

1961 ANAYASASI VE ANAYASA MAHKEMESİNE GÖRE HAKKIN ÖZÜ KAVRAMI VE MÜLKİYET HAKKININ ÖZÜ (1)

Doç. Dr. ESİN ÖRÜCÜ

I. Sunuş :

Sınırlama, kişiye, «yapma», «şuraya kadar yapabilirsin», «şu derecede yapabilirsin», ya da «şu koşullarla yapabilirsin», demektir. «Sınırlama, bir hakkın kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü şekilde kullanılmaz hale koyucu ya da ciddî surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikte olmamalıdır» (2). «Sınırlama, kısıtlama hal ve derecesinde ileri gitmemiş, kayıtlayıcı olmamış yasak ve düzenleme hükümleridir; sınırlamanın ötesinde, bir kullanma imkânsızlığı ve engelleme olan kısıtlama vardır» (3).

Sınırlama hakkın özüne kadar uzayan alanda yapılabilir. Sınırlamanın sınırı hakkın özüdür.

Her sınırlama hakkın özüne doğru yönlenmiştir, fakat bu öze dokunamaz. En geniş kapsamlı sınırlama dahi bu sınırdadır.

(1) Bu konu Taşınmaz/Mülkiyetine bir Kamu Hukuku Yaklaşımı adlı Doçentlik Tezimizin (1975) Giriş bölümünde Konunun hazırlık safhası niteliğinde işlenmiştir. Konu önemi ve tez dışında apayrı bir inceleme niteliğinde olması nedeniyle ayrıca bir makale halinde yeniden ele alınmaktadır.

(2) Anayasa Mahkemesi kararlarının öze dokunma tanımlarından çıkarılan bu tanım ve kararlar biraz ileride ele alınacaktır.

(3) Güran, S., İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri, I. Ü. Y.: 1337, H.F.Y.: 289, İstanbul 1969, sh. 193.

1961 Anayasasının 11. maddesi : «Temel hak ve hürriyetler Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz», der (4).

1961 Anayasası Temsilciler Meclisinde görüşülürken, komisyon sözcüsü, «kanun bir hakkı düzenlerken bu hakkın veya hürriyetin cevherine dokunamaz. Hak veya hürriyet, maddede belirtilen maksatlarla sınırlandırılabilir, fakat bu istikamette sınırlandırırken bile tahrip edilemeyecek, yok edilemeyecektir. Öze dokunmamaktan maksat budur», demiştir. Yine Temsilciler Meclisi tutanaklarına göre, «Özü tarif etmeye imkân yoktur. Bu öz her hürriyet, her temel hak için ayrı ayrıdır. Belli bir hürriyetin özünün, belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, efkârı umumiye, yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tesbit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de buna şekil verir... nüve, cevher anlamındadır.» (5).

II. Sorun :

1. Hakkın Özü :

Önce hukuk anlayışını yansıtacak bir iki arayışa göz atalım :

Sınırlama, hakkı anlamsız hale getirip ortadan kaldırırsa özüne dokunmaktadır, «belirli bir hak ve özgürlükle ilgili özün nerede başladığı, önceden kesinlikle belirtilemeyen ve ancak Anayasa Mahkemesi kararıyla ortaya çıkacak bir konu»dur (6).

(4) 6.3.64: 63/358, 64/17 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında sözü edilen Kozan Asliye Ceza Mahkemesinin 12.12.63 tarihli kararında «Anayasanın 11/2. maddesindeki hüküm klasik hürriyetlerle ekonomik ve sosyal hakların özüne tecavüz edilemeyeceği esasını kabul etmiştir. Hak ve hürriyetlerin özüne ancak, Devletin varlığını tehlikeye sokan yangın ve sel felâketi gibi fevkalâde ve özel sebeplerle geçici olarak dokunulabilir» denmektedir. AMKD. S. 2, 1965 (1971 bası) sh. 82.

(5) Öztürk, K., Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli, Maddelere göre tasnifli, bütün tutanakları ile. Türkiye İş Bankası Kültür Yayını. Ajans Türk Matbaası, Ankara 1966, sh. 1692-1712.

(6) Sosyal, M., Anayasa Giriş, A.Ü.S.B.F.Y: 271. 2: bası, Ankara 1969,

İşe yalnızca düşünce özgürlüğü açısından bakan Tanör, düşünce özgürlüğünün özüne dokunulmuş sayılabilmesi için bu hürriyetin genel olarak sınırlanmış olması gerektiği, sırf belli düşüncelerin yasaklanmasının öze dokunur nitelikte olmayacağı görüşüne karşı çıkararak, bu hürriyetin özü, düşüncenin kendisidir, demektedir (7).

«Hürriyetin özü de henüz özü bilinmeyen bir kavramdır...» Anayasalar genellikle kendi metinlerinde bu kavramı açıklamamaktadırlar. Zaten buna pek de imkân yoktur. Yargı organları olaylarla prensipler arasındaki bağlantıyı kurarak içtihadlarını vücuda getirirler (8).

Özle ilgili karar bir takdir yetkisi uygulamasıdır, ama «hukukî bakımdan takdir yetkisi yasama organından alınarak bağımsız bir yargı organına verilmiştir» (9).

«Anayasamız sınırlı özgürlükler anlayışını benimsemiştir... Ne var ki sınırlamayı özüne dokunma derecesine, yani özgürlüğü kullanmayı «makul» bir ölçünün dışında zorlaştırmaya, kadar vardırılmak mümkün değildir. Hiç şüphesiz «makul» ölçüsünün ne olduğunu da ortaya koymak gerekir» (10).

sh. 246, ve Soysal, M., Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasaya Diyalektiği üzerinde bir Deneme, A.Ü.S.B.F.Y.: 272, Ankara 1969, sh. 89-90 ve Soysal, M., 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınları 2. bası, İstanbul 1974, sh. 145 ve Kırathı, M., Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, İtiraz Yolu., AÜSBF: 212-194, Ankara 1966, sh. 161.

(7) Tanör, B., Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi: 14. Bilim Dizisi: 6, İstanbul 1969., sh. 167-168, Tanör, ayrıca, sh. 112-114 arasında bu konuyu tartışmaktadır ve Dönmezer'in öz olarak önceden denetlenmezliği kabul ettiğini söylemektedir.

(8) Tunaya, T. Z., Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1975, sh. 396, Aldıkaçtı, O., Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İ.Ü.Y: 413. İstanbul 1973, sh. 181-184'de bunu tesbit görevini Anayasa Mahkemesine bırakmaktadır. Arsel de bu Görüşte. Bkz.: Arsel, I., Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri ve Karar Özetleri., AÜHF Yayını: 265, Ankara 1970, sh. 35.

(9) Kapanı, M., Kamu Hürriyetleri, A.Ü.H.F.Y: 264, 3. bası, Ankara 1970, sh. 210.

(10) Akın, I. F., Temel Hak ve Özgürlükler, İ.Ü.Y: 1595 A.F.Y: 347, İstanbul 1971, sh. 124'de böyle dedikten sonra bu ölçüyü Anayasa Mahkemesi kararlarından çıkarıyor, bkz.: sh. 124-126. «Makul» ölçüsünden Esende söz etmekte ve Anayasa Mahkemesinin «makul» ölçüsünü açıkca koymasının daha iyi olacağını söyleyip, hürriyetin kayıtlanmasındaki aşırılık

Hürriyetin özünün onu kullanmak hareketi olduğunu söyleyen Güran ise, sınırlamayı aşan ve Anayasanın 11. maddesindeki sebeplerin gerçekten haklı kılacağı bir sınırlamanın, öze dokunduğunu, kısıtlama olduğunu belirtmektedir (11).

Böylece doktrinde özün, ya anlamı her olayda mahkemece tesbit edilecek bir kavram olduğunu, ya hürriyetin kendisi, ya onu kullanma hareketi sayıldığını; öze dokunma hallerinin ise «makul», ya da «sınırlamayı gerçekten haklı kılacak» gibi, yargı organının takdir yetkisini biçimlendirecek ölçülere bağlandığını gördük.

Her hak ve özgürlük için özün farklı olduğu kanısında olduğumuzdan biraz ileride mülkiyetin özü kısmında bu konuda mülkiyet hakkına ilişkin kriter vermeye çalışacağız. Şimdi mülkiyet hakkının özüne geçmeden, bir de Anayasa Mahkemesinin (mülkiyet hakkına ilişkin olanları daha sonra görmek üzere) ne gibi ölçüler kullandığına bakalım :

«Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikte olmadıklarından, hürriyetin özüne dokunulmadığı meydandadır. (Zira bu yolda bir beyanname vermekle toplantı veya gösteri yürüyüşü yapılabilir.)... neyi ifade ettiği açıkça anlaşıl-

makul insanın kabul edemeyeceği ölçüdür diyor. Esen, B. N., Anayasa Mahkemesine göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, A.Ü.H.F.Y: 206, Ankara 1966, sh. 57.

(11) «Hürriyetin özü, cevheri, nüvesi, gerçekten üzerinde münakaşaya girmeye lüzum göstermeyecek kadar açık, belli, tarifli kolayca yapılabilecek olan gayet vazih bir kavramdır... Hürriyetin özü, bir hak ve hürriyetin kullanılmasıdır, bir hak ve hürriyeti bilfiil kullanma hareketidir. Hürriyetin özü kavramından bunu, ancak bunu anlıyor ve bu şekilde de tanımlıyoruz. Zira hürriyeti, özü sayılan, özü sayılmayan diye kısımlara ayırmaya, bizzat hürriyet mefhum ve müessesesinin kendisi müsaade etmez. Hürriyet bölünmez, tek bir parçadan ibaret olup, o hürriyeti kullanmak hareketidir... Öze dokunmak, a) sınırlamayı aşan, b) kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni sosyal adalet ve milli güvenlik de dahil olmak üzere hiç bir sebep, bahane ve vesilenin, c) gerçekten haklı kılacağı, d) bir biçimde, bir hüküm ve mahiyette, bir derecede, bir noktada, bir zamanda, doğrudan doğruya kısıtlayan, kesen, kayıtlayan, son veren, manl olan veya, bu hüküm, etki ve sonucu dolayısıyla ya da fiilen doğuran düzenlemeler, işlemler ve eylemler yapmak —kısıtlamak— demektir.» Güran, S., a.g.e., sh. 416-417.

mayan ve her türlü yoruma elverişli bulunan (maksadı mahsus) gibi terimlerle belirtilen hükümler, kişinin temel haklarından olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün belli şekil ve konularını kökünden kaldırmakta ve bu sebeple de AY. 11/2 ye aykırı olarak (Hak ve hürriyetin özüne) dokunmaktadır...» (12).

«...her hak gibi bu temel hürriyet hakkı da hiç bir zaman sonsuz olmayıp, başka hak ve hürriyetlerle sınırlandırılmış... ve istisnaları bulunan her kaide gibi, AY. 11/2 deki sebeplerle de olsa özüne dokunulamıyacağı bildirilen bu temel hak ve hürriyetlerin birinci fıkrasında Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlandırabileceği hükmü konmuş ve bir temel hak ve hürriyetin özüne dokunmaksızın yalnız kanunla sınırlandırılabilmesi de mümkün görülmüş... diğer hak ve hürriyetler gibi düşünce ve kanaat hürriyeti de her türlü sorumsuz davranışlara cevaz veren mutlak ve sınırsız bir hürriyet olarak telâkki ve kabul edilemez. Hiç bir kayıtlama kıstası konulmamış olmasını bu hürriyeti, AY.'nin dayandığı temel ilkelere uygun olmak ve AY. 11. maddesinde gösterilen esaslar dahilinde kalmak şartıyla, her istikamette sınırlayabilmek hususunda AY. vazının kanun koyucuya takdir hakkı tanınmış olduğu şekilde yorumlamak tabii bulunmaktadır. ... Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun raporundan ve Anayasa tasarısının Meclisteki görüşmelerinden de anlaşılacağı veçhile bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir... bu yasaklama ise... düşünce, kanaat ve basın hürriyetlerinin özüne dokunacak bir nitelik taşımamakta sadece toplum hayatını zarardan korumayı ve güvenliğini sağlamayı hedef tutmaktadır. Kaldı ki sözü geçen (B) bendindeki yasaklama ile basın sansüre tâbi tutulmamış, gazete ve dergi çıkarılması önceden izin alma ve malî teminat gösterme şartına bağlanmamış, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayınlanmasını engelleyici veya zorlaştırıcı iktisadî, malî, teknik kayıtlar konulmamıştır. Şu halde bahsi geçen bent ile düşünce ve kanaat hürriyetinin gayesine uygun şekilde kullanılmasını zorlaştıran veya imkânsızlaştıran bir sınırlama yapıl-

(12) 4.1.1963: 62/208, 63/1 AMKD. S. 1, 1964 (1971 bası), sh. 70-76.

mamıştır. Bu itibarla bent hükmü ile düşünce ve kanaat hürriyetinin özüne dokunulmamış ve bu öz tahrip edilmemiştir.» (13)

«...Ancak AY. 11'in gerekçesinde maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmamak şartıyla sınırlanmalarına cevaz veren ve aynı zamanda kanun koyucunun bu konudaki yetkisinin de sınırını teşkil eden kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebepler ve bu sebepleri değerlendirmede tutulan ölçüler konusunda (Anayasa Mahkemesince göz önünde bulundurularak herhangi bir tahdidin AY.'-ya aykırı olup olmadığına karar verilecektir. Eğer sınırlama bir temel hak ve hürriyet veya dokunulmazlığın cevherini tahribediyorsa, AY. ya aykırılık dolayısıyla hükümsüz sayılacaktır) denildiğinden AY. ile tanınmış olan hak ve hürriyetlerin kanun koyucu tarafından bu sebeplerle sınırlanması halinde, mahkememizin öncelikle olayda bu sebeplerin var olup olmadığını ve varsa sınırlamanın, hürriyetin özünü zedeleyip zedelediğini belli etmesi gerekmektedir. Keza 11. maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında da bu terimler üzerinde açıklamada bulunulmamış olmakla birlikte Anayasa Komisyonu sözcüsü tarafından, maddenin ikinci fıkrasında yer alan (Hürriyetlerin özü) teriminin tarif edilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda: (Euna imkân yoktur. Belli bir hürriyetin özünün belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, efkârı umumîye, yani o memleketin hukuk anlayış ve zihniyeti tesbit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de buna şekil verir. Bir hürriyetin özünün ne olduğunu, demokratik hukuk devletinin hukukçuları, o devletin hâkimleri elbette fark eder), suretinde açıklama yapılmıştır. (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 3, s. 57)... Genel ahlâk ve kamu düzeni gibi terimlerin niteliklerinin de demokratik hukuk devletine temel olan hukuk kuralları içinde kalmak suretiyle belli edilmesi gerekmektedir... Sınırlamanın dernek kurma hakkının özünü zedeleyip zedelediğine gelince : Yukarıda belirtildiği üzere söz konusu 143. madde, *genel olarak, dernek kurma hakkını* veya mevcut derneklere üye olmayı, *önceden izin almaya bağlı tutmayı*, *sadece kökü yurt dışında olan derneklerin, çeşitli şekillerde memleketimizde teşkilâtlanıp çalışmalarını* veya *yurtta oturan vatandaşların bu çeşit derneklere üye olmalarını izne bağlı tutmakta* olduğundan (ön-

(13) 8.4.1963: 63/16, 63/83 (AMKD. S. 1 1964 (1971 bası), sh. 194-210) ve aynı 8.4.1963: 63/17, 63/84 (AMKD. S. 1 1964 (1971 bası), sh. 210-220).

ceden izin almaksızın dernek kurmak) hakkının özünü zedelememekte ve... AY. md. 11/2'ye aykırı bulunmamaktadır» (14).

«...Diğer taraftan, söz konusu sınırlamaların, dernek kurma hakkını ve düşünce hürriyetini, *genel olarak ortadan kaldırmayıp*, yukarıda nitelikleri belirtilen yasak eylem ölçüsünde konulmuş olduklarına ve sözü geçen hak ve hürriyetlerden *yararlanmayı yok edecek derecede önleyici veya engelleyici, dolaylı veya dolaysız*, herhangi bir etkileri de bulunmadığına göre, bu hak ve hürriyetlerin özüne dokunduğu söylenemez.» (15).

Başka kararlarda da ya sadece belirli bir hükmün öze dokunmadığı söylenmekle yetinilmiş, ya da Mahkeme, aşırı kayıtlama terimi ve kelimenin kendisini kullanmamakla birlikte «makul» ölçüsünü kullanmıştır (16).

Şimdi konumuz olan mülkiyet hakkının özü sorununu ele alıp, önce bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararlarına bakmakla işe başlayalım; sonra da bu hakka ilişkin bir öz tanımı vermeye çalışalım.

2. Mülkiyet Hakkının Özü :

«...aynı amaçla, kiraların kontrol altına alınması da kamu yararına olan tedbirler cümlesinden sayılmak icabeder. Devletin bu konudaki müdahalesi, mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile sınırlanabileceğini öngören AY. 36. maddesinin kapsamına girer. Bu sebepler göz önünde tutularak, memleketimizde gayrimenkul darlığı devam ettiği sürece, kanun koyucunun, kira konusunu düzenlemesinin ve bu alanda sınırlama yapmasının, mülkiyet hakkının özüne dokunmamak şartı ile caiz bulunduğu ve bu müdahalenin kamu yararına olduğu hususunda görüş birliğine varılmıştır. Şimdi, 6570 sayılı kanunun söz konusu hükümlerinin kamu yararını sağlayıp sağlamadığı ve mülkiyet hakkının özüne dokunup dokunmadığı meselesinin çözümlenmesi gerekir... vergiler, iktisadî şartlar değişmiş... huzursuzluk yaratılmış, gayrimenkul sahibi yurttaşlar arasında... bu bakımdan artık kamu yararını sağladıkları kabul edilemez.... Öteki sektörlerde sınırlamalar kaldırıldığı ve iktisadî şartlar büsbütün

(14) 28.1.1964: 63/128, 64/8 (AMKD. S. 2, 1965 (1971 bası) sh. 43-56).

(15) 26.9.1965: 63/173, 65/40 (AMKD. S. 4, 1967, sh. 266).

(16) Esen, B. N., a.g.e., sh. 57, 57-64.

değiştirdiği halde 6570 sayılı kanunla konulan kira rejiminin devam ettirilmesi, *adaletsizlik ve mülkün gelirinden sahibinin yararlanmasına önleyen aşırı bir sınırlama halini almıştır*. Böyle bir sınırlamanın mülkiyet hakkının özünü zedelediği aşikârdır.» (17).

«...mülkiyet hakkı Anayasamızda sınırsız bir hak olarak tanınmamış, fert yararı ve toplum yararının karşılaştığı alanlarda toplum yararı üstün tutulmuştur. Toprak reformunda da toplum yararının üstün tutulduğu... açıkça ortaya çıkmaktadır. O halde, toprak dağıtımını kamu yararı amacıyla, bazı yükümlere ve koşullara bağlamak ve böylece mülkiyet hakkını kanunla sınırlamak devletin hakkı, yükümlere ve koşullara uymak da toprak sahibinin borcu olmak gerekir. 4753 sayılı kanunun değişik 56. maddesine toprağın belli bir süre için kiralanmasını ve ortakçılıkla işletilmesini yasaklayan hükümler konulması, yukarıda belirtilen esaslara dayanmaktadır. *Yükümler ve koşullar belli bir süre ile sınırlandırıldığı ve çiftçi toprağı, bu yükümler ve koşullarla kabul ettiği için, burada AY. 11. maddesine dayanılarak mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu ileri sürülemez.*» (18).

«...ancak bugün de yürürlükte bulunan bu kanunun (Düğünlerde Men'i İsrifat) mülkiyet hakkı ve kişi hürriyeti üzerinde yaptığı kayıtlamaların 1961 Anayasasının kurallarına uygun olup olmadığını çözebilmek için kanunun kabulü tarihinde ileri sürülen gerekçelerle yetinmek mümkün olmayıp, AY. 14 ve 36. madde hükümleri karşısında, memleketimizin bugünkü sosyal ve ekonomik durumunda, bir kamu yararı sağlayıp sağlamadığının veya genel ahlâkın veya kamu düzenininin bu kayıtları zorunlu kılıp kılmadığının yahut bu kanunla yasaklanan konuların *mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı şekilde kullanılması niteliğini taşıyıp taşımadığının* incelenmesi gerekmektedir... söz konusu kanun hükümlerinin, *bugün için kamu yararına dayandığı* veya mülkiyetin toplum yararına aykırı bir şekilde kullanılmasını önlediği iddiasında bulunulması *isabetli bir görüş sayılamaz*... yoksul kişileri tedirgin ettiği... günümüzün ölçülerine göre yerinde değildir.. kaldı ki kanundaki sınırlamaları, sosyal bakımdan kamu düzeninin ve genel ahlâkın zorunlu kıldığı da iddia edilemez... büyük şehirlerde uygulama yeri de yok... bu ba-

(17) 26.3.1963: 63/3, 63/67 (AMKD. S. 1, 1964 (1971 bası), sh. 147-160).

(18) 28.4.1966: 66/3, 66/23 (AMKD. S. 4, 1967, sh. 135-139).

kımdan hem vatandaşlar arasında eşit uygulama yeri kalmayan, hem yürürlükte olduğu halde yere, zamana ve kişilere göre uygulanan bu kanunun ... kanun hâkimiyeti fikrini de zedelemekte.. yürürlükte kalmasında kamu yararı değil, kamu zararı olduğu düşünülmelidir.» (19).

«...sınırlamanın kamu yararı amacı ile bile olsa AY. md. 11 gereğince hakkın özüne dokunmaması lâzım geldiği şüphesizdir. İtiraz konusu bentte yazılı orman sayılmayan sahipli yerlerden kesilen ağaç ve ağaçcıklar üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlama ise, bunların pazar yerlerine götürülüp *satılabilmelerinin yalnız damga ve nakliye işlemine bağlı tutulmasından ibaret olup*, bu işlemlerin başvurma gününden başlayan bir ay içinde sonuçlandırılmasının zorunlu kılınmasına ve bu zorunluğa uyulmamasından ötürü zarara uğranması haline karşı *kanun yollarının açık bulunmasına göre mülkiyet hakkının özüne dokunan bir nitelik taşımamaktadır.*» (20).

«...bu karara konu olan davada ileri sürülen iddialar —ki ihtira beratının da mülkiyet hakkı kapsamına girdiği ve bu durumda öze dokunulduğu söylenmektedir— mülkiyetin özü sorununu tartışmaktadır : «Mülkiyet hakkının özü nerede başlamaktadır? Mülkiyet hakları mahiyetleri icabı olarak eşya ile kişiler arasındaki münasebetler, maddî değeri haiz muayyen objelere sahip olabilmedir. Yine bu sahip olabilme yetkisindedir ki şey üzerinde hakimiyet ve onun istimali hakları doğar. *Bu sahip olabilme, hukuki münasebet olarak, mülkiyetin özünü teşkil eder.* Bundan dolayıdır ki mülkiyetin müessesese olarak bertaraf edilip, onun yerine bir malsızlık rejiminin yahut Devlet mülkiyetinin veyahut kollektif mülkiyetin ikamesi, mülkiyetin özüne dokunmak olduğu kadar, muayyen şeylerde *mülkiyetin tazminatsız ref'i ve nez'i özüne dokunmak olur* ve 36. maddeye aykırıdır... Anayasa Mahkemesince, değil bizim hadisemizde olduğu gibi şey ile sahip arasındaki ihtisası büsbütün ortadan kaldırmak, sahibinin şeyden adalet ölçülerinde istifadesini engellemek dahi *hakkın özünü zedeleyen bir tutum olarak kabul ve ilân edilmiştir* (26.3.1963, 3/67)» (21)».

«...zor alım hükmü ile kişinin mülkiyet hakkının kullanılmasının belirli nedenlerle sınırlanmış olmasında *kamu yararı bulunduğu bir*

(19) 20.9.1966: 63/156, 66/34 (AMKD. S. 4, 1967, sh. 192-204).

(20) 28.11.1967: 67/17, 67/42 (AMKD. S. 5, 1968, sh. 196-199).

(21) 28.12.1967: 67/10, 67/49 (AMKD. S. 6, 1969, sh. 86-113).

gerçektir. Kaldı ki zor alıma gidilmesi halinde *taşıt sahibinin esas sorumludan tazminat isteme hakkı da vardır...* bu bakımdan öze dokunma yoktur.» (22).

«Medeni Kanundaki şekle uygun olarak kazanılmış bulunan bir mülkiyet hakkının mal sahibinin rızasıyla bu şekle uyulmayarak başkasına fiili bir surette devredilmiş olması haline, kanun koyucu tarafından yerinde bir takım sosyal nedenlerle geçerlilik tanınmasının öne sürüldüğü gibi mülkiyet hakkının kanunla sona erdirilmesi ve bir başka kişi yararına mülkiyet hakkının doğacağına yine kanunla karar verilmesi yolunda yorumlanmasında isabet yoktur. Söz konusu hükmün kabulünü *sosyal ve ekonomik nedenler zorunlu kılmıştır...* Öte yandan Medeni Kanunla kabul edilmiş bulunan şekil şartının, *bir defaya mahsus olmak üzere aranmamasından ibaret bulunan* bu ayırık hükmü, demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz nitelikte görmek, veya mülkiyet hakkının özüne dokunan bir tedbir olarak kabul etmek de mümkün değildir.» (23).

«...Devlet taşınmazın maliki durumuna girmiş, kendisinin sorumlu tutulması gereken bir durumdan yararlanmış ve on yıllık hak düşüren süreye dayanarak bu haksız durumun sürüp gitmesini sağlamıştır. Bu süreyi öngören yasa kuralı AY. md. 36 ile güvence altına alınmış bulunan mülkiyet hakkının özüne dokunmakta.. Devlet üçüncü kişilere karşı korumakla ödevli olduğu mülkiyet hakkını, bu hakkın kendi düzenlediği tapu kütüğüne dayandığını göz önünde tutmadan, hak düşüren süre kuralıyla, kendisi tanımamaktadır.. Bilindiği üzere.. mülkiyet hakkının kamu yararı düşüncesi ile sınırlanması engeli yoktur. Ancak bu sınırlamanın olayımızda yeni malikin yararı ile daha açıkçası kamu yararı ile eski malikin yararını bağdaştırabilecek bir durum göstermesi dahi zorunludur. Burada sınırlandırmanın 10 yıl gibi *kısa bir süre temel tutularak* öngörülmüş olması, eski malikin *mülkiyet hakkını ortadan kaldırma niteliği* gös-

(22) 14.12.1968: 68/32, 68/62 (AMKD. S. 6, 1969, sh. 344-348).

(23) 18-19.6.1968: 66/19, 68/25 (AMKD. S. 7, 1970, sh. 18-48.) Bu kararın karşı oy yazısında (Avni Girde) «...mülkiyet hakkına ilişkin yasa sınırlamalarının kamu yararının getirdiği zorunluluğun çerçevesini aşmaması, bir de hakkın özüne dokunur nitelikte bulunmaması gerekir... kamu yararı gereklerinin sınırından dışarıya taşma olduğu ve hakkın özüne dokunulduğu hemen göze çarpmaktadır... hiç değilse iki tarafın karşılıklı çıkarları arasında makul bir denge kurması gerekirdi... mülkiyet hakkının özünü tahribe yönelmiş bir hüküm..» sh. 38.

termektedir. İnceleme konusu kuralda yalnız hazine yararına öngörülen on yıllık süre *haklı nedene dayanmayan bir eşitsizlik yaratmaktadır*. Özel bir hak düşürücü süre kuralı zorunludur.. böyle bir tedbir kamu yararına dayanmaktadır.. ve 36/2 kuralına uygun bir sınırlama oluşturmaktadır... Ancak bu süre yirmi yıl gibi bir süre olabilir.» (24).

«...Öte yandan taşınmaz mal üzerinde telgraf ve telefon tesisatı yapma yetkisi malikin kullanma ve yararlanma haklarının saklı tutulması koşulu ile sınırlanmış bulunduğundan, söz konusu hükümle idareye taşınmaz mallara kamulaştırmasız el atma yetkisi tanınmış olduğu da düşünülemez. Yapılacak tesisat ile malikin kullanma ve yararlanma haklarının engelleneceği anlaşılan durumlarda ise, taşınmazın tümünün ya da bir bölümünün kamulaştırılmasına veya taşınmaz üzerinde idarî irtifak kurulması yoluna baş vurulmak gerekir ki bu halde de karşılık ödenmesi ilkesi öne sürülebilir... mülkiyet anlayışı, mülkiyetin aynı zamanda sosyal karaktere sahip bir hak olduğu yolundadır. Doktrinde de yalnız sosyal yarara dayanan mülkiyetin ancak sosyal yarar ölçüsünde var olabileceği, kanun koyucunun mülkiyet hakkına *sosyal ihtiyaçlara uygun ve onları karşılayan sınırlamalar getirebileceği* kabul edilmektedir... Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkı ile ilgili kararlarında bu hakkı *sosyal yarar* açısından ele almış ve AY. md. 36'da yer alan hükümlerin anlamına uygun olarak sosyal yarar görüşüne üstünlük tanımıştır. 406 sayılı kanununun 14. maddesi mülkiyet hakkını *kimi koşullarla kayıtlamaktadır*. Burada telgraf, telefon gibi toplumu ilgilendiren bir haberleşme tesisinin gerçekleştirilmesi hedef tutulduğuna göre, mülkiyet hakkına koyulan *kayıtlamanın kamu yararına dayandığı* ve bu kayıtlamanın, *maddedeki koşullar karşısında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir yanı bulunmadığı* ortadadır. Madde, 36. maddede yer alan hükmün hem sözüne hem özüne uygun düşmektedir.» (25).

Mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu iddiasının da ileri sürüldüğü ve iddia mülkiyete değil, hak arama hürriyetine ilişkindir, denen bir başka dâvada ise, karşı oy şöyle der : (Ziya Önel) «Taşınmaz mallara ilişkin hükümlerin kamu yarar ve intizamı ile ilgili ol-

(24) 10.2.1970: 69/60, 70/18 (AMKD. S. 8, 1971 sh. 225-229) ve aynı

(25) 7.4.1970: 69/69, 70/18 (AMKD. S. 8, sh. 225-229) ve aynı tarih, tarih, 69/70, 70/19, R.G. 21 Şubat 1971 - 13757.

duğu söz götürmez bir gerçektir. Bu bakımdan dava açmak için be'li ve makul bir sürenin kabulünde açıklamayı gerektirmeyecek yararlar bulunduğu kuşkusuzca söylenebilir. Ne var ki... 5602 sayılı kanun süresiz dava hakkı verirken, daha sonra yürürlüğe giren 766 sayılı kanuna geçici bir hüküm konulup kısa da olsa bir süre tanınmamış olması ve 31/2. maddenin geriye işletilmesi suretiyle *dava hakkının hemen ve bir anda ortadan kaldırılması mülkiyet hakkını sadece zedelemekle kalmamış, tümünü ortadan kaldırır bir sonuca yol açmış* ve dolayısıyla hak ve adalet duygularını inciten, kanunlara karşı güven hislerini sarsan bir durum ortaya koymuştur.» (26).

«...6195 sayılı kanunun gerekçesinde ileri sürülen iddialar bir kamu yararının varlığını belirtmekte... kamu yararı olsa bile öze dokunma var... *bedeli peşin ödenmeksizin toptan Hazineye geçirmekle mülkiyet hakkını tamamiyle yok eden bir durum yaratılmış..*» (27).

«...Devletin kamu yararı düşüncesiyle de olsa, başkasının taşınmaz malını *gerçek değerinden az bir değerle* kimi yurttaşlara vermesi...» 36/2'ye aykırıdır (28).

Hakkın özünün, gerek mülkiyet hakkı için olsun, gerek baştan beri gözden geçirdiğimiz kararlarda söz konusu diğer hak ve özgürlüklerde olsun, Anayasa Mahkemesi tarafından tanımı yapılmamıştır. Gördük ki Anayasa Mahkemesinin yaptığı, genel olarak hükmün kamu yararına (ya da diğer ilgili ilkelere) oranla değerlendirilmesini yapıp ;ya, bu bulunmadığı, ya buna aykırı olduğu, ya da buna uygun olmasına rağmen (ki bu durumda uygun da olsa birşey değişmeyecektir) öze dokunduğu, için iptâl kararları vermektir. Öze dokunma mutlak bir iptal sebebidir. Öze dokunmanın ise Anayasa Mahkemesince kullanılan tek bir kriteri yoktur.

Hatta o kadar yoktur ki, yalnız mülkiyet hakkı söz konusu edildiğinde bile, yukarıdaki kararlar gözden geçirilirse, görülür ki; çok çeşitli biçimlerde formüle edilmiş gerekçelerle ,ya öze dokunmanın varlığı kabul edilmiş ya da öze dokunulmadığı söylenmiştir.

(26) 8.2.1973: 72/52, 73/5, RG. 23 Ekim 1973 - 14694 ve aynı yönde ve aynı karşı oy yazısı ile 3.5.1973: 73/13, 73/23, RG. 19 Aralık 1973-14747.

(27) 11.10.1963: 63/124, 63/243 (AMKD. S. 1, 1964 (1971 bası), sh. 422-439).

(28) 30.1.1969: 67/47, 69/9 (AMKD. S. 8, 1971, sh. 232-238).

Genel olarak çeşitli kararlarda yapılan değerlendirmelerde kullanılan sözcükler bir araya getirildiğinde, şunlar görülüyor :

Bir hak ve özgürlüğün,

a) Gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştırıcı, veya imkânsızlaştırıcı,

b) onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutucu,

c) açıkça yasaklayıcı,

d) örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu,

e) ciddî surette güçleştirici,

f) amacına ulaşmasını önleyici,

h) hürriyetten faydalanmayı genel surette izin alınmasına bağlı tutucu,

i) ne ifade ettiği açıkça anlaşılamayan ve her türlü yoruma elverişli bulunan terimlerle belirtilen hükümlerle sınırlayıcı,

j) hakkı genel olarak ortadan kaldırıcı,

k) yararlanmayı yok edecek derecede önleyici veya engelleyici anlamda dolaylı ya da dolaysız etkileyici, biçimde sınırlanması o hak ve özgürlüğün özüne dokunur, sayılmaktadır.

Yukarıda gözden geçirdiğimiz kararlarda. mülkiyet hakkına ilişik olmak üzere, öze dokunma ile ilgili sözcükleri biraraya topladığımızda ise, şu kriterlerle karşılaşıyoruz :

a) mülkün gelirinden malikin yararlanmasını önleyici derecede aşırı,

b) adaletsiz,

c) yükümleri ve koşulları belli bir süre ile sınırlamamış (her ne kadar kamu yararı amacı ile yükümlere ve koşullara bağlamak hukuka uygunsa da),

d) rejimi değişen şartlara uydurmayan,

e) eşit uygulama bulunmayan ya da haklı nedene dayanmayan bir eşitsizlik yaratan,

f) kısa bir süre kabul eden,

g) tazminat isteme hakkını ortadan kaldıran, bedeli peşin ödemeyen, ya da malı gerçek değerinden az bir değerle başkalarına veren, ya da tazminatı paradan başka bir yolla ödeyen, biçimde sınırlamalar mülkiyet hakkının özüne dokunur sayılmakta :

a) malikin mülkü bu koşullarla kabul etmesi,

b) kanun yollarının açık bulunması,

c) sınırlamanın yalnız formalite işlemlerden ibaret bulunması,

d) işlemleri kısa süre içinde sonuçlandırma zorunluğunun kabul edilmiş olması,

e) bir defaya mahsus olması, ,

f) sosyal ve ekonomik nedenlerin zorunlu kıldığı, sosyal ihtiyaçlara uygun ve onları karşılayan sınırlamalar getirilmesi, hallerinde ise sınırlamanın mülkiyet hakkının özüne dokunmadığına karar verilmektedir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesince tek tek davalarda bu sözcüklerin bir ya da bir kaçı kullanılmakta ve bunların toplamı gözler önüne belirli bir kavramlar sistematiği getirmeye varmayacak bir biçimde ve fakat yine de oldukça belirli bir gelişme çizgisi ile Anayasa Mahkemesinin tutumunu — hele ki sözcükler, ortaya koyduğumuz sıra ile kararların tarih sırasını da izlediğine göre, — belirtmekte ise de, biz burada daha genel ve kişisel bir «mülkiyet hakkının özü» görüşüne varmak istemekteyiz. Bu somutlaştırma çabası, genel bir yön alma, ya da verme olanağı sağlayabilir ki, bu halde de, ilerde, Anayasa Mahkemesi (ve diğer mahkeme) kararlarını ve yürürlükteki pozitif hükümleri değerlendirmek kolaylaşır (29).

(29) Mülkiyet hakkının özü ve öze dokunma ile ilgili kısmen benzer bir görüş için bkz.: Akıpek, J., Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması ile İlgili bir Deneme, Adalet Dergisi, Yıl: 58, s. 5. Mayıs 1967, sh. 307-309.

III. Çözüm :

Böylece diyebiliriz ki; yukarıda, tâ başta da belirtildiği gibi, mülkiyet hakkı, malik ile şey arası soyut planda bir ilişkidir. Mülkiyet hakkının özü somut planda malikle şey arası bu ilişkidir; başka bir anlatımla, soyut kavramlar somutlaştırıldığında «ÖZ» kavramı bu hakda «İLİŞKİ» ile eş anlamı ifade etmektedir. Mülkiyet hakkının özelliklerinden biri de, bu özün paraya çevrilebilir olmasıdır. Öze dokunma, bu hak açısından «ilişki»yi işlemez hale getirmektedir. Bu da, ilişkinin ifade araçları olan ve hakkı oluşturan yetkilerin bir ya da bir kaçının kaldırılmasına karşılık, para ödenmemesi (karşılık) ya da bunların kullanılamaz duruma getirilmesidir. Diğer bir deyişle, şeyle malik arası ilişkiyi kesen, ortadan kaldıran (ve tazminat ödemeyen) ya da mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanılmasını kamu yararı, ya da diğer herhangi bir nedenin (30) (adalet, eşitlik, genel sağlık, kamu düzeni gibi) gerçekten haklı kılamıyacağı (makul gösteremeyeceği, ölçüsüz) bir biçimde engelleyen her müdahale (düzenleme, işlem, eylem, sınırlama), mülkiyet hakkının özüne dokunmaktadır. Başka bir deyişle, mülkiyet hakkının özü vazgeçilmez bölümü, asgarî alanı malikle şey arası «ilişkinin» somut anlamda kendisidir. Her sınırlama bu ilişkiye doğru yönelmiştir. Fakat mülkiyet hakkını, yani ilişkiyi, soyut planda kalma durumuna düşüren, somut olarak ortaya çıkmasına ifade edilmesine engel olan sınırlamalar öze dokunmadır. Diğer bir deyişle mülkiyet hakkının özüne

(30) Her ne kadar 36. maddede tek sınırlama nedeni olarak kamu yararı belirtilmekte ise de gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında gerek doktrinde hâkim olan görüşe göre (ki bunlar dipnotlarında ortaya konmuştur.) 11. maddedeki sebep ve amaçlar da sınırlama nedenleri olmaktadır. 11. maddenin genel bir madde olup olmadığı konusundaki tartışma 11. maddenin yeni şekli karşısında da devam etmekte ise de bu inceleme içerisinde bunlara girilmeyecektir. Bu tartışmalar ve atıflar için örneğin bkz.: Teziç, E., Türkiyede 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İ.Ü.Y.: 1761, H.F.Y.: 384, İstanbul 1972 sh. 106-112, ve Soysal, M., 100 Soruda... sh. 143-145. İster her özgürlük ve hakkın sınırlanacağı kabul edilsin, ister 11. maddenin sınırlamaları sınırlayan bir hüküm olduğu söylensin, ister her hak ve özgürlük maddesinin kendi içindeki özel nedenle sınırlanabileceği kabul edilsin, konumuz olan mülkiyet hakkı maddesinde sözü edilen neden kamu yararadır. Kamu düzeni ve genel sağlık ve millî güvenlik gibi 11. maddede sayılan bazı nedenler de kamu yararı kavramı içinde ele alınabilir. Aynı maddedeki diğer nedenlerin ise zaten mülkiyet hakkını ilgilendirmediğini daha önce belirtmiştik.

dokunma, ilişkinin asli ve zaruri unsurları olan edinme ve elde bulundurma, kullanma, yararlanma, hukuki işlemlere konu yapma ve elden çıkarma yetkilerinin tümünü ya da bir kaçını veya birini, sınırlamayı aşan ve kamu yararının gerçekten haklı kılamiyacağı bir biçimde ,açık veya kapalı olarak, kısıtlayan ya da ortadan kaldıracak dereceye varan aşırı (ve karşılık ödeyerek bunu karşılamayan) bir müdahaledir.

Kamulaştırma ve devletleştirme (millileştirme) mülkiyetin özünü (yani malikle şey arası İLİŞKİ'yi) ortadan kaldırmaktadırlar; fakat bunu paraya çevirdikleri sürece bu kaldırma (ilişkiyi kesip, malik'i ikâme etme), öze dokunma değildir. Gerekli usullere uyulmadığında ve karşılığı ödenmediğinde bunlar öze dokunma sayılır.

İdarî irtifak da AY.'nın 38. maddesinde düzenlendiği teknik ve dar anlamında söz konusu olduğunda, kısıtladığı ve kullanılmaz hale getirdiği yetki ya da yetkilerin karşılığı ödendiği süre öze yönelik ve onu ortadan kaldırır ve fakat paraya çevirir, biçimde kurulabilir ve bu da öze dokunma değildir.

İlişkiyi meydana getiren yetkilerin tamamen ortadan kaldırılması, ya da onların hiç kullanılamayacak duruma getirilmesi ve buna karşın hiç bir karşılık ödenmemesi hallerinde öze dokunma vardır.

Bu haklı kılınamayacak biçimde engellemenin var olup olmadığını Anayasa Mahkemesi her davada ayrı ayrı inceleyip saptayacaktır.

IV. Bağlama :

Mülkiyet hakkından doğan yetkilerin sınırlanmasını haklı kılacak (makul gösterecek) birinci belirti, sınırlamanın kamu yararına olması, ikinci belirti de malikin hakkını kullanmasının toplum yararına aykırı bulunmuş olmasıdır. Bir çok diğer unsurun incelenmesinden evvel ve öncelikle ancak kamu yararı için yapılmış bir kayıtlamanın varlığı saptandıktan sonradır ki, yapılan sınırlamayı varlığı saptanmış kamu yararı gibi bir nedenin bile haklı kılamiyacağı ve bu bakımdan sınırlamanın hakkın özüne dokunduğu söylenebilir. Demek ki öncelikle kamu yararının ya da Anayasa Mahkemesi kararlarına göre de diğer 11. madde nedenlerinin, (ki gerçekte kamu

yararı kavramının bunları da kapsadığı söylenebilir) yapılan düzenlemenin amacı olduğunun saptanması gerekmektedir.

Nitekim, önce sınırlama amaç ve sebeplerinin varlığını araştıran Anayasa Mahkemesi, bu sebep ve amaçların varlığı halinde, sınırlamanın, öze dokunup dokunmadığını da denetlemekte, bu sebep ve amaçların bulunmaması halinde ise, sınırlamayı, hakkın ve özgürlüğün özüne dokunmasa bile Anayasaya aykırı bulmaktadır.