

MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLARDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Positive Obligations of the State in Offenses Against Property

Muhammed Fatih KARABULUT*

Geliş Tarihi: 08.01.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

ÖZET

Mülkiyet hakkı kural olarak devlete negatif yükümlülükler yükleyen bir haktır. AİHS'te düzenlenen hakların içeriğinden açıkça çıkarılamasa da AİHM kararlarıyla birlikte devletin pozitif yükümlülüklerinin de olduğu kabul edilmiştir. Yani devlet, sadece mülkiyet hakkını ihlal etmeme yükümlülüğü altında olmayıp aynı zamanda kişilerin mülklerini koruma, bu mülklere üçüncü kişiler tarafından yapılan ihlal boyutunda müdahaleleri önleme ve soruşturma yükümlülüğü de altındadır. Üçüncü kişilerin gerçekleştirdikleri ihlallere karşı mülkiyet hakkının korunması, sözleşmenin yatay etkisi bağlamında değerlendirilmektedir. Bu bağlamda malvarlığına karşı işlenen suçlarda devletin, koruma ve ihlali gerçekleştiren kişilerin tespitine yönelik pozitif yükümlülükleri vardır. Bu çalışmada malvarlığına karşı suçlarda devletin pozitif yükümlülükleri, AİHM ve AYM içtihatları çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: pozitif yükümlülükler, yatay etki, malvarlığına karşı suçlar, koruma, soruşturma.

ABSTRACT

The right to property is, as a rule, a right that imposes negative obligations on the state. Although the content of the rights regulated in the ECHR cannot be clearly understood, it has been recognized that the State has positive obligations along with ECtHR judgments. In other words, the state is not only obliged to not to violate the property right, but also has the obligation to protect the property of individuals, to prevent and investigate the interferences made by third parties on the property. The protection of property rights against violations by third parties is considered in the context of the horizontal effect of convention. In this context, the state has positive obligations for the protection and the identification of the perpetrators of the crimes committed against its assets. In this study, the positive obligations of the state in offenses against property are examined within the framework of the case law of the ECtHR and the Constitutional Court.

Keywords: positive obligations, horizontal effect, offences against property, protection, investigaion.

* T.C. Adalet Bakanlığı Hâkim Adayı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, e-posta: fatihkarabulut@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-6625-1019.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun 141-169. maddeleri arasında malvarlığına karşı suçlar düzenlenmiştir. Bu suçların konuları somut olarak farklı farklı olsalar da hepsinin ortak noktası, bunların mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilir olmalarıdır. Çalışmanın konusu, bu suçlara yönelik AİHM ve AYM'nin devlete ne tür pozitif yükümlülükler yüklediğidir.

Mülkiyet hakkı kural olarak devletin ihlal etmeme yükümlülüğü altında olduğu bir haktır. Ancak bu hak her zaman devlet tarafından ihlal edilmemektedir. Üçüncü kişilerin de mülkiyet hakkını ihlal etmeleri söz konusu olabilmektedir. Devletin, üçüncü kişilerin gerçekleştirdikleri ihlallerden sorumlu olup olmayacakları çalışmanın birinci bölümünde ele alınmaktadır.

Mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen müdahaleler hukuk davalarına konu olabileceği gibi ceza davalarına da konu olabilmektedir. Mülkiyet hakkına yapılan bu müdahale devlet tarafından değil üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa da devletin sorumlulukları gündeme gelecektir. Devletin müdahale gerçekleştiren taraf olmamasına rağmen sorumluluğunun doğması mülkiyet hakkının yatay etkisinden kaynaklanmaktadır. Çalışma kapsamında genel olarak yatay etki ve mülkiyet hakkı bağlamında yatay etki üzerinde durulmaktadır.

Üçüncü kişilerin ceza yasalarında düzenlenen malvarlığına yönelik suçlardan birini işlemesi durumunda pozitif yükümlülüklerden olan devletin koruma ve soruşturma yükümlülükleri ayrı ayrı veya birlikte gündeme gelebilecektir. Koruma yükümlülüğünün ve ceza yargılamasının aşamalarından biri olan soruşturma evresinin koşulları AİHM ve AYM kararlarıyla şekillendirilmiştir. Çalışmanın son kısmında bu koşulların neler oldukları üzerinde durulmaktadır.

Bu çalışma kapsamında yararlanılan AİHM kararları için HUDOC isimli "<https://hudoc.echr.coe.int/>" internet adresinde yer alan ve AYM bireysel başvuru kararları içinse "Kararlar Bilgi Bankası" isimli "<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>" yer alan arama motorları kullanılmıştır.

I. GENEL OLARAK POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

AİHM, Sözleşme ile koruma altına alınan haklara yönelik yükümlülükleri ikiye ayırmaktadır:

- a) Hakkı ihlal etmemeye yönelik negatif yükümlülükler
- b) Hakkı korumaya yönelik pozitif yükümlülükler.¹

¹ J. F. Akandji-Kombe, **İnsan Hakları El Kitapları, No.7: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Çev.: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Brüksel, Avrupa Konseyi Yay., 2008, s. 5; Cem Şenol, **Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m. 172/3)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 69.

Devletin, hakların kullanılmasına müdahale etmeme yükümlülüğü olan negatif yükümlülükler AİHS'in kendisinde mündemiçtir. Bunun nedeni AİHS'te düzenlenen hakların genel olarak birinci kuşak haklar olmasıdır². Bununla birlikte negatif yükümlülüklerin hakkın etkin kullanımı için yetersiz kaldığı durumlar söz konusu olabilmektedir.

Devletin öngörülebilir tehlikelere karşı bireyleri koruma yükümlülüğünün olmaması durumunda hakların gerçek anlamda güvence altında oldukları söylenemez. Hakların gerçek anlamda korunabilmeleri için negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülüklerin de olması gerekir³. Bu nedenlerle pozitif yükümlülükler sözleşmede açıkça düzenlenmiş olmasalar da AİHM'in pratiğiyle ortaya çıkmışlardır. Mahkeme'nin devletin negatif yükümlülüklerinin yanı sıra pozitif yükümlülüklerinin de olduğuna işaret ettiği ilk karar 1968 tarihli *Belçika Dil Hakları Davası*'dır. Bu karardan sonra mahkeme diğer kararlarında yeni unsurlar belirleyerek pozitif yükümlülüklerin gelişmesini ve sözleşmedeki hükümlerin negatif ve pozitif yükümlülükler olarak iki boyuta kavuşmasını sağlamıştır⁵. Dolayısıyla hak ve özgürlüklere ilişkin pozitif yükümlülükler, farklı kararlarla ortaya koyulduğu için AİHS'te genel bir tanıma sahip değildir⁶.

Pozitif yükümlülüklerin temeli AİHS'in 1. maddesidir. Taraflara Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü getiren madde aynı zamanda bu hak ihlallerine yol açan kişileri tespit etme ve cezalandırma yükümlülüğü de yüklemiştir⁷. Bununla birlikte pozitif yükümlülükler doğrudan 1. maddeden doğmamakta, 1. madde ile sözleşme ve ek protokollerde düzenlenen maddi hakların birlikte ele alınmasıyla doğmaktadır⁸.

Pozitif yükümlülükler, esasa ve usule ilişkin pozitif yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır:

A. Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükler

Sözleşmede düzenlenen hakların güvence altına alınması için Devletlerin önceden alması gereken tedbirler esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerdir.

² Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocukun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 92.

³ *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri A.Ş. Başvurusu*, AYM Kararı No. 2014/8649 15/02/2017 para. 43.

⁴ *Case "Relating To Certain Aspects Of The Laws On The Use Of Languages In Education In Belgium" v. Belgium*, App. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2121/64, Judgement of 23 July 1968.

⁵ Akandji- Kombe, *a.g.e.*, s. 6.

⁶ Batuhan Hoşgöl, *Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 21.

⁷ Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s. 9-10.

⁸ Şenol, *a.g.e.*, s. 73.

Bu tedbirler gerekli yasal düzenlemelerin (mevzuat) yapılmasıdır. Fakat bu yükümlülük sadece yeni mevzuat yapılmasından ibaret değildir. Bununla birlikte çıkarılan mevzuatın işler olması gerekir⁹. Ayrıca AİHS'e aykırı mevzuatın değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. AİHM *Broniowski v. Poland*¹⁰ kararında Devletlerin sözleşmeye aykırı mevzuatlarını hukuk sistemlerinden çıkarmaları gerektiğini belirtmiştir.

Esasa ilişkin yükümlülükler örnek olarak şunlar verilebilir: polis müdahalesini düzenleyen uygun kurallar koyma, kötü muamele ve zorla çalıştırmayı yasaklama, Sözleşme kurallarını evlat edinme prosedürüne veya daha geniş bir aile hukukuna dahil etmek vb.¹¹

B. Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükler

Usule ilişkin pozitif yükümlülükler esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerin uygulanmasıdır. Usule ilişkin yükümlülüklerin neler olduğu AİHM tarafından tek tek sayılmış olmasa da kararlar incelendiğinde belli başlı usule ilişkin yükümlülüklerin benimsendiği görülmektedir: a) tazminat, b) koruma, c) soruşturma ve yargılama, d) yargı kararlarının yerine getirilmesi¹².

Örneğin devletin koruma ve zarar görmesini engelleme yükümlülüğüne ilişkin bir başvuruda AİHM, doğal afet sonucu mülkleri zarar gören başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkı ihlallerini incelerken kural olarak devletin özel mülkiyeti koruma yükümlülüğü olduğuna işaret etmiştir. Ne var ki devletin özel mülkiyeti koruma yükümlülüğünün, somut olayda olduğu gibi insan kontrolünün ötesinde gerçekleşen doğa olaylarında aynı kapsamda değerlendirilmeyeceği sonucuna varılmıştır¹³.

C. Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülükler

Devlet, sadece insan haklarını ihlal etmekten kaçınma yükümlülüğü altında değildir. İnsanın haysiyetli bir yaşam sürebilmesi için yalnızca devlet-toplum dikey ilişkisinde hak ihlallerinin önlenmesi yeterli olamayacağından devlet, bireyleri diğer bireylerin gerçekleştirdikleri ihlallerden de koruma yükümlülüğü altındadır. Bu bakımdan yatay ilişkilerde meydana gelen ihlallerin engellenmesi ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için birtakım pozitif

⁹ Mehmet Akif Poroy, "Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği", İstanbul Barosu Dergisi, C:80, S:3, 2006, s. 1008.

¹⁰ *Broniowski v. Poland*, App. No. 31443/96, Judgement of 22 June 2004.

¹¹ Akandji- Kombe, *a.g.e.*, s. 16-17.

¹² Akandji- Kombe, *a.g.e.*, s. 54-56.

¹³ *Budayeva and Others v. Russia* App. No. 15339/02, Judgement of 20 March 2008, para. 173-174.

yükümlülükler gündeme gelmektedir.¹⁴ Dolayısıyla hakların yatay etkisinin, pozitif yükümlülüklerin bir sonucu olduğu sonucuna ulaşılabilecektir¹⁵.

Kural olarak insan haklarını devlet ihlal edebilir. İnsan haklarını korumakla görevli devlet, bu korumayı yalnızca hakları ihlal etmemek suretiyle gerçekleştiremez. Devlet, başka kişi ve gruplardan gelecek saldırıları caydırmak ve önlemek yükümlülüğü altındadır¹⁶. Bundan dolayıdır ki yatay ilişkide bir hakkı ihlal edenin bir birey olması halinde bile sorumluluk yine devlete ait olacaktır¹⁷. İhlalin önlenememesi ya da faillerin cezalandırılmaması gibi hallerde AİHM, devleti sorumlu tutabilecektir¹⁸. Fakat bu sorumluluk mutlak değildir¹⁹. Alınması gereken tedbirler somut olayın koşullarına göre tespit edilmelidir. Devletten olağanın ötesinde tedbirler alınması beklenmemelidir. Ani ve öngörülemeyen müdahalelerde olduğu gibi devletin özel bir tedbir almasının beklenemeyeceği hallerde pozitif yükümlülüğün ihlal edildiği sonucuna varılamaz²⁰.

II. MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLARDA POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

A. Malvarlığına Karşı Suçlar

Türk Ceza Kanunun 141-169 maddeleri arasında düzenlenen “malvarlığına karşı suçlar”²¹ eski TCK’da “mal aleyhine işlenen cürümler” başlığı altında düzenlenmekteydi. Mal terimi, ekonomik değeri olan somut nesneler için kullanılmaktadır. Yeni TCK’da bu terimin yerine malvarlığı teriminin kullanılmasıyla birlikte suçların kapsamının genişlediği söylenebilir. Çünkü malvarlığı terimi mülkiyet hakkıyla örtüşür nitelikte olup fikri haklar, ticari işletmenin müşteri çevresi, alacak hakkı gibi soyut değerleri de içinde barındırır²². Malvarlığı kavramı AİHM tarafından da sayılan bu kavramları içerecek ve iç hukuktan bağımsız olacak bir şekilde geniş yorumlanmaktadır²³.

¹⁴ Mehmet Akif Poroy, **a.g.e.**, s. 1007.

¹⁵ Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, s. 95.

¹⁶ Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 5. bs., Ankara, Orion Kitabevi, 2016, s. 119.

¹⁷ Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, s. 96.

¹⁸ Akandji- Kombe, **a.g.e.**, s. 15.

¹⁹ Mehmet Akif Poroy, **a.g.e.**, s. 1010.

²⁰ *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri A.Ş. Başvurusu*, No. 2014/8649, 15/02/2017 para. 47.

²¹ Madde-141 Hırsızlık, Madde-148 Yağma, Madde-151 Mala Zarar Verme, Madde-154 Hakkı Olmayan Yere Tecavüz, Madde-155 Güveni Kötüye Kullanma, Madde-156 Bedelsiz Senedi Kullanma, Madde-157 Dolandırıcılık, Madde-160 Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf, Madde-161 Hileli İflas, Madde-162 Taksirli İflas, Madde 163- Karşılıksız Yararlanma, Madde-164 Şirket veya Kooperatif Hakkında Yanlış Bilgi, Madde 165- Suç Eşyasının Alınması veya Kabul Edilmesi, Madde-166 Bilgi Vermeme.

²² Köksal Bayraktar, Ali Kemal Yıldız, Eylem Aksoy Retornaz vd., **Özel Ceza Hukuku – Cilt IV: Malvarlığına Karşı Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.1-3.

²³ H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s.133.

B. Mülkiyet Hakkı Bağlamında Pozitif Yükümlülükler

Malvarlığına karşı suçların konusunu mülkiyet hakkı oluşturmaktadır. Diğer haklarda olduğu gibi devlet, mülkiyet hakkının ihlal edilmesini önlemek için uygun tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır²⁴.

Mülkiyet hakkı, kural olarak devlete negatif yükümlülükler yükleyen bir haktır. Yani devlet, mülkiyet hakkını ihlal etmeme yükümlülüğü altındadır²⁵. Paralel olarak AİHM de eski kararlarında mülkiyet hakkı bağlamında bireyler arası uyuşmazlıklarda devletin pozitif yükümlülüğünün olduğunu kabul etmemekteydi²⁶. Mahkeme ilk olarak *Bielectric Srl v. Italy*²⁷ kararının kabul edilebilirlik kısmında bireyin devletten bekleyebileceği pozitif yükümlülüklerin mülkiyet hakkı için de söz konusu olabileceğini kabul etmiştir²⁸.

Mülkiyet hakkı bağlamında pozitif yükümlülükler, P1-1 ile 1. maddenin birlikte ele alınmasıyla doğmaktadır²⁹. Bununla birlikte doğrudan P1-1'in kaynak olduğu da söylenebilir. Madde metninde geçen "malvarlığına saygı gösterme"³⁰ ibaresi ilk bakışta devletin müdahale etmeme yükümlülüğüne (negatif yükümlülüğüne) işaret etse de AİHM mülkiyet hakkının korunması için devletin pozitif yükümlülüklerinin de olduğu görüşündedir. Bireylerin mülkiyet hakkından gerçek ve etkin bir şekilde yararlanabilmeleri, devletin alması gereken koruyucu tedbirlere bağlı ise devlet bu tedbirleri almalıdır³¹.

AYM, Anayasa'nın 35'inci maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının gerçek ve etkili bir şekilde korunabilmesinin yalnızca devletin müdahaleden kaçınmasına bağlı olmadığına işaret etmiştir. Bu bağlamda devlet, kişiler arasında çıkan mülkiyet hakkına dayalı uyuşmazlıkların çözümü için usule ilişkin güvenceleri sunan yargısal yolları da içeren hukuksal çerçeveler oluşturup bu çerçeveler kapsamında etkili ve adil kararlar verilmesini sağlamalıdır.

²⁴ *Öneryıldız v. Turkey*, App. No. 48939/99, Judgement of 30 November 2004, para. 134.

²⁵ H. Burak Gemalmaz, "Mülkiyet Hakkı" *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018, s. 191.

²⁶ H. Gürbüz Sarı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2010, s. 191-192.

²⁷ *Bielectric Srl v. Italy*, App. No. 36811/97, Judgement of 4 May 2000.

²⁸ Sarı, *a.g.e.*, s. 192.

²⁹ Akandji-Kombe, *a.g.e.*, s.8.

³⁰ *AİHS Ek Protokol No. 1 Madde– 1 Mülkiyetin Korunması* "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."

³¹ *Kotov v. Russia*, App. No. 54522/00, GC Judgement of 03 April 2012 para. 109-115.

Taşınmazı üçüncü bir kişi tarafından işgal edilen başvurucunun başvurabileceği yargısal yollara işaret eden AYM, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 683. maddesi uyarınca açılacak "haksız el atmanın önlenmesi davası" gibi hukuk yolunun bulunmasının yanı sıra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 154. maddesinde düzenlenen "hakkı olmayan yere tecavüz" suçu gibi mülkiyet hakkını korur nitelikte ceza hukuku araçlarından da yararlanılabileceğini de mümkün görmüştür.³² Bu kapsamda sağlanan usuli güvenceler uyumsuzluğun taraflarından birinin Devlet olduğu durumlarda daha sıkı sağlanmalıdır. Buna göre bu tarz uyumsuzluklar ele alınırken söz konusu olan eksiklikler P1-1 bağlamında ihlali gündeme getirebilmektedir³³.

AIHM pozitif yükümlülükleri, P1-1'in bünyesinde bulunan üç kuraldan³⁴ biri olan birinci kural (mülkiyete saygı) kapsamında değerlendirmektedir³⁵.

AYM ise mülkiyet hakkı bağlamında pozitif yükümlülüklerin, Anayasa'nın 35. maddesinin³⁶ lafzından açıkça çıkmadığını fakat devletin, bireyleri üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumasız bırakamayacağını da belirtmektedir. Mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunması için devletin negatif yükümlülüklerin yanında pozitif yükümlülüklerinin de olması gerekmektedir³⁷. Mahkeme bu sonuca Anayasa'yı bir bütün olarak yorumlayarak varmıştır. Anayasa'nın 5. maddesinde³⁸ devletin temel amaç ve görevleri sayılmıştır. Bu görevler arasında kişilerin refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve onların özgürlüklerini sınırlandıran kısıtlamaları kaldırmaya çalışma ödevleri olduğu belirtilmiştir³⁹. Sonuç olarak Anayasa'nın 5. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülükleri olduğu ortaya çıkmaktadır.

³² Mehmet Diyaeddin Serin Başvurusu, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 22-25.

³³ Tarnawczyk v. Poland, App. No. 27480/02, Judgement of 7 December 2010, para. 103.

³⁴ "Kural 1- mülkiyete saygı (P1-1/1, ilk cümle) **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). **Kural 4-** Yukarıda gösterilen üç ilke, birbirinden kopuk ve ilgisiz değildir; ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkına yöneltebilecek müdahalelere ilişkin özel ilkelerdir ve bundan ötürü, bu tür müdahaleler ilk kuralda ortaya konan genel ilke ışığında yorumlanmalıdır." (Gemalmaz, **AIHS Mülkiyet Hakkı**, s. 22-23.)

³⁵ Gemalmaz, **AIHS Mülkiyet Hakkı**, s. 418.

³⁶ **Anayasa Madde-35 Mülkiyet Hakkı** "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

³⁷ Abdulvahap Taşkın Başvurusu, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 46.

³⁸ **Anayasa Madde-5 Devletin temel amaç ve görevleri** "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

³⁹ Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri A.Ş. Başvurusu, No. 2014/8649, 15/02/2017 para. 44.

C. Malvarlığına Karşı Suçlarda Yatay Etki

Mülkiyet hakkı ancak devlet tarafından ihlal edilebilecek bir haktır. Bununla birlikte mülkiyet hakkının öznesi olan bireyleri üçüncü kişilere karşı koruma görevi de devlete aittir. Hakların yatay etkisinin pozitif yükümlülüklerin bir sonucu olduğu daha önce belirtilmişti⁴⁰. Bu yüzden P1-1, bireylerin gerçekleştirdikleri mülkiyet hakkı ihlallerine devleti müdahil ederek üçüncü kişileri dışlamaktadır⁴¹.

AYM verdiği bir kararda başvurunun mülkiyet hakkına müdahale edenin doğrudan kamu makamları olmamasına rağmen devletin, bireylerin üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunması için gerekli adli ve idari tedbirleri alması gerektiğine işaret etmiştir⁴².

Devlet üçüncü kişilerden gelecek müdahaleleri i) engelleme ve maliki koruma yükümlülüğü ile ii) ihlal sonrası telafi edici mekanizmaları ihdas etme yükümlülüğü altındadır⁴³. Bunun için gerekli mevzuatı yapması devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüğüdür⁴⁴. AİHM üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilen mülkiyet hakkı ihlali ile ilgili bir davada devletin müdahaleye karşı gerekli yargısal başvuru yollarını kurma yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda görevlendirilecek mahkemeler veya yargısal yetkiye sahip diğer kamusal otoritelerin uyumsuzlukları etkili ve adil bir şekilde çözebilecek yargısal güçleri haiz olması gerekmektedir⁴⁵.

Bu çalışmanın da konusu olan malvarlığına karşı suçlarda devletin pozitif yükümlülüklerine gelinecek olursa; özellikle malvarlığına karşı suçlarda etkili bir

⁴⁰ Bkz: C. Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülükler

⁴¹ Gemalmaz, **AİHS Mülkiyet Hakkı**, s. 418.

⁴² *Abdulvahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 52 “Buna göre başvurunun mülkiyet hakkına doğrudan kamu makamlarınca yapılan herhangi bir müdahalenin söz konusu olmadığı şüphesizdir. Ancak yukarıda da değinildiği üzere müdahale özel kişilerden yapılsa dahi devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde mülkiyet hakkının korunması için gerekli idari ve adli tedbirleri alması gerekmektedir. Bu sebeple başvuruya konu olayda devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yerme getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesi gerekir.”

⁴³ Gemalmaz, **AYM Bireysel Başvuru El Kitabı**, s. 195.

⁴⁴ *Abdulvahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 53 “Bu kapsamda ilk olarak mülkiyetin özel kişilerden gelen müdahaleler yönünden korunması için gerekli hukuki mekanizmaların oluşturulup oluşturulmadığı incelenmelidir. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun taşınır mülkiyetine ilişkin 762. ve devamı maddelerinde zilyetliğin ve mülkiyetin korunmasına ilişkin davalardan yararlanmasına ilişkin çeşitli hukuksal yollar düzenlenmiştir. Bunun yanında 5237 sayılı Kanun’un “Malvarlığına karşı suçlar” kenar başlıklı Onuncu Bölüm’ünde 141. ile 169. maddeleri arasında çeşitli suçlar öngörülmüştür. Bu maddelerde düzenlenen suçlar için öngörülen yaptırımlarla korunan hukuki değer ise mülkiyet hakkıdır. Diğer bir deyişle kanun koyucu bu suçların düzenlenmesiyle Anayasa’nın 35. maddesinin bir gereği olarak mülkiyet hakkının ceza hukuku araçlarıyla da korunmasına imkan sağlamıştır.”

⁴⁵ *Kotov v. Russia*, App. No. 54522/00, GC Judgement of 03 April 2012 para. 114.

koruma için ceza hukuku araçlarının devreye girmesine işaret eden bir içtihat bulunmasa da taraf devletlerin iç hukuklarında malvarlığını korumaya yönelik ceza hukuku araçları zaten bulunmaktadır. Dolayısıyla bu düzenlemelerin pozitif yükümlülükler bağlamında etkili olmaları beklenmektedir⁴⁶.

Malvarlığına karşı suçlarda devletin pozitif yükümlülükleri özellikle; koruma ve zarar görmesini engelleme yükümlülüğü ile soruşturma ve yargılama yükümlülükleri şeklinde görünmektedir.

D. Koruma ve Zarar Görmesini Engelleme

AİHM, tutuklu bulunduğu süre zarfında iki evinde hırsızlık yapılan başvurunun mülkiyet hakkı iddiasını incelerken söz konusu müdahalede devletin sorumluluğunun doğrudan olmadığını, müdahalenin üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirildiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte iç hukuktaki düzenlemeye göre başvurunun tutuklu kaldığı süre boyunca kolluk görevlileri tutuklunun mülkünü koruma yükümlülüğü altında olup bu yükümlülüğe aykırı davranan kolluk görevlilerin disiplin sorumluluğu gündeme gelecektir. Dolayısıyla mülkiyet hakkını koruma ve zarar gelmesini engelleme bakımından devletin pozitif yükümlülüğü olduğu vurgulanmıştır⁴⁷.

AİHM'in önüne gelmiş bir diğer başvuruda, yeniden kullanılabilir cam şişe ticaretiyle iştigal eden başvurunun evinin yanında içi şişe dolu vaziyette park halinde bulunan kamyonun yetkililer tarafından park izni olmadığı gerekçesiyle güvenli olmayan bir alana çekilmesi sonucunda kamyonun içindeki cam şişeler çalınmıştır. Mahkeme, park izni bulunmayan aracı çektiren otoritenin aracı zarar ve hasarlara karşı koruma yükümlülüğünün olduğunu ve yetkililerin bu yükümlülüğü yerine getirmede başarısız olduğu kanaatine varıp mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁸

E. Soruşturma ve Yargılama

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi* başlıklı 160'ıncı maddesi "(1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. (2) Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür." hükmünü haizdir. Bu bağlamda malvarlığına karşı işlenen

⁴⁶ Gemalmaz, **AİHS Mülkiyet Hakkı**, s. 419.

⁴⁷ *Blumberga v. Latvia*, App. No. 70930/01, Judgement of 14 October 2008, para. 66.

⁴⁸ *Dzugasova v. Russia*, App. No. 44974/04, Judgement of 12 February 2013, para. 27-29.

suçlarda da Cumhuriyet savcısının maddi gerçeği araştırarak şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplama yükümlülüğü olduğu ortadadır. Dolayısıyla lehe ve aleyhe delillerin toplanmasının yanı sıra şüphelinin/ müdahalede bulunanın tespiti de gerekmektedir.

Ulusal hukuktaki bu düzenlemeye paralel olarak AİHM içtihatlarında da mülkiyet hakkının etkili bir şekilde korunması için ceza hukuk araçlarının kullanılmasının gerekebileceğine işaret edilmektedir. Devletin ihlal iddialarına karşı soruşturma yükümlülüğü vardır⁴⁹. *Novoseletskiy v. Ukraine*⁵⁰ davasıyla birlikte mülkiyet hakkı ihlali iddiası üzerine ulusal makamlara bir soruşturma yükümlülüğü getirilmiştir. AİHM içtihatlarıyla bu soruşturmanın koşulları açıkça belirlenleştirilmemişse de özellikle sözleşmenin diğer maddeleriyle ilgili olarak verilen kararlarda bir soruşturmanın hangi niteliklere sahip olması gerektiği belirtilmiştir⁵¹.

AİHM üçüncü bir kişi tarafından yapılan müdahalenin cezai nitelikte olması durumunda devletin etkili bir ceza soruşturması yürütmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu soruşturma yükümlülüğü madde 2 (yaşam hakkı) ve madde 3 (işkence yasağı) kapsamındaki ihlallerde olduğu kadar mutlak değildir. Bunun sebebi malvarlığına karşı suçlarda devlet yetkililerinin makul çabalarına rağmen birçok suçun çözülmemesinin görülmesidir. Ayrıca mahkeme, malvarlığına karşı işlenen suçlarda yapılan soruşturmalarda ulusal makamların karşılaşacağı pratik zorlukların ve görece daha ciddi suçları araştırma eğilimlerinin de farkında olduğunu belirtmiştir. Bu sebeplerle mahkeme, şiddet içeren suçlara nazaran malvarlığına karşı suçlarda devletin soruşturma yükümlülüğünün ancak açık ve ciddi eksikliklerin olması durumunda yerine getirilmemiş sayılacağına karar vermiştir⁵².

AİHM, bu yaklaşımına ilaveten makul bir başarı şansı sağlaması şartıyla hukuk davası açmanın sonuç alınamamış bir ceza davasına alternatif olabileceğini de belirtmiştir. Bu durumda devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiş kabul edilebilmesi hukuk davasındaki başarısızlığın ancak ceza davasındaki açık ve ciddi eksikliklere bağlı olduğunda söz konusu olabileceğine işaret etmiştir⁵³.

AYM ise önüne gelen bireysel başvurularda malvarlığına karşı işlenen suçlarda devletin soruşturma yükümlülüğünün olduğuna işaret etmiştir. Çünkü kimi durumlarda hakları ihlal edilen bireylerin hukuk davası açabilmeleri ceza soruşturması sonucu elde edilebilecek bilgi ve bulgulara bağlı olacaktır⁵⁴.

⁴⁹ Gemalmaz, **AYM Bireysel Başvuru El Kitabı**, s. 195;

⁵⁰ *Novoseletskiy v. Ukraine*, App. No: 47148/99, Judgement of 22 February 2005.

⁵¹ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s.56.

⁵² *Blumberga v. Latvia*, App. No. 70930/01, Judgement of 14 October 2008, para. 67.

⁵³ *Blumberga v. Latvia*, App. No. 70930/01, Judgement of 14 October 2008, para. 68.

⁵⁴ *Abdulahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 49.

AYM de malvarlığına karşı işlenen suçlarda etkili ve özenli bir ceza soruşturmasının koşulları ve özellikleri konusunda AİHM ile aynı yaklaşıma sahiptir⁵⁵. Ceza soruşturmasının etkililiği kamusal makamların mülkiyet hakları ihlal edilen bireylerin bildirdiği veya diğer mevcut delillerin toplanmasında gösterdikleri özen dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁵⁶. Para çektikten sonra bankamatikte unuttuğu cüzdanı ve eşyaları çalınan başvurunun davasında mahkeme, yapılan soruşturmada bazı eksikliklerin olmasına rağmen olayın aydınlatılabilmesine yarayacak bir görgü tanığının olmaması, başvurunun da olayın çözümüne yarar başkaca bir delil sunmamış olmasını, kamusal makamların da bu tür suçların aydınlatılmasında karşılaştıklarını güçlükleri göz önüne alarak soruşturmada açık ve ciddi bir eksikliğin bulunmadığını, dolayısıyla devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerini ihlal etmediğine karar vermiştir⁵⁷.

AİHM ve AYM'nin özelliklerine ilişkin işaret ettiği madde 2 ve madde 3 bağlamında etkin soruşturma yükümlülüklerinin malvarlığına karşı suçlarda mutlak bir şekilde uygulanmayacağı belirtilmişti. Yine de AİHM'in bu maddelere ilişkin geliştirdiği içtihatlarda etkili ve özenli bir soruşturmanın hangi özelliklere sahip olacağı üzerinde durulmalıdır.

AİHM'e göre etkili ve özenli bir soruşturmadan bahsedebilmek için *soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız bir organ tarafından, başvuranların katılımı sağlanarak yürütülmesi, eksiksiz ve titiz bir şekilde yapılması, kamu denetime açık olması, ihlalden sorumlu olanların belirlenmesi ve cezalandırılma konularında sonuca götürebilecek nitelikte olması* gerekmektedir. Ayrıca soruşturmalarda gerekli ivedilik ve özen gösterilmelidir⁵⁸. Malvarlığına karşı

⁵⁵ *Abdulahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 50 “Dolayısıyla mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından suç işlenmesi suretiyle yapılan müdahalelerde yetkili makamların etkili ve özenli bir soruşturma yürütmesi gerekmektedir. Yetkili makamlarca gösterilecek özenin derecesi somut olayın öznel ve nesnel koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir. Ancak mal varlığı değerlerinin korunması amacını taşıyan mülkiyete karşı işlenen suçların soruşturulmasında gösterilmesi gereken özenin derecesinin yaşam hakkını korumaya yönelik olanlarla aynı olamayacağı tabiidir. Bu bağlamda özellikle işlenen suçların tamamının kamu makamlarının her türlü çabasına rağmen çözülmesinin mümkün olmadığı olgusunun dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla kamu makamlarından yaşam hakkının ihlali sonucunu doğuran suçlar gibi daha ciddi suçların soruşturulmasına öncelik tanınması beklenebilir. Bu nedenle mal varlığı değerlerine yönelik suçlara ilişkin bir soruşturmanın özenli yürütülmediğinin ve dolayısıyla etkili olmadığının söylenebilmesi için soruşturmada ciddi açıkların ve bariz eksikliklerin bulunması gerekmektedir.”

⁵⁶ *Abdulahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 54.

⁵⁷ *Abdulahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 56-57; AYM'nin benzer bir davada başvurunun iddialarını doğrulayacak nitelikte herhangi bir delil sunmadığı gerekçesiyle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunduğu karar için Bkz: K. Ö. *Başvurusu* No. 2016/3569, 18/07/2019.

⁵⁸ Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, a.g.e., s.10.

suçlarda bu yükümlülüklerin hangilerinin ne şekilde söz konusu olacağı somut olayın öznel ve nesnel koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir⁵⁹. Örneğin *Manfred Paul v. Germany*⁶⁰ kararında AİHM gerekli delillerin toplanmasını P1-1'in gerekleri arasında saymıştır. Özellikle madde 2 ve madde 3 kapsamında devletlere yüklenen delillerin toplanma yükümlülüğünün mülkiyet hakkı bağlamında da pozitif yükümlülük olarak gündeme gelmesi mümkündür⁶¹.

Madde 2 ve madde 3 kapsamında gerçekleştirilmesi gereken soruşturmanın etkin sayılması için taşınması gereken koşullar, nitelikleri uygun düştüğü ölçüde malvarlığına karşı işlenen suçlar kapsamında gerçekleştirilen soruşturmalarda da aranabilecektir. Örneğin soruşturmaya ivedilikle başlanmış olması⁶² malvarlığına karşı işlenen suçlarda soruşturmanın koşullardan biri olabilecektir. Bu koşul kaybolma ihtimali bulunan delillerin ivedilikle toplanması gerekliliği ile de doğrudan ilişkilidir.

F. Malvarlığına Karşı Suçlarda Pozitif Yükümlülüklerin Sınırı ve Devletin Takdir Marjı

Yatay ilişki kapsamında bireylerin gerçekleştirdikleri mülkiyet hakkı ihlallerinde de devletlerin sorumlu oldukları yukarıda belirtilmiştir⁶³. Fakat bu sorumluluğun sınırsız olması beklenemez. Üçüncü kişilerin gerçekleştirdikleri her ihalde devletin sorumlu tutulması doğru olmayacaktır. Üçüncü kişilerin müdahalelerinin ancak devlete atfedilebilir olduğu durumlarda devlet sorumlu tutulmalıdır⁶⁴.

AYM mülkiyetin korunmasına ilişkin hukuki çerçeve oluşturma konusunda hangi tedbirlerin alınacağına yönelik kamusal makamlara geniş bir takdir marjı tanımaktadır⁶⁵. Kamusal makamlardan olağanın üstünde tedbirler almasını beklememek gerektiğini belirten mahkeme, önüne gelen mülkiyet hakkı ihlali iddiasını içerir başvuruda, başvuruçunun araçlarının yakılmasının kamusal makamlar tarafından önceden bilindiğine veya öngörülebildiğine dair bir bilgi ya da belgenin bulunmaması nedeniyle pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiğinin söylenemeyeceğine karar vermiştir⁶⁶.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 1. maddesi "(1) Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın

⁵⁹ *Abdulahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 50.

⁶⁰ *Manfred Paul v. Germany*, App. No: 35556/03, Admissibility Decision of 29 May 2007.

⁶¹ Gemalmaz, *AİHS Mülkiyet Hakkı*, s. 422.

⁶² Şenol, *a.g.e.*, s.125.

⁶³ Bkz: *C. Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülükler*

⁶⁴ Gemalmaz, *AYM Bireysel Başvuru El Kitabı*, s. 195.

⁶⁵ *Abdulahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 49.

⁶⁶ *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri A.Ş. Başvurusu*, No. 2014/8649, 15/02/2017, para. 50.

ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder. (2) Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve ilgili mevzuatın kendisine verdiği vazifeleri yapar.” hükmünü haizdir. 772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu’nun 3. maddesinde ise *“Bir kimsenin can, mal ve ırzına saldırma ve tehditleri önlemek, saldıranları yakalamak,”* ve *“Bölgeleri içinde bulunan dükkân, mağaza, ev, motorlu araç gibi malların korunmasında sahipleri tarafından noksan alınan tedbirleri tamamlattırmak,”* çarşı ve mahalle bekçilerinin görevleri arasında sayılmıştır. Türk hukukundaki bu düzenlemelere göre kolluk güçlerinin alacağı tedbirlerin yere ve zamana göre farklılık gösterebileceği kuşkusuzdur. Bu kanun maddeleri ışığında AYM’nin önüne gelmiş yukarıdaki başvuruda devletin koruma yükümlülüğünün sınırlarının üzerinde durulması gerekmektedir. Başvurucu, araçlarını terör örgütü mensuplarının yaktığını, güvenlik güçlerinin bu durumda büyük ihmallerinin olduğunu iddia etmiş ise de davalı idare, yangının terörist amaçlarla çıkarıldığına dair herhangi bir emare olmadığını ileri sürmüştür⁶⁷. Terör olaylarının yaşandığı bölgelerde kişilerin malvarlıklarına karşı suç işlenebileceği öngörülebilirlik kapsamında değerlendirilmelidir. Mevzuat gereği kolluk güçlerine, suç işlenmesinin önlenmesi ve kişilerin malvarlıklarının korunması kapsamında pozitif yükümlülükler yüklendiği açıktır. Bununla birlikte terör olaylarının yaşandığı bölgelerde malvarlığına karşı gerçekleştirilen suçların öngörülelemeyeceğinin söylenmesi de olanaklı değildir. Bu kapsamda söz konusu bölgelerde devletten olağanın üstünde tedbirler alması beklenebilecektir. Dolayısıyla terör olaylarının yaşandığı bölgelerde gerçekleşen malvarlığına karşı suçların önlenmesinde devletin aldığı tedbirlere yönelik takdir marjı daha sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır.

SONUÇ

Mülkiyet hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülükleri, malvarlığına karşı suçlarda, genel olarak koruma ve zarar görmesini engelleme ile soruşturma ve yargılama yükümlülükleri olarak görünüm kazanmaktadır. AİHM ve AYM’nin önüne gelmiş başvurulara ilişkin sınırlı sayıda kararda bu koşulların, genel olarak somut olayın özelliklerine göre belirleneceğine işaret edilmiştir. Bununla birlikte bu koşulların özelliklerinin net bir şekilde saptanmasına yarayacak yeterli içtihat bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu yükümlülüklerle ilişkin koşullar, verilecek yeni kararlarla gelişmeye açıktır.

Üçüncü kişi tarafından malvarlığına karşı gerçekleştirilen suçlarla mülkiyet hakkının ihlal edildiği kuşkusuzdur. Mülkiyet hakkının ekonomik değeri olan şeylere ilişkin olmasından dolayı tazmin suretiyle ihlalingiderilmesi mümkündür.

⁶⁷ Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri A.Ş. Başvurusu, No. 2014/8649, 15/02/2017, para. 13-16.

Bunun için kural olarak hukuk davası açılması yeterli görülebilecektir. Fakat AİHM ve AYM'nin kararlarında da belirttiği gibi kimi durumlarda hukuk davasındaki başarı ancak ceza yargılamasına bağlı olabilmektedir. Kararlarda bu ihtimallerin neler olduğu açıkça belirtilmemişse de genel olarak delillerin araştırılması ve toplanması üzerinde durulmuştur. Bu bakımdan kaybolması muhtemel delillerin soruşturma aşamasında ivedilikle kamusal bir otorite tarafından toplanması, hukuk davasının başarısının ceza yargılamasına bağlı olduğu durumlara örnek olarak verilebilir. Ayrıca kişinin hukuk davası yoluyla giderim sağlayabilmesi için öncelikle hakkına müdahale eden üçüncü kişiyi bilmesi gerekir. Çünkü hukuk davası açabilmesi için davayı yöneltebileceği bir kişiye ihtiyaç vardır. İşte bu durumda da ceza soruşturmasının önemi kendini gösterecektir. AİHM kararlarında da belirtildiği gibi ceza yargılamasında failin cezalandırılması pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği konusunda temel husus değildir. Temel husus, delillerin toplanmasına ve failerin tespitine ilişkin etkin bir soruşturma yapılıp yapılmadığıdır. Bu sebeple malvarlığına karşı suç işleyen failin tespiti soruşturma aşamasının en temel amaçlarından biri olmalıdır. Bu sayede failin öğrenilmesiyle birlikte hukuk davası yoluna başvurulabilmenin önü açılmış olacaktır. Bu kapsamda AİHM, zarara bir kamu kurumunun sebep olduğu durumlarda Devletin, doğru sanığı/ davalıyı tespit etmesinin önemli bir yükümlülük olduğuna işaret etmektedir⁶⁸.

Malvarlığına karşı suçlarda kimi durumlarda da devletin koruma ve gözetme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği de değerlendirilecek pozitif yükümlülüklerden biridir. AİHM ve AYM bu yükümlülüğü somut olayın koşullarına göre değerlendirmektedir. Kararlar ışığında malvarlığına karşı suçlarda genel olarak bu yükümlülüğün, müdahaleyi kamusal otoritelerin bildiği ya da öngörmesi gerektiğinin somut olarak belli olduğu durumlarda ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte müdahaleye konu olay bakımından kamusal otoritelerin malvarlığına ilişkin koruma yükümlülükleri olduğunu açıkça düzenleyen iç hukuktaki yasalara uygun davranılmaması durumunda pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiği söylenebilecektir.

⁶⁸ *Sierpinsky v. Poland*, App. No. 38016/07, Judgement of 3 November 2009, para. 78.

KISALTMALAR

a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
Çev.	: Çeviren
ECHR	: European Convention on Human Rights
EctHR	: European Court of Human Rights
P1-1	: AİHS'in mülkiyet hakkına yer veren 1 No'lu Protokolünün 1. maddesi
para.	: Paragraf
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği

KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe, J. F. : **İnsan Hakları El Kitapları, No. 7: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yü-kümlülükler**, Çev.: Özgür Heval Çınar ve Abdul-celil Kaya, Brüksel, Avrupa Konseyi Yay., 2008.
- Bayraktar, Köksal; Ali Kemal Yıldız, Eylem Aksoy Retornaz vd. : **Özel Ceza Hukuku – Cilt IV: Malvarlığına Karşı Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Cengiz, Serkan; Fahrettin Demirağ; Teoman Ergül; Jeremy McBride; Durmuş Tezcan : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işı-ğında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara, TBB Yayınları, 2008.
- Erdoğan, Mustafa : **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 5. bs., Anka-ra, Orion Kitabevi, 2016.
- Gemalmaz, H. Burak : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.

- Gemalmaz, H. Burak : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.
- Gemalmaz, H. Burak : **"Mülkiyet Hakkı" Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018.
- Hoşgöl, Batuhan : **Etkin Soruşturma Yükümlülüğü**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Poroy, Mehmet Akif : "Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği", İstanbul **Barosu Dergisi**, C:80, S:3, 2006, s. 1005- 1011.
- Sarı, H. Gürbüz : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2010.
- Şenol, Cem : **Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m. 172/3)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR;

<https://hudoc.echr.coe.int/>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>