

# # AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA MÜLKİYET HAKKI VE KAZANILMIŞ HAK ÜZERİNE BAZI GÖZLEMLER

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU\*

*Giriş.* Bu yazıda iki soruya yanıt aranıyor. Birinci soru, mülkiyet kavramı *Türk Medeni Kanunu'nda (TMK)* düzenleniş biçimine bakılırsa, iç hukukumuzda alınmış olan *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi* kapsamından daha sınırlıdır (*AİHS ve P1m1*). Bu durumdan ne gibi sonuçlar çıkmaktadır? İkinci soru da mülkiyet hakkının doğal hak niteliği ile sosyal hak niteliğinin bağdaştırılmasına ilişkindir.

*01. Maddi mallardan, (maddi-manevi) ekonomik menfaatlere...*

i. TMK'nun mülkiyet düzenlemesi ile “*Ek Protokol madde 1*” (*P1m1*) düzenlemesi karşılaştırıldığında neler söylenebilir? İç hukuk mülkiyeti bütün unsurları, özellikleri ile alıyor, adeta hayat hikayesini, hukukçuların deyiimiyle hukuki düzenini (*legal order/ régime juridique*) anlatıyor. Bununla birlikte mülkiyet tanımında *Roma'dan bu yana* maddi mallar sınırı çizilmiştir: “*Mülkiyet hakkının konusunu sadece maddi mallar (eşyalar) teşkil eder, maddi olmayan mallar (örneğin fikir ürünü eserler) ile alacaklar üzerinde mülkiyet olmaz*”<sup>1</sup>.

ii. TMK düzenlemesi bu eski yaklaşımı doğrular nitelikte. Fikri haklar, sanal haklar (swaps), internet, telekomünikasyon ve ses dalgaları, teknolojik gelişme/araçlar üzerindeki haklar “*manevi*” oldukları ve ayrı kanunlarla düzenlendikleri için kapsam dışında sayılmalı mıdır? Manevi demek de kurtarmıyor, zira manevi haklar aslında İngilizlerin “*moral rights*” dedikleri “*ahlak yoğun haklar*” ile örtüşüyor. Bu arada Fransızların “*droit moral*” (*ahlaki hak*) deyiimi ile yazarın eseri üzerindeki hakkı, telif hakkını anladıklarını, Amerikan hukukunda da bu kullanımın benimsendiğini hatırlatmalıyım<sup>2</sup>. Galiba asıl sorun fikri hakların ve daha genel olarak manevi hakların ele avuca sığar (*tangible*) şeyler olmama-

---

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Turgut Akıntürk, *Temel Hukuk*, Fasikül 4, Ünite 15, 16, 17, 18. Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi, Ankara 1983, s.199.

<sup>2</sup> Betsy Rosenblatt, Harvard Law School, “*Moral Rights Basics*”, Last Modified: March, 1998. <<http://cyber.law.harvard.edu/property/library/moralprimer.html> (28.10.2013)>.

sından, daha da doğrusu bir kere ortaya çıktılar mı herkesin zihnine ulaştıkları için ilk ortaya çıkarmanın bunlar üzerinde hakimiyetinin (*dominium*) kalmamasından kaynaklanıyor!

02. *Mülkiyet sınırsız bir aynı hak türü müdür?* Ayrıca sınırlı aynı haklar da TMK düzenlemesine göre mülkiyet dışında! Zaten eskiden onlara “*mülkiyetin gayri mahdut aynı haklar*” denirdi. Başka deyişle mülkiyet dışında kalan ve ona göre sınırlı olan haklar. Her neyse bu sorun bizi aynı hakların şapka olduğu, mülkiyetin onun altında bir alt kesim olduğu anlayışına götürüyor. Aslında onların mülkiyetten ayrı olmaları sınırlı olmalarına bağlanmış. Acaba mülkiyet sınırsız bir aynı hak türü müdür? Eskiler mutlak diyordu. Soruları çoğaltabiliriz. Şimdilik uluslararası hukukun dar ve belli kapsamı karşısında iç hukukun imkanları ve iç hukuk gücünün (*sovereignty*) asli niteliği bu geniş kapsamlı düzenlemeyi meşru kılıyor, diyebiliriz. Gerçekten ilk bakışta her iki kesimin kapsamının denk olmadığı dikkat çekiyor, büyük balık ile küçük balık gibi. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı incelenirse mülkiyet kapsamına girmediğini varsaydığımız ya da iç hukukun böyle düzenlemediği pek çok şeyi içine aldığı görülür.

03. *Tazminat hakkı→mülkiyet karinesi.* Bir örnek vermek gerekirse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), iç hukukta nereden kaynaklanırsa kaynaklansın tazminat (*reparation*) söz konusu ise *Ek Protokol m.1* bağlamında talep hakkı verir saymaktadır. Bizde yönetsel yargıda benzer bir durum olduğunu söylemeliyim. Bilindiği gibi idareye karşı *tam yargı (tazminat)* davası açmanın temel koşulu bir hakkın ihlal edilmesidir. Bu, tam yargının iptalden temel farklarından biri sayılıyor, iptalde menfaat ihlali yeterli görülüyor, tam yargıda hak ihlali aranıyor. Hangi halde hak vardır ve ihlal edilmiştir tartışmasına girmeksizin, yönetsel yargı zararın mevcudiyetine dikkat ediyor. Zarar varsa tam yargı davası açılabilir sözün kısası, zira zarar malvarlığında eksilme demektir, aktif malvarlığı ise mülkiyet hakkı ile örtüşür! AİHM de bu mantıkla nerede zarar vaki olup da tazminat “geç/eksiködenmiş/hiç ödenmemiş” ise, bu durumu *P.1-m.1* kapsamında görmektedir.

04. *İkinci bir örnek kesinleşmiş alacaklardır.* İç hukukta temerrüde düşülmüş ve itiraz edilmemiş olan veya mahkeme kararıyla kesinleşmiş olan bütün alacaklar *P.1-m.1* kapsamına giriyor! Dolayısıyla AİHM içtihadı zarar/ tazminat ve kesin alacak gibi iki doğurgan kavramı görevi içine almakla küçük balık, büyük balıktan daha büyük, neredeyse iç hukukun tamamını içine alacak kadar büyük hale geliyor...

05. *Malvarlığı-kişivarlığı ayrımı.* Bizde malvarlığı –kişivarlığı ayrımı en azından öğrenci nezdinde genellikle “mala ilişkin-kişiyeye ilişkin” biçiminde algılanıyor. Hemen belirtelim, bütün haklar kişiyeye ilişkin, kişiyeye hizmet eden araçlardır. Mülkiyet malvarlığı haklarından olmasına karşın Anayasa’da da belirtildiği gibi aynı zamanda kişi hakkıdır. Mal canın yongasıdır deyişi bunu güzel anlatıyor. Ayrımın *ratio*’su “*para ile*

*ölçülen/ölçülemeyen*” olsa gerek. Bunun bir başka sonucu da “*devredilebilir/devredilemez*” ölçütüdür. Ne var ki kişi hakkı olarak devredilmez ve para ile ölçülmez olması gereken mülkiyet hakkı devredilir ve ölçülür niteliktedir. Burada devredilmez olanın kişinin kendi vücudu üzerinde sahip olduğu mülkiyet (bodily right) olduğu söylenebilecektir. Organ bağıışı, tıbbi deneye muvafakat bu görüşü de çürütüyor.

06. *Mülkiyet ailesi ve başkalarına zarar vermemek (alterum non laedere)*. Bütün ayrımların ve sınıflandırmaların görelî ve değişken ya da istisna kabul eder nitelikte olduğu göz önünde tutulursa, AİHM'nin kendini bu sınıflandırmalarla ve iç hukuk kabulleri ile bağlı tutmamasının ya da özerk kavramlar anlayışının iyi bir şey olduğunu söyleyebiliriz. Kavramların aralarında ortaklık ve dayanışma ilişkisi olan aileler oluşturduğu varsayılır. Hiçbir kavram yalnız başına dolaşmıyor hukuk evrinde. Medeni Kanun'nun “*mülkiyet ve ailesi*” diyebileceğimiz çevre ile AİHM'nin “*the peaceful enjoyment of his possession/le droit au respect de ses biens*” ilkesine bağladığı kavramları karşılaştırmak ilgi çekici olabilir. Çeviri kokan ve anlamca doğru olamayan “*mallarından huzur içinde yararlanma*” yerine “*mallarını başkasına zarar vermeden kullanma*” deyimini daha uygundur. Bu deyim “*mallarını kullanmasına herkesin saygı göstermesi*” ile de uyumludur.

07. *Mülkiyet kavramı bütün kavramları yutacak kadar geniştir*. İç hukukumuzda maddi mallarla sınırlı mülkiyet kavramının AİHM kararları bağlamında genişlediği, kişinin toplumsal ilişkilerinde ekonomik değer taşıyan hemen her şeyin bu kapsama girdiği dikkat çekmektedir. Mülkiyet kişi hakkı olmakla birlikte diğer kişi haklarına göre daha fazla sınırlandırılabilir. Ek Protokol'ün 1. maddesi (P1m1) ile devletlere “*toplum yararı için gerekli gördükleri*” bütün sınırlamaları yapmak konusunda açık yetki verilmiştir. Bununla birlikte *Sporrong&Lönnroth* kararından (1982) bu yana AİHM bu açık yetkiye önemli sınırlar getirmiştir. Bu sınırlama yönteminin iç hukuka aktarılması her şeyden önce kavramcı karar çözümü yaklaşımını zorunlu kılmaktadır. Mülkiyet kavramı siyasi nedenlerle AİHS içinde yer almamış daha sonra yapılan Ek Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenmiştir.

08. *Karar çözümücü (decisionist) yaklaşım*. Karar çözümü; kararın konusu, başlıca kavramları tespit edilerek, kararda taraflar ve mahkeme nasıl kullanıldıklarına bakmaktır. Birden çok karar arasında karşılaştırma yapılması, birden çok uluslararası yargı yerinin aynı kavrama ilişkin kararları arasında “*rapprochement/comparison*” yapılması arzu edilen hedeflerdir.

i. AİHS ile (P1m1) hükümlerinin gerçek anlamı, AİHM kararlarında her olayda kendine özgü biçimde ortaya çıktığından, kararların sonuca etkili olan kavramlarla sınırlı olarak ele alınması yararlıdır.

ii. Bu yaklaşım, karar çözümcü yaklaşım (*decisionist approach*) olarak nitelendirilebilir. Karar çözümü; kararın konusu, başlıca kavramları tespit edilerek, kararda taraflar ve mahkemece nasıl kullanıldıklarına bakmaktır.

iii. Birden çok karar arasında karşılaştırma yapılması, birden çok uluslararası yargı yerinin aynı kavrama ilişkin kararları arasında karşılaştırma yapılması arzu edilen hedeflerdir.

iv. Bu diziye kararların iç hukukta uygulanması sırasında ortaya çıkan sonuçlar da eklenmelidir.

v. Bu diziye kararların iç hukukta uygulanması sırasında ortaya çıkan sonuçlar da eklenmelidir. Bu şekilde yapılan bir çalışmanın “karşılaştırmalı hukuk” niteliği taşıdığı açıktır.

### 09. Karar çözümcü çizelge:

KARAR ÇÖZÜMÜ (1)	Aynı mahkeme Aynı karar	Konuyu belirleyen kavramlar	Tarafların ve mahkemenin kullanım biçimleri
KARAR ÇÖZÜMÜ (2)	Birden çok mahkeme, birden çok karar	Kararlarda geçen ortak kavramlar	Tarafların ve mahkemenin kullanım biçimleri
KARAR ÇÖZÜMÜ (3)	(1)de betimlenen durum	Uluslararası organda izleme süreci	İç hukukta tepkiler ve alınan sonuç
KARAR ÇÖZÜMÜ (4)	(2)de betimlenen durum	Uluslararası organlarda izleme süreci	Uygulamaların karşılaştırılması

### 10. Çoğul hukuk.

i. “Çoğul hukuk” (legal pluralism) deyimini AİHM gerçeğini daha iyi yansıttığından tercih edilmelidir. Karşılıklı etkileşen birden çok hukuk sisteminin aynı alanda etkilerini ele alan bir yaklaşım bu<sup>3</sup>. AİHM’nin 47 ülkeden gelen yargıçlarının kendi iç hukuk anlayışlarını birden terkedip “ortak hukuk dili” kullandıklarına inanmak gerçekçi değil.

ii. Azlık oyları temel kavramlar üzerinde farklı yaklaşımların önemli bir göstergesidir. Azlık oyları suyun üzerinde görünen kısımdır.

<sup>3</sup> Paul Schiff Berman, “The New Legal Pluralism” in *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 2009. 5:225–42. p.239: “In a plural world, law is an ongoing process of articulation, adaptation, rearticulation, absorption, resistance, deployment, and on and on. It is a process that never ends, and international law scholars would do well to study the multiplicity and engage in the conversation, rather than impose a top-down framework that cannot help but distort the astonishing variety of law on the ground”.

Karar metninin yazılışında temel hukuk çevrelerinin (Fransız, Alman, Skandinav, Anglo-Sakson) etkili olduğu açıktır. Böylece bu Babil Kulesinden çıkan söz ortak dil sayılmaktadır. Ancak her ülke kararın uygulanması sürecinde az da olsa direnç göstermektedir...

iii. Kısaca *Sözleşme Hukukuna, global pluralism* anlayışının sergilendiği bir forum gözüyle bakılabilir<sup>4</sup>. Bu forumda üst düzeyin egemenlik altına aldığı, yukarıdan aşağı düzeltici etkinin mutlak nitelik taşıdığı bir durum olmayıp, aksine birçok düzeyin yaşayabilmek için anlaşma/uzlaşma zorunda oldukları bir durum vardır.

iv. Bizde pek çok (bilinen) hukukçu, *plural law* sürecinin farkında olmaksızın, AİHM'nin kararlarının iç hukukta (Anayasa izin vermediği için) uygulanamayacağını, hatta bazıları da uygulamanın fiili yol (*egemenlik ihlali*) olduğunu (hem de çok) yüksek sesle söylediler<sup>5</sup>.

v. AİHM kararlarına uyma taahhüdü AİHS'nin 1. ve 46. maddelerinde yer almakla birlikte kararların uygulanması, yukarıdan aşağı yönde değil bir çeşit yatay etki yönünde, her devletin benimseyeceği usule bırakılmıştır. Böylece her devlet Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne uygulamayı nasıl yaptığını açıklama ödevi altındadır. Bu mekanizma da bir çoklu hukuk mekanizması sayılabilir.

### *11. Mülkiyet hakkının doğal hak niteliği ile sosyal hak niteliğinin bağdaştırılması.*

i. P.1-m.1 kısa bir düzenleme, kısa oluşu ikincil (tali) nitelikte olmasından kaynaklanıyor. Yani iç hukuk yetkisi asıl, uluslararası yetki tamamlayıcı/yedek nitelikte. Bu nedenle asıl yetkiye göre çok sınırlı. Zaten maddenin başlığı "*Mülkiyetin korunması/Protection of property*".

ii. Başka deyişle kuramsal olarak "hakların korunması" hakların hukuki düzeni içinde yer alan bir alt kesimdir. Bu nedenle ikinci kesimde yer alan kavramlar birinci kesimle tam örtüşmüyor. Buna karşılık örtüşme olan yerde AİHM içtihadının birinci kesime hüküm olarak aktarılması gerekiyor, *P.1-m.1* yorumu iç hukuka eklendiği takdirde ortak mülkiyet hukukundan söz edilebilir.

iii. Bu ortak hukukun temel noktası mülkiyetin korunmasıdır. Buna göre bir kişinin hayatında *ekonomik değer taşıyan şeylerin* (sınır yok) istisnalar dışında elinden alınmaması, onları istediği gibi, başkala-

<sup>4</sup> Ralf Michaels, "Global Legal Pluralism", in *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 2009. 5:243–62. Abstract (main formulation is)... "the irreducible plurality of legal orders, the coexistence of domestic state law with other legal orders, the absence of a hierarchically superior position transcending the differences"...

<sup>5</sup> Top-down anlayış için bkz: Sait Güran, "Egemenlik Ulusundur, Üstünlük Anayasa'dadır", in *Anayasa Yargısı* no 17, 2000, s.43-61.

rını rahatsız etmeden ya da huzursuzluk (kavga, savaş) çıkarma amacı olmaksızın kullanmasıdır. “Elinden alınmaması” dediğime göre, bir kimse Ek Protokol anlamında “elinden çıkmış olan” ya da “eline geçmesi muhtemel olan” şeylerin korunmasını talep edemiyor!

### 12. Korumanın güncel olması.

i. Burada bir örnek üzerinde durmak istiyorum. Elinden hukuka aykırı olarak çıkmış bir malın geri verilmesini isteyip bu isteği mahkemeye zamanaşımı/hak düşürücü süre nedeniyle reddedilen bir kimse AİHM’ne gidecek olursa bu talebi “elinden çıkma” nedeniyle reddedilecektir. Elden çıkmış yada ele geçmek üzere iken geçmemiş şeylere talep imkanı tanınması AİHM’nin iş yükünden boğulmasına yol açardı.

ii. Fakat iç hukukta bu durumu telafi edecek bir hükmün konmasına bir engel yok. Şöyle ki; insan haklarına/ahlaka/hakkaniyete aykırı, kısaca insanı isyan ettirecek kadar hukuka aykırı bir hak ihlali süre aşımı nedeniyle yargı önüne götürülemiyorsa, bu durumun telafisi idareden istenebilmelidir. Günümüzdeki haliyle yönetim bu tür talepleri hak düşürücü süreyi diriltme gayreti sayarak incelemeksizin reddediyor, İYUK süreden ret halinde yeni cevap verilmediği takdirde dava hakkının ihyasına imkan tanımıyor!

### 13. Koruma kavramı.

i. Ek Protokol m.1 bir maddelik bir düzenleme, buna karşın bu hükme dayanılarak bir hayli karar verilmiş, bir içtihat oluşmuş. Hükmün kısa oluşu ikincil (tali) nitelikte olmasından kaynaklanıyor. Yani iç hukuk yetkisi asıl, uluslararası yetki tamamlayıcı/yedek nitelikte.

ii. Bu nedenle asıl yetkiye göre çok sınırlı. Zaten maddenin başlığı “Mülkiyetin korunması/Protection of property”. Başka deyişle kuramsal olarak “hakların korunması” hakların hukuki düzeni içinde yer alan bir alt kesimdir. Bu nedenle ikinci kesimde yer alan kavramlar birinci kesimle tam örtüşmüyor.

iii. Buna karşılık örtüşme olan yerde Mahkeme içtihadının birinci kesime hüküm olarak aktarılması gerekiyor. Böylece denebilir ki ikinci kısım aslında birinciye eklenmeli ya da onun yerine geçmeli (*transposition* anlamında).

iv. Özetlemek gerekirse, AİHM mülkiyet yorumunun temel noktası, Ek Protokol m. 1 bağlamında mülkiyet, iç hukukta nasıl tanımlanırsa tanımlansın, iyi niyetli olmak kaydıyla bir kişinin hayatında *ekonomik değer taşıyan şeylerin* (sınır yok) istisnalar dışında elinden alınmaması, onları istediği gibi, başkalarını rahatsız etmeden ya da huzursuzluk (kavga, savaş) çıkarma amacı olmaksızın kullanmasıdır. “Elinden alınmaması” dediğime göre, bir kimse Ek Protokol anlamında “elinden

çıkışmış olan” yada “eline geçmesi muhtemel olan” şeylerin korunmasını talep edemiyor.

v. Mülkiyetin korunması, öncelikle devlet müdahalesine karşı koruma fikrini akla getiriyor (kralların, beylerin Ortaçağ boyu kullandığı müsadere düşünülürse!). Ancak P.1-m.1’in sadece dikey değil yatay korumayı da öngördüğü, bireyler arası korumayı kapsadığı artık tartışılmıyor. Bununla birlikte fazla ülkücü (idéalist) olmayalım, zira Ek Protokol düzenlemesi diğer haklara ilişkin düzenlemelere göre Devletler lehine tanınmış çok büyük bir imtiyaz, çok büyük bir fark içeriyor.

vi. Önce maddenin tamamını hatırlayalım: 1. paragraf iki cümleden oluşuyor: “herkes mallarından huzur içinde istifade eder”, denildikten sonra, “kimsenin malları kamu yararına dayanılmaksızın, şartları kanunla belirlenmeksizin ve uluslararası hukuka aykırı biçimde elinden alınmaz”, diyor.

vii. İkinci paragrafta, mülkiyetin toplumsal niteliğine vurgu yapılarak devletlerin gerekli gördüğü sınırlamaları yapabileceğini, mülkiyetten yoksun kılmada aranan sıkı şartların buna mani teşkil etmeyeceğini söylüyor<sup>6</sup>!

viii. Başka deyişle mülkiyetin kullanılmasında denetimi sağlamak için gerekli görülen ölçüde sınırlama yapılmasına izin veriliyor. Bu sınırlama serbestliği yada bu konuda devletlere verilen açık senet başka hiçbir hak için verilmemiştir<sup>7</sup>.

ix. Bu nedenle toplumsal nedenlerle müdahalenin ucu açık bırakılmış Ek Protokol’de. “*Mülkiyetin Korunması*” (madde başlığı) öncelikle devlet müdahalesine karşı koruma fikrini akla getiriyor (kralların, beylerin Ortaçağ boyu kullandığı müsadere düşünülürse!).

x. Ancak Sözleşme Hukukunun sadece dikey koruma değil yatay korumayı da öngördüğü artık tartışılmıyor, Ek Protokol bireyler arası

---

<sup>6</sup> Mahkemenin çevirisi şöyle: “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez”.

<sup>7</sup> Luigi Condorelli, “Premier Protocole Additionnel, Article 1”, in La Convention Européenne des Droits de l’Homme, Commentaire par article, sous la direction de Louis-Edmond Petitti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, Paris Economica, pp 971-997. p.972-973: Mahkeme 1954’den 1982’ye kadar Ek Protokol m.1’den ihlal kararı veremedi, bu durum devletlere sınırlamada tanınan geniş takdir yüzünden ortaya çıktı derken, 1992’de Sporrong-Lönnroth/İsveç kararı ile devletlerin sınırlama yetkisinin nasıl aşırılığa kaçtığı ders verir gibi ortaya kondu.

korumayı da kapsıyor. Bununla birlikte fazla ülkücü (idéaliste) olmayalım, zira Ek Protokol m.1 yazılımı, Sözleşme ve Protokollerin bütün hükümlerine göre Devletler lehine tanınmış çok büyük bir imtiyaz, çok büyük bir fark içeriyor.

xi. Önce maddenin tamamını hatırlayalım: 1. paragraf iki cümleden oluşuyor: herkes mallarından huzur içinde istifade eder, denildikten sonra, kimsenin malları kamu yararına dayanılmaksızın, şartları kanunla belirlenmeksizin ve uluslararası hukuka aykırı biçimde elinden alınamaz, diyor<sup>8</sup> (biraz kötü oldu, ama Mahkemenin çevirisinden iyidir).

xii. Mahkemenin çevirisi şöyle: “*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez*”.

xiii. İkinci paragrafta, mülkiyetin toplumsal niteliğine vurgu yapılarak, devletlerin gerekli gördüğü sınırlamaları yapabileceğini, mülkiyetten yoksun kılmada aranan sıkı şartların buna mani teşkil etmeyeceğini söylüyor! Mülkiyeti kaldıramazsın ama denetimi sağlamak için gerekli gördüğün biçimde (*it deems necessary to controle*) sınırlayabilirsin diyor, işte “püf” noktası burada. Bu sınırlama serbestliği ya da bu konuda devletlere verilen açık senet, bu kadar geniş yetki başka hiçbir hak için verilmemiş<sup>9</sup>.

xiv. Kısaca mülkiyetin sosyal hak söylemi altında yatan şey, devletlerin vergi gelirlerini doğrulama düşüncesidir, diyebiliriz. Varsıl ke-

<sup>8</sup> İngilizcesi: Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

<sup>9</sup> Luigi Condorelli, “Premier Protocole Additionnel, Article 1”, in La Convention Européenne des Droits de l’Homme, Commentaire par article, sous la direction de Louis-Edmond Petitti, Emmanuel Decaux, Pierre- Henri Imbert, Paris Economica, pp 971-997. p.972-973: Mahkeme 1954’den 1982’ye kadar Ek Protokol m.1’den ihlal kararı veremedi, bu durum devletlere sınırlamada tanınan geniş takdir yüzünden ortaya çıktı derken, 1992’de Sporrong-Lönnroth/İsveç kararı ile devletlerin sınırlama yetkisinin nasıl aşırılığa kaçtığı ders verir gibi ortaya kondu.



simlerden yoksullara gelir aktarımı yapmak hiçbir devletin vazgeçemeyeceği bir vergi siyaseti! Bu nedenle toplumsal nedenlerle müdahalenin ucu açık bırakılmış Ek Protokol'de. Bununla birlikte AİHM zaman içinde bu konuda bir denge, hatta ölçülebilen oran olması gerektiğine dair pek çok karar verdi.

*14. Mülkiyet hakkının iki niteliği: doğal hak ve sosyal hak.*

i. Anayasa Mahkemesi'nin 20 yıl kararı" üzerinde bazı gözlemler yapmak istiyorum. Bizde malvarlığı kişivarlığı ayrımı genellikle "mala ilişkin"- "kişiye ilişkin" biçiminde algılanıyor. Hemen belirtelim, bütün haklar kişiye ilişkin, kişiye hizmet eden araçlardır.

ii. Mülkiyet malvarlığı olmasına karşın Anayasa'da da belirtildiği gibi kişi hakkıdır. Mal canın yongasıdır deyişi bunu güzel anlatıyor. Ayırımın ratio'su "*para ile ölçülen/ölçülemeyen*" (*pecuniary/non-pecuniary*) olsa gerek.

iii. Bunun bir başka sonucu da "*devredilebilir/devredilemez*" ölçütüdür. Ne var ki kişi hakkı olarak devredilmez ve para ile ölçülmez olması gereken mülkiyet hakkı devredilir ve ölçülür nitelikte. Bütün ayrımların ve sınıflandırmaların görelî ve değişken ya da istisna kabul eder nitelikte olduğu göz önünde tutulursa, Mahkemenin kendini bu sınıflandırmalarla ve iç hukuk kabulleri ile bağı tutmamasının (*autonomous concepts*) iyi bir şey olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte AİHM zaman içinde bu konuda bir denge, hatta ölçülebilen oran olması gerektiğine dair pek çok karar verdi. Bu konulara girmeden önce Anayasa Mahkemesi'nin (ANYM) 20 yıl kararı adını verdiğim ilginç bir karardan söz etmek istiyorum.

*15. ANYM 20 Yıl Kararı.* ANYM, mirasçuların 20 yıl içinde tescil talep etmemeleri durumunda taşınmaza "davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyet olan kişinin" tescil talep imkânını öngören TMK 713 hükmünü "mülkiyet zaman ötesi bir hak" biçiminde şairane bir gerekçeyle iptal etti. Şimdi kararın ipuçlarına kısaca bakalım:

KONU:	Başvuru kararında, TMK'nun, mülkiyet hakkı sahibine mülkiyete yapılacak saldırıları önleme ve temin etme hakkı sağladığı, önleme davalarının hiçbir süreye tabi olmadığı, tapuda muris adına kayıtlı olan taşınmazın mülkiyet hakkının sırf tapuda intikal yapılmadı diye yirmi yıl süre geçmekle sona erdirilmesinin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, mülkiyet hakkının zaman aşımına uğramadığı, devletin kazanılmış haklara saygılı olması ve kişilerin temel haklarını koruyucu düzenlemeler yapması gerektiği, kuralın hiçbir bedel ödenmeden hak kaybına imkan sağladığı belirtilerek, itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2., 10., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.
KAVRAMLAR:	Mülkiyet, miras hakkı, taşınmazlarda karine, açıklayıcı tescil, kazanılmış hak, hukuki güvenlik, olağanüstü zamanaşımı, hukuk devleti, kazanılmış hak, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, hukukun genel ilkeleri.
AYKIRILIK SAVI	TMK mülkiyet hakkı sahibine mülkiyete yapılacak saldırıları önleme hakkı sağlamaktadır. Önleme davaları hiçbir süreye tabi değildir. Mülkiyet hakkı zamanaşımına uğramaz, devlet kazanılmış haklara saygılı olmalıdır, kişilerin temel haklarını koruyucu düzenlemeler yapmalıdır, kural hiçbir bedel ödenmeden hak kaybına imkan sağlamaktadır.
GEREKÇE	Mülkiyet hakkı “zaman ötesi” niteliktedir, zamanaşımına uğramaz. Bir taşınmaz malikinin mirasçılara tanınmış olan hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez. Mirasçıların mülkiyet hakkı, taşınmazı fiilen kullanma hakkını içerdiği gibi kullanmama hakkını da içerir. Mülkiyet hakkının mutlaklığı ve tapu sicilinin aleniyeti karşısında mülkiyet hakkının zilyed lehine ortadan kaldırılması, kazanılmış hak ve hukuki güvenlik ilkelere de ihlal etmektedir.

16. Kararda usul ekonomisi. Kararda dikkat çeken ilk nokta ANYM'nin gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin aykırılık savlarının

örtüşmesi. İkinci nokta kararda ele alınan, sonuca etkili olan kavramların ayrıca tanımlanmış olmaları. Bu kavramlar ilk defa bu kararda kullanılmadığına göre, ilk tanımlandıkları karara atıf yapmak yeterli olurdu. AİHM ve Conseil d'Etat (Fransa) böyle yapıyor. Burada bir husus daha araya giriyor: her kararda aynı kavram farklı tanımlanabiliyor. Başka anlatımla ANYM her kararda kullandığı kavramları yeniden tanımlama zahmetine katlanıyorsa bunun bir sebebi olmalı. Anlaşılabilir tek sebep, tanım yinelenmesine göre, bir değişiklik yapılıyor demektir! Ancak değişikliği görmek çok zor. Öte yandan bizde ANYM ve diğerleri (Danıştay ve Yargıtay) kararlarında eski kararlarına gönderme yapmıyor, bundan özenle kaçınıyorlar. Muhtemel sebebi kendilerini bağlamamak!

17. *Kavramlar.* Hiç olmazsa kavramlar bakımından gönderme yapsalar... Her neyse tanımlanan kavramları yakından görelim:

Hukuk devleti	Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.
Kazanılmış haklara saygı	Hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi de hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır.
Hukuk güvenliği	Kişilerin, devlete güven duymaları, maddî ve manevî varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir.
Mülkiyet ve miras	Temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkı bireyin eşya üzerindeki hâkimiyetini güvence altına almaktadır. Eşya üzerindeki hâkimiyet bir yönüyle bireye devletin müdahale edemeyeceği özel bir alan yaratırken, diğer taraftan emeğinin karşılığını güvence altına almakla

	bireye kendi hayatını yönlendirme ve geleceğini tasarlama olanağı sunmaktadır. Bu nedenle birey özgürlüğü ile mülkiyet hakkı arasında yakın bir ilişki vardır. Temel bir hak olan miras hakkı ise iki yönlüdür. Miras bırakan yönünden mirasının kendinden sonrakilere geçmesini ve ölüme bağlı tasarrufta bulunabilmeyi, mirasçılar yönünden ise mirasın miras yoluyla bıraktığı malvarlığına sahip olma yetkisini kapsar.
Mülkiyetin zaman ötesi niteliği	Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının “zamanötesi” niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır.
Taşınmazlarda karine	4721 sayılı Yasa'nın “Taşınmazlarda karine” başlıklı 992. maddesinde; “Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır...” denilerek, tapuya kayıtlı olan taşınmazların olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması önlenmektedir.
Miras yoluyla intikal	575. maddede ise mirasın, miras bırakanın ölümü ile açılacağı, 599. madde hükmüne göre de mirasçıların, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanacakları belirtilmektedir. 705. maddenin ikinci fıkrası uyarınca da mirasçılar, miras bırakanın bıraktığı taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkına tescilden önce sahip olmaktadır.
Açıklayıcı tescil	Zilyet tarafından mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilebilmesini isteyebilmek için maddede belirtilen koşullar yanında mirasçıların, olağanüstü zamanaşımının tamamlanmasından önce açıklayıcı tescil yaptırmamış olmaları da gerekmektedir.

18. ANYM bu kavramları daha iktisatlı biçimde (usul ekonomisi anlamında) kullanabilirdi.

Nasıl mı? Bunun çeşitli yolları var, bir örnekle yetinelim. İtiraz ciddi bulunmuşsa, ilgili yerel mahkeme bir ayıklama yapmadan, davacı, Anayasa'nın hangi maddelerine aykırılık iddiası yapmışsa tümünü ANYM'ne göndermektedir. ANYM de bu iddiaların tümüne teker teker cevap vermekte, kabul veya reddetmektedir. Oysa itirazın sadece bir Anayasa maddesi bakımından ciddi bulunması mümkünse, itiraz gerekçesini sadece o madde üzerine odaklamak mümkündür. Bu ayıklamayı yerel mahkeme yapmamışsa ANYM ilk incelemede esas incelemesinin sınırlarını çizirken yapabilir. Aykırılık itirazı yapılan Anayasa maddeleri arasında doğrudan ilgili olanı seçebilir. Oysa ANYM ilk incelemede yerel mahkemenin görevi ve uygulanacak kural niteliği üzerinde odaklan-

makta, bu konu, yani hangi Anayasa maddesine aykırılığın ciddi nitelik taşıdığı üzerinde durmamaktadır. Bu usul ekonomisi yaklaşımını özetlemek gerekirse: bir unsurun (kelime, cümle, kuralın tamamı) doğrudan doğruya ilgili olduğu Anayasa kuralına aykırılığı düşünülüyorsa, dolaylı olarak aykırı olduğu (iddia edilen) Anayasa kuralları bakımından da inceleme yapılmamalı/hüküm kurulmamalıdır. Dolayısıyla birden çok yasa kuralının birden çok Anayasa kuralına aykırı olduğu iddia edilmişse, her biri için inceleme söz konusu olabilir. Aksine bir yasa kuralının birden çok Anayasa kuralına aykırı olduğu iddia edilmişse, bu yasanın doğrudan doğruya aykırı olduğu Anayasa kuralının seçilip buna göre inceleme yapılması, aykırılığı tespit için yeterli görünüyorsa, diğerleri bakımından da inceleme yapıp her kararda aynı şeylerin durmadan tekrar edilmesinin önüne geçilmiş olur!

19. Olayda davacı somut konuşuyor: “*taşınmazım, tescil yaptırmadığım ve uzun süre kullanmadığım için elimden alındı ve zilyede hak tanındı*”, diyor ve “*üstelik tazminat ödenmeden alındı*” diye ekliyor. İki temel yakınma. Mahkeme bu durumu hukuk devleti ilkesine aykırı gördüğü için olsa gerek önce hukuk devletini iyi bir insanın vasıflarını sayar gibi tanımlıyor: korur, güçlendirir, adaletlidir, aykırılıktan kaçınır, hukuk güvenliğini sağlar, şunu yapar, bunu yapar! Fakat itiraz edilen hükmün nasıl oluyor da hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu bir türlü söylemiyor. Derken artarda kazanılmış haklar ve hukuk güvenliğinden söz ediyor. Bunlar da hukuk devletinin unsurları diyor. Kazanılmış hak ihlalinin söz etmek için yeni yasanın geriye yürür olması ya da tamamlanmış bireysel hukuki duruma müdahale etmesi gerekli. Olayda bu durumun söz konusu olup olmadığı açıklığa kavuşturulmamış. Olasılıkla TMK 713 kuralının zilyet lehine uygulanıp tescilinin mirasçılarının mülkiyetine son vermesi nedeniyle kazanılmış hakkın çiğnendiğinden söz ediliyor. Kısaca kavramın doğru kullanılmadığı söylenebilir<sup>10</sup>. Olayda miras bırakanın ölümü (*mirasın açılması*) üzerine taşınmaz mülkiyeti, mirasçılar üzerine geçmiş olmakla birlikte TMK 713’ün itiraz konusu hükmü uyarınca yirmi yıl içine tescil talep edilmediğinden bu mirasçılar bakımından son bulmuştur. Bu durum kanunda açıkça ifade edilmiş olduğundan (*legal certainty*), mirasçılarının hak kaybı onlar için şaşırtıcı olmamalıdır. *Hukuk güvenliği*, kuralların istikrarına duyulan güvendir. Bu bakımdan bu kavramın da iptal gerekçesi olmaması gerekirdi.

<sup>10</sup> Tekin Akıllıoğlu, “Yasaların (Anayasa dahil) zaman içinde uygulanması”, Anayasa Yargısı, Sayı 1, 1984, s. 279-291.

## 20. Gelelim mülkiyetin zaman ötesi niteliğine.

i. Bu deyim 1761 Virginia Haklar Bildirgesi ve 1789 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nde kişi hakları ve mülkiyet için kullanıldı (*hürriyet, mülkiyet, can güvenliği, zulme karşı direnme*)<sup>11</sup>.

ii. Bu soyut ilkedен hareketle mülkiyetin devredilmez, eskimez doğal hak olduğu ne ölçüde doğrudur? Aynı Bildirge'nin giriş kısmında doğal hakların devredilmez ve kutsal nitelikte olduğu, ikinci maddesinde de zamanaşımına uğramaz (eskimez) olduğu vurgulanmıştır.

iii. Mülkiyet hakkının devredilmez olduğu kabul edildiği takdirde hayat tamamen durur! Bildirge'nin "*bildirisi*" haklardan yararlanma yeteneği olarak okunursa durum açıklığa kavuşur. Yani *mülkiyetin kendisi değil, yararlanma yeteneği, devredilemez, alınıp satılamaz!* anlamında.

iv. O zamana kadar herkes yararlanmada eşit yeteneğe sahip değildi, bu nedenle Bildirge en çok horlanan doğal haklarda herkesin zamanla eskimeyen, aşınmayan eşit yetenek sahibi olduğunu ilan etmiştir.

v. Buna göre kimse doğuştan sahip olduğu eşit yararlanma ve kullanma yeteneğini devredemez. ANYM'nin iptal gerekçesini doğrulamak için başvurduğu "*taşınmazlarda karine*", "*miras yoluyla intikal*" ve "*açıklayıcı tescil*" TMK 713 hükmüyle farklı amaçlar güden kavramlar olup kararda sözü edilen kanunlar tarafından kullanılmıştır.

vi. Başka deyişle ANYM bu kavramlara başvurmakla olaydaki Anayasa'ya aykırılık niteliğini, itiraz konusu hükmü Anayasa hükmü ile karşılaştırarak açıklayacak yerde, farklı kanun hükümleri ile açıklama yoluna gitmiştir.

vii. Bu yorum biçimi ANYM'nin vaktiyle yaptığı kendi *Anayasaya aykırılık* tanımına uymamaktadır, zira buna göre iki kanun hükmü arasındaki "*çatışma/antinomy*" Anayasaya aykırılık anlamına gelmez. "*Bir yasa hükmününün Anayasa'ya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için, bu hükmün, metin olarak Anayasa'nın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi lâzımdır*"<sup>12</sup>.

21. Bilindiği gibi mülkiyet Anayasada hem kişi hakları arasında (m.35) hem de sosyal haklar arasında (m. 44) düzenlenmiştir. Bu durum hemen her yerde aynıdır. Mülkiyetin bireysel kişi hakkı, toplu hak ve sosyal hak yönleri vardır. Bu durumda mülkiyetin "zaman ötesi, mutlak, kişisel, doğal hak" niteliği üzerine köşeli ve katı bir yorum kurmak "sosyal devleti" temel sayan bir Anayasa bakımından ne kadar gerçekçi sayılır? En liberal toplumlarda bile mülkiyetin sosyal niteliği üzerine bir yı-

<sup>11</sup> 1789 Bildirgesi: Article 2 - Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont: la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

<sup>12</sup> ANYM Esas sayısı:1987/24, Karar sayısı:1987/32, Karar günü:24/11/1987.

ğın düzenleme bulunmaktadır. Mülkiyet hakkının ne ölçüde doğal kişi hakkı olduğu konusu tartışmalıdır. Gerçekten doğal kişi hakları doğuştan sahip olunan haklar ise insanın vücudu ve kişiliği üzerindeki haklar hariç diğer şeyler üzerindeki haklar aslen iktisap yoluyla edinilmiş olsa bile devletin tanımına ihtiyaç duyulduğundan doğal mülkiyet hakkı niteliğinde değildir<sup>13</sup>. Buna karşılık pozitivist anlayış, hukukun toplum halinde yaşamının sonucu olduğunu kabul ettiğinden hakların sınırlanmasını, yani başkalarının (toplumun) rahatı için ödev altına hak sahibinin ödev/yük altına girmesini olağan (toplumsallığın sonucu) sayar<sup>14</sup>. Doğal hak düşünürleri, bu hakların devlet öncesi niteliğini öne sürerek sınır kabul etmez olduğunu öne sürmüşlerdir. 1961 Anayasasında (Alman Anayasasından esinlenen) temel hakların sınırlanmasında “öze dokunma yasağı” bu sınır kabul etmezliğin günümüzdeki uzantısıdır. Bindiği gibi 1982 Anayasası pek iyi anlaşılabilen “öze dokunma yasğından” vazgeçerek “demokratik toplumun gereklerine uygunluk” ölçütünü benimsedi. Öze dokunma yasğının tanımı üzerinde ortak kabul olmamakla birlikte, bunun temel hakkı kullanılmaz hale getiren veya tamamen kaldıran hükümler için kullanıldığı açıktır. Anayasa Mahkemesi 2001 değişikliğinden sonra yeniden Anayasaya (m.13) giren öze dokunma yasğını TMK 713’ün itiraz konusu hükmü için kullanabilirdi. Acaba iptal edilen TMK 713 varsayımının demokratik toplum düzeni gereklerine aykırı olduğu söylenebilir mi? Hiç sanmıyorum.

22. Bu görüşümü Mahkemenin Yunanistan’la ilgili bir kararıyla açıklamaya çalışayım. Mahkeme Vontas<sup>15</sup> kararında, olayda *vetustas* kuralının<sup>16</sup> uygulamasını doğrulamak için Hükümet tarafından emsal

---

<sup>13</sup> Eric Mack (2010). “The natural right of property”, in *Social Philosophy and Policy*, 27, pp 53-78, ( 22 Nov 2011).Introduction: The signature natural right of any rights-oriented classical liberalism is the right of self-ownership. This is the original, nonacquired right of each individual to do as she sees fit with that which comprises her own person (e.g., her bodily parts, her mental faculties, her energy, and her skills).1 Thus, my defense of the inclusion of a natural right of property within a plausible rights-oriented classical liberalism is a defense of affirming this natural right *along with* the natural right of self-ownership. Foot note 1: This is consistent with recognizing that we are, as Locke puts it, “born to” these rights, even though we are not “born in” them.

<sup>14</sup> Bu görüşün Hobbes’a dayandığını söylemeliyim: *Leviathan*, Penguin Books 1968, ed.by C.A.Macpherson, p.223 vd.

<sup>15</sup> Vontas and others v. Greece, 5 February 2009.

<sup>16</sup> J.E. Tracy Gould, *The Pandects: a treatise on the Roman Law*, translated from the Duch by R.D Goudsmit, The Lawbook Exchange LTD, Clark New Jersey 2005, p. 224: §81 “When any state of things had endured so long time, that its origin dated back to a period to which the memory of man did not extend, there was a legal

gösterilen J.A. Pye (Oxford) Ltd v. UK kararının emsal alınamayacağını, iki karara konu olan olayların benzediğini fakat aynı kavram ve ilkeye dayanmadığını belirtti. Vontas kararında davacının ailesinin 80 yıldır tapulu taşınmazının bahçesinin bir kısmının kadim mesire yeri olduğu gerekçesiyle onarım izni verilmemesi söz konusuydu. Hükümet her nâsılsa bu kısmın tapuya dahil edildiğini ancak buranın çok eskiden bu yana halka açık alan olduğunu, durumun düzeltilmesi gerektiğini öne sürerek Mahkemenin J.A. Pye (Oxford) Ltd v. UK kararında tescilin biçimsel bir olay olduğunu aslolanın uzun süreli nizasız kullanım olduğunu kabul ettiğini, mülkiyetin temelinin bu olduğunu iddia etti. Mahkeme bu iddiayı, Vontas'da zamanaşımı ile iktisabın söz konusu olmadığını oysa J.A.Pye kararında kanun koyucunun tescile rağmen uzun süreli nizasız kullanımın gerçekleşmesine daha fazla önem vermesini Sözleşme'ye aykırı görmediğini belirterek reddetti<sup>17</sup>. Demek ki (olağanüstü) zamanaşımı yoluyla mevcut mülkiyete son verilip, toprağı kullanana önem verilerek ona intikal sağlanabiliyormuş, kutsal mülkiyet hakkı İngiltere'de işlemedi.

23. Son olarak *kazanılmış hak* üzerinde durmak istiyorum. Aslında bu konu kanunların zaman açısından uygulanması bağlamında ele alındığından, yani uygulamaya hukuk siyasetine ilişkin olduğundan hukuk genel kuramı içinde yer almaz, buna karşılık hukuka giriş kitaplarında hukukun temel konularından biriymiş gibi takdim edilir. Kazanılmış hak mülkiyet ile değil, doğrudan doğruya hukuk güvenliği ile ilgilidir. Zira kazanıldığı söylenen şey sadece mülkiyet hakkı değil, herhangi bir hukuki işlem veya hukuki durum da olabilir. Hukuk güvenliği kurallarının toplumsal ilişkilerde oluşturduğu kararlılığı ifade eder. Kanunlar küçük kümelerin, kişisel çıkarların etkisiyle değil gerçek ihtiyaçlar ortaya çıktığında değişmelidir, aksi halde hukuka güvenimiz kalmaz<sup>18</sup>. Bu yaklaşım

---

presumption that such origin had been legitimate, and the parties were dispensed from furnishing proof that it was so. This rule – designated prescription immemorialis – was applied by Roman Law to local roads (viae vicinales) – to barriers erected to prevent the escape of rain water, - and to aqueducts.

<sup>17</sup> See J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom [GC], no. 44302/02, § 74, 30 August 2007: The J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd case, which concerned the applicant companies' loss of ownership of agricultural land through "adverse possession" to a neighbour who had used the land for more than twelve years without permission. In that case, the Court accepted that even where title to real property was registered, the legislature could attach more weight to lengthy, unchallenged possession than to the formal fact of registration.

<sup>18</sup> Michèle De Salvia, Jurisconsulte - Cour européenne des droits de l'homme, Le principe de sécurité juridique, La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Cahiers du Conseil



kabul edilirse, geriye yürüyen yani yürürlük tarihinden önce bitmiş tamamlanmış durumlar üzerine hüküm sevk ederek onları değişime zorlayan yeni kanun hükümleri; hukuki istikrarı, varsa kişinin edindiği/kazandığı hakları bozan/değiştiren/rahatsız eden nitelikte, dolayısıyla kabul edilmez/iptal edilebilir nitelikte sayılır<sup>19</sup>. Kazanılmış hak varsayımlarından biri, en önemlisi, yerleşik olanı, mülkiyet hakkıyla örtüşür sayılanı budur. Kısaca yeni kanun geçmişte tamamlanan hukuki durum üzerine dönerse, bu kazanılmış hakların ihlali sayılıyor. İkinci kazanılmış hak varsayımında yeni kanun geçmişte tamamlanmış hukuki durum üzerine geri dönmüyor, sadece etkilerini gelecek açısından siliyor, kaldırıyor. Roubier burada birçok ayırım yapıyor, özetle yeni kanun sözleşmenin gelecekte de uygulanmasını engelleyemez, bireysel hukuki durumun etkilerini de kaldıramaz, sadece genel hukuki durumları gelecek bakımından siler, hükümsüz bırakır, kısaca kaldırır, diyor. Diğer bir varsayım beklenen hak. Burada da iki durum var. Birinci durum: kanunun öngördüğü bir haktan yararlanmaya aday değildir. Yararlanma için öngörülen şart tahakkuk etmeden kanun değişiyor/kalkıyor. Bu durumda adaya talep hakkı tanınmaz. Beklenen hak talep hakkı vermez gerekçeyle. Beklenen hakta ikinci durumda, bir işlem veya durum oluşum halinde iken tabi olduğu hükümler değişiyor. Oluşum tamamlanmadığı için yeni kanun uygulanır. Üçüncü durum haklı beklentidir. Bunun birinci varsayımında mevcut kurallara göre bir yatırım yapılmış, bir hukuki durum meydana getirilmiş, daha sonra çıkan bir kanunla yasadışı/hukuka aykırı ilan edilmiş/tanınmamış/kaldırılmış. Bu durumda değişikliği öngörmeyecek durumda olan yatırımcının zararı talep imkanı tanınıyor. Son duruma göre iyi niyetli tescil yapılıyor, yani bir hukuki durum veya işlem yaratılıyor/tespit ediliyor. Kanun değişmediğı halde yaratılan hukuki durum/işlem hukuka aykırı olduğu savıyla iptal ediliyor veya kaldırılıyor. Bu durumda da iyi niyetli kişinin tazminat talebi haklı beklenti nedeniyle kabul ediliyor.

---

constitutionnel n° 11 <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc11/14.htm>  
(06.05.2008)>.

<sup>19</sup> Bkz yuk.dn 10.

## 24. Kazanılmış hak çizelgesi.

KAVRAM	UYGULAMA ALANI	SONUÇ	YORUM
KAZANILMIŞ HAK(1) Vested right1	Bitmiş/ tamamlanmış hukuki durum/işlem	← Yeni kanun iptal ediyor	Kazanılmış hakka dokunulmaz
KAZANILMIŞ HAK(2) Vested right2	Hukuki durum/işlem gelecekteki etkileri (yararlanmanın devamı)	← Yeni kanun iptal gelecek bakımından kaldırıyor	Bireysel işlem ve durumlara dokunamaz, genel hukuki durumları kaldırır
BEKLENEN HAK (1) Expected right1	Aday bakımından gelecekte elde edilecek hak/yarar	Kanun değişiyor/ kalkıyor→	Talep hakkı tanınmaz
BEKLENEN HAK (2) Virtual right2	İşlem/hukuki durum oluşum halinde	Kanun değişiyor/ kalkıyor→	Oluşum yeni kanuna tabidir <i>Anheuser v. Portugal</i>
HAKLI BEKLENTİ (1) Legitimate expectation1	Mevcut kanuna göre yatırım yapılmış	Kanun değişiyor/ kalkıyor→	Tazminat talep hakkı var
HAKLI BEKLENTİ (2) Legitimate expectation2	Mevcut kanun: İyi niyetli olarak tescil yapılıyor.	Kanun değişmiyor: Orman gerekçesiyle tescil iptal ediliyor. →	Tazminat talep hakkı var

25. Kazanılmış hak ve buna bağlı diğer kavramlar hukuk güvenliği ile ilgilidir. Hukuk güvenliğinin işlevleri olarak kanunların geleceği etkilemesi, geriye etki yapmaması (kazanılmış hak), bireysel hukuki durumların dokunulmazlığından söz edilebilir. Sadece bunlar değil tabii, yazılılık ve biçim koşulları, usulün tümü, hukuk kurallarının ve bağlı

uygulamanın bizi sırtımızdan hançerlememesi için öngörülmüştür. Bu sözlerimi *Bartos c. Roumanie* kararı ile açıklamak istiyorum.

KONU	Bartos c. Roumanie 29 juin 2006. Davacı savcının kanun yararına bozma talebi üzerine kendi lehine kesinleşmiş kararın kaldırılmasının hukuki ilişkilerde güven ilkesine aykırı olduğunu, mülkiyet hakkının ihlal edildiğini öne sürmektedir.
KAVRAM-LAR	Hukuki ilişkilerde güven, Mallarına saygı, Kanun yararına bozma, Yargılamanın yenilenmesi, Doğru yargılama, Hukukun üstünlüğü.
TARAFLAR	-Hükümet: Kanun yararına bozma önceki yargı kararlarındaki hatayı gidermenin tek çaresiydi. -Davacı: Kesinleşmiş hükümün üzerine dönülmesi güven ilkesine ve doğru yargılamaya (yargı bağımsızlığı) aykırıdır.
MAHKEME	§37. Mahkeme: Doğru yargılama ve hukukun üstünlüğü ortak hukuki mirastır. §38. Hukukun üstünlüğünün temel unsuru hukuki ilişkilere (kesin hüküm dahil) güven duyulmasıdır. (Brumarescu, §61). Mahkemeye göre anlaşmazlık konusunda iki ayrı görüş bulunması yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilemez. (Riabykh, § 52).

Bizde kanun yararına bozma hukuk işlerinde kesin karar üzerine etki yapmamaktadır. Cezada lehe etki yapmaktadır. Buna karşılık idari yargıda hukuk işleri gibi etki yapmama kabul edilmiştir. Bu durum, ilkelere bakımından ceza yargısına benzeyen idari yargı bakımından ne ölçüde savunulabilir? Romanya’da durum aksinedir ve olayda derece mahkemesinin kararı iki kere bozulmuştur. AİHM bu durumun hukuk güvenliğine ve hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir.