

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINA GÖRE MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI AÇISINDAN DEVLETLERİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Suat ŞİMŞEK\*

## ÖZET

Klasik yaklaşımda devletin negatif statü hakları konusunda negatif yükümlülüklerinin, pozitif statü hakları konusunda ise pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Zaten devletin yükümlülüğünün pozitif ya da negatif olması, ilgili hakkın negatif statü hakkı ya da pozitif statü hakkı olarak nitelendirilmesinde kullanılmaktadır. Fakat AİHM son yıllarda verdiği kararlarında klasik tasnifte negatif statü hakkı olduğu kabul edilen mülkiyet hakkı açısından devletin pozitif yükümlülüklerinin de bulunabileceğine karar vermektedir. Mahkeme, mülkiyet hakkı karşısında devletin sadece müdahale etmemesini yeterli bulmamakta, bireylerin bu haktan etkin şekilde yararlanabilmeleri için devletin harekete geçmesini beklemektedir. Bu kapsamda devletler hem mülkiyet hakkının korunması için gerekli yasal ve idari çerçeveyi düzenlemek hem de uygulamanın bu çerçeveye uygun olarak cereyan etmesini sağlamakla yükümlüdürler.

Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde mülkiyet hakkının korunması açısından devletlerin pozitif yükümlülükleri, bu yükümlülüklerin kapsamı ve sınırı ile bu yükümlülüklerdeki takdir hakkı, AİHM kararları ışığında irdelenecektir.

**Anahtar kelimeler:** Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Pozitif Yükümlülükler, Takdir Hakkı

## POSITIVE OBLIGATIONS OF STATES IN TERMS OF PROTECTION OF THE RIGHT OF PROPERTY IN ACCORDANCE WITH THE JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

### ABSTRACT

The classical approach assumes that negative obligations exist for negative status rights and positive obligations for positive status rights. In fact, the negative or positive status of the state's obligations is used to describe the relevant right as negative status right or positive status right. However, in its recent decisions, the ECHR has ruled that the state may also have positive obligations regarding property right for which traditional classification provides only negative status rights. The Court finds that sole intervention of the state is insufficient regarding property right and expects the state to take action to ensure that the individuals can actively benefit from this right. In this regard, the states are obliged to regulate the legal and administrative framework necessary to protect property rights as well as to ensure that implementation occurs in line with this framework.

---

\* Maliye Bakanlığı Maliye Uzmanı

This study shall evaluate the positive obligations of states for the protection of property rights within the framework of the European Convention on Human Rights, the context and boundaries of these obligations as well as the margin of appreciation over these obligations in light of the judgments of the European Court of Human Rights.

**Keywords:** Right of Property, European Convention on Human Rights, Positive Obligations, Margin of Appreciation

## 1. GİRİŞ

Klasik yaklaşımda devletin, bir hakkın ya da özgürlüğün korunması konusunda takinabileceği başlıca iki tür yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmekte ve bir hakka ya da özgürlüğe karşı yaklaşımı, bu hakkın negatif statü hakları ya da pozitif statü hakları olarak tasnif edilmesinde kullanılmaktadır. Bunları, negatif yükümlülükler ve pozitif yükümlülükler olarak sıralamak mümkündür.<sup>1</sup> Negatif yükümlülük devlete, yasaların izin verdiği haller dışında hakka müdahale etmeme görevi yüklemektedir. Buna karşılık pozitif yükümlülükler, kişilerin haklardan etkin şekilde yararlanması için devletin bazı tedbirler almasını, bir başka ifadeyle aktif bir şekilde müdahale etmesini gerektirmektedir.

Bu ayırmada, devletin negatif yükümlülüklerinin bulunduğu haklar, negatif statü hakları; pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu haklar ise pozitif statü hakları olarak sınıflandırılmıştır. Örneğin klasik yaklaşımda mülkiyet hakkı, devletin müdahale etmemesi gereken negatif statü haklarından biridir. Devlet, kişilerin/kurumların malvarlığında bulunan değerlere saygı göstermek, işlem ya da eylemleri ile bu değerlere zarar vermemek ve malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerine müdahale etmemek durumundadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün mülkiyet hakkını koruyan 1. maddesinde<sup>2</sup> yer alan "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır"

1 Elbette ki bu yükümlülükleri farklı sınıflandırmalara da tabi tutmak mümkündür. Örneğin Akandji-Kombe (2008) bu yükümlülükleri;

a) Devlet organ ve görevlilerinin kendilerinin bir ihlalde bulunmamasını gerektiren "saygı gösterme yükümlülüğü";  
b) Devletin hak sahiplerini üçüncü tarafların müdahalesine karşı korumasını ve failerin cezalandırmasını gerektiren "koruma yükümlülüğü";  
c) Hakkın tümünden gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren "uygulama yükümlülüğü" Olmak üzere üçe ayırmaktadır. Üstelik, yükümlülüklerin sınıflandırılması açısından herkesin ya da çoğunluğun kabul ettiği bir sınıflandırma modeli bugüne kadar ortaya konulamamıştır. Ancak çalışmamızın esasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sınıflandırması oluşturduğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pozitif ve negatif yükümlülük şeklinde bir tasnif benimsediği için çalışmada bu sınıflandırma esas alınmıştır.

2 "Mülkiyetin Korunması" başlıklı bu maddenin 6366 sayılı Kanun'la onaylanmış metni şu şekildedir: "Her hakiki veya hükmi şahıs mallarının masuniyetine riayet edilmesi hakkına maliktir. Herhangi bir kimse ancak âmme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dâhilinde mülkünden mahrum edilebilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, emvalin umumi menfaate uygun olarak istimalini tanzim veya vergilerin veyahut sair mükellefiyetlerin veyahut da para cezalarının tahsili için zaruri gördükleri kanunları yürürlüğe koymak hususunda malik buldukları hukuka halel getirmez."

ibaresi de devletlere, kişilerin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterme ve hakka müdahale etmeme görevi yükler. Dolayısıyla, Sözleşme ile kurulan güvence sisteminde de devletin mülkiyet hakkının korunmasındaki temel rolünün negatif olması gerektiği söylenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM/Mahkeme) son zamanlarda verdiği kararlarında bu yaklaşımı oldukça esnetmiştir. Mahkeme, klasik anlamda negatif statü haklarından olduğu kabul edilen mülkiyet hakkının korunması açısından, devletlerin negatif yükümlülüklerinin yanı sıra, pozitif yükümlülüklerinin de bulunabileceğini ifade etmektedir. Mahkeme özellikle son dönemde verdiği bazı kararlarında, mülkiyet hakkının korunması ve kişilerin bu haktan etkin şekilde yararlanabilmesi için devletin müdahale etmemesini yeterli görmemekte, tam aksine devletin konuya müdahil olmasını beklemektedir. Mahkeme'ye göre gerek Sözleşme'nin ve gerekse Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi, taraf devletlere sadece bireyin hak veya özgürlük olarak tanınmış eylemlerine müdahale etmemek mükellefiyetini değil; bunların fiilen ve gerçekten kullanılmasını sağlamaya yönelik önlemlerin alınması mecburiyetini de getirmektedir. Devlet, gerektiği durumda mülkiyet ilişkilerine müdahale ederek bireylerin mülkiyet hakkından etkin şekilde yararlanmalarını sağlamalıdır.

Bu çalışmada klasik tasnifte negatif statü hakları arasında görülen mülkiyet hakkı açısından devletin pozitif yükümlülükleri, AİHM kararları ışığında irdelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak, genel anlamda pozitif yükümlülük kavramı açıklanacaktır. Sonrasında mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülüklerin dayanağı ve kapsamı, Sözleşme'nin yatay uygulaması açısından pozitif yükümlülükler ve pozitif yükümlülüklerde takdir hakkı konuları incelenecektir.

## **2. GENEL OLARAK DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

Devletlerin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri bulunabileceğini ifade etmesine rağmen AİHM, pozitif yükümlülük kavramının tanımını yapmamıştır (Akandji-Kombe, 2008: 7). Bu tutumun temel nedeni negatif yükümlülüklerin bizzat Sözleşme'den kaynaklanmasına karşılık, Sözleşme'de korunan hakların çoğu açısından pozitif yükümlülüklerin Mahkeme içtihatlarıyla şekillenmesi olsa gerektir. Gerçekten de Mahkeme, pozitif yükümlülük kavramını, Sözleşme'nin 1. maddesinin devletlere yüklediği "kendi yetki alanları içinde bulunan herkese tanımlanan bu hak ve özgürlükleri güvence altına almak" görevini, Sözleşme'nin diğer maddeleriyle birlikte okuyarak geliştirmiştir.

Pozitif yükümlülük kavramı, devletin mülkiyet hakkını korumak için bir edimde bulunmasını gerektirmektedir. Bundan dolayı, pozitif yükümlülükler devletlerin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili olarak aktif tedbirler alma yükümlülüğünü

ifade etmektedir. Yargıç Martens de, Gul/İsviçre kararında yazdığı karşı oyda, pozitif yükümlülüğü, “*taraf devletlerin harekete geçmesi gereken durumlar*” olarak tanımlamıştır (Çoban, 2008: 206). Mahkeme de, İlascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya kararında devletlerin pozitif yükümlülüklerinin, öncelikler ve kaynaklar dikkate alınarak bireysel yarar ile kamu yararı arasında devlet tarafından yapılacak politik tercihlerde adil dengenin sağlanması bağlamında incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

AİHM tarafından Sözleşme’nin dinamik ve etkili bir biçimde yorumlanması sonucu geliştirilmiş olan bu kavramın amacı, Sözleşme’nin etkili bir şekilde uygulanmasını ve Sözleşme ile korunan hakların etkin şekilde kullanılabilmesini sağlamaktır (Akandji-Kombe, 2008: 9; Kocabaş, 2009: 2). Çünkü negatif yükümlülükler, bazı durumlarda hakkın etkin şekilde kullanılabilmesi açısından yeterli olmamaktadır. Kişilerin hak ve özgürlüklerini kullanabilmeleri, ancak devletin mülkiyet ilişkilerine müdahalesiyle olabilmektedir. Örneğin bir kimsenin mülkiyetinde bulunan mallara haksız bir saldırı olduğunda devlet, hem bu saldırıların sona erdirilmesini sağlayacak hukuki düzenlemeleri yapmak hem de bu düzenlemelerin uygulanmasında azami derecede özen göstererek saldırıyı sona erdirmek zorundadır.

Ancak AİHM’nin devletin negatif statü hakları bakımından pozitif yükümlülüklerinin de var olabileceğini kabul etmesi uzunca bir süre almıştır. Sözleşme sistemi kurulduktan sonra pozitif yükümlülük kavramının Mahkeme tarafından ifade edilmesi için 1968 tarihli Belçika Dil Davası olarak bilinen davayı beklemek gerekmiştir (Koçak, 2006: 123). O tarihten itibaren pozitif yükümlülük kavramının içi, AİHM tarafından doldurulmaktadır. Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye kararında ise mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülükler, Mahkeme tarafından esas yönünden yükümlülükler ve usul yönünden yükümlülükler olarak sınıflandırılmıştır. Bu anlamda bakıldığında, mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülüklerin kapsam ve içeriğinin Mahkeme tarafından sürekli olarak geliştirildiğini görmekteyiz.

Bugün için Mahkeme, devletin mülkiyet hakkının korunması açısından ciddi pozitif yükümlülükleri bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkeme’ye göre devlet, bazı durumlarda bireylerin mülkiyet hakkını kullanmalarını sağlamak üzere gerekli tedbirleri almak durumunda olabilir. Sözleşmenin temel hedefi, kişiyi kamu otoritelerinin keyfi kayıtsızlığına karşı korumaksa, mülkiyet hakkının korunmasının ayrılmaz bir gereği olarak devletin pozitif yükümlülüklerinin de bulunması gerekir. Bunun doğal bir sonucu olarak; eğer kişinin otoritelerden yasal olarak bekleyebileceği tedbirler ile bu kişinin mülkiyet hakkını kullanması arasında doğrudan bir ilişki olduğu kabul edilirse, devletin mülkiyet hakkını korumak için bazı yükümlülüklerini yerine getirmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur (AİHM’nin Blumberga/ Litvanya

kararı, Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye kararı, Bielectric S. R. L./İtalya kararı). Üstelik karşılıklılık ilkesi, mülkiyet hakkının vatandaş olmayanlara tanınması açısından devletlerin pozitif yükümlülüklerini bertaraf etmemektedir. Geleneksel uluslararası sözleşmelerin aksine Sözleşme'ye taraf devletlerin, Sözleşme'den doğan yükümlülükleri, karşılıklılık ilkesine dayanmamaktadır (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2007: 17).

### **3. MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI AÇISINDAN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİN KAYNAĞI**

Mahkeme, pozitif yükümlülükleri sistematik bir şekilde Sözleşme'nin 1. maddesi ile Sözleşme'de bu hakkı koruyan ilgili maddenin birleşimine dayandırma eğilimindedir. Bu kapsamda mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükler, Sözleşme'nin 1. maddesi ile Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin birleşiminden doğmaktadır (Akandji-Kombe, 2008: 8).

Pozitif yükümlülüklerin ilk dayanağı Sözleşme'nin genel yapısı ve özellikle de 1. maddesidir. Mahkemeye göre Sözleşme'nin 1. maddesi devletlere *"kendi yetki alanları içinde bulunan herkese tanımlanan bu hak ve özgürlükleri güvence altına almak"* görevini yüklemektedir (AİHM'nin Broniovski/Polonya kararı, Kostic/Sırbistan kararı, Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye kararı). Bu madde, devletlere sadece müdahale etmemek görevini değil, bundan daha fazla olarak hak ve özgürlüklerin gerçekten ve fiilen kullanılmasını sağlamak üzere gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir (AİHM'nin Bijelic/Sırbistan kararı, Gölcüklü ve Gözübüyük, 2007: 2). Mahkeme bu konudaki düşüncesini Airey/İrlanda kararında şu şekilde açıklamıştır (Kocabaş, 2009: 22): *"Sözleşme teorik veya göz boyayıcı hakları değil, uygulanabilir ve etkili hakları güvence altına almaktadır."*

Mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülüklerin bir diğer kaynağı, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesidir. Aslında maddenin Türkçe resmi metninde geçen *"mallarının masuniyetine riayet edilmesi"* ve Fransızca metninde geçen *"respect de ses biens (malvarlığına saygı gösterme)"* ibareleri, ilk bakışta devletin sadece negatif yükümlülüklerinin söz konusu olabileceğini düşündürmektedir. Mahkeme de bu maddenin esas amacının, mülkiyet hakkından barışçıl şekilde yararlanma hakkına (*peaceful enjoyment of his or her possessions*), devlet tarafından yapılacak müdahalelere karşı bireyi korumak olduğunu vurgulamaktadır (AİHM'nin Broniovski/Polonya kararı). Bununla birlikte Mahkeme, mülkiyet hakkının korunması gerektiğinde, devletin pozitif koruma tedbirleri de alması gerekebileceğini vurgulamaktadır (AİHM'nin Sovtransavto Holding/Ukraine kararı, Mutatis Mutandis/Yunanistan kararı, Keegan/İrlanda kararı, Kroon ve Diğerleri/Hollanda kararı, Broniovski/Polonya kararı). Mahkeme'nin 1. maddenin özünden çıkardığı bu ilkeye

göre, bireylerin mülkiyet hakkından etkin şekilde yararlanabilmeleri, yetkililerin almasını bekleyeceği meşru tedbirlere bağlı ise devlet mülkiyet hakkı için pozitif koruma tedbirleri almalıdır (AİHM'nin Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı, Bielectric S. R. L./İtalya kararı, Öner Yıldız ve Diğerleri/Türkiye kararı).

Mahkeme, pozitif yükümlülük olgusunu, özellikle Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin birinci cümlesi (üç kural analizine göre birinci kural)<sup>3</sup> bağlamında değerlendirmek eğilimindedir (AİHM'nin Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı). Mahkeme'ye göre devletlerin pozitif yükümlülükleri, birinci cümlede (Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır) geçen genel kural kapsamında değerlendirilmelidir.

Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin devletlere pozitif yükümlülükler yüklediği kabulünün altında yatan bir diğer neden ise bu maddeye hakim olan sosyal mülkiyet yaklaşımıdır. Mahkeme, özellikle mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda sosyal devlet anlayışını benimsemektedir. Sosyal devlet, kapitalist devletin aksine, bireylerin sadece şekli (hukuki) anlamda eşit olmasını yeterli görmemektedir. Sosyal devlet anlayışının temeli, mülkiyet hakkı da dahil olmak üzere temel hak ve özgürlüklerden herkesin hukuken ve fiilen yararlanabilmesine dayanır (Gören, 1997: 96). Bu anlayışa göre, insanın doğuştan sahip olduğu onurlu bir hayat sürdürme, maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkını korumak, refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, sosyal hukuk devletinin temel amacı ve görevidir. Bundan dolayı devletin, temel haklara ve özgürlüklere yaklaşımında sadece tanınması yeterli olmamakta, kişilerin bu haklardan etkin şekilde yararlanabilmesi için tedbir alması beklenmektedir. Bu nedenle sosyal devlet, sosyal açıdan zayıf olan kesimleri desteklemek ve bu kesimlerin temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesini sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Örneğin hukuki olarak herkesin konut edinme hakkının olması, sosyal devlet ilkesi açısından yeterli görülmemektedir; hukuken konut edinme hakkına sahip olan kişilerin fiilen bunu gerçekleştirebilmelerinin sağlanması gerekir.

3 Mahkeme mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri değerlendirirken "üç kural analizi" olarak tabir edilen bir analiz metodu kullanmaktadır. İlk kez Sporrang-Lönnroth/İsveç davasında ana hatları ile ortaya konulan bu analiz, mülkiyet hakkını koruma altına alan Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesindeki tasnifle doğrudan bağlantılıdır ve mülkiyet hakkına yapılabilecek müdahaleleri sınıflandırmaktadır. Mahkeme tarafından yapılan analize göre mülkiyet hakkına yapılabilecek müdahaleler şunlardır:

- Mal ve mülk dokunulmazlığı ilkesinin ihlali (1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 1. paragrafının ilk cümlesi: "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır.")
- Mülkten mahrum bırakma (1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 1. paragrafının 2. cümlesi: "Bir kimse, ancak kamu yararı sebebi ile ve yasadışı öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.")
- Mal ve mülkün kullanımının kontrol edilmesi (1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 2. paragrafı: "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 hakta hâlel getirmez.")

Pozitif yükümlülüklerin bir diğer kaynağı; Sözleşme'nin tamamına hakim olan, Mahkeme'nin demokratik bir toplumun en temel ilkelerinden biri olarak gördüğü ve Sözleşme'nin tüm maddelerinin özünde yer aldığını kabul ettiği hukukun üstünlüğü ilkesidir (Akandji-Kombe, 2008: 9). Mahkeme'nin 22.06.2004 tarihli Broniowski/Polonya kararıyla başlattığı, 31.03.2005 tarihli Matheus/Fransa kararı ile gelişen bu yaklaşımı, temel hak ve özgürlükleri (bu arada mülkiyet hakkını da) diğer unsurlara ilaveten koruyan ek bir koruma tedbiri oluşturmaktadır. Mahkeme, devletlerin esas yönünden pozitif yükümlülükleriyle ilgili olarak verdiği Broniowski /Polonya kararında, hukukun üstünlüğü ilkesinin, devletlerin sadece kabul ettikleri yasalara saygı gösterme ve bu yasaları öngörülebilir ve tutarlı bir şekilde uygulamasını değil, bu görevin bir sonucu olarak bunların uygulanmasını sağlayacak hukukî ve pratik şartları sağlamasını gerektirdiğini de vurgulamıştır.

Mahkeme'nin devlete pozitif yükümlülükler atfetmesinin altında yatan önemli bir neden de, devletin gerçek kişilere ve diğer tüzel kişilere karşı konumunda yatmaktadır. Gerçekten de devletin en üstün tüzel kişi ve gerek düzenleyici işlemler gerekse uygulama yolu ile kişiler arasındaki uyumsuzlukları çözebilecek, bu amaçla gerekli mevzuatı çıkarabilecek en üst otorite olduğu dikkate alındığında, devletin kişilerin mülkiyet hakkından en etkin şekilde yararlanabilmesini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu sonucuna varılır.

#### **4. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİN KAPSAMI**

Mahkeme, mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülüklerin ne şekilde yerine getirileceği, alınması gereken tedbirlerin neler olduğu, hangi düzenlemelerin yapılacağı konusunda Sözleşme'ye taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu ifade etmektedir (AİHM'nin Procomexim S. R. L./Romanya kararı). Örneğin AİHM, Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında verdiği kararda sosyal, ekonomik ve şehirciliğe ilişkin sorunların nasıl çözüleceği konusunda kendi görüşlerini ulusal makamların görüşlerinin yerine koymak gibi bir niyetinin olmadığını hatırlatmış ve ulusal makamların öncelikleri ve kaynakların nasıl kullanılacağını belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiştir.<sup>4</sup> Mahkeme'nin bu konudaki denetimi, alınan tedbirlerin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını denetlemekten ibarettir.

Mahkeme'nin pozitif yükümlülükler konusunda devletlere bu kadar geniş bir hareket alanı tanınmasının temel nedeni, mülkiyet hakkına ilişkin problemlerin çözümü açısından kamu yararını belirlemede devletlerin geniş bir takdir hakkı

<sup>4</sup> Mahkeme bu kararda şunları vurgulamıştır (İNHAÇ BB; 2012): "Elbette AİHM şehir ve ilçe planlanması politikalarının ve bunlar sonucunda oluşturulan önlemlerin seçimi ile uygulanmasında birçok yerel etkeni kapsayan bir takdir hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak söz konusu davadakine benzer bir sorunla karşılaşıldığında, bu takdir hakkının yetkilileri zamanında, uygun ve hepsinden de önemlisi tutarlı bir şekilde harekete geçme görevlerinden muaf tutması beklenemez. Söz konusu davada böyle olmamıştır, zira kaçak yapılan engellemeye yönelik yasaların uygulanmasında Türk toplumunda yaratılan belirsizliğin, başvuranın meskenine ilişkin durumun bir gece içerisinde değişebileceğini sanmasına neden olması elbette mümkün değildir."

olmasıdır. Mahkeme'ye göre ulusal makamlar, kendi toplumlari ve onun ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgiye sahip oldukları için, neyin "kamu yararına" olduğuna hükmederken, kural olarak bir uluslararası yargıca göre daha iyi konumdadırlar. Üstelik Mahkeme, Sözleşmeye taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede, uluslararası bir yargıca göre daha iyi bir konumda olduğunu vurgulu bir şekilde belirtmektedir (Çoban, 2008: 206). Bu nedenle, mülkiyet hakkına müdahaleyi gerektirecek kamuyu ilgilendiren bir sorunun varlığını ve çözüm yollarını takdir etmek, öncelikle ulusal makamların işidir (AİHM'nin James ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı). Buradaki takdir yetkisi, sadece idarenin değil, aynı zamanda yasama ve yargı organlarının takdir yetkisini de kapsamaktadır.

Belirtmek gerekir ki Mahkeme, bir hakka yapılacak müdahalelerde alınması gereken pozitif tedbirleri belirleme yetkisini ulusal makamlara bırakmakla birlikte bu tedbirlerin çerçevesini çizmekten de geri kalmamıştır. Hazine taşınmazının üzerinde yapılan gecekondunun, yakınlarda bulunan çöplüğün gaz sıkışması nedeniyle patlaması sonucu yıkılması dolayısıyla açılan Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında AİHM Büyük Dairesi tarafından verilen 30.11.2004 tarihli kararda, pozitif yükümlülükler "*esas yönünden yükümlülükler*" ve "*usul yönünden yükümlülükler*" olmak üzere iki kısımda değerlendirilmiştir. Buradaki ayırımın temeli, devletin mülkiyet hakkını korumak için alması gereken tedbirlerin niteliğinde yatmaktadır. Eğer yasal ve idari çerçevenin (gerekli mevzuatın hazırlanması ve yürürlüğe konulması) oluşturulması söz konusu ise esas yönünden yükümlülükler, buna karşılık uygulamanın yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılması söz konusu ise usul yönünden yükümlülükler söz konusu olmaktadır.

#### **4.1. Esas Yönünden Yükümlülükler**

Sözleşme'de güvence altına alınan hakları korumak için oluşturulması gereken yasal ve idari çerçeve (mevzuat), devletin esas yönünden yükümlülüğüdür. Buna göre devlet, gerek kamu idarelerinin ve gerekse özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkına haksız müdahalesini önleyecek mekanizmaları önceden kurmuş olmalıdır (Gemalmaz, 2009: 419). AİHM'ye göre her bir Sözleşmeci Devletin, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesini ve mülkiyet hakkına bir müdahale söz konusu olduğunda hakkın etkin şekilde korunmasını ve kullanılmasını sağlamak için uygun ve yeterli hukukî silahlarla kendisini donatması gerekmektedir (AİHM'nin Paduraru/Romanya kararı, Plechanow/Polonya kararı, Blumberga/Litvanya kararı, Fuklev/Ukrayna kararı). Mahkeme Broniowski/Polonya kararı ile Bushati ve Diğerleri/Arnavutluk kararında Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin devletlere sadece mevzuata saygı gösterme ve bu mevzuatı öngörülebilir ve tutarlı bir şekilde uygulama görevi yüklemekle kalmadığını, bunun yanı sıra mülkiyet hakkının etkin şekilde kullanılmasını sağlamak üzere hukukî ve pratik koşulları sağlama yükümlülüğü de yüklediğini ifade etmiştir.



Hukuki çerçeve oluşturma ödevi; bir yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan hakların ilgili devletin iç hukukunda tanınmasını sağlar, bir yandan da bu hakların korunabilmesi için gereken uygulamaya kaynak teşkil eder.

Hukuki çerçeve oluştururken Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan hukuk tarafından öngörülme şartının dikkate alınması gereklidir. Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi, herhangi bir kimsenin ancak kamu yararı sebebiyle ve hukuk tarafından öngörülen koşullara uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabileceğini öngörmektedir. Üstelik Sözleşmeciler devletlerin tamamında genel kabul görmüş bir ilke olan ve AIHM tarafından demokratik toplumun temel prensiplerinden biri olarak Sözleşmenin bütün maddelerinin özünde bulunduğu kabul edilen hukukun üstünlüğü ilkesi de müdahalenin hukuk tarafından öngörülmüş olmasını gerektirmektedir. Gerek Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan hukuk tarafından öngörülme şartı ve gerekse Sözleşme'nin geneline hakim olan hukukun üstünlüğü ilkesi, oluşturulacak hukuki çerçevenin ulaşılabilir, açık ve öngörülebilir (anlaşılabilir) olmasını ve keyfi uygulamalara karşı güvenceler içermesini gerektirmektedir.

Bu kriterlerden ulaşılabilirlik, konu hakkında uygulanacak olan hukuk normunun yeterince ulaşılabilir olmasını, bir başka anlatımla vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabildiğini ifade etmektedir (Ünal, 1994: 50). Bu husus ise mevzuatın kamu açısından aleni olmasını gerektirmektedir. Mülkiyet hakkını ilgilendiren mevzuatın aleniliğinin sağlanması konusunda Sözleşme'de herhangi bir hüküm bulunmadığı için bu aleniliğin sağlanma şekli (resmi gazetelerde ya da ilgili kamu otoritesinin bültenlerinde yayınlanma gibi), devletlerin takdir alanında kalmaktadır. Mahkeme de, mevzuatın aleniliğinin iç hukuka uygun olarak sağlanıp sağlanmadığı konusunda ilgilanmemektedir. Mahkeme, Spacek S.R.O./Çek Cumhuriyeti davasında vergi ve muhasebe ilkelerinin yayınlanma tarzının Çek hukukuna uygun olup olmadığı konusunda karar vermesinin, görev alanına girmediğine karar vermiştir (Yaltı, 2006: 67).

Öngörülebilirlik ise mevzuat normunun açık ve anlaşılabilir olmasını ifade etmektedir. Mahkemeye göre bir hukuk normu, vatandaşa, bu norm karşısında kendi davranışlarını ayarlama fırsatı verecek açıklıkta ve kesinlikte olmalıdır. Bu açıklık ve kesinlik oluşturulmadığı sürece normun "hukuk normu" olarak değerlendirilmesine ve müdahalenin hukuk tarafından öngörüldüğünün kabulüne imkân yoktur. Vatandaş, kendi davranışının ya da devletin davranışının muhtemel sonuçlarını önceden tahmin edebilecek durumda olmalıdır (AIHM'nin Öztürk/Türkiye kararı). Bu sonuçların tam bir kesinlikle tahmin edilmesi gerekmemektedir, zaten

tecrübeler bunun olamayacağını göstermiştir. Bir başka ifade ile hukuk tarafından öngörülme şartı, kanunların uygulanmasında bir zorunluluk olan yorumu dışta bırakacak bir kesinliği gerektirmemektedir (Grgiç vd, 2007: 13). Kanunların büyük bir çoğunluğunun şu ya da bu ölçüde belirsiz olan ve yorumlanması bir uygulama meselesi teşkil eden terimler ile ifade edilmiş olması da sonuçların tam bir kesinlikle bilinmesine engeldir. Ancak bu durum, bir hukuk normunun sonuçlarının ya da vatandaşın davranışlarının karşılığının önceden tahmin edilebilir olması gerekliliğini bertaraf etmemektedir. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin niteliğine, hukukî belgenin içeriğine, kapsadığı alana, hitap ettiği kişilerin sayı ve statülerine göre değişebilen öngörülebilirlik, belirli bir dereceye kadar gerekmektedir (Grgiç vd, 2007: 13).<sup>5</sup>

Mülkiyet hakkına müdahale öngören hukuk normunun keyfi uygulamalara karşı gerekli, önemli ve temel güvenlik önlemlerini de öngörmesi gerekmektedir (AİHM'nin Sierpinski/Polonya kararı, Vontas ve Diğerleri/Yunanistan kararı). Bir başka ifade ile mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin hukuk tarafından öngörülmesi yetmemekte, keyfi muamelelere karşı hakkı korumak için gerekli pratik tedbirlerin ve uygun yasal güvencelerin bulunması gerekmektedir (Grgiç vd, 2007: 13). Ayrıca bu düzenlemeler, bir faaliyetin işleyişindeki kusurları ve çeşitli düzeylerde görevliler tarafından yapılan hataları ortaya çıkarmak için gerekli usulleri de getirmelidir. Mahkeme Scollo/İtalya davasında verdiği kararında, devletin dar gelirlilerin barınma problemini çözmek amacıyla, kira konusu taşınmazların tahliyesini durdurmasında Ek 1 No'lu Protokol'e herhangi bir aykırılık bulunmadığını belirtmekle beraber bu konudaki düzenlemenin özel durumları olan kişilerin (işsiz, engelli gibi) bu durumlarının dikkate alınmasını sağlayacak ve keyfi muameleleri önleyecek herhangi bir güvence öngörmemesini mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur.

Burada karşımıza şu soru çıkacaktır: Esas yönünden yükümlülükler, sadece

5 Mahkeme Zlinsat, Spol. S. R. O./Bulgaristan davasında (Çeviren: Nilgün Tortop, Aktaran: Dinç, 2007: 258) bu konuda şu yorumu yapmıştır: "Hukuka uygunluk gereğine gelince; özellikle kullanılan içeriği belirsiz sözcükler üzerine temellendirilmiş müdahale açısından söz konusu yasa kuralları; yetkili savcıların bir suç işlendiğini düşündüklerinde, -bağımsız bir denetim olmaksızın- hangi önlemleri alacaklarını ve hangi koşullar altında dava açmayı tercih edeceklerini önceden görmeyi hemen hemen olanaksız duruma getirmiştir. Bazı yasalar kaçınılmaz biçimde, sözcüklerin anlattığından daha dar ya da geniş anlamlıdır. Sözcüklerdeki belirsizliklerin, kimi zaman yorum ve uygulamada hukuksal sorunlar oluşturduğu da bilinmektedir. Bu nedenlerle, yargısal incelemeden geçme olasılığı bulunmayan savcılık kararlarından dolayı, söz konusu yasa kurallarının kesin anlamının açıklandığı ve yorumlandığı içtihat kararlarından söz edilememektedir. Sonuç olarak, savcılığın sıklıkla uyguladığı bu geniş kapsamlı kurallar; bazı olaylarda gerçek ve tüzel kişiler hakkında ciddi ve amacını aşan sonuçlara yol açacak değerlendirmelere kaynak oluşturmaktadır. Savcılığın görev alanındaki yetkilerini çevreleyen belirsizlik ve anlaşılabilirliğin sonucu olarak, söz edilen değerlendirmeye ve bağımsız bir kurumun yapacağı incelemeye ilişkin temel yöntem kuralları gibi, yeterli korumadan yoksunluk nedenlerinin bir araya geldiği zaten yerel Mahkeme tarafından bulgulanmıştır. Bu saptamanın öncülüğünde Mahkeme, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü kuralına göre, hak sahibi olan gerçek ve tüzel kişilerin en alt düzeydeki yasal korumadan bile yoksun bırakıldıklarına karar vermiştir."

yeni mevzuat çıkarmayla sınırlı olarak değerlendirilebilir mi? Bir başka ifadeyle devletin pozitif yükümlülükleri, Sözleşme'ye aykırı mevzuatın değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılmasını da kapsar mı? Bu soruya verilecek cevap "evet" olmalıdır; esas yönünden pozitif yükümlülükler, Sözleşme'ye aykırı mevzuatın değiştirilmesini ya da yürürlükten kaldırılmasını da gerektirir. Mahkeme'nin Broniowski/Polonya kararında vurguladığı üzere, hukukun üstünlüğünün esası olan, vatandaşların devlete ve bu devlet tarafından yaratılan hukuka olan meşru güvenlerinin devamı zorunluluğu, resmi makamların işlevsiz ve Sözleşme'ye aykırı mevzuatı hukuk sisteminden çıkarmalarını ve hukuk dışı uygulamalarını düzeltmelerini gerektirmektedir. Mahkeme 03.11.2009 tarihli Sierpinski/Polonya kararında devletlerin, mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin ulusal mekanizmalarını, Sözleşme'nin usul ve esas yönünden tedbirleriyle uyumlu hale getirmek zorunda olduklarını ifade etmiştir. Çünkü, devletler ancak Sözleşme'ye aykırı mevzuatı değiştirdiklerinde veya yürürlükten kaldırdıklarında Sözleşme ile kurulan insan hakları koruma sistemi gerçek işlevini görmüş olur. Aksi takdirde aynı konuda çok sayıda dava açılması söz konusu olabilecektir ki bu durum, AİHM'ni üçüncü derece mahkemesi haline getirdiği gibi iş yükünü de artıracaktır.

Aslında devletin pozitif yükümlülükleri açısından hukuki çerçeve oluşturma ödevini belirli bir çerçeveye sınırlı olarak düşünmemek gerekir; devlet, biraz da *şizofrenik bir yaklaşımla* (Akandji-Kombe, 2008: 15), mülkiyet hakkının ihlali oluşturabilecek konuları önceden düşünmek ve buna göre gereken yasal ve idari tedbirleri almakla yükümlüdür. Fakat hukuki çerçeve oluşturma ödevini, genel olarak idari mekanizmalar ve adli mekanizmalar olmak üzere iki kısımda değerlendirmek mümkündür. İdari mekanizmaların kurulması, mülkiyet hakkının korunması açısından idarenin yapabileceği işlerin (zilyetliğin idari yoldan korunması gibi) önceden düzenlenmesi anlamına gelir. Adli mekanizmaların kurulması ise mülkiyet hakkının korunması için yargı yoluna başvurulmasını sağlar. Ayrıca mülkiyet hakkının etkin bir şekilde korunması, ceza hukuku araçlarının da devreye girmesini gerektirir (Gemalmaz, 2009: 419). Mahkeme 14.10.2008 tarihli Blumberga/Litvanya kararında, mülkiyet hakkına haksız olarak yapılan müdahalenin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda, kamu makamlarının bu suçla ilgili olarak etkin bir soruşturma ve kovuşturma mekanizmasının kurulması konusunda pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu karar vermiştir.

#### **4.2. Usul Yönünden Yükümlülükler**

Yasal ve idari çerçevenin etkili şekilde uygulanmasına yönelik yükümlülükler ise usul yönünden yükümlülük kategorisine girmektedir. Bu anlamda usul yönünden yükümlülükler, esas yönünden yükümlülüklerin uygulanmasından ibarettir. Usul yönünden pozitif yükümlülükler, Mahkeme tarafından sınıflandırılmamıştır. Zaten bunları tek tek saymak oldukça zordur. Ancak AİHM kararları irdelendiğinde, mülkiyet

hakkının korunmasındaki usul yönünden belli başlı pozitif yükümlülüklerinin şunlar olduğu görülmektedir:

#### **4.2.1. Tazminat Ödeme**

AIHM tarafından keşfedilen ilk pozitif yükümlülük, kamu yararı nedeniyle kamulaştırma veya başka bir yolla mülklerinden yoksun bırakılan kişilere tazminat ödeme yükümlülüğüdür (Akandji-Kombe, 2008: 54). Mahkeme'ye göre kişilerin ellerinden alınan mülklerine karşılık olarak mülkün değeriyle orantılı olarak bir tazminat ödenmesi gerekir. Aksi takdirde Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin getirdiği korumanın bir anlamı olmaz.

Bunun yanı sıra mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahaleler sonucu ortaya çıkan zararın talep ve tazmin edilebilmesi için gerekli yasal çerçevenin oluşturulması da devletlerin pozitif bir yükümlülüğüdür. Mahkeme, 14.10.2008 tarihli Blumberga/Litvanya kararında, mülkünden barışçıl şekilde yararlanma hakkına üçüncü kişiler tarafından yapılan haksız müdahalelerde bir zararın söz konusu olması durumunda, devletlerin bu zararın talep ve tazmin edilebilmesi için gerekli yasal koşulları sağlama konusunda pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu karar vermiştir.

#### **4.2.2. Koruma ve Zarar Görmesini Engelleme**

Devletin en önemli yükümlülüklerinden birisi de mülkün korunması ve zarar görmesinin engellenmesidir. Bu anlamda devlet, mülkün gerek kamu idarelerinin ve gerekse üçüncü kişilerin müdahalesine karşı korunması için gerekli tedbirleri almak ve işlemleri yapmakla yükümlüdür. Örneğin mülkün haksız olarak işgal edilmesi durumunda devlet, bu işgalin sona erdirilmesi için gerekli önlemleri almak zorundadır. Mahkeme, Hazine arazisi üzerinde yapılan gecekondu, yakınlardaki çöplüğün (Ümraniye çöplüğü) gaz sıkışması nedeniyle patlaması sonucu tahrip olması dolayısıyla açılan Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında devletin, başvurucunun evinin zarar görmesini engellemek için gerekli tedbirleri almamasını, pozitif yükümlülüklerin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Koruma ve zarar görmesini engelleme konusundaki pozitif yükümlülükler, sadece tedbir almakla sınırlı değildir; devlet, halkı mülkünün karşı karşıya gelebileceği riskler konusunda önceden bilgilendirmekle yükümlüdür. Mahkeme, yukarıda bahsi geçen Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında Ümraniye gecekondu bölgelerinde çöplüğe çok yakın bir mesafede yaşayan insanlara yapmış oldukları tercihler sonucunda girdikleri riskleri değerlendirmelerini sağlayacak bir bilgi verilmemesini mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur. Devlet, bireyleri, mülklerinin karşı karşıya kalabileceği riskler konusunda önceden bilgilendirmelidir.

Mülkün korunması sadece fiziki korunmayı değil, değer olarak korumayı da gerektirir. Mahkeme içtihadına göre malvarlığının özellikle enflasyona karşı korunması, mülkiyet hakkı açısından bir zorunluluktur. Bu noktada Mahkeme'nin istikrar kazanmış içtihadının, bir borcun ödenmesindeki olası gecikme sebebiyle idari makamların gecikme faizi ödemeleri gerektiği yönünde olduğunu hatırlatmak gerekir. Mahkemeye göre, kamu idarelerinin borçlarını veya ödemekle yükümlü oldukları tazminatları zamanında ödememeleri, ödenecek tutarın veya tazminatın zarar giderici etkisini azaltacaktır (AİHM'nin Angelov/Bulgaristan kararı, Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão ve Diğerleri/Portekiz kararı); ayrıca geç ödenen meblağdan uzun süre yararlanılamaması, alacaklının mali durumunda önemli ve kesin bir zarara neden olacaktır (AİHM'nin Buffalo S. R. L. en Liquidation/İtalya kararı). Bundan dolayı Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi devlete, borçlarını veya ödemekle yükümlü oldukları tazminatları zamanında ödememeleri durumunda faiz ödeme yükümlülüğü yüklemektedir (AİHM'nin Eko-Elda Avee/Yunanistan kararı, Çeviren: Candan, 2006). Mahkeme, kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi durumunda enflasyon karşısında paranın değer kaybetmesi gerekçesiyle Türkiye aleyhine aşılabilir pek çok davada<sup>6</sup> mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, kamulaştırma bedellerinin ödenmesindeki normal olmayan gecikmeler, özellikle belirli ülkelerde paranın değer kaybetmesi göz önünde tutulduğunda, arsası kamulaştırılan kişiyi belirsizlik içinde bırakarak büyük oranlarda maddi kayıplara yol açmaktadır. Bundan dolayı kamulaştırma bedelinin, kesinleşmesinden çok sonra ödendiği durumlarda enflasyon nedeniyle değer kaybetmesi, AİHM tarafından mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir (Çiçekli vd, 2007: 55).

#### **4.2.3. Kullanmayı, Yararlanmayı ve Tasarrufta Bulunmayı Sağlama**

Devletlerin önemli görevlerinden biri de, malikin mülkünü etkin şekilde kullanmasının ve ondan yararlanmasının, ayrıca malikin mülkü hakkında dilediği şekilde tasarrufta bulunmasının sağlanmasıdır. Aslında bu yetkiler söz konusu olduğunda, devletin mülkiyet hakkı karşısındaki tutumunun negatif olduğu söylenebilir. Ancak günümüz toplumlarında mülkiyet ilişkilerindeki karmaşa, devletin kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinin kullanılabilmesi için zaman zaman pozitif edimlerde bulunmasını gerektirebilmektedir. Bu edimlerin zamanında ve etkin şekilde yerine getirilmemesi ise devletin sorumluluğunu doğurabilmektedir. Örneğin mülke haksız bir müdahale olduğunda devlet hem idari yoldan bu müdahaleyi sonlandırmak, hem de müdahale ile ilgili bir yargı kararı söz konusu olduğunda bunu uygulamakla mükelleftir.

<sup>6</sup> Bu davaların hemen tamamına yakını benzer niteliktedir. Bu davalarda Aka/Türkiye ve Akkuş Türkiye davaları ise diğer tüm davalarda atf yapılan emsal davalardır.

#### **4.2.4. Etkin Bir Yargı Yolu Sağlama**

Ulusal makamlar, gerek özel hukuk kişileri arasında ve gerekse kişilerle devlet arasında ortaya çıkabilecek mülkiyet uyuşmazlıklarında, tarafların iddialarını ileri sürebileceği tarafsız bir yargılama sağlamakla yükümlüdürler (Poroy, 2006: 1008). AIHM içtihatlarına göre, mülkiyet hakkı ihlallerine yönelik iddiaların dile getirilebileceği yargı mekanizmaları, her durumda açık ve işler olmalıdır. Bu anlamda gerekli usuli güvenceler sunan yargısal prosedürleri uygulamak ve böylece ulusal mahkeme ve kurulların, özel kişiler arasındaki herhangi bir uyuşmazlıkta etkili ve adil bir şekilde karar vermesini sağlama yükümlülüğü, en temel pozitif yükümlülüklerdendir (Akandji-Kombe, 2008: 57). Elbette ki ulusal yargı makamlarının belirli bir malın mülkiyetinin kime ait olduğunu tespit eden kararları, mülkiyet hakkına (otomatikman) aykırılık teşkil etmez. Ancak bunun temel şartı, iç hukuktaki yargılamanın, mülkiyet hakkına müdahale edilen kişiye temel şartları (delillerini sunma, iddialarını dile getirme, tanık vs. dinletme gibi) sağlamış olmasıdır. Ayrıca ulusal yargı makamlarının kararları, açıkça dayanaktan yoksun ve keyfi olmamalıdır. AIHM, İtalyan mahkemeleri tarafından geliştirilen ve kamulaştırmasız el atılan taşınmazın malikinin tazminat hakkını beş yıla sınırlayan inşai kamulaştırma içtihadını mülkiyet hakkının ihlali olarak görmüştür. Bunda temel etken, yargı kararlarının malikin tazminat hakkını geçerli bir hukuki neden olmaksızın kısıtlamasıdır. Yabancı kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinmesi ile ilgili olarak açılan üç davada da (Apostolide ve Diğerleri/Türkiye, Fokas/Türkiye, Nacaryan ve Deryan/Türkiye) Mahkeme, Türk yargı mercilerinin karşılıklılık koşulunu yanlış uyguladıklarına ve bu uygulama neticesinde mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Etkin bir yargı yolu oluşturulmasına ilişkin bu yükümlülük kapsamında sadece medeni hukuk uyuşmazlıkları değil, idari yargıya konu olabilecek uyuşmazlıklar da değerlendirilmelidir. Zaten mülkiyet hakkı temel olarak devletin müdahalelerine karşı bir koruma sağladığına göre etkin bir yargı yolu sağlama yükümlülüğünün, idari yargıyı da kapsamı gayet doğaldır. Bu açıdan bakıldığında, imar planları ve imar uygulamaları gibi mülkiyet hakkını yakından ilgilendiren, ancak idari işlem niteliği taşıyan uygulamalara karşı da etkin yargı yolu sağlanmalıdır.

#### **4.2.5. Soruşturma ve Yargılama**

Mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelere karşı ulusal makamlar etkin bir şekilde soruşturma yapmakla ve gerektiğinde ceza davası açmakla yükümlüdürler. Mahkeme 14.10.2008 tarihli Blumberga/Litvanya kararında mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, aynı zamanda suç niteliği taşıması halinde, mülkiyet hakkının korunması ile ilgili pozitif yükümlülüklerin, aynı zamanda ceza soruşturması ve

gerektiğinde ceza davası açılması konusunda da devlete yükümlülükler yüklediğine karar vermiştir. Bu kapsamda gerek idari soruşturma ve karar mekanizmaları gerekse yargı makamları, mülkiyet hakkının korunması için etkin bir şekilde gayret göstermek durumundadırlar.

Ancak Mahkeme, mülkiyet hakkına karşı işlenen suçlar söz konusu olduğunda devlete yüklenebilecek pozitif yükümlülükler ile Sözleşme'nin 2. maddesinde korunan yaşam hakkına ya da 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağına ilişkin suçlar söz konusu olduğunda devlete yüklenebilecek pozitif yükümlülükler arasında ayırım yapmaktadır (AİHM'nin Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı). Mahkeme, devletler tarafından gösterilen tüm çabalara rağmen çözümlenememiş ya da cezalandırılmamış pek çok suç olduğunu dikkate alarak, devletlerin yaşam hakkına ya da işkence yasağına ilişkin suçlar hakkında etkin bir soruşturma yapma yükümlülüğünün, mülkiyet hakkına karşı suçlara ilişkin soruşturma yapma ve ceza davası açmasına ilişkin pozitif yükümlülüğüne nazaran daha kesin olduğunu vurgulamaktadır (AİHM'nin Blumberga/Litvanya kararı, Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı). Bunu tersinden okursak mülkiyet hakkına karşı suçlara ilişkin soruşturma yapma ve ceza davası açmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerin, adam öldürme ya da işkence yapma gibi suçlara karşı soruşturma yapma ve ceza davası açma yükümlülüğüne nazaran daha az kesin olduğu sonucuna varırız. Mahkeme, devletlerin suçları soruştururken karşılaşılabilecekleri pratik zorluklara ve daha ciddi suçları soruşturmaya öncelik verebilecekleri operasyonel seçeneklere duyarlı olduğunu ifade etmiştir (AİHM'nin Blumberga/Litvanya kararı). Bu ifade, şu anlama gelmektedir: Devletler, mülkiyete karşı işlenen suçlara nazaran, daha ciddi suçlara ilişkin soruşturmalara ağırlık verme konusunda geniş bir takdir hakkına sahiptir (AİHM'nin Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı).

Mahkeme içtihadına göre soruşturma; geniş, ivedi, tarafsız, etkin ve detaylı olmalıdır. Mahkeme, 14.10.2008 tarihli Blumberga/Litvanya kararında mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin etkin, uygun ve tarafsız bir soruşturma yürütülmesini gerektirdiğine karar vermiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, soruşturma yapılması ve ceza davası açılmasında, Mahkeme, mülkeyapılan haksız müdahalelerdeki soruşturma ve kovuşturmanın, Sözleşme'nin diğer maddeleri (örneğin yaşam hakkının korunması) kapsamındaki haksız müdahalelerin soruşturulmasına göre daha az titiz olabileceğini ifade etmiştir (AİHM'nin Blumberga/Litvanya kararı, Budayeva ve Diğerleri/Rusya kararı).

Mahkeme'nin, devletlere, mülkiyet hakkına yapılan haksız müdahalelerdeki

soruşturma ve kovuşturmalarda, Sözleşme'nin diğer maddeleri (örneğin yaşam hakkının korunması) kapsamındaki haksız müdahalelerin soruşturulmasına göre daha az titiz davranma konusunda hareket alanı bırakmasının iki temel nedeni olabilir. Bunlardan birincisi malvarlığına nazaran kişi varlığının her zaman için daha değerli olmasıdır. İkinci olarak ise, mülkiyete ilişkin sorunların medeni hukuk yargısında veya idari yargıda da çözümlenme ihtimalinin söz konusu olmasıdır. Malvarlığına ilişkin bir suç söz konusu olduğunda ceza soruşturması ve davası, tali bir sorun olarak kalmaktadır. Mahkemeye göre mülkiyet hakkına ilişkin ceza soruşturmalarının ve davalarının başarı şansı düşük olsa bile medeni hukuk ve idare hukuku yolları, mülkiyet hakkının korunması açısından mantıklı çözümler üretebilmektedir (AİHM'nin Blumberga/Litvanya kararı).

#### **4.2.6. Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi**

Mülkiyet hakkıyla ilgili önemli bir pozitif yükümlülük ise kesinleşmiş yargı kararlarının yerine getirilmesidir. Bu yükümlülük devletin, gerek kendisi ve gerekse özel hukuk kişileri aleyhine olan yargı kararlarının yerine getirilmesi konusunda özen göstermesi anlamına gelmektedir.<sup>7</sup> Örneğin bir başkasının taşınmazı üzerine izinsiz yapılan yapıların yıkılması konusunda verilen kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmaması, devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmektedir. Mahkeme Mykhaylenky ve Diğerleri/Ukrayna, Kanayev/Rusya, Burdov/Rusya, Ülger/Türkiye, Pznakhırına/Rusya, Tütüncü ve Diğerleri/Türkiye davası gibi pek çok davada tazminata ilişkin yargı kararlarının yerine getirilmemesini (üstelik devlet tarafından ileri sürülen kaynak yokluğu gerekçesini kabul etmeyerek) mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir (Dinç, 2007: 246).

### **5. SÖZLEŞME'NİN YATAY UYGULAMASI VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER**

Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi, kural olarak, mülkiyet hakkına sadece devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılan müdahaleleri korumaktadır. Buna, Sözleşme'nin dikey uygulaması denilmektedir (Kocabaş, 2009: 25). Bundan dolayı kural olarak, özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar mülkiyet

<sup>7</sup> Mülkiyet hakkının korunması amacıyla verilen yargı kararlarının uygulanmaması bir yandan Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlali anlamına geldiği gibi, aynı zamanda Sözleşme'nin 6/1. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da ihlali anlamına gelmektedir. Mahkeme Rıvanu/Romanya davasında bir başkasının taşınmazı üzerine izinsiz yapılan yapıların yıkılması konusunda verilen kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasını Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiş, mülkiyet hakkı yönünden ayrıca inceleme yapmaya gerek görmemiştir.



hakkı kapsamında değildir. Sözleşmeler hukuku (sözleşme nedeniyle mülke el konulması ve mülkün satılması), haksız fiil veya aile hukuku (terake malları ya da evlilik yoluyla elde edilmiş mallar) ile ilgili uygulanabilecek yasalar, genel olarak Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin kapsamı dışında kalmaktadır (Grgiç vd, 2007: 7). Mahkeme, Voyager Ltd/Türkiye davasında verdiği kararında Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin bireyler arasında ortaya çıkabilecek mülkiyet uyuşmazlıklarını çözmekten ziyade, mülkiyet hakkına kamu idareleri tarafından yapılacak müdahaleleri önlemek amacıyla kabul edildiğini anımsatmıştır (Gemalmaz, 2009: 427). Mahkeme, özel hukuk kişileri arasında çıkan uyuşmazlık sonucu açılan Gustafsson/İsveç davasında; mülkiyet hakkına kamu otoriteleri tarafından yapılmış herhangi bir müdahale olmadığı durumlarda devletin serbest piyasa şartları altında özel kişilerin davranışlarına müdahale etmemesinden doğan yan etkilerin Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.<sup>8</sup>

Bununla birlikte bazı durumların ortaya çıkması halinde devletin özel hukuk tüzel kişileri arasındaki ilişkilere de müdahale etmesi gerekebilir. Çünkü bireylerin mülkiyet hakkını etkili şekilde kullanabilmeleri, sadece devletin mülkiyet hakkına müdahalede bulunmamasıyla sağlanamamaktadır. Devletin özel hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenlemekte önemli görevleri olduğu dikkate alındığında özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda devletin hiçbir sorumluluğunun bulunmadığını söylemek de mümkün değildir. Mahkeme'ye göre, bireylerin mülkiyet hakkından etkili şekilde yararlanmaları, devletin görevlerini yerine getirmesine bağlı ise, devletin özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda dahi pozitif yükümlülükleri bulunabilir (AIHM'nin Plechanow/Polonya kararı). Buna Sözleşme'nin yatay uygulaması denilmektedir. Bu anlamda devlet, diğer hususların yanı sıra, özel hukuk kişilerinin arasındaki mülkiyet ilişkilerini düzenlemek amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (Grgiç, 2007: 7; Çiçekli vd, 2007: 55). Bundan dolayı özel hukuk kişileri arasındaki mülkiyetle ilgili uyuşmazlıklar, devleti belli bir yönde hareket etmeye zorluyor ya da devleti bir şeyi yapmakla yükümlü tutuyor ise bu durumu pozitif yükümlülük olarak nitelendirmek mümkündür (Poroy, 2006: 1007).

8 Bu davada başvuru işverenin, faaliyet gösterdiği işkolunda yapılan toplu sözleşmeye uymaması nedeniyle işyerindeki işçi sendikası, işyerine karşı boykotta bulunmuştur. Başvuru yürütülen boykotun kaldırılması ve karşılaştığı zararın devletçe karşılanması için iç hukukta başvuruda bulunmuş ancak sonuç alamamıştır. Bunun üzerine başvuru diğer hakların yanında mülkiyet hakkının da ihlal edildiği gerekçesiyle, AIHM'ne başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, mülkiyet hakkına yapıldığı ileri sürülen müdahalenin resmi makamlar tarafından yapılmadığı, özel kişiler arasındaki sözleşmenin doğasından kaynaklandığı; serbest piyasa şartları altında devletin kişilerin davranışlarına müdahale etmemesinden doğan yan etkilerin; Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde mülkiyet hakkının kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Mahkeme tarafından ilk olarak Young, James ve Webster/Birleşik Krallık davasında üstü kapalı olarak ele alınan (Kocabaş, 2009: 26) yatay uygulama klozu, mülkiyet hakkına ilişkin pek çok davada da kullanılmıştır. Örneğin J. A. PYE Ltd ve J. A. PYE Land Ltd/Birleşik Krallık davasında AİHM Büyük Dairesi, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların, bir mevzuat normundan kaynaklanması durumunda, devletin bu mevzuat normu dolayısıyla mülkiyet hakkına müdahale ettiğini ve bu durumun da Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin kapsamına girdiğine karar vermiştir. Mahkeme, toplu sözleşme sonucu kurulan ve özel hukuk tüzel kişisi niteliğinde olan fona, toplu sözleşmeye taraf işveren şirketçe zorunlu olarak yapılan katkıların dava konusu edildiği X Company/Hollanda davasında, şirket tarafından fona yapılması zorunlu tutulan katkıların bir kanun hükmüne dayanması nedeniyle devletin burada bir sorumluluğunun bulunabileceğine karar vermiştir (Gemalmaz, 2009: 425).

Dikkat edilirse Mahkeme, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda mülkiyet hakkına haksız müdahale teşkil eden işlem ya da eylem, bir mevzuat hükmünden kaynaklanıyor ise, devletin sorumluluğuna hükmetmektedir. Ancak devletin sorumluluğunu doğurabilecek mevzuatın niteliği konusunda içtihatla bir açıklık bulunmamaktadır. Mahkemenin kanun kavramını şekli anlamda değil, maddi anlamda değerlendirdiğini ve her türlü mevzuat normunu (kanun, yönetmelik, tüzük, tebliğ, hatta yazılı olmayan hukuk) hukuk kavramı içerisinde gördüğünü dikkate alırsak, devletin sorumluluğunu doğurabilecek mevzuatın mutlaka kanun olmasının zorunlu olmadığı sonucuna varırız. Kanun dışında yönetmelik, tüzük, tebliğ gibi mevzuat normları da, devletin sorumluluğunu doğurmaya yeterli olacaktır. Önemli olan, bu mevzuatın devletin düzenleme yetkisi kapsamında ve kamu gücü kullanılarak bir kamu idaresi tarafından yürürlüğe konulmuş olmasıdır.

Mahkeme'nin mülkiyet hakkının korunması açısından Sözleşme'nin yatay uygulanmasını bu derece genişletmesinin temel nedenlerinden birisi, Sözleşme'nin 1. maddesinin tüm Sözleşmeci Devletlere kendi yetki alanları (jurisdiction) içerisinde bulunan herkesin Sözleşme'de yer alan haklardan ve özgürlüklerden etkin şekilde yararlanmalarını sağlamak konusunda yüklediği pozitif yükümlülüktür.<sup>9</sup> Madem ki devlet, kendi yetki alanına giren herkesin haklardan ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamakla yükümlüdür, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların da buna dahil olması gerekir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan yükümlülük, sadece devlete atfedilebilir davranışlar sonucu ortaya çıkan hak ihlallerini değil, aynı zamanda devlet dışı kişi ve kuruluşlara atfedilebilir davranışlar sonucu ortaya çıkan hak ihlallerini de kapsar (AİHM Büyük Dairesinin Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye

<sup>9</sup> Sözleşme'nin "İnsan haklarına saygı yükümlülüğü" başlıklı 1. maddesi şu şekildedir: "Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar."

kararı). İkinci olarak, insan hakları hukukunun kapsam yönünden genişlemesi de bunda önemli bir paya sahiptir. Günümüzde insan hakları hukuku, sadece birey/ devlet ilişkilerini değil, aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır (Poroy, 2006: 1006). Ayrıca Mahkeme tarafından kabul edilen sosyal devlet anlayışı da Sözleşme'nin yatay uygulaması açısından devletin pozitif yükümlülüklerini gündeme getirmektedir (Poroy, 2006: 1009). Sosyal devlet, toplumun zayıf kesimlerinin güçlülere karşı devlet tarafından korunmasını gerektirmektedir.

## **6. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİN SINIRI**

Pozitif yükümlülükler, devletin belirli bir eylemi gerçekleştirmesini gerektirdiğinden ve bunların çoğu kaynak ihtiyacı doğurduğundan diğer hakların aksine mülkiyet hakkı açısından devletin pozitif yükümlülükleri kaynaklar ile sınırlıdır. AİHM, mülkiyet hakkının korunması amacıyla alınacak tedbirlerin büyük miktarda kaynak gerektirmesi durumunda devletlere pozitif bir yükümlülük dayatlamayacağı görüşündedir. Örneğin, devletin herkesin barınma ihtiyacını karşılamak üzere konut yapması, mutlaka ekonomik kaynaklarla sınırlı olacaktır. Mahkeme, devletin pozitif yükümlülüklerinin tartışıldığı Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında Türk Hükümetinin *"bu konuda özellikle öncelikler ve kaynaklar bakımından operasyonel seçenekler göz önüne alınmadan, yetkililere imkansız veya çok ağır külfetler yüklenmemesi gerektiği"* şeklindeki savunmasını kabul etmiştir. Mahkeme bu davada, büyük kaynak ihtiyacı gerektiren tedbirlerin kaynak ihtiyacı gerektirmesinin yanı sıra bu konunun zor ve teknik bir konu olduğunu, dolayısıyla devletlerin geniş bir takdir alanından yararlanmaları gerektiğini ifade etmiştir. İlascu ve Diğerleri/ Moldova ve Rusya kararında da Mahkeme, pozitif yükümlülüklerin devlete, imkansız veya orantısız bir yük yükleyecek tarzda yorumlanamayacağına karar vermiştir.

Ancak pozitif yükümlülüklerin sınırlılığına ilişkin bu kabul, sadece geniş çaplı kaynak ihtiyacı gerektiren edimler içindir. Bir başka ifadeyle kaynak yokluğundan doğan bu sınır, daha ziyade ekonomik ya da sosyal politikaların uygulanmasıyla ilgilidir. Buna karşılık hakkın korunması için alınabilecek önlemler, büyük miktarda kaynak ihtiyacı gerektirmiyorsa ya da aşırı bir külfet yüklemiyorsa, AİHM, pozitif yükümlülüğün bulunabileceğini vurgulamaktadır. Bir başka ifadeyle bir yargı kararının yerine getirilmesi ya da mülkiyete el konulması karşılığında tazminat ödenmesi gibi hususlarda kaynak yokluğu gerekçesi, AİHM tarafından kabul görmemektedir. Bu kapsamda Mahkeme, devletlerin bireylere karşı yükümlülüklerini yerine getirmemelerini, yargı kararlarının uygulanmamasını, hak sahiplerine istihkaklarının ödenmemesini mülkiyet hakkının ihlali olarak yorumlamaktadır (Dinç, 2007: 242, AİHM'nin Burdov/Rusya kararı, Tütüncü ve Diğerleri/Türkiye kararı, Pznakhırına/ Rusya kararı). Mahkeme, Öneriyıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında, çöplükte biriken metan gazının boşaltılması için kurulacak bir sistemin, aşırı bir kaynak

ihtiyacı gerektirmeksizin çöplüğün patlamasını engelleyebileceğini vurgulayarak devletin bu konuda yükümlülüğü bulunduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararında şu hususları vurgulamıştır (İNHAH BB, 2012): *“Söz konusu pozitif yükümlülüğün gerektirdiği tedbirler, tam da bu makamlara tanınan yetkilerin kapsamına girmekte olup, yetkililerin dikkatleri çekilen riski ortadan kaldırmaya yönelik uygun bir vasıta olarak görülebilirler. Mahkeme, durumun ölümcül hale gelmesinden önce Ümraniye çöplüğünde kurulacak bir gaz boşaltma sisteminin, Devlet’in kaynaklarını Türk Anayasasının 65. maddesine aykırı olarak harcanmasına fırsat vermeden veya Hükümetin iddia ettiği boyutta uygulama sorunlarına neden olmadan, etkili bir tedbir oluşturacağı kanaatindedir. Böyle bir tedbir, konuya ilişkin Türk mevzuatıyla ve genel uygulamalarla uyumlu olmakla kalmayacak, ama ayrıca Hükümet tarafından Mahkeme önünde ileri sürülen insani kaygıları çok daha iyi yansıtmış olacaktır.”*

Pozitif yükümlülüklerle ilgili bir diğer sınır ise, Sözleşme’nin zaman bakımından uygulanmasıyla yakından ilgilidir. Mahkeme, özellikle Doğu Bloku ülkeleriyle ilgili olarak verdiği kararlarında, Sözleşme’nin devletlere, Sözleşme’yi imzalamalarından önce ortaya çıkan zararları giderme konusunda pozitif bir yükümlülük yüklediğini vurgulamıştır (AIHM’nin Sierpinski/Polonya kararı, Pelchanow/Polonya kararı). Örneğin Doğu Bloku ülkeleri açısından konuya yaklaşırsak, bu ülkelerde komünist rejim döneminde kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınır ve taşınmazlara el konulması söz konusudur. Bu devletlerin sonradan Sözleşme sistemine dahil olmaları, onlara Sözleşme’nin imzasından önce ortaya çıkan zararları tazmin etme yükümlülüğü yüklememektedir.

Burada iki hususa dikkat çekmek gerekir. Öncelikle, Sözleşmenin zaman bakımından uygulanmasının getirdiği bu sınır, Sözleşme ile korunan tüm haklar için söz konusudur. Bir başka ifadeyle zaman bakımından ortaya çıkan bu sınır, Sözleşme’nin genel bir ilkesidir ve Sözleşme ile korunan diğer haklara paralel olarak, mülkiyet hakkının korunması açısından devletlere yüklenebilecek pozitif yükümlülükleri zaman bakımından sınırlar.

İkinci olarak, zaman bakımından Sözleşme kapsamına girmeyen konularda devletlerin bu şekilde bir pozitif yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, devlet bu konuda herhangi bir çözümü bir kez kabul ettiğinde ve uyguladığında, belirsizlik ve tutarsızlıktan kaçınmak amacıyla tüm vatandaşlar için (mümkün olduğunca) makul netlik ve tutarlılıkla uygulamaya devam edilmelidir. (AIHM’nin Sierpinski/Polonya kararı). Bu netlik ve tutarlılık, devletin faaliyetlerinin Sözleşme’ye uygunluğu değerlendirilirken, Mahkeme tarafından önemli bir faktör olarak dikkate alınmaktadır.

## 7. SONUÇ

Genel bir yaklaşım olarak devletin negatif statü hakları konusunda negatif yükümlülüklerinin, pozitif statü hakları konusunda ise pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Fakat AİHM, son yıllarda verdiği kararlarında, başta mülkiyet hakkı olmak üzere, klasik tasnifte negatif statü hakkı olarak kabul edilen haklar açısından da devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bulunabileceğini kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek protokollerle kurulan koruma sistemi, bireylerin haklardan ve özgürlüklerden etkin şekilde yararlanmasını amaçladığı için devlet, sadece mülkiyet hakkına müdahale etmemekle yetinemez. Devlet bireylerin mülkiyet haklarını etkin şekilde kullanabilmeleri için gereken tedbirleri almak zorundadır. Gerek Sözleşme'nin devletlere *"kendi yetki alanları içinde bulunan herkese tanımlanan bu hak ve özgürlükleri güvence altına almak"* görevini yükleyen 1. maddesi ve gerekse Ek 1 No'lu Protokol'ün mülkiyet hakkını koruma altına alan 1. maddesi, devletlere mülkiyet hakkının korunması için gereken tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Üstelik Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesine hakim olan sosyal mülkiyet anlayışı da, pozitif yükümlülük olgusunu desteklemektedir. Sosyal mülkiyet anlayışına göre, kişilerin sadece mülkiyet hakkına sahip olması yeterli değildir; kişilerin mülkiyet haklarından etkin şekilde yararlanabilmeleri için devletin gerekli tedbirleri alması gerekir.

Mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif ve negatif yükümlülükler iç içe geçmiştir. Sözleşmenin diğer maddelerinin aksine<sup>10</sup> mülkiyet hakkı açısından devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerini birbirinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir (AİHM'nin Broniovski/Polonya kararı). Devletin pozitif ya da negatif yükümlülüklerini ihmal etmesi durumunda, devletin işlem ya da ihmalinin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemek için AİHM tarafından uygulanabilecek kriterler, temelde aynıdır.

AİHM pozitif yükümlülükleri esas yönünden yükümlülükler ve usul yönünden yükümlülükler olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutmaktadır. Hakkın korunması için gerekli mevzuatın yürürlüğe konulması olarak tarif edilebilecek olan esas yönünden yükümlülükler, devletin mülkiyet hakkının korunması için gerekli yasal ve idari çerçeveyi hazırlamasını zorunlu kılmaktadır. Üstelik bu düzenlemeler, mülkiyet hakkının sadece devlete karşı değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı da korumak durumundadır. Devlet, kaynağı ister kamu, isterse özel hukuk kişileri olsun mülkiyet hakkına yapılan tüm haksız müdahaleleri önleyecek, sonlandıracak ve bir zararın söz konusu olduğu durumlarda tazmin edecek mevzuatı yürürlüğe koymalıdır.

<sup>10</sup> Sözleşmenin pek çok maddesi devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bunlardan bazıları (yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı) açısından pozitif yükümlülükler daha kesindir.

Bu yasal ve idari çerçeve, medeni hukuk yargılamasını ve idari yargıyı kapsadığı gibi, mülke karşı bir suç söz konusu olduğunda soruşturma yapılmasını ve ceza davası açılmasını da kapsar. Ayrıca hukuki çerçeve oluşturulmasına ilişkin bu yükümlülük, sadece yeni mevzuat çıkarmakla sınırlı olarak değerlendirilmemelidir. Mülkiyet hakkının ihlaline yol açan ve Sözleşme sistemi ile uyuşmayan düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması da, esas yönünden pozitif bir yükümlülüktür.

Bu yasal ve idari çerçeve, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde geçen "hukuk tarafından öngörülme" şartını sağlamalıdır. Bundan dolayı bu mevzuatın herkes tarafından ulaşılabilir olması gerekir. Ayrıca mevzuatın herkes tarafından anlaşılabilir derecede açık olması ve keyfi uygulamalara karşı emniyet tedbirleri öngörmesi zorunludur.

Usul yönünden yükümlülükler ise, uygulamanın, yasal ve idari çerçeveye uygun olarak yapılmasıdır. Buna göre kamu idarelerinin uygulamaları, yasal ve idari çerçeveye ve Sözleşme'ye uygun olmak zorundadır. Mülkiyet hakkına yapılacak keyfi müdahaleler, Mahkeme tarafından mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Yükümlülüğün niteliğine göre değişmekle birlikte, genel bir kabul olarak, mülkiyet hakkının korunması açısından gerekli pozitif tedbirlerde devletlerin belirli bir takdir hakkından yararlanmaları gerektiği, AİHM içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Devlet, mülkiyet hakkının korunması ve kişilerin bu haktan etkin şekilde yararlanabilmesi için gereken tedbirleri belirleme hakkına sahiptir. Bu takdir hakkı, aynı zamanda pozitif yükümlülüklerin ne şekilde yerine getirileceğini, hangi düzenlemelerin yapılacağı konusunu da kapsamaktadır. Mahkemenin bu konudaki denetim yetkisi oldukça sınırlı kalmaktadır. Ancak bu takdir hakkı, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Kira denetimi uygulanması, emekli maaşları gibi sosyal ve ekonomik politikaların uygulanması söz konusu olduğunda, devletin takdir hakkı oldukça genişlemektedir. Buna karşılık kamulaştırılan taşınmaz karşılığında tazminat ödenmesi ya da haksız şekilde işgal edilen taşınmazların idari ya da adli yollarla tahliyesinin sağlanması gibi münferit uygulamalar söz konusu olduğunda takdir hakkı söz konusu olmamaktadır.

Bu yükümlülükler, sadece Sözleşme'nin dikey uygulaması açısından değil, aynı zamanda yatay uygulaması açısından da söz konusudur. Bir başka ifadeyle devlet, mülkiyet hakkını sadece devlet tarafından yapılan haksız müdahalelere karşı değil, aynı zamanda devlet dışı kişi ve kurumlardan gelecek haksız müdahalelere karşı korumakla da yükümlüdür.

## KAYNAKÇA

Akandji-Kombe, J. F. (2008) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No: 7, 2008

Candan, T. (2006), *“AİHM’nin Eko-Elda Avee/Yunanistan kararı”* Danıştay Dergisi, Yıl:2007, Sayı:114, Erişim Adresi: <http://www.danistay.gov.tr/dergi114.htm>, Erişim Tarihi: 11/08/2010

Çiçekli, B.; Eryılmaz, M. B.; Yılmaz, Ö. (2007) *“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Analizi”*, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Yıl: 2007, Cilt: 3, Sayı: 9

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

Dinç, G. (2007) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007

Gemalmaz, H. B. (2009) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009

Gören, Z. (1997) *“Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”*, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1997, Sayı: 14

Gözübüyük, A. Ş. ve Gölcüklü, A. F. (2007) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007

Grgiç ve Diğerleri (2007) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No:10, 2007

İNHAK BB (2012) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Öneriyıldız ve Diğerleri / Türkiye Kararı, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankası, Erişim Adresi: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/oneryildiz21022008.doc>, Erişim Tarihi: 01.02.2012

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

Koçak, M. (2006) *“Karşılaştırmalı Analiz, İHAM ve AB Ölçütleri”*, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 23

Poroy, M. A. (2006) *“Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük, İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”* İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 2006/3

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

Yaltı, B. (2006) *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006