
Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Anayasa Hukukunda “Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması” Sorunu

Adil Şahin

Giriş

Sınırlandırma rejimi açısından haklar ve özgürlükler, insan hakları hukukunun genel teorisinde; “sınırlandırılabilen haklar” ve “sınırlandıramayan haklar” olmak üzere, ikiye ayrılmaktadır.¹ Sınırlandırılabilen haklar, “sınırlandırma ölçütleri”ne dayanılarak sınırlandırılabilmekte; sınırlandıramayan haklar (yaşam hakkı, işkence yasağı, kulluk-kölelik yasağı gibi) ise, doğası gereği sınırlandırma kabul etmediği için, bir müdahaleye maruz bırakılmamaktadırlar.

Kaynakların kıt, mülkiyetin de bir “insan doğası ihtiyacı” olduğu toplumsal çevrede, mülkiyete, “kimin?” ve “ne ölçüde?” sahip olacağı, tarihsel bağlamda hâlâ aşılamayan bir sorundur.³ Toplumcu öğretiyeye göre mülkiyetin sahibi toplum (ki buna kolektif mülkiyet adı verilmekte); bireyci öğretiyeye göre ise, mülkiyetin sahibi birey (ki bu da özel mülkiyet

Adil Şahin, Karadeniz Teknik Üniversitesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri ABD Öğretim Üyesidir. Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

¹ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 1607.

² İnsan hakları belgelerinde; “Genel ahlak”, “genel sağlık”, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması”, “genel refah”, “kamu yararı”, “suçun önlenmesi”, “ulusal güvenlik” vb. gibi sınırlandırma ölçütleri vardır. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 1608.

³ Adnan Güriz, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu*, AÜHF Yayını, No: 253, Ankara, 1969, s. xii-xiii.

şeklinde kavramsallaştırılmakta) olmalıdır. Bu ekseninde, modern ve uzlaştırıcı yaklaşım ise, insanlığa, “sosyal fonksiyonlu mülkiyet” kavramını önermektedir.⁴ “Sosyal fonksiyonlu mülkiyet” kavramı, mülkiyetin toplum yararına sınırlandırılabilmesi gereğini öne sürmekte; bu yönü ile de, aslında, bireyci mülkiyet anlayışından uzaklaşmakta ve kolektif mülkiyet anlayışına, daha çok yaklaşmaktadır. Anılan durum, aslında, toplumu ön planda tutarak mülkiyete yapılabilecek müdahalelerin önünü de açmaktadır. Tarihin akışı içinde de mülkiyet zaten, her daim, sınırlı oldu.⁵ Bu noktada sorun, mülkiyetin, ne ölçüde ve hangi sınırlandırma ölçütleriyle sınırlandırılabiliridir. Çünkü sınırlandırmanın boyutu, hakkın sınırlandırılmasında kullanılacak olan sınırlandırma ölçütlerinin geniş yorumlanabilmesi bakımından mülkiyeti ortadan kaldıracak ve onu bir hak olmaktan çıkarabilecektir.

Bu makalede, mülkiyetin, tarihin her döneminde “sınırlı” olduğu; “tanımlayana göre anlamı değişen ve içeriği belirsiz sınırlandırma ölçütleri” ile devlet müdahalesinin önünün açıldığı durumlarda ise, mülkiyetin, “sosyal” bir hak mı? yoksa “kişinin hakları” kategorisine mi? ait olduğu sorularının ve bu ekseninde yapılan tartışmaların anlamsız olduğu, çünkü bu şekilde mülkiyete, kamu otoritesi tarafından ölçüsüz olarak müdahale edilebileceği, dolayısıyla da mülkiyetin, hem tarihsel olarak, hem de günümüzde, öteki haklar gibi algılanılmasında zorluk çekildiği ya da “sui generis” nitelikte bir hak olarak kavrandığı konusuna işaret edilmiştir.

Bu çalışmada üzerinde durulan ilk konu, insan haklarına özgü temel belgelerde mülkiyet ve sınırlandırılmasıdır. İkinci olarak, insan haklarının uluslararası arenaya çıktığı evre olan II. Dünya Savaşı sonrası dönemde hazırlanmış olan belgelerde mülkiyet ve sınırlandırılması gözden geçirilmiş, ve nihayet üçüncü olarak da, sözü edilen konunun, Türk Anayasa Hukuku tarihindeki durumu ele alınmıştır.

I-Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukuna Özgü “Temel Belgelerde” Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması

Eski tarihlerden beri gündemde olan ve insan doğasına cevap veren bir olgu olarak mülkiyet hakkı,⁶ tanımından ve içeriğinden kaynaklanan farklı algulamalardan dolayı üzerinde uzlaşıya varılamayan ve pek çok anayasada da açık olarak dillendirilemeyen bir hak

⁴ Adnan Güriz, *Teorik Açından Mülkiyet Sorunu*, s. xiv ve 338; Esin Örcü, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı – Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İÜHF Yayını, No: 473, İstanbul, 1976, s. 13-15 ve 274; Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İÜHF Yayını, No: 655, İstanbul, 1982, s. 244-246; Nihat Bulut, “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: X, Erzincan, 2006, s. 15-26 özellikle 15, 23 ve 26.

⁵ Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s. 221-223; Adnan Güriz, *Teorik Açından Mülkiyet Sorunu*, s. 348; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku – İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 256.

⁶ Her türlü taşınır ve taşınmaz mallar, maddi olan ve maddi olmayan mallar, şirket payı, fikri mülkiyet hakları, patent hakkı, sözleşmeden soğan haklar, kiradan kaynaklanan haklar, bağımsız olarak elde tutulan bir bölümden kaynaklanan haklar, yargı kararı ile kesinleştirilmiş borçlar, bir işletmeden kaynaklanan tecimsel değerden kaynaklanan hakların, mülkiyet hakkına dahil olduğu yönünde bir değerlendirme için bkz., Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000, s. 1305.

kategorisidir.⁷ Her ne kadar günümüzde, özellikle Avrupa insan hakları hukukunda sosyal bir hak olarak kabul edilmekteyse de,⁸ mülkiyet hakkının, sosyal haklar kategorisine mi, yoksa kişinin hakları kategorisine mi ait olduğunun belirginleştirilmesi uzun dönem bir sorun olarak kalmıştır. Mülkiyetin, bir hak olarak içeriği bakımından sorunlu olması; özellikle, “hangi hakları içerdiği”, “devletin hangi eylemlerinin mülkiyetten yoksun bırakma, hangilerinin ise, sınırlama/müdahale olarak kabul edileceği” ve “bir müdahale durumunda tazminat ödenmesinin gerekli olup olmadığı” noktasında odaklaşmaktadır.⁹

A. İkinci Dünya Savaşı Öncesi Dönem

Mülkiyet odaklı yaklaşımlara, insan haklarının önemli kilometre taşları niteliğinde olan insan hakları temel belgelerinde, İ.Ö. 2500 tarihli Hammurabi Kanunları’ndan itibaren rastlanılabilmektedir.

İnsan haklarının “uluslararasılaşması”¹⁰ süreci öncesinde, bir başka ifade ile, İkinci Dünya Savaşı öncesi dönemde hazırlanmış ve ilan edilmiş olan temel belgelerde mülkiyet konusuna özel bir önem atfedilmiş ve birey-mülkiyet ilişkisi düzenleme konusu yapılmıştır. Bu dönemin temel belgelerinden bazılarında mülkiyet, “sınırlandırılabilen” bir hak olarak¹¹ kurgulanırken; bazı belgelerde¹² ise, daha çok, “sınırlandırılmayan” bir hak olarak düzenlenmiş gibi gözükmektedir. Bu inceleme bağlamında gözden geçirilen bazı belgelerde¹³ ise, mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusunda suskun kalınmış, sadece mülkiyete özgü ifadelerle yer verilmiştir. Kamusal gereksinim için, mülkiyet, “kanun”¹⁴

⁷ Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, s.1292-1293.

⁸ Ömer Anayurt, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.136-137.

⁹ Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, s.1293.

¹⁰ İkinci Dünya Savaşı, insan haklarının uluslararası alana geçişini de sağlamıştır. Bkz., Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.60.

¹¹ 1215 tarihli Magna Carta (Madde 30) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 25-26; 1765 tarihli Amerikan Haklar Bildirisi (Madde 5 ve 6) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s.63-65; 1774 tarihli Kolonilerin İlk Kongre Bildirgesi (Madde 1) için bkz., Coşkun Can Aktan – İ. Yaşar Vural, *Özgürlük Bildirgeleri*, Çizgi Kitabevi Yayınları, Konya, 2003, s. 83-86; 1787 tarihli ABD Anayasası’nın 1791 tarihli 5. Değişikliği için bkz., Yaşar Gürbüz, *Anayasalar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1982, s. 37 ve 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (Madde 1, 2 ve 17) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 79-82.

¹² 1649 tarihli Leveller Sonuç Bildirisi (Madde XXX) için bkz., Coşkun Can Aktan – İ. Yaşar Vural, *Özgürlük Bildirgeleri*, s. 69; 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisi (Madde 6) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 66.

¹³ İ.Ö. 2500 tarihli Hammurabi Kanunları (Madde 39) için bkz., Coşkun Can Aktan – İ. Yaşar Vural, *Özgürlük Bildirgeleri*, s. 3; 1525 tarihli Alman Köylülerinin Mektupları (Madde 7 ve 10) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 31-32.

¹⁴ 1215 tarihli Magna Carta (Madde 39) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 26; 1765 tarihli Amerikan Haklar Bildirisi (Madde 5) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 64; 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisi (Madde 6) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 66; ABD Anayasası’nın 1791 tarihli 5. Değişikliği için bkz., Yaşar Gürbüz, *Anayasalar*, s. 37; 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (Madde 17) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan*

ile sınırlandırılabilir. İki belgede¹⁵ ise, mülkiyetin korunmasına özgü olmak üzere, “halktan yükselen bir talep” dikkat çekicidir. Özellikle 1765 tarihli Amerikan Haklar Bildirisi’nde “temsile”¹⁶ (yani parlamentoya) vurgu yapılmış ve “temsilcilerin belirlemediği hiçbir yükümlülüğün kabul edilmeyeceğinin” altı, açık bir şekilde çizilmiştir. Yapılan vurgu, dikkat edildiğinde görülebileceği gibi, kanuna ve parlamentoyadır. Parlamantonun aldığı karar uyarınca, mülkiyet, sınırlandırılabilir. Mülkiyet hakkı, “sınırlandırılabilen bir hak” şeklinde takdim edilince, bir de, “sınırlandırma ölçütü” aranmaktadır ki, o da, “kamusal zorunluluk”¹⁷ olarak ifade edilmiştir. İki belgede¹⁸ ise, mülkiyete, doğuştan sahip olduğu şeklinde bir düzenleme göze çarpmaktadır. Sınırlandırılabilen bir hak olması itibarıyla mülkiyet hakkı, adil ve tam karşılığının ödenmesi şartıyla¹⁹ özel mülkiyet alanından çıkarılabilecektir.

Mülkiyet hakkını da içeren belgeler içinde, konuyu en ayrıntılı bir şekilde düzenleyen, 1789 tarihli “Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi” olmuştur. Bildiri’de, öteki bazı hakların (madde 2’de ifade edilen “özgürlük hakkı”, “güvenlik hakkı” ve “baskıya karşı direnme hakkı”) yanı sıra, mülkiyet hakkı, devletin “varlık nedeni ve amacı” olarak gösterilmiştir. Bildiri’ye göre mülkiyet hakkı “kutsaldır, dokunulmazdır, doğaldır ve zamanaşımı ile ortadan kaldırılamaz” bir hak kategorisidir. Kanun ile belirlenmemiş kamusal bir zorunluluk olmadıkça, önceden belirlenmiş olan adil bir tazminat da ödenmedikçe, kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz. Tersinden ifade edersek, karşılığı adil olarak ödenirse, kamusal bir zorunluluk varsa ve bu durum, kanun ile de belirlenmişse (dikkat edilirse, vurgu yine “temsil”e ve parlamentoyadır), mülkiyet hakkı sınırlandırılabilir. Nihayet, bir başka dikkat çeken “belge” de, 1929 tarihli “Uluslararası İnsan Hakları Bildirisi”²⁰dir. Belge’de, mülkiyet hakkının öznesi “her birey” olarak düzenlenmiştir. Anılan belgede mülkiyet hakkının tanınması ve korunması ise, devlete bir “ödev” olarak yüklenmiştir. İnceleme konusu yapılan dönemde hazırlanmış olan belgelerde mülkiyet hakkının öznesi ise, şu şekilde karşımıza çıkmaktadır: Hiçbir özgür kişi (Manga Carta), insanlar (Leveller Sonuç Bildirgesi, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi), köylü (Alman Köylülerinin

Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 81.

¹⁵ 1525 tarihli Alman Köylülerinin Mektupları (Madde 7 ve 10) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 30-32; 1649 tarihli Leveller Sonuç Bildirgesi (Madde 2) için bkz., Coşkun Can Aktan – İ. Yaşar Vural, *Özgürlük Bildirgeleri*, s. 57-70.

¹⁶ 1765 tarihli Amerikan Haklar Bildirisi (Madde 5) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 64.

¹⁷ 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (Madde 17) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 81.

¹⁸ 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisi (Madde 1) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 65; 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (Madde 1) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 80.

¹⁹ ABD Anayasası’nın 1791 tarihli 5. Değişikliği için bkz., Yaşar Gürbüz, *Anayasalar*, s. 37; 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (Madde 17) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 81.

²⁰ Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan ve yayınlanan 1929 tarihli “Uluslararası İnsan Hakları Bildirisi” için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 277.

Mektupları), halk (1765 tarihli Haklar Bildirisi), Kolonilerde yaşayan İngiliz halkı (1765 tarihli Haklar Bildirisi), İngiliz Kolonilerinin Sakinleri (1774 tarihli Kolonilerin İlk Kongre Bildirisi), tüm insanlar (1776 Virginia Haklar Bildirisi) ve hiç kimse (1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisi, ABD Anayasası'nın 1791 tarihli 5. Değişikliği, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi).

B. İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönem

İnsan haklarının ve İnsan Hakları Hukuku'nun kurumsallaşmaya başlaması ve “uluslararası”laşması sürecinin başlangıcını ifade eden İkinci Dünya Savaşı sonrası evrede hazırlanmış ve alenileştirilmiş olan insan haklarına ilişkin temel belgelerde²¹ mülkiyet hakkı, tanınmış ve içeriği belirginleştirilmiştir. Anılan dönemde hazırlanmış olan belgelerde mülkiyet hakkı, “sınırlandırılabilen” bir hak²² olarak takdim edilmiş ve “sınırlamanın tekniği” ölçütü olarak da “kanun”a atıf²³ yapılmıştır. EİHB'ne göre; “kimse keyfi olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılamaz” denilirken; “zorunluluk olduğunda” veya “kanun ile düzenlendiğinde” kişiler, mallarından yoksun bırakılabileceklerdir. Bir başka söyleyişle EİHB, mülkiyet hakkını “sınırsız ve dokunulmaz” olarak düzenlemiş değildir. Hakkın sınırlandırılmasında devlete bırakılmış bir takdir yetkisi vardır. 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nde; her kişinin özel mülkiyete sahip olabileceğine dikkat çekilmiş; özel mülkiyetin temel özellikleri de belirlenmiştir. Yani, bu özellikleri taşımayan bir özel mülkiyet, Bildiri'ye göre, tanınan haktan yararlanamayacaktır. Sözü edilen Bildiri'de belirlenmiş olan ve mülkiyete özgü olarak düzenlenen özelliklerden ilki; “yeterli düzeydeki bir yaşam için zorunlu gereksinimleri karşılamaya elverişli nitelikte olan mülkiyet”; ikincisi, “kişi onurunu korumaya elverişli nitelikte olan mülkiyet” ve nihayet üçüncüsü de, “konutun dokunulmazlığını korumaya elverişli nitelikte olan mülkiyet” şeklinde sıralanmaktadır. Anılan bu üç ölçüt, aslında, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında da kullanılabilir olan, birer, sınırlandırma ölçütü niteliğindedir.

Sınırlandırılabilen bir hak olarak betimlenen mülkiyet hakkı için sınırlandırma ölçütleri olarak da, farklı kavramların benimsendiğini gözlemlemekteyiz: “Kamu yararı” kavramı (AIHS'nin 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları

²¹ 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (Madde 17) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 404; 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi (Madde 23) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, 6 Cilt, Cilt: III, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 10; 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 21) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, 6 Cilt, Cilt: III, s. 34; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1952 tarihli 1 No'lu Protokolü (Madde 1) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, 6 Cilt, Cilt: I, s. 124; 1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (Madde 14) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, 6 Cilt, Cilt: III, s. 234; 1989 tarihli Avrupa Parlamentosu Temel Haklar ve Ödevler Bildirisi (Madde 9) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Temel Belgelerde İnsan Hakları: Maddi Hukuk*, İnsan Hakları Derneği Yayını, İstanbul, 1996, s. 71.

²² Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (Madde 17/2), Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 21/1), Afrika İnsan ve Halkların Şartı (Madde 14) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü (Madde 1).

²³ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde “kanun ile” (Madde 21/1); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü'nde “kanuna uygun olarak” ve “uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak” (Madde 1); Afrika İnsan ve Halkların Şartı'nda “kanuna uygun olarak” (Madde 14).

Şartı'nın 14. maddesi), "genel yarar" kavramı (AİHS'nin 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesi), "toplumun yararı" kavramı (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 21. maddesi), "sosyal/toplumsal yarar" kavramı (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 21. maddesi) ve "halkın genel yararı" kavramı (Afrika İnsan ve Halkların Şartı'nın 14. maddesi). Mülkiyet hakkı, belirtilen bu belgelerde "dokunulmaz, kutsal, doğal" gibi tabii hukuku çağrıştıran özellikleri bünyesinde barındıran bir şekilde takdim edilmemiştir. Mülkiyet hakkına özgü en ayrıntılı düzenleme ise, belirtilmelidir ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü'nde yer almaktadır. Mülkiyet hakkı, insan haklarına özgü olan ve II. Dünya Savaşı sonrası döneme ait olan belgelerden sadece birisinde, "özel mülkiyetin konusu olmaktan çıkarıldığı"nda da, karşılığı tazmin edilmelidir"²⁴ şeklinde düzenlenmiştir.

Sözü edilen belgelerde mülkiyet hakkının öznesi; herkes (Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi), hiç kimse (Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü), her kişi (Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi), her gerçek kişi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü) ve her tüzel kişi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü) şeklindedir. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda ise, belirgin bir hak öznesi yoktur. Sözü edilen Şart'ta, pasif bir ifade (mülkiyet hakkı güvence altına alınacaktır) kullanıldığından, öteki belgelere göre, mülkiyet hakkı, biraz daha önemsiz bir şekilde düzenlenmiştir.

C - Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması

Avrupa insan hakları hukukunda, kendisine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninde yer bulamayan mülkiyet hakkı, Protokol No:1²⁵ ile Sözleşme sistemine dahil edilmiş ve günümüzde de, anılan Protokol'ün 1. maddesinin mülkiyet hakkını garanti altına aldığı kabul edilmektedir.²⁶ Mülkiyet hakkı, öte yandan, AİHS sisteminde nadir sosyal haklardan birisi (ötekisi sendika kurma hakkı) olarak dikkat çekmektedir.²⁷

II. Dünya Savaşı'nın yarattığı ağır tahribat ortamında özel mülkiyete, AİHS'inde yer verilmemesi, bu hakkın, "kesin ve açık içeriğinin siyasal olarak tartışmalı olması";²⁸ "ka-

²⁴ 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 21/2) için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, 6 Cilt, Cilt: III, s. 34.

²⁵ 20/03/1952 tarihinde Paris'te imzaya açılan "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'nin, Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1", 18/05/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 1027-1034.

²⁶ Nihal Jayawickrama, *Judicial Application of Human Rights Law – National, Regional And International Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, 2002, s.910.

²⁷ A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 417.

²⁸ A. H. Robertson – J. G. Merrills, *Human Rights – In the World*, Manchester University Press, Manchester And New York, 1996, s. 37; Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, s. 1292 ve 1301-1302.

mulaştırma/el atma durumunda tazminat ödenip ödenmeyeceği”²⁹ ve devletin, “millileştirme” konusunda bir yetkiye sahip olması gerektiği yönündeki sosyalist eksenli yaklaşım³⁰ neticesinde, gerçekleştirilememiştir. Bununla birlikte, Sözleşme metninde yer ve rilmeyen mülkiyet hakkının, Sözleşme dışında ve fakat Sözleşme sistemi içindeki ikinci bir belgede, Protokol No:1’de (madde 1) düzenlenmesi gereği konusunda Avrupa Konseyi üyesi devletler, uzlaşma noktasında başarıya ulaşabilmişlerdir.³¹

AİHS sistemi ekseninde mülkiyet hakkı, “parasal olarak hesap edilebilen ve mevcut/ elde edilmiş olan” bir hakkı korumakta; yeni bir mülkiyetin edinilmesine izin veren veya bunu kolaylaştıran nitelikte bir hak olarak algılanmamaktadır. Bir başka söyleyişle mülkiyet hakkı, “mal ve mülk edinebilme hakkını” da kapsayan bir içeriğe sahip değildir.³²

Mülkiyet hakkı ile ilgili olmak üzere, AİHS bağlamında, içtihadi olarak, üç ilke oluşturulmuştur.³³ İlki, “kişinin, mülkiyetinden rahatsız edilmeden yararlanabilmesi”; ikincisi, “mülkiyetin, kamu yararı ölçütü ile, haktan yoksun bırakmaya kadar varabilen bir konu olabilmesi” ve nihayet üçüncüsü ise, “genel yarar amacı ile, devletin, mülkiyetin kullanımını sınırlandırabileceği”dir.

Devletin, mülkiyet hakkına yaptığı müdahalenin meşru olabilmesi için, mülkiyetten yoksun bırakmada kamu yararı; mülkiyetin kullanımının düzenlenmesinde genel yarar ölçütü; hakkı sınırlamanın tekniği olarak da “kanun ve uluslararası hukukun genel prensiplerine uygunluk” ve nihayet, “ölçülülük” şartı aranmaktadır.³⁴ Başka bir şekilde ifade etmeye çalışırsak, kamu yararı ve genel yarar ölçütleri esas alınarak kamu hizmeti amaçlı olmak üzere, umum lehine, devlet, mülkiyete müdahale ettiğinde, bu, meşru bir müdahale olarak kabul edilmektedir.³⁵

Kamu yararı ve genel yarar kavramlarının, Strasbourg organlarınca farklı şekilde yorumlandığı içtihatlar³⁶ olduğu gibi, aynı anlamda kullanıldığı kararlara da³⁷ rastlanılabilmesi, anılan bu iki kavramın anlam ve içerik bakımından farkının, net bir şekilde tespitini zorlaştırmaktadır.³⁸ Strasbourg organları, kamu yararı kavramının anlam bakı-

²⁹ Nihal Jayawickrama, *Judicial Application of Human Rights Law – National, Regional And International Jurisprudence* s. 910.

³⁰ J. G. Merrills, - A. H. Robertson, *Human Rights in Europe - A study of The European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 2001, s. 12 ve 234-235.

³¹ J. G. Merrills - A. H. Robertson, *Human Rights in Europe - A study of The European Convention on Human Rights*, s. 234-235.

³² Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, s. 1303; A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 418-419.

³³ J. G. Merrills – A. H. Robertson, *Human Rights in Europe – A Study of The European Convention on Human Rights*, s. 235; Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, s. 1302; Nihal Jayawickrama, *Judicial Application of Human Rights Law – National, Regional And International Jurisprudence*, s. 910-911.

³⁴ A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 423.

³⁵ A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 423.

³⁶ A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 423.

³⁷ A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 423.

³⁸ A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 423; Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan*

mından yorumlanabilmesi noktasında, “devletin geniş bir takdir marjı”na sahip olduğunu belirten içtihat üretirken; “her türlü sosyal ve ekonomik politika amaçlı müdahalenin, anılan kavramın içeriğine dahil olduğunun”³⁹ da altını çizmekte; genel yarar kavramının ise, daha dar olarak algılanması gereğini belirtmektedir. Fakat son zamanlarda, Strasbourg organları’nın, “Adil Denge Testi”ni uyguladığına dikkat çekilmektedir.⁴⁰ Adil Denge Testi’nde Strasbourg organları, mülkiyete yapılan müdahalede, “toplumun genel yararının gerekleri” ile “bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri” arasında bir karşılaştırma yaparak⁴¹ denge unsurunun gerçekleşmesine dikkat etmektedir.

AIHS sistemi içinde, mülkiyete yapılan müdahaleler ekseninde tazminat ödenmesi gereği konusu düzenleme dışı bırakılmış; bu konuda, başta ve özellikle yabancılar için⁴² (Protokol No: 1, madde 1/1) olmak üzere, uluslararası hukukun genel prensiplerine atıf yapılarak⁴³ sorunun çözümü metodu benimsenmiştir. Bu konudaki uluslararası hukuk kuralı, yabancılar, gecikmeksizin uygun ve gerçek bir tazminat ödenmesini emretmektedir⁴⁴. Malın değeri ile orantılı bir tutar ödenmediği durumlarda, mülkiyete, aşırı tecavüz niteliğinde bir müdahale olacağı belirtilmekle birlikte, anılan durum, her zaman, zararın bütünüyle tazmini anlamına da gelmemektedir.⁴⁵ Sözleşme sisteminde, devletin, “ekonomide reform ve sosyal adalet amaçlı tedbirler” alması ve uygulamaya başlaması, tam ticari

Hakları Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 530. Konu üzerinde yazarların sayısı ne kadarsa, o kadar farklı sayıda kamu yararı tanımına ulaşılabilmektedir ve bu bağlamda; “egemenlik teorileri”, “birleştirici teoriler” ve “kamusal yarar teorileri” gibi olmak üzere çeşitli ve farklı tanımların yapıyor olması; kamu yararı kavramının üzerinde uzlaşılmasının zorluğunu yeterince açık bir şekilde ortaya koyar niteliktedir. Bu konuda bkz., Aileen McHarg, “Reconciling Human Rights And The Public Interest: Conceptual Problems And Doctrinal Uncertainty in The Jurisprudence of The European Court of Human Rights”, *The Modern Law Review*, Vol: 62, 1999, sf: 671-696 özellikle 673-678 ve 683.

³⁹ J. G. Merrills – A. H. Robertson, *Human Rights in Europe – A Study of Human The European Convention on Human Rights*, s. 237; Nihal Jayawickrama, *Judicial Application of Human Rights Law – National, Regional And International Jurisprudence*, s. 915-916 ve 919; Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, s. 1302; Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, s. 529; Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayını, Ankara, 2004, s. 297; A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 423-424; Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara, 2007, s. 155. Devletlerin takdir marjının geniş olması, denetlenemeyecekleri anlamına gelmemekte; aksine, bu takdir yetkisi, “makul biçimde, dikkatli şekilde ve iyi niyetle kullanılmak” zorundadır. Bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 1032.

⁴⁰ Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, s. 1318-1320; Nihal Jayawickrama, *Judicial Application of Human Rights Law – National, Regional And International Jurisprudence*, s. 915. Adil Denge, malikin, “olağandışı ve aşırı” bir yük altına sokulduğunda bozulmaktadır. Bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 1033.

⁴¹ 23 Eylül 1982 tarihli “*Sporrong ve Lönnroth v. İsveç*” Vakası, Başvuru No. 7151/75, Paragraf: 69; 7 Temmuz 1989 tarihli “*Tre Traktörer Aktiebolag v. İsveç*” vakası, Başvuru No. 10873/84, Paragraf: 59.

⁴² J. G. Merrills – A. H. Robertson, *Human Rights in Europe – A Study of Human The European Convention on Human Rights*, s. 237; Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, s. 1316.

⁴³ A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 426.

⁴⁴ A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 426.

⁴⁵ A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 427.

değerin altında bir tutar ödenmesini de haklılaştırabilmektedir.⁴⁶ Nihayet belirtilmelidir ki; tazminat miktarı, ilgili kişinin, “uyruk veya yabancı olması”, “müdahalenin kapsam ve yoğunluğu”, “müdahalenin amacı veya niteliği” ve “müdahalenin şekli” gibi durumlarda değişken olabilmekte, hatta, bazı istisnai durumlarda tazminat yükümlüğü ortadan kalkmaktadır.⁴⁷

II – Türk Anayasa Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması

A. Anayasal Belgeler

Türk Anayasa hukuku tarihinde mülkiyete özgü düzenlemeler, anayasal belgelerde yer almaktadır. Anılan belgelere bir bütün olarak baktığımızda, mülkiyete özgü en ayrıntılı düzenlemenin Gülhane Fermanı’nda olduğunu gözlemlemekteyiz. Fakat mülkiyete verilen bu önem, devletin korunmasına özgüdür.⁴⁸ Islahat Fermanı ve Adalet Fermanı’nda mülkiyet hakkı ise, özellikle gayrimüslimlere yönelik olarak düzenlenmiştir. Sonuç olarak, Türk Anayasa Hukuku tarihine özgü anayasal belgelerin hiçbirisinde, açık ve tam ifadeyle mülkiyet, bir hak olarak ifade edilmemiştir fakat; hepsinde, mülkiyete ilişkin bir ifadeye de rastlanılabilmektedir. Öte yandan, “mülkiyet hakkı sınırlandırılabilir mi?, eğer sınırlandırılabilirse, hangi şartlarda sınırlandırılabilir?, kim tarafından ve hangi usullerle sınırlandırılabilir?” soruları dikkate alındığında, anılan belgelerde, ciddi boşluklar bulunmaktadır.

Türk Anayasa hukukuna özgü anayasal belgelerde⁴⁹ mülkiyet hakkı, ilk kez Sened-i İttifak’ta⁵⁰ düzenlenmiştir. İzleyen dönemlerde de, Gülhane Fermanı’nda, Islahat Fermanı’nda ve Adalet Fermanı’nda mülkiyete ilişkin ifadelerin yer aldığına şahit olabilmekteyiz.

Sened-i İttifak’ta, “ileri gelen kişilerin mallarına, yerel ileri gelenler tarafından el konulamayacağı (Şart: 5)” ve “yerel ileri gelenlerin kendilerine ait yerin sınırları dışında bir karış yere el koyamayacaklarının (Şart: 5)” altı çizilmiştir. Sened-i İttifak özelinde bakıldığında, mülkiyet konusunda, daha çok, hukuka aykırı/kefyi el atmaların önüne geçmenin

⁴⁶ A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 427.

⁴⁷ Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, s. 297; A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 427.

⁴⁸ Gülhane Fermanı’nda, “mal dokunulmazlığı ve mal güvenliği sağlanırsa, devlete olan bağlılığın artacağına inanıldığından, mülkiyete yönelik ifadelere yer verilmiştir. 1839 tarihli Gülhane Fermanı için bkz., Suna Kili – A. Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2000, s. 21-23.

⁴⁹ Bu çalışma ekseninde; 1808 tarihli Sened-i İttifak, 1839 tarihli Gülhane Fermanı, 1856 tarihli Islahat Fermanı ve 1875 Tarihli Adalet Fermanı inceleme alanımıza dahil edilmiştir. Adı geçen belgeler için, sırasıyla bkz., Suna Kili – A. Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze)*, s. 13-17, 21-23, 24-29 ve 32-37.

⁵⁰ Sened-i İttifak ile, Padişah, Anadolu ve Rumeli Ayanının can ve mülkünü teminat altına almayı taahhüt etmiştir. Fakat bu taahhüt, devamlı ve sonuç verici olmamıştır. Bkz. Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, s.245.

hedeflendiği gözlemlenmektedir. Bir başka söyleyişle, Sened-i İttifak'ta mülkiyet hakkı pozitif bir hak olarak ifade edilmemiş; mülkiyetin, bir hak olarak tanınması söz konusu edilmezken; dolaylı yoldan bir koruma öngörülmüştür.

Gülhane Fermanı'nda;⁵¹ mal dokunulmazlığı ve mal güvenliği sağlanırsa, devlete olan bağlılığın artacağına inanıldığından, mülkiyete yönelik ifadeler yer verilmiştir. Sonra, yapılacak olan yeni kanunların temel ilkelerinden birisinin de “mal dokunulmazlığı” (ötekiler ise; can güvenliği, ırz dokunulmazlığı ve namus dokunulmazlığıdır) olacağına vurgu yapılmıştır. Nihayet, Gülhane Fermanı'nda, ilerleyen bölümlerde, “herkesin, malına ve mülküne serbestçe sahip olabileceği, malını ve mülkünü dilediği gibi kullanabileceği ve devletin bu haklara el uzatamayacağı” şeklindeki ifade ile de, mülkiyet, pozitif bir hak olarak anayasal bir belgede dillendirilmiştir. Osmanlı İmparatorluğu'ndaki halkların hepsine, bu hak, herhangi bir ayırım yapılmadan tanınmıştır. Sınırlandırılabilme konusunda ise, bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır.

Islahat Fermanı'nda;⁵² “Hıristiyan ve diğer gayrimüslim toplumun taşınır ve taşınmaz mallarının korunacağı; alış-veriş ile mülk edinme konusundaki kanun ve düzenlemelerin bütün vatandaşlar arasında eşitlik ilkesi içinde uygulanacağı”na dikkat çekilmiştir. Islahat Fermanı'nda mülkiyet hakkı, pozitif bir hak olarak ifade edilmekten ziyade, mülkiyetin korunacağı yönünde bir tavır takınılmakta ve sınırlandırılabilme konusunun düzenlenmediği tespit edilmektedir.

Adalet Fermanı'nda,⁵³ “Gayrimüslimlerin arazi ve emlak alıp-satabilecekleri ve miras haklarının korunacağı; malların korunması için, mahalli idarelerce zabita kuvvetleri görevlendirileceği” belirtilmiştir. Sözü edilen belgede, yine, pozitif bir hak olarak mülkiyete vurgu yapılmayarak, sınırlandırılabilme konusu düzenlenmemiştir.

Türk Anayasa Hukukuna tarihine ilişkin anayasal belgelerde, mülkiyet hakkına özgü hak özneleri ise; herkes (Gülhane Fermanı), Osmanlı Ülkesi Halkları (Gülhane Fermanı), Hıristiyan ve diğer gayrimüslim toplum (Islahat Fermanı), bütün tebaa (Islahat Fermanı) ve gayrimüslimler (Adalet Fermanı) şeklinde sıralanabilirler.

B. Anayasalar

Mülkiyet hakkı, Türk Anayasa Hukuku tarihinde; 1876 Anayasası'nda⁵⁴ (Madde 21), 1924 Anayasası'nda⁵⁵ (Madde 70, 71 ve 79), 1961 Anayasası'nda⁵⁶ (Madde 36) ve 1982

⁵¹ Ferman'da, can emniyeti ve mülkiyet hakkının teminat altına alınacağı ilan edilmiştir. Bkz., Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, s.245.

⁵² Ferman'da, mülkiyet hakkının devlete karşı teminat altına alınması amacı vardır. Bkz., Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, s.245.

⁵³ Adalet Fermanı'nın metni için bkz., Suna Kili – A. Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze)*, s. 32-37.

⁵⁴ 1876 Anayasası'nın 21. maddesi ile, mülkiyet hakkı, 1789 prensiplerine uygun olarak düzenlenmiştir. Bkz., Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, s.245.

⁵⁵ 1924 Anayasası'nda mülkiyet hakkı, tabii hukuk doktrinine dayanır. Bkz., Esin Örucü, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı - Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, s.23.

⁵⁶ Sosyal niteliği, Roma İmparatorluğu'ndan beri belirlemekte olan mülkiyet hakkı, 1961 Anayasası'nda, sosyal

Anayasası’nda (Madde 35) kendisine yer bulabilmiş bir hak kategorisidir. 1961 ve 1982 Anayasası’nda madde başlığı da “mülkiyet hakkı” şeklinde ifade edilmiştir ve belirtilmelidir ki, her iki Anayasa’da da mülkiyet hakkı ile ilişkili düzenleme, içerik olarak, kelimenin tam anlamı ile, aynıdır.

Mülkiyet; 1924, 1961 ve 1982 Anayasası’nda açık bir şekilde “hak” olarak ifade edilirken; 1876 Anayasası’ndaki ifade bu yönde olmamış, “malın ve mülkün korunması” şeklinde bir yaklaşıma yer verilmiştir. Sözü edilen her dört Anayasada da (1876, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları) mülkiyet hakkı, “sınırlandırılabilen” bir hak olarak kurgulanmış; sınırlandırma ölçütü olarak da “kamu yararı” ilkesi kabul edilmiştir. Fakat 1924 Anayasası’nda açıkça sınırlandırma ölçütü belirtilmemiş;⁵⁷ bu konu, kanun koyucuya havale edilmiştir.

1961 ve 1982 Anayasası’nda ise, 1876 ve 1924’te olmayan bir hüküm vardır. 1961 ve 1982 Anayasası’na göre mülkiyet hakkı, “toplum yararı”na aykırı olamayacaktır. Yani, mülkiyet hakkı, malik tarafından, daima, toplum yararına uygun olarak kullanılacak; kullanılmadığında ise, sınırlandırılabilir. Bu düzenlemede ön planda tutulan, mülkiyet hakkının kullanımı bakımından, toplumdur. Birey ise, mülkiyet hakkının kullanımı bakımından 1961 ve 1982 Anayasalarında, ikincil pozisyonda kalmaktadır. O halde, sınırlandırma ölçütü söz konusu olduğunda, artık, 1961 ve 1982 Anayasası’nda, “kamu yararı” ölçütüne ek olarak, bir de, “toplum yararı” ölçütünü göz önünde tutmalıyız. Kaldı ki, “kamu yararı”⁵⁸ ile “toplum yararı” kavramları arasında anlam bakımından fark olduğu da, Türk hukuk doktrininde ifade edilmektedir.⁵⁹ Öte yandan, hem 1961, hem de 1982

ve iktisadi haklar ve ödevler kısmında düzenlenmiştir. 1961 Anayasası, sosyal nitelikleri açık olan ve mülk sahibinin iradesi dışında kullanılmasını sağlayan kamulaştırma ve devletleştirme hükümlerini de ihtiva etmektedir. Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, s.246. Mülkiyet hakkı, İkinci Dünya Savaşı sonrası Anayasa eğilimine uygun olarak, 1961 Anayasası’nda, toplumsal işlevli bir hak olarak düzenlenmiştir. Bkz., İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku - İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, s.256.

⁵⁷ 1924 Anayasası’nın 79. maddesi şöyledir: “...mülk edinmenin ve tasarrufun ... özgürlük sınırı kanunlar belirlenmiştir.”

⁵⁸ Kamu yararı sorunu, bir bakıma, kolektif çıkarların, hangi araç ve yöntemlerle gerçekleştirilebileceği sorudur. Kamusal kelimesi de ilk anlamı ile “özel”in karşıtı şeklinde kullanılmaktadır. Kamu Yararı kavramına ilişkin de iki anlayış var. Liberal anlayışa göre kamu yararı, bir topluluğun paylaşılan (ortak) çıkarlarını ifade eder. Kamu çıkarı, toplumun bütün üyelerinin ortak olarak sahip oldukları özel çıkarlardan oluşur. Örneğin ulusal savunma hizmeti böyledir. İkinci yaklaşım olan kolektif kamu yararı görüşü ise, bireylerden değil, kolektif bir varlık olarak kamu düşüncesinden hareket eder. Kamu, bireylerden bağımsız bir varlığı ve ortak çıkarı bulunan kolektif bir varlıktır ve daha çok Rousseau’nun “genel irade” kavramı ile ilgilidir. Sosyalistler de, esas itibarıyla, kamu yararı konusunda, Rousseau’cu görüşü benimserler. Sonuçta, kamu yararı kavramı, kısaca, bireylerin özel çıkar arayışlarını dışlamayan, ama, sadece bireysel çıkara da indirgemeyen bir kavram olarak tanımlanmaktadır. Bkz., Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi*, Ankara, 1996, s.194-197. Devletin müdahalesi gündeme geldiğinde, ve bir de bunu, “kamu yararı” kavramına dayandırabilmesi olanağı doğduğunda, önceden, bu müdahalenin sınırlarının tespit edilmesi oldukça zor görünmektedir. Bkz., Burhan Kuzu, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükümünde Kararnameler*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s.109.

⁵⁹ 1961 Anayasası ile artık, devletin çiftçiyi, toprağını işlemeye zorlaması, gerektiğinde karşılık ödmeden işlenmeyen toprağın devlet tarafından işlenebilmesi, karşılık ödmeden devletin arsa sahibini imar planlarına uygun kullanmaya zorlaması gündeme gelmiştir. Bu toplum yararı kavramı ile oluyor. Yani, artık karşılık ödenmesine gerek kalmıyor. Kamulaştırmada ise, kamu yararı olduktan sonra karşılığın ödenmesi gerekiyor. Yani konut sorunu varsa ve malik konut yaptırmıyorsa, devlet, karşılık ödmeden konut yaptırabilecek demektir. Bkz., Esin Örucü, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı - Mülkiyet Hakkının Sınırlanma-*

Anayasası'nın son fıkrasında yer verilen "Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." şeklindeki ifade, gereksizdir. Çünkü, böyle bir ifade düzenlenmemiş olsaydı bile, mülkiyet, zaten, toplumun zararına olarak kullanılamayacaktır. Hiç bir hak ve özgürlük, sahibine, topluma ve öteki bireylere zarar verici bir tutumla kullanılma yetkisini vermez.⁶⁰ Sözü edilen ifade, hem mülkiyet hakkının, hem de öteki hakların bünyesinde doğal olarak vardır ve hem "hak-ödev bütünselliği" ilkesi, hem de "hakların kötüye kullanılma yasağı" insan hakları teorisinde kendisine kavramsal bir yer de bulmaktadır. O halde "toplum yararı" kavramının kullanılması, daha baştan, demek ki başka bir amaçla gerçekleştirilmek amacıyla anayasaya eklenmiştir; ki o da, kamu otoritesinin, mülkiyet hakkına özgü müdahalelerinin önünü açabilmektir. Çünkü toplum yararı kavramı, her şeyi içine alabilecek genişlikte⁶¹ ve kolaylıkla ideolojik eksenli yorumlarda kullanılmaya izin verecek ölçüde içeriği belirsiz olan bir kavramdır. Dolayısıyla anılan hüküm, öncelikli olarak toplumu ve devleti koruyan bir yaklaşımı yansıtmakta; birey ve bireysel özgürlük, bilinçli olarak arka plana itilmektedir.

Her dört Anayasada da, mülkiyet hakkı için "sınırlamanın tekniği" ölçütü olarak "kanun" a vurgu yapılmıştır. Hak özneleri dikkate alındığında ise, temelde, iki ifade dikkat çekmektedir. 1924 Anayasası'nda mülkiyet hakkının öznesi (Anayasa'daki öteki bütün haklarda olduğu gibi) spesifik olarak "Türkler" şeklinde ifade edilirken; 1876, 1961 ve 1982 Anayasalarındaki özne ise, "herkes" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Haklar ve özgürlüklere ilişkin genel sistematığı düşünüldüğünde, 1961 Anayasası'ndaki sınırlamanın sınırı ölçütü olan "öze dokunma yasağı" da mülkiyet hakkı ekseninde düşünülebilir. Bir başka ifade ile, 1961 Anayasası'na göre (madde 11), mülkiyet hakkının sınırlandırılması söz konusu edildiğinde, "sınırlamanın sınırı" ölçütü olarak, "öze dokunma yasağı" dikkate alınacaktır. 1982 Anayasası'na göre ise, 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, sınırlamanın sınırı ölçütleri (sınırlamanın "ölçü-

su, s.25. Aslında toplum yararı kavramı, malik ile şey arasındaki ilişkiye müdahale eden bazı müesseseleri (millileştirme gibi) doğurmuştur. Dolayısıyla malik ve şey arasındaki ilişkiye, bir üçüncü ortak daha katılmış olmaktadır ki o da, toplumdur. Bkz., Esin Özü, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı - Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, s.12. Anayasa Mahkemesi de, "toplum yararı" kavramı ile ilgili olarak; "mülkiyet hakkının temel bir hak olduğunu, fakat toplum yararına (altını ben çizdim) aykırı olamayacağını" belirttiikten sonra, "toplum yararı (altını ben çizdim) kavramının, yerine göre, mülkiyet hakkının tümüyle kişinin elinden alınmasını gerektirdiğini, bu nedenle de Anayasa'da kamulaştırma ve devletleştirme kurumlarının düzenlendiğini" işaret etmiştir. Karar için bkz., E:1984/15, K:1985/15, Tarih: 19.02.1985. Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılması ile ilgili olmak üzere, bir başka içtihadında da; "mülkiyet kavramının anlamının, boyutlarının ve hukuki yapısının toplumların zaman içindeki gelişmesine ve bunun sonucu olarak Anayasaların benimsediği toplumsal ve siyasal sisteme göre biçimlendiğini; taşınmaz mülkiyetinin sınırlandırılması ile toplum adına (altını ben çizdim) kısmen veya tamamen kaldırılmasının özel durumlara tabi tutulmasının Anayasa'nın gösterdiği sınırlar içinde ancak kanun ile belirlenebileceğini; mülkiyet kavramının, toplum düzeninin bir parçası olarak toplumsal bütünlük ve toplum yararı (altını ben çizdim) ile birlikte şekilleneceğini" işaret etmiştir. Karar için bkz., E: 1993/9, K: 1993/21, Tarih: 10.06.1993.

⁶⁰ Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 1621-1625.

⁶¹ Toplum yararı kavramı, "kamu düzeni" ve "genel sağlık" ile de ilişkilidir ve onları da içine alır. Bkz., Esin Özü, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı - Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, s.38.

lülük” ilkesine ve “Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılması gereğine vurgu yaptıktan sonra) “öze dokunma yasağı”, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “laik cumhuriyetin gerekleri” şeklinde ifade edilmiştir.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılması, 1876 Anayasası’nda, “değerinin peşin ödenmesi” şartına bağlanmıştır. Sözü edilen öteki anayasalarda mülkiyet ile ilgili maddelerde bu yönde bir düzenleme bulunmamakta; anılan durum, kamulaştırma ile ilgili maddelerde ifade edilmektedir. Ötekilerden farklı olarak 1924 Anayasası’nda mülkiyet hakkı, açıkça, tabii haklardan sayılmıştır fakat; “kutsal, dokunulmaz” gibi niteliklere ilgili maddede yer verilmemiştir.

Hem 1961 Anayasası’nda, hem de 1982 Anayasası’nda mülkiyet hakkı, “toplum yararı”na aykırı olarak kullanılamayacaktır. Bu yöndeki bir düzenleme, bu çalışmada incelenen diğer Anayasalarda yoktur. 1961 Anayasası’nda, “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlenen mülkiyet hakkına; 1982 Anayasası’nda, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında yer verilmiştir. Sistematik açıdan yapılan bu değişiklik, basit bir sınıflandırma farkı değildir. Türk Hukuk Sisteminde bir hakkın, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” kısmında düzenlenmiş olmasıyla; “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” kısmında düzenlenmiş olması, hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi bakımından farklı sonuçlara gebedir.

“Kişinin Hakları ve Ödevleri” kavramı, Jellinek’in hakları sınıflandırmasındaki, “negatif haklar”⁶² ayırımına denk düşmekte; devlete, bir şey yapmama, kişinin özgürlük alanına müdahale etmeme ödevi yüklemektedir. 1982 Anayasası’ndaki mülkiyet hakkı düzenlemesi de (madde 35), sözü edilen bu başlık altında kurgulanmıştır. 1982 Anayasası’nda mülkiyet hakkı ile ilgili maddenin gerekçesinde, söz konusu hakkı “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında tanımanın, “komünizmin, faşizmin, din temeline dayanan devlet düzeninin kurulmasının önlenmesi ve özel mülkiyetin yok edilmesi olanağının ortadan kaldırılması” gibi sebepler ile olduğu ifade edilmektedir. Anılan sistematik tercihin en önemli yönü ise, yine madde gerekçesinde açık bir şekilde altı çizilerek “ekonomik sistem tercihi bakımından bir gösterge” şeklinde açıklanmıştır.⁶³

“Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” kavramı ise, Jellinek’in kategorileştirmesine göre, “pozitif statü hakları”nı⁶⁴ işaret etmektedir. Pozitif statü hakları, sosyal devlet anlayışının gelişimi sonucu ortaya çıkmışlardır ve anılan hakların gerçekleşmesi için, devletin, olumlu yönde bir hareketinin olması gerekmektedir. Fakat belirtilmelidir ki sosyal

⁶² Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2002, s.217.

⁶³ Madde gerekçesinde, ayrıca; “kişiliğin geliştirilmesinde mülkiyet hakkının anayasada düzenlenmesi gereğine” dikkat çekildikten sonra; “ülke ekonomisinin ihtiyacı olan uluslararası ilişkileri geliştireceği, yabancı sermayenin ülkemizde yatırım yapmasını mümkün kılacağı, bu ilişkilerde ülke menfaatlerine öncelik tanınması durumunda ekonomik büyümenin gerçekleşmesi suretiyle toplumun refahının artacağı genellikle kabul edilmektedir” şeklinde düşüncelere yer verilmiştir. 1982 Anayasası’ndaki madde 35 düzenlemesinin gerekçesi için bkz., Mehmet Akad – Abdullah Dinçkol, *1982 Anayasası - Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998, s.140-142.

⁶⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s. 217.

haklar, “program hüküm”⁶⁵ niteliğindedirler ve devlet, bunları, “bütçesi” ölçüsünde yerine getirme yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda belirtilmesi gereken son nokta, 1961 Anayasası’nda mülkiyet hakkının, “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlenmiş olduğudur.

1982 Anayasası söz konusu olduğunda, mülkiyet hakkına ilişkin bu farklı sınıflandırma ve yerleştirme, bir başka açıdan daha önemlidir. 1982 Anayasası’nın 91. maddesine göre, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelemleri ile kişinin hakları ve ödevleri alanında düzenleme yapılamamaktadır. Anılan düzenleme, en azından olağan dönemler bakımından, mülkiyet hakkının bir güvencesini oluşturmakta ve yürütme organının mülkiyete özgü düzenlemesinin önüne bir set çekmektedir.

1961 Anayasası’nın orijinal şeklinde olmamakla birlikte, kanun hükmünde kararname⁶⁶ kurumu, 20.09.1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanun ile Anayasa’ya eklenmiştir. 1971 tarihli değişiklikten sonra 1961 Anayasası’nın 64. maddesine göre “temel haklar ve ödevlere ilişkin genel hükümler”, “kişinin hakları ve ödevleri” ile “siyasi haklar ve ödevler” başlığı altındaki kısımlar KHK ile düzenlenemeyecek alanlardan sayılmıştır. Mülkiyet hakkı, “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” başlığı altında yer aldığı için, 1971 sonrasında, KHK’ler ile de, yürütme organınca artık düzenleme konusu yapılabilecektir.⁶⁷ Mülkiyet hakkı konusunda yürütme organının “düzenleme”⁶⁸ yapabilme yetkisiyle donatılması, “müdahalenin yönü ve boyutu” bakımından, önceden kestirilebilmesi mümkün olmayan bir durumdur ve tamamen yürütmenin takdir yetkisine de bırakılmış olduğundan, kötüye kullanıma açık kapı bırakan bir hükümdür.

1961 Anayasası’nın 36. maddesine göre mülkiyet hakkı, kamu yararı ve toplum yararı için sınırlandırılabilir. Yani, iki sınırlandırma ölçütü öngörülmüştür ve bunun sonu-

⁶⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 507-508.

⁶⁶ İkinci Dünya Savaşı sonrasında, sosyal devlet anlayışının doğuşu, planlı ekonomi modelinin ön plana çıkması ve bunun devlete yüklediği görev, özellikle sosyal ve ekonomik haklar alanında olmak üzere, devletin birçok alana müdahalesini gerektirmiştir. Sözü edilen durum, hızlı karar alma sürecini gerektirdiğinden, hükümetlerin yetkilendirilmesi ve KHK kurumu gündeme gelmiştir. Yani KHK’ler, yürütme organını kuvvetlendirmek için vardır. Bu bağlamda, aslında süreç, liberal devletten müdahaleci devlete geçilmesi sürecini ifade etmektedir. Bkz., Burhan Kuzu, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, s.16 ve 58-106; Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul, 1996, s.46. Sosyal ve ekonomik hakların, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında geniş ölçüde kabul edilmeye başladığı, klasik hürriyetler alanında esaslı bazı değişikliklerin olduğu, bu gelişmenin özellikle mülkiyet hakkına yönelik olduğu, artık, mülkiyetin sosyal fonksiyonu olan sınırlı bir hak olarak algılandığı ve sahibine bazı ödevler yüklediği yönündeki bir değerlendirme için bkz., Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 78.

⁶⁷ Sosyal haklar, pozitif statü haklarıdır ve kullanılabilmesi devletin pozitif yönde bir müdahalesini gerektirmektedir. Bu müdahalenin hızlı olabilmesi için de, yürütme organının KHK ile donatılması gerekir. Yani sosyal haklar, KHK ile düzenlenebilirler; zaten, Anayasa’nın 91. maddesi varken, sosyal hakların hepsi KHK ile de düzenlenebileceklerdir. Bkz., Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s. 708-709.

⁶⁸ “Düzenleme”, sınırlamadan geniş ve farklı bir kavramdır. Hakkı sınırlayıcı düzenlemeler olabileceği gibi, hakkı güçlendiren, onu daha etkin kılan düzenlemeler de olabilir. Fazıl Sağlam, *“Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”*, Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984, (Cilt 1), s.268’den aktaran Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.709.

cu olarak da anılan bu iki ölçütün dışında mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi söz konusu olamayacaktır. Çünkü haklar ve özgürlükler, sadece kendi maddelerinde öngörülen sınırlandırma sebepleriyle sınırlandırılabilirler, ki bunlara da, “özel sınırlama sebepleri” denilmektedir.⁶⁹ Bir başka ifade ile, haklar ve özgürlükler bakımından sınırlandırma söz konusu olduğunda “genel sınırlama ölçütü veya genel sınırlama hükmü” yaklaşımı kabul edilmemektedir.⁷⁰ Fakat, 1961 Anayasası’nın 11. maddesi, 20.09.1971 tarihli 1488 sayılı Kanun ile değiştirildikten sonra, Anayasa’ya, 11. madde özelinde, hem yeni, hem de genel sınırlandırma hükmü niteliğinde ölçütler⁷¹ şırınga edilmiştir. Sözü edilen durum, anayasa ve insan hakları teorisi ile bağdaşmayan bir gelişmeye işaret etmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkı, 1961 Anayasası döneminde, 1971 tarihinde yapılan ve az önce anılan değişiklikten sonra, hem özel sınırlama sebebi olan kamu yararı ve toplum yararı amacı ile; hem de az önce sözü edilen öteki ölçütler ile, kamu otoritesi tarafından sınırlandırılacaktır. Bu durum, mülkiyet hakkının kullanım alanını daraltan ve neredeyse onu “hiçleştiren” bir tavidir. Artık bireyler, mülkiyet hakkını, oldukça dar bir alanda kullanabileceklerdir.

Mülkiyet hakkı, 1982 Anayasası’nda 35. maddede düzenlenmiş, “kamu yararı” ve “toplum yararı” amacıyla sınırlandırılabilmesinin önu açılmıştır. Bir başka ifade ile, 1982 Anayasası’na göre mülkiyet hakkının özel sınırlama ölçütleri kamu yararı ve toplum yararıdır. Fakat hakların sınırlandırılması rejimi bakımından vahim olan, 1982 Anayasası’nın 13. maddesinin konumudur. Çünkü 13. madde, 1982 Anayasası’nda genel sınırlama hükmü olarak öngörülen bir torba madde niteliğindedir. Sınırlandırma ölçütü olabilecek potansiyel kavramların hepsi, bu maddeye yerleştirilmiş ve ihtiyaç halinde uygun olanın kullanılabilmesine zemin hazırlanmıştır. Bir anayasada bu şekildeki bir hükme yer verilmesi, anayasacılık ve insan hakları teorisi ile uzlaşmayan bir uygulamadır. Tekrar ifade edersek, 1982 Anayasası’na göre mülkiyet hakkı, hem “özel sınırlandırma ölçütlerine (kamu yararı ve toplum yararı)”, hem de 13. maddedeki, “genel sınırlandırma ölçütlerine” uygun olarak sınırlandırıldığında, söz konusu müdahalenin, anayasaya aykırı olduğu iddiası, artık geçersiz kılınmış olacaktır. Bu tespit ile varılan sonuç, 1982 Anayasası’nda mülkiyet hakkının alanının daraltıldığı, özel mülkiyet ve bireysel yararın görmezden gelindiği, en azından ikincil konuma itildiğidir. 1982 Anayasası’ndaki 13. maddenin anılan konumu, 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe kadar devam etmiştir. 2001 tarihli değişiklikten sonra, 1982 Anayasası’nda bir genel sınırlama hükmü olan 13. maddenin statüsüne, artık son verilmiştir.

C – Anayasa Tasarıları

Bu çalışma bağlamında gözden geçirilen beş⁷² “anayasa taslağı” içinde ikisi (“Tüsi-

⁶⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 1451-1452.

⁷⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 1452.

⁷¹ “Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğü, Cumhuriyet, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık” olmak üzere, yedi ölçüt dikkat çekmektedir.

⁷² 1992 tarihli TUSİAD taslağı için bkz., *TBMM Başkanlığına Bazı Kurum ve Kuruluşlarca Verilmiş ve Siyasi Partilerin Anayasa Değişikliğine İlişkin Hazırlık Çalışmaları ve Taslak Metinler*, TBMM Meclis Başkanlığı, Ankara, 1993; 2000 tarihli Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği taslağı için bkz., *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Öneri-*

ad Taslağı-1992” ve “Barolar Birliği-2001”), mülkiyet hakkı ile ilgili olmak üzere, 1961 Anayasası’ndaki düzenlemeyi; bir anayasa taslağı (“Borsalar Birliği-2000”) ise, 1982 Anayasası’ndaki düzenlemeyi benimsemiştir. Barolar Birliği tarafından 2007 tarihinde gözden geçirilerek güncelleştirilen ve alenileştirilen “yeni anayasa taslağı”nda ise, esas olarak, 1961 Anayasası’ndaki yaklaşımın izleri korunurken; anılan anayasa taslağına, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında (kamu yararı ve toplum yararı ölçütlerine ek olarak) bir üçüncü ölçütün (çevrenin doğal dengesinin korunması) eklenildiğini tespit edebilmekteyiz. Mülkiyet hakkını, anayasal düzlemde öteki “anayasa taslakları”na nazaran daha koruyucu nitelikte hükümler içeren, 2007 tarihli “Özбудun ve Diğerleri Taslağı” olmuştur. 2007 tarihinde, “Özбудun ve Diğerleri” tarafından hazırlanmış ve açıklanmış olan “anayasa taslağı”nda mülkiyet hakkı ile ilgili maddede, içeriğinin genişliği yüzünden tartışmalı bir niteliği olan “toplum yararı” kavramına yer verilmemiş; mülkiyet hakkı için tek sınırlandırma ölçütü (kamu yararı) önerilmiştir. Nihai olarak gözlemlenen, “Özбудun ve Diğerleri” taslağına, önerilen öteki anayasa taslaklarına göre, kamu otoritesinin mülkiyet hakkına müdahalesini, daha “sınırlandırıcı” nitelikte olduğu; bireysel mülkiyeti ön planda tutarak hazırlanması yönteminin seçildiğidir.

Değerlendirme ve Sonuç

Tarihin her döneminde sınırlandırılabilen bir hak olarak mülkiyet hakkı, II. Dünya Savaşı öncesinde, genellikle “kamusal gereksinim”; II. Dünya Savaşı sonrasında ise, “kamu yararı”, “toplum yararı”, “sosyal yarar”, “genel yarar” gibi ölçütler ile sınırlandırılmaktadır.

Yeni bir mülkün elde edilmesi yetkisini içermeyen, sadece eldeki mülkiyeti koruyan bir hak olarak mülkiyet hakkı, günümüzde, “özel sınırlandırma ölçütleri”ne ek olarak; hem, “her türlü sosyal ve ekonomik politika amacı” ile, hem de “ekonomik reform ve sosyal adalet amacı” ile sınırlandırılabilir.

Ulusalüstü insan hakları organları, her ne kadar, “bireysel özgürlükler” ile “toplumun genel yararı” arasında “Adil Denge” kurulması gereğine dikkat çekmekteyse de, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında kullanılan ölçütlerin içeriğine, her konunun dahil edilebilecek nitelikte, genişlikte ve olasılıkta olması; yani, kamu otoritesinin eline geniş yorumlanabilecek olan bir müdahale enstrümanının sunulması, söz konusu hakkın kullanım alanını, ciddi mahiyette daraltmaktadır. Her şeyden önemlisi, malik, hem izni olmadan mülkiyetinden yoksun bırakılmakta; hem de kendisine, istisnai de olsa, tazminat ödenemebilmektedir. Bu durum, mülkiyet hakkının niteliğini ciddi bakımdan tartışmalı hale getirebilecek mahiyette bir sorun oluşturmaktadır.

si – Anayasa 2000, TOBB Yayın No: Genel 357, BÖM 58, Ankara, 2000; 2001 tarihli Barolar Birliği taslağı için bkz., Türkiye Barolar Birliği, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi (Gerekçeli)*, TBB Yayın No: 14, Ankara, 2002; 2007 tarihli Türkiye Barolar Birliği taslağı için bkz., *Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi – Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin*, Kasım 2007 ve 2007 tarihli olan ve kamu oyunda “Özбудun ve Diğerleri” taslağı olarak anılan anayasa taslağı için bkz., <http://www.ntvmsnbc.com/news/419856.asp> - (09.04.2008).

“Kanun Hükmünde Kararname” kurumu, II. Dünya Savaşı sonrası dönemde, temel olarak, sosyal haklara, yürütme organının hızlı ve en önemlisi “olumlu” yönde müdahale edebilmesi amacıyla oluşturulmuştur. Türk Anayasa Hukuku tarihinde, ne 1961 Anayasası’nda, ne de 1982 Anayasası’ndaki ilgili maddelerde, söz konusu düzenlemenin, olumlu/pozitif (hakkı koruyucu ve alanını genişletici) yönde olması gerektiği ifade edilmemiştir. Sosyal hakların, “program hüküm” niteliğinde olduğu dikkate alındığında da, 1961 Anayasası’nın mülkiyete özgü düzenlemesinin koruyucu nitelikte olmadığını görüyoruz. 1982 Anayasası’nda mülkiyet hakkının, “kişinin hakları” başlığı altında düzenlenmiş olması, sanki mülkiyet hakkının korunması amacına özgülenmiş gibi durmakta ise de, aslında bu, gerçeği yansıtmamaktadır. Çünkü 1982 Anayasası’nda, ilgili madde gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, mülkiyet hakkının, ülkeye “komünizm, faşizm ve teokratik bir yönetim modeli” hakim olmasın diye, kişinin hakları bölümüne alındığı dillendirilmiştir. Kaldı ki, hem 1961 Anayasası’nda (1971’den sonra), hem de 1982 Anayasası döneminde (2001 yılına kadar), sözü edilen anayasalarda yer alan “genel sınırlama hükmü”, yine, mülkiyet hakkının alanının daraltılmasında, kamu otoritesinin eline keyfi kullanıma açık pek çok sınırlandırma ölçütü ile hakkın alanını daraltıcı nitelikte müdahale fırsatları sunmuştur. Her ne kadar 2001 yılında, 1982 Anayasası’ndan “genel sınırlama hükmü” (madde 13) ayıklandıysa da, mülkiyet hakkının, hem özel sınırlandırma ölçütleriyle, hem de hakkı ortadan kaldırabilecek nitelikte olan ve içeriği tanımlayana göre değişen “amaç”lar ile, kamu otoritesinin aşırı müdahalesine konu olabilme ihtimali ve özelliği devam etmektedir. Bir karşılaştırma yapıldığında da, 1982 Anayasası’nın, mülkiyet hakkı bakımından, 1961 Anayasası’na nazaran, görece daha koruyucu nitelikte olduğu izlenimi edinilebilmektedir.

Nihai tahlilde gözlemlenen, mülkiyet hakkına ilişkin üç yaklaşım (bireysel mülkiyet yaklaşımı, kolektif mülkiyet yaklaşımı ve sosyal fonksiyonu olan mülkiyet yaklaşımı) bir arada düşünüldüğünde, özellikle günümüzdeki sınırlamanın, “sosyal fonksiyonu olan mülkiyet” yaklaşımını aştığıdır. Artık, mülkiyet hakkının öznesi, ne birey, ne toplumdur. Mülkiyet hakkının öznesi denildiğinde, ön planda gözüken kamu otoritesidir; ki bu durumda, bireysel özgürlüklerin boy atmasındaki en önemli ilke olan “devletin sınırlandırılması” gereğinin, tam da aksi yöndeki bir temayülün varlığına ve sürgitliğine işaret etmektedir.

Kaynakça

Akad, Mehmet, – Abdullah Dinçkol, *1982 Anayasası - Madde Gereklere ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998.

Aktan, Coşkun Can, – İ. Yaşar Vural, *Özgürlük Bildirgeleri*, Çizgi Kitabevi Yayınları, Konya, 2003.

Aldıkaçtı, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İÜHF Yayını, No: 655, İstanbul, 1982.

Anayurt, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Bulut, Nihat, “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: X, Erzincan, 2006, s. 15-26.

Clayton, Richard, – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Erdoğan, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara, 2007.

Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996.

Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.

Gemalmaz, Mehmet Semih, *İnsan Hakları Belgeleri*, 6 Cilt, Cilt: III, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003.

Gemalmaz, Mehmet Semih, *Temel Belgelerde İnsan Hakları: Maddi Hukuk*, İnsan Hakları Derneği Yayını, İstanbul, 1996.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2002.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.

Gözübüyük, A. Şeref, – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Gürbüz, Yaşar, *Anayasalar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1982.

Güriz, Adnan, *Teorik Açından Mülkiyet Sorunu*, AÜHF Yayını, No: 253, Ankara, 1969.

Jayawickrama, Nihal, *Judicial Application of Human Rights Law – National, Regional And International Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, 2002.

Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku - İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayınları, İstanbul, 1998.

Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

Kili, Suna, – A. Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2000.

Kuzu, Burhan, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.

McHarg, Ailen, “Reconciling Human Rights And The Public Interest: Conceptual Prob-

lems And Doctrinal Uncertainty in The Jurisprudence of The European Court of Human Rights”, *The Modern Law Review*, Vol: 62, 1999, s. 671-696.

Merrills, J. G., - A. H. Robertson, *Human Rights in Europe - A study of The European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 2001.

Örücü, Esin, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı – Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İÜHF Yayını, No: 473, İstanbul, 1976.

“Özbudun ve Diğerleri” taslağı için: <http://www.ntvmsnbc.com/news/419856.asp> - (09.04.2008).

Özdek, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayını, Ankara, 2004.

Robertson, A. H., – J. G. Merrills, *Human Rights – In the World*, Manchester University Press, Manchester And New York, 1996.

Tahiroğlu, Bülent, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, Der Yayınları, İstanbul, 2001.

Tezcan, Durmuş, – Mustafa Ruhan Erdem – Oguz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

TBMM Başkanlığına Bazı Kurum ve Kuruluşlarca Verilmiş ve Siyasi Partilerin Anayasa Değişikliğine İlişkin Hazırlık Çalışmaları ve Taslak Metinler, TBMM Meclis Başkanlığı, Ankara, 1993.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi – Anayasa 2000, TOBB Yayın No: Genel 357, BÖM 58, Ankara, 2000.

Türkiye Barolar Birliği, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi (Gerekçeli)*, TBB Yayın No: 14, Ankara, 2002.

Türkiye Barolar Birliği *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi – Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin*, Kasım 2007.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A., Ş., İstanbul, 1996.