağır bir ihlal kabul edildiği için kamu yararı almak için kamu yararı alacak ve onaylayacak merciler KK’nin 5. ve 6. maddelerinde düzenlenerek usuli güvencelerle donatılmıştır.

İlaveten Kamulaştırma Kanunu’nun 6. maddesinin 3. fıkrasında, onaylı imar planı veya bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için kamu yararı kararının alınmasının ve onaylanmasının gerekmediği durumlar belirtilmiştir. Bu hallerde yetkili icra organı tarafından kamulaştırma işleminin başladığına dair karar alınması gerekir.

Bununla birlikte idarenin müdahalesi için salt kamu yararı değil taşınmazın kamu yararına amacına uygun hizmete tahsis edilmesi aranmaktadır. Kamu yararı amacına uygun bir hizmete tahsis edilmeyen taşınmazlar için müdahalenin meşruiyeti ortadan kalkacaktır. Bu sebeple salt kamu yararı değil idarenin kamu yararı amacına uygun hizmet götürmekle⁵³⁹ çevrelendiğinin tespiti, kamu yararının sınırlarını görmek bakımından önem arz etmektedir.

⁵³⁶Kaya, a.g.e., s. 102; İbrahim Hasgür, Türk ve Alman Kamulaştırma Hukukunda Kamu Yararı Kararı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1997, s. 71

⁵³⁷Karagöl, a.g.e., s. 50

⁵³⁸Danıştay 8. Dairesi, E:1989 / 504, K:1990 / 913, 17.09.1990

⁵³⁹ AYM, E: 2014/177, K: 2015/49, 14.05.2015

3.4.4. Gerçek Karşılık Bedelin Nakden ve Peşin Olarak Ödenmesi

Gerçek karşılık ilkesi yukarıdaki bölümlerde incelediğimiz, kamulaştırma işlemleriyle mülkiyet hakkına müdahalede ölçülülüğü sağlayan, hakkın özüne dokunmayı engelleyen çok önemli bir güvencedir. 1982 Anayasasının ilk halinde gerçek karşılık hakkı düzenlenmemiştir. 3 Ekim 2001 Anayasa değişikliği ile kamulaştırmanın düzenlenmiş olduğu 46. maddeye eklenmiştir. İlâveten mevcut Kamulaştırma Kanunu'nda yer almamaktadır.

Bununla beraber gerçek karşılık hakkı kamulaştırmanın anayasal ilkelerinden düzeltici etkisi olan köklü bir uygulamadır. Mecellenin 1216. maddesinde, 1272 tarihli nizamnamede bir bedel ödenmesi gerekliliği de aynı esasa işaret etmekteydi.⁵⁴⁰ 1924 Anayasasının 74. maddesindeki temel esas; kamulaştırılan taşınmazın değer pahası peşin verilmesi gerekliliğidir. Bu koşul sağlanmadığı takdirde kimsenin malı kamulaştırılmasının imkanı yoktu. 1961 Anayasasının 38. maddesinin ilk halinde de lafzen gerçek karşılık geçmekteydi. Öyle ki 1960 dönemi ile birlikte anayasa yargısının ortaya çıkışı ile de gerçek karşılık değeri belirlemeyen kanunları anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.⁵⁴¹

Ancak 1960 Anayasası, 1971 yılı değişikliğinde; 1488 sayılı Kanun ile 38. maddesi değiştirilmiş ve taşınmaz sahiplerini gerçek vergi beyanında bulunmaya teşvik gibi sosyal gerekçelerle gerçek karşılık değeri yerine malikin bildirdiği vergi değerini aşmayan karşılık esası, kamulaştırma bedeli ölçüsü olarak uygulanmıştır. Bu ise Anayasa Mahkemesi hukuk devleti zemini ile bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.⁵⁴²

⁵⁴⁰Özyörük, a.g.e., s. 99

⁵⁴¹E:1963/10, K:1963/61, 18.03.1963; E: 1963/141, K: 1964/50, 23.06.1964

⁵⁴²AYM, E: 1976/38, K: 1976/46, 12.10.1976: *Mülkiyet hakkının doğal bir sonucu olarak, bu bedelin, taşınmaz mal değerinin tam karşılığı olması gerekir. Bir yanda devlet veya kamu kuruluşu, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde, bireylerin rızasına bakmaksızın onların mülkiyetindeki taşınmazları alma hakkını kullanacak, öte yanda bireyler kamulaştırılan taşınmazlarının tam karşılıklarını, mülkiyet hakkının gereği olarak, devletten istemek hak ve yetkisini ellerinde tutacaklardır. Bu hakların yerince kullanılmasına elverişli olmayan bir hukuk düzeninin demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacağı açıktır...*

1982 Anayasasında kamulaştırmaya ilişkin bölümün ilk halinde ise gerçek karşılık değeri yine yer almamış, salt karşılık ifadesi geçmiştir. Bu ifade vergi değeri ile gerçek karşılık değeri arasında orta yol bulunmaya çalışıldığına ilişkin bir muğlaklığı da beraberinde getirmiştir.⁵⁴³ Ancak bu düzenleme mülkiyet hakkının güvencesini yetersiz bırakmıştır. 2001 değişikliği ile gerçek karşılık değeri anayasal bir ilke olarak yerini bulmuştur.

Avrupa Birliği düzenlemeleriyle gerçek karşılık; *“bir bina veya taşınmazın bir özel hukuk sözleşmesi esas alınarak değer tespitinin yapıldığı sırada, satışa meyilli bir satıcı ile bu satıcıya kişisel bağlarla bağlı bulunmayan bir alıcı arasında, taşınmazın piyasada serbestçe satışa sunulabileceği, piyasa ilişkilerinin normal bir satışa engel teşkil etmediği ve satışa konu olan taşınmazın mahiyetine uygun bir pazarlık zamanına sahip bulunduğu hallerde elde edilecek fiyat”* anlamında kullanılmaktadır.⁵⁴⁴

Gerçek karşılık ilkesi, Türk hukukunda belirgin bir yere sahip olsa da AİHM ile AYM bu konuda farklılaşmaktadır. AİHM kamu otoritelerinin kamulaştırma işlemlerinde adil denge kavramını gözetmektedir. AİHM’in müdahaleyi meşru kılacak enstrümanlarından adil denge başlığından bahsettiğimiz husus bu hakkı nasıl yorumladığına işaret etmektedir.

AİHM’e göre sözleşme, mülkiyet hakkına ilişkin müdahalelerde tazminat olarak her zaman için tam bedel karşılığına denk gelmediğini belirtmektedir. Mülkiyet hakkından yoksun bırakmanın örneklerinden kamulaştırma hallerinin bazılarında⁵⁴⁵ piyasa değerinin altında ödeme yapılmasını adil denge kapsamına dahil etmiş ve ihlalin olmadığına karar vermiştir.⁵⁴⁶

⁵⁴³Şimşek, a.g.e., s. 343

⁵⁴⁴Özel, a.g.e., s.180’den Dietrich, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, para. 194

⁵⁴⁵Mahkeme bu durumları, ekonomik, sosyal, siyasi ve diğer haklı sebeplerle meşru kamu yararı amacı gütmeye belirlemektedir.

⁵⁴⁶ Sporrong ve Lönnroth/İsveç, B. No: 7151/75 ve 72/52/75, 23/9/1982, para. 69; James ve Diğerleri/Bileşik Krallık, B. No: 8793/79, 21/2/1986, para. 54; Papachelas/Yunanistan, B. No: 31423/96, 25/3/1999, para. 48; Lithgow ve Diğerleri/İngiltere, B. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, 8/7/1986, para. 39

AYM ise her şartta anayasal bir ilke olan gerçek karşılık hakkını gözetmiştir. Öyle ki ölçülülük değerlendirmesinin başat unsurlarından biridir. Selma Arıcan başvurusunda kamulaştırılan bedel üzerinde anlaşılamadığından kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davası açılmıştır. Üst derece yargı incelemesi neticesinde de başvuru lehine düşük bir kamulaştırma bedeli çıkmasıyla birlikte orantılılık yönünden başvurucunun mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yoluna gidilmiştir. AYM taşınmazın piyasa değerini etkileyecek; *turizm bölgesine yakınlığı, imar geçmesi beklentisi, mücavir alan içinde olması, alt yapı hizmetlerinin gelmiş olması* gibi öğelere değinerek incelemenin bu hususları göz ardı ettiğini ve gerçek karşılığın ciddi ölçüde zedelenmiş olduğunu belirtmiştir.⁵⁴⁷ Bununla beraber AİHM ile farklılığına da dikkat çekmektedir:

*Anayasanın 13., 35. ve 46. maddeleri uyarınca, yapılan kamulaştırma nedeniyle başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında bir dengenin gözetilmesi, bu dengenin de başvurucunun elinden alınan mülkiyeti karşılığında başvurucuya taşınmazın gerçek bedelinin peşinen ödemesi gerekmektedir. Anayasa ile Sözleşme arasında kamulaştırma bedeline ilişkin temel fark, Sözleşmenin kimi durumlarda gerçek bedelin altında ödemeleri makul olduğu ölçüde hak ihlali olarak görmemesinin yanında Anayasanın gerçek bedelin ödemesini koşulsuz olarak kabul etmesidir.*⁵⁴⁸

İlaveten birçok davaya referans olan Mehmet Akdoğan başvurusu ise bir başka açıdan gerçek karşılığa dikkat çekmektedir. Kamulaştırma bedelinin dava tarihi esas alınarak belirlenmesi ile *geç ödenmesi* arasındaki geçen süredeki belirgin değer farkının ölçülülüğü sağlamayacağına işaret etmektedir.⁵⁴⁹ Başvurucular, kamulaştırma bedelinin belirlendiği tarih ile faiz işletilmeden ödendiği tarih arasındaki dokuz yıllık farkın gerçek karşılığa tekabül etmediğini bu sebeple mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ve karar tarihine en yakın tarih itibarıyla kamulaştırma bedelinin belirlenmesi veya Anayasanın 46. maddesi kapsamında kamulaştırma bedeline *kamu alacakları için uygulanan en yüksek faizin uygulanması gerektiğini* iddia etmektedir.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷AYM, Selma Arıcan, B. No: 2013/7841, 21/5/2015, para. 45

⁵⁴⁸Selma Arıcan, para. 38.

⁵⁴⁹Enflasyon farkının ölçülülük değerlendirmesi için ayrıca bkz. AYM, Ali Şimşek ve diğerleri, para. 58-69; Türkan Poyraz, B. No: 2015/15388, 13/9/2018; para. 29-37; Hanım Çeyiz ve Mehmet Gündüz, B. No: 2015/19289, 17/7/2018, para. 23-29; Kadir Çakar, B. No: 2015/18908, 21/3/2018, para. 21-28, Ali Yazıcı ve diğerleri, B. No: 2018/20766, 01.03.2021, para. 24-34

⁵⁵⁰Bu noktada taşınmazı kamulaştırılan kişilerin dava süresince geçen zaman nedeniyle hak kaybına uğramamaları için KK'nın 10 uncu maddesine 6459 sayılı Kanun ile değiştirilen ifadeyi belirtmek gerekmektedir: "Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması"

AYM peşin ödemenin gecikmesiyle hissedilir bir değer kaybının meydana gelmesi durumlarında gerçek karşılık hakkından uzaklaşıldığına dikkat çekmektedir.⁵⁵¹ Fakat Anayasanın 46. maddesindeki öngörülen faizin ancak *taksitlendirilebilme imkanı sunan; tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenmesi hallerinde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde devlet alacaklarına uygulanan en yüksek faiz işletilebileceği* hükmü ile söz konusu olayda ilk derece mahkemesi tarafından belirlenen bedelin karar ile birlikte başvuruçuların banka hesaplarına peşin yatırılmasından dolayı başvuruçuların taleplerinin yasal dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir.⁵⁵²

Bununla beraber her ne kadar dava tarihinin kamulaştırma bedeline esas tarihi olması kanun gereğiye de dava sürecindeki artış ve azalışların en düşük seviyede tutularak bedel tespitinde belirliliğin de olması gerektiğine işaret eder. Zira enflasyonun yüksek olduğu, üstelik dava sürecinin uzun sürebildiği durumlarda bu süreç, hak sahibinin alacağına değerini kaybettirmekte, hak sahibi adeta zaman-bedel dikotomisi arasında kalmaktadır.

Dolayısıyla AYM gerçek değeri, enflasyon karşısında korumak için dava tarihine göre belirlenen bedele faiz işletilmesinin gereğini belirtmiştir.⁵⁵³ Söz konusu olayın dava sürecinde faize ilişkin KK'nın 10 uncu maddesindeki bu hüküm yürürlüğe girmemiş olduğundan AYM incelemeyi başvuruçudan orantısız bir külfet oluşup oluşmadığı yönünden değerlendirmiştir. Bu şartlarda Merkez Bankası verilerince, faiz işletilmeksizin davanın açılmış olduğu Mayıs 2003 ile kararın verildiği Ocak 2012 arasındaki enflasyon farkının %104,63 olduğunu belirterek başvuruçudan orantısız bir külfete sebep olduğu bu sebeple mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁵⁵⁴

hâlinde, tespit edilen bedele bu sürenin bitiminden itibaren kanuni faiz işletilir." Bu hüküm bireysel başvuru yapılmadan önce bulunmamakta idi. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi ve Yargıtay bu hüküm olmaksızın karar vermiş bireysel başvuru döneminde hüküm yürürlüğe girdiğinden AYM bu hükmü gözetmiştir.

⁵⁵¹AYM, Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, para. 42

⁵⁵²Mehmet Akdoğan ve diğerler, para. 50-51

⁵⁵³Mehmet Akdoğan, para. 52

⁵⁵⁴Mehmet Akdoğan, para. 59-64

AYM'nin enflasyon karşısında gerçek karşılık hakkını koruma tavrı ile beraber AİHM'e kararlarından da bahsetmek gerekir. Gerçek karşılık konusunda AİHM'in tutumunun tam tazminat güvencesi vermediğini belirtmiştik. Ancak bununla beraber enflasyon karşısındaki değer kayıplarına karşı da söz konusu hakkı korumaktadır. İlâveten AİHM bu konuda bir ayırım yapmaktadır: Yargılama sürecinin gecikmesinden kaynaklı enflasyon farkı ile yargı kararı ile belirlenmiş bedelin ödenmemesinden kaynaklı gecikmedeki değer kayıplarını bir tutmamaktadır. Yargı süreçlerinden kaynaklı değer kayıplarında mahkemelerin takdir yetkisi üzerinde durarak %10.74 lük bir değer kaybının eski hak sahibi açısından orantısız bir yük getirmediğine hükmetmiştir.⁵⁵⁵ Ancak yargı kararı ile belirlenmiş kamulaştırma bedeline ilişkin para alacağıının ödenmesindeki gecikme konusunda aynı esnekliği göstermemiş ve değer kaybının %5' ten az olduğu haller için "*bir belirsizlik payı*" yorumunun makul karşılanabileceği, bu sebeple mülkiyet hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir.⁵⁵⁶

AYM'nin sadece gerçek karşılık hakkı ile ölçülülüğü sağlayacağına ilişkin yaklaşımını kanımızca mülkiyet hakkını daha güvenli bir noktaya taşımaktadır. Bununla beraber gerçek karşılık ilkesi ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Alman Anayasa Mahkemesi kamulaştırma bedeli olarak taşınmasın pazar değerini (gerçek karşılık) vermekle yükümlü tutmamaktadır. Pazar değeri ile birlikte kanun koyucuya da *hakkaniyete uygun değerlendirme* ilkesi ışığında takdir yetkisi tanımaktadır.⁵⁵⁷ ABD hukukunda ise gerçek karşılık değeri kabul görmüştür. Buna göre kamulaştırma işlemi neticesinde adil ve hakkaniyete uygun tazminat belirlemek çıkar dengesinin kurulmasını için zorunluluk arz eder. Bu denge ise ölçülebilir değer olarak piyasa değerine işaret eder.⁵⁵⁸

Gerçek karşılık taşınmazın o günkü değerine tekabül etmektedir. Ancak homejen bir piyasanın olmaması, elbette herkes için geçerli ve kolay hesaplanabilir tek bir fiyat ortaya çıkarma kabiliyetinden yoksundur. Taşınmazın o günkü değerini belirleyecek kıstaslar

⁵⁵⁵Güleç ve Armut/Türkiye, B. No: 25/969/09, 16/11/2010

⁵⁵⁶Arabacı/Türkiye, B. No: 65714/01, 07/03/2002

⁵⁵⁷Özel, a.g.e., s. 174.

⁵⁵⁸Wilhelmina Jacoba (Elmien) du Plessis, *Compensation for Expropriation under the Constitution*, 2009, s. 101, ayrıca bkz. Supreme Court, In City of Cape Town v Helderberg Park Development (Pty) Ltd197, para. 19

için Anayasada da detay yoktur. Anayasa Mahkemesi bunun için devlete usulüne uygun bir bedel değerlendirmesi görevini hatırlatmaktadır.⁵⁵⁹ Bu aşamada Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesi rehber olacaktır. Bununla birlikte AYM'nin denetiminin ölçülülükten ibaret olduğunu hatırlamak gerekecektir:

“Bahsedilen kriterler çerçevesinde bedel veya değer düşüklüğü karşılığının tespiti uzman Mahkemelerin ve Yargıtay'ın bu konudaki uzman dairelerinin yetki ve görevindedir. Anayasa Mahkemesi bu konuda uzmanlaşmış bir mahkeme olmadığı gibi, mülkiyet hakkı kapsamında yapılan bireysel başvurularda bedel veya değer düşüklüğü karşılığını hesaplamak gibi bir görevi de bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile ödenen bedel arasındaki ilişki yönünden yapacağı tespit, orantılılık incelemesinden ibarettir”⁵⁶⁰

Kamulaştırmanın önemli unsurlarından biri de bedelin peşin ödenmesidir. Bununla beraber hak sahibi tarafından ulaşılabilir olması peşin ödeme için yeterlidir.⁵⁶¹ Kural peşin ödeme olmakla birlikte Anayasada taksitli ödeme de düzenlenmiştir.

3.4.4.1. Taksitle Ödeme

Kamulaştırmada kural peşin ödeme olmakla beraber yine Anayasanın 46. maddesinde taksitle ödeme istisna olarak düzenlemiştir. Bir başka deyişle taksitle ödeme Anayasa kapsamında tahdididir; *“...tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.”*

Anayasanın 46. maddesine paralel olarak 2942 sayılı Kanun'un 3/2'nci maddesinde de taksitle ödeme düzenlenmiştir. Ancak bu sayılan hallerden birinde de olsa küçük çiftçinin kendisinin işlettiği alanda var olan taşınmaz için peşin ödeme zorunludur. (An. 46/3, KK md 3/3)

⁵⁵⁹Selma Arıcan, para. 39

⁵⁶⁰AYM, Mukadder Sağlam ve diğerleri, B. No: 2013/2511, 22.01.2015, para. 49

⁵⁶¹Danıştay, 9. Dairesi E: 1988/189, K: 1988/2212

3.4.4.2. Para Dışında Ödeme

İstisnai bir ödeme şekli olan para dışında ödemede malikin rızası dahilinde bedele ikame kamu hizmetinde bulunmayan mülklerden birinin devri mümkün olabilmektedir. (KK md. 26)

3.4.5. Özel Kişilerin Taşınmazı ve Kaynakları Kamulaştırılabilir

Kamulaştırılacak mal sadece özel kişiye ait olabilir. İdare bir başka idareye ait mal için bu yolu tercih edemez. Ancak bedeli karşılığında malın devri olur ki bu husus 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30 uncu maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Bununla beraber kamulaştırma malikin rızası hilafına yapılır. Kamulaştırmanın aşamalarındaki satın alma usulünün denenmesi şartı malikin mutlak bir serbest iradesi olmadığından rıza olarak değerlendirilmemektedir. Zira uzlaşma sağlanamasa da taşınmaz kamulaştırılabilecektir.⁵⁶²

İlaveten Anayasanın 46. maddesi, Kamulaştırma Kanunu'nun 1. ve 3. maddesine göre kamulaştırmanın konusunu taşınmaz mallar, kaynaklar ve irtifak hakları oluşturmaktadır ve netice itibariyle mülkiyetin idareye devri söz konusu olmaktadır. Bunlar da ancak özel mülkiyette olması şartıyla kamulaştırabilir. Taşınmaz mallar TMK'nin 704., 726., 826., ve 998. maddelerinde belirtilmiştir. Bunlara göre araziler, üst hakkı ve inşaat taşınmaz mal olarak kabul edilmektedir. Arazilerin mütemmim cüzleri de kamulaştırma kapsamında değerlendirilmektedir.⁵⁶³ Eklentiler ise bu kapsama alınmamıştır.

Taşınır mallar ise kamulaştırmanın konusuna girmemektedir. İdarenin taşınır mal edinme yöntemlerinden istisnai bir yol olarak kabul edilen istimvale ayrıca aşağıda karşılaştırmalı olarak değinilecektir.

⁵⁶²Kutlu, a.g.e., s. 227

⁵⁶³Onar, a.g.e, s. 1523

3.5. KAMULAŞTIRMANIN AŞAMALARI

Kamulaştırma, idarenin kamu gücü kullanması yoluyla mülkiyet hakkını sona erdirdiği için, kişilere güvence sağlayacak biçimde yapılmalıdır.⁵⁶⁴ Bu nedenle kamulaştırma, belli bir usul izlenerek gerçekleşir. Kamulaştırma, “idari aşama” ve bu aşamanın sonundaki satın alma usulünün başarıyla sonuçlanması halinde uygulanan “adli aşama” olmak üzere iki aşamada gerçekleşir.⁵⁶⁵

3.5.1. İdari Aşama

Kamulaştırmanın idari aşamaları; yeterli ödenek sağlanması, kamu yararı kararı alınması, taşınmazın belirlenmesi, kamulaştırma kararının alınması ve satın alma usulünün denenmesinden müteşekkildir. Ancak kamulaştırmanın idari aşamasının tamamlanması mülkiyeti kendiliğinden idareye geçirmez. Kamulaştırma işlemine ve bedele itirazın olmadığı bir süreç sonunda ancak tapuda idare adına tescil ile süreç tamamlanmış olmaktadır.⁵⁶⁶

3.5.1.1. Yeterli Ödenek Sağlanması Zorunluluğu

2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinde kamulaştırma şartları düzenlenmiştir. 2001 yılı değişikliği ile eklenen maddenin son fıkrasına göre “*İdarelerce yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemine başlanılamaz*” şeklinde ifade edilmiştir.

Yeterli ödeneğin “yeter” tespiti konusu tartışmalı olmakla birlikte “*tahmini bedel*”⁵⁶⁷ çerçevesinde bedelin malike ödenmek üzere hazır edilmesi gerekmektedir.⁵⁶⁸ Denilebilir

⁵⁶⁴Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1979, s. 156

⁵⁶⁵Kaya, a.g.e., s. 101

⁵⁶⁶Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı, *Türk İdare Hukuku Dersleri*, Astana Yayınları, Ankara, 2018, C. 1, s. 353

⁵⁶⁷T. Murat Pulak, “Kamulaştırma Kanunu'nda 4650 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler Üzerine Değerlendirmeler”, *Mülkiye*, 2001, C. 25, S. 228, s. 188

⁵⁶⁸Danıştay, 9. Dairesi E: 1988/189, K: 1988/2212

ki yeterli ödenek temini, kamulaştırma işleminin başlangıç koşuludur. 2001 değişikliği ile birlikte, idare kamulaştırılan taşınmaz bedelinin ödenmesinin gecikmemesi için, yeterli ödeneğin hazır olduğunu belgelemekle mükelleftir.⁵⁶⁹

Mülkiyet hakkının güvencesinin buraya kadar izahı göz önüne alındığından müdahale için de sıkı şekil koşullarının olduğu Kamulaştırma Kanunu'na ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu kuralların noksanlığı şekil yönünden ihlale sebebiyet verecektir.

3.5.1.2. Kamu Yararı Kararının Alınması ve Onaylanması

Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesi ile birlikte kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddesi ve Kamulaştırma Kanunu'nun 1. maddesinde kamu yararı bir sınır olarak belirtilmiştir. Kamu yararını kamulaştırma sürecinin amacı olması itibariyle kamulaştırma sürecinin adeta zeminini oluşturmaktadır.

Kamu yararının niteliği soyut iken, kamulaştırma kararı somuttur.⁵⁷⁰ Kamulaştırma ancak kamu yararı olduğu sürece yapılabilir. Kamu yararı kararının niteliği gereği doğrudan idari dava konusu edilemese de⁵⁷¹ kamulaştırma işleminin iptali için açılan davada bu husus hukuka aykırılık iddiası ile birlikte ileri sürülebilir. Zira kamu yararı bir hazırlık işlemi olarak görülmektedir.⁵⁷²

Kamu yararının alınması ve onaylanması da sıkı şekil şartlarına tabidir ki keyfiliği önüne geçilebilsin. Kamulaştırma Kanunu'nun 5. maddesi kamu yararına verecek mercileri ve 6. maddesi ise kamu yararı kararını onaylayacak mercileri ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

3.5.1.3. Taşınmazın Belirlenmesi ve Tapu Siciline Şerh

⁵⁶⁹Kutlu, a.g.e., s. 97

⁵⁷⁰Giritli, Bilgen, Akgüner, a.g.e., s. 853

⁵⁷¹Danıştay 6. Dairesi, 30.01.2007 tarih E: 2004/718, K:2007/454 sayılı karar, E:2000/2996, K:2001/3909 sayılı kararlarında; "...tek başına idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde olmadığı, sadece bir hazırlık işlemi niteliğinde olduğu" belirtilmiştir.

⁵⁷²Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 723

Bu husus Kamulaştırma Kanunu'nun 7. maddesi düzenlemektedir. İdare söz konusu taşınmaz malların ve kaynaklarının sınırı, yüzölçümü cinsini gösterir ölçekli planı hazırlar ve malikleri yahut zilyetleri tespit ettirir.

Elbette bu maddeyi beraber KK'nin 1. maddesindeki “*gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların*” kamulaştırılması ile birlikte okumak gerekmektedir. Zira taşınmaza ilişkin detaylardan önce taşınmazın kime ait olduğu sınır açısından önemlidir. Dolayısıyla kamu tüzel kişilerine ait malların olmaması gerekir.

Bu ilke esastan ölçülülük ilkesindeki gereklilik unsuruna tekabül etmektedir. AYM, kamulaştırılacak taşınmazın arazi ve tesisleri tespitinde *ihtiyaç duyulması* şartına bağlayarak unsuru somutlaştırmıştır.⁵⁷³

3.5.1.4. Kamulaştırma Kararının Alınması

Kamulaştırma Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen bu husus: “*İdare kamulaştırma kararı verdikten sonra kamulaştırmanın tapu siciline şerh verilmesini kamulaştırmaya konu taşınmaz malın kayıtlı bulunduğu tapu idaresine bildirir.*” şeklinde ifade edilmiştir. İdari şerh denilen bu işleme göre, 4650 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen şerhin süresi, şerh tarihinden itibaren altı aydır ve süre sonuna dek idarece bedel tespiti için mahkemeye başvurulduğuna ilişkin belgeyi sunulmazsa, şerh resen tapu dairesi tarafından silinmektedir.⁵⁷⁴

3.5.1.5. Satın Alma Usulünün Başvurulmuş Olması

Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesinde satın alma usulü düzenlenmiştir. Buna göre kamulaştırma kararının alınmasından sonra idarenin öncelikle satın alma usulünü denemesi gerekmektedir. Maddenin devamında (2. fıkrası) bedel tespitine ilişkin usul

⁵⁷³AYM, E: 2017/110, K: 2017/133, 26/7/2017, para. 12, 15

⁵⁷⁴Daha fazlası için Pulak, a.g.m., s. 190

belirtilmiştir: “11. maddedeki esaslara göre ve konuyla ilgili uzman kişi, kurum veya kuruluşlardan da rapor alarak, gerektiğinde Sanayi ve Ticaret Odalarından ve mahalli emlak alım satım bürolarından alacağı bilgilerden de faydalanarak taşınmaz malın tahmini bedelini tespit etmek üzere kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla kıymet takdir komisyonunu görevlendirir.”

Satın alma kamulaştırma kararının ardından, işlemin her aşamasına gerçekleşebilir.⁵⁷⁵ İdari aşamada kamulaştırmanın tamamlanabilmesi için ancak satın alma usulünün denenmesi ile taraflar anlaşırsa mümkündür. Tarafların anlaşmasına ilişkin tutanağı; 2016 yılında yürürlüğe giren 6745 sayılı Kanun’un 31. maddesi ile birlikte değerlendirmek gerekiyor. Zira bu maddeye mezkur tutanak malikin ferağ beyanı yerine geçerek taşınmaz tapuda idare adına resen tescil edilebilmektedir. Bu itibarla salt bedelde uyuşmazlık olmayan aynı zamanda malik adına ferağ beyanı olan bu işlemin idari yargıya konu olabileceği belirtilmektedir.⁵⁷⁶ Bununla beraber Uyuşmazlık Mahkemesi uzlaşma tutanağındaki bedelin ödenmemesinden kaynaklı davayı, alacak davası mahiyetinde değerlendirip adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Mahkemenin değerlendirmesine göre idare adına tescilin henüz yapılmamış olması ve kamulaştırma bedelinin ödenmemesi kamulaştırma işleminin tamamlanmadığını gösterdiğinden; uzlaşma tutanağına istinaden belirlenen miktar ve faiz tazmini ve taşınmazının davalı idare adına tescili istemli dava, hukuki el atmadan kaynaklanan bir tazminat davası olarak nitelendirilemeyecektir.⁵⁷⁷

İdari aşamadaki zorunlu unsur satın alma gerçekleşemez ise kamulaştırma için yargısal aşamaya geçilmektedir.

3.5.2. Yargısal Aşama

3.5.2.1. Adli Yargı

⁵⁷⁵Kutlu, a.g.e., s. 227

⁵⁷⁶Kutlu, a.g.e., 228

⁵⁷⁷Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E: 2017/130, K: 2017/178, 13.03.2017

Yargısal aşamanın başlangıcı idarenin asliye hukuk mahkemesi başvurusu ile olmaktadır. K.K.’nın 10 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre idarece satın alma yolu ile kamulaştırılmamış taşınmaz mallar için asliye hukuk mahkemesinde “*kamulaştırma bedelinin tespit ve tesicili*” davası söz konusu olacaktır. Bu davanın neticesinde mahkemenin tescil kararı vermesiyle birlikte mülkiyet idareye geçecektir.⁵⁷⁸

Adli yargı aşaması idarenin “*asliye hukuk mahkemesine müracaatı*” ile başlar ve müracaatta kamulaştırma bedelinin tespiti ile idare adına tescil talep edilir. (KK, md. 10/1)

Mahkeme de bu başvuru tarihinden itibaren en geç 30 gün için belirlediği duruşma gününü, dava dilekçesi ve idare tarafından verilen belgelerin birer örneği de eklenerek taşınmaz malın malikine “*meşruhatlı davetiye*” ile veya idarece yapılan araştırmalar sonucunda adresleri bulunamayanlara, 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun 28 maddesi gereğince ilan yoluyla tebligat suretiyle bildirerek duruşmaya katılmaya çağırır. Duruşma günü idareye de tebliğ olunur. (KK, md.10/2) İlâveten kamulaştırılacak taşınmaz malın bulunduğu yerde mahalli gazete çıkıyor ise, bu mahalli gazetelerden birisinde ve Türkiye genelinde yayımlanan gazetelerin birisinde kamulaştırmanın ve belgelerin özeti en az bir defa yayımlanır. (KK, md. 10/4)

Bu meşruhatlı davetiyenin içeriğinde (KK, md. 10/3); mahkemenin, maliklere kamulaştırma işlemine karşı 30 gün içinde (KK, md. 14) “*idari yargıda iptal davası*” açıp yürütmeyi durdurma kararlarının sunulmaması neticesinde kamulaştırma işleminin kesinleşeceği ve mahkemece tespit edilen bedel üzerinden idare adına tescil olacağı bilgisi yer alır. (KK, md. 10/3-f)

⁵⁷⁸Gözler, *İdare Hukuku*, s. 971

Malikin yürütmeyi durdurma kararını sunduğu durumlarda, idari yargıdaki davanın sonucu beklenmek üzere asliye hukuk mahkemesinde bu dava bekletici mesele yapılacaktır.⁵⁷⁹

Malikin idari yargıda iptal davası hiç açmayarak yahut iptal davası açıp yürütmeyi durdurma kararının sunulmadığı durumlarda; asliye hukuk mahkemesi hakimi 10 madde kapsamında gönderilmiş olan meşruhatlı davetiyede belirtilen duruşma gününde tarafları bedel üzerinde anlaşmaya davet eder ve anlaşılması halinde bu bedeli kamulaştırma bedeli olarak kabul eder. (KK, md. 10/5)

Taraflar bedel üzerinde anlaşamaz ise en geç on gün içinde bilirkişiler marifetiyle ve tüm ilgililerin de bulunduğu mahallinde keşfi yapar ve otuz gün sonrası için de duruşma günü tayin eder. (KK, md. 10/6)

Kamulaştırma bedeline ilişkin dava *tespit davasına* dönüşmüştür ve bedele ilişkin adli yargıda davayı, 24 Nisan 200 tarih 4650 sayılı kanunla yapılan değişiklikle beraber ancak idare tarafından asliye hukuk mahkemesinde açılabilir.⁵⁸⁰

Kamulaştırma bedelinin idarece bankaya yatırılması ve tescil kararı: Tarafların anlaşması ile birlikte kamulaştırma bedeli hak sahibi adına bankaya yatırılır. Anlaşmama halinde ise mahkemece tespit edilen bedel hak sahibinin banka hesabına yatırılmasına ve yatırıldığına dair makbuzun sunulmasına için idareye 15 gün süre verilir. Hak sahibinin tespit edilemediği durumlar için ise bedelin, ileride ortaya çıkan hak sahibine verilmek üzere bloke edildiğine dair makbuzun ibrazı gerçekleştirilmesi gerekir. Bununla beraber taşınmaz malın idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verilir ve bu karar, tapu dairesine ve paranın yatırıldığı bankaya bildirilir. (KK, md 10/8)

⁵⁷⁹Gözler, *İdare Hukuku*, s. 974-975; Giritli, Bilgen, Akgüner a.g.e., s. 861

⁵⁸⁰Giritli, Bilgen, Akgüner, a.g.e., s. 861

Mülkiyetin idareye geçmesi: KK'nin 25. maddesi doğrultusunda “*mülkiyetin idareye geçmesi, mahkemece verilen tescil karar ile olur.*” Bu itibarla denilebilir ki mahkeme kararı mülkiyetin geçişi için kurucu işlemdir, tapudaki işlemler ise ancak beyan edici niteliktedir.⁵⁸¹

Mahkeme kararının bedel kısmına ilişkin istinaf ve temyiz yolu açık olsa da KK'nin 10 uncu maddesi gereği tescil hükmü kesindir, istinaf ve temyiz başvuru yoluna konu edilemez.

3.5.2.2. İdari Yargı

Yargısal aşamanın ikinci aşamasını kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda açılan iptal davası oluşturmaktır. Adli yargıdaki bedel tespiti ve tescili davasıyla beraber meşruhatlı davetiyenin yahut ilan yoluyla tebliği tarihinden başlamak suretiyle 30 gün içerisinde taşınmaz mal sahibi tarafından idari yargıda iptal davası açılabilir. Bu seçenekte idari yargıdaki dava öncelikle görülecek olup, yürütmenin durdurulması kararı verilirse adli yargıda görülmekte olan bedel tespiti ve tescili davasında iptal davası “bekletici mesele” kabul edilecektir.⁵⁸²

3.5.3. Kamulaştırmadan Vazgeçme - Geri Alma Hakkı

Kamulaştırmadan vazgeçmenin öznesi idare, geri alma hakkının öznesi taşınmazın malikidir.

3.5.3.1. Kamulaştırmadan Vazgeçme

İdare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma işleminden kısmen veya tamamen vazgeçme özgürlüğüne sahiptir. Ancak bu vazgeçme için gerekli şartlar vardır. Bu şartlar

⁵⁸¹Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 763

⁵⁸²Gözler, *İdare Hukuku*, s. 974-975

KK'nin 21. maddesinde idarenin tek taraflı vazgeçmesi başlığında, 22. maddesinde de tarafların kamulaştırmadan vazgeçme muhtevasıyla düzenlenmiştir.

Kamulaştırma için karar ve onay veren mercilerin vazgeçme için de aynı şekilde kararı gerekmektedir. Bir başka deyişle idari işlemlerin geri alınma usullerine riayet ile gerçekleştirilebilir.⁵⁸³

İdarenin kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçmesi haline madde belirtildiği üzere “*her aşamada vazgeçme*” halinde adli ve idari aşamaların her ikisi de dahil olmaktadır.⁵⁸⁴ Bu halde vazgeçme dava sırasında gerçekleşmiş ise harç, avukatlık ücreti de dahil olmak üzere tüm dava gideri idarenin sorumluluğundadır.

Tarafların anlaşması yolunda ise idare “*taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması*” halini malike ya da mirasçılara bildirir. Burada malik anlaşma yoluna varmak isterse “*kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödemek*” kaydıyla taşınmazını iade alabilir. Ancak taşınmaz üzerinde hasar oluştuysa KK'nin 24. maddesi doğrultusunda kamulaştırma bedelinden düşürülerek bedel iadesi olacaktır. Bu şartlar halinde anlaşma yoluna varmayarak taşınmazını almayan eski malikin aşağıda belirtilecek geri alma hakkı da ortadan kalkmaktadır.

Burada diğer bir seçenek olarak bir başka idarenin aynı taşınmaza ilişkin bir kamu hizmeti amacının ortaya çıkması halinde, her iki idarenin anlaşmasıyla kamulaştırmadan vazgeçme hükümleri uygulanmamaktadır. Bu şartta “*bir idareye ait taşınmaz malın başka bir idare devri*”ni düzenleyen KK'nin 30 uncu maddesine yahut 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na⁵⁸⁵ dayanarak işlemlere devam edilir.

⁵⁸³Onar, a.g.e., s. 1569

⁵⁸⁴Gözler, *İdare Hukuku*, s 983, Giritli, Bilgen, Akgüner, a.g.e., s. 878

⁵⁸⁵KK'nin 22. maddesinde adı geçen 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu, 10/12/2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 81. maddesi ile mülğadır.

3.5.2.2. Geri Alma Hakkı

Malikin geri alma hakkı ise KK'nın 23. maddesinde düzenlenmiştir. Geri alma hakkı, idarenin işlemlerindeki amaç unsurunun gerçekleşmesi için gerekli taşınmazın ihtiyacın ortadan kalkması yahut idarenin eylemsiz kalması ile mezkur taşınmazın kullanılmaz halde kalkmış olması neticesinde eski malik belirli şartlar dahilinde taşınmazını geri alma hakkı bulunmaktadır. Yasaya göre mal sahibi ve mirasçuları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek faizle beraber ödemek şartıyla taşınmazını belirli şartların mevcudiyeti halinde geri alabilir. Ancak:

-Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22'nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa,

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

Burada beş yıllık süre içerisinde bitirilmiş bir tesisat aranmaktadır. Başlanılsa da bitirilememiş tesisler geri alma hakkı için aranan koşulu sağlamamaktadır. İlâveten kamulaştırma işlemini gerçekleştiren idare, görev alanına girmesine rağmen kamulaştırma amacının haricinde tesise devam etmişse malik geri alma hakkı doğmaktadır.⁵⁸⁶

23. maddenin 3. fıkrasına göre:

“Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz.”

Söz konusu madde hak arama hürriyetinin engellendiği iddiasıyla anayasaya aykırılık iddiası ile iptal davasına konu olmuştur. Mahkeme; malikin, taşınmazın kamu yararı amacına tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılması halindeki geri alma hakkını mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirirken buna ilişkin olarak kamulaştırma bedelinin

⁵⁸⁶Giritli, Bilgen, Akgüner, a.g.e., s. 875; AYM, E: 1993/8, K: 1993/31, 22.09.1993

kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve ilaveten bu sürenin sonundan itibaren bir yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırmıştır. Zira aksi durum idarenin daimi iade ve tehdit altında kalmasına ve hakkın kötü niyetli kullanımına olanak sağlayacağını belirtmiştir. Bu itibarla anılan süreler bireylere açısından yeterli düşünme zamanı sağladığından bu sınırlamaların ölçüsüz olmadığına belirterek başvuruyu reddetmiştir.⁵⁸⁷

Bununla beraber taşınmazın anılan süreler sonrasında ilgili amaca özgülenmiş kamu yararı ortadan kalktığına ne olacaktır? Zira belirli süre için kamu yararı belirtip süre sonunda kamu yararı haricinde kullanıldığında; örneğin idare tarafından özel kişilere verilmesi durumundaki hukuki çarenin ne olacağı belirsizlik taşımaktadır.⁵⁸⁸

Malik maddedeki koşulların varlığı halinde idareye başvurur ve idare yasal yükümlülüğüne aykırı davranırsa, bu halde malikin KK'nın 24. maddesine göre adli yargıda dava açma hakkı vardır.

3.6. İDARENİN DİĞER BENZER MAL EDİNME YÖNTEMLERİ

İdarenin kamulaştırma dışında da özel mülkiyete, özel girişime müdahale niteliğinde ve kamulaştırma ile benzer çeşitli mal edinme yöntemleri vardır. İdarenin mal edinme yöntemleri esasında *idarenin kudretinden*⁵⁸⁹ kaynaklı olarak *cebri* olarak gerçekleşmektedir.⁵⁹⁰ Aşağıda bunları ayrı ayrı belirtmiş olsak da konunun kapsamının dağılmaması için kamulaştırma işlemi ile karşılaştırarak izahına çalıştık ve nitekim bu benzer mal edinme yöntemlerinde detaya inmemeyi bilerek tercih ettik.

3.6.1. İstimval

İstimval kamulaştırma ile benzer kavramlar olsa da ayırıcı belirli hususlar vardır. Öncelikle kamulaştırmanın konusunu sadece taşınmaz mallar oluştururken istimvalin

⁵⁸⁷AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, 14.05.2015

⁵⁸⁸Kutlu, a.g.e., s. 464

⁵⁸⁹Onar, a.g.e, s. 1515

⁵⁹⁰Gözler, *İdare Hukuku*, s. 924

konusunu özel mülkiyetteki taşınmaz malın kullanılması, bazı insanlara çalışma yükümlülüğü getirmesi veya taşınır malın mülkiyetinin devri yahut kullanılması oluşturur.⁵⁹¹ İlaveten kamulaştırmanın aksine istimval istisnai bir idari işlemdir. Zira olağanüstü dönemlere, savaş hali, kamu düzeninin ciddi olarak bozulduğu buhranlı dönemlerde bu yol tercih edilmektedir.⁵⁹² Bu itibarla istimval şöyle tanımlanmaktadır: “İdarenin olağanüstü ve geçici nitelikte kollektif ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla ve mevzuatta öngörülen usule uygun olarak, fertlere ya da bir hizmet ifa etmek ya da taşınmaz malının kullanılmasını, taşınabilir malının da mülkiyetini veya sadece kullanılmasını idareye terk etmek hususunda yüküm altına sokması”⁵⁹³ halidir. İstimvalin açıklamasından da anlaşılacağı üzere, bu işlem geçici bir halde mümkündür.

Burada kamulaştırma ile benzer bir yön olarak idarenin istimval karşılığında tazminat ödeme yükümlülüğü altında olmasıdır. İdari işlemlerin denetim konusu idari yargıya ait olsa da malın bedeli ile ilgili uyuşmazlıklar, adli yargını görev alanına girmektedir.⁵⁹⁴ Nihayetinde idarenin mal edinme yöntemlerinden kamulaştırma da istimval de rıza dahilinde olmayan cebri yöntemlerdir.⁵⁹⁵

Anayasanın 119 uncu maddesi gereği olağanüstü hal ilan süreci ile beraber vatandaşlar için bu dönemdeki “*para, mal ve çalışma*” yükümlülüklerinin kanunla belirleneceğini düzenlemiştir. Burada örnek olarak 2935 Sayılı OHAL Kanunu⁵⁹⁶, 3634 Sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu⁵⁹⁷ kanunları gösterilebilir.

3.6.2. Devletleştirme

Anayasanın 47. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre konusunu özel teşebbüsler oluşturur ve devletleştirme gerçek karşılık üzerinden yapılır. Dolayısıyla teşebbüsteki

⁵⁹¹Ülkü Azrak, *Millileştirme ve İdare Hukuku*, İstanbul, 1976, s. 59; İstimval tanımı olarak taşınır malın kamulaştırılması tabiri için bkz. Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s. 924

⁵⁹²Özyörük, *Kamulaştırma*, s. 23-24

⁵⁹³Azrak, a.g.e., s. 47

⁵⁹⁴Gözübüyük, Tan, a.g.e., s.1015

⁵⁹⁵Gözler, *İdare Hukuku*, s. 935

⁵⁹⁶R.G., 25.10.1983, S.18204

⁵⁹⁷R.G., 16.06.1939, S. 4234

taşınır taşınmaz tüm mallar, haklar ve borçlar konusu kapsamındadır.⁵⁹⁸ Kamu yararının zorunlu kıldığı halde başvuru devletleştirme yolunda da usul ve esaslar kanun ile düzenlenir.

Azrak'a göre devletleştirme millileştirme kapsamında değerlendirilecek bir kavramdır.⁵⁹⁹ Düren ise Anayasaya bağlı kalarak devletleştirmeyi tercih etmektedir.⁶⁰⁰ Devletleştirme bir yasama işlemidir. Bu bakımdan kamulaştırma ile farklılığı ortaya çıkmaktadır; zira kamulaştırma idari işlem ile gerçekleşirken, devletleştirme kanun ile yapılır ve bu itibarla mülkiyetin iktisabı da aslen iktisap olmaktadır.⁶⁰¹

İdare gerçek karşılık bedelinin ödenmesi yükümlülüğü altında olduğu devletleştirme için de anayasal bir ilkedir. Bununla birlikte bedele ilişkin uyumsuzlukları *özel teşebbüsün kanuni merkezinin bulunduğu mahalli asliye hukuk mahkemesinde tespit ve takdir olunan bedele itiraz davası* açabilir.⁶⁰²

Bu karşılık devletleştirme kanunu ise kanun olmasından sebep yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından kanunun gerçekten kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığını denetleyerek gerçekleştirecektir.⁶⁰³

3.6.3. Geçici İşgal

Geçici işgal 9 Şubat 1331 (1915) tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik Hususat için Efrada Ait Arazi ile Taş Ocaklarının Muvakkaten İşgali hakkındaki kanun ile düzenlenmiştir. İlaveten ismi belirtilen şekilde geçmese de KK'nin 28. maddesi⁶⁰⁴ de bir

⁵⁹⁸Gözler, *İdare Hukuku*. C.2, s. 935; Kutlu, a.g.e., s. 52

⁵⁹⁹Azrak, a.g.e., s. 83, Pertev Bilgen'e göre ise; devletleştirme millileştirme ile aynı anlama gelmektedir. Bkz. Pertev Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 13.

⁶⁰⁰Düren, a.g.e., s. 222

⁶⁰¹Gözübüyük, Tan, a.g.e., s. 906; Gözler, *İdare Hukuku*, s. 936; Kutlu, a.g.e., s. 52

⁶⁰² 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul Ve Esasları Hakkındaki Kanun Madde 9

⁶⁰³Ülkü Azrak, Devletleştirme, "Anayasa Ve 3082 Sayılı Kanun", *İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi*, S. 1-3, 11-19, 1983, s. 11-12

⁶⁰⁴"*Milli savunma inşaat ve tesisatı için gerekli görülen gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyet ve tasarrufunda veya ruhsatname ile intifaları altında bulunmayan kireç, taş ve kum ocaklarını, hi bir resim ve ücrete tabi olmadan kullanmaya Milli Savunma Bakanlığı yetkilidir. Bayındırlık, Köy İşleri ve*

nevi geçici işgal yöntemi kabul edilmektedir.⁶⁰⁵ Anayasada düzenlenmeyen özel mülkiyete müdahale biçimlerinden biridir. Adından anlaşılacağı üzere işgal durumu geçici olmalıdır. Geçici işgalin konusunu boş araziler ve arsalar oluşturur.⁶⁰⁶ Bu bağlamda geçici işgal; bir bayındırlık hizmetinin sunulması esnasında, ihtiyaç duyulan taş, kum, kireç vb. maddeleri çıkarmak, hazırlamak ya da bu esnada araç gerek koyabilmek için özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza el atılmasıdır.⁶⁰⁷

Kamulaştırma ile benzer olarak satın alma usulünün denenmesi burada da gereklidir.⁶⁰⁸ İlâveten bir başka benzerlik geçici işgal de idareye tazminat yükümlülüğü getirmektedir. Bu tazminat miktarında uyuşmazlığa düşülmesi halinde bilirkişiye başvurulur. Bunun neticesinde il idare kurulu kararı ile geçici işgal gerçekleştirilmiş olur.⁶⁰⁹ Son bir benzerlik olarak; geçici işgal kararının yargısal denetimi idari dava olarak iptal davası iken, mal bedeline ilişkin uyuşmazlıklarda adres adli yargı olmaktadır.⁶¹⁰

3.6.4. Kamulaştırmatsız El Atma

KK'nın kamulaştırmatsız el atmaya ilişkin 2003 yılı itibariyle mülga 38. maddesi şu şekildeydi:

"Madde 38- Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlar."

Kooperatifler bakanlıkları ile T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü ve Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü de aynı sebep ve şartlarla, demiryolu hattının veya karayolunun veya su tesislerinin her yönündeki, gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyet ve tasarrufunda veya ruhsatname ile intifaları altında bulunmayan kireç, taş ve kum ocaklarını hiçbir resim ve ücrete tabi olmadan kullanabilirler."

⁶⁰⁵Onar, a.g.e., s. 1584

⁶⁰⁶Onar, a.g.e., s. 1585

⁶⁰⁷Gözübüyük, Tan, a.g.e., s. 925

⁶⁰⁸Menafii Umumiyye Müteallik Hususat için Efrada Ait Arazi ile Taş Ocaklarının Muvakkaten İşgali hakkındaki kanunun 2. maddesine göre: "Arazinin muvakkaten işgali hakkında muvafakati tarafeyn hasıl olduğu takdirde"

⁶⁰⁹Gözübüyük, Tan, a.g.e., s. 1015

⁶¹⁰Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın, 10. Baskı, Bursa, 2010, s. 712

Bu madde ile kamulaştırmasız el atılan taşınmazın maliklerinin, taşınmaz karşılığı olarak bedel hakkı sınırlandırıldığından iptal davasına konu olmuştur. Mahkeme kamulaştırma işlemi olmaksızın, temel insan haklarından mülkiyet hakkına keyfi olarak el konulmasını ve yirmi yıl sonunda da dava hakkının ortadan kalkmasını mülkiyet hakkının özünü zedelediğinden hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.⁶¹¹

Kamulaştırmasız el atma esasında, adından anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkına müdahaleyi hukuka uygun hale getiren, kamulaştırma usullerine uyulmaksızın özel mülkiyetteki taşınmaza el koyulmasıdır. Kamulaştırmasız el atmanın anayasal ve yasal herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu itibarla *“idarenin bir taşınmaza yasal dayanağı olmaksızın, hukuka aykırı elkoyması”*⁶¹² olarak tanımlanmaktadır. Bir diğer deyişle ise fiili yoldur. Dolayısıyla bu hal kamulaştırmanın şekli anlamda hukukilik ölçütüne aykırılık teşkil etmektedir. Bu durum hukuka uygun bir idari eylem ve kamu hizmetinin devamlılığının gerekliliği halinde ortaya çıkar.⁶¹³

Kamulaştırma ile benzer yönleri de bulunmaktadır. Öncelikle kamu yararı zorunludur ve ancak kamulaştırma yetkisini haiz kişiler tarafından yapılabilmektedir. Ayrıca sadece özel mülkiyetteki taşınmaz mallar konu olabilmektedir. Bununla birlikte KK’nda; kamulaştırmasız el atma durumlarında, taşınmazından yoksun kalan kişilerin tazminat ve dava hakkı düzenlenmemiştir. Bu durumda el atmanın önlenmesi ve tazminat talebinin istenebileceği 16.05.1956 tarihli 1/6 sayılı YİBK ile mümkün kılınmıştır.⁶¹⁴

⁶¹¹AYM, E. 2002/112, K. 2002/33, 10.04.2003

⁶¹²Gözler, a.g.e, s. 710

⁶¹³Giritli, Bilgen, Akgüner, a.g.e., s. 871

⁶¹⁴YİBK, E. 1956/1, K. 2956/6, 16.05.1956, YGHK, K.T.:15.12.2010, E: 2010/5-662, K. 2010/551

SONUÇ

*Yasanın doğası insanın doğasında aranmalıdır. İnsan tanrısal aklı paylaşan özel bir canlı türüdür ve insanlar adalette birleşerek bir araya gelebilirler.*⁶¹⁵

Tezin başlangıcı müstesna bir kavram olan mülkiyet ile birlikte hakkın anlamına dayanmaktadır. Çeşitli disiplinlerin de en çekici konusu olması itibariyle mülkiyetin tanımının ışığı bizi hak olarak kabul edilmesine götürecektir. Bir başka deyişle pozitif hukuk yaklaşımıyla, kavramın hukuksal formu için yüklenen anlam kaynak noktasıdır. Nitekim, kavram fiziksel olarak insanda mündemiç olmamakla birlikte ancak onun gelişimine etki etmesi, insanın egemenliğini hissettiği alana muhtaçlığını giderdiği, yaşamına devam edebilmesi için sosyal ve psikolojik etkileri olan ve insanın en öncelikli temel hakkı olan yaşam hakkı ile dahi dolaylı olarak etkileşim içinde olması sebebiyle, kavram insana malik olmak kudreti veren “şey” ile sıkı ilişkisi olarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda ilk bölümde mülkiyet, şey, hak, insan hakları kavramları üzerinde ve ilgili bölümlerde de yeri geldikçe kavramların anlamları üzerinde kayda değer şekilde durulmuştur.

Kavramı belirlemek hukukun temel noktasıdır. Bu hususta Hirsch’in hukukun kavramlar üzerinde nasıl inşa edildiğine ilişkin tespitleri çok isabetlidir:

“Hukuk sahası, mefhumlar arasında kesin sınırların vücuduna ihtiyaç hissettiren bir sahadır. Hukuki mefhumlar arasında tedahül ve iltibas sadece bir hata teşkil etmekle kalmaz, belki hem pratik hayat hem de nazari ilim sahası bakımından bir tehlike olur. Zira hukuki mefhumlar, hukuki gerçekliğin yüzlerce sene süren uzun bir müşahade ve tahlili sayesinde meydana getirilmiş ve hüviyetleri dakik ölçülerle belirtilmiş pek nazik kavramlardır. Bunların medlûlları, hudutları, içlem ve kaplamaları o kadar ince, o kadar titiz bir surette tespit edilmiştir ki, bunların birbiri

⁶¹⁵Cicero, *Yasalar Üzerine*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, VI. Basım, s. 10

*ile karıştırılması, bütün hukuk binasını sarsar ve bu bina sayesinde yaşamakta olan gerek ferdi ve gerek sosyal münasebetleri temelinden zedeler.*⁶¹⁶

Hak ise yetki bağlamında tanınsa da hakkın varlığının kabulünde de farklılıklar vardır. Zira tabii hak doktrini insanın varlığıyla birlikte hakkın da var olduğunu kabul etmiş; pozitif hukuk ise hakkı, ancak hukuk tarafından tanınması ile sınırlandırmıştır. Ancak ulusal ve uluslararası belgelerde görüyoruz ki her iki yaklaşımın da etkileri mevcuttur. Öyle ki insan haklarının tanımında dahi kaynak noktamız insanın bizzat varlığıdır. Bireyi, devlet karşısında daha güvenceli konuma yerleştirme yaklaşımı pozitif hukukta dahi, aslında tabii hakların insana yüklemiş olduğu kutsiyetin, tanımı domine ettiği görülmektedir. Bununla birlikte güvencesiz hakkın yetkiden uzaklaşacağı da aşıkardır. Bu sebeple ulusal ve uluslararası metinlerin her iki doktrinden de mülhem olmasını hakikate daha yakın bir nokta olarak görmekteyiz.

Mülkiyet neden var? Mülkiyet insan var olduğundan beri mevcut ve gerekli mi? Esasında mülkiyet hakkının insan hakkı kabulü insan haklarının gelişimine de ışık tutan bir süreçtir. Zira birçok görüşe göre mülkiyet birinci kuşak haklardan sayılmaktadır. Mülkiyetin insanlığın başlangıcından beri varlığına kanıt olarak, temel insan hakları ile ilişkilendirilmesi aslında oldukça ilkel düzeydeki davranışlarla açıklanmıştır. Zira insanlığın başından beri kişinin hayatına devam edebilmesi için bir üretim yapma zorunluluğu ve kişinin ancak “benim”, “senin” ayrımları ile üretimde verimlilik ve devamlılık sağlanacağı verileriyle açıklanmıştır. Bununla beraber mülkiyete dair yaklaşımlarda tarihsel süreç içerisinde farklılıklar söz konusu olmuştur.

İnsanlığın en büyük çatışma konularından olan, keza siyasi düzenin oluşumunda etkili olan semavi dinler ve ekonomik sistemlerde mülkiyetin düzenleniş şekli, tarihsel perspektifti ortaya çıkarmaktadır. Bu farklılıklar aslında hangi zemin üzerinde gelişme gerçekleştiğini de göstermesi açısından açıklayıcıdır. Ekonomik sistemler ise bugün devletlerin sistem tercihlerinde doğrudan etki etmesi yönü itibariyle oldukça önemlidir. Öyle ki mevcut 1982 Anayasasının; devletin niteliğine ilişkin *demokratik, laik ve sosyal*

⁶¹⁶Özyörük, a.g.e., s. 16’dan Ernest Hirsch, *Türk Hukuk Lügatinin Tamamlanması Vesilesiyle*, Cumhuriyet Gazetesi, 7 Aralık 1947

bir hukuk devleti vurgusu faşizmi komünizmi ve din referanslı bir devleti yasaklaması itibariyle ekonomik sistem tercihinine dair ipucu vermektedir. Bu itibarla ulusal ve uluslararası belgelerde, mülkiyet hakkının düzenleniş şeklini incelemek elzemdir. Güvence altına alınmış maddelerin yanı sıra pratik kaygılardan azade olmamak ve güvencenin etkililiği adına içtihatlarla gelişen yöntemlerin de varlığına değinilmiştir.

Tarihsel süreçte görmekteyiz ki hakkın mutlak, dokunulmaz niteliği toplum unsuru ile esnemiş ve sosyal nitelik kazanmıştır. Bugün ekseri yaklaşım bu niteliği haiz olmakla birlikte hakkın devletten önceki varlığının kabulü de göstermektedir ki mülkiyet hakkına yaklaşım hassas ve nitekim güvencesi de güçlüdür.

Bununla birlikte hakkın kapsamında da değişiklik görülmüştür. Yakın bir tarih sayabileceğimiz Anayasa Mahkemesinin 28.12.1967 tarihli kararı hakkın kapsamına fikri hakları dahil etmemiştir. İleriki dönem kararlarında ise bu tutumdan vazgeçerek hakkın kapsamını genişletmiştir. Bu iki karar arasındaki fark esasında hakkın kavramını “şey” ve “ekonomik değer” ölçülerine göre değerlendirmekten ibarettir. Her ne kadar ilgili bölümde AYM’nin hakkın etkililiğini gerçekleştirme sorumluluğundan azade bırakan bir yaklaşım olabileceğini belirtsek de bunda şüphesiz ki TMK’nin malikliği “şey” üzerinden açıklamasının etkisi vardır. AYM’nin salt yorum farkıyla hakkın kapsamını genişlettiği ve AİHM’in de kabul ettiği kapsam çerçevesinde, güncel olanı yakaladığı aşıkardır. Bununla birlikte Anayasada mülkiyet hakkının kapsamının düzenlenmemesi, Anayasada mülkiyet hakkına ilişkin kapsamın daha geniş olduğu iddiası ve TMK’de ise şey ile malik ilişkisinin mevcudiyeti, bizi hakkın kapsamının mevcut genişliğinin salt yorumla korunduğu gerçeğine ulaştırmaktadır. Bu bakımdan TMK’nin mülkiyet hakkına ilişkin kapsam kısırlılığını giderip canlılığını koruması adına tekrar düzenlemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Günümüzde mülkiyet hakkının sosyal niteliğinin artması ile sınırlanabilir niteliği, modern sisteme tekabül etmektedir. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin genel kurala göre serbestlik asıl, sınırlama ise istisnadır. Bu zemin üzerinden kişinin maddi ve manevi olarak kendini geliştirmesi için müstesna bir hak olan mülkiyet hakkının sınırlaması ne şekilde meşru olacaktır? Bu noktada önemli olan hakkın sınırlanabilir niteliği ile demokratik hukuk

devleti arasında bir uyum sağlamaktır. Bu itibarla bu çalışmada hakkın sınırlandırılma biçiminin ve amacının meşruiyetine odaklanılmıştır. Bu meşruiyetin toplumsal ihtiyaçları takip etmesi neticesinde dönüşümü ve günümüz ulusal ve uluslararası hukuk bağlamında teorinin uygulamaya ne derece etki ettiği irdelenmeye çalışılmıştır.

Kararlardan önce mülkiyet hakkının mevcut güvence kapsamlarına baktığımızda; Ek 1 numaralı Protokolün, sınırlama rejimi olarak benzerlik gösterdiği AİHS'in 8-11. maddeleri ile 1982 Anayasasının 35. maddesi ve ilgili olarak 13. ve 46. maddeleri yaklaşım olarak büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Bununla beraber bizim anayasalarımız karşılaştırıldığında ise mülkiyet hakkının 1961 ve 1982 Anayasalarında düzenlenme yeri bakımından farklılık bulunmaktadır. 1982 Anayasasında mülkiyet hakkının kişi hak ve hürriyetleri arasında düzenlemesi, onun sosyal niteliğine zarar verip veremeyeceği tereddüdünü ortaya çıkarmıştır. Konumuz özelinde bu husus önem arz etmektedir. Zira kamulaştırma, hakkın sosyal niteliğine ilişkin olup, bununla birlikte hakkın özünü zedeleyen bir işlemdir. Ancak kanımızca düzenlenme yeri onun sosyal niteliğine gölge düşürmemektedir. Anayasanın ilgili maddelerinde kamu yararı amacıyla hakkın sınırlanabileceği vurgusu belirgin olduğundan mülkiyet hakkının düzenleme yeri ve gerekçesi onun istisnai özelliğine de dikkat çekerek güvencesini de hatırlatmış olmaktan ibarettir.

Bununla beraber sorularımızdan birini elbette AİHM ve AYM'nin kararlarının ne kadar paralel olduğu oluşturuyordu. Birçok kararda da incelendiği üzere hakkın korunması yönünde ufak farklılıklar dışında AYM ve AİHM'in benzer yönde karar verdiği görülmektedir. Hakka müdahaleyi inceleme sistemiyle birlikte ölçütler de büyük ölçüde örtüşmektedir. AİHM öncelikle müdahale türüne dair vasıflandırma yapmakta ve üç kural prensibini uygulamaktadır. Keza AYM'nin karar inceleme sistemi de bu konuda benzerdir. Kamulaştırma işlemi ise üç kural arasından ikinci kuralın (mülkten mahrum bırakma) en tipik örneği olarak görülmektedir. Mahkeme vasıflandırma ile beraber müdahaleyi meşruiyet ölçütlerine tabi tutmaktadır. Çünkü mülkiyet hakkının özüne dokunarak, maliki mülksüz bırakan kamulaştırma işleminde dahi belirli ölçütlerle müdahale meşruiyet kazanmaktadır. Bu ölçütler hukukilik ile başlamaktadır. Bu ölçütte AİHM ve AYM'nin yaklaşımları hukukilik ölçütünün şekli kısmında farklılık arz

etmektedir. Nitekim AİHM hukukiliği, iç hukuktaki kanunla birlikte alt derece normları dahası içtihadî hukuku dahil ederek yorumlamakta, AYM ise bu ilkeyi salt kanun ile karşılamaktadır. Bununa beraber hukukiliğin şekli olarak varlığı ile beraber maddî yönüne dair incelemede AYM'nin ve AİHM'in benzerlik gösterdiği görülmektedir. Hukukiliğin maddî yönünde aranan husus, hukukî güvenlik ve belirlilik ilkesinin sağlanmasıdır. Bu ise kanunların öngörülebilir, ulaşılabilir ve nesnel olması ile ölçülmektedir. Hukukilik ölçütüne ilişkin yaklaşım kısmen farklı olsa da AİHM de AYM de bu ölçütün sağlanmaması durumunda diğer aşamaları inceleme gereği duymadan ihlal kararı vermektedir. Dolayısıyla müdahalede kamu yararı ne kadar güçlü olursa olsun hukukilik sağlanmadığı müddetçe anlamsız kalacaktır.

Bu aşama ile beraber meşru amaç incelemesine geçilmektedir. Kamulaştırma işleminin temel unsuru olan kamu yararı üzerinde durulması özellikle gerekmiştir. Kamu yararı kavramının keskin çizgileri olmaması, uygulanmasını güçleştirmektedir, öte yandan bu esnek yapı yine kavramın niteliği gereği olması gereken bir durumdur. AİHM ve AYM bu hususta aleni bir farklılık sergilemese de, Türk Hukuku'nda kamu yararı ile toplum yararı kavramlarının farklı olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Ancak ne AİHM ne AYM bu konu üzerine eğilmemiştir. Kamu yararı ölçütünün uygulanması hususunda ise AYM, kavramın mülkiyet hakkı için sınırlama ölçütü olmasının yanı sıra kamu yararı haricinde sınırlamama yönünden de bakarak sınırlamanın sınırı olduğunu hatırlatmaktadır. AİHM ise kamu yararı hususunda, ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Bununun sebebi elbette ki ulusal makamların iç hukukun ihtiyaçlara karşılık verme konusundaki vukufiyetine bağlamaktadır. Bununla birlikte bir sınırlama ölçütü olan kamu yararını genişletme meylinin, insan hakkı olan mülkiyet hakkına zarar verme olasılığını beraberinde getirmektedir. Zira insan haklarında genel kural; serbestliğin asıl, sınırlamanın istisna olmasıdır.

AYM'nin bu konudaki yaklaşımını ise kanımızca 2001 Anayasa değişikliği ile birlikte okumak gerekir. 2001 değişikliği ile 13. madde değiştirilmiş ve genel sınırlama sebepleri kaldırılarak; sadece ilgili madde metninde geçen, eski tabirle “özel sınırlama” sebepleri, temel hak ve hürriyetleri sınırlama sebebi olarak kalmıştır. Bu noktada kamu otoritelerini sadece anayasanın madde metinlerindeki sınırlamalara yönlendirerek sınırlama

kapsamını geniş ifadelerden arındırmıştır. Dolayısıyla AİHM'e nazaran kamu yararı çerçevesi daha dar ve makuldür denilebilir. Tüm bu hususu elbette *yerine geçme yasağı* ilkesi kapsamındaki tartışmalara girmeksizin ve fakat kamu yararının yorum unsurunu da barındırması sebebiyle, mezkur ilkenin sınırlarında kalarak değerlendirmeye çalıştık.

Bununla beraber kamu yararının sınırlarını AYM, anayasal ilkeler olarak belirlemiştir. Demokratik sosyal hukuk devletinin gereği olarak kanunların var oluş amacı kamu yararıdır. Dolayısıyla kamu yararı bu ilkeleri gerçekleştirmek koşuluyla var olabilir.

Kamu yararındaki esaslı meselelerden birisi; kamu yararı ve bireysel yararın çatışıp çatışmamasında toplanmaktadır. Bu konuda AYM'nin tavrını oldukça net görmekteyiz. AYM'ye göre birey ile kamu yararı karşılaştığında, kamu yararının üstünlüğüne atıf yapılmakta ve bunun da aslında bireyin mutluluğu ve refahı için olduğu belirtilmektedir. Ancak bu noktada şu itirazı getirme gereği olduğunu düşünüyoruz: Bir hakkı öncelemekten ziyade, adil denge mekanizmasına atıf yapılması incelemeyi daha hakkaniyetli ve anayasa sistematigi açısından da daha isabetli bir noktaya taşıyacaktır. Bu husus sosyal devlet ilkesine daha uygun olmaktadır. Zira sosyal devlet toplumsal yaşamdaki dengesizlikleri ortadan kaldırarak, bireyin insan onuruna yakışır bir düzeyde yaşamının iyileştirilmesidir.⁶¹⁷ Dolayısıyla AYM; birey ile kamu yararının çatışmasına sebebiyet verecek yorumdan ziyade, bu iki hakkın uzlaşma modeline hitap eden sisteme vurguyu güçlendirmelidir. AYM'nin bu husustaki tespitine göre kamulaştırma işlemi usule uygun ve kamu yararını barındırarak, bireysel yararın göz ardı edilmesini gerektirmektedir. Oysa demokratik toplum gerekleri ve hukuk devleti birey haklarını da yok saymamaktadır. Dahası 1982 Anayasasının mülkiyet hakkının düzenleniş yeri ve gerekçesi de hakkın hassasiyetine dair ipucu vermektedir. Bu itibarla AYM'nin kamu yararına ilişkin değerlendirmelerinde; taraf öncelemekten ziyade, demokratik, sosyal, hukuk devleti niteliğinin iki taraf arasında adil denge gerektirdiği atfına ihtiyaç duyulduğunu düşünmekteyiz. Nitekim kamulaştırma işlemlerinde, usuli diğer

⁶¹⁷Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, Ankara: İmaj Yayıncılık, 1996, s. 92; Nihat Bulut, "Küreselleşme: Sosyal Devlet'in Sonu mu?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 2, s. 173-197.

güvencelerin yanı sıra, kamulaştırma bedelinin gerçek değeri ile eski malik tatmin edilmektedir.

Bu noktada konumuz özelinde kamulaştırma yoluyla mülkiyet hakkına müdahale sistematüğinde incelenen önemli bir diğer unsur ise ölçülölüktür. Zira kamulaştırma işlemlle mülkiyet hakkına müdahale edildiğinde, her ne kadar hukukilik ve kamu yararı var olsa da müdahalenin meşruiyeti için yeterli değildir. Bu noktada; AİHM tarafından içtihat yoluyla geliştirilmiş, 1982 Anayasasında ise 2001 değışikliğı ile beraber pozitif dayanağı olan ölçölölük denetimi kullanılmaktadır. Adil denge şeklinde de adlandırılan bu kıstasta aranan şey; müdahale ile amaç arasındaki dengenin oluşup oluşmadığı, müdahalenin zorunluluk arz edip etmemesi, müdahalenin amaca katkısı yönünden elverişliliğı değerlendirilmektedir. Ancak kararlar incelendiğinde bu ölçüte ilişkin en hassas nokta, tazminat/bedel ödenmesinde kendini göstermektedir. Zira tazminat ile müdahalenin ortaya çıkardığı malvarlığındaki eksilme giderilecek ve eski malik aşırı bir külfetten kurtarılacaktır. Görüldüğü üzere burada taraf üstünlüğünden ziyade kamu yararı ile bireysel yararın adil denge zemini dikkat çekiyor.⁶¹⁸ Öyle ki Anayasanın 5. maddesinde de devletin sorumluluğundan bahsederken haklar arasında bir öncelik belirtilmemiştir.

Ölölölük ilkesinin işlevsellik açısından en yaygın aracının tazminat olması, üzerinde durulması gereken bir husustur. Zira AİHM ile AYM'nin bu konudaki yaklaşımlarında farklılık vardır. Bu noktada konumuz özelinde ilerlemek maksatlı son bölümde incelemiş olduğumuz kamulaştırma işlemini zikretmekte fayda görüyoruz.

Günümüz şehirleşme hızı ve sosyal devlet ilkesi, kamulaştırmanın meşruiyetine dair ipuçlarıdır. Kamulaştırmanın, mülkiyet hakkının malike yüklemiş olduğu ödev niteliğine karşılık geldiğı şüphesizdir. Günümüzde kamulaştırma işleminin zemini her ne kadar kuvvetli olsa da bununla birlikte salt bugün ile açıklamak makul olmayacaktır. Nitekim tarihsel süreçte gördüğümüz üzere medeniyet kurma arzusu ile otoritelerin kamu yararı amaçlı kamu hizmeti götürmek için kamulaştırma yoluna başvurduğunu görmekteyiz.

⁶¹⁸Erdoğan, a.g.e, s. 203

Bununla birlikte asıl sorun; varlığı başlangıcından beri tartışmalara sebep olan temel insan hakkı mülkiyet ile kamulaştırmanın uzlaşmasının nasıl sağlanacağıdır.

Kalabalık şehirlerin çoğalması ile kamu hizmetinin artması göz önüne alındığında, kamu yararının gittikçe genişlediği bir gerçektir. AİHM'in bu yaklaşımı doktrinde haklı olarak insan haklarına mugayir olduğu düşünülse de, kamu yararına özerk yoruma benzer anlam atfetmek bunun sağlanması niteliğindedir. Ancak bu noktada otoritelere/devletlere düşen ise çatışan iki hakkın uzlaşmasını sağlamaktır. Bu da temel hak ve hürriyetlerin korunduğu sistem olan demokratik sosyal hukuk devletlerinde haklar arasında denge kurmaktan geçmektedir. Ancak kamu yararının üstünlüğüne atıf, genişlemeye elverişli esnek kavramın birey aleyhine dönüşmesine sebebiyet verme ihtimalini doğurmaktadır. Kamu otoritelerinin bugün dahi maksat harici işlemlerinin dava konusu olduğu göz önüne alındığında; kamu yararının geniş yorumlanması, keyfiliğe sebep olabileceğine dair kuvvetli ipucu olduğu ortaya çıkmaktadır.

Kamulaştırma işlemi, mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bir işlem olduğunu için usuli yönünden bahsetmek elzemdir. Zira ancak mezkur usuli güvencelere sıkı sıkıya uyularak, mülkiyet hakkına müdahalede keyfiliğin önüne geçilebilir. Kamulaştırma işlemine ilişkin herhangi bir unsurun ihlali neticesinde; hukuka aykırılık teşekkül edeceğinden yargı yoluna başvurulabilir. Anayasacılığın ruhu da, temel hak ve hürriyetleri devlet müdahalesine karşı korumaktır.

AİHM ve AYM kararlarında kamulaştırmaya ilişkin davaların ekseriyetle bedel anlaşmazlığı olarak ortaya çıkması, kamulaştırma bedeli olarak gerçek karşılık hakkının belirlenmesinde sorun olduğunu göstermektedir. Burada şu husus hatırlatılmalıdır ki ne AİHM ne AYM bir temyiz mercii değildir. AYM ancak ölçülülük denetimi yapmaktadır. Dolayısıyla temel bir hak ihlal edildiyse bu başvuru yolu tercih edilebilir. Bu aşamada ilk derece mahkemeleri, istinaf ve temyiz mercileri ile birlikte kamulaştırma işlemlerinde satın alma usulü oldukça önem arz etmektedir. Zira kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi faiz işletilse dahi adaleti tesis etmek noktasında yetersizlik göstergesidir.

AYM'nin kararında; kamulaştırma işlemlerinde, taşınmazın gerçek karşılık olan bedelinin ödenmesi ile mülkiyet hakkının paraya çevrilebilir niteliğinin karşılığı sayesinde "öze dokunma", "sınırlamaya" dönüşmüş olacaktır. Öze dokunmaya set çeken kıstas olarak ölçülülük yahut demokratik toplumun gerekleri ise, mülkiyet hakkına müdahaleyi meşrulaştıracak en önemli enstrümandır. Kamu yararı ne kadar güçlü olursa olsun ölçülülüğün sağlanmaması, bireyi devlet karşısında güvencesiz bırakacaktır.

Bu aşamada ölçülülük enstrümanlarından tazminata ilişkin AİHM ve AYM'nin yaklaşımları farklıdır. AYM gerçek karşılık hakkına sıkı sıkıya bağlıyken, AİHM her durumda tam bedelin ödenmesini güvence altına almamaktadır. Bazı kamulaştırma başvurularında, piyasa değerinin altındaki ödemeyi adil denge ölçütüne tabi tutarak meşru kabul etmiştir. Bu noktada AYM'nin, AİHM'e nazaran, kamulaştırma bağlamında, gerçek karşılık hakkına sıkı sıkıya bağlılığının mülkiyet hakkına kuvvetli bir güvence sağladığı açıktır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2004

Adnan GÜRİZ, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu*, 2. Baskı, Siyasal Kitabevi. Ankara, 2018.

Adil Şahin, *Türkiye’de Anayasalarda ve Anayasa Taslaklarında İnsan Hakları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010

Ahmet Mumcu, Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 5. Baskı Turhan Kitabevi, Ankara, 2011

Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, 1979

Ali Fuat Başgil, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, İstanbul, 1946

Ali Haydar Efendi, *Dürer-ül Hükkam, Şerh-i Mecelleti’l Ahkam*, Osmanlı Yayınevi, İstanbul, C.3.

Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2011

Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2004.

Cemil Kaya, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı*, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, ve Carla Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, çev. Ulaş Karan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Dördüncü Baskı, İstanbul, 2021

Esin Örucü, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976 (kıs: Örucü, *Taşınmaz Mülkiyeti*)

Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Fahri Demir, İslam Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı, 1. Baskı, İlmî Yayınlar, 1981.

Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982,

Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Birinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994.

Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014. (Kıs: *Mülkiyet Hukuku*)

Gani Kamışlı, Avrupa İnsan Hakları ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003.

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, 2007.

Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, TBB, Yayınları, Ankara. (Kıs: Dinç, *Malvarlığı Hakları*)

Güney Dinç, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2006. (Kıs: Dinç, *Sorularla AİHS*)

Hakkı Dağlı, “AİHM Kararları Altında Mülkiyet Hakkı”, Yüksek Lisans Tezi.

Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri, Sakarya, 2004

Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yay., 3. Baskı, 2013

Hasan Tahsin Fendoğlu, Türk Anayasa Hukuku Tarihi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (kıs: Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*)

Hasan Tahsin Fendoğlu, Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Mimoza y. Konya, 1994.

Hasan Tahsin Fendoğlu, İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017

Hasan Tahsin Fendoğlu, Milenyum Türkiye’inde İnsan Hakları ve AB Konusundaki Açılımlar, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Yayınları, Ankara 2007

Helene Pauliat, Mülkiyet Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı Tebliği I, TBB Yayınları, Ankara, 2003

H. Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Ankara, 2018. (Kıs: B. Gemalmaz, *El Kitapları Serisi-6*)

H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009. (Kıs: B. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*)

İbrahim Hasgür, “Türk ve Alman Kamulaştırma Hukukunda Kamu Yararı Kararı”,
Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1997

İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, Legal Yayıncılık, İstanbul,
2019

İbrahim Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2002

İsmail Emrah Perdecioğlu, Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri,
Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, DER Yayınları, İstanbul,
2008

Jack Donnelly, International Human Rights, Westview Press, 2007.

Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2019 (Kıs:
Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*)

Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa,
2010

Kemal Gözler, İdare Hukuku, Ekin, İkinci Baskı, C. 1, Bursa 2009 (Kıs: Gözler, *İdare
Hukuku*)

Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın, 10. Baskı, Bursa, 2010

Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1982

Mehmet Akif Etgü, “Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı Ve Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı”, Yüksek Lisans Tezi

Mehmet Semih Gemalmaz, Devlet, Birey ve Özgürlük, Legal Yayınları, İstanbul, 2010
(Kıs: M. Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey ve Özgürlük*)

Mehmet Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri Bölgesel Sistemler, Alkım Yayınları, İstanbul, 1999.

Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005 (Kıs: M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları*)

M. Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, Beta Yayınları, İstanbul, 1994

Meltem Dikmen Caniklioğlu, Anayasal Devlette Meşruiyet, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010

Meltem Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

M. Kemal Oğuzman - Özer SELİÇİ - Saibe OKTAY ÖZDEMİR, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.

Monica Carss-Frisk, Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 4.

Mukbil Özyörük, Kamulaştırma Hukuku, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948

Mustafa Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002

Mustafa Yıldız, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998

Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 5. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1979.

Münci Kaplan, Kamu Hürriyetleri, 2. Bası, Ankara, 1968.

Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, 1993

Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der. Yayınları, İstanbul, 1999

Niyazi Öktem, Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İÜHF y., İstanbul, 1977

Oktay Uygun, Demokrasinin Tarihsel, Felsefi Ve Ahlaki Boyutları, İnkılap, İstanbul, 2003

Oktay Uygun, “*İnsan Hakları Kuramı*”, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2000

Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 2, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004

Ömer Köroğlu, Kamulaştırma Seçkin Yayınları, Ankara, 1995

Ömer İzgi, Zafer Gören, T.C.ramaz, TBMM Basımevi, Ankara, 2002

Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri, Astana Yayınları, Ankara, 2018, C. 1

Sadullah Özel, Mülkiyet Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Saim Tuğrul, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003

Server Tanilli, Anayasalar ve Siyasal Belgeler, İstanbul, 1976.

Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, Hak Kitabevi

Suat Şimşek, Türk Hukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Hermes Matbaacılık, Ankara, 2011

Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, Ankara, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, C. 1, Genel Esaslar, 2001

Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Meclis Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yay., No: 89, Ankara 2001

Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumlanması, TBMM Basımevi, Ankara, 1995.

Şeref İba, Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda), Turhan Kitabevi, Ankara, 2006

Tarık Zafer Tunaya, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, 5. Bası.

Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019. (Kıs: Akıllıoğlu, *İnsan Hakları*)

Tolga Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Veysel Başpınar, Mülkiyet Hakkına İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Ülkü Azrak, Millileştirme ve İdare Hukuku, İstanbul, 1976

Wilhelmina Jacoba (Elmien) du Plessis, Compensation for Expropriation under the Constitution, 2009

Yavuz Nazaroğlu, Hasan Ünal, Danıştay ve Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırma ve İlgili Mevzuat, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1975

Yavuz Sabuncu, Anayasaya Giriş, Ankara: İmaj Yayıncılık, 1996

Yunus Emre Yılmazoğlu, İsmail Emrah Perdecioğlu, Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2019, Danışma Meclisinin Kabul Ettiği Metnin Gerekçesi.

Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin y. Ankara, 2002.

Yüksel Metin, Anayasanın Yorumlanması, Asil Yayın, Isparta, 2008

Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002

Zühtü Arslan, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

Ed Murat Şen, Taylan Barın, in. AYM Mülkiyet Hakkı Karar Özetleri, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.

MAKALELER

Abdurrahman Eren, “Özgürlükler Mekânı Olarak Kamusal Alan”, AÜEHFD, C. IX, S. 3- 4, s. 96-125.

Abdurrahman Eren, 2001 Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen “Laik Cumhuriyetin Gerekleri” Yönündeki Değişikliğin Anlam ve Sonuçları, TBB Dergisi, 2002/3

Abdurrahman Eren, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, C. 36, S. 1, 2019, s. 1-72

Adil Şahin, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Anayasa Hukukunda “Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması” Sorunu, Liberal Düşünce Dergisi, [Yıl 2009](#), Cilt, Sayı 54, 85 - 103, 01.01.2009.

Burcu Bulut, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması Esasları, LHD, S. 33, 2012, s-11-32.

Celalettin Yanık, Mustafa Kara, “Küreselleşmenin Sosyal Devlet Anlayışındaki Dönüşüme Etkisi: Genel Bir Değerlendirme”, Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, 2014

Douglas B. Rasmussen, “Haklar, Hukuk ve Ahlak”, çev. Mustafa Erdoğan, in. Liberal Düşünce, S. 36, Güz 2004.

Elvin Dinler, Zeynep Çalışkan, Mülkiyetin Tarihsel Gelişimi Üzerine Bir Deneme, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 77., 2019, s. 421-452.

Esin Örücü, Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yıl Anısına Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017 (Kıs: Örücü, “Hakkın Özü”)

Fikret Eren, “Mülkiyet Kavramı”, A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974 (Kıs: Eren, “Mülkiyet Kavramı”)

Gül Akyılmaz, Osmanlı Devleti'nde Mülkiyet Hakları Ve Mülkiyet İlişkileri Çerçevesinde Kadının Hukuki Statüsü, II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri.

Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Mülkiyet Hakkı, TBB Dergisi, Sayı 51, Yıl: 2004. (Kıs: Dinç, *AIHS ve Mülkiyet*)

Gürkan Çelebican, “Anayasa’nın 38. Maddesine İlişkin İptal Kararı Üzerine”, Prof. Dr. Bülent Nuri Esen’e Armağan, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara, 1977

Gökçe Gençay, Ormanlıkta Kamu Yararı, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 1, 2010

H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge” İlkesi, Prof. Dr. İlhan Özyay’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Legal Yayın, C. LXIX. S. 1-2, İstanbul 2011, s. 647-672 (Kıs: B. Gemalmaz, *Adil Denge İlkesi*)

Halit Çalış, İslâm Hukukunda Servet / Mülkiyet Tahdidinin İmkânı Üzerine, Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2004, sayı: 17, s. 127-144

Halit Çalış, “İslam Hukuku Literatüründe Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve Konu ve Kapsam Açısından “Milk” Terimi”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2003, S. 2

Hasan Tahsin Gökcan, “Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, TBB Dergisi, S. 135, Y. 2018. s. 9-76

Hikmet Tülen, “03.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, Sayı:1-4, Erzincan, 2011

Jale Akipek, “Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması ile İlgili Bir Deneme”, *Adalet Dergisi*, Ankara, 1967, S. 5

Kemal Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, S. 2001/4.

Kürşat Akça, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Cilt:1, 2015

Levent Korkut, Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı, Yıl: 11, S. 44, 2006

Mehmet Turhan, Anayasamız Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Anayasa Yargısı 8, Ankara, 1991.

Mohamed Y. Mattar, “Article 43 of the Arab Charter on Human Rights: Reconciling National, Regional, and International Standards”, Harvard Human Rights Journal, 2013

Muzaffer Sencer, “Hak ve Özgürlük Kavramı”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 14, TODAİE y., Ankara, 1992.

Murat Şen, “İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, S. 1

Mümtaz Soysal, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, Anayasa Yargısı, Ankara, 1987

Nihat Bulut, Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasası’nda Mülkiyet Hakkı, EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006

Nihat Bulut, “Küreselleşme: Sosyal Devlet’in Sonu mu?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, s. 173-197

Nihat Bulut, Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri Ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı, s. 321-335

Osman Nuri Ergin, İslam’da Temellük ve Tasarruf Hakkının Dokunulmazlığı ve İstimlak Meselesi, Adalet Dergisi, Yıl 40, S.12, 1949, s. 1754-1763

Oya Boyar, “Mülkiyet Hakkı”, in. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Editör, Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.

Özcan Karadeniz, “Roma’da Kamulaştırma ve Kamu Yararı Kavramı”, AÜHF Yay., Ankara, 1975

Ramazan Kılıç, Mine Demirçelik, Mülkiyet Kavramının Tarihsel Gelişimi Sürecinde Ortaçağ Ve Reform Hareketi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 30, Ağustos 2011.

Rona Serozan, “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Selim Kanetti, Türk Miras Hukukunun Anayasal Temelleri, İÜHF, C: LIV, S. 1-4, 1991-1994, s. 237-244

Sibel İnceoğlu, Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi in. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Editör, Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013

Sulhi Dönmezer, “İstimplak Hukuku”, İÜHF Mecmuası, C. 7, 1941

Tekin Akıllıoğlu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz, AÜSBF Dergisi, Cilt XLIX, Sayı 3-4, 1989, s. 155-173. (kıs: Akıllıoğlu, *AİHS ve İç Hukukumuz*)

Tekin Akıllıoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (kıs: Akıllıoğlu, *Mülkiyet Hakkı*)

Tekin Akıllıoğlu, Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi, Sayı: 1-3, 11-22, 1988 (kıs: Akıllıoğlu, *Kamu Yararı*)

T. Murat Pulak, “Kamulaştırma Kanunu’nda 4650 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler Üzerine Değerlendirmeler”, *Mülkiye*, 2001, C. 25, S. 228.

Timothy Sandefur, Özgürlüğün Köşe Taşı: 21. Asır Amerika’sında Mülkiyete Hakları, çev., Şeyma Akın, Liberal Düşünce, Sayı Kış-Bahar 2009, S. 53-54, s. 23-64

Ümit Doğanay, Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları, Mimarlık, S.7, 1974.

Ülkü Azrak, Devletleştirme, “Anayasa Ve 3082 Sayılı Kanun”, *İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi*, S. 1-3, 11-19, 1983

Veysel Başpınar, Mukayeseli Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Olağanüstü Hallerde Mülkiyet Hakkı Sınırlamasının Fikrî Ve Hukukî Temelleri, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 2016, s. 1-32 (Kıs: Başpınar, *Olağanüstü Hallerde Mülkiyet Hakkı Sınırlaması*)

Veysel Başpınar, Mukayeseli Hukukta Ve Türk Hukuku'nda Mülkiyet Hakkı Teminatı, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (3) 2016: 633-658

Yüksel Metin, Ölçülülük Anayasal Bir İlke midir?, SDÜHFD C: 7, S: 1, 2017

Zafer Gören, Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Anayasa Yargısı, C. 14, Ankara, 1997, s. 98

Zafer Gören, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 12, 2007/2, s. 39-59

Zühtü Arslan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, Anayasa Yargısı, 2002

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<https://inhak.adalet.gov.tr>

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>

<https://www.tdk.gov.tr>

<https://www.hukukturk.com>

<https://hudoc.echr.coe.int>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

<http://www.turkhukuksitesi.com/index.php>

<http://liberal.org.tr/index.php>

<http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar>

<https://hukukbook.com/category/evrensel-hukuk-metinleri>

<https://www.oic-oci.org/english/article/human.htm>

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Lawless/İrlanda, B. No: 332/57, 01.07.1961

Wemhoff/Almanya, B. No: 2122/64, 27.06.1968.

Handyside/Bileşik Krallık, B. No: 5493/72, 7.12.1976.

Engel ve diğeri/Hollanda, B. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72,
08.06.1976

Tyrer/Birleşik Krallık, B. No: 5856/72, 25/04/1978

Sunday Times/Bileşik Krallık, B. No: 6538/74, 26.04.1979

Marckx/Belçika, B. No: 6833/74, 13.07.1979

Winterwerp/Hollanda, B. No: 6301/73, 24.10.1979

Silver ve diğeri/Birleşik Krallık, B. No: 5947/72, 25.03.1983

Sporrong ve Lönnroth/İsveç, B. No:7151/75, 12.12.1984

Ashingdane/Bileşik Krallık, B. No: 8225/78, 28.05.1985

James ve diğeri/Bileşik Krallık, B. No: 8793/79, 21.02.1986

Van marle ve diğeri/Hollanda, B. No: 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79,
26.02.1986

Lithgow ve Diğeri/ Birleşik Krallık kararı, B. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81 9265/81;
9266/81; 9313/81; 9405/81, 08.07.1986

Poiss/Avusturya, B. No: 9816/82, 23.04.1987

Inze -Avusturya, B. No: 8695/79, 28.10.1987

Association of General Practitioners/Danimarka, B. No: 12947/87, 12.07.1989

Allan Jacobson/İsveç, B. No: 10842/84, 25.10.1989

Mellacher/Avusturya, B. No: 10522/83; 11011/84; 11070/84, 19.12.1989

Hakansson ve Stuesson/İsveç, B. No:11855/85, 21.02.1990.

Fredin/İsveç, B. No: 12033/86, 18.02.1991

Pine Valley Developments Ltd ve Diğerleri/İrlanda, 29.11.1991

Hentrich-Fransa, B. No: 13616/88, 22.09.1994

Kutsal Manastırlar/Yunanistan, B. No: 13092/87; 13984/88, 09.12.1994

Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH / Hollanda, B. No: 15375/89, 23.02.1995

Agrotexim ve diğerleri/Yunanistan, B. No: 14807/89, 24.10.1995

Pressos Compania Naviera SA ve Diğerleri/Belçika, 20.11.1995

Matos e Silva, Lda, ve Diğerleri / Portekiz, 16.09.1996

Akdivar ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 21893/93, 16.09.1996

Akkuş/Türkiye, B. No: 19263/92, 09.07.1997

Hornsby / Yunanistan, B. No: 18357/91, 19.03.1997

Lenzing /Birleşik Krallık, B. No: 38817/97, 09.09.1998

Lenzing / Almanya, B. No: 39025/97, 09.09.1998

Aka/Türkiye, B. No:19639/92, 23.09.1998

Beyeler/ İtalya davası, B. No: 33202/96, 05.01.2000

Mazurek/Fransa, B. No: 34406/97, 01.02.2000

Carbonara ve Ventura/İtalya, B. No: 24638/94, 30.05.2000

Belvedere Alberghiera S.R.L/İtalya, B. No: 31524/96, 30.08.2000

Iatridis/Yunanistan, B. No: 31107/96, 19.10.2000

Former King of Greece ve diğerleri/Yunanistan, B. No: 25701/94, 23.11.2000

Elia S.r.l./İtalya, B. No. 37710/97, 02.08.2001

Zwierzyński/Polonya, B. No: 34049/96, 19.06.2001

- Malhous / Çek Cumhuriyeti, B. No.: 33071/96, 12.07.2001
- Liechtenstein Prensi Hans-Adam II - Almanya B. No.: 42527/98, 12.07.2001
- Arabacı/Türkiye, B. No: 65714/01, 07.03.2002
- SA Dangeville/Fransa, B. No: 36677/97, 16.04.2002
- Nerva ve Diğerleri,/Bileşik Krallık, B. No: 42295/98, 24.09.2002
- Pincova ve Pinc/Çek Cumhuriyeti, B. No: 36548/97, 05.02.2003
- Yıltas Yıldız Turistik Tesisleri/Türkiye, B. No. 30502/96, 23.04.2003
- Fraschino/İtalya, B. No. 35227/97, 11.12.2003
- Öneryıldız/Türkiye, B. No. 48939/99, 30.11.2004
- Merger ve Cros/Fransa, B. No: 68864/01, 22.12.2004
- Broniowski/Polonya, B. No. 31443/96, 22.06.2004
- Bruncrona / Finlandiya, B. No. 41673/98, 16.11.2004
- Norbert Ackermann and Ingo Fuhrmann/Almanya, B. No:71477/01, 08.09.2005
- La Rosa ve Alba/İtalya, B. No: 58119/00, 11.10.2005
- N.A. ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 37451/97, 11.10.2005
- Fleri Soler ve Camilleri/Malta, B. No: 35349/05, 26.09.2006
- Ansay/Türkiye, B. No: 49908/99, 02.03.2006,
- Scordino/İtalya, B. No: 36813/97, 29.03.2006
- Lazaridi / Yunanistan, B. No. 31282/ 04, 13.07.2006
- Edwards/Malta, B. No: 17647/04, 24.10.2006
- Paeffgen GmbH/Almanya, B.No: 25379/04; 21688/05; 21722/05; 21770/05, 18.09.2007
- Anheuser-Busch Inc./Portekiz, B. No: 73049/01, 11.01.2007
- Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye, B. No: 34478/97, 09.01.2007
- Fleri Soler ve Camilleri/Malta, B. No: 35349/05, 26.09.2006
- Gashi/Hırvatistan, B. No: 32457/05, 13.12.2007

- The Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye, B. No: 40998/98, 13.03.2008
- Budayeva ve diğerleri/Rusya, B. No: 15339/02, 20.03.2008
- Abacı/Türkiye Davası, B. No: 33431/02, 07.10.2008
- Kozacıoğlu/Turkey, B. No: 2334/03, 19.02.2009
- Köktepe / Türkiye, B. No:35785/03, 13.10.2009
- Guiso-Gallisay/İtalya, B. No: 58858/00, 22.12.2009
- Sejdić ve Finci/Bosna-Hersek, B. No:27996/06 ve 34836/06, 22.12.2009
- Devecioğlu/ Türkiye, B. No: 17203/03, 24.11.2009
- Brosset-Triboulet ve diğerleri/Fransa, B. No: 34078/02, 29.03.2010
- Tănase/Moldova, B. No: 7/08, 27.04.2010
- Saghinadze/Gürcistan, B. No: 18768/05, 27.05.2010
- Blatchford/Bileşik Krallık, B. No. 14447/06, 22.06.2010
- Yetiş/Türkiye, B. No: 40349/05, 06/07/2010
- Güleç ve Armut/Türkiye, B. No: 25/969/09, 16/11/2010
- Ziya Çevik / Türkiye, Başv. No: 19145/08, 21.06.2011
- Aksu/Türkiye, B. No. 4149/04 ve 41029/04, 15.03.2012
- Lay Lay Company/Malta, B. No:30633/11, 23.07.2013
- Hüseyin Kaplan/Türkiye, B. No: 24508/09, 01.10.2013
- Gough/Birleşik Krallık, B. No: 49327/11, 28.10.2014
- Sargsyan/Azərbaycan, B. No.:40167/06, 16.06.2015
- Sher ve Diğerleri / Birleşik Krallık Davası, B. No: 5201/11, 20.10.2015
- Bélané Nagy/Macaristan, B. No: 53080/13, 13.12.2016
- Bursa Barosu Başkanlığı ve diğerleri / Türkiye, B. No. 25680/05, 19.06.2018

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AYM, E:1962/208, K: 1963/1, 04.01.1963
AYM, E: 1963/25, K: 1963/87, 08.04.1963
AYM, E: 1964/13, K: 1964/43, 02.06.1964
AYM; E: 63/156, K: 66/34, 20.09.1966
AYM, E: 1967/10, K: 1967/49, 28.12.1967
AYM, E: 1970/48, K: 1972/3, 09.02.1972
AYM, E: 1976/26, K: 1976/47, 12.10.1976
AYM, E: 1976/38, K: 1976/46, 12.10.1976
AYM, E: 1988/50, K: 1989/27, 03.06.1983
AYM, E:1984/4, K:1984/9, 20.09.1984
AYM, E:1985/31, K:1986/1, 17.03.1986
AYM, E: 1987/1, K:1987/18, 29.03.1988
AYM, E: 1987/16, K: 1988/8, 19.04.1988
AYM, E:1988/34, K: 1989/26, 21.06.1989
AYM, E:1990/9, K: 1990/13, 21.06.1990
AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991
AYM, E: 1993/8, K: 1993/31, 22.09.1993
AYM, E: 1992/22, K: 1992/40, 27.06.1992
AYM, E: 1994/49, K: 1994/45-2, 07.07.1994
AYM, E: 1999/33, K: 1999/51, 29.12.1999
AYM, E: 1999/46, K: 2000/45, 20.09.2000
AYM, E: 2002/112, K: 2003/33, 10.04.2003
AYM, E: 2004/81, K: 2008/48, 31.01.2008
AYM, E: 2006/142, K:2008/148, 24.09.2008
AYM, E: 2004/67, K: 2007/83, 22.11.2007

- AYM, E: 2008/34, K: 2008/153, 31.03.2008
- AYM, E: 2010/29, K: 2010/90, 16.07.2010
- AYM, E: 2010/73, K:2011/176, 29.12.2011
- AYM, Būgdūz Kōyū Muhtarlıđı, B. No. 2012/22, 25/12/2012
- AYM, Cemile Ūnlū, B. No: 2013/382, 16.04.2013,
- AYM, İhsan Vurucuoğlu, B. No: 2013/539, 16.05.2013
- AYM, E: 2012/108, K: 2013/64, 22/05/2013
- AYM, E: 2013/39, K: 2013/65, 22/05/2013
- AYM, Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013
- AYM, Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi, B. No: 2012/636, 15.04.2014
- AYM, Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25.06.2014
- AYM, E. 2014/61, K: 2014/166, 07.11.2014
- AYM, Ūĕgen Nakliyat Ticaret Ltd. Őti., B. No: 2013/845, 20.11.2014
- AYM, TŪrkiye İŐ Bankası A.Ő., B. No: 2014/6192, 12/11/2014
- AYM, Necmiye Őiftĕi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014
- AYM, Selma Arıcan, B. No: 2013/7841, 21/5/2015
- AYM, Mukadder Sağlam ve diğerleri, B. No: 2013/2511, 22/1/2015
- AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, 14.05.2015
- AYM, Habibe Kalender ve diğerleri, B. No: 2013/3845, 01/12/2015
- AYM, E: 2015/60, K: 2016/2, 13.01.2016
- AYM, Nusret KŪlah, B. No: 2013/6151, 21.04.2016
- AYM, SŪleyman GŪnaydın, B. No: 2014/4870, 16.06.2016
- AYM, Recep Tarhan ve Afife Tarhan, B. No: 2014/1546, 02.02.2017
- AYM, E: 2015/41, K: 2017/98, 04.05.2017
- AYM, E: 2017/110, K: 2017/133, 26.07.2017

AYM, Cevat Aydın, B. No: 2014/13886, 04.10.2017

AYM, Kadir Çakar, B. No: 2015/18908, 21.03.2018

AYM, E: 2016/196, K: 2018/34., 28.03.2018

AYM, Türkan Poyraz, B. No: 2015/15388, 13.09.2018

AYM, Derya Alpdoğan, B. No: 2015/6845, 31/10/2018

AYM, Fatma Gül Balıkçioğlu ve Zeynep Nur Yazıcıoğlu, B. No: 2014/11026

AYM, Hanım Çeyiz ve Mehmet Gündüz, B. No: 2015/19289, 17.07.2018

AYM, E: 2019/95, K: 2019/89, 14.11.2019

AYM, E: 2018/139, K: 2020/12, 19.02.2020

AYM, Ali Yazıcı ve Diğerleri Başvurusu B. No: 2018/20766, 01.03.2021

AYM, Ahmet Yazı, B. No: 2018/357, 29.09.2021

AYM, Ali Taşgeldi, B. No: 2018/30814, 16.11.2021

AYM, Rabia Aydın ve Şerife Aksu, B. No: 2018/37136, 28.12.2021.

AYM, E. 2021/91, K. 2021/106, 30.12.2021

YARGITAY KARARLARI

YİBK, E. 1956/1, K. 2956/6, 16.05.1956

YHGK, 03.02.2010 ve 2010/4E. 2010/56K.

YGHK, 15.12.2010, E: 2010/5-662, K. 2010/551

YHGK, 19.09.2012 ve 2012/344E. 2012/585K.

YHGK, 17.03.2013 ve 2013/1080E. 2013/1068K.

YHGK, 17.03.2013 ve 2013/1080E. 2013/1068K.

Yargıtay 1. HD, 03.03. 2015 ve 2014/21791E. 2015/3213K.

DANIŞTAY KARARLARI

- Danıştay İctihadı Birleştirme Kurulu, E:1972 / 7, K:1975 / 16, 19.12.1975
- Danıştay, 9. Dairesi E: 1988/189, K: 1988/2212
- Danıştay İdare Daireleri Genel Kurulu, E:1995/769, K:1997/525, 17.10.1997;
- Danıştay 6. Dairesi, E:1995/5161, K:1996/1464,25.3.1996
- Danıştay 6. Dairesi, E:1999/3929, K:2009/261, 15.5.2001
- Danıştay 6. Dairesi, 21.10.2004, E: 2004 / 5140, K:2004 / 6795
- Danıştay 11. Dairesi, ve E:2005/2069, K:2007/9757, 17.12.2007
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 23.10.2008, E: 2005/2154, K: 2008/1839
- Danıştay 5. Dairesi, 22.5.2009, E:2007/8867, K:2009/5992
- Danıştay 14. Dairesi, E:2008/7216, K:2011/7431, 13.10.2011
- Danıştay 6. Dairesi, 18.10.2011, E: 2009/10109, K: 2011/3784
- Danıştay 6. Dairesi, 22/04/2014 ve E: 2010/6020, K: 2014/3357
- Danıştay 6. Dairesi, 22/4/2015 ve E: 2014/9101, K: 2015/2572
- Danıştay 6.Dairesi, E:2016 / 12022, K:2018 / 10424, 19.12. 2018



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 26/04/2022

Tez Başlığı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Kapsamında Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırma

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 141 sayfalık kısmına ilişkin, 20/04/2022 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 28 'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç
- 2- Kaynakça hariç
- 3- Alıntılar hariç
- 4- Alıntılar dâhil
- 5- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Tarih ve İmza

Adı Soyadı:	Merve Güneş
Öğrenci No:	N18131241
Anabilim Dalı:	Kamu Hukuku
Programı:	Tezli Yüksek Lisans

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.

Prof. Dr. Hasan TAHSİN
FENDOĞLU



**HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
MASTER'S THESIS ORIGINALITY REPORT**

**HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
PUBLIC LAW DEPARTMENT**

Date: 26/04/2022

Thesis Title: Right To Property And Expropriation Within The Decisions Of The European Court Of Human Rights And The Constitutional Court of Turkey

According to the originality report obtained by myself/my thesis advisor by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options checked below on 20/04/2022 for the total of 141 pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled as above, the similarity index of my thesis is 28%.

Filtering options applied:

1. Approval and Declaration sections excluded
2. Bibliography/Works Cited excluded
3. Quotes excluded
4. Quotes included
5. Match size up to 5 words excluded

I declare that I have carefully read Hacettepe University Graduate School of Social Sciences Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports; that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge.

I respectfully submit this for approval.

Date and Signature

Name Surname:	Merve Güneş
Student No:	N18131241
Department:	Public Law
Program:	Master's Thesis

ADVISOR APPROVAL

APPROVED.

Prof. Dr. Hasan TAHSİN FENDOĞLU

