

# AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANMASINDA “ADİL DENGE” İLKESİ

Yrd. Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz\*

Mülkiyet hakkı, modern anayasalarda ve ulusalüstü insan hakları hukukunda (UİHH) çok sayıda belgede kendine bir insan hakkı olarak yer bulmuştur. Anayasaları bir kenara bırakırsak, örneğin **Evrinsel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB)** Madde 17, **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Ame.İHS)** Madde 21 ile **Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (AİHHS)** Madde 14 mülkiyet hakkına yer veren insan hakları belgeleri arasındadır.<sup>1</sup> Bunların yanı sıra, Türkiye'nin tarafı olduğu **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin**<sup>2</sup> (bundan böyle **AİHS** veya Sözleşme) 1 No'lu Protokolünde (bundan böyle **P1-1**) mülkiyet hakkı düzenlenmiştir.

Üstelik mülkiyet hakkı, günümüzde tanıklık ettiğimiz “küreselleşme/globalleşme” olarak adlandırılan süreçle yeni bir “atılım” gerçekleştirmiştir. Küreselleşme sürecinde Devlet organlarının yapılanması, görev ve yetkileri klasik hukuk kalıplarının dışına çıkmaktadır. Bu yapısal değişikliği kavramsal ve terminolojik değişimler desteklemektedir. Artık kamu yönetiminin/idaresinden (“*administration/management*”) değil, iyi yönetimden (“*good governance*”)<sup>3</sup> bahsedilmektedir. Yönetişim kavramının ifade ettiği modelin te-

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

<sup>1</sup> Adı geçen bu belgeler hakkında bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yay., İstanbul, 2009, sf:3-6.

<sup>2</sup> Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 tarihinde Roma'da kabul edilip imzaya açılan “**İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi**” (No.005, “*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”), 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS'ni 04/11/1950 tarihinde imzalamıştır ve Protokol No.1 ile birlikte, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun”u çıkartarak onaylamıştır, (RG, 19/03/1954, s.8662). Aynı Resmi Gazetede, Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi ve orijinal metni yayımlanmıştır. Sözleşmenin onay belgesi 18/05/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. AİHS'in serbest Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri**, . Cilt I – Bölgesel Sistemler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:5-27.

<sup>3</sup> “*Governance*” terimi Türkçeye “*yönetişim*” olarak aktarılmaktadır. Bu kavramla klasik devlet yönetimine başta serbest piyasadakiler olmak üzere devlet dışındaki aktörlerin katılması durumu anlatılmak istenmektedir (bkz. Sonay Bayramoğlu, **Yönetişim Zihniyeti**, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2005, sf:27 ve dn. 1, 112; Rukiye Akkaya Kia, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, Beta Yay., İstanbul, Aralık 2006, sf:137-141.).

mel unsuru, merkezi Devletin, yani siyasi iktidarın zayıflatılıp yerinden yönetime ağırlık verilmesidir. Bununla piyasaya ve dolayısıyla rekabete kamu müdahalesini en aza indirmek amaçlanmaktadır. İnsan hakları nosyonu da Birleşmiş Milletler eliyle yönetim kavramı içine dahil edilmiştir.<sup>4</sup> Bugün artık sadece vatandaşların değil; ama ayrıca “yabancıların ve yabancı yatırımcıların” mülkiyet hakkı da “ulus devletlere” karşı korunur duruma gelmiştir.

Küreselleşme sürecinde bir insan hakkı olarak mülkiyet hakkının önemi artmış, sırf insan hakları hukuku açısından değil, ama hemen her hukuk disiplininin öncelikli gündem maddeleri arasına girmiştir. Bu hukuk disiplinlerinin başında da, bireylerin malvarlığına çeşitli şekillerde müdahale eden idare hukuku gelmektedir. Dolayısıyla, mülkiyet hakkının korunması, idare hukuku açısından iyice önemli hale gelmiştir.

Bu eğilimin yansıması olarak, ÜİHH kapsamında işlev gören denetim organları, çok daha sık şekilde mülkiyet hakkı ihlali iddiaları eksenli şikâyetleri görmeye başlamış, mülkiyet hakkını, bunun tarihi içeriğine göre daha sıkı şekilde koruma eğilimine girmişlerdir. Nitekim mülkiyet hakkına yer veren **AIHS**, kurduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM ya da Mahkeme) üzerinden mülkiyet hakkı ile ilgili binlerce karar üretmiştir.<sup>5</sup> **AIHS** sisteminde, mülkiyet hakkı konusunda diğer insan hakları belgeleriyle kurulan sistemlerle karşılaştırılamayacak kadar kapsamlı bir içtihadı birikim bulunmaktadır.

Son derece önemli ve güncel bir hak olan mülkiyet hakkı, mutlak<sup>6</sup> nitelikte bir hak olmadığından, kamusal yetkileri kullanan kamu makamlarının müdahalesine açıktır ve dolayısıyla sınırlanabilir bir karakterdedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının sınırlanmasının tabi olacağı bazı ilke ve kurallar bulunmaktadır. Kamusal makamlar, tıpkı diğer haklar gibi, mülkiyet hakkını keyfi olarak sınırlayamazlar. AİHM’in mülkiyet hakkı eksenli kararları, büyük ölçüde, mülkiyet hakkının sınırlanmasından kaynaklanan meselelere odaklanmaktadır. Bu sebeple, bu çalışmada mülkiyet hakkının sınırlanmasında uyulması gereken ilkeler genel olarak açıklanacak ve bunlardan özellikle “adil denge/ölçülülük ilkesi” özel ve ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. AİHM’in mülkiyet hakkı eksenli içtihadı tarandığında ihlal kararlarının büyük çoğunluğunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirildiği aşamada odaklaştığı görülmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, çalışmada daha çok idare hukukunu doğrudan ilgilendiren kararlarına öncelik verilektir.

Ancak adil denge/ölçülülük ilkesinin ayrıntılarını incelemeye geçmeden önce ana hatlarıyla **P1-1** genel rejimi hakkında temel bilgilerin hatırlanması yararlı olacaktır.

<sup>4</sup> Genel olarak bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:78-80 ve orada gösterilen eserler.

<sup>5</sup> Hatırlatmak gerekir ki, **AIHS**’in kurduğu denetim mekanizması ve usulleri 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No’lu Protokol sonrası esaslı değişikliklere uğramıştır. Bu bağlamda Komisyon (AİHK) kaldırılmış ve yargı yetkisinin tamamı tam zamanlı çalışan yeni Mahkemede toplanmıştır.

<sup>6</sup> ÜİHH’deki hakların mutlaklığı ile özel hukukta yer verilen hakların mutlaklığı farklı anlama gelmektedir. ÜİHH bağlamında hakların mutlaklığından bahsedildiğinde, bunların sınırlanabilir olup olmadığı kastedilmektedir.

## I) P1-1 Mülkiyet Genel Rejimi Hakkında Temel Bilgiler

**P1-1** metni<sup>7</sup> şöyledir:

### “Madde 1 – Mülkiyetin korunması

Her gerçek ya da tüzel kişi, mamelekenden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.

Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin genel yarara/(umumi menfaate) uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da vergilerin yahut diğer katkıların/(yükümlülüklerin) yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir.”

Mahkeme, *Hazırlık Çalışmalarını* da değerlendirerek, **P1-1**'de yer alan hakkın, özünde “mülkiyet hakkı/right of property” olduğunu belirlemiştir. Buna göre **P1-1**, herkesin mülkiyetinden müdahalesiz şekilde yararlanma hakkını tanımakla aslında mülkiyet hakkını korumuş olmaktadır.<sup>8</sup>

Strasbourg içtihatlarına göre **P1-1** normatif olarak **dört kuralı** düzenlemektedir<sup>9</sup>: **Kural 1-** mülkiyete saygı (**P1-1/1**, ilk cümce), **Kural 2-** mülkiyetten yoksun bırakma ve bunun koşulları (kamu yararı ve yasallık koşulu) (**P1-1/1**, ikinci cümle) **Kural 3-** Taraf Devletlere tanınan, mülkiyetten yararlanma hakkını genel yarara uygun şekilde düzenleme yetkisi (**P1-1/2**).<sup>10</sup> **Kural 4-** “Yukarıda gösterilen üç ilke, birbirinden kopuk ve ilgisiz değildirler; ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten müdahalesiz biçimde yararlanma hakkına yöneltilebilecek müdahalelere ilişkin özel ilkelerdir ve bundan ötürü, bu tür müdahaleler ilk kuralda ortaya konan genel ilke ışığında yorumlanmalıdır.”<sup>11</sup>

**P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkı, diğer haklardan farklı olarak, doğumla kazanılmaz. Mülkiyet hakkı kişinin kendisine mündemiç değildir. **P1-1**

---

<sup>7</sup> Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20/03/1952 tarihinde Paris'te kabul edilen ve imzaya açılan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1” in (No.009, “Protocol No.1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention”), 18/05/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **AİHS Protokol No.1**'in Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, I. Cilt – Bölgesel Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:151-154.

<sup>8</sup> *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, Series A 31, para.63.

<sup>9</sup> Strasbourg organları ve AİHM'i aynen takip eden doktrin **P1-1**'in üç kuraldan oluştuğunu kabul etmekle birlikte, kanımca **P1-1** dört kural içermektedir. Dördüncü kuralın işlev göreceği bazı ihtilaflar bulunmaktadır ve bunlara ilişkin tartışmalar aşağıda gerekli yerlerde yapılmıştır.

<sup>10</sup> *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52, para.61.

<sup>11</sup> *Lithgow and others v. United Kingdom*, Judgment of 08 July 1986, Series A No. 102, para.106; *Agosi v. United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, Series A No. 108, para.48; *Air Canada v. the United Kingdom*, Case No. 9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995, paras.29-30.

anlamında mülkiyet hakkından söz edebilmek için mülkiyetin ulusal hukuka göre var olması gerekir. Yani, **P1-1** anlamında mülkiyet hakkının konusu olacak nesne/değer kişinin malvarlığına önceden dahil olmuş olmalıdır. Strasbourg organları bunu net olarak belirlemiştir.<sup>12</sup> Buna göre, **P1-1** normu “mülkiyete hakkı” (“*right to property*”) değil, “mülkiyet hakkını” (“*right of property*”) korumaktadır. Bir başka ifadeyle **P1-1**, özneye mülkiyetin korunması hakkı (“*right to protect property*”) vermektedir.

Otonom kavramlar doktrini **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkının kavramsal düzeyde **AIHS** Tarafı Devletlerin ulusal hukuklarından daha geniş bir kapsamda ele alınmasını sağlamaktadır. Ulusal hukukta mülkiyet hakkının kapsamında sayılmayan mallar ya da haklar, **P1-1** bakımından mülkiyet hakkının kapsamına girebilir. Strasbourg organlarının **P1-1**'in kavramsal boyutu hakkındaki içtihadı son derece zengindir ve bu zenginlik hızla artmaktadır.<sup>13</sup>

## II) Mülkiyet Hakkının Sınırlanması

**P1-1** mülkiyet hakkının verdiği yetkiler ve dolayısıyla Devletin yükümlülükleri mutlak nitelikte değildir. Devlet çeşitli koşullara tabi olarak mülkiyet hakkını sınırlandırabilir.

### A) AIHS'de Sınırlama Rejimi ve P1-1

Gerek ÜİHH bütününde gerekse **AIHS**'de yer alan hakların bir bölümü sınırlanabilir nitelikte iken bir bölümü sınırlanamaz niteliktedir. Sınırlanabilir haklar arasında Madde 8, 9, 10 ve 11 iyi bilinen bir rejime tabidirler. **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı, normatif yapısı gereği, belirli bir ölçüde **AIHS** Madde 8-11'e benzer. Bu sebeple genel olarak **P1-1**'in tabi tutulduğu sınırlama rejimi ile **AIHS** Madde 8-11'in sınırlama rejimi ortak unsurlar taşır.

Madde 8-11'de düzenlenen haklara (ve **P1-1**'e) muhatap Devlet tarafından bir müdahalede bulunulmuş olduğu organlarca kabul edilirse, söz konusu müdahalenin meşru olup olmadığı incelenir. Bu inceleme üç aşamadan oluşmaktadır: **a)** Birinci aşama, söz konusu müdahalenin kanunla öngörülüp görülmeyeceği; **b)** ikinci aşama, yapılan müdahalenin sınırlama ölçütlerine ya da bir başka deyişle meşru amaçlara uygun olup olmadığı ve **c)** üçüncü aşama, müdahalenin/sınırlamanın “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığıdır. Bu inceleme ve bu incelemenin ortak unsurları ana hatlarıyla şöyle özetlenebilir:

Müdahalenin kanunla yapılmış olması gerekliliği, öncelikle, müdahalenin mutlaka iç hukukta bir temeli olması gerektiğini ifade eder. Bu unsur sınırlamanın tekniği ve koşuluna ilişkindir. Sınırlama mutlaka ve zorunlulukla yasaya uygun olarak yapılmalıdır. Müdahale, “hukukun/yasanın öngördüğü” biçimde olmalıdır. Bununla belirtilen “yasallık” ya da “yasaya dayalılık” ilkesidir. İkinci olarak, söz konusu iç hukuk temeli, ilgili kişi bakımından ulaşılabilir ve etkileri bakımından öngörülebilir olmalıdır. Müdahalenin iç hukukta temeli olması demek, söz konusu hukuk normunun mutlaka “kanun/yasa” formunda olması demek değildir; daha alt dereceli normatif düzenlemeler de (örneğin yönetmelik) “kanunla öngörülmüş olma” unsurunu karşılamakta yeterlidir.

<sup>12</sup> *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, para.50.

<sup>13</sup> Mülkiyet hakkı özelinde otonom kavramlar doktrinine dair bilgi ve AIHM içtihatları için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:124-229.

Üstelik “kanunla öngörülmüş olma” unsuru yargıç yapımı hukuku, yani içtihatı hukuku da kapsamaktadır.<sup>14</sup>

Bir müdahalenin Sözleşmeye uygunluğunun incelenmesindeki ikinci aşama, söz konusu müdahalenin sınırlama ölçütlerine uygun olarak yapıp yapılmadığını açığa çıkarma işlevi görür. “Sınırlama ölçütü” denildiğinde, hak ya da özgürlüğün kullanım alanının, yetkili makamlar tarafından daraltılmasında yahut doğrudan kullanımının yasaklanmasında dayanak teşkil eden gerekçeler veya meşru amaçlar ifade edilmek istenmektedir. Hak ve özgürlüklerin kullanılmasına bu “kayıtlamalar” getirilirken, temelde, bireysel yarar ile toplumun çıkarları bir biçimde dengelenmeye ve bağdaştırılmaya çalışılır.

Sınırlama rejimindeki son aşama sınırlamanın nereye kadar yapılabileceğini ifade eden “sınırlamanın sınırı” incelemesidir. **AİHS** Madde 8-11’e göre sınırlamanın sınırı “demokratik bir toplumda gerekli olan”dır. **AİHS** (md.8-11)’de yer alan hakların sınırlanmasının meşruluğunun incelenmesinde en önemli nokta, devletin müdahalesinin “*demokratik bir toplumda gerekli*” olup olmadığıdır. Bu ilke, aynı zamanda müdahalede güdülen meşru amaçla yapılan müdahalenin “*ölçülü*” olması veya başvuruçunun hakları ile kamu yararı ve diğer değerler arasında bir *denge kurulması* anlamına gelmektedir. “Demokratik bir toplumda gerekli olmayan” veyahut diğer bir deyişle “ölçüsüz” sınırlamalar Sözleşmeye aykırı olur.<sup>15</sup> Ayrıca eklemek gerekir ki, Sözleşme organlarının kararlar pratiklerinde, “hakların özüne dokunmama” ölçütünün de kullanıldığı saptanabilmektedir. Genellikle sınırlama klozuna sahip olmayan haklar bakımından kullanılan bu sonuncu ölçüt, **AİHS** Protokollerinde düzenlenen haklar bağlamında da (örneğin, **P1-2** gibi) geçerlidir.

Bu noktada takdir marjı denilen kavram gündeme geliyor. Çok işlevli bir kavram olan takdir marjı bir müdahalenin “gerekliliği” hakkındaki kararı en iyi verebilecek olan makamın ulusal makamlar olduğu varsayımına dayanmaktadır. Ancak ulusal makamların bu takdir marjı, Strasbourg organları denetimine tabidir. Bir sınırlama, yalnız bunu gerekli kılan “*sosyal ihtiyaç baskısı*” varsa meşru olabilir. Demokratik bir toplumda hakların sınırlanmasına yol açacak müdahale, öyle sıradan bir kaygıya dayanarak yapılamaz. Zira AİHM’e göre, “gereklilik” klozu “kabul edilebilir”, “olağan”, “yararlı”, “makul” ya da “arzu edilen” gibi terimlerin ve kavramların sahip olduğu esnekliğe sahip değildir. Devletlere bırakılan takdir marjının kapsamı belirlenirken, söz konusu hakkın önemi, hakkı sınırlandırılan başvuruçunun eylemi/tasarrufu, sınırlandırmanın amacı ve bununla bağlantılı olarak sınırlamanın yapıldığı Devletteki hukukisiyasi koşullar dikkate alınmak durumundadır.<sup>16</sup>

Ulusal makamların takdir marjının genişliğinin tespitinde, dava konusu olayın Sözleşme Tarafı diğer Devletlerde nasıl düzenlendiğine de bakılır. Böyle-

<sup>14</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 447 vd.

<sup>15</sup> **AİHS** sisteminde sınırlama ölçütleri için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 448.

<sup>16</sup> Bkz. *Handyside v. the United Kingdom*, App. No.5493/72, Judgment of 7 December 1976, para.48; *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos. 25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999, paras.112-113; *Buckley v. the United Kingdom*, App. No.20348/92, Judgment of 25 September 1996, para.76; *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, Judgment of 29 June 2004, paras. 99-115.

likle, Taraf Devletler arasında yeknesaklık olup olmadığı ortaya konulur. Yeknesaklık ise, Sözleşmenin başlangıcında öngörüldüğü gibi **AİHS**'in amaçlarından biridir. Buradan hareketle de, yeknesaklığı bozan muhatap hükümetin Sözleşmeyi ihlal ettiğini sonucuna varılır. İç hukuklarda bir yeknesaklık yok ise, Taraf Devletlerin o konuyu düzenlemekte takdir marjı geniştir ve dolayısıyla bir ihlal bulunmayabilir.

**P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı hükmünün **AİHS**'in özellikle 8 ila 11'inci Maddelerindeki haklardan bir farkı, bunların ikinci fıkralarında "sınırlama ölçütlerinin" açıkça sayılmasına karşılık, **P1-1**'de Madde 8-11'e benzer yapıdaki ölçütlere yer verilmemesidir. **P1-1**'de sadece "kamu yararı/*public interest*" (**P1-1/1** c.2) ile "genel yarar/*general interest*" (**P1-1/2**) ölçütleri açıkça zikredilmiştir.

İkinci fark, **P1-1**'de sınırlamanın sınırı ölçütüne yer verilmemiş olmasıdır. Yani, **AİHS** Madde 8-11'de belirtilen "demokratik bir toplumda gerekli olma" ölçütü veya benzeri bir başka normatif ölçüt **P1-1**'de yoktur. Yukarıda değinildiği üzere, adı geçen ölçüt "*ölçülülük*" testinin metinsel dayanaklarından biridir. O halde akla **P1-1** bakımından Devletin müdahalesinin ölçülü olmak veya çatışan çıkarlar arasında bir denge kurmak zorunda olup olmadığı sorusu gelecektir.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, mülkiyet hakkı ile sınırlama rejimi bakımından **AİHS** Madde 8-11 bazı farklılıklar içermektedir. Tebliğimizde **P1-1** sınırlama rejiminin "hukukilik" ve "meşru amaç" aşamalarını atlayarak<sup>17</sup>, AİHM'in incelemesinin asıl yoğunlaştığı "*ölçülülük*" aşaması üzerinde yoğunlaşılacak ve ulusal makamların mülkiyet hakkına müdahale ederken dikkate alması gerekli faktörler açığa çıkartılacaktır. Bu genel standartların ortaya konulması, birbirinden farklı nitelikte müdahale türlerinin insan haklarına uygun bir şekilde yürütülmesi için ulusal makamlara yol gösterecektir.

### **B) Mülkiyet Hakkının Sınrlanmasında "Adil Denge/Ölçülülük" İlkesi**

Mülkiyet hakkı özelinde AİHM içtihadına baktığımızda 1982'de *Sporrong ve Lönnroth* davasıyla ölçülülük unsurunun **P1-1** yargısına dahil edildiğini görüyoruz. Uzun süreli kamulaştırma şerhleri ile imar yasalarına ilişkin bu davada Mahkeme **P1-1/1** c. 1'deki kuralın amaçları bakımından toplumun genel yararınının gerekleri ile bireylerin temel haklarının korunması arasında adil bir denge kurulup kurulmadığına karar vermesi gerektiğini belirlemiştir. AİHM'e göre, bu denge arayışı Sözleşmenin bütününde mündemiç olup ayrıca **P1-1**'in yapısında yansımaktadır.<sup>18</sup> Taraf Devletlerin şehir planlaması

<sup>17</sup> **P1-1** sınırlama rejiminin "hukukilik" ve "meşru amaç" aşamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 446-519.

<sup>18</sup> Şu hususu da burada belirtmek gerekir ki, AİHM'in mülkiyet hakkı eksenli içtihadında "adil denge" kavramı ile "*ölçülülük*" aynı anlama gelmektedir. Hatta "*ölçülülük*" adil denge ilkesinin bir unsurudur. AİHS'de yer alan hakların sınırlandırılması bakımından kullanılan ölçülülük ilkesi ile Kıta Avrupası ekolünde kullanılan "*ölçülülük*" ilkesi aynı anlama gelmemekte ve bütünüyle aynı unsurları paylaşmamaktadır. AİHS bakımından Anglo-sakson yaklaşımdan esinlenen "adil denge" kavramı kullanılmaktadır. AİHM'in kararları orijinal dilinden okunduğunda açıkça görülebileceği üzere, ölçülülük, adil dengenin kurulup kurulmadığı değerlendirilirken gözetilen bir unsurdur. (Bkz. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos.7151/75 and 7152/75, Judgment of 23

politikalarını uygulamak için geniş bir takdir marjından yararlanmaları gereği doğal ise de, Mahkeme Taraf Devletlerin bu takdir marjını denetleme yetkisine sahip olup gerekli dengenin başvuruçuların **P1-1/1** c. 1’deki mülkiyetlerinden müdahalesiz barışçıl şekilde yararlanma haklarına uygun olarak kurulup kurulmadığına karar vermelidir.<sup>19</sup>

Ulusal yetkili makamlara tanınan takdir yetkisinin ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı Sözleşme organlarına denetlenir. “Ölçülülük ilkesine” uygun tasarruf yapıp yapılmadığı AİHM’in denetimine tabi olduğu belirlenmiştir.<sup>20</sup> “Ölçülülük ilkesi” bağlamında, mülkiyetten yoksun bırakılma sonucunu doğuran müdahale için, başvuruçuların “araç” ile güdülen “meşru amaç” arasında “makul” ve “denge” bir orantılı ilişkinin olup olmadığı sorgulanır.<sup>21</sup> AİHM kamunun/public genel yararının talepleri/istekleri/demands ile bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını veya başvuruçuya ölçsüz ve aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediğini incelemek zorundadır.<sup>22</sup> Mahkeme, mülkiyet hakkı müdahaleye maruz kalan başvuruçunun, “olağan dışı ve aşırı/unusual and excessive” bir külfet altına sokulması halinde “adil denge”nin bozulacağını tespit etmiştir.<sup>23</sup>

AİHM açıkça, “toplumun genel yararının gerekleriyle bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge olup olmadığını belirlemede” kendisini yetkili görmüştür. Mahkemeye göre, “söz konusu adil dengeyi araştırmak gereği, Sözleşmenin bütününe yerleşiktir ve aynı zamanda bu gerek

---

September 1982, Series A No. 52, paras.69, 73; çok daha yeni ve Büyük Daire tarafından hükme bağlanan bir karar olarak bkz. *Jahn and others v. Germany*, App. No. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, GC Judgment of 30 June 2005, paras.93-94).

AİHS’deki hakların sınırlandırılması bağlamında ve AİHM’in yaklaşımı çerçevesinde hangi sınırlama ilkelerinin geçerli olduğu uluslararası literatürde ele alınmış bir konudur. Temel bilgi edinmek isteyenler bu eserlerden yararlanabilir. Burada en yeni ikisinin referansını veriyoruz: Alastair Mowbray, “A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Human Rights Law Review**, Vol. 10, No.2, 2010, sf:289-317; Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”, **I•CON** 8 (2010), sf: 263-286.

<sup>19</sup> *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos.7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52, paras.69; *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54.

<sup>20</sup> *Van Marie and others v. Netherlands*, App. Nos.8543/79-8674/79-8675/79 ve 8685/79, Judgment of 26 June 1986, Series A No. 101, para.43; *AGOSI v. the United Kingdom*, App. No.9118/80, Judgment of 24 October 1986, paras.52-54.

<sup>21</sup> *Allan Jacobsson v. Sweden*, App. No.10842/84, Judgment of 25 October 1989, Series A No. 163, para.55; *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54.

<sup>22</sup> *Gashi v. Croatia*, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.31.

<sup>23</sup> *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos.7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52, paras.69, 73; *Akkuş v. Turkey*, App. No.19263/92, Judgment of 23 October 1997, para.27; *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54; *Ghigo v. Malta*, App. No.31122/05, Judgment of 26 September 2006, para. 61.

*Madde 1'in yapısından da çıkmaktadır.*<sup>24</sup> Nitekim kira bedellerinin azaltılmasına ilişkin kontrol tipi müdahale kategorisine giren bir davada AİHM ölçülülük incelemesinin **P1-1**'in yapısına ilişkin olduğunu ve dolayısıyla **P1-1/2** için de geçerli olduğunu kabul etmiştir.<sup>25</sup> Müzayede/açık artırma vergisine ilişkin *Musa* davasında AİHK açıkça ölçülülük incelemesinin **P1-1**'in yapısına ilişkin olduğunu ve dolayısıyla **P1-1/2** için de geçerli olduğunu kabul etmiştir. Zira **P1-1**'e asıl rengini veren 1. kuraldır. Sonuç olarak, vergi veya diğer katkılar başvuruca aşırı bir külfet yüklüyorsa veyahut başvuruca mali durumunu onu geçim sıkıntısına sokacak kadar bozuyorsa mülkiyet hakkının ihlali bulunabilir.<sup>26</sup> Bu kalıp, evden tahliye tipi bir müdahalede de aynen benimsenmiştir.<sup>27</sup>

Sonuç olarak mülkiyet hakkına müdahalenin **P1-1**'e uygun olabilmesi için adil dengenin mutlaka kurulmuş olması gerekir. Ancak bu genel sonuç, yeni soruları da beraberinde getirmektedir: Adil denge veya ölçülülük hangi faktörler ve unsurlar çerçevesinde kurulmuş sayılır?

### **C) Adil Dengenin Takdirinde Rol Oynayan Faktörler**

Belirtilmelidir ki, burada açığa çıkartılmaya çalışılan faktörler büyük ölçüde bir arada etki doğurmaktadır. Yani bu unsurlardan birinin eksik olması veya varlığı zorunlulukla müdahalenin ölçüsüzlüğü ve mülkiyet hakkının ihlali edildiği sonucunu doğurmaz.

#### **1) Temel Faktör: Tazminat**

En yaygın denge sağlayıcı kurum tazminattır. Buna göre, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ölçülü olabilmesi için belirli bir oranda tazminat karşı ediminde bulunulması gereklidir. Mülkiyet hakkı parayla ölçülebilen ekonomik değerleri içerdiğine göre, tazminat kurumu bu hakkın en rahat iletişim kurabileceği dili ifade ediyor. Hemen belirtilmelidir ki, bu bağlamda geçen tazminat ulusal hukukta müdahalenin karşılığı olarak yerine getirilmesi gereken karşı edimin ifadesidir. Yoksa, bulunacak bir ihlal kararı sonrası bu ihlalin giderilmesi ve telafisi için verilen bir kalem değildir. Burada kullanılan anlamıyla tazminat, mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olup olmadığının bir göstergesidir.

Strasbourg organlarının birçok kararında ölçülülük incelemesi aşamasında ulusal hukukta müdahalenin karşılığı olarak belirli bir tazminat veya benzer bir maddi çıkar verilmesine vurgu yapılmıştır. Bu noktada ulusal makamların mülkiyet hakkına müdahalesinin "yoksun bırakma" veya "kontrol" niteliğinde olması ilkesel bir fark yaratmaz.<sup>28</sup> Ne de olsa, **P1-1** bir bütündür ve

<sup>24</sup> *Holy Monasteries v. Greece*, App. Nos.13092/97 and 13984/88, Case No.10/1993/405/483-484, Judgment of 9 December 1994, para.70.

<sup>25</sup> *Mellacher and others v. Austria*, App. Nos.10522/83-11011/84 and 11070/84, Judgment of 19 December 1989, Series A No.169, para.48.

<sup>26</sup> *Musa v. Austria*, App. No.40477/98, Admissibility Decision of 10 September 1998, para.1 (The Law).

<sup>27</sup> *Gashi v. Croatia*, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.31.

<sup>28</sup> *Pine Valley Developments Ltd. and others v. Ireland*, App. No.12742/87, Commission Final Report of 6 June 1990, para. 84.

**Kural 4** gereğince mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkına yöneltilen özel bir müdahale türü olan kontrol tipi müdahaleler bile **Kural 1**'de ortaya konan genel ilke ışığında yorumlanmaktadır. **4. Kural** ışığında bakıldığında, bir müdahalenin sırf kontrol niteliğinde olması tazminat karşı edimini kategorik olarak dışlamayacaktır, çünkü bu halde dahi mülkiyet hakkında/malvarlığında bir azalma meydana gelmektedir. Bu ilkesel gerekçenin yanında, somut olayın özellikleri, kontrol tipi bir müdahalede bile tazminat verilmesini gerektirebilir. Mahkeme, çok yeni bir hükmünde, geçici süreli el koyma niteliğindeki kontrol tipi bir müdahalede tazminat verilmemesinin meşru addedilip addedilemeyeceğini açıkça tartışmış ve masum olduğu anlaşılan şirkete ait geminin yaklaşık 6 ay fazladan alıkonulması için tazminat verilmemesini **P1-1**'in ihlali olarak nitelendirmiştir.<sup>29</sup>

Tazminat şikayet konusu tasarrufun adil denge kurup kurmadığını veya başvuru aşırı bir külfete sokup sokmadığını belirlerken önemli bir göstergedir. İlke olarak denilebilir ki, değerine makul oranda yakın bir tazminat verilmeden mülkiyete el atılması normalde ölçüsüz bir müdahale teşkil eder. Tazminattan külliyen yoksunluk, ancak istisnai hallerde **P1-1**'e uygun olarak mütalaa edilebilir.<sup>30</sup> Malın değeri dendiğinde akla piyasa değeri gelmektedir. Demek ki, kural olarak, el atılan malın, el atma anındaki piyasa değerine karşılık gelen bir tazminatın ödenmesi<sup>31</sup> beklenir.

Bununla birlikte, kamu yararı gereğince verilecek tazminat malın piyasa değerinin altında olabilir.<sup>32</sup> Özellikle bütün bir ülkenin ekonomik yapısını ve düzenini etkileyen geniş kapsamlı ve tartışmalı durumlar gündemde olduğunda, ulusal makamlar sadece malvarlığı haklarını korumak veya ülkedeki mülkiyet ilişkilerini düzenlemek için alınacak önlemleri seçmekte geniş bir takdir yetkisinden yararlanmakla kalmaz, aynı zamanda bu önlemlerin icrası için uygun zamanı seçmekte de takdir yetkisinden yararlanırlar. Bu tip önlemler ise zorunlu olarak mülkiyete el atmalardan veya eski hale getirme taleplerinden doğan tazminat miktarlarını piyasa rayicinden daha aşağıya çekmekle ilgili tercihler yapılmasını gerektirebilir. Mahkemeye göre, zayıf mali pozisyon-  
daki Devletlerde siyasi-hukuki-ekonomik sistemde radikal değişiklikler yapılması süreci tazminat miktarının düşürülmesini haklılaştırabilir.<sup>33</sup>

Bu kadar ağır siyasi-ekonomik değişikliklerin olmadığı, istikrarlı ülkelerde yapılan bazı müdahaleler için de benzer değerlendirmeler yapıldığı görülebilmektedir. Örneğin tarımsal arazilerin verimliliğini korumak adına başvuruların yeni satın aldıkları taşınmazların daha düşük bir fiyata idarece

<sup>29</sup> *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007, paras.96, 99-101.

<sup>30</sup> *Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium*, Case No. 38/1994/485/567, Judgment of 20 November 1995, para.38.

<sup>31</sup> *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006, paras. 96.

<sup>32</sup> *Holy Monasteries v. Greece*, App. Nos. 13092/87 and 13984/88, Judgment of 9 December 1994, para. 70-71; *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006, paras. 97-98; *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, para. 34.

<sup>33</sup> *Broniowski v. Poland*, App. No.31443/96, GC Judgment of 22 June 2004; *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006, para.98.

geri alınmasının **P1-1**'e uygunluğunun incelendiği bir davada Mahkeme, yaklaşık 18.000 İsveç Kronluk (SEK) bir farkın başvuru aşırı bir külfete sokmadığına karar vermiştir.<sup>34</sup> Başvurucuların Devlete ait sularda balıkçılık faaliyetlerine getirilen sınırlamada Mahkeme, müdahalenin başvuru balıkçılık hakkını tamamen ortadan kaldırmadığını ve belli bir miktar tazminat aldıklarını vurgulayarak **P1-1**'in ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>35</sup> Doğal afetlerden kaynaklanan zararların tazmin yükümlülüğü de tam tazminatı gerektirmez.<sup>36</sup> Eğer Devletler verilecek tazminatı düşürecekse, bunun için ikna edici gerekçeler göstermelidir. Böylelikle AİHM, verilen düşük tazminatın el atılan mülkiyetin piyasa değerine yakın olup olmadığını ölçebilir. Diğer bir deyişle, tazminat karşı ediminin değerlendirilmesinde "malın değerine makul oranda yakınlık" ölçütü varlığını her halükarda sürdürmektedir. Bununla birlikte, "makul" miktarın tespitinde Devletin durumu ile bunu somutlaştıran gerekçeler rol oynamaktadır. Nitekim *Broniowski* kararında, gerçek değerinde sadece % 2'sine denk gelen miktarda tazminat verilmesi Sözleşmenin ihlali olarak görülmüştür.<sup>37</sup> Bir sene sonra gelen adil tazminata dair hükümde ise Mahkeme, tarafların % 20 oranında bir miktarda anlaşmalarını onaylamıştır.<sup>38</sup>

Ulusal makamlarca yapılan kıymet takdirinin ve dolayısıyla verilen tazminatın yetersizliği sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılan bazı davalar bulunmaktadır. Örneğin *Platakou* davasında kamulaştırılan bina metruk ve çok kötü durumda olduğu için düşük kıymet takdir edilmiştir. Ancak başvuru, kamulaştırma makamı dışındaki bir başka makamdaki aldığı ve taşınmazı yaklaşık olarak dört kat daha değerli gösteren resmi bir kıymet takdiri sunarak **P1-1**'in ihlal edildiğini göstermeyi başarmıştır.<sup>39</sup> Özellikle, kamu makamlarına kuvvetli bir takdir marjı sağlayan ve netice itibarıyla piyasa değerinden düşük bir bedele kamulaştırma yapılmasına olanak veren meşru ekonomik, siyasi ve toplumsal amaçların bulunmadığı hallerde, bilirkişinin yaptığı kıymet takdiri ile ulusal yargı yerinin kamulaştırılan mülk için biçtiği kıymet arasında meydana gelebilecek anlamlı fark, mülkiyet hakkının ihlal edildiğinin bulgulanmasına yetebilir.<sup>40</sup> *Lallement* kararında başvuru çiftçinin süt üretiminde kullandığı topraklarının % 60'ı yol yapım gerekçesiyle kamulaştırılmıştır. Çiftçi, kamulaştırılan toprak karşılığı tazminatını almıştır. Ancak başvurucuya göre, kendisine verilen tazminat süt üretimi kaynaklarındaki kaybını karşılamamakta sadece kuru toprağın karşılığı olarak verilmiştir. Kamulaştırma yüzünden çiftçi süt üretimini de kaybetmiştir. Mahkemeye göre, süt üretimindeki

<sup>34</sup> *Hakansson and Sturesson v. Sweden*, Judgment of 21 February 1990, para.54.

<sup>35</sup> *Posti and Rahko v. Finland*, App. No.27824/95, Judgment of 24 September 2002, para.77.

<sup>36</sup> *Budayeva and others v. Russia*, App. Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, Judgment of 20 March 2008, paras. 182.

<sup>37</sup> *Broniowski v. Poland*, App. No.31443/96, GC Judgment of 22 June 2004, para.186.

<sup>38</sup> *Broniowski v. Poland*, App. No.31443/96, GC Friendly Settlement and Just Satisfaction Judgment of 28 September 2005.

<sup>39</sup> *Platakou v. Greece*, App. No.38460/97, Judgment of 11 January 2001, paras.55-57.

<sup>40</sup> *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006, paras. 99-103.

kaybın kıymet takdirinde dikkate alınmaması başvuruca aşırı bir külfet yüklemektedir.<sup>41</sup>

Benzer şekilde kamulaştırmada kıymet takdirinin arazinin piyasa değerinin altında kaldığına ilişkin *Bistrovic* vakasında AİHM, başvurucuların kamulaştırmadan arta kalan arazideki değer kaybının ulusal makamlarca kıymet takdirinin hesaplanmasında dikkate alınmamasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.<sup>42</sup> *Bistrovic* vakasında Mahkeme, tazminat hakkı ile pozitif yükümlülükler<sup>43</sup> arasında bağlantı kurmuştur. AİHM’e göre, bu yükümlülükler özellikle başvuruçunun kamu makamlarından haklı olarak bekleyebileceği önlemler ile mülkiyetinden etkili olarak yararlanması arasında doğrudan bir bağlantı olduğunda gündeme gelmektedir. AİHM devamla, ister Devletin müdahalesinden isterse de ihmalinden kaynaklansın her olayda toplumun genel yararının beklentileri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>44</sup> 2009 yılı başında Büyük Daire tarafından hükme bağlanan *Kozacıoğlu* vakasında Mahkeme, kamulaştırılan taşınmazın kıymet takdirinde bunun kültürel malvarlığı teşkil ettiğinin dikkate alınmamasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>45</sup> *Kozacıoğlu* kararından devinerek ileri sürülebilir ki, kıymet takdirinde kamulaştırılan taşınmazın spesifik özellikleri dikkate alınmalıdır.

Ormanların korunmasıyla özel mülkiyet hakkı çelişkisini içeren çok sayıda dava açılmıştır. Mahkeme ilkesel olarak ormanların korunması amacının özellikle günümüzde meşru olduğunu benimsemesine rağmen çok sayıda kişinin mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Devletin iyi niyetli olarak mülkiyete sahip olan kişilerin haklarına uygun koruma sağlama yükümlülüğünü bertaraf etmediğini hükme bağlamıştır. Devletin söz konusu sorumluluğu, mülkiyet hakkının özünün etkilendiği bu tip el atma tipi müdahalelerde belirli ölçüde tazminat verilmesi veya başvuruçulara eşit değerde bir başka taşınmaz verilmesi yükümlülüklerini içermektedir.<sup>46</sup> Ormanların korunmasıyla özel mülkiyet hakkı çelişkisini içeren çok sayıda dava da Türkiye’ye karşı açılan ve ormanların korunmasıyla özel mülkiyet hakkı çelişkisini içeren benzer davalarda da ihlal kararı verilmiştir.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> *Lallement v. France*, App. No. 46044/99, Judgment of 11 April 2002, para. 24.

<sup>42</sup> *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, paras.39, 42-44.

<sup>43</sup> Mülkiyet hakkı özelinde pozitif yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:417-446.

<sup>44</sup> *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, paras.33-34.

<sup>45</sup> *Kozacıoğlu v. Turkey*, App. No.2334/03, GC Judgment of 19 February 2009, para. 72.

<sup>46</sup> *Papastavrou and Others v. Greece*, App. No.46372/99, Judgment of 10 April 2003, paras.36-37; *Katsoulis and others v. Greece*, App. No. 66742/01, Judgment of 8 July 2004, paras. 33-35; *Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica and Others v. Greece*, App. No.35859/02, Judgment of 13 July 2006, paras.38-39.

<sup>47</sup> Örneğin bkz. *Turgut and others v. Turkey*, App. No.1411/03, Judgment of 8 July 2008; *Köktepe v. Turkey*, App. No. 35785/03, Judgment of 22 July 2008; *Devecioğlu v. Turkey*, App. No.17203/03, Judgment of 13 November 2008; *Temel Conta Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Turkey*, App. No.45651/04, Judgment of 10 March 2009; *Cin and others v. Turkey*, App. No. 305/03, Judgment of 10 November 2009.

Benzer şekilde, kadastro sonrası orman arazisi vasfına geçen araziye ilişkin tapunun iptal edilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini değerlendirirken Mahkeme, bu arazinin malik ailenin başlıca gelir kaynağı olduğu özellikle vurgulanmıştır.<sup>48</sup>

Tazminat yokluğunun mülkiyet hakkına aykırı olmadığı istisnai hallerde net bir örnek olarak müdahaleyi yapan Devletteki siyasi durum verilebilir. İki Almanya'nın birleşmesinin bazı meslek grupları üzerindeki etkisi bu konuda örnektir. İki Almanya'nın birleşmesinden kaynaklanan ve kontrol tipi bir müdahale olarak başvuruçunun mesleğini yapmasını tamamen engelleyen bir vakada, başvuruçunun goodwillinden bir tazminat almaksızın yoksun kalmasını makul görürken Mahkeme, diğer gerekçelerle birlikte ülkedeki siyasi durumu kendisine baz almıştır.<sup>49</sup> Yine bir başka vakada Devletçe verilen taşınmazların geri alınmasında tazminat verilmemesini ölçülü kıldığına karar veren AİHM, açıkça, ülkedeki siyasi durumu tazminat gereğini kaldıran istisnai koşullara örnek olarak kendisine temel almıştır.<sup>50</sup> Sonuç olarak, bazı istisnai hallerde el atmalara karşılık olarak tazminat verilmemesinin **P1-1** ihlali sonucunu doğurmayacağı hallerin ne olduğu pek belirgin değildir. Tek örnek Büyük Dairenin *Jahn* kararı olup bu kararda benimsenen yaklaşım birçok çelişki ve tutarsızlıkla doludur. Diğer yandan, karmaşık hukuki-siyasi-ekonomik geçiş dönemlerinin doğurduğu problemlerin yanı sıra savaş ve benzeri çatışma ortamları ile ekonomik krizler, mülkiyet hakkına müdahalede tazminat ve benzeri giderim verilmemesini meşrulaştırma olasılığı taşıyan faktörler arasında sayılabilir.<sup>51</sup>

## 2) Ek Faktörler

Tazminat temel faktörünün yanı sıra, çeşitli ek faktörler de mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ölçülü olup olmadığının tespitinde rol oynamaktadır. Dolayısıyla bu faktörler de, ulusal makamlar tarafından dikkate alınmak durumundadır.

İmar hukukundan kaynaklanan müdahalelerde *sürenin makul olup olmaması*, mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği değerlendirmesinde önemli bir ölçüttür. Bu unsur özellikle mülkiyetin kontrolü niteliği gösteren imar hukukundan kaynaklanan müdahalelerde gündeme gelmektedir.

Başta imar/inşaat kayıtlamaları ile kamulaştırma şerhleri olmak üzere taşınmazların kullanımını veya onlardan yararlanmayı engelleyen müdahalelerin süresi ölçülülük araştırmasının etkili ölçütlerinden biridir. Nitekim ünlü *Sporrong ve Lönnroth* davası<sup>52</sup> ile *Allan Jacobsson* davasında<sup>53</sup> durum budur.

<sup>48</sup> *Devecioğlu v. Turkey*, App. No.17203/03, Judgment of 13 November 2008, para.40.

<sup>49</sup> *Olbertz v. Germany*, App. No.37592/97, Admissibility Decision of 25 May 1999, para.1 (The Law). Ayrıca bkz. *Döring v. Germany*, App. No.37595/97, Admissibility Decision of 9 November 1999, para.1 (The Law).

<sup>50</sup> *Jahn and others v. Germany*, App. Nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, GC Judgment of 30 June 2005, paras.109-117, özellikle 112-116.

<sup>51</sup> Bu konuda ayrıntılı spekülasyonlar ve başta Kıbrıs davaları olmak üzere bazı AİHM kararlarının eleştirisi için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 543-549.

<sup>52</sup> *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos.7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52.

Bu iki öncü nitelikteki karara ek olarak yakın tarihli *Rosinski ve Skrzynski* kararlarını eklemek mümkündür.<sup>54</sup> Türk imar hukuku uygulamasında sıklıkla görülen bu durumun **P1-1**'e aykırılığı açıktır.<sup>55</sup>

Bazı davalarda başvurucunun davranışına belirli bir önem atfedildiği fark edilebilmektedir. Bu incelemede başvurucunun amacına bakılmakta; bir çeşit *niyet analizi* yapılmaktadır. Başvurucu acaba, kötü niyeti andırır şekilde ulusal hukuktaki boşluklardan veya ulusal makamların hatalarından yararlanmaya mı çalışmaktadır, yoksa sırf hakkını mı aramaktadır? Bu sorulara verilecek cevaba göre ulaşılabilecek sonuç değişecektir. Hakların kullanılmasında niyetin belirleyici rolü, evrensel bir hukuk ilkesi olmasının yanı sıra, içtihatla giderek ön plana çıkmaya başlamıştır.

*Niyet analizine* önem verilen kararlar arasında *Beyeler* başvurusu dikkati çekmektedir. Başvurucunun bir koleksiyonerden satın aldığı tablonun yıllar geçtikten sonra yetkili makamların ilgili mevzuat çerçevesinde sahip olduklarını ileri sürdükleri yetkiye dayanarak tabloyu ön alım hakkıyla satın almalarının mülkiyet hakkının ihlali olduğu hükme bağlanmıştır. Muhatap Hükümet savunmasında başvurucunun idari makamları tabloyu satın aldığı hakkında bilgilendirmediğini ve bu sebeple idari makamların yıllarca gerekli tasarruflarda bulunmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme Hükümetin bu savunmasına belli ölçülerde itibar etmiştir. Mahkemeye göre, başvurucu bilinçli şekilde, idari makamlar ön alım haklarını kullanamamışlar diye tabloyu satın aldığını saklamıştır. Bu sebeple başvurucu açık ve dürüst davranmamıştır.<sup>56</sup> Yine de bu davada belirleyici olan, başvurucunun kötü niyeti değil, idari makamların tutarsız tutumları olacaktır.

*Stretch* davasının koşulları da burada ele alınmayı gerektirmektedir. Başvurucu yetkili yerel idareyle hafif sanayi tesisleri yapmak ve bunların bir kısmını üçüncü kişilere kiralamak hususunda 22 yıl süreli bir sözleşme yapmıştır. Söz konusu sözleşme sona erdiğinde 21 yıl için daha uzatma klozu içermektedir. Başvurucu bu imkanı kullanmak için bildirimde bulunduğu yetkili yerel idare, söz konusu klozun sözleşmeye eklenmesinin yetki aşımı olduğu ve dolayısıyla geçersiz olduğu gerekçesiyle başvurunun talebini reddetmiştir. Muhatap Hükümete göre başvurucu idarenin yetkisiz olarak kendisiyle sözleşme yaptığını bilmekteydi ve bu hatadan fayda sağlamaya çalışmaktaydı. AİHM ise bu savunmaya itibar etmemiştir.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> *Allan Jacobsson v. Sweden*, App. No.10842/84, Judgment of 25 October 1989, Series A No. 163, para.62.

<sup>54</sup> *Rosinski v. Poland*, App. No. 17373/02, Judgment of 17 July 2007, paras. 79-80; *Skrzynski v. Poland*, App. No. 38672/02, Judgment of 6 September 2007, paras. 83-84.

<sup>55</sup> Türk imar hukukunu ilgilendirebilecek bir başka karar olarak *Venditelli* kararını zikretmek mümkündür. İmar tadilat izni olmadan oturduğu evinde tadilat yapan kişinin evinin mühürlenmesi ve ancak beş yıl sonra iade edilmesi, hiç şüphesiz, mağdura aşırı bir külfet yüklemektedir (*Venditelli v. Italy*, App. No.14804/89, Judgment of 18 July 1994, Series A No. 293-A, paras. 39-40).

<sup>56</sup> *Beyeler v. Italy*, GC Judgment of 5 January 2000, paras. 115-116, özellikle 116 *in fine*.

<sup>57</sup> *Stretch v. the United Kingdom*, Judgment of 24 June 2003, paras.40-41.

*Stretch ve Beyeler* kararlarıyla bazı yönlerden benzeşen ilginç bir başka dava ise *Megadat.Com SRL* davasıdır. Adı geçen şirket internet servis sağlama ruhsatına sahip olup o dönemde en büyük pazar payını işgal etmektedir. Ancak Moldova iletişim makamları adı geçen şirketin ruhsatını, şirketin müşterilerini aldattığı ve vergi kaçırmaya teşebbüs ettiği vb. gerekçelerle iptal etmişlerdir. Moldovanın en büyük internet servis sağlayıcısı şirketin ruhsatının iptal edilmesine gerekçe olarak, bu şirketin vergi kaçırmak amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunduğu yönündeki Hükümet iddiası AİHM’ce somut olay koşullarında geçerli görülmemiştir.<sup>58</sup>

*Niyet analizinin* kendine bir unsur olarak yer bulduğu kararlar arasında, imar/inşaat izinleri ile çevre korunması gerilimine dair kararlar mutlaka zikredilmelidir. Özellikle Yunanistan’a kaşı açılan çok sayıda davada AİHM, sit alanına çevrildiği için üzerinde yapılaşma yapılamayan ve imar izni bulunan bir başka araziyle değiştirilmesi veyahut kamulaştırılması talepleri kabul görmeyen araziler bakımından mülkiyet hakkının ihlal edildiği vargısına ulaşırken başvuru-ruccuların iyi niyetli olarak mülkiyete sahip olduklarını vurgulamıştır.<sup>59</sup> Türkiye’ye karşı açılan tapu iptali kaynaklı davalarda da AİHM’in benzer noktalara önem verdiği görülebilir. AİHM kıyı alanlarındaki tapulu taşınmazların tapusunun ulusal mahkeme kararlarıyla iptal edildiği<sup>60</sup> veyahut orman alanında kaldığı gerekçesiyle iyi niyetli olarak sahip olunan tapuların iptali hallerinde<sup>61</sup>, çekinmeksizin mülkiyet hakkının ihlal edildiği kararlarını vermektedir.

*Niyet analizi* ile yakından ilgili bir başka faktör başvuru-ruccunun özenidir. İmar planı değişikliği kaynaklı çok sayıda uyuşmazlığın çözümünde AİHM’in başvuru-ruccunun özenli davranmasına önem verdiği görülüyor. Genellikle kontrol tipi müdahale olarak mütalaa edilen ve mülkiyetin başvuru-ruccuda kalmaya devam ettiği bu tip vakalarda Mahkemenin başvuru-ruccunun, yeni plan çerçevesinde hakkını ulusal makamlar önünde aramasını beklediği anlaşılıyor. Örneğin imar

<sup>58</sup> *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, para. 68.

<sup>59</sup> *Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica and Others v. Greece*, App. No.35859/02, Judgment of 13 July 2006; *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis v. Greece*, App. no. 35332/05, Judgment of 21 February 2008.

<sup>60</sup> *N.A. and others v. Turkey*, App. No. 37451/97, Judgment of 11 October 2005; *Abacı v. Turkey*, App. No. 33431/02, Judgment of 7 October 2008; *Terzioğlu and others v. Turkey*, App. Nos. 16858/05, 23953/05, 34841/05, 37166/05, 19638/06 and 17654/0, Judgment of 16 December 2008.

Ancak önemle belirtelim ki AİHM, 2010 yılı başında Fransa’ya karşı verdiği iki kararda içtihadını değiştirmiş gibi gözükmektedir. Büyük Daire tarafından hükme bağlanan kararlarda AİHM, kamu malı statüsündeki kıyı alanlarında iyi niyetli olarak sahip olunan konutlar üzerindeki hakların ulusal makamlarla iptal edilmesini, kamusal makamların ihmali olmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkına aykırı bulmamıştır (bkz. *Depalle v. France*, App. No.34044/02, GC Judgment of 29 March 2010; *Brosset-Triboulet and others v. France*, App. No.34078/02, GC Judgment of 29 March 2010). Kendisinin geliştirdiği ilkelerle bağdaşır bağdaşmadığı oldukça şüpheli olan bu kararların Büyük Daire tarafından hükme bağlanması yeni tartışmaları da beraberinde getirecektir.

<sup>61</sup> *Köktepe v. Turkey*, App. No. 35785/03, Judgment of 22 July 2008; *Cin and others v. Turkey*, App. No. 305/03, Judgment of 10 November 2009; *Turgut and others v. Turkey*, App. No.1411/03, Judgment of 8 July 2008; *Temel Conta Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Turkey*, App. No.45651/04, Judgment of 10 March 2009.

planı değişikliği sonucunda sahip olduğu arazide yapabileceği inşaat kısıtlanan başvuru, bu kısıtlama karşısında kendisine tazminat verilmediğinden yakkımmıştır. AİHM ise, başvuruçunun yeni imar planı çerçevesinde yapılaşmayı sürdürmek için yetkili ulusal makamlar önünde gerekli izinleri almak yönünde bir çaba göstermediğini saptayarak, mülkiyetin halen başvuruçunun üzerinde kalmasının ve daha önemlisi inşaat yasağının külli olmayıp son derece az olmasının da etkisiyle mülkiyet hakkının ihlal edilmediğini bulgulamıştır.<sup>62</sup> İmar izni alınmasına dair *Phocas* davasında da başvuruçunun özensizliği ve ihmalkârlığı AİHM'i müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna götürmüştür. Bu karar özelinde başvuruçunun özen yükümlülüğünün, şikayetini yetkili yargı makamları önünde dile getirmek olduğunu not etmek gerekir.<sup>63</sup>

Mülkiyet hakkına müdahalenin adil denge kurup kurmadığının değerlendirilmesinde bir diğer ek faktör *hukukun üstünlüğü* nosyonudur.<sup>64</sup> *Hukukun üstünlüğü* nosyonu bağlamında özel önem arz eden spesifik problematikler olarak geriye yürürlü veya etkili mevzuat, kesin hükmün iptali veya işlevsiz bırakılması, bireye sağlanan usuli güvencelerin varlığı ve idari makamların tutarlılığı burada zikredilebilir.<sup>65</sup>

Türkiye'ye karşı kayda değer sayıda dava *kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmaması* sebebiyle açılmış olup bunların büyük çoğunluğunda mülkiyet hakkının ihlali hüküm altına alınmıştır. Örneğin,

*Kanıoğlu and others v. Turkey*, App. No. 44766/98-44771/98 and 44772/98, Judgment of 11 October 2005 (kıdem ve ihbar tazminatlarının geç ödenmesi ve ulusal hukukta bir çare olmaması); *Kuzu v. Turkey*, App. No. 13062/03, Judgment of 17 January 2006 (kıdem tazminatının tahsil edilememesi); *Abidin Şahin v. Turkey*, App. No. 45559/04, Judgment of 18 December 2007 (Belediye bütçesinin yetersizliği nedeniyle emeklilik ikramiyesinin tahsil edilememesi); *Tütüncü and others v. Turkey*, App. No. 74405/01, Judgment of 18 October 2005 (Belediye mallarının haczedilemezliği sebebiyle kıdem tazminatlarının tahsil edilememesi); *Sevgili v. Turkey*, App. No. 27402/03, Judgment of 18 December 2007 (Belediye mallarının haczedilemezliği sebebiyle kamulaştırma bedelinin tahsil edilememesi); *Kranta v. Turkey*, App. No. 31277/03, Judgment of 16 January 2007 (idare mahkemelerince verilen tazminat kararının icra edilmemesi); *Ülger v. Turkey*, App. No. 25321/02, Judgment of 26 June 2007 (özel hukuk tüzel kişisine karşı verilen kıdem ve ihbar tazminatının tahsil edilememesi); *Kur v. Turkey*, App. No. 43389/98, Judgment of 23 March 2006 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın ödenmemesi ve enflasyon karşısında erimesi); *Ali Göktaş v. Turkey*, App. No. 9323/03, Judgment of 12 February 2008 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın öden-

<sup>62</sup> *Katte Klitsche de la Grange v. Italy*, App. No.12539/86, Judgment of 27 October 1994, Series A No. 293-B, paras. 46-48. Krş. *Pialopoulos and others v. Greece*, App. No. 37095/97, Judgment of 15 February 2001, para. 59.

<sup>63</sup> *Phocas v. France*, App. No.17869/91, Judgment of 23 April 1996, para.60.

<sup>64</sup> Hukukun üstünlüğü nosyonu, aslında mülkiyet hakkına müdahalenin "hukuki" olup olmadığına yönelik yapılan araştırma sırasında rol oynayan temel unsurdur. Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:453-474.

<sup>65</sup> Ayrıntılı bilgi, içtihatlar ve değerlendirme için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:557-589.

memesi ve enflasyon karşısında erimesi); *Apaydın v. Turkey*, App. No. 502/03, Judgment of 12 February 2008 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın ödenmemesi ve enflasyon karşısında erimesi); *Kılıç ve Korkut v. Turkey*, App. No. 25949/03-25976/03, Judgment of 12 February 2008 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın ödenmemesi ve enflasyon karşısında erimesi); *Yerlikaya v. Turkey*, App. No. 10985/02-10993/02, Judgment of 8 April 2008 (tapu tahsis belgesine sahip başvuruçulara tapuların teslim edilmemesi)

bunlar arasındadır. Şikayet konusunun yargı kararın işlevsiz kılınmasının oluşturduğu davalar genellikle **P1-1/1c. 1** hükmü (**1. Kural**) uyarınca çözüme kavuşturulmakta ve mülkiyet hakkının yanı sıra, doğal olarak, adil yargılanma hakkını içeren **AİHS** Madde 6 hükmünün de ihlali sonucuna varılmaktadır.<sup>66</sup>

**P1-1** korumasından yararlanan kesin ve icrai edilebilir hükümler sadece mahkeme gibi yargı organları tarafından verilenlerden ibaret sanılmasın. Tahkim kararları da, kesinleştikleri veya mevcut usuller çerçevesinde icrai kabiliyet kazandıkları ölçüde tıpkı mahkeme kararları gibi etki doğurur. Bu nitelikteki tahkim kararlarının icra edilmemesi veyahut geç icra edilmesi mülkiyet hakkının çiğnenmesine yol açar. Yunanistana karşı açılan bir dava bu konuda iyi bir örnek teşkil ediyor. Başvurucu petrol rafinerileri ile Devlet arasındaki yatırım sözleşmesinin Devletçe tek taraflı feshini müteakip sözleşmedeki tahkim klozu çerçevesinde yapılan tahkim yargılamaları neticesinde şirket lehine karar verilmiştir. Ancak üst derece yargı makamları çeşitli müdahalelerle söz konusu tahkim kararını işlevsiz kılmıştır. Tahkim kararının uygulanmamasının **P1-1/1c. 1** hükmü (**1. Kural**) uyarınca çözüme kavuşturulacağını belirten AİHM, emsal niteliğindeki bazı uluslararası tahkim kararlarına yollama yaparak, tahkim mekanizmasını işlevsiz kılacak şekilde sözleşmedeki tahkim klozununun geçersiz ilan edilmesinin taraflardan birinin (olayda Devletin) uyuşmazlık halinde tahkime gidileceğini öngören sözleşme hükmü açısından yargı yetkisinden sıyrılmasına yol açacağını vurgulamıştır. Bu noktada Yunan hukukunda tahkimin otonom nitelikte düzenlendiğini dikkate alan AİHM sonradan tahkim klozunun geçersiz addedilmesinin ve tahkim yargısınca belirlenen alacağın iptal edilmesinin başvuruçuya aşırı bir külfet yüklediği sonucuna vararak mülkiyet hakkının ihlal edildiği değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme mülkiyet hakkının yanı sıra, adil yargılanma hakkını içeren **AİHS** Madde 6'nın da çiğnendiğini belirlemiştir.<sup>67</sup>

Kesin hükmün iptali veya etkisiz kılınması faktörü bağlamında vergi davaları da önemli bir yer tutmaktadır. *Stere ve diğerleri* davasında başvuruçular vergi muafiyeti sağlayan kesin hükmün geriye yürürlü düzenlemelerle işlevsiz

<sup>66</sup> Örneğin bkz. *Teteriny v. Russia*, App. No.11931/03, Judgment of 30 June 2005; *Kukalo v. Russia*, App. No. 63995/00, Judgment of 3 November 2005; *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v. Moldova*, App. No. 39745/02, Judgment of 3 April 2007; *OOO PTK Merkurii v. Russia*, App. No. 3790/05, Judgment of 14 June 2007; *Rahmanova v. Azerbaijan*, App. No. 34640/02, Judgment of 10 July 2008, paras. 52-65.

<sup>67</sup> *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, App. No.13427/87, Judgment of 9 December 1994.

kılınmasından hareketle **P1-1**'in ihlali olduğunu ileri sürmektedir. AİHM kesin hükmün bozulmasına yol açan geriye yürürlü düzenlemeleri çok ciddi bir müdahale olarak değerlendirip hukuki belirlilik/kesinlik ile hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkelerini çiğnediğine karar vermiştir.<sup>68</sup> *Intersplav* davasında başvuru şirket ulusal mahkeme kararlarıyla vergi iadesine hak kazanmıştır. Ancak bu kararlar vergi idaresi tarafından icra edilmemektedir ve kendisine yapılması gereken ödemelerde gecikmeler olmaktadır. Mahkeme vergi idaresinin kusurunun başvuruçuyu kronik bir belirsizlik ortamına düşürdüğünü, aynı talepleri sürekli yeni yargısal başvurularla ileri sürmek zorunda bıraktığını belirlemiştir. AİHM'e göre, belki bir ya da az sayıdaki davada gecikme anlayışla karşılanabilirdi; fakat somut olayda sistematik olarak bir ödeme durumu olup bu durum başvuru şirketi aşırı bir külfet altına sokmaktadır. Mahkeme devamla bu durumu *idari pratik* olarak nitelendirmiş ve **P1-1**'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>69</sup>

Bazı hallerde, mülkiyet hakkına müdahalenin adil bir denge kurup kurmadığını belirleyen, mağdurların ulusal hukukta başta yargısal yollar olmak üzere, *usuli güvencelere* sahip olup olmadıklarıdır. Özellikle imar/inşaat mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda kendine yer bulan bu faktör, müdahalenin adil denge kurup kurmadığının tespitinde belirleyici rol oynamaktadır.

İmar/inşaat yasalarına ilişkin *Allan Jacobsson* davasında müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varırken AİHM, yasaklamaların süresi kadar bu yasakların gözden geçirilme usullerinin varlığına önem vermiştir.<sup>70</sup> Bu bağlamda *Allard* kararının zikredilmesi mümkündür. Adı geçen davada başvuruçunun paylı mülkiyete tabi arazi üzerinde münhasıran kendisine ait bir konut inşa etmesi, meri ulusal hukuka göre diğer paydaşların rızası olmadığı için hukuka aykırı bulunmuş ve konutu yıkılmıştır. Söz konusu dava derdest iken başvuruçunun paydaşlığın giderilmesi için ulusal hukuka göre girişimlerde bulunmuştur. Ancak haksız inşaata ilişkin davayı gören yargı yeri, paydaşlığın giderilmesi sürecinin tamamlanmasını beklememiştir. Oysa bu süreç tamamlandığında başvuruçunun konutunun bulunduğu parselin tek başına maliki sıfatını kazanmıştır. İşte AİHM, haksız inşaata ilişkin davayı gören yargı yerinin paydaşlığın giderilmesi sürecinin sonucunu kestirmesinin beklenemeyeceğini teslim etmekle beraber, paydaşlığın giderilmesi süreci haksız inşaata ilişkin dava süreci ile doğrudan ilintili olduğu için, en azından paydaşlığın giderilmesi sürecinin sona ermesinin beklenmesi gerektiği değerlendirmesini yapmıştır. Bu noktada AİHM haksız yapılan konutun yıkılmasının geriye dönülemez durum yaratacağını ve ekonomik etkisini dikkate almıştır. Bunun dışında başvuruçunun paydaşlığın giderilmesine ilişkin süreci zamanında başlattığı ve söz konusu süreçteki gecikmelerin yetkili kamu makamlarından kaynaklandığını not etmiştir.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> *Stere and others v. Romania*, Judgment of 23 February 2006, paras.55-56.

<sup>69</sup> *Intersplav v. Ukraine*, App. No.803/02, Judgment of 9 January 2007, paras.39-40. İdari pratik kavramı hakkında ayrıca bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:565-566.

<sup>70</sup> *Allan Jacobsson v. Sweden*, App. No.10842/84, Judgment of 25 October 1989, Series A No. 163, para.62.

<sup>71</sup> *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 59.

*Usuli güvenceler*, bireyi idare karşısında korumaktadır. Bu yönüyle, bireyle idarenin karşılaştığı hemen her alanda bu faktöre yer verildiğini görmek mümkündür. Örneğin, bankacılık yapmak ruhsatı iptal edilen bankanın başvurusunda Mahkeme **P1-1**'in zımnen de olsa, başvurucuya derdini yetkili makamlar önünde anlatabilmek ve bir sonuç alabilmek imkanı içeren usuli güvenceler gerektirdiğini kabul etmiştir. Bu fırsatın olup olmadığını değerlendirmede mevcut uygulanabilir usullere bakılacaktır.<sup>72</sup>

*Usuli güvenceler* bağlamında müdahaleye dayanak teşkil eden mevzuatın esnekliğinin ve her bir somut olayın spesifik özelliklerini dikkate alabilecek bir sistem kurmuş olmasının da önemi vardır. Bu unsur genellikle taşınmaz mülkiyetine getirilen ve doğrudan mevzuattan kaynaklanan sınırlamalarda gündeme gelmektedir.<sup>73</sup> Örneğin, arazinin değerinin arttığı yönündeki kesin karine sebebiyle kamulaştırma karşılığı olarak düşük tazminat verilmesinde somut olayın özelliklerine önem verilmemesi ve başvurucuların kullanabileceği etkili bir mekanizma olmaması/olması AİHM'in tutarlı ve sürekli olarak mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna götürmektedir.<sup>74</sup> Bu içtihatlar ışığında, Türk imar hukukunda idare tarafından sıkça başvuru İmar Kanununun Madde 18 uygulamasının da **P1-1**'in ihlalini neticesi doğuracağını öngörebiliriz.<sup>75</sup>

İdare hukukunu doğrudan ilgilendiren *usuli güvencelere* örnek olarak kısmen kamulaştırılan arazinin kalamındaki değer düşüşünün kıymet takdirdinde dikkate alınmasına dair taleplerin ulusal yargı makamlarınca dikkate alınmaması ve bu noktada ayrıntılı gerekçelerin olmaması<sup>76</sup>, başvurucuya ait taşınmazın değerine ilişkin iki farklı tutarsız idari ve yargısal karar oluşması ve bunun neden böyle olduğunun kamu makamlarınca yeterli şekilde açıklanamaması<sup>77</sup>, iptal edilen işletme ruhsatı için başlatılan yargısal girişimlerin etkisizliği ve başvurucunun iddialarına yargı makamlarınca cevap verilmemesi<sup>78</sup> ölçülülük incelemesini etkileyen usuli güvenceler bağlamındaki faktörler arasındadır. Görülüyor ki, bu paragrafta örneklenen usuli güvenceler, ağırlıklı olarak müdahale karşılığı tazminat verilmemesinin veya eksik verilmesinin ölçülü sayılıp sayılmayacağını belirlenmesinde işlev görmektedir. Buna göre, *usuli güvenceler* ile *tazminat* faktörü *tamamlayıcılık* ilişkisi bulunmaktadır.<sup>79</sup>

Bu noktada bir parantez açıp AİHM'in kamulaştırmaya ilişkin *Bistrovic* vakasmdaki hükmünü vurgulamak gereklidir. *Bistrovic* kararında AİHM ka-

<sup>72</sup> *Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No.49429/99, Judgment of 24 November 2005, para. 134.

<sup>73</sup> Örnek kararlar için bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:566-582.

<sup>74</sup> *Papachelas v. Greece*, App. No.31423/96, GC Judgment of 25 March 1999, paras.53-55; *Efstathiou and Michailidi & Co. Motel America v. Greece*, App. No.55794/00, Judgment of 10 July 2003, paras.27-33.

<sup>75</sup> Buna rağmen krş. *Göksel Tütün Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Turkey*, App.No.32600/03, Judgment of 22 September 2009.

<sup>76</sup> *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, paras.35-38.

<sup>77</sup> *Jokela v. Finland*, App. No.28856/95, Judgment of 21 May 2002, para. 65.

<sup>78</sup> *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, paras. 73-74.

<sup>79</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:571-572.

mulaştırmamın en ciddi müdahale tiplerinden biri olduğunu teyit ettikten sonra ulusal makamların ilgili bütün faktörleri değerlendirerek, önlerindeki işlemlerin adaletin düzgün yürütümü ile kimlenen hukukun üstünlüğü nosyonuna uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, ulusal yargı makamlarının kararları için gerekçe verme yükümlülüğünün olmadığı hallerde Sözleşmesel güvencelerin sanal ve teorik olacağını saptamıştır. Etkililik ilkesinin gereği olarak ulusal yargı makamları, şikayetçinin her iddiasını değil ama olayın özüne dair iddialarını dikkatle inceleme yükümlülüğü altındadır.<sup>80</sup>

*Usuli güvenceler* bağlamında yetkili kamu makamlarının mülkiyete yapılacak müdahalelerde malikin durumdan haberdar olmasını sağlamak veya maliki bilgilendirmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin, *Mörel* kararında görüldüğü üzere, kamulaştırılacak arazinin bulunduğu muhitte oturmadıkları için bulunamayan ve diğer yöntemlerle de adresleri tespit edilemeyen kişilerin (gerçek maliklerin) dedelerinin ve babalarının sadece isimleri kullanılarak ve soyadları olmaksızın ilanen tebligat yapılmasının özenli bir usul olarak değerlendirilmeyeceği şüphesizdir. Aslında edinilebilen vergi beyanlarının yıllarca getirilememesi, ölmüş olması pek muhtemel ve sadece isimle bilenen kişiye defalarca tebligat çıkartılması bu özensizliği arttıran somut olay özellikleri arasındadır. Her halükarda, bilgi toplamakla yükümlü kamu makamlarının bu arşivleri güncellemesi zaten Devletin sorumluluğudur. Bu sebeple başvurunun hak düşümü süresini kaçırarak açtığı tezyidi bedel davasının reddedilmesi ve giderek ek tazminat alamamış olmaları kamulaştırılan araziye ek olarak ayrı bir kayıp anlamına gelir. Sonuç olarak, başvuru yeterli tazminat almadan mülkiyetinden yoksun bırakıldığı için **P1-1** ihlal edilmiştir.<sup>81</sup>

Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin adil denge kurduğunun veya ölçülü bir müdahale teşkil ettiğinin kabulü idari makamların hatalı veya tutarsız işlemlerinden ötürü başvuru aleyhine bir sonucun çıkmamasını da gerektirmektedir ki buna doktrinde "*idari makamların tutarlı tasarruflarda bulunma yükümlülüğü*" denilmektedir.<sup>82</sup> İdari makamların tutarlılığına önem verilen kararların başında yukarıda *başvurucunun niyeti* kavramı altında da ele alınan *Beyeler* davası gelmektedir. Bu davada mülkiyet hakkının ihlali olduğu sonucuna ulaşılmasında idari makamların yıllarca sahip oldukları ön alım hakkını kullanmayıp sonra birden bire kullandıklarını ikna edici şekilde açıklayamamış olmaları rol oynamıştır. Olaydaki verilere göre idari makamlar, ön alım haklarını kullanmalarını gerektiren durumdan haberdardı. Yıllar sonra başvurunun hakkına yapılan müdahale, büyük ölçüde kendilerinin yaratmış bulunduğu belirsizlik ortamından kaynaklanan sebepsiz zenginleşme sonucunu doğurmaktadır.<sup>83</sup>

Benzer şekilde *Eski Yunan Kralı* davasında Mahkeme zımni olarak kamu makamlarının iyi niyetli olarak tasarruflarda bulunmaları gerektiğini kabul etmiş-

<sup>80</sup> *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, para.37.

<sup>81</sup> *Mörel v. Turkey*, App. No.33663/02, Judgment of 14 June 2007, paras. 41-50.

<sup>82</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:582-588.

<sup>83</sup> *Beyeler v. Italy*, GC Judgment of 05 January 2000, paras.117-122. *Beyeler* kararından ilginç bir sonuç çıkmaktadır: Hem idare hem de başvuru kötü niyetli davrandığında başvurunun hakkına ağırlık verilir.

tir.<sup>84</sup> Paralel olarak *Pialopoulos* davasında Mahkeme, imar yasağı ve çeşitli defalar bir koyulup bir kaldırılan kamulaştırma şerhlerinden ötürü mülklerinden bir türlü verimli şekilde yararlanamayan başvuruçuların şikayetini haklı görürken, problemin yetkili idari makamların tutumundan kaynaklandığını not etmiştir.<sup>85</sup> *Zwierzynski* davasında Mahkeme, kamu makamlarının uygun ve tutarlı şekilde tasarrufta bulunmaları gerektiğinin altını çizmiştir. Üstelik AİHM bir adım daha atarak kamu düzeninin bekçisi olarak Devletin genel yararı ilgilendiren meselelerde bir örnek oluşturması ve kamu yararını korumakla görevli organlarının bu örneği takip etmesini sağlama ahlaki yükümlülüğü olduğunu da hükme bağlamıştır.<sup>86</sup> Bu noktada, ulusal makamların hatalardan veya yanlışlarından (mistakes and errors) başvuruçunun faydalanması gerektiğini düşünen Mahkemenin *Gashi* kararında benimsediği ifadeyi bir motto olarak zikredebiliriz: “kamusal bir makam tarafından yapılan herhangi bir hatanın riski Devletin üzerindedir.”<sup>87</sup>

İdarenin ticari sahadaki tasarrufları da müdahalenin ölçülü olup olmadığı hususunda dikkate alınmaktadır. *Stretch* davasını da burada zikretmek yerinde olur. Bu davada ihlal sonucuna varılmasında Mahkemenin **P1-1**'in uygulanabilirliği aşamasında şikayetçinin 22 yıllık sürede sözleşmenin üzerine düşen bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğunu ve idarenin ancak son aşamada yetki aşımı itirazını dile getirdiğini saptamış olması rol oynamıştır. İdari makamların tutarlılığı temelinde **P1-1**'i uygulanabilir bulan AİHM aynı muhakemeyi sürdürerek ihlal sonucuna varmıştır.<sup>88</sup> Yakın tarihli *Megadat.Com SRL* davasında internet servis sağlama ruhsatı iptal edilen şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varırken AİHM yetkili kamu makamlarının tasarruflarını özel ve ayrıntılı olarak analiz etmiş ve başvuruçuda ruhsatın uzatılacağına dair bir izlenim yarattıklarını tespit etmiştir. Mahkemeye göre bu durum, idarenin zamanında, uygun şekilde ve tutarlılıkla tasarrufta bulunma yükümlülüğünün bir ihlalidir.<sup>89</sup>

Ölçülülük incelemesinde müdahaleyle uğranılan *zararın miktarı* önemli rol oynamaktadır. *Zararın miktarı* ölçütü, el atılan mülkiyet için verilen tazminatın malın piyasa değerine ne kadar yakın olduğunun saptanmasında bir gösterge olarak kullanılmaktadır. Ama bunun yanında, tazminat faktörünün bir unsuru olmaktan öteye geçerek, kendi başına bir gösterge olarak kullanıldığı örnek müdahale alanları bulunmaktadır.

<sup>84</sup> *Former King of Greece and others v. Greece*, App. No.25701/94, Judgment of 23 November 2000, para.98.

<sup>85</sup> *Pialopoulos and others v. Greece*, App. No. 37095/97, Judgment of 15 February 2001, para. 60.

<sup>86</sup> *Zwierzynski v. Poland*, App. No.34049/96, Judgment of 19 June 2001, para. 73.

<sup>87</sup> *Gashi v. Croatia*, Judgment of 13 December 2007, paras.38-40.

<sup>88</sup> *Stretch v. the United Kingdom*, Judgment of 24 June 2003, paras.40-41.

<sup>89</sup> *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, paras. 70-72.

Bu alanların başında sosyal güvenlik pozisyonlarındaki değişikliklerin<sup>90</sup>, vergi tarhiyat ve cezalarının<sup>91</sup>, intifa hakkına yapılan müdahalelerin<sup>92</sup>, alacak haklarının ödenmesindeki gecikmelerin<sup>93</sup> **P1-1**'e uygunluğu sorunsal gelmektedir. Genel bir formül olarak ifade edilebilir ki, zararın miktarı ne kadar büyük olursa, Mahkemenin adil dengeyi kurulumadığına karar verme ihtimali o kadar artmaktadır. Bu kapsamda AİHM, başvurunun ailevi durumunu, yaşı ve sosyal statüsünü ve genel gelir durumunu da göz önünde bulundurarak zararın miktarının gerçek etkisini tartmaya çalışmaktadır.<sup>94</sup>

İdare hukuku bakımında özel önem arz eden çevre kirliliği ile mülkiyet hakkının kesiştiği vakaları da burada ele almak mümkündür. Böyle hallerde çevresel haklar ile mülkiyet hakkının kesiştiği; bir başka ifadeyle mülkiyet hakkının da duruma göre çevresel haklar manzumesi içine girdiği söylenebilir.<sup>95</sup> Büyük çoğunluğu gürültü kirliliğiyle alakalı olan bu vakalarda AİHM'in taşınmazlarda meydana gelen değer düşüklüğü iddiasını kirlilik kaynağına mesafeye ve değer düşüklüğüne işaret eden verilerin ciddiyetine göre dikkate aldığı anlaşılıyor. Nitekim çok yeni bir kabuledilebilirlik kararında Mahkeme havaalanı çevresindeki başvuruculara ait konutların piyasa değerlerinde % 70 ila % 90 arasında kayıp meydana geldiğini belirleyerek şikayeti kabuledilebilir ilan etmiştir.<sup>96</sup>

Çevre kirliliğinin mülkiyet hakkına müdahalesi sadece kirlilik kaynağı yakınlarındaki taşınmazın değerinin düşmesinden ibaret değildir. Yine atfi yapılan kararların en azından bir kısmında söz konusu olduğu üzere, çevre kirliliği, çevrede yaşayanların evlerinden yararlanamaması ve "huzurlu bir uyku" çekmesini engellemekle ayrıca **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder. Nitekim 2008 yılı başında ele aldığı *Fagerskiöld* davasında Mahkeme, rüzgar tribününün yarattığı gürültü ve ışık kirliliğinden rahatsız olan başvurucuların şikayetini **P1-1** açısından ikili bir ayrımla incelemiştir. Birinci şikayet, gürültü ve ışık kirliliğinin konutların ve giderek mülkiyetlerinden yararlanma haklarını ihlal edip etmediği, ikinci şikayet ise söz konusu

---

<sup>90</sup> *Müller v. Austria*, App. No.5849/72, Commission Report of 1 October 1975, **DR Vol. 3**, sf: 25-32; *Azinas v. Cyprus*, App. No., 56679/00, Judgment of 20 June 2002; *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, App. No.60669/00, Judgment of 12 October 2004

<sup>91</sup> *Svenska Managementgruppen AB v. Sweden*, App. No. 11036/84, Admissibility Decision of 2 December 1985, para. 1 (The Law), **DR Vol. 45**, sf: 211-223; *Musa v. Austria*, App. No.40477/98, Admissibility Decision of 10 September 1998; *M. A. and others v. Finland*, App. No.27793/95, Admissibility Decision of 10 June 2003

<sup>92</sup> *Wittek v. Germany*, App. No.37290/97, Judgment of 12 December 2002, paras.59-60.

<sup>93</sup> *Aka v. Turkey*, App. No.19639/92, Judgment of 23 September 1998.

<sup>94</sup> Bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:599-602.

<sup>95</sup> *Ünver v. Turkey*, App. No.36209/97, Admissibility Decision of 26 September 2000, para.2 (The Law); *Ashworth and others v. UK*, App. No. 39561/98, Admissibility Decision of 20 January 2004, para. 2 (The Law); *Lars Fagerskiöld and Mrs Astrid Fagerskiöld v. Sweden*, App. No. 37664/04, Admissibility Decision of 26 February 2008, para. 2 (The Law); *Flamenbaum and Akierman and others v. France*, App. Nos. 3675/04-23264/04, Admissibility Decision of 10 April 2007.

<sup>96</sup> *Flamenbaum and Akierman and others v. France*, App. Nos. 3675/04-23264/04, Admissibility Decision of 10 April 2007.

kirliliğin konutun değerini düşürüp düşürmediğidir ki bu ikinci şikayetin akıbetine yukarıdaki paragrafta değinilmişti. Birinci şikayet bakımından AİHM tribününün ürettiği gürültü ve ışık makul sınırlar içinde kaldığı, yerel halkın tribünün yapımı esnasında karar alma sürecine katılımının sağlandığı, başvuru-uların girişimleri üzerine harekete geçen ulusal yargı makamları ve diğer kamu makamlarının yerinde keşif yapıp duruşmalı yargılama yürüttüğü, tribünün ulusal hukuka uygun şekilde yapıldığı, yenilenebilir bir enerji olup kaynakların dostane kullanılmasını sağlayarak çevrenin korunması ile 40-50 evin bir yıllık ısınma enerjisi ihtiyacını karşıladığı ve gürültüyü azaltacak önlemler çeşitli önlemler alınmış olup bu tip önlemlerin artırılması için girişimde bulunma imkanlarının bulunduğu gerekçeleriyle mülkiyet hakkına dönük iddiaları açıkça temelsiz ilan etmiştir.<sup>97</sup>

İmar uyumsuzluklarının çözümünde de *zararın miktarı* önemli işlev ifa etmektedir. İnşaat yasaklarıyla ilgili *Hiltunen* vakasında başvuru-ular, mevcut sayfiye evlerinin yerine daha büyük bir bina yapmak istemektedirler. Bu sebeple süregiden inşaat yasaklarının mülkiyetlerinden etkili ve rasyonel olarak yararlanmalarını engellediğini ileri sürmüşlerdir. Başvuru-uların ulusal makamlar nezdinde yeterli usuli güvencelere sahip olduğunu ve imar planları uyarınca zaten mevcut olan küçük sayfiye evi yerine daha büyük bir bina yapılmasına izin verilmemesinin makul bir önlem olduğunu düşünen Mahkeme, bu gerekçelerine ek olarak, başvuru-uların mülkiyetlerinin değerinin esaslı şekilde düştüğünü gösteren bir delil sunamadığı gerekçesini de argumanları arasına eklemiştir.<sup>98</sup> Yine bir imar uyumsuzluğu olan *Haider* vakasında başvuru-cunun sahibi olduğu arazinin tabi olduğu imar planı (zoning plan) değişmiştir. Başvuru-cu plan değişikliğinin arazisinin değerini aşırı düşürdüğünü ileri sürmüştür. İmar planı değişikliğinin mülkiyetten yoksun bırakmadan (**Kural 2**) ziyade mülkiyetten rahatsız edilmeksizin yararlanma hakkına (**Kural 1**) kapsamında bir müdahale teşkil ettiğini benimseyen Mahkeme, ölçülülük testi aşamasında başvuru-cunun imar plan değişikliğinin arazinin değerini gerçekte nasıl ve ne ölçüde düşürdüğünü gösteremediğini not ederek başvuruyu açıkça temelsiz ilan etmiştir.<sup>99</sup>

### III) Sonuç

Türkiye AİHM önünde mülkiyet hakkının ihlali sebebiyle çok sayıda dava kaybetmiştir. Kanımızca bunun en büyük sebebi, ulusal makamların mülkiyet hakkını sırf bir eşya hukuku meselesi olarak kavramasıdır. Mülkiyet hakkının bir eşya hukuku konusu olduğu doğrudur ama mülkiyet hakkı bundan ibaret değildir. **Mülkiyet hakkı, aynı zamanda bir insan hakkıdır.** Bu sebeple, mülkiyet hakkını ilgilendiren uyumsuzluklarda sadece özel hukukun ilke, kural ve kurumlarıyla probleme yaklaşılması yeterli değildir. Dolayısıyla, ulusalüstü insan hakları standartları mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerde mutlaka

<sup>97</sup> *Lars Fågterskiöld and Mrs Astrid Fågterskiöld v. Sweden*, App. No. 37664/04, Admissibility Decision of 26 February 2008, para. 2 (The Law).

<sup>98</sup> *Matti and Marianne Hiltunen v. Finland*, App. No.30337/96, Admissibility Decision of 28 September 1999.

<sup>99</sup> *Haider v. Austria*, App. No. 63413/00, Final Admissibility Decision of 29 January 2004, para.2 (The Law Bölümü)

göz önünde bulundurulmalıdır. Aksi durum, Türkiye'nin başta AİHM olmak üzere ulusalüstü yargı organları önünde ihlalci Devlet konumuna düşmesine yol açar.

Mülkiyet hakkına yapılacak bir müdahalede ulusal makamların dikkate alınması gereken faktörleri ortaya çıkarmaya yönelik bu kısa çalışmada, yüzlerce AİHM kararından hareketle genel ve teorik bir çerçeve belirlemeye çalıştık. Böylelikle, tek tek uyumsuzluklarla ilgilenmeyip mülkiyet hakkına müdahalenin genel esaslarını açığa çıkartarak başta idare olmak üzere ulusal makamlara geniş bir perspektif gösterebildiğimizi umuyoruz. **Mülkiyet hakkına yapılacak bir müdahalenin tabii olması gereken genel esaslar, tek bir uyumsuzluk türüne özgü olmayıp, imar uyumsuzluklarında kamulaştırmaya, suçla mücadele için alınan tedbirlerden alacak haklarına, sosyal güvenlik primlerinden müşteri çevresi/portföy hakkına mülkiyet ve malvarlığını ilgilendiren bütün uyumsuzluklarda geçerlidir ve uygulanması gereklidir.**

Genel olarak söylenebilir ki mülkiyet hakkına yapılacak bir müdahalede Devletlere bırakılan takdir marjının kapsamı belirlenirken, söz konusu hakkın önemi, hakkı sınırlandırılan başvurucunun eylemi/tasarufu, sınırlandırmanın amacı ve bununla bağlantılı olarak sınırlamanın yapıldığı Devletteki hukukisiyasal koşullar dikkate alınmak durumundadır. Örnek olsun, çevrenin korunması söz konusu olduğunda, Taraf Devletlerin takdir marjının geniş olması kabul edilebilir bir yaklaşım olacaktır. Burada uyumsuzluk konusu meselenin ve talep edilen hakkın niteliğine bakılmalıdır. Ticari şirketlerin başvurularında veyahut özel hukuk kişilerince yapılmış olsa bile ticari nitelikteki şikayetlerde takdir marjının geniş tutulması kabul edilebilir. Diğer yandan, şikayet kişinin geçim olanakları, ailesinin yaşam standardıyla doğrudan ilgili olduğu sürece, takdir marjı darlaşmalıdır. Başvurucu tarafından dile getirilen talep, insan onurunun korunması bakımından ve yaşam standartları açısından ne kadar önemliyse, takdir marjı o kadar azalmalıdır. **Sonuç olarak denilebilir ki, bir müdahalenin ölçülü sayılıp sayılmayacağına bir yandan talep edilen hakkın niteliğine diğer yandan talep edenin malvarlığı pozisyonuna ve ailevi durumuna bakılmalıdır.**<sup>100</sup>

AİHM'in hızla zenginleşen mülkiyet hakkı eksenli içtihadına en çok muhatap olan Devletlerin başında Türkiye gelmektedir. O kadar ki, Türkiye hem belli bazı mülkiyet sorun öbekleri açısından hem de bazı tekil sorunlar açısından sık sık AİHM tarafından yargılanmış ve çoğu halde “mahkum” edilmiştir. Üstelik, halen AİHM önünde Türkiye'ye karşı açılmış çok sayıda mülkiyet hakkı ihlali iddiasını gündeme getiren derdest dava olduğu bilinmektedir.

Türkiye'ye karşı verilen mülkiyet hakkı ihlalleri büyük ölçüde bazı dava öbekleri etrafında toplanmıştır. Tamamı sistematik mülkiyet hakkı ihlali sayılan uyumsuzluklar arasında, tezyidi bedellerin/tazminatların geç ödenmesi – enflasyon karşısında erimesi<sup>101</sup>, yargı kararlarının uygulanmaması<sup>102</sup>, orman

<sup>100</sup> Bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:522-530.

<sup>101</sup> Yüzlerce karar arasında örneğin bkz. *Akkuş v. Turkey*, App. No.,19263/92, Judgment of 23 October 1997; *Aka v. Turkey*, App. No.19639/92, Judgment of 23 September 1998; *Şenay Çoruh v. Turkey*, App. No.47574/99, Judgment of 20 September 2005; *Gülşen and others v. Turkey*, App. No. 54902/00, Judgment of 3 May 2007; *Kur v. Turkey*, App. No. 43389/98, Judgment of 23 March 2006; *Ali Göktaş v. Turkey*, App.

veya kıyı gibi alanlarda kalan özel mülklerinin tapularının iptal edilmesi<sup>103</sup>, askeri bölgelerdeki özel mülkiyete el konulması – dava hakkının düşmesi<sup>104</sup>, gayrimüslim vakıfların davaları<sup>105</sup>, yabancıların miras yoluyla taşınmaz edinmeleri<sup>106</sup>, Kıbrıs davaları<sup>107</sup> ve Güneydoğu'dan gelen davalar (köy boşaltma – köye dönüş)<sup>108</sup> bulunmaktadır.

Türkiye'ye karşı bu dava öbekleri içinde yer almayan çok sayıda başvuru da AİHM'e taşınmıştır. İstisnai nitelikteki söz konusu davalar arasında manzara hakkı<sup>109</sup>, eser sahibinin haklarını gündeme getiren fikri mülkiyet<sup>110</sup>, suçla

---

No. 9323/03, Judgment of 12 February 2008; *Apaydın v. Turkey*, App. No. 502/03, Judgment of 12 February 2008.

<sup>102</sup> Bu kararlara yukarıda yer verildiğinden burada tekrar edilmeyecektir.

<sup>103</sup> Örneğin bkz. *Köktepe v. Turkey*, App. No. 35785/03, Judgment of 22 July 2008; *Cin and others v. Turkey*, App. No. 305/03, Judgment of 10 November 2009; *Turgut and others v. Turkey*, App. No.1411/03, Judgment of 8 July 2008; *Temel Conta Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Turkey*, App. No.45651/04, Judgment of 10 March 2009; *N.A. and others v. Turkey*, App. No. 37451/97, Judgment of 11 October 2005; *Abacı v. Turkey*, App. No. 33431/02, Judgment of 7 October 2008; *Terzioğlu and others v. Turkey*, App. Nos. 16858/05, 23953/05, 34841/05, 37166/05, 19638/06 and 17654/0, Judgment of 16 December 2008.

<sup>104</sup> Örneğin bkz. *I.R.S. and Others v. Turkey*, App. No. 26338/95, Judgment of 20 July 2004; *Börekçiöğulları (Çökmez) and others v. Turkey*, App. No. 58650/00, Judgment of 19 October 2006.

<sup>105</sup> Örneğin bkz. *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Turkey*, App. No.34478/97, Judgment of 9 January 2007; *Fener Rum Patriklığı v. Turkey*, App. No. 14340/05, Judgment of 8 July 2008; *Yedikule Surp Pirgiç Ermeni Hastanesi Vakfı v. Turkey*, App. No. 36165/02, Judgment of 16 December 2008; *Samatya Surp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı Yönetim Kurulu v. Turkey*, App. No. 1480/03, Judgment of 16 December 2008; *Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı v. Turkey*, App. Nos. 37639/03, 37655/03, 26736/04 et 42670/04, Judgment of 3 March 2009.

<sup>106</sup> Örneğin bkz. *Apostolidi and others v. Turkey*, App. No. 45628/99, Judgment of 27 March 2007; *Nacaryan and Deryan v. Turkey*, App. No. 19558/02 and 27904/02, Judgment of 8 January 2008.

<sup>107</sup> Örneğin bkz. *Cyprus v. Turkey*, App. No. 8007/77, Commission's Final Report of 4 October 1983, **DR Vol. 72**, sf:5-62; *Loizidou v. Turkey*, App. No.15318/89, GC Judgment of 18 December 1996; *Cyprus v. Turkey*, App. No.25781/94, Judgment of 10 May 2001; *Xenides-Arestis v. Turkey*, App. No. 46347/99, Judgment of 22 December 2005; *Demopoulos and Others v. Turkey*, App. Nos. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/047, 21819/04, Grand Chamber Admissibility Decision of 1 March 2010; *Ioanou v. Turkey*, App. No.18364/91, Just Satisfaction Judgment of 22 June 2010; *Kyriakou v. Turkey*, App. No. 18407/91, Just Satisfaction Judgment of 22 June 2010.

<sup>108</sup> Örneğin bkz. *Şuçuk and Asker v. Turkey*, Case No.12/1997/796/998-999, Judgment of 24 April 1998; *Dulas v. Turkey*, App. No.25801/94, Judgment of 30 January 2001; *Yöyler v. Turkey*, App. No.26973/95, Judgment of 27 July 2003; *Ayder and Others v. Turkey*, App. No.23656/94, Judgment of 8 January 2004; *Hasan İlhan v. Turkey*, App. No.22949/93, Judgment of 9 November 2004; *Doğan and others v. Turkey*, App. No.8803-8811/02, 8813/03 and 8815-8819/02, Judgment of 29 June 2004.

<sup>109</sup> *Ünver v. Turkey*, App. No.36209/97, Admissibility Decision of 26 September 2000.

mücadele çerçevesinde gemi ve arabaya müsadere/el koyma nitelikli müdahaleler<sup>111</sup>, çöplük patlaması sebebiyle meydana gelen can ve mal kaybından ötürü kamu makamlarının sorumluluğuna ilişkin şikayetler<sup>112</sup> ve çeşitli tereke meselelerini gündeme getiren miras<sup>113</sup> uyuşmazlıklarını içeren başvurular bulunmaktadır. Bu başvuruların bir kısmı mülkiyet hakkının ihlali hükmüyle sonuçlanırken bir kısmı mülkiyet hakkının ihlal edilmediği kararıyla neticelenmiştir.

Yukarıdaki örnek kararlar mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla AİHM'e götürülen şikayetlerin Türkiye için özel bir önem arz ettiğini açıkça göstermektedir. Hal böyle olunca, bütün Türk ulusal makamlarını bağlayan bir sistemde mülkiyet hakkının nasıl ve hangi standartlar çerçevesinde korunduğunu açığa çıkartmak, AİHM'e yapılacak olası başvuruları önleyeceği gibi mağdurların hak kayıplarının da önüne geçme potansiyeli taşımaktadır. Çalışmanın sonunda, yukarıda ayrıntılı olarak değerlendirilen AİHM içtihatları ışığında, başta belirsiz süreli kamulaştırma şerhleri, kamulaştırmaz el atmalar<sup>114</sup> ve kamulaştırma bedellerinin yetersizliği olmak üzere henüz Türkiye'ye karşı sistematik olarak dava açılmayan bazı mülkiyet hakkı meselelerinin, çok uzak olmayan bir gelecekte dava (ve muhtemel ihlal kararı) konusu teşkil edebileceğini vurgulamaktayız.

---

<sup>110</sup> *Oğuz Aral, Galip Tekin Aral and İnci Aral v. Turkey*, App. No.24563/94, Admissibility Decision of 14 January 1998. Bu başvurunun fikri mülkiyetin **P1-1** çerçevesinde korunduğunun teyidi bakımından Strasbourg yargısında öncü nitelikte olduğunu da vurgulayalım. Fikri mülkiyetin **AİHS** kapsamında korunmasının ayrıntıları için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:286-347.

<sup>111</sup> *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007 (silah kaçakçılığı yapıldığı iddiasıyla gemiye geçici el koyma); *Ali Esen v. Turkey*, App. No.74522/01, Judgment of 24 July 2007 (çalıntı arabaya iyi niyetli üçüncü kişinin elindeyken el konulması).

<sup>112</sup> *Öneryıldız v. Turkey*, App. No.48939/99, GC Judgment of 30 November 2004.

<sup>113</sup> *S. Ö., A. K. and Ar.K. v. Turkey*, App. No.31138/96, Admissibility Decision of 14 September 1999; *Tamar v. Turkey*, App. No.15614/02, Partial Admissibility Decision of 13 May 2004.

<sup>114</sup> Nitekim AİHM kamulaştırmaz el atmaların Türkiye'de sistematik bir sorun olduğunu ve bu durumun mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. 27 Mayıs 2010 tarihli hükmünde AİHM, Türkiye'den bu durumun sona erdirilmesi için gerekli önlemleri almasını istemiştir (Bkz. *Sarıca and Dilaver v. Turkey*, App. No. 11765/05, Judgment of 27 May 2010).