DİJİTAL KÜTÜPHANE KANALI

Keyifli Okumalar Dileriz

Binlerce kategoride milyonlarca PDF e-kitap, ders kitapları, dergiler ve romanlara platformumuz üzerinden ücretsiz ulaşabilirsiniz.

RESMİ WEB SİTEMİZ

https://rantey.org

Yedek ve Duyuru Kanallarımız
Sitemize erişim engeli gelmesi veya adres değişikliği durumunda aşağıdaki kanallardan güncel giriş adresine erişebilirsiniz:

• Telegram: https://t.me/birkitapbir

• WhatsApp Kanalımız : https://whatsapp.com/channel/0029VbDHv8uE50Us4IvMoc0Y

Dr. H. Burak Gemalmaz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı

Beta

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

DR. H. BURAK GEMALMAZ
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE MÜLKİYET HAKKI

İSTANBUL - 2009

Ücretsiz PDF Kitap Arşivi - https://rantey.org
Beta

Yayın No : 2128
Hukuk Dizisi : 1000

1. Basım - Mayıs 2009 - İSTANBUL

ISBN 978 - 605 - 377 - 046 - 6

Copyright© Bu kitabın bu basısı için Türkiye'deki yayın hakları BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş.'ye aittir. Her hakkı saklıdır. Hiçbir bölümü ve paragrafı kısmen veya tamamen ya da özet halinde, fotokopi, faksimile veya başka herhangi bir şekilde çoğaltılamaz, dağıtılamaz. Normal ölçüyü aşan iktibaslar yapılamaz. Normal ve kanunî iktibaslarda kaynak gösterilmesi zorunludur.

Dizgi : Beta Basım A.Ş.
Baskı - Cilt : Yazın Basın Yayın Matbaacılık Trz.Tic.Ltd.Şti. (Sertifika No: 12028)
Çiftehavuzlar Cd. Maltepe Mh. Prestij İş Merkezi No: 27/806 K:9
Zeytinburnu/İSTANBUL
0212 565 01 22 - 0212 565 02 55
Kapak Tasarım : Gülgonca Çarpık

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No. 13-15
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 513 87 05 - 511 36 50
www.betayayincilik.com

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Sevgili Annem
Betül Gemalmaz'a
Sevgili Babam
İlker Gemalmaz'a
Sevgili Kardeşim
Batuhan Gemalmaz'a...

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

ÖNSÖZ

Mülkiyet günümüz modern insan yaşamının en önemli öğelerinden biri. Bu sebeple hukukun hemen her dalı öyle ya da böyle mülkiyet konusuna ilişkin çeşitli düzenlemeler içeriyor. Öneminin bir yansıması olarak mülkiyet, hukukta ayni bir hak olarak kurumsallaştırılmıştır. Mülkiyet hakkı aynı zamanda bir insan hakkıdır. Bütün muhalefete ve çok sayıdaki karşı görüşe rağmen mülkiyet, aydınlanma evresinden bugüne insan hakkı olarak çeşitli hukuk belgelerinde kendine yer bulabilmiştir.

İşte bu Çalışma mülkiyeti pozitif insan hakları hukuku açısından ele almayı amaçlamaktadır ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Mayıs 2008 sonunda, sayın Prof. Dr. Oktay Uygun, sayın Prof. Dr. Rona Serozan, sayın Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu, sayın Prof. Dr. Naz Çavuşoğlu ve sayın Doç. Dr. Korkut Kanadoğlu önünde savunulmuş doktora tezinin yayıma hazırlanmış halidir.

Bilindiği gibi, doktora tezleri savunulmalarının birkaç ay öncesinde teslim edilir. Bu yüzden 2007 sonu ila 2008 yılı ortası arasında üretilen içtihatları işleyememiştim. Diğer yandan, uluslararası doktrinde mülkiyet hakkına ilişkin önemli bazı yeni makaleler ile son yıllarda yayımlanmakla birlikte ancak erişebildiğim makaleler de işlenmeyi bekliyordu. Dolayısıyla, tezin tamamlanmasıyla kitap olarak yayımlanması arasında geçen süre anılan çalışmaların ve kararların değerlendirilmesine olanak tanımış oldu. Hatta 2009 yılı başında hükme bağlanan bazı kararları dahi zikredebildim.

Yeni çalışmaların bazılarında, daha önce tamamlanan doktora tezinde ileri sürdüğüm görüşlere koşut yahut benzer değerlendirmeleri gözlemlemek, içtenlikle söylemek gerekirse, öz güveni de artıran bir memnuniyet duygusu doğurduğu kadar, çalışmanın yayımlanmasındaki gecikmeden kaynaklanan hayıflanma ruh halini de yaratıyor. Doktora çalışmasının akademik yaşamın önemli bir aşaması olmakla birlikte henüz başlangıç evresine karşılık geldiği biliniyor. Bu sebeple, genç bir hukukçunun hissettiklerine dair bu samimi açıklamalarımı, deneyimli hukukçuların ve akademisyenlerin hoşgörüyle karşılayacağını umarım.

Tezin yayınlanmasının gecikmesinin bir yararı daha oldu. Bu çalışmayla Türk Sanayici ve İş Adamları Derneği (TÜSİAD) tarafından ilk kez düzenlenen "2008 Yılının En İyi Genç Hukukçusu" yarışmasına katılmıştım. İdarenin iş-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

lemlerinde hukuk güvenliği ilkesi ve ekonomik haklar açısından kamu yararı ve birey haklarının dengelenmesi konularında yapılan araştırmaların katılması beklenen söz konusu yarışmada sayın Ender Çetinkaya, sayın Prof. Dr. Metin Günday, sayın Prof. Dr. Celal Erkut, sayın Av. Kazım Kolcuoğlu ve sayın Pekin Baran'dan oluşan jüri, elinizde tuttuğunuz çalışmayı ödüle layık buldu. Böyle bir yarışma oluşturmakla genç hukukçuları teşvik eden TÜSİAD'a, Yönetim Kurulu Başkanı sayın Arzuhan Doğan Yalçmdağ nezdinde teşekkür ederim. Bu yarışmanın, Türkiye'nin bilinen akademik ortamında çeşitli zorluklar altında çalışan genç akademisyenleri teşvik edeceğini umuyorum. Dolayısıyla anılan yarışmanın kurumsallaşması içten dileğimdir.

Yukarıdaki satırları okuyanlar, bütün bunları kendi başıma yapmış olduğum gibi bir kanıya kapılabilirler. Oysa aldığım çok sayıda yardım olmasaydı bu çalışmanın tamamlanması mümkün olmazdı. Yardım aldığım kişilerin en başında, doğal olarak, tez danışmanım sayın Prof. Dr. Oktay Uygun gelmektedir. Yüksek lisans tez aşamasında da danışmanlığından yararlanmama olanak tanıyan hoçam sayın Prof. Dr. Uygun, doktora tezimi de başından sonuna, dilinden içeriğine kadar her açıdan okumuş ve eleştirileriyle bana yol göstermiştir. Kendisine ne kadar teşekkür etsem azdır. Ayrıca, hocam sayın Prof. Dr. Mehmet Semih Gemalmaz'a hem kullanılan kaynakların büyük çoğunluğunu sağlaması, hem de düşünsel katkıları için teşekkür ederim.

İÜHF Medeni Hukuk Anabilim dalı öğretim üyelerinden sayın Prof. Dr. Rona Serozan'a, mülkiyetin özel hukuktaki yerini kavramama yardımcı olduğu, karşılaştığım çok sayıdaki terminolojik ve kavramsal meseleyi çözmemde yol gösterdiği için müteşekkirim.

Doktora araştırmalarımın bir kısmını Galway'de bulunan Irish Center for Human Rights'da yaptım. Oraya Tinçel Vakfının bursuyla gidebildim. Söz konusu bursu sağlayan İÜHF'nin o dönemki Dekanı sayın Prof. Dr. Tankut Centel ile İÜHF Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi sayın Prof. Dr. Hasan Erman'a teşekkür ederim. Ayrıca Irish Center for Human Rights'ın müdürü sayın Prof. Dr. William Schabas'ı da bu listeye eklemem gereklidir. Bana sağladığı olanaklarla iyi bir çalışma ortamında kısa sürede çok iş yapılabileceğini göstermiş oldu.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde Türkiye'ye karşı açılmış mülkiyet hakkını ilgilendiren çok sayıda dava var. Bunların analizinde Türk hukuk uygulamasının bazı inceliklerine vakıf olmak gerekliydi. Bu bağlamda değerli avukat arkadaşlarım Türk hukukunda özellikle gayrimenkulleri ilgilendiren çeşitli kural ve kurumların inceliklerine dikkatimi çekerek, çalışmanın uygulamanın sorunlarına ışık tutabilmesine yardımcı olmuşlardır. Bu noktada ayrıca, sevgili babam Av. İlker Gemalmaz'a özellikle Türk hukuk uygulamasına ilişkin deneyimini paylaştığı için müteşekkirim.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Mülkiyet gibi hukukun hemen her disiplinini ilgilendiren bir konuya dair çalışma yapıldığında, farklı disiplinlerde uzmanlaşmış meslektaşlarınızdan yardım almak bir zorunluluk oluyor. İÜHF mensubu olmanın avantajlı yönlerinden birisi de bu noktada ortaya çıkıyor. İÜHF Medeni Hukuk Kürsüsünden meslektaşlar, araştırma görevlisi sayın Dr. Zekeriya Kürşat ile araştırma görevlisi sayın Nil Karabağ Bulut, konunun özel hukuk boyutu açısından çok yardımcı olmuşlardır. Kendilerine teşekkür ederim. Kitapta yer verilen Fransızca kararları Türkçe'ye İÜHF Hukuk Felsefesi Anabilim Dalı araştırma görevlisi sayın Barkın Asal çevirdi. Ona olan borcumu ödemeye bir teşekkür yeter mi, emin değilim. Doktora araştırmalarını yurt dışında sürdüren farklı kürsülerden birçok asistan arkadaş da, gereksinim duyduğum kaynaklara ulaşmamda cömert davrandılar.

Asıl borç ise kendi kürsümün mensuplarına. Mert Ertan kürsü işlerinin büyük çoğunluğunu üstlendi ve karşılaştığım bütün teknik sorunları çözdü. Gülay Arslan ise çalışmada yer verilen mahkeme kararlarının listesini hazırladı. Ama hepsinden önemlisi, kendilerine asıl yarattıkları akademik tartışma ortamı için teşekkür ederim. Umarım ben de onlara, aynı oranda katkı sağlayabilirim.

Kitabın basımını Beta Yayıncılık üstlendi. Özenli ve hızlı çalışmalarından ötürü Yönetim Kurulu Başkanı sayın Seyhan Satar ile dizgiyi gerçekleştiren sayın Hediye Gümen'e teşekkür ederim.

Çok sayıda yardım almış olmasına ve iki jüriden geçmesine rağmen, Çalışmadaki bütün eksiklik ve hataların sorumluluğu benim üzerimdedir.

Burak Gemalmaz
Nisan 2009, Beyazıt

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ V

KISALTMALAR XV

GİRİŞ 1

Genel Olarak 1

Terim, Plan ve Yaklaşım 7

AİHM'e Göre P1-1'in Yapısı 18

BÖLÜM 1
MÜLKİYET HAKKININ ÖZNELERİ

I) Bireysel Özne - Kolektif Özne Kategorileri Farklılığı 28

II) Bireysel Özne 1: Gerçek Kişiler 33

A) Vatandaş-Yabancı 34

B) Çocuk 37

C) Cenin 41

III) Bireysel Özne 2: Tüzel Kişiler 44

A) Genel Olarak Tüzel Kişiler ve Metodoloji 44

B) Özel Hukuk Tüzel Kişileri 48

C) Kamu Hukuku Tüzel Kişileri 52

1) Yersel (Territorial) İdareler Tüzel Kişileri Açısından 55

a) Devlet Adına Kamusal İşlev İfa Etme 55

b) Genel Yarar/Kamu Yararı Gütme 56

c) Özerkliğin Önemsizliği 56

2) Hizmet Yönünden Yerinden Yönetim Kamu Tüzel Kişileri Açısından 57

a) Anayasa veya Kanunla Nitelendirilme veya Kurulmuş Olma 57

b) Amaç Ölçütü 59

aa) Mevcut İçtihatlarda Kamu Hizmeti Amacı 59

bb) Kamu Yönetimi Amaçları – Kamu Hizmeti Amacı Ayrımı 60

c) Özerklik ve Bağımsızlık Ölçütü 63

aa) Karar Alma Erki 64

bb) Hesap Verilen Organın Niteliği 65

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

cc) Yönetim Kurulunun Kompozisyonu 67
dd) Başvurucunun Ulusal Hukukta Dava Ehliyeti 68
d) Tabi Olunan Hukuk Ölçütü 68
e) Ekonomik Düzenin Niteliği Ölçütü 69
aa) Hizmet Verilen Sektörün Rekabete Açıklığı 70
bb) Sektörde Hakim Durumda Olmama 72
3) Sonuç 75
D) Ulusal Hukukta Tüzel Kişiliğin Tartışmalı Olması-Sona Ermesi Halleri ile Tüzel Kişi Benzeri Başvurucular 81
IV) Bireysel Özne 3: Pay Sahipleri 84
A) Doğrudan Tüzel Kişiyi Etkileyen ve Pay Sahibini Dolaylı Olarak Etkileyen Tasarruflar Bakımından 86
1) Engel: Tüzel Perde 86
a) Karşılaştırmalı Hukuk Yöntemi'nin Somut Olayda Uygulanmasının Geçerliliği 91
b) Dolaylı Mağdur Kavramının Olası Etkisi 95
c) Ara Sonuç 98
2) Perdenin Kaldırılması 99
a) Tüzel Kişi ile Paydaşın Ortak Kaderi 100
b) Tasfiye Memurunun Tüzel Kişinin Çıkarını Korumaktaki Yetersizliği 102
c) Azınlıktaki Paydaşın Ulusal Hukukta Taraf Ehliyetine Sahip Olması 105
d) Siyasi Ortam 106
B) Doğrudan Pay Sahibini Etkileyen Tasarruflar Bakımından 108
C) Sonuç 110
V) Kolektivite 111
A) Azınlık 111
B) Yerli Halklar 114
C) Sonuç 120

BÖLÜM 2
MÜLKİYET HAKKININ NESNELERİ

I) Otonom Bir Terim: Mülkiyet 124
A) AİHS Genelinde Otonom Kavramlar Doktrini 125
B) P1-1 Özelinde Yarı Otonom Bir Kavram Olarak Mülkiyet 131
II) Otonominin İflası: Mülkiyet Hakkının Zaman Boyutu ya da Zaman Duvarı Engeli 135
A) Zaman Duvarını Aşan Kategoriler 137
1) Hakkın Mevcut Olması 137
2) Meşru Olarak Beklenen Hak ya da Meşru Beklenti 139

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

a) Terminoloji ve AİHS Genelinde Meşru Beklenti Kavramı 139
b) P1–1 Özelinde Meşru Beklenti Kavramı 144
3) Kategorilerin Ortak Unsurları ve Müflis Otonominin İşlevi 152
4) Ara Sonuç: Meşru Beklenti Aslında Ulusal Hukuklardaki Tam Hak veya Kazanılmış Haktır 168
B) Zaman Duvarının Etkisi ve Aşılmasına Yönelik Bir Strateji 170
III) Mülkiyet Hakkının Teorik Boyutu 178
A) Temel Ölçüt: Ekonomik Bir Değer Oluşturma 179
1) Mübadele, Parayla Ölçülebilme ve Piyasa 180
2) Devir ve İntikale Elverişlilik 187
3) Uygulanabilirlik Eşiği: Az Olmama Ölçüsü 191
B) İstisnai Ölçüt: Manevi/Ruhsal Bir Değer Oluşturma 195
C) Füzyon: Hem Ekonomik Değer Hem Manevi Değer Oluşturma-Mülkiyet Hakkı Olarak Özgün Yaşam Biçimi 206
D) P1-1'in Uygulanabilirliği Açısından Mülkiyet Hakkının Diğer Sözleşmesel Haklarla ve UİHH Değerleriyle İlişkisi 210
1) Uygulanabilirlik Engeli Olarak Çatışma 210
2) Uygulanabilirlik Engeli Olarak Yarışma 218
IV) Zaman Boyutundan ve Teorik Boyuttan Pratiğe: Mülkiyet Türleri 229
A) Maddi Nesne (Res corporales) 231
1) Taşınmaz Mallar 231
a) Genel Olarak 231
b) Uzay ve Gökcisimleri İle Uluslararası Hukukça İnsanlığın Ortak Mirası Olarak Belirlenen Taşınmazlar 232
c) Özel Mülkiyete Tabi Kamuya Açık Taşınmazlar ve P1-1: Alışveriş Merkezleri 237
2) Taşınır Mallar 242
a) Para ve Diğer Sikkeler ile Mücevherat 242
b) Özel Sicile Kayıtlı Taşınırlar 244
c) Şirket Payı (Hisse Senedi) ve Diğer Menkul Kıymetler ile Kıymetli Evrak 245
d) Canlı Organizmalar 248
aa) Hayvan 248
bb) İnsan Vücudu ile Vücut Parçaları 255
aaa) Vücut ve Emek 257
bbb) Vücut Parçaları 269
ccc) Cenin ve Cenin Dokuları 273
ddd) Ceset 280
e) Enerjiler ve Doğal Güçler 283
f) Taşınır Kültür Varlıkları 283

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

B) Gayri Maddi Nesne (Res incorporales) 286
1) Fikri Mülkiyet 286
a) Genel Olarak Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Fikri Mülkiyet ve AİHS 291
b) Eser Sahibinin Hakları (Telif Hakkı) 304
c) Patent 311
d) Marka 327
e) Siber Mülkiyet ve Sanal Mülkiyet 337
2) Çalışma Hakkı ve Girişim Özgürlüğü Bağlamındaki Gayri Maddi Malvarlığı Değerleri 347
a) Goodwill ve Clientele/Patronage (Ticari İtibar ve Müşteri Çevresi/Peştemaliye) 350
aa) Goodwill Olarak Mesleki Unvan ve Buna Bağlı Ayrıcalıklar 352
bb) Ticari İşletme ve Goodwill 360
aaa) Goodwill Olarak Ruhsatlar ve İzinler 360
bbb) Goodwill Olarak Müşteri Çevresi/Clientele 367
ccc) Ekonomik Sektör – Goodwill İlişkisi ve Zaman Duvarının Önemi 368
b) Know-How (Teknik Bilgi) ile Ticari Sır 373
c) Sosyal Güvenlik Pozisyonları/Gelirleri 375
3) Haklar 390
a) Alacak Hakları 390
b) İrtifak Hakları 394
c) Kiracılık Hakları 397
C) Miras Hakkı 399

BÖLÜM 3
MÜLKİYET HAKKININ VERDİĞİ YETKİLER VE BUNLARIN KAYITLANMASI

I) P1-1'in Verdiği Yetkiler ve Muhatabın Yükümlülükleri 410
A) Devletin Negatif Yükümlülüğü veya Öznenin Dışlama Yetkisi 410
B) Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve P1-1'in Yatay Uygulanırlığı 417
1) Özel Hukuk Kişilerine Karşı Etkili Koruma ve Soruşturma 419
2) Ulaşma ve Yararlanma 432
3) Zarar Gelmesini Engelleme/Koruma 434
4) İnsan Onuruna Yakışır Yaşam Standardı Sağlama 439
C) Ara Sonuç: Yükümlülüklerin İç İçe Geçmesi 443
II) Dışlayamama: Mülkiyet Hakkının Kayıtlanması 446
A) AİHS'de Kayıtlama Rejimi ve P1–1 447
B) Hukukilik 453

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

1) Referans Noktası Olarak Ulusal Mevzuat-Hukuk Devleti Gerilimi 454
2) Mülkiyet Hakkı Özelinde Ulaşılabilirlik, Öngörülebilirlik (ve Kesinlik) Ölçütleri 456
a) Müdahaleye Dayanak Teşkil Eden Mevzuatın Yayımlanmış Olması 457
b) Müdahalenin Dayandığı Mevzuatın Yetkili Makamca Vaz Edilmiş Olması 462
c) Kamu Makamlarının Hukuki Süreçler Hakkında Bilgi Verme ve Hukuki Girişimleri İşlevsiz Kılmama Yükümlülüğü 464
d) Geriye Yürürlü/Etkili Mevzuatın Durumu 465
3) Yargı Kararlarının İcra Edilmesi Gereği 468
4) İçtihadi Yeknesaklığın ve Tutarlılığın Önemi İle Yargının Hukuka Uygun Karar Üretmesi Gereği 472
C) Kamu Yararı: Otonom Benzeri Bir Kavram 474
1) Kamu Yararı ile Genel Yarar Özdeşliği 476
2) Kamu Yararı ile Üçüncü Şahsın Bireysel Yararının Özdeşliği 477
3) Kamu Yararını Belirlemekte Devletin Mutlak Takdir Marjı 481
a) Sosyal Siyasalar 483
b) Çevre Korunması ve Şehir Planlaması 489
c) Ahlakın Korunması, Suçla Mücadele ve Yargının Otoritesinin Korunması 495
d) Vergi, Benzer Katkılar ve Kamu Görevi Niteliğindeki Zorunlu Çalışmalar 501
e) Diplomatik Nezaket ve Diplomatik Bağışıklık 511
f) Kamu Güvenliği ile Ulusal Güvenlik/Savunma 514
g) Ticari ve Ekonomik Hayatın Korunması 515
D) Adil Denge ya da Ölçülülük 519
1) Kullanılan Sınırlama Araçlarının Seçilmesinde Devletin Kuvvetli Takdir Marjı 522
2) Ölçülülüğün ve Ölçüsüzlüğün Göstergeleri 530
a) Tazminat 531
b) Sınırlama Süresi 549
c) Başvurucunun Niyeti ve Davranışı 553
d) Hukuk Devleti veya Hukukun Üstünlüğü Nosyonu 557
aa) Geriye Yürürlü Mevzuat 558
bb) Kesin Hükmün İptali ya da İşlevsiz Kılınması 560
cc) Usuli Güvenceler 566

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

dd) İdari Makamların Tutarlılığı ve Haklı Beklentilerin Korunması 582
ee) Hukuk Devletinin ve Adaletin İnkarı? 588
e) Zararın Miktarı 590
f) Ayrımcı Motif 602
g) Ekonomik/Ticari Risk 604
h) Başvurucunun Özeni 609

SONUÇ 615

KAYNAKÇA 623

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) VE AVRUPA İNSAN HAKLARI KOMİSYONU (AİHK) VAKA LİSTESİ 683

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

KISALTMALAR

a.g.d.	: adı geçen derleme
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	: adı geçen tez
AB	: Avrupa Birliği
ABÖ	: Afrika Birliği Örgütü
ADÖ/OAS	: Amerikan Devletleri Örgütü
AGİK	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı
AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHHK	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu
AİHHK/UK Kuralları	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu Usul
AİHHM	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi
AİHHŞ	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı
AİHHŞ/KHP	: AİHHŞ'nin Afrika'da Kadınların Hakları Protokolü
AİHHŞ/MP Kuran	: AİHHŞ'nin Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi Protokolü
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHM/UK	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Usul Kuralları
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİÖS	: Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi
AİÖK	: Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi
AJIL	: American Journal of International Law
AK	: Avrupa Konseyi
AK/BK	: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Ame İHK	: Amerikalılararası (Amerikan) İnsan Hakları Komisyonu
Ame. İHM	: Amerikalılararası (Amerikan) İnsan Hakları Mahkemesi
Ame. İHÖB	: Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi
Ame. İHS	: Amerikalılararası (Amerikan) İnsan Hakları Sözleşmesi
Ame. İHS/ESKHP	: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü
Ame. KKŞÖS	: Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Amerikalılararası Sözleşme
ASGK	: Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu
ASGKP	: Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu Protokolü
ASGS	: Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi
ASŞ	: Avrupa Sosyal Şartı
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: 1982 Türk Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
BDT	: Bağımsız Devletler Topluluğu
BDT-İHS	: Bağımsız Devletler Topluluğu İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesi
bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BM/İKS	: Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme
BM/İKK	: Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Komite
BYIL	: British Yearbook of International Law
c.	: cümle
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CUP	: Cambridge University Press
çev.	: Çeviren
ÇHK	: Çocuk Hakları Komitesi
ÇHK/UK	: Çocuk Hakları Komitesi Usul Kuralları

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
DR	: Decisions and Reports of the European Commission on Human Rights
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
DÜHF	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ed.	: Editör
EHRLR	: European Human Rights Law Review
EİHB	: Evrensel İnsan Hakları Bildirisi
EJIL	: European Journal of International Law
EKOSOK	: BM Ekonomik ve Sosyal Konsey
ESKHK	: Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
ESKHK/UK	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Usul Kuralları
ESKHS	: Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
GC	: AİHM Büyük Dairesi
GİAHKK	: Bütün Göçmen İşçilerin ve Onların Aile Mensuplarının Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Komitesi
GİAHKS	: Bütün Göçmen İşçilerin ve Onların Aile Mensuplarının Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme
HRQ	: Human Rights Quarterly
HD	: Hukuk Dairesi
HDÖ	: Hükümetler-dışı Örgütler
HRLJ	: Human Rights Law Journal
HRLR	: Human Rights Law Review
IAOKK	: Irksal Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi
IAOKS	: Irksal Ayrımcılığmm Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İHK	: MSHS İnsan Hakları Komitesi
İKB	: İşkenceye Karşı Bildiri

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

İKK	: İşkenceye Karşı Komite
İKK/UK	: İşkenceye Karşı Komite Usul Kuralları
İKS	: İşkenceye Karşı Sözleşme
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KKAOKB	: Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisi
KKAOKK	: Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi
KKAOKS	: Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	: Medeni Kanun
MSHS	: Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
NQHR	: Netherlands Quarterly of Human Rights
OUP	: Oxford University Press
P1-1	: AİHS'in mülkiyet hakkına yer veren 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesi
para.	: paragraf
paras.	: paragraflar
RG	: Resmi Gazete
sf	: sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TILJ	: Texas International Law Journal
UÇÖ	: Uluslararası Çalışma Örgütü
UİHH	: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku
UK	: Usul Kuralları
UNESCO	: BM Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü
vd	: ve diğerleri
Vol.	: Volume
Yay.	: Yayınları ya da Yayınevi

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

GİRİŞ

Genel Olarak

Kuşkusuz, mülkiyet ve mülkiyet hakkı ile bağlantılı kavramlar, tarihin belli aşamalarından itibaren insanlığın gündemini meşgul etmiştir[1] ve halen de yoğun olarak etmektedir. Günümüzde tanıklık ettiğimiz "küreselleşme/globalleşme" adı verilen süreç de, özünde malların ve hizmetlerin (mülkiyet hakkının konusunun) serbestçe, ulusal sınırlara takılmaksızın dolaşımını simgelemektedir. Mülkiyet hakkı, insan hakları hukuku sürecinin başlangıcından bu yana önemini sürdürmektedir. O kadar ki, mülkiyet hakkı, yaşam ve özgürlük haklarıyla beraber, aslında tüm insan hakları mücadelesine rengini veren haklar arasındadır.[2] Mülkiyet hakkının insan haklarının kurumsallaşması sürecinde oynadığı tarihsel rolün belki de en tipik göstergesi, modern insan hakları düşüncesinin filizlendiği Aydınlanma Çağından başlayan süreçte üretilen belgeler ile anayasalarda seçme ve seçilme gibi siyasi hakların belli ölçüde mülkü olanlar ile vergi verenlere tanınmış olmasıdır.[3] Mülkiyet, demokrasinin ön koşulu haline gelmişti.

Mülkiyet ile siyasal rejim çok yakından ilişkilidir. Devlet sistemleri mülkiyet hakkına yaklaşımlarına göre belirlenmektedir. Bu bağlamda iki ana devlet sistemini hatırlatmakla yetinebiliriz: Kapitalist/liberal ve sosyalist sistemler. Bu iki sistemin mülkiyet hakkına yaklaşımlarında kayda değer farklılıklar bulunmaktadır.

Günlük insan hayatının odaklaştığı, tarih boyunca hemen hemen bütün düşünür ve felsefecinin üzerinde kalem oynattığı böylesine önemli bir meselenin çeşitli disiplinlerin inceleme konusunu oluşturmasına şaşırmamak gerekir. Hukuk, bu disiplinlerin başında gelmektedir. Koskoca bir Eş-

---

1 Rona Serozan, "*Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları*", **Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan 1**, İÜ Siyasal Bilimler Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, sf:239-254, 239.

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yay., 6. Baskı, Ekim 2007, İstanbul, sf: 22-32, 59-91 (Bu kitap bundan böyle "**Genel Teori/2007**" olarak gösterilecektir).

3 Ayrıntılı döküm için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf: 96-100, 108-111.

Ücretsiz PDF Kitap Arşivi - https://rantey.org

ya Hukukunu, Ticaret Hukukunu ve İdare Hukukunu hatırlatmak hukukun konuya olan ilgisini göstermek bakımından herhalde yeterli olacaktır. Mülkiyet hakkı, yukarıda özetlenen özelliği gereği hukuk disiplini çerçevesinde çeşitli alt disiplinler tarafından değişik yönleriyle incelenmektedir. Ancak bu Çalışmada ulusalüstü insan hakları hukuku (UİHH) disiplini ekseninde bir inceleme yapılacaktır. Bunun en temel sebebi ulusalüstü insan hakları hukukunun diğer hukuk dallarını etkiler niteliğe sahip *inter disipliner* bir hukuk dalı olmasıdır.[4] Bundan ötürü, bu Çalışmada yer verilen kavram ve kuralların anlamları, eğer varsa, ulusal Eşya Hukuku, Ticaret Hukuku ve İdare Hukuku gibi hukuk dallarındaki aynı isimli kavram ve kurallardan farklıdır. Dolayısıyla bu Çalışma bir Eşya Hukuku, Ticaret Hukuku veya İdare Hukuku vs. çalışması değildir. Burada kullanılan çoğu kavram ve terimin kendine özgü anlamları bulunmaktadır.

UİHH açısından mülkiyet hakkını ele alan bu incelemenin iki amacı vardır: Birinci amaç, mülkiyet hakkının gerçekten bir insan hakkı olarak kabul edilip modern sözleşmelerce korunmasının ulusalüstü insan hakları hukukunun niteliğine ve doğasına uygun olup olmadığının ortaya çıkarılmasıdır. Yalnız dikkat edilsin ki, burada *de lege feranda* meşruluk analizi yapılmayacaktır.[5] Böyle bir analiz bu çalışmada benimsenen yak-

---

4 Ayrıca bkz. ve krş. E. A Alkema, "*The Concept of Property- In Particular in the European Convention on Human Rights*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:17-28, 25-27.

5 Mülkiyet hakkı insan hakkı statüsüne çıkartılmalı mıdır yoksa çıkartılmamalı mıdır sorunu ve olumlu cevap verilmesi halinde bu hakkın niteliği ile kapsamının ne olduğu çeşitli yazarlarca irdelenmiştir. Örneğin bkz. Henry G. Schermers, "*The International Protection of the Right of Property*", **Protecting Human Rights: The European Dimension-Studies in honour of Gerard J. Wiarda**, (Ed. Franz Matscher-Herbert Petzold), Carl Heymans Verlag KG, Köln, 1988, sf:565-580 (tüm eser), özellikle 565-570, 572-575, 578-580; Fransisco Forrest Martin vd., **International Human Rights Law & Practice- Cases, Treaties and Materials**, Kluwer Law International, The Hague, 1997, sf:866-868; A J Van Der Walt, "*The Constitutional Property Clause: Striking a Balance Between Guarentee and Limitation*," **Property And The Constitution**, ed. Janet McLean, Hart Publishing, Oxford, 1999, sf: 109-146; Theo R. G. van Banning, **The Human Right to Property**, Intersentia, Antwerpen, 2002, sf:167-192; J. W. Harris, "*Is Property a Human Right*", **Property And The Constitution**, ed. Janet McLean, Hart Publishing, Oxford, 1999, sf: 64-87; Ali Rıza Çoban, **Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights**, Ashgate, 2004, sf:35-77.

Bu dipnot bağlamında iki noktaya temas etmek gereklidir. Birincisi, atıf yapılan ilk dört eserdeki gerekçeler daha hukuki ve pratik, son iki yazarın gerekçeleri ve analizi ise ağırlıklı olarak felsefi ve ahlakidir. Elbette tüm yazarların ortak noktaları bulunmaktadır. İkincisi, Çalışmanın metninden anlaşılacağı üzere, bu tartışmanın pratik önemi yoktur. Zira çok sayıda UİHH belgesinde mülkiyet hakkına bir insan hakkı olarak yer verilmiştir. Nitekim elinizdeki Çalışma, bu belgelerden birindeki (**AİHS P1-1**) mülkiyet hakkı normunu ayrıntılı olarak incelemektedir. Bununla beraber, bir insan hakkı olarak mülkiyet hakkının kapsamı ve sınırlanması meselesi pratik açından önem arz edebilir. Nitekim, mesela Van Der Walt, mülkiyetin insan hakkı statüsüne çıkartılmasına karşı çıkanların endişelerini, sınırlamanın kapsamını genişleterek gideriyor.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

laşımın konusu dışında kalmaktadır. UİHH'nin çok sayıda belgesinde mülkiyet hakkı zaten bir insan hakkı olarak açıkça tanınmıştır. Diğer yandan, olgusal gerçeğin böyle olması, mülkiyet hakkının zorunlulukla diğer insan hakları ile aynı kategoriye konulması sonucunu doğurmaz. Eğer varsa bular arasındaki farkların açığa çıkarılması, mülkiyet hakkının tabi tutulacağı hukuki rejimin belirlenebilmesi için gereklidir.

İkinci amaç ise, mülkiyet hakkının mevcut insan hakları belgeleri çerçevesinde etkili olarak korunup korunmadığının belirlenmesidir. Anılan ikinci incelemenin sonucu, aynı zamanda birinci problematiğin cevabı için önemli veriler ortaya çıkaracaktır.

Bu kitapta ulusalüstü insan hakları hukuku bakımından da sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi[6] (bundan böyle **AİHS** veya Sözleşme) incelenecektir. Bu tercih üç nedene dayanmaktadır. Birincisi, ulusalüstü insan hakları belgeleri arasında en etkili denetim mekanizmasına sahip olan **AİHS**'dir. **AİHS** bir Komisyon ve Mahkeme kurarak bireylerin Sözleşmeye taraf devletler aleyhine başvuru yapmasına imkan verecek usuller öngörmüştür ve usuller çerçevesinde on binlerce karar üretilmiştir.[7]

İkinci neden, **AİHS** sisteminde, mülkiyet hakkı konusunda diğer insan hakları belgeleriyle kurulan sistemlerle karşılaştırılamayacak kadar kapsamlı bir içtihadi birikimin varlığıdır. Hatırlatmak uygun olur ki, **Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB)**[8] Madde 17[9], **Amerikan İnsan Hak-**

---

6 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 tarihinde Roma'da kabul edilip imzaya açılan "**İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi**" (No.005, "*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*"), 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **Protokol No.11** ile değişik **yürürlükteki AİHS**'nin Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments/Cilt-Vol. 1/Avrupa Konseyi-Birinci Bölüm-Council of Europe-First Part**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, sf:35-59 (Türkçe) ve sf:299-321 (İngilizce). (Bu kitap bundan böyle, "**İnsan Hakları Belgeleri/Cilt I/2003**" olarak gösterilecektir). Daha yakın tarihli olarak, **yürürlükteki AİHS**'nin Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 2. Kitap – Avrupa Konseyi Belgeleri & Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kuralları Şerhi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2006, sf:25-41 (Türkçe) ve sf:879-896 (İngilizce). (Bu Kitap bundan böyle "**AİHM Kuralları Şerhi**" olarak gösterilecektir). **AİHS** hakkında ayrıntılı bilgi ve literatür için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:965-1022.

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

8 "**Evrensel İnsan Hakları Bildirisi**" ("**EİHB**") ("*Universal Declaration of Human Rights*"), BM Genel Kurulu tarafından 10/12/1948 tarihi ve 217 A(III) sayılı Kararla kabul edilmiştir. "**EİHB**"nin Türkçe çevirisi ve İngilizce orijinal metni için bkz. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Cilt IV/2004**, sf:3-23 (Türkçe) ve sf:353-361 (İngilizce). "**EİHB**"ne dair bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:397-416.

9 Evrensel Bildiri'de mülkiyetin eklenmesi ve içeriği hakkında bilgi için bkz Catarina Krause and Gudmundur Alfredsson, "*Article 17*", **The Universal Declaration of Human**

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

ları Sözleşmesi (Ame.İHS)[10] Madde 21 ile **Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (AİHHŞ)**[11] Madde 14 dışında kalan genel insan hakları sözleşmeleri mülkiyet hakkına yer vermemiştir. Örneğin, BM'nin ikiz sözleşmeleri olarak bilinen 1966 tarihli **Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS)**[12] ile **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi**nde **(ESKHS)**[13], **Evrensel Bildiri**'de yer almasına ve anılan ikiz Sözleşmeler

---

Rights- A Common Standard of Achievement, (Eds., Gudmundur Alfredsson-Asbjorn Eide), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, sf:359-378, özellikle 361-364; William Schabas, "*The Omission of the Right to Property in the International Covenants*", **Hague Yearbook of International Law**, Vol. 4, 1991, sf: 135-170, 137-148. "**EİHB**" Madde 17 normu şöyledir:

"Article 17 – (*Right to property*)

1. Everyone has the right to own property alone as well as in association with others.

2. No one shall be arbitrarily deprived of his property"

"Madde 17 – (*Mülkiyet hakkı*)

1. Herkes tek başına ya da başkalarıyla birlikte mülkiyet sahibi olma hakkını haizdir.

2. Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamaz."

10 **"Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi"** (**"Ame.İHS"**) ("*American Convention on Human Rights*"), 22/11/1969 tarihinde San Jose'de kabul edilmiş ve 18/07/1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **Ame.İHS**"nin Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, Cilt/Volume III-Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü/Organization of American States-Organization of African Unity**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, sf:5-23 (Türkçe) ve sf:365-375 (İngilizce). (Bu kitap bundan böyle, **"İnsan Hakları Belgeleri/Cilt III/2003"** şeklinde gösterilecektir). **"Ame.İHS"**ne dair bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1262-1302.

11 **"Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi"** (**"AİHHŞ"**) ("*African Charter on Human and Peoples' Rights*"), 27/06/1981 tarihinde Nairobi'de kabul edilmiş ve 21/10/1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **"İnsan Hakları Belgeleri/Cilt III/2003** sf.229-251 (Türkçe) ve sf.573-595 (İngilizce). **"AİHHŞ"**ne dair bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1354-1407.

12 **Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi"** (**"MSHS"**) ("*International Covenant on Civil and Political Rights*"), BM Genel Kurulu tarafından 16/12/1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı Karar ile kabul edilmiş, 19/12/1966 tarihinde imzaya açılmış ve 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **"MSHS"**nin Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments/Cilt IV/2004**, sf:57-114 (Türkçe) ve sf:381-410 (İngilizce). Daha yakın tarihli olarak bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 1. Kitap (Açıklamalı – Karşılaştırmalı) Birleşmiş Milletler Belgeleri**, Legal Yayıcılık, İstanbul, Mart 2006, sf:187-209. (Bu kitap bundan böyle, **"Usul Hukuku Mevzuatı/1. Kitap/2006"** olarak anılacaktır). **"MSHS"** hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:419-495.

13 **"Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi"** (**"ESKHS"**) ("*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*"), BM Genel Kurulu tarafından 16/12/1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı karar ile kabul edilmiş ve 03/01/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **"ESKHS"**nin Türkçe çevirisi ve İngilizce orijinal metni için bkz. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Cilt IV/2004**, sf:25-52 (Türkçe) ve sf:363-379 (İngilizce). Daha yakın tarihli olarak bkz. Semih Gemalmaz, **Usul Hukuku Mevzuatı/1. Kitap/2006**, sf:113-125. **"ESKHS"** hakkında bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:500-515.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

büyük ölçüde **Evrensel Bildiri**'de tanınmış bulunan hakları esas almış olmalarına karşın[14], mülkiyet hakkına yer verilmemiştir.[15]

---

14 Yeri gelmişken Türk hukuk literatüründe görülen bazı hatalı bilgilere işaret edilmelidir. Şeref Ertaş, bir makalesinde mülkiyet hakkından bahsederken şu ifadeleri kullanmıştır: "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi'nde mülkiyet hakkı bir insan hakkı olarak düzenlenmemiştir. Bunun sebebi Birleşmiş Milletler Teşkilatını Kuran bir kaç devletin mülkiyet hakkı tanımı üzerinde anlaşamamalarıydı. Sovyetler Birliği zaten o zaman tamamen mülkiyet düşmanı bir rejimdi. Ve diğer bir ülke de Suudi Arabistan'dı. Bunlar tamamen farklı mülkiyet anlayışı içindeydiler. O yüzden Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi'nde mülkiyet hakkı bir insan hakkı olarak düzenlenmemiştir." Bkz. Şeref Ertaş, "*Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu*", **Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum**, A. Lale Sirmen, Çiğdem Kırca, Vedat Buz, AÜHF, Ankara, 2007, sf: 135-150, 138.

Çok sayıda hatayı bir arada barındıran bu ifadelerle ilgili olarak şunlar söylenmelidir. Bir kez, hukuk düzleminde "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi" adında bir sözleşme yoktur, hiç olmamıştır. Yazarın bu ifadesiyle ya BM **MSHS**'yi ya da BM Şartı'nın kendisini kastetmiş olduğu akla gelebilir. Ancak devam cümlelerinden yazarın **EİHB**'den bahsettiği anlaşılmaktadır. Yazarın "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi" şeklindeki ifadesini bir yazım hatası veya **EİHB**'nin önemini göstermek üzere bilinçli (ama hatalı) şekilde olarak kullandığı varsayılacak olsa bile sorunlar bitmemektedir. Çünkü, **EİHB** Madde 17, yukarıda gösterildiği üzere, mülkiyet hakkına açıkça yer vermiştir. Üstelik **EİHB** Madde 27, fikri mülkiyet hakkına bile yer vermektedir. Yazarın, **EİHB**'de (veya kendi ifadesiyle Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi'nde) mükiyet hakkına yer verilmemesine sebep olarak ileri sürdüğü "Birleşmiş Milletler Teşkilatını Kuran bir kaç devletin mülkiyet hakkı tanımı üzerinde anlaşamamaları" ve "Sovyetler Birliği zaten o zaman tamamen mülkiyet düşmanı bir rejimdi. Ve diğer bir ülke de Suudi Arabistan'dı. Bunlar tamamen farklı mülkiyet anlayışı içindeydiler" şeklinde fikirler de, mülkiyet hakkına yer vermeyen **MSHS** ve **ESKHS** için dahi geçerli değildir. Bu konuda, takip eden dipnotunda ayrıntılı bilgi ve referanslar verilmektedir. Ertaş tarafından adları zikredilen Devletlerin **EİHB**'nin kabulü sırasında BM Genel Kurulunda bulunmamaları veya oylamada çekimser oy kullanmaları bambaşka sebeplerden kaynaklanmaktadır.

15 Bu noktada bir mitin yıkılması gereklidir. Gerek Türk gerekse de uluslararası doktrindeki çok sayıda eserde, yaygın bir inanış olarak **MSHS** ve **ESKHS**'de mülkiyet hakkına yer verilmemesinin sebebi olarak liberal/kapitalist Batı Bloku ile sosyalist/komünist Doğu Bloku arasındaki ideolojik gerilim gösterilmektedir. Bu yazarlara göre, Doğu Bloku mülkiyet hakkının **MSHS** ve **ESKHS**'ye eklenmesine karşı çıkmış ve uzlaşmanın sağlanması adına nihai metin mülkiyet hakkına yer verilmeksizin onaya sunulmuştur. Açıkçası, bu bilgiler külliyen yanlıştır. Tıpkı **AİHS**'in hazırlanması sürecinde olduğu gibi, mülkiyet hakkının İkiz Sözleşmelere eklenmesine Doğu Bloku değil, liberal Batı Avrupa karşı çıkmıştır. Doktrinde William Schabas'ın **MSHS** ve **ESKHS**'nin *Hazırlık Çalışmalarına* dayanarak yaptığı ayrıntılı araştırmanın gösterdiği üzere, asıl gerilim ABD ile İngiltere arasında olmuştur. Mesele, mülkiyet hakkının kapsamının ve bu hakka getirilebilecek meşru kayıtlamaların belirlenmesinde odaklaşmaktaydı ki İngiltere, aynı gerekçelerle, mülkiyet hakkının **AİHS**'e de eklenmemesini isteyen grubun başını çekmişti (bkz. William Schabas, **a.g.m.**, sf: 148-159. Ayrıca bkz. Krause and Alfredsson, **a.g.m.**, sf:365-366; Catarina Krause, "*The Right to Property*", **Economic, Social and Cultural Rights**, Second Revised Edition,ed: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf: 191-209, 194; Annika Sandlund, "*The Right of Property: Contested Meanings, Contested Claims*", **European Master's Degree in Human Rights and Democratisation, Awarded Theses of the Academic Year 1998/1999**, Marsilio, June 2001, sf: 243-330, 291; Nihal Jayawickrama, **The Judicial**

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

AİHS sistemi dışında kalan ve mülkiyet hakkını düzenleyen sözleşmelerle kurulan denetim organlarının mülkiyet hakkı ekseninde verdikleri kararların sayısı henüz pek azdır. Gerçi Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin karar sayısı hızla artmaktadır, ancak halen kapsamlı bir incelemeyi gerektirecek birikime ulaşmamıştır. Zaten tüzel kişiler ve özellikle ticari şirketler, usuli düzenlemeler sebebiyle Amerikan İnsan Hakları Mahkemesine başvuramamaktadır ki bu durum mülkiyet hakkı yararlamcılarını ve uyuşmazlık tayfını önemli ölçüde azaltmaktadır. Bununla beraber, Çalışmada diğer insan hakları belgeleri, özellikle de spesifik nitelikte olanlar, bütünüyle göz ardı edilmiş değildir. Tersine, o belgelerden, **AİHS**'i yorumlarken geniş ölçüde faydalanılmıştır. Ayrıca her bir konu özelinde, ulusalüstü insan hakları hukukunun o eksende içerdiği normlar ve bunları yorumlayan yetkili organların verdiği kararlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM ya da Mahkeme) içtihadının daha doğru bir şekilde değerlendirilebilmesi ve bağlamına oturtulabilmesi için gözden geçirilmiştir.

Nihayet, Uluslararası İnsancıl Hukukta mülkiyet hakkının korunması konusunun bu Çalışma kapsamı dışında bırakıldığı belirtilmelidir. Her ne kadar silahlı çatışma ortamlarından kaynaklanan bazı uyuşmazlıklar AİHM önüne getirilmişse de bu davalarda uluslararası insancıl hukuk normları pek gündeme gelmemiştir.[16]

Üçüncü olarak, hem Türkçe hem de yabancı literatür, AİHM'in mülkiyet hakkı eksenli içtihadını büyük ölçüde göz ardı etmiştir ve henüz bu konuda çok az sayıda kapsamlı çalışma yapılmıştır.[17]

Application of Human Rights Law, CUP, 2002, sf:909-910; Luis Valencia Rodrigez, **The Right of Everyone to Own Property Alone as Well as in Association with Others**, Completed Final Report of th Independent Expert, E/CN.4/1994/19, 25 November 1993, para.34. Raportörün ifadesi şöyledir: "The travaux préparatoires of an article on the right to own property for eventual insertion into the Covenants on Human Rights reflected the diversity of opinions and the difficulties of drafting a text that could find common acceptance. While no one questioned the right of the individual to own property, there were considerable differences of opinion with regard to the concept of property, its role and functions, and the restrictions to which the right to own property should be subjected.").

16 Uluslararası insancıl hukukta mülkiyetin korunması konusuna çok sayıda belgede yer verilmiştir. İnsancıl hukukta mülkiyet koruması aşamalı bir gelişim izlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lea Brilmayer-Geoffrey Chepiga, "*Ownership or Use? Civilian Property Interests in International Humanitarian Law*", **Harvard International Law Journal**, Vol. 49, N. 2, Summer 2008, sf:414-446, özellikle 413-423; Loukis G. Loucaides, "*The Protection of the Right to Property in Occupied Territories*", **ICLQ**, Vol. 53, July 2004, sf: 677-690, 677-680; Allan Rosas, "*Property Rights*", **The Strength of Diversity – Human Rights and Pluralist Democracy**, eds. Allan Rosas and Jan Helgesen, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, sf:133-157, özellikle 140.

17 Söz konusu eserlere bu Çalışmanın ilgili yerlerinde değinilecektir.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Terim, Plan ve Yaklaşım

Terminoloji konusuyla başlanacak olunursa: Çalışma boyunca "mülkiyet hakkı" kavramı kullanılmıştır ve bu kavram başlık olarak da belirlenmiştir. Bu kavramsallaştırma önemlidir; çünkü **AİHS P1–1** metni "mülkiyet hakkı" terimini açıkça içermemektedir. Otantik metinler şöyledir:

Fransızca	İngilizce
Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.	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.
Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les états de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformé ment à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.	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.

Kendi içinde terminolojik tutarsızlıklar içeren otantik metinleri Türkçeye[18] şöyle çevirmek mümkündür:

[18] Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20/03/1952 tarihinde Paris'te kabul edilen ve imzaya açılan "**İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1**"in (No.009, "*Protocol No.1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention*"), 18/05/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **AİHS Protokol No.1**'in Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Cilt I/2003**, sf:123-126 (Türkçe) ve sf:387-389 (İngilizce).

Şu hususu belirtmek gerekir ki, metinde kullanılan çeviride tarafımdan bazı değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca **AİHS Protokol No.1**'e dair bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1027-1034.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

"**Madde 1 – Mülkiyetin korunması**

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

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

P1–1 metninin kaleme alınış biçimi, Sözleşmedeki diğer bazı hakların formülasyonlarının tersine, açıkça "mülkiyet hakkı/right to property" terimine ve giderek kavramına yer vermemiştir. Oysa **AİHS** ana metnindeki birçok hak ya da özgürlük açıkça "hak" olarak kimlenmiş, adlandırılmış ve öyle düzenlenmiştir. Bu durum, mülkiyet hakkının Sözleşme yapıcıları tarafından tartışmalı görüldüğünün bir başka göstergesidir. Her halükarda, AİHM, en azından 1979'dan buyana, **P1-1**'deki yetkiyi bir "hak" olarak mütalaa etmektedir.

Görüldüğü üzere, **P1–1** metni mülkiyet hakkından değil, "mülkiyetinden/malvarlığından serbestçe yararlanılmasından" bahsetmektedir. "Mülkiyet/property/biens[19]" ibaresi yalnızca ikinci fıkrada geçmekte ve bir "hak"ka değil, "eşya"ya işaret etmektedir. Buna karşılık, birinci fıkranın İngilizce metninde yer alan "possession" ve Fransızca metninde yer alan "biens" terimlerinin ortak karşılığı olarak "mamelek/malvarlığı"[20] terimi kullanılabilir. Ancak Strasbourg organlarının kararlarında kullandığı kalıpların Türkçe ifade edilmesinde veya Türkçeye çevrilmesinde "mamelek/malvarlığı" terimi anlatım bozukluğuna yol açabilmektedir.

AİHS ve Protokollerinin ve dolayısıyla **P1-1**'deki mülkiyet hakkına ilişkin maddenin hem İngilizce hem de Fransızca metinleri aynı derecede geçerlidir. Her bir madde özelinde bu iki dil arasında anlamsal farklılıklar bulunabilmektedir. Strasbourg organları bu iki metin arasındaki olası farklılıkları bağdaştırıcı bir yaklaşım izlemektedirler.[21] İşte bu iki

---

19 **P1-1**'in Avrupa Konseyi (AK) tarafından yayımlanan Almanca çevirisinde "eigentum" terimine yer verilmiştir.

20 Bu Çalışma boyunca "mamelek" ve "malvarlığı" terimleri aynı anlama gelecek şekilde birbirlerinin yerine kullanılacaktır.

21 Genel olarak bkz. *Wemhoff v. Germany*, Judgment of 27 June 1968, para. 8 (As to the Law Bölümü); *Sunday Times v. United Kingdom*, App. No.6538/74, Judgment of 26 April 1979, para. 48.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

dildeki söz konusu terimleri bağdaştırıcı bir yorumla ele alan Mahkeme, *Hazırlık Çalışmalarını* da değerlendirerek, **P1-1**'de yer alan hakkın, özünde "mülkiyet hakkı/right of property" olduğunu belirlemiştir. Buna göre **P1–1,** herkesin mülkiyetinden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkını tanımakla aslında mülkiyet hakkını korumuş olmaktadır.[22] AİHM'in *Marckx* kararı bugün yerleşik içtihat niteliğini kazanmıştır.[23]

Varılan aşamada terminolojik ve kavramsal sorunlar büyük ölçüde ortadan kalkmıştır. 1/11/1998 tarihinde yürürlüğe giren **11 No'lu Protokol**, Sözleşme ve Protokollerindeki hemen hemen tüm maddelere olduğu üzere, **P1-1**'e de bir kenar başlığı belirlemiştir: "mülkiyetin korunması/protection of property".

Tabi **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı, daha sonra görüleceği üzere, ulusal hukuk sistemlerinde düzenlenen mülkiyet hakkından farklı özelikler taşımaktadır. Kapsam bakımından çok daha geniş niteliktedir. Bu hususa dikkat çeken bazı çalışmalarda, "mülkiyet hakkı" yerine "malvarlığı hakları"[24] ve aynı anlama gelecek şekilde "property rights"[25] kavramlarının tercih edildiği gözlemlenebilmektedir. Bu tip farklı terminolojik ve kavramsal önerilerin amacı, ulusal hukuk sistemlerinde görülen ve teknik bakımdan mülkiyet hakkının dışında olduğu kabul edilen bazı hakların da ifade edilebilmesini sağlamaktır.

---

22 *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, Series A 31, para.63. Bu karara uzun bir muhalefet şerhi koyan Sir Gerald Fitzmaurice, Mahkemenin kavramsallaştırmasına karşı çıkmaktadır. Fitzmaurice göre, Mahkemenin birinci varsayımı, **P1-1**'in "herkesin mülkiyetinden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkını tanımakla aslında mülkiyet hakkını koruduğunu" kabul etmesidir. Her ne kadar Madde metninin hazırlanışı ve kaleme alınışı bu yorumu bir ölçüde kabul edilebilir kılsa bile, bu yorum abartılıdır. **P1-1**'in tek değilse bile başat amacı, mülkiyete keyfi el koymaları, haczi, kamulaştırmaları, müsadereleri veya diğer keyfi müdahaleleri engellemektir. Mülkiyetle bağlantılı olsa bile bunun ötesine geçen anlam yüklemek, Maddeyi gerçek boyutunun ötesine taşır. Fitzmaurice, bu açıklamaları yaptığı şerhinin 18. paragrafına bir de 8 No'lu dipnot ekleyerek terminolojik bilgi vermiştir. Bu bilgiye göre, Fransızca "biens" İngilizceye en uygun olarak "asset" kelimesiyle aktarılabilir; "possessions" terimiyle değil. Buna karşılık, İngilizce "asset" kelimesinin en uygun Fransızca karşılığı "avoirs"dir. Fitmaurice'e göre, İngilizce "possessions" kelimesinin tatminkar bir Fransızca karşılığı da bulunmamaktadır. Bkz. Dissenting Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, para. 18 ve dn. 8.

23 Örneğin bkz. *Lithgow and others v. United Kingdom*, Judgment of 08 July 1986, Series A No. 102, para.106 ("The Court recalls that Article 1 (P1-1) in substance guarantees the right of property (see the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, pp. 27-28, para. 63"); *AGOSI v. United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, Series A No. 108, para.48

24 Bu kullanıma örnek olarak bkz. Gürbüz Sarı, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, Beta Yay., İstanbul, Nisan 2006, sf:1-3; Güney Dinç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları**, TBB Yayın No: 124, Mayıs 2007, Ankara.

25 Bkz. Ali Rıza Çoban, **Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights**, Ashgate, 2004, özellikle sf: 13-14.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Kanımca "mülkiyet hakkı" şeklinde bir kavramsallaştırma üç sebeple daha isabetlidir. Birincisi, "malvarlığı hakları" kavramına dahil olan haklar kendi içlerinde farklı hukuki rejime tabi tutulmuştur. Örneğin, malvarlığı kapsamındaki ayni haklar ile nisbi hakların etkileri ve hak sahibine verdikleri yetkiler farklıdır. Oysa **P1-1** bakımından ayni haklar ile nisbi haklar arasında bir fark yoktur; yeter ki Devletin sorumluluğu doğsun. Devlete karşı güçsüz pozisyondaki kişilerin haklarını koruyan insan hakları sisteminin işleme mantığı ile varsayılı eşitler arasındaki ilişkileri düzenleyen özel hukukun mantıkları aynı değildir.[26]

İkincisi, söz konusu olan, ulusal hukuk düzlemi değil, **AİHS**'in içinde yer aldığı Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku (UİHH) düzlemidir. Bu hukuk dalının özelliği, ulusal hukuk üzerinde bağlayıcı ve dönüştürücü etkiye sahip olmasıdır. Her ne kadar kökeni itibariyle ulusal hukuklardan etkilenmiş ve esinlenmiş ise de, bugünkü gelişim aşamasında UİHH ulusal hukukların üzerinde yer almaktadır. Dolayısıyla, bu hukuk dalı içerisinde yer alan bir kavramı, ulusal hukuk kavramlarını daha iyi kapsaması için değiştirmeye veya yeniden isimlendirmeye çalışmak gerekli bir entellektüel faaliyet olmadığı gibi ne UİHH nosyonunun kendisiyle ne de bu hukuk dalının fikri esasıyla bağdaşır.

Kaldı ki, Avrupa Konseyi (AK) üyesi 47 Devleti doğrudan ilgilendiren ve süreç içerisinde bu Devletlerin temel hak ve özgürlükler bakımından ulusalüstü Anayasası niteliğini kazanan hukuken bağlayıcı bir uluslararası/ulusalüstü sözleşme metninin, o Devletlerde yürürlükteki ulusal hukuk sistemlerinin terim ve kavramları çerçevesinde yeknesak anlam içerek şekilde ifade edilmesi olanaksızdır. Bırakınız eski Doğu Blokunun çözülüşü sonrasında Orta ve Doğu Avrupa'daki Devletlerin AK'ye üye ve **AİHS**'e taraf olmakla sisteme kaçınılmaz olarak taşıdıkları Sosyalist Hukuk anlayışının ve kavramlaştırmasının süregiden bazı izlerini, Sözleşmenin daha başlangıcından itibaren geçerli olan iki temel hukuk ekolünün (Kıta/kara Avrupası ve Anglo-Sakson common law hukuk çevreleri) geçerli olduğu

---

İngiliz eşya hukukunda, müteveffa terekesi hariç, "malvarlığı" (patrimonium, patrimoine, Vermögen) kavramı bulunmamaktadır. Ancak "property" terimi çoğu kez malvarlığı haklarının tamamını karşılayacak şekilde kullanılmakta, pratikte de zaten aynı kapsama denk gelmektedir. Bu eksikliği hisseden İngiliz doktrininde "malvarlığı" kavramını karşılamak üzere "wherewithal" terimi önerilmiştir (bkz. J. E. Penner, **The Idea of Property in Law**, OUP, 1997, paperback with corrections 2000, sf:129 ve dn. 2). Bu öneri Gretton tarafından karşılaştırmalı hukuka yeterince önem verilmemesinden kaynaklanan "tekerleğin yeniden keşfi" örneği olarak nitelendirilmiştir. (bkz. George L. Gretton, "*Ownerships and Its Objects*", **RabelsZ Bd**. 71, 2007, sf: 802-851, özellikle 832 ve dn. 168).

26 Elbette bu arada hiçbir benzerliğin olmadığı anlamına gelmez. Nitekim Çalışmanın ilerleyen kısımlarında ulusal malvarlığı konsepti ile ulusalüstü mülkiyet hakkı konsepti arasındaki benzerliklere işaret edilecektir.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Devletlerin biçimlendirdiği bir belgeden söz ettiğimize göre, orijinal **AİHS** bağlamında bile ulusal hukuk sistemlerinin kavram ve terminolojisini topyekun ve birebir yansıtabilecek bir ulusalüstü belgenin üretilmesinin mümkün olmadığı anlaşılır. Aynı uslamlama, uluslararası düzlem (Birleşmiş Milletler) bakımından evleviyetle geçerlidir. Bu yüzdendir ki UİHH belgeleri, asgari müştereklerin ve paylaşılabilir ortak ülkülerin ifadesini bulduğu metinlerdir. O halde, bağımsız bir disiplin olan UİHH, kendi terminolojisini, kavramlarını ve kurumlarını kurmak, bunlara kendisine özgü anlamlarını vermek durumundadır. İnsan hakları sözleşmeleriyle kurulan organların yapmaya çalıştığı tam da budur: Paylaşılan standartları normlaştıran hak belgelerini ve giderek her bir tekil hakkı ve özgürlüğü, yeni yaşama koşul ve durumlarına uyarlama görevini ihmal etmeksizin, Taraf Devletlerce kabul edilebilir ölçüt, formül ve ifadeyle içtihadi standartlara dönüştürmek ve böylelikle ortak hukuki değerlerin bekçiliğini yapmak.

Üçüncüsü, **P1-1**'deki mülkiyet hakkı, aslında liberal arkaplanı itibariyle, bugün ulusal hukukta mülkiyet hakkı olarak kabul görmeyen hakların anasıdır. Özellikle Anglo-Sakson hukuku bu durumu açıkça göstermektedir.[27] Bu nedenle, **P1-1**'de yer verilen hakkı "*mülkiyet hakkı*" olarak kavramsallaştırmakta hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Ama yukarıda da işaret edildiği üzere, **P1-1** anlamındaki mülkiyet hakkı, ulusal hukuk sistemlerindeki mülkiyet hakkından farklı içerikte olabilir.[28] Çalışmanın II. Bölümünde bu hususun netleştirilmesine çaba gösterilecektir.

---

27 İngiliz hukukundaki "property" kavramının çok geniş olduğu ve kıta Avrupası (özellikle Alman) hukuk geleneğinde birebir karşılığı olmadığı hakkında bir değerlendirme için bkz. O. Kahn-Freund, "*Introduction*", Karl Renner, **The Institutions of Private Law and their Social Functions**, (edited with an Introduction and notes by O. Kahn-Freund), (translated by Agnes Schwarzschild), first published 1949, Routledge & Kegan Paul Limited, London, sf:19-24. Ayrıca iki önceki dipnota bkz.

28 Nitekim **P1-1**'in kapsamı, Alman hukukundaki "eigentum/mülkiyet" kavramının dar içeriğinin ötesine geçmiş ve en azından "vermögen/malvarlığı/mamelek" kavramının işaret ettiği kapsama ulaşmıştır. Aynı durum Türk hukuku ve Hollanda hukuku için de geçerlidir. Ancak Alman Anayasasında yer alan "eigentum" terimi Alman Anayasa Mahkemesi tarafından tüm malvarlığı haklarını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır (bkz. Gretton, **a.g.m.**, sf: 848; A.J. van der Walt, **Constitutional Property Clauses – A Comparative Analysis**, Juta, Kluwer Law International, 1999, sf:126-127, 151 vd.). Hollanda medeni hukukunda da genişleme eğilimine işaret eden yargı kararları bulunmaktadır (H. D. Ploeger & C.J.J.M. Stolker, "*In Search of the Importance of Article 1 Protocol No. 1. ECHR to Private Law*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur, Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:69-89, özellikle 70-72.)

Diğer yandan eşya hukuku doktrininde, Gretton, **a.g.m.**, sf:848-850'de **P1-1** mülkiyet hakkı ile karşılaştırmalı hukukta mülkiyet ve malvarlığı kavramları arasındaki farklar ele alınmaktadır. Yalnız okuru uyarmak gerekir ki, yazarın **P1-1**'e dair verdiği bilgiler sadece terminolojik olup ulusal hukuklardaki terimlerle karşılaştırılmadan ibarettir. Bununla beraber, yazar, isabetli olarak, mülkiyet-malvarlığı meselelerinin artık sadece bir ulusal eşya hukuku problemi olarak görülemeyeceğini ifade etmektedir.

Ücretsiz PDF Kitap Arşivi - https://rantey.org

Tek cümleyle ifade etmek gerekirse, bu Çalışmada kullanılan tüm terimler ve bu arada "mülkiyet hakkı" ve malvarlığı/mamelek terimleri, aksi belirtilmedikçe veya bağlam gerektirmedikçe UİHH disiplinine özgüdür ve Türk hukukunda veya bir başka ulusal hukuk düzeninde karşılık gelebilecekleri olası hukuki terim ve kavramlardan farklı anlam taşımaktadır/taşıyor olabilir.[29]

Çalışmanın planına gelince, üç bölümden oluşan planda ilk olarak mülkiyet hakkının "öznesi" problemi ele alınacaktır. İkinci bölümde mülkiyet hakkının "kapsamı", üçüncü bölümde ise mülkiyet hakkının içerdiği "yetkiler" ile bu yetkilerin "kayıtlanması rejimi" incelenecektir. Böyle bir bölümleme işbu Çalışmanın amaçlarını ortaya çıkarmaya uygun gözükmektedir. Her bir Bölüm başında daha ayrıntılı bilgi bulunmaktadır.

Aslında anılan sistematik, mülkiyet hakkının genel teorisine ilişkin çıkarımlara elvermektedir. Gerçi bir tez çalışmasında bu tip genel yapılar hedeflenmez; bunlar daha çok monografilerin konusudur. Gelgelelim, yukarıda değinildiği üzere, **P1–1** mülkiyet hakkı bugüne dek kapsamlı incelemelere pek az konu olduğu için hakkın genel teorisinin oluşturulması kaçınılmazdır. Genel teorik modele dayanmaksızın spesifik problematiklerin mülkiyet hakkı açısından incelenmesinin hem sağlam ve tutarlı hem de bilimsel metot bakımından isabetli olmadığı kanısındayım. Ancak bu teori hazırlandıktan sonra, spesifik problematiklerin mülkiyet hakkı açısından görünümü tez konusu olarak incelenebilir. Bu bakımdan, **P1-1** mülkiyet hakkının genel teorisine ilişkin temel unsurları tespit amaç ve arayışı, araştırılması hedeflenen konunun dayattığı bir zorunluluktur. Bu çabanın getirilerinden biri, henüz içtihada konu olmamış spesifik mülkiyet sorunlarına dair bir fikir jimnastiği yapılabilmesine imkan sağlamasıdır.

Esasen bu durum, bir teoriden beklenen şeydir. Bilindiği üzere, teorik model oluşturma girişimini karakterize eden temel unsurlar tanımlama[30]/betimleme, açıklama ve öngörü olarak ifade edilebilir. Hal böyle olunca Çalışmanın yöntemi de büyük ölçüde açığa çıkmış oluyor. Bu Çalışma, Strasbourg organları içtihatlarının incelenmesi üzerine kuruludur.[31] Bu içtihatlar önce temellendirilecek, ardından da içtihatlardan çı-

---

29 Bu husus özellikle Strasbourg organları kararlarına girmiş İngilizce hukuk terim ve kavramlarının Türkçeye aktarılmasında kendini gösterecektir.

30 Tanımlama UİHH'de pek tercih edilmez. Gerek yetkili organlar, gerekse doktrin tanım vermekten kaçınır. Bunun temel sebebi UİHH'nin yaşayan ve çok hızlı gelişen bir hukuk dalı olması ve kendisini günün şartlarına uyarlama gereksinimidir. UİHH esnek olmayan kalıpları sevmez.

31 Kararların uzun özetleri verilmediği için, görüşlerime temel olan ya da argümanlarımı destekler nitelikteki AİHM cümlelerinin orijinalleri dipnotlarda alıntılanmış ve gerekli

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

karsanacak soyut ölçütler temelinde geleceğe ve henüz dava konusu olmamış konulara ilişkin öngörülerde bulunulacaktır. Dolayısıyla, bu Çalışma bir içtihat derlemesi veya özeti olmadığı gibi, tercih edilen yaklaşım mevcut içtihadi eğilimlerin sorgulanmadan benimsenmesi anlamına da gelmemektedir.

Ancak eleştirel inceleme, dogmatik yaklaşımın tekniği çerçevesinde yapılacaktır. Yoksa "bir şekilde" kafaya yerleşmiş "felsefi/ideolojik ideal düşünceler" ışığında yapılan eleştiri yazarın tercih ettiği bir yaklaşım değildir.[32] Diğer yandan dogmatik açıdan tercih edilen yaklaşımın da klasik yaklaşımdan farklı olduğu söylenmelidir. Çalışmada usul hukuku-maddi hukuk bütünselliği[33], birinci kuşak haklar-ikinci kuşak haklar (hak kuşakları) bütünselliği, UİHH belgeleri arası normatif bütünsellik ve UİHH denetim organları arası içtihadi bütünsellik yaklaşımı benimsenmiştir. Çünkü, UİHH aynı ideolojik değerler silsilesinden beslenen bütünsel bir sistemdir ve her bir parçası izole ve tekil olarak değil diğerleriyle birlikte ele alınmalıdır. Zaten artık bütün UİHH denetim organları bu bütünsel yaklaşımı kabul etmiştir.[34]

Yalnız bu Çalışmada UİHH'nin bütünselliği yaklaşımı biraz daha genişletilmiştir. Şöyle ki, mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda sadece UİHH'ye bakılması yeterli olmayacaktır. Zira, mülkiyet ilişkileri bütün bir uluslararası hukukta çeşitli açılardan düzenlenmiştir. Nitekim, millileştirilen malvarlığı için verilecek tazminat miktarından bazı taşınmazların özel mülkiyet alanı dışına çıkarılmasına kadar çok sayıda uluslararası hukuk normu mülkiyet ile ilişkilidir. Bu normlar ve bu normları uygulamakla yetkili organların kararları **P1-1**'deki mülkiyet hakkı bakımından doğrudan belirleyici rol oynayacaktır. Zaten UİHH ile uluslararası hukuk arasında da bütünsel bir ilişki vardır. Her ikisi de aynı siyasal-ideolojik arkaplandan beslenmekte ve benzer kavram ve kurumları paylaşmaktadır. Birçok hukuki probleme yaklaşımları özdeştir.[35]

---

yerler tarafımdan vurgulanmıştır. Böylelikle okur, görüşlerimin ve iddialarımın içtihadi dayanaklarını doğrudan denetleme imkanı bulurken, karar özetlemenin yaratacağı yer sıkıntısından ve muhakeme sürecinin kesilmesinden mümkün mertebe kaçınılmıştır.

32 Örneğin bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yay., İstanbul, Nisan 2005, sf:14-15 (bundan böyle "**Bedensel Ceza**" olarak anılacaktır).

33 Burada geçen usul hukuku-maddi hukuk bütünselliği ile **AİHS**'de düzenlenmiş maddi bir hakkın, Sözleşme sisteminde ancak ve ancak bunu tamamlayan usuli hakla bütünleşerek anlam doğuracağı ifade edilmektedir.

34 UİHH'de bütünsel yaklaşım hakkında ampirik verileri içeren ayrıntılı bilgi ve referanslar için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf: 1672-1726.

35 Ampirik bir çalışma örneği olarak bkz. Jonathan I. Charney, "*Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*", **Recuil des Courses**, Vol. 271, 1998,

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

AİHM daha 1986'da genişletilmiş bütünsel yaklaşımın erken örneklerinden birini mülkiyet hakkı özelinde vermişti. Millileştirilen sanayiler için verilen tazminatın **P1-1**'e uygunluğunun tartışıldığı davada AİHM tazminatın hesaplanma yöntemini sorgularken, bu konuda standarda kavuşmuş uluslararası vaka hukuku pratiği bulunmadığını saptayarak Devletin takdir marjını geniş tutmuştu.[36] Böylelikle Mahkeme yeknesak uluslararası vaka hukukunun belirleyici rolünü kabul etmiş oldu.[37] Keza, lehe verilen tahkim kararının icra edilmesinde çıkartılan engellerin mülkiyet hakkının ihlal edip etmediği sorunsalının çözümünde Mahkeme, uluslararası tahkim yargılamasının hukuki niteliğine dair Uluslararası Daimi Adalet Divanı ile tahkim kararlarına yollamada bulunarak, taraflar arasındaki sözleşmedeki tahkim klozunun ulusal makamlarca geçersiz kılınmasının hukuka uygun olmadığına hükmetmişti.[38] AİHK'in de uluslararası hukuka kapıyı araladığına açıkça işaret eden kararları bulunmaktadır.[39]

---

sf:101-382. Daha soyut düzeyde olarak bkz. Thomas Buergenthal, "*Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?*", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 14, 2001, sf: 267-275. Ayrıca bkz. Haydar Burak Gemalmaz, "*Making Sense of Children Rights: Transforming the Precedents of the European Court of Human Rights Concerning Corporal Punishment of Children*", **Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul**, Vol. 39, No: 56, 2007, sf: 37-70, 52-54; James D. Fry, "*International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity*", **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol.18, 2007, sf: 77-149, özellikle 120-149.

36 *Lithgow and others v. United Kingdom*, Judgment of 08 July 1986, Series A No. 102, para.134. Ayrıca Yargıç Pettiti'nin muhalefet şerhine bkz.

37 H. Burak Gemalmaz, **Making Sense**, sf: 54.

38 *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, App. No.13427/87, Judgment of 9 December 1994, para. 72. Mahkemenin orijinal ifadesi şöyledir: "However, the unilateral termination of a contract does not take effect in relation to certain essential clauses of the contract, such as the arbitration clause. To alter the machinery set up by enacting an authoritative amendment to such a clause would make it possible for one of the parties to evade jurisdiction in a dispute in respect of which specific provision was made for arbitration (Losinger decision of 11 October 1935, Permanent Court of International Justice, Series C no. 78, p. 110, and arbitral awards in Lena Goldfields Company Ltd v. Soviet Government, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, vol. 5 (1929-1930) (case no. 258), and Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of the Arab Republic of Libya, preliminary decision of 27 November 1975, International Law Reports, vol. 53, 1979, p. 393)."

39 *A., B. and Company A.S. v. Germany*, App. No. 7742/76, Admissibility Decision of 4 July 1978, **DR Vol. 14**, sf:146-170, özellikle 168. Komisyonun orijinal ifadesi şöyledir: "the Commission whose sole mission is to ensure the observance by the High Contracting Parties of their undertakings in the Convention (of Article 19) has no jurisdiction to apply the general principles of international law in isolation but only in relation to the provisions of the Convention."

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

İşte bu Çalışma genişletilmiş bütünsellik yaklaşımını benimseyerek, buna özellikle mülkiyet hakkının uygulanabilirliği problematiği ile ölçülülük testi aşamalarında sıkça başvuracaktır.[40] [41]

---

[40] Uluslararası doktrinde benzer yaklaşımların geliştirilmeye başlandığını gözlemlemek mümkündür. Örneğin bkz. Matti Pellonpaa, "*Does the European Convention on Human Rights Require 'Prompt, Adequate and Effective' Compensation for Deprivation of Possesion?*", **Liber Amicorum Bengt Broms**, Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki, 1999, sf: 374-394 (Bu eser ölçülülük incelemesinin bir unsuru olan tazminat göstergesinin değerlendirilmesinde uluslararası yatırım ve ticaret hukukunu dikkate almaktadır); Matti Pellonpaa, "*Reflections on the Notion of 'Deprivation of Possessions' in Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal**, eds. Paul Mahoney –Franz Matscher – Herbert Petzold – Luzius Wildhaber, Carl Heymans Verlag, Köln, 2000, sf:1087-1105 (bu eser, mülkiyet hakkına müdahale tiplerinin ayrıştırılmasında uluslararası yatırım hukuku yargı yerlerinin ve özellikle İran-ABD Talepleri Mahkemesi (Iran-United States Claims Tribunal) kararlarını dikkate almaktadır); Matthias Ruffert, "*The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights*", **German Yearbook of International Law**, Vol. 43, 2000, sf: 116-148 (bu eser ise, başlığından da anlaşılacağı üzere, yabancı yatırımcıların **P1-1** çerçevesinde korunması ihtimallerini incelemektedir ve bunu yaparken uluslararası yatırım ve ticaret hukukunu dikkate almaktadır); Christoph Schreuer-Ursula Kriebaum, "*The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law*", **Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Stephan Breitenmoser vd., Dike, Nomos, 2007, sf: 743-762 (bu eser ise, ağırlıklı olarak norm alanı açısından bir karşılaştırma yapmaktadır); Laurence R. Helfer, "*The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*", **Harvard International Law Journal**, Vol. 49, No. 1, Winter 2008, sf: 1-52, özellikle 40-45 (yazar, eserinin atfı verilen kısmında fikri mülkiyet uyuşmazlıklarında **P1-1**'i yorumlarken **TRIPs** Anlaşmasından faydalanılmasını önermektedir).

[41] Bu arada bir not olarak belirtmek gerekir ki, uluslararası yatırım hukuku yargı yerlerinin AİHM hükümlerini dikkate aldığı kararları bulunmaktadır. Pellonpaa tarafından, bir önceki dipnotta zikredilen eserlerinde verilen bilgiye göre (sırasıyla, sf:377 ve dn. 7 ve sf:1091 ve dn. 15), İran-ABD Talepleri Mahkemesi (Iran-United States Claims Tribunal) tarafından verilen *Foremost Tehran Inc. v. Iran* (10 Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, 1986-1) kararında AİHM'in ünlü *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* (App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52) kararına müdahalenin niteliğini betimlemek amacıyla gönderme yapılmıştır. Diğer yandan Ruffert, adı geçen makalesinde (sf:143-144), uluslararası yatırım hukuku yargı yerlerinin AİHM hükümlerini dikkate alabileceğini ileri sürmektedir. 2007 yılında yayımlanan bir makalede ise, muhakemelerinde AİHM hükümlerine yer verilen uluslararası yatırım hukuku yargı yerleri kararlarından yeni örnekler zikredilmekte ve bunlardan hareketle UİHH ile uluslararası yatırım hukukun çelişmek bir yana uluslararası hukuk bütününün parçaları olduğu fikri savunulmaktadır (bkz. Fry, **a.g.m.**, sf: 82-103).

Söz uluslararası yatırım hukuku yargı yerlerinin AİHM hükümlerini dikkate almasından açılmışken, uluslararası tahkim yargılamasının insan hakları standartlarına uygun olması gereğine dikkat çekilmelidir. Doktrinde bu hususu vurgulayan çalışmalar olarak bkz. Alain Plantey, "*Milletlerarası Ticari Tahkim ve İnsan Hakları*", **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan**, Marmara Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1999, sf:539-542 (aynı derlemenin 535-538. sayfaları arası adı geçen yazının Fransızca orijinali yayımlanmıştır); Aleksandar Jaksic, **Arbitration and Human Rights**, Peter Lang, Band 59, Frankfurt am Main, 2002; Georgios Petrochilos, **Procedural Law in International Arbitration**, OUP, 2004, sf: 109-165.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Son olarak eklemek gerekir ki, Çalışma **P1-1** mülkiyet hakkının genel teorisini kurma çabası güdeceğinden, bazı konular dışarıda bırakılmıştır. Dışarıda bırakılan konuların birincisi *Hazırlık Çalışmalarının* ayrıntılı anlatımıdır. Bir hakkı ayrıntılı olarak inceleyen eserlerde *Hazırlık Çalışmalarına* yer verilmesi adettendir. Ancak kanımca, eğer didaktik bir çalışma yapılmıyorsa, UİHH eserlerinde *Hazırlık Çalışmalarını* özetleyen ayrı bir bölüm gereksizdir. UİHH'nin yaşayan bir hukuk dalı olması sebebiyle, zaten tali bir kaynak olan *Hazırlık Çalışmaları* çoğu halde anlamını yitirmiştir. Kaldı ki, **P1-1**'le ilgilenen bir çok eserde *Hazırlık Çalışmaları* uzun uzadıya tekrar edilmiştir[42]; dolayısıyla elinizde tuttuğunuz Çalışmada yinelemeye gerek yoktur. Ancak hemen eklenmelidir ki, metinde ileri sürülen bir argüman bakımından anlamlı olduğunda veyahut Strasbourg organlarının yaptığı bir göndermenin geçerliliği sorgulandığında *Hazırlık Çalışmaları* zikredilecektir.[43]

Dışarıda bırakılan ikinci konu mülkiyet hakkının ihlali sonucuna varıldığında giderimin nasıl yapılacağı meselesidir. Bu meselenin dışarıda bırakılmasının temel sebebi, giderim meselesinin **AİHS** sisteminde tali nitelikte olmasıdır. AİHM kararları tespit edici niteliktedir. Gerçi uygulamada giderim git gide ön plana çıkmaktadır[44] ama bu teorik olarak ve bu

---

42 Örneğin bkz. Egon Schwelb, "*The Protection of the Right to Property of Nationals under the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **American Journal of Comparative Law**, Vol.13, 1964, sf:518-541, 533-540; Wolfgang Peukert, "*Protection of Ownership Under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **HRLJ**, Vol.2, Parts:1-2, October 1981, sf:37-78, 38-42; Rosalyn Higgins, "*The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*", **Recuil Des Courses, Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, 1982, III, Martinus Nijhoff Publishers, the Hague, 1983, sf:263-390, 356-363; Theo R. G. van Banning, **The Human Right to Property**, Intersentia, Antwerpen, 2002, sf:64-77; Çoban, **a.g.e.**, sf: 123-125, 127-137; Tom Allen, **Property and the Human Rights Act 1998**, Hart Publishing, Oxford, 2005, sf:17-28; Yves Haeck, "*The Genesis of the Property Clause under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **Property and Human Rights**, ed. Prof. Dr. H. Vandenberghe (with co editing of M. Muylle and T. Viaene), Die Keure/la Charte, Co-publisher: Bruylant, 2006, sf: 163-194.

43 Bu Çalışmada **P1-1**'in *Hazırlık Çalışmaları* olarak şu belgeden faydalanılmıştır: **Preparatory Work on Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights**, European Court of Human Rights, Information Document Prepared by the Registry, Council of Europe, Strasbourg, 1e 13 aout 1976, CDH (76) 36. Aslında **P1-1**'in *Hazırlık Çalışmaları*, bütün **AİHS**'in *Hazırlık Çalışmalarını* içeren ciltler içine dağılmıştır. Ancak Mahkeme Sekreteryası, özellikle haklara ilişkin *Hazırlık Çalışmalarını* ayrı ayrı yayımlamıştır. Bunlardan **AİHS**'in ilk 18 Maddesininkine internetten ulaşmak mümkündür (http://www.echr.coe.int/Library/COLENTravauxprep.html). Tarafımızdan **P1-1** için kullanılan nüsha, Sekreterya'nın hazırladığı 169 sayfalık versiyondur. Ancak, **P1-1**'in *Hazırlık Çalışmaları* henüz internette bulunmamaktadır.

44 O kadar ki, artık AİHM sıkça milyon Euro mertebesinde tazminat kararları vermektedir. Örneğin bkz. *Beyeler v. Italy*, App. No.332027/96, Just Satisfaction Judgment of 28 May 2002 (1.300.000 Euro); *Former King of Greece and others v. Greece*, App. No.25701/94, Just Satisfaction Judgment of 28 November 2002 (yaklaşık 14.000.000

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Çalışmanın amaçları açısından giderimin tali nitelikte olduğunun yadsınmasını gerektirmez. İkincisi, doktrinde ayrıntılı olarak gösterildiği üzere, AİHM'in özellikle tazminat tipi giderim konusundaki yaklaşımı tamamıyla tutarsızdır[45], bir nevi kadı adaleti niteliğindedir. Kaldı ki giderim meselesi, kendine özgü problematikleri bulunan başlı başına bir araştırma alanıdır. Giderim meselesinin UİHH ve **AİHS** bağlamındaki kendi özgün sorunları incelenmeden doğrudan mülkiyet hakkı ihlallerinin giderimi aşamasına gelmek metodolojik açıdan güvenilir değildir.[46]

Dışarıda bırakılan bir diğer konu, **AİHS**'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesi ve etkin iç hukuk yollarına hakkı düzenleyen 13. Maddesi ile **P1-1** arasındaki ilişkidir.[47] Zikredilen hükümler arasındaki ilişki doğrudan **P1-1** genel teorisini ilgilendirmemektedir. Bununla birlikte, yeri geldiğinde özellikle Madde 14'te yer alan ayrımcılık yasağının **P1-1**'e etkisine değinilecektir. Benzer şekilde, **P1-1** ile diğer Sözleşmesel haklar arasındaki ilişki de ayrı bir başlık olarak incelenmemiştir. Zira bir hakkın bütününü inceleyen genel nitelikli eserde Sözleşmesel haklar arasındaki ilişkinin ayrı bir başlık olarak incelenmesi metodolojik olarak sorunludur. Ancak, spesifik bir problematik bağlamında Sözleşmesel haklar arasındaki ilişkinin ayrıca incelenmesi anlamlı olabilir.[48] Yine de, Çalışmada hedeflenen genel teorik model kurma amacı, yeri geldiğinde **P1-1** ile diğer Sözleşmesel haklar arasındaki ilişkinin ele alınmasını gerektirmektedir.

Euro); *Yıltaş Yıldız Turistik Tesisleri AŞ v. Turkey*, App. No.30502/96, Just Satisfaction Judgment of 25 April 2006 (6.100.000 Euro); *Unistar Ventures GMBH v. Moldova*, App. No. 19245/03, Judgment of 9 December 2008 (6.700.000 Euro); *Dacia S.R.L. v. Moldova*, App. No. 3052/04, Just Satisfaction Judgment of 24 February 2009 (eski hale iade mümkün olmazsa yaklaşık 7.000.000 Euro maddi tazminat ve 25.000 Euro manevi tazminat).

45 Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 2. Kitap – Avrupa Konseyi Belgeleri & Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kuralları Şerhi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2006, sf:515-608, 679-697 (Bu Kitap bundan böyle "**AİHM Kuralları Şerhi**" olarak gösterilecektir).

46 Nitekim bu konuda bazı öncü nitelikte çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Örneğin bkz. Luzius Wildhaber, "*Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*", **Baltic Yearbook of International Law**, Vol. 3, 2003, Martinus Nijhoff Publishers, sf:1-18, özellikle7-8 (AİHM'in önceki başkanı olan yazar, konuya sırf mülkiyet eksenli yaklaşmamakla birlikte önemli bilgiler vermektedir); Egbert Myjer, "*Article 1 and the Entitlement of Just Satisfaction*", **Property and Human Rights**, ed. Prof. Dr. H. Vandenberghe (with co editing of M. Muylle and T. Viaene), Die Keure/la Charte, Co-publisher: Bruylant, 2006, sf: 99-128 (AİHM yargıcı olan yazar, makalesini ağırlıklı olarak Mahkeme kararlarından geniş alıntılarla hazırlamıştır).

47 **P1-1** ile Madde 14 arasındaki ilişki spesifik makalelere konu olmuştur. Bkz. Ali Rıza Çoban, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı (14. Madde) ve Mülkiyet Hakkı (P1-1) Açısından Uygulanması*", **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yay., İstanbul, 2004, sf:243-260.

48 Örneğin bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf: 116-128.

Ücretsiz PDF Kitap Arşivi - https://rantey.org

Bu noktada, Çalışmada ele alınan haliyle **P1-1** ile diğer Sözleşmesel haklar arasındaki ilişkinin oldukça farklı nitelikte ve teorik model oluşturma çabasına destek olacak şekilde kurgulandığını not etmek gerekir.

AİHM'e Göre P1-1'in Yapısı

Çalışmanın ana metnine geçmeden önce başta AİHM olmak üzere Strasbourg organlarının **P1-1**'i nasıl okuduğunu belirtmek, metnin takip edilebilmesini kolaylaştıracaktır. Terminoloji meselesi ele alınırken değinildiği üzere, **P1–1** metni klasik hak formatında değildir. Bu durum Strasbourg organlarının **P1-1**'e diğer haklardan farklı biçimde yaklaşmalarına sebep olmuştur.

AİHM'in erken dönem kararlarından buyana **P1-1**'in normatif olarak dört kural içerdiği kabul edilmektedir.[49] Bu yaklaşım ilk kez 1982 tarihli ünlü *Sporrong ve Lönnroth* davasında ifadesini bulmuştur.

Bu davada başvurucular taşınmazları üzerindeki uzun süreli kamulaştırma şerhleri ile buna ilaveten getirilen imar-inşaat yasaklarının mülkiyet haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdi. Başvuruculara göre, mülkiyetleri üzerindeki kamulaştırma izni ve imar-inşaat yasağı, mallarını normal piyasa fiyatından satmaları imkanını ve ipotek gibi çeşitli finansal imkanları ortadan kaldırmıştır. Üstelik toprakları/arsaları üzerinde yeni bir bina da yapamamaktadırlar (para.58). Mülkiyet hakkına müdahale edildiğini kabul eden (para. 60) Mahkeme, müdahalenin meşru olup olmadığı açısından öncelikle **P1-1**'in üç farklı (distinct) kural içerdiğini belirtmektedir. "Birinci paragrafın/fıkranın birinci cümlesinde yer alan genel nitelikteki birinci kural, mülkiyetin müdahale edilmeksizin/barışçıl kullanılması ilkesini bildirmektedir. Aynı paragrafın/fıkranın ikinci cümlesinde bulunan ikinci kural mülkiyetten yoksun bırakılmayı ve bunun tabi tutulduğu belirli koşulları kapsamaktadır. İkinci paragraf/fıkrada yer verilen üçüncü kural ise Devletlerin, diğerleri arasında, genel yarar uyarınca, bu amaç için gerekli gördükleri yasaları icra ederek mülkiyetin kullanılmasının kontrol etmeye yetkisi olduğunu tanımaktadır." (para. 61). Maddenin yapısına ilişkin bu önemli ilkeyi ortaya koyduktan sonra Mahkeme, birinci kurala uyulup uyulmadığını incelemeden önce son iki (ikinci ve üçüncü) kuralın uygulanabilir olup olmadığına karar vermesi gerektiğini vurgulamıştır (para. 61).

Bu bağlamda Mahkeme önce, kamulaştırma tasarrufunun hiç uygulanmadığından hareketle, başvuruculara mallarını satabileceğini, kulla-

---

[49] Gerek AİHM gerekse AİHM'i aynen takip eden literatür **P1-1**'in üç kural içerdiğini yazmaktadır. Kanımca, **P1–1** dört kural içermektedir. Ve dördüncü kuralın AİHM'in mülkiyet hakkının sınırlanması meselesine mevcut yaklaşımını esnetme potansiyeli bulunmaktadır.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

nabileceğini, bağışlayabileceğini, vasiyet edebileceğini veya rehnedebileceğini kabul etmiş ve dolayısıyla biçimsel olarak mülkiyetten yoksun bırakılma durumunun gerçekleşmediğine karar vermiştir. Bununla birlikte Mahkeme olayın tüm boyutlarını araştırarak ortada *de facto* kamulaştırma olup olmadığını ortaya çıkarmaya çalışmıştır. Mahkeme'ye göre, başvuruculaların mülkiyetleri üzerindeki kısıtlamalar hakkın özünde bazı kayıplar yaratmakla birlikte hak bütünüyle ortadan yok olmamıştır. Alınan önlemlerin etkileri mülkiyetten yoksun bırakmayla bağdaştırılabilinecek şekilde değildir. Dolayısıyla **P1–1**/1'in ikinci cümlesinin (2. Kural) uygulanma imkanı bulunmamaktadır (paras.62-63).

İmar/inşaat yasakları açıkça, **P1–1**/2 anlamında (3. Kural) mülkiyetin kullanılmasının kontrolü durumundadır. Kamulaştırma izinleri/ şerhleri ise, kamulaştırma prosedürünün ilk adımı olduğu için, mülkiyeti sınırlama ya da kullanılmasının kontrolünü değil, mülkiyetten yoksun bırakma amacını taşımaktadır. Bu sebeple **P1–1**/2 kapsamına girmez, **P1–1**/1'in birinci cümlesi (1. Kural) bakımından incelenmelidir (paras.64-65).

Bu aşamada kamulaştırma izinlerinin **P1–1**/1'in birinci cümlesine uygunluğunu incelemeye başlayan Mahkeme, iç hukukun ilgili düzenemelerinin yorumunda başvurucular ile Hükümet arasında bir ihtilaf olduğunu tespit etmiştir. Ancak Mahkemeye göre, iç hukukun nasıl yorumlanması ve uygulanması gerektiği hususundaki ihtilafı çözmek durumunda olmadığı gibi, şikayet konusu kamulaştırma izinlerinin iç hukuka uygun olması **P1-1**'e uygun olduğu anlamına gelmez (paras. 66-68). Mahkemeye göre, kamulaştırma izinlerinin **P1–1**/1'in ikinci cümlesi veya **P1–1**/2'nin kapsamına girmemesi, bu müdahalenin zorunlulukla **P1–1**/1'in birinci cümlesindeki kuralı ihlal ettiği anlamına gelmemektedir. **P1–1**/1'in birinci cümlesindeki kuralın amaçları bakımından Mahkeme toplumun genel yararın gerekleri ile bireylerin temel haklarının korunması arasında adil bir denge kurulup kurulmadığına karar vermelidir. Bu denge arayışı Sözleşmenin bütününde mündemiç olup ayrıca **P1-1**'in yapısında yansımaktadır. Mahkeme, büyük şehirlerin gelişmesi gibi karmaşık ve çetrefil bir alanda Taraf Devletlerin şehir planlaması politikalarını uygulamak için geniş bir takdir marjından yararlanmaları gerektiğini doğal karşılamaktadır. Yine de Mahkeme Taraf Devletlerin bu takdir marjını denetleme yetkisine sahip olup gerekli dengenin başvuruculaların **P1–1**/1'in birinci cümlesindeki mülkiyetlerinden barışçıl şekilde yararlanma haklarına uygun olarak kurulup kurulmadığına karar vermelidir (para. 69).[50]

---

[50] *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

4 yıl sonra, 1986'da Mahkeme **P1-1**'in yapısı hakkındaki yorumunu geliştirerek teyit etmiştir. Mal sahibinin evinin kiracıya zorunlu olarak satılmasını gerektiren mevzuatın ve somut uygulamanın mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğini araştıran AİHM önce *Sporrong ve Lönnroth* vakasında koyduğu temel kuralı hatırlatmaktadır. Buna göre, "Birinci paragrafın/fıkranın birinci cümlesinde yer alan genel nitelikteki birinci kural, mülkiyetin barışçıl kullanılması ilkesini bildirmektedir. Aynı paragrafın/fıkranın ikinci cümlesinde bulunan ikinci kural mülkiyetten yoksun bırakılmayı ve bunun tabi tutulduğu belirli koşulları kapsamaktadır. İkinci paragraf/fıkrada yer verilen üçünü kural ise Devletlerin, diğerleri arasında, genel yarar uyarınca, bu amaç için gerekli gördükleri yasaları icra ederek mülkiyetin kullanılmasının kontrol etmeye yetkisi olduğunu tanımaktadır. Ayrıca, Mahkeme, birinci kurala uyulup uyulmadığını incelemeden önce son iki (ikinci ve üçüncü) kuralın uygulanabilir olup olmadığına karar vermesi gerektiğini vurgulamıştır. *Sporrong ve Lönnroth* vakasındaki içtihada bu atıftan sonra Mahkeme **P1-1**'e yeni bir unsur eklemiştir. AİHM'e göre, "bu üç kuralın farklı olması, onların bağlantısız olduğu anlamına gelmez. İkinci ve üçüncü kural mülkiyet hakkından barışçıl olarak yararlanmaya yapılan müdahalenin özel örnekleri olup bu sebeple birinci kuraldaki yer alan genel ilke ışığında değerlendirilir" (para.37).[51]

İlk üç kural arasındaki fark, açıkçası, pek belirgin değildir. Yoksun bırakma kuralının tipik ölçütü mülkiyetin naklinin gerçekleşmiş olmasıdır. Yoksun bırakmadan söz edebilmek için sahiplik/iyelik statüsünde değişiklik olmalıdır. Bu noktada mülkiyet hakkının içerdiği yetkiler ölçüt olarak kullanılabilir.[52]

Yine mülkiyeti tamamen ortadan kaldırır nitelikteki müdahaleler bu kategoride ele alınır. Mülkiyetin kontrolü ise, daha hafif nitelikli bir müdahale tipine karşılık gelmektedir. Kontrol tipi müdahale, yoksun bırak-

---

51 *James and Others v. the United Kingdom*, App. No.8793/79, Judgment of 21 February 1986, Series A No. 98, para.37.

52 Örneğin lehine kesin hükümle sahip olduğu taşınmazından bu hükmün bozulması üzerine yoksun kalan şikayetçinin açtığı bir davada Mahkeme, uygulanabilir kuralı bulmak için mülkiyet hakkının içerdiği yetkileri ölçüt olarak kullanmıştır. Mahkemeye göre, şikayetçi taşınmazını satma, miras bırakma/vasiyet (*devise*), bağışlama (*donate*) ve diğer bir şekilde taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunamadığı için 2. Kural uygulanmalıdır. Bkz. *Brumarescu v. Romania*, App. No.28342/95, GC Judgment of 28 October 1999, para. 77 ("In consequence of the judgment of the Supreme Court of Justice, the applicant was accordingly deprived of the rights of ownership of the house which had been vested in him by virtue of the final judgment in his favour. **In particular, he was no longer able to sell, devise, donate or otherwise dispose of the property**. In these circumstances, the Court finds that the effect of the judgment of the Supreme Court of Justice was to deprive the applicant of his possessions within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1.") (vurgu eklenmiştir.).

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

ma seviyesine varmaz. Gerçi Strasbourg organlarının kendi geliştirdikleri bu ölçütleri pek tutarlı kullandıkları söylenemez. Özellikle mülkiyetin devredildiği hallerin bazılarını bile "kontrol" niteliğinde gördüğü kararların bulunduğu hatırlandığında tutarsızlığın ciddi boyutlara ulaştığı anlaşılmaktadır.[53]

Bunun yanında, üç ayrı müdahale tipi olması, bunlardan her birinin muhatap kılınacağı rejimin farklı olup olmayacağı konusunda bir kuşku doğurmuştu. 1986 tarihli *AGOSI* davasında bu kuşku hissedilmektedir. Üçüncü kişiler tarafından mülkiyeti başvurucuya ait altın sikkelere İngiltere'ye kaçak olarak sokulmaya teşebbüs edilmesi sebebiyle el konulmasının **P1-1**'e uygunluğunun incelendiği davada Mahkeme el koyma ve müsadere müdahalelerini kontrol tipi bir müdahale olarak görmüştür. Her ne kadar özünde mülkiyetten yoksun bırakılma neticesi meydana gelmişse de, söz konusu yoksun bırakma altın sikkelerin kullanılmasının kontrolü için üretilmiş usulün kurucu unsurudur. Bu özellik, el koyma ve müsadere müdahalelerinin **P1–1**/2 anlamında kontrol niteliğinde olduğu sonucuna götürür.[54]

Mahkemenin müdahaleyi kontrol tipi bir müdahale olarak nitelendirmesi, **P1–1**/2 açısından bir inceleme yapması demektedir. Bu durum-

---

53 Müstehcen neşriyatın müsaderesine ilişkin ünlü *Handyside* davasında Mahkeme kararının 63. paragrafında müsadere ve yok etme işlemlerini **P1–1**/2 bağlamında ele almıştır. Oysa aynı paragrafının ilk cümlesinde Mahkeme müsadere ve yok etme işlemlerinin başvurucunun mülkiyetinde sürekli/kalıcı bir yoksunluk yarattığını göstermişti. Hal böyle olunca, yine kararın 62. paragrafında kendisinin bizzat ifade ettiği üzere, **P1–1**/1 cümle 2'nin gündeme gelmesi gerekirdi. Çünkü bu hüküm, mülkiyetten yoksun bırakılmayı, **P1–1**/2 ise mülkiyetin kullanılmasının düzenlenmesini/kontrolünü düzenlemektedir. Yani Mahkeme kararının 62. paragrafı ile 63. paragrafı birbiriyle çelişmektedir. Nitekim Yargıç Zekia kısmi muhalefet şerhinde bu hususu vurgulamıştır (bkz. *Handyside v. the United Kindgom*, Judgment of 7 December 1976, Series A No. 24; Ayrıca bkz. Peter Van Den Broek, "*The Protection of Property Rights Under the European Convention on Human Rights*", **Legal Issues of European Integration 1986/1**, Law Review of the Europa Instituut, University of Amsterdam, sf:52-90, 74-75). Gelgelelim, bu eleştirinin pek bir anlamı yoktur. AİHM bütün müsadere ve yok etme işlemlerine halen aynı şekilde yaklaşmaktadır.

54 *AGOSI v. United Kingdom*, App. No. 9118/80, Judgment of 24 October 1986, para.51. Aslında AİHM müsadere işleminin "kontrol" tipi bir müdahale olduğunu, bir üstteki dipnotunda bir başka açıdan değinilen ve daha üç kural prensibini geliştirmemiş olduğu dönemde verdiği *Handyside* kararında benimsemişti. Müstehcen neşriyata el konulmasının **P1-1**'e uygunluğunun ele alındığı davada Mahkeme şikayet konusu el koyma işleminin geçici olduğunu tespitle başlamıştır. Mahkemeye göre, el koyma işlemi geçici olduğuna göre, ortada Madde 1/1, cümle 2 anlamında mülkiyetten yoksun bırakma bulunmamakta; sadece engelleme bulunmaktadır. Mahkeme ayrıca Sözleşmenin hazırlık çalışmalarına atıf yaparak, Madde 1/1, cümle 2'de yer alan "mülkiyetten yoksun bırakılma" ifadesinin "sahip olmadan yoksun bırakılma" anlamına geldiğini de tespit etmektedir. Diğer yandan Mahkeme, el koyma işlemi "mülkiyetin kullanılmasıyla" alakalı olduğundan Madde 1 fıkra 2'nin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

da akla ölçülülük aşamasının **P1–1**/2 açısından meri olup olmadığı sorusu gelecektir.[55] Ne var ki AİHM bu soruyu hemen cevaplandırmıştır. AİHM'e göre, **P1–1**/2 açısından da ölçülülük incelemesi yapılacaktır. Üstelik AİHM bu ilkeyi koyarken *Sporrong ve Lönnroth* kararına atıf yapmış ve aynı terminolojiyi kullanmıştır.[56]

Benzer şekilde, Birinci Kural kapsamında değerlendirilen birçok olay, aslında diğer İki Kuraldan biri kapsamında da değerlendirilebilir.[57] Zaten son yıllarda bu üçlü tipolojiye AİHM'in bağladığı farklılıklar son derece azalmıştır. Gerçi AİHM, halen önüne gelen bir şikayeti bu tipoloji çerçevesinde değerlendirmektedir; fakat bu durum farklılıkların azalma eğiliminin gözlemlenmesine engel değildir.[58] Sanırım Çalışmanın Üçüncü Bölümünde geliştirmeye çalıştığım yaklaşım, **P1-1**'in bütününü kapsayıcı bir model oluşturma potansiyeli taşımaktadır. Elbette, bu model denemesi, mevcut üç kural farklılıklarını yadsımamakta; yerine, bu farklılıkların sindirildiği bir genel rejim çatısı çatmaktadır. Bu noktada bu Çalışmada dördüncü kural olarak tanımlanan ilke etkili bir rol oynamaktadır.

Kısacası, Strasbourg içtihatlarına göre **P1–1** normatif olarak dört kuralı düzenlemektedir:

Kural 1- mülkiyete saygı (**P1–1**/1, ilk cümce), **Kural 2**- mülkiyetten yoksun bırakma ve bunun koşulları (kamu yararı ve yasallık koşulu) (**P1–1**/1, ikinci cümle) **Kural 3**- Taraf Devletlere tanınan, mülkiyetten yararlanma hakkını genel yarara uygun şekilde düzenleme yetkisi (**P1–1**/2).[59] **Kural 4**- "Yukarıda gösterilen üç ilke, birbirinden kopuk ve il-

---

55 Zira *Handyside* davasında Mahkeme **P1–1**/2 ile Sözleşmenin ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen Madde 10'un normatif yapılarını karşılaştırmış ve **P1–1**/2 bakımından ölçülülük incelemesi yapılmasına yer olmadığına karar vermişti.

56 *AGOSI v. United Kingdom*, App. No. 9118/80, Judgment of 24 October 1986, paras. 52, 54.

57 Doktrinde bu son hususa işaret edilmiştir. Örneğin bkz. Laurent Sermet, **The European Convention on Human Rights and Property Rights**, Human Rights Files No.11 rev., Council of Europe Publishing, revised edition, 1998, sf:22, 27-31; David Anderson, "*Compensation for Interference with Property*", **EHRLR**, Vol. 6, 1999, sf: 543-558, özellikle 553-554. Anderson'un çalışmasına atıf yaparak aynı yönde Deborah Rook, **Property and Human Rights**, Blackstone press, Great Britain, 2001, sf:74-75. Ayrıca bkz. Çoban, **a.g.e.**, sf:189-191; Allen, **Human Rights Act**, sf:121-122.

58 Nitekim bazı kararlarında AİHM uyuşmazlığa kaçıncı kuralın uygulanacağının önemsiz olduğunu belirtmiştir veya bu konuda sessiz kalmıştır (örneğin bkz. *Venditteli v. Italy*, App. No.14804/89, Judgment of 18 July 1994, Series A No. 293-A, para.40; *Stretch v. the United Kingdom*, Judgment of 24 June 2003, para.36; krş. *EEG-Slachthuis Verbist v. Belgium*, App. No.60559/00, Admissibility Decision of 10 November 2005).

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

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

gisiz değildirler; ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkına yöneltilebilecek müdahalelere ilişkin özel ilkelerdir ve bundan ötürü, bu tür müdahaleler ilk kuralda ortaya konan genel ilke ışığında yorumlanmalıdır."[60]

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

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Bölüm 1
MÜLKİYET HAKKININ ÖZNELERİ

Her hakkın bir öznesi/sahibi vardır. Haklar ancak onları kullanan ve onlardan yararlanan olduğunda anlam kazanır.[61] Özne unsuru, mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda daha da önem arz etmektedir. Zira, mülkiyet hakkı, gerek Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukundaki (UİHH) gerekse de **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**ndeki (**AİHS**) diğer haklardan farklı olarak, münhasıran o öznenin kişiliğinde (varlığında/ benliğinde) mündemiç değildir. Mülkiyet hakkından söz edildiğinde bir de eşyadan, metadan yahut bir ekonomik değer oluşturan insan hakları dışındaki (yani özel hukuk anlamında) bir haktan bahsetmek gerekir. Haklar ya da eşyalar kendi kendilerine ilişkiye giremeyeceklerine göre, bunlara sahip olan öznelerin olması gereklidir.[62]

Elbette her hakkın aynı zamanda bir muhatabı da olmak gerekir.[63] Yükümlenen olmazsa, hakkın öznesinin olması anlamsızlaşır. Bu neden-

---

61 Genel olarak bkz. Rona Serozan, **Medeni Hukuk-Genel Bölüm**, genişletilmiş 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, sf:170; Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri-Birinci Cilt**, (çev. Türkan Rado), Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2. Bası, İÜ Yay. No: 183, İÜHF Yay. No: 39, Kenan Matbaası, İstanbul, 1945, sf:229; Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf: 1451.

62 Karl Marx, **Kapital-Birinci Cilt**, çev: Alaattin Bilgi, Sol Yayınları, İstanbul, Üçüncü Baskı, 1986, sf:99. Markx'a göre, "(a)çıktır ki metalar pazara kendi başlarına gidemezler ve kendi hesaplarına değişim yapamazlar. Bu yüzden, aynı zamanda sahipleri olan koruyucularını da tanımamız gerekir. Metalar şeylerdir, bunun için de insana karşı direnme güçleri yoktur... Bu nesnelerin birbiriyle meta olarak ilişki içine girebilmeleri için, koruyucularının, iradeleri bu nesnelere yerleşmiş kimseler olarak birbirleriyle karşı karşıya gelmeleri..." gerekir.

Schwarz da, **a.g.e.**, sf:229'da, öznesiz hak "tasavvur edilemeyeceğini" belirtirken, örnek olarak mülkiyet, ipotek ve alacak haklarını göstermektedir.

63 Özel hukukta "muhatap" bir öznedir. Ancak UİHH'nin sistemi, kural olarak birey-devlet karşıtlığına dayandığı için Devletler hak sahibi özneler olarak belirmezler. Hal böyle olunca, Devleti ifade etmek üzere "muhatap" terimi daha yerinde bir tercihtir. UİHH alanında hukuki ilişkiler, özel hukukun aksine varsayılı eşitler arasında gerçekleşmezler. Zaten UİHH'nin varlık sebebi, devlete karşı güçsüz pozisyondaki bireyin haklarının korunmasıdır.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

le bir hakkın öznesinin belirlenmesi, **AİHS Protokol No.1** Madde 1 **(AİHS/P1–1)** çerçevesinde mülkiyet hakkının genel teorisinin oluşturulması bakımından zorunludur.[64] Üstelik bazen hakkın öznesi, bir insan hakları sözleşmesine rengini de vermektedir. Spesifik nitelikli bazı insan hakları sözleşmelerine bu niteliği kazandıran, o sözleşmenin münhasıran bir özne kategorisi bakımından haklar içermesidir; örneğin, Birleşmiş Milletler'in (BM) 20/11/1989 tarihli **Çocuk Hakları Sözleşmesi**[65] gibi.

UİHH'da hakların özneleri, metin düzleminde son derece çeşitlidir. Genel olarak insanlara (herkes, hiç kimse, vb.) vurgu yapan haklar olduğu gibi, spesifik olarak belirli bir özneye (işveren, konut sahibi olmayan, kadın, zanlı, vb.) işaret eden haklar da bulunmaktadır.[66]

Bu önemine karşın, özne unsurunun **P1-1**'i inceleyen literatürde genel olarak ihmal edildiği görülmektedir.[67] Oysa özne unsuru, sadece yukarıda belirtildiği üzere **P1-1**'deki mülkiyet hakkının genel teorisini oluşturmak bakımından zorunlu olmakla kalmaz, ama bunun yanı sıra, pratikte haktan faydalanabilecek kişilerin ortaya çıkarılmasını da sağlar.

Çalışmanın Giriş kısmında metni verilen **P1-1** hükmünün lafzı normatif açıdan değerlendirildiğinde farklılığı hemen göze çarpmaktadır. **AİHS** sisteminde tüzel kişileri açıkça hak öznesi kılan tek hak mülkiyet hakkıdır. Hemen eklenmelidir ki, tüzel kişilerin mülkiyet hakkının öznesi olabileceğini açıkça öngören tek belge de **P1-1**'dir. Diğer UİHH belgele-

---

64 Özel hukuk açısından krş. Evgeny B. Pasukanis, **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, çev: Onur Karahanoğulları, Fransızca basım tarihi: 1926, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002, sf:109.

65 "**Çocuk Hakları Sözleşmesi**" ("*Convention on the Rights of Child*"), BM Genel Kurulu tarafından 20/11/1989 tarih ve 44/25 sayılı Karar ile kabul edilerek imza, onay ve katılıma açılmış ve 02/09/1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "**ÇHS**"nin Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, Cilt/Volume IV, Birleşmiş Milletler-Birinci Bölüm/United Nations-First Part**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004, sf:175-223 (Türkçe) ve sf:549-578 (İngilizce). (Bu derleme bundan böyle, "**İnsan Hakları Belgeleri/Cilt IV/2004**" olarak gösterilecektir). "**ÇHS**" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:594-623.

66 UİHH'nda hak öznelerinin ayrıntılı dökümü için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Temel Belgelerde İnsan Hakları – Maddi Hukuk**, İHD Yayınları, 2. Basım, Ocak 1996, İstanbul, sf:295-307.

67 İstisnai çalışmalar olarak bkz. Peter Van Den Broek, "*The Protection of Property Rights Under the European Convention on Human Rights*", **Legal Issues of European Integration 1986/1**, Law Review of the Europa Instituut, University of Amsterdam, sf:52-90, 65-66; Helene Ruiz Fabri, "*The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for 'Regulatory Expropriations' of the Property of Foreign Investors*", **New York University Environmental Law Journal**, Vol.11, 2002, sf:148-173, 154-155; Deborah Rook, **Property and Human Rights**, Blackstone press, Great Britain, 2001, sf:9-10, 104. Ancak belirtmek gerekir ki, bu çalışmalarda özneye yapılan vurgu son derece kısıtlıdır.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

rinde tüzel kişilerin hak sahipliğine ilişkin açık bir norm bulunmaz.[68] İşbu Çalışmanın 1. Bölümünde yapılan değerlendirme bu unsuru genel teoriye kazandırmak amacı gütmektedir.

Mülkiyet hakkının genel teorisinin özne unsurundaki tüzel kişi vurgusunu önemli kılan noktalardan birisi, ticari şirketlerin bu kategori içinde bulunmasıdır. Ticari şirketler, modern üretim ilişkilerinde rol oynayan temel örgütlenmelerdir. Şirketler, aynı zamanda, ekonomik girişim özgürlüğü ile ticaret özgürlüğünün başat aktörü niteliğindedir. Dolayısıyla, bunların üretim araçlarının mülkiyet hakkına sahip olup olmaması, o Devletin ideolojik niteliğine ilişkin veriler sağlar. Bu soyut yaklaşım spesifik olarak **AİHS** düzleminde düşünüldüğünde, Avrupa Konseyi üyesi ve aynı zamanda **AİHS** tarafı Devletlerin tamamı tarafından ana hatlarıyla benimsenen liberal ekonomik düzen ile insan hakları hukukunun ilişkisi kurulmuş olur ve giderek ekonomik girişim özgürlüğünün insan hakları hukuku bağlamında korunmasının kapısı açılır.[69]

Ancak bu, öznenin bir boyutudur ve liberal bireyselliği yansıtır. Bunun yanı sıra, spesifik bir hakkın genel teorisinin önemli bir boyutunu oluşturan özne öğesi bakımından daha yüksek bir soyutlama yapmak mümkündür. Özne öğesi, niteliğine göre iki kategoride incelenebilir. Öznenin niteliği ibaresiyle kastedilen, o hakkın sahibinin kendi başına hukuksal olarak varlığının olup olmaması ve eğer var ise, amacının ne olduğudur. Öznenin niteliği, en başta, ilgili hakkın ve giderek o hakkın içinde yer aldığı belgenin ideolojik arkaplanını açığa çıkartır. Diğer yandan da, o hakkın ve belgenin ideolojik kalıpları kırmaktaki potansiyeli hakkında bir fikir verir. Bilindiği üzere, kökeni bakımından liberal ideolojinin ana rengini verdiği UİHH, günümüzde ideolojiler üstü bir konumda olduğunu ileri sürmektedir.[70]

Bir belgenin ve buna bağlı uygulamanın UİHH'nin bu özelliğini yansıtıp yansıtmadığı ve bir ideolojiye ne kadar angaje olduğu öznenin amacını dikkate alarak yapılacak bir kategorileştirmeyle ortaya çıkar. Her hak, o hakkın sahibine, en genel anlamıyla, çıkarını korumak yetkisi ver-

---

68 Semih Gemalmaz, **Maddi Hukuk/1996**, sf:295-307.

69 Krş. Fabri, **a.g.m.**, sf:155; Jan De Meyer, "*Human Rights in a Commercial Context*", **HRLJ**, Vol.5, 1984, Parts 2-4, sf:139-160, özellikle 139-150; Peter Duffy, "*The Protection of Commercial Interests Under the European Convention on Human Rights*", **Making Commercial Law- Essays in Honour of Roy Goode**, (Ed. Ross Cranston), Clarendon Pres, Oxford, 1997, sf:525-542, özellikle 526-527 ve 540; Janet Dine, **Companies, International Trade and Human Rights**, Cambridge University Press, 2005, sf:199-221; Marius Emberland, **The Human Rights of Companies – Exploring the Structure of ECHR Protection**, Oxford University Press, 2006, sf:1-4, 10-14, 48-51. (Bu eser bundan böyle, "**Companies**" olarak anılacaktır).

70 Tartışmalar için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf: 1523-1524.

Ücretsiz PDF Kitap Arşivi - https://rantey.org

diğine göre[71], korunacak çıkarın niteliği, o hakkın ve giderek belgenin ideolojik konumunu gösterebilir.

Somutlaştırılırsa, söz konusu kategorileştirme "Bireysel Haklar - Kolektif Haklar" ikiciliğine ya da karşıtlığına dayanmaktadır. Bu ikicilik/karşıtlık genel teorinin özne boyutunda ele alındığında kategoriler kendiliğinden belirlenmiş olur: "Bireysel Özneler- Kolektif Özneler".

Özneye ilişkin teknik ayrıntıları bu kategoriler bağlamında incelemek, mülkiyet hakkının niteliğini belirlemeye yardımcı olacaktır. Ancak çalışmanın genel teori kurma amacı bakımından "Bireysel Özne - Kolektif Özne" kategorisini genel olarak ayrı bir başlıkta açıklamak, tekrardan kaçınılması ya da okura geriye dönüp teorik açıklamalara bakmak külfeti yüklenmemesi bakımından daha uygun olur. Bu anlayışla, önce anılan iki kategorinin teorik yapılandırılması denenecek ve ardından da her bir özne ele alınacaktır.

I) Bireysel Özne - Kolektif Özne Kategorileri Farklılığı

Bireysel özne-kolektif özne farklılığı, daha genel bir kategorileştirmenin mülkiyet hakkının genel teorisinin özne boyutuna uygulanmasını ifade etmektedir. Bu genel kategori, "Bireysel Hak - Kolektif Hak" ikiciliğidir. Öncelikle bu ikiciliğin tanımlanması gereklidir.

Bireysel haklar, bugün klasik olarak adlandırılan hakları kapsamaktadır. Tarihsel artalanı, liberal burjuva öğretisinin insan hakları kavramını bugünkü anlamına yakın olarak ürettiği 17–18. yüzyıllara kadar gider. Özellikle Amerikan ve Fransız devrimleri sonrası hukuk metinlerinde ortaya çıkan haklar bu niteliktedir. Buna göre, klasik hak anlayışında bireyler hakkın öznesi olur ve bu hak bireylerin tekil yararlarını/çıkarlarını korur. Günümüzde ise dayanışma hakları, üçüncü kuşak hakları, halkların hakları, topluluk hakları, grup hakları, kömünteryen haklar olarak da adlandırılan kolektif hak kategorisi ortaya çıkmıştır.[72]

Kolektif hak kavramının bünyesinde genel olarak belirsizlikler bulunmaktadır. Öncelikle kolektif hak kavramının niteliğini saptamakta güçlüklerle karşılaşılmaktadır. Bu tartışma işbu Çalışmanın konusu dışında olup burada atıf yapılan eserlerde konuyla ilgili geniş bilgi bulunabilir. Bu Çalışmadaki ayrımın temelinde mülkiyet hakkının öznesi ve bu özneye o hak üzerinden sağlanan hukuki çıkar/yarar gelmektedir.

---

71 Genel olarak bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1442-1448.

72 Terminoloji konusunda bkz. Will Kymlicka, "*Introduction*", **The Rights of Minority Cultures**, Ed., Will Kymlicka, Oxford University Press, 1995, sf:13-14; Marlies Galenkamp, **Individualism versus Collectivisim - The Concept of Collective Rights**, Sanders Institut, Gouda Quint, 1998, sf:1-2, 3.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Buna göre, kolektif hakların öznesi kolektivitedir; bireyler değil. Bu önerme göründüğünden daha karmaşıktır. Karmaşıklığa yol açan husus, kolektiviteyi bireylerin oluşturuyor olmasıdır. Bu sebeple kolektivitenin onu oluşturan bireylerin toplamı olarak düşünülmesi mümkündür. Diğer yandan, kolektif hakların kolektivitede yer alan kişilere, o grubun üyeliğinden ötürü verilen haklar olduğu da düşünülebilir. Nihayet, tüzel kişilik sahibi entitenin sahip olduğu haklara kolektif haklar denileceği de ileri sürülmüştür. Burada kolektiviteyi oluşturan, hukuki tüzel kişi varsayımıdır.[73]

Bu kategorileştirme girişimlerinin hiçbiri, burada geliştirilmeye çalışılan kategorik farklılığı ifade etmeye yetmemektedir. Çünkü buradaki ayrımın teorik önemi, kolektiviteyi tek başına ve kolektivite olarak, başka herhangi bir unsura gerek kalmaksızın mülkiyet hakkının (veya ilgili diğer hakkın) öznesi olarak kabul etmesidir. Kolektiviteyi bireylerin toplamı olarak görmek, kolektif hakları grup üyesi kişilere tanınan haklar olarak düşünmek ve kolektiviteyi tüzel kişiye indirgemek, bireyselci yaklaşımın değişik görünümlerinden başka bir şey değildir.[74] Bu bağlamda hakkın kolektiviteyi oluşturan bireylerce kullanılmasının da bir önemi yoktur. Bu halde de hak sahibi kolektivitedir.[75] Üstelik kolektivitenin hak öznesi olarak kabul edildiği hallerde hakkın konusu, zaten bireylerin hak sahipliğine ve tekil olarak kullanmasına çoğu kez elverişli de değildir.

Ancak burada bahsedilen bireylerin hak sahipliğine ve tekil olarak kullanmasına elverişli olmama özelliği, normalde bireylerin özne olabildiği haklar için de geçerlidir;[76] bu Çalışmanın konusunu oluşturan mülkiyet hakkı gibi. Dolayısıyla, kolektivitenin kullanabileceği haklar, kendi kaderini tayin hakkı yahut insanlığın ortak mirası kategorisinde mütalaa edilebilecek, diyelim ki, doğal kaynak ve zenginliklerden yararlanma hakkı gibi nitelikleri gereği ancak bir kolektivitenin yararlanabilmesi çerçevesine sokulan ve bireylerin kullanmasının mümkün bulunmadığı haklardan ibaret değildir. Normalde bireylerin öznesi olduğu ve kullandığı haklar da, koşullar gerektirdiğinde, sadece kolektivitenin kullanmasına uygun hale gelebilir.

---

73 Örneğin, Drost'un pozitivist yaklaşımı bu anlayışı yansıtmaktadır. Bkz. Pieter N. Drost, **Human Rights as Legal Rights**, A. W. Sitjthoff-Leyden, second printing, 1965, sf:70, para.85. Doktrinde, tüzel kişilerin **AİHS** çerçevesinde yaptığı başvurulara grup şikayetleri adı veren çalışmalara da rastlanmaktadır. Bkz. L. J. Clements- Nuala Mole-Alan Simmons, **European Human Rights: Taking a Case Under the Convention**, Sweet & Maxwell, 1999, London, sf:15.

74 Genel olarak bkz. Galenkamp, **a.g.e.**, sf:3-7.

75 Miodrag A. Jovanovic, "*Recognizing Minority Identities Through Collective Rights*", **HRQ**, Vol.27, 2005, sf:625-651, 640.

76 Krş. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1451; Oktay Uygun, "*İnsan Hakları Kuramı*", **İnsan Hakları**, (Gökçen Alpkaya vd.), YKY Yayınları, İstanbul, Aralık 2000, sf:13-44, 40.

Ücretsiz PDF Kitap Arşivi - https://rantey.org

Kolektif haklar, kolektivitenin kendisinde mündemiç olup bizatihi kolektif çıkarını korumaya yönelik bireyselliğe indirgenemeyecek ve tüzel kişiliğe bağlanamayacak[77] haklardır. Artık burada liberal bireysellik paradigması[78] değişmekte ve kolektivitenin kendisini oluşturan bireylerden tamamen bağımsız olarak ve tüzel kişiliği olmaksızın hak sahibi olduğu ortaya konulmaktadır.[79]

Bu teorik yaklaşım, liberal öğretinin bireyselliği yüceltmesine yönelik bir karşı çıkıştır. Liberal öğretide, bireylerin dışında bir varlık bulunabileceği kabul edilmez. Tüzel kişiler dahi, kişi ve giderek birey kavramsallaştırılması çerçevesinde kendisine yer bulabilir. Liberal öğretide kolektif/ortak yarar ve hatta kamu yararı denildiğinde, bir gruptaki bireylerin toplamının tekil olarak yararı anlaşılır. Bunun ötesine geçen bir ortak iyi anlayışı yer almamaktadır.[80] Liberal öğretinin bu kavrayışının altında kardeşlik ve dayanışma gibi değerlerin unutulup, rekabetçi ve bireysel serbest piyasa ekonomisinin ortaya çıkışı yatmaktadır ve bu bireyin aslında ancak toplumla var olduğu gerçeğini ihmal etmektedir.[81] Kısacası liberal öğretide, en üst derecede birey-toplum karşıtlığı bulunmaktadır. Böyle olduğu için de kolektivite çeşitli haklara sahip olabilir ama insan haklarına sahip olamaz. Kolektiviteninmiş gibi görünen insan hakları aslında onu oluşturan bireylerindir.[82]

---

77 Tüzel kişiliğin haklarının kolektif olmadığı yönündeki bu saptamaya evrensel bir hukuk kavramı da yardımcı olabilir. Bilindiği gibi, tüzel kişilerin perdesi kaldırılabilir ve tüzel kişinin tasarruflarından ötürü onun arkasındaki gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebilir. Aşağıda yeri geldiğinde açıklandığı üzere, bu evrensel ölçüde geçerli bir yaklaşımdır. Demek ki, hukuk, tüzel kişinin arkasında mutlaka bir başka hukuki kişi (özellikle gerçek kişi) olduğunu kurgulamıştır. Oysa bu çalışmada bahsedilen kolektif hakkın öznesi olan kolektivitenin arkasında ne tüzel kişiler ne de gerçek kişiler ya da insanlar bulunur. Kolektivitenin bir perdesi yoktur.

78 Kolektif hakları liberal paradigma içinde ele alan Türkçe bir çalışma olarak bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, DÜHF Yayınları, Diyarbakır, 1989. Bu çalışmanın iki yerinde metinde ele alınana benzer şekilde toplulukların haklarından bahsedilmektedir (bkz. sf:65 ve 97-105). Ancak yazarın temel yaklaşımı liberal paradigma içinde kalmakta ve kolektivitenin (topluluğun) kendisini oluşturan bireylerin varlığından bağımsız olarak hak sahipliğini hususunda net bir tartışma yapılmamaktadır.

79 Vernon Van Dyke, "*The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory*", **The Rights of Minority Cultures**, (Ed. Will Kymlicka), Oxford University Pres, 1995, sf:31-56, 31-33; Jovanovic, **a.g.m.**, sf:640-641.

80 Genel olarak bkz. Oktay Uygun, **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, İnkılap, İstanbul, 2003, sf:306-315.

81 Ayrıca bkz. Sercan Gürler, **Ahlak ve Adalet**, Legal Yay., İstanbul, 2007, sf: 103-104, 109-110.

82 Bu perspektiften yapılmış incelemeler için bkz. Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (çev: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut), Ankara, Yetkin Yay., 1989, sf:30-31, 153-163; Jack Donnelly, "*Human Rights, Individual Rights and Collective Rights*", **Human Rights in a Pluralist World-Individuals and Collectivities**, (Eds. Berting, et al.), Meckler, Westport-London, 1990, sf:39-62, özellikle 43-54; Jack Don-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Oysa kolektif hakların öznesi olarak kolektivite, kendisini oluşturan bireylerin toplamından ibaret değildir. Tersine, birey, kimliğini ancak bağlı olduğu toplulukla belirleyebilir. Dolayısıyla bireyi var eden ait olduğu gruptur. Kolektivite ve çıkarları, kendisini oluşturan fertlerin sayısından bağımsızdır. Kolektif haktan söz edildiğinde, liberal öğretinin aksine, birey-toplum özdeşliği bulunmaktadır.[83] Dolayısıyla kolektivitenin kendi başına bir varlığı ve ruhu bulunmaktadır.[84]

Hak öznesi olarak kolektivite kategorileri bakımından bazı belirsizlikler bulunmaktadır. "Azınlık/azınlıklar" (*minority*), "yerli halklar" (*indigenous peoples*), "halk/halklar" (*peoples*) başta gelen kolektivite örnekleridir. Ancak bunların hepsinin her durumda hak sahibi olduğunu söylemek hem teorik olarak hem de UİHH çerçevesinde mümkün değildir. Üstelik örneklenen kategorilerin birbirinden nasıl ayrılacağı da belirgin değildir.[85] Ancak, son tahlilde, hak sahibi olarak kabul edilebilmesi için, kolektivitenin "belirlenebilir bir gruba" karşılık gelmesi; çıkarlarının (yani hakkın konusunun), mensuplarının tekil çıkarlarından "bağımsız" olmasının gerektiği söylenebilir.

AİHS, kolektif haklar-bireysel haklar ikiciliğinde/karşıtlığında bireysel haklar tarafında yer alır. Liberal düşüncenin hak anlayışını yansıtmaktadır. Üstelik bu anlayışın da sadece medeni ve siyasi haklar boyutunu içermektedir. Kendisinin liberal ideolojisine[86] uygun olarak, hak öznelerini de bireyler oluşturur. Strasbourg organları, genel anlamda, **AİHS**'nin bireyci veya bireye indirgemeci liberal yaklaşımını pekiştirmiş-

---

nelly, "*Third Generation Rights*", **Peoples and Minorities in International Law**, (Eds. Brölmann et al.), Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands, 1993, sf:119-150, özellikle 120-123, 131-137; Ayn Rand, "*Kollektif Haklar*", (çev. Mustafa Erdoğan), **Sosyal & Siyasal Teori-Seçme Yazılar**, (der. Atilla Yayla), Siyasal Kitabevi, 1993, Ankara, sf:265-269.

83 Böyle bir toplum-birey özdeşliği Geleneksel Kültür Çevrelerinde görülmektedir ve özellikle antropologların katkılarıyla ortaya çıkarılmıştır. Her bir Geleneksel Kültür Çevresi özelinde ve genel düzlemde ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:201-228, 246-255.

84 Genel olarak bkz. Galenkamp, **a.g.e.**, *tüm kitap*; Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayın No.17, Ankara 1995, sf:153-154, 163-172; Naz Çavuşoğlu, **Azınlık Hakları**; Su Yayınları, Nisan 2001, sf:55-56; Jovanovic, **a.g.m.**, sf:641. Türkçe doktrinde üçüncü kuşak hakları somut belgeler düzleminde ele alan bir çalışma olarak bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1602-1606.

85 Bu son noktaya dikkat çeken bir çalışma olarak bkz. David Makinson, "*Rights of Peoples: Point of View of a Logician*", **The Rights of Peoples**, Ed. James Crawford, Clarendon press, Oxford, 1988, sf:69-92; 72-73.

86 **AİHS**'in liberal ideolojiyi yansıtması hakkında bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf: 961-966; Ömer Madra, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, AÜSBF Yayın No:458, 1981, Ankara, sf:7-20, özellikle 15-18; Marius Emberland, **Companies**, sf:39-51, özellikle 47-51.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

lerdir. Özellikle bireysel başvuru hakkıyla birlikte düşünüldüğünde, bireylerden (tüzel kişiler de bireydir) başkasının mağduriyetini Strasbourg organları önünde iddia edemeyeceği görülür.[87] Bireysel başvuru hakkının tarihi de Sözleşmenin liberalliği konusunda kullanışlı veriler sağlar.

AİHS 1950'de kabul edildiğinde bireysel başvuru hakkı Taraf Devletlerin Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun (AİHK ya da Komisyon) bireysel başvuruları alma ve inceleme yetkisini ayrı bir beyanla tanımalarına bağlıydı. Yani Sözleşmeye taraf olmak, bireysel başvuru hakkının otomatikman kullanılmasını sağlamıyordu. Avrupa Konseyi üyesi Devletler, sosyalist bloka dahil Devletlerin siyasal bir tavırla, bireyleri bu hakkın kötüye kullanmaya zorlayacağından çekinmişlerdi. Oysa **AİHS**'de bu hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen bazı hükümler vardı (halen de var: esasa dair olarak Madde 17, usule dair olarak Madde 35).[88] Üstelik bireyler, Komisyon aşamasını geçtiğinde davayı kendi başlarına AİHM'ne taşıyamıyorlardı.[89] 1990'larda sosyalist blok çözüldü ve bu bloka mensup Devletler liberalleşmeye başladı. Bu gelişme **AİHS**'in yapısında değişikliğe yol açtı. 1994 yılında kabul edilen ve 1998 yılında yürürlüğe giren **Protokol No.11** ile o tarihe dek seçmeli bir usul olan bireysel başvuru hakkı zorunlu oldu. Artık **AİHS**'e taraf olmak AİHM'in bireysel başvuruları alma ve inceleme yetkisinin işlemeye başlaması için yeterlidir.[90]

Kolektif özne-bireysel özne ayrımı açısından **AİHS**'in ve Strasbourg organlarının liberal arkaplan doğrultusunda bireysel özneyi başat hak sahibi ve başvurucu olarak kabul ettikleri ortadadır. Gerek gerçek ve tüzel kişiler gerekse de birey grubu Strasbourg yargısında bireysel olarak ele alınmaktadır. Bununla birlikte, Strasbourg organlarının bazı kararları kolektivitenin de hak öznesi olarak kabul edilebileceğine dair bazı işaretler taşımaktadır. Burada, bireylerin (gerçek ya da tüzel kişi) yanında kolektivitenin de hak öznesi olarak birey grubu ya da hükümetler dışı örgüt (bundan böyle HDÖ) kategorileri çerçevesinde başvurucu olabileceği iddia edilmektedir.

---

87 Devletlerarası başvuru usulünün kolektif niteliği burada ihmal edilmektedir. Zaten devletlerarası başvuru usulü de liberal arkaplanın bir yansımasıdır. Devletlerarası başvuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Haydar Burak Gemalmaz, "**Inter-State Applications Under The European Convention on Human Rights**", Malta Üniversitesine Sunulmuş ve Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002; Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:992-998; Leo Zwaak (Revised by), "*Chapter 1 – General Survey of the European Convention*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (editors, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak), Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006 (Fourth Edition), sf:1-93, özellikle sf:47-51. (Bundan böyle bu Kitap, "**Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**" olarak gösterilecektir).

88 Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1622-1625.

89 Bu perspektiften konuyu inceleyen bir çalışma olarak bkz. Madra, **a.g.e.**, sf:128-140.

90 Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:981-990.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

II) Bireysel Özne 1: Gerçek Kişiler

Bireysel özne olarak gerçek kişiler **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı özneleri içinde en sorunsuz kategoriyi oluşturmaktadır. **P1–1** "her gerçek kişi" ("*every natural person*") diyerek gerçek kişilerin hak sahipliğini ortaya koymuştur. Son derece geniş bir şekilde belirlenen bu özne kategorisi, bütün insanları içine almaktadır. Hem genel olarak UİHH'de hem de özel olarak **AİHS** çerçevesinde hak özneliği ve başvurucu olabilmek için rüşt, temyiz kudreti, vb. özellikler aranmadığı da burada hatırlatılabilir.[91]

Bununla birlikte, bir özne olarak "gerçek kişi" ifadesi açımlanmaya muhtaçtır. Maddi dünyanın ötesinde hukuk, bir varsayımla "kişi" denilen bir varlık yaratmıştır. Bu varsayımsal kurgu uyarınca, hukuki kişilik denildiğinde hak ve borçlara sahip olabilme yeteneği anlaşılır.[92] Hukuk dünyasında değeri olan varlık, kişidir. Hukuken kişi olarak kabul edilmeyen bir varlık, ancak obje/nesne olabilir; asla süje/özne olamaz.

Kişilik bir maskedir. Ancak bu maskenin takılmasıyla insan hukuk sahnesine adımını atabilir. Bu maske takılmadıkça hukuk sahnesi ona kapalıdır. Gerçekten de Latince'de *persona* kelimesi, tiyatro oyuncularının taktıkları maskeleri ifade etmek için kullanılırmış.[93] Demek ki hukuki kişilik, özünde bir rolden ibarettir.

---

91 Bkz. Gülay Arslan, "**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasının Etkililiği Meselesi**", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002, sf:72-73; J. Clements- Nuala Mole-Alan Simmons, **European Human Rights: Taking a Case Under the Convention**, Sweet & Maxwell, 1999, London, sf:15-20; H. C. Krüger – C. A. Norgaard, "*The Right of Application*", **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. Mcdonald, et. al., Martinus Nijhoff Publishers, 1993, sf:657-674; **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**, sf:51-78, (revised by Leo Zwaak).

92 W. F. Hegel, **Philosophy of Right**, (translated by S.W. Dyde), Batoche Books, Kitchener, 2001, İngilizce orijinal basım tarihi 1896, Almanca orijinal yayın tarihi 1821 (Türkçe çeviri: **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, çev. Cenap Karakaya, Sosyal Yayınlar, İstanbul, İkinci Baskı, Ağustos 2004. Bir not olarak eklenmelidir ki Türkçe çeviride Hegel'in öğrencileri tarafından eklenen "addition" başlığı altındaki bölümler yoktur), para.36. "Şahsiyet, her şeyden önce, özünde hukuki ehliyet içerir ve somut ve, dolayısıyle, formel hukukun temelini (bu da soyuttur) oluşturur. Şu halde, hukukun emri şudur: bir şahıs ol ve başkalarını da şahıs olarak gör ve say."

93 Thomas Hobbes, **Leviathan**, (Ed. by. C. B. Macpherson), Penguin Books, Pelican Classics, orijinal basım tarihi: 1651, Pelican edition: 1968, sf: 217; (Türkçe çeviri: **Leviathan**, çeviren Semih Lim, Yapı Kredi Yay., Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi 9, İstanbul, 1992). Eserinin "*İnsan Üzerine*" başlıklı birinci kısmının 16. bölümünde (sf:117) Hobbes şöyle diyor: "Kişi ("person") kelimesi Latincedir.... Aynı şekilde, Latince *persona* kelimesi de, bir insanın sahnede taklit edilen *sureti* veya *dışgörünüşü* anlamına gelir; ve bazen de, daha özel olarak, bir maske veya siperlik gibi, onun, yüzü saklayan kısmı anlamına gelir. Bu kelime, sahneden aktarılıp, konuşma ve hareket tasviri yapan herkese uygulanmıştır. Böylece, hem sahnede hem de günlük konuşmada, *kişi ve fail* ("*actor*") aynı şeydir; ve *kişileştirmek* ("*to personate*"), *rol yapmak* ("*to act*") veya kendini ve-

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Hukuk sahnesindeki bir rol olarak "kişinin" iki türü vardır: Gerçek kişiler ve tüzel kişiler.[94] Gerçek kişinin maddi dünyada karşılığı vardır; gerçek kişiler insana karşılık gelir. Her ne kadar bir özne olarak gerçek kişiler kategorisi sorunsuz sayılabilirse de mülkiyet hakkından yararlanmak konusunda özellik gösteren durumlarla karşılaşılabilinir. Şimdi böyle özellik gösteren ya da gösterebilecek durumlar incelenecektir.

A) Vatandaş-Yabancı

Aslında bu ayrım, sadece gerçek kişiler için değil, tüzel kişiler için de geçerlidir; ancak burada gerçek kişiler bakımından ele alınacaktır. Hak özneliği açısından vatandaş-yabancı ayrımı UİHH'de normalde mevcut olmayan bir ayrımdır. **AİHS** sisteminde de, siyasal haklar dışında[95], vatandaş-yabancı ayrımı görülmez. Bu husus, istisnasız herkesi hak sahibi kılan Sözleşme Madde 1'den kaynaklanmaktadır.[96]

Ancak bu anlayışın mülkiyet hakkı özelinde gelişimi sorunsuz olmamıştır. **P1–1** metninde yer alan "uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olmak" kaydı, erken dönemde AİHK'in mülkiyet hakkının özneleri olarak sadece "yabancıları" kabul etmesine sebep olmuştur. Aslında AİHK'in bu tutumu oldukça şaşırtıcıdır, zira eğer bir ayrım ya-

---

ya başka birini *temsil etmek* ("*to represent*"); ve başka birini temsile denir, onun kişiliğini üstlendiği veya onun adına hareket ettiği söylenir...."

Bu bilgiye Hobbes dışında yer veren güncel yazarlardan örnekler olarak bkz. H. Cahit Oğuzoğlu, **Roma Hukuku**, AÜHF Yay. No: 130, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959, sf:51; Michel Villey, **Roma Hukuku-Güncelliği**, (çev. Bülent Tahiroğlu), Der Yayınları, İstanbul, 1985, sf:69; Rona Serozan, **Tüzel Kişiler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, sf:13-14; Rona Serozan, **Medeni Hukuk**, sf:68-69.

94 Gerçek kişilerin (insanların) de tüzel kişiler gibi bütünüyle hukuki bir kurgu olduğuna dikkat çeken çalışmalar olarak bkz. Ernest Barker, "*Translator's Introduction*", Otto Gierke, **Natural Law and The Theory of Society 1500-1800**, (translated by Ernest Barker), Second printing, Beacon Pres, Boston, 1960, sf:lxx-lxxvi; Margaret Davies - Ngaire Naffine, **Are Persons Property-Legal Debates About Property and Personality**, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 2001, sf:51-63. Tuğrul Arat, **Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti**, AÜHF Yayınları: 269, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, sf:2-15, özellikle 2-7; Rona Serozan, **Tüzel Kişiler**, sf:13-14; Mustafa Dural-Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II - Kişiler Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 8. Bası Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, sf:5-9, özellikle 6.

95 "**AİHS**" Madde 16 normu şöyledir:

"**Madde 16 – Yabancıların siyasal faaliyetleri üzerinde kayıtlamalar**

10., 11. ve 14. Maddelerdeki hiçbir hüküm, Yüksek Sözleşmeci Tarafların, yabancıların siyasal faaliyetleri üzerine kayıtlamalar getirmelerine engel teşkil eder sayılmayacaktır."

96 "**AİHS**" Madde 1 normu şöyledir:

"**Madde 1 – İnsan haklarına saygı gösterilmesi yükümlülüğü**

Yüksek Sözleşmeci Taraflar, bu Sözleşmenin I. Bölümünde tanımlanan hakları ve özgürlükleri, kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için güvence altına alacaklardır." (vurgu eklenmiştir).

pılacaksa bu genellikle vatandaşlar lehine olmaktadır. Oysa burada vatandaş aleyhine ve yabancı lehine oldukça önemli bir ayrım getirilmiştir.[97]

1960 tarihli *Gudmundsson* vakası mülkiyet hakkının sadece yabancılara ait olduğuna dair kararların ilkidir. Bu davada başvurucular İzlanda vatandaşı bay Gudmundsson ile İzlanda'da kayıtlı bir ticari şirkettir. Başvurucular İzlanda Vergi Kanununu çerçevesinde aleyhlerinde verilen ulusal mahkeme kararının mülkiyet haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Komisyon, **P1–1** metninde yer alan "uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olmak" kaydının sadece yabancıları kapsadığını vurgulamıştır. *Hazırlık Çalışmalarına* da atıf yapan AİHK, Sözleşme yapıcılarının mülkiyet hakkının vatandaşa teşmil etmesini istemediklerini vurgulayarak başvuruyu kişi yönünden yetkisizlik gerekçesiyle kabuledilemez ilan etmiştir.[98]

AİHS'in liberal ruhuna ve konumuna tamamen aykırı olan *Gudmundsson* ve onu takip eden kararlar[99] doktrinde ciddi eleştirilerle karşılaşmıştır.[100] Nihayet 1970'li yılların başında Komisyon yabancılar lehine ve vatandaşlar aleyhine yaptığı ayrımdan vazgeçmiştir. AİHK'in bu konudaki ilk kararlarının başında, ifade özgürlüğü hakkı yönünden ünlü *Handyside* davası gelmektedir. *Handyside* davasının, hem Komisyon hem de Mahkeme önündeki aşamaları, mülkiyet hakkı bakımından önemli unsurlar içermektedir.

Handyside davasının konuyla ilgili boyutuna dönecek olursak şu tespitleri yapabiliriz: Bilindiği üzere, başvurucu İngiliz vatandaşı, muhatap

---

97 "Uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olmak" kaydının, mülkiyete el atmalarda verilecek tazminat hususunda halen yabancı lehine yorumlandığını belirtmek uygun olur. Çalışmanın diğer bölümlerinde bu hususa değinilecektir.

98 *Gudmundsson v. Iceland*, App. No.511/59, 3 **Yearbook of the European Convention on Human Rights** (1960) sf:395 vd.'dan aktaran Egon Schwelb, "*The Protection of the Right to Property of Nationals under the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **American Journal of Comparative Law**, Vol.13, 1964, sf:518-541, 521-523. Ayrıca bkz. Rosalyn Higgins, "*The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*", **Recuil Des Courses, Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, 1982, III, Martinus Nijhoff Publishers, the Hague, 1983, sf:263-390, 363-364; Wolfgang Peukert, "*Protection of Ownership Under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **HRLJ**, Vol.2, Parts:1-2, October 1981, sf:37-78, 65-66; Ignaz Sedl-Hohenveldern, **International Economic Law**, Kluwer Law International, The Hague, third revised edition, 1999, sf:129 ve dn.956.

99 *Gudmundsson* vakası takipçisi kararların referansı için bkz. Hohenveldren, **Economic Law**, sf:129 ve dn.956.

100 Schwelb'in makalesi yetkin bir eleştiri içermektedir. Yazar hem mevcut normların hem de Sözleşmeyle kurulan "Avrupa kamu düzeninin" vatandaş-yabancı ayrımını desteklemediğini, Komisyon tarafından *Hazırlık Çalışmalarına* dayandırılan argümantasyonun da hem normların açıklığı karşısında yerinde olmadığını hem de hatalı bir yaklaşımla kullanıldığını ileri sürerek AİHK'i eleştirmektedir. Bkz. Schwelb, **a.g.m.**, sf:524-541.

Birleşik Krallık'ın, bastırdığı kitapları ve matbaa donanımını müsadere etmesinin mülkiyet hakkının ihlalini oluşturduğunu ileri sürmüştür. Muhatap Birleşik Krallık Hükümeti, derhal *Gudmundsson* davasına atıf yaparak, vatandaşının **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkından yararlanamayacağı savunmasını yapmıştır. AİHK, başvurucunun iddialarını kabul etmiştir. AİHK'e göre, Taraf Devletler yargı yetki alanlarındaki herkes bakımından mülkiyete saygı göstermek durumunda olduklarından, **P1–1** metninde geçen her gerçek kişi ibaresi zorunlulukla vatandaşlarını da kapsamaktadır. Aksi düşünce mülkiyet hakkı korumasını anlamsız kılar.[101]

Sonuç olarak, Strasbourg organlarının ve özellikle AİHM'in hak öznesi bakımından vatandaş-yabancı ayrımı yaptığı söylenemez. Buna göre, vatandaş da, bir yabancı da, Sözleşmeye Taraf bir Devleti **P1–1** eksenli olarak AİHM'e şikayet edebilir.[102] Yabancıların **P1-1** mülkiyet hakkından yararlanmasının önemini arttıran bir husus özellikle göçmen işçi, mülteci vs. statülerindeki görece zayıf ve kolayca mağdur edilebilir durumdaki kişilerin korunacak olmasıdır.

Diğer yandan yabancıların mülkiyet hakkından yararlanması, son derece kuvvetli pozisyondaki yabancı yatırımcıların söz konusu imkandan faydalanması sonucunu da doğurmaktadır.[103] Bu noktada özellikle tüzel kişiler başlığı altında yapılan açıklamalara ve gösterilen kararlara gönderme yapmakla yetinilebilir.

---

101 *Handyside v. the United Kingdom*, App. No.5493/72, Report of the Commission of 30 September 1975, para.159-163, özellikle 163. Aynı yöndeki diğer AİHK kararlarının referansı için bkz. Hohenveldren, **Economic Law**, sf:129 ve dn. 957-959; sadece *Handyside*'a vurgu için bkz. Peukert, **a.g.m.**, sf:66.

102 **P1-1** çerçevesinde mülkiyet hakkı ihlali iddialarının ileri sürüldüğü vakalar bağlamında "yabancı başvurucu" örnekleri için bkz. *Beyeler v. Italy*, App. No.332027/96, Judgment of 5 January 2000 (Başvurucu İsviçre vatandaşıydı); *Viktor Konovalov v. Russia*, App. No.43626/02, Judgment of 24 May 2007 (Başvurucu Ukrayna vatandaşıydı); *Pekinel v. Turkey*, App. No. 9939/02, Judgment of 18 March 2008 (başvuruculardan birisi Türk kökenli vatansızdı); *Al-Nashif and others v. Bulgaria*, App. No. 50963/99, Final Admissibility Decision of 25 January 2001 (başvurucu Filistin kökenli vatansızdı). **AİHS**'de başka hakların ihlali iddialarının ileri sürüldüğü vakalar bağlamında "yabancı başvurucu" örnekleri için bkz. *Köksal v. the Netherlands*, App. No.31725/96, Friendly Settlement Judgment of 20 March 2001 (Başvurucu Türkiye vatandaşıydı); *Kemal Altun v. Germany*, App. No.10308/83, Report of the Commission of 7 March 1984, **DR Vol. 36**, sf:248-260 (Başvurucu Türkiye vatandaşıydı); *Gül v. Switzerland*, Case No.53/1995/559/645, Judgment of 19 February 1996 (Başvurucu Türkiye vatandaşıydı); *Bulut v. Austria*, Case No.59/1994/506/588, Judgment of 22 February 1996 (Başvurucu Türkiye vatandaşıydı); *Mamatkuov and Askarov v. Turkey*, App. Nos.46827/99 and 46951/99, GC Judgment of 4 February 2005 (Başvurucular Özbekistan vatandaşlarıydı).

103 Bu husus doktrinde spesifik makaleye konu olmuştur. Bkz. Matthias Ruffert, "*The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights*", **German Yearbook of International Law**, Vol. 43, 2000, sf: 116-148.

B) Çocuk

Bu Bölümün başında doktrinin mülkiyet hakkının öznesi meselesini ihmal ettiği vurgulanmıştı. Bu genel ihmalin yanında daha spesifik bir ihmal de gözlemlenebilmektedir. Mülkiyet hakkını inceleyen literatürde çocukların mülkiyet hakkı sahipliği işlenmemiştir. Üstelik son dönemde kadınların mülkiyet hakkına özel bir vurgu yapıldığı dikkate alındığında bu eksiklik daha da göze batar hale gelmiştir. Öte yandan, çocuk hakları üzerine eğilen literatür de çocuğun mülkiyet hakkından neredeyse hiç bahsetmemektedir. Bu hem genel olarak çocuk hakları çerçevesindeki çalışmalar için ve hem de özel olarak **AİHS** çerçevesinde çocuk hakları çalışmaları için geçerli bir tespittir.[104]

Oysa çocuk, mal-mülk edinebilir ve dolayısıyla mükiyet hakkının öznesi olabilir. Çocuklar insan haklarına uygun olarak çalıştırılabildiğine göre, bu çalışmalarının karşılığında bir gelir elde etmeleri gerekir. Bu gelir de bir malvarlığı değeri oluşturur. Mirasçı olabilme hakkı dahi, bazı hallerde UİHH bağlamında mülkiyet hakkını gündeme getirebilir. Üstelik aile hukuku ya da daha çocuk hakları perspektifinden yapılan adlandırma uyarınca çocuk hukuku, çocuk malları konusuna özel önem vermektedir. Velayetin üç boyutundan biri çocuğun mallarının korunması ve idaresidir.[105] Hal böyle olmasına rağmen, çocuğun mülkiyet hakkının doktrinde ihmal edilmesi şaşırtıcıdır.

Aslında bu ihmali anlaşılır kılacak bazı maddi veriler bulunmaktadır. Bir kez çocuk haklarının en önemli belgesi niteliğindeki 1989 tarihli **Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)**, mülkiyet hakkına yer vermez. Daha doğrusu **ÇHS** mülkiyete bir hak olarak yer vermemektedir. Ancak, **ÇHS**'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen gerek Başlangıç bölümü (para.3) ve gerekse Madde 2 hükümlerinde, mülkiyet temelli ayrımcılık yapılamayacağının açıkça öngörüldüğünü de eklemek yerinde olur.[106] Burada özellikle kas-

---

104 Örneğin bkz. Ursula Kilkelly, **The Child and the European Convention on Human Rights**, Ashgate, Printed in Great Britain, 1999; Sharon Detrick, **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hauge, 1999.

105 Çocuk malları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, sf:265-271.

106 **ÇHS** Başlangıç bölümü (para.3) ve Madde 2/1 normu şöyledir:
"**(Başlangıç – para.3)** - Birleşmiş Milletlerin, Evrensel İnsan Hakları Bildirisinde ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum yahut başka statüler gibi herhangi bir türdeki farklılık gözetilmeksizin sahip olduklarını ilan etmiş ve bu hususta anlaşmış olduklarını kabul ederek."

tedilen, bir çocuğa ebeveyninin mameleki çerçevesinde ayrımcılık yapılmamasıdır.[107]

AİHS sistemine bakılacak olursa, mülkiyet hakkına yaş koşulu aramaksızın yer veren **P1–1** ise, bilinebildiği kadarıyla bir istisna hariç, çocuklar tarafından tek başlarına ve bilinçli olarak açılan davalara konu olmamıştır. Bu hususlar, doktrinin ihmalini anlaşılır kılmaktaysa da kabul edilebilir kılmamaktadır. Strasbourg organları içtihadında, çocukların mülkiyet hakkı öznesi olması bakımından, en azından kıyas yapmaya elverecek örnekler bulmak mümkündür.

Çocuğun mülkiyet hakkı sahipliğine ilişkin veriler içeren ilk karar *Marckx* davasıdır. Bu olayda başvurucular bayan Paula Marckx ve kızı Alexandra'dır. Bayan Paula Marckx kızı hakkındaki şikayeti de yürütmektedir. Alexandra, Paula Marckx'ın evlilik dışı çocuğudur ve başvuru tarihinde yaklaşık bir yaşındadır.[108]

Bu vakada Mahkeme, evlilik dışı doğan çocuğun anne ile olan nesep bağı ve buradan hareketle mirasçılık durumunu ele almıştır. O dönemde yürürlükte bulunan Belçika mevzuatına göre, gayri meşru çocuğun annesi ile nesep ilişkisinin kurulmuş olması çocuk ve annesinin kanuni mirasçılık (*inheritance on intestacy*) ve ölüme bağlı tasarruf (*voluntary dispositions*) meselelerindeki hakları üzerinde sınırlı bir etkiye sahiptir. Buna göre nesebi tanınmış evlilik dışı çocuğun kanuni miras hakkı evlilik içi çocuktan daha azdır ve üstelik önünde bazı usuli engeller bulunmaktadır.

"**Madde 2**

1. Taraf Devletler, çocuğun ya da anne-babasının yahut kanuni vasisinin ırkı, rengi, dili, dini, siyasal ya da başka görüşü, ulusal, etnik ya da sosyal kökeni, mülkiyeti, özürlülük durumu, doğumu yahut başkaca statüleri her ne olursa olsun hiçbir ayrımcılığa tabi tutmaksızın, kendi yargı yetki alanında bulunan her bir çocuğun bu Sözleşmede düzenlenen haklarına saygı gösterecek ve bu hakları güvence altına alacaklardır." (vurgu eklenmiştir)

107 **ÇHS**'de, diğerlerini yanı sıra, mülkiyet temelli ayrımcılıkla yasağıyla ilgili normların dışında Çocuk Hakları Komitesi çocuğun mülkiyet hakkı ve malları konusuna pek önem vermeye fırsat bulamamıştır. Çocuk Hakları Komitesi, ***ÇHS*** uyarınca verilecek periyodik raporlar için genel yol gösterici ilkelerinde, **ÇHS**'nin çocuk tanımını yapan 1. Maddesi bağlamında Taraf Devletlerin Komiteye sunacakları raporların neleri içermesi gerektiğini saptamıştır. Buna göre, Taraf Devletler Çocuk Hakları Komitesine, bir çocuğun miras bırakma ve mameleki hukuki işlem yapma ehliyetini hangi yaşta kazandığını düzenleyen mevzuata dair bilgi vereceklerdir. Bkz. **UN Doc. CRC/C/58**, 11 October 1996, para.24. Bu belge Rachel Hodgkin-Peter Newell, **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child**, Fully revised edition, United Nations Children's Fund, June 2002, New York-Geneva, sf:674-688'de tekrar yayımlanmıştır. **ÇHS** organı ÇHK'nin anılan 11/10/1996 tarihli "*Periyodik Raporların Biçim ve İçeriğine İlişkin Genel Rehber Kurallar*" ve genel olarak "rapor usulü" için ayrıca bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:612-621.

108 *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, Series A 31, paras.1, 8.

Ölüme bağlı tasarruflar hususunda da durum farklı değildir. Sağlar arası kazandırıcı işlem (*dispositions inter vivos*) veya vasiyetname yoluyla bile evlilik dışı çocuğa, kanuni miras hakkından fazlası bırakılamaz.[109]

Başvuruculara göre iç hukuk düzenlemeleri **AİHS**'in 8. Maddesi ile **P1-1**'i, **AİHS**'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesiyle birlikte ihlal etmektedir. Mahkeme bu iddiaları her iki başvurucu bakımından ayrı ayrı ele almıştır. Burada ele alınan konu bakımından Mahkemenin Alexandra Marckx özelinde yaptığı inceleme önemlidir. Mahkemeye göre, **P1–1** mülkiyetin barışçıl kullanılması dışında bir hak tanımış değildir. Hal böyle olunca, **P1–1** sadece bir kişinin mevcut malları/mülkiyeti üzerinde rol oynayabilir ve kanuni miras hakkı veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla mülkiyete/mala sahip olmayı güvence altına almamaktadır. Bu sebeple Alexandra bakımından mülkiyet hakkının ve buna bağlı olarak ayrımcılık yasağının ihlali söz konusu değildir.[110]

Görüldüğü üzere, her ne kadar Mahkeme, başvurucu çocuğun mülkiyet hakkı iddiasını reddetmişse de, bu reddin gerekçesi, başvurucunun çocuk olması değil, henüz ölmemiş miras bırakanın terekesi üzerinde mülkiyet hakkının doğmamış olmasıdır - ki bu konu, Çalışmanın II. Bölümünde ele alınacaktır. Demek ki, teorik olarak, çocukların da mülkiyet hakkının öznesi olabilmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Nitekim *Inze* davası bu hususu açığa çıkartmaktadır. Bu davada, evlilik dışı çocuk statüsünde olan başvurucu, evlilik içinde doğan kardeşine göre miras bakımından dezavantajlı durumda olmasının, **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı bakımından **AİHS**'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştü. Bilindiği üzere, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddenin kendi başına bir varlığı bulunmamaktadır. Bu Maddenin ihlal edildiğinin ileri sürülebilmesi için, şikayet konusunun öncelikle esasa dair bir başka hakkın kapsamına girdiğinin gösterilmesi gereklidir. İşte bu nokta, çalışmanın bu bölümü bakımından önemlidir. Çünkü, AİHM burada, miras miktarından kaynaklanan ayrımcılığın, mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini ve dolayısıyla olayda **P1-1**'in uygulanabilir olduğunu belirlemiştir.[111]

Gerçi bu davayı AİHM'e taşıyan bay Inze başvuru tarihinde 37 yaşındaydı. Ancak bu husus buradaki argümanı etkilemiyor. Bay Inze'nin davasını o yaşta açmasının sebebi annesinin (miras bırakan) ölüm tarihinde kendisinin çocukluktan çıkmış olmasıdır. 18 yaşının altında olsaydı

---

109 *Marckx v. Belgium*, para.8-18, özellikle paras.8-13, 15, 17-18.

110 *Marckx v. Belgium*, para.50.

111 *Inze v. Austria*, App. No. 8695779, Case No.15/1986/113/161, Judgment of 28 October 1987, paras.38-40.

da aynı davayı açabilecekti. Nitekim daha yakın tarihli *Mazurek* kararında, başvurucu yine 18 yaşından büyük mirasçı çocuk olmasına rağmen, bu kez Mahkeme daha açık ifadelerle miras bırakan ölmüş olduğu için olayda **P1-1**'in uygulanabilir olduğunu belirlemiştir.[112]

Nihayet *Forsters* davasında şikayetçi başvuru tarihinde 12, AİHK'in kararı tarihinde 14 yaşında olan ve evlilik dışı doğmuş bir çocuktur. Komisyon başvurucunun çocuk/genç (*pupil*) olduğunu özellikle vurgulamıştır. Başvurucunun avukatı bulunmaktadır. Başvurucu aslında bir keşiş olan babasının ödediği nafakayla ilgili olarak mülkiyet hakkı dışında Sözleşmedeki neredeyse her hakkı gündeme getirmiştir. AİHK ise, *re'sen*, şikayetin mülkiyet hakkı özelinde çözüme kavuşturulması gerektiğine karar vermiştir. **P1-1**'i ve giderek ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşme Madde 14'ü uygulanabilir bulan Komisyona göre olayda bir ihlal bulunmamaktadır.[113] *Forsters* kararıyla çocukların mülkiyet hakkının **P1-1** kapsamında olduğu hususunda bir şüphe kalmamış oluyor.

Benzer bir başka davalarla *Forsters* kararı AİHM'ce teyit edilmiştir. *Iosub Caras v. Romanya* davasında başvuruculardan biri henüz üç yaşında bir çocuktur. Şikayet konusu mesele, çocuğun nafaka alamamasıdır. Devletler Özel Hukukunu doğrudan ilgilendiren bu davada AİHM konuyu özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen Madde 8 çerçevesinde ele aldığı için, bir de **P1-1** çerçevesinde ele almayı gereksiz bulmuştur. Mahkemeye göre, mülkiyet hakkı bakımından ileri sürülen iddialar, Madde 8 bakımından ileri sürülen iddiaların doğrudan sonucu olduğu için ayrıca incelenmesine gerek yoktur.[114] Ancak bu husus, çocuğun mülkiyet hakkı öznesi olduğunun bir kez daha görülmesine engel teşkil etmiyor. *Lazarev ve Lazarev v. Rusya* davasında ise başvurucular bir baba ile velayetine sahip olduğu çocuktur. Uyuşmazlığa konu olan mesele, babanın çocukları üzerine kaydettirdiği evi satmasının Rus aile hukuku uyarınca yetkili kamu makamları tarafından engellenmesidir. Başvurucular, evi satmalarının engellenmesinin mülkiyetlerinden yararlanma haklarına aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme ise, çocuğun üstüne kayıtlı evin satılmasının çocuğun yararına olmadığı gerekçesiyle şikayeti kabuledilemez ilan etmiştir.[115]

Çocuğun mülkiyet hakkı **P1-1** çerçevesinde korunmaktadır ama bu konuda içtihadi birikim oluştuğu söylenemez. Ayrıca, çocuğun mülkiyet

---

112 *Mazurek v. France*, App. No. 34406/97, Judgment of 1 February 2000, para. 42. Mahkeme bu kararında **ÇHS**'nin yukarıda zikredilen 2. Maddesine atıf yapmıştır (para. 18).

113 *Forster v. Germany*, App. No.20769/92, Admissibility Decision of 29 June 1994.

114 *Iosub Caras v. Romania*, App. No.7198/04, Judgment of 27 July 2006, paras.5, 50-53.

115 *Lazarev and Lazarev v. Russia*, App. No. 16153/03, Admissibility Decision of 25 November 2005.

hakkı, çocuğun diğer hakları bakımından da geçerli olduğu gibi, ebeveynin velayet hakkı/göreviyle çatışan unsurlar içerebilir. Bu noktada özellikle, emeğinin karşılığı elde ettiği gelir üzerinde mameleki tasarruf hakkı ebeveyn lehine kısıtlanan çocukların durumunun çocuk hakları perspektifinden dikkatli şekilde ele alınması gereklidir. Diğer yandan, çocuğun katılım hakları da, çocuk mallarının ebeveynlerce ne şekilde kullanılacağında belirleyici önemi haizdir. Bu sebeple, çocukların mülkiyet haklarıyla ilgili çocuk hakları perspektifinden yapılacak olan spesifik çalışmalara ihtiyaç bulunmaktadır.

C) Cenin

Söz çocukların mülkiyet hakkının öznesi olup olmadığından açılmışken ceninin durumuna değinmemek olmaz. Yukarıda vurgulandığı üzere, bir hakkın öznesi olabilmek için hukuki anlamda kişi olmak gerekir. Oysa ceninin[116] hukuki niteliği/statüsü meselesi günümüzde yoğun tartışmalara konu olmaktadır. Hemen hemen hiçbir batı/modern ulusal hukuk düzenlerinde cenin hukuki anlamda bir kişi olarak görülmüyor.[117]

ÇHS dahil olmak üzere[118], ve fakat **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi**nde (**Ame.İHS**)[119] yaşam hakkına ilişkin Madde 4[120] düzenlemesinin

---

116 Bu Çalışma bakımından cenin, embryo, fetüs, zigot terimleri arasında bir fark bulunmamaktadır.

117 Serozan, **Medeni Hukuk**, sf:172-173; Serozan, **Çocuk Hukuku**, sf:91; Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, Genişletilmiş ve gözden geçirilmiş dördüncü bası, 1979, sf:17-21; Ergun Özsunay, "*Rights of Embryo and Foetus in Private Law*", **Convergence of Legal Systems in the 21st Century**, International Academy of Comparative Law, Brisbane-Australia, 14-20 July 2002, Bruylant, Bruxelles, 2006, sf: 1275-1413; Mustafa Dural-Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II - Kişiler Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 8. Bası Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, sf:18-20; Kemal Oğuzman-Özer Seliçi-Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, Yeniden gözden geçirilmiş ve mevzuata uyarlanmış 9. Baskı, 2009, sf:15-19.

118 Ayrıntılı bilgi için bkz. Philip Alston, "*The Unborn Child and Abortion Under the Draft Convention on the Rights of the Child*", **HRQ**, Vol.12, 1990, sf: 156-178; Sharon Detrick, **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hauge, 1999, sf:133-136.

119 "**Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi**" ("**Ame.İHS**") ("*American Convention on Human Rights*"), 22/11/1969 tarihinde San Jose'de kabul edilmiş ve 18/07/1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **Ame.İHS**"nin Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, Cilt/Volume III-Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü/Organization of American States-Organization of African Unity**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, sf:5-23 (Türkçe) ve sf:365-375 (İngilizce). (Bu kitap bundan böyle, "**İnsan Hakları Belgeleri/Cilt III/2003**" şeklinde gösterilecektir). "**Ame.İHS**"ne dair bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1262-1302.

120 "**Ame.İHS**" Madde 4/1 normu şöyledir:

istisna oluşturan normunu ayrık tutmak kaydıyla, UİHH da cenini bir kişi olarak mütalaa etmez.[121] Bu sebeple cenin, **AİHS** özelinde yaşam hakkının (Madde 2) sunduğu korumadan yararlanamamaktadır.[122]

Cenin hukuki anlamda kişi olarak sayılmayınca hakların öznesi de olamaz. Gerçi hemen hemen hiçbir hukuk düzeni, cenini bütünüyle korumasız bırakmıyor; ancak, bu koruma hem koşullu hem de oldukça zayıf. Zaten yaşam hakkı olmayan bir varlığın diğer haklardan yararlanması güçtür.

Hal böyle olunca, ceninin bir eşya statüsünde olup olmadığı gündeme gelecektir. Nitekim anılan mesele işbu Çalışmanın II. Bölümünde ir-

---

"**Madde 4 - Yaşam hakkı**

1. Her kişinin yaşamına saygı gösterilmesine hakkı vardır. Bu hak, genel olarak, gebe kalma anından başlayarak, yasa ile korunacaktır. Hiç kimse yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılmayacaktır." (vurgu eklenmiştir)

121 Hem karşılaştırmalı hukukta hem de UİHH'nda ceninin durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Abortion and the Protection of the Human Fetus**, Eds. Stanislaw J. Frankowski-George F. Cole, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987 (kitaptaki tüm makaleler); Pieter Willem Smits, **The Right to Life of the Unborn Child in International Documents, Decisions and Opinions**, Druk: Scholma Druk, Bedum, 1992; Wolfgang Peukert, "*Human Rights in International Law and the Protection of Unborn Beings*", **Protecting Human Rights: The European Dimension- Studies in honour of Gerard J. Wiarda**, (Ed. Franz Matscher-Herbert Petzold), Carl Heymans Verlag KG, Köln, 1988, sf:511-519; Lars Adam Rehof, "*Article 3*", **The Universal Declaration of Human Rights- A Common Standard of Achievement**, (Eds. Gudmundur Alfredsson-Asbjorn Eide), Martinus Nijhoff Publishers, the Hague, 1999, sf:89-101, özellikle 94-98; Niels Petersen, "*The Legal Status of the Human Embryo in vitro: General Human Rights Instruments*", **Zeitschrift Für Auslandishces Offentliches Recht Und Volkerrecht**, Vol.65, 2005, sf:447-466; Özsunay, **Rights of Embryo**, sf: 1275-1413.

122 *Vo v. France*, App. No.53924/00, Judgment of 8 July 2004. Bu kararda Strasbourg organlarının konuya yaklaşımına ilişkin önceki kararlarının değerlendirilmesi de yapılmıştır (paras.75-80). *Vo* kararının analizi için bkz. Aurora Plomer, "*A Foetal Right to Life? The Case of Vo v. France*", **HRLR**, Vol.5, No. 2, 2005, sf:311-338; Katherine O'Donovan, "*Taking A Neutral Stance on the Legal Protection of the Fetus*", **Medical Law Review**, Vol.14, Spring, 2006, sf:115-123.

Vo kararından yaklaşık iki yıl sonra *Evans* davasında aynı yaklaşım teyit edilmiştir. Bkz. *Evans v. United Kingdom*, App. No.6339/05, Fourth Section Judgment of 7 March 2006, paras.45-47; Grand Chamber Judgment of 10 April 2007, paras.53-56. *Evans* kararının özellikle embriyonun saklanmasına ilişkin "geçici önlem" uygulaması bakımından analizi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Geçici Önlem – Birinci Kitap – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Geçici Önlem**, Legal Yay., İstanbul, Temmuz 2007, sf:55, 68, 784-792. (Bu Kitap bundan böyle, "**AİHS Sisteminde Geçici Önlem**" olarak anılacaktır). Ayrıca bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1231-1235.

Strasbourg organlarının cenine *Vo* içtihadı öncesi dönemdeki yaklaşımı hakkında değerlendirme için bkz. Ursula Kilkelly, **The Child and the European Convention on Human Rights**, Ashgate, Printed in Great Britain, 1999, sf:146-149; Katherine Freeman, "*The Unborn Child and the European Convention on Human Rights: To Whom Does 'Everyone's Right to Life' Belong?*", **Emory International Law Review**, Vol.8, 1994, sf:615-665.

delenecektir. Yine de mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda, ceninin hak öznesi olup olmadığı meselesi biraz daha ilginç hale geliyor.

Ulusal hukuk sistemlerindeki yaygın genel düzenlemeye göre, ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren mirasçı olabileceğini kabul edilmiş ve bu kabule birçok önemli sonuç bağlanmıştır.[123] Miras, hiç şüphesiz, bir malvarlığı hakkıdır. Bu durumda yukarıda çocukların mülkiyet hakkı sahipliğinin incelendiği yerde ele alınan *Marckx* davası tekrar önem kazanıyor. Bu davada AİHM teorik olarak çocukların mülkiyet hakkına sahip olabileceğini reddetmemişti ve fakat mirastan mülkiyet hakkı çerçevesinde yararlanabilmek için bunun ulusal hukuka göre doğmuş olmasını aramıştı. Buna, **P1-1**'in uygulanabilirliğinin önündeki "zaman duvarı" denebilir. Anılan "zaman duvarı" kavramının açılımı işbu Çalışmanın *II.* Bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Burada ceninin durumuyla ilgili olarak şu söylenebilir:

P1-1'in uygulanabilirliği için hakkın ulusal hukuka göre "mevcut" olması ya da mevcudiyet konusunda "meşru bir beklentinin" oluşması gereklidir. Ceninin miras hakkı için de bu ilkeler geçerlidir. Henüz ölmemiş miras bırakanın terekesi üzerinde ceninin mülkiyet hakkı doğmamıştır ve dolayısıyla cenin **P1–1** korumasından yararlanamaz. Eğer miras bırakan ölmüş ise, ceninin miras hakkı doğmuş olur ve bu sefer **P1–1** koruması pekala devreye girebilir.

Denilebilir ki, ceninin miras hakkı **P1–1** mülkiyet hakkı çerçevesinde korunma potansiyeli içermektedir. Ancak, bilinebildiği kadarıyla, ceninle ilgili Strasbourg organları önünde görülen çok sayıda davanın hiçbirinde ceninin miras hakkıyla ilgili bir uyuşmazlık gündeme gelmemiştir.[124]

---

123 Bkz. Ergun Özsunay, "*Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar*", **Bülent Davran'a Armağan**, İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No.6, İstanbul, 1998, sf:2-58, özellikle 10-14, 30-31; Özsunay, **a.g.e.**, sf:20-22; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, değişiklik yapılmamış 3. bası, 1987, sf:526; Rona Serozan-Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, Gözden geçirilmiş 2. Bası, Seçkin Yayınları, 2008, Ankara, sf:86-87, 344; Serozan, **Çocuk Hukuku**, sf:91; Zahit İmre-Hasan Erman, **Miras Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, Beşinci Tıpkı Basım, 2004, sf:284-285; Kemal Oğuzman, **Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, Gözden geçirilmiş 6. Bası, 1995, İstanbul, sf:262-263; Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, sf:17; Dural-Öğüz, **Kişiler Hukuku**, sf:19; Mustafa Dural - Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku Cilt IV - Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, Yenilenmiş İkinci Bası, 2003, sf:353; O. Gökhan Antalya, **Miras Hukuku**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2003, sf:248.

124 İki önceki dipnotunda zikredilen *Vo* kararı ile doktriner eserlerde Strasbourg organlarının önünde görülen cenine ilişkin davalar hakkında ayrıntılı bilgi bulunmaktadır.

III) Bireysel Özne 2: Tüzel Kişiler

A) Genel Olarak Tüzel Kişiler ve Metodoloji

Dedik ki, hukuk maddi dünyanın ötesine geçerek, bir varsayımla "kişi" denilen bir varlık yaratmıştır. Hukuki kişiliğin bir ayağını gerçek kişiler oluşturuyorsa, diğer ayağını da tüzel kişiler oluşturmaktadır. Gerçek kişinin maddi dünyada karşılığı ya da yansıması bulunmaktayken, tüzel kişilerin herhangi bir karşılığı yoktur. Tüzel kişiler, insan dışında olup da tıpkı insanmışçasına hak ve borçlara sahip olabilen ve insanlardan bağımsız olarak kendi varlığı olan kişi ya da mal topluluklarıdır.[125] Dolayısıyla kişilikleri maddi gerçekliğe karşılık gelmemekte ve bu nedenle sanal olup kâğıt üzerinde varlık kazanmaktadır. İnsanlar bu hukuki varlığı oluştururken kendilerinden esinlenmişlerdir. Tüzel kişinin kendi başına bağımsız olarak iradesinin bulunduğu varsayılır ve bu iradeyi tıpkı insanlar gibi organlar eliyle kullanır. Tüzel kişiler kendi içinde ikiye ayrılmaktadır: Özel hukuk tüzel kişileri-kamu hukuku tüzel kişileri.

Özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuk çerçevesinde kurulur ve hareket ederler. Özel hukukun varsayılı eşitler arası ilişkilerinin bir parçasıdırlar. İrade uyuşması yoluyla hukuki tasarruflarda bulunurlar. Buna karşılık kamu hukuku tüzel kişileri (kamu tüzel kişileri) özel hukukun öngördüğü serbestiyle değil, kanunla veya kanunun verdiği bir yetkinin kullanılmasıyla geniş anlamda Devlet tarafından kurulurlar. Kamu gücünün verdiği bazı ayrıcalıklara sahiptirler ve bunun sonucu olarak özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinden üstün niteliktedirler. Bu yönleriyle kamu tüzel kişileri, kendisi de bir kamu tüzel kişisi olan Devletle yakın

---

125 Bkz. Schwarz, **a.g.e.**, sf:232'de şöyle yazıyor: "İşte, hadisenin esası bu noktadadır: Haklar cemiyeti (derneği) teşkil eden sahışlara ait olmayıp, üyelerin mevcudiyetinden müstakil varlığı olan cemiyete aittir. Bu üyeler ... mütemadiyen değiştikleri halde cemiyet her zaman aynı kalır. XVIII inci asrın meşhur İngiliz hukukçusu William Blackstone bu hadise ile suları her an değişen ve fakat kendi her zaman ayni kalan bir nehir arasında şayanı hayret bir benzerlik görmüştür."
William Blackstone'un Schwarz'ın sözünü ettiği benzetmesinin orijinali şöyledir: "the priviliges and immunities, the estates and possessions, of the corporation, when once vested in them, will be for ever vested, without any new conveyance to new successios; for all the individual members that have existed from the foundation to the present time, or that shall ever hereafter exist, are but one person in law, a person never dies: in like manner as the river Thames is still the same river, though the parts which compose it are changing every insant (bazı harfler tarafımdan günümüz İngilizcesine uyarlanmıştır.). Bkz. William Blackstone, **Commentaries on the Law of England, Book the First-Vol I**, (Orijinal Baskı: Oxford, Printed at the Clarendon Press, M. DCC. LXV.), A Reprint of the First Edition With Supplement, Dawsons of Pall Mall, London, 1966, sf: 456 ("Of Corporations" başlıklı Bölüm 18). Blackstone'nun dört ciltlik eseri İÜHF Kütüphanesinde mevcuttur.

bir ilişki içindedir. Zaten bir kamu tüzel kişisinin görev ve yetkileri de aslında Devlet kamu tüzel kişisi tarafından belirlenmektedir.[126]

AİHS'in esasa dair hakları düzenleyen maddelerinin hemen hiçbiri, tüzel kişileri hakkın öznesi olarak açıkça zikretmemektedir. Böyle olması, "tüzel kişi" ibaresine yer vermeyen haklar bakımından tüzel kişilerin hakkın öznesi olmadığını göstermez. Niteliği bakımından uygun olduğu[127] ve aksi açıkça öngörülmediği müddetçe tüzel kişiler **AİHS**'de yer alan hakların öznesi olabilirler.[128] **P1–1** metni ise, mülkiyet hakkının öznesi bakımından **AİHS**'in diğer maddelerinden farklı bir düzenleme içermektedir. **P1–1** metni açıkça "her gerçek ya da tüzel kişi" ("*every natural or legal person*") ibaresini kullanarak bireylerin yanında tüzel kişileri de *mülkiyet hakkının öznesi* olarak kabul etmiştir. Böylelikle **P1–1** "tüzel kişileri" hak sahibi olarak belirlemiş olmaktadır.

Bununla birlikte, bu açıklık göründüğü kadar berrak değildir. Her ne kadar **P1–1** metni mülkiyet hakkının öznesi olan tüzel kişinin niteliği

---

126 Tüzel kişi çeşitleri hakkında bilgi için genel olarak bkz. Ergun Özsunay, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, İÜ Yayın No: 2443, İÜHF Yayın No: 549, İstanbul, Gözden geçirilmiş 5. Bası, 1982, sf:32-44; Teoman Akünal, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, Beta Yay., İstanbul, 1995, sf: 6-9; Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II**, İsmail Akgün Hak Kitabevi, İstanbul, Üçüncü Bası, 1966, sf:967-974; Kemal Gözler, **İdare Hukuku, Cilt I**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003, sf:132-134; Zeynel T. Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, sf: 34-39; Dural-Öğüz, **a.g.e.**, sf:215-221.

127 Sözleşmede yer verilen bazı haklar ancak gerçek kişiler için geçerli olabilir. Örneğin yaşam hakkı Madde 2, işkence ve diğer kötü muamele yasağı Madde 3, evlenme hakkı Madde 12 gibi.

128 Aslında tüzel kişilerin "insan haklarına" sahip olmasının *de lege lata* meşruluğunun sorgulanmaya ihtiyaç gösteren yönleri vardır. Ancak mülkiyet hakkı bakımından böyle bir meşrulaştırma sorunu görülmez- sadece *de lege frenda* bir sorun mevcuttur-; zira **P1–1** metni açıkça tüzel kişiyi hak sahibi kılmıştır. Diğer haklar bakımından AİHM kararlarını böyle bir meşrulaştırma sorgulamasına alan çalışmalar olarak bkz. Michael Addo, "*The Corporation as a Victim of Human Rights Violations*", **Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations**, Ed. Michael Addo, Kluwer Law International, Printed in Great Britain, 1999, sf:187-196; Stephen G. Wood-Brett G. Scharffs, "*Applicability of Human Rights Standards to Private Corporations: An American Perspective*", **American Journal of Comparative Law Supplement**, Vol.50, 2002, sf:531-566, özellikle 545-553 (yazarlar sf:545-547 arasında Addo'nun zikredilen makalesi temelinde teorik görüş açıklamakta ve sf:547-553 arasında Amerikan anayasa hukuku açısından bir inceleme yapmaktadırlar); Emberland, **Companies**, sf:36-51; Elisabet Fura-Sandström, "*Business and Human Rights – Who Cares?*", **Human Rights – Strasbourg Views, Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Lucius Caflish-Johan Callewaert-Roderick Liddell-Paul Mahoney, Mark Villiger, N.P. Engel Publisher, 2007, Germany, sf:159-176 (AİHM yargıcı olan yazar sorgulamadan ziyade vaka hukuku hakkında bilgi vermekte; sadece başta makalesinin giriş kısmı olmak üzere bazı yerlerde konuya ilişkin görüş açıklamaktadır); Anna Grear, "*Challenging Corporate 'Humanity': Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights*", **Human Rights Law Review**, Vol.7, No. 3, 2007, sf:511-543.

hakkında herhangi bir belirleme içermiyorsa da, bu, niteliğine bakılmaksızın bütün tüzel kişilerin mülkiyet hakkından faydalanabiliyor olduğu anlamına gelmez. Tek başına/salt **P1–1** (veya ilgili diğer hakkın) lafzına bakmak, Sözleşmenin bütününü ihmal ettiğinden anlamlı bir çıkarıma elvermemektedir.

P1-1'deki "tüzel kişi" ibaresini **AİHS**'in bireysel başvuruyu düzenleyen 34. Madde düzenlemesiyle birlikte okumak gerekir; çünkü **AİHS**'de düzenlenmiş maddi bir hak, Sözleşme sisteminde ancak ve ancak bunu tamamlayan usuli hakla bütünleşerek anlam doğurur. Sistemin doğası böyle olduğu için, mülkiyet hakkının ve giderek diğer hakların öznelerinin incelenmesinde zorunlulukla usul hukukuna ilişkin düzenlemeleri ve içtihatları dikkate almak gerekmektedir.[129]

AİHS'in bireysel başvuru hakkını düzenleyen 34. Maddesine bakıldığında, bireysel başvurucu olabilecekler arasında şu kategoriler yer almaktadır. **i)** Kişi/*person*, **ii)** hükümet-dışı örgüt/*non-governmental organisation*, **iii)** birey grubu/*group of individuals*. Görüldüğü üzere, bireysel başvuru hakkını kullanabilecekler arasında tüzel kişiler yer almamakta-

---

129 Konuya böyle yaklaşmayan (yani maddi hak-usuli hak bütünselliğini gözden kaçıran) yazarların metodolojik hataya düştükleri ileri sürülebilir. Zira bu yazarların çalışmalarında, hem tüzel kişilerin nasıl olup da hakkı kullanabildikleri açıklanmamakta, hem de tüzel kişiler arasında hakkın sahipliği bakımından bir fark olup olmadığı ve varsa bunun aşılabilip aşılamayacağı tartışılmamaktadır. Sırf **P1-1** özelinde örneğin bkz. Turgut Öz, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında 'İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkında Uluslararası Anlaşma' Uyarınca Mülkiyet Hakkının ve Diğer Bazı Malvarlığı Haklarının Korunması*", **Prof. Dr Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, 2007, sf: 935-945, özellikle 936. **AİHS** Madde 9'la (inanç özgürlüğü) bağlantılı olarak **P1-1** ekseninde bu tip metodolojik hataya düşen yazarlara örnek olarak bkz. Malcolm D. Evans, **Religious Liberty and International Law in Europe**, Cambridge University Press, 1997, sf:286-289; Berke Özenç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü**, Kitap Yayınevi, İstanbul, Şubat 2006, sf:30-32; Akif Emre Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberte, 1. Baskı, Aralık 2002, Ankara, sf:304-308, özellikle 306-307, 381-382. Öktem'in konuyla ilgili ifadeleri eleştirinin kuvvetlendirilmesi için nakledilmelidir. Öktem'e göre, "..... Yunan hukuku açısından kiliseden ayrı kamu hukuku tüzel kişileri sayılan Ortodoks Manastırları, arazilerinin istimlaki üzerine aralarında 9. maddenin de bulunduğu ihlal iddialarıyla Strasbourg organlarına başvurmuşlar; Manastırlar Yunan hukukunun tanımlanmasından farklı olarak Hükümet dışı örgüt sayılıp başvuru 9. madde bakımından kabul edilebilir ilan edilmiş, ...". Bu ifadeden ve özellikle "Hükümetler dışı örgüt" terimine yer vermesinden, yazarın kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasında hak sahipliği açısından fark olduğunu Sözleşme Madde 34 çerçevesinde ele aldığına dair bir anlam çıkarılabilir. Ancak bu husus açıkça tartışılmamaktadır (ki son derece tartışmalıdır) ve yazarın çalışmasının hiçbir yerinde kamu tüzel kişilerinin başvurucu ve dolayısıyla hak öznesi olamayacağına dair bir ifade bulunmamaktadır. Ayrıca Öktem'in, alıntılarda geçen Manastırların mülkiyet hakkını ele aldığı bölümlerde de, **P1–1** normu açıkça tüzel kişiyi hak sahibi kılmasına rağmen, kamu-özel tüzel kişileri çerçevesinde hiçbir bölümleme yapmadığını da eklemek yerinde olacaktır.

dır. Öyleyse akla şu soru gelebilir: **P1–1** metninde hak sahibi olarak yer verilen tüzel kişiler bireysel başvuru hakkından nasıl yararlanabilir?

Bu soruya Strasbourg organlarının verdiği cevap tüzel kişilerin sahip oldukları bütün haklar bakımından geçerlidir ve şöyledir: **AİHS**'in bireysel başvuru hakkını düzenleyen 34. Maddesindeki kişi/*person* terimin Fransızca karşılığı "*personne physique*"dir ve "gerçek kişi" kategorisine karşılık gelmektedir. Sözleşmenin Fransızca versiyonu da İngilizce versiyonu kadar geçerli olduğundan Strasbourg organları "kişi" teriminden yalnızca gerçek kişileri anlamaktadır ve tüzel kişileri bu kapsamda değerlendirmemektedir.[130]

Buna karşılık, "hükümetler-dışı örgüt"[131] ibaresinin tüzel kişileri de kapsadığım kabul etmenin önünde hiçbir engel yoktur.[132] Hükümetler-dışı örgütler (HDÖ) çoğu kez ulusal hukuklara göre kurulmuş tüzel kişiliklerdir.[133] Üstelik hükümetler-dışı örgütler teriminden sadece sivil toplum örgütleri anlaşılıyor değildir; kâr amacı güden ticari şirketler de bu kategoriye dahildir.[134] Dolayısıyla tüzel kişiler Sözleşmesel haklarını bireysel başvurucu olarak koruyabilirler.[135] Zaten aksi kabul edilirse, **AİHS** maddelerinin tüzel kişilere de hak vermesi, en azından **P1–1** özelinde, anlamsız olurdu.

---

130 Schwelb, **a.g.m.**, sf:520; H. C. Krüger – C. A. Norgaard, **a.g.m.**, sf:666.

131 İngilizcesi "non governmental organisations" olan bu terim bu Çalışmada Türkçeye "hükümetlerdışı örgüt" olarak çevrilmektedir. Bu terimi "hükümetlerdışı kuruluş" şeklinde karşılayanlar da bulunmaktadır. Ulusalüstü insan hakları hukukunda HDÖ'lerin rolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1563-1590.

132 İlk kararlardan bir örnek olarak bkz. *Times Newspaper Ltd, The Sunday Times, Harold Evans v. the United Kingdom*, App. No.6538/74, **DR 2**, sf:90-97, 95.

133 Tüzel kişilerlerin hükümetler-dışı örgüt kategorisinde değil de, kişi/*person* kategorisinde yer aldığı Sözleşmesel uygulamalar da bulunmaktadır. Bu konuda bkz. H. Burak Gemalmaz, "*Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Geçici Tedbir Kurumu*", **Türkiye'de ve Ulusalüstü Hukukta Bireylerin Geçici Yargısal Korunması**, (editör: Zehreddin Aslan), Alfa Yayınları, İstanbul, Aralık 2004, sf:97–141, 109–110.

134 AİHM'e başvurucu olabilecek kategoriler hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Tom Zwart, **The Admissibilty of Human Rights Petitions**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1994, sf:45–50; Gülay Arslan, "**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasının Etkililiği Meselesi**", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002, sf:66-81.

135 İlginç bir not olarak eklenmelidir ki, **AİHS**, tüzel kişileri hak sahibi ve başvurucu mağdur olarak koruyan tek UİHH sözleşmesidir. Diğer sözleşmeler, örneğin **Ame.İHS** (Madde 1 ve 46) ile BM **Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS)** (1. Seçmeli Protokol) gibi, normatif özelliklerinden ve bunu takip eden denetim organları içtihatlarından ötürü tüzel kişileri hak sahibi ve başvurucu olarak korumamaktadırlar. Yeri geldiğinde bu belgelere değinilecektir.

Doktrinde bu hususa, en azından ticari şirketler özelinde dikkat çeken bir çalışmada bu iki sözleşme bağlamındaki durumun, **AİHS/P1-1**'le karşılaştırıldığını (herhalde tü-

B) Özel Hukuk Tüzel Kişileri

Tüzel kişilerin Mahkemeye başvuru sorununun diğer boyutu, bütün tüzel kişilerin başvurucu olup olamayacağıdır. Strasbourg organları kararlarına göre sadece özel hukuk tüzel kişileri başvurucu olabilir. Bu cümlenin mantıksal sonucu olarak, kamu hukuku tüzel kişileri veya kamusal yetkileri kullanan tüzel kişiler, AİHM'e başvurucu olamazlar. O halde ilk bakışta şu söylenebilir: **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkından AİHM önünde, kural olarak, yalnızca özel hukuk tüzel kişileri yararlanabilir.

Mülkiyet hakkı eksenli içtihadi birikim de bu çıkarımı doğrulamaktadır. AİHM önünde mülkiyet hakkından yararlanabilecek özel hukuk tüzel kişileri kiliselerden/manastırlardan[136] derneklere/vakıflara[137], ticari or-

---

zel kişi ibaresi geçtiği için olsa gerek) görmekteyiz. Bkz. Jo M. Pasqualucci, **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**, Cambridge University Press, 2003, sf:106-107. Bu karşılaştırma, metindeki yaklaşımımdan da anlaşılacağı üzere eksiktir ve dolayısıyla hatalıdır. Tam bir karşılaştırma, ancak **AİHS** Madde 34 dikkate alınarak yapılabilirdi (Ayrıca belirtmek gerekir ki, Pasqualucci, eserinin 106. sayfasında **Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi**nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesinin konuyla ilgili kararını incelerken, bir baskı hatası olarak bu organdan "Mahkeme/Court" olarak bahsetmektedir.).

136 Kiliselere/manastırlara örnek olarak bkz. *Holy Monasteries v. Greece*, App. Nos.13092/97 and 13984/88, Case No.10/1993/405/483-484, Judgment of 9 December 1994; *Canea Catholic Church v. Greece*, App. No.25528/94, Case No. 143/1996/762/963, Judgment of 16 December 1997; *Synod College of the Evangelical Reformed Church of Lithuania*, App. No.44548/98, Admissibility Decision of 5 December 2002; *Nadbiskupija Zagrebacka v. Slovenia*, App. No.60376/00, Admissibility Decision of 27 May 2004; *Biserica Sfantul Haralambie and Others v. Moldova*, App. No.19967/02, Admissibility Decision of 30 November 2004; *Ivan Jurisdic and Collegium Mehrerau v. Austria*, App. No.62539/00, Admissibility Decision of 24 February 2005; *Rimskokatolicka Farnost Obristvi v. Czech Republic*, App. No.65196/01, Judgment of 24 May 2005.

Eklenmelidir ki, kiliselerin özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu hukuku tüzel kişisi mi sayılacağı Strasbourg organlarının ilk kararlarında tartışmalıydı (*Holy Monasteries v. Greece*, Judgment of 9 December 1994. Bu husus, aşağıda kamu tüzel kişilerinin mülkiyet hakkı sahipliğinin incelendiği yerde ayrıntılı olarak değerlendirilecektir). Bu tartışma aşılmıştır.

137 Derneklere/vakıflara örnek olarak bkz. *University of Illinois Foundation v. Netherlands*, App. No.12048/86, Admissibility Decision of 2 May 1988; *Institut de Pretres Français and Others v. Turkey*, App. No.26308/95, Friendly Settlement Judgment of 14 December 2000; *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Turkey*, App. No.34478/97, Judgment of 9 January 2007; *Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı v. Turkey*, App. No. 36165/02, Judgment of 16 December 2008; *Samatya Surp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı Yönetim Kurulu v. Turkey*, App. No. 1480/03, Judgment of 16 December 2008; *Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı v. Turkey*, App. Nos. 37639/03, 37655/03, 26736/04 et 42670/04, Judgment of 3 March 2009; *Türk Ticaret Bankası Munzam Sosyal Güvenlik Emekli ve Yardım Sandığı Vakfı v. Turkey*, App. No.48925/99 and 36109/04, Admissibility Decision of 23 May 2006; *Johtti Sapmelaccatry and Others v. Finland*, App. No.42969/98, Admissibility Decision of 18 January 2005.

taklıklardan[138] (örneğin, "anonim şirketler"[139], "limited şirketler"[140], "kolektif şirketler"[141], "kooparatifler"[142], "bankalar"[143], "holdingler"[144], "futbol

---

138 Gariptir ki ticaret ortaklığı niteliğindeki tüzel kişiler, hukuken kişi olmalarına rağmen aynı zamanda bir eşya statüsündedir. Zira bunların "paylarına" diğer gerçek ya da tüzel kişiler "sahip" olabilir. "Pay" da, **P1–1** anlamında eşyadır. Buna göre hukuki tasarrufta bulunma ehliyetine sahip ticari ortaklık üzerinde hukuki tasarrufta o ortaklığın paylarına sahip olanlar tarafından bulunulabilinir.

139 Vaka hukukuna konu olmuş bazı örnek ticari ortaklıklar şöyle sınıflanabilir: **i)** Anonim şirketler, **ii)** limited şirketler, **iii)** kolektif şirketler, **iv)** kooperatifler, **v)** bankalar, **vi)** holdingler, **vii)** futbol klüpleri.

Anonim şirketlere örnek olarak bkz. *AGOSI v. the United Kingdom*, App. No.9118/80, Case No.14/1984/86/133, Judgment of 24 October 1986, Series A No. 108 (joint stock company/aktiengeselllschaft); *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, App. No.45036/98, Grand Chamber Judgment of 30 June 2005; *Yıltaş Yıldız Turistik Tesisleri AŞ v. Turkey*, App. No.30502/96, Judgment of 25 April 2003.

Eklenmelidir ki bu sınıflamanın tek amacı, vaka hukukundaki zenginliği yansıtmaktır. Bankalar, holdingler ve futbol klüplerinin anonim veya limited gibi asli bir başka statüsü de bulunmaktadır. Kaldı ki, başvurucu ticari şirketin ulusal hukuktaki statüsünün bu noktada bir önemi yoktur. Zaten AİHM birçok kararında başvurucu ticari şirketin iç hukuktaki statüsüne herhangi bir vurgu yapmamakta, sadece başvurucunun ticari şirket olduğunu belirtmekle yetinmektedir. Örneğin bkz. *Belvedere Alberhiera S.r.L v. Italy*, App. No.31524/96, Judgment of 30 May 2000; *Efstathiou and Michailidi & Co. Motel Amerika v. Greece*, App. No.55794/00, Judgment of 10 July 2003.

140 Limited şirketlere örnek olarak bkz. *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, App. No.19873/84, Case No.4/1988/148/202, Judgment of 7 July 1989, Series A No. 159 (limited company); *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, App. No.13427/87, Judgment of 9 December 1994; *Terra Woningen B.V. v. Netherlands*, App. No.20641/92, Case No. 49/1995/555/641, Judgment of 17 December 1996; *Unilever Beteiligunus v. Germany*, App. No. 32901/04, Partial Admissibility Decision 13 March 2007.

141 Kolektif şirketlere örnek olarak bkz. *Kat İnşaat Ticaret Kollektif Şirketi v. Turkey*, App. No.74495/01, Admissibility Decision of 31 January 2006.

142 Kooperatiflere örnek olarak bkz. *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, App. No.21319/93-21449/93 and 21675/93, Case No. 117/1996/736/933-935, Judgment of 23 October 1997; *Woonbron Volkshuisvestingsgroep and others v. Netherlands*, App. No.47122/99, Admissibility Decision of 18 June 2002; *Sınırlı Sorumlu Fakülteler Konut Yapı Kooperatifi v. Turkey*, App. No.63366/00, Friendly Settlement Decision of 9 February 2006; *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v. Moldova*, App. No. 39745/02, Judgment of 3 April 2007.

143 Bankalara örnek olarak bkz. *The Governor and Company Bank of the Scotland v. the United Kingdom*, App. No.37857/97, Admissibility Decision of 21 October 1998; *Hoerner Bank GmbH v. Germany*, App. No. 33099/96, Admissibility Decision of 20 April 1999; *Türkiye İş Bankası v. Finland*, App. No.30013/96, Judgment of 18 June 2002; *Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No.49429/99, Judgment of 24 November 2005; *Credit and Industrial Bank v. Czech Republic*, App. No.29010/95, Judgment of 21 October 2003; *Moscow Narodny Bank Limited v. Russia*, App. No. 22112/04, Strike Out Decision of 29 April 2008.

144 Holdinglere örnek olarak bkz. *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No.48553/99, Judgment of 25 July 2002.

klüpleri"[145]) siyasi partilere[146] kadar çok geniş bir çeşitlilik göstermektedir. Ve burada örneklenen kategorilerin sınırlı sayıda olmadıkları vurgulanmalıdır. Üstelik, zikredilen ortakların paylarına yabancıların sahip olması durumu değiştirmez.[147]

Şunu da eklemek yararlı olabilir: Bir tüzel kişinin ve özellikle ticari şirketin herhangi bir Taraf Devlet aleyhine AİHM'e başvuruda bulunabilmesi için, o Devlette kayıtlı/tescilli olmasına gerek yoktur. Bir başka deyişle, tüzel kişinin tabiiyeti ya da vatandaşlığı/uyrukluğu[148] herhangi bir önem arz etmez. Burada önem taşıyan unsurlar **i) AİHS**'ne Taraf bir Devletin "yargı yetki alanı" (*jurisdiction*) içinde bulunmak ve **ii)** o Devlete atfedilebilir bir tasarruftan etkilenmiş olmaktır.[149]

Üstte anılan unsurlar özellikle, merkezi/yönetim yeri, aleyhinde şikayette bulunulacak Taraf Devletten başka bir Devlette bulunan tüzel kişiler için önem arz eder. Buna göre, tüzel kişinin, hiçbir uyrukluk ilişkisi olmaksızın, operasyonlarını yürüttüğü Sözleşme Tarafı Devlete karşı AİHM önünde dava açması mümkündür.

Örneğin, Almanya'da kayıtlı Allgemeine Gold- und Silberscheideanstalt AG (AGOSI) isimli bir ticari şirket (*joint stock company/aktienge-*

---

145 Futbol klüplerine örnek olarak bkz. *FC Mretebi v. Georgia*, App. No.38736/04, Judgment of 31 July 2007.

146 Siyasi partilere örnek olarak bkz. *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, App. No.19392792, Case No.133/1996/752/951, Judgment of 30 January 1998; *Socialist Party and Others v. Turkey*, App. No.21237/93, Case No.20/1997/804/1007, Judgment of 25 May 1998; *Presindential Party of Mordovia v. Russia*, App. No.65659/01, Judgment of 5 October 2004; *United Macedonian Organisation Ilinden-Prin and Others v. Bulgaria*, App. No.59489/00, Judgment of 20 October 2005; *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, App. No.28793/02, Admissibility Decision of 22 March 2005; *The Liberal Party and Others v. the United Kingdom*, App. No.8765/79, Admissibility Decision of 18 December 1980, **DR 21**, sf:211-225.

147 *Bimer S. A. v. Moldova*, App. No. 15084/03, Judgment of 10 July 2007 (Paylarına Amerikalı, Bahamalı ve Moldovalı yatırımcıların sahip olduğu ve Moldova hukukuna göre kurulmuş şirket).

148 Tüzel kişilerin ve özellikle ticari şirketlerin "tabiiyeti" ya da "vatandaşlığı/uyrukluğu" hususunda bkz. Tuğrul Arat, **Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti**, AÜHF Yayınları No. 269, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970; Gülören Tekinalp, "*Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı*", **Cumhuriyetin 50. Yıldönümü İçin Armağan-Cumhuriyet Döneminde Hukuk**, İÜHF Yayın No:421, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, sf:551-579; Ignaz Sedl-Hohenveldern, **Corporations in and under International Law**, Cambridge Grotius Publications Limited, Printed in Great Britain, 1987, sf:7-13; Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri - II. Kitap**, Turhan Yayınları, Ankara, Gözden geçirilmiş 4. Baskı, 1996, sf:62-63, 214; Rona Aybay, **Vatandaşlık Hukuku**, Aybay Yayınları, İstanbul, 2003, sf:9-10, 254-256; Kangal, **a.g.e.**, sf: 38-39.

149 Bilindiği üzere, AİHM'e başvurmak için aleyhine başvuru yapılacak Devletin vatandaşı olmak koşulu aranmamaktadır. Bu ilke tüzel kişiler bakımından da tescil gerekliliğinin bulunmaması formunda caridir. Bu esneklik Sözleşmenin 1. Maddesinden kaynaklanmaktadır.

selllschaft) Birleşik Krallık aleyhine bir başvuruda bulunmuştur ve Mahkeme adı geçen şirketin başvurusunu esastan incelemiştir.[150] Daha güncel bir örnek olarak, Türkiye'de kayıtlı bir anonim şirket olan Bosphorus (Boğaziçi) Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi, İrlanda Devleti aleyhine başvuruda bulunmuş ve başvurusu Mahkeme Büyük Dairesi tarafından 2005 yılı içerisinde hükme bağlanmıştır.[151] Bir başka örnekte, Almanya'da kayıtlı bir limited şirketin (Gesellschaft mit beschranker Haftung) Hollanda aleyhine başvuruda bulunduğu görülmektedir.[152] Yine Avusturya'da kayıtlı bir şirketin hem Birleşik Krallığa hem de Almanya'ya karşı iki ayrı dava açtığını görmekteyiz.[153] Batı Avrupada faaliyet gösteren şirketlerin Eski doğu bloku Devletlerinde yaptıkları yatırımlara dair uyuşmazlıklar da AİHM önüne gelmiştir.[154] Eski doğu bloku Devletlerindeki şirketler de, komşularında yatırım yapabilmektedir: Örneğin Rusya'da kayıtlı bir holding (bu holdingin Rusya'daki hukuki statüsü limited şirkettir) Ukrayna'ya karşı mülkiyet hakkı eksenli bir başvuruda bulunmuş ve AİHM bu holdingi haklı bulmuştur.[155]

Bütün bu örneklerin yanında, merkezleri Avrupa kıtasında bulunmayan şirketlerin de, merkezleri dünyanın neresinde olursa olsun, ya da hangi Devlette kayıtlı olursa olsunlar, mülkiyet hakkı ihlal iddialarını Mahkeme önüne götürebileceklerini not etmek yerinde olur.[156] Joint

---

150 *AGOSI v. the United Kingdom*, Case No.14/1984/86/133, Judgment of 24 October 1986, Series A No. 108. Bu vakada (App. No.9118/80) Komisyonun 09/03/1983 tarihli kabuledilebilirlik kararı için bkz. **DR 32**, sf:159-174.

151 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, App. No.45036/98, GC Judgment of 30 June 2005.

152 *Gasus Dosier- und Fördertchnik GmbH v. Netherlands*, App. No.15375/89, Case No.43/1993/438/517, Judgment of 23 February 1995. Bu açıdan ayrıca bkz. Semih Gemalmaz, **AİHM Kuralları Şerhi**, sf:376 ve dn.326.

153 *Lenzing v. the United Kingdom*, App. No.38817/97, Admissibility Decision of 9 September 1998; *Lenzing v. Germany*, App. No.39025/97, Admissibility Decision of 9 September 1998.

154 *Unistar Ventures GMBH v. Moldova*, App. No. 19245/03, Judgment of 9 December 2008.

155 *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No.48553/99, Judgment of 25 July 2002.

156 Birleşik Krallıkta kayıtlı çok uluslu bir şirkete ilişkin bir başvuru olarak bkz. *British-American Tobacco Company LTD. v. Netherlands*, Case No.46/1994/493/575, Judgment of 20 November 1995, Series A No.331. Bu açıdan ayrıca bkz. Semih Gemalmaz, **AİHM Kuralları Şerhi**, sf:375-376.

Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nin Illinois Eyaletinde kayıtlı bir tüzel kişinin yaptığı başvuru örneği olarak bkz. *University of Illinois Foundation v. Netherlands*, App. No.12048/86, Admissibility Decision of 2 May 1988.

ABD'de kayıtlı şirketlerin yaptığı başvuru örnekleri olarak bkz. *Brown & Williamson Tobacco Corporation v. Finland*, App. No.23749/94, Admissibility Decision of 3 December 1996; *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, App. No.73049/01, Second Section Judgment of 11 October 2005 ve GC Judgment of 11 January 2007.

Venture (Ortak Girişim) niteliğindeki oluşumların da bu bağlamda zikredilmesi mümkündür.[157]

C) Kamu Hukuku Tüzel Kişileri

Kamu hukuku tüzel kişileri ya da kamusal yetkileri kullanan tüzel kişilerin başvurucu olamamasının temelinde Sözleşmenin 34. Maddesi bulunmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu Madde uyarınca Mahkemeye ancak gerçek kişiler, hükümetler-dışı örgütler ve birey grupları başvurabilir. Kamu hukuku tüzel kişileri ya da kamusal yetkileri kullanan tüzel kişiler bu üç kategoriye de girmemektedirler. Zaten tüzel kişiler sadece hükümetler-dışı örgüt kategorisi altında incelenmektedir.

Eğer bir tüzel kişi hukukun kamu kesimine dahilse, artık o tüzel kişi **AİHS** Madde 34 anlamında HDÖ'nün karşıtı olan *mülki* (*governmental*) örgüt olarak kabul edilir.[158] Mülki örgütler Devletin organı niteliğinde olduklarından, başvurucu olarak kabulleri Devletin kendini dava etmesi gibi garip bir durumu ortaya çıkarır.[159] Bu sebeple Strasbourg yargısında mülki örgütlerin başvurucu olamayacakları yerleşmiş bir standarttır.

Ancak, ne **AİHS** sisteminde ne de genel olarak ulusalüstü insan hakları hukuku ile uluslararası hukukta HDÖ ve bunun karşıtı konumundaki *mülki* (*governmental*) örgütün tanımı yapılmıştır.[160] Literatürde HDÖ'lere tanım vermeye çalışan birçok çalışma mevcuttur. Bunların ortak bir paydada buluşabildiği ise söylenemez. Ancak bazı unsurlar açığa

---

İran İslam Cumhuriyetinde kayıtlı Devlete ait bir şirketin başvurusu için bkz. *The Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Partial Admissibility Decision of 10 April 2003, Judgment of 13 December 2007.

Seysel Adalarında kayıtlı ve idare merkezi Londra'da bulunan bir şirketin başvurusu için bkz. *Regent Company v. Ukraine*, App. No. 773/03, Judgment of 3 April 2008.

157 Ukrayna-İspanya joint venture (ortak girişimi) niteliğindeki bir teşebbüsün başvurusu için bkz. *Intersplav v. Ukraine*, App. No.803/02, Judgment of 9 January 2007.

158 Broek, **a.g.m.**, sf:65; Howard Davis, "*Public Authorities as 'Victims' Under the Human Rights Act*", **Cambridge Law Journal**, Vol. 64, No. 2, July 2005, sf:315-328, 319. Davis'e göre, Sözleşmenin 34. Maddesi zorunlulukla kamu tüzel kişilerini başvuru yapmaktan dışlıyor değildir. Sözleşmenin *Hazırlık Çalışmalarına* atıf yapan yazar devamla, hukuki statüleri açık olmayıp, kamu yararı güden ama devletin dışında olan örgütlerin (*non-state public interest groups*) 34. Madde kapsamında düşünülebileceğini ileri sürmektedir.

159 Krş. *The Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007, para.81.

160 Uluslararası hukuk bakımından aynı yönde bir saptama için bkz. Menno Kamminga, "*The Evolving Status of NGOs under International Law: A Threat to the Inter-State System?*", **Non-State Actors and Human Rights**, (Ed. Philip Alston), Academy of European Law, Oxford University Press, 2005, sf:93-111, 95.

çıkartılabilir. Örneğin, hükümetten/devletten bağımsız olmak, siyasal iktidar amacı gütmemek ve güden oluşumlardan da bağımsız olmak bu unsurların başında gelmektedir. Üstelik literatürde artık yeni bir kavram da kullanılmaktadır: "Devlet Dışı Aktörler" (*Non-State Actors*). Bu kavramla geniş anlamda HDÖ kavramı büyük ölçüde örtüşmektedir.[161] Literatürde görülen belirsizlik içtihada yansımıştır. AİHM, ne HDÖ tanımı ne de mülki (governmental) örgüt tanımı vermektedir. Sadece somut olay özelinde başvurucu örgütün hangi kategoriye girdiğiyle ilgilenmekle yetinmektedir.[162] Üstelik AİHM'in HDÖ anlayışıyla genel olarak literatürdeki HDÖ anlayışının bazı noktalardan uyuşmazlık gösterdiği söylenebilir.

Bu bağlamda siyasi partilerin Sözleşme Madde 34 anlamında HDÖ olarak kabul edildiğini yeniden vurgulamak yerinde olacaktır. Strasbourg organları içtihadında oldukça uzun süredir siyasi partilerin başvurucu olabilecekleri kabul edilmektedir. Oysa doğaları gereği siyasi partiler, iktidarı ele geçirmeye çalışan örgütlenmelerdir. Bu açıdan "hükümet" olma amacı güderler.[163] Ayrıca sıkı surette Devlet kontrolü altında bulunmaktadırlar. HDÖ ve mülki (governmental) örgüt karşıtlığı açısından bakıldığında siyasi partilerin başvurucu olarak kabulü tartışılabilir bir nitelik arz etmektedir. Buna rağmen, neredeyse hiçbir kararda Strasbourg organları siyasi partilerin "hükümetler-dışı örgüt" olma vasfını, siyasi partilerin insanları ortak bir yarara (common interest) yönelik olarak bir araya getirdiği gerekçesiyle, bir sorun olarak görmemiştir.[164]

Eğer belirsizlik ve tutarsızlık denemeyecekse, en azından söylenebilecek olan bu istisnaların genişliği karşısında, Strasbourg organlarının hangi ölçütler çerçevesinde bir kamu tüzel kişisini mülki örgüt addettiğini belirlemek, mülkiyet hakkının öznelerini ortaya koymak bakımından gereklidir. Bu incelemeyle, günümüzün girift mülkiyet ilişkilerinin AİHM önüne ne dereceye kadar yansıyabileceğine ilişkin veriler de elde etmek olasıdır.

---

161 Genel olarak bkz. Philip Alston (Ed.), **Non-State Actors and Human Rights**, Academy of European Law, Oxford University Press, 2005.

162 Geniş içtihat örnekleri için bkz. Christoph Schwaighofer, "*Legal Persons, Organisations, Shareholders as Applicants (Article 25 of the Convention)*", **The Birth of European Human Rights Law: Liber Amicorum Carl Aage Norgaard**, eds. Michele de Salvia – Mark E. Villiger., Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, sf:321-331, 322-325.

163 Ergun Özbudun'a göre, "siyasi partileri, halkın desteğini sağlamak suretiyle devlet mekanizmasının kontrolünü ele geçirmeye ve sürdürmeye çalışan, sürekli ve istikrarlı bir örgüte sahip siyasal topluluklar olarak" tanımlamak mümkündür. Bkz. Ergun Özbudun, **Siyasal Partiler**, AÜHF Yayın No:409, Sevinç Matbaası, İkinci Bası, 1977, Ankara, sf:4. Ayrıca bkz. Kamminga, **a.g.m.**, sf:96.

164 *The Liberal Party and Others v. the United Kingdom*, App. No.8765/79, Admissibility Decision of 18 December 1980, **DR Vol. 21**, sf:211-225, 222.

Strasbourg organlarının konuya ilişkin içtihatlarının incelenmesi ikili bir model bağlamına oturtulduğunda, incelemeden elde edilecek veriler daha anlamlı hale gelecektir. Böyle bir model, kamu tüzel kişilerinin idare hukuku ve kamu yönetimi disiplinleri çerçevesinde bölümlenmesi çerçevesinde oluşturulabilir. Bilindiği üzere, idare hukuku ve kamu yönetimi bağlamında Devlet, geniş anlamda kamu hizmetlerini gerçekleştirmek üzere vardır.[165] İşte idare hukuku ve kamu yönetimi disiplinleri, kamu hizmeti gören kamu tüzel kişilerini "merkezden yönetim" ve "yerinden yönetim" tüzel kişileri olarak ikiye ayırır.[166]

Merkezden yönetim kapsamındaki kamu tüzel kişileri, kamu idaresi niteliğinde olup mülki özellik gösterirler. Buna göre **AİHS** Madde 34 anlamında HDÖ olarak değerlendirilmezler. Merkezi yetkilerin çevreye dağıtılması anlamına gelen yerinden yönetim tüzel kişileri ise daha karmaşık bir hukuki yapı gösterir. Yerinden yönetim tüzel kişilerinin bir kısmı yer yönünden yönetim idareleridir (örneğin, il özel idaresi, belediye, köy gibi) – ki buna yersel kamu tüzel kişileri veya idareleri denebilir. Yer yönünden yönetim idareleri bir bölgede yaşayan herkese genel nitelikli çeşitli kamu hizmetlerini götürür. Diğer yerinden yönetim tüzel kişi kategorisi ise hizmet yönünden kamu kurumlarıdır. Bunlar ise sektörel bazda belirli bir kamu hizmeti görürler ve bu açıdan uzmanlık ilkesi meridir.[167] Çalışmanın bu alt bölümünün amaçları bakımından kamu tüzel kişilerinin yer yönünden yerinden yönetim (yersel) tüzel kişileri ile hizmet yönünden yerinden yönetim tüzel kişileri ayrımı çerçevesinde sınıflamak, ileri sürülecek fikirlerin ve geliştirilecek ölçütlerin teorik açıdan temellendirilebilmesine yardımcı olabilir.[168]

---

165 Genel olarak bkz. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, I. Cilt,** İsmail Akgün Hak Kitabevi, İstanbul, Üçüncü Bası, 1966, sf:13-38; Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt 1**, Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, Ocak 1998, Ankara, sf:433-438. Eleştirel olarak bkz. Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti-Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan Yay., Ankara, 2002, sf:17-45; Kemal Gözler, **İdare Hukuku, Cilt I**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003, sf:62-65. Ayrıca sınıfsal eleştiri için bkz. Monique Weyl-Roland Weyl, **Gerçekte ve Eylemde Hukuk'un Payı**, (çev. Şiar Yalçın), Konuk Yayınları, Birinci baskı, Mart 1975, İstanbul, sf:130-136.

166 Genel olarak bkz. Sıddık Sami Onar, **II. Cilt**, sf: 589-639; Gözübüyük-Tan, **Cilt 1**, sf:123-135; Vakur Versan, **Kamu Yönetimi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 8. baskı, 1984, sf:72-102; Turgay Ergun, **Kamu Yönetimi**, TODAİE Yay, Birinci Baskı, Ekim 2004, Ankara, sf:149-151; Gözler, **Cilt I**, sf:120-129, 151. Krş. Karahanoğulları, **a.g.e.**, sf:281-311.

167 Gözler, **Cilt I**, sf:152-154; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 8. baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, sf:67.

168 İngiliz ulusal hukuku çerçevesinde (Human Rights Act) ve dolayısıyla **AİHS** ışığında konuya yaklaşan Davis böyle bir ayrım yapmamakta ve kanımca metodolojik bir hataya düşmektedir. Bkz. Davis, **a.g.m.**, sf:315-328.

1) Yersel (Territorial) İdareler Tüzel Kişileri Açısından

Yersel (*territorial*) kamu tüzel kişisi/idaresi kavramı, yerel ya da bölgesel olarak iki düzlemde ele alınabilir. Her iki durumda da, merkezi yetkilerin çevreye dağıtılması yoluyla yerinden yönetim söz konusudur. **AİHS** sistemi bakımından, başvurucu yersel idarenin, federal veya üniter bir Devletin parçası olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.[169] Strasbourg organlarının yersel idarelerin merkezi Devlete (ve organlarına) karşı başvuru yapamayacakları konusunda son derece istikrarlı kararları bulunmaktadır. Bu kararların temelinde üç ölçüt yatmaktadır.

a) Devlet Adına Kamusal İşlev İfa Etme

Örneğin, **AİHS** sisteminde AİHK öncü kararlarının birinde açıkça bu ölçüyü kullanmış ve başvurucu yersel idarenin "Devlet adına" ("*on behalf of the State*") kamusal bir işlev görmesinden ötürü başvuruyu kişi bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddetmiştir. Komisyona göre, kamusal işlev ifa eden örgütlenmeler "açıkça" *mülki kurum* (*governmental organisation*) olup bu husus hükümetler-dışı örgüt kategorisinin zıttıdır. Komisyon ayrıca başvurucu yersel idarenin birey grubu sayılamayacağını da belirtmiştir.[170] Komisyon bu içtihadını bir başka vakada küçük bir farkla teyit etmiştir. Bu ikinci vakada başvurucu yine bir yersel idaredir. Komisyon kabuledilemezlik kararında başvurucu yersel idarenin "Devlet adına" görev ifa ettiğini açıkça vurgulamamıştır.[171]

Komisyon 90'ların başında verdiği bir kararla bu meseleyi netliğe kavuşturmuştur. AİHK yine bir yersel idarenin yaptığı başvuruda, önceki paragrafta zikredilen kararlarına da atıf yaparak, "resmi görevleri" ("*official duties*") yerine getiren kamu hukuku kuruluşlarını ("*public law bo-*

---

169 Merkezi yetkilerin çevreye dağıtılması anlamına gelen "yerinden yönetim" kavramı "decentralization", bir siyasal sistemde yetkilerin tek bir merkezde toplanmadığı anlamına gelen "merkeziyetçi olmama" kavramı ise "non-centralization" terimlerinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bkz. Oktay Uygun, **Federal Devlet**, Genişletilmiş 3. Baskı, XII Levha Yayıncılık, Kasım 2007, İstanbul, sf: 115-116.

170 (App. No.5767/72 and others), Unreported, Admissibility Decision of 31 May 1975, **Collection 46**, p.118 (125)'den aktaran **Digest of Strasbourg Case-Law relating to the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, Volume 4 (Articles 13-25), Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1985, sf:355, 356-357. Bu karara doktrindeki çalışmalarda atıf yapılmaktadır. Bu atıflardan anlaşıldığına göre, başvuru Avusturya'ya karşı birden çok yerel idare tarafından açılmış olup kabuledilmezlik kararı Yearbook XVII (1974), p. 338 (352)'de yayımlanmıştır. Bu bilgi için bkz. **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**, sf:53, dn.141, (revised by Leo Zwaak). H. C. Krüger – C. A. Norgaard, **a.g.m.**, sf: 666'da ise bu kararın tarihi olarak "31 May 1974" gösterilmiştir. Ayrıca karara değinen bir çalışma olarak bkz. Den Broek, **a.g.m.**, sf: 65-66.

171 *Rohtenthurm Commune v. Switzerland*, App. No.13252/87, Admissibility Decision of 14 December 1988, **DR Vol. 59**, sf:251-255.

dies") mülki kurum ("*governmental organisation*") addetmiştir. Komisyon ek olarak, uluslararası hukukta "mülki kurum" teriminden öncelikle Hükümet veya Devletin merkez/temel organlarının anlaşılacağını belirtmektedir. Komisyon devamla ve yine uluslararası hukuka dayanarak, bunların yanı sıra, merkezi yetkilerin çevreye dağıtıldığı hallerde, kamusal işlev ifa eden herhangi bir ulusal makamı da "mülki kurum" kavramı içinde düşünmektedir. Komisyon sonuçta başvuruyu kişi yönünden yetkisizlik temelinde kabuledilemez bulmuştur.[172]

b) Genel Yarar/Kamu Yararı Gütme

Yersel idarelerin başvurucu olmasını ve dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlalini ileri sürmelerini engelleyen bir diğer içtihadi ölçüt, yerel idarenin "genel yarar/kamu yararı" adına tasarrufta bulunuyor olmasıdır. Mülkiyet hakkı eksenli bir başvuruda AİHM bu hususu ele almıştır.

Antil Bölgesel İdaresi (Municipal Section of Antilly), Fransa'ya karşı açtığı davada, mülkiyetinde bulunan orman, mera, belediye binası gibi malları üzerinde tasarrufta bulunmasına engel olan ulusal yargı kararlarının, *inter alia*, mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştü. Mahkeme ise, başvurucu yersel idarenin yetkilerinin kanunla belirlenmiş olduğunu belirtmiştir. Mahkeme devamla, yersel idarenin görevinin, bölgede ikamet edenlerin bireysel yararları için değil ve fakat genel yarara yönelik olarak ortak mülkiyetin ("*collective property*") ve belirli bölgeye bağlanan hakların/yetkilerin kullanımında yer almak olduğunu vurgulamıştır. Bu gerekçeyle AİHM, başvurucu idarenin kamusal yetki kullandığı sonucuna varmıştır.[173]

c) Özerkliğin Önemsizliği

Yersel İdareler tarafından açılan davalarda, başvurucu yerel idarenin Devletin merkez organlarından bağımsız olduğunu ve bu sebeple başvurucu olarak kabul görmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda başvurucu yersel idareler, iç hukukta Devletin çeşitli organlarına karşı, dava açmak da dahil hukuki işlemlerde bulunabildiklerini belirtmişlerdir. Başvurucu yersel idarelere göre, iç hukukta Devlete karşı hukuki girişimlerde bulunabilmeleri söz konusu idarenin Devletin organı olmadığını göstermektedir.[174]

---

172 *Ayuntamiento de M. v. Spain*, App. No.15090/89, Admissibility Decision of 7 January 1991, **DR Vol. 68**, sf:209-215.

173 *Municipal Section of Antilly v. France*, App. No.45129/98, Admissibility Decision of 23 November 1999.

174 *Province of Bari and Others v. Italy*, App. No. 41877/98, Admissibility Decision of 15 September 1998.

Strasbourg organları başvurucu yersel idarelerin bu argümanlarını kabul etmemiştir. Strasbourg organlarına göre, ne kadar otonom olursa olsun, yersel idarenin tasarrufundan ötürü Devleti Strasbourg organları önünde sorumlu tutmak mümkün olabileceğinden, bu idareler Sözleşmenin bireysel başvuru hakkını düzenleyen 34. Maddesi anlamında Devletin organı olarak mütalaa edilirler. Kaldı ki, yersel idarenin Devlete karşı iç hukukta hukuki girişimlerde bulunabilmesi, ulusal hukuku ilgilendiren ve çoğu kez yetkiye dair problemlere tekabül eden bir husus olup Sözleşme çerçevesinde ele alınmayı gerektirir bir durum oluşturmaz.[175] Her ne kadar Strasbourg organları somut olay çerçevesinde ayrıca belirtmediyse de, idari vesayet müessesesi de yersel idarelerin tasarruflarından ötürü Devletin sorumlu tutulmasını sağlayacak unsurlar arasında yer almaktadır.

Bunların dışında, başvurucu yersel idarelerin, şikayet konusu çerçevesinde hangi hukuka tabi olduklarının da bir önemi bulunmamaktadır. AİHM, belediye gelirlerinin merkezi hükümet tarafından yasal düzenlemelerle azaltıldığını **P1–1** çerçevesinde ileri süren bir yerel idarenin başvurusunda, bağımsızlığın/otonominin bir uzantısı olarak başvurucu yerel idarenin şikayet konusu ulusal tasarruf bağlamında münhasıran bir özel hukuk kişisiymişçesine hareket ettiği varsayılsa dahi, o idarenin Devletin bir organı olma vasfını yitirmediğini kabul etmiştir.[176]

2) Hizmet Yönünden Yerinden Yönetim Kamu Tüzel Kişileri Açısından

Strasbourg organlarının yersel idareler dışında kalan kamu hukuku tüzel kişilerinin merkezi Devlete karşı başvuru yapıp yapamayacakları konusundaki içtihadi birikimini bazı ölçütler çerçevesinde modellemek mümkündür. Temelde, yersel idarelerden farklı olarak, hizmet yönünden yerinden yönetim kamu tüzel kişilerinin bazı hallerde başvurucu olarak kabulünün mümkün olduğu ileri sürülebilir.

a) Anayasa veya Kanunla Nitelendirilme veya Kurulmuş Olma

Bir tüzel kişiye kamu hukuku niteliğini veren en önemli unsurların başında, o tüzel kişinin kamusal karakterinin kanuni bir düzenlemeyle belirlenmiş olması gelmektedir. Buna göre, anayasa ya da kanun bir tüzel kişiyi kamu ya da özel tüzel kişi olarak nitelendirir. Bazen anayasal

---

175 *Province of Bari and Others v. Italy*, App. No. 41877/98, Admissibility Decision of 15 September 1998. Ayrıca bkz. *Danderyds Commun v. Sweden*, App. No.52559/99, Admissibility Decision of 7 June 2001.

176 *Ayuntamiento de Mula v. Spain*, App. No.55346/00, Admissibility Decision of 1 February 2001. Ayrıca aynı yönde bkz. *Danderyds Commun v. Sweden*, App. No.52559/99, Admissibility Decision of 7 June 2001.

ya da kanuni açık bir niteleme olmamasına rağmen, o tüzel kişi anayasa veyahut kanun ile kurulur. Bu durumda da, o tüzel kişinin kamu kesimine dahil olduğu kabul edilir. Anayasa veya kanunla değil de, bunların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak bir idari işlemle kurulan tüzel kişi de bu kategori içinde değerlendirilir ve dolayısıyla kamu tüzel kişisi niteliğini taşır.[177] Doğrudan spesifik bir kanunla kurulma veya nitelendirilme o tüzel kişiyi kamu hukuku tüzel kişisi yaptığı gibi, Sözleşmenin 34. Maddesi anlamında mülki örgüt olarak mütalaa edilmesine de sebep olabilir. Örneğin *Renfe* davasında başvurucu tüzel kişi 24 Ocak 1941 tarihli bir kanunla kurulmuş olan kamu hukuku tüzel kişisidir. Görevleri ve yetkileri hem kuruluş kanunuyla hem de yıllar içerisinde çıkarılan diğer spesifik yasal düzenlemelerle belirlenmiştir. İşte bu durum, Komisyonu, başvurucu tüzel kişinin hükümetler-dışı örgüt olmadığı sonucuna ulaştırmıştır.[178]

Bu içtihadın da gösterdiği üzere, burada kullanılan "kanuni düzenleme" ibaresinden, o tüzel kişinin içinde bulunduğu genel çerçeveye ilişkin mevzuat değil, spesifik olarak o tüzel kişiye ilişkin mevzuat anlaşılmalıdır. Kısacası, burada, "kanunla kurulma" ile "kanuna göre kurulma" arasında bir ayrım yapılmalıdır.

Bu ayrıma rağmen, bazı hallerde, çerçeve kanun dahi bir tüzel kişiyi kamu hukuku tüzel kişisi kılmaya yetebilir. Böyle durumlarda genellikle çerçeve kanun, kurulacak tüzel kişiyi açıkça kamusal makam saymıştır ve bu makama yine mevzuatla kamusal görevlerin ifasına yönelik yetkiler verilmiştir. Örneğin, Resmi İktisatçılar Birliği Genel Konseyi'nin İspanya'ya karşı yaptığı bir başvuruda Komisyon, başvurucu örgütün kanunla belirlenen hukuki bir niteliğinin bulunduğunu ve kamusal görevleri ifa ettiğini vurgulayarak başvuruyu kişi yönünden yetkisizlik temelinde kabuledilemez saymıştır. Oysa ilgili ulusal hukuk düzenlemesine göre, başvurucu örgüt yasayla kurulmamıştır; ilgili kanunda sadece mesleki birlik genel konseylerinin tüzel kişiliğe sahip kamu hukuku kuruluşu olduğu belirtilmektedir.[179]

---

177 İdare hukuku bağlamında genel olarak bkz. Onar, **Cilt II**, sf: 1031-1040; Gözübüyük-Tan, **Cilt 1**, sf: 138-139; Gözler, **Cilt I**, sf:140-146; Günday, **a.g.e.**, sf:67-68.

178 *Renfe v. Spain*, App. No.35216/97, Admissibility Decision of 8 September 1997.

179 *Consejo General de Colegis Oficiales de Economistas de Espana v. Spain*, (App. Nos.26114/95 and 26455/95), Admissibility Decision of 28 June 1995, **DR Vol. 82-B**, sf:150-153.

Aynı muhakeme, örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen **AİHS** Madde 11 bakımından da geçerlidir. AİHM, istikrarlı olarak, kanunla kurulan ve kamusal işlev ifa eden meslek örgütlerini kapsam dışı bırakmaktadır. Örneğin bkz. *National Notary Chamber v. Albania*, App. No. 17029/05, Admissibility Decision of 6 May 2008.

Anayasa veya kanunla kurulmuş olma ölçütünün tek başına Sözleşme Madde 34 anlamında belirleyiciliği yoktur. Bu ölçüt belki bir tüzel kişinin kamu kesimine ait olduğunu gösterebilir ama bu durum zorunlulukla o tüzel kişiyi mülki örgüt kılmaz. Nitekim AİHM, *Radio France* davasında, kanunla kurulmuş bulunan başvurucu ulusal Radyo'nun AİHS'de yer alan çeşitli hakların öznesi olduğunu kabul etmiştir.[180] Nihayet, yine bir yayın kuruluşunun, Österreichischer Rudfunk'un (Austrian Broadcasting Corporation/Avusturya Yayın Kurumu) şikayetçi olduğu bir davada Mahkeme *Radio France* içtihadını teyit ederek yasayla kurulmuş olma ölçütünü ikincil plana atmıştır.[181] Oysa, tıpkı *Renfe* davasında olduğu gibi, Radio France'nın ve Österreichischer Rudfunk'un görev ve yetkileri kurucu kanunlarında düzenlenmişti. Yani Mahkeme, yasayla kurulmuş olma ölçütüne belirleyici bir önem atfetmemiştir.

b) Amaç Ölçütü

aa) Mevcut İçtihatlarda Kamu Hizmeti Amacı

Strasbourg organları içtihadında bir kamu hukuku tüzel kişisinin mülki örgüt olarak kabulüne yol açan ölçütlerin ikincisi, o örgütün geniş anlamda kamu hizmeti görme amacına yönelik olarak faaliyette bulunmasıdır. İçtihatlara göre, bir tüzel kişi kamu hizmeti görme amacına özgülenmişse ve kâr amacı gütmüyorsa, o örgüt mülki bir örgüttür ve dolayısıyla dava ehliyetine sahip değildir.

Strasbourg organları içtihadı bu konuda son yıllara kadar son derece katı şekilde bu ayrımı benimsemiş ve buna göre karar üretmiştir. Örneğin, *Renfe* davasında, AİHK başvurucu tüzel kişinin, İspanyol Ulusal Demiryollarını işletmekle görevli olduğunu ve bu sebeple bu tüzel kişinin Devlet Demiryollarının sahip olduğu yetkileri kullanarak demiryollarının hizmetinin işletilmesinde toplumsal bir amaç güttüğünü tespit etmiştir. Buradan hareket eden AİHK, söz konusu başvurucu tüzel kişinin, spesifik bir kanunla kurulup düzenlenmiş olmasını da göz önünde bulundurarak, Sözleşmenin Madde 34 anlamında başvurucu olamayacağına karar vermiştir.[182]

---

180 *Radio France v. France*, App. No.53984/00, Admissibility Decision of 23 September 2003, paras.24, 26. Aslında bu yolu daha önce AİHK açmıştı. Yine kanunla kurulmuş olan BBC'nin Birleşik Krallık aleyhine açtığı davada kabuledilmezlik kararı vermiş olmasına rağmen Komisyon, bunu özellikle ihlal iddialarının açıkça temelsiz olduğu gerekçesiyle yapmış, bilinçli olarak BBC'nin Sözleşme Madde 34 (o dönemde 25) anlamında HDÖ olup olmadığını tartışmamıştır. Bkz. *British Broadcasting Corporation v. United Kingdom*, App. No. 25798/94, Admissibility Decision of 18 January 1996, para. 1 (The Law).

181 *Österreichischer Rudfunk v. Austria*, App. No.35841/02, Judgment of 7 December 2006, paras.19-31, 46-54.

182 *Renfe v. Spain*, App. No.35216/97, Admissibility Decision of 8 September 1997.

Eğer başvurucu kamu tüzel kişisi kamu hizmeti görmemekte ise, diğer ölçüt unsurlarının rolünü göz ardı etmeksizin, Mahkeme önünde dava ehliyetine sahip olarak mütalaa edilebilir. Somutlaştırılacak olunursa, kamu tüzel kişisi ticari faaliyet güttüğü ölçüde klasik anlamda kamu hizmeti yapmamış olacak ve Sözleme Madde 34 anlamından hükümetler dışı örgüt olarak haklarını AİHM önünde arayabilecektir. Nitekim yakın tarihli bir hükmünde AİHM, İran İslam Cumhuriyeti Devletine ait bir kamu tüzel kişisinin yaptığı başvuruda, söz konusu tüzel kişinin kamu hizmeti görmemesine özel vurgu yapmıştır.[183] Buna karşılık, 2009 yılı başında verilen bir kabuledilemezlik kararında AİHM, kamu kesimine ait başvurucu şirketin Devlet tarafından idare ediliyor olduğunu ve mülki ve idari yetkilere sahip olarak Devletin kömür endüstrisindeki kamu hizmeti görevinin sağlanmasında rol oynadığını tespit ederek kişi bakımından (*ratione personae*) yetkisizlik sonucuna ulaşmıştır.[184]

bb) Kamu Yönetimi Amaçları – Kamu Hizmeti Amacı Ayrımı

Aslında Strasbourg organlarının kamu hizmeti görme ölçütünü kavrayışı, 20. yüzyılın ilk yarısında geçerli olan anlayışı yansıtmaktadır. Bu kavrayışta kamu hizmetinin piyasa tarafından sağlanması mümkün olmayan ihtiyaçların kamu gücü eliyle karşılanması anlayışı yatmaktadır. Oysa en azından 70'li yıllardan bu yana kamu hizmeti, sadece kamusal makamlar ya da kamu hukuku tüzel kişileri eliyle değil, kâr amaçlı özel hukuk tüzel kişileri eliyle de yürütülebilmektedir.[185] Üstelik bugün özel sektör bazı Devletlerden mali yönden daha büyüktür. Teknolojik gelişmeyle birlikte teorik olarak, sadece Devletin yapabileceği ve özel sektörün karşılayamayacağı bir hizmet alanı bulunmamaktadır.[186] Kısacası, kamu hizmeti görme ölçütü belirsiz hale gelmiş ve klasik anlamını yitirmiştir. Bu ölçüt AİHM içtihadında bu haliyle varlığını sürdürecek olursa, kamu hizmeti gören ve tamamen özel hukuk tüzel kişisi olan, ama Devlet tarafından kamuya yararlı tüzel kişi niteliği verilen[187] potansiyel baş-

---

183 *The Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007, para.80. Ayrıca bkz. *Ukraine-Tyumen v. Ukraine*, App. No. 22603/02, Judgment of 22 November 2007, para. 27.

184 *State Holding Company Luganskvugillya v. Ukraine*, App. No. 23938/05, Admissibility Decision of 27 January 2009.

185 Bkz. Karahanoğulları, **a.g.e.**, sf:311-342. Ayrıca sınıfsal bir saptama için bkz. Weyl-Weyl, **a.g.e.**, sf:131-134.

186 Markus Krajewski, "*Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*", **Journal of International Economic Law**, Vol. 6, No. 2, 2003, sf:341-367, 343-344.

187 Böyle bir dava Komisyon önünde görülmüştür. Başvurucu tüzel kişi, uyuşturucu mağdurlarına yönelik bir rehabilitasyon merkezi işleten özel hukuk tüzel kişisidir. Davalı Avusturya Devleti, bu tüzel kişiye kamuya yararlı dernek statüsü vermiş ve buna bağ-

vurucuların mülkiyet hakkı eksenli şikayetlerinin görülme olasılığı azalır. Oysa yukarıda gösterildiği üzere, özel hukuk tüzel kişileri AİHM'e mülkiyet hakkı konulu şikayetleri götürebilmektedir ve AİHM bu başvuruları kişi bakımından yetki açısından incelerken, söz konusu başvurucu özel hukuk tüzel kişisinin kamu hizmeti görüp görmediğiyle doğrudan ilgilenmemektedir.[188]

Diğer yandan kamu hizmeti teorisinde kavramsal değişimler söz konusudur. Bu yeni kavramlar hem yeni hizmet kategorileri oluşturmakta hem de Devletin kamu hizmetini gerçekleştirmekteki rolündeki dönüşümde odaklaşmaktadır. Bu dönüşüm özellikle endüstriyel, ticari, eğitim ve güvenlik kamu hizmetleri alanlarında gözlemlenmektedir.[189] Dolayısıyla, kamu hizmeti ölçütünün, Strasbourg organları tarafından hali hazırdaki kullanımı pek gerçekçi gözükmemektedir.

Buradan hareketle, kamu yönetimi amaçları için kurulmuş olmak ile bundan bağımsız olarak kamu hizmeti sağlama amaçları için kurulmuş olmanın birbirinden ayrılması gerektiği ileri sürülebilir.[190] Kamu yönetimi amaçları güden kamu hukuku tüzel kişileri, münhasıran Devlet adına işlev görmektedir ve dolayısıyla mülki örgüt olarak kabul edilmelidirler. Bu ayrımın temelinde kamu hizmetinin kurucusu ve denetleyeni ile işletenin

---

lı avantajlardan yararlanmasını sağlamıştır. Komisyon bu niteliklerin başvurucu tüzel kişinin Sözleşme Madde 34 anlamında HDÖ olma vasfını zedelemediği sonucuna varmıştır. Bkz. *Verein Kontakt-Information- Therapie and Siegfried Hagen v. Austria*, App. No.11921/86, Admissibility Decision of 12 October 1988, **DR Vol. 57**, sf:81-90, 88. Ayrıca bkz. Schwaighofer, **a.g.m.**, sf:324-325.

188 Benzer noktaya dikkat çeken bir çalışma olarak bkz. Davis, **a.g.m.**, sf:321. Ancak yazarın somut örnek göstermeden sadece mantıki tahminle fikir yürüttüğünü belirtmek gereklidir.

189 Genel olarak bkz. Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, TODAİE Yay. No. 210, Ankara, 1984, sf:117-126, 175-200; Ali Ulusoy, "*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*", **Günışığında Yönetim**, İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, sf:267-290; Karahanoğulları, **a.g.e.**, sf:133-153, özellikle 141-153; Gözübüyük-Tan, **Cilt 1**, sf:439-440; Gözler, **Cilt II**, sf:237-243; Krajewski, **a.g.m.**, sf:343-347, 361-366.

190 Bu ayrımda idare hukukundan esinlenilmektedir. Bu esinlenilme iki boyutludur. Birincisi, idare hukukunda bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğunun saptanmasında kullanılan ölçütlerden biri olarak, kamu hizmetiyle genel hizmet kavramları arasında yapılan ayrımda odaklaşmaktadır (bkz. Onar, **Cilt II**, sf:1043.). Bu çalışmanın amaçları bakımından ve AİHM kararları ışığında kamu hizmeti-genel hizmet ayrımını kamu yönetimi amaçları-kamu hizmeti amaçları şeklinde uyarlamak mümkündür. İkincisi, idarenin bütün faaliyetleri bakımından kamusal işlev kavramı ile kamu hizmeti kavramları arasındaki farktır. Bu ayrıma göre, Devlet/idarenin bütün faaliyetleri kamusal faaliyettir ancak bütün kamusal faaliyetler kamu hizmeti değildir (bkz. Karahanoğulları, **a.g.e.**, sf:51-54). İdare hukukundaki kamusal faaliyet-kamusal hizmet ayrımı da, metinde yapılan kamu yönetimi amaçları-kamu hizmeti amaçları ayrımıyla Sözleşme hukuku çerçevesinde örtüşüyor gibi gözükmektedir.

farklılaşması yatmaktadır.[191] Yeni kamu hizmeti teorisinde Devletin rolünün kamu yönetimi amaçları bakımından sadece hizmetin kurucusu ve denetleyicisi olmaktan ibaret olduğu söylenmektedir. Eğer Devlet hizmeti bir de doğrudan işletirse, bozacının şahidi şıracı durumu ortaya çıkar. Bu sebeple hizmetin işleteni Devletten farklılaşmalıdır.[192] Bu ayrım uyarınca, hizmet alanını düzenleme ve denetleme yetkisini haiz kamu tüzel kişileri **AİHS** Madde 34 anlamında mülki örgüt addedilecek, diğer yandan bu kamu tüzel kişisinin denetlediği kamu tüzel kişisi ise HDÖ olarak kabul edilebilecektir (bu konuda aşağıda "özerklik" ölçütüne bkz.).

Strasbourg organlarının da, oldukça ilkel formda olmakla birlikte, kamu yönetimi ile kamu hizmetine yönelik amaç kavramı çerçevesinde bir ayrım yaptığını söylemek mümkündür. Hatırlanacağı üzere, kilise ve manastırlar birer kamu hukuku tüzel kişisi olmalarına rağmen başvurucu olabilmektedir. İşte kilise ve manastırlara dava ehliyeti veren unsurlardan biri, onların aleyhinde başvuru yaptıkları Devletin mevzuatına göre kamu yönetimi bloku içinde yer almamaları ve kamu yönetimi amacı gütmemelerdir. Bu noktada kamu yönetimi amaçları ile kiliselerin güttüğü kamu hizmetine yönelik amaçlar örtüşebilir. Ancak böyle bir örtüşme bir kamu hukuku tüzel kişisini zorunlulukla Sözleşmenin 34. maddesi anlamında mülki örgüt kılmaz.[193]

Bununla birlikte, AİHM'in hangi kamu tüzel kişilerinin başvurucu olabileceğine dair en kapsamlı ve önceki içtihatlarını da değerlendiren *Radio France* kararında, kamu yönetimi ile kamu hizmetine yönelik

---

191 Krajewski'ye göre, teknik bakımdan özel sektörün herhangi bir kamu hizmetini karşılayamama olasılığı bulunmadığından aslında kamu hizmetini Devletin üstlenmesi siyasal sebeplere dayanmaktadır. Bu sebeplerin başında da özel sektörün ayrımcılık yapmasının ve hizmet karşılığı fahiş ücret talep etmesinin engellenmesi gelmektedir. Bkz. Krajewski, **a.g.m.**, sf:344. Devlet bu amaçlara sırf denetleyerek de ulaşabilir.

192 Denetleyen-işleten ayrımı kamu hizmeti literatüründe, özellikle Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde dile getirilmektedir. Gerçi orada, bu ayrımla kamu hizmetinin işleteni olarak özel hukuk kişileri vurgulanmaktadır, zira bu ayrımın amacı liberal piyasa ekonomisinde özel girişim ve ticaret özgürlüğünün korunmasıdır. Bkz. Ali Ulusoy, **a.g.m.**, sf:279-281; Karahanoğulları, **a.g.e.**, sf:147-148. Bu Çalışma bakımından ise, kamu tüzel kişilerinin aşağıda ele alınacak özerklik ölçütüyle beraber bu ayrım kapsamında yer alabileceği iddia edilmektedir.

193 *Holy Monasteries and others v. Greece*, App. Nos.13092/87 and 13984/88, Admissibility Decision of 5 June 1990; *Holy Monasteries v. Greece*, Case No.10/1993/405/483-484, Judgment of 9 December 1994, para.49.

Belirtmek gerekir ki, gerek AİHK'in gerekse de AİHM'in bu konudaki ifadeleri netlikten uzaktır. Başvurucular özellikle Kutsal Manastırların kamu yönetimi örgütü içinde yer almadığını ileri sürerek **AİHS** Madde 34 (o zaman yürürlükte olan Madde 25) anlamında dava ehliyetine sahip olduklarını vurgulamışlardı. Başvuruculların bu iddialarını Komisyon da Mahkeme de birebir ele almamış ve metinde gösterildiği gibi Manastırların dava ehliyeti olduğuna karar vermişlerdir. Bu açıdan AİHM'in bu dipnotta atfı yapılan kararı Komisyonunkine göre biraz daha açıklayıcıdır.

amaç kavramı çerçevesinde bir ayrım yaptığına dair herhangi bir veri bulunmamaktadır. Oysa bu davada başvurucu Radio France, kendisini kuran yasal düzenlemelerde kamu hizmetine özgülendiği açıkça belirtildiği için, kamu yönetimine yönelik amaçlar ile geniş anlamda kamu hizmetine yönelik amaçların birbirinden farklı olduğunu vurgulamıştı. Mahkeme başvurucunun bu iddialarını açıkça ele almamış ve hemen aşağıda ele alınan diğer ölçütler çerçevesinde başvurucu kamu tüzel kişisinin şikayetini kişi yönünden kabuledilebilir bulmuştur.[194]

Yine de burada yapılan kamu yönetimi ile kamu hizmetine yönelik amaç ayrımını destekleyen çok yeni bir karardan bahsetmek gerekir. *Österreichischer Rudfunk*'un açtığı davada muhatap Devlet, diğer ilk itirazlarının yanı sıra, söz konusu yayın kuruluşunun kanunla tanımlandığı şekilde kamu hizmeti görevi ifa ettiğini ve bu çerçevede düzenli ve sürekli olarak çeşitli bölgesel/yerel ve ulusal yayın yaptığını ileri sürmüştür. Başvurucu kuruluşun Devlet yetkilerini kullanmadığını gözlemleyen Mahkeme kuruluşun kamu hizmeti sağladığını kabul etmekle birlikte, bu hizmeti Devlet denetimi altında yapıp yapmadığına odaklaşmıştır.[195] Buna göre, AİHM'in kamu yönetimi amaçları için kurulmuş olmak ile bundan bağımsız olarak kamu hizmeti sağlama amaçları için kurulmuş olmayı, kullanılan yetkinin niteliği temelinde birbirinden ayırdığı sonucuna varılabilir.

c) Özerklik ve Bağımsızlık Ölçütü

Özerklik (otonomi) ölçütü, bir tüzel kişinin kamu hizmeti çerçevesindeki amacını gerçekleştirmede devletin siyasal organlarından bağımsızlığına ya da serbestisine vurgu yapmaktadır. Buna göre, tek başına kamu hizmeti görme ölçütüne uygunluk, bir kamu hukuku tüzel kişisini, **AİHS** Madde 34 anlamında hükümetler-dışı örgüt yapmaya yetmemektedir.

Strasbourg organlarının birçok içtihadında başvurucu kamu hukuku tüzel kişisinin kamu hizmeti gördüğü alanda Devletten ne kadar bağımsız ve özerk olduğu sorunsalı, bu tüzel kişinin mülkiliğini belirlemekte kullanılan ölçütlerden biri olmuştur. Tüzel kişinin Devletin mülki/merkez organlarından bağımsızlığı ölçüsünde Sözleşme Madde 34 çerçevesinde başvurucu olarak kabul görme olasılığı artar.

---

194 *Radio France v. France*, App. No.53984/00, Admissibility Decision of 23 September 2003, paras.25-26.

195 *Österreichischer Rudfunk v. Austria*, App. No.35841/02, Judgment of 7 December 2006, Hükümetin itirazı para.39 ("Furthermore the applicant had a public service mandate defined by law obliging it to provide regularly and permanently one region-wide and two nation-wide radio programmes and two nation-wide television programmes") ve AİHM'in cevabı para.49 ("... the Court observes that the applicant undisputedly does not exercise governmental powers. It provides a public service and it therefore remains to be examined whether it does so under government control").

Ancak özerklik ölçütünün kullanımı bazı belirsizlikler içermektedir. Öncelikle içtihadi birikim, özerkliğin derecesine ilişkin bir ipucu içermemektedir. Yani, bir kamu hukuku tüzel kişisinin HDÖ sayılması için Devletin merkez organlarından "tamamen bağımsız" olması mı gerektiği, yoksa "kısmen bağımsız" olmanın yeterli mi olacağı hakkında mevcut içtihattan bir veri çıkarmak güçtür.

Kutsal Manastırlar davasında hem Komisyon hem de Mahkeme, Manastırların Devletin merkez organlarından "tamamen bağımsız" olmalarına belirleyici bir önem atfetmişlerdir.[196] Fakat kararda "tamamen bağımsızlığı" net olarak ortaya koyacak bir unsur yer almamaktadır.

Bu belirsizlikten hareketle, "tam bağımsızlık" derecesinin mutlak olarak aranan ölçü olmadığını ileri sürmek mümkündür. Strasbourg organlarının aradığı özerklik ölçütünün bazı unsurlarına odaklaşmak bu iddiayı destekler nitelikte veriler elde edilmesini sağlayabilir.

aa) Karar Alma Erki

Başvurucu kamu tüzel kişisinin özerkliğini belirlemekte kullanılabilecek unsurların ilki, görevlendirildiği hizmet alanının gereklerini ne şekilde yerine getireceğine yönelik kararları belirleme sürecidir. Eğer bir kamu tüzel kişisi hizmet politikasını tamamen veya büyük ölçüde kendisi belirliyorsa, yani geniş bir takdir yetkisi bulunmaktaysa, o tüzel kişinin Devletin mülki/idari organlarından bağımsız olduğu düşünülebilir. Bunun tersi olarak, hizmet politikası hukuken veya fiilen "yukarıdan" belirleniyorsa, bağımsızlığın/özerkliğin pek de gerçek olmadığı ortaya çıkar. *Radio France* davasında başvurucular bu hususu vurgulamışlardı. Mahkeme ise, değerlendirmesinde başvurucuların bu iddialarını açıkça ele almamıştır.[197] Bu sebeple, içtihatta bu unsurun rol oynayıp oynamayacağını öngörmek güçtür.

Gerçi bu güçlüğün *Österreichischer Rudfunk* davasıyla büyük ölçüde aşıldığı söylenebilir. Muhatap Hükümetin başvurucu kamu tüzel kişisinin bağımsız olmadığı yönündeki argümanları reddederken AİHM, kuruluş kanunu uyarınca söz konusu kamu tüzel kişisinin organlarının haber verme ve benzeri nitelikteki görevlerini yerine getirirken sadece hukukla bağlı olduğunu ve hiçbir şekilde talimat almadığını, kuruluşun gazeteci/haberci çalışanlarının editöryel ve gazetecilik bağımsızlığının

---

196 *Holy Monasteries and others v. Greece*, App. Nos.13092/87 and 13984/88, Admissibility Decision of 5 June 1990; *Holy Monasteries v. Greece*, Case No. 10/1993/405/483-484, Judgment of 09 December 1994, para.49.

197 *Radio France v. France*, App. No.53984/00, Admissibility Decision of 23 September 2003, paras.25-26.

kuruluş kanununca güvenceye alındığını vurgulamıştır.[198] *Österreichischer Rudfunk* kararından hareketle denilebilir ki, özerkliğin/bağımsızlığın göstergelerinden birisi olarak birinci unsurun geçerliliği büyük ölçüde belirginleşmiştir.

Bir alandaki hizmet politikasının hukuken veya fiilen "yukarıdan" belirlenmesinin başvuruculuk statüsüne etkisini göstermesi bakımından 2009 başında sonuçlanan bir karardan bahsetmek mümkündür. Hisselerine kamu kesiminin sahip olduğu şirketin açtığı davada AİHM, bu şirketin hizmet gördüğü kömür endüstrisi alanının tamamen Devlet tarafından düzenlendiğini not ederek, şirketin yetkilerinin, mülkiyeti Devlete ait kömür madenleri açısından bağımlı olarak belirli kamusal işlevleri yerine getirmekten ibaret olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle, karar alma erki olmayan şirketin, Madde 34 anlamında hükümetler dışı örgüt olarak mütalaa edilebilmesi mümkün değildir.[199]

bb) Hesap Verilen Organın Niteliği

Başvurucu kamu tüzel kişisinin, hizmet alanındaki faaliyetleri bakımından hesap verdiği ve giderek kontrolüne tabi olduğu devlet organının niteliği, özerkliğin/bağımsızlığın göstergelerinden ikincisidir. Çünkü hesap verebilirlik, kamusal makamların tabi tutulduğu temel hukuk kurallarının başında gelmektedir.[200] Bu kural, günümüzde, bir devlet ya da hükümet sisteminin demokratikliğinin ve insan haklarına saygısını gösteren ilkelerden biri olarak kabul edilir. Bu nedenle, hesap verilen makam, hesabı veren kamu tüzel kişisinin bağımsızlığını gösterme özelliği taşıyabilir. Örneğin, *Kutsal Manastırlar* davasında Mahkeme, başvurucu Manastırların yerel başpiskoposun (archbishop) ruhani denetimi altında olduklarını ve bunun Manastırların Devletin denetimi altında olmadıkları anlamına geldiğini vurgulamıştır. Manastırları Devletten "tamamen bağımsız" kılan unsurların başında bu husus gelmektedir.[201] *Radio France* davasında da benzer özellikler görülmektedir. Bu davada AİHM, başvuru-

---

198 *Österreichischer Rudfunk v. Austria*, App. No.35841/02, Judgment of 7 December 2006, para.51.

199 *State Holding Company Luganskvugillya v. Ukraine*, App. No. 23938/05, Admissibility Decision of 27 January 2009.

200 Küreselleşme sürecinde sadece kamu makamlarının değil, başta büyük ticari şirketler olmak üzere, özel hukuk tüzel kişilerinin bile hesap verme yükümlülüğü olduğundan bahsedilmektedir (bkz. Ali Paslı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, Gözden geçirilmiş 2. bası, İstanbul, sf:76-81). Gerçekte "sorumluluk" kavramından "hesap verilebilirlik" kavramına geçiş küreselleşme sürecinin ürünüdür. İşbu Çalışma bakımından ise "sorumluluk" ile "hesap verilebilirlik" kavramları arasında fark bulunmamaktadır.

201 *Holy Monasteries v. Greece*, App. Nos.13092/97 and 13984/88, Case No. 10/1993/405/483-484, Judgment of 9 December 1994, para.49.

cu Radio France'ın hesap vermekle sorumlu olduğu kamu kurumunun bir bağımsız idari otorite olduğunu tespit etmiştir. Radio France'ın hizmet verdiği sektörün düzenlenmesinden ve kontrolünden sorumlu olan bu otorite, Devletin müdahalesinden bağışıktır. Üstelik bu makamın temel görevi, kamu radyo yayıncılığının bağımsızca ve tarafsızca yürütülmesini sağlamaktır.[202] Hal böyle olunca, Radio France'ın Devletin kontrolü altında olduğu söylenemez.[203]

Radio France kararındaki yaklaşım, *Österreichischer Rudfunk* kararında aynen benimsenmiştir. Mahkemeye göre, diğerlerinin yanı sıra, adı geçen kamu tüzel kişisinin kuruluş kanununa uygun tasarrufta bulunup bulunmadığını denetleyen Federal İletişim Kurulu (Federal Communication Panel) bağımsız bir kuruluş olup çoğunlukla yargıçlardan müteşekkildir.[204] Hesap verilen makamın çoğunlukla yargıçlardan müteşekkil olduğuna vurgunun sebebi, herhalde yargıçların nitelikleri gereği zaten Devletten bağımsız ve tarafsız olmalarıdır. Mahkeme bu vurgusuyla, Österreichischer Rudfunk'un hizmet verdiği sektörün düzenlenmesinden ve kontrolünden sorumlu olan bu otoritenin Devletin müdahalesinden bağışık olduğunu belirtmek istemiş olmalı. *Radio France* kararında bunu açıkça söylemiş idi.

Hesap verilen makam, hesabı veren kamu tüzel kişisinin bağımsızlığını gösterme özelliği taşıdığına göre, bunun tersi de geçerlidir. Yani, başvurucu kamu tüzel kişisinin hesap verdiği makam Devletin müdahalesine açıksa, başvurunun kişi bakımından yetkisizlik temelinde reddedilmesi gereklidir. Nitekim *Renfe* davasında hesap verilen makam unsurunu kullanarak Komisyon, önce İspanyol Ulusal Demiryolu işletmecisi olan bu tüzel kişinin hükümete karşı doğrudan sorumlu durumda olduğunu belirlemiş ve sonra kişi bakımından yetkisizlik gerekçesiyle başvuruyu kabuledilemez ilan etmiştir.[205]

---

202 AİHM kararında adı geçen bağımsız idari otorite olan Görsel İşitsel Üst Kurul (Le Conseil Superieur de l'Audiovisuel: CSA) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atilla Nalbant, "*Fransa'da Görsel İşitsel İletişim Özgürlüğünün Koruyucusu: Görsel İşitsel Üst Kurul*", **İnsan Hakları Yıllığı**, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan, Cilt: 17-18, 1995-1996, sf:187-203; Jean Morange, "*Görsel İşitsel Üst Kurul*", (çev. Atilla Nalbant), **Bağımsız İdari Otoriteler-Les Autorites Administratives Independantes**, (ed. İbrahim Kaboğlu), 1998, Alkım Yayınları, sf:103-108 (sf:96-102 arasında bu tebliğin Fransızca orjinali de bulunmaktadır).

203 *Radio France v. France*, App. No.53984/00, Admissibility Decision of 23 September 2003, para.26.

204 *Österreichischer Rudfunk v. Austria*, App. No.35841/02, Judgment of 7 December 2006, para.51.

205 *Renfe v. Spain*, App. No.35216/97, Admissibility Decision of 8 September 1997.

cc) Yönetim Kurulunun Kompozisyonu

Başvurucu kamu tüzel kişisinin bağımsızlığının göstergelerinin üçüncüsü, o kamu tüzel kişisi yönetim kurulunun üye kompozisyonudur. Buna göre, o tüzel kişinin yönetim kurulunda doğrudan Devletin merkez organlarını temsil eden ve Devlet tarafından atanan üye sayısının toplam üye sayısına oranı, o tüzel kişinin Devletten bağımsızlığının derecesini gösterir. Başkanın durumu da hesaba katılmalıdır. Bu formüle *Radio France* davası örnek olarak zikredilebilir. Burada AİHM, Radio France'nın 12 kişilik yönetim kurulunun sadece dördünün Devleti temsil ettiğine ve başkanın da bağımsız idari otorite tarafından atandığına özel vurgu yapmış ve bu hususları önemli bulmuştur. Bu olayda oran üçte birdir. AİHM'in, ilgili kamu tüzel kişisinin bağımlı olduğuna karar vermesi için Devlet tarafından atanan üye sayısının toplam üye sayısının yarısından fazla olmasını ve başkanın da Devleti temsil etmesini arayacağı tahmin edilebilir. Ancak otonominin derecesi, tek başına belirleyici olmadığından, bu konu üzerinde daha fazla spekülasyon yapmanın pek bir anlamı yoktur.

Gerçekten de *Österreichischer Rudfunk* davasında Devletin adı geçen kuruluşun idaresini denetleyen organın üyelerinin yarısından fazlasını merkezi Devletin ve Parlamentonun (Lander) atamasının (35 üyenin 18'i) başvurucunun Devletin kontrolü altında olduğunu gösterdiğine yönelik iddiasını reddederken AİHM diğer ölçütlere önem vermiştir.[206]

Kamu tüzel kişisinin yönetim kurulunun üye kompozisyonu bakımından çok yakın tarihli *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Türkiye* kararı mutlaka zikredilmelidir. Mahkeme, muhatap Hükümetin başvurucu kamu tüzel kişisinin hisselerinin başvuru tarihinde tamamen ve dava derdest iken büyük ölçüde (% 49) Devlete ait olduğundan ve yönetim kurulunun çoğunluğunun Devlet tarafından atandığından hareketle ileri sürdüğü başvurucunun bağımsız olmadığı yönündeki argümanı reddetmiştir. Mahkemeye göre, şirketin kuruluşuna ilişkin yürürlükteki mevzuat uyarınca şirket (başvurucu kamu tüzel kişisi) hukuken ve mali yönden İran Devletinden bağımsızdır. Münhasıran Devlete ait olup kamu hizmeti ifa eden Radio France'ın **AİHS** Madde 34 anlamında mağduriyet statüsü kabul edilebilmişken yönetsel yetkiler kullanmayan tüzel kişileri HDÖ olarak mütalaa etmek daha kolaydır.[207] Kanımca Mahkemenin buradaki muhakemesi *Österreichischer Rudfunk* kararını izlemektedir. Orada da, Mahkeme muhatap Devletin benzer yöndeki itiraz-

---

206 *Österreichischer Rudfunk v. Austria*, App. No.35841/02, Judgment of 7 December 2006, para.51.

207 *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007, para.80.

larına itibar etmemişti. Bu iki kararın bu bağlamdaki farkı, *Österreichischer Rudfunk*'da Mahkeme yönetim/denetim organı üyelerinin çoğunluğunu Devletin ataması ölçütüne belirleyici önem vermediğini açıkça belirtmiş iken *Iran Shipping Lines*'da böyle açık bir belirlemenin bulunmamasıdır.

dd) Başvurucunun Ulusal Hukukta Dava Ehliyeti

Başvurucu kamu tüzel kişisinin ulusal hukukta dava ehliyetine sahip olması unsuru, Devletten bağımsızlığın dördüncü göstergesi olarak bu kategorileştirme altında kendine yer bulabilir.

Bu unsur bakımından önemli olan, Mahkeme önündeki şikayetin konusu ile ulusal yargı makamları önündeki şikayetin konusunun özdeş ya da büyük ölçüde benzer olması gereğidir. Diğer yandan, ulusal yargılama makamları önünde davalı/muhatap/hasım olarak Devletin ya da merkez organlarının gösterilmesi de AİHM yargılaması bakımından şarttır. Bilindiği üzere, AİHM önünde Devletler, yalnızca kendilerine atfedilebilecek olan tasarruflarından ötürü sorumludurlar. Saptanabildiği kadarıyla, hizmet yönünden yerel kamu tüzel kişilerinin Strasbourg organları önünde açtığı davalarda bu yönde bir argüman ileri sürülmemiştir. Ancak, yukarıda da gösterildiği üzere, yer yönünden yersel idareler, bu unsuru Devletten bağımsızlıklarının göstergesi olarak ileri sürmüşlerdi. AİHM, başvurucu yersel idarelerin bu iddialarını kabul etmemişti.[208] Yersel idareler açısında geçerli görülmeyen bu unsurun, hizmet yönünden kamu tüzel kişileri için geçerli olabileceği düşünülebilir. Çünkü işbu Çalışmada gösterilmeye çalışıldığı üzere, bu iki kamu tüzel kişi kategorisi arasında, AİHM usul hukuku çerçevesinde, tabi oldukları hukuksal esaslar açısından farklılık bulunmaktadır.

d) Tabi Olunan Hukuk Ölçütü

Tabi olunan hukuk ölçütü, bir kamu tüzel kişisinin, **AİHS** madde 34 anlamında HDÖ olarak kabulü bakımından önemli ölçütlerin başında gelmektedir. Buna göre, kamu hukukuna değil de özel hukuka tabi olmak, o kamu tüzel kişisini Devletin merkez organlarından uzaklaştırmaktadır.

Özel hukuka tabi olmanın iki unsuru bulunmaktadır. **i)** Birinci unsur, kamu tüzel kişisinin yer aldığı hukuki ilişkileri düzenleyen hukuk dalının temelde özel hukuk olmasıdır. Yani, ilgili kamu tüzel kişisinin ikili ya da çok taraflı hukuki ilişkileri, hakları ve yükümlülükleri özel hu-

---

208 *Province of Bari and Others, Italy*, App. No. 41877/98, Admissibility Decision of 15 September 1998.

kuk rejimine göre belirlenir. **ii)** İkinci unsur, kamu tüzel kişisinin yer aldığı hukuki ilişkilerinden kaynaklanan ihtilafların çözüm merciinin niteliğidir. Bu merciin idari yargı yolu içinde yer almaması beklenir. Başvurulacak ulusal yargı yolu, otomatikman, uygulanacak hukuk kurallarını da belirler.

Tabi olunan hukuk ölçütü, özellikle sermayesinin tamamına veya bir kısmına Devletin sahip olduğu tüzel kişilerin veyahut münhasıran ekonomik faaliyette bulunmak üzere kurulmuş kamu kurumlarının HDÖ olarak mütalaa edilebilip edilemeyeceğinin tesbitinde kullanışlı bir ölçüttür. Aşağıda ayrıca değinileceği üzere, bu tip kamu kurumları, belli bir ölçüde serbest piyasa ekonomisi kuralları içerisinde özel gerçek kişi ve özel tüzel kişilerle rekabet etmektedirler. Bu açıdan Devletin merkez organlarından ayrılmaktadırlar.[209]

AİHS sisteminde bugüne dek iki davada tabi olunan hukuk ölçütüne yer verildiği saptanabilir. *Radio France* davasında AİHM, başvurucu kamu tüzel kişisinin şirketler hukukuna tabi olduğunu, kamu hukukunun kendisine özel yetkiler vermediğini ve nihayet hukuki ihtilafların çözüm yolunun idari yargı değil normal yargı yolu olduğunu vurgulamıştır.[210] *Iran Shipping Lines* kararında da Mahkemenin neredeyse özdeş değerlendirme yaptığı görülebilmektedir.[211]

e) Ekonomik Düzenin Niteliği Ölçütü

Globalleşmenin zorladığı hukuk değişikliklerinin en başında endüstriyel ve ticari/ekonomik alanda hizmet gören kamu tüzel kişilerinin, kâr amaçlı özel hukuk tüzel kişileriyle birlikte aynı hizmet alanında faaliyet göstermesi gelmektedir. Özellikle Avrupa Birliği hukukunda görülen gelişmeler, rekabete açıklık ile kamu hizmetini bağdaştırma eğilimindedir. Diğer yandan, normalde kamu tüzel kişilerinin gördüğü kamu hizmetlerinin en az kırk yıldan bu yana özel hukuk kişilerine gördürüldüğü de bilinmektedir. Bunlara yukarıda işaret edilmişti. Bu durum, ekonomik alanda çalışan kamu tüzel kişilerinin çeşitlenmesine yol açmıştır. Bu ge-

---

209 Bu ayrımı idare hukuku açısından temellendirmek de mümkündür. Buna göre, kamu hizmetleri, konusu bakımından endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri ile idari kamu hizmetleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu iki kategori kamu hizmetinin tabi oldukları hukuki rejim birbirinden farklıdır. İdari kamu hizmetleri kamu hukukuna tabi iken, endüstriyel kamu hizmetleri özel hukuka tabidir. Bkz. Karahanoğulları, **a.g.e.**, sf:299-308, özellikle 303-304; Tan, **a.g.e.**, sf:183-200, özellikle 184-195; Gözler, **Cilt II**, sf: 250-258, özellikle 252-254.

210 *Radio France v. France*, App. No.53984/00, Admissibility Decision of 23 September 2003, para.26.

211 *The Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007, para.81.

lişmeler AİHM'i de etkilemiş ve bu tip kamu tüzel kişilerinin ekonomik düzende oynadıkları role özel önem vermesini gerektirmiştir.[212] Nitelim Kasım ve Aralık 2007 tarihli kararlarında Mahkeme kamu kesiminin sahip olduğu kamu iktisadi teşebbüslerinin **AİHS** Madde 34 anlamında başvurucu olabileceğini ve giderek **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkından yararlanabileceğini hükme bağlamıştır.[213]

Mülkiyet hakkının öznesi olmak bakımından ekonomik düzenin niteliği ölçütü münhasıran ticari şirketler açısından, bu şirketlerin (Devlete ait kamu tüzel kişileri) yukarıda geliştirilen diğer ölçütlere uygunluğu ölçüsünde özel bir önem arz etmez. Ekonomik düzenin niteliği ölçütü, asıl, kamu hizmeti gören kamu tüzel kişileri bakımından **AİHS** Madde 34'ten yararlanabilme ve giderek Sözleşmesel hakların öznesi olabilme imkanlarının belirleyicisidir.

aa) Hizmet Verilen Sektörün Rekabete Açıklığı

İçtihatlarda dikkati çeken bir nokta, başvurucu kamu hukuku tüzel kişisinin hizmet verdiği sektörde tekel (monopol) olup olmamasıdır. Buna göre, eğer başvurucu kamu hukuku tüzel kişisi hizmet verdiği sektörde tekel konumundaysa, bu, o tüzel kişinin doğrudan mülki nitelikte olduğunu gösterir. Bunun karşıtı olarak, hizmet verilen sektör, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin rekabetine açıksa, başvurucu kamu tüzel kişisinin mülki örgüt olmayıp, olsa olsa "HDÖ benzeri örgüt" ("*quasi non-governmental organisation*") bir örgüt olduğu sonucuna varılabilir. "HDÖ benzeri örgüt" de, **AİHS** Madde 34 anlamında HDÖ olarak mütalaa edilebilir.

Aslında kamu tüzel kişilerinin bizzat veya kurdukları ve tüzel kişiliği haiz olmayan işletmeler eliyle hizmet vermeleri durumunda rekabet hukuku kurallarına tabi olup olmadıkları meselesi oldukça çetrefildir. Bu husus rekabet hukuku çerçevesinde tartışılmaktadır. Devletten devlete yaklaşımlar değişmekle birlikte, kamunun özel hukuka tabi işletmelerinin rekabet kurallarıyla bağlı olduğu genellikle kabul edilmektedir.[214]

---

212 Doktrinde 1993 tarihli bir çalışmada, AİHK'in 3 Temmuz 1989 tarihli bir kararına atıfla kamu kesiminin sahip olduğu kamu iktisadi teşebbüslerinin Sözleşme Madde 34 anlamında başvurucu olup olamayacağının belirsiz olduğu iddia edilmişti. Bu iddia için bkz. H. C. Krüger – C. A. Norgaard, **a.g.m.**, sf: 666. Benzer yönde bir iddia ve diğer bir örnek karar için ayrıca bkz. Schwaighofer, **a.g.m.**, sf:324-325 ve özellikle dn. 27.

213 *Ukraine-Tyumen v. Ukraine*, App. No. 22603/02, Judgment of 22 November 2007; *The Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007. Krş. *State Holding Company Luganskvugillya v. Ukraine*, App. No. 23938/05, Admissibility Decision of 27 January 2009.

214 Bilgi için bkz. İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, 2001, sf:50-60; Turgut Tan, "*Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşları-*

Her halükarda Strasbourg organları kamu işletmelerinin yer aldığı sektörün rekabete açıklığına belirleyici önem vermektedir. Mevcut içtihadi birikim çerçevesinde görece yakın tarihli iki kabuledilebilirlik kararı, ekonomik ölçütün rekabete açıklık unsuru çerçevesinde değerlendirilebilir.

Bu konudaki ilk karar, İspanyada Devlet adına demiryolu ulaşım hizmeti veren bir kamu hukuku tüzel kişisinin açtığı davayla ilgilidir. *Renfe* davasında kamu hukuku tüzel kişisi olan başvurucunun iddiaları, söz konusu tüzel kişi demiryolu ulaşımı hizmet sektöründe tek şirket olduğu ve dolayısıyla tekel konumunda bulunduğu için Komisyon tarafından kişi yönünden yetkisizlik temelinde dinlenmemiştir. Eklemek gerekir ki, başvurucu tüzel kişinin tekel olma durumu, AİHK'in kabuledilemezlik kararının tek gerekçesi değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, söz konusu tüzel kişinin spesifik bir kanunla kurulmuş olması ve tasarruflarından ötürü doğrudan hükümete karşı sorumlu olması da ekonomik ölçütle beraber Komisyonun kişi yönünden kabuledilemezlik kararını vermesinde önemli rol oynamıştır.[215]

Hizmet verilen alanın rekabete açıklığı bakımından önemli ikinci karar *Radio France* davasıdır. Başvurucu Radio France, Fransız ulusal radyo yayımcısıdır ve Fransız hukukuna göre kurulmuş bir şirket niteliğindedir. Spesifik bir kanunla kurulması ve düzenlenmesi ile sermayesinin tamamı Fransa Devleti tarafından sağlanmış olması sebepleriyle kamu hukuku tüzel kişisidir. Mahkeme, tıpkı *Renfe* davasında Komisyonun yaptığı gibi, Radio France'nın radyo yayıncılığı alanında - ki kamu hizmeti niteliğindedir - özel hukuk kişilerinin rekabetine açık olup olmadığını incelemiştir. Başvurucu kamu tüzel kişisinin rekabete açık bir alanda hizmet verdiğini saptayan Mahkeme, *inter alia*, başvuruyu kişi yönünden yetkisi içinde değerlendirmiştir.[216] Dikkat çekilmelidir ki, AİHM, başvurucu şirket kanunla kurulmuş olmasına ve Devlete ait olmasına rağmen, rekabete açıklık ölçütüne belirleyici bir ağırlık vermiştir.

---

nın Faaliyeti: Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri", **Rekabet Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 4, Ekim-Kasım-Aralık, 2000, sf:3-42; Kerem Cem Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Rekabet Kurumu Yay., Ankara, 2000, sf: 36-37; Gamze Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Rekabet Kurumu Yay., Ankara, 2000, sf: 66-68, 149-150.

215 *Renfe v. Spain*, App. No.35216/97, Admissibility Decision of 8 September 1997.

216 *Radio France v. France*, App. No.53984/00, Admissibility Decision of 23 September 2003, para.26.

Österreichischer Rudfunk kararında da AİHM aynı yaklaşımını sürdürmüş ve hizmet üretilen sektörün rekabete açıklığına belirleyici önem vermiştir. Bu noktada başvurucu kamu tüzel kişisinin faaliyetlerini kamu kaynaklarıyla karşılamasının bir önemi bulunmamaktadır. Zira adı geçen tüzel kişi kamu kurumu ("*public law corporation*") iken kamu kuruluşu ("*public law foundation*") haline gelmiştir ve kuruluş kanununa göre bir sahibi bulunmamaktadır. Radio France'ın aksine, her ne kadar kamu kaynaklarıyla desteklense bile, Devlete ait değildir.[217] Devlete ait olan Radio France başvurucu olarak kabul görürken, Devlete ait olmayan nevi şahsına münhasır bir kamu tüzel kişisinin, hele bir de rekabete açık bir sektörde hizmet üretirken Sözleşmesel haklardan yararlandırılmaması düşünülemez.

Kamu tüzel kişilerinin **AİHS** Madde 34 anlamından HDÖ statüsüne dair en yeni kararı olan *Iran Shipping Lines*'da Mahkeme adı geçen kamu şirketinin çalıştığı sektörün rekabete açıklığını özellikle vurgulamamıştır.[218] Zira böyle bir vurguya ihtiyaç yoktur. Başvurucu şirket zaten tamamen ticari bir alanda (deniz ticareti) şirketler hukukuna (ve muhtemelen deniz ticaret hukukuna) tabi olarak çalışmaktadır. Bu haliyle bir ticari işletme gibi yönetilmektedir. Bu veriler zaten rekabete açık bir sektörün varlığına delalet eder.

bb) Sektörde Hakim Durumda Olmama

Eğer bir hizmet alanı ya da sektör rekabete açıksa, söz konusu rekabetin niteliği de önem arz edecektir. Bu açıdan ekonomik ölçütün kaçınılmaz ikinci unsuru, rekabete açık olan kamu tüzel kişisinin sektörde/piyasada "hakim durumda" ("*dominant position*") olup olmamasıdır. Eğer başvurucu kamu tüzel kişisi sektörde hakim durumdaysa, bu rekabete açıklık unsurunu zedeleyebilecek ve giderek ekonomik ölçütün gereği yerine gelmemiş olacaktır. Çünkü hakim durum, tanımı gereği, buna sahip olan tüzel kişi işletmeye bir çeşit tekel gücü verir. Buna göre, sektöre hakim durumda olan kamu tüzel kişisi başvurucu, **AİHS** Madde 34 anlamında HDÖ sayılamayabilir.

Hakim durum, belirli bir hizmet alanındaki/sektöründeki (piyasadaki) bir veya birden fazla işletmenin (gerçek veya tüzel kişinin), rakipleri ve hizmet alanlardan/müşterilerinden bağımsız hareket ederek, fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi "ekonomik parametreleri belirleyebil-

---

217 *Österreichischer Rudfunk v. Austria*, App. No.35841/02, Judgment of 7 December 2006, paras.52, 50.

218 *The Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007, para.81.

me gücü" olarak tanımlanmaktadır.[219] Tanımda yer alan unsurları üç ana başlık altında toplamak olasıdır: **i)** İlk ana unsur, bir işletmenin ekonomik gücüdür. Ekonomik güç burada o işletmenin piyasa koşulları dışında keyfi hareket etmesini sağlar. **ii)** İkinci ana unsur, işletmenin ekonomik olarak bağımsızlığıdır. **iii)** Üçüncü ana unsur, sürekliliktir. Buna göre, bir ekonomik gücün hakim durumda olduğunun kabulü için devamlılık aranmaktadır. Geçici hakimiyetler, o işletmeyi hakim duruma taşımaya yetmez.[220]

Bu unsurlardan da anlaşılacağı üzere, hakim durum kavramı aslında ticaret hukuku bağlamlı bir kavramdır. Rekabetin olduğu yerde ticaret hukuku kavramlarının rol oynaması kaçınılmazdır.

İşte AİHM, *Radio France* davasında başvurucu kamu tüzel kişisinin sektörde hakim durumda ("*dominant position*") olmadığının altını çizmektedir.[221] Yalnız Mahkeme, "hakim durum" teriminin ne anlama geldiğini açıklamamaktadır. "Hakim durum" terimi yalnızca tek bir cümlede geçmektedir. Yine de Mahkeme bunu rekabete açıklıkla birlikte kullandığı için, "hakim durum" terimiyle, yukarıda gösterilen unsurları hedeflediği sonucuna varmak mümkün gözükmektedir.

AİHM'in hakim durumda olmama unsuruna ne kadar önem verdiği belli değildir. Mahkemenin kararında bu unsurun belirtildiği yerden (sonuç öncesi son satır), hakim durumda olmama unsuruna tali işlev yüklediği düşünülebilir. Üstelik Mahkeme kararında geçtiği şekliyle, hakim durumun kategorik olarak mı rekabeti zedelediği, yoksa bunun kötüye kullanılmasının mı aranacağı sorusunun yanıtı da belirsizdir.[222] AİHM

---

219 Tanım için bkz. 07/12/1994 tarih ve 4054 sayılı "**Rekabetin Korunması Hakkında Kanun**", Madde 3. (RG, 13/12/1994, s.22140). 4054 sayılı Kanunun tanımı ticaret/rekabet hukukuna ilişkin olduğundan, metinde verilen tanımda tarafımdan bazı uyarlamalar yapılmıştır. Kaldı ki, 4054 sayılı Kanuna sadece somutlaştırma amacıyla burada yer verilmektedir. İşbu Çalışma bakımından herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Ayrıca eklenmelidir ki, 4054 sayılı Kanunundaki tanım, aşağı yukarı Avrupa Birliği hukukunda meri olan ve Avrupa Birliği Adalet Mahkemesi tarafından kullanılan tanımla özdeştir. Bilgi için bkz. Aslan, **a.g.e.**, sf:209-211; Sanlı, **a.g.e.**, sf: 244-258; Aşçıoğlu Öz, **a.g.e.**, sf: 90-91; Tekinalp-Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku**, Beta Yay, İstanbul, 1997, sf:371-373; Paul Craig-Grainne de Burca, **EU Law**, Second Edition, Oxford University Press, 1998, sf:940-954; Gül Efem-Emel Badur, **AT Rekabet Hukuku**, Çankaya Üniversitesi Yay, Ankara, 2002, sf:98-101.

220 Aslan, **a.g.e.**, sf:211-212.

221 *Radio France v. France*, App. No.53984/00, Admissibility Decision of 23 September 2003, para.26, *in fine* ("Moreover, the Act, which clearly places radio broadcasting in a competitive environment, does not confer a dominant position on Radio France").

222 Bir ek bilgi olarak belirtilmelidir ki AİHM, örgütlenme özgürlüğü (Madde 11) açısından çoğunluğun azınlık/muhalefet üzerinde hakim durumunu kötüye kullanmaması ge-

sadece, hakim durumda olmama unsurunu vurgulamakla yetinmiştir. Bu bağlamda, gerek ulusal gerekse ulusalüstü (Avrupa Birliği) ticaret/rekabet hukukları çerçevesinde "kötüye kullanma"ın arandığını not etmek yerinde olur. Hakim durum, kategorik olarak, rekabete aykırı kabul edilmemektedir.[223]

Ayrıca hakim durum kavramının AİHM kararında kullanıldığı hali ile ticaret/rekabet hukuku bağlamında kullanılan hali arasında önemli bir fark olduğuna dikkatin çekilmesi gereklidir. Ticaret/rekabet hukuku alanında hakim durumu yaratanlar varsayılı olarak eşit durumda bulunan özel hukuk süjeleridir. Temelde, bütünüyle özel hukuk ilişkilerine göre hareket etmek söz konusudur. Hakim durum, bunu yaratanların kendilerine verilen bir kanuni avantajdan değil, onların ticari başarılarından kaynaklanmaktadır.[224]

Oysa, AİHM çerçevesinde durum farklıdır. Her şeyden önce, rekabete katılan ve Mahkeme önünde başvurucu olan süje kamu tüzel kişisidir. Kamu tüzel kişisinin karşısında onunla rekabete girişen özel hukuk süjeleri bulunmaktadır. Sırf sermaye açısından düşünülse bile, bu iki süje arasındaki kamu hukuku için doğal olan eşitsizlik dikkati çekmektedir.[225] İkincisi ve en önemlisi, bu kamu tüzel kişisi, rekabete bir kanunla katılmaktadır. Görevleri ve yetkileri, kısacası piyasadaki rolü yasal düzenlemelerle belirlenmiştir.[226] Buna göre, AİHM içtihatları çerçevesinde hakim durum, başvurucu kamu tüzel kişisinin ticari başarıların-

---

rektiğini hükme bağlamıştır. Bkz. *Young, James and Webster v. the UK*, Judgment of 13 August 1981, Series A. 44, para. 63 ("although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position.").

223 4054 sayılı **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun** (Madde 6). Türk ve AB rekabet hukukları çerçevesinde ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, **a.g.e.**, sf:233-248; Sanlı, **a.g.e.**, sf: 259-274; Aşçıoğlu Öz, **a.g.e.**, sf: 125-145, 159-176; Tekinalp-Tekinalp, **a.g.e.**, sf:372, 386-393; Craig-Burca, **a.g.e.**, sf:954-976; Gül Efem-Emel Badur, **a.g.e.**, sf:125-154.

224 "Hakim durum"un saptanmasında kullanılan ölçütleri burada zikretmek yerinde olur: **1)** Piyasa payı; **2)** dikey bütünlük; **3)** teknolojik üstünlük; **4)** kullanılmayan kapasite; **5)** üründe çeşitlilik; **6)** indirim sistemi; **7)** performans; **8)** ürüne/hizmete bağlılık; **9)** hukuken korunan tekel hakları. Bilgi için bkz. Aslan, **a.g.e.**, sf: 214-219. Benzer açıklamalar için bkz. Gül Efem-Emel Badur, **a.g.e.**, sf:118-125; Sanlı, **a.g.e.**, sf: 263-274; Aşçıoğlu Öz, **a.g.e.**, sf: 107-115, 153-154.

225 Arkasında kamu gücünün olması, dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, kullanılmayan kapasite, üründe çeşitlilik, indirim sistemi ve performans ölçütleri çerçevesinde kamu işletmesini hakim duruma getirebilir.

226 Bu durum da hukuken koruduğu tekel hakları ölçütü çerçevesinde değerlendirilebilir. Hukuken korunan tekel hakları sadece mevzuattan değil, bir sözleşmeden de kaynaklanabilir.

dan değil, kendisini kuran ve düzenleyen ulusal mevzuattan ve arkasındaki kamu gücünden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla AİHM çerçevesinde bir kamu tüzel kişisi başvurucunun hizmet alanında hakim durumda olup olmadığına, arkasındaki kamu gücü ile kendisine mevzuatla verilen yetkiler açısından bakılması gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, büyük ölçüde *Radio France* kararını takip eden *Österreichischer Rudfunk* kararında Mahkeme, başvurucu kamu tüzel kişisinin sektörde hakim durumda olup olmadığına hiç değinmemiştir. Oysa adı geçen kuruluşun hizmet verdiği sektörde özel hukuk kişilerinin rekabetine açık olduğu ve tekel oluşturmadığını açıkça vurgulamış idi.[227]

3) Sonuç

AİHM'in yersel yerinden yönetim kamu tüzel kişileri açısından ürettiği içtihat, insan hakları sisteminin mantığına uygun gözükmektedir.[228] Öyle ya, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku bireyin Devlete karşı korunması amacıyla geliştirilmiş olduğuna göre, Devletin farklı idari birimleri-

---

227 *Österreichischer Rudfunk v. Austria*, App. No.35841/02, Judgment of 7 December 2006, para.52.

228 Krş. Howard Davis, "*Public Authorities as 'Victims' Under the Human Rights Act*", **Cambridge Law Journal**, Vol. 64, No. 2, July 2005, sf:315-328, 324-327. Yazara göre, Strasbourg organlarının yersel idareler hakkındaki kararları, sağlam gerekçelendirmeden yoksundur ve Devletin boyutları konusunda pek bir tartışma içermemektedirler. Yine yazara göre, yersel idarelerin kamu yararı gütmesiyle Sözleşmesel haklarını talep etmesi arasında dışlayıcı bir zorunlu nedensellik bağı bulunmamaktadır. Yazarın bu iki eleştirisine katılmak mümkün ise de, metinde yazılanlardan anlaşılacağı üzere, asıl tezine katılmak mümkün değildir.

Bir kez İngiliz ulusal hukuku çerçevesinde (Human Rights Act) ve dolayısıyla **AİHS** ışığında konuya yaklaşan Davis, Strasbourg organları içtihadını yersel idareler ile hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları şeklinde ikili bir ayrımla incelememektedir. Böyle bir ayrım yapmadığı için de metodolojik bir hataya düşmektedir. Yazar AİHM'in yersel idarelerle ilgili burada ele alınan birçok kararını değerlendirmesine ve hatta eleştirmesine rağmen, hizmet yönünden yerinden yönetim kamu tüzel kişileriyle ilgili hiçbir kararı zikretmemektedir. Oysa, 1997 tarihli *Renfe* ve 2003 tarihli *Radio France* kararları doğrudan yazarın inceleme konusuyla ilgilidir ve argümanlarını etkileyecek niteliktedir. Özellikle 2003 tarihli *Radio France* kararı oldukça ayrıntılı tartışma içermektedir. Yazarın makalesinin 2005 tarihli olduğunu da hatırlatalım. İkinci olarak yazar, Strasbourg organlarının özenle üzerinde durduğu, Devletin farklı idari birimlerinin birbirini ulusalüstü insan hakları organı önünde dava etmeleri sonucunun doğmasının nasıl engelleneceği ya da genel UİHH nosyonuyla nasıl bağdaştırılabileceği problemini, farkında olmasına rağmen, cevapsız bırakmaktadır. Anlaşılan Davis, İngiliz hukukunun ve giderek *common law*'ın gevşek idari ilişkileri temelinde bir yaklaşım sergilemektedir ve yerel idarelerin (yazar genel olarak "*standard public authorities*" terimini kullanıyor) de bakanlıklara karşı insan haklarını gündeme getirip, kamu yararının gerektirdiği işlevlerini yerine getirmekte, görece bağımsız idarelerle (yazar genel olarak "*functional public authorities*" terimini kullanıyor) aynı statüde olması gerektiğini düşünmektedir.

nin birbirini ulusalüstü insan hakları organı önünde dava etmeleri garip olurdu. Üstelik AİHM, tutarlı olarak, başvurucu olamayacağına karar verdiği yersel makamların tasarruflarından ötürü bireylerin Devlet aleyhine başvuruda bulunabileceğini de hükme bağlamıştır.[229] Diğer bir deyişle, Devlet, yerel idarelerin ve hatta federal devlet sistemindeki yersel idarelerin tasarruflarından AİHM önünde sorumludur. Kısacası, "merkezi yetkilerin çevreye dağıtıldığı hallerde" de Devletlerin sorumluluğu gündeme gelir.[230]

Diğer yandan AİHM, hizmet yönünden yerinden yönetim tüzel kişilerinin **AİHS** Madde 34 anlamında başvurucu olamayacağı hususundaki kendisinin ve Komisyonun eski içtihatlarını yumuşatmıştır. Özellikle 2003 tarihli *Radio France* kararı ile bu kararı takip eden Aralık 2006 tarihli *Österreichischer Rudfunk* kararı, bu yöndeki eğilimin ipuçlarını vermekte ve keskin bir dönüşümü simgelemektedir. Buna göre, yukarıda hem işlevsel hem de kurumsal temelde billurlaştırılmaya çalışılan ölçütler ve bunların unsurları çerçevesinde, hizmet yönünden yerinden yönetim tüzel kişilerinin **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkından, Sözleşmenin 34. Maddesi çerçevesinde "HDÖ benzeri örgüt" ("*quasi NGO*")[231] olarak yararlanabileceği sonucuna varmak mümkündür.[232]

Böyle bir sonuç, kamu tüzel kişilerinin günümüzdeki çeşitliliği ve bunların Devletin merkez organlarından bağımsızlığı açısından Sözleşmenin bireysel başvuru hakkını düzenleyen 34. Maddenin amacına uygunluğu da sağlamaktadır. Fakat bu yeni eğilimin, sadece ekonomik, endüst-

---

229 Bir not olarak eklenmelidir ki, kamu tüzel kişilerinin başvurucu olup olamayacağı hakkında yapılan tartışmalar ile kamu personelinin Madde 6'dan yararlanıp yararlanamayacağı hakkında yapılan tartışmalardaki gerekçeler birbirine benziyor. Ne de olsa, bu iki problematik aynı mantıksal arkaplana dayanmaktadır. Kamu personeli de kamu tüzel kişisi gibi devleti temsil eder. Bkz. *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, App. No.63235/00, GC Judgment of 19 April 2007, paras. 40-64. Daha önceki içtihatlar hakkında bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Beta Yay., İstanbul, Nisan 2005, sf:42-52.

230 Nitekim AİHM'in yeni kararları da bu yöndedir. Bkz. *Yavorivskaya v. Russia*, App. No.34687/02, Judgment of 21 July 2005, para.25.

231 Doktrinde İngiliz hukuku (Human Rights Act 1998) çerçevesinde kamu kurumlarının "*departmental ve non-departmental public bodies*" olarak ayrıldığı görülmektedir. "Non-departmental bodies" Human Rights Act çerçevesinde Devlete karşı dava açabilir. Bkz. Davis, **a.g.m.**, sf:315-328.

232 Ne var ki, **AİHS**'e özgülenen uluslararası doktrindeki en yeni ve alanında tanınmış çalışmalarda bile bu gelişmelerin fark edilmediği ve AİHM'in halen bütün kamu tüzel kişilerini külliyen Sözleşmenin koruma şemsiyesi dışında tuttuğu sanılmaktadır. Bu yanılgıya düşen ve 1997 tarihli *Renfe* ve 2003 tarihli *Radio France* kararlarının hiç farkında olmayan doktrine örnek olarak bkz. **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**, sf:53 (revised by Leo Zwaak).

riyel ve ticari alanda faaliyet gösteren kamu tüzel kişileriyle sınırlı kalma ihtimali bulunmaktadır. Ekonomik düzenin niteliği ölçütü ile Aralık 2007 tarihli *İran Shipping Lines* kararı[233] bu sınırlılığa işaret etmektedir.[234]

Nitekim AİHM'in, tıpkı yer yönünden yönetim kamu tüzel kişileri açısından olduğu gibi, hizmet yönünden yerinden yönetim kamu tüzel kişisi olan meslek odalarının tasarruflarından ötürü Devleti mülkiyet hakkı ekseninde sorumlu tuttuğu kararları da bulunmaktadır. *Buzescu* kararında Mahkeme, başvurucu avukatın bir il barosuna kaydını ve bu kayıt altında yaptığı avukatlık işlerini iptal eden Romanya Barolar Birliğinin tasarrufunun Devleti sorumlu kılacağına karar vermiştir. Mahkeme gerekçe olarak, bu meslek odasının kanunla kurulduğunu ve idari görevleri dolayısıyla düzenleme yapabilme imtiyazına sahip olduğunu, avukatlık mesleğini üzerinde kamu kontrolünü sağladığını ve tasarruflarından ötürü ortaya çıkan uyuşmazlıkların idari yargıya tabi olduğunu göstermiştir. AİHM ayrıca, Romanya Barolar Birliğinin ulusal yargı yerleri tarafından kamu hizmeti görevini yerine getiren bir kamusal makam olarak kabul ediliyor olmasını da Devletin sorumluluğunu belirlemekte tali argüman olarak kullanmıştır.[235]

Aslında, Strasbourg organlarının kamu tüzel kişilerini **AİHS**'in koruma şemsiyesinin dışında bırakma yönündeki yaklaşımı, 20. yüzyılın ilk yarısında hakim olan sivil toplum ve onu temsil eden HDÖ ile Devletin kesin karşıtlığına dayanmaktaydı.[236] Bu karşıtlık, 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra görülen gelişmeler karşısında anlamını büyük ölçüde yitirmiştir. Yeni ekonomik ve siyasal örüntüler, yeni kurumları ve giderek tüzel kişi modellerini ortaya çıkarmıştır. Artık sermayesi Devlete ait olup

---

233 Bkz. *The Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007.

234 Buna karşılık Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) bir kararında 1982 Anayasasının (AY) mülkiyet hakkına yer veren 35. Madde düzenlemesinin özel mülkiyetin yanı sıra kamu mülkiyetini de koruduğunu hükme bağlamıştır. Bunun için AYM'nin verdiği tek gerekçe "özel mülkiyeti güvenceye alan Anayasa'nın, kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez" ifadesinden ibarettir (bkz. Esas Sayısı: 1997/37, Karar Sayısı: 1997/69, Karar Günü: 27.11.1997; ayrıca bkz. Esas Sayısı: 1997/36, Karar Sayısı: 1997/52, Karar Günü: 20.5.1997). AYM'nin E. 1997/37'deki bu yaklaşımına iki yargıç karşı çıkmıştır. Muhaliflere göre anayasa kuralları zayıf durumdaki bireyi korumak için ihdas edilmiştir. Kamu mallarının satış usulleri yasalarla belirli olup bunu engelleyen bir anayasa kuralı bulunmamaktadır (bkz. Haşim Kılıç ve Mustafa Bumin, Değişik Gerekçe Yazısı).

235 *Buzescu v. Romania*, App. No.61302/00, Judgment of 24 May 2005, paras.76-78. Burada mülkiyet hakkının yatay uygulanması tartışması da gündeme gelmiştir. Başvurucu bu bağlamda, Devletin görevlerini üçüncü kişilere devrederek Sözleşmesel sorumluluktan kurtulamayacağını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre, Barolar Birliği bağımsız idari otorite niteliğindedir.

236 Davis, **a.g.m.**, sf:324.

kamu hizmeti gören ama tamamen özel hukuka tabi ve kar amaçlı özel girişimlerle rekabet eden kamu tüzel kişileri görülebilmektedir. Yine bizzat Devletin hissedar olduğu şirketler, gerek ulusal gerekse uluslararası ticari faaliyetlere girişmektedir. Veya kamu tüzel kişileri, yüklendiği hizmetleri görmek üzere ticari şirketler kurabilmektedir. Üstelik bazen birkaç Devlet birleşerek uluslararası ekonomik, endüstriyel ve ticari alanda faaliyet gösteren teşebbüsler meydana getirmektedir. Özellikle ekonomik, endüstriyel ve ticari alanda o kadar birbirinden farklı kamu tüzel kişileri bulunmaktadır ki, bunları belli kalıplara oturtmak mümkün olamamaktadır.

Bu açıdan bakıldığında, AİHM'in *Radio France* kararıyla getirmeye başladığı ve *Österreichischer Rudfunk* ile *Iran Shipping Lines* hükümleriyle iyice olgunlaştırdığı anlayışın Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu ve özellikle Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ)[237] eliyle yürütülen küreselleşme sürecinin ve bu çerçevede Avrupa Birliği sürecinin ekonomik-siyasal gereklerine Strasbourg jurisprudansının uyarlanmasını sağladığı görülür. Gerek genel olarak kamu tüzel kişilerini merkezden yönetim tüzel kişileri ve yerinden yönetim tüzel kişileri olarak ikiye ayırması ve gerekse en azından hizmet yerinden yönetim kamu tüzel kişilerinin rekabet ölçütü çerçevesinde Devlete karşı dava açabilmesini kabul etmesi küreselleşmenin bütün gereklerini yansıtmaktadır. Küreselleşme sürecinde Devlet organlarının yapılanması, görev ve yetkileri klasik idare hukuku kalıplarının dışına çıkmaktadır. Bu yapısal değişikliği kavramsal ve terminolojik değişimler desteklemektedir. Artık kamu yönetiminden/idaresinden ("*administration/management*") değil, iyi yönetişimden ("*good governance*")[238] bahsedilmektedir. Yönetişim kavramının ifade ettiği modelin temel unsuru, merkezi Devletin, yani siyasi iktidarın zayıflatılıp yerinden yönetime ağırlık verilmesidir. Bununla piyasaya ve dolayısıyla rekabete kamu müdahalesini en aza indirmek amaçlanmaktadır.[239] İnsan

---

237 Bu kurumlar hakkında ayrıntılı hukuki bilgi için bkz. Andreas F. Lowenfeld, **International Economic Law**, second edition, OUP, 2008, sf:23-116, 595-666.

238 "*Governance*" terimi Türkçeye "yönetişim" olarak aktarılmaktadır. Bu kavramla klasik devlet yönetimine başta serbest piyasadakiler olmak üzere devlet dışındaki aktörlerin katılması durumu anlatılmak istenmektedir (bkz. Sonay Bayramoğlu, **Yönetişim Zihniyeti**, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2005, sf:27 ve dn. 1, 112; Rukiye Akkaya Kia, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, Beta Yay., İstanbul, Aralık 2006, sf:137-141.). Ancak bu Türkçe karşılığın, muğlaklığından ve "yönetim" teriminden farklılığından ötürü, en azından anonim şirketler özelinde yerinde olmadığı görüşü de savunulmaktadır (bkz. Paslı, **a.g.e.**, sf:13-16).

239 Genel olarak bkz. Michael Freeman, **Human Rights**, Polity, 2002, Printed in Great Britain, sf:153-156, 160-164; **Globalization and Human Rights**, Ed. Alison Brysk, University of California Press, Berkeley, 2002; Christian Tomuschat, **Human Rights - Betwe-**

hakları nosyonu da Birleşmiş Milletler eliyle yönetişim kavramı içinde dahil edilmiştir.[240]

Yönetişim modelinde küresel kapitalizm, kamu hizmeti alanını da rekabete açık bir sektör haline getirmiştir. Kamu hizmeti alanının rekabete açılması uluslararası hukukla güvenceye alınmıştır. Bu noktada Dünya Ticaret Örgütünün (DTÖ) rolüne dikkat çekmek gereklidir.[241] DTÖ'nün rolünün iki türlü olduğu söylenebilir:

Birincisi, kamu hizmetlerini ticaret konusu yapan **GATS** ("*Hizmet Ticareti Genel Anlaşması*"/"*General Agreement on Trade in Services*") bu örgütün ürünüdür.[242] Özellikle *Radio France* kararından hareketle yukarıya çıkartılan ekonomik düzenin niteliği ile tabi olunan hukuk ölçütlerinin **GATS** hükümleriyle olan benzerliği dikkat çekicidir. **GATS** Madde I, Fıkra 3, bent (b) ve (c) birlikte okunduğunda, devlet tarafından karşılanmasına rağmen rekabete açık olan veya ticari olan sektörlerin[243], klasik anlamda kamu hizmeti niteliği gösterseler dahi ticarete konu olacağı ve bu konuda çıkacak bir uzlaşmazlığın DTÖ'nün yargı mekanizmasına tabi tutulacağı sonucuna ulaşılmaktadır.[244]

İkincisi, DTÖ yargı merciinin insan haklarını da dikkate alarak bir yargılama yapması istenmektedir. Buna göre, insan hakları ile uluslararası ticaret hukuku arasında koparılmaz bir bağ bulunmaktadır. İkisinin de tarihsel ve ideolojik kökenleri aynıdır. Sonuç olarak insan hakları,

---

en Idealism and Realism, Academy of European Law, Oxford University Press, 2003, sf:54-55; Adamantia Pollis, "*Human Rights and Globalisation*", **Journal of Human Rights**, Vol. 3, No.3, September 2004, sf:343-358; Asbjorn Eide, "*The Importance of Economic and Social Rights in the Age of Economic Globalisation*", **Food and Human Rights in Develeopment, Volume 1**, Eds: Wenche Barth Eide-Uwe Kracht, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, sf:3-40, özellikle 13-19; Ralph G. Steinhardt, "*Corporate Responsibility and the International Law of Human Rights: The New Lex Mercatoria*", **Non-State Actors and Human Rights**, Ed. Philip Alston, Academy of European Law, Oxford University Press, 2005, sf:177-226, 207-212; Bayramoğlu, **a.g.e.**, sf:42-51, 75-78, 206-208, 211-218; Akkaya Kia, **a.g.e.**, sf: 137-141.

240 Freeman, **a.g.e.**, sf:153, 161; Tomuschat, **a.g.e.**, sf:55; Eide, **a.g.m.**, sf:19-23, 27-37; Bayramoğlu, **a.g.e.**, sf:71-76, özellikle 73-75.

241 Genel olarak bkz. Bayramoğlu, **a.g.e.**, sf:93-104.

242 **GATS** hakkında ayrıntılı teknik hukuki bilgi için bkz. Lowenfeld, **International Economic Law.**, sf:117-142.

243 Bu hükümlerin ve özellikle "ticaret" ile "rekabet" terimlerinin anlamı konusunda gerek Devletler arasında gerek DTÖ bünyesinde ve gerekse de doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bu hükümlerin kapsamı hakkında ve uluslararası hukuk bağlamında (1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi) ayrıntılı tartışma için bkz. Krajewski, **a.g.m.**, sf:347-359.

244 Bkz. Krajewski, **a.g.m.**, sf:359-360, 367; Bayramoğlu, **a.g.e.**, sf:96-97; Akkaya Kia, **a.g.e.**, sf: 147.

uluslararası ticaret hukukunun bir parçası haline gelecektir. Bu birleşme eski bir kavramının yeniden doğuşuyla ifade edilmektedir: "İnsan hakkı olarak ticaret özgürlüğü" ("*human right to trade/freedom of trade*").[245] [246]

AİHM'in Sözleşme Madde 34 anlamından başvurucu olarak HDÖ kavramına yönelik değişmekte olan ve küresel ticaret kavram ve kurumlarının yaklaşımıyla örtüşen yaklaşımı, bir yandan, kendisinin liberal felsefesine uygundur ve içinde bulunduğu liberal ekonomik düzenin doğal bir yansıması olarak düşünülebilir. Diğer yandan da Mahkeme günün şartlarının gereğini yerine getirmiş olmaktadır.

Bu noktada "günün şartları" gereklerinin bir ulusalüstü insan hakları mahkemesinin yaklaşımını dönüştürmenin meşru bir temeli olamayacağı olası eleştirisi, bizatihi AİHM'nin yerleşik içtihatlarıyla karşılanabilir. AİHM, en az 30 yıldan bu yana **AİHS**'i "günün şartları ışığında" yorumlamakta ve uygulamaktadır. Bu yaklaşım ışığında AİHM, Sözleşmeyi yaşayan bir belge haline getirmekte ve günün koşullarına uyarlamaktadır. AİHM'e göre, Sözleşmenin üretildiği 1950'de bir insan hakkı

---

245 Bkz. Ernst-Ulrich Petersmann, "*The WTO Constitution and Human Rights*", **Journal of International Economic Law**, Vol. 3, 2000, sf:19-25; Ernst-Ulrich Petersmann, "*Human Rights and International Economic Law in the 21st Century*", **Journal of International Economic Law**, Vol. 4, 2001, sf:3-39 özellikle sf:31-33; Thomas Cottier, "*Trade and Human Rights: A Relationship to Discover*", **Journal of International Economic Law**, Vol. 4, 2001, sf:111-132. Eleştirel olarak bkz. Robert Howse, "*Human Rights in the WTO: Whose Rights? What Humanity? A Comment on Petersmann*", **EJIL**, Vol. 13, No.3, 2002, sf:651-659; Philip Alston, "*Resisting the Merger and Acquasitions of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann*", **EJIL**, Vol. 13, No.4, 2002, sf:815-844; Dine, **a.g.e.**, sf:199-205; Bayramoğlu, **a.g.e.**, sf:99, 104-109, 235-238.

Bir not olarak eklenmelidir ki, bu Çalışmanın gösterdiği üzere, uluslararası ticaret hukukunun insan haklarını içerip içermeyeceği bir yana, **AİHS** özelinde UİHH, şirketlerin ve belki de HDÖ benzeri kamusal örgütlerin ticaret/girişim özgürlükleriyle bağlantılı haklarını zaten oldukça etkili bir biçimde korumaktadır.

246 Neoliberal bir kavram olarak "*ticaret hakkı/özgürlüğü*" aslında yeni bir fikir değildir. Daha önce keşifler çağında benzer bir kavram türetilmişti: iletişim hakkı. İletişim hakkının üç ana boyutu vardı. Hıristiyanların seyahat hakkı, Yeni Dünya yerlilerine dinlerini yayma hakkı ve ticaret özgürlüğü (*ius commercii*). Ticaret özgürlüğünün engellenmesi savaş sebebi olarak kabul edilmişti. Bkz. Cemal Bali Akal, **Modern Düşüncenin Doğuşu**, Dost Kitabevi, Ankara, İkinci Baskı, 1997, sf:66-68; Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:45-46.

Ticaret özgürlüğü kavramını güncel tartışma ortamına sokan Petersmann bunu yaparken Platon'dan Aristo'ya, Locke'dan Hayek'e oldukça geniş bir düşünür grubuna atıf yapmaktadır. Bu bağlamda asıl dayanağını da Kant oluşturmaktadır (Bu arada, Alston'ın, Petersmann'ın Kant'ı hatalı şekilde kullandığını ileri sürdüğünü ekleyelim). Petersmann'ın, yukarıda referansı verilen çalışmalarında, ticaret özgürlüğü kavramını ilk ortaya atan İspanyol düşünür Vitoria'ya hiç atıf yapmaması şaşırtıcıdır. Bu şaşırtıcılık hem Vitoria'da hem de Petersmann'da ticaret özgürlüğünün uluslararası nitelikte olduğu dikkate alınınca daha da artmaktadır.

olarak düşünülmeyen bir husus, 2007 yılında insan hakları çerçevesinde düşünülebilir.[247] Böylelikle Mahkeme, "yaşayan belge" kavramı yoluyla, Sözleşmesel hakların uygulanmasını Avrupa Konseyi (AK) üyesi Devletlerin modern ve yüksek beklentilerini karşılayacak şekilde içtihat geliştirmiş olmaktadır.[248] Avrupa Birliği standartları da, **AİHS**'in AİHM tarafından yeni koşullara uyarlanmasında önemli roller üstlenmektedir.[249]

Mahkeme bu yaklaşımı, Sözleşmede yer alan hemen bütün haklar bakımından benimsemektedir.[250] Bu sebeple, aynı yaklaşımın **P1–1** çerçevesinde mülkiyet hakkının özneleri açısından da geçerli olduğu rahatlıkla ileri sürülebilir. Nitekim Aralık 2007 tarihli *Iran Shipping Lines* kararı bu iddiayı desteklemektedir.

D) Ulusal Hukukta Tüzel Kişiliğin Tartışmalı Olması - Sona Ermesi Halleri ile Tüzel Kişi Benzeri Başvurucular

AİHS sisteminde **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkından bireylerin de yararlandığı açık olduğuna göre, iç hukuk uyarınca tüzel kişiliği haiz olmayan ya da hukuki statüleri tartışmalı olan birey grupları da mülkiyet hakkı ihlalini gündeme getirebilirler. Dolayısıyla, AİHM'e başvurabilmek için tüzel kişi olmak zorunlu değildir. Tüzel kişiliği haiz olmayan birey grupları da AİHM önünde başvurucu olabilir.

Bu durum çeşitli biçimlerde kendisini göstermektedir. Bazı durumlarda ulusal hukuk başvurucuya tüzel kişilik vermeyebilir. Yahut başvurucu tüzel kişi, başvurusunu yaptığı anda tasfiye sürecine girmiş ve tüzel kişiliğini kaybetmiştir. Veya, hiçbir şekilde tüzel kişilik talebi olma-

---

247 *Tyrer v. Birleşik Krallık*, Judgment of 25 April 1978, Series A. No.25, para.31.

248 Alastair Mowbray, "*The Creativity of the European Court of Human Rights*", **Human Rights Law Review**, Vol. 5, sf:57, 64-66.

249 Örneğin bkz. *Goodwin v. the United Kingdom*, App. No.28957/95, Judgment of 11 July 2002, para.58. (Mahkeme burada Avrupa Birliğinin 2000 tarihli ***Temel Haklar Şartı*** Madde 9' atıf yapmaktadır ve bu atfın da etkisiyle önceki içtihadını değiştirmektedir.) Aynı şekilde bkz. *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, App. No.63235/00, GC Judgment of 19 April 2007, paras.29-30, 60. (Mahkeme burada Avrupa Birliğinin 2000 tarihli ***Temel Haklar Şartı*** Madde 47'ye ve Avrupa Adalet Divanı kararlarına atıf yaparak önceki içtihadını değiştirmektedir.). Aynı yönde olarak bkz. *Posti and Rahko v. Finland*, App. No.27824/95, Judgment of 24 September 2002, para.54 (AİHM yine AB Anlaşmasının çeşitli maddelerine ve Avrupa Adalet Divanının bir kararına gönderme yapmaktadır.)

250 Örneğin, AİHM'in **AİHS** Madde 2, 3, 5 ve 8 ekseninde "yaşayan belge" yorum ölçütünü kullandığı vakalar için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Uluslüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, sf:182-190. (Bu kitap bundan böyle, "**AİHS Madde 3 Analizi**" olarak anılacaktır).

yan birey grupları söz konusu olabilir. İşte bütün bu hallerde de, **P1–1** eksenli bir başvuru, **AİHS** Madde 34'de yer alan birey grubu kategorisi çerçevesinde kabul görecektir.

Güncel bir iki örneği bu eksende vermek mümkündür. *Capital Bank AD v. Bulgaria* davasında başvurucu kamu makamları tarafından el konulan bir bankadır. Bankanın tüzel kişiliği dava AİHM önündeyken son bulmuştur. Böyle olunca Bulgar Hükümeti, mevcut olmayan bir tüzel kişinin mülkiyet hakkının olamayacağından bahisle Mahkemeden davayı listeden çıkartmasını talep etmişti. AİHM, Bulgar Hükümetinin bu talebini reddetti. Mahkemeye göre, bu talebin kabulü, Devletleri el koyduğu bankaların tüzel kişiliklerini AİHM'e başvurmalarını engellemek için derhal sona erdirmelerini cesaretlendirir ve dolayısıyla tüzel kişilerin hak arama yolunu etkisiz kılma anlama gelir. Oysa banka Mahkemeye başvurmakla, tüzel kişiliğini devam ettirmek istediğini göstermiştir. O halde bankanın başvurusu esastan incelenmeye geçilmelidir.[251]

AİHM benzer şekilde, ulusal hukukta tüzel kişiliği tartışmalı olan veya tüzel kişilik statüsü kazanmasına kamu makamlarınca izin verilmeyen kiliseler ile siyasi partileri de hükümet-dışı örgüt ya da birey gurubu kategorisi altında başvurucu olarak kabul etmektedir.[252]

İlginç bir kategori başvurucu ve dolayısıyla mülkiyet hakkı öznesi ise terekelerdir. Bilindiği üzere tereke, miras bırakanın malvarlığının kural olarak kişiye bağlı olmayan unsurları ve borçlarından oluşan ve genellikle tüzel kişiliği olmayan bir oluşumdur. Terekelerin tüzel kişilikleri bulunmamakla beraber, ulusal hukuklarda işlemleri takip edebilmeleri açısından temsilcisi olabilir.[253] İşte bu gibi terekeler de, ulusal hukuk yollarını tükettikten sonra Strasbourg organlarına başvurmuşlardır. Gerçi

---

251 *Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No.49429/99, Judgment of 24 November 2005, paras.78-80. Bu dava AİHM önünde derdest iken başvurucu bankanın satış işlemleri hakkında geçici önlem talebi ve akıbeti hususunda bkz. Semih Gemalmaz, **AİHS Sisteminde Geçici Önlem**, sf:886-888.

252 *The Liberal Party and Others v. the United Kingdom*, App. No. 8765/79, Admissibility Decision of 18 December 1980, **DR 21**, sf:211-225, 222; *Presindential Party of Mordovia v. Russia*, App. No.65659/01, Judgment of 5 October 2004; *Canea Catholic Church v. Greece*, App. No.25528/94, Case No.143/1996/762/963, Judgment of 16 December 1997.

253 Türk hukuku açısından ve resmi makamların görevi çerçevesinde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, sf: 568-574; İmre-Erman, **Miras Hukuku**, sf:9, 305-308; Antalya, **Miras Hukuku**, sf: 31-32, 251-257; Mustafa Dural - Turgut Öz, **Miras Hukuku**, sf:8-12, 381-384. Türk hukukunda, kural olarak, tereke mirasçılara derhal geçmektedir, ancak başka hukuk düzenlerinde böyle olmayabilir (örneğin bkz. *Des Fours Walderode v. Czech Republic*, App. No. 40057/98, Admissibility Decision of 4 March 2003).

bulabildiğimiz kadarıyla tereke başvuruları nadirdir.[254] Ancak bunlar, çalışmanın bu bölümünün amaçları bakımından yeterince aydınlatıcıdır.

Örnek olarak verilebilecek ilk dava *James ve diğerleri v. Birleşik Krallık* davasıdır. Bu davada başvurucular İkinci Westminster Dukü'nin Vasiyet'i doğrultusunda hareket eden emanetçiler/mütevellilerdir (trustee). Westminister ailesi ve mütevelliler, merkez Londra'da bulunan Belgravia bölgesinde eskiden tarım arazisi olan bir araziyi 2000 konuttan müteşekkil bir yerleşim bölgesi haline getirmişlerdir. Başvurucu mütevelliler, bu yerleşim yerindeki gayrimenküllerinin bazılarının mülkiyetini Leasehold Reform Act (Kira Reform Kanunu) uyarınca kaybetmişlerdir. Bu kanun kiracılara belirli koşullarla oturdukları evlerin mülkiyetini kazanma hakkı vermektedir. Başvurucular mülkiyetlerinin Leasehold Reform Act (Kira Reform Kanunu) uyarınca zorunlu olarak kiracılara geçmesinin **P1-1**'i ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.[255] Strasbourg organları, başvurucuların niteliklerine ilişkin hiçbir tartışma yapmadan doğrudan sorunun esasını incelemeye geçmişlerdir.

İkinci örnek olay *Johanna Geyer Terekesi*'nin başvurusudur. Bu başvuruda şikayet konusu ulusal tasarruf, başvurucu terekeye dahil olan bir taşınmazın Avusturya makamları tarafından kamulaştırılmasıdır. Başvurucu Tereke, bu kamulaştırma işleminin ve bunu takip eden yargılama sürecinin, **AİHS** Madde 6'da yer alan adil yargılanma hakkının gereklerine uygun olmadığını ve **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvuru yapıldıktan sonra Tereke yöneticisi olarak, murisin yeğeni atanmıştır. Atanan yeğen başvurunun devam etmesini talep etmiştir. Başvuruyu ele alan Komisyon, 1993 tarihli kısmi kabuledilebilirlik kararında, maddi nitelikteki iddiaların yakın akrabalar arasında temlik/transfer edilebileceğini belirterek başvuruyu kişi yönünden sorunsuz addetmiştir. AİHK, 1995 tarihli nihai kabuledilebilirlik kararında da, bu hususu aynen tekrar etmiştir.[256] AİHK, bu hususun dışında, kişi yönünden yetkiye ve başvurucu Terekenin hak sahipliğine ilişkin hiçbir başka tartışma yapmadan başvuruyu, mülkiyet ve makul sürede yargılanma hakkı açısından kabuledilebilir bulmuştur.

---

254 Mülkiyet hakkıyla ilgili olmamakla birlikte şu kararlar da zikredilebilinir: *The Estate of Kresten Filtenborg Mortensen v. Denmark*, App. No.13338/03, Admissibility Decision of 15 May 2006 (**AİHS** Madde 8'in *post mortem* uygulanamayacağına dair); *The Estate of Nitschke v. Sweden*, App. No. 6301/05, Judgment of 27 September 2007 (haksız vergi tarhiyatına dair yargı sürecinin adil olup olmadığına dair).

255 *James and Others v. the United Kingdom*, App. No.8793/79, Judgment of 21 February 1986, Series A No. 98, paras.3-29, 34. Ayrıca bkz. *James and Others v. United Kingdom*, Commission Final Report of 11 May 1984.

256 *The Estate of J. G. v. Austria*, App. No.18273/91, Partial Admissibility Decision of 13 October 1993, para.1/a (The Law); *The Estate of Johanna Geyer v. Austria*, Admissibility Decision of 17 January 1995, para.1 (The Law).

Üçüncü örnek olay *Christian ve Maria Skarby Terekesi*'nin başvurusudur. Bu başvuruda şikayet konusu ulusal tasarruf, başvurucu tereke-ye dahil olan bir taşınmaz üzerinde inşaat izni verilmesinin **P1-1**'e aykırı düşüp düşmediğidir. Başvuruyu ele alan Komisyon, 1988 tarihli kabuledilebilirlik kararında, **P1-1**'in ihlali iddialarını açıkça temelsiz bulmakla birlikte, başvuruyu kişi yönünden kabuledilemez addetmemiştir.[257]

IV) Bireysel Özne 3: Pay Sahipleri

Mülkiyet hakkının özneleri konusunda ele alınması gereken noktalardan biri de tüzel kişi şirket paylarına[258] sahip olan kişilerin (pay sahiplerinin) durumudur. Elbette, pay sahibi gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Ama hemen her durumda sahip olunan hisse bir başka tüzel kişinin parçası niteliğindedir (tüzel kişiliği haiz olmayan ortaklıklara ait hisseler ihmal edilebilir). **P1–1** anlamında bir ekonomik değer olarak payın tüzel kişilik ile gerçek kişileri mülkiyet hakkı sahipliği bakımından kesiştirdiği söylenebilir ve bu durumda paylarına sahip olunan tüzel kişi ile sahip olan gerçek veya tüzel kişi arasında **P1–1** çerçevesinde mülkiyet hakkı bakımından çetrefil bir ilişki ortaya çıkmış olur.[259]

---

257 *The Estates of Christian ve Maria Skarby and others v. Sweden*, App. No.12258/86, Admissibility Decision of 9 May 1988, **DR Vol. 56**, sf:215-222.

258 Şirketler hukukunda "pay" teriminin birden çok anlamı bulunmaktadır. Doktrinde verilen bilgiye göre, pay terimi **1)** şirket esas sermayesinin bir bölümü; **2)** anonim ortaklığa katılımdan kaynaklanan hak ve borçların bir bütünü olarak paysahipliği; **3)** hisse/pay senedi anlamlarına gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abuzer Kendigelen, **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı**, Beta Yay., İstanbul, 1994, sf:6-12; Krş. Reha Poroy-Ünal Tekinalp-Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Mart 2000, paras.758-763a (Tekinalp). Terim, çalışmanın bu bölümünde pay sahipliği anlamında kullanılmaktadır. Çalışmanın ikinci bölümünde şirket esas sermayesinin parçası anlamında da kullanılacaktır.

259 İlginç bir not olarak eklenmelidir ki, **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkının özneleri konusunu genel olarak ihmal eden doktrin, pay sahiplerinin mülkiyet hakkının öznesi olup olamayacağı hususunu biraz daha önemsemiştir. Örneğin bkz. Rook, **a.g.e.**, sf:45-46; Sermet, **a.g.e.**, sf:20-21; Monica Carss-Frisk, **The Right to Property**, Human Rights Handbooks, No.4, Council of Europe, 2001, Printed in Germany, sf:19-20; Karen Reid, **A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights**, Thomson, Sweet & Maxwell, Second Edition, 2004, sf:465; Tom Allen, **Property and the Human Rights Act 1998**, Hart Publishing, Oxford, 2005, sf:83-86. Burada zikredilen hemen hiçbir çalışmada ayrıntılı bir analiz bulunmamaktadır. Üstelik Allen'ın çalışmasında konu, mülkiyet hakkının uygulanabilirliği yani mülkiyet hakkının nesnesi/konusu (*ratione materiae*) bağlamında ele alınmıştır. Oysa bu konunun doğru yeri, burada ele alınacak hemen tüm Strasbourg organları kararlarında da açıkça belirtildiği üzere, hakkın öznesi (*ratione personae*) bağlamıdır. Allen'ın bu metodolojik hataya düşmesindeki temel etken, yazarın çalışmasında özne unsuruna hiç yer vermemesidir.

Usul hukukçuları yahut konuyu usuli açıdan ele alanlar da, doğal olarak, paydaşların başvuruculuğu hususuna değinmektedirler. Örnek olarak bkz. Zwart, **a.g.e.**, sf:48-49, 83; Clements vd., **a.g.e.**, sf:17; Schwaighofer, **a.g.m.**, sf:326-331; **Theory and Practice**

Gerçekten Strasbourg organları önüne pay sahiplerinin açtığı çok sayıda dava gelmiştir. Strasbourg organlarının bu konuda karşılaştıkları güçlüklerin başında, pay sahibinin, asıl tüzel kişiliğin dışında **P1–1** çerçevesinde mülkiyet hakkı olup olmadığı gelmektedir. Bu konuda Sözleşme organlarının uyguladığı ilk ayrım, başvurucu pay sahibinin çoğunluk mu yoksa azınlık hissesine mi sahip olduğu idi. Buna göre, çoğunluk hissesine sahip olan başvurucu açısından bir sorun olmadığını söylemek mümkündü.[260] Elbette, çoğunluk hissesi yerine tüzel kişinin kontrol gücünü elde tutan özel hisseler de bu kategoride değerlendirilebilir. Zaten çoğu durumda, tüzel kişiliği temsile yetkili gerçek ya da tüzel kişi, çoğunluk ya da kontrol hisselerine sahip olandır. Nitekim Strasbourg organlarına tüzel kişiler ve özellikle ticari şirketler tarafından yapılan başvurularda şirketin sahibi durumunda olan çoğunluk hissesi sahibi de tüzel kişiliğin yanında başvurucu olarak yer almaktadır. Hatta kimi kez, tüzel kişi olmaksızın sadece çoğunluk hissesi sahibi olan yöneticinin de şirketin (tüzel kişinin) uğradığı iddia edilen mameleki zararlardan ötürü başvurucu olduğu da görülmüştür.[261] Buradaki yaklaşımın arkasında yatan düşünce, tüzel kişi ile çoğunluk hissesine sahip olan kişinin kaderlerinin birlikte yazılmış olmasıdır. Bu kader, şikayet konusu tasarruftan etkilenen tüzel kişinin yanında onun sahibini de Sözleşmenin 34. Maddesi (eski md.25) anlamında mağdur yapar.

Ancak Strasbourg organlarının pay sahiplerinin mülkiyet hakkına ilişkin içtihadını çoğunluk-azınlık hissesi temelinde incelemek yeterli değildir. Çünkü AİHM, çoğunluk-azınlık hissesi temelinde yapılan ayrımı 1990'lı yıllarda zayıflatmış ve giderek kaldırmıştır. Bu konudaki pilot içtihat, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan *Agrotexim vd. v. Yunanistan* davasıdır.[262] Gerçi bu davada başvurucular yüzde 51 hisseye sahip-

---

of the European Convention on Human Rights/2006, sf:71-73 (revised by Leo Zwaak). Bu çalışmaların hiçbirinde yeterli analiz olduğu söylenemez. Zwaak'ın katkısı, kısmen bu eleştirden muaf tutulabilir.

Diğer yandan doktrinde Emberland, **a.g.e.**, sf:65-109'da, paydaşların özne olup olamayacağı problemi ayrıntılı olarak incelenmiştir. Ancak Emberland'ın çalışması *mülkiyet* hakkına ilişkin olmayıp ticari şirketlere ilişkindir ve bu sebeple daha farklı bir perspektifle konuya yaklaşmaktadır.

260 Örneğin bkz. *Penton v. Turkey*, App. No.24463/94, Admissibility Decision of 14 April 1998 ("The Commission has accepted that persons with a substantial majority shareholding in a company can, under certain circumstances, claim to be victims of measures directed against the property of the company ..... However, minority shareholders cannot in principle claim to be victims of such measures").

261 *Joseph Kaplan v. the United Kingdom*, App. No.7598/76, Report of the Commission of 17 July 1980, **DR Vol. 21**, sf:5-38, 23-24 ve para.131.

262 *Agrotexim and Others v. Greece*, App. No.14807/89, Case No.15/1994/462/543, Judgment of 24 October 1995, para.6.

ti, yani çoğunluk olup olmadığı belirsizdi[263] (üstelik şirket tasfiye halindeydi); ama burada konulan ilke (tüzel kişilik perdesi) çoğunluk-azınlık hissesi ayrımını zaten kategorik olarak kaldırıyor. Nitekim AİHM'in *Agrotexim* içtihadını takip eden kararlarında, bu içtihada da atıfla, hem azınlık hissesi sahiplerinin hem de çoğunluk hissesi sahiplerinin kural olarak hisselerinden kaynaklanan mülkiyet hakkı ihlallerini Strasbourg'a taşıyamayacağını vurgulamaktadır.[264]

Dolayısıyla aşağıda yapılan ikili bir ayrım, pay sahiplerinin mülkiyet hakkına ilişkin iddialarını Strasbourg'a taşıyıp taşıyamayacağını belirlemekte daha yararlı olabilir. Bu ayrım uyarınca tüzel kişiliğin haklarına yönelik olup paydaşın çıkarlarını dolaylı olarak zarara uğratan tasarruflar ile paydaşın hissesinden kaynaklanan haklarını doğrudan etkileyen tasarrufların AİHM yargısı bakımından tabi olduğu usul hukuku rejimi birbirinden farklıdır.[265]

A) Doğrudan Tüzel Kişiyi Etkileyen ve Pay Sahibini Dolaylı Olarak Etkileyen Tasarruflar Bakımından

Önemli bir içtihat öbeği, paydaşın çıkarlarını tüzel kişiliğin kendisine yapılan tasarruftan ötürü teknik olmayan anlamda dolaylı olarak mağdur olduğu iddiasıyla AİHM önüne götürebilip götüremeyeceği noktasında toplanabilir. Bu probleme Strasbourg organları bazen olumlu bazen de olumsuz yanıt vermişlerdir. Aşağıda Strasbourg organlarının yaklaşımının gerekçeleri ışığında bir analiz yapılacaktır.

1) Engel: Tüzel Perde

Öncelikle Strasbourg organlarının tüzel kişiliğin kendisine yapılan tasarruftan ötürü paydaşın dolaylı olarak mağdur olduğu iddiasıyla AİHM önüne götüremeyeceği konusundaki kararlarına bakmak gerekir. Strasbourg organlarına göre, paydaşın önündeki temel engel tüzel kişiliğin kendisidir. Sözleşme organlarının içtihatları uyarınca, tüzel kişi, hukuki

---

263 Ekleyelim ki, AİHM, *Ankarcrona* vakasında verdiği 27 Haziran 2000 tarihli kabuledilebilirlik kararında, üstte anılan *Agrotexim* vakasındaki bu %51'lik oranı toplam hisselerin "yaklaşık yarısı/about half of the shares" olarak değerlendirmiştir. Bkz. *Ankarcrona v. Sweden*, (App. No.35178/97), Admissibility Decision of 27 June 2000.

264 Örneğin bkz. *Terem Ltd, Chechetkin and Olius v. Ukraine*, App. No.70297/01, Judgment of 18 October 2005, para.28; *Vesela and Loyka v. Slovakia*, App. No.54811/00, Final Admissibility Decision of 13 December 2005 ("The Court reiterates further that, as a general rule, shareholders of a company, including the majority shareholders, cannot claim to be victims of an alleged violation of the company's rights under the Convention").

265 Benzer bir ayrımla konunun incelenmesi için bkz. Emberland, **a.g.e.**, sf:69-76.

anlamda kişiliğe sahip olduğu için, kendisini oluşturan hisselerden bağımsız bir bütüne ve varlığa karşılık gelmektedir. Hal böyle olunca, devreye "tüzel kişilik perdesi" ("*corporate veil*") girer ve kural olarak hisse sahibinin Sözleşmesel anlamda mağdur olduğu ileri sürülemez. Bilindiği üzere, "tüzel perde" terimiyle aslında, tüzel kişiliğin örttüğü ve bu örtünün arkasında kalan başka hukuk süjelerinin bulunduğuna işaret edilir.

"Tüzel kişilik perdesi" yerine aslında "tüzel perde" teriminin kullanılması Strasbourg organları özelinde daha doğru olur. Çünkü Strasbourg organları, kararlarında, "tüzel perdenin kaldırılması"("*piercing of the corporate veil*") ile "şirketin tüzel kişiliğine itibar edilmemesi" ("*disregarding of a company's legal personality*") ibarelerini birbirilerinin yerine geçecek şekilde kullanmıştır.[266] Strasbourg organları "tüzel kişilik" ile "tüzel perde" terimlerini ayrı ayrı belirttiklerine göre, terimsel tercihim yerinde gibi gözükmektedir. Her halükarda asıl mühim farklılık terimde değil, bu terimin Strasbourg yargısındaki anlamındadır.[267]

Bu yaklaşım, "tüzel perde" terimi kullanılmaksızın ilk kez Komisyon tarafından *Yarrow* davasında sergilenmiştir. 28 Ocak 1983 tarihli kabuledilebilirlik kararına göre olay Yarrow Tersaneleri Şirketinin Birleşik Krallık Hükümeti tarafından devletleştirilmesine/millileştirilmesine ilişkindir. Yarrow Tersaneleri Şirketinin bütün hisselerine/teminatlarına (*securities*) Yarrow Public Limited Company adında bir başka şirket sahiptir. Olayda bu son şirket ve bu şirkette hisse sahibi olan gerçek ve tü-

---

266 Strasbourg organlarının terimleri Anglo-sakson hukukundan aldığı anlaşılıyor. ABD hukuku açısından bkz. Robert W. Hamilton, **The Law of Corporations in a Nutshell**, Fifth edition, West Group, St. Paul, Minn, 2000, sf:134-162. İngiliz, Alman ve Fransız hukukları açısından terminolojik bilgi için bkz. Gülören Tekinalp-Ünal Tekinalp, "*Perdeyi Kaldırma Teorisi*", **Reha Poroy'a Armağan**, İÜHF Yayın No. 708, Kent Basımevi, İstanbul, 1995, sf:387-404, 389. Sadece Anglo-sakson terminolojisi açısından bkz. İpek Sağlam Atabarut, "*İngiliz ve Amerikan Hukukunda Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması Teorisi ve Uygulama Alanlarından Dava Örnekleri*", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan-Cilt I**, Beta Yay., İstanbul, 2001, sf:482-498, 482 ve dn. 1.

267 Terminoloji meselesine el atmışken aslında "perde" metaforunun kendisini ele almak gereklidir. Kanımca "*veil*" terimini Türkçeye "perde" olarak çevirmek pek yerinde olmamıştır. Bir kez "perde" terimi arkasında gerçek kişilerin bulunduğunu ifade etmeye çalıştığına göre, perdenin kendisi bir referanstır. Ancak bu durumda, perdenin neresinde durduğunuza göre farklı terim kullanmak gerekecektir. Zira perdenin önü ve arkası göreceli lokasyonlardır. Anlatılmak istenen tüzel kişiliğin arkasına "saklanan" kişiler olduğuna göre, lokasyonların göreceli hale gelmesi kavramsal sorun doğurur. Ayrıca perdenin "kaldırılması" ifadesi de isabetli değildir; çünkü Türkçe'de perde kaldırılmaktan ziyade "açılır" veya "aralanır". Perdenin "kaldırılması" şeklindeki bir kullanıma pek seyrek rastlanır. Oysa "*veil*" kelimesi "örtü" olarak çevrilse, ki birebir çeviri açısından da daha yerindedir, anlamsal olarak çok daha isabetli olacaktır. Örtü bir şeyi/kişiyi "örttüğüne" göre, lokasyon istikrarlıdır; nereden baktığınıza göre değişmez. Ayrıca Türkçe'de örtü "kaldırılır". Türkçe bakımından "perdenin aralanması" şeklinde bir ifade de kullanılabilir.

zel kişiler (üç kişi ve toplam dört başvurucu) bir arada bir başvuruda bulunmuştur.[268] Yarrow Public Limited Company dışında kalan başvuruculaın devletleştirilen/millileştirilen Yarrow Tersaneleri Şirketinde herhangi bir payları bulunmamaktadır. "Mağduriyet" açısından incelemesine konuyla ilgili önceki kararlarını ele alarak başlayan Komisyona göre, olayda Yarrow Public Limited Company haricinde kalan başvuruculaın devletleştirilen şirkette çoğunluk veya kontrol hisselerine sahip olmaması, davayı önceki davalardan ayırmaktadır.[269] Komisyon devamla, devletleştirme tasarrufunun bu üç başvurucuyu kişisel olarak (*personally*) etkilemediğini/ilgilendirmediğini (*involve*) saptamaktadır. Elbette, Tersane Şirketinin devletleştirilmesi, hisselerine sahip oldukları Yarrow Public Limited Company'nin ekonomik değerinde azalma meydana getirmekte ve bu da bunların Yarrow Public Limited Company'de sahip oldukları hisselerin ekonomik değerinde azalma meydana getirmektedir. Ama bu durum AİHK'e göre tali nitelikte bir etkilenmedir. AİHK'in asıl önem verdiği, bu durumda devletleştirilen şirketin tek sahibi durumunda olan Yarrow Public Limited Company'nin kendi başına dava açıp açmaya muktedir olup olmadığıdır. Olayda zaten başvuruculardan biri bu şirket olduğuna göre, Yarrow Public Limited Company varken, onun etkilendiği ve mağduriyet iddiasını ileri sürdüğü bir tasarruftan ötürü, bu şirketin paydaşlarının Sözleşmenin 25. Maddesi anlamında mağdur oldukları kabul edilemez.[270]

AİHM, bu yaklaşımı geliştirmiş ve tüzel kişilik perdesi teorisini benimsemiştir. *Agrotexim vd. v. Yunanistan* davasında başvurucular Yunan hukukuna göre limited şirket statüsünde olan altı tüzel kişidir. Başvuruculaın hepsi Karolos Bira Şirketinde pay sahibidir. Karolos Bira Şirketinin borçları yüzünden tasfiye edilme sürecine girmiştir ve yönetimine tasfiye memuru atanmıştır. Diğer yandan Atina Belediyesi de bu şirketin sahip olduğu fabrikaların arsalarına el koymuştur.[271] Mahkeme-

---

268 *Yarrow P.L.C., Eric Grant Yarrow, M. G. Securities Ltd, Monique Augustin-Normand v. the United Kingdom*, App. No.9266/81, Admissibility Decision of 28 January 1983, **DR Vol. 30**, sf:155-190, 156.

269 Komisyon burada özellikle *Kaplan v. the United Kingdom*, App. No.7598/76, Report of the Commission of 17 July 1980 davasındaki Nihai Raporuna atıf yapmaktadır.

270 *Yarrow*, **DR 30**, sf:184-185 ve para.2. Komisyon sonraki bir başka davada, sigorta şirketlerine getirilen vergi yükümlülüklerinin poliçe sahiplerini etkilemediğine karar vermiştir. *Yarrow* davasına atıf yapan AİHK, poliçe sahiplerinin sigorta şirketlerinin malvarlığına sahip olmadığını özellikle vurgulamıştır. Bkz. *Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden*, App. No.13013/87, Admissibility Decision of 14 December 1988, **DR 58**, sf: 163-185, para.1 (The Law).

271 *Agrotexim and Others v. Greece*, Case No.15/1994/462/543, Judgment of 24 October 1995, paras.6-38.

ye göre, başvurucular tasfiye sürecine giren şirketin malvarlığında ve değerinde meydana gelen azalmanın kendilerini zarara uğrattığını iddia etmişlerdir ve aslında böylelikle "tüzel kişiliğin perdesinin aralanmasını" talep etmişlerdir (para.62).

Mahkeme incelemesine önce bu davada Komisyonun aynı konu özelinde verdiği kabuledilebilirlik kararını eleştirerek başlamıştır. Mahkemeye göre, Komisyonun vakadaki değerlendirmesi şöyledir: değerinde azalma olan tüzel kişi tasfiye halinde olduğundan ve yönetimine tasfiye memuru atandığından aslında Devletin kontrolü altında bulunmaktadır. Bu durumda da, Devleti dava etmesi beklenemez. Mahkeme, buradan hareketle, Komisyonun **P1-1**'deki mülkiyet hakkının ihlali yoluyla hisselerin değerindeki azalmanın, otomatik olarak pay sahiplerinin **P1-1**'deki haklarının da ihlalini sonuçladığını kabul ettiğini çıkarmaktadır.[272] AİHM'in değerlendirmesine göre, böylelikle AİHK, pay sahipliğinin şirketin mamelek haklarına yönelik şikayetleri Strasbourg organlarına taşımak hakkı olduğu sonucuna varmıştır ve bu ise geçerli görülemez bir çıkarımdır (para.64). AİHM'in endişesi böyle bir durumda Strasbourg organlarına kimin başvurabileceğinin belirsiz hale gelmesi ve iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu bakımından bazı sorunların doğabilecek olmasıdır. Mahkeme şu görüşü benimsemiştir: Paydaşlar arasında veya paydaşlar ile yönetim kurulu arasında şirketin nasıl yönetileceği bakımından birçok sorun çıkması doğaldır ve tasfiye halinde bu sorunlar daha da artabilmektedir. Bu açıdan, paydaşların çıkarları tali nitelikte çıkarlardır.

Bu tip sorunlardan mümkün mertebe kaçınabilmek için Mahkeme, başvurucu olma önceliğini tüzel kişiliğin kendisine vermektedir. Mahkemeye göre, ancak istisnai koşullarda tüzel kişi ticari şirket bir şekilde başvuramadığında perde kaldırılır ve paydaşlar **AİHS** Madde 25 (yürürlükteki Madde 34) anlamında mağduriyetlerini gündeme getirebilirler.[273] Buradan hareket eden Mahkeme, somut olaydaki verileri inceledikten sonra, tasfiye halindeki şirketin tasfiye memurları eliyle Strasbourg organlarına başvurmasının mümkün olduğunu sonucuna vararak başvurucu şirketlerin mağdur olmadıklarına karar vermiştir (para.71).

---

272 Bu davada Komisyonun değerlendirmesi için bkz. *Agrotexim Hellas and Others v. Greece*, App. No.14807/89, Admissibility Decision of 12 February 1992, **DR Vol. 72**, sf:148-159, özellikle 154-158.

273 *Agrotexim and Others v. Greece*, Case No.15/1994/462/543, Judgment of 24 October 1995, para.66. Mahkeme burada net referans vermeksizin Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin bazılarında Yüksek Mahkemelerin de benzer bir çözümü benimsediğini belirtmektedir. AİHM ayrıca, Uluslararası Adalet Divanının *Barcelona Traction* davasındaki diplomatik koruma bağlamında konuya ilişkin olarak aynı yöndeki kararına da atıf yapmaktadır (*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Judgment of 5 February 1970, Reports of judgments, advisory opinions and orders 1970, pp.39 and 41, paras.56-58 and 66).

Mahkemenin *Agrotexim vd. v. Yunanistan* davasında koyduğu tüzel kişilik perdesi teorisinin halen geçerliliğini koruduğunu vurgulamak gereklidir. Buna göre, kural olarak pay sahibinin Sözleşmesel anlamda mağdur olduğu ileri sürülemez.[274]

Doğrudan tüzel kişiyi etkileyen ve perdenin arkasında kalanı (örneğin pay sahibi) dolaylı olarak etkileyen tasarruflar bakımından kuralın "perdenin etkinliği", istisnanın ise "perdenin kaldırılabileceği" yolundaki teorik modeli, uluslararası hukuk genelinde ilk benimseyenin Uluslararası Adalet Divanı olduğunu tekrar hatırlatmak gereklidir. Strasbourg organları, Uluslararası Adalet Divanının yukarıda tam referansı zikredilen ilgili kararından esinlenmişlerdir.[275] Bu esinleme, söz konusu ayrımı, aslında, ulusal hukuklardan kaynaklanan ve uluslararası hukukta yerleşik olan, paydaşın hissesinden kaynaklanan *hakkı* ile *çıkarı* arasında yapılan ayrımla örtüştürmektedir. Bu ayrıma göre, doğrudan ticari şirketi etkileyen her tasarruf, son tahlilde paydaşın hissesi üzerinden o şirkette yaptığı yatırımı ve giderek paydaşı da etkilemektedir. Bu hususa paydaşın şirketteki "dolaylı çıkarı" denilmektedir. Paydaşın çıkarı, şirketin hukuki durumuna ve özellikle haklar ile borçlarına bağlı olarak değişebilmektedir. Tüzel kişilik kavramı, paydaşların çıkarları ile hisselerinden kaynaklanan haklarının birbirinden ayrılmasını gerektirmektedir. Bu ayrımın mantıki bir sonucu olarak, paydaş doğrudan şirketi etkileyen tasarruflar hakkında ulusal hukukta dava açamaz. Tersi olarak, eğer paydaşın hissesi üzerindeki hakkını doğrudan etkileyen bir tasarruf söz konusu ise, bu kez, paydaşın bu hisse bakımından ulusal hukukta dava açabileceği kabul edilmektedir.[276]

Ancak paydaşın hissesinden kaynaklanan *hakkı* ile *çıkarı* arasında ulusal hukuklara ve özellikle ticaret ile borçlar hukuklarına dayanarak yapılan ayrımın, Strasbourg yargısındaki kullanımının bazı farklılıklar içermek durumunda olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Ağırlıklı olarak ulusal hukuktan etkilenen (ve buradan hareket eden Uluslararası Adalet Divanını takip eden)[277] AİHM'in "tüzel perdeye" ağırlık vermesi ve doğrudan şirketi etkileyen tasarruflar bakımından hissedarların mağduriye-

---

274 Aynı yönde Addo, **a.g.m.**, sf:192; Schreuer-Kriebaum, **a.g.m.**, sf: 753-754. Ayrıca bazı örnek yeni kararlar için bkz.: *CDI Holding Aktiengesellschaft and others v. Slovakia*, App. No.37398/97, Second Decision on Admissibility of 18 October 2001; *Bayramov v. Azerbaijan*, App. No.23055/03, Admissibility Decision of 14 February 2006.

275 Uluslararası Adalet Divanı kararının bu yönü hakkında bilgi için bkz. Hohenveldren, **Corporations**, sf:5, 7-9, 18-119; Emberland, **Companies**, sf:73.

276 Bilgi ve referanslar için bkz. Emberland, **Companies**, sf: 73-74.

277 Ancak uluslararası yatırım hukukunda, azınlık veya çoğunluk olmalarına bakılmaksızın paydaşların kuvvetli şekilde korunduğu bilinmektedir. Bilgi için bkz. Schreuer-Kriebaum, **a.g.m.**, sf: 755-758.

tini kabul etmemesi, Sözleşmenin ruhuna ve kendisinin (ve özellikle Komisyonun) önceki uygulamalarıyla pek de uyumlu olmayan bazı unsurlar içermektedir.

a) Karşılaştırmalı Hukuk Yöntemi'nin Somut Olayda Uygulanmasının Geçerliliği

AİHM'in *Agrotexim* içtihadını incelemeye muhakemenin özünü oluşturduğu düşünülebilecek olan karşılaştırmalı hukuk yönteminin somut olayda geçerli olup olmadığıyla başlamak mümkündür. Gerçi AİHM, karşılaştırmalı hukuk yönteminin verilerine kararının en sonunda başvurmakta ve sanki daha çok, önceki argümanlarını desteklemek amacıyla yer vermekte gibi gözükmektedir. Ancak, önceki argümanları da aslında, karşılaştırmalı hukukun verilerinden kaynaklandığı için, kanımızca, Mahkemenin muhakemesinin özü her durumda ulusal hukuktan etkilenmiş olarak kabul edilmelidir.

Strasbourg organlarının, önlerindeki bir meselenin çözümünde karşılaştırmalı hukuka başvurmaları, Sözleşmenin yorumlanmasına hakim olan esasların en önemlilerinden birinin, evrimci yorum anlayışının bir görünümüdür.[278] Evrimci yorum anlayışının uygulanmasının temel biçimi Strasbourg organlarının **AİHS**'e taraf devletlerin iç hukuklarına yollamada bulunmasıdır. Böylelikle, karşılaştırma yapılarak, söz konusu hukuki mesele hakkında taraf devletler arasında yeknesaklık olup olmadığı ortaya konulur. Yeknesaklık ise, Sözleşmenin Başlangıcında öngörüldüğü gibi **AİHS**'in amaçlarından biridir. Buradan hareketle de, yeknesaklığı bozan muhatap hükümetin Sözleşmeyi ihlal ettiğini sonucuna varılır.[279] Ayrıca, günün şartlarını belirlemekte yetkin bir veri kaynağı olmaktadır.[280] Sözleşmenin yorumlanmasında ve uygulanmasında Avrupa Konseyi üyesi devletlerin iç hukuklarına yapılan yollamanın **AİHS**'in

---

278 Karşılaştırmalı hukukun Strasbourg yargısında kullanımına ilişkin genel açıklamalar ve yapılan atıflar temelde H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yay., İstanbul, Nisan 2005, sf:70-78 ile Haydar Burak Gemalmaz, **Making Sense**, sf:48-50'den alınmıştır.

279 İç hukuklarda bir yeknesaklık yok ise, Taraf Devletlerin o konuyu düzenlemekte takdir marjı geniştir ve dolayısıyla bir ihlal bulunmayabilir. Örneğin bkz. *Rees v. Birleşik Krallık*, (No.2/1985/88/135), Judgment of 17 October 1986, Series A No.106, para.37. Ayrıca bkz. Rudolf Bernhardt, "*Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties*", **Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of Gerard J. Wiarda**, (Eds. Franz Matscher-Herbert Petzold), Carl Heymans Verlag KG, Köln, 1988, sf:65-71, 67 ve dipnot 6 ve 7'de gösterilen kararlar.

280 Paul Mahoney, "*Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law*", **The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law**, Lausaanne, 14-15 Avril 2000, Schuthess, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, 43, Zurich, 2002, sf:143-157.

ikincillik (subsidiarity) prensibinden kaynaklandığı söylenebilir.[281] Evrimci yorum metodunun uygulanması sırasında, taraf devletlerin iç hukukları kadar ve onlarla birlikte uluslararası ve ulusalüstü belgelere (özellikle insan haklarıyla ilişkili olanlara) ve uluslararası karar organlarına Strasbourg organları tarafından yollama yapılmaktadır.

Evrimci yorum metodu uyarınca ulusal ve/veya uluslararası hukuka yollama doktrinde kimi kez karşılaştırmalı metod olarak da adlandırılmaktadır.[282] Karşılaştırmalı yöntem Sözleşme çerçevesindeki birçok problem ekseninde kullanılmaktadır: Bir hakkın somut olayda uygulanabilirliğinin belirlenmesinden sınırlamada takdir marjının boyutlarının saptanmasına kadar. Strasbourg organlarınca çok sık kullanılmasına rağmen karşılaştırmalı hukuk yöntemine birçok eleştiri yöneltilmiştir. Eleştirileri iki grupta toplamak mümkündür. Birinci eleştiri ilkesel düzeydedir. Konsensus yaklaşımı ile insan hakları alanında otonom bir Avrupa koruma rejiminin bağdaşıp bağdaşmadığı sorusu gündeme gelebilir. Bazı yazarlara göre, Mahkeme taraf Devletlerin ulusal hukuklarına dayanan bir yaklaşım geliştirmemelidir. Bu kamptaki yazarlardan Arai-Takahashi'ye göre, "karşılaştırmalı yönetimin ironisi, Taraf Devletlerin çoğunluğuna bakılarak saptanan ulusal uygulamalar temelinde geliştiri-

---

281 Herbert Petzold, "*The Convention and the Principle of Subsidiarity*", **The European System for the Protection of Human Rights**, (Eds. Mcdonald et. al.), Martinus Nijhoff Publishers, the Hauge, 1993, sf:41-62; Eva Brems, "*The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*", **Zeitschrift Für Auslandishces Offentliches Recht Und Volkerrecht**, Vol. 56, sf:240-314, 300-304; Paolo G. Carozza, "*Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*", **Notre Dame Law Review**, Vol. 73:5, 1997-1998, sf:1217-1238, 1226-1227; Dinah Shelton, "*Subsidiarity and Human Rights Law*", **HRLJ**, 28 April 2006, Vol. 27, No.1-4, sf:4-11, 9-11.

282 R. Bernhardt, **a.g.m.**, sf:67; R. Bernhardt, "*Comparative Law in the Interpretation and Application of the European Convention on Human Rights*", in Busuttil S. (ed), **Mainly Human Rights: Studies in Honour of J.J. Ceremona**, 1999, sf:36'dan aktaran Paul Mahoney, "*Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law*", **The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law**, Lausaanne, 14-15 Avril 2000, Schuthess, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, 43, Zurich, 2002, sf:143-157, 144. Bununla birlikte "karşılaştırmalı metot" ile yalnızca Avrupa Konseyi üyesi devletlerin iç hukuklarına yapılan yollamayı ya da yalnızca uluslararası hukuka yapılan yollamayı kasteden yazarlar da mevcuttur. Karşılaştırmalı metot kavramı ile yalnızca iç hukuklara yapılan göndermeyi kasteden bir yazarlar olarak bkz. Bernhardt, **a.g.m**; Mahoney, **a.g.m**. (Yalnız, Mahoney'in aktarmasından anlaşıldığı kadarıyla Prof. Bernhardt 1999 yılında yayımlanan makalesinde yer alan karşılaştırmalı hukuk ifadesiyle hem ulusal hukuklara hem de uluslararası ve ulusalüstü hukuklara yollamayı kastetmektedir). Karşılaştırmalı metot kavramı ile yalnızca uluslararası hukuka yapılan göndermeyi kasteden bir yazar olarak ise bkz. F. Matscher, "*Methods of Interpretation of the Convention*", **The European System for the Protection of Human Rights**, (Eds. Mcdonald et. al.), Martinus Nijhoff Publishers, the Hauge, 1993, sf:63-81,74.

len bir yaklaşımın Strabourg organlarının Sözleşmesel standartları hem yüksek hem de otonom kılma çabasını tehlikeye düşürebilecek olmasıdır.... Taraf Devletleri Sözleşmeye göre denetlemek ile görevli denetim organlarının ulusal hukuka/mevzuata dayanması paradoksaldır... Böyle bir yaklaşım, Sözleşme standartlarının kalitesini 'yeknesak' bir Avrupa yaklaşımı uğruna feda edebilir."[283] Bazı yazarlar da ulusal uygulamalara gönderme yapan konsensus temelli bir yaklaşımın 'ahlaki gerçek'e göndermeyle yapılan bir yoruma göre ikincil önemde olduğunu ileri sürmektedir.[284] İkinci eleştiri, bu yöntemin Strasbourg organlarınca yüzeysel olarak kullanıldığı savıdır. Bu bağlamda karşılaştırma yapılmak üzere hangi devletlerin seçileceğini belirlemekte kullanılan ölçüt ya da ölçütlerin yokluğu, seçilen devletlerin iç hukukuna ilişkin ayrıntılı ampirik verilerin toplanmaması ve yeterli şekilde analiz edilmemesi ve yeknesaklığın gerçekleşmiş sayılması için ne kadar devletin ulusal hukukunun aynı yönde olması gerekiyor olmasının belirsizliği gibi unsurlar karşılaştırmalı hukuk yönteminin güvenilirliğini ve tutarlı kullanımını zedeleyen faktörler arasındadır.[285]

İlkesel bazdaki eleştirleri bir yana bırakacak olursak[286], karşılaştırmalı hukuk yönteminin yüzeysel ve tutarsız olarak kullanıldığına yönelik ikinci grup eleştiriler *Agrotexim* kararı için geçerlidir. Mahkeme net referans vermeksizin Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin bazılarında Yüksek Mahkemelerin de benzer bir çözümü benimsediğini belirtmektedir. Karşılaştırmalı hukuk yönteminin kullanılmasının ulusal boyutu bundan ibarettir. Ne hangi devletlerden bahsedildiği, ne bu devletlerin sayısının ne kadar olduğu, ne de bu devletlerin karşılaştırmaya esas alınmak

---

283 Yutaka Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Intersentia, Antwerp, 2002, sf: 195-196.

284 George Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR", **EJIL**, Vol. 15, No. 2, 2004, sf: 279-305, özellikle 297-305.

285 Brems, **a.g.m.**, sf:285; Carozzo, **a.g.m.**, sf:1217-1237; Laurence R. Helfer, "*Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*", **Cornell International Law Journal**, Vol. 26, sf:133-165.

286 Kanımca mutlak bir Avrupa yorumunun meşruluk derecesi zayıftır. Üstelik ulusal hukuk sistemlerine gönderme yapılmaksızın otonom bir Avrupa ortak anlamın nasıl belirleneceği sorunu çözümsüz kalmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk hakkındaki bu ikircikli durum, bir yanda bağımsız Avrupa denetimini sağlamak, diğer yanda ise üye Devletlerin "ortak mirasının" sürdürülmesi ikileminden kaynaklanmaktadır. Biz "ortak miras" nosyonunun bu ikileme yol açmayacak şekilde kullanılabileceğini düşünmekteyiz. Bunun için konsensus incelemesinin, ikinci grup eleştiriler dikkate alınarak tutarlı hale getirilmesi ve ulusal hukuklar yanında uluslararası hukukun somut uyuşmazlıkta rol oynayabilecek ilke ve kurallarının dikkate alınması yeterli olacaktır. Bu mesele işbu Çalışmanın kapsamı dışındadır. Bununla birlikte, Çalışmanın Giriş Bölümü ile II. Bölümümün başında "**AİHS** genelinde otonom kavramlar doktrini" başlığı altında yapılan açıklamalara bkz.

için hangi özelliklerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Yine de, Avrupa ulusal hukuklarında durumun AİHM'in kabul ettiği gibi olduğunu biliyoruz. Bu noktada Mahkemenin referansı geçerli görülebilir.[287]

Agrotexim kararındaki Uluslararası Adalet Divanı kararına yapılan atfa gelince, yukarıda da belirtildiği üzere, Strasbourg organları ve özellikle AİHM sık sık uluslararası hukuk kaynaklarına yollama yapmaktadır. Bu yollama kimi kez uluslararası norma kimi kez de uluslararası içtihada yapılmaktadır.[288] Bu tip yollamalar, UİHH'de "*normatif ve içtihadi bütünsellik ilkesi*"nin sonucudur. Böylelikle, farklı sözleşmeler çerçevesinde farklı organlar eliyle üretilen içtihatlar iki önemli sonuç doğurmaktadır. Birincisi, sözleşme organları arasında "*içtihadi etkileşim*" olarak adlandırabileceğimiz bir "*karar üretim süreci*" ve ikincisi, bölgesel ve uluslararası düzlemleri içeren anlamıyla ulusalüstü ölçekte "*içtihadi standartlaşma*" olarak adlandırabileceğimiz bir "*sözleşme hukuklarının uyumlaşması süreci*" ortaya çıkmaktadır.[289]

Strasbourg organlarının ulusalüstü normatif ve içtihadi standartlara atıf yapması ve bunlarla aynı doğrultuda karar üretmesi belki teorik düzlemde kabuledilebilir ama somut *Agrotexim* kararında tartışmaya açıktır. Öncelikle *Agrotexim* davasında hukuki problem, usuli bir problemdir[290] – **AİHS** Madde 34 anlamında mağdur statüsü. İkinci olarak Mahkemenin atıf yaptığı kararı veren organ Uluslararası Adalet Divanı'dır (UAD). Bilindiği üzere, UAD ise bir insan hakları denetim organı değildir. Bu açıdan UAD kararının AİHM üzerindeki etkisi tartışmaya açıktır. Üçüncüsü, konu bakımından *Agrotexim* davası ile *Barcelona Traction* davası birbirinden farklıdır. Her şeyden ötede, insan hakkı ihlali iddiası ile uyrukluk temelinde diplomatik koruma iddiası arasındaki esaslı farklılık, insan hakları yargı yerlerinin Uluslararası Adalet Divanının söz konusu kararına yaptıkları atfı ve bu kararı temel almalarını

---

287 Krş. Emberland, **Companies**, sf:87-88.

288 Bu yollamaların meşruluğu, etkisi ve sınırları için bkz. Haydar Burak Gemalmaz, **a.g.e.**, sf:71-77; Haydar Burak Gemalmaz, **Making Sense**, sf:51-55. Bütün UİHH genelinde çeşitli organların içtihadi birikiminin ampirik dökümü ve analizi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1678-1726.

289 Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1700-1701; Haydar Burak Gemalmaz, **Making Sense**, sf: 55-59.

290 Merrils'in yaptığı ampirik araştırmaya göre, insan haklarının ulusalüstü/uluslararası yargısal korunması uluslararası hukukun görece yeni alanlarından biri olduğu ve temelde andlaşmalar çerçevesinde geliştiği için, insan hakları denetim organlarının uluslararası hukuk kaynaklarına yaptığı yollama genellikle usul hukukuna ilişkindir. Merrils devamla esasa ilişkin atıf örnekleri de göstermektedir. Bkz. J. G. Merrills, **The Development of International Law by the European Court of Human Rights**, Melland Schill Monographs in International Law, Manchester University Press, second edition, 1993, sf:203, 205.

şüpheyle karşılamak gerektiğini göstermektedir.[291] Bununla birlikte, aslında UAD'nin de ulusal hukukların çözüm tarzını benimsediğini hatırlatalım.

b) Dolaylı Mağdur Kavramının Olası Etkisi

Agrotexim içtihadını belirleyen gerekçelerin arasında tüzel kişi şirketi Strasbourg organları önünde kimin temsil edeceğinin belirsiz hale geleceği endişesi de yer almaktadır. AİHM'e göre, paydaşlar arasında veya paydaşlar ile yönetim kurulu arasında şirketin nasıl yönetileceği bakımından birçok sorun çıkması doğaldır ve tasfiye halinde bu sorunlar daha da artabilmektedir. Bu açıdan, paydaşlar ile şirketin kendisi arasında yarışan çıkarlar söz konusu olabilir.

Yukarıda da değinildiği gibi, aslında AİHM burada paydaşın hissesinden kaynaklanan *hakkı* ile *çıkarı* arasında bir ayrım yapmaktadır ve şirket mağdur sayılırken hissedar mağdur olarak kabul edilmemektedir. Mahkemenin hissedarın ulusal hukukta dava ehliyeti olmamasını vurgulamasının sebebi de budur. Dolayısıyla bu ayrım ilk bakışta Sözleşme amaçları bakımından yerinde olarak mütalaa edilebilir.

Ancak bu ayrımda atlanılan önemli bir unsur var: Strasbourg organlarının ve özellikle de Komisyonun yerleşik içtihadına göre, **AİHS**'in 34. Maddesi anlamında mağdur statüsü genel olarak üç kategoride ele alınır: Bunlar doğrudan, dolaylı ve potansiyel mağdur kategorileridir.[292] Potansiyel mağdur bizi burada ilgilendirmemektedir. Dolaylı mağdur ile doğrudan mağdur arasındaki fark ise üzerinde durulması gerekli bir ayrımdır.

Doğrudan mağdur ihlal oluşturduğu iddia edilen ulusal tasarruftan direkt ve kişisel olarak etkilenen kişidir. Paydaşların şirkete yönelik ulusal tasarruftan ötürü Strasbourg organlarına yaptığı başvuruda tüzel perde engeli, doğrudan mağduriyet testinin uygulandığını göstermektedir.[293]

Dolaylı mağdur ise, doğrudan olarak başkasına yönelmiş ulusal tasarruftan kişisel olarak etkilenen üçüncü bir kişidir. Buna göre, dolaylı mağduriyetin söz konusu olduğu hallerde, en az iki kişi ve bu iki kişi arasında bir bağ bulunmaktadır. Bu bağ bulunmadıkça, ihlal iddiasına konu olan tasarrufun doğrudan yöneldiği kişiden üçüncü kişiye mağdu-

---

[291] Üçüncü unsur bakımından aynı yönde bkz. Emberland, **Companies**, sf:89.

[292] Genel olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Gülay Arslan, **a.g.t.**, sf:81-109; **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**, sf:55-73 (revised by Leo Zwaak).

[293] Aynı yönde bkz. **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**, sf:71 (revised by Leo Zwaak).

riyet etkisi yayılmaz. Bu sebeple, uygulamada dolaylı mağdur kavramı, hemen her zaman, doğrudan mağdurun yakın akrabaları veya yakın duygusal ilişki içinde olduğu kişiler için geçerli olur. Şikayet konusu ulusal tasarrufun mağduriyet etkisini üçüncü kişiye kadar uzatan işte bu duygusal bağdır.

Dolaylı mağduriyetin konu bakımından da bir sınırı vardır. Strasbourg organların içtihadında yerleşik olduğu üzere, ancak söz konusu duygusal bağı tetikleyebilecek nitelikte olduğu düşünülen haklar bakımından dolaylı mağduriyet iddiası geçerli olabilir; örneğin, yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi.[294] Münhasıran bir kişinin kendisi üzerinde sonuç doğuran tasarrufların üçüncü kişiye etkisi olmaz; örneğin adil yargılanma hakkının ihlali iddiasında olduğu gibi.[295]

İşte buradan hareketle, **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı bakımından da dolaylı mağdur kategorisine başvurulabileceği ileri sürülebilir. Eğer bu görüş kabul edilirse, paydaş da şirkete yönelik tasarruftan ötürü AİHM'e başvurabilecektir. Bu görüşün geçerliliğini gösteren bazı veriler bulunmaktadır.

Bir kez, şimdiye kadar Strasbourg organları uygulaması sadece duygusal/manevi bağ ile sınırlı kalmış olmasına rağmen, maddi bağın da şikayet konusu tasarrufun üçüncü kişiye dolaylı etkisini tetiklemesinin mümkün olduğunu kabul etmenin önünde hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır.[296] Bilakis maddi bağ, duygusal/manevi bağdan daha kolayca gösterilebilir ve ispat edilebilir.[297] Maddi bağ, manevi/duygusal bağın tersine muğlâk değildir ve ölçülebilir. Somut inceleme konusu açısından bakıldığında, paydaşın hisselerinin değerindeki azalma, maddi bağı açıkça göstermektedir. İkinci olarak, Sözleşmenin uygulanmasına ve yorumlanmasına egemen olan ilkelerden "etkililik" ilkesi, ki "mağdur" teriminin yer aldığı 34. Maddede pozitif ifadesini bulmakta olup dolaylı mağdur kategorisinin yaratılmasında da rol oynamıştı, böyle bir açılımı des-

---

294 Semih Gemalmaz, **AİHS Madde 3 Analizi/2006**, sf:325-330.

295 Zwart, **a.g.e.**, sf:80-83; Arslan, **a.g.t.**, sf:103.

296 Krş. **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**, sf:71 (revised by Leo Zwaak). Yazarın ifadesi şöyledir: ".... it may be concluded that the doctrine of 'indirect victim' has not yet been established with full clarity in the case law as far as holders of financial interests in a company are concerned".

297 Örneğin, bir davada Komisyon sigorta şirketlerine getirilen vergi yükümlülüklerinin poliçe sahiplerini etkilemediğine karar vermiştir. Oysa son tahlilde vergi yükünü poliçe sahipleri çekecekti. Dolayısıyla söz konusu olayda poliçe sahiplerinin dolaylı mağdur statüsüsünde olduğu kabul edilebilirdi. Bu dava için bkz. *Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden*, App. No.13013/87, Admissibility Decision of 14 December 1988, **DR Vol. 58**, sf:163-185, para.1 (The Law Bölümü).

tekleyecektir. Üçüncü olarak, ticari şirkete yönelik müdahale münhasırlık özelliği göstermemektedir. Ticari şirketin doğrudan etkilendiği her durumda, onun bileşenleri ve bu arada hisseler de söz konusu müdahaleden dolaylı olarak etkilenecektir. *Kaplan* kararı, aslında bu gözle de okunabilir.[298]

O halde, AİHM'in temsil ve çatışma endişesi, dolaylı mağdur kavramı kullanılarak belli bir ölçüde giderilebilir ve tüzel kişilik zedelenmeksizin paydaşlar haklarını Mahkeme önünde arayabilir.

Paydaşların dolaylı mağduriyetinin tanınması, Mahkemenin *Agrotexim v. Yunanistan* ve *Vatan v. Rusya* kararlarındaki iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı çerçevesindeki endişesini[299] de bir ölçüde bertaraf edebilecektir. Mahkemenin, Sözleşmenin 35. Maddesinde yer alan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı çerçevesindeki endişesi, aslında tüzel perdeye öncelik vermesine yol açan temel gerekçesinden kaynaklanan tali bir özelliktir. AİHM, burada da ulusal hukuklardan etkilenmektedir. Hatırlanacağı üzere, ulusal hukukların büyük çoğunluğunda, paydaşın şirkete yönelik tasarruflardan ötürü dava ehliyeti bulunmamaktadır. Buna göre, paydaşın Strasbourg'a başvurmasının kabul edilmesi, onun iç hukuku tüketmemesinin kabulü anlamına gelir.

AİHM'in bu endişesi temelde yerinde olmakla birlikte, paydaşlara dolaylı mağdur statüsü vermek, farklı bir yaklaşımla temellendirebilir. Bilindiği üzere, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, ancak mevcut ve etkili iç hukuk yolları için geçerlidir. Eğer şikayet konusu tasarrufa karşı iç hukuk kuralı yoksa veya etkisizse, doğrudan Mahkemeye başvurmak mümkündür.[300] Ayrıca unutulmamalıdır ki, paydaşın dava ehliyeti bulunduğu iddiası, şirketinkiyle her durumda çelişen bir iddia değildir. Paydaş, şirketle aynı anda hukuki işlem yapmak talebinde bulunmuş olmaktadır. Kaldı ki, Strasbourg organları tutarlı olarak, paydaş ulusal hukukta dava ehliyetine sahip olduğunda, bu paydaşın Strasbourg'a başvurmasını da olumlu karşılamaktadır.[301]

Bu noktada, dolaylı mağdur kavramının bu şekilde kullanılmasının ulusal hukuklarda görülen bir kavramla uyum içerisinde olduğu da tespit edilebilir. Bu, pay sahiplerinin şirkete yönelik ulusal tasarruftan ötü-

---

298 *Joseph Kaplan v. the United Kingdom*, App. No.7598/76, Report of the Commission of 17 July 1980, **DR Vol. 21**, sf:5-38, 23-24 ve para.131.

299 *Agrotexim and Others v. Greece*, Judgment of 24 October 1995, para.66; *Vatan v. Russia*, App. No.47978/99, Judgment of 7 October 2004, para.48. Bu açıdan bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1656-1658.

300 Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:987-990, 1663-1665.

301 Aşağıda "2 (c)" alt bölümünde irdelenen perdenin kaldırılması sebebine bkz.

rü şirket yönetim kurulu üyelerine ulusal hukukta tazminat davası açma imkanını belirleyen "dolayısıyla zarar gören kişi" kavramıdır. Bu kavramı destekleyen normatif düzenlemeler aracılığıyla, pay sahibi, yönetim kurulu üyelerine dava açabilir. Ulusal hukuk eksenli bu kavramın ve normatif düzenlemelerin arkasında, şirkete gelen zararın aslında onu bileşenlerinden olan pay sahipleri tarafından yükleniliyor olduğu düşüncesi yatmaktadır.[302] Elbette, benzerliğin sadece kavramsal düzeyde olduğunu gözden kaçırılmamalıdır. Ulusal hukuklarda (en azından Türk hukukunda) paydaşın yönetim kurulu üyelerine karşı dava açtığını ve davanın konusunun, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, paydaşın zararının değil, şirketin zararının tazmini olduğunu unutmamak gerekir.

c) Ara Sonuç

Özetlemek gerekirse, doğrudan tüzel kişiyi etkileyen ve perdenin arkasında kalanı (örneğin pay sahibi) dolaylı olarak etkileyen tasarruflar bakımından kuralın perdenin etkinliği, istisnanınsa perdenin kaldırılabileceği yolundaki teorik modelinin Strasbourg yargısındaki geçerliliği sürmektedir. Bu modelin eleştiriye açık yönleri olmakla birlikte, yukarıda yapılan inceleme, Strasbourg organların tercihinin değil, uygulamasının bazı yetersiz ve tutarsız unsurlar içerdiğini göstermektedir. Zaten yukarıda yöneltilen eleştiriler ve geliştirilmeye çalışılan olası açılımlar, seçilen modelin kendisine değil, *Agrotexim* kararında görülen sert uygulanmasına yöneliktir.

Perdenin etkinliği modelinin çok güçlü mantıki bir dayanağı da bulunmaktadır. Nasıl ki perde, şirketin borçlarına karşı paydaşı koruyorsa ve paydaşın şirketin borçlarından kaynaklanan sorumluluğu yatırımıyla sınırlıysa, paydaşın şirket çerçevesinde haklarını da sınırlar.[303] Diğer yandan, genel olarak Sözleşme ve özel olarak **P1-1**, tüzel kişileri ve şirketleri hak sahibi kıldığına ve giderek özel girişim özgürlüğü Sözleşmece korunduğuna göre, ticari şirketin tüzel kişiliğinin ihmal edilmesi **AİHS**'in ruhuna da uygun olmazdı.[304]

Son olarak, tüzel perde teorisine önem veren tek ulusalüstü insan hakları yargı yerinin AİHM olmadığı eklenmelidir. Hem BM **Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesi**nin (**MSHS**) denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi (İHK) hem de **Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi** (**Ame. İHS**)'nin denetim organları Amerikalılararası İnsan Hakları Ko-

---

302 Türk hukuku açısından bkz. Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Mayıs 2001, sf:124-130, özellikle 125 ve 128-129.

303 Emberland, **Companies**, sf:90.

304 Emberland, **Companies**, sf:92.

misyonu (Ame.İHK) ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin (Ame.İHM) konuya yaklaşımı, Strasbourg organlarının yaklaşımıyla örtüşmektedir.

Gerek Ame.İHK gerekse de *Cantos* davasında Ame.İHM, ticari şirketleri olan gerçek kişi başvurucunun, şirketlerin kendisine yönelik ulusal tasarruftan ötürü, kural olarak, mağdur statüsünde olmadığını kabul etmiştir. Özellikle *Cantos* davası bu konuda belirleyici ve yenilikçi unsurlar içeren bir karardır. Ame.İHK'in konuyla ilgili kararlarına atıf yapan Ame.İHM, *Cantos* davasını bunlardan ayırmıştır. Ancak perde teorisinin geçerliliğine halel getirmemiştir.[305] Ame.İHM sadece, *Cantos* davasının özel koşullarından (*specific circumstances*) ötürü, başvurucu paydaşın mağdur statünü kabul etmiştir.[306]

MSHS organı İHK'in yaklaşımı da çok farklı değildir. *Sharif Mohamed* vakasında İHK, açıkça, başvurucunun şirketinin haklarına yönelik ihlal iddiasında bulunduğu ve tek paydaş olmasına rağmen, şirketin kendi tüzel kişiliği olduğu ve bu sebeple başvurunun kişi yönünden yetkisizlik temelinde reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.[307]

2) Perdenin Kaldırılması

Her kural gibi, "tüzel perde engeli" kuralının da istisnaları mevcuttur. Bunu zaten bizzat AİHM tüzel kişilik perdesi teorisini benimsediği kararında belirlemişti. Ancak AİHM aynı kararında, bu istisnanın hangi hallerde geçerlilik kazanacağına yönelik herhangi bir ipucu vermemiştir. Mahkeme yalnızca, "tüzel kişinin kuruluş sözleşmesinde/belgesinde ön-

---

305 Aynı yönde bkz. Marius Emberland, "*The Corporate Veil in the Jurisprudence of the Human Rights Committee and the Inter-American Court and Commission of Human Rights*", **Human Rights Law Review**, Volume 4, No.2, 2004, sf:257-275, özellikle 265-266, 267-268, 269-270, 271. Krş. Jo M. Pasqualucci, **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**, Cambridge University Press, 2003, sf:105-106. Pasqualucci'ye göre, *Cantos* davasıyla Ame.İHM, Ame.İHK'in "Sözleşmeyi sınırlı yorumlamasını/*limited interpretation of the Convention* (tüzel perde teorisi, B.G.)" reddetmiş olmaktadır.

306 *Cantos v. Argentina*, Preliminary Objections Judgment of 7 September 2001, paras.24-31. Ame.İHM *Cantos* vakası hükmünde, Uluslararası Adalet Divanının *Barcelona Traction* davasındaki diplomatik koruma bağlamında konuya ilişkin olarak aynı yöndeki kararına da atıf yapmaktadır (para.26) – ki bu karara AİHM de atıf yapmıştı.

307 *Sharif Mohamed v. Barbados*, Communication No.502/1992, CCPR/C/50/D/502/1992, 1994 . Aynı yönde diğer bir örnek karar için bkz. Emberland, **Corporate Veil**, sf:266-267. *Sharif Mohamed* kararının eleştirel olarak değerlendirmesi için bkz. Manfred Nowak, **UN Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary**, Second revised edition, N. P. Engel Publisher, 2005, sf:831-832. Nowak, Emberland'ın "**Corporate Veil**" şeklinde kısaltarak başlıklandırdığımız çalışmasının henüz yayımlanmadan önceki sunum formuna, okurun karşılaştırma yapması amacıyla atıf yapmaktadır.

görülen organlar veya tasfiye halindeyse tasfiye memurları eliyle kendisine başvurmasının olanaksız olduğu açık bir şekilde ortaya konulduğunda" perdenin kaldırılabileceğine örnek olarak işaret etmiştir.[308]

Mahkemenin bu ifadesinden, istisnai bir durumun söz konusu olup olmadığını anlamak için kuruluş sözleşmesi/belgesinde belirlenen yönetim organlarının (ve özellikle yönetim kurulunun) ve tasfiye halinde ise tasfiye memurlarının ya da kayyumun tasarruflarına bakmanın gerekli olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak adı geçen organ veya kişilerin hangi tasarruflarının tüzel kişinin AİHM'e başvurmasını olanaksız kılacağı yine de belirsiz kalmaktadır. Üstelik, başvuru olanaksızlığının nasıl ve ne zaman "açıkça ortaya konulduğu" meselesi de aynı derecede netlikten uzaktır.

Bu tip belirsizlikleri pratiğe bakarak belli bir ölçüde aydınlatmak mümkündür.

a) Tüzel Kişi ile Paydaşın Ortak Kaderi

Perdenin kaldırıldığı veya bir başka ifadeyle tüzel kişiliğin dikkate alınmadığını istisnai durumların birincisi, başvurucunun şirketin sahipliğine varan çoğunluk hissesi sahip olmasıdır. Ancak bu durumda, tüzel kişi ile çoğunluk hissesine sahip olan kişinin kaderlerinin birlikte yazıldığı söylenebilir. Böylelikle perde aşılabilir.

27 Haziran 2000 tarihli *Ankarcrona* davası bu duruma örnektir. Bu davada başvurucu kendisiyle aynı ismi taşıyan bir şirket hisselerinin tek paydaşıdır. Başvurucu, şirketin sahip olduğu askeri malzeme satma ruhsatının/lisansının kapsamının genişletilmemesinin **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüştür. İncelemesine Hükümetin mağduriyet ilk itirazını ele almakla başlayan AİHM, bu davayı perde teorisini jurisprudansa dahil eden *Agrotexim vd. v. Yunanistan* davasından ayırmıştır. Mahkemeye göre, *Agrotexim* davasındaki endişeler (Strasbourg organlarına kimin başvurabileceğinin belirsiz hale gelmesi ve iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu bakımından doğabilecek bazı sorunlar ile paydaşlar arasında veya paydaşlar ile yönetim kurulu arasında Sözleşmesel ihlal iddialarına yönelik olarak ne yapılacağı hususunda çıkabilecek anlaşmazlıklar) bu davada geçersizdir, çünkü başvu-

308 *Agrotexim and Others v. Greece*, Case No. 15/1994/462/543, para.66 ("Concerned to reduce such risks and difficulties the Court considers that the piercing of the 'corporate veil' or the disregarding of a company's legal personality will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation - through its liquidators").

rucu dışında başka paydaş bulunmamaktadır.[309] Dolayısıyla tüzel kişi ile başvurucunun kaderleri birlikte yazılmıştır.[310]

Bu davada başvurucu tek hissedar olduğu için Mahkemenin derin bir değerlendirme yapmasına gerek olmamıştır. Ancak bazı soruların çözüme kavuşmadığı da ortadadır. Mesela, ne kadarlık hissenin başvurucuyu AİHM gözünde tüzel kişinin sahibi kılmaya yeteceği gibi. Veya, çoğunluk olmasa bile kontrol yetkisi veren özel hisselerin etkisi ne olacaktır?[311] Birden fazla paydaşın başvurucu olduğu hallerde, çoğunluğun başvurusu kabul edilip azınlığın başvurusu ret mi edilecektir? Sorular arttırılabilir, ama Strasbourg organları içtihadında bu sorulara net bir cevap bulunmadığını da eklemek gerekir.

Bununla birlikte bazı başka unsurlara dikkat çekilmesi gereklidir. Bunların başında tüzel kişi ile bunun sahibinin/sahiplerinin kaderinin her durumda birlikte yazılmadığıdır. Özellikle tasfiye halindeki veya acze düşüp kayyım tarafından idare edilen tüzel kişilerin çıkarları ile bunun sahiplerinin çıkarları çatışabilir. Böyle olduğunda ya da bu çatışma muhtemel olduğunda yine perde kuralına öncelik verilir. Nitekim 13 Aralık 2005 tarihli *Vesela ve Loyka* davasında AİHM bu çatışma ihtimaline özel bir önem vererek, kayyım tarafından yönetilen tüzel kişi ile bunun sahibi ve yöneticisi olan başvurucuların çıkarlarının farklı olduğunu veya potansiyel olarak farklı olabileceğini saptamış ve davayı, diğer gerekçelerle birlikte, kişi yönünden yetkisizlik temelinde kabuledilemez bulmuştur.[312] 2005 tarihli *Vesela ve Loyka* davasından farklı olarak, *G.J. v.*

---

309 *Ankarcrona v. Sweden*, App. No.35178/97, Admissibility Decision of 27 June 2000.

310 Doktrinde Emberland bu duruma AİHM'in açık nitelemesinden hareketle "araç yaklaşımı/*vehicle approach*" demektedir. Yazar, bu isimlendirmeyi henüz *Agrotexim* kararının mevcut olmadığı dönemde karara bağlanan *Pine Valley* içtihadına dayandırmaktadır. Bu kararda başvurucular, şirket ile bunun sahibi konumundaki gerçek kişidir. Bu gerçek kişinin mağdur statüsünü incelerken Mahkeme, söz konusu şirketlerin gerçek kişinin araçları konumunda olduğunu tespit etmiştir. Buradan hareket eden AİHM gerçek kişinin de mağdur statüsünü haiz olduğuna karar vermiştir (*Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland*, Judgment of 29 November 1991, Series A No. 222, para.42). *Pine Valley* kararını değerlendiren Emberland, bu çalışmada metinde incelenen kararların, açıkça bir atıf olmamasına rağmen, adı geçen karardan etkilendiğini ve bu kararı takip ettiklerini ileri sürmektedir. Ancak yazarın, kitabının yayın tarihi itibariyla, metinde ele alınacak olan Aralık 2005 tarihli *Vesela and Loyka v. Slovakia* davasını ele alamadığını hatırlatalım. Bkz. Emberland, **Companies**, sf: 99-101. Ayrıca krş. Allen, **Human Rights Act**, sf:84-86.

311 Aynı noktaya Emberland da dikkat çekiyor, **Companies**, sf:105.

312 *Vesela and Loyka v. Slovakia*, (App. No.54811/00), Final Admissibility Decision of 13 December 2005 ("It is true that the company is wholly owned by the applicants and that they are members of its boards. However it must also be noted that in 2001 the company was declared insolvent. By virtue of the insolvency order all powers to make dispositions in respect of the company's estate and operations were automatically

Luxembourg vakasında verdiği 26/10/2000 tarihli bir başka hükmünde AİHM, şirketi tasfiye halinde olan ve şirketin %90 hissesine sahip olan başvurucunun şikayetine kişi yönünden yetkisizlik ilk itirazında bulunan Lüxemburg Hükümetinin gerekçesini reddetmişti. Hükümetin ilk itirazını reddederken AİHM, başvurucunun %90 paya sahip olmakla tüm ticari işlerini şirket üzerinden gerçekleştirdiğini ve Mahkeme önündeki şikayetin konuyla ilgili olarak doğrudan kişisel bir çıkarının bulunduğu saptamasına dayanmıştı. Ancak hemen eklenmelidir ki AİHM bakımından bu dayanak tali nitelikte olup, Hükümetin ilk itirazını asıl bir başka gerekçeyle reddetmişti[313] – ki buna hemen aşağıdaki başlıkta değinilecektir. Hiç kuşkusuz AİHM, 26/10/2000 tarihli söz konusu hükmünde, herhangi bir atıf yapmamasına rağmen, bir kaç ay önce ele aldığı *Ankarcrona* davasının etkisi altında kalmış olsa gerek.[314]

b) Tasfiye Memurunun Tüzel Kişinin Çıkarını Korumaktaki Yetersizliği

Perdenin kaldırılmasını gerektiren bir başka istisnai durum, tasfiye halinde, müflis durumda veya acze düşmüş durumda olup da tasfiye memurları ya da iflas idaresi/aciz memuru tarafından idare edilen tüzel kişinin çıkarlarının atanmış yöneticiler tarafından etkili biçimde korunmadığında veya yanlış kararlar ve uygulamalarla zarara uğratıldığında söz konusu olabilir.

G.J. v. Luxembourg, davası ticari şirketin %90'nına sahibi olan başvurucunun şikayetine ilişkindir. Başvurucu, şirketi tasfiye halindeyken yetkili ulusal ticaret mahkemesi tarafından müflis ilan edilmesine ve şirket yönetimine el konulmasına yönelik ulusal hukuk işlemlerinin Sözleşmeye aykırılık taşıdığını iddia etmektedir. İncelemesine tüzel kişilik perdesi teorisinin geçerliliğini teyit ederek başlayan AİHM, bu davayı *Agrotexim vd. v. Yunanistan* davasından ayırmıştır. AİHM'i bu iki davanın farklı temelde olduğu kararına vardıran, *G.J.* davasındaki şikayet konusunun doğrudan tasfiye görevlilerinin (Mahkemesinin ifadesiyle ulusal ticaret mahkemesi ve resmi memur) tasarruflarına ilişkin olmasıdır. Şir-

---

transferred to the bankruptcy trustee. The present case must therefore be distinguished from that of *Ankarcrona v. Sweden* (Decision, No.35178/97, ECHR 2000-VI) in that there exist, at least potentially, competing interests of the applicants on the one hand and the trustee of the company on the other").

313 *G.J. v. Luxembourg*, App. No.21156/93, Judgment of 26 October 2000, para.24.

314 1 Nisan 2004 tarihli bir kabuledilemezlik kararında da AİHM başvurucunun (ki bir ticari şirkettir), iflas idaresinin elinde olup hem özel idareciler hem de kayyım tarafından yönetilen şirketin %98'ine sahip olmasını, *G.J. v. Luxembourg*'a atıfla ve yine tali olarak, başvurucunun mağduriyetine ve önündeki davanın *Agrotexim* davasındaki istisnai kategorilerden birine girdiğine dayanak olarak kullanmıştır. Bkz. *Camberrow MM5 AD v. Bulgaria*, App. No.50357/99, Admissibility Decision of 1 April 2004, para. 1 (The Law). Ancak başvuru başka sebeplerle kabuledilemez ilan edilmiştir.

keti yönetenlerde bu tasfiye memurları olduğuna göre, şiketin bir tüzel kişi olarak Strasbourg organlarına başvurması mümkün değildir.[315] O halde, tasfiye halindeki şirketin % 90 oranında hissesinin sahibinin Mahkemeye başvurması mümkündür.

G.J. davasında AİHM tarafından dile getirilen bu yaklaşım zamanla yerleşik içtihat haline gelmiştir. 2004 tarihli *Camberrow MM5 AD v. Bulgarisan* davası tipik örneklerin başında gelmektedir. Bu davada başvurucu Camberrow bir ticari şirket olup banka niteliğindeki bir başka ticari şirketin % 98 hissesine sahiptir. Başvurucunun sahip olduğu bankaya önce Bulgaristan Merkez Bankası el koymuş ve mevcut yöneticileri görevden alıp yerlerine özel yöneticiler atamıştır. Aynı zamanda Merkez Bankası el konulan bankanın işlem yetkilerinde de sınırlamaya gitmiştir. Bu önlemlerle yetinmeyen Merkez Bankası, el koyduğu bankanın iflasını da yetkili ulusal mahkemeden talep etmiştir. Ulusal yargılama işlemlerinin nihayetinde, bankanın iflasına karar verilmiş ve bankaya iflas idaresi/kayyım atanmıştır. İşte başvurucu Camberrow şirketi, elinden alınan ve iflasına karar verilen bankaya yönelik ulusal hukuktaki bu işlemlerin Sözleşmede düzenlenen çeşitli haklara ve **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkına aykırılık teşkil ettiğini iddia etmektedir. Tıpkı *G.J.* davasında olduğu gibi, AİHM önündeki davayı *Agrotexim vd. v. Yunanistan* davasından ayırmakla başvurucunun mağdur statüsünü incelemeye başlamıştır. Mahkemeye göre, perde teorisinin her zaman önceliği olmakla beraber, bu olayda şikayet konusu zaten bizatihi bankaya el konulması ve giderek bankanın müflis ilan edilmesidir. Elbette buna ek olarak bankaya önce özel yöneticiler ve sonra iflas idaresi/kayyım atanması da şikayet edilen ek unsurlardır. Hal böyle olunca, el konulan banka ile ona atanmış yeni yöneticiler arasında bir çıkar çatışması olması kaçınılmazdır. Çünkü atanmış yöneticilerin atanma süreçlerinin **AİHS**'e uygunluğuna ilişkin olarak AİHM'e banka adına dava açmaları beklenemez.[316]

13 Aralık 2005 tarihli *Vesela ve Loyka* davası da bu istisnai durumun bir ölçüt olarak kullanıldığı davalardan biridir. Ancak bu davada AİHM, bu ölçütü olumsuz nitelikte kullanmıştır. Mahkemenin saptamasına göre, bu davada kayyımın şirketin çıkarlarını uygun şekilde kollamadığını gösteren bir veri bulunmamaktadır. Bu yüzden, bu dava iki ön-

---

315 *G.J. v. Luxembourg*, App. No.21156/93, Judgment of 26 October 2000, para.24. AİHM'in bu gerekçesine ek olarak bir diğer gerekçesi daha vardır. Bu tali niteliki gerekçeye yukarıda değinilmişti.

316 *Camberrow MM5 AD v. Bulgaria*, App. No.50357/99, Admissibility Decision of 1 April 2004, para. 1 (The Law). Mahkemenin *G.J. v. Luxembourg* davasına atıf yaptığını ve tıpkı o davada olduğu gibi, tali nitelikte bir başka gerekçesi daha olduğunu vurgulamak gereklidir.

ceki paragrafta ele alınan *G.J.* davasından ayrılmalıdır. Buna göre, ilkesel ölçüt geçerlidir, ama bu davada uygulanabilir değildir.[317]

Elbette, tasfiye memurunun tüzel kişinin çıkarını korumaktaki yetersizliği ölçütü tek başına belirleyici değildir. Anılan kriter Mahkeme tarafından diğer ölçütlerle birlikte ele alınmaktadır. Üstelik bu ölçütün unsurları belirsizdir. Ölçütün perdenin kaldırılmasına yönelik olarak kullanıldığı örneklerde şikayet konusu, tüzel kişiye el konulmasıydı. Dolayısıyla tek tek el konulan tüzel kişinin yönetimine atananların tasarruflarına bakılmasına gerek kalmamıştı. Oysa perdenin kaldırılmamasına karar verilen *Vesela ve Loyka* davasında şikayet konusu ulusal tasarruf, el konulan şirkete ait olan mülkiyete yönelik üçüncü taraflarca açılan bir istihkak davasıydı. Dolayısıyla şikayet konusu aslında, el konulan şirkete atanan kayyımın bu istihkak davasını şirket çıkarları doğrultusunda yürütmediği iddiası oluyor. AİHM, kayyımın istihkak davasını şirket çıkarları doğrultusunda yürütmediğine ilişkin bir veri olmadığından hareketle, **AİHS** Madde 34 anlamında tüzel kişiye başvurucu olmak bakımından öncelik vermiştir. Mahkemeyi kayyımın şirketin çıkarlarını uygun bir şekilde koruduğu sonucuna götüren veriler arasında kayyımın istihkak davasını şirket adına tasarrufta bulunmaya yetkili kimse olarak devam ettirmek istemesinin ve şirket aleyhine verilen kararı temyiz etmesinin bulunduğu kabul edilebilir. Garip olan husus şudur ki, AİHM bu unsurlara karar bölümünde hiç değinmemiştir. Bu veriler sadece dava konusu olayların özetlendiği bölümde yer almaktadır.[318]

Sonuç olarak, atanmış yöneticilerin hangi tasarruflarının perdenin kaldırılmasını gerektireceğine ilişkin örnek bir AİHM kararı bulunamamıştır. Ancak yukarıda ele alınan *Vesela ve Loyka* davasında Mahkemenin değerlendirmesine aldığı düşünülebilecek olan unsurlar, soyutlanarak ilkesel bir düzleme çıkartılabilir: El konulan bir tüzel kişinin perdesinin kaldırılması için, atanmış yöneticinin şirketin aktifini azaltacak herhangi bir tasarrufta (işlem, eylem, ihmal) bulunduğunun ortaya konulması gereklidir. Tersten formüle edilecek olunursa, atanmış yönetici, el konulan şirketin aktiflerini korumak ve arttırmak yönünde gerekli ve yeterli tasarruflarda bulunduğunda perde kaldırılamaz ve tüzel kişinin kendisi dışında paydaşların, ne kadarlık hisseye sahip olursa olsunlar, **AİHS** Madde 34 anlamında mağdur oldukları iddia edilemez.

---

317 *Vesela and Loyka v. Slovakia*, App. No.54811/00, Final Admissibility Decision of 13 December 2005.

318 Bkz. *Vesela and Loyka v. Slovakia*, App. No.54811/00, Final Admissibility Decision of 13 December 2005.

c) Azınlıktaki Paydaşın Ulusal Hukukta Taraf Ehliyetine Sahip Olması

Eğer hisse sahibi ulusal hukukta kendisini doğrudan ilgilendirmeyen ancak tüzel kişi üzerinden hissesinin değerinde düşüş meydana getiren tasarruflardan ötürü dava ehliyetine sahipse, konuyu Strasbourg'a götürme ehliyetine de sahiptir. Paydaşın ulusal hukuk çerçevesinde geçerli olan bu ehliyeti tüzel kişilik perdesinin oluşturduğu engelin aşılmasını sağlar. Paydaş iç hukukta dava ehliyetine sahip olduğuna göre, AİHM'in *Agrotexim* davasında dikkate aldığı iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu bakımından ortaya çıkması muhtemel endişeler bu noktada geçersiz hale gelmektedir. Ulusal hukukta perde kalkıyorsa, ulusalüstü hukukta da kalkabilir.

1986 tarihli *Silva* kararında Komisyon bu unsuru jurisprudansına dahil etmiştir. Bu davada başvurucu yöneticilik yaptığı şirketin yüzde 30 hissesine sahip olan bir gerçek kişidir. Başvurucu, şirketin ulusal hukukta maruz kaldığı uzun yargılama dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet usule ilişkin cevaplarında, AİHK'in yukarıda işlenen *Yarrow* davasındaki kararına atıf yaparak, azınlık hissesi sahibinin ancak dolaylı mağdur olduğunu ve bu yüzden tüzel kişinin kendisi varken başvurucu olamayacağını savunmuştur. Başvurucu ise, ulusal hukukta kendisinin, AİHK önündeki konuyla ilgili olarak dava ehliyetine sahip olduğunu vurgulamıştır.

Komisyon, bu karşılıklı argumanların değerlendirilmesine başvurucunun şirkette sadece yüzde 30 hisseye sahip olduğunu ve dolayısıyla şirketi kontrol etmediğini saptayarak başlamıştır. Ancak bu saptama Komisyona yeterli gelmemiştir ve Komisyon davayı *Yarrow* davasından ayırmıştır. AİHK'e göre, *Yarrow* davasından farklı olarak *Silva* davasında başvurucu gerçek kişi, ulusal hukukta AİHK önündeki konuyla ilgili olarak dava ehliyetine sahiptir ve bu husus kesin hükümle vuzuha ermiştir. Komisyon ayrıca, o dönemde yürürlükte olan Portekiz usul hukukunda, davacının (AİHK önündeki başvurucu) dava ehliyetinin geçerliliğinin dava açmakta doğrudan yararı bulunan hallerde söz konusu olduğunun kabul edildiğini de eklemiştir.[319] Komisyon böylelikle, zımnen bile olsa, başvurucunun doğrudan mağdur olduğunu kabul etmiş olmaktadır.

Komisyon bu unsuru sonraki davalarda da kullanmıştır. Örneğin, *J. W. v. Polonya* davasında AİHK, tüzel kişi perdesinin kaldırılmasına gerek olmadığı yönündeki görüşünün gerekçelerinden biri olarak başvurucu gerçek kişinin ulusal hukukta görülen konuyla ilgili davaların tarafı ol-

---

[319] *Silva v. Portugal*, App. No.11213/84, Admissibility Decision of 13 October 1986, **DR Vol. 49**, sf:205-212, 210-211.

madığını belirtmiştir. Üstelik AİHK, söz konusu ulusal yargı aşamalarında tüzel perdenin aralanması istenen şirketin taraf olduğunu da ayrıca belirtmiştir.[320]

AİHM, Komisyonun yaklaşımını benimsemiştir. Örneğin 2006 tarihli *Bayramov* davasında başvuruyu kişi bakımından yetkisizlik temelinde kabuledilemez ilan ederken Mahkeme, başvurucu azınlık hissesi sahibi gerçek kişinin ulusal yargılama aşamalarında taraf olmadığını, tüzel kişinin taraf olduğunu özellikle not etmiştir.[321]

Bu içtihatlara ek olarak şu hatırlatmayı da yapmak gerekir. Yukarıda tüzel perde engelinin içtihadi standartlara dahil edilmesinin yerindeliği incelenirken, Strasbourg organlarının geliştirdiği "dolaylı mağdur" kavramından bahsedilmişti. Ve bu kavramın ulusal hukuklarda yer alan "dolayısıyla zarar gören kişi" kavramıyla benzerliği vurgulanmıştı. Belki Strasbourg organları ulusal hukuklarda şirkete yönelik tasarruftan ötürü azınlıktaki paydaşın dava açma ehliyetine sahip olmasını, zımnen, "doğrudan mağdur" kavramı çerçevesinde ele alıyor, ama bu durum kavramsal benzerliğin gözden kaçırılmasını gerektirmiyor.

d) Siyasi Ortam

Perdenin kaldırılmasını sağlayan ve ilk üç başlık altında gösterilen ölçütlerin tamamı teknik-hukuki niteliktedir. Bunların yanına bir de siyasi ölçütün eklenmesi mümkündür. Siyasi ölçüt teriminden kasıt bir Devletteki mevcut siyasi koşulların tüzel kişinin AİHM'e başvurmasını engellemesidir. Eğer böyle bir durum saptanırsa, tüzel kişi yerine, çoğunluktaki ya da azınlıktaki paydaş, hisselerine değil de doğrudan tüzel kişiye yönelik ulusal tasarruflara karşı perdenin kaldırılması suretiyle tüzel kişi yerine Mahkemeye başvurabilir.

14 Nisan 1998 tarihli kabuledilemezlik kararına konu olan *Penton v. Türkiye* davası bu ölçüte işaret eden bir davadır. Bu davada başvurucu İngiliz vatandaşı olup bir şirketin sahibir. Başvurucunun sahip olduğu şirket, 1970 yılında, Kıbrıs'ın Famagusta şehrinde bir Rum kökenli Kıbrıs vatandaşıyla ortak şirket kurmuştur. Kurulan bu şirketin % 49'una başvurucu sahiptir. 1974 yılında Türk silahlı kuvvetleri Famagusta'ya girmiş ve sonuçta başvrucunun % 49'la ortak olduğu şirketin fabrikasına ve stoklarına el konulmuştur. Çeşitli ulusal aşamalardan sonra başvurucu 1994 yılında AİHK'e mülkiyetinden herhangi bir tazminat verilmeden yoksun bırakıldığına dair şikayetini iletmiştir.

---

320 *J. W. v. Poland*, App. No.27917/95, Admissibility Decision of 11 September 1997 (sondan bir önceki paragraf).

321 *Bayramov v. Azerbaijan*, App. No.23055/03, Admissibility Decision of 14 February 2006.

Şikayeti incelemeye kişi yönünden yetki unsurundan başlayan Komisyon, Türk Hükümetinin, el konulan mülkiyetin gerçek sahibi tüzel kişi şirket duruken başvurucunun perdeyi aşarak AİHK'e başvurmasının kişi yönünden yetkisiz bir başvuru olduğunu ileri sürdüğünü not etmiştir. Hükümetin görüşünü paylaşan Komisyon tüzel kişilik varken azınlıktaki paydaşın sadece istisnaen başvurucu olabileceğini saptayarak kişi yönünden yetkisizlik temelinde kabuledilemezlik kararı vermiştir.

Bunu yaparken Komisyon yeni bir ölçüt getirmiştir. AİHK'e göre, siyasi ortama bağlı özel durumlar tüzel kişiyi (ya da onun adına hareket etmeye yetkili çoğunluktaki paydaşı) Strasbourg'a başvurmaktan alıkoyabilir. Eğer siyasi ortama bağlı bu özel durumlar gösterilebilirse, perde kaldırılabilir. Olayda ise, Kıbrıs'ın siyasi durumunun özellik gösterdiği bir vakıadır ama, başvurucu bu ortamdan kaynaklanan özel durumların varlığını gösterememiştir.[322]

Komisyon kararı, siyasi ortamdan kaynaklanan özel durumların neler olabileceğine ilişkin herhangi bir ipucu içermemektedir. Sonraki içtihatlar arasında AİHM'in böyle bir ölçütün halen geçerli olduğuna dair bir kararı bulunmamaktadır. *Penton* davasının bu noktasına atıf yapan başka bir karara da rastlanılmamıştır. Bununla birlikte, Mahkemenin çeşitli Devletlerdeki siyasi ortamın insan haklarına etkisini göz önünde bulundurduğu başka kararları mevcuttur. Üstelik bu kararların en başta gelenleri mülkiyet hakkına ilişkindir.[323]

Hal böyle olunca, özne unusuru bakımından da siyasi ortama bağlı özel durumların perdenin kaldırılması açısından belirleyici rol oynamayı sürderebileceğini öngörmek aşırı bir tahmin sayılmamalıdır. Yine de, özellikle özne unsuru bakımından söz konusu özel durumların niteliğini tahmin etmek güçtür.

---

322 *Penton v. Turkey*, App. No.24463/94, Admissibility Decision of 14 April 1998 ("The Commission does not ignore the political realities of the situation in Cyprus and could envisage the existence of special circumstances which might have precluded the majority shareholder of Hosiery Mills Ltd, a Greek Cypriot, from cooperating in the taking of all the necessary steps for lodging such an application. However, the applicant does not invoke the existence of any such circumstances.") (vurgu eklenmiştir).

323 Örnek olarak bkz. *Jahn and others v. Germany*, App. Nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, Judgment of 30 June 2005, para.117. Ayrıntılı bilgi ve siyasi ortam ölçütünün **P1-1**'e müdahalenin ölçülülüğünde oynayabileceği rol hakkında spekülasyonlar için bkz. Çalışmanın III. Bölümü (Adil Denge Bahsi).

B) Doğrudan Pay Sahibini Etkileyen Tasarruflar Bakımından

Önemli bir başka sorun ise, paydaşın çıkarlarını tüzel kişiliğe değil de, hisselerine yapılan tasarruftan ötürü doğrudan mağdur olduğu iddiasıyla AİHM'e önüne götürebilip götüremeyeceğidir. Bu noktada peşinen belirtilmesi gereken husus, Strasbourg organlarının, tüzel kişiliği ilgilendirmeyen ve fakat doğrudan hisseye yönelik olan tasarruflar bakımından, o hissenin malikinin **AİHS** Madde 34 anlamında mağdur olarak telakki edileceğini kabul ettikleridir.

2002 tarihli *Olczak* davası AİHM'in bu yaklaşımını göstermesi açısından ele alınabilir. Olayda yine bir banka ve buna Polonya Merkez Bankası tarafından yeni yöneticilerin atanması söz konusudur. Merkez Bankası tarafından atanan yeni yöneticiler bankanın acze düşmesini ve iflas etmesini engellemek için çeşitli önlemler almışlardır. Bunların arasında hisselerin çeşitleri ve değerlerini değiştirmek de bulunmaktadır. Bu önlemler neticesinde başvurucunun 5040 hissesi iptal edilmiş ve dolayısıyla bankadaki % 45 hissesi % 0,4'e düşmüştür. Bu düşüş karşılığında herhangi bir tazminat almamıştır. Başvurucu Mahkeme önünde bu durumun **P1-1**'deki mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.[324]

Hükümet ise, birçok ilk itirazının yanında kişi yönünden yetkisizlik itirazında da bulunmuştur. Mahkeme, bu itirazı incelemesine *Agrotexim vd. v. Yunanistan* davasındaki ilkeyi teyit ederek başlamıştır (para.57). Ancak bununla yetinmeyen AİHM, önündeki davayla *Agrotexim* davasının biribirinden farklı nitelikte olduğunu düşünmektedir. Mahkemeye göre, *Olczak* davası *Agrotexim* davasından şikayet konusu ulusal tasarrufun yöneldiği adres açısından farklıdır. Yine Mahkemeye göre, *Agrotexim* davasında söz konusu olan ulusal tasarruf tüzel kişi şirketin zararınadır. *Olczak* davasında ise başvurucunun hisselerinin iptali tasarrufunun amacı tüzel kişi şirketin (banka) acze düşmesini engellemektedir. Dolayısıyla şirketin yararına ama başvurucu paydaşın zararınadır (para.58).[325] AİHM devamla, Uluslararası Adalet Divanının *Barcelona Traction* davasındaki diplomatik koruma bağlamında konuya ilişkin kararına da atıf yaparak[326], teorik baz-

---

324 *Olczak v. Poland*, App. No.30417/96, Final Admissibility Decision of 7 November 2002, paras.1-43.

325 Ayrıca bkz. Elisabet Fura-Sandström, "*Business and Human Rights – Who Cares?*", **Human Rights – Strasbourg Views, Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Lucius Caflish-Johan Callewaert-Roderick Liddell-Paul Mahoney, Mark Villiger, N.P. Engel Publisher, 2007, Germany, sf:159-176, 160.

326 Yukarıda belirttiğimiz üzere, AİHM, Uluslararası Adalet Divanının bu kararına (*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, judgment of 5 February 1970, Reports of judgments, advisory opinions and orders 1970, pp. 39 and 41, paras.56-58 and 66) tüzel perde teorisine ilk kez yer verdiği *Agrotexim vd. v. Yunanistan* davası kararında atıf yapmıştı.

da tüzel kişi ticari şirket ile bunun hissedarı arasında hukuki çıkar açısından olası farklara değinmiştir. AİHM'in açıklamasına göre, halka açık ticari şirket (public company) kavramı, şirketin hakları ile paydaşların hakları arasındaki farklılığa dayanmaktadır. Kurumsal meselelerde sadece tüzel kişiliğe sahip şirketin tasarrufta bulunma imkânı vardır. Şirkete yönelik zarar verici bir tasarruf, belki dolaylı olarak paydaşlara da zarar verebilir, ama böyle olması hem şirketin hem de paydaşların tazminat talebine yetkili oldukları anlamına gelmez. Şirkete yönelik bir tasarruftan ötürü paydaşın çıkarı da zarara uğradığında, harekete geçip geçmemek şirkete kalmıştır. Sırf şirketin haklarını ihlal eden tasarruflar, hissedarlar bakımından da bir sorumluluk doğurmazlar. Hissedarlar bakımından sorumluluğun doğması için, hissesine yönelik olarak paydaşın hakkına bir tasarrufun söz konusu olması gerekir (para.59).

Önündeki olayı *Agrotexim* davasından ayıran ve teorik olarak hangi hallerde paydaşların başvurucu olarak mütalaa edilebileceğini ortaya koyan AİHM, somut olayın koşullarını bu davaya uygulamıştır. Mahkemeye göre, ulusal yetkili makamların tasarrufları neticesinde başvurucunun bankadaki % 45 hissesi % 0,4'e düşmüştür ve bu durum çok ciddi bir değer kaybına delalet etmektedir. Dolayısıyla başvurucu mülkiyetinden yoksun kalmıştır. Bu düşüş, ayrıca, hisselerindeki azalmanın, şirketin idaresindeki etkisini ve oy hakkını da azaltmaktadır. Hal böyle olunca, başvurucunun Sözleşmenin 25. Maddesi[327] anlamından mağdur olduğunun kabulü gereklidir.[328]

AİHM'in bu yaklaşımı diğer UİHH denetim organları tarafından da paylaşılmaktadır. Her ne kadar açık bir tartışma yoksa da, örneğin Ame. İHM, *Ivcher Bronstein* davasında, doğrudan şirketteki hisselerine ve yönetsel yetkilerine yönelik ulusal tasarruftan muzdarip olan başvurucunun şikayetini hem kabuledilebilir hem de **Ame.İHS** Madde 21'de düzenlenen mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur.[329] Bu karara varırken, tüzel

---

327 AİHM hükmü (para.61)'de geçen "Sözleşmenin 25. Maddesi" göndermesi hatalıdır. Doğrusu Sözleşmenin 34. Maddesi olmalıydı. Bilindiği üzere, 11 No'lu Protokolün Kasım 1998'de yürürlüğe girmesinden önce geçerli olan **AİHS** metninde konu 25. Maddede düzenlenmişti. Oysa bu davada Mahkemenin karar tarihi 2002'dir. Anlaşılan, başvuru 1996 yılında yapıldığı ve Komisyon 8 Temmuz 1998 tarihinde kısmi kabuledilebilirlik kararı verdiği için kararın yazım aşamasında bir karışıklık olmuştur.

328 *Olczak v. Poland*, (App. No.30417/96), Final Admissibility Decision of 7 November 2002, paras.61-62.

329 *Ivcher Bronstein v. Peru*, Judgment of 6 February 2001, para. 117-131, özellikle 125-127. Ame. İHM bu son paragrafta Uluslararası Adalet Divanının *Barcelona Traction* davasındaki kararına da atıf yapmaktadır. Ayrıca bkz. Schreuer-Kriebaum, **a.g.m.**, sf: 754-755. Kararın geçici tedbir talebi bakımından ayrıntılı analizi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Geçici Önlem – İkinci Kitap – Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika Şartı Sistemlerinde, – Üçüncü Kitap – BM**

perde engelini hiç tartışmamıştır. Bu durumun tek olası açıklaması, başvurucunun şirkete yönelik tasarruftan değil, kendisine yönelik tasarruftan ötürü mağdur olduğu yönündeki iddiasıdır.[330]

C) Sonuç

Görüldüğü üzere, Strasbourg organlarının kullandığı haliyle tüzel perde, tüzel kişiliğin arkasında bulunan diğer kişilerin haklarının korunmasının engellenmesi demektir. Tüzel perdenin kaldırılmasını **AİHS** çerçevesinde haklı kılan bir sebep olmadıkça, perdenin arkasındakiler AİHM'e, tüzel kişiliğe yönelik tasarrufların Sözleşmeyi ihlal ettiği iddiasıyla başvuramazlar. Kısacası, bu durumda perdenin arkasındakilerin mağdur statüsü yoktur. Eleştiriye açık yönleri olmakla birlikte, tercih edilen bu modelin güçlü yanları bulunmaktadır.

Perde kaldırılabiliniyorsa, tüzel kişiliğin arkasında kalanlar ve özellikle paydaşlar haklarını Mahkeme önünde savunabilirler. Elbette bütün bu açıklamalar, doğrudan tüzel kişiyi etkileyen ve perdenin arkasında kalanı (örneğin paydaş) dolaylı olarak etkileyen tasarruflar bakımından geçerlidir. Eğer perdenin arkasında kalan ulusal tasarrufftan doğrudan etkilenmişse, AİHM'e başvurunun önünde tüzel perde engeli bulunmaz.

Bu durumda, tüzel perdenin kaldırılması teorisinin Strasbourg yargısındaki anlamıyla hukukta yerleşik evrensel anlamı birbirinden oldukça farklı nitelikte oluyor. Tüzel perdenin kaldırılmasından kasıt, o perde kaldırılmadığında yeterli derecede tatmin edilemediği düşünülen adalet duygusunun, tüzel kişiliğin arkasında saklanan diğer kişilere ulaşılarak tatmin edilmesine çalışılmasıdır. Kısacası, perdenin kaldırılması demek, hukuki veya cezai sorumluluğun arkadaki kişilere teşmil edilmesi demektedir.[331] Buna göre, tüzel perdenin kaldırılmasının Strasbourg yargısındaki anlamıyla yerleşik genel geçer anlamı birbirine tamamen terstir.[332]

İnsan Hakları Sözleşmeleri Sistemlerinde Geçici Önlem, Legal Yay., İstanbul, Temmuz 2007, sf:241-242. (Anılan "İkinci Kitap" bundan böyle, "**Ame.İHS Sisteminde Geçici Önlem**" ve "Üçüncü Kitap" ise "**BM Sözleşmeleri Sistemlerinde Geçici Önlem**" olarak anılacaktır). Ayrıca bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1290, dn.70, sf:1295-1296.

330 Aynı yönde Emberland, **Corporate Veil**, sf:264.

331 Uluslararası hukuk açısından bkz. Hohenveldren, **Corporations**, sf:88-90, 119-121; Anglo-Sakson ve kıta Avrupası özel hukukları açısından bkz. Tekinalp-Tekinalp, **a.g.m.**, sf:387-404; Amerikan hukukundaki durumun Avrupa Topluluğu, Alman, Fransız ve Arjantin hukuklarıyla karşılaştırılması için bkz. C. Jocelyne Kokaz, "*Piercing the Corporate Veil: a Comparative Analysis*", **Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul**, No. 46, 1996, sf:25-47; Anglo-sakson hukuku için bkz. Atabarut, **a.g.m.**, sf: 489-497; Türk özel hukuku açısından bkz. Serozan, **Tüzel Kişiler**, sf:18-20; Dural-Öğüz, **a.g.e.**, sf:203-205; Ceza hukuku açısından bkz. Kangal, **a.g.e.**, sf:145-146.

332 Aynı yönde bkz. Emberland, **Companies**, sf:74. Türk hukuku bakımından paydaşların yönetim kurulu üyelerine karşı şirkete yönelik zararlardan ötürü dava açma hakları-

V) Kolektivite

AİHS sisteminde **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkının özneleri bakımından yukarıda birinci alt-bölümde yapılan teorik sınıflama çerçevesinde Strasbourg organlarının içtihadına bakıldığında, kolektivitenin de herhangi bir bireysel özne unsuru olmaksızın, hak sahibi olabileceğine dair bazı veriler ortaya koyulabilir. Ancak Strasbourg organları içtihadı çerçevesinde yapılmak zorunda olan bu inceleme, felsefi düzlemde yapılan kolektif özne tartışmalarından daha sınırlıdır. **AİHS** sisteminin doğasından kaynaklanan bu sınırlılık çerçevesinde kolektif öznelere bakıldığında iki olasılığın bulunduğu görülebilir. Bunlar azınlık ve yerli halklardır.

A) Azınlık

Herhalde azınlık hakları kadar uluslararası hukuk ve UİHH'nin gündemini son yıllarda meşgul eden bir başka konu yoktur. Azınlık hakları bu çalışma açısından da önem arz ediyor. Buradaki sorun azınlıkların, bir kolektivite olarak, mülkiyet hakkının sahibi olup olamayacağıdır. Azınlıklarla ilgili uluslararası hukuk ve UİHH belgeleri, temelde, azınlık mensubu bireylerin, o azınlığa mensubiyetlerinden kaynaklanan özellik gösteren haklarını korumaya yönelik olarak kaleme alınmışlardır. Yani, UİHH'de azınlık hakları denildiğinde, bu hakkın öznesi olarak azınlık mensubu birey veya bireyler anlaşılır.

Mevcut belgeler bu durumu net olarak göstermektedir. Her şeyden önce, **Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi**nin (**MSHS**) 27. Maddesi en güzel örnektir. **MSHS**'nin bu maddesine göre,

> "Etnik, dinsel yahut dilsel azınlıkların bulunduğu Devletlerde, bu *azınlıklara mensup kişiler*, kendi gruplarının diğer mensuplarıyla birlikte toplu olarak, kendi kültürlerinden yararlanmak, kendi dinlerinin gereklerini yerine getirmek ve uygulamak yahut kendi dillerini kullanmak hakkından yoksun bırakılmayacaklardır." (vurgu eklenmiştir)

MSHS Madde 27, hakkın (hakların) öznesi olarak, açıkça mensubiyete vurgu yapmaktadır.[333] İnsan Hakları Komitesi (İHK) de bu hususu

---

nın bulunmasının tüzel perdenin bu çalışmada kullanılan anlama benzer şekilde tersten kaldırılmasına denk geldiğine de doktrinde işaret edilmiştir. Bkz. Helvacı, **a.g.e.**, sf:125 ve dn. 402.

[333] Manfred Nowak, **UN Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary**, Second revised edition, N. P. Engel Publisher, 2005, sf:652-657; Patrick Thornberry, **International Law and the Rights of Minorities**, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1991 (Reprinted 1994), sf:173-177; Olgun Akbulut, **Barış İçinde Birlikte Yaşamanın Hukuk Zemini**, XII Levha Yayıncılık, Nisan 2008, İstanbul, sf: 103-111; Akıllıoğlu, **a.g.e.**, sf:168.

çeşitli kararlarında vurgulamıştır.[334] Bununla birlikte İHK, **MSHS** 27. Madde hükmünün bireysel hakların korunması yoluyla son tahlilde azınlığın varlığını ve kültürel bütünlüğünü koruduğunu da eklemekten geri kalmamıştır.[335]

Uygulamada İnsan Hakları Komitesi, yerli halkları bu Madde kapsamında görerek bir kolektivite olarak hak sahipliği hususunda bazı kararlar üretmiştir. Ancak, bunlar 27. Maddenin yapısını kökten farklı ele almayı gerektirir nitelikte değildir. Bu davalarda başvurucular gerçek kişilerdir. Ancak gerçek kişilerin açtığı davanın sonucu doğrudan kolektiviteyi ilgilendirmektedir. İHK'nin pilot içtihatlarından biri olan *Bernard Ominayak, Lubicon Gölü Topluluğu Şefi v. Kanada* vakasında verdiği 1990 tarihli kararı[336] tipik bir örnek olarak zikredilebilir. Şunu da hatırlatmakta yarar var ki, **MSHS** sisteminde bireysel başvuru, **Birinci Seçmeli Protokol**[337] Madde 1 çerçevesinde sadece gerçek kişilere tanınmış-

---

334 General Comment No. 23 (50) on Article 27, paras.5 (1), 5 (2), 6 (2).

335 **A.e.**, para. 6 (2). Ayrıca bkz. Akbulut, **a.g.e.**, sf: 104-107.

336 *Bernard Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No.167/1984, **Official Records of the Human Rights Committee 1989/1990, Vol. II**, New York, United Nations, 1995, sf:381-391. Bu nitelikteki davalar hakkında bilgi için bkz. Nowak, **CCPR Commentary**, sf:17-19, 831; Semih Gemalmaz, **BM Sözleşmeleri Sistemlerinde Geçici Önlem**, sf:827-835, özellikle 829-830. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:870-871.

İHK'nin içtihadına göre, "... Sözleşme (md.1)'de düzenlendiği şekilde, tüm halkların kendi kaderini tayin hakkı ve kendi siyasi statülerini özgürce belirleme, kendi ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerinin takipçisi olma ve kendi doğal zenginlik ve kaynaklarından yararlanma hakkı bulunmakla birlikte, Lubicon Gölü Topluluğunun bir 'halk" oluşturup oluşturmadığı, Komitenin Sözleşmenin Seçmeli Protokolü çerçevesinde ele alabileceği bir konu değildir. Seçmeli Protokolün öngördüğü usul çerçevesinde bireyler, bireysel haklarının ihlal edilmiş olduğunu iddia edebilirler. Bu haklar, münhasıran, Sözleşme Bölüm III'deki (md.6) ila (md.27)'de düzenlenmiştir. Bununla birlikte, benzeri biçimde etkilenen bir bireyler grubunun kolektif olarak, haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bir başvuru yapması önünde engel bulunmamaktadır", (Karar, para.32.1)." "Her ne kadar ilk başvuru Sözleşme (md.1) hükümlerinin ihlal iddiaları şeklinde ifade edilmişse de, sunulmuş iddiaların pek çoğunun (md.27) çerçevesinde meseleleri ortaya çıkardığında şüphe yoktur. Komite, (md.27) ile korunan haklara, bireylerin topluluk içinde başkarıyla birlikte, mensubu bulundukları topluluk kültürünün bir parçasını oluşturan ekonomik ve sosyal faaliyetlerde bulunma hakkının dahil olduğunu kabul etmektedir...", (Karar, para.32.2)." Bkz. Semih Gemalmaz, **BM Sözleşmeleri Sistemlerinde Geçici Önlem**, sf:832.

337 "**Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü**" ("**MSHS/SP-1**") ("*Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*") 16/12/1966 tarihinde BM Genel Kurulunun 2200 A (XXI) sayılı Kararı ile kabul edilmiş, 19/12/1966 tarihinde imzaya açılmış ve 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "**MSHS/SP-1**"in Türkçe çevirisi ve ayrıca İngilizce orijinal metni için bkz. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Cilt IV/2004**, sf:115-124 (Türkçe) ve sf:411-416 (İngilizce). Daha yakın tarihli olarak bkz. Semih Gemalmaz, **Usul Hukuku Mevzuatı/1. Kitap/2006**, sf:211-215. **MSHS/SP-1** hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:452-495.

tır.[338] Dolayısıyla ne tüzel kişilerin ne de kolektivitenin İnsan Hakları Komitesine başvurma olanağı vardır.[339] Buna göre, kolektivite, kategorik olarak **MSHS**'de yer alan hakların öznesi olarak kabul edilemez.

Avrupa Konseyi belgeleri de, **MSHS** Madde 27 ile aynı yaklaşımı paylaşmakta ve bir kolektivite olarak azınlıktan ziyade, onun üyelerini hak öznesi olarak kabul etmektedir.[340] Avrupa Konseyi belgeleri içinde en kapsamlı metin olan 1995 tarihli **Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme** (**Çerçeve Sözleşme**)[341] bireysel hak sahipliğini temel almıştır. Örneğin, **Çerçeve Sözleşme** Madde 3 (2) düzenlemesine göre, "Ulusal azınlıklara mensup olan kişiler, bu çerçeve Sözleşmede yer alan ilkelerden kaynaklanan hakları hem bireysel hem başkalarıyla birlikte toplu olarak kullanabilirler ve özgürlüklerden yararlanabilirler". Görüldüğü üzere, hakkın öznesi, azınlık mensubu bireydir. Hakkın toplu olarak kullanılması, azınlığın bir kolektivite olarak hak sahibi olduğunu göstermemektedir. Yine **Çerçeve Sözleşme**nin çeşitli maddeleri Taraf Devletlere azınlıklara mensup kişiler bakımından yükümlülük yüklemektedir (örneğin bkz. Madde 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, vs.); kolektivitenin hakları bakımından değil.

Strasbourg organları önünde azınlık haklarına dair birçok mesele görülmüştür. Bilinebildiği kadarıyla bunların hepsi azınlıklara mensup bireylerin açtığı davalardan müteşekkildir. Buna göre, azınlığın kolektivite olarak hak sahibi olduğunu gösteren bir örnek bulunmamaktadır.[342]

---

338 "**MSHS/SP-1**" Madde 1 normu şöyledir:

"**Madde 1**

Bu Protokole Taraf durumuna gelen Sözleşme Tarafı bir Devlet, kendi yargı yetkisine tabi olup Sözleşmede düzenlenen haklardan herhangi birinin bu Taraf Devletçe gerçekleştirilen bir ihlalinin mağdurları olduklarını iddia eden bireylerden gelen başvuruları Komitenin alması ve incelemesi yetkisini tanır. İşbu Protokolün Tarafı olmayan Sözleşmeye Taraf bir Devlete ilişkin bulunan hiç bir başvuru Komite tarafından alınmayacaktır."

339 İçtihatlardan örneklerle bilgi için bkz. Nowak, **a.g.e.**, sf:829-832, özellikle 831; Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:463-464, 476-477.

340 Naz Çavuşoğlu, **Azınlık Hakları**, Su Yayınları, Nisan 2001, sf:58-64.

341 01/02/1995 tarihli "**Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme**"nin (No.157, "*Framework Convention for the Protection of National Minorities*") Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Cilt II/2003**, sf:225-238 (Türkçe), sf:499-512 (İngilizce). Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:827-835.

342 AİHM önünde azınlıklara ilişkin olarak görülen davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Geoff Gilbert, "*The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights*", **HRQ**, Vol. 24, 2002, sf:736-780.

B) Yerli Halklar

Kolektivitenin bir başına mülkiyet hakkının öznesi olabileceği konusunda yerli halklar (*indigenous, native, aboriginal*) kadar iyi örnek bulunamaz. Yerli halkların hakları meselesi UİHH'nin güncel ve hızla gelişmekte olan bir kolunu oluşturmaktadır. Normatif düzlemde genel nitelikli belgelerde, yerli halkların ilişkin spesifik hükümler bulunmadığı görülmekle birlikte, içtihadi düzlemde bu halklar sürekli kararlara konu olmaktadırlar. Özellikle Amerikalılararası İnsan Hakları sisteminde yerli halklar hakkında oldukça gelişkin bir içtihadi birikim bulunmaktadır.

Diğer yandan, Strasbourg organları önünde de yerli halkların haklarına dair sorunlar görüşülmüştür. Çalışmanın bu aşamasında, yerli halkların bir kolektivite olarak mülkiyet hakkının öznesi olup olamayacağı incelenecektir.[343]

Yerli halkların haklarını ve tabi olacakları hukuki rejimi düzenleyen UİHH belgesi çok az sayıdadır ve bunların çoğu bildiri formundadır. Bununla birlikte ILO/UÇÖ'nun "**Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi**" ("*Indigenous and Tribal Peoples Convention - Convention No.169*)[344] isimli belgesi konuyla ilgili önemli hükümler taşımaktadır. **169 sayılı Sözleşme**ye göre, belli bir Devletin sınırları içinde, belli bir bölge ya da toprak parçası üzerinde, o Devletin kuruluşundan önce yaşayanların soyundan gelen ve kendilerine özgü gelenekleri, hukuku ve kültürü olan kimselerin oluşturduğu bütüne yerli halklar denmektedir. Tanımlanmaları bakımından, yasal statülerinin bir önemi yoktur.[345] Üstelik bu nitelikte olup

---

343 Doktrinde yerli halkların genel olarak Sözleşmesel hakların, özel olarak da mülkiyet hakkı öznesi olabileceği pek işlenmemiş bir konudur. İstisnai bir eser olarak bkz. Annika Sandlund, "*The Right of Property: Contested Meanings, Contested Claims*", **European Master's Degree in Human Rights and Democratisation, Awarded Theses of the Academic Year 1998/1999**, Marsilio, June 2001, sf: 243-330, 302-304. Ulusal hukuk doktrininde "yerli halkların hakları" konusunda bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:858-899.

344 "**Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi**" (*Indigenous and Tribal Peoples Convention - Convention No.169*), Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı tarafından 27/06/1989 tarihinde kabul edilmiş ve 05/09/1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkçesi ve orijinali için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, Cilt/Vol. IV - Birleşmiş Milletler -Birinci Bölüm/United Nations - First Part**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004, sf:203-225, 473-494. UÇÖ'nün 169 sayılı Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:861-866; Akbulut, **a.g.e.**, sf:81-95.

345 169 sayılı ILO/UÇÖ "**Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi**" Madde 1/1 normu şöyledir:

"**Madde 1**

1. Bu Sözleşme, aşağıdakilere uygulanır:

(a) Bağımsız ülkeler içinde olup da, sosyal, kültürel ve ekonomik koşulları onları ulusal topluluğun diğer kesimlerinden ayırt eden, ve statüleri, tamamen ya da kısmen kendi gelenek ya da görenekleriyle yahut özel yasalar ya da diğer düzenlemelerle düzenlenmiş olan kabile halklara;

olmadıklarını tayinde ölçüt bizzat kendileridir.[346]

169 sayılı Sözleşmede yerli halkların bir kolektivite olarak mülkiyet hakkı öznesi olduğunu gösteren ya da en azından bu yönde yorumlanmaya elveren bazı hükümler bulunmaktadır. Her şeyden önce Madde 3 (1) ve cümle 1, "yerli ve kabile halklar, insan haklarından ve temel özgürlüklerden (herhangi bir) engelleme ya da ayrımcılık olmaksızın tam olarak yararlanacaklardır" diyerek yerli halkların genel anlamda **169 sayılı Sözleşme**de düzenlenmiş haklara sahip olabileceğini göstermektedir. Madde 5 (a) ve 7 (1)'de de benzer bir yaklaşım bulunmaktadır. Kolektif mülkiyet hakkı eksenine gelince Madde 13 devreye girmektedir. Madde 13 (1)'e göre, **169 sayılı Sözleşme**nin toprakla ilgili hükümlerin uygulanmasında, Hükümetler, ilgili halkların yaşadıkları ya da bir başka biçimde kullandıkları topraklar ya da bölgeler ile olan ilişkilerinde bunların kültürlerinin ve manevi değerlerinin ve özellikle de bu ilişkinin *kolekif veçhelerinin* taşıdığı özel öneme saygı göstereceklerdir. Madde 14 (1) cümle 1 ise, "ilgili halkların geleneksel olarak yaşadıkları topraklar üzerindeki mülkiyet ve zilyetlik hakları tanınacaktır" diyerek mülkiyet hakkının toprakla olan ilişkisini hukuken ortaya koymaktadır. Madde 15 (1) cümle 1, yerli halkların topraklarında bulunan doğal kaynaklar üzerinde de mülkiyet hakkına sahip olduklarını belirlemektedir. Bütün bu hükümlerden hareketle, **169 sayılı Sözleşme**nin yerli halkları kolektivite olarak toprak ve doğal kaynakları üzerinde mülkiyet hakkına sahip kıldığı sonucuna varmak mümkündür.[347]

(b) Bağımsız ülkeler içinde olup da, işgal/(fetih) ya da kolonileştirme zamanında yahut mevcut Devletin sınırları belirlendiği sırada, belli bir ülkede ya da bu ülkenin bulunduğu coğrafi bölgede yaşayan ahaliden/(nüfustan) gelen soyları nedeniyle yerli olarak addedilen ve, yasal/(hukuki) statülerine bakılmaksızın, kendi sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal kurumlarının bir bölümünü yahut tümünü muhafaza eden halklara.

346 ***Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi*** Madde 1/2. Bu norm hakkında değerlendirme için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:864; Akbulut, **a.g.e.**, sf:82. Buna karşılık, uluslararası doktrinde bu noktaya dikkat çeken yeni bir çalışmada, 169 sayılı Sözleşmenin ilgili maddesi olarak Madde 1(b) gösterilmiştir ki bu hatalıdır. Hatalı gönderme için bkz. Jo M. Pasqualucci, "*The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System*", **Human Rights Law Review**, Vol. 6, No.2, 2006, sf:281-322, 290 ve dn.56.

347 Aynı yönde bkz. Galenkamp, **a.g.e.**, sf:36-37 (Yazar **169 sayılı Sözleşmenin** hazırlık çalışmalarının, yerine geçtiği 1957 tarihli ve **107 sayılı ILO/UÇÖ Sözleşmesinin** sadece yerli halk mensubu bireylere hak tanıyor olmasının da bu sonucu destekleyecek veriler olduğunu belirtmektedir); Catarina Krause and Gudmundur Alfredsson, "*Article 17*", **The Universal Declaration of Human Rights-A Common Standard of Achievement**, (Eds., Gudmundur Alfredsson-Asbjorn Eide), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, sf:359-378, özellikle 374-375; S. James Anaya, "*International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State*", **Arizona Journal of International and Comparative Law**, Vol. 21, No. 1, 2004, sf:13-61, 38-40; Jeremie Gilbert, "*The Treatment of Territory of Indigenous Peoples in International Law*", **Title to Territory in International Law- A Temporal Analysis**, Joshua Castellino and Steve Allen, Ashgate, 2003, sf:199-228, 208-210, özellikle 209.

Yerli halkların kolektivite olarak hak sahipliği sorunu **AİHS** sisteminde Strasbourg organları önüne de gelmiştir. 25 Kasım 1996 tarihli öncü nitelikteki kabuledilebilirlik kararında AİHK, yerli halkların bir kolektivite olarak mülkiyet hakkı sahipliği olanağının önünü açmıştır. *Könkama ve diğer 38 Saami Köyü v. İsveç* başvurusunda şikayetçiler 39 Saami Köyü'dür ve İsveç'e karşı dava açmışlardır. İsveç hukukunda Saamiler yerli halk niteliğindedir. Komisyon kararındaki verilere göre bu davada bireysel başvurucu bulunmamaktadır. Başvurucu Saami köylerinin şikayeti Devlet tarafından yasal bir düzenlemeyle bölgelerinde avcılık/besicilik ve balıkçılık yapmak imkanlarının/tekellerinin kısıtlanmasının **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkının ihlali olduğuna ilişkindir. Komisyon öncelikle bir usul hukuku sorunu olarak Saami Köylerinin **AİHS** Madde 34 (o zaman geçerli olan orijinal metinde Madde 25) anlamında dava ehliyetinin olup olmadığını incelemiştir. AİHK'e göre, Saami Köylerinin **AİHS** Madde 34 anlamında "hükümetlerdışı örgüt" niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Komisyon devamla, ilgili İsveç kanunlarında Saami köylerinin dava konusunda mensuplarını temsil ettiğini ve hakların kullanılmasının köye mensubiyete tabi olduğunu da vurgulamıştır. Buradan hareketle AİHK, Saami köylerinin Sözleşme Madde 34 anlamında mülkiyet haklarının ihlalinin mağduru olduklarını ileri sürmeye hakları olduğu sonucuna varmıştır.[348]

AİHM, Komisyonun bu öncü yaklaşımını sürdürmektedir. 15 Şubat 2000 tarihli kabuledilebilirlik kararında Mahkeme, tıpkı AİHK gibi yerli halk niteliğindeki Saami köyünün **AİHS** çerçevesinde bir kolektivite olarak hak sahibi olabileceğini kabul etmiştir. *Muonio Saami Köyü v. İsveç* adlı davada başvurucu bir Saami köyüdür. *Könkama* davasında olduğu gibi bu davanın konusu da geyik besiciliği haklarının kısıtlanmasına ilişkindir. Ancak bu davada başvurucu Saami Köyü, **P1-1** çerçevesinde mülkiyet hakkının ihlalini gündeme getirmemiş; sadece adil yargılanma hakkının ihlalini ileri sürmüştür. AİHM, AİHK'ten farklı olarak, Saami Köyünün dava ehliyetine sahip olup olmadığını hiç incelememiş ve olduğu gibi diğer aşamalara geçerek başvuruyu kabuledilebilir bulmuştur.[349] So-

---

348 *Könkama and 38 other Saami Villages v. Sweden*, App. No.27033/95, Admissibility Decision of 25 November 1996, **DR Vol. 87-A**, sf:78-89, özellikle 84-86. Bu başvuru diğer kriterler açısından kabuledilemez bulunmuştur.

349 *Muonio Saami Village v. Sweden*, App. No.28222/95, Admissibility Decision of 15 February 2000. Dava AİHM'in 9 Ocak 2001 tarihli hükmüyle listeden çıkarılmıştır. Bu listeden çıkarma kararının dayanağı başvurucu Köy ile İsveç Devletinin kendi aralarında dostane çözümde uzlaşmalarıdır. Bu uzlaşma AİHM tarafından onaylanarak dava sona erdirilmiştir. İsveç Hükümeti başvurucu yerli halka, bir lütuf olarak 65.000 İsveç Kronu vermeyi kabul etmiştir. Bkz. *Muonio Saami Village v. Sweden*, App. No.28222/95, Judgment of 9 January 2001.

nuç olarak, burada da kolektivitenin hak sahipliğinin kabul edildiği görülmektedir.[350]

Çok yakın tarihli bir başka kabuledilebilirlik kararı da bu yörüngeye yerleştirilebilir. 12 Ocak 2006 tarihli kabuledilebilirlik *Hingitaq 53* kararında Mahkeme Grönland'da yaşayan İniut yerlilerine bağlı Thule Kabilesini (İnughuit) temsil eden ve 428 bireyden oluşan Hingitaq 53 isimli bir grubun yaptığı başvuruyu kişi yönünden yetkisizlik temelinde reddetmemiştir. Yaşam ve avcılık alanlarından yoksun bırakılmalarının **P1-1**'in ihlali olduğunu düşünen grubun başvuruculuk statüsü Mahkemece hiç ele alınmamış, muhatap Devlet Danimarka bu noktadan hiçbir ilk itirazda bulunmamıştır.[351] *Hingitaq 53* kararı kolektivitenin hak sahipliğine ilişkin *Muonio Saami* ve *Könkama* kararlarının teyidi niteliğindedir.

Görüldüğü üzere, **AİHS** sisteminde kolektivitenin hak sahipliğine ilişkin örnekler bulunmaktadır. Ancak bu kararlarda ne genel olarak ne de özel olarak mülkiyet hakkına bir kolektivite olarak sahiplik üzerinde herhangi bir açıklama bulabilmek mümkündür. Strasbourg organlarının kararları son derece belirsizdir ve bu geleceğe yönelik kestirimlerde bulunmayı güçleştirmektedir.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Ame.İHM) konuya yaklaşımı, Strasbourg organlarının ve özellikle Komisyonun yaklaşımını değerlendirmekte oldukça aydınlatıcı olabilir. Benzerliğin ilk boyutu normatif düzenlemelerdir. Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi (**Ame. İHS**), tıpkı **AİHS** gibi, hakların öznesi olarak bireyleri göstermiştir ve **Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı**ndan farklı olarak "halk" öznesine yer vermez. Bu genel saptama mülkiyet hakkı bakımından da geçerlidir. Buna rağmen, yerli halkların da çeşitli hakların ve bu arada mülkiyet hakkının öznesi olabilecekleri kabul edilmiştir.

Ame.İHM'e göre, yerli halklar atalarının topraklarına kolektif olarak sahip olduklarında ve bu toprakla ruhani ve kültürel derin bir bağ kurduklarında mülkiyet hakkı gündeme gelebilir. Bu içtihadi yaklaşımı açıklamadan önce, yerli halkların bir kolektivite olarak hukuki kişiliği meselesine değinmekte fayda vardır. Ame.İHM'e göre, hukuki statü yerli halkların haklarının kullanılmasında ve korunmasında gerekli bir hukuki mekanizmadır. Ancak bu, Ame.İHM önünde haklarını ileri sürebilmesi için zorunlu değildir; yasal bir formaliteden ibarettir. Yerli halkların varlığı ve hakları, Devletin onları hukuken tanımasına bağlı değildir.[352]

---

[350] Aynı yönde bkz. Gilbert, **a.g.m.**, sf:739.

[351] *Hingitaq 53 v. Denmark*, App. No.18584/04, Admissibility Decion of 12 January 2006.

[352] *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of 17 June 2005, para. 78-84. Davayı bu açıdan inceleyen bir çalışma olarak bkz. Pasqualucci, **a.g.m.**, sf:294-295.

Ame.İHM önünde yerli halkların mülkiyet hakkına ilişkin olarak görülen davalarda hukuki sorunun genellikle bu halkların ata topraklarının kendilerine geri verilmesi oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, yerli halklar, kolonileştirme ve sömürgeleştirme evrelerinde topraklarının zilyetliğinden olmuşlardı. Bu konuya özgü spesifik bir hüküm **Ame. İHS**'de bulunmadığı için Ame.İHM konuya klasik mülkiyet hakkı çerçevesinde yaklaştı.

Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua davasında başvurucu Awas Tingni adında Nikaragua'nın Kuzey Atlantik Özerk bölgesinde yaşayan etnik bir yerli topluluktur. Awas Tigni topluluğunun talep ettiği toprakla ilgili olarak tapuya kayıtlı herhangi bir mülkü bulunmamaktadır. Bu topraklarda bir ticari şirkete tomrukçuluk yapma imtiyazı verilmiştir.[353] Ame.İHM incelemesine, **Ame.İHS**'de yer alan mülkiyet hakkının cümle kurgusuyla başlamıştır. *Hazırlık Çalışmalarına* atıf yapan Ame.İHM, **Ame. İHS** Madde 21'de özel mülkiyet hakkı vurgulanmadığını; yerine mülkiyetini kullanma ve bundan yararlanma hakkının vurgulandığını saptamıştır. Devamla Ame.İHM, hem genel olarak bütün insan hakları sözleşmelerinde yer alan terimlerin otonom anlamı olduğunu hem de bu terimlerin günün şartları ışığında evrimci bir anlayışla yorumlanması gerektiğinin altını çizmiştir. Ame.İHM'e göre, **Ame.İHS** Madde 29 (b) hükmü[354], hakların dar yorumlanmasını engellemektedir. Bu ilkelerden hareketle Ame.İHM, mülkiyet hakkının, *ortak mülkiyet* (communal property) çerçevesinde *yerli topluluk üyelerinin haklarını* da kapsadığını hükme bağlamıştır.[355]

---

353 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of 31 August 2001, para.103.

354 **Ame.İHS** Madde 29/b normu şöyledir: "**Madde 29. Yorumlamaya ilişkin kayıtlamalar** - Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, (a)..., **(b)** Herhangi bir Taraf Devletin yasalarıyla ya da bu Devletlerden birinin tarafı bulunduğu başka bir sözleşmeyle tanınmış bulunan herhangi bir haktan ya da özgürlükten yararlanmayı ya da bunu kullanmayı kayıtlar biçimde, (c)..., yorumlanamaz".

Bu tip normlar hemen hemen bütün insan hakları sözleşmelerinde görülmektedir. Örneğin, **AİHS** Madde 53. "**Madde 53 – Mevcut/(tanınmış) bulunan insan haklarının korunması** - Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasaları ya da bu Devletin taraf olduğu herhangi bir başka anlaşma çerçevesinde güvence altına alınmış olan insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlandırıyor ya da bunlardan sapılmasına/(bunlara aykırı düşülmesine) olanak tanıyor olarak yorumlanmayacaktır."

Bu tip normların amacı insan haklarının en üst düzeyde korunmasına yardımcı olup aynı hakları düzenleyen sözleşmeler arasındaki olası bağdaşmazlık sorunlarını çözmektir. **AİHS** çerçevesinde bilgi ve tartışma için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yay., İstanbul, Nisan 2005, sf:71-72.

355 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of 31 August 2001, para.145-148. Ame.İHM, ihlale hükmettiği paragrafında da Devletin *topluluğun üyelerine* zarar verdiği için mülkiyet hakkını ihlal ettiğini vurgulamıştır.

Görüldüğü üzere, burada hakkın sahibi konusunda bir bulanıklık bulunmaktadır. Davayı açan kolektivitedir. Kararda ise hakkın öznesi olarak kolektivitenin üyeleri gösterilmiştir. Bununla birlikte davada üyelerin kimliği belirsizdir. Yani spesifik bir birey ya da bireyler söz konusu değildir. Buradan hareketle, Ame.İHM'in ifadesine rağmen, son tahlilde bu kararda kolektivitenin mülkiyet hakkının öznesi olarak görüldüğü ileri sürülebilir. Üstelik Ame.İHM'in kolektif mülkiyetin niteliğine ilişkin belirlemeleri dikkate alındığında bu sonuca varmak kolaylaşır.

Ame.İHM'e göre, yerli halklar arasında toprakta kolektif mülkiyetin ortak biçimi (communal form) bağlamında komüntaryen bir gelenektir ve bu gelenekte toprağın sahipliği bireyde (individual) odaklaşmayıp grupta ve toplulukta (community) odaklaşmıştır. Yerli gruplar, doğaları gereği, kendi bölgelerinde özgürce yaşama hakkına (right to live freely) sahiptirler ve onların toprakla derin ilişkileri kültür, ruhi/manevi hayat, bütünlük ve ekonomik geçim gibi temel unsurların olmazsa olmaz koşuludur. Yerli halklar için toprakla ilişki basit bir zilyetlik/egemenlik (possession) ilişkisi olmayıp kültürel değerlerini korumak ve gelecek kuşaklara aktarmak meselesidir.[356]

Burada kolektivitenin kendi başına hak sahipliği belirmeye başlamıştır. 2005 tarihli *Yakye Axa Indigenous Community* davasında Ame.İHM bu yaklaşımını geliştirecek ve yerli halkın "geleneksel bölgesinin zilyetliği/egemenliği, çıkarılmaz bir biçimde bunların tarihsel anılarına eklemlenmiştir" diyecektir.[357] Artık burada hiçbir şüpheye yer bırakmadan kolektivite hak sahibi olarak ortaya çıkmıştır.

Amerikalılararası insan hakları sistemi bağlamında son olarak, Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonunun da aynı yaklaşımı benimse-

---

356 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of 31 August 2001, para.149. Bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:869. "İşbu vakanın nitelikleri dikkate alındığında, yerli toplulukların mülkiyeti kavramına dair bazı belirlemeler yapılması gerekmektedir. Yerli halklar arasında, toprak üzerinde komünel biçimdeki bir kolektif mülkiyete ilişkin bir komüniter gelenek bulunmaktadır; şu anlamda ki, toprak üzerindeki sahiplik bireyden ziyade grup yahut onun topluluğu üzerinde odaklaşmaktadır. Yerli gruplar, bizzat varlıklarının doğası gereği, kendi toprakları üzerinde özgürce yaşama hakkına sahiptirler; yerli halkların toprak ile olan sıkı bağları, onların kültürlerinin, manevi hayatlarının, bütünlüklerinin ve ekonomik açıdan varlıklarını sürdürebilmelerinin temel dayanağı olarak tanınmalı ve anlaşılmalıdır. Yerli topluluklar bakımından toprakla olan ilişki sadece bir maliklik ve üretim konusu değildir ve fakat, tam olarak yararlanmaları zorunlu bir maddi ve tinsel/manevi unsur ve hatta kendi kültürel miraslarını koruma ve gelecek nesillere nakletme bakımından da zorunlu bir unsurdur."

357 *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of 17 June 2005, para.216'dan aktaran Pasqualucci, **a.g.m.**, sf:297 ve dn. 99.

diğini ve yerli halkları kolektivite olarak hak öznesi kabul ettiğini belirtmek uygun olacaktır.[358]

Konuyu kapamadan önce, çok yakın bir geçmişte, BM Genel Kurulunun 13/09/2007 tarihli toplantısında "**Yerli Halkların Hakları Birleşmiş Milletler Bildirisi**" ("*United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*")[359] başlıklı belgenin kabul edilmiş olduğunu eklemek gereklidir. Yukarıda açıklanan bölgesel ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri organlarının kararlar pratikleri ışığında, anılan 13/09/2007 günlü Bildirinin özellikle atıf almak suretiyle sözleşme organlarınca etkinleştirileceği ve işlevselleştirileceği öngörülebilir.[360] Toplam 46 Madde içeren "**Yerli Halkların Hakları Birleşmiş Milletler Bildirisi**"nin Madde 1 ve Madde 2 hükümleri, yerli halkların gerek bireysel gerekse kolektivite olarak hak sahipliklerini göstermek üzere burada zikredilmelidir.

"**Madde 1** - Yerli halklar, gerek bir topluluk/(kolektivite) gerekse bireyler olarak, Birleşmiş Milletler Şartında, Evrensel İnsan Hakları Bildirisinde ve uluslararası insan hakları hukukunda tanınan bütün insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam olarak yararlanma hakkına sahiptirler." (vurgu eklenmiştir)

"**Madde 2** - Yerli halklar ve bireyler özgür ve diğer tüm halklar ve bireylerle eşittirler ve haklarının kullanımında, özellikle yerli olma kökenleri yahut kimlikleri temelindekiler olmak üzere, herhangi bir türdeki ayrımcılıktan masun/(bağışık) olma hakkını haizdirler."

Bildirinin bilhassa 10, 11, 25-28, 32. Maddeleri yerli halkların mülkiyet haklarına ilişkin hükümlere yer vermiştir.

C) Sonuç

Karşılaştırmalı bir bakış açısıyla yapılan bir inceleme, **AİHS** sisteminin kolektiviteyi de **AİHS**'de yer alan hakların ve bu arada mülkiyet hakkının öznesi olarak içerebileceğini göstermektedir. Azınlığın hak öznesi olduğunu gösteren bir içtihat bulunamamıştır. Ancak yerli halkların hak

---

358 Aynı yönde ve somut davaları da inceleyen bir çalışma olarak bkz. Isabel Madariaga Cuneo, "*The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System*", **Arizona Journal of International and Comparative Law**, Vol. 22, No. 1, 2005, sf:53-63, 58-60. Aksi görüş için bkz. Claudia Martin, "*The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter American System*", **Leiden Journal of International Law**, Vol.19, 2006, sf:491-504, 498.

359 United Nations, General Assembly, A/61/L.67, 12 September 2007, Sixty-first Session, Report of the Human Rights Council, "*United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*". Bu Bildirinin ilk kez yapılan Türkçe çevirisi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:891-899.

360 Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:890-891.

öznesi olduğunu gösteren iki karar mevcuttur. Bu kararlardan hareketle, **AİHS** sisteminde kolektivitenin de haklara sahip olduğu ileri sürülebilir. Çünkü azınlıklar ile yerli halklar arasında kolektivite olmak bakımından Sözleşme çerçevesinde bir fark bulunmamaktadır. Ve bu durumda her iki tip kolektivite için potansiyel mevcuttur.[361]

Kolektivitenin başvuruculuğu **AİHS** Madde 34 anlamında HDÖ kategorisi altında değerlendirilmektedir. Her ne kadar bu hususa işaret eden AİHK kararında, **P1–1** metni açısından yerli halkın "gerçek kişi" mi, yoksa "tüzel kişi" mi olduğu hakkında bir tartışma bulunmamaktaysa da, **AİHS** Madde 34'te geçen HDÖ, bu çalışmada gösterildiği üzere, temelde tüzel kişileri kapsamaktadır. Bu veriden hareketle kolektivitenin hak sahipliği problemi açısından tüzel kişi niteliğinde olduğu düşünülebilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, burada geçen tüzel kişi terimi sadece **AİHS** anlamında olup ulusal hukukça tanınmaya bağlı olarak verilen hukuki kişiliği ifade etmez. Tam tersine, kolektivitenin en önemli özelliği ulusal hukuk düzeninde tüzel kişi olup olmadığının (yani resmi olarak tanınıp tanınmamasının) hak özneliği açısından bir önemi olmamasıdır. Zaten çoğu halde, azınlık veya yerli halk tipi kolektiviteler, ulusal hukuklarda tüzel kişi olarak kabul edilmemişlerdir. Zira kolektivite ile tüzel kişinin niteliği oldukça farklıdır.

Strasbourg organlarının kolektivitenin hak sahipliği konusundaki içtihadı son derece ilkeldir. AİHK ve AİHM kapıyı aralamış ama arkasını getirmemişlerdir. 2000'den bu yana, bu konuda herhangi bir karar üretilmemiştir. Teorik olarak açılan bu imkânın ileride ne yönde gelişeceğini veya kapanıp kapanmayacağını kestirmekteki güçlükler, diğer insan hakları sistemlerindeki gelişmelere bakılarak aşılabilir. Özellikle Amerikalılararası İnsan Hakları sisteminde bu konuda zengin sayılabilecek bir birikim oluşmuştur ve gelişim devam etmektedir. Ame.İHM'in kolektivitenin genel olarak hak sahipliği ve özel olarak mülkiyet hakkı sahipliği konusundaki kararları AİHM'in ilerideki içtihatlarını etkileyebilecek niteliktedir. Buna göre, AİHM'in kolektivitenin hak sahipliği konusundaki içtihadını geliştirerek sürdüreceğini öngörmek dayanaksız olmayacaktır. Bununla birlikte, Avrupa kıtasında başvurucu olabilme niteliği gösterebilecek kolektivite sayısının fazla olmadığı dikkate alınmalıdır.

Kolektivitenin mülkiyet hakkı, kolektif mülkiyet üzerinde doğmaktadır. Yukarıdaki teorik açıklamalara uygun olarak; kolektif mülkiyete sahip olan varlık kolektivitenin kendisidir. Kolektivite üyesi bireylerin ortak mülkiyet üzerinde bireysel hakları bulunmamaktadır. Hakkı fiilen kolek-

---

[361] Sadece azınlığa vurguyla aynı yönde olarak bkz. Gilbert, **a.g.m.**, sf:740.

tivite üyesi bireylerin kullanması hakkın öznesi bakımından bir fark doğurmaz.[362]

Buradan hareketle, bu çalışmada ele alınan anlamıyla kolektif hakkın, 70'li yılların ürünü üçüncü kuşak haklardan (dayanışma hakları) ibaret olmadığını söylemek mümkündür. Hakkı kolektif yapan, ona kimin sahip olduğudur. Buna göre, en temel birinci kuşak haklar bile bu çalışmada kullanılan anlamda kolektif hak kabul edilebilir.[363] Bu çalışmanın konusunu oluşturan mülkiyet hakkı böyledir. Bu perspektiften bakıldığında, pozitif uluslararası hukukta üçüncü kuşak hakların (verilen örnekler, self-determinasyon, barış hakkı, kültürel kimliğe saygı ve çevre hakkıdır) öznelerinin belirsiz olduğunu ileri süren görüş[364] devre dışı kalmaktadır.

Burada ileri sürülen kolektif mülkiyetin, belirlenebilir bir gruba ait olduğu dikkatten kaçmamalıdır. Belirlenebilir bir kolektivitenin/grubun ötesine geçen kolektif mülkiyet anlayışının **AİHS** çerçevesinde geçerli olması güçtür. Bu bağlamda insanlığın ortak mirası (*common heritage of mankind*) veya kamu malı (*public domain*) gibi kategorilere ilişkin olası şikayetlerin **AİHS** sisteminde dava konusu olması pek mümkün gözükmemektedir. Keza, **Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı** bakımından olduğunun aksine, yerli halkların dışında kalan halklar da haklarını AİHM önünde dile getiremezler.

---

362 Bu sebeple doktrinde van Banning'in kolektif mülkiyet hakkını birlikte mülkiyete (common property) indirgemesi ve gerek **AİHS** sistemindeki *Könkama* davasını ve gerekse de **Ame.İHS** sistemindeki *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* davasını, bu davalardaki başvurucunun kolektivite olduğunu vurgulamaksızın ele alması hatalıdır. Banning'e göre, adı geçen her iki davada söz konusu olan mülkiyet iştirak halinde mülkiyettir. Banning mülkiyetin özellikle kullanan kişilerin birden fazla oluşuna göre bir sınıflama yapmaktadır. Banning'de kolektivitenin mülkiyet hakkı sahipliğine ilişkin işbu Çalışmada yapılana benzer hiçbir açıklama veyahut tartışma bulunmamaktadır. Bkz. Theo R. G. van Banning, **The Human Right to Property**, Intersentia, Antwerpen, 2002, sf:296-322, özellikle 297-305, 311-312.

363 Daha genel bazda krş. Makinson, **a.g.m.**, sf:72.

364 Bkz. Uygun, **a.g.m.**, sf:39-42; Tomuschat, **a.g.e.**, sf:50.

Bölüm 2
MÜLKİYET HAKKININ NESNELERİ

Önceki bölümde **AİHS** çerçevesinde mülkiyet hakkının özneleri ortaya çıkarılmaya çalışıldı. Özne bir hak genel teorisinin önemli unsurudur; ama tek unsuru değildir. En az özne kadar önem taşıyan, belki de daha önemli olan unsur, hakkın kapsamının ya da içeriğinin ne olduğudur.

P1–1 özelinde mülkiyet hakkının içeriği/kapsamı veya AİHM'nin konu/madde bakımından yetkisi iki boyutludur. Nesne, hakkın konusunun birinci boyutunu oluşturur. Mülkiyet hakkından söz edebilmek için, **AİHS**'de yer alan diğer bütün haklardan farklı olarak, öznenin kendisi dışındaki bir nesnenin bulunması gereklidir. Öznenin üzerinde hakkı olduğu ve tasarruf ettiği bir şey olmaksızın hukuki bütünlük sağlanamaz.[365]

Mülkiyet hakkının özneye verdiği yetki meselesi de, hakkın kapsamının ikinci boyutunu oluşturmaktadır. Zaten bu boyut, **AİHS**'de düzenlenen bütün haklar için mevcuttur. Bu bölümün usul hukukundaki izi de, AİHM'nin konu/madde bakımından yetkisine (*ratione materiae*) denk düşer. Hemen eklenmelidir ki, **P1–1** özelinde AİHM'in konu/madde bakımından yetkisi ikili bir ayrımı (hem nesne hem de hakkın verdiği yetki açılarından) gerektirmektedir. Kısacası bu bölümde, mülkiyet hakkının konu bakımından içeriği araştırılacaktır. Mülkiyet hakkının konu bakımından içeriği, aynı zamanda **P1-1**'in norm alanını da ifade eder. Bir başka deyişle, norm alanı ile konu bakımından kapsam ibareleri aynı anlama geliyor.

Mülkiyet hakkının kapsamı sorunu, tıpkı bu hakkın öznesi bakımından olduğu gibi, doğrudan felsefi sonuçlar doğurmaktadır. Mülkiyet hakkının nesnesi dendiğinde, akla doğal olarak önce eşya gelmektedir. Eşya da, maddi mallara karşılık gelir. Bu durumda maddi malların yanında gayri maddi mallar mülkiyet hakkının koruma şemsiyesi altına girmeyecek midir? Öyle ya, gayri maddi mallar, çoğu ulusal hukuka ve bu ara-

---

365 Medeni hukuk açısından bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, sf:209-216.

da Türk hukukuna göre, mülkiyet hakkının konusu olmazlar. Bu yaklaşım, Strasbourg düzleminde de geçerli midir? Burada bir tez olarak ileri sürülebilir ki, AİHM'in mülkiyet hakkı anlayışı ulusal hukuklarda yer verilen mülkiyet hakkı anlayışından daha farklıdır.

Bu soru, aslında göründüğünden daha önemlidir. Çünkü **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı çerçevesinde korunan değerler, ekonomik girişim özgürlüğünün ve ticaret özgürlüğünün Sözleşme vasıtasıyla korunup korunmadığını ortaya çıkartmakta belirleyici rol oynayabilir. Hatırlanacağı üzere, özne unsuru bakımından bu soruya ticari şirketlerin ve hatta ticari/ekonomik nitelikli kamu tüzel kişilerin hak sahipliği temelinde olumlu cevap verilmişti. Ne var ki, bu cevap, mülkiyet hakkının kapsamı belirlenmeksizin tek başına yeterli değildir.

Diğer yandan, gerek ulusal gerekse de uluslararası/ulusalüstü hukukta mülkiyet ya da bir başka benzer nitelikteki hakkın kapsamında değerlendirilmeyen hususlar, **P1-1**'deki mülkiyet hakkının kapsamına girmekte midir? Özellikle yeni ticari ilişkilerin ortaya çıkardığı yeni talepler, bu hakkın kapsamında değerlendirilecek midir? Kaldı ki, **P1-1**'de yer verilen hakkı, "mülkiyet hakkı" olarak kavramsallaştırmak yerinde midir? Terminolojik olarak bu soruya, işbu çalışmanın Giriş bölümünde cevap bulunmuştu ama içtihadi birikimin zenginliği sorunun kavramsal düzlemde ayrıca incelenmesini gerektirmektedir.

Nesnenin niteliği, en başta, ilgili hakkın ve giderek o hakkın içinde yer aldığı belgenin ideolojik arkaplanını açığa çıkartır. Bu noktada o belgeyi uygulamak ve yorumlamakla görevli organ(lar)ın hukuki ideolojileri de açığa çıkmış olur. Diğer yandan da, o hakkın ve belgenin ideolojik kalıpları kırmaktaki potansiyeli hakkında bir fikir verir.

I) Otonom Bir Terim: Mülkiyet

Çalışmanın Giriş bölümünde niçin **P1-1**'de yer alan hakkın mülkiyet hakkı olarak kavramsallaştırıldığı açıklanmıştı. **P1-1**'deki hakkı geniş anlamda mülkiyet hakkı olarak kategorize eden aslında bizzat AİHM'dir. Ancak AİHM'in mülkiyet hakkı anlayışı, ulusal hukuklarda düzenlenen mülkiyet hakkı anlayışından daha farklıdır. Ulusal hukukta mülkiyet hakkının kapsamında sayılmayan mallar ya da haklar, **P1–1** bakımından ele alındığında mülkiyet hakkının kapsamına girebilir. Kısacası, Strasbourg organları, mülkiyete ulusal hukuklarda verilen tanımla bağlı değildir. Bu husus, Strasbourg yargısına egemen olan yorum ilkelerinden birini gündeme getirir: *Otonom Kavramlar Doktrini* (*Autonomous Concepts Doctrine*).

A) AİHS Genelinde Otonom Kavramlar Doktrini

AİHS çok sayıda kavrama yer vermektedir ve haklar bu kavramlarla sıkı bir ilişki içindedir. Bir hakkın kapsamının belirlenmesi, çoğu halde, o hak bağlamında normda yer verilen kavram veya terimlerin anlamına bağlıdır.

Herşeyden önce **AİHS**'in aynı derecede geçerli iki metninin olduğunu hatırlamak gereklidir. Bu metinlerden birisi Fransızca iken diğeri İngilizce'dir. Her bir madde özelinde bu iki dil arasında farklılıklar bulunmaktadır. Strasbourg organları bu iki metin arasındaki olası farklılıkları bağdaştırıcı bir yaklaşım izlemektedir.[366]

Öte yandan, Sözleşmede yer verilen kavramların pek çoğu, ulusal hukuklarda görülmektedir. Buna göre, Sözleşme yapıcılarının bazı ulusal hukuk kavramlarını ulusalüstü (ya da uluslararası) düzeye çıkarttıkları söylenebilir. Ne var ki, Sözleşme yapıcılarının bu tercihi, bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Herşeyden önce, Sözleşmede yer verilen kavramların ulusal hukuklardaki anlamı her durumda benzer içerikte değildir. Bir kavramın, bazen anlamsal düzeyde bazen de kapsam bakımından farklı hukuk düzenlerinde değişik şekilde ele alındığını saptamak mümkündür.

Kavramların içerebileceği anlamsal farklılık, tüm Taraf Devletler bakımından insan haklarının korunması konusunda yeknesak bir uygulama yaratmaya çalışan Strasbourg organlarını zor durumda bırakmıştır. Strasbourg organları ve özellikle AİHM, bu sorunu aşmak üzere, Çalışmanın Giriş bölümünde üzerinde durulan "etkililik ilkesi"nin de yardımıyla "otonom/özerk kavramlar"[367] yaklaşımını geliştirmiştir.[368] Buna göre, **AİHS** metninde yer alan kavram ve terimler, iç hukuklarda kendilerine verilen anlam ve tanımlardan veyahut iç hukuktaki sınıflamalardan bağımsızdır.[369] Yani Strasbourg organları, Sözleşme metninde yer

---

366 Bkz. *Wemhoff v. Germany*, Judgment of 27 June 1968, para.8 (The Law); *Sunday Times v. United Kingdom*, App. No.6538/74, Judgment of 26 April 1979, para.48.

367 Otonom kavramlar doktrinini sisteme zımnen ("kavramların Sözleşme bağlamında ele alınması zorunluluğu" formülüyle) dahil eden öncü kararlar arasında bkz. *Neumeister v. Austria*, Judgment of 27 June 1968, Series A No.8, para.18 (The Law); *Reingesen v. Austria*, Judgment of 16 July 1971, Series A No. 13, para.94.

368 AİHM'in *Engel* davası hükmünden anlaşıldığına göre, otonom/özerk kavramlar doktrinini, Sözleşmenin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. Maddesi çerçevesinde bu adla ilk yerleştiren ise AİHK'dur. Bkz. *Engel and Others v. Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, Series A No.22, para.81. *Engel* kararının bizzat Mahkeme tarafından yapılan ayrıntılı analizi için bkz. *Ezeh and Conors v. the United Kingdom*, App. Nos.39665/98-40086/98, GC Judgment of 9 October 2003, paras.69-130.

369 Bilgi için bkz. Pieter van Dijk - Fried van Hoof, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Kluwer Law International, the Netherlands, 1998 (Third

alan bir kavram ya da terimi anlamlandırırken iç hukuklardaki anlam ve tanımlarla zorunlulukla hem bağlı hem de bağlantılı değildir. Kısacası, bir kavram ya da terime ulusal hukukta verilen anlam yahut o kavramın statüsü belirleyici değildir.

Eğer bu yaklaşım geliştirilmeseydi, etkililik ilkesinin gereklerine uygun bir yargılama yapmak mümkün olmayabilirdi. Zira, aksi durumda, ulusal hukukla bağlı bir ulusalüstü yargı yeri ortaya çıkardı, ki bunu Sözleşmenin konu ve amacıyla bağdaştırmak mümkün değildir.[370] Matscher'e göre, **Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi**nin[371] uluslararası hükümetlerarası örgütlerin özerkliğini benimseyen 5. Maddesi de bu yaklaşımı belli ölçüde desteklemektedir.[372]

Bununla birlikte, bir terim veya kavramın yorumlanmasında Strasbourg organları sıklıkla iç hukuklara göndermede bulunur. Çünkü **AİHS**'in Başlangıç kısmı bir Avrupa birlikteliğinin/birliğinin kurulmasından bahsetmektedir. Böylelikle Strasbourg organları ortak bir Avrupa standardı belirleyerek iç hukukları denetlemektedir.[373] Diğer yandan Sözleşmesel bir kavramın anlamı konusunda ulusal hukuka yapılan gönderme, o anlam ister benimsensin ister benimsenmesin, bir hareket noktası niteliğini taşımaktadır.[374] Şüphesiz, Strasbourg organlarının bu yaklaşımı, kav-

---

Edition), sf:77 (Bu kitap bundan böyle "**Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/1998**" olarak gösterilecektir); D. J. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, Butterworths, Printed in Great Britain, 1995, sf:16-17 (Bu Kitap bundan böyle "**Law of the ECHR/1995**" olarak gösterilecektir); Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, sf:142-144.

370 *König v. Germany*, Judgment of 28 June 1978, Series A No. 27, paras.88-89; *Ferrazzini v. Italy*, App. No.44759/98, Judgment of 12 July 2001, para.24.

371 **Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS)** bütün uluslararası andlaşmaların yorumunda kullanılmaktadır. **AİHS** sisteminde AİHM de **VAHS**'ı defalarca kullanmıştır. **VAHS**, diğerlerinin yanısıra, uluslararası andlaşmaların nasıl yorumlanacağına ilişkin esasları belirlemektedir. 1969 tarihinde kabul edilip 27 Ocak 1980'de yürürlüğe giren **VAHS**'nin Türkçe metni için bkz. Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk-Temel Belgeler Örnek Kararlar**, Beta Yay., Geliştirilmiş 3. Baskı, 1998, İstanbul, sf:182-205.

372 Bkz. F. Matscher, "*Methods of Interpretation of the Convention*", **The European System for the Protection of Human Rights**, (Ed, Mcdonald et. al.) Martinus Nijhoff Publishers, The Hauge, 1993, sf:71.

373 Gölcüklü-Gözübüyük, **a.g.e.**, sf:144; aynı anlama gelecek şekilde bkz. Pieter van Dijk - Fried van Hoof, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/1998**, sf:77; Matscher, **a.g.m.**, sf:73; Krş. François Ost, "*The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights*", **The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions**, (Ed. Mireille Delmas-Marty), (Translation directed and edited by Christine Chodkiewicz), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecth, 1992, sf:283-317, 305.

374 Mahkeme açıkça bir kavramın ulusal hukukta nasıl sınıflandırıldığının hareket noktası olmanın ötesinde bir değer taşımadığını hükme bağlamıştır. Bkz. *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos.25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April

ramların ve terimlerin anlamlarının belirlenmesinde keyfi bir tutum takındıkları anlamına gelmez. Üstelik, ulusal hukukları tamamen yok sayan bir yaklaşımın meşru sayılması da kolayca kabul edilebilir değildir. Takdir marjı doktrini bile bu noktayı vurgulamaya yeter.[375] Kaldı ki, ulusal hukuklardaki anlamlarına gönderme yapılmadan, kavramın otonom anlamının ortaya çıkartılması da, mantıken pek zordur.[376] Kavramın otonomlaşabilmesi için, en azından, o kavramın muhatap Devletin iç hukukundaki anlamına bakılmalıdır.[377] Strasbourg organları, söz konusu kavramın veya terimin Sözleşmesel anlamını ortaya çıkartmakta ulusal hukuklardaki durumdan/tanımdan esinlenmektedirler.

Sonuç olarak, Sözleşmede yer verilen bir kavramın veya terimin anlamının belirlenmesinde Strasbourg organları ve özellikle AİHM, Sözleşmenin konu ve amacı ışığında konuyu ele alarak bir değerlendirme yapmaktadır. Bu değerlendirmenin sonucuna göre, ulusal hukuktaki tanımı benimseyebileceği gibi bunu benimsemeyip kendi tanımını da kabul edilebilir. Şu husus da unutulmamalı: Strasbourg organları, **AİHS** metninde yer verilen kavram veya terimlerin anlamını her bir tekil davada ayrı ayrı ele alır; genel geçer bir tanım yapmaktan kaçınır. Strasbourg organlarının bu tutumunun ardında Sözleşmenin "yaşayan bir belge" olması nosyonu yatmaktadır. Organlar, Sözleşmenin gelişmini ve yeni şartlara uyarlanma gücünü, kalıplaşmış tanımlarla dondurmak istememektedir. Elbette, her bir kavram veya terim özelinde bazı içtihadi ölçütlerin ortaya çıkartılması mümkündür.

Otonom kavramlar doktriniyle ilgili olarak yukarıdaki genel belirlemelerin yanında bazı spesifik vurgular yapılması bu çalışmanın konusu bakımından gereklidir. Şöyle ki, **AİHS** metninde geçen her kelime veya ifade, zorunlulukla otonom bir kavrama karşılık gelmeyebilir. Hangi kavramın hangi sebeple otonom olarak ele alındığı, o kavramla ilgili hakkın konu bakımından uygulama alanını belirlemekte hayati rol oynamaktadır. Doktrinde konuyu genel olarak inceleyen Matscher, Sözleşmede yer verilen kelimeleri üç grupta ele almaktadır. Yazara göre, birinci grupta *günlük dilde* kullanılan kelimeler ("insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele", "iş veya hizmet", "özgürlük ve güvenlik", "özel yaşam ve aile yaşamı"

1999, para.100 ("The term 'association' therefore possesses an autonomous meaning; the classification in national law has only relative value and constitutes no more than a starting point"). Ayrıca bkz. ve krş. Ost, **a.g.m.**, sf:305; Reid, **a.g.e.**, sf:41.

375 Bkz. Ost, **a.g.m.**, sf:305-309.

376 Merrills, **a.g.e.**, sf:71-72.

377 *König v. Germany*, Judgment of 28 June 1978, Series A No. 27, paras.89-90. Mahkeme burada, adil yargılanma hakkının uygulanabilirliğini saptamak için, bir hakkın ulusal hukukta nasıl sınıflandığını değil, ulusal düzlemdeki etkisini ve esasa dair içeriğini ele almanın gerektiğini kabul etmiştir.

vb.), ikinci grupta *bilimsel ve teknik* ifadeler ("bulaşıcı hastalık", "akıl hastalığı" vb.) ve nihayet üçüncü grupta ise *hukuki* terminoloji ("yasaya uygun alıkonulma", "hakim", "yasa/hukuk", "bağımsız ve tarafsız yargı yeri" vb.) bulunmaktadır. Matscher, otonom kavramlar doktrininin bu son grup için geçerli olduğunu kabul etmektedir.[378]

Matscher'in ayrımı içtihadi birikime uygundur. Sözleşmede yer verilen bütün kavramlar otonom olarak değerlendirilmez. Çünkü gündelik dilde kullanılan kelimeler ve terimler sözlük anlamıyla ve gündelik dildeki anlamlarıyla ele alınmaktadır; teknik ve bilimsel terimler ise Strasbourg organları tarafından serbestçe değerlendirilebilecek olmalarına rağmen, nitelikleri gereği, muhatap Devletin takdiri temelinde dikkate alınırlar. Bunun sınırı, ulusal hukukta o teknik veya bilimsel terimin açıkça keyfi olarak kullanılmamış olmasıdır.[379]

Günlük dilde kullanılan kavramlar bakımından da Matscher'in ayrımı geçerliliğini korumaktadır. Strasbourg organları, anlamını araştırdıkları kavramının otonom niteliğinden hiç bahsetmeksizin, kavramı, o kavramın ulusal hukuklarındaki anlamından farklı nitelikte kullanmaktadır. Bu şekilde kullanılan kavramlara örnek olarak **AİHS**'in 8. Maddesinde düzenlenen özel ve aile yaşamı ile konuta saygı hakkı gösterilebilir.[380] Oysa Strasbourg organları bir kavrama otonom niteliği verdiklerinde, bunu açıkça belirtmektedir.

Sözleşmede yer alıp da Strasbourg organları tarafından otonom olarak yorumlanan hukuki kavramlar hemen her hakla ilişkili olabilmektedir. Örneğin adil yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6 metninde yer alan birçok kavram bu niteliktedir: "medeni hak ve yükümlülükler"[381],

---

378 Bkz. F. Matscher, **a.g.m.**, sf:70-73, özellikle 70-71, 73. Doktrinde, Harris-O'Boyle-Warbrick, **Law of the ECHR/1995**, sf:16-17'de Matscher'in bu ayrımını benimsemektedirler.

379 *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 18 June 1971, Series A No. 12, para.68 (Mahkeme, Sözleşmenin 5. Maddesinde geçen "serseri" terimi tanımlanmadığı için Belçika iç hukukundaki tanımına itibar etmiş ve bu tanımın kelimenin olağan anlamıyla uyumlu olduğunu tespit ederek bu kategoriye giren kişilerin geçici olarak kamu makamlarınca alıkonulmarını, alıkonulma yasağının istisnası olarak değerlendirmiştir); *Winterwerp v. Netherlands*, Judgment of 24 October 1979, Series A No.33, paras.37-38 (Mahkeme Hollanda iç hukukunda "akıl hastalarının" hem kendi yararları hem de kamu yararı için geçici olarak alıkonulmalarını düzenleyen normların Sözleşmeyle uyumlu olduğu sonucuna varmıştır).

380 Doktrinde Reid, **a.g.e.**, sf:41'de bu durumu, adı konulmamakla birlikte, otonom kavramlar doktrininin uygulanmasının bir örneği olarak kabul etmektedir. Bir kararda AİHK'nun Sözleşme Madde 8'de geçen "konut" kavramını otonom olarak değerlendirdiği görülmektedir. Bkz. *Khatun and 180 others v. the United Kingdom*, App. No.38387/97, Admissibility Decision of 1 July 1998, para.1 (The Law). Ancak AİHM'in, AİHK'in bu yaklaşımını takip eden kararlarına pek rastlanılmamaktadır.

381 *Ferrazzini v. Italy*, App. No.44759/98, Judgment of 12 July 2001, para.24.

"suç isnadı", "tanık"[382] gibi. Madde 7'de yer alan "ceza" terimini de bu bağlamda zikretmek mümkündür.[383] Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkını düzenleyen Madde 11'deki kavramlar da otonom olarak yorumlanırlar: "örgüt"[384] teriminin otonomisine yapılacak bir gönderme herhalde yeterli kabul edilebilir. Benzer şekilde **P7-1**'de[385] geçen "sınırdışı" terimi de ulusal mevzuatta yer alan herhangi bir tanımdan bağımsız otonom bir kavramdır.[386]

Fakat Strasbourg organlarının uyguladığı şekliyle otonom kavramlar doktrini oldukça sorunludur. Bir kez hukuki terimlerde ve kavramlarda görülen otonominin derecesi belirsizdir. AİHM'in bir kavramın ulusal hukuktaki anlamının ancak bir hareket noktası olduğu yönünde kararları[387] da bulunduğu gibi, münhasıran ulusal hukuktaki duruma baktığı

---

382 *Luca v. Italy*, App. No.33354/96, Judgment of 27 February 2001, para.41 (suç ortağının tanıklık statüsü); *S.N. v. Sweden*, App. No.34209/96, Judgment of 2 February 2002, para.45 (duruşmaya katılmayan mağdur çocuğun tanıklık statüsü). Bu kararların otonom kavramlar doktrini çerçevesinde değerlendirilmesi için bkz. H. Burak Gemalmaz, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu*", **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3- Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Seçkin Yay, Ankara, 2004, sf:393-426, 398-401.

383 *Van der Velden v. Netherlands*, App. No.29514/05, Admissibility Decision of 7 December 2006, para.1 (The Law)

384 *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos.25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999, para.100.

385 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 22/11/1984 tarihinde Strasbourg'da kabul edilip imzaya açılan **İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi Protokol No.7**" (No.117, "*Protocol No.7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*"), 01/11/1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "**AİHS/Protokol No.7**"nin Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Cilt 1/2003**, sf:173-178 (Türkçe) ve sf:417-422 (İngilizce). **Protokol No.7** hakkında bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teorisi/2007**, sf:1038-1040.

Protokol No.7 (md.1) normu şöyledir:

"Madde 1 - Yabancıların sınırdışı edilmesine ilişkin usuli güvenceler

1. Bir Devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir yabancı, hukuka uygun olarak ulaşılmış bir karar uyarınca yapılması hariç, bulunduğu ülkeden sınırdışı edilmeyecektir ve bu yabancı:

(a) sınırdışı edilmesine karşı gerekçeleri sunmak,

(b) durumunun yeniden incelenmesini sağlamak, ve

(c) bu amaçlarla, yetkili makam ya da bu yetkili makam tarafından atanmış bir kişi ya da kişiler önünde temsil edilmek, olanaklarına sahip kılınacaktır.

2. Böyle bir sınırdışı edilme, kamu düzeni yararı bakımından yahut ulusal güvenlik nedenleri temelinde gerekli olduğu zaman, bir yabancı, bu Madde paragraf 1/a, b ve c çerçevesindeki haklarını kullanmadan önce de sınırdışı edilebilir."

386 *Bolat v. Russia*, App. No.14139/03, Judgment of 5 October 2006, para.79

387 Madde 11'de yer alan "örgüt" terimi bakımından bkz. *Chassagnou and Others v. France*, Judgment of 29 April 1999, para.100.

kararları da vardır.[388] Üstelik Strasbourg organları içtihadında otonom olarak kabul edilen terim ve kavramların teorik açılımları hemen hiç yapılmamıştır. Sadece kimi davalarda, ele alınan kavramla ilgili bazı unsurlara yer verilmektedir.

İkinci olarak, Strasbourg organlarının otonom saymadığı *günlük dilde* kullanılan kelimeler ile *bilimsel ve teknik* ifadelerin neden bu nitelikte sayılmadığı ikna edici şekilde açıklanmaya muhtaçtır. O kadar ki, Strasbourg organları, bir yandan bunları otonom saymıyor ama diğer yandan ulusal hukuklardaki anlamlarıyla kendilerini bağlı da tutmuyor. Örneğin **AİHS** Madde 8'de yer alan "özel ve aile yaşamı" terim öbeği, otonom değildir ama ulusal hukuklardaki anlamlarından daha geniş bir anlama sahiptir. Mahkeme *Niemietz* davasındaki kararında, "özel yaşam" kavramının çok geniş olduğuna ve tüketici bir tanıma elverişli olmadığına hükmetmiştir.[389] Aile yaşamı için de aynı şeyler söylenebilir. Buna göre, Komisyon ve Mahkemenin aile hayatının var olup olmadığını tespit ederken aradığı ölçütün, kan ve resmi evlilik bağından ibaret olmadığını belirtmek gerekir. Strasbourg organları kişilerin birlikte yaşayıp yaşamadığı ve birbirlerine ekonomik yönden bağlı bulunup bulunmadıkları gibi ölçütler aramaktadır.[390] Ulusal hukuklardaki tanım ve anlamlarından bu derece farklı olmalarına ve Strasbourg organları her bir dava özelinde bu kavramlara tıpkı otonom olanlara yaklaştığı gibi yaklaşmasına rağmen, şimdiye dek bu kavramların otonomisine açıkça bir vurgu yapılmamıştır.

Otonom kavramlar doktrininin arkasında etkilik ilkesinin ve Sözleşmenin konu ve amacının gereklerinin bulunduğu söylenmişti. Bu ilke ve mülahazalar **AİHS**'deki tüm kavramlar için de geçerli olduğuna göre, *günlük dilde* kullanılan kelimeler ile *bilimsel ve teknik* ifadeler nasıl olup da otonomluk vasfından yoksun tutulabilir? Sözleşmenin ulusalüstü niteliği otomatikman bütün terim ve kavramların otonomluğunu gerektirmemekte midir?

---

388 **AİHS** Madde 5'te yer alan "yasaya uygun" terimi için bkz. *Hilda Hafsteinsdottir v. Iceland*, App. No.40905/98, Judgment of 8 June 2004, para.51 ("The Court reiterates that the expressions "lawful" and "in accordance with a procedure prescribed by law" in Article 5 § 1 essentially refer back to national law and state the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof. Moreover an essential element of the "lawfulness" of the detention within the meaning of Article 5 § 1 (e) is the absence of arbitrariness"). (vurgu eklenmiştir)

389 *Niemietz v. Germany*, Judgment of 16 December 1992, Series A No.251, para.33.

390 Bu konuda içtihatları da içeren ayrıntılı bilgi için bkz. Hugo Storey, "*The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg*", **ICLQ**, Vol.39, April 1990, sf:328-344, özellikle 329-330 ve 334-335.

B) P1–1 Özelinde Yarı Otonom Bir Kavram Olarak Mülkiyet

P1-1'de yer alan "mülkiyet/mamelek" (İng. "*possession*"; Fr. "*biens*") terimi/kavramı hukuki bir kavram olduğu için Strasbourg organları tarafından otonom olarak değerlendirilen kavramlar arasındadır. Strasbourg organları "*possesion*" ve "*biens*" terimlerini İngiliz ve Fransız hukuklarındaki yerleşik anlamlarından daha geniş olarak yorumlamaktadır. Otonom kavramlar doktrinin mülkiyet hakkı özelindeki uygulamasına göre, ulusal hukukta mameleki sayılmayan bir "çıkar" veya "yarar", **P1-1**'in kapsama alanına girebilir.

Ancak "mülkiyet/mamelek" kavramının otonom niteliğe kavuşması oldukça zaman almıştır. Mülkiyet hakkına ilişkin ilk kararlarda başta Mahkeme olmak üzere Strasbourg organlarının bu yönde bir vurgusu bulunmamaktaydı. Tersine, AİHM'in mülkiyet hakkının mevcudiyetini ulusal hukuklara göre belirlediği kararları vardı. Miras hakkına ilişkin bu kararlara göre, ulusal hukukta miras mirasçıya geçmedikçe, mirasçının **P1-1**'deki hakka dayanarak Strasbourg organları önünde bir talepte bulunması mümkün değildir.[391] Bu, ancak ulusal hukuk çerçevesinde kazanılmış hakların **P1-1**'ce korunduğu anlamına gelmekteydi.[392]

Zaman içerisinde Strasbourg organları bu yaklaşımı ve sonucu değiştirdi. Her ne kadar *Marckx*, *Inze* ve *Mazurek* içtihatları geçerliliğini korumaktaysa da, daha 1986 yılında "mamelekin" otonomluğuna giden yol açıldı. 26/06/1986 tarihli *Van Marle v. Hollanda* davasında Strasbourg organları, **P1-1**'deki kavramı ulusal hukuktaki anlamından farklı olarak ele almıştır. Olay örüntüsü şöyledir: Başvurucular muhasebeci olarak çalışmaktadır. İç hukukta kabul edilen bir kanunla muhasebeci olarak çalışmak için sertifika almak gerekli hale getirilmiştir. Başvurucular 1974 tarihinde sertifikalı muhasebeci olabilmek için ilgili iç hukuk hükümlerine göre başvuruda bulunmuştur. Kamusal makamlar, başvurucudan kendilerinin düzenledikleri yıllık hesap örnekleri istemiş ve başvurucularla mülakat yapmıştır. Yetkili kamusal makamlar yıllık hesap örnekleri ve mülakat neticesinde başvurucuların bu talebini reddetmiştir (para.10-14).[393]

---

391 *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, Series A 31, para.50; *Inze v. Austria*, Case No.15/1986/113/161, Judgment of 28 October 1987, para.38; *Mazurek v. France*, App. No. 34406/97, Judgment of 1 February 2000, para. 42.

392 Allen, **Human Rights Act**, sf:42. Bu kararların zaman boyutu bakımından da önemi vardır ve *Marckx* içtihadının bu açıdan geçerliliği 2004 tarihli *Tamar* davasında teyit edilmiştir. Bkz. *Tamar v. Turkey*, App. No.15614/02, Partial Admissibility Decision of 13 May 2004. Ayrıca aşağıda miras hakkı konusunun işlendiği yere bkz.

393 *Van Marle and others v. Netherlands*, App. Nos.8543/79-8674/79-8675/79 ve 8685/79, Judgment of 26 June 1986, Series A No. 101, paras.10-14.

Başvurucular, diğerlerinin yanı sıra, kamusal makamların kararıyla gelirlerinde ve muhasebeciliklerinin *itibari değerinde* ("*value of goodwill*") azalma olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucular bu durumun mülkiyetlerinden barışçıl şekilde yararlanma haklarına bir müdahale olduğunu ve mülklerinden kısmen tazminatsız olarak yoksun bırakılma sonucu doğurduğunu iddia etmiştir (para.39). Hükümet, başvuruculaın iddialarına karşılık olarak, başvurucuların iç hukuka uygun olarak "muhasebeci" sıfatını/unvanını kullanmaya yönelik bir "kazanılmış hakları" ("*acquired right*") bulunmadığı savını ortaya koymuştur. Hükümete göre, başvuruculaın kazanılmış hakları bulunduğu kabul edilecek olsa dahi, bu **P1–1** anlamında mülkiyet sayılmaz. Hükümet ayrıca, iç hukukta "ticari itibar hakkı" ("*right to goodwill*") şeklinde bir hak bulunmadığını vurgulamaktadır. Hükümet, alternatif olarak, iç hukuk mevzuatının meşru amaç güttüğünü (genel yarar/*general interest*) ve bu sebeple **P1-1**'in ihlal edilmediğini ileri sürmüştür (para.40). Mahkeme başvurucuların kendi çalışmalarıyla bir *müşteri çevresi* ("*clientele*") oluşturduğunu ve bunun, şahsi/özel (*private*) bir hak niteliği taşıdığını ve bir değer oluşturduğunu belirtmiştir. Bu sebeple **P1–1** anlamında bir mülkiyettir. Mahkeme devamla, başvurucuların sertifikalı muhasebeci olarak tescil edilmemelerinin, bu kişilerin mesleki faaliyetlerini ciddi şekilde etkilediğini ve azalttığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre başvurucuların gelirleri ("*income*"), müşteri çevrelerinin ve işlerinin değeri ("*value of clientele*") düşmüştür. Bu durum ise **P1-1**'de yer alan hakka bir müdahale oluşturmaktadır.[394]

Van Marle kararının açtığı patika *Tre Traktörer* davasıyla genişledi. Bu davada başvurucu şirket, sahip olduğu lokantanın alkollü içki satma ruhsatının idari makamlarca iptal edilmesinin **P1-1**'e aykırılığını ileri sürmüştü. Hükümet, alkollü içki satma ruhsatının **P1–1** anlamından mamelek değeri sayılamayacağını ve bu sebeple **P1-1**'in uygulanabilir olmadığı savunmasını yapmıştı. AİHM, Hükümetin savunmasına itibar etmeyip, ruhsatın başvurucu şirket üzerindeki etkisine bakmıştır. Mahkemeye göre, lokanta işletmekle bağlantılı ekonomik yararlar, **P1–1** anlamında mamelek oluşturur. Başvurucunun alkollü içki satma ruhsatı, lokantının çalışması için elzem nitelikte olup, iptali lokantının *değerini ve itibarını* ("*goodwill and value*") düşürmektedir. Bu durumda, vakada **P1–1** uygulanabilirdir.[395]

Bu içtihatları takip eden AİHM, ilk kez 1995 tarihli *Gasus Dosier* davasında, **P1-1**'de düzenlenen alan mamelek kavramının otonom nitelikte olduğuna ve dolayısıyla ulusal hukuklardaki anlamdan bağımsız oldu-

---

[394] *Van Marle and others*, Judgment of 26 June 1986, paras.41-42.

[395] *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, Case No.4/1988/148/202, Judgment of 7 July 1989, Series A No. 159, para.53.

ğuna açıkça karar verdi. *Gasus Dosier* davasında başvurucu tüzel kişi ticari şirket, bir başka şirkete mülkiyeti muhafaza kaydıyla (retention title) bir iş makinesi (beton karıştırıcısı/concrete mixer) satmıştır. Satın alan şirket iş makinesinin parasını henüz ödemeden, vergi borcu nedeniyle iş makinesine vergi dairesince el konulur. Daha sonra alıcı şirket tasfiye sürecine girer ve nihayetinde iflas eder. Mülkiyeti saklı tutan Gasus şirketi, iflas idaresine başvurarak, iş makinesinin kendisine iadesini ister. Talebi reddedilir ve açtığı davaları kaybeder. Başvurucu Gasus şirketi AİHM önünde iş makinesinin mülkiyetini geçirmemiş olması noktasından hareketle **P1-1**'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür.[396]

Hükümet savunmasında, mülkiyeti saklı tutma kaydının gerçek anlamda mal sahipliği olmadığını, sadece ayni bir teminat hakkından ibaret olduğu itirazını yapmıştır. Hollanda hukukuna göre, risk alıcıya geçtiğinden gerçek mülkiyet de alıcıya geçmiştir (para.52). Mahkeme, Hükümetin bu savunmasına itibar etmemiştir. AİHM'e göre, **P1-1**'de yer alan "mamelek" kavramı fiziksel eşyaların sahipliğine kesinlikle indirgenemeyecek ölçüde otonom bir anlam taşımaktadır. Belirli başka haklar ve çıkarlar da "malvarlığı hakları" ("*property rights*") olarak mütalaa edilebilir ve dolayısıyla **P1-1**'in amaçları bakımından "mamelek" sayılabilir. Mahkeme bakımından başvurucu Gasus şirketinin sahip olduğu hakkın ulusal hukukta teminat hakkı mı, yoksa mülkiyet hakkı mı olduğu alakasız bir konudur.[397]

Gasus Dosier davasıyla açıkça **P1-1**'e ilişkin içtihadi birikime giren otonom kavramlar doktrini, bugün halen Strasbourg yargısında geçerliliğini korumaktadır. Bu doktrin vasıtasıyla, ulusal hukuklarda mülkiyet hakkı çerçevesinde düşünülmeyen birçok konu, **P1-1**'in koruma şemsiyesi altına girmektedir.[398]

---

396 *Gasus Dosier- und Fördertchnik GmbH v. Netherlands*, Case No.43/1993/438/517, *Judgment of 23 February 1995*, paras.6-23.

397 *Gasus Dosier*, Judgment of 23 February 1995, para.53 (The Court recalls that the notion "possessions" (in French: biens) in Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) has an autonomous meaning which is certainly not limited to ownership of physical goods: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as "property rights", and thus as "possessions", for the purposes of this provision (P1-1). In the present context it is therefore immaterial whether Gasus's right to the concrete-mixer is to be considered as a right of ownership or as a security right in rem. In any event, the seizure and sale of the concrete-mixer constituted an "interference" with the applicant company's right "to the peaceful enjoyment" of a "possession" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1.). (vurgu eklenmiştir)

398 Yeni kararlardan bazı örnekler: *Beyeler v. Italy*, App. No.33202/96, Judgment of 5 January 2000, para.100; *Wittek v. Germany*, App. No.37290/97, Judgment of 12 December 2002, para.42; *Doğan and others v. Turkey*, App. Nos.8803-8811/02, 8813/02 and 8815-8819/02, Judgment of 29 June 2004, paras.138-139; *Öneryıldız v. Turkey*,

Şu hususa dikkat çekmek gerekir ki, Mahkeme *Gasus*'taki otonom kavram formülünü 2000'li yıllardan bu yana biraz daha geliştirmiştir. En azından bazı kararlarında, "mamelek" kavramının sadece fiziksel eşyalara indirgenemeyeceğini belirtmekle yetinmemekte, buna ek olarak kavramın "ulusal hukuklardaki şekli sınıflamadan bağımsız" olduğunu da vurgulamaktadır.[399] "Ulusal hukuklardaki şekli sınıflamadan bağımsızlık" biçimdeki formülün, Sözleşmedeki diğer otonom kavramlar bakımından kullanıldığını biliyoruz. Otonom kavramlar doktrininin teorik ve pratik boyutları bu Bölümün üçüncü alt bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Bu incelemeden önce, otonom kavramlar doktrinin **P1–1** özelinde kullanımının, ciddi sorunlar da içerdiğini belirtmek gerekmektedir. *Her şeyden önce*, otonom kavramlar doktrinin tüm Sözleşme çerçevesinde kullanımı için yapılan eleştiriler, **P1–1** için de geçerlidir. Örneğin, **P1-1**'in otonomisi kapsamındaki terim ve kavramların teorik açılımları hemen hiç yapılmamıştır. Sadece kimi davalarda ele alınan kavramla ilgili bazı unsurlara yer verilmektedir. Ancak bu kategorideki eleştiriler, tüm **AİHS** bakımından geçerli olduğu için bunları burada ayrıca ele almaya gerek yok. Bu noktada Strasbourg organlarının **P1-1**'e yaklaşımlarıyla Sözleşmede yer alan diğer haklara yaklaşımları tutarlıdır.

İkinci olarak, **P1–1** özelinde otonom kavramlar doktrinin farklı bir boyutuna dikkat çekmek gereklidir. Gerek 1986 tarihli *Van Marle* gerekse de 1989 tarihli *Tre Traktörer* davalarında Strasbourg organları, "mülkiyet/mamelek" terimi için otonomluk sıfatını henüz kullanamamışlardı. Oysa aynı organlar, 1970'lerin sonundan itibaren doktrini içtihada dahil etmişlerdi. Arada 15 yıla yakın bir zaman dilimi yer almaktadır. Strasbourg organlarının mülkiyet hakkı özelindeki bu tutukluğu ve eli yavaşlığı şaşırtıcıdır.

Fakat daha önemlisi şudur. AİHM, 1986'da *James ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* davasında, **P1-1**'in birinci fıkrasında geçen "kamu yararı"

App. No.48939/99, GC Judgment of 30 November 2004, para.124; *Teteriny v. Russia*, App. No.11931/03, Judgment of 30 June 2005, para.45; *Edwards v. Malta*, App. No.17647/04, Judgment of 24 October 2006, para.52; *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, App. No.73049/01, GC Judgment of 11 January 2007, para.63.

399 Örneğin, yüksek olasılıkla formülün mülkiyet hakkı özelinde ilk kullanıldığı hüküm olarak bkz. *Beyeler v. Italy*, Judgment of 5 January 2000, para.100. AİHM'in orijinal ifadesiyle "(i)n that connection the Court points out that the concept of "possessions" in the first part of Article 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law" (vurgu eklenmiştir.). *Beyeler*'e de atıfla bkz. *Former King of Greece and others v. Greece*, App. No.25701/94, Judgment of 23 November 2000, para.60. En son örneklerden olarak bkz. *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, App. No.73049/01, GC Judgment of 11 January 2007, para.63.

("*public interest*") ibaresinin otonom bir nitelik taşıdığını zımnen vurgulamıştı.[400] "Kamu yararı" kavramı, mülkiyet hakkının sınırlanmasında, daha doğrusu bir kişinin mülkiyet hakkından yoksun bırakılmasında rol oynayan bir meşru amaç klozudur. Strasbourg organları, bu klozu otonom benzeri bir statüye çıkarmakla, aslında mülkiyet hakkının sınırlanma alanını genişletmiş olmaktaydı. Ayrıntıları olarak Çalışmanın III. Bölümünde ele alınacak olsa da burada ayrıca belirtilmelidir ki Mahkemenin bu tutumu otonom kavramlar doktrinin varlık sebebine ters düşmektedir. Kaldı ki, şu soru tutarlı olarak cevaplanamaz: Madem Strasbourg organları 1986'da doktrini **P1-1**'e uygulayabiliyordu, neden aynı doktrinin "mamelek" terimine uygulanması tam 9 yıl aldı?

Üçüncü olarak, **P1–1** özelinde otonom kavramlar doktrini bakımından çok spesifik bir sorun bulunduğu gözlemlenebilmektedir. Bu sorun, **P1-1**'in uygulanabilirliğinin zaman boyutuna ilişkindir ve özünde Strasbourg organlarının büyük bir içsel ve teorik tutarsızlığına yol açmaktadır. Bu tutarsızlık, hem Strasbourg organlarının **P1-1**'in kendi içinde ve hem de **P1–1** ile **AİHS**'de yer alan diğer haklar arasında yarattıkları bir tutarsızlıktır. **P1-1**'in uygulanabilirliğinin zaman boyutu, öneminden, **AİHS**'de yer alan diğer haklar bakımından geçerli olmamasından ve nihayetinde otonomiyi çökertmesinden ötürü ayrıca incelenmeyi gerektirmektedir. Bu Bölümün ikinci alt bölümü, bu meseleye özgülenmiştir.

II) Otonominin İflası: Mülkiyet Hakkının Zaman Boyutu ya da Zaman Duvarı Engeli

AİHS'de yer alan bütün haklar insanın varlığında mündemiçtir. Pratik engeller sayılmazsa, bir kişi doğduğu andan itibaren Sözleşmedeki haklardan yararlanabilir. Bunun için ne bir edimde bulunması gerekir, ne de kaçınması gereken bir husus vardır. Sözleşmede yer alan haklardan yararlanmak herhangi bir koşula, statüye ya da duruma bağlı değildir. UİHH'nin ideolojik niteliği zaten başka türlüsüne elvermez.[401]

Ne var ki, bu genel ve evrensel kuralın büyük bir istisnası var. **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkı, diğer haklardan farklı olarak, doğumla

---

400 *James and Others v. United Kingdom*, App. No.8793/79, Judgment of 21 February 1986, Series A No. 98, para.42. Somut olay bakımından buradaki sorun, üçüncü şahıs yararı için yapılan kanunun ve buna dayanan uygulamanın **P1–1** anlamında "kamu yararı" sayılıp sayılamayacağında odaklaşmaktadır. Bu konuya Üçüncü Bölümde değinilecektir.

401 Bazı ekonomik, sosyal ve kültürel haklar öznenin statüsüne önem verebilmektedir. Ancak o tip düzenlemelerin amacı daha zayıf durumda bulunanların özel olarak korunmasıdır.

kazanılmaz.[402] Mülkiyet hakkı kişinin kendisinde mündemiç değildir. **P1–1** anlamında mülkiyet hakkından söz edebilmek için mülkiyetin ulusal hukuka göre var olması gerekir. Yani, **P1–1** anlamında mülkiyet hakkının konusu olacak nesne/değer kişinin malvarlığına önceden dahil olmuş olmalıdır. Strasbourg organları bunu net olarak belirlemiştir. Strasbourg organlarının bu belirlemesi **P1-1** metni düzleminde otantik dillerde iyelik bilderen "his" (İngilizce) ve "ses" (Fransızca) kelimelerine dayanmaktadır.

Daha 1979'da, evlilik dışı doğan çocuğun anne ile olan nesep bağını ve buradan hareketle mirasçılık durumunu ele aldığı ünlü *Marckx* davasında Mahkeme, **P1-1**'in "bir kişinin" mülkiyetinin barışçıl kullanılması dışında bir hak bahşetmiş olmadığına, sadece bir kişinin mevcut malları/mülkiyeti üzerinde rol oynayabileceğine ve **P1-1**'in kanuni miras hakkı veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla mülkiyete/mala sahip olmayı güvence altına almadığına karar vermiştir.[403] O günden bu yana, söz konusu yaklaşım kök salarak derinleşmiştir ve geçerliliğini sürdürmektedir. Buna göre, **P1–1** normu "mülkiyete hakkı" ("*right to property*") değil, "mülkiyet hakkını" ("*right of property*") korumaktadır. Bir başka ifadeyle **P1–1**, özneye mülkiyetin korunması hakkı ("*right to protect property*") vermektedir.[404]

Demek ki, **P1–1** zaman bakımından geriye etkilidir. İleriyi dönük talepler, **P1–1**'in zaman bakımından kapsamı dışındadır.[405] Diğer bir deyişle, **P1-1**'e dayanılarak mülkiyet edinme talebinde bulunulamaz.[406] Yalnız dikkat edilmelidir ki, burada kullanılan "zaman bakımından" ibaresiyle, Sözleşmenin *zaman bakımından/ratione temporis* uygulama alanı ve aynı zamanda AİHM'nin *zaman bakımından/ratione temporis* yet-

---

402 Ulusal hukuk düzleminde görüş açıklayan Serozan, benzer şekilde, "(m)ülkiyet doğuştan, insan doğasından gelme bir hak değildir. Üretim yaşamının, toplumsal işbölümünün, sosyal sınıflar arası savaşımın tarihsel bir ürünüdür" demektedir. Bkz. Serozan, **a.g.m.**, sf: 240, 242.

403 *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, para.50. *Marckx* kararının bu paragrafı diğer kararlarda hep tekrar edilegelmiştir. Örneğin bkz. *Ünen v. Turkey*, App. No.31832/96, Admissibility Decision of 14 January 1998, para.2 (The Law).

404 Ayrıca bkz. ve krş. Schermers, **a.g.m.**, sf: 569.

405 Uluslararası doktrinde Helfer, 2008 yılı başında yayımlanan bir makalesinde benzer bir betimleme yapmış ve "mükiyet hakkının zaman bakımından kapsamı/temporal scope of the right of property" ibaresini kullanmıştır (bkz. Laurence R. Helfer, "*The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*", **Harvard International Law Journal**, Vol. 49, No. 1, Winter 2008, sf: 1-52, özellikle 8.).

406 *Linde v. Sweden*, App. No.11628/85, Admissibility Decision of 9 May 1986, **DR Vol. 47**, sf:270-272; *Posedel-Jelinovic v. Crotia*, App. No.35915/02, Judgment of 24 November 2005, para.32; *Meyne-Moskalczuk and others v. Netherlands*, App. No.53002/99, Admissibility Decision of 9 December 2003, paras.1-2 (The Law).

kisi kastedilmemektedir. **P1-1**'in zaman bakımından uygulanabilirliği, ulusal hukuka göre başvurucunun bir malvarlığı değerine sahip olup olmadığına göre belirlenmektedir.

Çalışmada bu durumu ifade etmek üzere "*zaman duvarı*" kavramı kullanılacaktır. Zaman duvarı engelini aşamayan iddialar **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlayamaz; sadece zaman duvarını aşabilmiş iddialar **P1–1** açısından ele alınır. Mülkiyet hakkının konusunu oluşturan maddi ya da gayri maddi mallar/nesneler, ancak "belirli bir andan itibaren" **P1-1**'in kapsamına girer. Aslında zaman duvarı, uygulamada çoğunlukla gayri maddi malvarlığı değerleri için gündeme gelmektedir.

A) Zaman Duvarını Aşan Kategoriler

1) Hakkın Mevcut Olması

Zaman duvarını aşan ilk kategori hakkın mevcut olmasıdır. Strasbourg organları bunu, hakkın kazanılmış olması ya da mevcut olması şeklinde ifade etmektedirler. Dolayısıyla, mevcut hakka, "tam hak" ya da "kazanılmış hak" denilebilir. Nitekim Strasbourg organları bazı kararlarında açıkça "kazanılmış hak" ("*vested rights*") terimine yer vermiştir.[407]

Hakkın mevcudiyeti kategorisinin ilk kullanıldığı davalardan birisi *Van der Mussele* kararıdır. Başvurucu bay Eric Van der Mussele Belçika vatandaşı olup olay tarihinde stajer avukatlık ("*pupil advocate*") yapmaktadır. Stajı sırasında danışman avukatının verdiği işleri ücret karşılığında yapmıştır. Kayıtlı bulunduğu Antwerp Barosu CMUK servisi, kendisini hırsızlık ve uyuşturucu bulundurmakla suçlanan Gambia vatandaşı bir kişinin savunmasında görevlendirmiştir. Başvurucu atandığı bu davada on yedi-on sekiz saatlik mesai harcamıştır. Daha sonra Baro, savunduğu sanığın, yapılan harcamaları ve ücretini ödeme gücü olmadığından kendisini bu görevden almıştır. Harcamalar toplam 3400 BF (Belçika Frankı) tutmaktadır. Başvurucu stajı boyunca 50 tanesi resmi olarak atandığı yaklaşık 250 davaya girdiğini ve 750 saatlik bir mesai harcadığını belirtmiştir. Başvurucu ayrıca yıllık gelirinin, birinci ve ikinci yıl için vergi hariç 15.800 BF ve üçüncü yıl için 20.800 BF olduğunu da eklemiştir.

---

407 *Greek Federation of Custom Officers, Nicolaos Gialouris, Georgios Christopoulos and 3333 other Custom Officers v. Greece*, App. No.24581/94, Admissibility Decision of 6 April 1995, **DR Vol. 81-B**, sf:123-129, özellikle 127-128; *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, App. No.21319/93-21449/93 ve 21675/93, Case No.117/1996/736/933-935, Judgment of 23 October 1997, para.70.

Ame.İHM'nin de bir kararında kazanılmış hak (*acquired right*) terimine yer verdiği görülmektedir. Bkz. *Five Pensioners v. Peru*, Judgment of 28 February 2003, paras. 95-103.

Başvurucu kendisine zorunlu müdafilik yaptırılmasından şikayetçi olmuştur. Başvurucu ne ücret alabilmiştir, ne de yaptığı masraflar kendisine ödenmiştir. Başvurucu **AİHS**'in zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 4. Maddesine[408] ve mülkiyet hakkını düzenleyen **P1-1**'e dayanmaktadır. Mahkemeye göre, **P1-1**'in metni malların/mülkiyetin kullanılmasından bahsettiği için sadece mevcut mallara uygulanabilir. İşbu vakada ise başvurucu tarafından savunulan sanığın ödeme gücü olmaması sebebiyle başvurucu herhangi bir ücret alamamıştır. Dolayısıyla, **P1–1** anlamında başvurucu lehine bir alacak hakkının ortaya çıktığı söylenemez. Bu sebeple, ister tek başına isterse Sözleşme Madde 14 ile birlikte ele alınsın başvurucunun harcadığı mesainin karşılığı bakımından **P1-1**'in uygulanabilme imkanı bulunmamaktadır.[409]

Başvurucunun yaptığı harcamalara gelince, durum biraz daha farklıdır. Başvurucu, savunmasına atandığı sanık için cebinden 3400 BF'lik harcamada bulunmuştur. Bu zaman duvarının aşılmasını sağlar.[410] Şikayetin bu kısmı açısından, bir malvarlığı değerinin mevcut olduğu açıktır.

Yakın tarihli *Gashi* kararı da mülkiyet hakkının mevcudiyeti bağlamında örnek olarak gösterilebilir. Olayda başvurucuya çalıştığı şirket tarafından oturması amacıyla küçük bir daire verilir. Başvurucu zamanı geldiğinde ulusal mevzuata uygun olarak bu daireyi satın alır ve dört yıl kadar kullanır. Ancak daha sonra, yetkili kamu makamı tarafından zamanaşımı süresine tabi olmayan iptal davası açılır ve tapusu, satın aldığı dairenin aslında sadece geçici süreli kiralamaya uygun olduğu gerek-

---

408 "**AİHS**" Madde 4 hükmü şöyledir:

"**Madde 4 – Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı**

1. Hiç kimse kölelik yahut kulluk durumunda tutulmayacaktır.

2. Hiç kimseden zorla/(cebri) yahut zorunlu çalışma yapması talep edilmeyecektir.

3. Aşağıdaki haller, bu Maddenin amaçları bakımından "zorla/(cebri) yahut zorunlu çalışma" kapsamında sayılmayacaktır:

(a) Sözleşme Madde 5 hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilen bir alıkonulmanın olağan/(mutat) akışı içinde, ya da böyle bir alıkonulma halinden şartlı olarak salıverilmiş bulunulan süre içinde, yerine getirilmesi talep edilen herhangi bir çalışma;

(b) askeri nitelikteki herhangi bir hizmet yahut, vicdani gerekçeyle askeri hizmet görmeyi reddeden kişilerin durumunun tanınmış bulunduğu ülkelerde zorunlu askerlik hizmeti yerine ifası talep edilen bir başka hizmet;

(c) topluluğun yaşamını ya da esenliğini/(refahını) tehdit eden bir olağanüstü durumun ya da afet halinin gerektirdiği herhangi bir hizmet;

(d) olağan yurttaşlık yükümlülüklerinin bir parçasını oluşturan herhangi bir çalışma ya da hizmet."

409 *Van der Mussele v. Belgium*, App. No.8919/80, Judgment of 23 November 1983, Series A no. 70, para.48.

410 *Van der Mussele v. Belgium*, para.49. Ancak bu saptama **P1-1**'in uygulanabilir olduğu sonucunu çıkarmaya yetmez. İşin bir de kaybın ölçüsüne ilişkin boyutu var ki, bu konu aşağıda ele alınacaktır.

çesiyle iptal edilir. Başvuru Mahkeme önüne geldiğinde Hükümet, başvurucunun hiçbir zaman **P1–1** anlamında mülkiyete sahip olmadığını vurgulayarak şikayetin kabuledilemez ilan edilmesini ister. AİHM ise, **P1-1**'*in mevcut mülkiyet bakımından güvence sağladığını belirttikten sonra*, başvurucunun tapusu iptal edilmiş olsa dahi **P1–1** anlamında mülkiyeti olduğuna karar verir. Mahkemeye göre, başvurucu daireyi dört yıl zilyetliğinde bulundurup kullanmış ve bütün hukuki süreçlerde malik olarak muamele görmüştür. Ayrıca, Devletin yasama faaliyeti yoluyla sözleşmeleri veya mülkiyet hakkını geçersiz kılıp iptal ederek sorumluluktan kaçmasını kabul etmek makul değildir. Dolayısıyla Hükümetin **P1-1**'in uygulanabilirliğine yönelik itirazı reddedilmelidir.[411]

2) Meşru Olarak Beklenen Hak ya da Meşru Beklenti

P1-1'in uygulanabilirliği açısından zaman duvarını kural olarak yalnızca hakkın mevcut olması aşabilir. Eğer hak mevcut değilse, mülkiyet hakkı zaman bakımından duvarın arkasında kalır. Yine de Strasbourg organları bu sert yaklaşımlarını biraz da olsa yumuşatarak "meşru beklenti" kategorisini yaratmışlardır. Meşru beklenti, hakkın ileride mevcut olacağına dair hukuki bir umudu ifade eder. Bu durumda hakkın mevcudiyeti yönünde geçerli bir beklenti bulunmaktadır. İkinci bir kavramsal kategori olmasından ötürü, teorik olarak, hakkın mevcut olduğu durumdan farklı bir duruma denk düşmesi gereklidir.

a) Terminoloji ve AİHS Genelinde Meşru Beklenti Kavramı

Bu Çalışmada "meşru beklenti"[412] olarak kullanılan kelime öbeğinin Strasbourg organları kararlarında kullanılan İngilizce orijinali "*legitimate expectation*"dır. "*Legitimate*" kelimesi Türkçeye "haklı" olarak da aktarılabilir[413]; birebir karşılık olmamakla birlikte bir problem doğurmaz. Ancak, "meşru" kelimesi hem daha doğrudan bir karşılıktır, hem de kavramın Strasbourg yargısında kullanılış biçimi, eğer aralarında bir farklılık

---

411 *Gashi v. Croatia*, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.22. Buna karşılık, AİHM, yimi yıl önce yapılan kira, satış vaadi ve ipotek sözleşmesinin geçersiz olduğuna karar veren ulusal makamlara karşı **P1-1**'e dayanarak açılan bir davada mülkiyet hakkının mevcut olmadığına sonucuna ulaşmıştı (bkz. *Kötterl and Schittily v. Austria*, App. No. 32957/96, Final Admissibility Decision of 9 January 2003, para. 1 (The Law)).

412 Gölcüklü-Gözübüyük de aynı şekilde çeviriyor, bkz. Gölcüklü-Gözübüyük, **a.g.e**, sf: 418.

413 Nitekim doktrinde, idare hukuku açısından böyle çevirilere rastlanmaktadır. Örneğin bkz. C.F. Forsyth, "*Haklı Beklentiler'in Doğuşu ve Korunması*", çev. Esin Örücü, **İHİD**, Yıl:7, Sayı: 1-3, 1986, sf:121-139; Yücel Oğurlu, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, özellikle sf:219 vd.

olduğunu varsayacak olur isek, "haklı olma" durumundan ziyade "meşru olma" durumuna denk düşmektedir.[414] "*Expectation*"[415] kelimesini ise "umut/ümit" yerine "beklenti" kelimesiyle karşılanmıştır; böylelikle hukuki değeri olan kavramla sırf/kuru umudun birbirinden ayrıştırılması sağlanmıştır. Zaten Türk medeni hukuk ve idare hukuku doktrininde de, ister Almanca'dan kaynaklansın, ister İngilizce'den, "beklenti" kelimesi yerleşmiştir. Üstelik AİHM, **P1-1**'ce korunmayan kuru "umuttan" bahsederken "*hope*" terimini kullanmaktadır[416] ki bu doktrindeki görüşlerle uyuşan bir tercihtir.[417]

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Strasbourg organları kararlarının erken döneminde, özellikle de AİHK'in terminolojisinde beklentinin niteliği olarak İngilizce "*reasonable*" kelimesine de yer verilmişti. "Makul" kelimesiyle karşılanabilecek bu terime AİHM'in günümüzdeki dağarcığında pek rastlanmamaktadır. Zaten Komisyon "makul" kelimesini "meşru" kelimesiyle birlikte kullanıyordu.[418] Strasbourg yargısında ikisi aynı anlama geliyor.[419]

Terminoloji meselesini böylece hallettikten sonra **AİHS** genelinde kavramın yerine bakmak gerekir. Meşru beklenti **AİHS** bağlamında **P1-1**'e özgü bir kavram değildir. Sözleşmede yer alan bir çok hak bakımından meşru/haklı beklenti kavramının kullanım imkanı bulunmaktadır.

Özel yaşamı koruyan Madde 8 bu hakların başında gelmektedir. Sözleşmenin 8. Maddesi özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ve haber-

---

414 Ayrıca, Çalışmanın III. Bölümünde, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük meselesi ele alınırken, ayrı bir işlev yüklediğimiz "haklı beklenti" kavramına yer verilecektir.

415 Bu kelime kaynağını "*exspectatio*" olarak Latincede bulur. Bkz. Paul Koschaker, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, yeniden elden geçiren: Kudret Ayiter, AÜHY Yay. No:284, Anlara, 1971, sf:65.

416 Örneğin bkz. *Gratzinger and Gratzingerova v. Czech Republic*, App. No.39794/98, Admissibility Decision of 10 July 2002, para.73. Mahkemenin ifadesi şöyledir: "The Court considers that there is a difference between a mere hope of restitution, however understandable that hope may be, and a legitimate expectation, which must be of a nature more concrete than a mere hope and be based on a legal provision or a legal act such as a judicial decision".

417 Ulusal eşya hukuku bakımından örneğin bkz. Stephen R. Munzer, **A Theory of Property**, Cambridge University Press, 1990, sf:28-29.

418 Örneğin bkz. *Pudas v. Sweden*, App. No.10426/83, Admissibility Decision of 5 December 1984, **DR Vol. 40**, sf:234-242, özellikle 241.

419 İngiliz borçlar hukuku (sözleşme kurumu açısından) doktrininde "makul" beklenti ile "meşru" beklenti arasında fark olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Catherine Mitchell, "*Leading a Life of Its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law*", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 4, 2003, sf:639-665, özellikle 643-644. İngiliz idare hukuku açısından da bazı yargı kararlarında bu ayrımın izlendiği yönünde bkz. Gabriele Ganz, "*Legitimate Expectation*", **Public Law and Politics**, (Ed. Carol Harlow), Sweet & Maxwell, London, sf:145-162, 151, 156.

leşmesine saygı gösterilme hakları kategorileri altında dört ayrı hakkı bir potada eritmiştir.[420] Dikkatli bir gözle bakıldığında aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilme haklarının, aslında özel yaşamın korunması hakkının birer görünümü oldukları ileri sürülebilir.[421] Özel yaşama saygı hakkı kişilerin, dosyaların ve bilgilerin kaydı; tıbbi deney ve müdahaleler, cinsel özel yaşam (eşcinsellik, kürtaj, transseksüellik), isim gibi değerleri korumaktadır.[422] Bunların yanında özel yaşam kavramı kişinin zihinsel ve fiziksel bütünlüğünü de kapsamaktadır.[423] Burada örneklenenlerin yanında başka konuların da özel yaşama saygı hakkının kapsamına girmesi mümkündür. Mahkeme *Niemietz* vakasındaki kararında "özel yaşam" kavramının çok geniş olduğuna ve tüketici bir tanıma elverişli olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, aynı kararda, özel yaşamın kişinin sadece kişisel yaşamından, kamudan korunarak istediğini yapabilmesinden ibaret olmadığını; başkalarıyla ilişki kurmayı ve geliştirmeyi de kapsadığını kabul etmiştir.[424]

İşte AİHM, Madde 8'in kapsamının net olmadığı özellikle kamusal alanda gerçekleşen uyuşmazlıklarda, bu Maddenin uygulanabilirliği tespit etmek için makul beklenti testine başvurmaktadır.[425] Aslında makul

---

420 "**AİHS**" Madde 8 normu şöyledir:

"**Madde 8 – Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı**

1. Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanımına, bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı/(esenliği) yararı için, düzensizliğin ya da suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasaya uygun olarak getirilen ve bir demokratik toplumda gerekli olanlar dışında/(hariç), hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır."

421 Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:116-119 ve orada gösterilen eserler.

422 Bu liste için bkz. P. van Dijk-G.J.H. van Hoof, **a.g.e.**, sf:491-503. Doktrindeki diğer çalışmalarda bu sınıflama biraz daha farklı şekilde yapılmaktadır. Örneğin bkz. Harris vd., **a.g.e.**, sf:305-312; Ursula Kilkelly, **The Right to Respect for Private and Family Life-A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, Human rights handbooks, No.1, November 2001, Printed in Germany, sf:34-44.

423 *X and Y v. Netherlands*, App. No.8978/80, Judgment of 26 March 1985, Series A. 91, para.22; *Y v. the United Kingdom*, App. No.14.229/88, Commission Report of 8 October 1991, para.36.

424 *Niemietz v.Germany*, Judgment of 16 December 1992, Series A No.251, paras.29, 33. Bu arada, Sözleşmenin *Hazırlık Çalışmalarında* "özel yaşam" kavramının anlamı ve içeriği hakkında bir bilgi bulunmadığını da belirtmek gerekir. Bkz. L.G. Loucaides, "*Personality and Privacy Under the European Convention on Human Rights*", **BYIL**, Year 62, 1991, sf:175-197, 178.

425 Aynı yönde bir gözlem için bkz. H. Thomas Gomez-Arostegui, "*Defining Private Life Under the European Convention on Human Rights By Referring to Reasonable Expectations*", **California Western International Law Journal**, Vol. 35, N. 2, Spring 2005, sf:153-202, 176.

beklenti testini olumsuz amaçla ilk gündeme getirenler muhatap Devletler olmuştur. Testin ilk kez uygulandığı ünlü *Halford* davasında muhatap Birleşik Krallık, başvurucu polis memuresinin iş yeri olan polis merkezinden yaptığı özel konuşmaların dinlenmesinin Madde 8 anlamında özel yaşam hakkı kapsamında görülemeyeceğini ileri sürmüştü.[426] Bu savunmadan devinerek AİHM, başvurucuya telefonların dinlendiğine ilişkin hiçbir bilgi verilmediği için başvurucunun mahremiyete makul beklentisi olduğunu bulgulamış ve Madde 8'in uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.[427] Aslında Birleşik Krallığa karşı bu tip davalarda meşru/makul beklentilerin gündeme geleceği ulusal hukuklardaki tartışmalardan belliydi.[428]

Benzer şekilde Mahkeme, başvurucuların nezarethanedeki konuşmalarının polis tarafından gizlice kaydedilmesi durumunda da makul beklenti kavramının Madde 8'in uygulanabilirliğini sağlayacağına karar vermiştir.[429] Yine paparazzinin süregiden tacizine karşı Devletin pozitif yükümlülüğü bağlamında Monako Prensesi Caroline'nın açtığı davada AİHM, Prensesin kamusal alanlarda gizlice çekilen fotoğrafları açısından meşru beklentiye sahip olduğuna karar vermiştir.[430]

Prenses Caroline kararı vesilesiyle şunu da belirtmek gerekir ki, Mahkeme Madde 8 pratiğinde de "meşru/legitimate" beklenti ile "makul/reasonable" beklenti terimlerini aynı anlama gelecek şekilde kullanmaktadır. *Halford* davasında "makul" terimine yer verirken *Prenses Caroline* davasında hem "makul" hem de "meşru" terimlerine bir arada yer vermiştir. *Prenses Caroline* davası vesilesiyle Mahkemenin **AİHS** Madde 8 bağlamında meşru/makul beklenti, öngörülebilirlik ve hukuk devleti arasında zımni bir bağ kurduğunu da eklemek gereklidir.[431] **P1–1** bağlamında bu bağa aşağıda değinilecektir.

---

426 *Halford v. the United Kingdom*, App. No.20605/92, Judgment of 25 June 1997, para.43.

427 *Halford v. the United Kingdom*, paras.45-46.

428 1980'li yıllarda İngiliz ulusal hukukunda görülen benzer davaların ele alındığı bir çalışma olarak bkz. F. Forsyth, "*'Haklı Beklentiler'in Doğuşu ve Korunması*", çev. Esin Örücü, **İHİD**, Yıl:7, Sayı: 1-3, 1986, sf:121-139, 128-129.

429 *P.G. and J.H. v. United Kingdom*, App. No.44787/98, Judgment of 25 September 2001, para.57. Bu paragrafın Türkçesi için bkz. Gülay Arslan (çev), **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Yayına Hazırlayan Yener Ünver, Seçkin Yay., Ankara, 2007, sf:467.

430 *Von Hannover v. Germany*, App. No.59320/00, Judgment of 24 June 2004, paras.51, 69. Bu kararın tarafımdan yapılan Türkçe çevirisi için bkz. **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Yayına Hazırlayan Yener Ünver, Seçkin Yay., Ankara, 2007, sf:171-199.

431 *Von Hannover v. Germany*, Judgment of 24 June 2004, para.73.

Meşru beklenti kavramının rol oynadığı bir başka Sözleşemesel norm adil yargılanma hakkını içeren Madde 6'dır.[432] *Apostol* davasında AİHM bir yargı yerine ulaşma hakkının, o yargı yerinden alınan nihai kararın icrasına yönelik meşru bir beklentiyi de koruduğunu kabul etmiştir.[433] Burada da, her ne kadar herhangi bir açık belirleme yok ise de, meşru beklenti kavramının hukuk devleti ilkesiyle olan bağlantısı sezilmektedir. Ulusal hukuk çerçevesinde elde edilmiş nihai kararın icrasına yönelik meşru beklenti, idarenin kesin kararla bağlı olmasından ve bir yargı sürecinin bütünselliğinden kaynaklanmaktadır.

Adil yargılanma hakkı bağlamında, ulusal hukuka referansla şartlı salıverilmeye veya ceza indirimine yönelik meşru beklenti de burada zikredilebilir. Bu duruma ilişkin iki önemli içtihat bulunmaktadır.[434] Yakın tarihli *Ezeh ve Conor* davasındaki muhalefet şerhlerinden birinde, yargıçlar meşru beklenti kavramına dayanarak salıverilme hakkının adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak ele alınmasına karşı çıkmakta-

---

432 "**AİHS**" Madde 6 normu şöyledir:

"**Madde 6 – Adil yargılanma hakkı**

1. Her kişi, (özel hukuk uyuşmazlıklarında) medeni hak ve yükümlülüklerinin yahut (ceza hukuku alanında) kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanmasında, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Hüküm aleni oturumda açıklanacaktır; ancak, bir demokratik toplumda ahlak, kamu düzeni yahut ulusal güvenlik için, çocukların ve gençlerin menfaatleri ya da tarafların özel yaşamının korunması bunu gerektirdiğinde, ya da aleniyetin, adaletin tecellisine zarar verebileceği özel koşulların bulunması halinde, mahkemenin görüşüne göre kesin biçimde gerekli olduğu ölçüde, basın ve halk/(dinleyiciler) duruşmanın tamamından ya da bir bölümünden çıkartılabilir.

2. Kendisine bir suç isnat/(itham) edilen her kişi, yasa uyarınca suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılacaktır.

3. Kendisine bir suç isnat/(itham) edilen her kişi, asgari olarak aşağıdaki haklara sahiptir:

(a) kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirilmiş olmak;

(b) savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylıklara/(olanaklara) sahip olmak;

(c) savunmasını bizzat yahut kendi seçimiyle belirlediği bir avukattan/(hukuki yardımdan) yararlanmak suretiyle yapmak yahut, avukattan/(hukuki yardımdan) yararlanmak için yeterli ödeme gücünden yoksun olması ve adaletin tecellisinin bunu gerektirmesi halinde, ücreti kendisi tarafından ödenmeyecek olan bir avukat/(hukuki yardım) temin etmek;

(d) aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve lehindeki tanıkların, aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar altında hazır bulundurulmalarına ve sorgulanmalarına hak sahibi olmak;

(e) mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşamıyor ise, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak."

433 *Apostol v. Georgia*, App. No.40765/02, Judgment of 28 November 2006, paras.54, 56.

434 *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, App. Nos.7819/77-7878/77, Judgment of 28 June 1984, para.72; *Ezeh and Conors v. United Kingdom*, App. Nos.39665/98-40086/98, GC Judgment of 9 October 2003, paras.42, 121.

dırlar. Muhalif yargıçlar, meşru beklenti kavramının **P1–1** bağlamına uygun bir kavram olduğu kabulünden hareketle Madde 6 bağlamında uygulanmasını yersiz bulmaktadır.[435]

Meşru beklenti kavramına **P1-2**'de düzenlenen eğitim hakkı[436] çerçevesinde de rastlanmaktadır. *Mürsel Eren* davasında başvurucu üniversiteye giriş sınavını kazanmış ve fakat Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından sınavı iptal edilmiştir. Mahkeme, uyuşmazlık konusuna ilişkin ulusal düzenlemelerin, girilmesi zorunlu sınavı kazanarak yeterli puanı almış iyi niyetli başvurucuda üniversiteyi girebileceği yönünde meşru bir beklenti yarattığını kabul etmiştir. Ulusal hukukun aradığı koşulları karşılayan kişinin üniversiteye girmeye hakkı vardır.[437]

Kavram, **P7–1** pratiğinde de kendine yer bulmaktadır. **P7–1**, yabancıların sınırdışı edilmesinde usuli güvenceleri düzenlemektedir. Yakın tarihli *Bolat* davasında başvurucu, çok defa oturma izni almış olmasına rağmen, nihayetinde Rusya İçişleri Bakanlığının kararıyla bu izninin iptal edilmesi ve Türkiye'ye sınırdışı edilmesi üzerine açtığı davada Mahkeme, başvurucunun o güne kadar yasal olarak ikamet ettiğini bulgulamıştır. AİHM karşılaştırma olması amacıyla, sığınma başvurusu reddedilen iki kişinin Rusya'da kalmak konusunda meşru bir beklentilerinin bulunmadığını örnek vermiştir.[438]

Bu kısa içtihat taramasından sonra denilebilir ki, Strasbourg organları yargısında meşru beklenti kavramı ağırlıklı olarak **P1–1** ile **AİHS** Madde 8 çerçevesinde işlev görmektedir.

b) P1–1 Özelinde Meşru Beklenti Kavramı

Yukarıda hakkın mevcut olması ile hakkın mevcudiyetine yönelik meşru beklenti bulunmasının iki farklı kategori oluşturduğu açıklandı. Peki, nasıl oluyor da, meşru beklenti kategorisi altında **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlayacak bir *zaman kategorisi* geçerli olabiliyor?

---

435 *Ezeh and Conors v. United Kingdom*, Dissenting Opinion of Judges Zupancic and Maruste, para.13 ve dn.3. Yargıçlar, genellikle usul hukuku bağlamında kullanılan ve aktif dava ehliyeti anlamına gelen Latince "*legitimatio ad causam activa*" ibaresine yer vermektedirler. Bu terime yer vermekle yargıçlar, başvurucunun Madde 6 korumasından yararlanmaya hukuken yetkili olmadığını vurgulamak istemektedir.

436 "**AİHS/Protokol No.1**" Madde 2 normu şöyledir:

"**Madde 2 – Eğitim hakkı**

Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılmayacaktır. Devlet, eğitim ve öğretimle ilgili olarak üstlendiği herhangi bir görevi yerine getirirken, anne-babanın/(ebeveynlerin) bu tür eğitim ve öğretimin kendi dinsel ya da felsefi inançlarına uygun nitelikte olmasını temin etme hakkına saygı gösterecektir."

437 *Mürsel Eren v. Turkey*, App. No.60856/00, Judgment of 7 February 2006, para.48.

438 *Bolat v. Russia*, Judgment of 5 October 2006, para.77.

Ekonomik hayatın gerekleri temel gerekçeyi oluşturmaktadır. Yeni ekonomik ilişkiler ve ihtiyaçlar bu kavramı güncel hale getirmiştir. Taksitli satışlar gibi koşula bağlı hukuki işlemler[439], sosyal güvenlik pozisyonları, müşteri çevresi gibi bir ticari işletmeye bağlı hususlar, uluslararası rekabet[440], özellikle ekonomik olarak geçiş dönemindeki Devletlerde kanuna dayalı eski hale iade gibi yeni ekonomik nitelikteki hukuki ilişkiler mülkiyetin klasik devrinin işlevinde önemli dalgalanmalara yol açmıştır. Bu da, mülkiyetin veya hakkın kazanılmasına yönelik meşru beklenti kategorisinin ortaya çıkışını hazırlamıştır. Bu sebepledir ki, Strasbourg organları, meşru beklenti kavramına en çok, bu tip ekonomik ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların **P1–1** çerçevesinde dile getirildiği davalarda başvurmuştur. Miras hakkı açısından da kavrama yer verildiği gözlemlenebilir.[441]

Ekonomik hayatın gerekleri gibi olgusal faktörlerin dışında, hukuki güvenlik anlayışı[442] gibi ilkelerin, kavramın arkasında bulunduğu söylenebilir. Buna göre, "meşru beklenti" kavramı ile "hukuki güvenlik" (veya "hukuk güvenliği") ve giderek "hukuk devleti/hukukun üstünlüğü" ilkesi arasında sıkı bir bağ vardır.[443] Hatırlatmaya gerek yok ki, "hukuk devleti" nosyonu Sözleşmeye hakim olan en önemli değerlerden birisidir ve Sözleşmesel tüm uyuşmazlıklarda dikkate alınması gereken bir unsurdur.[444] Keza, "hakkaniyet" de önemli bir temel sağlamaktadır.[445]

---

439 Genel olarak bkz. Rona Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, Genişletilmiş 2. Baskı, 2007, sf:54-55, 204. Alman hukuku bakımından bkz. Haluk N. Nomer, **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları**, Beta Yay., İstanbul, 2002, sf:5-6. Koşula bağlı işlemlerin meşru beklenti (beklenen hak) oluşturacağı daha Roma hukukunda kabul edilmişti: "Klasik devirden sonraki Roma Hukukunda, şarta bağlı bir hakka sahip olan kimsenin daha bir hakkı olmamakla beraber, müstakbel hak iktisabı bakımından beklenen bir hakkı **(Exspectatio)** bulunduğu kabul edildi. Bu bir haktı" (vurgu orijinal). Bkz. Koschaker, **a.g.e.**, sf:65.

440 Bkz. Marion Panizzon, **Good Faith in the Jurisprudence of the WTO**, Studies in International Law, Hart Publishing, Oxford, Schulthess, 2006, sf:96 vd, 127 vd.

441 Bkz. aşağıda Çalışma Hakkı ve Girişim Özgürlüğü Çerçevesindeki Malvarlığı Değerleri, Haklar ve Miras Hakkı Bölümleri.

442 Forsyth, **a.g.m.**, sf:125-126; Oğurlu, **a.g.e.**, sf:227-228. Zikredilen bu iki eserde hukuki güvenlik anlayışının Almanca karşılığı olarak "*vertrauensschultz*" terimine yer verilmektedir.

443 Hukuk devleti nosyonu açısından sosyal güvenlik pozisyonlarının durumu özelinde bu bağlantıyı kuran çalışmalar olarak bkz. Forsyth, **a.g.m.**, sf: 125; Ali Nazım Sözer, "*Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (Süper Emeklilikte Son Durum)*", **Çimento İşveren**, Cilt: 3, Sayı: 6, Kasım 1989, sf:3-29, özellikle 12-15. Ayrıca aşağıda sosyal güvenlik pozisyonlarının ele alındığı bölüme bkz.

444 *Engel and Others v. Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, Series A No. 22, para.69; *Golder v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1975, Series A No. 18, para.34; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, App. Nos.34044/96-35532/97 and 44801/98, Judgment of 22 March 2001, para.50.

445 Genel olarak bkz. John Rawls, **A Theory of Justice**, Oxford University Press, 1971, sf:235 vd, özellikle 310-315; Ronald Dworkin, **Law's Empire**, The Belknap Press of Har-

Bu ilkelerin uzantısı olan "öngörülebilirlik"[446] ve "belirlilik"[447], ya da tersten ifadeyle "sürprizlere kapalılık"[448], kişide güven duygusuna ve hakka sahip olacağı yönünde objektif olarak makul sebeplere dayanmasına yol açacaktır. Buna göre, geriye yürürlü hukuki işlemler, öngörülebilir olmayacakları için lehe olan kararlara ya da işlemlere dayanan meşru beklentilere bir müdahale teşkil edecektir.

Kavramın Strasbourg yargısındaki gelişiminde önemli bir yere sahip olan ünlü *Pine Valley* davasında öngörülebilirlilik ve belirlilik unsurları, **P1-1**'in uygulanabilirliğinin tespitinde rol oynamıştır. Bu davada başvurucular imar planında hafif sanayi tesisleri imarına açıklık bakımından ön izne sahip olan bir taşınmazı satın almışlardır. İmar planında yapılan değişlikle başvurucular imar izni alamamış ve sonra ulusal yargı makamlarının kararlarıyla ön imar izni geçersiz addedilmiştir. Bu sebeple taşınmazın değeri düşmüştür. Mahkeme başvuruculaın ulusal hukuka uygun şekilde ön imar iznine sahip olduğunu ve buna dayanarak amaçlanan inşaatı gerçekleştirme beklentisine kapıldıklarını ve bu beklentinin de **P1–1** anlamında mülkiyetin bir unsuru olduğunu kabul etmiştir.[449]

Öngörülebilirlilik ve belirlilik unsurları temelinde meşru beklenti kavramının kullanıldığı bir diğer dava *Pressos Compania*'dır. Bu davada başvurucu şirketler Devletin ve ilgili özel hukuk kişilerinin kılavuz kaptanlık hizmetindeki kusurlardan ötürü meydana gelen kazalar sebebiyle haksız fiil davası açmışlardır. Dava derdest iken, Devletin kabul ettiği yeni bir yasa ile, geçmişe etkili olarak Devletin verdiği hizmetten ötürü sorumluluk kaldırılmıştır. Ulusal yargı makamlarınca hukuka uygun bulunan bu yasaya dair şikayet AİHM önüne geldiğinde, Mahkeme ilk önce ortada **P1–1** anlamında bir mülkiyet olup olmadığına bakmıştır. Ulusal hukukta söz konusu temelin haksız fiil kurumuna dayandığını belirleyen Mahkeme, bu tip bir talebin "kıymet/aktif oluşturduğunu" ve **P1-1**'in kapsamına girdiğini belirlemiştir. AİHM'e göre, yasal değişiklik öncesi

---

vard University Press, 1986, sf:140-144. İdare hukuku açısından doğal adalet kavramı altında bkz. Ganz, **a.g.m**, sf:145-162.

446 Doktrinde Munzer'e göre, beklenti öngörülebilirliği içermekle birlikte ondan farklıdır. Salt öngörüler, beklenti oluşturmaz ve hukukça korunmaz. Bkz. Munzer, **a.g.e**, sf:28. **AİHS** bağlamında hukuk devleti ile öngörülebilirlik ilişkisine vurgu için bkz. Merrills, **a.g.e.**, sf:130-131 (sınırlamanın yasallık unsuru bakımından); Emberland, **Companies**, sf: 46 ve dn.117 (genel düzlemde).

447 Panizzon, **a.g.e.**, sf:127, vd.

448 Dworkin ve Munzer açıkça "süpriz" kelimesine yer vermektedirler. Dworkin, **a.g.e.**, sf:140 vd.; Munzer, **a.g.e.**,sf:80.

449 *Pine Valley Developments Ltd. and others v. Ireland*, App. No.12742/87, Judgment of 29 November 1991, Series A No. 222, para.51.

meydana gelen kazalara karşı başvuruculann haksız fiil kurumu çerçevesinde giderim hakları meşru bir beklenti oluşturur.[450]

Haksız fiilden kaynaklan tazminat taleplerinin geriye yürürlü yasa değişiklikleriyle azaltılmasına veya tamamen kaldırılmasına dair örnekler *Pressos Compania* davasından sonra da görülmüştür. Örneğin, tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluk çerçevesinde, yeterli özen gösterilmeden yapılan hatalı teşhis sebebiyle açılmış tazminat davası derdest iken, üstelik başlığında "hasta hakları" yazan bir yasayla haksız fiil sorumluluğunun ve dolayısıyla alınacak tazminatın azatılması söz konusu olduğunda, **P1–1** uygulanabilir niteliktedir. Yani, yasa değişikliğinden önce iç hukuka uygun olarak gündeme gelmiş güncel talep zaman duvarını aşar.[451] İster kadrolu isterse geçici olarak sözleşmeli çalışıyor olsun akademisyenlere yetkili kamu makamlarınca verilen araştırma ödeneklerinin sonradan çıkarılan yasayla sadece kadrolulara indirgenmesi, yine mülkiyet hakkının uygulanabilir olduğu sonucunu doğuracaktır. Üstelik bu konudaki yargı sürecinin tamamlanmamış olması ve başvurucular lehine sadece ilk derece yargısının kararının bulunması **P1-1**'in uygulanabilirliği bakımından sonucu değiştirmez.[452]

Yine bütün hukuk sistemlerine hakim olan "iyi niyet ilkesi" burada da kendine bir yer bulabilir. Özellikle UİHH açısından 1969 tarihli **Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi**nin uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin hükümlerindeki iyi niyet klozu, meşru beklenti kavramının dayanaklarından birini oluşturabilir. Eğer bir başvurucu, mevcut hukuki düzenlemeler karşısında iyi niyetli olarak bir tasarrufta bulunuyorsa, bu tasarruf öngörülemeyecek değişiklikler karşısında korunmalıdır.[453] Üstelik kanımca, "iyi niyet", meşru beklentinin varlığının tespitinde çifte rol oynamaktadır. Aşağıda kiracılık hakları bölümünde ayrıntılı olarak değinilen *Stretch* davası bu yorumu destekleyebilir. Bu davada başvurucunun yetkili yerel idareyle hafif sanayi tesisleri yapmak ve bunların bir kısmını üçüncü kişilere kiralamak hususunda 22 yıl süreli olarak bir sözleşme yapmıştır. Başvurucunun bütün gerekleri yerine getirerek sözleşmedeki bir kloz çerçevesinde uzatılmasını istediği sözleş-

---

450 *Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium*, Case No.38/1994/485/567, Judgment of 20 November 1995, Series A no. 332, paras.31-32. Ayrıca bkz. Jeremy McBride, "*The Right to Property*", **European Law Review Checklist No. 1, Human Rights Survey**, 1996, sf:40-50, 41.

451 *Draon v. France*, App. No.1513/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.65-72; *Maurice v. France*, App. No.11810/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.63-70.

452 *Smokovitis and others v. Greece*, App. No. 46356/99, Judgment of 11 April 2002, para.32.

453 Panizzon, **a.g.e.**, sf:129'daki DTÖ yargısı için yapılan açıklamalardan uyarlanarak.

me, sözleşmenin tarafı yetkili yerel idarece, söz konusu klozun sözleşmeye eklenmesinin yetki aşımı (*ultra vires*) olduğu ve dolayısıyla geçersiz olduğu gerekçesiyle uzatılmamıştır. AİHM'e göre, başvurucu yerel idareyle sözleşme yaparken, bu sözleşmenin uzatılması olasılığına önem vermişti. Başvurucu 22 yıllık sürede sözleşmenin üzerine düşen bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğuna ve idare ancak son aşamada yetki aşımı itirazını dile getirdiğine göre, başvurucunun sözleşmenin uzatılması konusunda en azından meşru bir beklentisi bulunduğu sonucuna varmak gerekir. Başvurucunun sözleşmenin uzatılmasına yönelik beklentisi de **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girmektedir.[454] İyi niyetin rolüne ilişkin olarak başvurucunun üzerine düşen bütün yükümlülükleri yerine getirmesine ve idarenin itirazlarını hukuki sürecin son aşamasında dile getirmesine Mahkemece yapılan vurgunun altını çizmek gerekir.[455]

İyi niyet ilkesiyle yakından bağlantılı olan bir başka unsur, ticari nitelikteki işlerle sınırlı olmakla birlikte, başvurucunun "basiretli bir tacir/işadamı" gibi davranması gereğidir. Basiretli bir işadamından öngörülebileceği beklenen sonraki gelişmeler, artık sürpriz olmak niteliğini kaybedecekleri için **P1–1** anlamında meşru beklenti oluşturmayabilir. İdarenin yaptığı işlemler temelinde öngörülebilirlilik ve belirlilik unsurlarına dikkat çeken *Mirailles* davasında emlakçılık yapan başvurucu, yetkili makamca kendisine verilen ön imar iznine güvenerek bir satış vaadi sözleşmesi (*option to purchase*) ve buna bağlı bazı yatırımlar yapmıştır. Sonradan yetkili makam bu izni kaldırmış ve başvurucunun projesi onaylanmamıştır. Başvurucu yetkili idarenin hatalı tasarrufları yüzünden zarara uğradığını düşünmektedir.

Mahkeme durumu *Pine Valley* davasıyla karşılaştırmış ve satış vaadi sözleşmesi hiç bir zaman gerçek satış işlemine dönüşmediği için **P1–1** anlamında mevcut bir hak olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu noktada, satış vaadi sözleşmesinin Fransız hukukundaki pozisyonunu da irdelemiştir. Mahkeme ayrıca, idarenin söz konusu izni, yasal süresi içinde ve usulüne uygun olarak kaldırdığını da not etmiştir. Dolayısıyla koşula uygunluk gerçekleşmemiştir. Sonuç olarak mülkiyetin devri başvurucuya hiç geçmemiştir ve başvurunun mevcut malvarlığımdan söz edilemez.

---

454 *Stretch v. the United Kingdom*, App. No.44277/98, Judgment of 24 June 2003, paras.33-35. Bu dava meşru beklenti kavramının yer bulup da ihlalle sonuçlanan nadir davalardan biridir.

455 Başka bir hak bağlamında olmakla birlikte yine meşru beklentinin devreye girmesinde iyi niyetin rolüne dair *Mürsel Eren* davası hatırlatılmalıdır. **P1-2**'ye (eğitim hakkı) ilişkin bu içtihatta AİHM iyi niyetin rolünü özellikle vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, başvurucunun ulusal hukuktaki tüm koşulları karşılamış olduğunun altını çizmiştir. Bkz. *Mürsel Eren v. Turkey*, Judgment of 7 February 2006, para.48.

İncelemesine devam eden AİHM, bu sefer başvurucunun meşru beklentisinin olup olmadığını ele almıştır. İdarenin başvurucuyu olası güçlükler hakkında uyardığını tespit eden AİHM'ne göre, başvurucu, hukuki durumdaki değişiklikten sonra dahi yatırım yapmaya devam etmiştir. Bir gayrimenkul yatırımcısı olarak başvurucu olası riskleri bilmek ve kabullenmek durumundadır. Zaten başvurucunun mali yatırımı gelecekteki kazanç umuduna yönelik olması bakımından ekonomik amaçlıdır. Mahkemeye göre, meşru beklentinin oluştuğunun kabülü için ya bir kanun hükmüne ya da nihai yargı kararı gibi bir hukuki belgeye dayanılmalıdır. Her mali uyuşmazlığın **P1–1** kapsamına sokmak anlamına gelecek bu tip iddialar Mahkemece benimsenmiş değildir.[456]

Kısacası, yatırımların korunması, eğer bu yatırım henüz maliki olunmamış bir arazi üzerinde ve yetkili makamca onaylanmamış bir proje hakkmdaysa **P1–1** anlamında meşru beklenti oluşturmaz. *Mirailles* davası vesilesiyle Mahkemenin hem başvurucunun hem de idarenin tasarruflarındaki özene dikkat ettiği not edilebilir. Yatırım yapan başvurucu, ekonomik hayatın risklerini farketmek ve göğüslemek hususunda basiretli bir işadamı gibi davranmalıdır.[457] Göz göre göre yatırım yapıyorsa, riske de katlanmak zorundadır. İdare de yasal süreler ve usuller içinde başvurucuyu öngörülemeyecek bir hataya düşürmeden hareket etmelidir. Basiretli bir işadamı gibi davranma ya da daha geniş olarak özen yükümlülüğü burada öngörülebilirlik ve belirlilik ölçütlerinin bir unsuru olarak kendini göstermektedir.

Başvurucunun tasarruflarındaki özene verilen ağırlığı göstermesi bakımından oldukça yakın tarihli *Özden* davaları da vurgulanmalıdır. Bu davalarda başvurucu yetkili kamu makamlarınca orman sınırları içinde kaldığı belirlenen bir araziyi satın almıştır. Çeşitli yargısal süreçlerden

---

456 *Mirailles v. France*, App. No.63156/00, Admissibility Decision of 23 September 2003. Yine de *Stretch* davasının işaret ettiği üzere, somut olaydaki ek faktörler sırf iki taraflı özel hukuk sözleşmelerinin bile, kimi istisnai hallerde, meşru beklenti kategorisini tetiklemesini sağlayabilir

457 Basiretli tacir/işadamı gibi davranma yükümlülüğü mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülülüğünün belirlenmesinde de rol oynamaktadır. Bkz. *Beyeler v. Italy*, Judgment of 5 January 2000, para.115; *J. A. Pye (Oxford) LTD v. the United Kingdom*, App. No.44302/02, Former Fourth Section Judgment of 15 November 2005, paras.69-70 (Ayrıca bkz. Yargıçlar Maruste, Garlicki ve Borrego Borrego'nun ortak muhalefet şerhleri para.2); *J. A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. the United Kingdom*, App. No.44302/02, GC Judgment of 30 August 2007, paras.80, 82.

Benzer şekilde, basiretli tacir/işadamı gibi davranma yükümlülüğü ölçütü müdahalenin yasallık unsurunun değerlendirilmesinde de kendine yer bulmaktadır. Bkz. *Spacek v. Czech Republic*, App. No.26449/95, Judgment of 9 November 1999, para59; *CBC-Union S. R. O. v. Czech Republic*, App. No.68741/01, Admissibility Decision of 20 September 2005.

sonra tapusu iptal edilmiş ve arazisi Hazine adına kaydedilmiştir. AİHM başvurucunun satış işlemleri sırasında arazinin orman sınırları içerisinde kaldığını ve bu tip arazilerin özel mülkiyete konu olamayacağı bildiğini veya bilmesi gerektiğini saptayarak başvuruyu "açıkça temelsizlik" gerekçesiyle kabuledilemez ilan etmiştir.[458]

Burada iki noktaya dikkat çekmek gerekiyor. *Birincisi*, Mahkemenin zımnen özen yükümlülüğü ölçütünü uyguladığı ileri sürülebilir. Özen yükümlülüğü bakımından şunu da eklemek gerekir ki, kimse kendi özensizliğinden dolayı lehine bir hak tesis edemez.[459] [460] *İkincisi*, *Özden* vakasında AİHM'nin davayı "açıkça temelsizlik" gerekçesiyle değil, şikayetin konu bakımından **P1-1**'in kapsamı dışında kaldığı (*ratione materiae*) gerekçesiyle kabuledilemez bulması gerekmekteydi. Zira, hem başvurucunun meşru beklentisi olmadığını belirtip, hem de sanki böyle bir beklenti varmışçasına "açıkça temelsizlik" gerekçesiyle kabuledilemezlik kararı verilmesi ciddi bir tutarsızlıktır. Belirtmek gerekir ki, "açıkça temelsizlik" gerekçesi, Strasbourg yargısında **P1-1**'in uygulanabilir bulunduğu ve fakat *prima facie* ihlal görüntüsünün olmadığı hallerde başvurulan bir gerekçedir.

P1–1 yargısındaki meşru beklentinin, özellikle medeni hukuk anlamında koşula bağlı olduğu yukarıda belirtilmişti. İşte söz konusu koşullu işlemlerde, koşulun gereği yerine getirilmediğinde mülkiyet hakkına

---

458 *Özden v. Turkey*, App. No.11841/02, Judgment of 3 May 2007, para.28; *Özden v. Turkey*, App. No.31487/02, Judgment of 3 May 2007, para.30. Ayrıca bkz. *Balcı v. Turkey*, App. No. 6845/01, Admissibility Decision of 10 January 2008. Kanımca bu davalarda AİHM değerlendirmesi pek yerinde değildir. Konuya ilişkin olarak Türk iç hukukunun son derece karmaşık olduğu ve Yargıtay'ın tutarsız, çoğu kez normatif temeli olmayan ayrımlar yapan ve davaları on yıllarca sürümcemede bırakan şekilde hareket ettiği düşünülecek olunursa (örneğin bkz. ve krş. Yargıtay 22/03/1996 günlü İçtihadı Birleştirme Kararı, E.1993/5, K.1996/1; Yargıtay 27/02/2002 günlü Hukuk Genel Kurulu Kararı, E.2002/1-19, K.2002/97; Yargıtay 01/04/2002 günlü 20. Hukuk Dairesi Kararı, E.2002/1940, K.2002/2932. Yargıtay'ın zikredilen kararlarıyla yarattığı hukuki durumun **P1-1**'e uygunluğu, halen derdest olan 43560/07 ve 25719/07 no'lu vakaların AİHM'ce karara bağlanmasıyla açıklığa kavuşacaktır), başvurucu aleyhinde verilen kararın fazla yüzeysel kaldığı ileri sürülebilir. AİHM'in analizinin yüzeysel kalmasında tahminen başvuru dilekçelerindeki değerlendirmelerin yetersiz olması rol oynamış olabiir.

459 Bkz. *Türk Ticaret Bankası Munzam Sosyal Güvenlik Emekli ve Yardım Sandığı Vakfı v. Turkey*, App. No.48925/99 and 36109/04, Admissibility Decision of 23 May 2006, para.3, *in fine* (The Law).

460 Gerçi *Öneryıldız* davasında Mahkeme, başvurucunun açıkça hukuka aykırı davranmasına rağmen lehine mülkiyet hakkı tesis edildiğini kabul etmiştir. Ancak bu davadaki can alıcı nokta, yetkili kamu makamlarının başvurucunun durumunu bildikleri halde, bu hukuka aykırı durumu görmezden gelmek bir yana, açıkça ve resmen desteklemeleridir. Yetkili makam, asıl görevini ihmal ettiği ve hukuka aykırı durumu hoşgördüğü için, başvurucunun mağduriyetini gidermekle yükümlüdür. Bkz. *Öneryıldız v. Turkey*, App. No.48939/99, GC Judgment of 30 November 2004, paras.127-128. Bu dava hakkında aşağıda ayrıntılı bilgi verilecektir.

yönelik meşru bir beklenti oluşmaz. Strasbourg içtihadı bu konuda nettir.[461] Koşulun belirlenmesinde ulusal makamlar geniş bir takdir marjına sahiptir. Ancak koşula soyut olarak bağlılık değil de, koşulun somut olaydaki uygulanması **P1-1**'e dair sorun doğurabilir.

Kopecky davasında bu husus ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu olayda başvurucu, babasına ait olup 1959 yılında kaçak olarak nitelenen altın ve gümüş sikkelerin kendisine hukuken iadesine karar verilmesini istemiştir. Başvurucunun en önemli dayanağı, babasını kaçakçı olarak niteleyen yargı hükmünün 1992 yılında tüm sonuçlarıyla birlikte kaldırılmış olmasıdır. Ulusal mevzuata göre, bir taşınır malın iadesini isteyen kişi, bunun nerede bulunduğunu göstermelidir. Mahkeme söz konusu koşulun, teorik ve soyut düzlemde **P1–1** bakımından herhangi bir problem doğurmadığını; zira koşulun gerekliliği hususunda ulusal makamların geniş takdir marjları bulunduğunu hükme bağlamıştır.[462]

Bununla birlikte AİHM, *Kopecky* davasında, söz konusu koşulun somut olayda uygulanmasının **P1-1**'e uygunluğunun ayrıca incelenmesi gerektiği kanaatindedir. Bu bağlamda ilk olarak ortada meşru beklenti oluşturabilecek bir "kıymet" ("*asset*") olup olmadığını ele almıştır. Bunu yaparken Mahkeme meşru beklenti kavramının gelişiminde önemli rol oynayan ve bu Çalışmada ele alınan *Pine Valley*, *Stretch*, *Gratzinger ve Gratzingerova* ve *Pressos Compania* davalarını genel olarak değerlendirmiştir. Bu değerlendirmesinin sonucunda Mahkeme, **P1–1** yargısında iki tür meşru beklenti olduğu sonucuna varmıştır. Birinci tür meşru beklenti, temelini kanunla sonuçlar bağlanmış hukuki işlemde bulmakta ve *Pine Valley* ile *Stretch* kararlarında temsil edilmektedir. İkinci tür meşru beklenti ise, temelini yargı kararlarında bulmakta ve *Gratzinger ve Gratzingerova* ile *Pressos Compania* kararlarıyla temsil edilemektedir.[463] Nihayetinde AİHM, talep niteliğinde bir malvarlığı yararının kıymet oluşturabilmesi için, bu talebi destekleyen yerleşik içtihatlar gibi ulusal hukukta yeterli temelinin bulunması gerektiği sonucuna varmıştır.[464] Somut olay özelinde ise, başvurucunun lehine icra edilebilir bir yargı kara-

---

461 *Mario de Napoles Pacheco v. Belgium*, App. No.7775/77, Admissibility Decision of 5 October 1978, **DR Vol. 15**, sf:143, 151-159, özellikle 158-159; *Batelaan and Huiges v. Netherlands*, App. No.10438/83, Admissibility Decision of 3 October 1984, **DR Vol. 41**, sf:173; *Pudas v. Sweden*, App. No.10426/83, Admissibility Decision of 5 December 1984, **DR Vol. 40**, sf:234-242; *Zacher v. Germany*, App. No.27026/95, Admissibility Decision of 4 September 1996; *Storksen v. Norway*, App. No.19819/92, Admissibility Decision of 5 July 1994, **DR Vol. 78-A**, sf:88-96, özellikle 94-95.

462 *Kopecky v. Slovakia*, (App. No.44912/98), GC Judgment of 28 September 2004, paras.37-39.

463 *Kopecky v. Slovakia*, paras.45-51.

464 *Kopecky v. Slovakia*, para.52.

rı olmamasını ve ulusal mevzuatça aranan koşulun gerçekleştirilmediğini tespit eden Mahkeme, **P1-1**'in uygulanabilir bulunmadığı gerekçesiyle ihlal olmadığına hükmetmiştir.[465]

3) Kategorilerin Ortak Unsurları ve Müflis Otonominin İşlevi

Her şeyden önce, her hukuki sorumluluk ilişkisinde olduğu üzere, nedensellik bağı gösterilmelidir. **P1-1**'in ihlali ancak şikayet konusu tasarruf (eylem ve ihmal) ile hak kaybı iddiası arasında "doğrudan ve yeterli" ("*direct and sufficient*") "nedensel" ("*causative*") bir ilişki varsa oluşur. Bunu göstermek de ilk planda başvuculara düşer.[466] Kısacası, hakkın mevcut olduğu veya bu yönde meşru bir beklenti bulunduğu başvurucu tarafından gösterilmelidir.[467]

Peki, bir hakkın mevcut olup olmadığını ya da mevcudiyet yönünde meşru bir beklenti bulunup bulunmadığını belirlemek için neyi referans almak gerekecektir?

Strasbourg organlarının bu soruya verdikleri temel cevap, aleyhinde dava açılan Devletin ulusal hukuku şeklindedir.[468] Bu noktada ispat külfetinin başvurucuda olduğu söylenmelidir.[469] Başvuruculaın ulusal hukuktaki pozisyonu iyice anlatmaları gerekir.

---

465 *Kopecky v. Slovakia*, paras.53-61.

466 *X., Y. and Z. v. Germany*, App. Nos.7655/76, 7656/76 and 7657/76, Admissibility Decision of 4 October 1977, **DR Vol. 12**, sf:111-130, özellikle 129; *A., B. and Company A.S. v. Germany*, App. No. 7742/76, Admissibility Decision of 4 July 1978, **DR Vol. 14**, sf:146-170, özellikle 168; *Felix Agneessens v. Belgium*, App. No. 12164/86, Admissibility Decision of 12 October 1988, **DR Vol. 58**, sf:63-84, özellikle 83; *Jüngling and others v. Germany*, App. No. 22353/93, Admissibility Decision of 18 October 1995.

467 *X., Y., Z. v. Germany*, App. No.7694/76, Admissibility Decision of 14 October 1977, **DR Vol. 12**, sf: 131-135; *Mayer, Weidlich, Fullbrecht, Hasenlamp, Golf and Klausser v. Germany*, App. Nos.188890/91, 19049/91, 19342/92 and 19549/92, Admissibility Decision of 4 March 1995, **DR Vol. 85-A**, sf:5-20, özelllikle 18; *Yeşilpınar and others v. Turkey*, App. No.23765/94, Admissibility Decision of 17 May 1995, para.2 (The Law); *Lupulet v. Romaina*, App. No.25497/94, Admissibliity Decision of 17 May 1996, **DR Vol. 85-B**, sf:126-133, özelllikle 132.

468 Bu yaklaşım ABD Yüksek Mahkemesinin yaklaşımıyla örtüşmektedir. Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986, 1001 (1984)'ten aktaran Fransisco Forrest Martin vd., **a.g.e.**, sf:873 ("Property interests ...are not created by the Constitution. Rather, they are created and their dimensions are defined by existing rules or understanding that stems from an independent source such as state law.").

469 *X. v. Netherlands*, App. No.7230/75, Admissibility Decision of 4 October 1976, **DR Vol. 7**, sf:109-111 (Başvurucu Surinam toprakları üzerinde mülkiyet hakkı olduğunu ve Hollanda'nın bu toprakları yerlilere verdiğini ileri sürmüştür); *A., B. and Company A.S. v. Germany*, App. No. 7742/76, Admissibility Decision of 4 July 1978, **DR Vol. 14**, sf:146-170, özellikle 168 ("..... an applicant who alleges a violation of Article 1 must produce evidence tending to show that he was in fact the owner of the property of which he claims to have been deprived, before the act complained of").

Ulusal düzlemde öncelikle başvurucunun bireysel olarak bir hakkı olup olmadığına bakılmaktadır. İkinci olarak hakkın talep edilebilir nitelikte olması gereklidir. Koşullu talepler, uzun zamandır kullanılmamış eski/kadük mülkiyet hakkı, **P1–1** anlamında malvarlığı teşkil etmez.[470] Eğer başvurucu, bir zamanlar sahip olduğu mala, uyuşmazlık tarihinde sahip değilse, **P1–1** anlamında mevcudiyet yoktur.[471] Ancak karmaşık hukuki ve olgusal durumlarda bir varsayım olarak meşru beklentinin mevcut olduğunun kabul edildiğine dair bazı kararlar bulunmaktadır.[472]

Gelecekteki kazanç ancak çoktan "kazanılmış" ("*earned*") ise veya icra edilebilir bir talep mevcut ise, **P1–1** anlamında malvarlığı oluşturur.[473] Gelecekteki kazancın kazanılmış olduğunun göstergelerinden birisi yargı kararlarıdır. Bir yargı yerince nihai olarak belirlenmemiş alacak hakkı, **P1–1** korumasından zaman duvarı engeli sebebiyle yararlanamayabilir.[474] Bununla beraber, tam anlamıyla yargısal nitelikte olmayan idari kurullarca verilen kararlar yeterli temeli sağlayabilir.[475] Diğer bir gösterge, alacak hakkının veya gelecekteki kazancın kanundan kaynaklanmasıdır.[476] Kamu hizmeti gören kişilerin resmi ücret tarifelerinin değişmeyeceğine ve böylelikle gelirlerinin azalmayacağına dair kuru umutları **P1–1** kapsamı dışındadır.[477]

---

470 *X., Y. and Z. v. Germany*, App. Nos.7655/76, 7656/76 and 7657/76, Admissibility Decision of 4 October 1977, **DR Vol. 12**, sf:129; *Mayer, Weidlich, Fullbrecht, Hasenlamp, Golf and Klausser v. Germany*, App. Nos.188890/91, 19049/91, 19342/92 and 19549/92, Admissibility Decision of 4 March 1995, **DR Vol. 85-A**, sf:18; *Krafft Paridam Heinz Robert von Rigal – von Kriegsheim v. Germany*, App. No. 37696/97, Admissibility Decision of 21 May 1998; *Ladislav and Aurel Brezny v. Slovak Republic*, App. No.23131/93, Admissibility Decion of 4 March 1996, **DR Vol. 85-B**, sf:65-83, özelllikle 80; *Gratzinger and Gratzingerova v. Czech Republic*, App. No.39794/98, Admissibility Decision of 10 July 2002, para.69; *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, App. No.42527/98, Judgment of 12 July 2001, para.83; *Maltzan and others v. Germany*, App. Nos. 71916/01, 71917/01 and 10260/02, GC Admissibility Decision of 2 March 2005, para.74; *Gashi v. Croatia*, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.22.

471 *Lupulet v. Romaina*, App. No.25497/94, Admissibliity Decision of 17 May 1996, **DR Vol. 85-B**, sf:132.

472 *Gospodinova v. Bulgaria*, App. No. 37912/97, Admissibility Decision of 16 April 1998.

473 *Erkan v. Turkey*, App. No.29840/03, Partial Decision of Admissibility of 24 March 2005, para.3 (The Law).

474 Örneğin bkz. *Grishchenko v. Russia*, App. No.75901/01, Admissibility Decision of 8 July 2004, para.1/b (The Law). Benzer bir noktaya doktrinde Peukert dikkat çekiyor. Bkz. Peukert, "*Protection of Ownership Under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **HRLJ**, Vol. 2, Parts: 1-2, October 1981, sf:37-78, 44.

475 *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia*, App. No.60861/00 , Admissibility Decision of 03 March 2005, para.88 (eski hale getirme yetkisini haiz idari kurul kararı).

476 *Ambruosi v. Italy*, App. No.31227/96, Judgment of 19 October 2001, paras.20-24.

477 *X. v. Germany*, App. No.8410/78, Admissibility Decision of 13 December 1979, **DR Vol. 18**, sf:216-220, özellikle 219-220 ("The mere expectation of notaries that existing legal regulations on fees will not be changed in the future can on the other hand not be considered as a property right".).

P1-1'in *zaman duvarı* açısından uygulanabilirliği hukuka uygunluk veyahut hukuki sebebe bağlılık olarak ifade edilebilecek bir ön koşulu da gerektirmektedir.[478] Hukuki sebebe bağlılık ön koşulu esnektir. Bu sebep bir sözleşme[479] olabileceği gibi, haksız fiil[480] de olabilir. Özellikle talep niteliğini taşıyan mameleki çıkarlar için, ulusal hukukta yerleşik içtihatlar gibi, yeterli bir temel olmalıdır.[481] Ancak sırf bir yargı yerine başvurularak dile getirilen talepler yeterli temel sağlamaktan uzaktır.[482] Önemli olan, ulusal hukuktaki dayanağın **P1-1**'i aktif hale getirecek yeterlilikte olmasıdır.[483] Bu noktada, "yeterli ulusal temel" şeklindeki ölçütün, Sözleşmedeki diğer hakların uygulanması bağlamında kullanılan "ileri sürülebilir talep" ("*arguable claim*") veya "gerçek uzlaşmazlık" ("*genuine dispute*") ölçütlerinden daha esaslı bir kategoriye denk geldiğini belirtmek gerekir.[484]

---

478 Genel düzlemde ve meşru beklenti açısından aynı yönde bkz. Munzer, **a.g.e**, sf:223. Munzer'e göre, bir beklentinin meşru olabilmesi için beklentiyi doğuran durumun hukuk temelinde haklı olması ve bir bütün olarak hukuk sisteminin temel ilkelerince desteklenmesi gereklidir.

479 *Association of General Practitioners v. Denmark*, App. No. 12947/87, Admissibility Decision of 12 July 1989, para.1 (The Law); *Fenzel and Köllner v. Austria*, App. No. 22351/93, Admissibility Decision of 15 May 1996; *Stretch v. United Kingdom*, App. No.44277/98, Judgment of 24 June 2003; *Asito v. Moldova*, App. No. 40663/98, Judgment of 8 November 2005, para. 60. Bosna Hersek İnsan Hakları Dairesi'nin benzer yönde kararı için bkz. *Branko Medan, Stjepan Bastijanovic and Radosav Markovic v. the State of Bosnia and Herzegovina the Federation of Bosnia and Herzegovina*, Case Nos. CH/96/3, 8 and 9, Decision on the Merits of 3 November 1997, paras.32-33; *Sasa Galic v. the Federation of Bosnia and Herzegovina*, Case No. CH/97/40, Decision on the Merits of 12 June 1998, para. 39.

Bu içtihatlar uluslararası yatırım hukukunun yaklaşımıyla örtüşmektedir. Uluslararası yatırım hukukunda sözleşmelerden kaynaklanan hakların korunması hakkında bilgi için bkz. Bkz. Higgins, **a.g.m.**, sf: 271-272; Ruffert, **a.g.m.**, sf: 122-123; Schreuer-Kriebaum, **a.g.m.**, sf: 750-752; S. Friedman, **Expropriation in International Law**, Stevens & Sons Limited, London, 1953, sf:153-157.

480 *Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium*, Case No.38/1994/485/567, Judgment of 20 November 1995, Series A no. 332.

481 *Özden v. Turkey*, para.27; *Draon v. France*, para.65; *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, App. No.63235/00, GC Judgment of 19 April 2007, para.94.

482 *Felix Agneessens v. Belgium*, App. No. 12164/86, Admissibility Decision of 12 October 1988, **DR Vol. 58**, sf:63-84, özellikle 83; *Vasile Tanase and others v. Romania*, App. No. 62954/00, Admissibility Decision of 19 May 2005, para. 4 (hükümetin itirazı Mahkemece kabuledilebilirlik engeli olarak görülmemiştir); krş. *Süleyman Ege v. Turkey*, App. No. 23887/94, Admissibility Decision of 5 March 1996, para.3.

483 *Kopecky v. Slovakia*, GC Judgment of 28 September 2004, para.52 ("sufficient basis in national law"); *Draon v. France*, GC Judgment of 6 October 2005, para.68; *Maurice v. France*, GC Judgment of 6 October 2005, para.66; *Unilever Betelligunus v. Germany*, App. No. 32901/04, Partial Admissibility Decision 13 March 2007 ("a legitimate expectation must be based either on a legal provision or have a solid basis in the domestic case-law").

484 *Kopecky v. Slovakia*, para.52; *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, App. No.60669/00, Judgment of 12 October 2004, paras.37-38; *Vilho Eskelinen*, para.94; *Draon v. France*, para.68; *Maurice v. France*, para.66

Anlaşıldığına göre, çok yakın tarihli zikredilen hükümleriyle AİHM, ulusal hukukun değerlendirilmesine ilişkin benzer bir ölçütü, **P1-1**'in uygulanabilirliği için de getirmiş olmaktadır. Üstelik, **P1-1**'in uygulanabilirliği için aranan eşik, Madde 13 ile Madde 6'nın uygulanabilirliği için olandan daha yüksektir.[485]

Eğer hukuki dayanak bulunmuyorsa **P1–1** uygulanabilir nitelikte olamaz.[486] Örneğin, belirli bir süre bir evde oturma, hukuki temeli olmadığı müddetçe **P1–1** anlamında malvarlığı kapsamında değildir. Nitekim eşcinsel partnerin evinden tahliyenin mülkiyet hakkı sorunu doğurmadığına karar verilmiştir.[487] Benzer şekilde, kaçak bir yapının (gecekondunun) bir imar affı veya benzer bir hukuki temelde bir gün işgalcinin mülkiyetine geçeceğine dair umut, ulusal yargı yerleri tarafından icra edilebilecek bir talebe dayanmakdıkça **P1-1**'in dışında kalır.[488] Diğer yandan yargı kararıyla kesinleşen sosyal konuttan yararlanma hakkının icra edilmemesi hallerinde meşru beklenti kavramı çerçevesinde mülkiyet hakkının gündeme gelmesi mümkündür.[489] Ulusal hukukça meşru ya da geçerli görülmeyen bir kazandırma söz konusu ise, ulusalüstü düzlemde mülkiyet hakkından söz edilemez.[490]

AİHS *Madde 13 bağlamındaki "ileri sürülebilir talep" ("arguable claim")* ile **AİHS** Madde 6'daki "gerçek uzlaşmazlık" ("*genuine dispute*") ölçütlerinin karşılaştırmalı olarak açıklanması için bkz. Yutaka Arai (Revised by), "*Chapter 32 – Right to an Effective Remedy Before a National Authority (Article 13)*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**, sf:997-1026, özellikle sf:1000-1006.

485 Oysa 2000 tarihli bir kabuledilebilirlik kararında AİHM **P1-1** bakımından "ileri sürülebilir bir talep" ölçütünü yeterli görmüştür. Hükümlerini beğenmedikleri toplu sözleşme yerine daha lehlerine haklar ve bu arada daha fazla maaş talep eden öğretmenlerin şikayetlerini reddederken Madde 13'ün uygulanabilir olup olmadığına karar verebilmek için önce **P1-1**'in uygulanabilir olup olmadığını incelemiştir. AİHM'e göre, başvurucu öğretmenlerin şikayeti mevcut ve geçerli toplu sözleşmenin maaşlara dair hükümlerinin yetersizliği olduğu için bu durum geleceğe ilişkin bir talep anlamına gelmektedir. Buradan hareket eden Mahkeme, başvurucu öğretmenlerin taleplerinin **P1-1** açısından "ileri sürülebilir" ("*arguable*") olmadığı değerlendirmesini yaparak hem **P1-1**'i hem de Madde 13'ü uygulanamaz bulmuştur. Bkz. *Schettini and others v. Italy*, App. No. 29529/95, Admissibility Decision of 9 November 2000, para. 1 (the Law).

486 *Posedel-Jelinovic v. Crotia*, App. No.35915/02, Judgment of 24 November 2005, para.32.

487 *S. v. the United Kingdom*, App. No.11716/85, Admissibility Decision of 14 May 1986, **DR Vol. 47**, sf:274-280 özellikle 279. Sorunun **AİHS** Madde 8'le ilgili boyutları ile **P1-1**'le bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını düzenleyen **AİHS** Madde 14'e ilişkin boyutları açısından karar tartışmalıdır. Eski tarihli bir karar olduğunu not etmekle yetinelim.

488 *Öneryıldız v. Turkey*, App. No.48939/99, GC Judgment of 30 November 2004, para. 126.

489 *Teteriny v. Russia*, App. No.11931/03, Judgment of 30 June 2005, paras. 48-50; *Kukalo v. Russia*, App. No. 63995/00, Judgment of 3 November 2005, paras. 59-61.

490 Örneğin bağışlama tasarrufuyla elde edilen mülkiyet hakkının (spesifik olarak tazminat hakkı) ulusal hukuka göre geçersiz sayılmasından ötürü **P1-1** kapsamı dışında kalan bir başvuru olarak bkz. *Radwillowicz v. Poland*, App. No.28559/95, Admissibility Decision of 14 October 1996.

P1–1, başta kamu personeli olmak üzere, bir kişinin belirli bir ücret/maaş almasını güvence altına alıyor değildir. İşin niteliği değiştiğinde kamu personelinin maaşının azalması da, iç hukukta bunu tazmin eden ya da fazla maaşın korunmasını sağlayan bir dayanak bulunmadıkça mülkiyet hakkı içerisinde mütalaa edilemez.[491] Aynı şekilde, belirli bir pozisyona atamanın yapılmamasından kaynaklanan mali gelir kaybı, daha doğru bir deyişle o pozisyona bağlı mali avantajlardan yararlanamama, **P1-1**'i uygulanabilir kılmaya yetmez. Potansiyel haklar **P1–1** kapsamı dışındadır.[492]

Meşru beklenti kategorisinin özellikle ekonomik hayatın güncel gerekleri temelinde anlam kazandığına yukarıda değinilmişti. Ölçüt ekonomik hayatın gerekleri olunca, ekonomik risk kavramı da gündeme gelmektedir. Gelecekte gelir elde etmek için yatırım yapıldığında, belirli bir risk alınmış olur. İşte bu risk, başvurucunun üzerindedir. Eğer bu risk gerçekleşir, başvurucu "beklediği" kazanca/gelire ulaşamazsa, bu kaybını **P1–1** çerçevesinde dile getiremez.[493] Aslında Strasbourg organları, ekonomik hayatın riskleri temelindeki yaklaşımlarını yatırım boyutunun ötesine taşımıştır. Edimin doğrudan emek olduğu ve bunun dışında bir başka yatırımın bulunmadığı davalarda da, emek/iş edimini yerine getiren ve fakat karşılığını alamayan başvurucuyu **P1–1** korumasından yararlandırmamışlardır. Yukarıda ayrıntılı özeti sunulan *Van der Mussele* kararı bu duruma örnektir.[494]

Ekonomik hayatın riskleri faktörü bağlamında eklenmelidir ki, söz konusu faktör bazı davalarda müdahalenin ölçülülüğünü belirlemekte de rol oynayabilir.[495]

Tabii bu durumda ekonomik alanda beklenmeyen hallerin **P1-1**'in uygulanabilirliğine etkisi problemi kendini göstermektedir. Strasbourg

---

491 *Vilho Eskelinen*, para.94.

492 *Ünen v. Turkey*, App. No.31832/96, Admissibility Decision of 14 January 1998, para.2 (The Law).

493 *Greek Federation of Custom Officers, Nicolaos Gialouris, Georgios Christopoulos and 3333 other Custom Officers v. Greece*, App.No.24581/94, Admissibility Decision of 6 April 1995, **DR Vol. 81-B**, sf:123-129, özellikle 127-128; *Casotti, Florio and the Consiglio Nazionale DEll' Ordine Dei Consulenti Del Lavoro v. Italy*, App. No.24877/94, Admissibility Decision of 16 October 1996; *Mirailles v. France*, App. No.63156/00, Admissibility Decision of 23 September 2003. Ayrıca aşağıda *goodwill* olarak mesleki unvan bölümüne bkz.

494 *Van der Mussele v. Belgium*, Judgment of 23 November 1983, para.48. Gerçi bir başka davada Komisyonun iş sözleşmesinin (ücret alma hakkı) mülkiyet hakkı kapsamında görülebileceğine dair bir belirlemesi bulunmaktadır. Bkz. *Fenzel and Köllner*, App. No.22351/93, Admissibility Decision of 15 May 1996, para.3 (The Law).

495 Örneğin bkz. *Pine Valley Developments Ltd. and others v. Ireland*, App. No.12742/87, Judgment of 29 November 1991, Series A No. 222, para.59. Çalışmanın Üçüncü Bölümünde bu noktaya temas edilecektir.

organları kararlarında bu probleme cevap oluşturabilecek tutarlı bir içtihat görüldüğü söylenemez. Enflasyon örneğinde bu durum somutlaştırılabilinir.[496]

AİHK'nun 1980 tarihli öncü kararlarından birinde, başvurucunun bankadaki tasarrufunun faizinin enflasyondan düşük olmasının **P1-1**'e aykırılık doğurduğunu ileri sürülmüştü. Komisyon değerlendirmesinde bankada biriktirilen tasarrufların alım gücünün sistematik endeksleme (indexation) yoluyla korunması şeklindeki genel bir yükümlülüğün **P1-1**'den çıkarsanamayacağına karar vermişti.[497] Ancak Komisyon başvuruyu konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle değil ve fakat açıkça temelsiz olması gerekçesiyle kabuledilemez bulmuştur.[498] Bu, bir an için, enflasyonun mevduatın getirisini veya değerini düşürdüğü hallerde, en azından zımnen, **P1-1**'in uygulanabilirlik potansiyeli taşıdığı şeklinde yorumlanabilir.

Ancak böyle bir yorum tarzı, 1999 tarihli *Rudzinska* kararı karşısında pek geçerli görülmüyor. Bu davada enflasyonun etkisi altında değer kaybeden tasarrufların **P1–1** kapsamında olmadığına karar verilmiştir.[499] Taraf Devletlerin devlet destekli olsa bile bankalar veya mevduat kuruluşlarındaki tasarrufların değerini korumak yükümlülüğü bulunmamaktadır.[500] Mahkeme bu sonuca varırken, 1980 tarihli Komisyon kararına atıf yapmakta ve Komisyonun cümlesini aynen tekrarlamaktadır. Ancak ilkinde **P1-1**'in ihlalini gösteren bir veri olmadığı sebebiyle açıkça temelsizlik gerekçesiyle kabuledilemezlik kararı verilmişken, ikincisinde **P1-1**'in uygulanabilir olmadığı gerekçesiyle kabuledilemezlik sonucuna varılmıştır.

Bu doğrultu 2002 tarihli *Gayduk* kararıyla sürdürülmüştür. *Gayduk* davasında başvurucular Devlet güvencesinde olan tasarruflarının getirisinden ekonomik düzende yapılan reform çalışmaları ve enflasyon yü-

---

496 Enflasyon ile **P1–1** arasındaki ilişkiye yönelik spesifik bir çalışma için bkz. Ali Rıza Çoban, "*Inflation and Human Rights: Protection of Property Rights against Inflation under the European Convention on Human Rights*", **Essex Human Rights Review**, Vol. 2, No. 1, sf:62-78. (www.projects.essex.ac.uk/EHRR/archive/pdf/files-coban.pdf 10/01/2008)

497 *X. v. Germany*, App. No.8724/79, Admissibility Decision of 6 March 1980, **DR Vol. 20**, sf:226-229, özellikle 229.

498 Bu bulguda, faiz oranı ile enflasyon oranı arasındaki farkın % 1 olmasının da etkisi olabilir.

499 Aynı yönde Sarı, **a.g.e.**, sf: 27.

500 *Rudzinska v. Poland*, App. No.45223/99, Admissibility Decision of 7 September 1999.

501 *Gayduk and others v. Ukraine*, App. No.45526/99, Admissibility Decision of 2 July 2002. Ayrıca bkz. *Shmalko v. Ukraine*, App. No. 60750/00, Partial Admissibility Decision of 6 May 2003.

zünden yararlanamamışlardır. Mahkeme *Rudzinska* davasına atıfla, başvurucuların asıl/ilk mevduatlarının ve yasal faizinin **P1–1** güvencesinde olduğunu – ki Mahkemenin verdiği bilgiye göre başvurucuların bu noktada bir şikayetleri yoktur – ve fakat tasarrufların endekslerinin kategorik olarak **P1–1** kapsamına girmediğine karar vererek başvuruyu kabuledilemez bulmuştur.[501] Gerçi 2003 tarihli *Ryabykh* kararında benzer soruna ilişkin **P1-1**'in ihlali iddiası kabuledilebilir bulunmuş ve fakat mülkiyet hakkının ihlali olmadığına hükmedilmiştir.[502] Ancak bu kararın enflasyonun mevduatın getirisini veya değerini düşürdüğü hallerde **P1-1**'in uygulanabilirlik potansiyeli taşıdığı şeklindeki bir yorumu pek desteklediği söylenemez. Zira bu davada başvurucu lehindeki kesin hükmün bozulması faktörü önemli rol oynamıştır. Buna rağmen, başvurucu belirli bir tazminat aldığı için mülkiyet hakkının ihlali bulunmamıştır.

Aslında Devletin ödeme yükümlülükleri bağlamında enflasyon-faiz ilişkisi açısından içtihadın çok net olduğu söylenemez. 1986 tarihli *Lithgow* davasında Mahkeme, başvurucuların tazminat bedelinin belirlenmesinde esas alınan tarih ile millileştirme tarihi arasında hisselerinin gelirlerinden yoksun bırakıldıklarına ilişkin şikayeti, millileştirmeye karar verildikten sonra ortaya çıkan bilgilere ilişkin olarak önceden bir yargıda ya da tahminde bulunulamayacağını dikkate alarak, muhatap Hükümetin enflasyon karşısında değer yitiren tazminat bedelleri bakımından ekstra bir giderim öngörmeyen iç hukuk düzenlemelerini tercih etmesinin takdir marjı içerisinde mütalaa etmiştir.[503] 1990'lı yıllara gelindiğinde içtihat değişmiş gibi gözükmektedir. Ünlü *Akkuş* ve *Aka* içtihatları bu duruma işaret ediyor. Adı geçen davalarda başvurucular kamulaştırılan taşınmazları için kıymet takdir davası sonunda ek tazminat kazanmışlardır. Ancak hem ek tazminat hem de bunu ödenmesindeki iki yıllık gecikmeler için kanuni % 30 faiz verilmesi, Türkiye'de o dönemde enflasyon % 70 civarında seyrettiğinden ötürü malvarlıklarında zarara uğramışlarıdır.[504] Belirtilmelidir ki, AİHM *Akkuş* ve *Aka* davalarında *Lithgow* kararında vardığı sonucu tartışmamıştır.

Otonomi iflas etmiş olsa da, belli bir işlev görmeye devam etmektedir. Tasfiye sürecindeki otonominin işlevini göstermek üzere şunlar söylenebilir. Hakkın mevcudiyetinin ya da meşru beklentinin kaynağı açı-

---

502 *Ryabykh v. Russia*, App. No.52854/99, Judgment of 24 July 2003, paras. 62-63.

503 *Lithgow and others v. United Kingdom*, App. Nos.9006/80 - 9262/81 - 9263/81 - 9265/81 - 9266/81 - 9405/81, Judgment of 8 July 1986, paras.144-147. Ayrıca bkz. ve krş. *Dominic Mintoff and others v. Malta*, App. No. 4566/07, Admissibility Decision of 26 June 2007.

504 *Akkuş v. Turkey*, App. No.,19263/92, Judgment of 23 October 1997; *Aka v. Turkey*, App. No.19639/92, Judgment of 23 September 1998.

sından çok zayıf ölçüde ulusal hukuk paradigmasından kurtulunabilinir. Yani, hakkın kaynağı olarak uluslararası veya ulusalüstü hukuk referans alınabilir. Uluslararası hukuk bağlamında çok taraflı andlaşmalar örnek olarak zikredilebilir.[505] Bir uluslararası andlaşmanın mülkiyet hakkının kaynağı olarak görülebilmesi mağdurlar için bireysel, talep edilebilir bir hak ihdas edip etmediğine bağlıdır. Eğer andlaşma hükümleri, o andlaşmaya taraf devletler için birbirlerine karşı yükümlülük doğuruyorsa, kişilere bireysel hak verdiğinden söz edilemez.[506] Mesela, İtalyan mahpusların ve savaş esirlerinin İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman ordusu tarafından zorla alıkonuldukları ve çalıştırıldıkları için tazminat taleplerini içeren ilginç bir davada AİHM, başvurucular tarafından tazminat taleplerinin dayanakları olarak kullanılan ve aralarında ünlü insancıl hukuk sözleşmeleri ile kölelik sözleşmesinin yer aldığı çok sayıda hukuk belgesinin, başvuruculara tazminat için bireysel talep hakkı vermediğini saptayarak, iddiaları kabuledilemez ilan etmiştir.[507] Yine andlaşmanın ulusal hukukta kendiliğinden uygulanabilirlik niteliğinde olup olmaması da önem taşımaktadır.[508]

---

505 Bu noktada eklemek gerekir ki, uluslararası hukuk Devletlerin özel olarak **P1-1**'sel genel olarak da Sözleşmesel sorumluluktan kaçabilmesine da yarayabilir. İran-ABD Talepleri Mahkemesi (Iran-United States Claims Tribunal) tarafından kalemdeki işine son verilen başvurucunun bu mahkemenin konuşlandığı Hollanda Devletine karşı açtığı ve diğerlerinin yanısıra iş sözleşmesi temelinde mülkiyet hakkının ihlalini dile getirdiği davada Komisyon, İran-ABD Talepleri Mahkemesinin uluslararası hukuk uyarınca misafir eden devletin yargı yetkisinden bağışık olduğunu vurgulayarak, uluslararası bir organın çalışmasını sağlamak amacıyla ulusal egemenliği böylesine kayıtlayan bir bağışıklığın Sözleşme bakımından bir sorun doğurmadığına karar vermiş ve başvuruyu kişi yönünden (muhatap açısından) kabuledilemez ilan etmiştir. Bkz. Ary *Spaans v. Netherlands*, App. No. 12516/86, Admissibility Decision of 12 December 1988, **DR Vol. 58**, sf:119-122, özellikle 122. Ayrıca, bu yargı yerinin faaliyetlerinden ötürü Hollanda'nın sorumlu olmadığına dair *Spaans* vakasına da atıf yapan bir çalışma için bkz. Petrochilos, **a.g.e.**, sf:231-234.

506 *Mayer, Weidlich, Fullbrecht, Hasenlamp, Golf and Klausser v. Germany*, App. Nos.188890/91, 19049/91, 19342/92 and 19549/92, Admissibility Decision of 4 March 1995, **DR Vol. 85-A**, sf:5-20, özelllikle 17 (uluslararası insancıl hukuk sözleşmesinin gündeme gelmesi-zaman duvarı sebebiyle kabuledilmezlik). Aynı yönde olarak bkz. *Krafft Paridam Heinz Robert von Rigal – von Kriegsheim v. Germany*, App. No. 37696/97, Admissibility Decision of 21 May 1998.

507 *Associazione Nazionale Reduci Dalla Prigionia Dall'Internamento e Dalla Guerra Di Liberazione and 275 others v. Germany*, App. No. 45563/04, Admissibility Decision of 4 September 2007, para. 2/b (The Law). Ayrıca bkz. ve krş. *Pashkovskiy v. Ukraine and Poland*, App. No. 4582/05, Admissibility Decision of 17 June 2008.

508 *X., Y., Z. v. Germany*, App. No.7694/76, Admissibility Decision of 14 October 1977, **DR Vol. 12**, sf:131-135, özellikle 133-134; *Mayer, Weidlich, Fullbrecht, Hasenlamp, Golf and Klausser v. Germany*, Admissibility Decision of 4 March 1995, **DR Vol. 85-A**, sf:18-19; *Krafft Paridam Heinz Robert von Rigal – von Kriegsheim v. Germany*, App. No. 37696/97, Admissibility Decision of 21 May 1998 (Alman birleşmesi Andlaşmasının etkisi-iki önceki dipnotuna da bkz.).

Bu çerçevede son derece ilginç bir karar olan *Kapas*'tan bahsetmek gerekir. Başvurucu İngiliz vatandaşı olup Kıbrıs'taki topraklarının Türkiye tarafından müdahale sonrası tazminatsız kamulaştırıldığı gerekçesiyle Birleşik Krallık'tan tazminat istemektedir. Başvurucu talebine dayanarak olarak 16 Ağustos 1960 tarihli ve Yunanistan, Türkiye ve Birleşik Krallık arasında akdedilen Garanti Andlaşmasını ve bunu müteakip İngiltere'nin yaptığı beyanı göstermektedir. İddiaları incelemeye Sözleşmenin diplomatik koruma hakkını içermediği tespitiyle[509] başlayan AİHK, Garanti Andlaşması ile İngiltere'nin beyanının Birleşik Krallığa karşı bireysel bir hak doğuracak şekilde yargı yetkisini genişletmediği ve **AİHS**'deki hiçbir hakkın herhangi bir taraf devlete başvurucular lehine bir başka Devletin makamlarına karışma yetkisi vermediği sonucuna ulaşmış ve başvuruyu konu bakımından yetkisizlik temelinde kabuledilemez bulmuştur.[510]

Ulusalüstü hukuk bağlamında Avrupa Birliği (AB) örnek verilebilir. *Dangeville* davasında başvurucu şirket AB hukukuna aykırı ve fakat ulusal hukuka uygun olarak ödediği katma değer vergisinin iadesini istemiştir.[511] İsteği ulusal makamlarca reddedilen şirket, şikayeti Strasbourg'a taşır. AİHM, AB hukukunun doğrudan uygulanabilir olmasına vurgu yaparak başvurucunun alacak hakkının doğduğunu kabul etmiştir. AB hukukunun doğrudan uygulanabilirliği noktasında Mahkeme, ilgili Yönergelere ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına bakmıştır.[512] *Dangeville* kararı başka kararlara kaynaklık etmiştir. *EEG-Slachthuis Verbist* davasında başvurucu şirket AB hukukuna aykırı ve fakat ulusal hukuka uygun olarak işletmesinin bulunduğu sektördeki hayvan sağlığı fonuna ödemek zorunda kaldığı katkı paylarının iadesini istemiştir. Bu talebi geriye yürürlü mevzuat ihdas edilmek suretiyle reddedilen şirketin şikayeti önüne geldiğinde AİHM, *Dangeville* kararına atıf yaparak AB hukukuna aykırı olduğu AB yargısının kararı ile tescillenen mevuata binaen haksız olarak tahsil edilen paranın iadesini isteme hakkının **P1-1** an-

---

509 Diplomatik korumanın Devletler bakımından **AİHS**'in içerdiği yükümlülükler arasında olmadığına dair öncü bir karar olarak ayrıca bkz. *Bertrand Russel Peace Foundation Ltd v. the United Kingdom*, App. No. 7597/76, Admissibility Decision of 2 May 1978, **DR Vol. 14**, sf:117-124, özellikle 123-124.

510 *Kapas v. the United Kingdom*, App. No.12822/87, Admissibility Decision of 9 December 1987, **DR. Vol. 54**, sf:201-203, özellikle 203.

511 Bu karar vesilesiyle Fransız doktrininde AB hukuku ile ulusal hukuk arasındaki bu gerilimin nihai ve bağlayıcı çözümünü yapan AİHM'in rolünün virtüel nitelikte bir hakem rolü olduğu ileri sürülmüştür. Bilgi ve referanslar için bkz. Celal Erkut, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004, sf:134-137.

512 *S. A. Dangeville v. France*, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002, paras.46, 48.

lamında en azından meşru beklenti kavramı içersinde mütalaa edilebileceği değerlendirmesini yapmıştır.[513]

Müflis otonomi, başvurucuların ulusal hukukun aradığı mülkiyetin aidiyetini gösteren belgelere sahip olmaması halinde malvarlığı haklarının varlığı hususunda da işlev görebilir. Resmi bir belgenin (örneğin, tapu) yokluğunda mülkiyetin varlığının göstergesi olan en yaygın hukuki kurumların başında kazandırıcı zamanaşımı gelmektedir. Mevzuatın aradığı koşullarla birlikte sürekli zilyetliğe/kullanmaya dayanarak ayni hak iktisabı[514] anlamına gelen kazandırıcı zamanaşımı kurumu yoluyla, tapuya kayıtlı olmadan iktisap edilmiş bir taşınmazın **P1–1** çerçevesinde korunması mümkündür. İlk kez *Kutsal Manastırlar* davasında kazandırıcı zamanaşımı kavramının kullanıldığı görülmektedir. Başvurucu manastırların yüzyıllardır sahip oldukları tapusuz taşınmazlara Devletçe el konulmasının **P1-1**'e uygunluğunun tartışıldığı davada muhatap Devlet öncelikle manastırların aslında hukuki anlamda geçerli bir mülkiyete sahip olmadığı savunmasını yapmıştır. Mahkeme ise bu savunmaya iltifat etmemiştir. Zira resmi bir tapunun bir şekilde bulunmaması başvurucu manastırların yüzyıllardır söz konusu taşınmazları kullandığı, bunun tarihsel süreçte çeşitli defalar Devletçe onaylandığı ve o güne dek herhangi bir itiraz olmadığı için kazandırıcı zamanaşımı kurumu üzerinden mülkiyeti kazandıklarını göstermektedir.[515]

---

513 *EEG-Slachthuis Verbist v. Belgium*, App. No.60559/00, Admissibility Decision of 10 November 2005. Ancak sonuçta bu iki karar arasında çok büyük bir fark meydana gelecektir. *Dangeville* vakası ihlal kararı ile sonuçlanacakken *EEG-Slachthuis Verbist* kararında ihlal bulunmayacaktır.

514 Bkz. İsmet Gülümser Sungurbey, **İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1956, sf:1. Sungurbey'in eseri dışında kazandırıcı zamanaşımı kurumu hakkında genel bilgi için bkz. Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:306-311; Kemal Oğuzman-Özer Seliçi-Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, 2006, sf:335-366, 587-588; Kemal T. Gürsoy- Fikret Eren-Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, gözden geçirilmiş ikinci baskı, AÜHF Yay. No: 476, 1984, sf:513-554; Şeref Ertaş, **Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku**, Gözden geçirilmiş 7. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2006, sf:315-338; Carol M. Rose, "*Possession as the Origin of Property*", **University of Chicago Law Review**, Vol. 52, 1985, sf:73-88; Henry W. Ballantine, "*Title by Adverse Possession*", **Harvard Law Review**, Vol. 32, 1918, sf:135-159. Önemle belirtmek gerekir ki, Anglo-sakson sisteminde tapuda başkası adına ve hukuka uygun olarak tescil edilmiş bir arazi bile kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilebilir. Üstelik bu durum, kural olarak, **P1-1**'e uygundur (bkz. *J. A. Pye LTD and J.A. Pye Land LTD v. United Kingdom*, App. No.44302/02, GC Judgment of 30 August 2007). Kamu mallarının zamanaşımı ile iktisaba elverişli olmadığı yönünde bir inceleme için bkz. Aydın Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1999, sf:130-134.

515 *Holy Monasteries v. Greece*, App. Nos.13092/97 and 13984/88, Case No.10/1993/405/ 483-484, Judgment of 9 December 1994, para.60. Yine Yunanistan'a karşı bir başka kilisenin açtığı davada da başvurucu kilise kazandırıcı zamanaşımı kurumuna

Matos e Silva davası kazandırıcı zamanaşımının otonom kavramlar doktrini çerçevesinde işlev görmesinin güzel bir örneğidir. Bu davada başvurucu şirketler, neredeyse yüzyıla yaklaşan bir süredir aynı tarım arazilerini işletmektedirler. Muhatap Hükümet bu araziler üzerinde kamulaştırma benzeri tasarruflarda bulunmuştur. Uyuşmazlık önüne geldiğinde AİHM, öncelikle mülkiyeti ihtilaflı arazi bakımından **P1-1**'in uygulanabilir olup olmadığını ele almıştır. Bu problemi incelemeye **P1-1**'in otonom niteliğini vurgulayarak başlayan Mahkemeye göre, yüzyıla yaklaşan bir süredir nizasız ve fasılasız bu topraklar üzerinde hakları bulunduğu ve toprağı işlemekten gelir elde ettikleri için **P1–1** uygulanabilir niteliktedir.[516]

Kazandırıcı zamanaşımı kurumunun bir şekilde rol oynadığı bir başka dava *Bruncrona*'dır. Bavucuların sahip oldukları hakkın niteliği tartışma konusu olmuştur. Başvurucular, 300 yüzyıllık tarihten gelen bir mülkiyet ya da intifa ("*usufruct*") hakları olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme, uyuşmazlığı tamamen ulusal yargı yerlerine bırakmış ve başvuruculaın mülkiyet ya da intifa hakkına sahip olmadığını kabul etmiştir. Ancak AİHM, yine ulusal yargı yerlerinin kararları temelinde, başvurucuların tarihsel kira sözleşmesinden kaynaklanan hakları bulunduğunu ve bunun **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini belirlemiştir.[517]

Çok yakın tarihli *Oxford* davası kurumun **P1–1** yargısındaki yerini ve işlevini göstermesi bakımından önemlidir. Söz konusu davada başvuruculaın tapuda üzerlerine kayıtlı olan arazi fiilen üçüncü bir şahıs tarafından kullanılmaktadır. Üçüncü şahıs ile arazi sahipleri arasında eskiden bir sözleşme ilişkisi bulunmakla birlikte, bu sözleşme yenilenmediği için süresi bittiğinde sona ermiştir. Bununla birlikte, üçüncü şahsın işgalciliği devam etmektedir. Daha sonra üçüncü kişi, tapu idaresine başvurarak işgal ettiği arazinin kendi adına tescil ettirmiştir. Üçüncü şahıs, 12 yıllık kullanımın ardından kazandırıcı zamanaşımıyla taşınmaz iktisabına izin veren Zamanaşımı Kanunu'na dayanmaktadır. Ulusal yargı makamları, gönülsüz de olsa, zikredilen yasal düzenlemeler çervesinde başvuruculaın aleyhine karar verir.[518] AİHM'in Dördüncü Dairesi, tapu-

---

dayanmıştı. Ancak bu dava adil yargılanma hakkı ekseninde çözüme kavuşturulmuş ve mülkiyet hakkı bakımından bir inceleme yapılmamıştır. Bkz. *Canea Catholic Church v. Greece*, App. No.25528/94, Case No.143/1996/762/963, Judgment of 16 December 1997.

516 *Matos e Silva Lda and others v. Portugal*, App. No.15777/89, Judgment of 16 September 1996, para.75. Mahkemenin ifadesi şöyledir: "In the present case the applicants' unchallenged rights over the disputed land for almost a century and the revenue they derive from working it may qualify as 'possessions' for the purposes of Article 1 (P1–1)."

517 *Bruncrona v. Finland*, App. No.41673/98, Judgment of 16 November 2004, paras.74-79.

518 *J. A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. United Kingdom*, App. No.44302/02, GC Judgment of 30 August 2007, paras.10-22. "Gönülsüzlük" ibaresiy-

lu bir taşınmazın iktisap edilebilmesinin ve bunun için asıl malike 12 yıllık hak düşümü[519] süresi tanınmasının **P1-1**'i gündeme getirdiğini kabul etmiştir. Dördüncü Daireye göre, zamanaşımı/hak düşümü sürelerinin **AİHS** Madde 6 açısından ele alınma eğilimi, sorunun **P1–1** açısından ayrıca incelenmesine engel olmaz.[520] AİHM'in Büyük Dairesi de bu çözümü benimsemiş ve zamanaşımı/hak düşümü süresi bakımından **P1-1**'in Sözleşme Madde 6'nın yanında ayrıca uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Zira, **AİHS** Madde 6 ile **P1-1**'in içerikleri farklı olup değişik sorunlarla ilgilenmektedirler. Olayda başvurucular önceki yasal malik olduklarından ve bu taşınmazlarının 23 hektarlık bölümünü kaybetmiş olmalarını şikayet konusu yaptıklarından **P1–1** uygulanabilir niteliktedir.[521]

Elbette *Oxford* davasının farklı nitelikte olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Kazandırıcı zamanaşımı kurumunun gündeme geldiği diğer davalarda, başvurucular bu kuruma dayanarak **P1-1**'in uygulanabilir olduğunu ileri sürmektedirler. Oysa bu davada, mağdur/başvurucu, kazandırıcı zamanaşımı kurumunun İngiltere'deki spesifik bir uygulamasını (ve son tahlilde kanun hükmünü) şikayet etmektedir. Dolayısıyla burada ele alınan diğer davalarla *Oxford* davası farklı niteliktedir.

Kazandırıcı zamanaşımı kurumunun **P1-1**'i aktive etmekteki rolünü açık şekilde gösteren güncel bir örnek olarak *Doğan vd.* davası verilebilir. Bu davada başvurucular köydeki evlerinden zorla tahliye edilmiştir ve yetkili makamlar köye dönmelerine izin vermemektedir. Mülkiyet hakkı açısından muhatap Türkiye Devleti başvuruculaın resmi bir tapuya sahip olmadıklarını, hal böyle olunca **P1–1** korumasından yararlanamayacaklarını ileri sürmüştür. Başvurucular ise, yaşadıkları bölgede taşınmaz mülkiyetinin tapuya bağlı olmadığını, geleneksel biçimde babadan oğula geçtiğini, aslında bütün bir köyün ve köydeki ekonomik faaliyetin bir çeşit ortak mülkiyet kapsamında olduğu görüşünü dile getirmişlerdir. Başvurucular ayrıca, o muhitin Belediye Başkanının kendilerinin babalarından/dedelerinden kalan tapulu ve tapusuz taşınmazları Devletçe tahliye edilmelerinden önce geçimlerinin sağlanmasına yönelik olarak yerel adetler çerçevesinde kullandıklarına ilişkin ifadesini Mahkemenin dikkatine sunmaktadır. Hem Hükümetin hem de başvuruculaın görüşlerini değer-

---

le ulusal yargı makamlarının somut olayda verdikleri kararlarındaki mevzuat eleştirisine gönderme yapılmaktadır (özellikle bkz. para.16.).

519 İngiliz hukukunda terminolojik olarak hak düşümü süresi ile zamanaşımı süreleri arasında bir fark bulunmamaktadır. İlgili mevzuatın içeriğinden anlaşıldığı kadarıyla, olayda söz konusu olan, hak düşümü süresidir.

520 *J. A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. the United Kingdom*, Judgment of 30 August 2007, para.37.

521 *J. A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. the United Kingdom*, paras.58-63.

lendiren AİHM öncelikle **P1-1**'in otonomisine vurgu yapmıştır. Mahkeme devamla, buradaki sorunun, başvuruculaın ulusal hukuka göre mülkiyet hakkına sahip olup olmadığı değil, başvuruculaca topyekün olarak yapılan ekonomik faaliyetlerin **P1–1** anlamında malvarlığı içinde sayılıp sayılmayacağı olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Başvuruculaın tahliye edilene kadar söz konusu köyde yaşamış olduklarına Hükümetin itiraz etmediğini, dedelerinden kalan topraklar üzerinde tapusuz da olsa evler inşa ettiklerini, yine dedelerinden kalan toprakları ekip biçtiklerini, ayrıca köye ait topraklarda geçimlerine yönelik çeşitli faaliyetlerde bulunduklarını göz önüne alan Mahkeme, bütün bunların **P1–1** anlamında malvarlığı içinde mütalaa edilebileceklerine karar vermiştir.[522]

Bütün bu kararlara rağmen, **P1–1** otonomisi gerçek anlamda bir otonomi olmadığı için, Mahkemin kazandırıcı zamanaşımı kurumunu otonom kavramlar doktrini çerçevesinde uygulaması ciddi tutarsızlıklar içermektedir. Örneğin, kazandırıcı zamanaşımı kurumuna dayanarak **P1-1**'i aktive edebilmek için, daha *Matos e Silva* davasında[523] zımnen benimsendiği ve kurumun ruhuna da uygun olduğu üzere, zilyetliğin nizasız/çekişmesiz olması gereklidir. Nizalı taşınmazlar üzerinde **P1-1** anlamında mülkiyet hakkı olduğu söylenemez ve bu nizayı başvurucular aleyhine çözen ulusal yargı kararları, açıkça bir keyfilik ve usuli yetersizlik söz konusu olmadıkça[524], Strasbourg denetiminin dışındadır.[525] Gelgelelim, AİHM nizasızlık ölçütünü o kadar ileri götürmüştür ki, adlarına tapuda tescili bulunan ve fakat üçüncü şahıslarca bu tescilin iptali için dava açılan hallerde AİHM, başvuruculaın mülkiyet hakkı korumasından yararlanamayacaklarına hükmetmiştir.[526] Bu son kategori içerisine giren kararların isabetli olduğunu söylemek ise mümkün değildir. **P1-1** otonom veya en azından yarı otonom olduğuna göre, Devlet tarafından hazırlanıp maliklik statüsünü gösteren temel belge olan, içeriğinin doğruluğu aksi ispatlanan dek geçerli kabul edilen ve kendisine itimatın esas olduğu tapu belgesinin, sırf bunun iptali için üçüncü kişiler veya Hazinece dava açılmış olması sebebiyle **P1-1**'i aktive etmeye yetmemesi

---

522 *Doğan and others v. Turkey*, App. No.8803-8811/02, 8813/03 and 8815-8819/02, Judgment of 29 June 2004, paras.136-139.

523 *Matos e Silva Lda and others v. Portugal*, App. No.15777/89, Judgment of 16 September 1996, para.75.

524 Bu noktada adil yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6'nın aradığı usuli yargısal güvencelere uygun bir yargılama yapılması gereklidir.

525 *Sarıaslan and others v. Turkey*, App. No. 32554/96, Admissibility Decision of 23 March 1999; *Balcı v. Turkey*, App. No. 6845/01, Admissibility Decision of 10 January 2008; *Pekinel v. Turkey*, App. No. 9939/02, Judgment of 18 March 2008.

526 *Namlı and others v. Turkey*, App. No. 51963/99, Admissibility Decision of 8 March 2005, para. 2 (The Law).

AİHM'in, meşru beklenti doktrininin temelinde yatan hukuk güvenliği ilkesini tam manasıyla idrak edemediğini göstermektedir.[527]

Üstelik AİHM'in hiçbir şekilde nizalı olmayan talepleri reddettiği kararları da bulunmaktadır. 2007 yılı başında kabuledilemez ilan edilen *Karayazgan* başvurusu bunu gösterecektir. Bu davada başvurucu babasından kendisine miras kalan ve tapuya kayıtlı olmayan taşınmazının inşaatı başlayan Karakamış Barajının su toplama alanında kalacağı endişesiyle tapuda kendi adına tescili talebini içeren bir dava açmıştır. Ulusal mahkemeler, söz konusu toprağın kumluk (*sandy land*) olduğu ve kumlukların Türk hukukuna göre özel mülkiyete konu olamayacağı gerekçesiyle kazandırıcı zamanaşımı kurumunun işlevsiz kaldığı sonucuna varmış ve davacı adına tapuda tescil talebini reddetmiştir. AİHM ise, **P1-1**'in mülkiyet edinme hakkını içermediği belirlemesiyle başladığı incelemesinde, taşınmazın tapusuz olduğunu ve aile tarafından kullanılan bu toprağın aile tarafından kullanılmasının herhangi bir hukuki temele dayanmadığını tespit eder. Daha sonra AİHM, Türk hukukunda kumlukların özel mülkiyete konu olamayacağından hareket ederek başvurucunun ne mevcut bir hakkı bulunduğunu ne de mülkiyetin iadesine yönelik meşru bir beklentisi olduğu sonucuna vararak başvuruyu konu bakımından **P1-1**'in dışında kaldığına karar vermiştir.[528]

Karayazgan kararı, neresinden tutulursa tutulsun elde kalmaktadır. Bir kez, kararın yazımı son derece özensizdir. Mahkeme, her zaman yaptığının tersine, kendi içtihatlarından bir tekini bile zikretmemektedir. Ayrıca, Türk hukuku hakkında "derin" yorumlar yapmasına rağmen tek bir ulusal mevzuat hükmünü zikretmemektedir. Oysa bilindiği üzere, Strasbourg organları ulusal hukuk düzenlemelerini karar metnine geçirmektedir. Kararın içeriği de son derece şüphelidir. Bir kez kumluk (*sandy land*) ne demektir? Türkiye'de hangi düzenlemeye dayanarak kumlukların özel mülkiyete konu olmayacağına karar vermiştir?[529] Daha da önemlisi, Mahkemenin çok yakın bir geçmişte verdiği ve şüphesiz kum-

---

527 Nitekim *Devecioğlu* vakasında muhatap Hükümet, bir önceki dipnotunda zikredilen *Namlı* kararını ileri sürerek, tapulu arazileri orman sınırları içerisinde kaldığı için tapuları iptal edilen başvurucuların mülkiyet hakkı ihlali iddialarına itiraz etmiştir. Ancak AİHM, haklı olarak, başvurucuların tapu kayıtlarına güvenerek işlem yaptığına ve bu kayıtlardaki bilgilerden Devletin sorumlu olduğuna vurgu yaparak Hükümetin itirazını reddetmiştir (bkz. *Devecioğlu v. Turkey*, App. No.17203/03, Judgment of 13 November 2008, paras. 33-34).

528 *Karayazgan v. Turkey*, App. No.32371/03, Admissibility Decision of 8 February 2007, para.4 (The Law). Ayrıca bkz. ve krş. *Mehmet Ali Kaçar v. Turkey*, App. No. 11326/03, Admissibility Decision of 24 June 2008.

529 Muhtemelen 04/04/1990 tarih ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu uyarınca böyle bir değerlendirme yapmış olmalıdır. Her halükarda, dayanak kanun isminin veya numarasının kararda zikredilmemiş olması kabul edilemez.

luk niteliğini haiz olan kıyılarda zamanında meri olan mevzuat çerçevesinde yapılmış binaların mülkiyetinin hazine adına tescil edilmesini **P1-1**'e aykırı bulan kararları[530] ne olacak? Türkiye'de kumlu toprakların özel mülkiyete konu olamayacağını belirleyen düzenleme ne zaman yürürlüğe girdi? Bu olayda da, tıpkı kıyılarla ilgili olan başvurularda olduğu gibi, başvurucu 30 yıldır ailece bu taşınmaza malik sıfatıyla zilyet olduğunu söylüyordu.[531] Kararda bu iddiayı çürüten veya buna karşı çıkan en ufak bir bilgi yoktur. Bu durumda hemen yukarıda ele alınan *Doğan vd.* kararıyla *Karayazgan* kararı arasında ne fark vardır? Yoksa bu fark, birinde Kürt kökenli vatandaşların siyasal arkaplanlı olduğu izlenimi edinilen başvuruları ile muhtemelen yine Kürt kökenli bir başka vatandaşın siyasal hiçbir yönü olmayan şikayetinde mi yatmaktadır? Veya nizasız şekilde zilyetlikle ilgili bu vakanın tapusuz olup özel hukuk kişileri ile başvurucular arasında ihtilaflı olan davalarla[532] aynı kefeye konulması nasıl açıklanabilir? Bu soruların hiçbirine tutarlı bir cevap verilemeyeceği için *Karayazgan* kararını vahim de olsa bir adli özensizlik olarak nitelemek, AİHM'in saygınlığının korunması bakımından elzemdir.

Kazandırıcı zamanaşımına benzer şekilde, tapuların veya maliklik statüsünü gösteren belgelerin bir şekilde ulusal makamlarca geçersiz addedildiği hallerde, ödenmiş olan vergiler zaman duvarının aşılmasına yardımcı olabilir. Bu noktada olgusal durum ile hukuki durum birlikte ele alınmaktadır. *Beyeler* davasında Mahkeme, oldukça karmaşık sayılabilecek olgusal ve hukuki durumları bir arada ele almış ve **P1-1**'in uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken AİHM başvurucunun ulusal makamlar tarafından sanki malikmiş gibi muhatap alındığını, belirli zaman dilimlerinde uyuşmazlık konusu taşınır malı (tablo) elinde bulundurduğunu dikkate almıştır.[533] *Eski Yunan Kralı vd.* davasında Mahkemenin benzer mülahazalarla hareket ettiği görülmektedir. Muhatap Hükümetin başvurucuların kamusal figür olmaları sebebiyle mallarının aslında klasik anlamda özel mülkiyet değil de kendine özgü yarı kamusal karakterde olduğu ve dolayısıyla **P1-1**'in uygulanabilir olmadığı yönündeki savunmasına itibar etmemiştir.[534] Bu savunmayı red-

---

530 Örneğin bkz. *Doğrusöz and Aslan v. Turkey*, App. No.1262/02, Judgment of 30 May 2006; *Tuncay v. Turkey*, App. No.1250/02, Judgment of 12 December 2006.

531 Aslında kararda hem "50" hem de "30" yıl ibareleri geçmektedir.

532 Örneğin *Sarıaslan and others v. Turkey*, App. No. 32554/96, Admissibility Decision of 23 March 1999; *Pekinel v. Turkey*, App. No. 9939/02, Judgment of 18 March 2008.

533 *Beyeler v. Italy*, Judgment of 5 January 2000, paras.101-105. Ayrıca bkz. Georg Ress, "*Reflections on the Protection of Property under the European Convention on Human Rights*", **Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Stephan Breitenmoser vd., Dike, Nomos, 2007, sf: 625-645, 638-640.

534 Malvarlıklarından yoksun bırakılan hanedanların şikayetleri daha önce AİHK önüne gelmişti. Son Avusturya İmparatoru Charles'ın oğlu ve torununun (sırasıyla Carl-Lud-

dederken AİHM, başvuruculaların ölüme bağlı ve sağlar arası kazandırıcı işlem yoluyla uyuşmazlık konusu birçok taşınmazı devraldığını, başvuruculaların tarihsel süreç içerisinde Yunan hukuk düzenine çeşitli uyuşmazlıklara taraf olduğunu ve başvuruculaların vergi ödediklerini dikkate almıştır.[535] Ünlü *Papamichalopoulos ve diğerleri* davasında ulusal makamlar önünde taraf olmak ve lehe bazı kararlar kazanmak el atılmış taşınmazın sahiplik statüsünü gösteren veri olarak kullanılmıştır.[536] *Brumarescu* kararında AİHM mağdurun ulusal yargılamanın tarafı olduğu, uzlaşmazlık konusu taşınmaz için vergi ödediği, ebeveynlerinin ardılı/mirasçısı olarak bir yargı kararıyla hukuka uygun şekilde malik konumuna geldiği ve meşru malik olarak bir buçuk yıl kadar taşınmazı nizasız kullandığı gerekçelerine dayanarak mülkiyet hakkının mevcut olduğuna hükmetmiştir.[537] *Zwierzynski* davasında ise **P1-1**'in otonomisini vurgulayan Mahkeme, ulusal yargı yerlerinde başvurucunun taraf olduğunu, kamulaştırma kavramının mantık gereği mutlaka bir üçüncü şahsa ait bir malın varlığını varsaydığını ve nihayet başvurucunun taşınmazla ilgili vergi ve harçları ödediğini belirterek **P1-1**'in uygulanabilir olduğuna karar vermiştir.[538] Mahkeme, çok yakın bir tarihte karara bağlanan *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı* başvurusunda da, özellikle vergilerin ödenmesi temelinde benzer bir yaklaşım sergilemiştir.[539]

İstanbul Ümraniye'deki çöplük patlaması olayına dair *Öneryıldız* davası, yukarıda ele alman unsurlardan çeşitli örnekleri bünyesinde barın-

---

wig ve Lorenz Habsburg-Lothringen) açtığı benzer konulu davada, mülkiyetten yoksun kalma tarihi **AİHS**'in kabul ediliş tarihinden önce olduğu için, şikayetler zaman bakımından yetkisizlik temelinde kabuledilemez bulunmuştur (bkz. *Habsburg-Lothringen v. Austria*, App. No. 15344/89, Admissibility Decision of 14 December 1989).

535 *Former King of Greece and others v. Greece*, App. No.25701/94, Judgment of 23 November 2000, paras.61-65.

536 *Papamichalopoulos and others v. Greece*, App. No. 14556/89, Judgment of 24 June 1993, Series A No. 260-B, para.39. Şaşırtıcıdır ki doktrinde Sermet, kararın bu yönünü eleştirmiştir ve **P1-1** korumasını zayıflattığını ileri sürmüştür (bkz. Sermet, **a.g.e.**, sf:17-18). AİHM'in, bizim zaten yetersiz bulduğumuz bu yaklaşımını bile "fazla geniş" bulan yazar, muhtemelen **P1-1**'in insan hakları normu değil de eşya hukuku normu olduğunu düşünüyor olsa gerek. Veya, Batı Avrupalı (büyük ihtimalle Fransız) yazarın, ülkesinde tapusuz veya bir başka şekilde sorunlu gayrimenkuller olmadığını veya istisnai olduğunu varsayarak, tapusuz gayrimenkullerin Yunanistan ve benzeri (örneğin Türkiye) ülkelerde pekala yaygın ve olağan olduğunu kavramakta güçlük çekmiş olabileceğini düşünebiliriz. Açıkçası, *Papamichalopoulos* kararına bu eleştiriyi yapabilmek için, insan hakları nosyonuna "Fransız" olmak gerektiği gibi, somut olayın özelliklerinden de habersiz olmak gerekir.

537 *Brumarescu ve Romania*, App. No.28342/95, GC Judgment of 28 October 1999, paras. 69-70.

538 *Zwierzynski v. Poland*, App. No.34049/96, Judgment of 19 June 2001, paras.64-66.

539 *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Turkey*, App. No.34478/97, Judgment of 9 January 2007, para. 57.

dırması itibariyle burada zikredilebilir. Başvurucu ailesiyle birlikte çöplük alanında bir gecekondu yapmış ve çöplük patlayana kadar yaklaşık beş yıl o muhitte bir sosyal ve aile çevresi kurmuştur. Başta o muhitten sorumlu yerel idare olmak üzere yetkili kamu makamları başvurucunun gecekondusundan haberdar olmasına rağmen, kendisini o bölgeden çıkartmak ve kaçak yapı ile eklentilerini yıkmak üzere hiçbir tasarrufta bulunmamışlardır. Tersine, kaçak yapıya elektrik ve su resmen bağlanmıştır ve başvurucular vergi ödemişlerdir. Kaçak yapıların bulunduğu gecekondu mahallesine posta ve eğitim hizmetleri de Devletçe götürülmüştür. Bu demektir ki, idare, bir idari hoşgörü ile başvurucunun ve ailesinin gecekondu ve diğer taşınırlardan oluşan malvarlığı değerlerinin varlığını kabul etmiştir. Başvurucunun kaçak yapı inşa etmekle hukuka aykırı davranması bir problem yaratmaz; zira, idare durumun farkında olmasına rağmen harekete geçme yükümlülüğünü zamanında ve uygun şekilde kullanmamıştır.[540]

Otonominin **P1–1** zaman duvarı açısından görüp görebileceği bütün işlev, işte bundan ibarettir. Otonominin buradaki işlevi, diğer Sözleşmesel haklar için gördüğü işlevin yanında pek cılızdır. Daha çok, ulusal hukuktaki şekli nitelemeye tabi olmamayı sağlamaktan ibarettir. Yani paradigma değişmemekte, yalnızca nitelemeye değil öze bakılmaktadır. Her halükarda ulusal hukukta bir dayanak bulunmalıdır. Uluslararası kaynakların geçerliliği bile ulusal hukuk dikkate alınarak belirlenmektedir. Oysa diğer hakların otonomisi bakımından ulusal hukuk, sadece bir başlangıç noktasıydı. Otonom kavramlar doktrininin **P1–1** özelindeki bu yüzeysel uygulaması, Mahkemenin diğer haklar için otonomi kavramını ilk kez geliştirmeye başladığı 1970'lerden kalmadır. Mahkeme, mülkiyet hakkı bakımından otonom kavramlar doktrinini ne 1990'lara ne de 2000'lere taşıyabilmiştir. Hiç çekinmeden denilebilir ki, mülkiyet hakkı, uygulanabilirliği açısından Mahkeme tarafından üvey evlat muamelesi görmektedir.

4) Ara Sonuç: Meşru Beklenti Aslında Ulusal Hukuklardaki Tam Hak veya Kazanılmış Haktır

Bütün bu açıklamalar göstermektedir ki, Strasbourg organları tarafından uygulandığı şekliyle meşru beklenti ile hakkın mevcut olması arasında anlamlı bir fark bulunmamaktadır. Meşru beklenti ile mevcut hak ortak unsurlara sahiptir. Strasbourg organları aslında her ikisi için de aynı ölçütleri kullanmaktadır. Genel bir formül olarak denilebilir ki, id-

---

540 *Öneryıldız v. Turkey*, GC Judgment of 30 November 2004, paras.11, 85, 105-106, 127-129.

dia konusu hak, somut eşyadan (maddi mal) ziyade hakla (gayri maddi mal) ilintili ise meşru beklenti kavramının gündeme gelme olasılığı daha fazladır.[541]

Strasbourg yargısında görülen meşru beklenti kavramı, sistemin ve özellikle **P1-1**'in niteliği gereği, hem idare hukukundan hem de medeni hukuktan unsurlar taşımaktadır. Eğer ulusal hukuk terminolojisiyle konuşacak olursak, meşru beklentinin, idare hukuku anlamında haklı beklenti ya da medeni hukuk anlamında beklenen hak olmadığı söylenebilir. Meşru beklenti, Strasbourg yargısında, idare hukuku veya medeni hukuk terminolojisiyle ifade edecek olursak, tam olarak kazanılmış hak niteliğindedir.[542]

1960'lı yıllarda medeni hukuk literatüründe beklenen hakkın malvarlığı içinde yer almadığı düşünülmekteydi.[543] Daha sonraları çeşitli ayrımlar yapılarak yumuşama eğilimi belirmiştir. Aslında özellikle medeni hukuk doktrininde konuya ilişkin çok sayıda teorik ayrım ve bunlara bağlanan farklı sonuçlar bulunmaktadır. Örneğin, beklenen hakka (*Anwartschaftsrecht*) ön gelen bekleme durumu veya beklenti (*Anwartschaft*) ayrımı gibi.[544] "Beklenen hakkı, tam hakkın kurucu olgularının tamamlandığı, fakat etkinlik unsurlarını(n) gerçekleşmediği bekleme durumuna ilişkin hak sahibinin hukuken korunan menfaati olarak tanımlayabiliriz."[545]. "Eğer bir hak bütün sonuçlarıyla henüz kazanılmamışsa ortada beklenen hak vardır. Hakkın ileride kazanılacağı umulmaktadır. Bu kurumun çok geniş bir uygulama alanı vardır. Örneğin, sosyal güvenlik pozisyonlarına adaylık hakkına (*Anwartschaftsrecht*) ve kazanmaya hak sahibi olma (*Erwerbsberechtigung*) ile tam hak sahibi olma (*Vollrecht*)

---

541 Bkz. ve krş. *Kopecky v. Slovakia*, GC Judgment of 28 September 2004, para.41.

542 İngiliz hukukunda makul beklenti ile meşru beklenti arasında fark olduğunu ileri süren yazarlar da, onların kullandığı anlamda meşru beklentinin tam hakka özdeş nitelikte olduğunu düşünmektedirler. Bkz. Mitchell, **a.g.m.**, sf:643. Bu noktada bir not olarak eklenmelidir ki, Türk hukuk doktrininde idare hukukundaki anlamıyla meşru beklenti kavramının medeni hukuktaki beklenen hak kavramından farklı yönler içerdiği ve daha geniş bir anlama sahip olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. Oğurlu, **a.g.e.**, sf:225-226.

543 Nuşin Ayiter, **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, AÜHF Yay. No: 229, Sevinç Matbaası, 1968, Ankara sf: 98. Yazarın ifadesi şöyledir: "Mamelek bir şahsın ekonomik değer taşıyan haklarından meydana gelmiştir. Bu itibarla henüz hak haline gelmemiş durumlar, mesela gayrimenkulün önünden müstakbel şehir planın(d)a yol geçecek olması sadece gayrımenkül üzerindeki hakkın iktisadi değerini arttıran faktörlerden olup, bizatihi bir mamelek değeri değildir. Keza ümit ve ihtimaller ne kadar değerli olursa olsunlar, mamelekin cüz'ü değildirler."

544 Nomer, **Beklenen Haklar**, sf:10-28; O. Gökhan Antalya, **Miras Hukuku**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2003, sf: 37-43.

545 Antalya, **a.g.e.**, sf:41

ayrımı" gibi.[546] Şu da eklenmelidir ki, Türk medeni hukukunda eskiden "muntazar hak" kalıbı kullanılmaktaydı.

Alıntılanan veya göndermesi yapılan bu ayrımlar çerçevesinde **P1-1**'deki meşru beklenti kavramının incelenmesi mümkün olabilir. Ancak, işbu Çalışmanın amaçları bakımından incelemenin kavramsal düzeyde kalması daha makul bir yaklaşım olacaktır. Ve söylenmelidir ki, **AİHS**'de yer alan diğer haklar açısından "tam hak", "beklenen hak" ve "beklenti" gibi ayrımlar yapılamaz. Mülkiyet hakkı ile diğer insan hakları arasında Strasbourg yargısınca belli bir zımni farklılık görüldüğü seziliyor.

Meşru beklenti kavramına sığınılarak **P1-1**'in uygulanabilir kılındığı davaların büyük çoğunluğunda ihlal bulunmadığı notu da, kavramın pek işlevsel olmadığını vurgulamak üzere buraya eklenebilir.

Bu noktada şu hususu da belirtmek gerekir ki, **P1-1**'in uygulanabilirliği aşamasında Strasbourg organlarınca kullanılan meşru beklenti kavramı ile AB hukukunda kullanılan meşru beklenti kavramı farklıdır. Meşru beklenti kavramı AB hukukunda, bir müdahalenin genel olarak hukuka uygun olup olmadığının tespitinde işlevsel olan ölçütlerden birisidir. Oysa **P1-1** yargısında, mülkiyet hakkının uygulanabilir olup olmadığının tespitinde rol oynamaktadır.

Bununla beraber, Çalışmanın III. Bölümünde ileri sürüldüğü üzere, **P1-1**'in **4. kuralı**, kanımızca, meşru beklenti kavramını mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin ölçülü olup olmadığının tespitinde faydalı kılabilecektir. Bu işlevsel farklılığı gösterebilmek için "haklı beklenti" terimini kullanmayı yeğlemekteyiz. Nitekim daha şimdiden bazı içtihatlar idari makamların tutarlı davranma yükümlülüğü açısından haklı beklenti kavramına ölçülülük aşamasında yer vermeye başlamıştır.

B) Zaman Duvarının Etkisi ve Aşılmasına Yönelik Bir Strateji

Yukarıdaki içtihatlar ve yorumlar genel bir perspektiften değerlendirildiğinde zaman duvarının önemli yansımaları olduğunu fark etmemek mümkün değildir. Öncelikle, ulusal hukuku referans almakla zaman duvarının etkililik ilkesini ve giderek otonomiyi çökerttiği vurgulanmalıdır. Bu durumda **P1-1**'e otonomi bahşetmenin neredeyse hiçbir anlamı kalmıyor. Üstelik bu yaklaşımın **AİHS**'nin Başlangıç kısmında belirtilen ortak hukuk anlayışına, ki zaten otonom kavramlar doktrinini destekleyen bu anlayıştı, uygunluğu pek şüphelidir.

---

546 Bkz. Ali Nazım Sözer, "*Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (Süper Emeklilikte Son Durum)*", **Çimento İşveren**, Cilt: 3, Sayı: 6, Kasım 1989, sf:3-29, özellikle 7-8.

Strasbourg organlarının zamansal bir duvar yaratmalarının ve ileriye yönelik talepleri **P1-1** kapsamı dışında bırakmalarının ve meşru beklenti dahil mülkiyet hakkının temelde ulusal hukuka göre mevcut olmasını aramalarının başlıca üç sebebi bulunmaktadır. Bu sebeplerin birincisi, Strasbourg mekanizmasının talilik/ikincillik ilkesi uyarınca kurgulanmış olmasıdır. Bugün 47 Devletin ulusal hukuk ve uygulamasının Sözleşmeye uygunluğunu denetleyen bir organın işi kolay değildir. Böyle bir organın mülkiyet hakkının kapsamı bakımından daha aktif bir tutum izlemesi, hiç aşina olmadığı ve uzmanlığını aşan sulara yelken açması anlamına gelir. Üstelik, hem AİHM hem de eski sistemde AİHK, Sözleşmedeki diğer bazı haklardan farklı olarak, **P1-1** metin bağlamında yol gösterici ilkelerden ve kavramlardan yoksundur. Bu noktada, **P1-1** metninin açıkça "mülkiyet hakkı" terim ve kavramına bile yer vermediğini tekrar hatırlamak mümkündür. Mülkiyet hakkı ve eşya hukuku meselelerinde farklı kurallar ve çözümler benimseyen ve hatta apayrı hukuk çevrelerine dahil Devletlerin olduğu bir sistemde ortak bir ulusalüstü standart tutturmanın güçlüğü açıktır. İkinci sebep, Sözleşme yapıcı Devletler **AİHS**'in hazırlanması evresinde mülkiyet hakkı kavramından daha çok hukuka aykırı kamulaştırma ve diğer el atmaları anlamaktaydı. **P1-1** mülkiyet hakkı, özellikle taşınmaz mülkiyetine keyfi el atmalara karşı kurgulanmış bir haktı. Strasbourg organları bu klasik anlayışı zaman içerisinde ve tedrici olarak kırmıştır. Bütün bir "meşru beklenti" doktrini zaten, bu klasik anlayışın aşılmasını sağlamak üzere devreye sokulmuştur.[547] Üçüncü sebep, özellikle günümüzde AİHM'in iş yükünün çok ağır boyutlara ulaşmasıdır. Hali hazırda altından kalkılmakta zorlanılan iş yükü, bir de **P1-1** kapsam bakımından mülkiyet edinme hakkı seviyesine varmasa bile daha aktif yorumlanır ve uygulanırsa, sistemi tümüyle kilitleyebilecektir. Gerçi bu argüman hukuki değildir ve bu yüzden bireylerin haklarından yoksun bırakılmasını meşrulaştırmaz; ama ulusalüstü yargı yerlerinin günümüzdeki gerçeğidir.

Burada ileri sürülebilecek olan, AİHM'in özellikle meşru beklenti doktrinini devreye soktuğu hallerde daha esnek bir tutum sergilemesi ve başvuruculaın mülkiyet haklarının zaman duvarını aştığını gösterebilmesi açısından sert ispat koşulları aramaması gerektiğidir. Bu, yukarıda gösterilen aynı konulu şikayetlerdeki tutarsız kararların ortadan kalkmasını sağlayacağı gibi, **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından ulusal hukukta dayanılacak temelin ("yeterli ulusal temel"), Sözleşmedeki diğer hakların uygulanması bağlamında kullanılan "ileri sürülebilir talep" veya "gerçek uzlaşmazlık" ölçütleriyle benzer içerikte olmasına yol açacak ve böylelikle Sözleşme içerisinde içtihadi tutarlılık sağlanacaktır.

---

547 Meşru beklenti doktrinine bu Çalışmada yöneltilen eleştiriler ve özellikle "meşru beklenti" ile "hakkın mevcut olması" arasında anlamlı bir fark bulunmadığı argümanı, bu kavrama başvurarak ulaşılmak istenen amacı ortadan kaldırmamaktadır.

Buna ek olarak, zaman duvarının alçaltılmasına yönelik farklı bir strateji geliştirmek mümkündür. Yukarıda hakkın mevcudiyetinin ya da meşru beklentinin kaynağı açısından mesele irdelenirken, çok zayıf ölçüde ulusal hukuk paradigmasından kurtulmanın mümkün olduğu söylenmişti. Buna göre, **P1-1** mülkiyet hakkının kaynağı olarak, mağdurlar için bireysel ve talep edilebilir bir hak ihdas ettiği ölçüde uluslararası veya ulusalüstü hukukun referans alınabilmesi mümkündür. İşte bu kararlar ve perspektiften hareketle, ulusalüstü bir belgenin (özellikle bir UİHH belgesinin) tanıdığı ekonomik içerikli hakkın ulusal hukukta tanınmaması halinde **P1–1** açısından ne gibi sorunlar doğabileceği irdelenmelidir. Bilindiği üzere, özellikle ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin UİHH belgelerinde çok sayıda ekonomik içerikli ve bireylere hak tanıyan düzenlemeler yer almaktadır. Diğer yandan, kural olarak, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları içeren belgelerle kurulan denetim organlarına bireysel başvuru imkanı hali hazırda bulunmamaktadır. Belki bu durumda, ilgili sosyal hak belgesinin düzenlediği ve fakat ulusal hukukta tanınmayan ekonomik içerikli hak zaman duvarının aşılmasını sağlayarak **P1-1**'in aktive olmasında rol oynayabilir. Bu noktada, hemen yukarıda ele alınan (ancak tamamen farklı içerikli) kararlar uyarınca Strasbourg organlarının bir uluslararası andlaşmanın mülkiyet hakkının kaynağı sayılabilmesi koşulu olarak aradığı kişiler için bireysel ve talep edilebilir bir hak ihdas etme ölçütü işlevsel olabilecektir. Elbette, sosyal hakları düzenleyen UİHH belgelerinin kaleme alınış formatı, klasik (birinci kuşak) hakların kaleme almış biçiminden farklıdır. Sosyal hakların Devlete yüklediği yükümlülük genel olarak pozitif içeriklidir. Bu sebeple dava edilebilirliğe pek elverişli sayılmazlar; nitekim bu belgelerle kurulan denetim organlarına bireysel şikayet başvurusu yapılma imkanının öngörülmemesinin sebeplerinden biri ikinci kuşak hakların bu niteliğidir. Yine de bu mülahazalar, zorunlulukla, sosyal ve ekonomik nitelikli hakların mağdurlar bakımından bireysel ve talep edilebilir bir hak olmadığı anlamına gelmez. Her bir tekil hak özelinde bu ölçüt tek tek incelenerek bir sonuca varılmalıdır.

Nitekim, başvurucunun vatandaşlık temelinde özürlü ödencesinden yararlanamamasının **P1-1** ile Madde 14'ü ihlal edip etmediğini değerlendirdiği ilginç bir vakada Mahkeme, AK Bakanlar Komitesinin (92) 6 no'lu Tavsiye Kararına ve **Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ)** Madde 12 çerçevesinde muhatap Devlet olan Fransa hakkında Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin değerlendirmelerine dayanarak, başvurucunun **P1-1** anlamında bir malvarlığı değerine sahip olduğuna karar vermiştir.[548] *Koua Poirrez* ka-

[548] *Koua Poirrez v. France*, App. No. 40892/98, Judgment of 30 September 2003, paras. 38-42, özellikle 39. Vaka ihlal kararıyla sonuçlanmıştır (bkz. paras. 47-50).

rarından hareketle genel bir iddia olarak burada söylenebilecek olan, ikinci kuşak hakları düzenleyenler dahil olmak üzere UİHH belgelerinin, mülkiyet hakkının mevcudiyetinin ya da meşru beklentinin kaynağı olmak açısından ulusal hukuk paradigmasını aşma potansiyelinin yabana atılmaması gerektiğidir.

Kaldı ki, bazı UİHH belgeleri, mülkiyet edinme hakkına yer vermektedir. **EİHB**'nin yoruma açık düzenlemesini[549] bir yana bırakacak olsak bile, bazı belgeler açıkça mülkiyetten yoksun kişinin mülkiyet edinme hakkı olduğunu hükme bağlamıştır. Örneğin 1951 tarihli **Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme**nin çeşitli hükümleri[550], **Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme**nin çeşitli hükümleri[551], **Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi**[552] Madde 5

Bu vaka bakımından önemli bir diğer husus da şu ki, başvurucu Fransız mevzuatının AB hukukuna aykırı olduğundan hareketle AB Adalet Divanına bir dava açmıştı. AB Adalet Divanı ise, olayda AB hukukuna aykırılık görmemişti (bkz. ECJ, Case C-206/91, *Ettien Koua Poirrez v. Caisse d'allocations familiales*, 16 December 1992, [2000] ECR I-6685).

549 Kanımca **EİHB** Madde 17 düzenlemesi herkesin mülkiyet edinme hakkı olduğu şeklinde yorumlanamaz. Aynı yönde olarak bkz. Allan Rosas, "*Property Rights*", **The Strength of Diversity – Human Rights and Pluralist Democracy**, eds. Allan Rosas and Jan Helgesen, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrcht, 1992, sf:137, 149-150; krş. Catarina Krause and Gudmundur Alfredsson, **a.g.m.**, sf:359-378, özellikle 361-364; Schabas, **a.g.m.**, sf: 137-148.

550 **Mültecilerin Statüsüne ilişkin Sözleşme**" ("*Convention relating to the Status of Refugees*"), BM Genel Kurulunun 14/12/1950 tarih ve 429 (V) sayılı kararı uyarınca 02-25/07/1951 tarihleri arasında Cenevre'de toplanan Mültecilerin ve Vatansız Kişilerin Statüleri Hakkında Tam Yetkili Temsilciler BM Konferansı tarafından 28/07/1951 tarihinde kabul edilmiş ve 22/04/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. Office of the UNHCHR, **Human Rights – A Compilation of International Instruments, Volume I (Second Part)**, United Nations, New York and Geneva, 2002, sf.629-642.

551 **Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme**" ("*Convention relating to the Status of Stateless Persons*"), BM Ekonomik ve Sosyal Konseyin 26/04/1954 tarih ve 526 A (XVII) sayılı kararı uyarınca toplanan Tam Yetkili Temsilciler Konferansı tarafından 28/09/1954 tarihinde kabul edilmiş ve yürürlük için (md.39/1) uyarınca aranan 6. onay yahut katılım belgesinin depo edilmesini izleyen 90. gün şartı gerçekleşerek, 06/06/1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. Office of the UNHCHR, **Human Rights – A Compilation of International Instruments, Volume I (Second Part)**, United Nations, New York and Geneva, 2002, sf.617-628

552 **Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi**" ("**IAOKS**") ("*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*") Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 21/12/1965 tarih ve 2106 A (XX) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya açılmış ve 04/01/1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "**IAOKS**"nin Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments/Cilt IV/2004**, sf.299-338 (Türkçe) ve sf.551-570 (İngilizce). Daha yakın tarihli olarak bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Uluslüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 1. Kitap (Açıklamalı – Karşılaştırmalı) Birleşmiş Milletler Belgeleri**, Legal Yayıcılık, İstanbul, Mart 2006, sf.19-34. Türkiye "**IA-**

ile **Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (KKAOKS)**[553] Madde 16/1-h hükmü bu bağlamda hatırlatılabilir.

Parantezi biraz daha genişletmek ve işin içine uluslararası yatırım hukukunu katmak mümkündür. Uluslararası yatırım hukukunda "yatırım" teriminin içeriği, yatırımı misafir eden Devletin ulusal hukukundan ziyade taraflar arasındaki anlaşmalar çerçevesinde otonom olarak ele alınır. Yine "yatırım" kavramının kapsamı ile **P1-1** anlamında "mülkiyet/malvarlığı" kavramının kapsamı (ki aşağıda ayrıntılı olarak gösterilecektir) büyük ölçüde özdeştir.[554] Bu durumda, ulusal hukukta mülkiyet olarak kabul görmeyen bazı değerlerin uluslararası yatırım hukukuna göre yatırım kavramı kapsamında görülmesi halinde zaman duvarı aşılarak **P1-1**'in aktive olması sağlanabilir. Uluslararası yatırım hukukunda yatırımı belirleyen iki taraflı anlaşmalar, Strabourg organlarının bir uluslararası andlaşmanın mülkiyet hakkının kaynağı sayılabilmesi koşulu olarak aradığı kişiler için bireysel ve talep edilebilir bir hak ihdas etme ölçütünü karşılamaktadır.

OKS"ne 13/10/1972 tarihinde imza koymuştur; ancak onaylama işlemi için otuz yıl beklemiştir. Onaylama işlemi bağlamında 03/04/2002 tarih ve 4750 sayılı "*Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun*" çıkartılmıştır (RG, 09/04/2002, s.24721). Bunun ardından, Bakanlar Kurulunun 13/05/2002 tarih ve 2002/4171 sayılı kararı ile, Sözleşmenin beyan ve çekince eklenmek suretiyle onaylanması kararlaştırılmış ve bu Karara ekli olarak da Sözleşmenin resmi Türkçe çevirisi yayınlanmıştır (RG, 16/06/2002, s.24787). Bu Sözleşme Türkiye bakımından 16/10/2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Onaylama sırasında Türkiye iki "beyan" ile bir "çekince" eklemiştir.

553 "**Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi**" ("*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*"), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 18/12/1979 tarih ve 34/180 sayılı karar ile kabul edilerek imza, onay ve katılıma açılmış ve (md.27/I) hükmü uyarınca 03/09/1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye "**KKAOKS**"ne "katılma" işlemi yapmak suretiyle taraf olmuştur. Türkiye bu amaçla, 11/06/1985 tarih ve 3232 sayılı "*Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*"u çıkartmıştır (RG, 25/06/1985, s.18792). Bu işlemin ardından Bakanlar Kurulunun 24/07/1985 tarih ve 85/9722 sayılı olup bu Sözleşmeye "katılmamızın onaylanması... Bakanlar Kurulunca 24/7/1985 tarihinde kararlaştırılmıştır" ve bu Karara ekli olarak Sözleşmenin resmi Türkçe çevirisi ve İngilizce orijinal metni yayınlanmıştır (RG, 14/10/1985, s.18898). Türkiye 20/12/1985 tarihinde katılma belgesini depo etmiş ve Sözleşme Türkiye bakımından 19/01/1986 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır.

"**KKAOKS**"nin Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments/Cilt V**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, sf.25-63 (Türkçe), sf.453-470 (İngilizce). Daha yakın tarihli olarak bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Usul Hukuku Mevzuatı/1. Kitap/2006**, sf.299-314. "**KKAOKS**" hakkında bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf.548-577.

554 Bkz. M. Sornarajah, **The International Law on Foreign Investment**, Grotius Publications, CUP, 1994, sf: 4-8; Ruffert, **a.g.m.**, sf: 122-123; Schreuer-Kriebaum, **a.g.m.**, sf: 744-747; Friedman, **a.g.e.**, sf:145-157.

Zaman duvarının diğer yansımalarına gelince; zaman duvarı, mülkiyet hakkının Sözleşmeye rengini veren doğal hukuk anlayışının dışında kaldığını gösteriyor. Mülkiyet hakkı, Sözleşmesel anlamda, diğer hakların tersine, kişinin doğumla sahip olduğu varsayılan bir hak niteliğinde değildir. Mülkiyet hakkı, "kazanılmış olması" gereken bir haktır. Buna göre, **P1–1** normu "mülkiyete hakkı" ("*right to property*") değil, "mülkiyet hakkını" ("*right of property*") korumaktadır. Bir başka ifadeyle **P1–1**, özneye, yani hak sahibine, mülkiyetinin korunması hakkı ("*right to protect property*") veya mülkiyetinden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkı ("*right to the peaceful enjoyment of property*") vermektedir.[555] İkinci olarak, eğer **P1-1**'deki hak, "mülkiyete hak" değil de "mülkiyet hakkı" ise, bunun medeni hukuk alanındaki yansıması olan sözleşme özgürlüğünün, en azından topyekün, **P1–1** kapsamına girmeyeceğidir.[556] **P1–1** mülkiyet edinme hakkı vermez. Sözleşme özgürlüğü yoksa, girişim özgürlüğü de büyük ölçüde eksik kalmış demektir.

Fakat bu yansımanın da yansıması var. Bir nesnenin halihazırda maliki konumunda bulunmayan kişinin buna sahip olabilme hakkını **P1-1** çerçevesinde ileri süremeyeceği genel standardı saklı kalsa bile, şu soru yanıtlanmayı beklemektedir: Elindeki mevcut nesneyi devretmek isteyen kişinin o nesne üzerindeki tasarruf hakkı **P1-1**'e girmeyecek midir? Devredecek olan kişi nesneye hâlihazırda sahip olduğuna göre, **P1–1** korumasından yararlanmasının önünde bir engel gözükmemektedir. Bu durumda, talep edenin değil de, arz edenin sözleşme özgürlüğü mülkiyet hakkı çerçevesinde korunabilecektir. Nitekim, emeğin bir meta olarak ileri sürüldüğü olayları ayrı tutacak olursak, bir vaka bu soruyu somutlaştırmaktadır. Çocukları adına tescilli konutu satmasına yetkili vesayet makamlarınca izin verilmeyen bir babanın açtığı bir dava, senaryonun gerçekçiliğine işaret etmektedir.[557] *Lazarev* kararında mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır ancak Mahkeme, hemen her paragrafta konut devir yasağının mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil ettiğini vurgulamıştır. Zaten

---

555 Schermers aynı tespiti yapmakla birlikte, bu durumu mantıksız bulmaktadır: "If there is a human right to enjoy property then there must also be a human right to have property" (bkz. Schermers, **a.g.m.**, sf: 569). Aynı yönde ama Schermers'e atıf olmaksızın bkz. Catarina Krause, "*The Right to Property*", **Economic, Social and Cultural Rights**, Second Revised Edition,ed: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf: 191-209, 209.

Ayrıca "mülkiyete hak" ("*right to property*") ile "mülkiyet hakkı" ("*right of property*") arasındaki fark için bkz. Jeremy Waldron, **The Right to Private Property**, Clarendon Paperbacks, OUP, 1988 (reprinted in 2002), sf:20-24.

556 Krş. *Ferdinand and Maria-Théresia Köhler v. Austria*, App. No.18991/91, Admissibility Decision of 13 October 1993, para.2 (The Law).

557 *Lazarev and Lazarev v. Russia*, App. No. 16153/03, Admissibility Decision of 25 November 2005.

III. Bölümde görüleceği üzere, mülkiyet hakkının özneye verdiği yetkiler arasında yararlanma ve tasarruf etme bulunmaktadır. Bu bağlamda kira gelirlerinden yararlanmanın kısıtlanmasına yönelik ulusal kanuni tasarrufların **P1-1**'e uygunluğunu şikayet eden başvuruları hatırlamakta fayda var. Bu davalardan *Hutten-Czapska*'da AİHM mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[558] Dolayısıyla kira sözleşmesiyle kira bedelinin belirlenmesini çok kısıtlayan müdahale **P1-1**'e uygun olmayabilir.

Zaman duvarı ulusal eşya hukuklarında önemli bir tartışma konusu olan nesnenin özel mülkiyete konu olup olamayacağı tartışmasından büyük ölçüde bağışıklık sağlamaktadır. Ne de olsa **P1–1**, mülkiyet edinmeyi değil zaten mevcut olan mülkiyeti korumaktadır. Hakkın mevcudiyeti de temelde ulusal hukuka göre belirlendiğinden eşya hukukunu uğraştıran pek çok teorik problem UİHH'yi sıkıntıya sokmaz.

Elbette, bu bağışıklık mevcut malların semerelerinden elde edilecek gelirler söz konusu olduğunda kısmen etkisini yitirecektir. Ayrıca bir malın ulusal hukuka uygun olarak edinilip edinilmediğine ilişkin bazı tartışmaların AİHM önüne gelmesi kaçınılmazdır; ki bunların bir kısmına "meşru beklenti" kavramının ele alındığı yerde değinilmişti.

Bu son nokta üzerinde şu hususların açımlanması yerinde olacaktır: Bir kez, ulusal hukukta özel mülkiyete konu olamayacak mallar üzerinde **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kurulamaz. Buna göre, geniş anlamda kamu malları[559] **P1-1**'in korumasından yararlanılabilecek şekilde iktisap edilemez.[560] Bununla birlikte, normalde özel mülkiyete konu olmayan bir kamu malı, zamanında meri mevzuata uygun olarak iktisap edilmişse **P1-1**'ce korunacaktır.[561] Benzer şekilde, bazı idari sözleşmeler ve

---

558 *Mellacher and others v. Austria*, App. Nos.10522/83-11011/84 and 11070/84, Judgment of 19 December 1989, Series A No.169; *Spath Holme Ltd. v. United Kingdom*, App. No. 78031/01, Admissibility Decision of 14 May 2002; *Hutten-Czapska v. Poland*, App. No.35014/97, Judgment of 22 February 2005. Ayrıca bkz. ve krş. *Ghigo v. Malta*, App. No.31122/05, Judgment of 26 September 2006.

559 Kamu malları hakkında ayrıntılı bilgi için ve bunların özel mülkiyete konu olan mallardan ayrılmasına yönelik ölçütler hakkında bkz. Aydın Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1999.

560 Örneğin, Türkiye'ye karşı açılmış davalarda AİHM, başvurucunun mülkiyet hakkına halihazırda sahip olmadığını belirlerken uyuşmazlık konusu kamu malının stasüsünü özellikle vurgulamıştır. Ormanlar bakımından bkz. *Özden v. Turkey*, App. No.11841/02, Judgment of 3 May 2007, para.28; *Özden v. Turkey*, App. No.31487/02, Judgment of 3 May 2007. Kıyılar (kumluk) bakımından bkz. *Karayazgan v. Turkey*, App. No.32371/03, Admissibility Decision of 8 February 2007; *Mehmet Ali Kaçar v. Turkey*, App. No. 11326/03, Admissibility Decision of 24 June 2008. Bununla birlikte bkz. ve krş. *Öneryıldız v. Turkey*, App. No.48939/99, GC Judgment of 30 November 2004, paras.122, 128-129.

561 Kıyılardaki özel yapılaşmanın korunmasına yönelik olarak bkz. *Doğrusöz and Aslan v. Turkey*, App. No.1262/02, Judgment of 30 May 2006; *Tuncay v. Turkey*, App. No.1250/02, Judgment of 12 December 2006.

hatta o kamu malından yararlanmayı sağlayan tahsis, **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı içinde mütalaa edilebilecektir.[562]

Ancak kamu mallarıyla özel mülkiyete konu olabilen mallar arasındaki teorik ve pratik ayrımların silikleştiği durumlarda otonom kavramlar doktrini **P1-1**'in uygulanabilirliğine yönelik özel bir rol oynayabilir; ki, buna ilişkin içtihatlar yukarıda incelenmişti. Ayrıca, kamunun özel malları, spesifik koşullar altında **P1–1** çerçevesinde geniş anlamda Devlete karşı korunabilir. Bu noktada, Çalışmanın Birinci Bölümünde mülkiyet hakkının öznesi olduğu gösterilen kamu tüzel kişilerine ilişkin olarak yapılan açıklamalara yollama yapmakla yetinilebilinir.

Bir nesnenin özel mülkiyete konu olup olamayacağı konusunda uluslararası hukuka da bakılmasını gerektiren bazı özel durumlar vardır. Hatırlanacaktır, yukarıda mülkiyet hakkının mevcudiyetini belirlemek için ulusal hukuk paradigmasından sıyrılıp uluslararası veya ulusalüstü hukuk düzeyine bakılabileceği gösterilmişti. Uluslararası veya ulusalüstü hukuk, hakkın kaynağı olabileceği gibi, hangi tür nesnelerin özel mülkiyete konu olamayacağı hususunu da belirliyor olabilir. Günümüzde uluslararası andlaşmalar rejimiyle birçok nesnenin özel mülkiyete ve hatta bir Devletin münhasır mülkiyetine/egemenliğine konu olamayacağı belirlenmiştir. Bu tip mallar insanlığın ortak mirası olarak adlandırılırlar (*common heritage of mankind/res communes*).[563] İşte bu kategoriye giren nesneler üzerinde de **P1–1** anlamında özel mülkiyet hakkı kurulamayacaktır. Diğer yandan, bazı nesneler, uluslararası hukuk uyarınca sahiplenebilir eşya niteliğindedir (*res nullius*).[564] Bazı hallerde ise, uluslararası andlaşmalar rejimiyle düzenlenen nesne türlerinin özel mülkiyet hakkına konu olabilirliği konusunda belirsizlik bulunmaktadır; örneğin, uzay ve gök cisimlerinin statüsü gibi. Bu konuya aşağıda "taşınmaz" başlığı altında değinilecektir.

---

562 Kıyasen bkz. *Stretch v. the United Kingdom*, App. No.44277/98, Judgment of 24 June 2003.

563 "İnsanlığın ortak mirası" kavramı kökenini Hugo Grotius'ta bulur. Bkz. Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku**, orijinal basım tarihi: 1625, çev. Seha L. Meray, AÜSBF Yay. No: 222-204, AÜ Basımevi, 1967, sf:58-59. Kavramın en açık normatif ifadesini 10 Aralık 1982 tarihli **Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**nin 125/1, 136, 155/2 ve 311/6 Maddelerinde gözlemlemek mümkündür. Bkz. **Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**, çev. Aydoğan Özman, İstanbul Deniz Ticaret Odası Yayın No: 5, Aralık 1984, İstanbul.

564 Genel ve ağırlıklı olarak Devlet egemenliğine tabi olmama bakımından bkz. Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku**, sf:59; Ian Brownlie, **Principles of Public International Law**, sixth edition, 2003, OUP, sf:252-259; Antonio Cassese, **International Law**, Second edition, OUP, 2005, sf:84-97; Louis Henkin- R. Pugh- O. Schachter- H. Smit, **International Law**, third edition, West Group Publishing, 1993, USA sf:1361-1374.

III) Mülkiyet Hakkının Teorik Boyutu

Zaman duvarı engeli aşıldığında, yani bir kişinin elinde *değer* mevcut olduğunda veya mevcudiyeti konusunda meşru bir beklenti oluştuğunda, halen **P1-1**'in uygulanabilir olduğu söylenemez. **P1-1**'in uygulanabilirliği için ayrıca, dava konusu *değerin* **P1–1** anlamında *mameleki değer* olup olmadığı ortaya çıkarılmalıdır.[565]

Eleştiriye açık yönleri olmakla ve hali hazırdaki kullanımı tutarsızlıklar içermekle birlikte, otonom kavramlar doktrini **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkının kavramsal düzeyde **AİHS** Tarafı Devletlerin ulusal hukuklarından daha geniş bir kapsamda ele alınmasını sağlamaktadır. Ulusal hukukta mülkiyet hakkının kapsamında sayılmayan mallar ya da haklar, **P1–1** bakımından mülkiyet hakkının kapsamına girebilir. Ancak buradaki otonomi, zaman duvarı engelini kaldırıcak nitelikte değildir. Sadece nesneye yönelik bir otonomidir. Strasbourg organlarının **P1-1**'in kavramsal boyutu hakkındaki içtihadı son derece zengindir ve bu zenginlik hızla artmaktadır.

Ancak bu zengin içtihadi birikime rağmen, neyin **P1–1** kapsamında görülebileceği neyin görülmeyeceği konusunda Strasbourg organlarının ve özellikle AİHM'in teorik ve soyut düzeyde ilkeler veya ölçütler belirlediği söylenemez.[566] Gerçi bu durum, Strasbourg organlarının genel eğilimlerine ve görevlerinin gereklerine belli bir ölçüde uygundur. Fakat böyle teorik ve soyut ilke veya ölçütler olmadan, hem bir hakkın genel teorisi oluşturulamaz, hem de geleceğe yönelik kestirimlerde bulunulması güçleşir. Mevcut içtihadi birikimin bu açıdan sistematize edilmesi, Mahkemenin içsel tutarlılığı ve keyfilik riskinin azaltılması bakımlarından yol gösterici olabilir.

Teorik ilke ve ölçütlerin bulunmasından sonra, Strasbourg organlarının mülkiyet hakkı kapsamında gördüğü şeylerin tek tek incelenmesine geçilmesi uygun düşer. Böylelikle, mevcut içtihadi birikimin konu bakımından bu teorik ilke ve ölçütlere uygun düşüp düşmediği açığa çıkartılabilir. Aksi halde, içtihat nakletmekten başka bir iş yapılmış olmaz.

Bu durumda, Strasbourg organlarının ve bilindiği kadarıyla şimdiye dek doktrinin yapmadığı sistematize etme denemesi bu Çalışmanın şim-

---

565 Buna karşılık Türk doktrininde Gölcüklü-Gözübüyük önce elde bir malvarlığı değerinin olup olmadığını ve sonra başvurucunun bu değere sahip olup olmadığı şeklinde bir sıralama yapmaktadır. Bkz. Gölcüklü-Gözübüyük, **a.g.e**, sf: 418 ve para. 763.

566 Krş. T. Hartlief, "*The Right to Own Property under the ECHR*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:29-48, 47-48.

diki amacını oluşturuyor. Dolayısıyla burada **P1-1**'in kapsamının belirlenmesinde kullanılabilir olan teorik ilke ve ölçütler aranacaktır. UİHH'nin niteliği gereği, bu amaca yönelik olarak, içtihadın kendisinden hareket etmek kaçınılmazdır. Mahkemenin teorik düzlemde ele alınabilecek standart bir ifadesi bulunmaktadır. Bu ifade şöyledir:

> "Kıymet/aktif oluşturan belirli bazı haklar ya da çıkarlar da 'mülkiyet haklarından' sayılabilir ve böylelikle hükmün amacı doğrultusunda 'mamelek' olarak mütalaa edilebilir. Her bir davada incelenmesi gereken husus, davanın koşullarının bir bütün olarak başvurucuya **P1-1**'ce korunan bir maddi çıkara hak bahşedip etmediğidir".[567]

Ocak 2007 tarihli Büyük Daire kararından yapılan bu aktarma, hem yakın tarihli olması hem de Büyük Daire tarafından ifade edilmesi sebebiyle incelemenin üzerinde yükseleceği temeli oluşturmaktadır.[568] Şu husus da eklenmelidir ki, Ame. İHM de benzer ama daha ayrıntılı bir tanımı benimsemiştir.[569]

A) Temel Ölçüt: Ekonomik Bir Değer Oluşturma

Tanımda kullanılan "maddi çıkar" ve "kıymet" kelimeleri, açıkça hakkın ekonomik niteliğine gönderme yapmaktadır. Hakkın ekonomik nite-

---

567 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, App. No.73049/01, GC Judgment of 11 January 2007, para.63 ("certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as 'property rights', and thus as 'possessions' for the purposes of this provision. The issue that needs to be examined in each case is whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No.1"). Daha önce aynı ifadenin kullanıldığı kararlar olarak bkz. *Beyeler v. Italy*, Judgment of 5 January 2000, para.100; *Zwierzynski v. Poland*, App. No.34049/96, Judgment of 19 June 2001, para.63; *Öneryıldız v. Turkey*, GC Judgment of 30 November 2004, para.124.

568 *Anheuser-Busch*'a da atıfla daha yeni bir karar için bkz. *Balan v. Moldova*, App. No. 19247/03, Judgment of 29 January 2008, para. 32 (fikri mülkiyet uyuşmazlığı).

569 Amerikan İnsan Hakları Mahkemesine göre, "mülkiyet, kullanılabilir olan maddi objeler ve ayrıca bir kişinin mamelekinin parçasını oluşturan herhangi bir hak olarak tanımlanabilir; bu kavrama/terime, taşınabilir ya da taşınmaz tüm mamelek, maddi ve manevi unsurlar, ve herhangi bir kıymeti haiz manevi herhangi bir başka obje dahildir." Bkz. *Ivcher Bronstein v. Peru*, Judgment of 6 February 2001, para. 122 ("Property" may be defined as those material objects that may be appropriated, and also any right that may form part of a person's patrimony; this concept includes all movable and immovable property, corporal and incorporeal elements, and any other intangible object of any value.).

Ivcher hükmü, müteakip kararlarla **Ame.İHS** Madde 21 bakımından içtihat niteliği kazanmıştır. Bkz. *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of 31 August 2001, para.144; *Five Pensioners v. Peru*, Judgment of 28 February 2003, para.103/*fine*.

liği ise, özel hukuk kavram ve kurumlarını gündeme getirir. O halde, bu hak ancak ekonomik bir değere karşılık geldiğinde devreye girebilir. Bu noktadan hareket edildiğinde, **P1-1**'de yer verilen ve çeşitli hakları bir kül olarak içeren mamelek/malvarlığı kavramının bazı unsurları açığa çıkartılabilir.[570]

1) Mübadele, Parayla Ölçülebilme ve Piyasa

Her şeyden önce mamelek ve mülkiyet sırf hukuk disiplinine özgü bir kavramlar değildir. İktisat bilimi de konuyla yakından ilişkilidir. Bu sebeple, mülkiyet hakkının teorik unsurları araştırılırken bazı iktisadi kavramların gündeme gelmesi kaçınılmazdır.[571] Söz konusu iktisadi kavramlar piyasaya ilişkin kavramlardır. Bu tip kavramlara, UİHH disiplini ve bu Çalışma bakımından kullanışlı ve anlamlı oldukları ölçüde yer verilecektir.

İktisadi kavramların bu Çalışma açısından en önemlisi, mübadele kavramıdır. Liberal hukuk düzenine rengini veren özelliklerin önde gelenleri arasında, sistemin mübadeleye açıklığı gelmektedir.[572] Roma İmparatorluğunun parlak zamanlarında var olan ve feodal düzende unutulan mübadale ilişkileri liberal düzende tekrar hatırlanmıştır. Gerek Roma *İmparatorluğunun gerekse de liberal kapitalist* devletlerin feodal dü-

---

570 Medeni hukuk literatüründen aşina olunan bazı unsurların **P1–1** bakımından oldukça kullanışlı olduğu görülmektedir. Elbette, medeni/özel hukuk disiplininde geçerli olan unsurlar burada bire bir uygulanıyor değildir. Özel hukuk perspektifinden "mamelek" kavramı hakkında yapılmış ayrıntılı bir çalışma için bkz. Ayiter, **Mamelek**, özellikle sf: 93-125. Çok kısa olarak **P1-1**'e değinen ve özel hukuk açısından karşılaştırmalı olarak mülkiyet ve mamelek kavramlarını irdeleyen bir çalışma olarak bkz. George L. Gretton, "*Ownerships and Its Objects*", **RabelsZ Bd**. 71 (2007), sf: 802-851 (karşılaştırmalı hukuk), 848-850 (**P1-1** ile eşya hukukunun karşılaştırılması).

571 Türk kamu hukuku doktrininde mülkiyet kavramı üzerine yazılan erken dönem bir eserde de bu bağlantı başarıyla kurulmuştur. Bkz. Edip Serdengeçti, "*Mülkiyet Nehicinin Tekamül Vechesi*", **İÜHFM**, Cilt: XXII, sayı: 1-4, 1957, sf:300-318, 301 ("mevzuumuzu, seyri ve istikameti itibarile mülkiyetin tekamülünü tetkike.hasrettik. Bu noktadan düşünülünce konumuz hem iktisada, hem de hukuka taalluk eden geniş ve şümullü bir maddedir.").

Bu arada bir not olarak belirtelim ki, Serdengeçti'nin zikredilen makalesi aslında kendisinin doktora tezinin tekrar yayımlanmış halidir ve muhtemelen tezin giriş bölümünü oluşturmaktadır. Nitekim yazarın tezinin diğer bölümleri, sırasıyla, **İÜHFM**, Cilt: XXIII, sayı: 1-2, 1958, sf:68-92; **İÜHFM**, Cilt: XXIII, sayı: 3-4, 1958, sf:441-468; **İÜHFM**, Cilt: XXIV, sayı: 1-4, 1959, sf:432-460'da yayımlanmıştır. Bu son kısmın bitiminde, F.H.S. imzalı (muhtemelen Ferit Hakkı Saymen) bir bilgi notunda, söz konusu makalelerin Serdengeçti'nin doktora tezinin bölümleri olduğu ve vefatı üzerine Mecmuada tekrar yayımlandığı ifade edilmektedir.

572 Özellikle hukukun ekonomik analizi disiplini açısından yapılan bir inceleme için bkz. Robin Paul Malloy, **Law and Market Economy- Reinterpreting the Values of Law and Economics**, CUP, 2000, sf:57-69, özellikle 57-59.

zenden farklılığı, sonuncuda kapalı ekonomi hakim iken, Roma İmparatorluğunda ve liberal düzende basit geçim ekonomisinin aşılmış olmasıdır.[573] Roma hukukunun halen yaşıyor olmasının sebebi budur.[574] Bunu sağlayan kurum ise mübadeledir.[575]

Bir nesnenin ekonomik değer taşıyıp taşımadığı ancak onun mübadele gücüyle ölçülebilir. Günümüzde (ve uzun bir süredir), mübadele "para" adı verilen bir genel araçla yürütülmektedir.[576] Buna göre, maddi çıkar ve kıymetten oluşan malvarlığının parayla ölçülebilmesi gerekir.[577] Sadece bu sayede mübadele değerinin olup olmadığı anlaşılabilir.[578] Marx'ın ifadesiyle, "(b)ütün metalar, yalnızca paranın özel eşdeğerleri oldukları için, para bunların evrensel eşdeğerleri olduğu için, evrensel meta olarak para yönünden bunlar özel meta rolü oynarlar."[579] Elbette, paranın kendisi de bir metadır.[580]

---

573 Genel bilgi için bkz. Michael E. Tigar-Madeleine R. Levy, **Law and the Rise of Capitalism**, Monthly Review Press, New York and London, 1977; Henri Denis, **Ekonomik Doktrinler Tarihi - Cilt 1**, çev. Attila Tokatlı, Sosyal Yayınlar, İstanbul, ikinci basım, 1982, sf: 71-73, 83-85, 91-102; Adnan Güriz, **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, AÜHF Yay. No. 253, Ankara, 1969, sf:32-34, 71-74; Nihat Bulut, **Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi**, Seçkin Yay., Ankara, 2002, sf:32-37, 39-52; Nihat Bulut, "*Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı*", **EÜHFD**, Cilt: X, Sayı: 3-4, 2006, sf: 15-26, özellikle 17-21.

574 Krş. Villey, **a.g.e.**, sf:109; Serozan, **Medeni Hukuk**, sf:63-64.

575 "Hukuksal anlamda mülkiyet, insanların aklına, birbirlerini hukuken malsahibi olarak tanıma fikrinin gelmesinden değil, mübadelenin ancak insanların malik maskesini takınmalarıyla mümkün olması nedeniyle doğmuştur". Bkz. Pasukanis, **a.g.e.**, sf:126.

576 Bkz. Adam Smith, **Milletlerin Zenginliği**, çev. Haldun Derin, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, I. Baskı, Kasım 2006, sf:24-31. Ayrıca bkz. Arthur Nussbaum, **Money in the Law National and International - A Comparative Study in the Borderline of Law and Economics**, The Foundation Press, Brooklyn, 1950, sf: 11-13.

577 John Stuart Mill şöyle diyor: "Bir başka deyişle bir şeyin fiatı....onun para cinsinden kıymetini gösterir; fakat bir şeyin kıymeti, yani değişim kıymeti onun genel satın alma gücünü, ona sahip olmanın diğer mallar üzerinde sağladığı kumandayı (command) gösterir". Çeviri için bkz. Vural Fuat Savaş, **İktisatın Tarihi**, Beşinci Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007, sf:451.

578 "Ama, trampa ortadan kalkıp, para, alışverişin ortaklaşa aleti olunca, her ayrı mal bir başka mal ile değil, çoğu kez, para ile değişilir. Kasabın, sığır etini yahut koyun etini, ekmek veya bira ile değiştirmek üzere ekmekçiye ya da biracıya götürdüğü olmaz. O bunları pazara götürüp, orada para ile değiş eder. Sonra, bu parayı ekmek veya bira ile değiş eder. Bunlara karşılık aldığı para miktarı sonradan bu para ile satın alabileceği ekmek ve biranın da miktarını belirlemiş olur." Bkz. Adam Smith, **Milletlerin Zenginliği**, sf:33-34.

579 Karl Marx, **Kapital-Birinci Cilt**, çev: Alaattin Bilgi, Üçüncü Baskı, Sol Yayınları, İstanbul, 1986, sf:105.

580 Marx, **Kapital-Birinci Cilt**, sf:105. Krş. Nussbaum, **a.g.e.**, sf: 22-24. İktisat bilimi açısından paranın çeşitli fonksiyonları için bkz. Ali Özgüven, **İktisat Bilimine Giriş**, Filiz Kitabevi, İstanbul, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. baskı, 1991, sf:330-334 (Yazar nihayetinde, parayı "değer ölçüsü fonksiyonuna sahip olan ve mübadelelerde kullanılan, kanun tarafından kabulü zorunlu kılınan bir ödeme aracıdır" şeklinde tanımlamaktadır.); Nussbaum, **a.g.e.**, sf: 11.

Parayla ölçülebilme veya paraya çevrilebilme, **P1-1**'in otonomisini sağlayan başlıca unsurdur. Bu sayede, ulusal hukukta mülkiyet sayılmayan bir mal ya da hak, **P1-1**'in koruma kapsamına girebilmektedir. *Parayla ölçülebilme veya paraya çevrilebilme* unsurunun bir sonucu olarak, **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı maddeten değersiz nesne veya haklar üzerinde doğmaz. Ayrıca, mamelekin pasifleri **P1-1**'in kapsama alanında değildir. Sadece aktiflerin **P1–1** açısından bir rolü bulunmaktadır.[581] Ek olarak, **P1-1**'in uygulanabilirliği için ekonomik bir kaybın veya zararın söz konusu olması gerekir.[582] Üstelik aşağıda gösterileceği üzere, ekonomik kaybın miktarının az olmaması da gereklidir.

Mülkiyet hakkının ekonomik niteliği çerçevesinde mübadele ile ilgili önemli bir başka kavram ise piyasa/pazardır.[583] Piyasa, mübadelenin gerçekleştirildiği ve arz ile talebin karşılaştığı ortamı ifade eder. Bir mübadele ancak piyasada yapılır.[584] Liberalizmi bir kelimeyle ifade edecek olsak, "piyasa" kavramını kullanabiliriz. Bütün bir liberal düzen piyasa kavramına indirgenebilir. Günümüzdeki anlamıyla hem ulusal eşya hukuklarının hem de UİHH ve **AİHS**'deki mülkiyet hakkının (ve anlayışının) ortaya çıkışı da liberalizmin doğuşu evresine denk gelir.[585]

Genel olarak UİHH ve özel olarak **AİHS**'in liberal siyasal sistemin bir ürünü olduğu Çalışmanın I. Bölümünde belirtilmişti. Bu sebeple, piyasa, mülkiyet hakkının Sözleşme sistemindeki yeri bakımından oldukça önemli bir rol oynayacaktır. O halde, bir malın veya hakkın mübadele değerinden söz edildiğinde, aslında bunun piyasa değerinden bahsedilmiş olur. Marx'ın ifadesiyle " 'Değer (yani değişim-değeri) şeylerin bir özelliğidir, zenginlik (yani kullanım-değeri) ise insanın. Değer, bu anlamda, zorunlu olarak değişimi varsayar, zenginlik ise varsaymaz.' "[586]

---

581 "İster tüzel, ister gerçek olsun bir kişinin serveti, belirli bir zamandaki aktif değerleri toplamından borç tutarlarının çıkarılması ile elde olunacak değerdir." Bkz. Sait Dilik, **Servetin Geniş Kitlelere Yayılması**, AÜSBF Yay. No: 391, Ankara 1976, sf:11.

582 Bkz. *Langborger v. Sweden*, Judgment of 22 June 1989, para.41; *Gaygusuz v. Austria*, App. No.17371/90, Judgment of 16 September 1996, para.41; *Rayner v. the United Kingdom*, App. No.9310/81, Admissility Decision of 16 July 1986, para.2 (The Law), **DR Vol. 47**, sf:5-15, özellikle 14; *Woonbron Volkshuisvestingsgroep and others v. Netherlands*, App. No.47122/99, Admissibility Decision of 18 June 2002, para.2 (The Law); *Lyubov Nikolayevna Krinovogova v. Russia*, App. No.74694/01, Admissibility Decision of 1 April 2004, para.1 (The Law).

583 Krş. Pasukanis, **a.g.e.**, sf:110; Serozan, **Medeni Hukuk**, sf:69.

584 Piyasa kavramının iktisat bilimi açısından çeşitli anlamları için bkz. Özgüven, **a.g.e.**, sf:193.

585 Pasukanis, **a.g.e.**, sf:123-124'te, Hauriou, **Principles du droit public**, sf:286'ya atıfla, "(y)erleşmiş bir pazarın oluşumu, metalara tasarruf etme hakkının ve bunun sonucu olarak da mülkiyet hakkının düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur" diyor.

586 Marx, **Kapital Birinci Cilt**, sf:98.

Görüldüğü üzere, ancak piyasa mübadelesi **P1-1**'i aktive etmek için gerekli olan "değer"i açığa çıkartmak için temel oluşturabilir. Özetle söylenebilir ki, her eşyanın iki değeri vardır: kullanım değeri ve mübadele/değişim değeri.[587] [588] Ekonomik değer ölçütü bakımından önem arz eden mübadele değeridir; kullanım değeri değil. Şu husus önemlidir ki, özel hukuk alanında bir malın ya da hakkın, parayla ölçülebilen birden çok değeri olabilir. Özellikle bir mala değer biçme sırasında birbirinden farklı kıymet takdir yöntemlerinin ve usullerinin kullanıldığı görülebilmektedir. Ancak **P1–1** bağlamında mülkiyet hakkının ekonomik niteliğini belirleyen temel unsur mübadele olduğu için, o mal veya hakkın piyasa değeri göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü mübadele, sadece piyasada yapılabilir. Bir malın piyasa değeri ise, o malın mübadele anında geçerli olan normal alım satım bedeline karşılık gelir[589]; rayiç bedel olarak ifade edildiği de olur.[590]

P1–1 bakımından piyasanın önemi bundan ibaret değildir. Strasbourg organları, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülülü olup olmadığını belirleyebilmek için, o eşyanın/ürünün piyasasında taraflardan ne tür davranışların beklendiğini ve bu beklentilerin karşılanıp karşılanmadığına bakabilmektedir. Yani, özellikle başvurucunun basiretli tacir olup olmadığına **P1–1** açısından sonuçlar bağlanabilir ve başvurucunun basiretli olup olmadığı o ürünün piyasa geleneklerine bakılarak anlaşılabilir.[591]

---

587 "Değer sözcüğünün iki ayrı anlamı olduğuna dikkat etmek gerekir. Kimi zaman belirli bir nesnenin faydalı oluşunu; bazen de, o nesneye sahip olmanın verdiği, başka mal satın alabilme gücünü anlatır. Birine 'Kullanım değeri', ötekine 'Değişim değeri' denilebilir. Kullanırken en büyük değeri olan şeylerin, çoğu kez değiş değerken az değeri olur; ya da hiç değeri olmaz. Bunun aksine en büyük değişim değeri olanların kullanım değeri ya azdır ya da hiçtir." Bkz. Adam Smith, **Milletlerin Zenginliği**, sf:30.

588 Ayrıca bkz. Prof. Dr. Gülten Kazgan'ın **Milletlerin Zenginliği**'ne yazdığı **Önsöz**, sf:xix-xx; Marx, **Kapital-Birinci Cilt**, sf:49-62; Denis, **a.g.e.**, sf: 202-206; Gülten Kazgan, **İktisadi Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi**, İÜ Yay. No: 1416, İktisat Fakültesi Yay. No: 246, Sermet Arkadaş, İstanbul, 1969, sf:62-65; İdris Küçükömer, **İktisat İlkelerine Yeniden Bakış**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, sf:105-106; Savaş, **İktisatın Tarihi**, sf:278-279, 523.

589 "Bir malın çoğu zaman satıldığı gerçekteki fiyata, pazar fiyatı denilir." Adam Smith, **Milletlerin Zenginliği**, sf:61.

Uluslararası yatırım hukuku uyuşmazlık çözüm mercileri de çok farklı bir tanım benimsemiş değildir. Bu yargı yerleri piyasa fiyatını "istekli alıcının istekli satıcıya ödemek üzere kararlaştırılan bedel" olarak tanımlamaktadır. Örneğin bkz. *Compania Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award of 17 February 2000, para. 73.

590 Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 1996, sf:665.

591 Krş. *Beyeler v. Italy*, Judgment of 5 January 2000, para.115.

İhtilaf konusu mala ilişkin olarak piyasanın varlığı koşulu, Mahkemenin değerlendirmesinin görünmeyen unsurudur. Bununla birlikte nadir de olsa, AİHM'in **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından piyasaya özellikle vurgu yaptığı kararları bulunmaktadır.[592] *Woonbron* davasında başvurucu konut kooperatifleri, konut projelerinin çıkarılmış bulunan bir kanun ve kamu makamlarının bu kanuna dayanan tasarrufları neticesinde zarara uğradığını ileri sürmüşlerdi. İddiaları inceleyen Mahkeme ise, söz konusu kanunun başvurucuların mülkiyet haklarına olan etkisinin teorik ve varsayımsal olduğunu ve bu tip bir etkinin ise konutların gerçek veya piyasa değerlerine karşılık gelmediğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, söz konusu kanuna dayalı kamusal tasarruflar konutların piyasa değerini etkilememektedir.[593]

AİHM'in **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından piyasaya vurgu yaptığı nadir kararlar arasında *Offerhause ve Offerhause v. Hollanda* davası da zikredilmelidir. Başvurucuların paydaş olduğu şirketin bir başka şirketle birleşmesi sonucu azınlıktaki paydaş konumuna düşen başvuruculara payları, ulusal hukuk uyarınca çoğunluk tarafından zorla satın alınmıştır. Başvurucular bu zorla satım sonrası ellerine geçen tazminatın **P1-1**'i ihlal edecek ölçüde yetersiz olduğunu düşünmektedirler. Mahkeme ise söz konusu tazminatın serbest sermaye piyasası ("*open stock market*") rayicine göre belirlendiğine değinerek, diğer gerekçelerle birlikte, **P1-1**'in ihlal edildiğine yönelik iddianın temellendirilemediğine karar vermiştir.[594]

Mülkiyet hakkı çerçevesinde bahsedilen piyasa, serbest piyasadır. Elbette piyasanın serbestliği, bunun Devlet kontrolünde olmasına halel getirmez. Devletin bir piyasayı yasal önlemlerle denetlemesi veya kontrol etmesi, **P1-1**'deki mülkiyet hakkının sınırlanması açısından Devletin tak-

---

592 Mahkemenin mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülülüğü hakkındaki kararlarında ise müdahale edilen malın piyasa değeri hem ilkesel bazda hem de somut olay özelinde sıklıkla vurgulanmaktadır. Bu konuya ileride değinilecektir.

593 *Woonbron Volkshuisvestingsgroep and others v. Netherlands*, App. No.47122/99, Admissibility Decision of 18 June 2002, para.2 (The Law). Mahkemenin orjinal ifadesi şöyledir: ("However, the balance sheet value of the applicant associations' immovable property is a theoretical and hypothetical value based on construction costs, which is not relevant to the **real or market value** of the housing concerned, whereas the **latter value is not affected** by the application of the 1995 Act.") (vurgu eklenmiştir).

Bir başka davada ise konut piyasası kavramı sınırlamanın meşruluğu tartılırken kullanılmıştır. Bkz. *Lazarev and Lazarev v. Russia*, App. No. 16153/03, Admissibility Decision of 25 November 2005 ("The restriction was imposed in pursuit of a general interest, namely the protection of children's right to housing. In the particular context of the **Russian real-estate market**, where children and elderly people have been the prime targets of fraudulent transactions involving their flats, the interest was legitimate and worthy of enhanced protection.") (vurgu eklenmiştir).

594 *Offerhaus and Offerhaus v. Netherlands*, App. No.35730/97, Admissibility Decision of 16 January 2001, para.2 (The Law).

dir marjı içinde kalır.[595] Piyasa serbest olunca, her türlü meşru piyasa **P1-1**'in uygulanabilirliğinde dikkate alınabilir. Nitekim bir çok malın spesifik piyasası vardır. Strasbourg organları bu tip piyasalara nadir de olsa vurgu yapmaktadır. Örneğin, *Pinnecla* kararında sığır eti ile sakatat ve büyükbaş kelle piyasaları AİHK tarafından özellikle vurgulanmıştı.[596] Yine *Ankarcrona* davasında **P1-1**'in değil ama **AİHS** Madde 6'da yer alan adil yargılanma hakkının uygulanabilirliği açısından ulusal hukuk bağlamında askeri malzeme piyasasına vurgu yapılmıştır. Ancak buradaki vurgu olumsuz niteliktedir.[597] *Beyeler* davasındaki sanat piyasasına yapılan vurgu[598] ile *Hutten-Czapska* davasındaki kira piyasası kavramı[599] piyasaların çeşitliliğini göstermesi açısından zikredilmeye değer.

P1-1'i uygulanabilir kılacak piyasa "yasal", "meşru" ve giderek "hukuki" olmalıdır. "Karaborsa" gibi hukuk dışı mübadele platformları **P1-1**'in uygulanabilirliğinde dikkate alınamaz. Her halükarda, hukuka uygun olarak çalışan bir piyasa **P1–1** için ön koşul niteliğindedir. Buna göre, örneğin, sattığı veya kaçırdığı uyuşturucusuna el konulan kişi, uyuşturucunun piyasa değerinden hareketle mülkiyet hakkını gündeme getiremeyecektir.[600] Veyahut organ ticareti yapan bir kişinin, parasını öde-

---

595 Örneğin bkz. *Beyeler v. Italy*, Judgment of 5 January 2000, para.112. Mahkemenin orijinal ifadesi şöyledir: ("In the instant case the Court considers that the control by the State of **the market in works of art** is a legitimate aim for the purposes of protecting a country's cultural and artistic heritage. The Court points out in this respect that the national authorities enjoy a **certain margin of appreciation** in determining what is in the general interest of the community") (vurgu eklenmiş ve karar içi gönderme çıkartılmıştır).

596 *Pinnacle Meat Processors Company and 8 others v. the United Kingdom*, App. No.33298/96, Admissibility Decision of 21 October 1998, para.1 (The Law Bölümü). AİHK'in orijinal ifadesi şöyledir: ("the Commission notes that by the entry into force of the 1996 order on 29 March 1996, a number of factors were present which must have had a considerable impact on the **market for beef meat in general and head meat in particular**: ..... The Commission thus considers that whilst the applicants' businesses were affected by the 1996 Orders, it cannot accept the applicants' contentions as to the extent of their losses as the market for those businesses must have been seriously depressed by the state of the **beef market** in general and the **offal market** in particular") (vurgular eklenmiştir).

597 *Ankarcrona v. Sweden*, App. No.35178/97, Admissibility Decision of 27 June 2000, paras.2 (The Law). Mahkemenin ifadesi şöyledir: "Private interests, such as trader's interest in deposing of products on **the military equipment market**, are irrelevant" (vurgu eklenmiştir).

598 *Beyeler v. Italy*, Judgment of 5 January 2000, para.117.

599 *Hutten-Czapska v. Poland*, App. No.35014/97, Judgment of 22 February 2005, paras. 151, 160, 172, 176, 186. Bu kararın 166. paragrafında muhatap Hükümet market güçleri (market forces) ifadesine yer verirken Mahkeme bunu para. 182'de teyit ediyor. Ayrıca bu karara muhalif kalan Yargıç Pavlovschi'nin şerhinde "toplumsal yönelimli piyasa ekonomisi" şeklinde bir ibare geçmektedir.

600 Zaten uyuşturucusuna el konulan başvurucu, uyuşturucu bulundurduğu için feri olarak gördüğü para cezalarına Strasbourg organları önünde itiraz ederken, uyuşturucunun müsaderesine ve imha edilmesine itiraz etmemiştir. Bkz. *Phillips v. the United Kingdom*, App. No.41087/98, Judgment of 5 July 2001.

yerek vericiden aldığı organ vs. üzerinde mülkiyet hakkı olduğundan söz edilemeyecektir. Esasen, mülkiyet hakkının uygulanabilirliği bakımından, **AİHS**'in 17. Maddesinde düzenlenmiş bulunan hakkın kötüye kullanılmaması prensibi her zaman için geçerliliğini korumaktadır.

Üzerinde durulması gereken bir başka nokta, piyasa mekanıdır. Mübadeleye açılan metanın bulunduğu piyasa öncelikle ulusal piyasadır. Ulusal piyasaya ek olarak, uluslararası veya ulusalüstü piyasaların da bir metanın mübadele değerinin belirlenmesinde temel alınabileceğini kabul etmek mümkündür. **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından pratikte çoğu kez ulusal piyasalar söz konudur. Ancak uluslararası piyasanın gündeme gelmesinde bir engel bulunmamaktadır. Avrupa kıtasında Avrupa Birliği'nin ağırlıklı olarak ekonomik nitelikte bir örgütlenme olması ve ister bu Birliğe üye olsun ister olmasın, **AİHS** Tarafı bütün Devletlerin Avrupa Birliği ile sıkı ekonomik ilişkiler içinde bulunması, **P1-1**'in uygulanmasında dikkate alınması gerekli uluslararası piyasa koşullarını açığa çıkartmaktadır. Kanımca, Avrupa Birliği düzleminde oluşan piyasalar **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlayacaktır.[601]

İlginç bir piyasa olarak akla internet piyasası gelmektedir. İnternette oluşan piyasalar ne ulusal, ne de uluslararasıdır. Son derece kendine özgü ve Devletin düzenleyici etkisinden oldukça bağışık internet piyasasının **P1-1**'in uygulanması bakımından ileride gündeme gelmesi beklenebilir. İnternet piyasasın "*sanal piyasa*" ("*virtual market*") olarak adlandırılabilecek bir başka boyutu daha bulunmaktadır. Sanal piyasada, "*sanal dünyada/ortamda*" ("*virtual world/enviroment*") elde edilmiş malvarlığı değerleri mübadele edilmektedir. Yanlış anlaşılmayı engellemek için eklenmelidir ki, bu mübadele "gerçektir". Sanal mülkiyetin mübadelesiyle, alıcı sanal dünyaya girmek veya o dünyada bir farklı bir pozisyona gelmek hakkını elde eder.[602] Bu tip bir piyasanın da **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından dikkate alınmasında bir engel bulunmayacaktır.

Piyasa koşulu, Mahkemenin **P1-1**'in uygulanabilirliğine yönelik değerlendirmesinin görünmeyen unsuru ise de, ekonomik ölçüt altında yer alan bazı malvarlığı değerleri bakımından klasik anlamında işlevsel değildir. Aşağıda yeri geldiğinde ayrıntılı olarak gösterileceği üzere, sosyal güvenlik pozisyonlarının mülkiyet hakkı kapsamında görüldüğü hallerde mübadeleye açık bir piyasadan bahsedilemez. Şüphesiz, sosyal güvenlik pozisyon-

---

601 Kıyasen bkz. *S. A. Dangeville v. France*, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002; *EEG-Slachthuis Verbist v. Belgium*, App. No.60559/00, Admissibility Decision of 10 November 2005.

602 Bu konuda aşağıda siber mülkiyet ve sanal mülkiyet üzerinde yapılan spekülasyonlara ve gösterilen eserlere bkz.

ları parayla ölçülebilir ekonomik bir değer taşımaktadır ama bu değerin klasik anlamda bir piyasası olduğundan söz edilemez. Zaten sosyal güvenlik pozisyonlarının **P1-1** kapsamında görüldüğü davalar görece az sayıdadır (ama dava sayısı hızla artmakta) ve çoğu kez Sözleşmenin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesi ile beraber gündeme gelmektedir.

2) Devir ve İntikale Elverişlilik

Bir malın ya da hakkın mübadele edilmesi, aslında o metanın mülkiyetinin bir başkasına *devir* ("*alienability/assignable*") ve *intikalinin* ("*transferability*") gerçekleştirilmesi demektir. Devir ve intikale elverişli olmayan bir malın ya da hakkın mübadele edilmesi mümkün değildir. Böyle bir eşya/mal üzerinde öznenin mülkiyet hakkından kaynaklanan tasarruf yetkisi son derece kısıtlıdır.[603] Ayrıca böyle bir metanın piyasa değerini belirlemek de güçleşir. Bu sebeple, **P1–1** anlamında mamelek haklarına dahil olan değerlerin sağlararası veya ölüme bağlı devir ve intikallere elverişli olması, kısacası temliki kabil olması gerekli görülebilir.[604] Devir ve intikale elverişlilik özel mülkiyetin önemli bir unsurudur.[605] Nitekim, kamu malları, kural olarak devir ve intikale elverişli değildir.[606] Devir ve intikale elverişlilik özel mülkiyetin o kadar önemli unsurudur ki, bu unsur olmaksızın özel hukuk anlamında sözleşme kurumunu düşünülemez; sözleşme kurumu ancak devir ve intikalle kurulabilir.[607]

Gerçekten de, Strasbourg organları bir metanın **P1–1** anlamında mamelek oluşturup oluşturmadığını incelerken, o metanın devir ve intikale elverişli olup olmadığını hemen her durumda zımnen de olsa ele almaktadır. İhtilaf konusu malın devir ve intikale elverişliliği koşulu, piyasa koşu-

---

603 Krş. Pasukanis, **a.g.e.**, sf:110, 124.

604 Ayrıca bkz. Sermet, **a.g.e.**, sf:19.

605 Eşya hukuku açısından bkz. ve krş. Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:68; Tom Allen, **The Right to Property in Commonwealth Constitutions**, CUP, 2000, sf:134-143. Daha felsefi düzlemde bkz. Edward Andrew, "*Inalienable Right, Alienable Property and Freedom of Choice: Locke, Nozick and Marx on the Alienability of Labour*", **Property Law, Vol. 1**, eds. Elizabeth Mensch-Alan Freeman, The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Dartmouth, Aldershot, 1992, sf:31-52, özellikle 31-37.

606 Bkz. Gülan, **a.g.e.**, sf:121-130.

607 W.F. Hegel, **Philosophy of Right**, (translated by S.W. Dyde), Batoche Books, Kitchener, 2001, İngilizce orijinal basım tarihi 1896, Almanca orijinal yayın tarihi 1821 (Türkçe çeviri: **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, çev. Cenap Karakaya, Sosyal Yayınlar, İstanbul, İkinci Baskı, Ağustos 2004- Bir not olarak eklenmelidir ki Türkçe çeviride Hegel'in öğrencileri tarafından eklenen "addition" başlığı altındaki bölümler yoktur.), paras.53, 65, 73-74; Marx, **Kapital-Birinci Cilt**, sf:99-100; Karl Renner, **The Institutions of Private Law and their Social Functions**, (edited with an Introduction and notes by O. Kahn-Freund), (translated by Agnes Schwarzschild), first published 1949, Routledge & Kegan Paul Limited, London, sf:104-158; Serozan, **Medeni Hukuk**, sf:69.

lunun yanında, Mahkemenin değerlendirmesinin görünmeyen unsurlarından diğeridir. Aslında devir ve intikale elverişlilik incelemesinin **P1-1**'in uygulanabilirliği problemine içkin olması kaçınılmazdır. Zira devir ve intikal, mübadelenin ve dolayısıyla piyasa düzeninin zorunlu uzantısıdır.[608]

Kaldı ki, bazı kararlarında Strasbourg organları, **P1-1**'in uygulanabilir olup olmadığını saptamak için ihtilaf konusu mamelek türünün devir ve intikale elverişliliğini açıkça vurgulamaktadır. Örneğin, patentin mülkiyet hakkı kapsamında olup olmadığına ilişkin bir uyuşmazlıkta Komisyon, patentin, aleyhinde dava açılan Devletin iç hukukuna göre intikal edilebilir ("*transferable*") ve temlik edilebilir/devredilebilir ("*assignable*") bir kişisel mülkiyet oluşturduğunu özellikle vurgulamıştır.[609]

Bununla birlikte, devir ve intikale elverişlilik zorunlu ve kurucu bir unsur olarak mütalaa edilmemelidir. Devir ve intikale elverişlilik bir malı piyasaya kazandırmakla onun ekonomik karakterini ortaya çıkartır ancak mübadeleye açık olmamak zorunlulukla ekonomik karakterin yoksunluğu anlamına gelmez. Devir ve intikale elverişsizlik hukuk düzeninden kaynaklanabileceği gibi, o nesnenin niteliğinden de kaynaklanabilir. Ekonomik bir değer oluşturan bazı haklar devir ve intikale elverişli olmamalarına rağmen **P1–1** kapsamında değerlendirilmektedir. Zira bu tip haklar öznelerine kullanma veya semerelerden faydalanma gibi ekonomik katkılar sağlar. Bu katkı da, onların parayla ölçülebilen kullanma değeri olarak düşünülebilir. Örneğin intifa hakkı, devredilebilir olmamasına rağmen bu tip mamelek değerleri arasındadır.[610] Benzer şekilde, bir piyasası ve kural olarak devre elverişli olmayan sosyal güvenlik pozisyonları mülkiyet hakkı korumasından yararlanabilmektedir.

Özünde kendi başına bir varlığı bulunmayan bazı iktisadi değerlerin (fiili durumların) de **P1-1**'in kapsamında olabileceği görülmektedir. Bu tip tamamlayıcı veya feri kıymetler bazı ulusal hukuk düzenlerinde tek başlarına mübadeleye elverişli değillerdir. Hatta bu tip tamamlayıcı kıymetlerin tek başlarına kullanma değerleri de yoktur. Bu tip kıymetler bağlı oldukları asıl mamelek hakkının mübadele değerini arttırıcı bir işlev ifa ederler. Buna rağmen, tamamlayıcı kıymetlerin paraya çevrilmesi veya parayla ifade edilebilmesi mümkün olduğundan **P1-1**'in kapsamın-

---

608 Nitekim doktrinde Sermet, bir sonraki dipnotunda zikredilecek kararı incelerken devir ve intikale elverişlilik unsurunun mülkiyetin alameti farikası olduğunu belirtmektedir (Sermet, **a.g.e**, sf:13). Sermet şöyle diyor: "patents have two characteristics – exclusiveness and **transferability – which are also hallmarks of property**" (vurgu eklenmiştir).

609 *Smith Cline and French Laboratories LTD v. the Netherlands*, App. No.12633/87, Admissibility Decision of 4 October 1990, **DR Vol. 66**, December 1990 sf:70-80, özellikle 79.

610 *Wittek v. Germany*, App. No.37290/97, Judgment of 12 December 2002, paras.42-46.

da görülmesinin önünde bir engel yoktur. "*Goodwill*/müşteri çevresi/peştamaliye" kavramı buna güzel bir örnektir.[611]

Hukuk düzeninden kaynaklanan devir engellerine gelince, kişilik haklarına ve ahlaka mugayir mal ve hizmet edimlerinin geçersizliği örnek olarak gösterilebilir. Bir kişinin kendini köleleştirecek bir sözleşme yapması hukuken geçersizdir.[612] Benzer şekilde, uyuşturucu karaborsada alınıp satılan bir maldır; ancak, bu malın devri (ve hatta üretilmesi) hukuken geçersizdir. Aynı şekilde, bazı hayvanların üretilmesi ve beslenmesi hukuken yasaklanmıştır.[613] Yine, örneğin, ateşli silahlar gibi özel statülü malların piyasada mübadeleye sunulması yasaklanmış olabilir.[614] Hukuk düzeninden kaynaklanan devir engelleri arasına kamu düzeni gibi geniş bir nosyon da eklenebilir. Örneğin, kültürel malvarlıkları, özel mülkiyete konu olsa dahi çok sıkı bir rejime tabi tutulmuştur ve bunların hukuki muamelelere konu olması hemen hemen her hukuk düzeninde çok sınırlandırılmıştır.[615] Ama Mahkeme, bir davada Hükümetin uyuşmazlık konusu gecekondunun ve onu üzerine inşa edildiği kamu malının devir ve intikale elverişli olmadığı yönündeki savunmasına itibar etmemiştir.[616]

Kısacası, devir ve intikale elverişli olmayan bu tip nesneler aslında özel hukukça Roma hukukundan bu yana bilinmektedir[617] ve mübade-

---

611 *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, App. No.10873/84, Case No.4/1988/148/202, Judgment of 7 July 1989, Series A 159, paras.42, 43, 53; *Iatridis v. Greece*, App. No.31107/96, GC Judgment of 25 March 1999, para.54. Ayrıca aşağıda Çalışma Hakkı ve Girişim Özgürlüğü Çerçevesindeki Gayri Maddi Malvarlığı Değerleri başlıklı altbölümdeki açıklamalara bkz.

612 Hegel, **Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, paras.66-67.

613 Bkz. *Amanda Bullock v. the United Kingdom*, App. No.29102/95, Admissibility Decision of 16 January 1996 (Pitbull beslenmesinin yasaklanması). Ayrıca bkz. 5199 sayılı ve 24 Haziran 2004 tarihli **Hayvanları Koruma Kanunu** (RG. 1/07/2004, s. 25509) Madde 14/l.

614 Bkz. Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:78. Ayrıca bkz. *Ian Edgar (Liverpool) Limited v. the United Kingdom*, App. No.37683/97, Admissibility Decison of 25 January 2000.

615 Bkz. Rona Serozan-Hüseyin Hatemi-Aldülkadir Arpacı (Serozan), **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, sf:55; Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:78; Sibel Özel, **Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması**, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998, sf:51-85, 157-200; Laura S. Underkuffler, **The Idea of Property: Its Meaning and Power**, Oxford University Press, 2002, sf:110-116.

616 *Öneryıldız v. Turkey*, App. No.48939/99, GC Judgment of 30 November 2004, paras.122, 128-129.

617 Roma hukukundaki durum ve çeşitli ayrımlar hakkında bkz. Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, çev. Ziya Umur, İkinci Baskı, İÜHFY No: 124, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, sf: 229-231; Koschaker, **a.g.e.**, sf:103 vd.; Oğuzoğlu, **a.g.e.**, sf:139 vd. ise, aynı ayrım, *res extra patrimonium* (mameleke dahil olmayan şeyler) ve *res in patrimonio* (mameleke dahil olabilen şeyler) olarak yapılmaktadır. Bu son ayrım Iustinianus'un **Iustiniani Ins. 2, 1**'i takip etmektedir. Bkz. **Institutiones- 2, 1**, (çev. Ziya Umur), İÜ Yay. No: 1291, İÜHF Yay. No:276, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, paras.12-19 (İkinci Kitabın "Eşyanın Taksimi Hakkında" başlıklı Birinci Bölümü), sf:75.

lenin/ticaretin dışında kalan mallar/eşyalar anlamına gelen *res extra commercium*[618] kavramıyla ifade edilirler.[619]

Aslında burada özel hukukun uyuşturucu gibi üretilmesi ve bulundurulması yasak olan nesneleri hukuki anlamda mal statüsünden çıkardığı bile ileri sürülebilir. Ancak böyle bir tez, hukukun kişi varlığı ve malvarlığı olarak ikili ayırımına oldukça terstir. Gerçi bu teorik ayrıma zarar veren çok sayıda örnek bulmak mümkündür; örneğin, ticari şirketler ve cenin gibi. Yine de bu temel ayrım geçerliliğini koruduğuna göre, üretilmesi ve bulundurulması yasak olan nesnelerin bir hukuki statüsü olması gereklidir. Bu da, olsa olsa, eşya statüsüdür.[620] Nitekim AİHK, bir kararında beslenmesi yasaklanmış olup kamu makamlarınca uyutulan pitbull ırkı köpeğin **P1–1** anlamında eşya statüsünde olduğunu kabul etmiştir.[621]

Sonuç olarak, devir ve intikale elverişlilik ölçütü temelinde **P1–1** anlamında nesneleri ikiye ayırmak mümkün hale geliyor: Birinci tür nesneler, hukuki bir piyasada mübadele edilebilir ve meta olarak adlandırılabilir (*res in commercio*). İkinci tür nesneler, hukuken devredilemez ve fakat eşya statüsünde kalmaya devam eder (*res extra commercium*).[622] **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından bir nesnenin meta statüsünde olmasıyla eşya statüsünde olmasının bir önemi yoktur. İster mübadeleye açık olsun, isterse kapalı, ekonomik bir değer taşıyan bütün nesneler **P1–1** mülkiyet hakkı korumasından yararlanırlar. Zira her halükarda mülkiyet hakkının teorik içeriği değişmemekte (ekonomik bir değer ile Üçüncü Bölümde ele alınacak olan yetkiler) sadece potansiyel hak sahipleri sınırlanmaktadır.[623] Ancak

---

618 "Hukuki muamelelere konu olamayan mallar" için bkz. Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, İÜ Yay. No: 3170, İÜHF Yay. No: 677, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, sf:184. Ayrıca bkz. ve krş. Belgin Erdoğmuş, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, Eylül 2004, sf:116'da verilen "fertlerin tasarrufu dışında kalan mallar" tanımı.

619 Genel olarak bkz. Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:78; Renner, **a.g.e.**, sf:81; Rudolf Schlensinger, **Soviet Legal Theory-Its Social Background and Development**, Paul Kegan, London, 1945, sf:28, Sovyet özel hukuku açısından bilgi için bkz. sf:96-97.

620 Örneğin, 213 sayılı Türk Vergi Usul Kanunu Madde 9/2 uyarınca "vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz" hükmü getirilerek ekonomik değer taşıyan her tür mal ve faaliyetten elde edilen kazancın vergiye tabi tutulması sağlanmıştır.

621 Bkz. *Amanda Bullock v. the United Kingdom*, App. No.29102/95, Admissibility Decision of 16 January 1996.

622 "Şu halde kullanım değeri, mübadele değeri için şarttır, fakat sebep değildir. *Diğer bir deyişle, kullanım değeri olduğu halde meta olmayan nesneler vardır. Mübadele değeri olmak meta olabilirlikle eşittir*" (vurgu eklenmiştir). Bkz. İdris Küçükömer, **İktisat İlkelerine Yeniden Bakış**, sf:37. Aynı yönde Mehmet Selik, **Marxist Değer Teorisi**, AÜSBF Yay. No: 283, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969, sf:26 ve dn.10.

623 Nitekim AİHM özel mülkiyete tabi kültürel malvarlığı statüsündeki bir taşınmazın kamulaştırılmasında kıymet takdirinin yetersizliğinden ötürü Türkiye'nin **P1-1**'i ihlal et-

mülkiyet hakkının **AİHS**'deki diğer insan haklarıyla çatışmaması ölçütü çerçevesindeki mülahazalar saklıdır.

3) Uygulanabilirlik Eşiği: Az Olmama Ölçüsü

Yukarıda parayla ölçülebilme veya paraya çevrilebilme unsurunun bir sonucu olarak, **P1–1** anlamında mülkiyet hakkının maddeten değersiz nesne veya haklar üzerinde doğmayacağı ve **P1-1**'in uygulanabilirliği için ekonomik bir kaybın veya zararın söz konusu olması gerektiği söylenmişti. Bu durum özellikle mülkiyet hakkına yapılan "müdahale" kavramı açısından önemlidir.

Metanın ekonomik bir değere karşılık gelmesi ve ekonomik bir kaybın oluşması gerekli olmakla birlikte, yeterli koşullar değildir. Bunlara ek olarak, söz konusu kaybın belli bir eşiği aşması gereklidir. Bu eşiğin altında kalan kayıp, **P1-1**'in uygulanabilirliğini engeller. Böyle hallerde belki mülkiyet hakkına konu olan bir değer mevcuttur ama bu değere yönelik **P1-1**'in uygulanmasına değecek ölçüde zarar söz konusu değildir. Bu tip durumlarda, hakka müdahale oluşmadığı kabul edilir. Buna, **P1-1**'in "uygulanabilirlik eşiği" adı verilebilir.

Van der Mussele v. Belçika davası uğranılan ekonomik kaybın ölçüsü konusunda öncü ve belirleyici kararların başında gelmektedir.[624] Olayda (daha önce özeti verildiği için burada tekrar edilmeyecektir) stajer avukatlık yapmakta olan başvurucu, kayıtlı olduğu Baronun zorunlu müdafilik hizmeti çerçevesinde bir müvekkilin savunmasında cebinden 3400 BF'lik harcama yapmak zorunda kalmıştır.

AİHM, ekonomik kaybın ölçüsüyle ilgili olarak şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur. Başvurucu, savunmasına atandığı sanık için cebinden 3400 BF'lik harcama yapmıştır. Ancak bu saptama **P1-1**'in uygulanabilir olduğu sonucunu çıkarmaya yetmez. Birçok durumda kanunen kendisine bir ödev verilmiş kişinin bazı masraflarda bulunması gerekir. Böyle bir ödevin bir başına **P1–1** anlamında mülkiyete bir müdahale oluşturduğunu kabul etmek, Maddenin konu ve amacının ötesine geçen bir yorum olur. Buradan hareket eden Mahkeme, işbu vakada farklı düşünmek için bir sebep görmediğinden ve başvurucunun yaptığı masraflar "düşük miktarlı" ("*relatively small*") olduğu ve **AİHS**'in 4. Maddesine

---

tiği sonucuna varmıştır. Bkz. *Kozacıoğlu v. Turkey*, App. No.2334/03, GC Judgment of 19 February 2009.

624 Zorunlu çalışma ödevinden kaynaklanan benzer davalar için bkz. Arjen van Rijn (Revised by), "*Chapter 17 – Right to the Peaceful Enjoyment of One's Possessions (Article 1 of Protocol No. 1)*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (editors, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak), Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006 (Fourth Edition), sf: 863-893, 871 ve dn. 34-36.

uygun bir çalışma ödevinden kaynaklandığından **P1-1**'in bir ihlali bulunmadığı sonucuna varmıştır.[625]

Langborger davası yine mülkiyet hakkı bakımından uğranılan zararın ölçüsünün **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından önemini gösteren bir başka davadır.[626] Bu davada başvurucu kiraladığı daireyle ilgili olarak kiracılar birliğine kira bedelinin % 0.3'ü kadar mali katkı payı vermek zorunda olmasının mülkiyet hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüştü. AİHM, başvurucunun iddiasını hiç tartışmadan reddetmiştir. Mahkemeye göre, küçük bedellerin ödenmesi yükümlülüğü, **P1-1** ile uyumsuz/bağdaşmaz olarak telakki edilemez.[627]

Başvurucunun malvarlığının yürürlükteki mevzuat çerçevesinde % 20 oranında azalmasının şikayet edildiği daha yakın tarihli *Zeman* davasında Mahkeme, diğer gerekçelerin de desteğiyle, önce bu durumun **P1-1**'i uygulanabilir kıldığına karar vermiş ve sonra bu orandaki azalmanın **AİHS**'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesini **P1-1** ile bağlantılı olarak ihlal ettiği hükmüne varmıştır.[628]

---

625 *Van der Mussele v. Belgium*, Judgment of 23 November 1983, para.49. Thor Vilhjalmsson, Bindschedler-Robert ve Matscher'in Onaylayıcı Görüşü (Concurring opinion): Onaylayıcı görüşü Vilhjalmsson kaleme almış ve diğer iki yargıç bu görüşe katılmışlardır. Yargıçlara göre, başvurucu **P1-1** anlamında yalnızca yaptığı masrafları gündeme getirebilir. Bununla birlikte, **P1-1**'in birinci cümlesinin bir ihlali bulunmamaktadır. Yargıçlar bu görüşlerine iki gerekçe vermişlerdir. Birinci gerekçe, dava konusu harcamaların yekününun fahiş olmamasıdır. İkinci gerekçe ise, başvurucunun stajer avukat olmasıdır. Yargıçlara göre, staj sistemi adayı profesyonel meslek hayatına hazırlamakta ve mesleğin hem olumlu hem de olumsuz yönlerini göstermektedir. Olayda da ihlal oluşturacak derecede bir olumsuzluk söz konusu değildir.

Diğer yandan doktrinde AİHM'in bu kararını eleştiren Çoban'a göre, "(m)ahkemenin (...) yapılan masraflara ilişkin yorumunu kabul etmek mümkün değildir. Başvurucu kendi cebinden bir takım masraflar yaptığına göre, mal varlığına ilişkin bir müdahalenin olduğu açıktır. Dolayısıyla mahkemenin malvarlığına müdahale olmadığına karar vermek yerine bu müdahalenin meşru olup olmadığını incelemesi gerekirdi" şeklinde görüş açıklamaktadır (bkz. Ali Rıza Çoban, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı (14. Madde) ve Mülkiyet Hakkı (P1-1) Açısından Uygulanması*", **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yay., İstanbul, 2004, sf:243-260, 246. Açıkçası, yazarın eleştirisi bu haliyle yanlıştır. Kanımca, yazar AİHM'in kararını yanlış aktarmaktadır. Bu Çalışmanın metninden anlaşılacağı üzere AİHM'in mülkiyete müdahale olmadığına karar vermesine yol açan etmen cepten masraf yapılması değil bu masrafların düşük miktarlı olması ve bunların Sözleşmenin 4. Maddesine uygun bir çalışma ödevinden kaynaklanmasıdır. Eğer eleştirilecekse, bu yaklaşımın eleştirilmesi gerekirdi.

626 Ayrıca bkz. Reid, **a.g.e**, sf:461 ve dn. 19.

627 *Langborger v. Sweden*, Judgment of 22 June 1989, para.41 ("In the Court's view, the obligation to pay the small sums involved cannot be regarded as inconsistent with this Article"). İlginç bir not olarak eklenmelidir ki AİHM ekonomik kaybın ölçüsüne ilişkin olarak *Van der Mussele v. Belçika* davasındaki içtihadına atıf yapmamıştır.

628 *Zeman v. Austria*, App. No.23960/02, Admissibility Decision of 30 June 2005. ("The Court further notes that under the relevant legislation in force in *1988*, when the applicant was granted the pension, he was entitled to 60 % of his late wife's retirement

Strasbourg organlarının kaybın ölçüsü bakımından yaptıkları değerlendirme halen geçerliliğini korumaktadır ve düşük zarar veren kamusal tasarrufların **P1-1**'in uygulanabilirliği için aranan ölçüde bir müdahale oluşturmadığı kabul edilmektedir.[629]

Kaybın ölçüsü unsuru, Mahkeme tarafından üretilmiştir ama geliştirilmeden uygulanmaktadır. İçtihadın bu noktada son derece yüzeysel kaldığı söylenebilir. Ölçü belirli değildir. Kayıp eşiğinin nerede başladığı hakkında içtihattan bir ilke çıkartmak mümkün olmamaktadır. Kaldı ki, çok çeşitli konularda gündeme gelebilen mülkiyet hakkı bakımından standart bir ekonomik kayıp ölçüsü belirlemek zaten mümkün değildir. Ekonomik değer ölçütünün dışında kalan manevi unsuru ağır basan kalemler bakımından nasıl bir yaklaşım takip edileceği de belirsizdir.[630]

Yine de sonuç olarak, içtihadi birikimin incelenmesi, söz konusu kaybın "az" olmaması gerektiğini göstermektedir. Şunu eklemek yararlı olabilir: Kaybın ölçüsü, özellikle mülkiyete yapılmış bir müdahalenin ölçülülüğünü belirlemekte rol oynayabilmektedir.[631]

P1-1 uygulanabilirlik eşiğiyle ilgili bir başka mesele, **Protokol No. 14**'ün[632] getirdiği yeni kabuledilebilirlik ölçütü ile malvarlığındaki kaybın

---

pension as from 1 January 1995. The Court, thus, considers that the subsequent amendment of the Pension Act leading to the reduction of the applicant's entitlement to 40 % of his late wife's retirement pension, affected the applicant's property interests protected in Article 1 of Protocol 1. Accordingly, Article 14 is also applicable."); *Zeman v. Austria*, App. No.23960/02, Judgment of 29 June 2006.

629 *Woonbron Volkshuisvestingsgroep and others v. Netherlands*, App. No.47122/99, Admissibility Decision of 18 June 2002, para.2 (The Law); *Lyubov Nikolayevna Krinovogova v. Russia*, App. No.74694/01, Admissibility Decision of 1 April 2004, para.1 (The Law); krş. *Stockholms Försakrings-Och Skadestandsjuridik AB v. Sweden*, App. No. 38993/97, Judgment of 16 September 2003, paras.52-54.

630 Bir sonraki başlık altında yapılan açıklamalara bkz. Ayrıca bkz. *Stephen Eccleston v. United Kingdom*, App. No. 42841/02, Admissibility Decision of 18 May 2004, para. 5 (çocuk esirgeme kurumlarında kaldığı dönemdeki kişisel eşyalarının dosyasından çıkmaması- iç hukuk yollarının tüketilmemesi gerekçesiyle kabuledilemezlik).

631 Örneğin bkz. *Müller v. Austria*, App. No.5849/72, Commission Report of 1 October 1975, **DR Vol. 3**, sf:25-32, özellikle 32 ve para.32; *Kustannus Oy Vapaa Ajattelija AB and others v. Finland*, App. No.20471/92, Admissibility Decision of 15 April 1996, **DR Vol. 85-A**, sf:29-46, özellikle 45-46; *Matti and Marianne Hiltunen v. Finland*, App. No.30337/96, Admissibility Decision of 28 September 1999; *Offerhaus and Offerhaus v. Netherlands*, App. No.35730/97, Admissibility Decision of 16 January 2001, para.2 (The Law); *Haider v. Austria*, App. No.63413/00, Final Admissibility Decision of 29 January 2004, para.2 (The Law); *Stockholms Försakrings-Och Skadestandsjuridik AB v. Sweden*, App. No. 38993/97, Judgment of 16 September 2003, paras.52-54. Bu konuya Çalışmanın III Bölümünde müdahalenin ölçülülüğü bahsinde değinilecektir.

632 23/05/2004 tarihli "**Protokol No.14**"ün ("*Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*") tarafımızdan yapılan Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 2. Kitap Av-**

ölçüsü arasında kurulabilecek olası bağlantıda odaklaşmaktadır. AİHM'in ağır iş yükünü hafifletmek üzere çeşitli tedbirler getiren **P-14**'ün yapacağı asıl esaslı değişiklik yeni bir kabuledilebilirlik ölçütüne yer vermesidir. **P-14** Madde 12'ye göre, Sözleşmenin bireysel başvuruların kabuledilebilirlik koşullarını düzenleyen Madde 35/3 iki bende ayrılacak ve başvurucu "önemli bir ölçüde dezavantajlı durumdan mustarip" olduğunu gösteremediği müddetçe, şikayet kabuledilebilir bulunmayacaktır.[633] İşte "önemli bir ölçüde dezavantajlı durumdan mustarip" olma ölçütü ile **P1-1**'in uygulanabilirliği için aranan zarar eşiği kesişebilir.[634] Mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının gündeme getirildiği şikayetlerde **AİHS** Madde 34 ve Madde 35 anlamında mağduriyet koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde **P1-1** özelinde geliştirilen içtihatlar rol oynayabilir. Böyle bir örtüşmenin yaşanması halinde Mahkeme, hiç **P1-1**'e gitmeyecek, doğrudan mağduriyet koşulunun gerçekleşmemesinden ötürü başvuruyu kabuledilemez ilan edebilecektir. Mülkiyetin temelde parayla ölçülebilen bir değere karşılık geliyor olması, **P1-1**'in ihlal edildiği iddiasıyla karşılaşıldığında "önemli bir ölçüde dezavantajlı durumdan mustarip" olma ölçütünün içinin doldurulmasını kolaylaştırabilir.[635] Bu olasılıkta, örtüşmenin bir yansıması neticesinde başvuru mağduriyet statüsü açısından kabuledilebilir bulunduğunda, **P1-1** uygulanabilirlik eşiği açısından da kabuledilebilir bulunacaktır. Hatta, kelime bazında yorum yapılacak olunursa, "önemli bir ölçüde dezavantajlı durumdan mustarip" olunduğu bir kez AİHM'ce tespit edildiğinde, bu tespitin yansımaları mülkiyet hakkının ihlal edildiği vargısına kadar gidebilir.

---

rupa Konseyi Belgeleri & Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kuralları Şerhi, Legal Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2006, sf.47-62 (Türkçe) ve sf.897-903 (İngilizce).

Nisan 2009 tarihi itibariyle henüz yürürlüğe girmeyen Protokol No. 14 ile getirilen yenilikler hakkında eleştirel değerlendirme için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1091-1115.

633 Böylelikle, bireysel başvuruda bulunabilmek için Sözleşmenin aradığı "mağdur" kavramına bir yenilik getirilmiştir. Bilindiği üzere, Mahkemeye göre "mağdur" statüsünün kazanılması için, Taraf Devletlerin tasarrufundan "etkilenmiş" olmak yeterlidir; "zarar görmüş" olma koşulu aranmaz. Bu yaklaşım, bireysel başvurucu olabilecekleri genişleten bir içtihattır. Oysa öngörülen değişiklik, bu yerleşik içtihadın tam tersine olarak, mağduriyet iddiası için "*önemli bir ölçüde dezavantajlı durumdan mustarip*" olunduğu gösterilmek zorunluluğunu getirmektedir. Herhalde "önemli bir ölçüde dezavantajlı durumdan mustarip" olmak, Taraf Devletin tasarrufundan "etkilenmiş" olmaktan çok "zarar görmüş" olmak durumuna yakın olsa gerektir. Bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1091-1115.

634 Bu noktada söz konusu ölçütün varlığına yönelik eleştirileri bir yana bırakıyoruz.

635 Oysa bu ölçütün içinin doldurulması ciddi bir meseledir ve **P-14** bu konuda bir geçiş dönemi öngörmektedir.

B) İstisnai Ölçüt: Manevi/Ruhsal Bir Değer Oluşturma

P1-1'in uygulanabilirliğini sağlayan temel ölçüt, ekonomik bir değerin söz konusu olmasıdır. Bu ölçütün unsurları, **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından belirleyici niteliktedir. Ekonomik bir değer bulunmadığında, mağdurlar mülkiyet haklarının ihlali iddialarından AİHM önünde bir sonuç alamazlar.

Ancak Strasbourg organlarının içtihadi birikimi tarandığında, ekonomik ölçütten tamamen bağımsız bir başka ölçütün de **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağladığı görülmektedir. Bu ölçütün "manevi/ruhsal ölçüt" olarak adlandırılması mümkündür. Belirtmek gerekir ki, bu ölçütün yaygın kullanımı bulunmamaktadır. Bu ölçütün geliştirilmesine elveren fazla dava yoktur. Dolayısıyla, şu aşamada "manevi/ruhsal ölçüt" hem istisnai hem de hayli spekülatif niteliktedir.[636]

Chassagnou ve diğerleri v. Fransa davasında başvurucular çiftçilik yapmakta olup avcılık ve avlanma karşıtı bir derneğin üyesidir. Karardan anlaşıldığına göre, Fransa'da yasal düzenlemelerle özel olarak yetkilendirilmiş avcılık derneklerinin belirlenen bölgelerdeki özel mülkiyete tabi topraklarda avlanma hakları bulunmaktadır. Başvurucular, özel mülkiyetlerinde bulunan topraklarında avlanmayı yasaklayan bazı tabelaları arazinin sınır yerlerine yerleştirmişlerdir. Bunun üzerine, o muhitin yetkili avcılık örgütü yetkili yargısal makamdan başvurucuların koydukları tabelaların kaldırılmasını talep etmiştir. Avcılık örgütlerinin bu talebi yargısal makamlarca kabul görüp onanmıştır. Diğer yandan başvurucular, avcılık örgütünün kendi topraklarını da av sahası olarak belirleyen kararına karşı ulusal yargısal makamlar önünde başka davalar açmışlardır. Başvuruculaların ulusal hukuka göre açtıkları bu davalar aleyhlerine sonuçlanmıştır.[637]

---

636 Buna karşılık, yukarıda gösterildiği üzere, Ame. İHM manevi değeri haiz kıymetlerin de **Ame. İHS** Madde 21 çerçevesine gireceğini teorik ve soyut düzlemde hükme bağlamıştır. Bkz. *Ivcher Bronstein v. Peru*, Judgment of 6 February 2001, para. 122

637 *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos.25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999, paras.10-34. Mahkeme, hükmünün olgular bölümünün başına bir giriş eklemiş ve burada Fransa'da özel mülkiyete tabi topraklarda avcılık yapılmasıyla ilgili tarihi bilgiler vermiştir. Buna yaparken AİHM, olgular bölümüne bu şekilde tarihi bilgiler eklemesinin mutat bir uygulama olmadığını özellikle vurgulamıştır. Bkz. paras.10-15. ("Given the importance of the historical context of the case, it seems appropriate – exceptionally – to preface the section of the judgment entitled 'The circumstances of the case' with a brief introduction, based on the information supplied by the Government", bkz. para.10). Dipnotta bu bilginin verilmesinin sebebi, AİHM'in Türkiye'ye karşı davalarda Devleti haklı çıkarmak için hükmün olgular bölümüne tarihi nitelikte ve Hükümet tarafından verilmiş tek yanlı bilgiler eklediği yönündeki Türk kamuoyunda ve hukuk çevrelerinde hakim olan düşüncedir. *Chassagnou ve diğerleri v. Fransa* davası, AİHM'in eleştirilen tutumunun Türkiye'ye ilişkin davalara özgü olmadığını ve dolayısıyla, en azından şekilen, çifte standart uygulanmadığını göstermektedir.

Başvurucular AİHM önünde özel mülkiyetlerine tabi topraklardaki avcılık haklarının yetkili avcılık kurumuna zorunlu olarak devredilmesinin ve dolayısıyla topraklarında rızaları dışında avcılık yapılmasının **AİHS**'de yer alan çeşitli haklara aykırılık teşkil ettiğini iddia etmiştir. Bu haklar mülkiyet, inanç özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüdür. Başvurucular bu hakların yanında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini eklemiştir. Başvurucular **P1–1** mülkiyet hakkı çerçevesinde avcılık aktivitesine etik açıdan karşı olduklarını özellikle belirtmektedir.

Muhatap Hükümet hemen başvuruculaların toprakları bakımından uğradıkları zararın pek az olduğundan hareketle davanın kabuledilemez bulunması itirazını yapmıştır.[638] Görüldüğü üzere muhatap Hükümet burada, **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından aranan temel şart olan "ekonomik bir değer" ölçütüne dayanmaktadır. Ancak Mahkeme, Hükümetin yaklaşımını reddetmiş ve **P1-1**'in uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. AİHM'e göre, başvuruculaların mülkiyetlerinden yoksun bırakılmadıkları doğrudur ve bu sebeple mülkiyet hakkının kendilerine verdiği çeşitli yetkileri kullanmaları mümkündür. Ancak burada önemli olan, mülkiyet hakkından yoksun olup olmamak değil, etik açıdan karşı oldukları avlanma aktivitesine katlanmak zorunda kalmalarıdır. Buradan hareket eden Mahkemeye göre, bu kayıtlamanın mülkiyet haklarına bir müdahale teşkil ettiğinde şüphe yoktur.[639]

Bu yaklaşımıyla AİHM'in **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından farklı bir ölçüt temelinde hareket ettiği anlaşılmaktadır. Bu olayda başvuruculaların parayla ölçülebilir bir değerden bahsetmedikleri ortadadır. Başvuruculaların ileri sürdüğü ve AİHM'in de kabul ettiği tek temel ahlakidir. *Chassagnou* davasında yukarıda "ekonomik bir değer oluşturma" ölçütü çerçevesinde açığa çıkarılmaya çalışan unsurların hiçbir geçerliliği yoktur. Burada parayla ölçülebilen veya bir piyasaya ilişkin hiçbir husus yoktur. Ahlaki düşüncelerin (olayda avcılığa karşı olma) **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlamasını "manevi/ruhsal bir değer oluşturma" ölçütü olarak adlandırmak mümkündür.

---

638 *Chassagnou*, Judgment of 29 April 1999, para.73.

639 *Chassagnou*, Judgment of 29 April 1999, para.74 ("In the present case the applicants do not wish to hunt on their land and object to the fact that others may come onto their land to hunt. However, although opposed to hunting on ethical grounds, they are obliged to tolerate the presence of armed men and gun dogs on their land every year. This restriction on the free exercise of the right of use undoubtedly constitutes an interference with the applicants' enjoyment of their rights as the owners of property."). Üstelik bu müdahale **P1-1**'e aykırı bulunarak mülkiyet hakkının ihlalini sonuçlamıştır. Bkz. para.85. Mahkemenin original ifadesi şöyledir: ("Compelling small landowners to transfer hunting rights over their land so that others can make use of them in a way which is **totally incompatible with their beliefs** imposes a disproportionate burden which is not justified under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1. There has therefore been a violation of that provision"). (vurgu eklenmiştir.).

Fakat ahlaki düşüncelerin **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlaması, tek bir karara özgü bırakılmayıp soyut ve teorik seviyeye çıkarıldığında, "manevi/ruhsal bir değer oluşturma" ölçütünün unsurlarını belirlemek ve ayrıştırmak gerekli hale gelir. Mahkemenin *Chassagnou* hükmü bu açıdan herhangi bir veri içermemektedir; bütün gerekçe alıntıdakinden ibarettir. Mahkemenin *Chassagnou* hükmünü takip eden bir başka karara rastlanılmadığı yukarıda söylenmişti. O halde "manevi/ruhsal bir değer oluşturma" ölçütünün unsurlarını ayrıştırmak hususunda belli bir güçlükle karşılaşılacağı aşikârdır.[640]

Bu güçlüğün aşılmasında Sözleşmenin inanç özgürlüğü hakkını düzenleyen 9. Maddesi[641] yardımcı olabilir. Başvuruculaların bu hakkın ihlali iddiasını da gündeme getirdikleri yukarıda yazılmıştı. AİHM, başvuruculaların bu iddiasını incelemeye gerek görmemiştir. AİHM'e göre, başvuruculaların **AİHS** Madde 9 çerçevesindeki şikayetleri, **P1–1** ile **AİHS** Madde 11 çerçevesinde olanlarla özünde aynı olduğu için ayrı bir incelemeyi haklı kılan bir durum bulunmamaktadır.[642] AİHM'in Madde 9'a yönelik iddiaları incelememesi kendisinin Sözleşmedeki hemen bütün haklar bakımından mutat yaklaşımına uygundur. Bizi burada asıl ilgilendiren, özünde inanç özgürlüğüne ilişkin iddiaların **P1–1** içinde eritilmiş olmasıdır. Bu durumda **P1-1**'le "manevi/ruhsal bir değer oluşturma" ölçütü çerçevesinde asıl korunan değerin inanç özgürlüğü ya da bunun çok spesifik (olayda toprak mülkiyeti) bir görünümü olduğu sonucu doğmaktadır.

Eğer bu çıkarım doğruysa, yani **P1–1** dava konusu spesifik bağlamda **AİHS** Madde 9'daki inanç özgürlüğü hakkını kapsıyor ve içinde eritiyorsa, Madde 9'un uygulanabilirliği için aranan ölçüt ve unsurlar, **P1-1**'in uygulanabilirliği için de aranmalıdır. Zira aksi halde, hem **P1-1**'in

---

640 Doktrinde medeni ve siyasi hakların ekonomik boyutları açısından ticari şirketlerin Sözleşme Madde 9'da yer alan inanç özgürlüğü hakkından yararlanıp yararlanamayacaklarını tartışan Emberland, **Companies**, sf:56 ve dipnot 178'de benzer bir noktaya temas ediyor ("The elements of property interests protected by the right to freedom of conscience were left undecided in *Chassagnou and Others v. France* .....").

641 "**AİHS**" Madde 9 normu şöyledir:

"**Madde 9 – Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü**

1. Her kişi, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, dinini ya da inancını değiştirme özgürlüğünü ve, tek başına ya da başkalarıyla birlikte topluluk içinde, özel ya da aleni olarak, ibadet etmek, öğretmek, uygulamak ve ayin yapmak şeklinde dinini ya da inancını açığa vurma/(açıklama) özgürlüğünü içerir.

2. Bir kimsenin dinini ya da inancını açığa vurma özgürlüğü ancak, kamu emniyeti yararı için, kamu düzeninin, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasa tarafından öngörülen ve bir demokratik toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulacaktır."

642 *Chassagnou*, Judgment of 29 April 1999, paras.122-125.

ekonomik niteliği tamamen deforme edilmiş olur, hem de **P1–1** Sözleşme Madde 9'un yerine geçerek onun anlamını yitirmesine yol açar.

AİHS Madde 9 perspektifinden bakıldığında, başvuruculaların ahlaki duruşları temelinde yükselen "manevi/ruhsal bir değer oluşturma" ölçütü aslında "felsefi inanç" niteliğindedir. Bu durumda Sözleşme hukukunda "felsefi inanç" teriminin ne anlama geldiği ve nasıl saptandığı incelenmelidir.

Strasbourg organları inanç/kanaat terimini tanımlamamakta; yerine, Sözleşmeye aykırı şekilde müdahale edildiği şikayet konusu yapılan herhangi bir kanaatin/inancın, Madde 9'un kapsamına girip girmediği hususunda bir test uygulamaktadırlar. Buna göre, tıpkı ebeveynin çocuğun eğitimine karar verme hakkı bağlamında dışa vurduğu inançları için arandığı gibi (**P1-2**)[643], bir görüşün (md.9)'daki inanç kategorisi içinde yer alabilmesi için temel sorunlar hakkında tutarlı herhangi bir görüşün (*coherent view*) dışa vurumu/ifadesi ölçütü ile ikna edicilik (*cogency*), ciddilik (*seriousness*), tutarlı olma (*cohesion*) ve önemli olma (*importance*) ölçütlerini karşılaması gereklidir. Ayrıca bütün bu ölçütlerin belli bir seviyede olması da aranmaktadır.[644]

Bununla birlikte, bu testin unsurları belirsizdir. Yani, Strasbourg yargısı ne bu dört ölçütün içeriğini belirlemek konusunda bir adım atmıştır, ne de aranan seviyenin ne olduğu konusunda bir belirlemede bulunmuş ya da örnek vermiştir. Mahkemenin, özellikle **P1-2**'ye ilişkin içtihatlarından bazı unsurları ayrıştırılabilir.[645] Mahkemeye göre, "felsefi" teriminin tüketici bir tanımı verilemez ve anlamı konusunda *Hazırlık Çalışmalarm*dan pek bir şey çıkmamaktadır. Komisyon ve Mahkeme "felsefi" kelimesinin çeşitli anlamlar içerdiğini, bazen bir düşünce sisteminin bütününü bazen ise az çok önemsiz meseleleri kastetmek için kullanıldığını not etmektedirler. Strasbourg organlarına göre, "felsefi" kelimesinden bir düşünce sisteminin bütününü anlamak hakkın alanını çok fazla daraltacağı için; az çok önemsiz meseleleri kastetmek için kullanıldığını kabul etmek ise önemsiz/yetersiz ağırlıktaki veya özdeki meselelerin de hakkın alanına dahil olmasını sonuçlayabileceği için kabul edilemez.[646]

---

643 **AİHS Protokol No.1** Madde 2 (eğitim hakkı) hakkında ayrıntılı bilgi, ilgili içtihatlar ve değerlendirme için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yay., İstanbul, Nisan 2005, sf:129-131, 146-150.

644 *Campbell and Cosans v.the United Kingdom*, Judgment of 25 February 1982, Series A No.48, para.36.

645 Burada yapılan tartışma Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:148-150'de **P1–2** bakımından yapılan tartışmalardan uyarlanmıştır.

646 *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, Judgment of 25 February 1982, para.36.

P1–1 tarafından korunacak olan "felsefi" görüş, demokratik bir toplumda saygıyı hak edecek, insan onuruna ve genel olarak Sözleşmede düzenlenmiş diğer haklara uygun nitelikte olmalıdır. Burada özellikle vurgulanmalıdır ki, korunacak felsefi görüşün içerdiği sav demokratik bir toplumda saygıyı hak edecektir. Yoksa o görüşün açıklanması özgürlüğü değil. Dolayısıyla, burada yapılacak olan, bir içerik değerlendirmesidir. Bu nitelikleri taşımayan felsefi inançlar **P1–1**'in kapsamına girmezler. Bu niteliklerin saptanmasında Sözleşmenin bütününe ve özellikle **AİHS**'de düzenlenmiş hakların kötüye kullanma yasağını içeren bir yorum normu olan Sözleşmenin 17. Maddesine bakılacaktır. Ayrıca, bir görüşünün felsefi inanç teşkil etmesi için dava konusu hakkında spesifik açıklamalar içermesi gerektiği de düşünülebilir. Son olarak, mevcut bir felsefi inancın/kanaatin **P1–1** tarafından korunması için, kamu makamlarının dikkatine sunulmuş olması zorunludur. Kamu makamlarının bilmedikleri ya da bilmelerinin beklenemeyeceği felsefi inançlara saygı göstermesi imkansızdır.[647]

Chassagnou davası **P1–1** ile **AİHS** Madde 9'un kesiştiği bir örnektir ve yukarıdaki spekülasyonları makul kılan bu kesişmedir. Sahip oldukları arazi bakımından **P1-1**'in uygulanabilir sayılmasını ve hatta ihlal edildiğinin bulgulanmasını sağlayan unsur, başvuruculaların avcılık konusundaki inançlarıdır. Buna göre, manevi ölçütün işlev görebilmesi, her halükarda ekonomik ölçüt içinde değerlendirilebilecek bir başka unsurun varlığını gerektirmektedir.[648]

Diğer yandan, manevi ölçütün, Sözleşmedeki başka haklarla açık sayılabilecek herhangi bir bağlantısı bulunmadan da **P1-1**'in uygulanabilirliliğini sağlayabileceği iddia edilebilir. Bu durumda **AİHS** Madde 9'a ilişkin içtihattan hareketle *Chassagnou* davası özelinde **P1-1**'e uyarlanan unsurlar, "manevi/ruhsal ölçütün" mevcudiyetinin saptanmasında bir rol oynamayacaktır. Net olmasa da, manevi değerlerin **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlayacağına yönelik prematüre örnekler vardır.

Örneğin, bir manevi/ruhsal değer olarak estetik kaygılar **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlama potansiyeli taşımaktadır. *Ünver v. Türkiye* davasında başvurucu Antalya ve İsviçre'de yaşayan bir Türk vatandaşıdır. Başvurucunun Antalya'nın güney kıyılarına bakan bir tepede konuşlan-

---

647 İlgili içtihatlar için bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:149-150.

648 Nitekim 2008 yılı başında karara bağlanan *Nilsson* vakasında şikayet hemen hemen aynı konuludur. Ancak başvurucu açıkça, avcılık aktivitesine karşı çıkmadığını, sadece başkalarının kendi arazisi üzerinde ulusal mevzuata uygun olarak avlanmasını istemediğini dile getirmiştir. Bu durum, Mahkeme için **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından bir sorun yaratmamaktadır. Bkz. *Sture Nilsson v. Sweden*, App. No. 11811/05, Admissibility Decision of 26 February 2008.

mış evi bulunmaktadır. Başvurucu evi yaptırırken bölge doğal sit alanı olduğu için manzara açıkmış; ancak daha sonra Antalya Belediyesi gerekli imar planı değişikliklerini yaparak bölgeyi yapılaşmaya açmış ve bunun sonucunda başvurucunun manzarası kapanmış. Başvurucunun yetkili yargı makamlarına yaptığı şikayetler sonuçsuz kalınca dava AİHM önüne gelmiştir. Başvurucu evinin manzarası kapandığı için değerinin düşmüş olmasının mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasında bulunmuştur. Bunu yaparken özellikle başvurusunun manzara hakkı gibi bir hakla alakalı olmadığını da vurgulamıştır.

Davalı Devlet Türkiye savunmasında ulusal hukukta "manzara hakkı" konulu bir malvarlığı hakkı bulunmadığını ve **P1-1**'in hoş bir çevrede yaşama hakkını kapsamadığını vurgulamıştır. AİHM ise, **P1-1**'in kural olarak "hoş bir çevrede yaşama hakkını" kapsamadığını kabul etmiştir. Mahkeme takiben, başvurucunun manzarasının kapanmasından ötürü evinin değerinin düştüğüne yönelik olarak bir delil sunamadığını saptamıştır. Buradan hareket eden Mahkeme evin değeri hakkında bir spekülasyon yapamayacağını vurgulayarak başvuruyu kabuledilemez bulmuştur.[649] Aslında Mahkemenin bu kararı uzun yıllar önce AİHK tarafından geliştirilmiş bir yaklaşımın teyidinden başka bir şey değildir. Havaalanı yakınında oturan ve uçak gürültüsünden rahatsız olan başvurucunun açtığı *Rayner* davasında Komisyon, **P1-1**'in kural olarak "hoş bir çevrede yaşama hakkını" kapsamadığını belirlemişti. Komisyon uçak gürültülerinin taşınmazların değerini ve satış imkanını kaldırabileceğini kabul etmiştir. Ancak Komisyona göre başvurucu bu değer düşüklüğünün **P1–1** anlamında ölçüsüz bir derecede olduğunu kanıtlayacak bilgi ve belge sunamadığı için başvurunun mülkiyet hakkı eksenli kısmı kabuledilebilir değildir.[650] Dikkat etmek gerekir ki, AİHK başvuruyu konu bakımından yetkisizlik temelinde değil, ihlal oluştuğunun gösterilememesinden ötürü açıkça temelsiz bularak reddetmiştir.[651]

---

649 *Ünver v. Turkey*, App. No.36209/97, Admissibility Decision of 26 September 2000, para.2 (The Law).

650 *Rayner v. the United Kingdom*, App. No.9310/81, Admissility Decision of 16 July 1986, para.2 (The Law), **DR Vol. 47**, sf:5-15, özellikle 14.

651 Fransa'ya karşı açılan bir vakada başvurucu evinin yakınında kurulan nükleer santralin yarattığı gürültüden, bacalardan çıkan buhara bağlı olarak küçük çaplı iklim değişikliklerden ve ışık kirliliğinden rahatsız olmuştur. Komisyona göre, **P1–1** belirli bir kalitede çevrede yaşama hakkı sağlayacak şekilde yorumlanamaz. Bununla beraber, kayda değer ölçüdeki gürültü taşınmazın değerini düşüreceği için mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil edebilir. Somut vakada gürültü kirliliği için verilen tazminat miktarı, başvurucu evi satma olanağından yoksun kaldığını ve halihazırda verilmiş bulunan tazminatın bu ışık ve hava kirliliğinden kaynaklanan zararları karşılamadığını gösteremediği için yeterli kabul edilmiştir (*S. v. France*, App. No. 13728/88, Admissibility Decision of 17 May 1990, **DR Vol. 65**, sf: 250-264, 261-262).

Aslında daha önceki benzer kararlarında AİHK kara ve hava trafiğinin yarattığı gürültüden ötürü yapılan şikayetleri **P1–1** açısından kabuledilebilir bulmuş idi. Örneğin, *Arrondelle* davasında başvurucu evinden yararlanamamasının ve "huzurlu bir uykudan" ("*peaceful sleep*") yoksun bırakılmasının **P1-1**'i ihlal ettiğini ileri sürmüştü.[652] Benzer şekilde, *Baggs* davasında Komisyon aynı doğrultuyu izleyerek hava trafiği gürültüsünün **P1-1**'e yönelik şikayet doğurduğu iddiasını kabuledilebilir bulmuştu.[653] Ne var ki, her iki dava dostane çözümle sona erdiği için Strasbourg organları esas hakkında bir karara varmaya fırsat bulamamıştı.[654] *Rayner* davasından itibaren ise gürültü kirliği mülkiyet hakkı ekseninden çıkarılma eğilimi kendini gösterdiyse de[655] **P1-1** halen çevre kirliliği davalarına dikkate alınmaktadır.[656]

---

652 *Arrondelle v. the United Kingdom*, App. No.7889/77, Admissibility Decision of 15 July 1980, **DR Vol. 19**, sf:86-199.

653 *Baggs v. the United Kingdom*, App. No.9310/81, Admissibility Decision of 16 October 1985, **DR Vol. 44**, sf:13-21.

654 *Arrondelle v. United Kingdom*, App. No.7889/77, Commission Final Report of 15 May 1982 **DR Vol. 26**, sf:5 (Başvurucu lütuf kabilinden 7.500 pound tazminat almıştır.); *Baggs v. United Kingdom*, App. No.9310/81, Commission Final Report of 8 July 1987, **DR Vol. 52**, sf:29 (başvurucu 24.000 pound tazminat almış ve Hükümet gürültüden etkilenen taşınmazları satın almak/kamulaştırmak üzere bir program hazırlamıştır.).

655 Berlinde yaşayan başvuruculaların Almanya ve Birleşik Krallık aleyhine açtığı *Vearncombe vd.* davasında Komisyon, ikametgahın çok yakınında Birleşik Krallık askeri makamları tarafından yapılan atış poligonunun ürettiği gürültünün Sözleşmenin 8. Maddesi ile **P1-1**'i ihlal edip etmediğini tartışmıştır. Eylemin münhasıran Birleşik krallık askeri makamlarından kaynaklandığını tespit eden AİHK Almanya'nın Sözleşmesel anlamda sorumlu tutulamayacağına karar vermiş ve sorunu sadece Birleşik Krallık açısından ele almıştır. Meseleyi incelemeye havaalanı gürültüsüne dair önceki kararlarını hatırlatarak başlayan Komisyon, somut vakada başvuruculaların poligona en yakını 300 metre olacak şekilde çeşitli uzaklıklarda oturduklarını ve her bir mesafe açısından kesin gürültü verilerin sunulamadığını not etmiştir. Geceleri (saat 17.00'den sonra) ve tatil günleri talim yapmanın yasak olmasını ve Birleşik Krallık askeri makamlarının silah seslerini azaltmak adına yaptıkları girişimleri de dikkate alan AİHK olaydaki mevcut gürültünün tahammül edilemeyecek bir seviyede olmadığına karar vererek başvuruyu açıkça temelsizlik gerekçesiyle kabuledilemez ilan etmiştir (bkz. *Vearncombe and others v. the United Kingdom and Federal Republic Germany*, App. No. 12816/87, Admissibility Decision of 18 January 1989, para. 2 (The Law), **DR Vol. 59**, sf: 186-199, 194-197).

656 *Glass* davasında başvurucu Strasbourg organları içtihadındaki bu çelişik kararları gündeme getirerek hava trafiği gürültüsünün mülkiyetine de zarar verdiğini ileri sürmüştü. AİHK *Arrondelle* ve *Baggs* davalarında söz konusu taşınmazların hava alanına çok yakın olduğunu ve *Glass* davasındaki başvurucunun oradakilerle karşılaştırılabilir ölçüde bir huzursuzluk (discomfort) çekmediği ve hatta durumunun **P1-1**'in uygulanabilir bulunmadığı *Powell* ve *Rayner* davasındaki şikayetçilerden dahi iyi olduğunu vurgulayarak başvuruyu kabuledilemez ilan etmiştir. Bu noktada Komisyon içtihat hukukunu tutarlı hale getirmek amacı da gütmüştür. Bkz. *Glass v. the United Kingdom*, App. No.28485/95, Admissibility Decision of 16 October 1996, para.1 (The Law). Ayrıca bkz. *Ashworth and others v. UK*, App. No. 39561/98, Admissibility Decision of 20 January 2004, para. 2 (The Law).

Bununla birlikte, hem *Ünver* hem de *Rayner* başvuruları kabuledilemez bulunmasına rağmen, **P1-1**'in, kural olarak, hoş bir çevrede yaşama hakkını kapsamadığını saptamakla aslında Strasbourg organlarının manzara hakkını **P1-1**'in kapsamına sokmak yönünde bir kapı açtığı görülmektedir. Strasbourg organlarının kullandığı "kural olarak" ifadesi, istisnaen hoş bir çevrede yaşama hakkının veya manzara hakkının **P1–1** anlamında mamelek sayılabileceği anlamına gelmektedir.[657] Tabi, karardan hangi istisnai koşullarda manzara hakkının mülkiyet hakkının bir türü olarak mütalaa edileceği hakkında herhangi bir veri elde edilememektedir. Bu noktada estetik kaygıların ciddi seviyeye ulaşması, manzara hakkının **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlaması için yeterli olabilir. Ayrıca, başvuruculaın gürültüden ya da manzaranın kapanmasından ötürü evlerinin değerinin düştüğüne yönelik olarak bir delil sunma olanağının Strasbourg organlarınca tanınmış olması çeşitli delil ve ispat araçlarıyla değerlendirilebilir. Üstelik *Glass* ve *Vearncombe* vakalarındaki Komisyon muhakemesinin mefhumu muhalifinden hareket edilecek olunursa, taşınmaz çevresel zarar kaynağına yakınlaştığı ölçüde ve gürültüyü azaltmak amacıyla alınan önlemler ölçüsünde **P1-1**'in uygulanabilirlik potansiyeli artabilecektir.

Nitekim çok yeni iki kabuledilebilirlik kararında AİHM, Komisyonun *Glass* ve *Vearncombe* vakalarında açtığı kapıdan geçerek çevre kirliliğinden kaynaklanan değer kayıplarının **P1-1**'i uygulanabilir kılabileceğini belirlemiştir. Bunlardan *Fagerskiold* vakasında Mahkeme, rüzgar tribününün yarattığı gürültü ve ışık kirliliğinden rahatsız olan başvuruculaın şikayeti **P1-1** açısından ikili bir ayrımla incelemiştir. Birinci şikayet, gürültü ve ışık kirliliğinin konutların ve giderek mülkiyetlerinden yararlanma haklarını ihlal edip etmediği, ikinci şikayet ise söz konusu kirliliğin konutun değerini düşürüp düşürmediğidir. Birinci şikayet bakımından AİHM tribünün ürettiği gürültü ve ışık makul sınırlar içinde kaldığı, yerel halkın tribünün yapımı esnasında karar alma sürecine katılımı sağlandığı (ki uluslararası çevre hukuku yükümlülüğüdür), başvuruculaın girişimleri üzerine harekete geçen ulusal yargı makamları ve diğer kamu makamlarının yerinde keşif yapıp duruşmalı yargılama yürüttüğü, tribünün ulusal hukuka uygun şekilde yapıldığı, yenilenebilir bir enerji olup kaynakların dostane kullanılmasını sağlayarak çevrenin korunması ile 40-50 evin bir yıllık ısınma enerjisi ihtiyacını karşıladığı ve gürültüyü azaltacak önlemler çeşitli önlemler alınmış olup bu tip önlemlerin artırılması için girişim-

---

657 Roma hukuku doktrininde verilen bilgilere göre, Roma'da başkalarının deniz manzarasını kapatacak şekilde inşaat yapmak yasakmış. Bkz. Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, İÜHFY No: 632, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, sf:97-100.

de bulunma imkanlarının bulunduğu gerekçeleriyle mülkiyet hakkına dönük iddiaları açıkça temelsiz ilan etmiştir.[658] İkinci şikayet bakımından ise AİHM, Komisyonun yukarıda ele alınan eski kararlarını anımsatırcasına ve fakat bunlara herhangi bir atıf yapmaksızın, evin değerinin gürültü ve ışık kirliliğine bağlı olarak düştüğünü gerek genel olarak gerekse de kendi evleri özelinde gösteremediklerini belirtmiştir.[659]

Flamenbaum ve Akierman isimli ikinci güncel vakaya gelince, burada AİHM'in derin bir analiz yapmadan şikayeti hem Madde 8 hem de **P1-1** açısından kabuledilebilir bulduğu anlaşılmaktadır. Havaalanı gürültüsüyle ilgili olduğu için Birleşik Krallığa karşı açılan ve yukarıda ayrıntılı olarak ele alınan davalara oldukça benzeyen bu vakada Mahkeme, havaalanı çevresindeki başvuruculara ait konutların piyasa değerlerinde % 70 ila % 90 arasında kayıp meydana geldiğini belirlemiştir[660] ki bu vakayı öncekilerden ayıran en önemli özellik budur.

Bütün bunların dışında, "manzara hakkı" veya "hoş bir çevrede yaşama hakkı" gibi alt kategori hakları Sözleşmenin özel yaşam hakkını düzenleyen 8. Maddesiyle ilişkilendirmek de mümkündür. Gerçi *Ünver v. Türkiye* kararından böyle bir bağlantı çıkarsamak son derece spekülatiftir. Ancak Strasbourg organlarının 8. Madde özelinde ürettiği geniş içtihadi birikim dikkate alınarak böyle bir çıkarımda bulunabilinir. *Rayner* davasının AİHK sonrası aşaması bunu göstermektedir.[661] Eğer bu spekülasyon kabul edilecek olunursa, başvurucunun sahip oldukları ev ba-

---

658 *Lars Fägerskiöld and Mrs Astrid Fägerskjöld v. Sweden*, App. No. 37664/04, Admissibility Decision of 26 February 2008, para. 2 (The Law).

659 *Lars Fägerskiöld and Mrs Astrid Fägerskjöld*, para. 2 (The Law). Ancak AİHM söz konusu bulgusuna rağmen şikayetin bu kısmını iç hukuk yollarının tüketilmediği sebebiyle kabuledilemez ilan etmiştir.

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

661 *Rayner* başvurusunun Madde 8'e ilişkin boyutu kabuledilebilir bulunmuş ve Mahkeme önüne gitmiştir. Bkz. *Powell ve Rayner v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1990, Series A. 172. Mahkeme Madde 8 açısından pozitif yükümlülükler bağlamında muhatap Hükümetin sorumluluğuna karar verdikten sonra olayda bir ihlal olmadığına karar vermişti. Daha sonra benzer nitelikte başka başvurular da AİHM önüne gitti. Bkz. *Hatton and others v. the United Kingdom*, App. No.36022/97, Third Section Judgment of 2 October 2001. Bu olayda başvurucular yine Heathrow Havalimanı yakınlarında oturmakta olup özellikle gece uçuşların yarattığı gürültünün özel yaşam ve aile yaşamlarına saygı haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdi. Mahkemenin 3. Dairesi ise yine pozitif yükümlülükler bağlamında taraf devletin sorumluluğuna karar verdikten sonra, bu vakayı uçuşların sıklığı ve gece uçuşları açılarından *Powell ve Rayner* vakasından ayırarak, **AİHS**'in 8. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak Büyük Daire, Üçüncü Bölümün kararını bozdu ve Madde 8'in olayda uygulanabilir olduğunu kabul etmekle birlikte, bir ihlal oluşmadığına hükmetti. Bkz. *Hatton and others v. United Kingdom*, GC Judgment of 2 July 2003, paras.84-130. Ayrıca bkz. *Ashworth and others v. UK*, App. No. 39561/98, Admissibility Decision of 20 January 2004, para. 1 (The Law).

kımından **P1-1**'in uygulanabilir sayılmasını sağlayan unsur, başvurucunun **AİHS** Madde 8 çerçevesinde sahip olduğu kabul edilen "hoş bir çevrede yaşama hakkıdır" denebilir. Böyle bir durumda manevi ölçütün **AİHS** Madde 8'le bağlantısı zımnidir. Nitekim yukarıda ayrıca örneklenen çok yakın tarihli iki kabuledilebilirlik kararında AİHM gürültü ve ışık kirliliğine karşı **P1-1** korumasını devreye sokmadan önce Madde 8 bakımından bir değerledirme yapmıştır.[662]

Estetik kaygıların yahut "hoş bir çevrede yaşama hakkı" yanında, fikri mülkiyet hukukundaki yaratıcının (eser sahibinin) manevi hakları kategorisi de, **P1-1**'in manevi ölçüt çerçevesinde uygulanabilirliğini sağlama potansiyeli taşımaktadır. Bilindiği üzere, fikri mülkiyet hukukunda yaratıcının hakları mali/maddi ve manevi olarak ikiye ayrılmaktadır ve ekonomik bir değer taşıyan haklar, kural olarak, mali haklardır. Mali hakların **P1–1** kapsamına girdiğinde şüphe yoktur; zaten bunu gösteren birçok karar bulunmaktadır. İşte yaratıcının manevi hakları da, burada geliştirilmeye çalışılan manevi ölçüt çerçevesine girerek **P1-1**'in sağladığı korumadan yararlanabilir. Nitekim yayımlanmamış mektup üzerindeki manevi hak[663] ile mali hakları başkasına devredilmiş bulunan eserler üzerindeki haklar[664] Komisyon tarafından **P1-1**'in kapsamında görülmüştür. Ayrıca yayımlanmış eserlerine yönelik olarak hakkında eleştiri yazıları çıkan bir yazarın fikri mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının **P1–1** kapsamında görülmesi de[665] manevi ölçüt altında değerlendirilebilir.

Eser sahibinin manevi haklarının, manevi ölçüt çerçevesinde, Sözleşmedeki başka haklarla açık sayılabilecek herhangi bir bağlantısı bulunmadan **P1–1** kapsamında görülmesini meşrulaştıran temel etken, manevi hakların mali hakların ön koşulu niteliğinde olmasıdır. Mali haklar devir ve intikale elverişli haklar olmakla birlikte, varlıkları öncelikle manevi hakların varlığına bağlıdır. Manevi haklar, daha eserin üretilmesi sürecinde doğmaktadır. Ancak daha sonra tabi tutuldukları hukuki rejim farklılaşır.

---

662 *Lars Fägerskiöld and Mrs Astrid Fägerskjöld*, App. No. 37664/04, Admissibility Decision of 26 February 2008; *Flamenbaum and Akierman and others v. France*, App. Nos. 3675/04-23264/04, Admissibility Decision of 10 April 2007.

663 *A. D. v. Netherlands*, App. No.21962/93, Admissibility Decision of 11 January 1994, para.3 (The Law), **DR Vol. 76-A**, March 1994, sf:157-163, özellikle 163.

664 *Oğuz Aral, Galip Tekin Aral and İnci Aral v. Turkey*, App. No.24563/94, Admissibility Decision of 14 January 1998, para. 4 (The Law). Gerçi bu davada başvurucular açıkça ve sadece mali hakları temelinde argumanlar ileri sürmüşlerdir. Ancak davanın özü başvurucu eser sahiplerinin eser üzerindeki münhasır manevi hakları ile mali hakkın sahibi üçüncü kişi arasındaki çatışmadır. Ayrıca aşağıda Strasbourg organları önünde fikri mülkiyete ilişkin olarak görülen davalar hakkında yapılan açıklamalara bkz.

665 *Melnychuk v. Ukranie*, App. No.28743/03, Admissibility Decision of 5 July 2005, para.3 (The Law).

Diğer yandan eser sahibinin manevi haklarını Sözleşmenin özel yaşam hakkını düzenleyen 8. Maddesiyle ilişkilendirmek de mümkündür. Üstelik bu tip bir bağlantı kurma denemesi hiç de spekülatif olmayacaktır. Zira, fikri mülkiyet hukukunda eser sahibinin haklarını (özellikle de manevi haklarını) açıklayan teorilerinden Hegelci kişilik hakları teorisi ve buna bağlı modern teoriler, açıkça yaratıcı ile yarattığı eser arasında kişisel bir ilişki olduğunu kabul ederler.[666] Bu tip teorilere göre, eser yaratıcının kişiliğinden parçalar yansıtmaktadır. Bu teori modern UİHH'nun benimsediği yaklaşımın arkasında yatmaktadır. Gerek **Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB)** Madde 27/2[667], gerekse **Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS)** Madde 15/1 (c) maddesi[668] hükmünde fikri mülkiyet haklarını Hegelci kişilik hakları anlayışıyla ele almışlardır.[669] Medeni hukuk anlamındaki kişilik hakları büyük ölçüde **AİHS**'nin 8. Maddesinde yer alan özel yaşam hakkıyla örtüştüğüne göre, eser sahibinin manevi haklarının (ve hatta maddi haklarının) bu hak çerçevesinde de düşünülmesinin önünde bir engel yoktur. Bu görüş kabul edildiğinde, eser sahiplerinin manevi hakları bakımından **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlayan unsur, eser sahibinin **AİHS** Madde 8 çerçevesinde sahip olduğu kabul edilen manevi hakkıdır. Bu görüş açısından manevi ölçütün **AİHS** Madde 8'le bağlantısı son derece açıktır.[670]

---

666 Aşağıda fikri mülkiyet konusunun ayrıntılı olarak ele alındığı yerde bu teoriler için literatür zikredilecektir.

667 "**EİHB**" Madde 27 normu şöyledir:

"**Madde 27**

1. Herkes, topluluğun kültürel yaşamına serbestçe katılma, sanattan yararlanma ve bilimsel ilerlemeleri ve bunun sağladığı yararları/(olanakları) paylaşma hakkına sahiptir.

2. Herkes, yaratıcısı olduğu herhangi bir bilimsel, edebi ya da sanatsal üründen doğan/(kaynaklanan) manevi ve maddi menfaatlerinin korunması hakkına sahiptir." (vurgu eklenmiştir)

668 "**ESKHS**" Madde 15/1 normu şöyledir:

"**Madde 15**

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin:

(a) Kültürel yaşama katılma;

(b) Bilimsel ilerleme ve bunların uygulanmasının nimetlerinden yararlanma;

(c) Kendisinin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma,

hakkını tanırlar." (vurgu eklenmiştir)

669 Aşağıda fikri mülkiyet başlığı altında UİHH ile fikri mülkiyet ilişkisi ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

670 Ayrıca bkz. aşağıda "hakların yarışması" başlığı altında yapılan açıklamalar.

C) Füzyon: Hem Ekonomik Değer Hem Manevi Değer Oluşturma - Mülkiyet Hakkı Olarak Özgün Yaşam Biçimi

Çalışmanın Birinci Bölümünde, tüzel kişiliğe sahip olmayan kolektivitenin mülkiyet hakkının öznesi olabileceği gösterilmişti. Ayrıca kolektivitenin hak öznesi olarak kabul edildiği hallerde, hakkın konusunun bireylerin hak sahipliğine ve tekil olarak kullanmasına çoğu kez elverişli olmadığına da aynı yerde işaret edilmişti.

Strasbourg organları özelinde mülkiyet hakkının öznesi olarak kolektiviteden bahsedildiğinde akla yerli halklar gelmektedir. Yerli halklara ilişkin Strasbourg organlarının çok nadir olan kararlarına bakıldığında, **P1-1**'in uygulanabilirliği bakımından yukarıda açığa çıkartılan iki ölçütün (ekonomik değer ve manevi değer ölçütleri) tek başlarına kararların mantığını açıklamakta yetersiz kaldığı görülmektedir. Olay örüntüleri bunu tüm açıklığıyla göstermektedir:

1996 tarihli *Könkama ve diğer 38 Saami Köyü v. İsveç* davasında başvurucu Saami köylerinin şikayeti Devlet tarafından yasal bir düzenlemeyle bölgelerinde avcılık/besicilik ve balıkçılık yapmak imkanlarının/tekellerinin kısıtlanmasının **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkının ihlali olduğuna ilişkindir. AİHK'e göre, münhasır avcılık ve balıkçılık hakları **P1–1** anlamında "mamelek" oluşturmaktadır.[671] AİHM de 2000 tarihli *Muonio Saami Köyü v. İsveç* adlı davada başvurucu Saami köyünün geyik besiciliği haklarının kısıtlanmasına ilişkin yaptığı başvuruda, geyik besiciliğini **AİHS** Madde 6 anlamında "medeni bir hak" oluşturduğunu belirtmiştir.[672] Ocak 2006 tarihli *Hingitaq 53* davasında verdiği kararda Mahkeme, Grönland'da yaşayan Thule Kabilesini (İnughuit) temsil eden bir grubun yaptığı avcılık ve yaşam alanlarından zorla çıkarıldıklarına ilişkin bir başvuruda, avcılık ve balıkçılık bölgelerinden yararlanamamanın **P1-1**'in kapsamına gireceğini zımni olarak kabul etmiştir.[673]

---

671 *Könkama and 38 other Saami Villages v. Sweden*, App. No.27033/95, Admissibility Decision of 25 November 1996, **DR. Vol. 87-A**, December 1996, sf:78-89, özellikle 85 ("The Commission considers that the exclusive hunting and fishing rights claimed by the applicant Saami villages in the present case can be regarded as possessions within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1").

672 *Muonio Saami Village v. Sweden*, App. No.28222/95, Admissibility Decision of 15 February 2000. Geyik besiciliğinin **AİHS** Madde 6 anlamında medeni hak kapsamına girmesi demek, karine olarak **P1-1**'in de olayda uygulanabilir olması demektedir. Ancak bu davada başvurucu köy, *Könkama* davasından farklı olarak mülkiyet hakkının ihlalini gündeme getirmemiştir. Dava Mahkemenin 9 Ocak 2001 tarihli hükmüyle başvurucu Köy ile İsveç Devletinin kendi aralarında dostane çözümde uzlaşmaları üzerine listeden çıkartılmıştır. Bu uzlaşma sonucu, İsveç Hükümeti başvurucu yerli halka, bir lütuf olarak 65.000 İsveç Kronu vermeyi kabul etmiştir. Bkz. *Muonio Saami Village v. Sweden*, App. No.28222/95, Judgment of 9 January 2001.

673 *Hingitaq 53 v. Denmark*, App. No.18584/04, Admissibility Decion of 12 January 2006. Kararlıkı bilgilere göre, söz konusu yerliler yaklaşık İÖ 2000'den önce Kanada'dan

Bu kararlarda ne genel olarak ne de özel olarak mülkiyet hakkına bir kolektivite olarak sahiplik üzerinde herhangi bir açıklama bulabilmek mümkündür, ki bu hususa Çalışmanın Birinci Bölümünde değinilmişti. Üstelik 1983 tarihli bir kararına Komisyon, yine Saamilerin bu kez Norveç'e karşı yaptığı bir başvuruda, yerli halkın geleneksel olarak oturduğu ve avcılık/besicilik ve balıkçılık yaptığı toprakların **P1–1** anlamında "mamelek" oluşturmadığı sonucuna varmıştı.[674] 1996'ya gelindiğinde ise bu içtihat değişmiş oldu. Fakat garip olan husus şu ki, 1996 tarihli içti-

---

Grönland'a göçmüşler ve 1818 yılında kaşifler ve balına avcılarıyla karşılaşana dek izole bir hayat yaşamışlardır. Kabile avcılık ve balıkçılıkla geçinmektedir. 1909 yılında Danimarkalı kutup kaşifi Knud Rasmussen tarafından bölgede bir ticaret üssü kurulmuş ve bölge kolonileştirilmeye başlamıştır. Daha sonra Danimarka bu üssü devralmıştır. İkinci Dünya savaşından sonra ABD Danimarkayla anlaşarak bölgede bir meteoroloji üssü kurmuştur. Bölgede yaşayanlar bunun için tazminat almışlardır. Bu dönemde Grönland, Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı uyarınca kendini yönetemeyen bölge niteliğindedir. Daha sonra ABD yerlilerin avcılık ve yaşam bölgesinde bir de askeri hava üssü kurmuştur. Üssün varlığı yerlilerin avcılık ve balıkçılık aktivitelerini oldukça sınırlamış ve vahşi yaşama zararlı etkilere yol açmıştır. 1953 yılının baharına gelindiğinde ABD bölgede anti-hava topçu birliği kurmuştur. Bu birliğin kurulduğu yerdeki Thule Kabilesi zorla yerlerinden çıkartılmış ve yaklaşık 100 kilometre uzaktaki bir başka yöreye yerleştirilmişlerdir. Bölge 1954 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca Danimarka'ya verilir. Bunun üzerine yerliler zorla yerlerinden edildikleri için tazminat talebinde bulunurlar. Bu taleplerine ilişkin dosya uzun yıllar boyunca kaybolur. 1979'da Grönland'da bir tür yerinden yönetim kurulur. Bunun üzerine kabile tekrar tazminat başvurusunda bulunur. Uzun süren idari ve yargısal süreçlerin sonunda 1999 yılında kabileye 500.000 Danimarka korunu maddi tazminat verilir. Ayrıca kabile üyesi bireylere yaşlarına göre değişen oranlarda manevi tazminat da ödenir. Danimarka Başbakanı bu yargı kararını takiben 1953 yılındaki zorla yerinden etme olayından ötürü kabileden resmen özür diler. Ancak kabile temyize başvurur. Kabile temyizde yukarıda zikredilen **169 sayılı ILO Sözleşmesi** uyarınca ayrı bir yerli halk olarak tanınmaları gerektiğini ve daha çok tazminat hakettiklerini ileri sürer. Temyiz makamı 2003 yılında kabilenin başvurusunu reddeder.

AİHM önüne gelen başvuruda iç hukuk yargı makamlarının kararlarında Sözleşme çerçevesinde herhangi bir sorun bulmayacaktır. İddiaların bır kısmını zaman bakımından yetkisizlik temelinde kabuledilemez bulan Mahkemeye göre, ulusal yargı makamları başvuruculara tazminat verdiği ve her türlü bilgi ve belgeye ulaşarak yetkin bir inceleme ve değerlendirme yaptıkları için **P1-1**'in ihlali görüntüsü bulunmamaktadır ("Against this background, the Court finds that the national authorities did strike a fair balance between the proprietary interests of the persons concerned and is satisfied that the present case does not disclose any appreance of a violation of Article 1 of Protocol No. 1.").

Bu arada bir not olarak eklenmelidir ki, bölgedeki ABD üssüyle ilgili olarak AİHM önüne bir başvuru daha gelmiştir. Greenpeace eylemcilerinin hüküm giymesi ile ilgili olan bu dava **AİHS** Madde 7 çerçevesinde bir şikayet içermektedir (bkz. *Custers, Deveaux and Turk v. Denmark*, App. Nos. 11843/03-11847/03-11849/03, Judgment of 3 May 2007).

674 *G. and E. v. Norway*, App. No.9278/81-9415/81, Admissibility Decision of 3 October 1983, **DR Vol. 35**, sf:30-38, özellikle 36. Ayrıca bkz. Matti Pellonpaa, "*The Commission's Case-Law on Article 1 of Protocol No. 1*", **The Birth of European Human Rights Law: Liber Amicorum Carl Aage Norgaard**, eds. Michele de Salvia – Mark E. Villiger., Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, sf: 165-173, 173.

hat değişikliğine giden kararda, 1983 tarihli karara atıf olmadığı gibi, içtihat değişikliğinin gerekçesi de yoktur.[675] Yine, yerli halkın avcılık/besicilik ve balıkçılık yapmak tekellerinin nasıl olup da bir malvarlığı değeri oluşturduğu da karardan anlaşılamamaktadır. Komisyonun tek satırlık cümlesinden bir çıkarımda bulunmak kolay değilse de, bazı spekülasyonlar yapmak mümkündür.

Bir kez, avcılık/besicilik ve balıkçılık bir geçim kaynağı olmaları itibariyle ekonomik bir aktivitedir. Bu yönüyle ekonomik bir değer oluşturmaktadırlar. Ancak buradaki ekonomik aktivite ve değerin, yukarıda ifade edilen temel ölçüt çerçevesinde ele alınan ekonomik değerden bazı farkları vardır. Bu farklılıkların başında, yerli halk özelinde avcılık/besicilik ve balıkçılık uğraşlarının yüzyıllara dayanan geleneksel bir üretim biçimi olması gelmektedir. Yerli halk mensupları avcılık/besicilik ve balıkçılık yaparken aslında atalarının üretim ve geçim usullerini kullanmış olmaktadır.

İkinci olarak, avcılık/besicilik ve balıkçılık uğraşları yerli halk özelinde kolektif bir edimdir. Bu uğraşların yerli halk bakımından önemi aktivitenin kolektif niteliğinden kaynaklanmaktadır. Tek başına bir yerli halk mensubunun bu tip uğraşısı bir önem arz etmez. Avcılık/besicilik ve balıkçılık uğraşısının kolektif niteliğinden ötürü bu davalarda başvurucular yerli halkın kendisidir; diğer bir deyişle, bireysel özneye indirgenebilir bir başvurucu bulunmamaktadır.

Üçüncü olarak, **P1–1** çerçevesinde mülkiyet hakkı olan şey, yerli halklar özelinde ekonomik bir aktivite olan avcılık/besicilik ve balıkçılık uğraşlarının kendisidir; bu uğraşlardan elde edilen ürünlerin piyasada mübadeleye açılması ve parayla ölçülebilen bir karşılığa denk gelmesi değil. Bu yönüyle, yukarıda ifade edilen temel ölçüt çerçevesinde ele alınan ekonomik değerden farklılık arz etmektedir. Kısacası, burada artık piyasa mekanının bir önemi yoktur. Elbette avcılık/besicilik ve balıkçılık uğraşlarının sonucunda elde edilmiş ürünlerin piyasada mübadeleye açılması ve bunların karşılığında para kazanılması mümkündür; ama bu imkan olmasaydı dahi, avcılık/besicilik ve balıkçılık uğraşları mülkiyet

---

675 Bu durumun olası bir açıklaması olarak şunlar söylenebilir: 1983 tarihli kararda Komisyon başvurucu Saami bireylerinin avcılık/besicilik ve balıkçılık gibi ekonomik uğraşlarını değil, toprak mülkiyetleri olup olmadığı açısından bir inceleme yapmış iken 1996 tarihli kararda başvurucu kolektivitenin doğrudan avcılık/besicilik ve balıkçılık uğraşlarının engellenmesi temelinde bir inceleme yapmıştır. 1983 tarihli olayda şikayet konusu geleneksel Saami toprakları üzerinde baraj yapılması iken 1996 tarihli kararda geyik besiciliğinin Saamiler için münhasırlığının kaldırılmasıdır. İki olay örüntüsü farklı olduğu için AİHK aslında içtihat değiştirmiş olmamaktadır. Ancak kanımca böyle bir açıklama dahi durumu kurtarmaya yetmez. Zira her iki davanın konusu özünde aynıdır: Geleneksel yaşam biçiminin korunması.

hakkı kapsamına girecekti. **P1–1**, piyasa için üretim yapmayan kabilelerin ekonomik aktivitesini de korur.

Bu spekülasyonlar ışığında, Saami Köylerinin yaptığı başvuruların neticesinde avcılık/besicilik ve balıkçılık uğraşlarının mülkiyet hakkı kapsamında görülmesinin, Strasbourg organlarının ve özellikle AİHK'in yukarıda iki ölçüt olarak belirlenen "ekonomik bir değer oluşturma" ile "manevi bir değer oluşturma" ölçütlerini birleştirdiği anlamına geldiği söylenebilir. Evet, avcılık/besicilik ve balıkçılık bir yanda ekonomik bir uğraştır, ama diğer yanda da, yerli halklar ve özellikle başvurucu Saamiler ile İnuitler özelinde manevi bir uğraştır.

Karşılaştırmalı UİHH'den elde edilebilecek veriler, yukarıdaki spekülasyonları ve varılan sonucu desteklemektedir. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Ame.İHM) konuya yaklaşımı, Strasbourg organlarının ve özellikle Komisyonun yaklaşımına göre oldukça anlaşılır niteliktedir. Gerçi Ame.İHM önündeki yerli halklara ilişkin davalarda **Ame.İHS**'e uygunluğu incelenen sorun genellikle yerli halkların toprak mülkiyetidir. Ama bu farklılık, iki sistem arasındaki kavramsal benzerliğin kurulmasını engellemiyor. Zira her halükarda, yerli halk ile toprak çok sıkı ilişki içindedir ve avcılık/besicilik ve balıkçılık gibi ekonomik uğraşlar komünal toprak mülkiyetiyle doğrudan bağlantılıdır.

Ame.İHM'ye göre, yerli halklar arasında toprakta kolektif mülkiyetin ortak biçimi (communal form) bağlamında komünteryen bir gelenektir ve bu gelenekte toprağın sahipliği bireyde (individual) değil grupta ve toplulukta odaklaşmıştır (community). Yerli gruplar, doğaları gereği, kendi bölgelerinde özgürce yaşama hakkına (right to live freely) sahiptir ve onların toprakla derin ilişkileri kültür, ruhi/manevi hayat, bütünlük ve ekonomik geçim gibi temel unsurların olmazsa olmaz koşuludur. Yerli halklar için toprakla ilişki basit bir zilyetlik/egemenlik (*possession*) ilişkisi olmayıp kültürel değerlerini korumak ve gelecek kuşaklara aktarmak meselesidir.[676]

Strasbourg sisteminde "ekonomik bir değer oluşturma" ile "manevi bir değer oluşturma" ölçütlerinin füzyonu, özünde yerli halkın yüzyıllara dayanan geleneksel özgün yaşam biçiminin korunmasını sağlama potansiyeli taşımaktadır. Geleneksel üretim biçiminin korunması, o kültürün korunması için hayati önemdedir. Avcılık/besicilik ve balıkçılık gibi ekonomik nitelikte uğraşlar söz konusu olduğunda, bir yerli halkın/grubun özgün yaşam biçiminin korunması mülkiyet hakkı çerçevesinde gerçek-

676 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of 31 August 2001, para.149.

leşebilir. Fakat özgün yaşam biçimi mülkiyet hakkı çerçevesinde korunuyor olsa da, bu korumanın ekonomik bir değer oluşturan diğer klasik mülkiyet türlerinden kuvvetli bir manevi/ruhsal boyut içermesi yönüyle farklılaştığı gözden kaçmamalıdır.

D) P1-1'in Uygulanabilirliği Açısından Mülkiyet Hakkının Diğer Sözleşmesel Haklarla ve UİHH Değerleriyle İlişkisi

P1-1'in uygulanabilirliği için şimdiye kadar geliştirilen ölçütlerin dışında mülkiyet hakkının diğer Sözleşmesel haklarla veya UİHH değerleriyle girebileceği potansiyel çatışmayı ya da o haklarla yapacağı yarışmayı kaybetmemesi gereklidir.

1) Uygulanabilirlik Engeli Olarak Çatışma

Hakların çatışması teorisi, son yıllarda UİHH doktrininde sıklıkla ele alınmaktadır. Anayasa hukukundan kaynaklanan bu teori ile kastedilen, iki farklı öznenin hak ve çıkarlarının karşı karşıya gelmesi ve biri lehine bir çözümü yolunun izlenmesidir.[677] Bu tanım gereği hakların çatışması, temelde, başvurucu konumundaki öznenin hakkının sınırlanmasının meşruluğu aşamasında devreye giren bir yaklaşımdır.[678] Ancak burada tarafımdan anlaşılan hakların çatışması, mutat anlamından oldukça farklıdır.

Bir kez, açık bir sınırlama klozu içeren haklar için hakların çatışması teorisi ya da yaklaşımına ihtiyaç yoktur. Bu teori/yaklaşım gündeme gelmeden önce, en az 40 yıl boyunca ve hali hazırda, başkalarının haklarının başvurucu özne karşısında korunması ya da en azından dikkate alınarak bir çözüme varılması, bildiğimiz "dengeleme" nosyonu kapsamında pek ala ele alınmaktaydı/dır. Nitekim AİHM çok yeni bir kararında, başvurucunun özel yaşam hakkını basın özgürlüğüyle dengelerken,

---

677 Anayasa hukuku açısından bkz. O. Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Yay., Şubat 2000, İstanbul.

678 Bu perspektifteki çalışmalar olarak genel ve felsefi düzlemde bkz. Jeremy Waldron, "*Rights in Conflict*", **Liberal Rights-Collected Papers 1981-1991**, Cambridge University Press, 1993, sf:203-224; F. M. Kamm, "*Conflicts of Rights: Typology, Methodology, and Nonconsequentialism*, **Legal Theory**, Vol. 7, 2002, sf:239-255; **AİHS**'in adil yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6 düzleminde bkz. Eva Brems, "*Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*", **HRQ**, Vol.27, 2005, sf:294-326; **AİHS** sisteminde daha genel olarak bkz. Steven Greer, **The European Convention on Human Rights – Achievements, Problems and Prospects**, CUP, 2006, sf: 203-213.

açıkça hakların çatışması ibaresini kullanmıştır.[679] **AİHS**'in hem özel yaşam hakkını düzenleyen Madde 8 ve hem de ifade/basın özgürlüğünü düzenleyen Madde 10 hükümleri, bir sınırlama meşru amacı olarak başkalarının hakları klozuna yer vermektedir. Bu açıdan, çatışma teorisinin/yaklaşımının, söz konusu dengeleme problematiğine bir ek katkısı da bulunmadığına göre, açık bir sınırlama klozu içeren haklar bakımından bu kavrama başvurulmasını anlamlandırmak pek kolay olmasa gerektir. Dolayısıyla, çatışma teorisine sınırlama klozu olan haklar için başvurulması teorik olarak hatalıdır.

İkinci olarak, sınırlanabilir nitelikte olup açık bir sınırlama klozuna yer vermeyen haklar bakımından çatışma teorisinin bir getirisi bulunabilir. Bu olasılıkta başkalarının hakları sınırlama meşru amacı normatif metin düzleminde açıkça yer almadığı için, diğer kişilerin insan haklarının korunmasını sağlayacak bir yaklaşıma ihtiyaç olduğu kabul edilebilir. Çatışma teorisinin buradaki işlevi makuldür; normatif bir eksikliği gidermektedir. Dolayısıyla, burada çatışma teorisine başvurulması teorik olarak kabul edilebilir. Çatışma teorisinin işlevi, sanki bir sınırlama klozuymuşçasına, çatışan iki hakkı "dengelemektir." Bu açıdan, bir hakka müdahalenin o spesifik belgeye uygunluğunun denetlenmesinde son aşamada devreye girecektir.[680] Nitekim AİHM'in bu modeli benimsediğini ya da en azından arada sırada kullandığını gösteren içtihatları bulunmaktadır.[681] Adil yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6/3 (d)'de yer alan çapraz sorgu hakkı ile tanıkların haklarının karşı karşıya geldiği *Doorson* vakasında[682] Mahkeme durumu şu sözlerle ele almıştır:

---

679 *Von Hannover v. Germany*, App. No.59320/00, Judgment of 24 June 2004, para.79. Bu kararın tarafımdan yapılan Türkçe çevirisi için bkz. **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Yayına Hazırlayan Yener Ünver, Seçkin Yay., Ankara, 2007, sf:171-199, 198. Bir not olarak eklenmelidir ki, AİHM terminolojik olarak sorunlu şekilde "yarışan/*competing*" kelimesine yer vermiştir. Ancak AİHM'nin kastettiği, şüphe yok ki, "çatışma/*conflicting*"dır.

680 Sınırlama klozu içermeyen hakların **AİHS** sisteminde sınırlanabilir olup olmadığı son derece tartışmalı bir konudur. Strasbourg organlarının bu konuda tutarsız kararları bulunmaktadır. Bkz. Yutaka Arai (Revised by), "*Chapter 5 – The System of Resrictions*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (editors, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak), Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006 (Fourth Edition), sf:343-350.

681 Brems'in yukarıda zikredilen "*Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*" başlıklı makalesinde bu model çerçevesinde ele alınabilecek çatışma örneklerine yer verilmiştir.

682 *Doorson v. Netherlands*, Case No.54/1994/501/583, Judgment of 26 March 1996, para.70 (vurgu eklenmiştir). Bu karar ve benzer kararlar hakkında çapraz sorgu hakkı ile tanıkların hakları bağlamında bilgi ve Mahkemenin değerlendirmeleri için bkz. Burak Gemalmaz, **Çapraz Sorgu**, sf:393-426, 412-413.

"Madde 6'nın genel olarak tanıkların, özel olarak da ifade vermeye çağrılan tanıkların menfaatlerini açıkça içermediği doğrudur. Bununla birlikte tanıkların yaşamları, özgürlükleri veya güvenlikleri.....gibi hakları/çıkarları Sözleşmenin Sözleşmeci Devletlerin cezai usullerini tanık ve mağdurların çıkarlarına haklı kılınamayacak şekilde zarar vermemesini sağlayacak şekilde düzenlemesini gerektiren esasa dair diğer hakları tarafından korunmaktadır. Bu arkaplan ışığında adil yargılanma hakkı uygun vakalarda savunma haklarının ifade vermeye çağrılan tanık ve mağdur haklarıyla ***dengelenmesini*** gerektirmektedir."

Ancak bu Çalışmada, çatışma teorisinin rol oynayabileceği farklı bir aşamanın bulunduğu ileri sürülmektedir. Kanımca, çatışma teorisinin işlev görebileceği en önemli noktalardan birisi, bir hakkın uygulanabilirliği veya bir diğer ifadeyle hakkın norm alanının saptanması aşamasıdır. Buna göre, bir hak bir başka öznenin hakkı ile çatışıyorsa, yapılacak değerlendirmenin sonucunda, başvurucunun hakkının norm alanı hiç aktive olmayabilir.[683] Hal böyle olunca, başkasının hakkıyla çatışan hakkın sınırlandırılması hiç gündeme gelmeyecektir. Bu durumda çatışmama veya çatışmadan galip çıkma, bir hakkın norm alanını daraltmayan/sınırlamayan ve fakat aktive olması için aranan ön koşul niteliğindedir. Norm alanı aktive olmazsa, özne o hakkın sunduğu korumadan hiç yararlanamayacak demektir.

AİHM yargısında bu son model çerçevesine oturtulabilecek bazı ifadeler bulunmaktadır. Örneğin, **P1-2**'de yer alan eğitim hakkı içerisinde yer alan anne babanın çocuklarının alacağı eğitimin kendi dinsel ve felsefi görüşlerine uygun olmasını sağlama hakkı konuya oldukça ışık tutabilecek niteliktedir. **P1-2**(c.2) tarafından korunacak olan "felsefi" görüş, demokratik bir toplumda saygıyı hakedecek, insan onuruna uygun olacak ve çocuğun temel eğitim hakkıyla çatışmayacak nitelikte olmalıdır. Bu nitelikleri taşımayan felsefi görüşler **P1-2**'nin kapsamına girmezler. Bu niteliklerin saptanmasında Sözleşmenin bütününe ve özellikle **AİHS**'de düzenlenmiş hakların kötüye kullanma yasağını içeren bir yorum normu olan Sözleşmenin 17. Maddesine bakılacaktır.[684] Buradan hareketle denilebilir ki, ebeveynlerin felsefi inançlarının **P1-2** kapsamında değerlendirilmesi için genel olarak Sözleşmede düzenlenmiş diğer haklara uygun olması gerekmektedir. Bu Protokol tarafından korunacak olan "felsefi inançlar", *inter alia*, çocuğun temel eğitim hakkıyla çatışmayacak nitelikte olmalıdır. Eğer ebeveynlerden gelecek bir felsefi inanç ço-

683 İstisnai bazı hallerde aynı özneye ait iki farklı hakkın çatışması da mümkündür.

684 *Campbell ve Cosans v. the United Kingdom*, Judgment of 25 February 1982, para.36.

cuğun eğitim hakkıyla çelişmekte ise, ağırlık çocuğun eğitim hakkına verilecektir. Yani çocuğun eğitim hakkı ebeveynlerin felsefi inançlarına saygı bekleme hakkından daha üstün nitelikte bir haktır. Örneğin, Komisyon bir kararında açıkça, ebeveynlerin görüşü çocuğun eğitim hakkını destekleyecek yerde bu hakla çatıştığında, çocuğun eğitim hakkına üstünlük tanınacağını söylemektedir.[685]

"Demokratik bir toplumda saygıyı haketme" ile "insan onuruna uygun olmak" ölçütleri Mahkemenin bazı kararlarında kendilerine zımnen yer bulmaktadır. Nitekim AİHM'in sado-mazoşist grup seks hakkı açısından **AİHS** Madde 8'in uygulanabilirliğine ilişkin bir kararında kapalı kapılar ardında yapılan seksin her biçiminin zorunlulukla özel hayata saygı hakkının kapsamı içinde olmayabileceğini vurgulamıştır. Mahkeme, cinsel uyumunun ve cinsel aktivitelerinin özel hayatın mahrem unsurunu oluşturduğunu vurgulamakla birlikte, olayda çok sayıda kişinin katıldığı bir cinsel aktivite olduğunu, gruba yeni üyelerin kazandırılmaya çalışıldığını, videokasetlerin grup içinde dolaştırıldığını belirterek, somut olayda başvuruculaın sado-mazoşist seksinin Madde 8 anlamında özel yaşam kavramı içine girip girmediğinin tartışmaya açık olduğu hükmünü getirmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, bu husus taraflar arasında anlaşmazlık konusu olmadığından sorunu re'sen incelememiştir.[686] AİHM bu *obiteri*, herhalde, insan onuru mülahazalarıyla eklemiş olmalıdır.

Benzer şekilde, Strasbourg yargısında bazı haklar arasında hiyerarşik bir ilişki kurulduğuna işaret eden kararlara rastlamak da olasıdır. Örneğin, suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen Sözleşmenin 7. Maddesinin sağladığı koruma, ancak bu hakka dayandırılmaya çalışılan talep **AİHS**'deki diğer haklara aykırı olmadığı ölçüde devreye girebilir. Madde 7'in sağladığı korumadan yararlanmanın engeli olarak **AİHS**'deki diğer haklardan kasıt, başta yaşam hakkını düzenleyen Madde 2'dir. Kısacası, eski Doğu Almanya ulusal hukukuna uygun olarak kolluk görevlilerinin sınırdan geçmeye çalışanları öldürmelerinin iki Almanya'nın birleşmesinden sonra cezalandırılması suçta ve cezada kanunilik ilkesine bir müdahale teşkil etmez.[687]

---

685 *Zenon Bernard vd. v. Luxembourg*, App. No.17187/90, Admissibility Decision of 8 September 1993, **DR Vol 75**, sf:57-75, 73. Zikredilen kararların bu açıdan yapılan bir değerlendirmesi için bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:148, 150-151.

686 *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, Application Nos.21627/93, 21826/93 and 21974/93, Judgment of 19 February 1997, para.36.

687 *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, App. Nos.34044/96-35532/97 and 44801/98, Judgment of 22 March 2001, para.85; *K.-H.W. v. Germany*, App. No.37201/97, Judgment of 22 March 2001, para.88. Bu davalarda AİHM, İHK'nin daha 1980'lerdeki tartışma tutanakları (*summary records*) ile 1503 usulüne atıf yapılmaktadır.

Demek ki, yaşam hakkı, her halükarda diğer haklara göre daha üstün bir değer teşkil etmektedir.[688] Yaşam hakkının yanına, **AİHS** Madde 3'te yer verilen işkence yasağı eklenebilir. Olağansütü yönetim usullerinin devrede olduğu rejimlerde dahi askıya alınamayacak (bkz. **AİHS** Madde 15) nitelikteki sert çekirdek haklar bu noktada elverişli bir ölçüt olarak kendilerine yer bulabilirler.

Önceki paragraflarda zikredilen kararların hiç biri mülkiyet hakkı eksenli değildir. Bu kararlarda Mahkemenin burada geliştirilmeye çalışılan şekliyle bir çatışma teorisi bilinci ile hareket etmediği de açıktır. Üstelik zikredilen kararların eğitim hakkı ile ilgili olanında, uyuşmazlık konusu norm, bir sınırlama klozuna sahip değildir. Yine de, bu kararlardan çıkarsanabilecek ilkeler, mülkiyet hakkı bakımından kullanışlıdır.

Hakkın kötüye kullanılmasıyla birlikte ele alınarak "demokratik bir toplumda saygıyı haketme" ile "insan onuruna uygun olmak" ve "sert çekirdek haklar" ölçütleri mülkiyet hakkının uygulanabilirliğini aktive etmek için fevkalede elverişlidir. Örneğin, yukarıda hakkın uygulanabilirliğinde piyasa mekanının rolü üzerine düşünülürken de zikredildiği üzere, sattığı veya kaçırdığı uyuşturucusuna el konulan kişi ile organ ticareti yapan bir kişinin, parasını ödeyerek vericiden aldığı organ veya uyuşturucu vs. üzerinde mülkiyet hakkı olduğundan söz edilemeyecektir. Bu tip iddialar ne insan onuruyla bağdaşmakta, ne de demokratik bir toplumda saygıyı hak etmektedir.[689] Bu yaklaşım, **P1-1** korumasını devreye girebilmesi için, mülkiyetin edinilmesinin hukuka uygun olması ön koşulunu doğuracağı gibi bazı kritik meselelerde etik tartışma ve argumanlara hukuki etki kazandırabilecektir.

"Demokratik bir toplumda saygıyı haketme" ile "insan onuruna uygun olmak" ölçütleri kökenlerini Sözleşmenin değerler silsilesinde bulur. Buradan devinerek, Sözleşmenin diğer değerlerine zarar verir nitelikte bir hak (ve mülkiyet hakkı) iddiasının gündeme getirilemeyeceğini kabul etmek makul bir çıkarım olacaktır. Örneğin, özellikle aile konutu gibi ailenin kullanımına tahsis edilmiş mallar söz konusu olduğunda veyahut boşanmada mal paylaşımı yapılırken, mülkiyet hakkı öznesi dışında ka-

---

688 Bir karşılaştırma yapılabilmesi açısından eklenmelidir ki, **MSHS**'nin hazırlanması aşamasında, yaşam hakkına (**MSHS** Madde 6) mülkiyetin korunması amacıyla istisna getirilmesine yönelik öneri reddedilmiştir. Bilgi için bkz. William Schabas, "*The Omission of the Right to Property in the International Covenants*", **Hague Yearbook of International Law**, Vol. 4, 1991, sf: 135-170, 137-148, özellikle 157 ve dn. 184.

689 Gerçi organ ve doku ticareti ile genetik teknolojisinin doğurduğu problemler çetrefildir, nitekim bu meseleler aşağıda ilgili yerde daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır; ama buradaki genel ve teorik belirleme için kullanılmalarında bir sakınca yoktur.

lan fertlerin veyahut diğer eşin **AİHS** Madde 8'den kaynaklanan hakları **P1-1**'in uygulanabilirliğinin önünde bir engel teşkil edebilir.[690]

Neyin demokratik bir toplumda gerekli/gereksiz ve neyin insan onuruna uygun/aykırı olduğunun tespitinde, yani norm alanın aktive olup olmayacağına karar verilmesinde, tek ölçü **AİHS**'in kendisi değildir. Çalışmanın Giriş Bölümünde ortaya konulduğu üzere, UİHH'nin bütünselliği uyarınca diğer insan hakları belgeleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu noktada, mülkiyet hakkıyla çatışması olasılığı kayda değer olan sosyal ve ekonomik hakları düzenleyen belgeler özel bir önem arz ediyor. Eğer sosyal bir hak insan onuruyla yakından bağlantılı ise, onunla çatışacak mülkiyet hakkı uygulanabilir olmayacaktır.

AİHS genel nitelikli ve eski tarihli bir belge olduğundan, yeni insan hakları problemlerinin ele alınmasında, bu problemler nazara alınarak spesifik olarak üretilen belgeler **AİHM**'in önüne gelen uyuşmazlıkta oldukça kullanışlı olacaktır. Üstelik söz konusu diğer belge, AK'nin ürettiği bir belgeyse, AİHM kaçınılmaz olarak bu insan hakkı belgesini dikkate almak zorundadır.

Uygulanabilirlik engeli olarak çatışma teorisi bakımından Sözleşmenin örgütlenme ve toplanma özgürlüğünü düzenleyen 11. Maddesinden kıyasen yararlanmak mümkündür. Madde 11 metni[691], açıkça, barışçıl gösterileri korumaktadır. "Barışçı nitelik" kavramı, azınlık görüşüne göre, toplantının amacı ya da toplantıda ifade edilen düşüncelerin barışçı niteliği değil; toplantının barışçı biçimde yürütülmesi, yani herhangi bir saldırı ya da şiddet eylemi içermemesidir. AİHK'in da dahil olduğu baskın görüş ise hem toplantının barışçı biçimde yürütülmesi, yani herhangi bir saldırı ya da şiddet eylemi içermemesi hem de toplantının amacı ya

---

690 Hemen belirtelim ki, boşanmada mal paylaşımına dair bazı kararlarda ölçülülük aşamasına kadar inceleme yapılmıştır (bkz. *E. P. v. Slovak Republic*, Application No. 33706/96, Admissibility Decision of 9 September 1998, paras.2-3; *Shchiglitsov v. Estonia*, App. No. 35062/03, Judgment of 18 January 2007, paras. 22-23).

691 "**AİHS**" Madde 11 normu şöyledir:

"**Madde 11 – Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü**

1. Her kişi, barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü ve menfaatlerini korumak için sendikalar kurmak ve sendikalara girmek hakkı dahil olmak üzere, başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanımına, ulusal güvenlik ya da kamu emniyeti yararı için, düzensizliğin ya da suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasa tarafından öngörülen ve bir demokratik toplumda gerekli olanlardan başka hiçbir kayıtlama getirilmeyecektir. Bu Madde, bu hakların silahlı kuvvetler, polis örgütü ya da Devlet idaresi mensupları tarafından kullanılmasına yasaya/(hukuka) uygun kayıtlamalar getirilmesini engellemeyecektir."

da toplantıda ifade edilen düşüncelerin barışçı nitelikli olmasını bir gösteri yürüşünün Madde kapsamına girebilmesi için aramaktadır. Buna göre, barışçı olmayan bir gösteri Madde 11'i aktive edemeyecek ve dolayısıyla sunduğu korumadan hiç yararlanamayacaktır. Bu durumda Madde 11/2'deki sınırlama klozunu devreye sokmaya hiç gerek yoktur.[692] "Barışçıllık", hem insan hakları nosyonunda mündemiçtir, hem de **AİHS**'in değerler manzumesi arasındadır. Aynı esas, **MSHS** Madde 21'de[693] düzenlenen koşut hak bakımından da geçerlidir.[694]

P1–1 de, tıpkı **AİHS** Madde 11 gibi, mülkiyetten "barışçıl" olarak yararlanmayı düzenlediğine göre, Strasbourg organlarının Madde 11 için geçerli gördükleri yaklaşım, en azından ilke olarak **P1–1** bakımından anlamlı olabilir. Hiç şüphesiz, her iki hak oldukça farklı nitelikte olduğu için sırf terminolojik benzerlikten hareketle doğrudan bir kıyas mümkün değildir. Zaten **P1–1** yer verilen "barışçıl/peaceful" ibaresi birincisinde "müdahale edilmeksizin" anlamına gelmektedir ki bu noktaya Çalışmanın Giriş Bölümünde değinilmişti. Üstelik, gösteri özgürlüğü özelinde **AİHS** Madde 11'in uygulanabilirliği için aranan barışçıllık ön koşulu, daha çok ifade özgürlüğünü düzenleyen **AİHS** Madde 10'la[695] çakışmak-

---

692 **AİHS** Madde 11 hakkında bilgi için bkz. Gökçen Alpkaya, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak", **AÜSBFD**, Cilt: 56, Sayı: 3, Temmuz-Eylül 2001, sf:1-18, özellikle 7-8; Mehmet Semih Gemalmaz-Haydar Burak Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı**, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004, sf:317-320. Ayrıca bkz. Christian Tomuschat, "*Freedom of Association*", **The European System for the Protection of Human Rights**, (Edited by Mcdonald – Matscher – Petzold), Martinus Nijhoff Publishers, Printed in the Netherlands, 1993, sf:493-513; D. J. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick, **Law of the ECHR/1995**, sf:417-434; Jacobs & White, (Clare Ovey and Robin White), **European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Third edition 2002, sf:290-299 (Bu Kitap bundan böyle "**European Convention on Human Rights/2002**" olarak gösterilecektir); Aalt Willem Heringa and Fried Van Hoof (Revised by), "*Chapter 15 – Freedom of Association and Assembly (Article 11)*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**, sf:817-840.

693 "**MSHS**" Madde 21 nomu şöyledir:

"**Madde 21**

Barışçıl nitelikte toplanma/(toplantı) hakkı tanınacaktır. Bu hakkın kullanımına, ulusal güvenlik ya da kamu emniyeti, kamu düzeni yararı bakımından, (yahut) kamu sağlığını ya da genel ahlakı korumak yahut başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak için yasaya uygun biçimde öngörülmüş ve demokratik bir toplumda gerekli olan kayıtlamalardan başka hiçbir kayıtlama getirilemez."

694 Bkz. Nowak, **CCPR Commentary**, sf:486-487.

695 "**AİHS**" Madde 10 normu şöyledir:

"**Madde 10 – İfade özgürlüğü**

1. Her kişi ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüş/(kanaat) sahibi olma ve bilgi/(haber) ve düşünceleri edinme ve yayma özgürlüğünü içerecektir. Bu Madde,

tadır. Nitekim, bir bütün olarak UİHH sisteminde, ırkçı, savaş kışkırtıcısı ve nefret içeren görüş açıklamaları ifade özgürlüğü kapsamına girmemektedir.[696] Bunun sebebi bu tip görüş açıklamalarının veya barışçı olmayan gösterilerin, bizatihi UİHH değerler manzumesine aykırı olmasıdır.

Yine de yakından bir bakışla denilebilir ki, söz konusu değerler manzumesi, aslında aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması nosyonu içinde ele alınabilir. Gerek **AİHS** Madde 10 ve 11, gerekse de **P1-1**'in uygulanabilirliğini engelleyen unsur, zikredilen hakların kullanımında veri vakadaki talebin UİHH değerler manzumesine (örneğin demokratik toplum, insan onuru gibi) aykırı olmasıdır. UİHH değerler manzumesi, somut ifadesini, en azından kısmen, kötüye kullanma yasağına ilişkin evrensel normlarda[697]

Devletlerin, radyo, televizyon ya da sinema işletmelerini izin/(ruhsat) alma koşuluna bağlamasını engellemeyecektir.

2. Bu özgürlüklerin kullanımı, beraberinde ödevleri ve sorumlulukları getirdiğinden, ulusal güvenlik, ülke/(toprak) bütünlüğü ya da kamu emniyeti yararı için, düzensizliğin ya da suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması, başkalarının şöhret ya da haklarının korunması, mahrem kaydıyla edinilen bilginin açığa çıkmasının önlenmesi, yahut yargı organlarının yetke/(otorite) ve tarafsızlığının korunması/(muhafaza edilip sürdürülmesi) için, yasa tarafından öngörülen ve bir demokratik toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilir."

696 "**MSHS**" Madde 20 nomu şöyledir:

"**Madde 20**

1. Her türlü savaş propagandası yasa ile yasaklanacaktır.

2. Ayrımcılığı, düşmanlığı yahut şiddeti kışkırtan herhangi bir ulusal, ırksal ya da dinsel nefret savunuculuğu yasayla yasaklanacaktır."

697 Örneğin, BM'in 10/12/1948 tarihli "**EİHB**" Madde 29/3'e göre, "Bu haklar ve özgürlükler, hiçbir halde, Birleşmiş Milletlerin amaçlarına ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz" ve Madde 30 hükmüne göre, "Bu Bildiri'nin hiçblir hükmü, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, bu Bildiri'de düzenlenen herhangi bir hakkı ve özgürlüğü tahrip etmeyi amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunma ya da herhangi bir eylemi yapma hakkını verir biçimde yorumlanamaz."

"**MSHS**" Madde 5 normu şöyledir:

"**Madde 5**

1. Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, gruba yahut kişiye, bu Sözleşmede tanınan hakların ve özgürlüklerin herhangi birinin tahrip edilmesini yahut bu Sözleşmede öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlanmasını amaçlayan herhangi bir faaliyete girişme ya da harekette/(tasarrufta) bulunma hakkını verdiği şeklinde yorumlanamaz.

2. Bu Sözleşmeye Taraf herhangi bir Devlette mevzuat/(yasalar), sözleşmeler, alt düzenlemeler/ (yönetmelikler/"*regulations*") yahut teamüller uyarınca tanınmış yahut varolan temel insan haklarından herhangi birine, bu Sözleşmenin bu tür hakları tanımadığı yahut daha sınırlı ölçüde tanıdığı gerekçesi ileri sürülerek hiçbir kayıtlama getirilemez ya da bu haklardan sapılamaz/(sapma teşkil eden önlemler alınamaz)."

ve ayrıca **AİHS** Madde 17[698] ile Madde 35'te[699] bulur.[700]

Çalışmanın **P1-1**'in nesnesi bakımından pratiği inceleyen ve ileriye dönük kestirimlerde bulunan sonraki Bölümünde bu yaklaşım takip edilecektir. Özellikle AK'nin ürettiği bazı spesifik insan hakları belgelerinin, mülkiyet hakkının uygulanabilirliğine olası etkisi her bir somut mülkiyet/malvarlığı türü özelinde ayrıca tartışılacaktır.

2) Uygulanabilirlik Engeli Olarak Yarışma

Hakların yarışmasından kastedilen aynı özneye ait bir talebin birden çok hakkın kapsama alanına aynı anda girmesi durumudur. Her iki hak, aynı ya da yakın hukuksal çıkarları/değerleri korumuş olurlar. Böyle bir durumda hem usul/muhakeme ekonomisinin gereklerini ihmal etmemek hem de duplikasyona yol açmamak adına yarışan haklardan birinin tercih edilmesi gerekir.[701] Elbette, bu söylenenler, aynı olay örüntüsü söz konusu olduğu müddetçe geçerlidir. Her bir hak özelinde ek unsurlar devreye girebilir. Kastedilen, teorik ve soyut bazdaki hukuki mesele açısından yarışan haklardan birinin tercih edilmesidir.

---

698 "**AİHS**" Madde 17 normu şöyledir:
"**Madde 17 – Hakların kötüye kullanımı yasağı**
Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, bu Sözleşmede düzenlenen hakların ve özgürlüklerin tahrip edilmesini yahut bu Sözleşmede öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasını amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunmak ya da eylemi/(tasarrufu) gerçekleştirmek hakkını tanıyor olarak yorumlanamaz."

699 Bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılmamasını gerektiren bu normu AİHM, son yıllarda daha sıkça kullanır olmuştur. Örneğin, mülkiyet hakkı ihlali iddiası ileri sürülen bir vakanın, bireysel başvuru hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle reddi için bkz. *Lozinschi and Rujavnita v. Moldova*, App. Nos. 33052/05 and 31504/05, Admissibility Decision of 4 November 2008.

700 **AİHS** Madde 17 çerçevesindeki içtihadi siyasanın kapsamı ve gelişmesi konusunda bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1622-1625; Pieter van Dijk - Fried van Hoof, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/1998**, sf:750-755; Yutaka Arai (Revised by), "*Chapter 36 – Prohibition of Abuse of the Rights and Freedoms Set Forth in the Convention and of Their Limitation to a Greater Extent than is Provided for in the Convention (Article 17)*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (editors, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak), Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006 (Fourth Edition), sf:1083-1092; Jacobs & White, **European Convention on Human Rights/2002**, sf:361-366; D.J. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick, **Law of the ECHR/1995**, sf:510-513.

701 Özel hukukta durum biraz daha farklıdır. Genel olarak söylenebilir ki, iki hakkın yarışmasından söz edebilmek için ikisinin de uygulanabilmesi ve bu konudaki tercihin hak sahibine bırakılmış olması gerekir. Bir hak diğer hakkın uygulanmasına engel oluyorsa, özel hukuk açısından ortada hakların yarışması olgusunu bulunduğundan söz edilmesi pek kolay değildir. Kısacası, özel hukuk anlamında hakların yarışması için, talebin 2 ayrı hakkın kapsamına girmesi tek başına yeterli değildir.

Bu noktadaki asıl sorun, hangi hakkın tercih edileceğinde odaklaşmaktadır. UİHH doğası gereği, en çok ve sıkı koruma sağlayan hakkın tercih edilmesi mantıklı olur. Zaten hakların yarışması olgusuyla karşılaşılan durumlarda, çoğu kez, haklardan biri diğerinin özel hükmü niteliğindedir. Özel hüküm niteliğinde olan hak öncelikle uygulanır. Genel hüküm niteliğindeki hak ise özel hüküm niteliğindeki hak bakımından şikayet konusu ulusal tasarrufun ihlal teşkil etmediği ortaya çıkartıldıktan sonra gündeme gelir. Eğer bir eylem söz konusu iki maddeden birini ihlal eder nitelikte bulunmadıysa bu sefer diğerini ihlal edip etmediği incelenmek durumundadır.[702]

Yukarıda "manevi bir değer oluşturma" ölçütü çerçevesinde **P1–1** ile **AİHS** Madde 9 ve Madde 8'in yarışabileceğine dair bazı fikirler ortaya konmuştu. Bir genel formül olarak söylenebilir ki, ekonomik değer ön plana çıktıkça **P1–1**, bu unsur azaldıkça öncelikle diğer Sözleşmesel hakkın uygulandığı bir model tercih edilmektedir. Bu formülün yanı sıra, başka yarışma durumlarının açığa çıkartılması mümkündür. Yalnız belirtmek gerekir ki, burada yapılacak açıklamalar ilkesel düzeyde kalacaktır. Her bir somut mülkiyet türü özelinde Çalışmanın ilgili yerlerinde olası yarışma durumuna ilişkin spekülasyonlar yapılacaktır.

İlkesel düzeydeki açıklamalara yerli halklar davalarıyla başlamak uygun olur. Yerli halklar özelinde "ekonomik bir değer oluşturma" ile "manevi bir değer oluşturma" ölçütlerinin füzyonunun "özgün yaşam biçimine hak" olarak ifade edilebilecek bir hakkı kurumsallaştırdığını söylemek **P1–1** ile **AİHS** Madde 8'in yarışması olgusunu açığa çıkartmak demektir.

Özgün yaşam biçimine hak bakımından temelde **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı ile Madde 8'de yer alan özel yaşama saygı hakkının yarıştığını söylemek mümkündür. Azınlık ve özellikle yerli halklar için özgün yaşam biçimine hak, bu grupların kültürel kimlikleri açısından elzem niteliktedir. Buna göre, özgün yaşam biçimi, adı geçen grupların bir kolektivite olarak varlıklarıyla ilgilidir. Dolayısıyla, özgün yaşam biçiminin ekonomik yönü ikinci planda kalmaktadır.

Bu durumda, özgün yaşam biçimi hakkı, **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamında düşünülmeden önce, Madde 8'de yer alan özel yaşama ve konuta saygı hakkı çerçevesinde düşünülmek gerekir. Madde 8'le korunan çıkarların son derece geniş kapsamlı olduğu biliniyor. Çoğu kez

---

702 Sözleşme organlarının çeşitli haklar bakımından tutumu için bkz. Merrils, **a.g.e.**, sf:36-38; Madde 3 ile Madde 8 arasındaki ilişki bakımından ise bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:116-128, özelllikle 127 ve dn.365; Madde 6'nın alt-kategori hakları bakımından ise bkz. Burak Gemalmaz, **Çapraz Sorgu**, sf:395-398.

kolektivitenin Sözleşmesel talebi ekonomik bir boyut içermediği için Madde 8'in uygulanabilirlik olasılığının daha fazla olduğunu söylemek mümkündür.

Nitekim 1983 tarihli bir kararında Komisyon, Saamilerin Norveç'e karşı yaptığı bir başvuruda, yerli halkın geleneksel olarak oturduğu ve kullandığı toprakların yapılmakta olan bir baraj yüzünden su altında kalacak olmasının **P1–1** anlamında "mamelek" oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Ancak AİHK'e göre, genel olarak yerli halk (Komisyon "azınlık" terimini kullanıyor) gruplarının özgün yaşam biçimi Madde'de yer alan "özel yaşam", aile yaşamı" ve "konut" kavramları çerçevesinde korunmaktadır.[703] Görüldüğü üzere, bu davada geleneksel olarak üzerinde yaşanan toprakların su altında kalacak olmasının geyik besiciliği ve avcılık üzerindeki ekonomik etkisi, davanın baskın yönünü oluşturmamaktadır. Buna karşılık 1996 tarihli *Könkama ve diğer 38 Saami Köyü v. İsveç* davasında AİHK'e göre, münhasır avcılık ve balıkçılık hakları **P1–1** anlamında "mamelek" oluşturmaktadır.[704] Bu içtihadi farklılık, temelde ikinci davanın baskın ekonomik boyutundan kaynaklanmaktadır. İkinci davada şikayet konusu, toprağa yönelik ulusal tasarruflar değil, doğrudan ekonomik aktivitenin uğrayacağı zarardır.

Kolektiviteler veya kolektivite mensubu bireylerce özgün yaşam biçimi hakkı eksenli yapılan başvurularda, genel kural, şikayetin **AİHS** Madde 8 çerçevesinde ele alınmasıdır.[705] Özellikle Çingeneler/Romanlar ta-

---

703 *G. and E. v. Norway*, App. No.9278/81-9415/81, Admissibility Decision of 3 October 1983, **DR Vol. 35**, sf:30-38, özellikle 35-36.

704 *Könkama and 38 other Saami Villages v. Sweden*, App. No.27033/95, Admissibility Decision of 25 November 1996, **DR. Vol. 87-A**, December 1996, sf:78-89, özellikle 85.

705 Yakın tarihli *Noack ve diğerleri v. Almanya* davası Strasbourg organlarının eğiliminin sürdüğünü göstermektedir. Adı geçen davada başvurucular Brandenburg Eyaletinin Horno Köyünde yaşayan ve Alman vatandaşı olan Slav kökenli Sorbian azınlığına mensup kişilerdir. Bu kişiler AİHM önünde yaşadıkları köyden kanuni düzenlemelerle bir başka bölgeye tehcir edilmelerinin Sözleşmenin 8. Maddesine aykırılığını ileri sürmüşlerdir. Başvuruculaın başka bir bölgede iskân edilmek istenmelerinin sebebi, dava tarihinde mukim bulundukları bölgede özel bir şirketçe yürütülecek olan geniş çaplı maden arama ve işletme çalışmalarıdır. Karardan anlaşıldığına göre, bu madenin işletilmesi Brandenburg Eyaletinin ekonomisine enerji tasarrufu ve işsizliğin azaltılması açılarından oldukça yararlı olacaktır.

Başvuruculara göre, bir azınlık grubu olarak kendilerine özgü yaşam biçimlerinin bozulması demek olan iskân politikası, özgün yaşam biçimini de koruyan **AİHS** Madde 8'in ihlalini teşkil etmektedir. Özellikle yaşadıkları köyün yıkılması, özgün gelenek ve dillerinin devamını etkileyecek olumsuz faktörlerin başında gelmektedir. Başvuruculaın iddialarına göre, bu tip bir iskân politikasının psikolojik etkileri de göz ardı edilmemelidir.

AİHM öncelikle bir azınlık grubunun özgün yaşam biçiminin **AİHS** Madde 8 çerçevesinde korunmaya hakkı bulunduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre Madde 8 çerçevesinde koruma hem özel yaşam, hem aile yaşamı hem de konut açılarından geçer-

rafından açılan davalarda, AİHM'in konuya böyle yaklaştığı net olarak görülmektedir.[706] Bununla birlikte, Mahkeme, Madde 8 açısından incelemesini bitirdikten sonra **P1–1** açısından da aynı sorunları incelemektedir.[707] Bu tercih, ilk bakışta **AİHS** Madde 8 ile **P1–1** arasındaki genel hüküm-özel hüküm ilişkisinin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Arazisinde barışçıl/rahatsız edilmeksizin ("*peacefully*") yaşama hakkının söz konusu olduğu hallerde Madde 8 ile **P1–1** arasında bir özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Zira Mahkemenin **P1-1**'in ihlal edilmediğine karar verirken kullandığı gerekçeler, Madde 8'in ihlal edilmediğini bulgularken kullandıklarının tamamen aynısıdır. Hal böyle olunca, hemen yukarıda benimsenen model uyarınca, özel hükmün ihlali bulunmadığı zaman genel hükmün ihlal edilip edilmediği ayrıca incelenmesi yerinde bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Yine de, kanımca bu şekilde bir açıklama girişimi bile başarısız olmaya mahkumdur. Zira, arazisinde rahatsız edilmeksizin yaşama hakkı olsa olsa manevi ölçüt temelinde **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlayabilir. Bir kişinin **AİHS** Madde 8 çerçevesindeki konutuna saygı hakkı ile **P1-1**'deki mülkiyet hakkı arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi kurulması pek isabetli bir açıklama tarzı değildir. Bu davalarda mülkiyet hakkı feri niteliktedir. Nitekim AİHM aynı konulu *Connors* davasında yaklaşımını değiştirmiştir.

---

lidir. Devamla Mahkeme, bir azınlık köyündeki tüm ahalinin bir başka muhite gönderilmesinin, o kişilerin özel yaşamlarına ve konutlarına saygı gösterilmesi açılarından doğrudan problem yarattığını belirtmektedir. Bkz. *Noack and others v. Germany*, App. No.46346/99, Admissibility Decision of 25 May 2000. Şikayet konusu tehcir tasarrufunun takdir marjı içinde kaldığına karar veren AİHM başvuruyu kabuledilemez ilan etmiştir. Sorbların içinde bulundukları durum göz önüne alındığında AİHM kararına katılmak kanımca pek kolay değildir. Sorblar hakkında bilgi için bkz. Ingmar Karlsson, **Avrupa'nın Üvey Evlatları**, çev: Turhan Kayaoğlu, Homer Kitabevi, 2006, sf:57-68.

706 AİHM önündeki bu tip davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Martin Schenin, "*The Right to Enjoy A Distinct Culture: Indigenous Competing Uses of Land*", **The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach**, (Eds. Theodore S. Orlin- Allan Rosas- Martin Schenin), Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku-Abo, 2000, sf:159-222, özellikle 174-179; Geoff Gilbert, "*The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights*", **HRQ**, Vol. 24, 2002, sf:778-780; Patrick Thornberry, **Indigenous Peoples and Human Rights**, Melland Schill Monographs in International Law, Manchester University Press, 2002, Bölüm 12; Roberta Medda-Windischer, "*The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*", **European Yearbook of Minority Issues**, Vol. 1, 2001/2, sf:487-534, özellikle 518-530 (bu çalışmada ilgili kararlardan yapılmış geniş alıntılar yer almaktadır).

707 *Chapman v. the United Kingdom*, App. No.27238/95, Judgment 18 January 2001, paras.117-120; *Lee v. the United Kingdom*, App. No.25289/94, Judgment of 18 January 2001, paras.118-121; *Coster v. the United Kingdom*, App. No.24876/94, Judgment of 18 January 2001, paras.130-133; *Jane Smith v. the United Kingdom*, App. No.25154/94, Judgment of 18 January 2001, paras.122-125.

Özgün yaşam biçimi hakkı gibi son derece kendine özgü bir hak kategorisinin doğurduğu yarışma problemlerinin yanında, başka yarışma örüntülerini açığa çıkartmak mümkündür. Yarışmanın temel biçimi, mülkiyet hakkı ile diğer Sözleşmesel hakların koruduğu değerlerin örtüşüp örtüşmediğine göre belirlenmektedir. Kararların çoğunda bu arkaplanın izdüşümü görülür.

Gaygusuz davasında başvurucunun işsizlik aylığı hakkından vatandaşlık temelinde yoksun bırakılması **P1–1** ile Sözleşmenin ayrımcılık yasağını düzenleyen Madde 14'e aykırı bulunmuştur (para.52). Bu bulgusuna dayanarak Mahkeme, başvurucunun iddialarını bir de Sözleşme Madde 8 açısından ele almamıştır.[708]

Ancak, Strasbourg içtihadında **P1–1** ile Madde 8 arasında aynı konulu olmasına rağmen ters ilişki kurulan kararlara da rastlanmaktadır. *Grant* davası bu açıdan ilginç bir örnektir. Bu davada başvurucu erkek olarak yaklaşık 25 yıl çalışmış bulunan sonradan cerrahi operasyonla kadın olan bir kadındır. Ancak bu cinsiyet değişikliği Birleşik Krallık Sosyal Güvenlik Kurumunca emeklilik aylığı bakımından geçerli görülmemektedir. Bu sebeple başvurucu doğuştan kadınlar gibi 60 yaşında emekli aylığı almaya hak kazanamamıştır. Başvurucu bu durumun **AİHS** Madde 8 ile **P1-1**'in hem tek başlarına, hem de **AİHS** Madde 14'le birlikte ihlal oluşturduğunu düşünmektedir (paras.7-26). Bu olayda Madde 8'in ihlalini bulan AİHM, **P1-1**'e yönelik iddiaları ayrıca incelemeye gerek görmemiştir.[709] Kanımca *Gaygusuz* içtihadı doğrultusunda *Grant* davası Mahemenin **P1–1** temelinde bir inceleme yapılması daha yerinde olurdu; zira soysal güvelik taleplerine ilişkin başvurularda ekonomik değer son derece ön plandadır.

Diğer yandan *Larkos* davasında ağırlığın Madde 8'e verilmesi yerindedir. Başvurucu emekli devlet memuru olup uzun yıllardır lojmanda kalmaktadır. İlgili bakanlık uzun yıllar beri oturduğu lojmanı boşaltmasını istemiştir. Başvurucu bu talebi birkaç kez reddetmiştir ve hakkında ulusal yargı makamları önünde uygun davalar açılmıştır. Ulusal yargılama başvurucunun aleyhinde sonuçlanmıştır. Başvurucu Mahkeme önünde **AİHS** Madde 14'ün Madde 8 ile **P1–1** açısından ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucuya göre, lojmanda kalmakla Devletin kiracısı durumunda olan kendisi ile özel mülkiyete tabi konutlarda oturan kiracıların korunması arasında birinciler aleyhine ayrımcılık yapılmaktadır (paras.6-17). Önce Madde 8'le bağlantılı olarak Madde 14'ün ihlalini

---

708 *Gaygusuz v. Austria*, App. No.17371/90, Judgment of 16 September 1996, para.57.

709 *Grant v. the United Kingdom*, App. No.32570/03, Judgment of 23 May 2006, paras.50-51.

bulgulayan (para.32) Mahkemeye göre, olayı bir de **P1–1** açısından incelemeye gerek yoktur.[710] Bu davada ekonomik faktörlerden çok doğrudan konuta saygı hakkı gündeme gelmiştir.[711]

Elçi ve Diğerleri davasında başvuruculaların tümü avukat olup suça karıştıkları iddiasıyla gözaltına alınmışlardır; ancak kendilerine göre asıl neden, özellikle insan hakları ihlalleri davalarını ve DGM'de görülen bazı davaları takip eden kişiler olmalarıdır. Başvurucular, diğerlerinin yanı sıra, bürolarının arandığı, dosyalarına ve belgelerine el konulduğu için Sözleşme Madde 8 ve **P1–1** ihlallerini ileri sürmüşlerdir. Ev ve büroların aranmasını ve belgelere el konulmasını Madde 8'e aykırı bulan Mahkeme aynı olguların bir de **P1-1**'in ihlaline yol açıp açmadığını incelenmeye gerek görmemiştir.[712] Bu dava için **P1-1**'in gölgede kaldığı söylenebilir. Zira kamu makamlarınca el konulan belgelerin ekonomik yönleri ya yoktur ya da varsa bile ön plana çıkmamaktadır. Bununla birlikte daha yakın tarihli benzer konulu *Smirnov* davasında AİHM, müsadereye ilişkin şikayeti bir de mülkiyet hakkı açısından incelemiş ve Madde 8'in yanı sıra **P1-1**'in ihlalini bulmuştur. Ancak AİHM'in ikinci vakaya böyle yaklaşmış olması yeni bir yaklaşım geliştirmesinden kaynaklanmış değildir. Mahkemenin **P1-1** bakımından ayrıca inceleme yapmasında dava görülmekte iken el koyulan masaüstü bilgisayarın halen (toplamda 6 yıl boyunca) iade edilmemiş olması rol oynamıştır. Zaten AİHM, mülkiyet hakkı açısından sadece henüz iadesi yapılmamış masaüstü bilgisayarın durumunu ele almıştır.[713] Bu sebeple, Madde 8 ve **P1-1** ilişkisi bakımından *Elçi ve Diğerleri* ile *Smirnov* kararları arasında, vakanın somut koşullarını dikkate almadan sırf Madde 8'in yanı sıra **P1-1**'in ihlali olup olmadığının incelenmiş olmasına bakarak bir yaklaşım farkı olduğu söylemek abartılı olacaktır. Şunu da eklemek gerekir ki, arama el koyma müdaha-

---

710 *Larkos v. Cyprus*, App. No.29515/95, Judgment of 18 February 1999, para.36.

711 Yine konuta saygı temelli olup benzer şekilde ele alınan daha yakın tarihli bir karar için bkz. *Babylonova v. Slovakia*, App. No. 69146/01, Judgment of 20 June 2006, para. 57.

712 *Elçi and Others v. Turkey*, App. No.23145/93, Judgment of 13 November 2003, paras.693-700. Bu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2006, sf:540-553.

713 *Smirnov v. Russia*, App. No. 71362/01, Judgment of 7 June 2007, paras. 53-59. Ayrıca bkz. *Winfried Hildebrand v. Germany*, App. No. 31513/96, Admissibility Decision of 16 April 1998 (vergi kaçırma sebebiyle şirket defterlerine el konulmasının hem Madde 8 hem de **P1-1** açısından ele alınması- Madde 8 bakımından yapılan incelemede ihlal bulunmamasını sağlayan gerekçeler **P1-1** için de aynen geçerli); *Tornaritis and C.T. Tobacco LTD v. Cyprus*, App. No. 34798/03, Admissibility Decision of 3 January 2008 (hem Madde 8 hem de **P1-1** açısından işletme belgelerine, ticari sır içeren bilgilere ve bilgisayara el konulması-iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabuledilemezlik kararı).

lelerinde mülkiyet hakkının gündeme gelmesi şaşırtıcı değildir, çünkü özellikle Anglo-sakson hukukunda mahremiyet hakkının mülkiyet hakkından türediğine dair yaygın bir kanaat vardır.[714]

Şikayet konusunun aileye ilişkin olduğu bazı başvurularda **P1-1**'in yanı sıra, **AİHS** Madde 8'in de ele alındığı gözlemlenebilmektedir. 1979 tarihli ünlü *Marckx* davasında Mahkeme, evlilik dışı doğan çocuğun anne ile olan nesep bağı ve buradan hareketle mirasçılık durumunu ele almıştır. **P1-1**'in zaman duvarı sebebiyle uygulanabilir olmadığını bulgulayan Mahkeme mirasçının miras hakkının Sözleşmenin aile yaşamına saygıyı düzenleyen 8. Maddesinin kapsamına girip girmediğini de ele almıştır. Mahkemeye göre, aile yaşamına saygı hakkı miras hakkını kapsamaktadır.[715] Murisin durumuna gelince, Mahkeme, Madde 8'in anneye, mülkiyetini/mamalekini kızına külliyen intikal ettirme ("*complete freedom to give*") veya miras bırakma özgürlüğünü güvence altına almadığını belirtmektedir. Mahkeme, Taraf Devletlerin normal bir aile yaşamını izin veren araçları seçmekte geniş bir takdir marjları olduğunu hatırlatmaktadır ve külli intikal özgürlüğü normal aile yaşamının vazgeçilmez öğesi değildir.[716] Karardan anlaşılacağına göre, murisin miras bırakma hakkı hem **P1–1** kapsamındadır hem de Madde 8.[717]

Örneğin, tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluk çerçevesinde, yeterli özen gösterilmeden yapılan hatalı teşhis sebebiyle açılmış tazminat davası derdest iken, bir yasayla haksız fiil sorumluluğun ve dolayısıyla alınacak tazminatın azatılması söz konusu olduğunda, **AİHS** Madde 8'in de en azından bir varsayım olarak **P1-1**'in yanında uygulanabilir nitelikte olduğunu tespit etmiştir.[718]

Daha önce başka bir vesileyle ele alınan *Öneryıldız* davasında yaşam hakkının ve mülkiyet hakkının ihlali bulunduğu için ve olgular aynı olduğu gerekçesiyle Madde 8'in ayrıca incelenmesine gerek olmadığı kararı verildi.[719] Burada korunan değer aynı olduğu için bu yönde bir karar

---

714 Bu tez ilk kez ABD'li yüksek yargıçlar Brandeis ve Warren tarafından öne sürülmüştür. Bkz. Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, "*Right to Privacy*", **Harvard Law Review**, Vol. IV, No. 5, 15 Aralık 1890, sf:193-219 (Türkçesi: "*Mahremiyet Hakkı*", çev. Gülay Arslan, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Yayına Hazırlayan Yener Ünver, Seçkin Yay., Ankara, 2007, sf:19-42).

715 *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, para.52.

716 *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, paras.60-62.

717 Aşağıda Miras Hakkı başlıklı alt-bölümde yapılan değerlendirmelere bkz.

718 *Draon v. France*, App. No.1513/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.109-116; *Maurice v. France*, App. No.11810/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.118-125.

719 *Öneryıldız v. Turkey*, App. No.48939/99, GC Judgment of 30 November 2004, para.160.

verilmiştir. Ancak yaşam hakkının ihlali bulgulanmamış olsaydı, kanımca Madde 8 açısından bir inceleme yapmak elzem hale gelecekti. Zira olayda aile fertleri ölmüştü.

Korunan değerlerin çakışması adil yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6 bakımından da gündeme gelebilir. Çok yakın tarihli *Oxford* davası **AİHS** Madde 6 ile **P1–1** yarışmasını somutlaştırmaktadır. Bu davada şikayet konusu 12 yıllık hak düşümü süresine bağlanmış kazandırıcı zamanaşımı kurumudur. Başvurucular bu kurumun işletilmesi sonucunda mülkiyetlerinden yoksun bırakılmışlardır. AİHM önünde şikayet ettikleri, 12 yıllık hak düşümü süresinin somut olayda uygulanmasının mülkiyet hakkına aykırılık teşkil ettiğidir. Hükümet savunmasında, Mahkemenin hak düşümü ile zamanaşımı sürelerinin Sözleşmesel haklara uygunluğu konusunda verdiği önceki kararlarına atıfla, **P1-1**'in uygulanabilir olmadığını ve fakat adil yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6 temelinde bir çözüme gidilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkemenin Büyük Dairesi ise, hak düşümü süresi bakımından **P1-1**'in Madde 6'nın yanında ayrıca uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Zira Madde 6 ile **P1-1**'in içerikleri farklı olup değişik sorunlarla ilgilenmektedirler. Hal böyle olunca, **P1–1**, **AİHS** Madde 6'nın içinde eritilebilir nitelikte değildir.[720]

Yarışma olgusu, mülkiyet hakkı eksenli şikayetin feri nitelikte olduğu hallerde de gözlemlenebilmektedir. Bu hallerde mülkiyet hakkının ihlaline yönelik şikayet, aslında bir başka hakkın ihlalinin sonucunda ortaya çıkmaktadır. Yani böyle hallerde, mülkiyet hakkı ihlaline ön gelen bir başka hak ihlali bulunmaktadır.

Çingenelerin açtığı davalardan biriyle durumu somutlaştırmak mümkündür. *Connors* davasında Mahkeme, yaşam alanlarından tahliye edilen ve geleneksel yaşam biçimlerini koruyamayan çingenelerin açtığı davada **AİHS** Madde 8'in ihlalini bulguladıktan sonra **P1-1**'in ihlal edilip edilmediğini ayrıca incelememiştir. Zira **P1-1**'e yönelik iddiaları doğuran tasarruflar başvurucun tahliyesinin sonucu meydana çıkmıştır.[721]

Örneğin, *Iosub Caras v. Romanya* davası durumu bir başka açıdan belirginleştirmektedir. Davada başvuruculardan biri henüz üç yaşında bir çocuktur. Şikayet konusu mesele, çocuğun nafaka alamamasıdır.

---

720 *J. A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. the United Kingdom*, GC Judgment of 30 August 2007, paras.59-60.

721 *Connors v. the United Kingdom*, App. No.66746/01; Judgment of 27 May 2004, para.100. Mahkemenin orijinal ifadesi şöyledir: ("To the extent therefore that the ***removal of the property was a consequential element of the eviction of the applicant*** and his family from the local authority site, the Court does not find that it raises any separate issues from those considered under Article 8 above and thus finds it unnecessary to examine the complaint further") (vurgu eklenmiştir).

Devletler özel hukukunu doğrudan ilgilendiren bu davada Mahkeme konuyu özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen **AİHS** Madde 8 çerçevesinde ele aldığı için, bir de **P1–1** çerçevesinde ele almayı gereksiz bulmuştur. Mahkemeye göre, mülkiyet hakkı bakımından ileri sürülen iddialar, Madde 8 bakımından ileri sürülen iddiaların doğrudan sonucu olduğu için ayrıca incelenmesine gerek yoktur.[722]

Mülkiyet hakkı eksenli şikayetin ferililiği/taliliği, Madde 8 dışındaki hakların ihlali sonrasında da gündeme gelebilir. Nitekim müstehcenlik sebebiyle toplatılan birçok eser bakımından AİHM'e götürülmüş başvurularda Mahkeme önce ifade özgürlüğü (Madde 10) açısından olayı ele almış ve bu hakkın ihlal edilmediğini saptadıktan sonra mülkiyet hakkı ihlali olup olmadığını incelemiştir.[723] *Kommersant Moldovy v. Moldova* davasında ise başvurucu şirketin çıkardığı gazetenin kapatılması ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen Madde 10'a aykırı bulunmuştu. Şirket gazetenin kapatılmasının nihayetinde gelirinden yoksun bırakılmasına yol açtığını ve bunun da mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştü. İfade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini bulgulayan Mahkeme, **P1–1** açısından ayrı bir inceleme yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Bununla birlikte AİHM, kapatılmaya bağlı ekonomik yansımaları tazminatın hesaplanmasında kullanacağını açıkça belirtmiş ve sonra da bunları hesaba katmıştır.[724] Kanımca *Kommersant Moldovy* davasındaki yaklaşım *Handyside*'a göre daha makuldür.

Bu bağlamda Türkiye'ye karşı açılan parti kapatma davalarını zikretmek mümkündür. Bu davalarda partilerin kapatılmasını Sözleşmenin örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. Maddesine aykırı bulan AİHM, söz konusu partilerin mallarının Hazineye devredilmesine ilişkin mülkiyet hakkı ihlali iddialarını incelemeye gerek görmemiştir[725]. Burada da,

---

722 *Iosub Caras v. Romania*, App. No.7198/04, Judgment of 27 July 2006, paras.5, 50-53.

723 İlk örnek olarak bkz. *Handyside v. United Kingdom*, App. No.5493/72, Judgment of 7 December 1976, paras.59-63.

724 *Kommersant Moldovy v. Moldova*, App. No.41827/02, Judgment of 9 January 2007, paras.42, 47-49. Aynı yöndeki başka kararlara örnek olarak bkz. *Öztürk v. Turkey*, App. No.22479/93, GC Judgment of 28 September 1999, paras.75-76; *Ünsal Öztürk v. Turkey*, App. No.29365/95, Judgment of 4 October 2005, para. 70.

725 *Türkiye Birleşik Komünist Partisi v. Türkiye*, App. No.19392/92, Judgment of 30 January 1998; *Sosyalist Parti v. Türkiye*, App. No.21237/93, Judgment of 25 May 1998; *Özgürlük ve Demokrasi Partisi v. Türkiye*, App. No.23885/95, Judgment of 08 December 1999. Yalnız bir not olarak eklemek gerekir ki AİHM, zikredilen son karar hariç, bu kararlarda ne maddi ne de manevi tazminata hükmetmiştir. Her ne kadar **P1-1** bakımından ayrı bir inceleme yapmaması yerinde ise de, Hazineye devredilen malların değeri mukabilinde bir maddi tazminata hükmetmesi gerekliydi. Muhtemelen AİHM ulusal makamların ihlal kararları sonrası harekte geçip kapatma kararlarının sonuçlarını ortadan kaldırmalarını beklemiş olabilir.

besbelli, **P1-1** Madde 11'e göre ikincil planda kalmıştır. Ne de olsa mülkiyet sorunları, partinin kapatılmasının uzantısıdır.[726] Siyasi partilerin Sözleşme çerçevesinde sahip olduğu haklar bakımından ferilik ilişkisi seçme ve seçilme hakkını düzenleyen **P1-3** ile de kurulabilir. Bilindiği üzere, bazı Devletlerde seçime katılmak için ve/veya resmi medya kanallarında siyasi propaganda yapmak için bir ücret/depozito yatırmak gereklidir. Bu tip bir düzenlemeye yer veren Devletlerde gerekli ücreti yatırmış partinin seçime katılması **P1-3**'e aykırı olarak engellenirse, bu durum ayrıca **P1-1** açısından bir sorun yaratmamalıdır, ferilik ilişkisi bunu gerektirir. Ancak yeni bir kararında AİHM, ferilik ilişkisine önem vermemiş ve seçime katılması **P1-3**'e aykırı olarak engellenmiş bir siyasi partinin yatırdığı ücretin iade edilmemesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.[727]

Ferilik, *Hanya Katolik Kilisesi* davasında kendini bu kez **AİHS** Madde 6 bağlamında göstermektedir. Yunan hukukunda dava ehliyetine sahip olmadığı kabul edilen başvurucu kilisenin avlusunu çevreleyen duvarlardan biri komşuları tarafından yıkılmıştır. AİHM, mahkemeye ulaşma/başvurma hakkı unsuru açısından Madde 6'nın ve Madde 6 ile birlikte ayrımcılık yasağını düzenleyen Madde 14'ün ihlalini bulguladıktan sonra **P1-1**'e (ve Madde 9'a) yönelik iddiaları incelememiştir.[728] Yine de mülkiyete ilişkin iddialar, tıpkı *Kommersant Moldovy* davasında olduğu gibi, Madde 41 (dava sırasında Madde 50) uyarınca tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmıştır. Benzer şekilde, mali durumu bozulan ve tasfiye sürecine giren bankanın yönetimine yetkili kamu makamlarınca el konulmasının doğurduğu sorunların ele alındığı *Kredi ve Endüstri Bankası* davasında Mahkeme, Madde 6'nın ihlalini bulguladıktan sonra **P1-1**'e yönelik iddiaları ayrıca inceleme gereği duymamıştır.[729] Komşuların köpeklerinin havlamasından rahatsız olan başvurucunun, lehine elde ettiği hükümlerin uygulanmamasına dair Madde 6 ve **P1-1** eksenli şikayetlerde AİHM, Madde 6'nın ihlalini bulguladıktan sonra mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği hakkında ayrıca bir karar vermeye gerek görme-

---

726 Krş. Erik Werlauff, "*Right of Possession and Interference With Such Rights*", **European Business Law Review**, Vol. 13, Issue 2, 2002, sf: 123-145, 137.

727 *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others v. Russia*, App. Nos. 55066/00 and 55638/00, Judgment of 11 January 2007, paras.94-97. Mahkemenin **P1-3** ile **P1-1** arasındaki ferilik ilişkisini bozmasında, müdahalenin hukuki belirlilik ilkesini çiğneyecek derecede ağır nitelikte olmasının rolü olsa gerektir.

728 *Canea Catholic Church v. Greece*, Case No. 143/1996/762/963, Judgment of 16 December 1997, paras.48-50. Kararı bu açıdan değerlendiren bir çalışma olarak bkz. Akif Emre Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberte, 1. Baskı, Aralık 2002, Ankara, sf:373-375.

729 *Credit and Industrial Bank v. Czech Republic*, App. No.29010/95, Judgment of 21 October 2003, para. 82. Bu davada tazminat verilmemiştir.

miştir. Tabi mülkiyet hakkının zarar gördüğüne ilişkin iddialar tazminatın hesaplanmasında rol oynamıştır.[730] Aynı şekilde oldukça yakın tarihli *Göğ, Kolsuzoğlu ve Ağbayır* kararı zikredilebilir. Kamulaştırmasız el atma tipi müdahaleden ve buna karşı elde ettikleri yargı kararlarının işlevsiz kılınmasından muzdarip başvuruculaların adil yargılanma haklarının ihlalini bulguladıktan sonra Mahkeme, aynı olgunun ayrıca mülkiyet hakkı ihlali sonucunu doğurup doğurmadığını incelememiştir. Ancak bu paragrafta zikredilen diğer kararlarda olduğu üzere, başvuruların mülkiyet hakkına yönelik iddiaları tazminat hesabında rol oynamış ve başvurucular oldukça yüklü tazminat elde etmişlerdir.[731]

P1–1 ile **AİHS** Madde 3 ve Madde 8 arasında bir çeşit "tamamlayıcılık ilişkisi" olduğuna işaret etmek gerekir. Özellikle Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesinden açılan davalarda başvurucular güvenlik kuvvetlerince yaşadıkları köylerinden zorla tahliye edildiklerini, evlerinin ve geçimlerini sağlayan çeşitli kalemlerden mallarının yakılıp yıkıldığını ileri sürmüşlerdir. Bu davalarda AİHM, iddiaları sabit gördüğü ölçüde, hem **AİHS** Madde 3'ün, hem de **AİHS** Madde 8 ile **P1-1**'in birlikte olarak ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu davalarda Madde 8 ve **P1-1**'e yönelik iddiaları ayrıca incelemesinin sebebi, yapılan müdahalenin çok ağır olması (insanlık dışı muamele) ve kasıtlı olarak yapılmasıdır.[732] Elbette, **P1-1**'e yönelik olarak yoksun kalınan malvarlığı değerlerinin ekonomik yönü, en azından zımnen, AİHM'in konuya yaklaşımda rol oynamıştır.[733]

"Tamamlayıcılık ilişkisi" inanç özgürlüğünü düzenleyen Madde 9 ile **P1–1** arasında da görülmektedir. Ancak burada ele alınacak olan tamamlayıcılık ilişkisi, yukarıda **P1-1**'i aktive etmek için gerekli olan istisnai ölçütle doğrudan ilgili değildir. *Kutsal Manastırlar* davası burada ele

---

730 *Ekholm v. Finland*, App. No. 68050/01, Judgment of 24 July 2007, paras. 74, 82, 87-88.

731 *Göğ, Kolsuzoğlu ve Ağbayır v. Turkey*, App. Nos.10332/02 and 25805/02, Judgment of 24 January 2008, paras.35-43.

732 *Selçuk and Asker v. Turkey*, Case No.12/1997/796/998-999, Judgment of 24 April 1998, paras.80-87; *Bilgin v. Turkey*, App. No.23819/94, Judgment of 16 November 2000, paras.104-109; *Dulas v. Turkey*, App. No.25801/94, Judgment of 30 January 2001, paras.56-61; *Yöyler v. Turkey*, App. No.26973/95, Judgment of 27 July 2003, paras.76-80; *Ayder and Others v. Turkey*, App. No.23656/94, Judgment of 8 January 2004, paras.111-121; *Altun v. Turkey*, App. No.24561/94, Judgment of 1 June 2004; paras.54-63; *Hasan İlhan v. Turkey*, App. No.22949/93, Judgment of 9 November 2004, paras.109-113; *Orhan v. Turkey*, App. No.25656/94, Judgment of 18 June 2002, paras.379-380; *İpek v. Turkey*, App. No.25760/94, Judgment of 17 February 2004, paras.194-195. Zikredilen davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, sf:675-736. Ayrıca bkz. Semih Gemalmaz, **AİHM Kuralları Şerhi**, sf:511, 551-553.

733 Bu davaların bir kısmına aşağıda hayvanların **P1–1** kapsamında mülkiyet hakkının konusu olup olmadığı incelenirken tekrar değinilecektir.

alınabilir. *Kutsal Manastırlar* davasında başvurucu Manastırlar çıkarılan bir kanunla mülkiyetlerinden yoksun bırakılmışlardır. Bu müdahalenin **P1-1**'i ihlal ettiğini belirleyen AİHM Madde 9 bakımından ayrıca bir inceleme yapmış ve fakat yapılan müdahalenin kutsal mülklere yönelik olmadığından hareketle inanç özgürlüğü hakkına bir müdahale bulunmadığına karar vermiştir.[734] Ünlü *Pressos* vakasında bu kez Madde 6 ile **P1-1** arasında bir çeşit tamamlayıcılık ilişkisi fark edilmektedir. Bu davada başvurucu şirketler, Devlete açtıkları haksız fiil davalar derdest iken yeni bir yasa ile geçmişe etkili olarak Devletin verdiği hizmetten ötürü sorumluluğunun kaldırılmasından ötürü giderim haklarından yoksun kaldıklarını ileri sürmüşlerdir. AİHM geriye yürürlü olarak başvuruculaın giderim haklarını ortadan kaldıran yasanın **P1-1**'i ihlal ettiğini hükme bağlamıştır. Bu bulgusu sebebiyle Mahkeme **AİHS** Madde 6'nın ihlali edilip edilmediğini ayrıca inceleme gereği duymamıştır.[735]

Fikri mülkiyet meselelerinin **P1–1** mülkiyet hakkı ile **AİHS** Madde 8 arasında bir yarışma ilişkisi kurması mümkündür. Yukarıda "İstisnai Ölçüt" başlığı altında yapılan açıklamalar ışığında denilebilir ki, eğer eser sahibinin manevi hakkı **AİHS** Madde 8'den çıkarsanabiliniyorsa ve **P1-1**'in uygulanabilir olması bu çıkarsamanın sonucu ise, olası bir başvuruda Madde 8'deki özel yaşam hakkına öncelik vermek daha mantıklı bir tercih olacaktır. Eğer olayda eser sahibinin mali hakları da söz konusu ise, bu durumda **P1-1**'e öncelik verilebilir; çünkü eser sahibinin mali hakları Locke'çu anlamda mülkiyet hakkı niteliğindedir.

Sonuç olarak denilebilir ki, **P1–1** ile diğer birçok Sözleşmesel hakkın çakışan yönleri bulunmaktaysa da, ekonomik niteliği gereği mülkiyet hakkını bir başka hakkın içinde eritmek pek sık tercih edilebilen bir yaklaşım olmayacaktır. Mülkiyet hakkı ile diğer hakların korudukları değerler büyük ölçüde farklıdır.

IV) Zaman Boyutundan ve Teorik Boyuttan Pratiğe: Mülkiyet Türleri

Gerek zaman boyutu gerekse de teorik boyut başlıkları altında yapılan soyutlama ve teorileştirme denemesi, mülkiyet hakkının konu bakımından Strasbourg organları pratiğindeki zenginliğinin gözden kaçırılmasına yol açmamalıdır. Mülkiyet hakkının zaman ve teorik boyutu in-

---

734 *Holy Monasteries v. Greece*, App. Nos.13092/97 and 13984/88, Case No.10/1993/405/483-484, Judgment of 09 December 1994, paras.86-88. Kararı bu açıdan değerlendiren bir çalışma olarak bkz. Öktem, **a.g.e.** sf:381-382.

735 *Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium*, Case No. 38/1994/485/567, Judgment of 20 November 1995, paras.45-46. Ayrıca bkz. ve krş. Werlauff, **a.g.e.**, sf: 126.

celenirken, konu bakımından içtihadi zenginliğin ve çeşitliliğin yansıtılması mümkün olmamıştır. Aksi halde, oradaki teorik amaçların gerçekleştirilmesi güçleşirdi.

Bu sebeple, söz konusu zenginliğin ayrı bir başlık altında yansıtılması gereklidir. Bu yansıtma, aynı zamanda, mülkiyet hakkının tarafımdan geliştirilmeye çalışılan zaman ve teorik boyutlarının pratiğe ne kadar ışık tutabileceğini de göstermek potansiyeli taşımaktadır. Bir başka deyişle, söz konusu ölçütlerin Strasbourg organlarını **P1-1**'in konu bakımından uygulanabilirliğinin belirlenmesinde ne kadar serbest bıraktığına dair bazı verilerin elde edilmesi sağlanabilecektir. Bu veriler temelinde henüz spesifik bir karara konu olmamış farklı mamelek türlerinin **P1-1**'in kapsamında görülüp görülemeyeceği hakkında spekülasyon yapılabilir. Diğer yandan, Strasbourg organlarının bazı kararları da bu ölçütlere uygunluğu açısından eleştirilebilir. Böylelikle, Strasbourg organlarının içsel tutarlılığı, bir de bu açıdan test edilebilir.

Pratiğin yansıtılması, üstte belirtilen hususların yanı sıra, uygulayıcılar bakımından olası bir başvuruyu kolaylaştırıcı rol de oynayabilir. Belirli malvarlığı türleri bakımından **P1-1**'in uygulanabilirliğinin sağlanması için özellik gösteren bazı hususların bulunması ihtimal dahilindedir. Bu tip durumlar ayrıca dikkate alınmalıdır. Aksi halde olası bir başvurunun **P1–1** çerçevesinde ele alınması mümkün olmayabilir. Kaldı ki, belirli mamelek türleri bakımından özellik gösteren hususların varlığı, **P1-1**'in hem zaman boyutunun hem de teorik boyutunun geçerliliğinin test edilmesi açısından da önem arz etmektedir.

P1–1 pratiğinde gözlemlenebilen ve yukarıda geliştirilen teorik ve soyut ölçütlere uygun mamelek/mülk türlerinin çeşitli şekillerde ve kategorilerde sınıflanması mümkündür. Temel sınıflama maddi-gayri maddi nesne ve miras hakkı şeklinde yapılabilir. Böyle bir sınıflama medeni hukuktaki mamelek haklarının türleri açısından yapılan sınıflamadan biraz farklıdır.[736] Zira işbu Çalışma bir UİHH disiplini çalışmasıdır; medeni hukuk değil. Gerçi medeni hukuktaki sınıflama büsbütün kullanışsız değildir; ancak bir UİHH çalışması bakımından somut bir getirisi de yoktur. Dolayısıyla, bu Çalışmada eşya ya da hak takip edilerek bir bölümleme yapılmıştır.

---

[736] Ayiter, **Mamelek**, sf:102-125 arasında medeni hukuk sınıflamasını bulabilirsiniz.

A) Maddi Nesne (*Res corporales*)

1) Taşınmaz Mallar

a) Genel Olarak

Taşınmaz olarak nitelenen mallar/eşyalar toprakla yakından bağlantılıdır. Bu tip eşyalar bağlantılı olduğu kara parçasına hukuk çivisiyle sabitlenmiştir. Özlerine zarar vermeden başka bir yere nakledilemezler.[737] Taşınmazların **P1–1** bağlamında mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğunda duraksamaya yer yoktur. Taşınmazların mübadele değeri olan ve parayla ölçülebilen ekonomik değer oluşturduğu şüpheden uzak olduğuna göre, üzerinde herhangi bir tartışma olmayan bu hususu geçiştirebiliriz. Bu bağlamda, ev, arsa ve hatta mezar yerleri[738] taşınmaz statüsünde olup **P1-1**'ce korunmaktadır. Arsanın malikleri ile bunun üzerinde yapılan binanın maliklerinin farklı olduğu hallerde, uyuşmazlığın hangi taşınmaz hakkında olduğuna göre bir değerlendirme yapılır.[739]

Ancak taşınmazların devir ve intikali bakımından önemli bir noktaya parmak basmakta yarar var. Taşınmazın bir kişinin malvarlığına dahil olabilmesi için o taşınmazın tapuda o kişi üzerinde kayıtlı olması gereklidir. Gerçi, otonom kavramlar doktrini uyarınca AİHM başka gösterge ve kanıtlara bakarak bir kişinin ihtilaf konusu taşınmaza sahip olup olmadığına karar verebilmektedir. Yine de, özellikle alım satım sözleşmesine dayanarak tapuda henüz devri gerçekleştirilmemiş taşınmazlara

---

737 Kemal Oğuzman-Özer Seliçi-Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, 2006, sf:7; Ertaş, **Eşya Hukuku**, sf:279; Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:246-249.

738 Mezar yeri **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girmektedir. Zira mezar yeri ya satın alınmakta ya da belirli bir süreyle kiralanmaktadır. Bunun sonucunda o mezar yerinin münhasır kullanma hakkı kazanılmaktadır. Her iki halde de ekonomik nitelikte bir ilişki bulunmaktadır. Bkz. *X. and Y. v. Germany*, App. No.6125/73, Admissibility Decision of 7 October 1976, **DR, Vol. 7**, sf:51-53. Mezarlıkların statüsüne ilişkin olarak Bosna Hersek İnsan Hakları Dairesinin bir kararı bulunmaktadır. Müslüman cemaate ait mezarlığa gayri müslümlerin gömülmesinin **AİHS**'in inanç özgürlüğünün düzenleyen 9. Maddesi ile **P1-1**'e uygunluğunun denetlendiği söz konusu vakada, Bosna Hersek İnsan Hakları Dairesi her iki hükmün de ihlal edildiği sonucuna varmıştır (bkz. *The Islamic Community in Bosnia and Herzegovina v. Republika Srpska*, CH/00/4889, Decision on the Merits of 12 October 2001).

739 Örneğin *Allard* davasında başvurucunun evi ulusal hukuka uygun olarak yıkılmıştır. Mülkiyet hakkına müdahale olup olmadığını inceleyen AİHM yıkılan evin başvurucuya ait olduğunu ve fakat evin üzerinde yükseldiği arazinin paylı mülkiyete tabi olduğunu saptamıştır. *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 50.

740 Örneğin yakın tarihli bir kararda AİHM iki özel hukuk kişisinin yaptığı bir taşınmaz

ilişkin **P1–1** bağlamındaki mülkiyet hakkı iddiasının zaman duvarı engeline takılma olasılığı çok kuvvetlidir.[740]

Taşınmazların Strasbourg organları kararlarına konu olduğunda şüphe yoksa da, görüldüğü üzere, içtihatların kapsadığı örnekler klasik nitelikteki taşınmazlara işaret etmektedir. Bu durumda akla farklı nitelikteki taşınmazların teorik ölçütler çerçevesinde mülkiyet hakkının kapsamında yer alıp alamayacağı sorusu gelmektedir. Bu farklı nitelikteki taşınmaz kategorisine örnek olarak uzay ve gök cisimlerini seçebiliriz.

b) Uzay ve Gökcisimleri ile Uluslararası Hukukça İnsanlığın Ortak Mirası Olarak Belirlenen Taşınmazlar

Taşınmaz denilen mal/eşya türünün toprakla yakından bağlantılı olduğunu belirttik. Toprak ise Dünya yüzeyinde yer alıyor. O halde taşınmaz mal denildiğinde bunun Dünya yüzeyinde olduğu önden benimsenmekte. Bu durumda soru şudur: Taşınmaz eşya ile Dünya arasında kurulan bir bağlantı zorunlu mudur? Açık ifadeyle, taşınmazlar Dünya dışı yüzeyler üzerinde bulunamazlar mı?

Bu soruların cevabı bellidir. Dünya dışı yüzeylerde de taşınmazlar bulunabilir ve daha da önemlisi üretilebilir. Bir kez, bütün gök cisimleri "arazi" niteliğindedir. İkincisi uzay boşluğunda (çoğu kez bir gökcisminin yörüngesine bağlı) çeşitli insan yapımı uydu ve hatta üsler bulunmaktadır. Üçüncüsü, günümüzde hem kamu hem de özel sektör, gök cisimlerinden çeşitli parçaları Dünyaya getirmekte ve gök cisimleri üzerinde maden araştırması yapmaktadır. Dördüncüsü, ileride (yakın bir gelecekte olmasa bile) "arazi" niteliğindeki gökcisimleri üzerinde insan yapımı konut, üs, vb. taşınmaz türleri oluşturulması beklenebilir.

O halde sorun, bu tip taşınmazların **P1–1** açısından hukuki durumunun nasıl değerlendirileceğidir.[741] Sorunun uluslararası hukuktaki

---

alım satım sözleşmesinin, taşınmaz alıcılar adına tapuya iç hukuk uyarınca kaydedilemediği için **P1–1** anlamında mevcut bir hak doğurmayacağına karar vermiştir. Bkz. *Rieberer and Engleitner v. Austria*, App. No.8749/02, Admissibility Decision of 7 October 2004, para.2 (The Law bölümü). Mahkemenin orijinal ifadesi şöyledir: ("The Court observes that, according to Austrian law, a sales contract concerning land can not take effect without a valid entry into the land register. The applicants' entry into the land register as owners never became valid, as it was annuled by the impugned decision. Thus, the applicants complained in essence that they could not acquire property over the land at issue. However, Article 1 of Protocol 1 does not guarantee a right to acquire possessions"). (karar içi gönderme çıkartılmıştır).

741 Kemal Oğuzman-Özer Seliçi-Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, sf:5'de bu konuya eşya hukuku bağlamında değinmektedirler. Ancak yazarlar söz konusu gök cisimleri üzerinde şimdiki teknik olanaklarla hakimiyet kurulamayacağı gerekçesiyle adı geçen

boyutuna bakıldığında, ay ve diğer doğal gök cisimlerinin Devletlerin egemenliğine tabi olamayacağı görülür. Burada geçerli olan ilke, uzay ve gök cisimlerinin insanlığın ortak mirası olduğudur.[742]

BM Genel Kurulunca kabul edilen 1966 tarihli **Uzay Andlaşması**[743] Madde II bunu açıkça hükme bağlamıştır. Bu hükme göre, Devletler uzay ve gök cisimlerini ülkelerine dahil edemezler.[744] Dikkatli bir gözle bakıldığında 1967 tarihli **Uzay Andlaşmasının** ay ve diğer gök cisimleri ya da bunların belirli bir kısmı üzerinde bireysel özel mülkiyeti yasaklamadığı farkedilmektedir.[745] Belli ki, **Uzay Andlaşmasının** hazırlayıcıları uzay ve gök cisimlerinin gerçek ya da tüzel kişilerce edinilebileceğini ön-

---

gök cisimlerini eşyadan saymamaktadır. Yazarlar bu konuda uluslararası hukuktaki hiçbir hukuki belgeye değinmemişler, bu belgelerle kurulan rejimin mülkiyet edinme olasılığına etkisini hiç tartışmamışlardır. Bu önemli bir metodolojik sorundur. Zira metinde gösterileceği üzere, gök cisimlerinin sahiplenebilir bir eşya mı (*res nullius*), yoksa insanlığın ortak malı mı (*common heritage of mankind / res communes*) olduğuna göre sonuç değişmektedir.

Ayrıca yazarlar, ileride edinilebilecek maddelere örnek olarak gösterdikleri gök cisimleri arasında "güneş ve yıldızları" da saymaktadırlar. Oysa, hem güneş hem de diğer yıldızların teknik olarak hiçbir zaman insanın mülkiyetine ve kontrolüne giremeyeceği modern astronomi ve astrofizik bilimi ışığında söylenebilir.

742 Uzay ve gök cisimlerinin tabi olduğu rejimin ana hatları için bkz. Brownlie, **a.g.e.**, sf:255-259; Cassese, **a.g.e.**, sf:95-96; Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, Güncelleştirilmiş 4. Bası, 2006, sf:301-307; Thomas M. Franck, **Fairness in International Law and Institutions**, OUP, Paperback edition, 1997, sf: 399-401.

743 "**Outer Space Treaty**"/("**Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies**") (General Assembly resolution 2222 (XXI), annex) — adopted on 19 December 1966, opened for signature on 27 January 1967, entered into force on 10 October 1967; Bkz. Barry E. Carter – Phillip R. Trimble, **International Law –Selected Documents** (2001-2002 Edition), Aspen Law & Business, printed in the USA, 2001, sf:726-730. Bu Andlaşmaya aralarında ABD, Rusya Federasyonu da dahil 104 Devlet Taraf bulunmaktadır. Türkiye de Taraftır. Bkz. Bakanlar Kurulunun 02/09/1967 tarih ve 6/8766 sayılı kararı, (RG, 23/10/1967, s.12732). Bu Andlaşma Türkiye bakımından 27/03/1968 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir; Bakanlar Kurulunun 08/03/1968 tarih ve 6/9999 sayılı kararı, (RG, 01/06/1968, s.12913). Bu Andlaşmaya getirilen hukuksal düzen için bkz. Turgut Tarhanlı, **Uydular Aracılığıyla Yer Doğal Kaynaklarının Uzaktan Algılanması ve Uluslararası Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Yay. No.3669, İstanbul, 1991, sf:24-65.

744 "**Outer Space Treaty**":

"**Article II** – Outer space, including the moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means." (vurgu eklenmiştir)

745 Michael J. Listner, "*The Ownership and Exploitation of Outer Space: A Look at Foundational Law and Future Legal Challenges to Current Claims*", **Regent Journal of International Law**, Vol. 1, 2003, sf:75-94, özellikle 78; Rosanna Sattler, "*Transporting a Legal System for Property Rights: From the Earth to the Stars*", **Chicago Journal of International Law**, Vol. 6, 2005-2006, sf:23-44, özellikle 28-29.

görmemişlerdir. **Uzay Andlaşması** Madde VI'da[746] hükümetler-dışı oluşumların ("*non-governmental entities*") uzayda keşif yapabileceği olasılığını öngören bir norm bulunmaktadır. Ancak hükümetler-dışı oluşumun yürüttüğü faaliyet, norm gereği milli niteliklidir.[747] Kaldı ki, doktrinde işaret edildiği üzere, anılan Madde VI normu "sadece devletlerle sınırlı bir uzay faaliyetleri anlayışından uzaktır. Öte yandan, aynı Andlaşma'nın IX maddesiyle ay ve diğer gök cisimleri dahil, uzayda yürütülmesi bir taraf devlet veya tebaası (*its nationals*) tarafından tasarlanan bir faaliyet veya deneme söz konusu edilmiş olmakla, gerçek veya tüzel kişilerin de, uzay faaliyetlerinde bulunabilecekleri kabul edilmiş olmaktadır."[748]

---

746 "**Outer Space Treaty**":

"**Article VI** – States Parties to the Teraty shall bear international responsibility for national activities in outer space, including the moon and other celestial bodies, whether such activities are carried on by governmental agencies or by non-governmental entities, and for assuring that national activities a carried out in conformity with the provisions set forth in the present Treaty. The activities of non-governmental entities in outer space, including the moon and other celestial bodies, shall require authorization and continuing supervision by the appropriate State Party to the Treaty. When activities are carried out in outer space, including the moon and other celestial bodies, by an international organization, responsibility for compliance with this Treaty shall be borne both by the international organization and by the States Parties to the Treaty participating in such organization." (**Türkçe resmi çeviri-ilk iki cümle**: Andlaşmaya Taraf Devletler, ay ve diğer gök cisimleri dahil, uzayda gerek Hükümet teşekkülleri, gerek Hükümetler-dışı teşekküller tarafından yürütülen milli faaliyetlerde ve milli faaliyetlerin işbu Andlaşmada yer alan hükümler uyarınca yürütülmesinde milletlerarası sorumluluk taşırlar. Hükümetler-dışı teşekküllerin, ay ve gök cisimleri dahil, uzaydaki faaliyetleri ilgili Devletin müsaadesine ve devamlı nezaretine tabi olmalıdır.) (vurgu eklenmiştir)

747 Bkz. Turgut Tarhanlı, **a.g.e.**, sf:47.

748 Turgut Tarhanlı, **a.g.e.**, sf:43. Yazara göre, Andlaşma (md.VI)'nın ilk iki cümlesindeki "hükümetler-dışı teşekkül terimi ile ifade edilmek istenen, genel olarak özel girişim ya da ticari şirketler, özel işletmelerdir. Bunlar, hükümetten bağımsız olarak, politikalarını benimseyip kendi yönetim usullerini uygulayan ve birincil hedefleri ticari nitelikte olan kuruluşlardan ibarettir. Dolayısıyla yapılanmaları salt ulusal alanda ve ulusal hedeflere yönelik olabildiği gibi, çok uluslu şirketler örneğinde görüldüğü gibi, uluslararası platformda ve uluslararası hedeflere de yönelik olabilir", **a.g.e.**, sf:44.

Dahası, yine aynı eserde verilen bilgiye göre, **Uzay Andlaşması**nın hazırlıkları sürerken 1960'lı yıllarda ABD'de Kennedy yönetiminde sunulan ve bilahare yasalaşan 1962 tarihli "Uydu İletişim Kanunu" ile küresel ve ticari bir uydu haberleşme ağının kurulması ve bunun geliştirilmesinin ancak özel şirket yapısı içinde mümkün olabileceği öngörülmüştü (anılan Kanun, md.102, para.a, c). Buradan hareketle de, söz konusu yasa, aynı zamanda, kâr amacıyla çalışacak ve kamu idaresi ya da kuruluşxu niteliğinde olmayacak bir uydu haberleşmeleri şirketinin kurulması için yetki tanımaktaydı (anılan Kanun, md.301). Tanınan bu yetkiyle ABD'de kurulan "*Communications Satellite Corporation*" (COMSAT) şirketi, bilahare 20/08/1971 tarihli "Uydular Aracılığı ile Telekomünikasyon Milletlerarası Teşkilatı ile İlgili Anlaşma"/INTELSAT'ın çekirdeğini oluşturmuştur (bkz. Tarhanlı, **a.g.e.**, sf:44 ve dn. 79).

Bütün bu verileri not etmekle birlikte, **Uzay Andlaşması**nda hiçbir ulusun bir gök cisminden yararlanmasının engellenemeyeceğini öngören Madde I hükmü[749] sebebiyle özel mülkiyetin mümkün olamayacağı düşünülebilir.[750]

Zaten yukarıda açıklanan gelişme ve düzenlemeler eksenindeki belirsizliği, yine BM Genel Kurulununca kabul edilen 1979 tarihli **Ay Anlaşması**[751] belli bir ölçüde gidermiştir. **Ay Anlaşması**nın 11/2. Maddesi 1967 tarihli **Uzay Andlaşması** Madde II'yi tekrar ederken, Madde 11/3 Ay'ın yüzey ve yeraltı kaynaklarının, hükümetler-dışı oluşum ve ayrıca herhangi bir gerçek kişi de dahil olmak üzere, özel mülkiyete tabi olamayacağını hükme bağlamıştır.[752] Dolayısıyla, zikredilen andlaşmalar çerçevesinde uzay ve gök cisimleri özel mülkiyete konu olamaz.[753]

---

749 "**Outer Space Treaty**":

"**Article I** – The exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies, shall **be carried out for the benefit and in the interests of all countries**, irrespective of their degree of economic or scientific development, and shall be the **province of all mankind**. (**Türkçe resmi çeviri**: Ay ve diğer gök cisimleri dahil, uzayın keşfi ve kullanılması, iktisadi ve bilimsel kalkınma derecelerine bakılmaksızın, **bütün ülkelerin hayır ve menfaatine yürütülmelidir**; bu **bütün insanlığa tahsis olunmuştur**.)

Outer space, including the moon and other celestial bodies, shall be free for exploration and use by all States without discrimination of any kind, on a basis of equality and in accordance with international law, and there shall be free access to all areas of celestial bodies.

There shall be freedom of scientific investigation in outer space, including the moon and other celestial bodies, and States shall facilitate and encourage international cooperation in such investigation." (vurgu eklenmiştir)

750 Kelly M. Zullo, "*The Need to Clarify the Status of Property Rights in International Space Law*", **Georgetown Law Journal**, Vol. 90, 2002, sf:2413-2444, özellikle 2414-2417.

751 "**Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies**" (resolution 34/68, annex) — adopted on 5 December 1979, opened for signature on 18 December 1979, entered into force on 11 July 1984.

752 "**Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies**"

"**Article 11**

1. The Moon and its natural resources are the **common heritage of mankind**, which finds its expression in the provisions of this Agreement, in particular in paragraph 5 of this article.

2. The Moon is **not subject to national appropriation** by any claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means.

3. Neither the surface nor the subsurface of the Moon, nor any part thereof or natural resources in place, shall become property of any State, international intergovernmental or **non-governmental organization**, national organization or **non-governmental entity** or of **any natural person**. The placement of personnel, space vehicles, equipment, facilities, stations and installations on or below the surface of the Moon, including structures connected with its surface or subsurface, shall not create a right of ownership over the surface or the subsurface of the Moon or any areas thereof..." (vurgu eklenmiştir)

753 Listner, **a.g.m.**, sf:86.

Ancak pratikte bu andlaşmalarla kurulan rejimin çeşitli boşluklar içerdiği görülmektedir. ABD'de bir şirket, Ay ve diğer bazı gök cisimlerinde arazi satmakta ve birçok özel hukuk kişisi bu arazileri almaktadır. Şirket tapu dahi vermektedir. Durumdan ABD Hükümeti ile BM ve Rusya Federasyonu'nun haberi vardır. Zikredilen Devletler **Ay Andlaşması**nı onaylamamıştır (yukarıda belirttiğimiz "**Uzay Andlaşması**"nı ise onaylamışlardı). Sözü edilen şirketçe yapılan satım ve özel kişilerce yapılan alım işlemlerinin geçerliliği meselesi gibi hukuki problemler ortadadır. İşte bu olgusal sorunlardan hareket eden doktrin, andlaşmalarla öngörülen yasaklama rejiminin çeşitli boşluklar içerdiği ileri sürmektedir.[754] Bir başka olayda, bir ABD şirketinin CEO'su, NASA'ya yirmi dolar otopark cezası kesmiştir. Cezanın sebebi NASA'nın bir uzay aracını CEO'nun temsil ettiği şirketin mülkiyetinde olduğu iddia edilen bir göktaşına ya da asteroite indirmesidir![755]

Anılan türdeki fantezi sayılabilecek sorunlardan ziyade burada ciddiye alınması gereken problem, gök cisimlerinin tapusunu alan kişinin **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı olup olamayacağıdır. Kanımca, bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Gerçi andlaşmalar rejimiyle bağlı olmayan bir Devlette gerçekleştirilen anılan türdeki bir işlemi geçersiz kılacak bir hukuki neden olmadığı; dolayısıyla, bu şekilde elde edilen özel mülkiyetin *prima facie* **P1–1** anlamında malvarlığı değerleri arasına girdiği düşünülebilir. Fakat andlaşmalar rejmiyle bağlı olmayan bir başka Devlette bir başka şirket çıkıp aynı parselleri satmaya kalkarsa ne olacaktır? O zaman hangisinin **P1–1** hakkına ağırlık verilecektir? Bunun gibi, satışı yapan şirket nasıl olup da tapuyu elde etmiştir? Bu tip özel hukuk ve uluslararası hukuk sorunları, kanımca zaman duvarı sebebiyle **P1-1**'in uygulanmasını olanaksız kılacaktır.

Meselenin daha somut ve ciddiye alınması gereken yönü bağlamından işaret etmek gerekir ki, uzaydaki insan yapımı uydu ve üsler üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır. 1967 tarihli **Uzay Andlaşması** Madde VIII[756]

---

754 Listner, **a.g.m.**, sf:88-94.

755 Tabii ki CEO'nun amacı, uzay ve gök cisimlerinin hukuki statüsü hakkındaki belirsizliğe dikkat çekmekti. Bkz. Zullo, **a.g.m.**, sf:2420.

756 "**Outer Space Treaty**":

"**Article VIII**

A State Party to the Treaty on whose registry an object launched into outer space is carried shall retain jurisdiction and control over such object, and over any personnel thereof, while in outer space or on a celestial body. Ownership of objects launched into outer space, including objects landed or constructed on a celestial body, and of their component parts, is not affected by their presence in outer space or on a celestial body or by their return to the Earth. Such objects or component parts found beyond the limits of the State Party to the Treaty on whose registry they are carried shall be returned to that State Party, which shall, upon request, furnish identifying data prior to their return." (vurgu eklenmiştir)

bunu kabul etmiştir.[757] İnsan yapımı uydu ve üsler üzerindeki mülkiyet hakkı tesisine ne hukuken ne de fiilen engel vardır. İnsan yapımı uydu ve üsler üzerindeki mülkiyet hakkı, gerçek ya da tüzel kişilere ait olduğu müddetçe **P1–1** tarafından korunacaktır. Yalnız burada yörüngenin hukuki niteliği problemini göz ardı etmemek gereklidir. Bu bağlamda son olarak, gök cisimleri üzerinde yürütülen çalışmalar sonunda elde edilen ürünlerin mülkiyetinin de **P1–1** kapsamına gireceğini eklemek uygun olur.[758]

Uzay ve gök cisimlerinin tabi olacağı hukuki rejimi düzenleyen andlaşmalar, Devletlerin ekonomik ve siyasal baş aktör olduğu dönemde hazırlanmıştır. Bugün kayda değer sayıdaki çok-uluslu şirket, Devletlerden ekonomik ve hatta siyasal açıdan daha güçlüdür. Bu sebeple uzay araştırmalarının "özelleştirilmesi" sürecine girmek üzereyiz.[759] Bu gelişmeler yeni mülkiyet sorunları doğuracaktır.

Uzay ve gök cisimlerinin tabi olacağı hukuki rejimle ilgili yukarıdaki mülahazaları, uluslararası hukukça benzer şekilde düzenlenmiş bulunan taşınmazlara büyük ölçüde uyarlamak mümkündür. Günümüzde uluslararası andlaşmalar rejimiyle insanlığın ortak mirası olarak vasıflandırılan birçok taşınmazın özel mülkiyete ve hatta bir Devletin münhasır mülkiyetine/egemenliğine konu olamayacağı yukarıda zaman duvarının etkisi açısından vurgulanmıştı. Bu tip taşınmazlar arasında deniz dibi ve Antartika gibi iyi bilinen örnekler yer almaktadır. Bu kategoriye giren taşınmazların statüsü, her bir uluslararası andlaşma (veya andlaşmalar rejimi) özelinde tek tek incelenerek belirlenmelidir.

c) Özel Mülkiyete Tabi Kamuya Açık Taşınmazlar ve P1-1: Alışveriş Merkezleri

Yakın gelecekte pratiği sıkça ilgilendireceği aşikar meselelerin başında özel mülkiyete tabi olup kamunun kullanımına açık taşınmazların durumu gelmektedir. Aslında **P1-1** mülkiyet hakkı genel teorisinde tam

---

757 Hüseyin Pazarcı, "*Pozitif Uzay Hukuku ve Bugünkü Sorunları*", **Seha Meray'a Armağan, Cilt: I**, AÜSBF Yayınları No. 465, Ankara, 1981, sf:223-250, özellikle 233; Zullo, **a.g.m.**, sf:2430-2432 (Yazar, ayrıca, bu maddenin gök cisminin üzerinde konuşlanılan/çalışılan bölümü üzerinde bir mülkiyet hakkı doğurma olasılığına da dikkat çekmektedir.).

758 Elbette, söz konusu ürünler aslında taşınır niteliğindedir. Bununla birlikte, söz konusu ürünlerin, elde edildikleri gök cisimleriyle olan yakın bağ sebebiyle burada zikredilmelerinde bir sakınca yoktur.

759 ABD'de uzay araştırmaları ve uzayda üs kurma, ticari bir faaliyet alanıdır ve yasayla düzenlenmiştir. Çeşitli Devletlerin ulusal mevzuatı hakkında bilgi için bkz. www.unoosa.org/oosa/en/SpaceLaw/national/index.html

Ayrıca ABD'de çeşitli ticari şirketler bu konuda girişimleri başlatmış bulunuyorlar. Bkz. Sattler, **a.g.m.**, sf:23-27; Zullo, **a.g.m.**, sf:2438-2440.

anlamıyla bir yere oturmayan bu tip taşınmazların **AİHS** sisteminde ne gibi uyuşmazlıkara yol açabileceğini de irdelemekte fayda var.

Tarihi bakımdan kamu mallarının insan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasında önemli rolü vardır. Kamu malları insan haklarının fiilen kullanılmasının alt yapısını oluşturur. Bu sebeple kamu mallarına ilişkin hukuki rejim düzenlenirken insan hakları satandartlarının göz önünde bulundurulması gereklidir.[760] Örneğin, bir çeşit kamu malı statüsünde olan meydan ve yollar, seyahat özgürlüğü bakımından olduğu kadar ifade ve gösteri özgürlüğü hakkı bakımından merkezi önem taşımaktadır. Elbette, ifade ve gösteri özgürlüğü hakkının kullanımı sırasında söz konusu meydan ve yolların gördüğü diğer işlevler ya yavaşlayacak ya da askıya alınacaktır. Bu sebeple zikredilen kamu malından aynı anda farklı amaçlarla yararlanmak isteyenlerin hakları ile ifade ve gösteri özgürlüğü hakkını kullananların yararları arasında bir denge kurulması lazım gelir.[761]

Günümüzde özgürlüklerin kullanılması ile kamu malları arasındaki ilişki kayda değer ölçüde geleneksel ekseninden çıkmıştır. Kentleşmenin gelişmesi, üretimin çeşitlenmesi, malların ulusal ve uluslararası düzlemde daha yaygın dolaşımı ve etkili olarak pazarlanması, rant ekonomisi, tüketim kalıp ve değerlerindeki dönüşüm ile tüketime yönelik teşvik ve benzeri faktörler kentsel mekanların kullanımı, tasarımı ve yeniden biçimlendirilmesi üzerinde etkisini doğurmuş ve yerleşim yerlerinin eskiden vazgeçilmez öğesi olan meydan ve çarşıları "özelleştirmiştir. Bütün bu oluşumlar sonucunda modern kentlerin yeni "toplanm" mekanları, çarşı ve meydanlardan ziyade alışveriş merkezleri (AVM) olmaya başlamıştır. Kentsel mekan algısı, tasarımı ve düzenlenmesindeki bariz olgusal değişim, kaçınılmaz olarak bu mekanlardan yararlananların geniş bir spekturumdaki hak ve özgürlüklerini kullanımları üzerinde etki doğurmaktadır ve diğerlerinin yanı sıra, özellikle ifade özgürlüğünün kullanımı ile ilgili yeni sorunları beraberinde getirmiştir. Bugün kitlelere seslenmek, insanları etkilemek isteyen ve bunun için de ifade ve gösteri özgürlüğü hakkını kullanmak durumunda olanların yeni adresi meydanlar ve yollar değil AVM'lerdir.[762]

Bütün bu gelişmeler, kısmen aşina olunan kısmen de yeni hukuki sorunlara yol açmaktadır. Bizim üzerinde durduğumuz hukuki sorun,

---

760 Gülan, **a.g.e.**, sf: 104.

761 Gülan, **a.g.e.**, sf: 107-108 ve orada gösterilen eserler.

762 Konuya ilişkin sosyolojik bir değerlendirme için bkz. Malcolm Voyce, "*Shopping malls in Australia: The end of public space and the rise of 'consumerist citizenship'?*", **Journal of Sociology**, Vol. 42, No. 3, 2006, sf: 269-286, özellikle 273-282.

insanların "toplanma" mekanı olması yönüyle "kamusal alan/yarı kamusal alan" niteliği taşıyan AVM gibi mekanların kişiler tarafından siyasi, kültürel yahut ticari amaçlı ifade özgürlüğü hakkının kullanım adresi kılınmasıyla alakalıdır. Bu hukuki sorun, AVM'den yararlanan üçüncü kişilerin hak kullanımıyla olduğu kadar mekanların özel mülkiyetine sahip malikleriyle de bağlantılıdır. Zira her AVM'nin sahibi ya da sahipleri veyahut işleteni (zilyeti) olduğu için burada artık devreye mülkiyet hakkı (da) girecektir. O halde, ele alınan spesifik bağlamda, modern kentsel mekan yapılanması ve yaşamı koşullarında kurulması gereken asıl denge, o mekanlardan yararlanarak ifade ve gösteri özgürlüğü hakkını kullanmaya çalışan kişilerin hakları ile AVM'lerin veyahut bunlardaki birimlerin malikleri ve/veya zilyetlerinin **P1-1** anlamındaki mülkiyet hakkının korunması arasında odaklaşmaktadır. Nitekim, özellike anglo-sakson hukukunun meri olduğu bazı hukuk sistemleri yargı organları önünde söz konusu çatışmadaki dengenin nasıl kurulacağına dair bazı davalar görülmüştür. Bu davalarda mülkiyet hakkı öznesinin **AİHS** özelinde mülkiyet hakkı açısından pasif olarak korunması söz konusudur.[763]

Bunlardan Birleşik Krallık yargı makamları tarafından sonuca bağlanan *Appleby* davası AİHM önüne gelmiştir. Gerek İngiliz hukukunda gerekse de ABD ve Kanada hukuklarından konuya ilişkin yargısal örnekler gösteren (paras. 22-31) AİHM incelemesine ifade özgürlüğünün demokrasinin işlemesinin ön koşulu olduğunu vurgulayarak başlamış ve Devletlerin ifade özgürlüğünü güvenceye almakta pozitif yükümlülükleri olduğunu tekrarlamıştır. (paras. 39-40). Olayda başvuruculaın AVM'de stant açması ve bildiri dağıtmasına izin verilmemesinde kamusal makamların bir rolü olmadığı için Devletin negatif yükümlülüğünden kaynaklanan bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu sebeple Mahkeme incelemesini pozitif yükümlülüklerde odaklaştırmıştır (para.41). Bu noktada Mahkeme, ele alınan konunun ifade özgürlüğüyle ilgili olmasına önem atfetmiştir (para. 42). Bu bağlamda başvuruculaın vatandaşların dikkatini yerel idarenin oyun alanlarında yapacağı planlara ve çocukların oyun oynayacak yeşil alanlardan yoksun kalacağına çekmek istediklerini not eden AİHM, sözü edilen amacın kamu yararını ilgilendirdiğini ve yerel idarelerin yetkilerinin kullanılması eksenli tartışmaya katkı sağladığını belirlemiştir (para. 43). Ancak Mahkeme anılan kamu yararının varlığı tespitini orada bırakmamış ve hem ifade özgürlüğü hakkının sınırsız olmadığına işaret etmiş

---

763 Anglo-sakson hukuku açısından genel olarak bkz. Michele Cortese, "*Property Rights and Human Values: A Right of Access to Private Property for Tenant Organizers*", **Columbia Human Rights Law Review**, Vol. 17, 1985-1986, sf: 257-282; Matthew S. Fuchs, "*Free Exercise of Speech in Shopping Malls: Bases That Support an Independent Interpretation of Article 40 of the Maryland Declaration of Rights*", **Albany Law Review**, Vol.69, 2006, sf:449-488.

hem de bu olayda söz konusu olan bir başka Sözleşmesel hakkın, bu Çalışmanın doğrudan konusunu teşkil eden AVM sahibinin **P1-1** uyarınca sahip olduğu malvarlığı haklarını vurgulamıştır (para. 43).

Başvurucular, isabetli biçimde, ABD hukukuna da atıfla, AVM'lerin sırf bir özel mülkiyet alanı olarak görülemeyeceğini artık kamusal benzeri bir alan (quasi public space) haline geldiğini ve bu sebeple bireylerin buralarda tıpkı eskiden meydanlarda ve yollarda olduğu gibi makul şekilde ifade özgürlüğünü kullanabileceğini ileri sürmüşlerdir (para. 44). Hükümet kamusal benzeri alan tanımına itiraz ederek müze, tiyatro gibi kamusal alanların işlev dışı kullanıma açık olmadığının altını çizmiştir (para. 45). Mahkeme ise ABD hukukunda artarak gözlemlenen ve AVM'lerde ifade özgürlüğünün kullanılmasına cevaz veren yargı kararlarının önemini teslim etmekle birlikte, ABD Yüksek Mahkemesinin özel mülkiyete tabi AVM'lerde anayasal ifade özgürlüğünden yararlanılabileceğine dair içtihat üretmekten kaçındığını hatırlatmaktadır. Buna göre, henüz Mahkemeye yardımcı olabilecek nitelikte konuya ilişkin bir konsensus oluştuğu söylenemez (para. 45). Kaldı ki, insan yaşamını, birbirleri ile iletişimini ve davranışlarını değiştiren demografik, sosyal, teknolojik ve ekonomik bütün gelişmeler otomatik olarak özel mülkiyete ve hatta hükümet ofisleri ve bakanlıklar gibi kamusal alanlara girilmesi hakkını doğurmaz. Ancak ifade özgürlüğü hakkının etkili kullanılmasını engelleyen bir sınırlama veya hakkın özünü ortadan kaldıran bir müdahale Devletin pozitif yükümlülüğünü doğurabilir (para. 47). Olayda başvuruculara uygulanan yasak sadece AVM'nin giriş bölümü ile geçiş koridorları bakımından söz konusudur. Başvuruculara AVM içindeki tekil işletmeler için izin almaları mümkündür; hatta bir keresinde AVM içindeki hipermarkette stant açmalarına izin verilmiştir. Yine bölgeye giden kamusal yollarda bildiri dağıtmalarında da bir engel yoktur. Üstelik başvuruculara eski kasaba merkezinde kampanya yürütmesi ve kapı kapı dolaşmak ve yerel basından destek almak gibi alternatif yöntemleri kullanması mümkündür. Başvucular zaten bunları reddetmemekte, AVM'de bu işi yapmanın en kolay ve en etkili yol olduğunu söylemektedir. Kaldı ki, başvurucular birçok insana ulaşmayı başarmıştır ve AVM sahibinin bunu engellediği söylenemez. (para. 48). Sonuç olarak Mahkeme, çatışan hakları dengeleyerek ve olaydaki kayıtlamanın niteliğini dikkate alarak, vakanın somut koşulları içinde muhatap Devletin pozitif yükümlülüklerini ihlal etmediği sonucuna varmıştır (para.49).[764]

---

764 *Appleby and others v. the United Kingdom*, App. No. 44306/98, Judgment of 6 May 2003. Doktrinde Rosas, 1992 tarihli bir makalesinde Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin 1980 tarihli bir kararından hareketle uluslararası hukuk düzleminde benzeri sorunların doğabileceğini öngörmüştür. Allan Rosas, "*Property Rights*", **The Strength of Diversity – Human Rights and Pluralist Democracy**, eds. Allan Rosas and Jan Helgesen, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, sf:133-157, 152-153.

Bu kararla, ifade ve gösteri özgürlüğü hakkı öznesi karşısında mülkiyet hakkı öznesi pasif olarak korunmuştur. Ancak kararın eleştiriden muaf olduğu söylenemez. Bir kez, Mahkemenin dengeyi mülkiyet hakkı lehine kurmuş olması tartışmaya açıktır. Zira, yukarıda mükiyet hakkı ile diğer hakların **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından çatışması başlığı altında yapılan açıklamalar uyarınca denilebilir ki ifade özgürlüğünün ağır basması beklenirdi.[765] Bu noktada, muhalif yargıç Maruste'nin işaret ettiği ve somut olay verilerininin Mahkemece mülkiyet hakkı öznesi lehine değerlendirilmesinin tartışmaya açık olduğu yönündeki görüşü zikretmek mümkündür[766] İkinci olarak, AİHM'in, irdelenen konu özelinde henüz uluslararası düzlemde dayanılabilecek nitelikte bir yargısal mutabakatın varlığını gösterir veri bulunmadığı değerlendirmesini yaparken sadece ABD Yüksek Mahkemesinin bir kararını referans göstermesi yeterince sağlam ve ikna edici sayılamaz. Hem ABD'deki diğer yargı yerlerinin kararları hem de Kanada yargı yerlerinin kararları (ki AİHM bunların bir kısmını zikretmektedir) yeterli açıklığa sahiptir.[767] Üçüncü olarak, muhalif yargıç Maruste'nin işaret ettiği üzere, Mahkemenin somut olay verilerini mülkiyet hakkı öznesi lehine değerlendirmesi de tartışmaya açıktır.[768]

Appleby kararı vesilesiyle problemler çoğaltılabilir. AVM'lerde ifade ve gösteri özgürlüğü hakkının kullanılmasında Devletin pozitif yükümlülüğü ne ölçüdedir? Paydaşları arasında kamu makamları (örneğin Belediye) bulunan AVM'lerde bu yükümlülük değişir mi? Bir zamanlar kamu kesimine ait olan AVM'nin özelleştirilme sonrası özel mülkiyet eline geç-

---

765 Elbette, bu iki durumda özneler ve talepleri farklıdır. *Appleby* davasında başvurucu mülkiyet hakı sahibine karşı ifade özgürlüğünden yararlanmak istemekte, mülkiyet hakkı ile diğer hakların **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından çatışması söz konusu olduğunda ise mülkiyet hakkını kullanmak isteyen özneden bahsedilmektedir. Ancak ilkesel durum özneye ve taleplerine göre değişmemekte, her durumda ifade özgürlüğü ağır basmaktadır. *Appleby* kararı özelinde eleştirel değerlendirme için ayrıca bkz. David Mead, "*Strasbourg Succumbs to the Temptation 'To Make a God of The Right of Property': Peaceful Protest on Private Land & The Ramifications of Appleby v UK*", **Journal of Civil Liberties**, Vol. 8, 2003, sf:98-112; Jacob Rowbottom, "*Property and Participation: A Right of Access for Expressive Activities*", **European Human Rights Law Review**, Issue 2, 2005, sf: 186-202.

766 Partly Dissenting Opinion of Judge Maruste, *Appleby and others v. the United Kingdom*, App. No. 44306/98, Judgment of 6 May 2003.

767 Doktrinde verilen bilgilere göre, Avusturalya hukukunda da konuya ilişkin çok sayıda içtihat bulunmaktadır. AİHM bu ülkedeki gelişmeleri ihmal etmiş gözükmektedir. Tabi AİHM'in re'sen araştırma yapma yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla, başvuruculaın başta Avusturalya olmak üzere Anglo-sakson hukuk çevresine dahil diğer Devletlerdeki içtihadi gelişmeleri sunup sunmadığı da ayrı bir sorundur.

768 Partly Dissenting Opinion of Judge Maruste, *Appleby and others v. the United Kingdom*, App. No. 44306/98, Judgment of 6 May 2003.

mesinde çatışan ifade özgürlüğü-mülkiyet hakkı dengesi değişecek midir?[769] Taşınmaz kamuya ait ve fakat işleten özel hukuk kişisi ise varılacak sonuçlarda bir değişiklik yapılacak mıdır?

Sorular arttırılabilir. Ancak net cevaplar bulmak güçtür. Üstelik bu tip mülahazalar AVM özelini aşıp kamusal benzeri veya yarı kamusal taşınmazlar (ve alanlar) bakımından da geçerli olacaktır. **P1-1** genel teorisini doğrudan ilgilendirmeyen bu mesele burada kapatılabilir.

2) Taşınır Mallar

Taşınmazlar özü değiştirilmeden bir yerden bir başka yere aktarılamayan nesne olarak tanımlandığına göre, bunun karşıtı olan taşınırlar özünde ve işlevinde herhangi bir değişikliğe uğramaksızın bir yerden başka bir yere götürülebilen eşyalar olmak durumundadır. Taşınırların taşınmazların bütünleyici parçası da olmaması gerekir.[770]

Taşınırlar da, tıpkı taşınmazlar gibi, **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından üzerinde pek tartışma olmayan malvarlığı değerleri arasındadır. Gerçi 1980 tarihli *Wiggins* davasında taşınırların **P1-1** mülkiyet hakkının kapsamına girip girmediği tartışılmıştı. *Wiggins* davasında başvurucu ulusal mevzuat uyarınca Guernsey bölgesindeki evlerde oturmak için kendisine ruhsat verilmemesini şikayet konusu yapmıştır. Burada mülkiyet hakkının konusu oturma ruhsatıydı. Muhatap Birleşik Krallık Hükümeti mülkiyet hakkının taşınırları kapsamadığını ileri sürmüştü. Komisyon, Birleşik Krallık Hükümeti mülkiyet hakkının taşınırları kapsamadığı itirazını **P1–1** metninin Fransızca versiyonuna da bakarak reddetti.[771]

Bugün için yukarıdaki teorik ölçütlere uygunluğu ölçüsünde taşınırların **P1–1** mülkiyet hakkı kapsamında olduğunda tereddüde mahal yoktur. Bununla birlikte bazı ilginç taşınırlara ilişkin kararların ele alınması faydalı olabilir. Burada özellikle içtihatlara pek konu olmamış taşınır nesneler hakkında kestirimlerde bulunulacaktır.

a) Para ve Diğer Sikkeler ile Mücevherat

Taşınır denince akla öncelikle para gelmektedir.[772] Gerçi para bugün genel bir mübadele aracıdır. Hatırlanacağı üzere, parayla ölçülebilme ve-

---

769 *Appleby* davasında durum budur ve muhalif yargıç Maruste bu noktaya temas etmiştir.

770 Rona Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, Filiz Kitapevi, 2007, İstanbul, sf:246-247; Oğuzman- Seliçi- Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, sf:7, 568.

771 *Paul Henry Wiggins v. United Kingdom*, App. No.7456/76, Admissibility Decision of 8 February 1978, **DR, Vol. 13**, sf:40-48, 46.

772 Krş. Renner, **a.g.e.**, sf:136-139; Nussbaum, **a.g.e.**, sf: 22-24; F. H. Lawson-Bernard Rudden, **The Law of Property**, Third edition, Clarendon Law Series, Oxford University Press,

ya paraya çevrilebilme, **P1-1**'in otonomisini sağlayan başlıca unsurdur. Ancak buna ek olarak paranın kendisi bir metadır.[773] O halde paranın kendisinin mülkiyet hakkı kapsamına gireceği aşikârdır.

Nitekim, Strasbourg organları da böyle düşünmektedir. Vergi ödemeleri/cezaları/iadeleri[774], kefalet ödemesi[775], bankada tutulan tasarruflar[776], feri ceza olarak ödenen para cezası[777], para cinsinden bağış[778], gümrük mevzuatı ve kaçakçılığın önlenmesi çerçevesinde gümrükte beyan edilmemiş paraya feri ceza olarak el konulması[779] gibi çeşitli nakit pozisyonları **P1–1** kapsamında yer almaktadır.

Tıpkı para gibi, altın, gümüş vb. değerli madeni paralar/sikkeler de **P1–1** kapsamında yer almaktadır. İçtihatta bunun örnekleri görülebilmektedir.[780] Nihayet eşinin ve oğlunun borcundan ötürü teminat olarak bir kadının mücevherine el konulduğu bir uyuşmazlıkta **P1–1** uygulanabilir olarak mütalaa edilmiştir.[781]

2002, sf:43-44; Michael Bridge, **Personal Property Law**, Third edition, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2005, sf:9-10; J. E. Penner, **The Idea of Property in Law**, OUP, 1997, (paperback with corrections 2000), sf: 109; Ertaş, **Eşya Hukuku**, sf:454.

773 Krş. Immanuel Kant, **The Philosophy of Law – An Exposition of the Fundamental principles of Jurisprudence as the Science of Right**, 1796, trans.W. Hastie, Edinburgh, T & T Clark, 38 George Street, 1887, sf:125-129.

774 Örneğin bkz. *Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden*, App. No.13013/87, Admissibility Decision of 14 December 1988, **DR Vol. 58**, sf:163-185, para.1 (The Law Bölümü); *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, App. Nos.21319/93-21449/93 and 21675/93, Case No.117/1996/736/933-935, Judgment of 23 October 1997, paras.62-70; *S. A. Dangeville v. France*, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002, paras.44-48; *Spacek v. Czech Republic*, App. No.26449/95, Judgment of 9 November 1999, para.39; *Intersplav v. Ukrania*, App. No 803/02, Judgment of 9 January 2007, paras.30-32.

775 *Grzegorz and Wiktor Jedamski* v. Poland, App. No.29691/96, Admissibility Decision of 4 March 1998, para.4 (The Law Bölümü)

776 *Rudzinska v. Poland*, App. No.45223/99, Admissibility Decision of 7 September 1999; *Trajkovski v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No.53320/99, Admissibility Decision of 7 March 2002; *Gayduk and and others v. Ukraine*, App. No.45526/99, Admissibility Decision of 2 July 2002.

777 *Phillips v. United Kingdom*, App. No.41087/98, Judgment of 5 July 2001, para.50.

778 *Islamische Religionsgemeinschaft e.V v. Germany*, App. No.53870/00, Admissibility Decision of 5 December 2002, para.1 (bağışa el konulması).

779 *İsmayilov v. Russia*, App. No. 30352/03, Judgment of 6 November 2008; *Grifhorst v. France*, App. No. 28336/02, Judgment of 26 February 2009.

780 *AGOSI v. the United Kingdom*, App. No.9118/80, Judgment of 24 October 1986 (altın sikkeler); *Vasilescu v. Romania*, App. No. 27053/95, Judgment of 22 May 1998; (altın sikkeler) *Kopecky v. Slovakia*, App. No.44912/98, GC Judgment of 28 September 2004 (hem altın hem bakır sikkeler).

781 *Hedwig Kiraly v. Austria*, App. No.15396/89, Admissibility Decision of 9 December 1991 (Davada el konulan mücevheratın mülkiyet statüsü tartışmalıdır).

b) Özel Sicile Kayıtlı Taşınırlar

Bilindiği üzere, ulusal eşya hukuklarında bazı taşınırlar, önemlerinden ötürü özel sicillere kayıt edilerek kullanılabilirler. Bu tip taşınır eşyaların devir ve intikali, bunlar sanki taşınmazmış gibi özel kurallara tabi tutulmuştur. Başta otomobil ve benzeri çeşitli kara taşıtları olmak üzere, gemi, hava gemisi bu tür taşınırlar arasındadır. Anılan türdeki özel sicile kayıtlı taşınırlar, ulusal hukuklarda genellikle mülkiyet statüsündedir.[782]

Mülkiyet hakkının kapsamında olmak bakımından özel sicile kayıtlı taşınırlar ile normal taşınırlar arasında bir fark bulunmamaktadır. Özel sicile kayıtlı taşınırlar ekonomik bir değer taşıdıkları, devir ve intikale elverişli oldukları için **P1–1** kapsamında tıpkı normal taşınırlar gibi yer almaktadır.

Nitekim Strasbourg organlarının içtihadi birikiminde araba[783], gemi[784] ve hava gemisi/uçak[785] gibi taşınırlar hakkında karar bulmak mümkündür. Bir not olarak eklenmelidir ki, AİHM burada zikredilen *Sildedzis, Konovalov ve Iran Shipping Lines* davalarında mülkiyet hakkının ihlali sonucuna varmıştır.

---

782 Gemilerin mülkiyet statüsü hakkında bilgi için bkz. Sami Akıncı, "*Gemi Mülkiyeti*", **İÜHFM**, Cilt: XXIII, Sayı:3-4, 1958, sf: 291-368; Tahir Çağa-Rayegan Kender, **Deniz Ticareti Hukuku I**, Beta Yayınları, 13. Baskı, İstanbul, 2004, sf:54-55, 94-108; İnci Kaner, **Deniz Ticaret Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2. Baskı, 2005, sf:15-16, 40-50.

Hava gemilerinin mülkiyet statüsü hakkında bkz. İnci Kaner, **Hava Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, sf:25-28.

Genel olarak bkz. Rona Serozan-Hüseyin Hatemi-Aldülkadir Arpacı (Serozan), **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, sf:305-306; Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:251-252; Oğuzman- Seliçi- Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, sf:568, 571-572; Ertaş, **Eşya Hukuku**, sf:453.

783 *Sildedzis v. Poland*, App. No.45214/99, Judgment of 24 May 2005 (Satın alınan arabanın bir kaç yıl tescil edilmemesi ve arabadan faydalanamama); *Viktor Konovalov v. Russia*, App. No.43626/02, Judgment of 24 May 2007 (gümrük mevzuatına aykırı olarak ülkeye araba sokulmasından ötürü arabanın müsaderesi ve bilahare icra eliyle satışı); *Ali Esen v. Turkey*, App. No.74522/01, Judgment of 24 July 2007 (başvurucu üzerine kayıtlı çalıntı arabaya kamu makamlarınca el konulması).

784 *The Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Partial Admissibility Decision of 10 April 2003, Judgment of 13 December 2007 (Başvurucu şirketin sahip olduğu gemiye silah kaçakçılığı sebebiyle el konulması).

785 *Air Canada v. United Kingdom*, App. No.18465/91, No.9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995 (uyuşturucu kaçakçılığında kullanılan uçağa el konulması); *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, App. No.45036/98, GC Judgment of 30 June 2005 (BM Güvenlik Konseyi ve AB normlarına aykırı davranan tüzel kişiye ait uçağın, uçak kiralayan iyi niyetli üçüncü kişinin elindeyken alıkonulması).

c) Şirket Payı (Hisse Senedi) ve Diğer Menkul Kıymetler İle Kıymetli Evrak

Çalışmanın özneye ilişkin Birinci Bölümünde bireysel özne olarak pay sahiplerine özel bir başlık açılmıştı. Orada "pay" terimi pay sahipliği anlamında kullanılmıştı. Bu aşamada ise ortaklık/şirket esas sermayesinin parçası anlamında kullanılacaktır. Şirket esas sermayesinin parçası olarak paylar, kural olarak, bir senede (pay senedi/hisse senedi) bağlanmak zorunda değilse de, ulusal mevzuatın emredici hükümlerinden ötürü uygulamada (özellikle anonim ortaklıklar bakımından) pay senedine bağlanmıştır.[786] Eğer ortada böyle bir senet var ise, bunun kıymetli evrak niteliğinde olduğu söylenebilir.[787]

Şirket payı, esas sermayenin parçası olduğuna göre parayla ölçülebilen bir malvarlığı değeridir. Üstelik ortada hisse senedi olmasa bile devir ve intikale elverişlidir.[788] Payın devrinin yetkili kamu kuruluşunun (çoğu kez bir regülasyon kurumu) iznine bağlı olduğu hallerde de, **P1–1** açısından ulaşılacak sonucun zorunlulukla değişmesi gerekmez. Zira yukarıda gösterildiği üzere, devir ve intikale elverişlilik niteliği ekonomik değer oluşturma ölçütünün biricik unsuru değildir.

Bir çok davada başvurucuların paylarına ilişkin şikayetleri **P1–1** altında ileri sürdükleri görülmektedir. Doğrudan payların şikayete konu edildiği başvurular çok çeşitlilik göstermektedir. Bunlar başka bir vesileyle de olsa işbu Çalışmanın I. Bölümünde ayrıntılı olarak ele alındığı için burada üzerinde durulmayacaktır. Burada zikredilmesi gereken yegane nokta, Strasbourg organlarının payların **P1-1**'in kapsamına girip girmediğini yukarıda açığa çıkardığımız teorik ölçütler çerçevesinde değerlendirdiğidir. Öncü davalardan *Bramelid ve Malström*'de AİHK, payın şirketin malvarlığı üzerinde dolaylı bir talep yarattığını, oy verme gibi hakların yanında ekonomik bir değer taşıdığını açıkça belirtmiştir.[789]

---

786 Poroy-Tekinalp-Çamoğlu, **a.g.e.**, para.1096 (Tekinalp); Kendigelen, **a.g.e.**, sf:10-11.

787 Reha Poroy-Ünal Tekinalp, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, Genişletilmiş 13. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 1998, sf:6; Hüseyin Ülgen-Mehmet Helvacı-Abuzer Kendigelen-Arslan Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Vedat Kitapçılık, Gözden geçirilmiş 3. Bası, Ocak 2006, İstanbul, sf:4-5, 25; Poroy-Tekinalp-Çamoğlu, **a.g.e.**, paras.1094-1194a; Kendigelen, **a.g.e.**, sf:11-12.

788 Genel olarak bkz. Poroy-Tekinalp-Çamoğlu, **a.g.e.**, paras.772a-772e.

789 *Bramelid and Malmström v. Sweden*, App. No.8588/79-8589/79, Admissibility Decision of 12 October 1982, **DR Vol. 29**, sf:64, 76-86, özelllikle 81. Ayrıca bkz. *Joseph Kaplan v. the United Kingdom*, App. No.7598/76, Report of the Commission of 17 July 1980, **DR Vol. 21**, sf:5-38; *Yarrow P.L.C., Eric Grant Yarrow, M. G. Securities Ltd, Monique Augustin-Normand v. the United Kingdom*, App. No.9266/81, Admissibility Decision of 28 January 1983, **DR Vol. 30**, sf:155-190; *Company S. and T. v. Sweden*, App. No. 11189/84, Admissibility Decision of 11 December 1986, **DR Vol. 50**, sf: 138; *Grze-*

Ancak burada ilginç bir gözlem yapmak mümkündür. Çalışmanın bu aşamasında "pay" teriminin ortaklık/şirket esas sermayesinin parçası anlamında kullanıldığı söylenmişti. Dolayısıyla bir ticari ortaklığın paylarına sahip olan gerçek veya tüzel kişiler, aslında o payın miktarıyla ve niteliğiyle orantılı olarak ortaklığın sahibi konumundadırlar. Diğer yandan, işbu Çalışmanın I. Bölümünde gösterildiği üzere, ticari ortaklıklar hem mülkiyet hakkının hem de bazı diğer hakların öznesi konumundadır. Buna göre, ticari ortaklık niteliğindeki tüzel kişiler, hukuken kişi olmalarına rağmen aynı zamanda bir eşya statüsündedir. Zira bunların paylarına diğer gerçek veya tüzel kişiler "sahip" olabilir. Pay da, **P1–1** anlamında eşyadır. Demek ki, hukuki tasarrufta bulunma ehliyetine sahip ticari ortaklık üzerinde, o ortaklığın paylarına sahip olanlar tarafından hukuki tasarrufta bulunulabilinir. Bu gözlem, hukuktaki çok temel nesne-özne ayrımının ticari ortaklık hukuki gerçekliği karşısında pek de geçerli olmayabileceğine işaret ediyor.

Söz şirket payından (hisse senedinden) açılmışken diğer kıymetli evrak türlerinin akla gelmesi kaçınılmaz. Bir kıymetli evrak türü olan hisse senedi (eğer pay bir senede bağlanmışsa tabi) **P1–1** korumasından yararlanabiliyorsa, diğer menkul kıymetler ile kıymetli evrak türlerinin ve giderek soyut düzlemde kıymetli evrakın **P1–1** kapsamına gireceği iddia edilebilir.

Öncelikle menkul kıymetler ile kıymetli evrak arasındaki kavramsal ilişki hatırlanmalıdır. Buna göre, bütün menkul kıymetler kıymetli evraktır ama, her kıymetli evrak menkul kıymet değildir. Yani kıymetli evrak, menkul kıymetleri de kapsayan üst kavram niteliği arz etmektedir.[790] O halde, **P1–1** özelindeki bu spekülasyonların geniş anlamda ve kavramsal düzeyde kıymetli evraka özgülenmesinde bir sakınca yoktur, zira bu incelemenin bulguları menkul kıymetler bakımından da geçerli olacaktır.

---

gorz and Wiktor Jedamski v. Poland, App. No.29691/96, Admissibility Decision of 4 March 1998; *Josseline Riedl-Riedenstein*, App. No. 48662/99, Admissibility Decision of 22 January 2002; *Terem Ltd, Chechetkin and Olius v. Ukraine*, App. No.70297/01, Judgment of 18 October 2005, para.28; *Vesela and Loyka v. Slovakia*, App. No.54811/00, Final Admissibility Decision of 13 December 2005; *CDI Holding Aktiengesellschaft and others v. Slovakia*, App. No.37398/97, Second Decision on Admissibility of 18 October 2001; *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No.48553/99, Judgment of 25 July 2002, paras. 91-92; *Bayramov v. Azerbaijan*, App. No.23055/03, Admissibility Decision of 14 February 2006.

790 Menkul kıymetler hakkında genel açıklamalar için bkz. Poroy-Tekinalp, **a.g.e.**, sf:6-11, 36-37; Ülgen- Helvacı-Kendigelen-Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, sf:4-7, 23-29. Krş. Ali Paslı, "*Türk Hukukunda Menkul Kıymet Kavramı*", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İkinci Cilt**, Vedat Yay., İstanbul, 2007, sf:1513-1579, özellikle sf:1529-1560, 1565-1575.

Kıymetli evrakta hak ile senet özdeşleştirilmiştir. Bir senedi kıymetli evrak yapan özellik de aslında bu özdeşliktir. Hak ve senet özdeşliğinin yanı sıra, kıymetli evrakın içerdiği hak devredilebilir niteliktedir. Bu sebeple, temelde malvarlığı hakları, kıymetli evrakın konusunu oluşturmaktadır. Kıymetli evrakı devir ve intikale elverişli kılan, içerdiği hakkın devir ve intikale elverişli olmasıdır.[791]

Menkul kıymetler hakkında yapılan bu genel açıklamalar, bunların **P1–1** karşısındaki durumunu açığa çıkarmış oluyor. Nitekim Strasbourg organları çeşitli kararlarında menkul kıymetleri mülkiyet hakkının kapsamında görmüştür. Elbette bu menkul kıymetlerin **P1–1** korumasından yararlanabilmesi için zaman duvarını aşması gerekmektedir.

Örneğin, Devlet emtia senetleri[792], Devlete ait bir şirketin çıkardığı menkul kıymetler ile hisseler[793] **P1–1** kapsamında görülmesi olası menkul kıymetler arasındadır.

1963 tarihli oldukça eski ve ilginç bir davada AİHK, pasaportun da tıpkı bir kıymetli evrakmışçasına **P1–1** kapsamında görülebilmesinin önünü kapatmamıştır. Komisyon, Almanya'da hapse atılan Litvanya vatandaşı bir kişinin pasaportunun kamu makamları tarafından kaybedilmesinin, başvurucuya sonradan vatandaşlık bağını gösteren yeni bir pasaport verildiği için **P1–1** eksenli bir sorun doğurmayacağına karar vermiştir.[794] Komisyonun iddiayı konu bakımından temelsiz bulmaması, belki manevi ölçütün unsurları içine vatandaşlık bağının da eklenmesini gerektirebilir. Kararın tarihi itibariyle Strasbourg organlarının **P1–1** eksenli içtihadi birikimi neredeyse hiç yoktu. Bu sebeple Komisyonun teorik bir bilinçle karar verdiği söylenemez.

Ancak Komisyon 1981 yılında verdiği bir kararında, trafiği tehlikeye düşürecek şekilde tehlikeli ve sarhoş olarak araç kullanan bir kişinin ehliyetine el konulmasına yönelik bir başvuruda sürücü ehliyetine sahip olma pozisyonunun mülkiyet hakkı kapsamına girmediği sonucuna varmıştır.[795] Bir cümlelik ifadesinde gerekçe bulunmayan Komisyon, besbelli, ehliyetin devir ve intikale elverişli ekonomik değer taşıyan bir meta olmadığını varsaymış olmalıdır. Bu karara yönelik olarak denilebilir ki,

---

791 Genel olarak bkz. Poroy-Tekinalp, **a.g.e.**, sf:27-30; Ülgen-Helvacı-Kendigelen-Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, sf:12-15; Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:248; Ertaş, **Eşya Hukuku**, sf:55, 454; Paslı, **a.g.m.**, sf:1557; Penner, **a.g.e.**, sf: 108.

792 *Grishchenko v. Russia*, App. No.75901/01, Admissibility Decision of 8 July 2004, para.1/b (The Law).

793 *Sandor and others v. Slovakia*, App. No.52567/99, Admissibility Decision of 13 November 2003.

794 *X. v. Federal Republic of Germany*, App. No.1628/62, Admissibility Decision of 12 December 1963.

eğer sürücü ehliyeti, sahibinin ticari işletmesi veya geçimini sağlayan mesleği için elzem nitelikte olsaydı, belki o zaman **P1–1** uygulanabilir bulunabilirdi.[796] Bu noktada, aşağıda Çalışma Özgürlüğü Çerçevesinde malvarlığı değerleriyle ilgili olarak yapılan açıklamalara göndermede bulunmak ve Madde 6'nın da gündeme gelebileceğini hatırlatmak[797] yeterlidir.

Nitekim 2002 yılında verdiği bir kabuledilebilirlik kararında AİHM, patronunun arabasını alkollü olarak kullanırken yakalanan ve ehliyetine el konulan başvurucunun mülkiyet hakkı eksenli şikayetinde bir varsayım olarak **P1-1**'i uygulanabilir bulmuştur. Üstelik bu vakada başvurucu, şahsi arabasını kullanamadığından yakınmıştı.[798]

d) Canlı Organizmalar

Canlılar taşınır. Bu sebeple canlı organizmalar taşınır eşya kategorisine girebilir.[799] Hayvan, bitki ve insan canlı organizmadır. Bunların eşya statüsünde olup olmadığı ve **P1–1** kapsamında görülüp görülemeyeceği tartışılabilir.

aa) Hayvan

Hayvanların[800] hukuki statüsü eskiden beri hukukçuların ilgisini çekmiş bir mesele.[801] Genellikle kabul edilen, hayvanların hukuki anlamda kişiliğe sahip olmadığı ve bu sebeple eşya statüsünde olduğu-

---

795 *X. v. Germany*, App. No.9177/80, Admissibility Decision of 6 october 1981, **DR Vol. 26**, sf:258. Komisyonun özet ifadesi şundan ibarettir: ("As regards the alleged violation of Article 1 of the First Protocol the Commission finds that the position of the holder of a driving license does not amount to a property right.")

796 Krş. Den Broek, **a.g.m.**, sf: 69.

797 Bu konuda bkz. ve krş. Stefan Trechsel, **Human Rights in Criminal Proceedings**, Academy of European Law- European University Institute, OUP, 2005, sf: 25, 35.

798 *D.K. v. Slovakia*, App.No. 41263/98, Admissibility Decision of 14 May 2002, para. 2 (The Law).

799 Lawson-Rudden, **a.g.e.**, sf:26'da "yaşayan varlıklar" başlığı altında anglo-sakson eşya hukuku açısından benzer bir sınıflama yapmaktadır. Fakat yazarlar bu sınıflamayla sadece hayvanları kastetmektedir.

800 Bu Çalışmada "hayvan" denildiğinde "insan dışındaki hayvanlar" anlaşılmalıdır.

801 Örneğin, Iustinianus, **Institutiones- 2, 1, 12-19**, çev. Ziya Umur, İÜ Yay. No: 1291, İÜHF Yay. No:276, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, paras.12-19 (İkinci Kitabın "Eşyanın Taksimi Hakkında" başlıklı Birinci Bölümü), sf:77-79 (mutat referans şöyledir: **Iustiniani Ins. 2, 1, 12-19**); Grotius, **a.g.e.**, Bölüm II, para.5, sf: 59-60; John Locke, **The Second Treatise of Government**, (Edited by Thomas P. Peardon), Liberal Art Press, 1952, New York, Chapter V, para.26, sf:17; William Blackstone, **Commentaries on the Law of England, Book the Second-Vol II**, (Orijinal Baskı: Oxford, Printed at the Clarendon Press, M. DCC. LXVI.), A Reprint of the First Edition With Supplement, Dawsons of Pall Mall, London, 1966, sf: 389-395 (Bölüm 25).

dur.[802] Evcil hayvanların bir sahibi var iken, sokak hayvanları ve vahşi hayvanlar sahipsiz mal statüsündedirler. Bunlardan sokak hayvanları sahiplenebilir iken, vahşi hayvanlar özel bir hukuk rejimine tabidir. Vahşi hayvanların bazılarının canlısı veya ölüsü sahiplenebilir iken, bazısı hiçbir şekilde sahiplenilemez. Ulusal ve özellikle uluslararası hukukta bu konuya ilişkin normlar bulunmaktadır.

Örneğin, Avrupa Konseyi'nin 19/09/1979 tarihli "**Avrupa Yaban Hayatının ve Yaşam Ortamlarının Korunmasına Dair Bern Sözleşmesi**"[803] Madde 1/1'e göre, bu Sözleşmenin amacı, özellikle bu türlerin ve yaşam ortamlarının korunması birden çok Devletin işbirliğini gerektiren hallerde, yaban bitki ve hayvan örüntüsünü ve onların doğal yaşam ortamlarını korumak, ve bu tür işbirliğini geliştirmek/teşvik etmektir.[804] Yine "**Bern Sözleşmesi**" Madde 6/a'ya göre, bu Sözleşme Ek II'de belirtilen yaban hayvan türlerinin her biçimde kasıtlı olarak yakalanması ve tutulması ile kasıtlı

---

802 Bütün bunların dışında, hayvanları eşya olarak gören hukuk nosyonunun hatalı olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır. Örneğin bkz. Gary L. Francione, "*Animal Rights and Animal Welfare*", **Rutgers Law Review**, Vol. 48, 1995-1996, sf:397-470; Gary L. Francione "*Animals as Property*", **Animal Law Review**, Vol. 2, 1996, sf:i-vi; Gary L. Francione, **Hayvan Haklarına Giriş**, çev. Renan Akman-Elçin Gen, İletişim Yayınları, 2008, İstanbul, sf: 129-174; Serozan, **Medeni Hukuk**, sf:211; Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:72, 251; Damla Gürpınar, "*Ev ve Süs Hayvanı Sahiplerinin Hakları ve Yükümlülükleri*", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:72, No. 4, Ekim 2007, sf:170-212, özellikle 174-175, 208-209.

Üstelik 90'larda yapılan değişikliklerle Alman BGB'si Madde 90a'ya ve Avusturya Medeni Kanunu Madde 185a'ya hayvanların eşya olmadığına dair hükümler konulmuştur. Türk hukuku açısından, yeni mevzuat üretilmesine (Yeni Medeni Kanun ile Hayvanların Korunmasına dair Kanun) rağmen herhangi bir değişiklik getirilmemiştir. Şeref Ertaş, Yeni Türk Medeni Kanunu hazırlanırken kurulan Komisyonun üyesi olarak hayvanların eşya olarak ele alınmamalarına dair bir normun yeni MK'ya eklenememiş olmasına "üzülmektedir" (bkz. Şeref Ertaş, "*Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu*", **Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum**, A. Lale Sirmen, Çiğdem Kırca, Vedat Buz, AÜHF, Ankara, 2007, sf: 135-150, 136. Ayrıca bkz. Ertaş, **Eşya Hukuku**, sf:55.).

803 Avrupa Konseyi'nin 19/09/1979 tarihli "**Avrupa Yaban Hayatının ve Yaşam Ortamlarının Korunmasına Dair Bern Sözleşmesi**"/(ETS No.104, "*Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats*") Madde 4, 6-8. Bu Sözleşme 01/06/1982 tarihinde yürürlüğüne girmiştir. 05/03/2008 tarihi itibariyle bu Sözleşmeyi 41'i Avrupa Konseyi üyesi ve 4'ü de AK üyesi olmayan Devlet olmak üzere toplam 45 Devlet onaylamıştır ve 1'de "Avrupa Topluluğu" bu Sözleşmeyi onaylayan 46'ncı entitedir. Aynı tarih itibariyle 1 Devlet (Ermenistan) ise imzalamış ve fakat onay işlemini tamamlamamıştır. Türkiye bu Sözleşmeye 19/09/1979 tarihinde imza koymuş; 02/05/1984 tarihinde onay işlemini tamamlamıştır. Türkiye bakımından bu Sözleşme 01/09/1984 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır.

Ayrıca, ulusal düzenleme örneği olarak bkz. 01/07/2003 tarih ve 4915 sayılı "**Kara Avcılığı Kanunu**" gibi.

804 ("*The aims of this Convention are to conserve wild flora and fauna and their natural habitats, especially those species and habitats whose conservation requires the co-operation of several States, and to promote such co-operation*")

olarak öldürülmesi[805] yasaklanacaktır. Madde 6/e'ye göre ise, bu hayvanlara ölü ya da diri olarak, sahip/malik olunması ve bunların iç/ulusal pazarda ticaretinin yapılması[806] özellikle yasaklanacaktır.[807] Keza, "**Bern Sözleşmesi**" Madde 7/2'ye göre ise, bu Sözleşmenin III. Ekinde belirtilen yaban hayvanlarına yönelik herhangi bir kullanım/yararlanma, bu hayvan nüfusunu tehlikeye düşürmeyecek şekilde düzenlenecektir.[808]

Sahiplenebilen hayvanların hayvan pazarında devir ve intikali, bazı hallerde sınırlı şekilde olmakla birlikte, kural olarak mümkündür. Nitekim, geniş anlamda evcil hayvanları alınıp satılması bilinen bir durum olmakle birlikte Uluslararası Hukuk dar anlamda ev hayvanlarının da alıp satılmasını, kısacası ticaretinin yapılmasını kabul etmektedir. Örneğin, Avrupa Konseyi'nin 13/11/1987 tarihli "**Ev Hayvanlarını Koruma Avrupa Sözleşmesi**"[809] Madde 1/2'ye göre, bu Sözleşme bakımından ev hayvanları ticareti, kâr amacıyla kayda değer miktarda ev hayvanları malikliğinde eldeğiştirmeye ilişkin olarak düzenli şekilde yapılan tüm ticari işlemler anlamına gelmektedir.[810] Madde 1/3'e göre ise, ticari amaçla üretme/(besleme) ve barındırma, kâr amacıyla ve kayda değer miktarda yapılan üretme ve barındırma anlamına gelir.[811] Ulusal hukuk açısından ise **Hayvanların Korunması Kanununu** hatırlatmak mümkündür.[812]

---

805 ("*all forms of deliberate capture and keeping and deliberate killing*")

806 ("*the possession of and internal trade in these animals, alive or dead*")

807 19/09/1979 tarihli "**Bern Sözleşmesi**"nin "*Açıklayıcı Raporu*" (bent 33)'de, Sözleşme (md.6/e) normuna ilişkin olarak "e bendi uyarınca bu Sözleşme(nin), hem belirli hayvan türlerinin malikliğini ve hem de bunların ticaretini, bu türlerin mümkün olan en eksiksiz şekilde korunmasını sağlamak üzere, her bir Sözleşmeci Taraf içinde sınırladığı" ifade edilmektedir ("**33.** *By virtue of paragraph e, the Convention prohibits both possession of the fauna specified and trade therein within the confines of each Contracting Party, to make protection of these species as complete as possible*").

808 ("Any exploitation of wild fauna specified in Appendix III shall be regulated in order to keep the populations out of danger")

809 Avrupa Konseyi'nin 13/11/1987 tarihli "**Ev Hayvanlarını Koruma Avrupa Sözleşmesi**"/(ETS No. 125, "*European Convention for the Protection of Pet Animals*") Madde 1 (2). Avrupa Ev Hayvanları Koruma Sözleşmesi 01/05/1992 tarihinde yürürlüğe girmiş olup bunu 05/03/2008 tarihi itibariyle 15 Avrupa Konseyi Üyesi 19 Devlet onaylamı ve 2 Devlet (İtalya ve Hollanda) ise sadece imzalamıştır. Bu Sözleşmeyi Türkiye 18/11/1999 tarihinde imzalamış ve 15/07/2003 tarih ve 4934 sayılı Kanunla bu Sözleşmenin onaylanmasını uygun bulmuştur, (RG, 22/07/2003, s.25176). Takiben Sözleşmenin orijinal metni ile Türkçe resmi çevirisi ekli olarak Bakanlar Kurulunun 2003/6168 sayılı kararı çıkarılmıştır, (RG, 20/10/2003, s.25265). Türkiye depo işlemini 28/11/2003 tarihinde yapmıştır ve Sözleşme Türkiye bakımından 01/06/2004 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Gürpınar, **a.g.m.**, sf:171 ve dn 2'de Sözleşmenin Türkiye bakımından yürürlüğe giriş tarihi hakkında verilen bilgiler yanlıştır.

810 ("*By trading in pet animals is meant all regular business transactions in substantial quantities carried out for profit which involve the change of ownership of pet animals*")

811 ("*By commercial breeding and boarding is meant breeding or boarding mainly for profit and in substantial quantities*")

Şu da eklenmelidir ki, yukarıda değindiğimiz 19/09/1979 tarihli **Bern Sözleşmesi** (md.6/e)'deki yaban hayvanlarının sahiplenilmesinin ve ticaretinin yasaklanması esası, burada ele aldığımız 13/11/1987 tarihli "**Ev Hayvanlarını Koruma Avrupa Sözleşmesi**" Madde 2 normu ile teyit edilmiştir. Esasen, 13/11/1987 tarihli sonuncu Sözleşmenin "*Açıklayıcı Raporu*" (bent 20)'de, Sözleşme Madde 2'nin iki amacı olduğu belirtilmektedir. Bunlardan ilki, 1968 tarihli "**Uluslararası Nakliye Sırasında Hayvanların Korunması Sözleşmesi**"[813] gibi, diğer uluslararası belgeler vasıtasıyla ev hayvanlarının yararlanacağı korumanın, işbu Sözleşmenin herhangi bir hükmünden etkilenmeyeceği esasıdır. Diğeri ise, yaban hayatını korumaya ilişkin herhangi bir uluslararası hukuki/yasal belgeye aykırı olarak tutulan ya da malik olunan hayvanların, örneğin, yukarıda anılan AK'nin 1979 tarihli "**Bern Sözleşmesi**" yahut uluslararası düzeydeki 1979 tarihli "**Göçmen Yaban Hayvanı Türlerinin Korunması Sözleşmesi**" ("*Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals*") ya da 1973 tarihli "**Tehlike Altındaki Yaban Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine Dair Sözleşme**" ("*Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*") gibi, bu tür uluslararası hukuk belgelerine Taraf olan Devletlerde ev hayvanları olarak tutulamayacağı esasıdır.[814]

---

812 5199 sayılı ve 24 Haziran 2004 tarihli **Hayvanları Koruma Kanunu** (RG. 1/07/2004, s. 25509).

813 Avrupa Konseyi'nin 13/12/1968 tarihli "**Uluslararası Nakliye Sırasında Hayvanların Korunması Sözleşmesi**"/(ETS No. 065, "*European Convention for the Protection of Animals during International Transport*"), 20/02/1971 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 05/03/2008 tarihi itibariyle bu Sözleşmeyi AK üyesi 24 Devlet onaylamıştır ve 1 Devlet ise (Bulgaristan) imzalamış ve fakat onay işlemini tamamlamamıştır. Bu Sözleşmeyi Türkiye 18/04/1974 tarihinde imzalamış ve 19/12/1975 tarihinde onaylamıştır; Türkiye bakımından bu Sözleşme 20/06/1976 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır.

814 13/11/1987 tarihli "**Ev Hayvanlarını Koruma Avrupa Sözleşmesi**"nin "*Açıklayıcı Raporu*" (bent 20)'nin orijinali şöyledir:

"**20.** The objective of paragraph 2 is twofold. Firstly, the protection which pet animals enjoy by virtue of other international instruments - such as the European Convention for the Protection of Animals during International Transport (1968) - cannot be affected by any provision in this Convention.

Secondly, animals the keeping or possession of which is contrary to any international legal instrument for the conservation of wildlife may not be kept as pet animals in states which are party to such international legal instruments. Such instruments are, for instance:

- the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (Washington, 1973);

- the Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (Berne, 1979);

- the Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (Bonn, 1979)."

Devir ve intikal ölçütünün yanında ekonomik değer ölçütü bakımından şunlar söylenmelidir. Kimi evcil hayvanlar ve hatta dar anlamda ev hayvanları, bekçilik/güvenlik gibi işlevler görmekle spesifik bir ekonomik değer taşıyabilirler. Hatta daha ileri giderek söylenebilir ki, sadece sevilmeye yarayan bir ev hayvanı dahi, sahibinin psikolog ihtiyacını ortadan kaldırmak (veya seans sayısını azaltmak) potansiyeli taşımakla ekonomik bir işlev ifa edebilir. Evde hayvan beslemek, şehir hayatı ve kültürünün bir ürünüdür ve bu bağlamda değerlendirilmelidir.[815] Sonuç olarak, ev hayvaları dahil evcil hayvanlar, ekonomik değer oluşturma ölçütünün gereklerini karşılamaktadır.

Diğer yandan, günümüzde özellikle evlerde beslenen hayvanlar ile bunların sahipleri arasında kurulan yakın duygusal ilişki de gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin, bu duygusal ilişki "**Ev Hayvanlarını Koruma Avrupa Sözleşmesi**"nde ifadesini bulmuştur. Sözleşmeye göre, Avrupa Konseyi üyesi Devletler, evcil hayvanlar ile insanlar arasında "özel bir ilişki" olduğunu kabul etmektedir. Üye Devletler, evcil hayvanların insanların yaşam kalitesini yükseltmekteki önemini ve toplum için değerlerini gözetecektir. Sözleşme Başlangıç bölümü (para.3)'de "İnsanın yaşayan tüm canlılara ahlâkî bir yükümlülüğünün olduğunu tanıyarak ve insan ile ev hayvanları arasında mevcut özel ilişkileri hatırda tutarak,"[816] ve (para.4)'de "Ev hayvanlarının yaşam kalitesine olan katkılarını ve dolayısıyla da toplum bakımından taşıdığı önemi dikkate alarak"[817] denilmekte ve Madde 1/1'de ise, ev hayvanı, insan tarafından özellikle evinde, kişisel zevk ve eşlik etmesi amacıyla bulundurulan ya da bulundurulmak istenen her türlü hayvanı ifade edeceği belirtilmektedir[818] (vurgular eklenmiştir).

İşte anılan bu duygusal ilişki, manevi değer oluşturma ölçütünü devreye sokma potansiyeli taşıyabilir. Manevi ölçüt, bilindiği üzere, **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlayan bir başka anahtardır. Kuşkusuz, manevi ölçütün devrede olduğu veya olabileceği istisnai hallerde, **AİHS** Madde

---

815 Gürpınar, **a.g.m.**, sf:175'te hayvanlara eşya statüsü verilmesine *de lege feranda* karşı çıkarken ekonomik değer oluşturma ölçütünü sadece devir ve intikale elverişlilik unsuru ile hayvanlar için masraf yapılması bakımından ele almakta ve ev hayvanlarında mündemiç ekonomik işlev görme unsurunu dikkate almamaktadır. Bununla birlikte eklenmelidir ki, bilebildiğim kadarıyla Gürpınar'ın makalesi Türk hukuk doktrininde ev hayvanlarının *de lege lata* tabi olduğu mülkiyet rejimini en ayrıntılı, yetkin ve çok yakın tarihli mevzuatı da içerecek şekilde ele alan tek çalışmadır.

816 "*Recognising that man has a moral obligation to respect all living creatures and bearing in mind that pet animals have a special relationship with man*"

817 "*Considering the importance of pet animals in contributing to the quality of life and their consequent value to society*"

818 "*By pet animal is meant any animal kept or intended to be kept by man in particular in his household for private enjoyment and companionship*"

8'in uygulanabilirlik açısından **P1-1**'e nazaran bir önceliği gündeme gelebilir.[819]

AİHM, doğal olarak, hayvanlar konusunda özel bir perspektife sahip değildir. AİHM tutarlı olarak hayvanları bir eşya olarak görmektedir. *Bullock* davası evcil hayvanların eşya olduğunu ve dolayısıyla **P1–1** kapsamına girdiğini gösteren öncü davalardan biridir. Bu davada başvurucu Amanda Bullock, bir pitbull teriyer sahibidir. Başvurucu Birleşik Krallıkta o dönemde yürürlükte bulunan 1991 tarihli Tehlikeli Köpekler Kanunu uyarınca, köpeğin herhangi bir vukuatı olmamasına rağmen suçlu bulunmuştur ve başvurucunun köpeği ilgili mevzuat çerçevesinde önce müsadere edilmiş ve sonra uyutulmuştur. Başvurucu diğer birçok iddiasının yanı sıra, 1991 tarihli Tehlikeli Köpekler Kanununun öngördüğü hükümlerin mülkiyetinden yararlanmasını haksız yere engellediği gerekçesiyle **P1-1**'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHK incelemesine hangi kuralın uygulanabilir olduğunu saptamakla başlamıştır. AİHK'e göre, köpek uyutulduğu için başvurucu mülkiyetinden yoksun bırakılmıştır; dolayısıyla, olaya **P1-1**'in ilk paragrafının ikinci cümlesi uygulanacaktır.[820] Buna göre, Komisyon köpeği doğrudan bir eşya olarak nitelendirmiş bulunmaktadır. Bu konuda en ufak bir değerlendirme yapmaya gerek görmemiş, doğrudan işin esasına girerek *prima facie* ihlal görüntüsü olup olmadığına odaklanmıştır.

Köpekler gibi atlar da eşya statüsündedir. *Paul v. Almanya* davasından bu husus açıkça görülmektedir. At yetiştiricisi olan başvurucunun on-dört atı belediye lağım arıtma tesisinin yakınındaki padokta bir kaç ay süreyle kalmıştır. Başvurucu atlarını aldıktan sonra bunlarda çeşitli rahatsızlıklar başgösterir. İki yıl içersinde on iki at ölür. Başvurucu atlarının lağım arıtma tesisinden kaynaklanan hastalıklara bağlı olarak öldüğü iddiasıyla **P1-1**'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme başvurucunun bu iddiasını nedensellik bağının kurulamaması sebebiyle kabuledilemez bulmasına rağmen atların başvurucunun malı olduğunu sorgulamaksızın kabul etmiştir.[821]

---

819 Komisyonun **AİHS**'in özel yaşamı koruyan Madde 8 ile hayvan sahipliği arasında kurduğu ilişki burada zikredilmelidir. *X v. Iceland* (App. No.6825/74, Admissibility Decision of 18 May 1976, **DR Vol. 5**, sf:86-87) vakasında Komisyon, Madde 8'in özel yaşam bakımından sağladığı korumanın bütün insanlar ile evcil hayvanları (olayda köpek) arasındaki ilişkileri kapsamadığına karar vermişti. Dolayısıyla bazı insanlar ile evcil hayvanları arasındaki ilişkileri (örneğin kör bir kişinin özel eğitimli köpeğiyle olan ilişkisi gibi) özel hayat kategorisi içinde değerlendirmek mümkündür. Bu nokta hakkında bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:117 ve dn.334.

820 *Amanda Bullock v. the United Kingdom*, App. No.29102/95, Admissibility Decision of 16 January 1996, para.4 (The Law).

821 *Manfred Paul v. Germany*, App. No.35556/03, Admissibility Decision of 29 May 2007, para.2 (The Law).

Hayvanların mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğunu gösteren içtihatlar ağırlıklı olarak Türkiye'nin Güneydoğusundan giden başvurular neticesinde çoğalmıştır. Üstelik bu başvurularda hayvanların telef olması Mahkemeyi **P1-1**'in ihlal edildiği sonucuna götürmüştür. Bu davaların bir kısmında hayvanların **P1–1** açısından eşya statüsü belirgin değildir.[822] Sadece tazminatın hesaplanmasında bu hayvanlar bir kalem olarak sayılmıştır.[823]

Bazılarında ise hayvanlar açısından **P1-1**'in ihlal edilip edilmediği spesifik olarak tartışılmıştır. Örneğin, *İpek* davasında telef olan koyun, keçi, inek ve tavuk gibi küçükbaş çiftlik hayvanları (ihlal)[824]; *Hasan İlhan v. Türkiye* davasına başvurucunun evinin ve çevresinin askerler tarafından yakılması ve bu sebeple telef olan eşek, öküz, inek, katır, hindi, tavuk, gibi küçük ve büyükbaş çiftlik hayvanları (ihlal)[825]; *Akkum ve diğerleri v. Türkiye* davasında askerler tarafınan öldürülen at ve köpek (ihlal), yine aynı davada diğer başvuruculaların güttüğü koyunların operasyonda telef olması (öldürülen 89 koyunun başvuruculara ait olduğunun kanıtlanamadığı için ihlal yok).[826] *Evcil* davasında ise Mahkeme, başvurucu telef olan altı koyunuyla ilgili şikayetlerini ulusal makamlar önünde dile getirmediği ve AİHM önüne şikayetine dair bir ayrıntı getirmeyip kısaca zikrettiği için şikayetin temellendirilebildiği söylenemeyeceğine karar vermiş ve bu sebeple başvuruyu kabuledilemez bulmuştur.[827]

---

822 Türkçe bir tebliğde bu ayrıma dikkat edilmediği görülmektedir. Bkz. Mustafa Karabulut, "*Mülkiyet Hakkı-Tebliğ II*", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu- 24-25 Ekim 2003 (Ankara)**, TBB, Birinci Baskı: Şubat 2006, Ankara, sf: 284-303, 292. Diğer yandan, bu tebliğde Danıştay'ın Güneydoğu kaynaklı başvurulara ilişkin tutumuna dair bilgiler yer almaktadır.

823 Örneğin bkz. *Selçuk and Asker v. Turkey*, No. 12/1997/796/998-999, Judgment of 24 April 1998, paras.104, 109; *Bilgin v. Turkey*, App. No.23819/94, Judgment of 16 November 2000, paras.148-152; *Dulas v. Turkey*, App. No.25801/94, Judgment of 30 January 2001, paras.91-94; *Orhan v. Turkey*, App. No.25656/94, Judgment of 18 June 2002, paras.419-425. Zikredilen davaların bu boyutu hakkında ayrıca bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2006, sf:679-680, 684, 688.

824 *İpek v. Turkey*, App. No.25760/94, Judgment of 17 February 2004, paras.194-195, 228-229. Mahkeme, zikredilen son iki paragrafta telef olan otuz koyun, seksen keçi, onbeş inek, yirmi tavuk olmak üzere toplam 145 baş hayvanı dikkate almıştır. Ayrıca bkz. Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, sf:729, 731.

825 *Hasan İlhan v. Turkey*, App. No.22949/93, Judgment of 9 November 2004, paras.112, 143-144. Mahkeme zikredilen son iki paragrafta telef olan iki inek, iki öküz, bir eşek, bir katır, on koyun, on beş kuzu, üç keçi, iki hindi ve yirmi tavuk için 4.400 Euro tazminat vermiştir. Ayrıca bkz. Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, sf:709.

826 *Akkum and others, v. Turkey*, App. No.21894/93, Judgment of 24 March 2005, paras.274-277, 283. Ayrıca bkz. Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, sf:780-781.

827 *Evcil v. Turkey*, App. No.46260/99, Admissibility Decision of 6 April 2004. Aynı yönde olarak bkz. *Keser and others v. Turkey*, App. Nos. 33238/96 and 32965/96, Judgment of 2 February 2006, paras. 73-87.

Hayvanlar için burada söylenenler, *mutadis mutandis*, bitkiler için de geçerlidir.[828] Örneğin *Selçuk ve Asker* davasında telef olan bitkiler tazminat miktarının hesaplanmasında rol oynamıştır.[829] *Hasan İlhan* davasında, hayvanların yanında çeşitli bitkiler de telef olmuştur ve bitkilerin telef olması **P1–1** açısından dikkate alınmıştır.[830] Bu davalarda söz konusu bitkilerin başvuruculaların geçim imkanlarıyla yakından ilintili olduğuna dikkat çekilmelidir.

Hayvanların (ve bitkilerin) eşya stasütü üzerine bütün bu yazılanlardan sonra sonuç olarak, 2005 tarihinde yayımlanan bir başka çalışmamdaki görüş genişleterek söylenecek olunursa, hayvanla insan arasındaki ilişkinin özel yaşama saygı hakkı kategorisi (Madde 8) yanında **P1–1** kapsamı içinde değerlendirilmesi olanağının, pratikte, evinde hayvan beslemesine iç hukuk uyarınca kamusal makamlar tarafından müdahale edilen bireylere bir ölçüde ulusalüstü koruma sağlamak gibi bir potansiyeli vardır.[831] Böyle bir başvuruda, bu Çalışmanın Giriş bölümünde benimsenen perspektif gereği, AİHM hayvanların korunmasına dair gerek Avrupa Konseyi gerekse başka hükümetlerarası örgütler tarafından üretilmiş uluslararası mevzuatı dikkate alacaktır.

bb) İnsan Vücudu İle Vücut Parçaları

Hayvan gibi canlı bir organizma eşya statüsünde olup **P1–1** tarafından korunuyorsa, henüz bir içtihada konu olmamış insan gibi bir başka canlı organizmanın **P1–1** mülkiyet hakkı karşısındaki durumu incelen-

---

828 Tarihsel bakımdan öncü kararlardan birinde AİHK, mülkiyet tipi olarak borcu, bu borcun kaynağı olarak da kamu makamlarınca zorla kestirilmiş başvuruculara ait ağaçları görerek dolaylı yoldan bitkilerin **P1-1** kapsamına girebileceğini belirlemişti. Bkz. *A., B. and Company A.S. v. Germany*, App. No. 7742/76, Admissibility Decision of 4 July 1978, **DR Vol. 14**, sf:146-170, özellikle 167-168.

829 *Selçuk and Asker v. Turkey*, No.12/1997/796/998-999, Judgment of 24 April 1998, paras.104, 109. Keza, *Bilgin v. Turkey*, App. No.23819/94, Judgment of 16 November 2000, paras.148-152; *Dulas v. Turkey*, App. No.25801/94, Judgment of 30 January 2001, paras.91-94'de "diğer mal varlıkları" kalemi içinde "ev eşyaları, hayvanlar, ekili tarlalar ve çeşitli meyve ağaçları"nın tahribi nedeniyle 4000'er Euro tazminata hükmedilmiştir. bkz. Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, sf:684, 688.

830 *Hasan İlhan v. Turkey*, App. No.22949/93, Judgment of 9 November 2004, paras.112, 141-142. Mahkeme zikredilen son iki paragrafta telef olan 371 dönüm meyve bahçesi, 0.23 dönüm üzüm bağı, 5000 asma, 700 kayısı ağacı, 120 şeftali ağacı, 500 badem ağacı, 460 erik ağacı ve 700 incir ağacı için 6.000 Euro tazminat vermiştir. Başvurucunun tarlaları ve çeşitli türdeki ağaçların yakılması nedeniyle toplam 203.293 İngiliz sterlini talep ettiğini; ancak AİHM'in başvurucunun ekili tarla ve çeşitli türdeki ağaçlarının sayısına ilişkin bağımsız ve kesin delil bulunmadığından, hakkaniyet temelinde bu kalemde 6.000 Euro tazminata hükmettiğine işaret edelim. Bu açıdan bkz. Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, sf:709.

831 Madde 8 bakımından bu görüş için bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:117 ve dn 334.

melidir.[832] İnsan vücudu ve parçalarının hukuki statüsü meselesi mülkiyet hakkının kapsamı açısından en çetrefil problemlerin başında gelmektedir. İnsan vücudu denildiğinde kastedilen bir bütün olarak vücut, parçaları denildiğinde ise organ, doku, hücre, gen vb. vücut bütününden ayrılabilir nesneler kastedilmektedir. Bütünden ayrılabilir bu canlı parçaların özelliği, vücuttan ayrıldıktan sonra, en azından belli bir süre için, kendi başlarına bağımsız bir nesne niteliği göstermeleridir.

Konunun çetrefilliği insan vücuduna geleneksel olarak kutsal bir değer atfedilmesinden olduğu kadar parçaların günümüzde ciddi bir ticari değer oluşturmasından da kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla problem günceldir ve ulusal eşya hukuklarının yanında, uluslararası spesifik mevzuatın konusunu oluşturmaktadır. Bu konuda özellikle Anglo-Sakson hukuk literatüründe güncel tartışmalar sürdürülmektedir.[833]

Burada iki noktaya dikkat çekilmesi gereklidir. *Birincisi*, insan vücudu ve parçalarının doğurduğu hukuki problemler ağırlıklı olarak özel kişiler arasında meydana gelir. Yine de Devletin müdahil olabileceği vakaların görülmesi mümkündür.[834] Özellikle kanuni düzenlemeler yoluyla insan vücut parçalarının mübadelesinin yasaklanması hallerinde durum böyledir. Diğer yandan Devletin Üçüncü bölümde görülecek olan pozitif yükümlülüğü de, bireyler arasında meydana gelen insan vücut ve parçaları konulu uyuşmazlıklarda Devletlerin **AİHS** sorumluluğuna gidilebilmesinin önünü açmaktadır. *İkincisi*, problemi **P1–1** özelinde vücut, vücut parçaları, cenin ve ceset olarak dörde ayırarak incelemek insan hakları açısından yapılacak bir değerlendirmeyi kolaylaştırabilir. Zira her bir kategori farklı özellikler taşımaktadır.[835]

---

832 Munzer'e göre, bu inceleme yapılmadan mülkiyet hakkının genel teorisi eksik kalır. Bkz. Munzer, **a.g.e**, sf:37.

833 Şu çalışmalar örnek olarak zikredilebilir: Lori B. Andrews, "*My Body, My Property*", **Property Law, Vol. 2**, eds. Elizabeth Mensch-Alan Freeman, The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Dartmouth, Aldershot, 1992, sf:27-37; Munzer, **a.g.e.**, sf:37-58; J. W. Harris, "*Who Owns My Body*", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 16, N. 1, 1996, sf:55-84; Alan Hyde, **Bodies of Law**, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1997, sf:48-79; Margaret Davies-Ngaire Naffine, **Are Persons Property-Legal Debates About Property and Personality**, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 2001; Penner, **a.g.e.**, sf: 111-127; Bridge, **a.g.e.**, sf: 4; Laura S. Underkuffler, **The Idea of Property: Its Meaning and Power**, Oxford University Press, 2002, sf: 103-106; Tim Murphy-Simon Roberts-Tatiana Flessas, **Understanding Property Law**, Thomson-Sweet&Maxwell, London, 2004, sf:33-36.

834 Underkuffler, **a.g.e.**, sf:104.

835 Ulusal hukuklar nezdindeki araştırmalarda bütün bu kategoriler genellikle bir arada ele alınmaktadır. Örneğin bkz. William Boulier, "*Sperm, Spleens, and Other Valuables: the Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts*", **Hofstra Law Review**, Vol. 23, 1994-1995, sf:693-731; Amy S. Pignatella Cain, "*Property Rights in Human Biological Materials: Studies in Species Reproduction and Biomedical Technology*", **Arizona Journal of International and Comparative Law**, Vol. 17, 2000, sf:449-481.

aaa) Vücut ve Emek

Mülkiyetin meşrulaştırılmasını insan vücuduna ve giderek emeğe kimin sahip olduğuna göre belirleyen görüşlerin bulunduğunu hatırlatmakla başlayalım. Bu görüşün önde gelen temsilcisi Locke'dur. Locke'un ünlü görüşü zikredilebilir: ".....her insan kendi benliği/kişiliği üzerinde bir mülkiyete sahiptir; bu mülkiyette kişinin kendisinden başka hiç kimsenin herhangi bir hakkı yoktur. Diyebiliriz ki, insan vücudunun emeği ve kol gücü tamamen kendisinindir."[836] Locke çalışmasının ilerleyen bölümlerinde de benzer ifadeler kullanmaktadır.[837]

Locke bu öncülden hareketle insanın emeğiyle doğayı dönüştürerek mal edinebileceğini kabul etmektedir.[838] Locke'un öncülü sonradan hem Hegel[839] (hatta kısmen Kant[840]) tarafındanhem de Marx tarafından Kapital'in "*Emek Gücünün Alım ve Satımı*" başlıklı altıncı bölümünde[841] benimsenmiştir. Emeğin mübadele edilebilen bir meta olarak görülmesi Hobbes'a kadar geri götürülebilir. Hobbes'a göre, "bir insanın emeği de,

---

836 Orijinal ifade şöyledir: "...yet every man has a property in his own person; this nobody has any right to but himself. The labor of his body and the work of his hands, we may say, are properly his." Bkz. John Locke, **The Second Treatise of Government**, (Edited by Thomas P. Peardon), Liberal Art Press, 1952, New York, Chapter V, para.27, sf:17. Alternatif bir çeviri için bkz. Küçükömer, **İktisat İlkelerine Yeniden Bakış**, sf:75.

837 "By Property I must be understood here, as in other places, to mean that Property which Men have in their Persons as well as Goods" (bkz. Locke, **Second Treatise**, Chapter XV, para.173, sf:98-99).

838 Klasik değerlendirmelere örnek olarak bkz. J. W. Gough, **John Locke's Political Philosophy**, Oxford at the Clarendon Press, 1950, sf: 73-92; C. B. Macpherson, **The Political Theory of Possessive Individualism- Hobbes To Locke**, OUP, London, 1962, sf:197-221; Paul Kelly, **Locke's Second Treatise of Government**, Continuum, 2007, London, sf: 60-77, özellikle 65-68. Türkçe'deki ilk değerlendirmelere örnek olarak bkz. Felicien Challaye, **Mülkiyetin Tarihi**, çev. Turgut Aytuğ, Remzi Kitabevi, 1944, İstanbul, sf:74; İlhan Akipek, "*John Locke'un Mülkiyet Hakkındaki Fikirleri*", **AÜHFD**, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 1954, sf:514-524, özellikle 515-516; Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Yenilenmiş 11. Bası, Beta, İstanbul, 2007, sf: 165-167. Eleştirel olarak bkz. Alan Gewirth, **The Community of Rights**, Chicago University Press, 1996, sf:186-188; Jeremy Waldron, **The Right to Private Property**, Clarendon Paperbacks, OUP, 1988 (reprinted in 2002), sf:178-181, 398-401; Andrew, **a.g.m.**, sf:533-535; Aysel Doğan, "*Özel Mülkiyet Hakkının Temeli Olarak Emek*", **AÜHFD**, Cilt: 56, S: 3, Yıl: 2007, sf: 83-97.

839 Bkz. Hegel, **Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, paras.43, 47-48, 57. Doktrinde Locke ile Hegel arasındaki kendi benliğine sahip olmak bakımından farkın, Hegel'in mülkiyeti kişiliğin koşulu yapması ile eğitim ve gelişmeye bağlı bir sürece gerek görmesi olduğu (özellikle Hegel, **a.g.e.**, para.43'e bkz.) yorumu yapılmıştır. Bkz. Peter G. Stillman, "*Hegel's Analysis of Property in the Philosophy of Right*", **Cardozo Law Review**, Vol. 10, 1988-1989, sf:1031-1072, 1040-1041.

840 Kanımca Kant'ın konuya ilişkin ifadeleri çeşitli şekillerde yorumlanmaya müsaittir. Bkz. Immanuel Kant, **Science of Right**, sf:62, 98-99.

841 Marx, **Kapital-Birinci Cilt**, sf:182-192, özellikle 183-184.

diğer herhangi bir şey/nesne gibi, faydalanmak üzere mübadele edilebilir bir metadır."[842]

Aslında kölelik kurumuyla birlikte ele alındığında Locke'un önermesi/öncülü insan vücudunun mal/eşya statüsünde olduğunu gösteriyor. Kölelik durumunda bir insanın vücuduna ve emeğine sahip olan kişi o insandan başka bir kişi olduğuna ve köle tıpkı bir mal gibi ticarete konu olabildiğine göre, köle malvarlığı değerleri arasına girer.[843] Eğer köle, "efendi" açısından bir mal ise, bunun tersi de geçerlidir: Başkası tarafından sahip olunmayan kişinin sahibi o kişinin kendisidir.[844] Kısacası, her vücudun bir sahibi vardır.[845]

Gelgelelim, kıta Avrupası ulusal eşya hukuk doktrini bu mantıksal çıkarımı önemsememektedir ve insan vücudunu mülkiyet ile diğer ayni hakların konusunu oluşturan "eşyadan" saymamaktadır. Buna gerekçe olarak köleliğin kaldırılmış olması gösterilmektedir.[846] Oysa yukarıda

---

842 Thomas Hobbes, **Leviathan**, Türkçe sf:179, İngilizce sf:295. Ayrıca bkz. Macpherson, **a.g.e.**, sf:66. Belirtilmelidir ki metindeki çeviri bana aittir ve orijinali şöyledir "for a mans Labour also, is a commodity exchangeable for benefit, as well as any other thing". Alıntılanan cümle, Hobbes'un eserinin atıf yapılan Türkçe çevirisinde daha farklı anlama gelecek şekilde çevrilmiştir. Ayrıca aynı cümleyi Küçükömer de biraz daha farklı olarak çevirmiştir (bkz. Küçükömer, **İktisat İlkelerine Yeniden Bakış**, sf:68). Diğer yandan doktrinde Macpherson'a gore, Hobbes sadece emeği değil yaşamın kendisini de metaya indirgemektedir. Locke'ta ise, emek ve emek kapasitesi meta olmasına rağmen yaşam (ve hatta yaşam hakkı) kutsal ve devredilmezdir (bkz. Macpherson, **a.g.e.**, sf:219-220. Locke özelinde aynı yönde Andrew, **a.g.m.**, sf:533). Macpherson bu ayrımı desteklemek için Hobbes'un tarafımdan alıntılanan ifadesi dışında "bir insanın Değeri, ya da KIYMETİ, diğer bütün şeylerde olduğu gibi, Fiyatıdır/The Value, or WORTH of a man, is as of all other things, his Price" şeklindeki açıklamasına gönderme yapmaktadır (bkz. Thomas Hobbes, **Leviathan**, Türkçe sf:69, İngilizce sf:151)

843 Köleliği ve köle ticaretini yasaklayan bütün uluslararası insan hakları belgelerinde bu husus açıkça vurgulanmaktadır. Bu belgeler ve hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:524-528, 534-537. Ayrıca bkz. *Siliadin v. France*, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005, paras.51, 85-86, 115-117, 123-125.

844 Yoram Barzel, **Economic Analysis of Property Rights**, Cambridge University Press, Second edition, 1997, sf:113 ("The current prohibition of slavery implies that each individual is the owner of the capital asset embedded in himself or herself. The abolition of slavery was accompained by the transfer of such capital assets from the previous slave owners to the slaves themselves".); Hyde, **a.g.e.**, sf:56. Bu mantıksal çıkarımın çeşitli açılardan eleştirel analizi ve aynı öncülden hareket etmekle birlikte insan vücuduna kimsenin sahip olmadığı karşı görüşü için bkz. J. W. Harris, **Who Owns My Body**, sf:68-73, 84. Ayrıca krş. Penner, **a.g.e.**, sf: 123-124; Murphy-Roberts- Flessas, **a.g.e.**, sf:33.

845 Kanımca Kant bile, bu mantığı yakalamıştır. Bkz ve krş. Immanuel Kant, **Science of Right**, sf:99.

846 Örneğin bkz. Oğuzman- Seliçi- Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, sf:4 (Yazarların ifadesi şöyledir: "Artık kölelik söz konusu olmadığı için başka bir insan üzerinde de ayni hak düşünülememektedir. Bu sebepledir ki insan vücudu hukuken eşya kavramının dışın-

gösterildiği üzere, köleliğin kaldırılmış olması insan vücüdunu eşya statüsünden zorunlulukla çıkarmıyor.[847] Köleliğin kaldırılmış olması insan vücudunu devir ve intikale elverişli meta statüsünden çıkarır.[848] Kıta Avrupası doktrini mal/eşya ile meta arasında bir ayrım yapmış olsaydı bu mantiki hataya düşmeyecekti. Aslında kıta Avrupası hukuklarında bir

---

dadır."). Ayrıca bkz. Şahin Akıncı, **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Yetkin Yay., Ankara, 1996, sf:172; Serozan, **Medeni Hukuk**, sf:68, 210-211; Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:71, 251. Krş. Ertaş, **Eşya Hukuku**, sf: 54.

847 Örneğin, uyuşturucu madde bulundurulması ve satılması da yasaktır. Ama uyuşturucu maddelerin eşya statüsünde olduğundan şüphe edilmiyor. Ancak krş. Ertaş, **Eşya Hukuku**, sf:54.

848 Bkz. ve krş. Immanuel Kant, **Science of Right**, sf:99 ("Hence a man may be HIS OWN MASTER (sui juris) *but not the Proprietor of himself (sui dominus), so as to be able to dispose of himself at will, to say nothing of the possibility of such a relation to other men*; because he is responsible to Humanity in his own person") (, büyük harfler orijinal, altını ben çizdim, B.G.).

Günümüzdeki insan ticareti ile ilgili sözleşmeler, kişinin kendisini "köleleştirmesine" rıza vermesini yasaklamaktadırlar. Bu demektir ki, bir "insan" nesnedir ve fakat devir ve intikale hukuken cevaz verilmemiştir. Bu noktada "insan" ile örneğin uyuşturucu maddeler arasında bir fark bulunmamaktadır.

Örneğin, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 15/11/2000 tarih ve 55/25 sayılı Kararıyla kabul edilen ve henüz yürürlüğe girmeyen "**Sınıraşan Örgütlü Suça Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesini Tamamlayan/(Ek), Özellikle Kadınların ve Çocukların Olmak Üzere, İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılması Protokolü**"/("*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*"), Madde 3/a,b. Türkiye bu Protokolü onaylamak üzere, 30/01/2003 tarih ve 4804 sayılı Kanunu çıkartmıştır (RG, 04/02/2003, s.25014) ve ardından Bakanlar Kurulunun 26/02/2003 tarih ve 2003/5329 sayılı Kararıyla bu Protokolün onaylanmasına karar verilmiş ve bu Karara ekli olarak anılan Protokolün Türkçe resmi çevirisi ile İngilizce metni de yayımlanmıştır, (RG, 18/03/2003, s.25052). 15/11/2000 tarihli "**İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılması Protokolü**"nün Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Cilt V/2004**, sf:371-391 (Türkçe) ve sf:673-687 (İngilizce).

"**Madde 3 – Terimlerin kullanımı**

Bu Protokolün amaçları bakımından:

(a) "İnsan ticareti" ibaresi, kuvvet kullanarak yahut kuvvet kullanma tehdidiyle yahut başka biçimlerde baskı uygulama, kaçırma, hile, aldatma, iktidarı/(nüfuzu) kötüye kullanma yahut korunmasız/(mağdur edilebilir) bir konumda bulunuşu istismar etme yahut bir başka kimse üzerinde denetim yetkisini haiz bir kişinin rızasını temin için kazanç yahut menfaatlerin verilmesi/(sağlanması) yahut alınması yollarıyla, kişilerin sömürü amacıyla temini, taşınması/(nakledilmesi), devredilmesi, barındırılması yahut teslim alınması anlamına gelecektir. Sömürü terimine, asgari olarak, başkalarının fahişeliğinin sömürülmesi yahut cinsel sömürünün diğer biçimleri, zorla/(cebri) çalıştırma yahut hizmete koşma/(tabi tutma), kölelik yahut kölelik benzeri uygulamalar, kulluk yahut (kişiden) organların alınması dahil olacaktır.

(b) Bu Maddenin (a) bendinde düzenlenen yollardan herhangi biri kullanılmış olduğu takdirde, (a) bendinde düzenlenen sömürü kasıtlı/(amaçlı) **"insan ticaretine" bir mağdurun rızası bulunmasının önemi/(geçerliliği) olmayacaktır**." (vurgu eklenmiştir)

nesnenin hukuki anlamda eşya olup olmadığını tespit ederken kullanılan ölçütlerden "kişisel olmama şartı"[849] tamamen subjektif niteliktedir. Bu ölçüt sayesinde insan vücudu malvarlığı dünyası dışına çıkarılmaktadır. Diğer ölçütlere bakıldığında (cismani olmak, sınırların belirli olması, üzerinde egemenlik tesis edilebilinmesi, ekonomik değer taşıması, birlikte bulunma) bunların objektif nitelikte olduğu anlaşılıyor. Doktrinde Waldron'un isabetle belirttiği gibi, insan teknik hukuk açısından düpedüz taşınır eşya niteliğindedir. Ancak bir insanın bir başkasının taşınırı olmasının hukuken kabul görmemesi, insanın eşya olmamasından ileri gelmemekte; sırf ahlaki bir normun hukuksallaşmasından[850] kaynaklanmaktadır.[851] Kaldı ki, kıta Avrupasının temeli olan Roma hukukunda çocuklar ve kadınlar da birer mal statüsündeydiler.[852] Nitekim velayet (*custody*) kavramı bunu bütün çıplaklığıyla sergilemektedir.[853] Tıpkı emeğin ve giderek vücudun kiralandığı bazı özel hukuk sözleşmeleri gibi, ne kadar makyajlanırsa makyajlansın bu husus fark edilmektedir.

Bugünün iş, hizmet vb. sözleşmeleri, aslında bir kişinin emeğini bir ücret karşılığında kiralamasıdır. Eğer emek özel hukuk sözleşmesine konu olabiliyorsa veya bir ticari ortaklığa sermaye olarak koyulabiliyorsa, bu emeği üreten insan vücudu da bir mal statüsünde demektir. Gerçi bu

---

849 Gürsoy- Eren-Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, sf: 21; Ertaş, **Eşya Hukuku**, sf: 54.

850 Eşyanın "kişisel olmama" şartının kökeni, o dönemde insan sayılmayan köleleri hariç tutacak olur isek, Roma'ya kadar geri götürülebilir. Söz konusu şart modern ifadesini Kant'ta bulmuştur: "The description of an Object as ' to me' may signify either that it is merely 'different and distinct from me as a Subject,' or that it is also 'a thing placed of me, and to be found elsewhere in space or time' "; "But from this it follows at once, that such an object can only be a Corporeal Thing towards which there is no direct personal Obligation. Hence a man may be HIS OWN MASTER (sui juris) but not the Proprietor of himself (sui dominus), so as to be able to dispose of himself at will, to say nothing of the possibility of such a relation to other men; because he is responsible to Humanity in his own person" (bkz. Immanuel Kant, **Science of Right**, sf:62, ayrıca 98-99). Ayrıca bkz. Hegel, **Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, paras.33, 44, 49. Anglo-sakson hukukunda da Roma hukuku temelinde, Blackstone'nun benzer bir koşula mülkiyet tanımında zımni bile olsa yer verdiği görülüyor. Bkz. William Blackstone, **Commentaries on the Law of England, Book the Second-Vol II**, (Orijinal Baskı: Oxford, Printed at the Clarendon Press, M. DCC. LXVI.), A Reprint of the First Edition With Supplement, Dawsons of Pall Mall, London, 1966, sf: 2 ("that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world").

851 Waldron, **Private Property**, sf: 32 ve dn. 15.

852 Çocuklar bakımından aynı noktaya Kant (zımnen) ile Hegel bile temas ediyor ve özellikle Hegel Roma Hukukunu bu açıdan adaletsiz ve ahlak dışı olarak nitelendiriyor. Bkz. Immanuel Kant, **Science of Right**, sf:114-115; Hegel, **Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, paras.43, 175.

853 Bu sebeple modern çocuk hakları hareketi ve buna dayanan yeni UİHH normları, velayet kurumunu bir ebeveyn hakkı olarak değil, bir görev olarak düzenlemişler ve çocuğun velayetin kullanılmasına geniş ölçüde katılmasını sağlayacak hak formunda hükümlere yer vermişlerdir.

tip sözleşmelerde vücut hizmet alana devredilmemekte; belirli bir süre için "kiralanmaktadır". Ama bu, sadece devir ve intikal yasağıyla ilgilidir.[854] Vücudu ve emeği eşya statüsünden çıkarmaz.[855] Kaldı ki emek ve emek kapasitesi zaten devredilebilmekte, belli bir bedel karşılığı başkasının hizmetine sunulabilmektedir.[856] Aslında "(h)ukukçunun genellikle 'eşya üzerindeki egemenlik' diye sunduğu mülkiyet, son değerlendirmede, 'insan üzerinde' bir egemenliği de içerir.... Günümüzde de özellikle işgücünü satın alan işverenin patronluğu, düpedüz, emekçinin soluk alması dahil, uyku saatleri dışındaki tüm yaşamı üzerindeki mutlak iktidarı görünümüne bürünmüştür."[857]

Marx durumun tam bir tablosunu şöylece ortaya koyuyor: "Sınırları içerisinde emek-gücü satım ve alımının sürüp gittiği ayrıldığımız bu alan, aslında, insanın doğuştan varolan haklarının tam bir cenneti idi. Burada egemen olan yalnızca, Özgürlük, Eşitlik, Mülkiyet ve Bentham'dır. Özgürlüktür, çünkü, metaın, diyelim emek-gücünün hem alıcısı hem satıcısı yalnızca kendi serbest iradelerinin etkisi altındadırlar. Serbest taraflar olarak sözleşme yaparlar ve vardıkları anlaşma, ortak iradelerinin ya-

---

854 Aynı yönde olarak bkz. Hegel, **Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, paras.66-67.

855 Aynı yönde olarak Marx, **Kapital-Birinci Cilt**, sf:182 vd. emek gücünün alım satımından bahsetmekte ve sf:183'te şunları yazmaktadır: "Emek sahibi ile para sahibi, pazarda karşı karşıya gelirler, eşit haklara sahip kimseler olarak temasa geçerler, aralarındaki tek fark birisinin satıcı, diğerinin alıcı olmasıdır; bu yönden yasalar karşısında her ikisi de eşittir. Bu ilişkinin sürekli olabilmesi için, emek-gücü sahibinin, bunu, yalnızca belirli bir süre için satması gereklidir, çünkü eğer onu toptan ve süresiz satacak olursa, kendini satmış, kendini özgür bir insan olmaktan çıkartıp köleye, meta sahibi olmaktan çıkartıp meta haline dönüştürmüş olur. Emek-gücüne daima kendi öz malı, kendi metaı gözüyle bakması gerekir, ve bunu da ancak, onu, alıcının emri altına geçici bir süre için, belirli bir zaman süresi için vermekle yapabilir. Ancak bu yolla, **emek-gücü üzerindeki mülkiyet hakkından** feragat etmemiş olur" (vurgu eklenmiştir).

Bu metnin sonunda Marx, Hegel'e atıf yapmaktadır. Hegel, **Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, para.67'de şunları yazmaktadır: "Bedensel ve zihinsel faaliyetime ait özel kapasitelerimin ve melekelerimin münferit (izole) bir ürününü, yahut bunların kullanımını, sınırlı bir zaman için, başka birisi lehine elden çıkarabilirim, çünkü bu sınırlandırma, kapasitelerimin ve melekelerimin, total ve evrensel varlığımla bir dış ilişki içine girmelerine yol açar. Bütün çalışma süremi ve tümüyle üretimimi elden çıkarsaydım, bütün evrensel varlığımı, bütün faaliyetimi ve realitemi, şahsiyetimi bir başkasının mülkiyeti haline getirirdim."

856 Macpherson, **a.g.e.**, sf: 64'te, liberal demokrasinin kabullerinden biri olarak şöyle diyor: "Although the individual cannot alienate the whole of his property in his own person, he may alienate his capacity to labour".

Ayrıca belirtmek gerekir ki hukukun ekonomik analizini yapanlar da aynı yönde bir yaklaşım sergilemektedir. Örneğin bkz. Harold Demsetz, "*Towards a Theory of Property Rights*", **American Economic Review**, Vol. 57, Issue 2 May, 1967, sf:347-359, 348-349; Richard A. Posner, **The Economics of Justice**, Harvard University Press, 1981, sf:109-111. Eleştirel olarak bkz. Penner, **a.g.e.**, sf:122.

857 Serozan, **a.g.m.**, sf: 244.

sal ifadesinden başka birşey değildir. Eşitliktir, çünkü birbirleriyle basit meta sahipleri olarak ilişki içine girerler ve eşdeğeri eşdeğerle değişirler. Mülkiyettir, çünkü taraflar, kendi malı olan şeyler üzerinde tasarrufta bulunur. Ve Bentham'dır, çünkü her iki taraf da yalnız kendisini düşünür. Bunları bir araya getiren ve ilişki içerisine sokan tek güç, bencillik, kazanç ve özel kişisel çıkardır."[858]

Aslında özel hukuk bu tabloyu fark ettiği için emeğin ve giderek vücudun edim olarak konulduğu bazı sözleşmeleri hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve medeni hukuk anlamında kişilik haklarına aykırı bularak geçersiz addetmektedir.[859] Bu tip yasaklarla hukuk, vücudu mal/meta statüsünden çıkarma gayretine girmiştir. Ancak bu gayret sadece uç örnekler için mümkün olmakta ve ne kadar makyajlanırsa makyajlansın, insan vücudunun bir eşya/meta statüsünde olduğu gerçeği saklanamamaktadır. Üstelik bazı Devletlerde fahişelikten ötürü doğrudan fahişeden vergi alındığı gerçeği, vücudun bir eşya olarak görüldüğüne bir kez daha işaret etmektedir.

Kaldı ki, kişilerin ve malların serbest dolaşımını sınırlayan veya toptan yasaklayan hukuk anlayışı, emeğin ve giderek vücudun aslında bir meta olarak mütalaa edildiğini gösteriyor. Kişilerin serbest dolaşımı denilen olgu, gerçekte, emeğin dolaşımını ifade eder. Bu sebepledir ki, malların ve kişilerin serbest dolaşımı bir paranın iki yüzü gibidir.[860] Üstelik bazı özel hukuk sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya belirli bir insanın emeğinin devridir. Hatta bazı hallerde emeği ve dolayısıyıyla kendisi devredilen kişi, özel hukuk sözleşmesinin taraflarının iradesiyle bağlıdır. Tıpkı bir nesne gibidir. Futbolcuların durumu bu duruma iyi bir örnek teşkil edebilir.

Çok yakın tarihli ve ilginç bir AİHM kararını bu bağlama oturtmak mümkündür. Ağustos 2007 başında verdiği *FC Mretebi v. Georgia* kararında AİHM, başvurucu futbol klübünün yetiştirdiği bir futbolcu üzerindeki hakkının (yetiştirme bedeli) mülkiyet hakkına benzetilmesini kate-

---

858 Marx, **Kapital-Birinci Cilt**, sf:191.

859 Barzel, **a.g.e.**, sf:113. Türk borçlar hukuku düzleminde genel olarak bkz. Selahattin Sulhi Tekinay-Sermet Akman-Haluk Burcuoğlu-Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku**, Gözden geçirilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, 1988, İstanbul, sf:521-541; M. Kemal Oğuzman-Turgut Öz, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995, sf:70-73; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Beta Yay., Aralık 2006, sf: 289-294; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Gözden geçirilmiş altıncı bası, Beta Yay., Nisan 2008, İstanbul, sf:36-40; K. Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yay., İstanbul, 2006, sf:61-64. Bu dipnotunda zikredilen eserlerden hareketle 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 23. Maddesi ile 818 sayılı Borçlar Kanununun 19/2. Maddesi hükümleri burada zikredilebilir.

860 Bu argümanı Pasukanis, **a.g.e.**, sf:113 ve dn.12'den uyarladım.

gorik olarak **P1-1**'in kapsamı dışında görmemiştir. Olayda başvurucu klüp ile bir başka futbol klübü arasında futbolcunun yurtdışına transferinden kaynaklanan alacağın hukuki durumu hakkında bir anlaşmazlık başgöstermiştir. FIFA'mn Oyuncuların Statüsü Komitesi iki klüp arasındaki bu anlaşmazlığı "futbolcuya yönelik federatif hakların mülkiyetinin/sahipliğinin (possesion) nakli/temliki/transferi" olarak nitelendirmiştir. FIFA'mn bu nitelendirmesini baz alan Mahkeme, **P1-1**'in uygulanabilirliğini dışlamamış ve fakat zaman yönünden yetkisizlik temelinde (*ratione temporis*) şikayeti kabuledilemez bulmuştur.[861]

Bütün bunlar, son tahlilde, vücudun da bir mal gibi tasarruf edilebileceğini göstermektedir. Mahkemenin bir kişi üzerindeki mali hakların **P1-1**'in çerçevesine girmesinin yolunu kapatmamış olması, çalışanların/işçilerin, başta ticari şirketler olmak üzere başkalarının mülkiyet haklarının konusu olabileceğini göstermektedir.[862] AİHM'in *FC Mretebi v. Gürcistan* davasındaki yaklaşımının bu yorumu kanımca Sözleşme sistemi içerisinde dalgalanmalara yol açar.

Öncelikle **AİHS**'in vücut bütünlüğünü koruyan 3., kölelik ve kulluk yasağını düzenleyen 4., ve özel hayata saygı hakkını koruyan 8. Maddelerini hatırlatmak gereklidir. Zikredilen bu hakların ışığında konuya eğilindiğinde, vücudun tasarruf edildiği birçok durumda **P1-1**'in uygulanabilir nitelikte olmadığı sonucuna varılmalıdır.[863] Yani, kamusal makamların vücudun edim olarak kullanıldığı bir sözleşmeye müdahale ederek

---

861 *FC Mretebi v. Georgia*, App. No.38736/04, Judgment of 31 July 2007, paras.19, 52. Klüplerin futbolcuları yetiştirmesinden kaynaklanan hakları kavramı, aslında, eskiden futbolcuların yurt dışında oynayabilmesi için istenen bedele ilişkin (bazen bonservis veya transfer ücreti olarak ifade edilmektedir) düzenlemenin isim ve bir ölçüde nitelik değiştirmiş halidir. ATAD'ın ünlü *Bosman* kararından sonra, AB ile FIFA sö konusu kalemin niteliği hakkında ortak bir çalışma gerçekleştirmişler ve şu an yürürlükteki rejim 2001 yılında kabul edilmiş ve 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. (Bilgi için bkz. **FIFA Regulations for the Status and Transfer of Players**, December 2004, Madde 20-21 ile Ek 4 ve 5; **TFF Profesyonel Futbol ve Transfer Talimatı**, Madde 20; Doktriner bilgi için bkz. Şeref Ertaş-Hasan Petek, **Spor Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 2005, sf:289-293; Rifat Erten, **Milletlerarası Özel Hukukta Spor**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, sf:151-155, 161-164; Faruk Baştürk, **İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu**, Beta Yay., İstanbul, 2007, sf:53-55). *FC Mretebi v. Gürcistan* kararı ile AİHM, klüplerin yetiştirme bedellerinin **P1–1** kapsamında mütalaa edilebileceğini göstermekle spor hukuku konusundaki uzlaşmazlık çözüm mekanizmalarına yeni bir boyut katma potansiyeli taşımaktadır.

862 Futbolcular özelinde ve Türk borçlar hukuku açısından krş. Ertaş-Petek, **a.g.e.**, sf:295-297.

863 Nitekim hukuka aykırı olarak Fransa'da buluna bir yabancının, zorla ev işlerinde çalıştırılması ve çalıştıranların cezai anlamda yaptırımsız bırakılması **AİHS** Madde 4'ün ihlalini sonuçlamıştır. *Siliadin v. France*, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005. Ayrıca bkz. ve krş. *Tremblay v. France*, App. No. 37194/02, Judgment of 11 September 2007.

hukuken geçersiz kılması durumunda mülkiyet hakkına dayanılarak AİHM önünde bir iddianın dile getirilebilmesi pek olası değildir. Zira, yukarıda geliştirilen çatışma modeli uyarınca **P1–1** ancak **AİHS**'de yer alan başka haklarla çatışmadığı ölçüde uygulanabilir niteliktedir. Bu açıdan çatışan hakların öznesinin özdeş olması bir fark yaratmaz.[864] Bununla birlikte, bazı hallerde **AİHS** Madde 8'in kamusal makamların bu tip sözleşme özgürlüğü müdahalesine karşı belli bir koruma sağlayabileceği öngörülebilir. Yine de Madde 8 uygulanabilir olacak olsa bile, Madde 8/2'deki sınırlama klozunun varlığı akılda tutulmalıdır.[865]

Tıbbi alanda vücudun ticari amaçla kullanılması da UİHH tarafından yasaklanmıştır. 04/04/1997 tarihli **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**'nin[866] 21. Maddesi[867] insan vücudunun doğal haliyle ticari kazanç amaçlı olarak tasarruf edilemeyeceğini kurala bağlamıştır. Eklemek yerinde olur ki, aynı esas, **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**nin

---

864 Nitekim AİHM'in sado-mazoşist grup seks hakkı açısından Madde 8'in uygulanabilirliğine ilişkin bir kararında kapalı kapılar ardında yapılan seksin her biçiminin zorunlulukla özel hayata saygı hakkının kapsamı içinde olmayabileceğini vurgulamıştır. Mahkeme, cinsel uyumunun ve cinsel aktivitelerinin özel hayatın mahrem unsurunu oluşturduğunu vurgulamakla birlikte, olayda çok sayıda kişinin katıldığı bir cinsel aktivite olduğunu, gruba yeni üyelerin kazandırılmaya çalışıldığını, videokasetlerin grup içinde dolaştırıldığını belirterek, somut olayda başvuruculaın sado-mazoşist seksinin Madde 8 anlamında özel yaşam kavramı içine girip girmediğinin tartışmaya açık olduğu hükmünü getirmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, bu husus taraflar arasında anlaşmazlık konusu olmadığından sorunu *re'sen* incelememiştir. Bkz. *Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom*, Application Nos.21627/93, 21826/93 and 21974/93, Judgment of 19 February 1997, paras.35-36.

865 Bkz. *Pretty v. the United Kingdom*, App. No.2346/02, Judgment of 29 April 2002, paras.62 ve 65'den kıyasen.

866 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/04/1997 tarihinde imzaya açılan "**Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Haklarının ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**"nin (No.164, "*Convention for the Protection of Human Rights and Human Dignity with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*") 01/12/1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bu Sözleşmeyi 04/04/1997 tarihinde imzalamış ve onaylamak üzere, 03/12/2003 tarih ve 5013 sayılı "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"u (RG, 09/12/2003, s.25311) çıkarmıştır. Bu Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi ve İngilizce orijinal metni, Bakanlar Kurulunun 16/03/2004 tarih ve 2004/7024 sayılı Kararına ekli olarak yayımlanmıştır, (RG, 20/04/2004, s.25439). Türkiye onay belgesini AK Genel Sekreterliğine 02/07/2004 tarihinde depo etmiştir ve bu Sözleşme Türkiye bakımından 01/11/2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "**İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**"ne ilişkin bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1219-1231.

867 "**İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**" (md.21) normu şöyledir:

"Madde 21 – Mali/(ticari) kazanç yasağı

İnsan bedeni ve onun parçaları, bu nitelikleriyle, mali/(ticari) kazanç sağlanmasına araç/(konu) olmayacaktır."

24/01/2002 tarihli **Organ ve Doku Nakli Protokolü**[868] Madde 21/1'in birinci fıkrasında da yinelenmiştir.[869] Keza, **UNESCO/İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**[870] Madde 4'de, "insan genomunun doğal durumunda mali/ticari kazanç sağlanmasına araç/konu olmayacağı" belirtilmektedir.

Böylelikle insan vücudunun UİHH açısından devir ve intikale elverişli olmadığı sonucuna varılmaktadır. Zaten böyle bir kullanım, yukarıda açıklandığı üzere, çatışma modeline aykırılık teşkil edecektir. Ancak şu teorik ayrıma işaret edilmelidir: **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi** insan vücudunu eşya statüsünden çıkarmış olmayıp, sadece meta statüsünden çıkarmıştır.

---

868 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 24/01/2002 tarihinde imzaya açılan "**İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin, İnsan Kökenli Organ ve Doku Nakline İlişkin Ek Protokolü**" (No.186, "*Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Biomedicine, concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*") 01/05/2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "**Organ ve Doku Nakli Protokolü**" hakkında bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1237-1240.

869 "**Organ ve Doku Nakli Protokolü**" (md.21) normu şöyledir:

"**Madde 21 – Mali/(ticari) kazanç yasağı**

1. İnsan bedeni ve onun parçaları, bu nitelikleriyle, mali/(ticari) kazanç yahut bununla karşılaştırılabilir avantaj sağlanmasına araç/(konu) olmayacaktır.

Yukarıdaki hüküm, bir mali/(ticari) kazanç yahut özellikle aşağıdaki haller olmak üzere, bununla karşılaştırılabilir bir avantaj oluşturmayan ödemeleri engellemeyecektir:

- canlı bağışlayıcıların kazanç kaybı için tazminat ve (organ yahut dokunun) çıkarılmasının neden olduğu yahut tıbbi muayenelere ilişkin haklı kılanabilir herhangi bir başka gider için yapılan ödeme;

- (organ yahut doku) nakledilmesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan meşru tıbbi yahut ilişkili teknik hizmetler için haklı kılınabilir bir ücretin ödenmesi;

- yaşayan/(canlı) kişilerden organ alınmasının doğurduğu usulsüz zarar halinde tazminat ödenmesi.

2. Mali/(ticari) kazanç yahut bununla karşılaştırılabilir avantaj sağlamayı teklif yahut talep etmek amacıyla, organ yahut doku talebinin/(ihtiyacının) yahut arzının reklamı yasaklanacaktır." (vurgu eklenmiştir)

Ulusal doktrinde, "**Organ ve Doku Nakli Protokolü**" (md.21)'deki reklam yasağının, sadece organ satma bakımından değil, ama organ talep etme bakımından da eşit derecede geçerli olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1239.

870 UNESCO Genel Konferansının yirmi-dokuzuncu oturumunda 11/11/1997 tarihinde kabul edilen "**İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**"nin ("*Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*") İngilizce metni için bkz. Janusz Symonides and Vladimir Volodin (selection of documents and introduced by), **UNESCO and Human Rights: Standard-Setting Instruments**, UNESCO, Paris, 1999 (second edition), sf:130-138. UNESCO'nun 11/11/1997 tarihli "**İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**", kabul edilmesinin ardından, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 09/12/1998 tarih ve 53/152 sayılı Kararıyla benimsenmiştir. 11/11/1997 tarihli UNESCO Bildirisi hakkında bilgi ve değerlendirme için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:934-940.

Bütün bu tartışmaların ötesinde, **P1-1**'in uygulanabilirliği bir an için kabul edilecek olunsa bile, bu Maddedeki sınırlama klozlarının varlığı ihlal sonucuna varılmasını oldukça güçleştirecektir. Kaldı ki, Strasbourg organlarının, emek sahibi açısından emeği ve giderek vücudu zaman duvarı sebebiyle mülkiyet hakkı kapsamına sokmadığı kararları mevcuttur.[871]

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında denilebilir ki, zikredilen *Van der Mussele* kararında zaman duvarı emek sahibi açısından teorik olarak bir rol oynamamalıydı. Vücuda ve kol gücüne dayalı emeğin kendisi, mülkiyet hakkı korumasından yararlanabilmelidir. Emek, piyasa düzeninde korumasız kalmamalıdır. Mülkiyet hakkı dışında **AİHS**'deki başka hiçbir hak, emeğin piyasa düzeninde yeterli ölçüde korunmasına imkan sağlayacak nitelikte değildir. Bir kişinin emek dışındaki malı/eşyası, koşulları gerçekleştiğinde **P1–1** korumasından yararlanabilirken, emeğin yararlanamamasını haklı kılan hiçbir hukuki gerekçe bulunamaz.[872] Üstelik, emek karşılığı bir ücrete hak, sosyal hakları düzenleyen hemen hemen bütün belgelerde yer almaktadır. Çalışma karşılığı adil bir ücrete hak, ekonomik nitelikli olmakla, **P1-1**'in aradığı ekonomik değer ölçütünü karşılamaktadır.[873] Ayrıca, yukarıda **P1–1** otonomisinin cılız işlevlerini gösteririrken ileri sürüldüğü üzere, kimi hallerde ulusalüstü hukuk, ulusal hukukta yer almayan mülkiyet hakkının kaynağı olabilir. Sosyal ve ekonomik hakları düzenleyen UİHH belgelerinin bu kaynağı teşkil etmesinin önünde teorik bir engel bulunmamaktadır.

Nitekim bazı AİHK kararları bu yaklaşımı desteklemektedir. Hapishanede cezasını çekmekte olan bir mahkum, hapishanede yaptığı çalışmadan elde ettiği gelirin bir kısmına salıverilme zamanında toptan ödemek için idarece el konulmasının **P1-1**'i ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Paranın alı konulması ile salıverilme anında yapılan ödeme arasında geçen süre için bir faiz de verilmemektedir. Komisyona göre, hapishane yaşamı için normal/olağan kabul edilen ve Sözleşme Madde 5/1 (a) ile Madde

---

871 *Van der Mussele v. Belgium*, Judgment of 23 November 1983, para.48. Bu kararın geniş bir özeti yukarıda verildiğinden burada tekrar edilmeyecektir.

872 Giderim hakkıyla ilgili bir meselede naziler döneminde zorla çalıştırılan bazı kişilerin tazminat talepleri **P1-1** kapsamında görülmüştür. Ancak bu tazminatı alamamış olmaları ölçülü bir müdahale olarak addedilmiştir. Bkz. *Poznanski and others v. Germany*, App. No. 25101/05, Admissibility Decision of 3 July 2007.

873 Çalışma özgürlüğü bakımından nitekim, doktrinde Tanör, daha 1978'de, çalışma özgürlüğünün mülkiyet hakkı ile yakın ilişkisi nedeniyle ekonomik özgürlük olarak mütalaa edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul, May Yay., Şubat 1978, sf: 99. Ayrıca bkz. Krzysztof Drzewicki, "*The Right to Work and Rights in Work*", **Economic, Social and Cultural Rights**, Second Revised Edition,ed: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf: 223-243.

4/3 (a) hükümlerince açıkça tanınan bazı spesifik kayıtlamalar dikkate alındığında, idarenin gelirin yarısını ileride salıverilme anında ödenmek üzere alıkoyması **P1–1**/2'deki genel yarar amacına uygundur. Buradan hareket eden AİHK bu tip bir düzenlemenin mahkumun mülkiyet hakkının özüne bir müdahale teşkil etmediğine karar vermiştir. AİHK devamla, faiz alma hakkının **P1-1**'den çıkarsanamayacağını vurgulamış ve başvuruyu açıkça temelsizlik açısından kabuledilemez ilan etmiştir.[874]

Emeğin bir meta olarak **P1–1** kapsamında yer aldığına dair daha yakın tarihli bir diğer karar ise *Fenzel and Köllner* başvurusudur. 40 yıldır çalıştıkları şirketle iş sözleşmeleri mahkeme kararlarıyla feshedilen başvurucular Sözleşmenin zorla çalıştırma yasağını düzenleyen Madde 4 ile **P1-1**'e dayanarak çeşitli iddiaları ileri sürmüşlerdir. Madde 4 çerçevesinde başvurucular kendilerinin feshedilen sözleşme sebebiyle bir hak kaybına uğramamak için karşılıksız olarak çalışmaya zorlandıklarını gündeme getirmişlerdir. AİHK bu iddiaya itibar etmemiştir. Komisyona göre Madde 4'ün iki unsuru bulunmaktadır. Birinci unsur, zorla çalışmanın kişinin iradesi hilafına olması; ikinci unsur ise, bu işin veya hizmetin yerine getirilmesi yükümlülüğü ya haksız (unjust) veyahut zalimane (oppressive) olmalı ya da kendi başına kaçınılabilir bir zorluk oluşturması. Olayda ise başvurucular kendi özgür iradeleri ile iş sözleşmesi yapmışlardır. Ayrıca, ulusal mevzuat uyarınca bir aylık feshi ihbar süresini müteakip sözleşmeleri fesh etme hakları vardır. Üstelik başvurucular, iş sözleşmelerinin fesh edilmesinin sözleşme özgürlüklerine kayıtlama oluşturacak derecede bir mali kayıptan/zarardan muzdarip olduklarını gösterememişlerdir. Her halükarda, çalışmalarının haksız veya zalimane olduğunu gösterir bir belirti bulunmamaktadır. Madde 4 açısından başvuru açıkça temelsizdir. Başvurucular mülkiyet hakkı ekseninde ise sözleşmelerinin fesh edilmesinin el atma (expropriation) niteliğinde olduğunu ve ulusal mevzuat uyarınca hangi çalışanın sözleşmesinin feshedileceğine münhasıran işverenin karar verecek olmasının ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. AİHK'e göre, bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerini düzenleyen ve bir kişinin mülkiyetini bir başkasına devretmesini sağlayan yasal hükümler, bir kişinin bir başkası lehine mülkiyetinden keyfi ve hak-

---

874 *X. v. Austria*, App. No. 8346/78, Admissibility Decision of 6 March 1980, **DR Vol. 19**, sf: 230-231, özellikle 231 ("Taking into account of the spesific restirictions which are normal in prison life and are recognised by the Convention (Article 5 (1) (a) and Article 4 (3) (a)), the Commission considers that a regulation according to which a part of the work remuneration of a prisoner shall be reatined by the prison administration with a view to accummulating a small capital for his use after release is no doubt in accordance with the general interest. It does not appear that such a regulation interferes in any way with the substance of the prisoner's property rights. A right to payment of interest cannot be deduced from the provisions of the above Article.").

sız olarak yoksun bırakılmasına yol açmadıkça kategorik olarak mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkını çiğnememektedir. Olayda söz konusu olan özel hukuk sözleşmeleridir. Ücret alma hakkı dahil, başvuruculann bu sözleşmelerden kaynaklanan hakları **P1–1** anlamında malvarlığı olarak mütalaa edilebilir. Olayda başvuruculann sözleşmelerin feshi ulusal mevzuata uygun olup keyfi nitelik arz etmez. Zira sözleşmeler feshedilmezse, alacaklarının hakları veya şirketin varlığı tehlikeye girer. Kaldı ki başvurucular kısmi bile olsa belli bir tazminat almışlardır. Böylelikle ölçüsüz bir zarardan/kayıptan muzdarip değillerdir. Bu sebeple olayda **P1-1**'in ihlali olduğu sonucuna vardıracak bir gösterge bulunmamaktadır.[875]

Bu kararlar vesilesiyle bir kaç husus üzerinde durulabilir. İlk karardan açıkça anlaşıldığına göre, mahkumların hapishanede emeği karşılığı elde ettiği gelir **P1–1** kapsamına girmektedir. Üstelik daha genel olarak, emeğin bile mülkiyet hakkı kapsamına girdiği bile söylenebilir.[876] İkinci karar bakımından emek, ve bunu belirlemek üzere iş ve hizmet sözleşmeleri **P1–1** kapsamında değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır. Gerçi Komisyonun kararı net değildir; "may" kelimesini kullanmakla ilkesel bir duruştan ya da standarttan ziyade her bir somut olay özelinde değişken bir yapıya işaret etmektedir. Yine de karardan emeğin **P1–1** kapsamına girebileceği sonucu çıkarılabilir.[877] Kaldı ki, yukarıda söylendiği üzere **P1-1**'in zaman duvarı açısından uygulanabilirliğinin sağlan-

---

875 Bu gerekçelerle şikayet açıkça temelsiz olduğundan kabuledilemez niteliktedir. Bkz. *Fenzel and Köllner v. Austria*, App. No. 22351/93, Admissibility Decision of 15 May 1996.

876 Bu noktada hukuka aykırı olarak bulunduğu ülkede zorla ev işlerinde çalıştırılan kişinin yaptığı başvuruda, mağduru "istihdam" edenlerin cezalandırılmamasının **AİHS** Madde 4'e aykırı düştüğüne dair *Siliadin* kararı zikredilebilir. Başvurucu sadece, yıllar boyunca neredeyse hiçbir ücret almadan vermek zorunda kaldığı emeğin kulluk ve zorla çalıştırma teşkil ettiğini iddia etmiştir. Mağdurun bu yönde bir talebi olmamasına rağmen AİHM, *re'sen* problemi bir de **P1-1** açısından inceleyebilirdi. *Siliadin v. France*, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005.

Bir başka ilginç örnek, fahişelik mesleğini bırakarak sigortalı olmak isteyen başvurucunun sosyal sigorta kurumu tarafından prim ödemeye zorlanması ve bu sebeple başvurucunun fahişeliye devam etmek zorunda kalmasının **AİHS** Madde 3'te düzenlenen insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı ile **AİHS** Madde 4'de düzenlenen kölelik-kulluk yasağını ihlal ettiğininin ileri sürüldüğü *Tremblay* vakasıdır. AİHM fuhşa zorlamanın insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağını ihlal edeceğini ilkesel bazda hükme bağlamakla birlikte, olayda resmi makamlar başvurucudan fahişelik yapmasını talep etmedikleri ve başvurucunun primleri ödemek için başka bir iş bulmasının önünde bir engel olmadığı için iddiaları benimsememiştir. Bkz. *Tremblay v. France*, App. No. 37194/02, Judgment of 11 September 2007.

877 *Fenzel and Köllner v. Austria* kararı bakımından şu hsusu da belirtilmelisdir ki sınırlama rejimi bakımından meşru amaç incelemesi yapılmamıştır. Herhalde bir varsayım olarak, şirketin ve alacaklıların korunması genel yarar amacını karşıladığı düşünülmektedir. Bu durumda genel yarar ile başkalarının yararlarının özdeşleştirildiği gözlemlenmektedir. Benzer şekilde kısmi bir tazminat ölçülülüğün belirlenmesinde unsurdur. Sözleşmelerin feshi dışında daha az kayıtlayıcı bir önlem olup olmadığı sorusu ölçülülüğün bir testi olarak hiç gündeme gelmemiştir.

ması için aranan hukuki sebepler arasında sözleşme bulunmaktadır.[878] İş sözleşmesini de bu bağlamda düşünmenin önünde bir engel yoktur.

bbb) Vücut Parçaları

İnsan vücut parçalarının eşya statüsü, gündelik hayatta vücudun kendisinden daha önemlidir. Vücut parçaları dendiğinde dokular, organlar ve hücreler akla gelmektedir. Kan, böbrek, sperm, yumurta, tırnak, saç bu gibi vücut parçaları arasındadır.[879]

Ulusal eşya hukuklarında vücut parçalarının, vücuttan ayrıldıktan sonra eşya statüsünde olduğu konusunda fikir birliği vardır. Bu bakımdan çok tartışmalı bir konu olduğu söylenemez.[880]

AİHS özelinde de vücut parçalarının **P1–1** tarafından mülkiyet hakkının nesnesi olarak görüleceklerini ileri sürmenin önünde bir engel bulunmamaktadır.[881] Vücut parçaları, ana vücuttan ayrıldıktan sonra devir ve intikale elverişli olup bir başkasına aktarılabilir. Üstelik bazı vücut parçaları (kan, saç, sperm gibi), meşru bir piyasada ekonomik bir değer taşımaktadır. Hukuk bunların para karşılığı devir ve intikalini yasaklamamıştır.[882] Önemle belirtilmelidir ki, devir ve intikale hukuken elveriş-

---

878 *Association of General Practitioners v. Denmark*, App. No. 12947/87, Admissibility Decision of 12 July 1989, para.1 (The Law); *Stretch v. United Kingdom*, App. No.44277/98, Judgment of 24 June 2003; *Asito v. Moldova*, App. No. 40663/98, Judgment of 8 November 2005, para. 60.

879 **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**nin 24/01/2002 tarihli **Organ ve Doku Nakli Protokolü** Madde 2/3, Protokolün, organların ve dokunun yeniden üretimine, embriyo ya da cenine ait organ ve dokulara, kan ve kan ürünlerine uygulanmayacağı hükmünü öngördüğünü hatırlatalım.

880 Hyde, **a.g.e.**, sf:57-74; Bridge, **a.g.e.**, sf: 4; Boulier, **a.g.m.**, sf:693-731; Cain, **a.g.m.**, sf:449-481, özellikle 463-481; Akıncı, **a.g.e.**, sf:172-173; Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:71, 251; Oğuzman- Seliçi- Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, sf:4-5; Gürsoy- Eren-Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, sf:21. Eleştirel olarak bkz. J. W. Harris, **Who Owns My Body**, sf:75-84.

881 Doktrinde Çoban, **a.g.e.**, sf:150'de **P1-1** açısından benzer bir görüş ileri sürmektedir. Ancak kanımca yazarın bu noktada getirdiği açıklamalar hatalıdır. Şöyle ki, Çoban fikri ürünlerin **P1-1** kapsamına girip giremeyeceği ile vücut parçalarının statüsünü birbirine karıştırmıştır. O kadar ki yazar, vücut parçalarının **P1-1** kapsamına girebileceğini ileri sürerken (kanımca haklı olarak), açıklamalarını fikri mülkiyet başlığı altında yapmaktadır. Oysa fikri mülkiyetin **P1-1** karşısındaki durumu ile taşınır maddi malların durumu çok farklıdır. Kısacası, yazar metodolojik bir hata yapmıştır. Ayrıca yazarın biyoteknoloji ürünlerinin fikri mülkiyet kapsamında **P1-1** içerisine girebileceğine dair açıklamaları da fazlasıyla yüzeyseldir. Bu noktada aşağıda "patent" başlığı altında yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyorum.

882 Bazı vücut parçaları ise ticari gelir vasıtası olamaz. UİHH bunu açıkça yasaklamıştır. Bkz. **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi** Madde 21; 2002 tarihli **Organ ve Doku Nakli Protokolü** Madde 21 ve Madde 22.

Organ ve Doku Nakli Protokolü Madde 22 normu şöyledir:

"**Madde 22 – Organ ve doku ticareti yasağı**

Organ ve doku ticareti yasaklanacaktır."

li olmayan (yani hukuki bir piyasası bulunmayan) parçalar dahi eşya statüsündedir. Bunlar yalnızca meta statüsünde değildir.[883] **AİHS** özelinde Madde 8 koruması canlı dışına uzamayacağı için, **P1-1**'in sağlayabileceği koruma devir ve intikale elverişli olmayan vücut parçaları için önemli olabilir.[884]

Bu noktada ticarete konu olamama özelliğinin vücut parçalarını eşya statüsünden çıkarmadığını belirtmek gerekir. Kaldı ki, hali hazırda çok büyük bir uluslararası organ piyasası bulunduğu da bilinmektedir. Hukukça tanınmış bir piyasa olmamakla birlikte, organ ticaretinin önüne geçilmesi son derece güçtür. Ulusal hukuk doktrinlerinde organ ticaretini yasallaştırmanın mümkün ve uygun[885] olup olmadığı yönünde tartışmalar yapılmış olmakla birlikte, genel kabul gören görüş, bu tür ticaretin insan onuru/haysiyeti esasıyla bağdaşmaz olduğu yönündedir.[886] Ulusal hukuk doktrinlerindeki (özellikle ABD) organ ticaretinin yasallaştırılması lehine ileri sürülen gerekçeler benimsenerek **P1–1** düzlemine taşınacak olursa, bu takdirde söz konusu ticaretin insan onuruna aykırı görülmeyeceği sonucuna varılmış olur. Ancak, organ ticareti, kişinin kendi bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi ve egemenliği ne denli genişletilecek olursa olsun, bilhassa halihazırda bu ticarete yol açan maddi eşitliksizci ve gayri adil koşulların dayatması olgusu yahut gerçeği ışığında, insan onuru değeri ile "bağdaşmaz" addedilecektir. Belki, kesin disipline bağlanmış organ ve doku üretimi ayrık tutularak, organ ticaretinin, ilgili kişinin hayatiyeti bakımından risk doğurmayan yahut katlanılabilir ve telafisi mümkün asgari risk içeren organlarla sınırlı şekilde ve mutlak olarak tıbbi uygunluğun uzman hekimlerce belirlenmesi ve operasyonların yalnızca tam teşeküllü sağlık kuruluşlarında ve sıkı denetim ve gözetim altında yapılması ve her halükarda ve sürecin herhangi bir aşamasında geri alma hakkı saklı kalarak, vericinin önceden bilgilendirilmiş, tam serbest ve spesifik rızası/onamı koşulu geçerli olarak uygulanmasına[887] imkan tanınması söz konusu olabilir.

---

883 Krş. Roger Brownsword, "*Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*", **Human Rights in Private Law**, eds. Daniel Friedmann and Daphne Barak-Erez, Hart publishing, Oxford, 2001, sf:181-199, özellikle 193-195.

884 ABD hukuku açısından benzer yönde bir görüş için bkz. Boulier, **a.g.m.**, sf:716, 719, 724; Cain, **a.g.m.**, sf:474, 476-478.

885 ABD hukuku açısından benzer yönde bir görüş için bkz. Andrews, **My Body, My Property**, sf:30-36; Boulier, **a.g.m.**, sf:719; Cain, **a.g.m.**, sf:477.

886 Bu yöndeki tartışmalar ve gerekçeler için bkz. Andrews, **My Body, My Property**, sf:30-36 (serbesti taraftarı); Akıncı, **a.g.e.**, sf:179-180 (yasaklama taraftarı).

887 Bütün bu unsurlar zaten işbu Çalışmada yukarıda zikderilen UİHH'nin ilgili belgelerinde açıkça standarda bağlanmıştır. Örneğin, "**İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**" Madde 1-9,19-22; "**Organ ve Doku Nakli Protokolü**" Madde 3-8.

Vücut parçalarının sahibi, prensip olarak o parçaların çıkarıldığı vücudun "sahibidir".[888] **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi** Madde 22 hükmünün zımni içeriği de bu sonucu destekleyebilir.[889] Bu noktada bir sorun olmasa gerektir. Yalnız kordon kanı gibi vücut parçalarının sahibi olan yeni doğmuş çocuğun (yenidoğan) bu eşya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Yenidoğan yerine ebeveynler kordon kanı üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Bu noktada ulusal hukuklardaki çocuk malları rejimi geçerli olacaktır.

İnsan vücut parçalarının hukuki statüsü bağlamında güncel bir konu olan genetik verilerin nasıl korunacağı ve hangi hukuki statüden yararlanacağı meselesini de hatırlamakta fayda var.[890] Son yıllarda iyice gündeme gelen ve suçların önlenmesi/suçluların yakalanmasıyla doğrudan ilgili olan genetik veri tabanlarının/bilgi bankalarının içerdikleri insan genetik bilgisinin hukuki niteliği ciddi problemler doğurmaktadır. Üstelik genetik veri tabanlarının bir özelliği hem bilginin hem de bu bilginin elde edildiği biyolojik dokunun bir arada saklanmasıdır.[891] Dolayısıyla, bu veri tabanlarındaki bilgiler sırf bir fikri mülkiyet meselesi olarak görülemezler.

Konunun öneminden ötürü UNESCO 16/09/2003 tarihinde **Uluslararası İnsan Genetik Verileri Bildirisi**'ni kabul etmiştir. **İnsan Genetik Verileri Bildirisi** Madde 1 (b)'ye göre, insan genetik bilgisinin[892] toplanması, işlenmesi, kullanılması ve saklanması/depolanması UİHH'ye uygun olarak yürütülecektir. Madde 1 (c) ve 5 (iii)'ye göre, Bildiri UİHH'ye uygun nitelikteki ulusal hukukça düzenlenmiş bulunan ve bir suçun araştırılması, ortaya çıkartılması ve soruşturulması için gerekli olan genetik veriler ile babalık testi için gerekli olan genetik verilerin toplanmasında ve kullanılmasında uygulanamaz. Hemen belirtilmelidir ki, her ne

---

888 Akıncı, **a.g.e.**, sf:172-173; Oğuzman- Seliçi- Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, sf:4; Gürsoy-Eren-Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, sf:21 (MK 685, Eski MK 620 uygulamasıyla).

889 "**İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**" Madde 22 normu şöyledir:
"**Madde 22 – İnsan bedeninden alınmış bir parça üzerinde tasarruf**
Bir müdahale sırasmda insan bedeninin herhangi bir parçası alındığında, çıkarılan parça, bu işlem ancak uygun bilgi verme ve rıza alma usullerine uyarak yapılmış olduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaçla saklanabilir ve kullanılabilir."

890 ABD literatüründe bkz. Underkuffler, **a.g.e.**, sf:106-109. Türk hukuk doktrininde bkz. Tekin Memiş, "*Biyobankaların Hukuki Esasları*", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İkinci Cilt**, Vedat Yay., İstanbul, 2007, sf:1949-1966. Zikredilen çalışmada UNESCO'nun 2003 tarihli Bildirisine hiç değinilmemektedir.

891 UNESCO tarafından 16/09/2003 tarihinde kabul edilen **Uluslararası İnsan Genetik Verileri Bildirisi** Madde 1 (a) ile 2 (iv) bu hususu açıkça belirtmektedir.

892 Aynı Bildiriye göre insan genetik bilgisi üç boyutludur. Birincisi insan genetik bilgisi, ikincisi insan proteomic bilgisi ve üçüncüsü hücre ve doku gibi biyolojik örnekler. Bkz. **Uluslararası İnsan Genetik Verileri Bildirisi** Madde 1 (a), 2 (i), 2 (ii) ve 2 (iv).

kadar bu Bildiri ceza hukuku ve soybağı meselelerinde uygulanabilir nitelikte olmadığını belirtmekteyse de, her halükarda UİHH'nin standartlarının geçerliliğini sürdürmeye devam etmektedir. **İnsan Genetik Verileri Bildirisi**, ceza hukuku ve soybağı meselelerindeki genetik verilerin toplanması ve kullanılmasını düzenleyen ulusal hukuk mevzuatının UİHH'na uygun olduğunu açıkça varsaymıştır.

İnsan genetik verilerinin hukuki niteliği problemine gelince, **Uluslararası İnsan Genetik Verileri Bildirisi**'nin bu konuda suskun olduğu görülür. Madde 4, bu verilerin özel bir statüde olduğunu belirtmektedir ve fakat bu statünün ne olduğuna dair en ufak bir belirleme içermemektedir. Aynı Madde sadece insan genetik verileri ile biyolojik örneklerin uygun korumadan yararlanması gerektiğini hükme bağlamıştır. Ancak bu korumanın nasıl olması gerektiğine dair herhangi bir hüküm içermemektedir. Bildiri Madde 14 genetik bilgisi toplanan bireyin özel hayatına saygı hakkını korumaktadır. Denilebilir ki, Bildiri insan genetik verilerinin hukuki statüsünü belirlememiştir.[893]

Sorun **AİHS** ve **P1–1** açısından incelenecek olunursa: **AİHS** özelinde kişisel bilgilerin korunmasında öncelikli olarak özel yaşam hakkını koruyan Madde 8'in uygulanabilir olduğu söylenebilir.[894] Veri tabanlarındaki bilgiler bakımından her durumda önce **AİHS** Madde 8'in sunduğu koruma gündeme gelecektir.[895] Nitekim 2008 yılı sonunda verdiği hükümde AİHM, UNESCO'nun 2003 tarihli Bildirisine hiç değinmeden ve fakat konuya ilişkin diğer uluslararası belgeleri dikkate alarak, mahkum edilmemiş zanlıların DNA ve benzeri kişisel verilerini yok etmeyen Birleşik Krallık mevzuatı ve uygulamasını Madde 8'in ihlali olarak değerlendirmiştir.[896]

---

893 Zaten Bildirinin kabul edilmesinden yaklaşık bir buçuk yıl önce, UNESCO Uluslararası Biyoetik Komitesi'nin hazırladığı bir raporda insan genetik verilerinin sahipliği meselesinin ayrıntılı çalışmaları gerektirdiğine işaret edilmişti. Rapor bu konuda bir öneride bulunmamaktaydı. Bkz. **Human Genetic Data, Preliminary Study by the IBC on its Collection, Processing, Storage and Use**, Rapporteurs: Sylvia Rumball and Alexander McCall Smith, 15 May 2002, Paris, para.28.

894 Örneğin bkz. *Van der Velden v. Netherlands*, App. No.29514/05, Admissibility Decision of 7 December 2006, para.2 (The Law); *S and Michael Marker v. United Kingdom*, App. No. 30562/04-30566/04, Admissibility Decision of 16 January 2007.

895 Genel olarak bkz. Andrew Roberts-Nick Taylor, "*Privacy and DNA Database*", **EHRLR**, 2005, Issue 4, sf:373-392.

896 *S. and Marker v. the United Kingdom*, App. Nos.30562/04-30566/04, GC Judgment of 4 December 2008, para 125 ("In conclusion, the Court finds that the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the fingerprints, cellular samples and DNA profiles of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped any acceptable margin of appreciation in this regard.").

Bununla birlikte, biyolojik örnekler bir kez vücuttan ayrıldıktan sonra Madde 8'in sunduğu koruma etkililiğini yitirebilir. Bu noktada **P1-1**'in devreye girmesi mümkündür.[897] Yukarıda vücut parçaları için yürütülen muhakeme ile buradaki örtüşmektedir.

ccc) Cenin ve Cenin Dokuları

Çalışmanın I. Bölümünde ceninin **AİHS** anlamında mülkiyet hakkının öznesi olup olmadığı incelenmişti ve UİHH'nin cenini bir hak öznesi olarak görmediği vurgulanmıştı.[898] Burada ise, ceninin ve özellikle ceninden elde edilen doku ve parçaların mülkiyet hakkının konusu olup olmadığı ele alınacaktır. Öyle ya, klasik ayrım gereğince, eğer bir varlık hukuki anlamda kişi değilse, eşya olmak durumundadır. Ama cenin insan olma potansiyeli taşıyan farklı nitelikte bir varlıktır. Cenine sıra geldiğinde keskin kategorik ayrımlar pek işe yarar gözükmüyor.[899] Günümüz teknolojisinin yarattığı sorunlar da bu arada akılda tutulmalıdır. Özellikle tüpte yapay olarak ve fazladan cenin üretilebildiğini biliyoruz. Bunlar uzun yıllar dondurucuda saklanmakta ve sonra kullanılmaktadır. Üstelik fazla ceninlerin bir kısmı hiç kullanılmamaktadır. Yine ceninlerden elde edilen kök hücrelerin büyük bir tıbbi ve dolayısıyla ekonomik potansiyel içermesi patent hukukunu da ilgilendirmektedir. Burada önce ceninin **AİHS** özelinde mülkiyet hakkını konusu olmak bakımından hukuki statüsü ele alınacaktır. Cenin üzerinde yapılan biyomedikal araştırmaların doğurduğu patent sorunları ise aşağıda fikri mülkiyetin ele alındığı bölümde incelenecektir.

AİHM'e göre, belirli koşullarda doğmamış çocuk UİHH korumasından yararlanabilir. Cenin ile hamile kadının ya da potansiyel babanın hakları çeşitli şekillerde çatışabilir ve bu çatışmada bütün unsurlar bir arada değerlendirilerek bir sonuca varılır.[900] Ancak AİHM bu potansiyel korumanın ne boyutta olabileceğine ilişkin bir belirlemede bulunmamaktadır.[901]

---

897 ABD hukukunda kişisel bilgilerin mülkiyet hakkı korumasından yararlanmasına dair spekülasyonlar için bkz. Underkuffler, **a.g.e.**, sf:106-109.

898 Konu Çalışmanın I. Bölümünde referanslarıyla ele alındığı için burada tekrar edilmeyecektir.

899 Benzer bir gözlem yukarıda şirket paylarının eşya statüsü niteliğinin incelendiği başlık altında ticaret ortaklıkları bakımından da yapılmıştı.

900 *Vo v. France*, App. No. 3924/00, Judgment of 8 July 2004, paras.80, 84, 95.

901 *Vo* davası aslında niteliği itibariyle ceninin haklarının gündeme geldiği önceki davalardan farklı niteliktedir. Bu davada şikayet konusu, hatalı tıbbi müdahaleden ötürü (taksirle) ana rahmindeki ceninin ölümüne yol açmış kişinin cezai müeyyideye çarptırılmamasının ceninin yaşam hakkının ihlali olduğudur. Mahkeme bu iddiayı reddetmiştir. Mahkemeye göre, idari yargı yolları, meslekten süreli men gibi idari yaptırımlar ile medeni/haksız fiil davaları imkanlarının mevcut olması, taksirle öldürülen ceninin ve giderek hamile kadının haklarının korunması için yeterlidir. Bkz. *Vo v. France*, App. No.53924/00, Judgment of 8 July 2004, paras.90-95 .

Bu bağlamda *Vo* kararının bu noktası ile ulusal hukuklarda ceninin üçüncü kişilerden kaynaklanan müdahalelere karşı korunması ve miras gibi malvarlığı haklarına sahip kılınması aynı anlayıştan beslenmektedir. Yine de derin bir ikilem gözden kaçıyor değildir: Hem ulusal hukuklar hem de **AİHS** özelinde, UİHH cenine bir yanda birçok hak vermişken diğer yanda hamile kadının takdirine bırakmıştır. Ceninin kaderi, elbette yasal koşullar çerçevesinde, gebenin elindedir.[902] Eğer gebenin haklarıyla (özellikle özel yaşama saygı hakkı) ceninin çıkarları çatışırsa, gebenin hakkı üstün gelir.[903]

İşte bu ikilemi doğuran hukuki normların teorik temeli mülkiyet olabilir mi? Cenin hukuken kişi olmadığına ve yaşam hakkına sahip olmadığına göre, hangi statüdedir?[904] Bu Çalışmanın konusu bakımından soruyu somutlarsak: cenin **P1–1** bakımından eşya statüsünde sayılabilir mi? Bu sorunun cevabını iki kategoride ele almak icap eder. Birinci kategori tüpteki (*in vitro* veya *ex utero*), ikinci kategori ise rahimdeki (*in utero* veya *in vivo*) cenindir.[905]

Tüpteki ceninin eşya statüsünde olup olmadığı **P1–1** açısından tartışılabilir bir iddiadır.[906] Zira herhangi bir kişiye bağımlı olmayıp tek başına bir varlığı bulunmaktadır. Böyle olduğu için **AİHS** bağlamında ilk akla gelecek olan özel hayata saygı koruması (Madde 8) işlevsiz kalabilir. Nasıl ki özel hayata saygı hakkı zaman bakımından *post-mortem* etkili değilse, *pre-natal* etkili de sayılamayabilir. **P1–1** bakımından tüpteki ce-

---

902 Mary Ford, "*A Property Model of Pregnancy*", **International Journal of Law in Context**, Vol. I, No. 3, 2005, sf:261-293; Margaret Davies-Ngaire Naffine, **a.g.e.**, sf:85-86; Yusuf Büyükay, **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, sf:15.

903 Bu ikilem yüzünden örneğin Türk hukuk doktrininde ceninin gebeye karşı da korunmasına ilişkin bazı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerin temel dayanağı, ceninin gebe dışındaki üçüncü kişilere karşı sahip olduğu hukuki haklardır. Bkz. Dural-Öğüz, **Kişiler Hukuku**, sf:19; Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, sf:17-19; Serozan, **Medeni Hukuk**, sf:172-174; Serozan, **Çocuk Hukuku**, sf:91.

904 Ceninin ahlaki statüsüne dair tartışmalar için bkz. Aykut Çoban, "*İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Satüsü*", **Toplum ve Bilim**, S. 109, 2007, sf:258-295.

905 Medeni hukukçular da genellikle konuya böyle yaklaşmaktadır. Örneğin bkz. Özsunay, **Rights of Embryo**, sf:1298-1302, 1385-1386; Ford, **a.g.m.**, sf: 267-283.

906 Serozan'a göre Türk hukuku açısından da (bkz. Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:251. Krş. Özsunay, **a.g.m.**, sf:31; Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, sf:15 ve dn.15). Bu arada eklenmelidir ki, tüpteki fetüsün durumu ABD hukukunda çok sayıda içtihada konu olmuştur. ABD yargı yerleri, tüpteki cenine eşya statüsü vermekten kaçınmaktadırlar. Bilgi için bkz. Helene S. Shapo, "*Frozen Pre-Embryos and The Right to Change One's Mind*", **Duke Journal of Comparative and International Law**, Vol.12, 2002, sf:75-103. Alman hukuku açısından bkz. Henning Rosenau, "*Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama Tartışmaları ve Alman Kök Hücre Kanunu*", çev. Hakan Hakeri, **Tıp ve Ceza Hukuku**, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Seçkin Yay., Ankara, 2004, sf:43-80, 67.

nin, ekonomik değer oluşturma ölçütüne olmasa bile manevi ölçüte uygunluk göstermektedir. Buradaki asıl sorun, tüpteki ceninin kime ait olduğudur. Tüpte yapay olarak döllenen ceninde hem yumurta sahibi kadının hem de sperm sahibi erkeğin bir "emeği" olduğuna ya da cenin bu iki kişinin sahip olduğu yumurta ve spermin semeresi olduğuna göre, yapılan özel hukuk sözleşmelerine de bağlı olarak, bu kişilerden hiç biri tek başına mülkiyet iddiasında bulunamaz. Zaten son tahlilde fetüs yumurta ve spermin başkalaşmış halidir. Eğer yumurta ve spermi veren kadın ve erkek evli ise ceninin evlilik mal rejmine tabi olduğu düşünülebilir.[907] Eğer bu kişiler evli değil ise, bu durumda müşterek mülkiyet ya da iştirak halinde mülkiyet rejimi elverişli bir hukuki temel sağlayabilir. Hukuken sırf araştırma amaçlı kimseye ait olmayan cenin yaratılması mümkün olmadığı için araştırıcıların cenin üzerinde mülkiyet hakkı olmayacaktır.[908] Yumurta ve sperm veren kişilere ait olan bir cenin eşya olmakla birlikte, hukuken geçerli bir piyasası bulunmadığı için devredilebilir nitelikte değildir. Ama bilindiği üzere, **P1–1** korumasından yararlanabilmek için devir ve intikale elverişlilik zorunluluğu aranmıyor.

Rahimdeki ceninin **AİHS** özelindeki durumu ise, tıpkı ulusal hukuklarda olduğu gibi, son derece çetrefildir. Bu konuda çeşitli görüşler mevcuttur.[909] Bunlar arasında fetüsü gebenin vücut parçası sayan görüş

---

907 Buna göre, dondurulmuş ceninler miras yoluyla intikal edebilecektir. Krş. Özsunay, **a.g.m.**, sf:13 ve dn 25 ile 29, sf:31; Özsunay, **Rights of Embryo**, sf: 1299.

908 1997 *tarihli* **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi** *(md.18/2) normu* şöyledir:

"**Madde 18 – Tüpte embriyonlar üzerinde araştırma**

1. Yasanın embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma temin edilecektir.

2. Araştırma amacıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır." (vurgu eklenmiştir)

Tüpteki ceninler üzerindeki araştırmaların hukuki durumu hakkında karşılaştırmalı bilgiler için bkz. Özsunay, **Rights of Embryo**, sf: 1340-1345.

909 Ulusal hukuk düzlemindeki bütün bu görüşlerin yetkin bir dökümü, eleştirisi ve rahimdeki fetüsün gebenin mülkiyet hakkı kapsamında ve giderek hamileliğin bir mülkiyet ilişkisi olduğu görüşünün savunusu için bkz. Mary Ford, "*A Property Model of Pregnancy*", **International Journal of Law in Context**, Vol. I, No. 3, 2005, sf:261-293. Bir bilgi olarak eklenmelidir ki, adı geçen makalede yazarın zikrettiği bazı Birleşik Krallık davaları daha sonradan Strasbourg organları önüne gelmiştir. Bu davalar için bkz. *Paton v. Trustees of the BPAS* [1979] I QB 276 – *Paton (X) v. the United Kingdom*, App. No.8416/79, Admissibility Decision of 13 May 1980, **DR Vol. 19**, sf:244-254; *Evans v. Amicus Healthcare Ltd* [2003] EWHC 2161 (Fam)-*Evans v. the United Kingdom*, App. No.6339/05, Fourth Section Judgment of 7 March 2006, paras.56-69; Grand Chamber Judgment of 10 April 2007. *(X) v. the United Kingdom*, App. No.8416/79 vakası hakkında ulusal doktrinde bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1222, dn.499. ABD hukuku bakımından ayrıntılı vaka analizi de içeren bir çalışma olarak bkz. Cain, **a.g.m.**, sf:452-458. ABD hukuku açısından daha soyut ve felsefi düzlemde bkz., Hyde, **a.g.e.**, sf:93-96 (Yazar, rahimdeki fetüsün gebenin mülkiyet hakkı kapsamına girdiği ve kürtaj hakkının aslında mülkiyet hakkının uzantısı olduğu görüşüne karşı çıkmaktadır.).

dikkate değer ise de, **P1–1** açısından kullanışlı bir argüman olamaz. Zira hemen yukarıda tartışıldığı üzere, vücut parçaları, ana vücuttan ayrıldıktan sonra eşya statüsüne girerler. Oysa fetüs, vücudun içerisindedir. O halde fetüsü vücut parçası kontenjanından eşya statüsünde görmek mümkün değildir. Tek başına belirleyici olmamakla birlikte, bir ek unsur olarak, gebe rahmindeki fetüsün devir ve intikale elverişli olmadığını da hatırlatmak uygun olur. Zaten her halükarda **AİHS** özelinde sorunun çözümü özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde olacaktır.[910] Bu noktada, her bir sorun özelinde tarafların önceden anlaşması ve giderek rızası AİHM'in ulaşacağı çözümde belirleyici niteliktedir. Bu da Madde 8'in devrede olacağı anlamına geliyor.[911] Rahimdeki fetüs bakımından mülkiyet hakkının uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Diğer yandan, kürtaj vb. bir sebeple cenin uterustan ayrıldığında halen değerli bir tıbbi kaynak niteliği gösterecektir. Bu durumda rahimden ayrılmış fetüsün, gebenin özel yaşam hakkı kapsamında korunmaya devam edeceği tahmin edilebilir. Eğer özel yaşam hakkı etkili olmazsa, cenin artık rahimde olmadığı için **P1–1** koruması da devreye girebilir. Tüpteki cenin için söylenenler, bu noktada da geçerlidir.

Gerek tüpteki, gerekse rahimdeki fetüsün **AİHS** çerçevesindeki hukuki niteliği ve özellikle eşya statüsü hakkında yapılan bu tartışmalar, aslında AİHM'in *Vo* hükmündeki değişik bir yaklaşım nedeniyle çok da anlamlı olmayabilir. AİHM'e göre, Avrupa Konseyi (AK) üyesi Devletler

---

910 Bu noktada rahimdeki fetüs üzerinde bilimsel araştırma yapılması esnasında gebe kadının sağlığına özel önem veren 25/01/2005 tarihli **Biyotıp Araştırmalarına İlişkin Ek Protokol** Madde 18 hatırlatılabilir.

"**Madde 18 – Gebelik yahut emzirme döneminde araştırma**

1. Gebe bir kadının, yahut onun embriyosunun, fetusunun ya da doğum sonrasında çocuğunun sağlığı bakımından doğrudan yararlı sonuçlar sağlama potansiyeli bulunmayan gebe bir kadın üzerindeki araştırma ancak, aşağıdaki ilave şartlar karşılandığı takdirde yapılabilir:

i. araştırmanın, yeniden üremeyle ilişkili olarak diğer kadınlara yahut başka embriyolara, fetuslara ya da çocuklara yarar sağlamaya elverişli nihai sonuçlara ulaşmaya katkıda bulunma amacını taşıması;

ii. gebe olmayan kadınlar üzerinde, etkililiği karşılaştırılabilir araştırmanın yapılamaması;

iii. araştırmanın sadece asgari risk ve asgari külfeti gerektirmesi.

2. Emzirme dönemindeki bir kadın üzerinde araştırma söz konusu olduğunda, çocuğun sağlığı bakımından olumsuz herhangi bir etki/(sonuç) doğmasını önlemeye özel ihtimam/(özen) gösterilecektir."

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 25/01/2005 tarihinde imzaya açılan "**İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin, Biyotıp Araştırmalarına İlişkin Ek Protokolü**" (No.195, "*Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research*") 01/09/2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "**Biyotıp Araştırmaları Protokolü**"ne dair bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1242-1244.

arasında ceninin hukuki statüsü ile niteliği hakkında yeknesak bir anlayış bulunmadığı için "en iyisi, Devletler arasında ortak anlayış olarak embryo/fetüsün insan ırkına ait olduğunu" kabul etmek gerekmektedir.[912] Açıkça söylemek gerekirse, "insan ırkına ait olma (*embryo/foetus belongs to human race*)" gibi bir hukuki statü pek sık rastlanılan bir hukuki kategori değildir.[913] Herhalde buna en yakın olarak "insanlığın ortak mirası" kategorisinden bahsedilebilir. Klasik uluslararası hukukun bir kavramı olan ve açık denizler, uzay ve gök cisimleri ile kültür varlıkları için uygulanan "insanlığın ortak mirası (*common heritage of mankind/humanity*)" kavramı, bugün insan genomunun hukuki statüsünü belirlemek için kullanılmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse, bir nesne insanlığın ortak mirası kapsamında ise, özel mülkiyete veya bir Devletin münhasır mülkiyetine tabi olamayacaktır. AİHM'in fetüsün insan ırkına ait olduğunu söylerken kastettiği de olsa olsa budur. Eğer bu tahmin doğru ise, AİHM'e göre fetüs, özel mülkiyet konusu bir eşya olarak mütalaa edilemez. AİHM "insanlık (*humanity/mankind*)" yerine "ırk (race)" kelimesini bir anlam farkı olarak değil, sadece fetüsün niteliğinden ötürü kullanmış olsa gerektir.

Elbette bütün bunlar işbu Çalışmanın yazarının bir çıkarımıdır. AİHM'in *Vo* kararında bu ifade bir daha kullanılmamıştır. AİHM'in bir başka kararında da benzer bir ifadeye rastlanılmamaktadır. Gerçi hemen yukarıda işaret edildiği üzere, *Evans* vakasında, *Vo* vakasındaki hüküm teyit edilmiştir. Ancak yine de açık bir tekrar görülmüyor. Mahkeme, *Vo* kararında "insan ırkına ait olma" ibaresini *obiter* olarak kullanmıştır. Bu

---

911 Bkz. *Evans v. the United Kingdom*, App. No.6339/05, Fourth Section Judgment of 7 March 2006, paras.56-69; Grand Chamber Judgment of 10 April 2007, paras.71-92. *Evans v. the United Kingdom*, App. No.6339/05 vakası hakkında ulusal doktrinde bkz. Semih Gemalmaz, **AİHS Sisteminde Geçici Önlem**, s.784-992; **Genel Teori/2007**, sf:1231-1235.

912 *Vo v. France*, App. No.53924/00, Judgment of 8 July 2004, para.84. İfade şöyledir: "At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus, although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race" (vurgu eklenmiş ve karar içi gönderme çıkartılmıştır).

913 Bununla birlikte, UNESCO Genel Konferansının yirminci oturumunda 27/11/1978 tarihinde kabul edilen "**Irk ve Irksal Önyargılar Hakkında Bildiri**"nin ("*Declaration on Race ad Racial Prejudice*") (md.1/1)'de düzenlenen "Bütün insanlar tek bir türün mensuplarıdırlar ve bir ortak menşein/(ırkın) soyudurlar. Bütün insanlar, onurda/(haysiyette/saygınlıkta) ve haklarda eşit olarak doğarlar ve insanlığın ayrılmaz bir parçasını oluştururlar" hükmüne dikkati çekmek yerinde olur. (vurgu eklenmiştir). "**Irk ve Irksal Önyargılar Hakkında Bildiri**" ve Eki olan Uygulama Kararı hakkında bilgi ve değerlendirme için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:918-925.

ibare, muhakemesinin özünde doğrudan bir etki yaratmamıştır.[914] Doktrinde *Vo* kararını değerlendiren yazarlar da, Mahkemenin bu ifadesi üzerinde hiç durmamışlardır.[915]

Fetüs parçalarının ve özellikle kök hücrenin hukuki statüsü de önemli. Günümüzde kök hücre çalışmaları büyük tıbbi imkanlar (klon teknolojisi) sağlamakta. Hukuken sırf araştırma amaçlı kimseye ait olmayan cenin yaratılması mümkün olmadığı için araştırıcıların ceninden elde edilmiş kök hücre üzerinde mülkiyet hakkı olmayacaktır.[916] Bir çifte ait olan fetüsten elde edilmiş bir kök hücre ise bunlara ait olacaktır. Bu kök hücrenin veya bunun elde edileceği fetal dokunun üçüncü bir kişiye devir ve intikali mümkündür. Bu hak kanımca **P1–1** tarafından korunacaktır. Zira UİHH'de cenin hücrelerinin klonlanmasını yasaklanmamıştır. Örneğin, 12/01/1998 tarihli "**Biyoloji ve Tıbbın Uygulanmasında İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Dair Sözleşmenin İnsan Klonlanmasının Yasaklanmasına Dair Ek Protokol**"[917], her tür klonlamayı yasaklamış değildir.[918] Keza, yine yukarıda değindiğimiz, **UNESCO/İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi** Madde

---

914 Bu noktada ayrıca bkz. *Seperate Opinion* of Judge Rozakis and others, in *Vo v. France.*

915 Aurora Plomer, "*A Foetal Right to Life? The Case of Vo v. France*", **HRLR**, Vol. 5, No. 2, 2005, sf:311-338 (sadece sf:322'de Mahkemenin ifadesi zikredilmektedir); Katherine O'Donovan, "*Taking A Neutral Stance on the Legal Protection of the Fetus*", **Medical Law Review**, Vol. 14, Spring, 2006, sf:115-123 (AİHM'in ifadesi sadece sf:120 ve dn.21 ile sf:122'de zikredilmektedir).

916 1997 tarihli **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi** Madde 18/2. Bu hükmün içerdiği olası boşluklar hakkında spekülasyonlar için bkz. Rosenau, **a.g.m.**, sf: 68; Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1238.

917 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 12/01/1998 tarihinde imzaya açılan "**Biyoloji ve Tıbbın Uygulanmasında İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Dair Sözleşmenin İnsan Klonlanmasının Yasaklanmasına Dair Ek Protokol**" (No.168, "*Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Human Dignity With Regard to Application of Biology and Medicine/Convention on Human Rights and Biomedicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings*") 01/03/2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "**İnsan Klonlanma Yasağı Protokolü**"ne dair bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1235-1237.

918 "**İnsan Klonlanma Yasağı Protokolü**nün yasakladığı insan klonlamasının kapsamının ne olduğu Protokol metninde belirsizdir. "*Açıklayıcı Rapor*" bu konuda önemli bilgiler içermektedir. "*Açıklayıcı Rapor*" (parag.2)'ye göre, üç tür klonlama kategorisi vardır. Birincisi, hücre ve doku klonlaması; ikincisi, cenin hücrelerinin klon tekniğinde kullanılması ve üçüncüsü, insan klonlanması. Açıklayıcı Rapora göre birinci kategori etik açıdan tamamıyla kabul edilebilir nitelikte iken, ikinci kategori ceninlerin korunması sağlanmak suretiyle kabul edilebilir. Üçüncü kategori olan insan klonlanması ise yasaklanmıştır. Nitekim, "*Açıklayıcı Rapor*" (parag.4)'de, "bu Protokol hükümlerinin hücre biyolojisindeki klonlama tekniklerini yasaklıyor şeklinde anlaşılmayacağı" açıkça ifade edilmektedir. O halde, bu Protokol insan klonlamayı yasaklamakta ve fakat diğer klonlama türlerine bir sınırlama getirmemektedir." Bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1237.

4'deki "insan genomunun mali/ticari kazanç aracı yapılamayacağı" kuralını tamamlayan ve burada üzerinde durulan unsurla ilgili olup Bildirinin "*C. İnsan genomu üzerinde araştırma*" bölümü altında yer verilen Madde 10 ve 11 normlarına[919] da aynı bağlamda işaret etmek yerinde olacaktır.[920]

Yalnız bu noktada UİHH'de fetüs ve parçalarının hukuki durumu hakkında spesifik belge üretme çalışmalarının bulunduğunu hatırlamak gerekir. Mevcut UİHH normları fetüs parçalarına uygulanabilir nitelikte değildir. Örneğin **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Organ ve Doku Nakli Protokolü** Madde 2'ye göre, bu Protokol insan kökenli organ ve dokunun tedavi amaçlı olarak nakledilmesine uygulanabilir nitelikte iken organların ve dokunun yeniden üretimine, cenine ait organ ve dokular ile kan ve kan ürünlerine uygulanamaz.[921]

---

919 UNESCO'nun 11/11/1997 tarihli "**İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**" (md.10-11) normları şöyledir:

"**Madde 10**

Özellikle biyoloji, genetik ve tıp alanlarında olmak üzere, insan genomuna ilişkin hiç bir araştırma yahut araştırma uygulaması, bireylerin yahut uygulanabilir olan hallerde de insan gruplarının insan haklarına, temel özgürlüklerine ve insan onuruna/(haysiyetine) saygı gösterilmesinin önüne geçmeyecektir."

"**Madde 11**

İnsanların klonlanarak yeniden üretilmesi gibi, insan onuruna aykırı uygulamalara izin verilmeyecektir. Devletler ve yetkili uluslararası örgütler, bu tür uygulamaların tespit edilmesinde ve, ulusal ve uluslararası düzeyde, işbu Bildiride düzenlenen ilkelere saygı gösterilmesini temin etmek üzere gerekli önlemlerin alınmasında işbirliği yapmaya davet edilmektedirler."

920 Bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:936-938.

921 24/01/2002 tarihli "**Organ ve Doku Nakli Protokolü**" (md.2/1-3) normu şöyledir:

"**Madde 2 – Kapsam ve tanımlar**

1. Bu Protokol, insan kökenli organların ve dokuların tedavi amaçlarıyla yapılan nakledilmesine uygulanacaktır.

2. Bu Protokolün dokulara uygulanabilir olan hükümleri, hematolojik pıhtılaştırıcı hücreler dahil, hücreler bakımından da uygulanacaktır.

3. Bu Protokol aşağıdakilere uygulanmayacaktır:

a. yeniden üretilebilir organlara ve dokuya;

b. embriyonik yahut fetusa dair organlara ve dokulara;

c. kan ve kan ürünlerine."

Avrupa Konseyi'nin çeşitli organlarının ceninler üzerindeki araştırma ve cenin parçalarıyla ilgili çok sayıda ve çeşitli formlarda kararları bulunmaktadır. Bu kararlardaki ilkelerin bir kısmı şimdiden Biyotıp ve İnsan Hakları Sözleşmesi ile Protokollerine girmiştir. Bu belgeler hazırlanacak yeni bir protokolün içeriği hakkında bir fikir verebilir. Avrupa Konseyi'nin burada zikredilmeyen söz konusu belgeleri için bkz. Özsunay, **a.g.m.**, sf:19-27.

ddd) Ceset

Ceset ve mülkiyet ilişkisi, tarihi bakımdan olduğu kadar günümüzde de son derece önemlidir.[922] Cesetler ve cesetlerden alınan parçalar bir yandan deneylerde kullanılırken, diğer yandan da genetik testler için ceset parçalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Hepsinden önemlisi cesetlerden alınan organlar bir başkasına nakledilmektedir.

Cesetler medeni hukuk anlamında akrabaların kişilik hakları çerçevesinde hemen hemen tüm dünyada belli bir koruma görür. Bu koruma genellikle hayattaki akrabalar üzerinden sağlanır.[923] Medeni hukuka benzer şekilde, Strasbourg organlarının **AİHS**'in özel hayatı koruyan Madde 8 çerçevesinde sunduğu koruma ölüm sonrası evreyi kapsamamaktadır. Müteveffanın terekesinin müteveffa adına yaptığı bir başvuruda, AİHM Madde 8'in *post mortem* uygulanamayacağına hükmetmiştir.[924] Dikkat edilmelidir ki, burada davayı açan son tahlilde ölü kişidir.[925] Bu durumda cesetlerin **P1–1** kapsamına girip girmediği incelenmelidir.

Canlı insan vücudunun **AİHS** Madde 8 kapsamına gireceği yukarıda söylenmişti. Kişilik ölümle son bulduğuna ve hali hazırda Mahkeme

---

922 18 ve 19. yüzyıllarda cesetlerin tıp eğitimi ve araştırmalarında çok sık kullanılması hukuk literatüründe hemen yankı bulmuştur. Bkz. Boulier, **a.g.m.**, sf:707-711; Margaret Davies-Ngaire Naffine, **a.g.e.**, sf:106, 108-110; Murphy-Roberts-Flessas, **a.g.e.**, sf:36 ve bu çalışmalarda zikredilen eserler.

923 Serozan-Engin, **Miras Hukuku**, sf:97-99; Özsunay, **a.g.e.**, sf:212-213; Dural-Öğüz, **Kişiler Hukuku**, sf:26; Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, sf:23; Gürsoy-Eren-Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, sf:22; Akıncı, **a.g.e.**, sf:151, 153; Halil Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, sf: 81-82; Ümit Gezder, "*Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Doktrini*", **İÜHFM**, Cilt :LXV, Sayı: 1, 2007, sf:207-222, özellikle 212-215.

924 Bkz. *The Estate of Kresten Filtenborg Mortensen v. Denmark*, App. No.13338/03, Admissibility Decision of 15 May 2006. Bu karar iki ay sonra *Jaggi v. Switzerland*, App. No.58757/00, Judgment of 13 July 2006, para.42'de teyit edilmiştir. Kanımca AİHM'in bu yaklaşımı oldukça tartışmalı olup değişmeye adaydır.

Diğer yandan erken dönemde verilen ilginç bir kararda AİHK, küllerinin kendi bahçesine serpilmesini isteyen kişinin talebinin reddedilmesini **AİHS** Madde 8 açısından incelediği bir vakada, bu isteğin özel yaşama saygı hakkının kapsama alanına girdiği ve fakat o tarihlerde AK üyesi Devletlerin konuya ilişkin hukuk politikası dikkate alınarak somut olayda hakka bir müdahale olmadığı sonucuna varmıştı. Bu vakanın bizi ilgilendiren bir diğer ilginç yönü ise, küllerini bahçesine serpmek isteyen kişinin yargılama safhasında ölmüş olması ve oğlunun davayı devam ettirmesidir. Komisyon bu açıdan bir sorun görmemiştir (bkz. *X. v. Germany*, App. No. 8741/79, Admissibility Decision of 10 March 1981, para. 2.) Dolayısıyla bu karar, Madde 8'in *post mortem* uygulanabileceği iddiasına destek olacak şekilde okunabilir.

925 Bu konu Kıta Avrupası medeni hukuk literatüründe de tartışılmaktadır. Bkz. Serozan-Engin, **Miras Hukuku**, sf:97-99; Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, sf:23 ve dn. 28a; Akkanat, **a.g.e.**, sf:85-87; Gezder, **a.g.m.**, sf:215-220.

Madde 8'in ölüm sonrası evreyi kapsamadığını hükme bağladığına göre, vücudun **P1–1** anlamında eşya statüsünde olmadığını gösteren argümanlar burada geçerli değildir.

O zaman gömülmemiş cesetlerin **P1–1** anlamında eşya statüsünde olduğu kabul edilebilir.[926] Zira, ceset açıkça hem bir manevi değer hem de bazı hallerde ekonomik değer oluşturmaktadır. Ekonomik değer oluşturma ölçütü pek kullanışlı değilse de, manevi değer oluşturma ölçütününün işlevselliği bu açığı kapatır. Bu eşya üzerinde kanuni mirasçıların iştirak halinde mülkiyetleri olması makul bir yaklaşım olacaktır; manevi ölçüt, ilk etapta ve somut akraba birey özelinde aksi ispatlanana dek, onlar bakımından anlamlıdır. Burada yine devir ve intikale elverişlilik ile eşya statüsü arasındaki ayrıma dikkat edilmelidir. Kadavra (ceset) belki ticari işleme konu olamaz (özel hukuk sözleşmesinin hukuka ve ahlaka aykırı olmama koşulu) ama, bağışlamaya (örneğin tıp fakültesine) konu olabilir. Bunun için ölüm öncesi bunun istenmiş/yasaklanmamış olması yeterlidir. Burada bağışlamayı yapmaya kim yetkilidir sorusu[927], yukarıda geliştirilen model doğrultusunda cevap bulacaktır: Tüm kanuni mirasçılar. Doğal olarak, kadavrayı alan kurum ceset üzerindeki mülkiyet hakkını kazanmış olacaktır. Benzer gerekçelendirme cesetlerden alınacak parçalar için de geçerlidir. Bu parçalar insan formunda bir canlıya aktarılma anına kadar eşya statüsündedir. Bu eşya üzerinde, burada izlenen yaklaşım gereğince, öncelikle tüm kanuni mirasçıların iştirak halinde ya da müşterek mülkiyetlerinin olacağının ka-

---

926 ABD hukukunda cesetler üzerinde akrabaların "mülkiyet benzeri bir hakka/*quasi property right*" sahip olduklarını kabul eden mahkeme kararları bulunmaktadır. Bkz. Boulier, **a.g.m.**, sf:709-711; Cain, **a.g.m.**, sf:451-452. İngiliz hukukunda benzeri mahkeme kararları mevcuttur. Bkz. Bridge, **a.g.e.**, sf: 4. Türk hukukunda ceset üzerinde mülkiyet hakkı (veya mülkiyet benzeri bir hak) kurulması fikri tartışılmaksızın ve gerekçe gösterilmeksizin reddedilmektedir. Bkz. Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:71, 251; Özsunay, **a.g.e.**, sf:212 ("ceset üzerindeki hak, eşya hukukuna ilişkin bir mülkiyet hakkı olmayıp, ölenin yakınlarının kişilik hakları çemberinde yer alan bir kişilik hakkıdır."); Dural-Öğüz, **Kişiler Hukuku**, sf:26 ("...ölenin cesedi ne ölenin kişiliğinin bir uzantısıdır ne de bir eşyadır".); Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, sf:23 ("Ceset bir maddedir; fakat hukuk alanında bir eşya olarak telakki edilmez. Bu yüzden hukuki işlemlere konu teşkil etmez".). İstisnai olarak doktrinde Akıncı, **a.g.e.**, sf:145-154'de cesedin hukuki niteliğini ve statüsünü ayrıntılı olarak tartışmaktadır. Diğer yandan Gürsoy-Eren-Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, sf:22'de cesedin hukuki anlamda şey olmadığını belirtikten sonra akrabaların ceset üzerindeki hakkının mülkiyet hakkı olmamakla birlikte buna benzeyen mutlak bir hak olduğu görüşünü savunmaktadır. Yine Akkanat, **a.g.e.**, sf:82'de, cesedin hukuki niteliği üzerine çeşitli görüşler zikredilirken, ölenin yakınlarının ceset üzerinde mülkiyet hakkına benzer kendine özgü bir mutlak hak sahibi oldukları ve bu hakkın içeriğinin örf-adet hukuku ile hakimin kural koyma yetkisi uyarınca belirleneceği görüşü de aktarılmaktadır.

927 Türk hukuku açısından aynı soru ve cevabı için bkz. Akıncı, **a.g.e.**, sf:156-161; Dural-Öğüz, **Kişiler Hukuku**, sf:27.

bulü gerekir. Elbette bu mirasçılar, parçaları bir kuruma ya da alıcı kişiye devredebilirler. Bu devir gerçekleşene dek cesetten çıkarılmış parçaların mülkiyeti mirasçılarda kalmaya devam edecektir. Cesetin mirasçılar arasında aynen taksimi mümkün olmadığı için, dağılma anında en yakın akrabaya bırakılması makul bir çözüm tarzı olacaktır.

Bu durumda ceset üzerinde mirasçı olmayan bir akrabanın onayına dayanan tasarruf **P1-1**'e bakımından sorunlu olur. Yine mirasçıların rızası olmaksızın ve fakat ulusal hukuka uygun olarak ölüden rıza dışı parça alındığında, **P1-1** hükmünde yer alan sınırlama klozunda kaynaklanan mühalazalar saklı kalarak, **P1–1** açısından sorumluluğun doğabileceğini öngörmek mümkündür.

Diğer yandan gömülmüş bir cesedin **P1–1** açısından tabi olacağı hukuki rejim daha farklıdır. Zira artık burada üzerinde doğrudan tasarrufta bulunulabilecek bir kadavra yoktur. Ceset toprakla bütünleşmiştir. O halde burada artık cesedin ayrı bir varlığından söz edilemez; olsa olsa bir tamamlayıcı parça niteliğindedir. Yukarıda mezar yerlerinin **P1–1** anlamında eşya olduğu gösterilmişti. Buna göre, gömülmüş cesedin sahibinin mezarın sahibi olduğu düşünülmelidir.[928]

Bu bağlamda ek bilgi olarak, ister daha önce gömülmemiş olsun isterse de gömülmüş ve fakat bilahare defin yerinden çıkarılmak suretiyle olsun, cesetlerin bir ülkeden başka bir ülkeye nakledilmesi söz konusu olduğunda uluslararası hukuk devreye girebilir. Nitekim, 26 Ekim 1973 tarihinde imzaya açılan ve 11 Kasım 1975 tarihinde yürürlüğe giren "**Cenazelerin Nakli Anlaşması**"[929], bu konuda Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan spesifik bir belgedir. Bu Anlaşma Madde 1-7 hükümlerinde, cenazelerin hava yolları dahil bir ülkeden diğerine sevk edilme, transit geçiş ve gidilecek ülkeye kabulüne dair usuller konusunda düzenleme yaptığı görülmektedir. Örneğin, Madde 7'de, içinde cenaze bulunan tabutun "normal bir yük olarak nakledilmesi" ("*If the coffin is to be transported like an ordinary consignment*") haline ilişkin düzenleme yer almaktadır.

---

928 AİHM, bir başka bağlamda olmakla birlikte, mezar sahibiyle (veya kirasını ödeyenle) mezarda yatanın farklı kişiler olduğu hallerde, mezara sahip olanın haklarına önem vermektedir. Bkz. *Jaggi v. Switzerland*, App. No.58757/00, Judgment of 13 July 2006, para.41.

929 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 26/10/1973 tarihinde imzaya açılan "**Cenazelerin Nakli Anlaşması**" ("*Agreement on the Transfer of Corpses*"), 11/11/1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 05/03/2008 tarihi itibariyle, bu Anlaşmayı AK üyesi 21 Devlet onaylamıştır ve 2'de ise sadece imzalamış durumdadır. Türkiye bu Anlaşmayı 26/10/1973 tarihinde imzalamış ve 19/12/1975 tarihinde onaylamıştır; Anlaşma Türkiye bakımından 20/01/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Anlaşmanın Türkçe resmi çevirisi için bkz. (RG, 06/08/1975, s.15318).

e) Enerjiler ve Doğal Güçler

Enerjilerin ve doğal güçlerin hukuki statüsü eşya hukukçularının ilgisini çeken bir problemlerdir. Genellikle kabul edilen görüş uyarınca enerjiler klasik anlamda cismani bir nesne olmamalarına rağmen, hukuk düzeninin kabul ettiği bir varsayım uyarınca taşınır eşya rejimine tabi tutulmuşlardır.[930] Aslında madde ya da cismani nesne enerjinin katılaşmış formu olduğu için bu varsayım yerindedir.[931] Hem elektrik gibi enerjiler hem de doğalgaz ve su gibi cismani doğal güçler devir ve intikale elverişlidir.

Bu durumda bu tip enerji ve doğal güçlerin, ulusal (ve hatta AB hukuku gibi ulusalüstü) hukuklar uyarınca özel mülkiyet kapsamında olduğu kabul edildiği müddetçe[932] **P1–1** korumasından yararlanabileceğini öngörmek mümkün oluyor. Bilinebildiği kadarıyla bu konuda spesifik bir içtihat bulunmamasına rağmen, zaman duvarı dışında herhangi bir engel göze çarpmıyor.

f) Taşınır Kültür Varlıkları

Strasbourg organlarının içtihadına konu olmuş ilginç bir taşınır kategorisi kültür varlıklarıdır. Değerli resim, heykel vb. sanat eserlerini ifade eden ve kişisel koleksiyonlara konu olan bu tip taşınırların **P1–1** açısından mülkiyet hakkı kapsamına girdiğine kuşku yoktur. Gerçi bazı hallerde söz konusu taşınır kültür varlıkları, ulusal mevzuat uyarınca özel hukuk kişileri arasında hukuki tasarrufa ve özellikle devir ve intikale elverişli olmayabilir. Ancak böyle bir olasılıkta bile, sadece devir ve intikal yasağı söz konusudur; o kültür varlığının eşya statüsüne halel gelmez. Bu konuya yukarıda çeşitli vesilelerle soyut düzlemde değinilmişti.

Bir taşınır kültür varlığının içtihada konu olduğu ilk olay *Beyeler* başvurusudur. Başvurucu, bir müzayedeci aracılığıyla Van Gogh'un bir tablosunu bir koleksiyonerden almıştır. Koleksiyoner satışı ilgili mevzuat uyarınca kamu makamlarına bildirmiş, kamu makamları zaman aşımı süresi içinde mevzuat çerçevesinde sahip oldukları ön alım hakkını[933] kullanmamıştır. Başvurucunun satın aldığı tabloyu yurt dışına çıkartma girişimi ise engellenir. Yıllar geçtikten sonra yetkili makamlar, ilgili mev-

---

930 Örneğin Avrupa Birliği'nin vergi mevzuatı bu varsayımı benimsemiştir. Bkz. 2006/112/EC Directive of 28 November 2006 "*on the common system of value added tax*", Madde 15/1 (Official Journal of the European Union, 11/12/2006).

931 Ayiter, **Mamelek**, sf:114; Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:249; Oğuzman- Seliçi- Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, sf:6-7, 568-569; Ertaş, **Eşya Hukuku**, sf: 54,454.

932 Gerekli koşullar için bkz. Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:249-250.

933 Ön alım hakkı, Devletlerin kültürel malvarlığını korumak yolunda sahip oldukları önemli bir hukuki araçtır. Genel bilgi için bkz. Özel, **a.g.e.**, sf:180-181.

zuat çerçevesinde sahip olduklarını ileri sürdükleri yetkiye dayanarak tabloyu ön alım hakkıyla satın alır. Başvurucunun yargısal girişimleri sonuç vermez ve uyuşmazlık AİHM önüne gelir. Mahkeme önünde **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından sadece zaman duvarı etkisi tartışılır; tablonun **P1–1** anlamında eşya olduğu kuşkusuzdur.[934]

Taşınır kültür varlıklarının AİHM önüne geldiği ikinci dava Lihtenştayn Prensi II. Hans-Adam tarafından Almanya'ya karşı açılan davadır. Davanın konusu Prensin babasına ait olan bir tablonun iadesidir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında bir önceki prens olan babasına (II. Franz Josef) ait değerli bir tablo Çekoslovakya tarafından devletleştirilmiştir. Çekoslovak makamları nezdindeki girişimler sonuçsuz kalmıştır. Uzun yıllar sonra, doğu blokunun çözülmesi ertesinde bir Alman belediyesi, Çek Cumhuriyetinden söz konusu tabloyu sergilemek için hukuken ödünç almıştır. Bunu öğrenen başvurucu Lihtenştayn Prensi derhal Alman yargı makamlarına başvurmuş ve tablonun Çek Cumhuriyeti'ne iadesinin önlenmesini ve kendisine verilmesini talep etmiştir. Ancak Alman yargı yerleri özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra akdedilen çok taraflı andlaşmalar temelinde şikayetin esasını incelemeye yetkili olmadıklarına ve tablonun Çek Cumhuriyeti'ne iadesine karar vermiştir.

Başvurucu Prens AİHM önünde tablonun Çek Cumhuriyeti'ne iadesi kararı verilmesinin **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüştür Mahkeme ise, nesne bakımından bir sorun görmemiş ve fakat zaman duvarı açısından başvurunun **P1–1** kapsamı dışında kaldığına karar vermiştir.[935] Mahkemeye göre, Prensin babasının tabloya sahip olduğu zaman dilimi, kendisinin zaman yönünden yetkisinin (*ratione temporis*) dışında kaldığından ve süre giden ihlal durumu da gözlemlenmediğinden **P1–1** anlamında mülkiyet hakkına bir müdahale yoktur.[936]

---

934 *Beyeler v. Italy*, Judgment of 5 January 2000, paras.8-63, 98-105.

935 Aslında benzer bir karar iki Almanya'nın birleşmesinin doğurduğu eski hale iade davalarından birinde gündeme gelmişti. Başvurucu ailesinden kalma malikanelerinin ve tablolarının iadesini talep etmişti (bkz. *Friedrich-Carl Krug von Nidda und von Falkenstein v. Germany*, App. No. 25043/94, Admissibility Decision of 24 February 1997) Yukarıda zaman duvarı başlığı altında bu tip davalarının büyük çoğunluğunun **P1-1**'in kapsama alanı dışında kaldığından bahsedilmişti.

936 *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, App. No.42527/98, Judgment of 12 July 2001, paras.78-87. Prens II. Hans-Adam, AİHM tarafından reddedilince, işin peşini bırakmayarak kişisel taleplerini Lihtenştayn ile Almanya arasında uluslararası yargısal bir sorun haline getirmiştir. AİHM'in ret kararından iki hafta önce ve 27 Haziran 2001 tarihli son oturumdan dört gün sonra, 1 Temmuz 2001'de olay Lihtenştayn tarafından Uluslararası Adalet Divanına (UAD) taşınmıştır. Almanya Lihtenştayn'ın başvurusu hakkında bir dizi ilk itiraz ileri sürmüştür. Bunlardan birincisi, uyuşmazlığın iki Devlet arasında değil, Prens ile Çek Cumhuriyeti arasında olduğu idi; UAD bu ilk itira-

Hans-Adam II kararı vesilesiyle kaçırılan taşınır kültür varlıklarının ya da kültürel mirasın korunmasında klasik hukuk yollarının dışında insan hakları denetim usullerinden faydalanılmasının önünün açıldığı söylenebilir. Zaman duvarı sebebiyle başarısız olan Prensin başvurusu bile, *Beyeler* hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, zaman duvarı aşılmış olsaydı tablonun geri alabileceğine dair umut verici ipuçları içermektedir.[937] Nitekim konu itibariyle farklı nitelikte olan *Beyeler* kararında dahi Mahkeme, kültürel varlıkların korunmasına dair çok sayıda UNESCO belgesinden konuya ilişkin olanı[938] hatırlatmış ve bu sözleşmenin gereğinde dikkate alınacağını vurgulamıştır.[939] Her halükarda, teorik olarak insan hakları korumasının kapısı açılmıştır. Bu korumadan özel mülkiyete tabi malların sahibi olduğunu iddia eden gerçek veya tüzel kişiler yararlanabilir. Hatta Çalışmanın Birinci Bölümünde ortaya konulan koşullar mevcut olduğunda, bir kamu tüzel kişisi dahi taşınır kültür varlığının bakımından Sözleşme tarafı bir Devlete karşı AİHM'e başvurabilecektir. Şu husus da unutulmamalı ki *Beyeler* kararında Mahkeme, sanat ve kültür varlıkları piyasasını düzenleme bakımından Devletlerin tutarlı, zamanında ve uygun şekilde hareket etme yükümlülüğü bulunduğu hükme bağlanmıştır.[940]

---

zı kabul etmedi. İkincisi UAD'nin zaman yönünden yetkisine ilişkindir. UAD, şikayet konusu olayların 1945 yılında cereyan ettiğini ve özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra akdedilen çok taraflı andlaşmalar temelinde bir çözüme ulaştığını kabul ederek Almanya'nın bu ilk itirazını benimsemiştir. Bkz. *Case Concerning Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, ICJ, Preliminary Objections, Judgment of 10 February 2005.

937 Bu tip uyuşmazlıklarda olası bir ihlal kararında giderimin nasıl yapılacağı ayrı bir sorundur. *Beyeler* kararında eski hale iade Mahkemece benimsenmemiş, yerine çok yüksek (yaklaşık 1.500.000 Euro) bir tazminat verilmiştir (bkz. *Beyeler v. Italy*, Just Satisfaction Judgment of 28 May 2002). Prensin açtığı dava ise, kazanılmış olsaydı, eski hale iade tipi bir giderimin uygulanmasına elverişliydi.

938 The Unesco Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property was signed in Paris on 14 November 1970 and came into force on 24 April 1972. Madde 4 hükmünün orijinali şöyledir:

"The States Parties to this Convention recognise that for the purpose of the Convention property which belongs to the following categories forms part of the cultural heritage of each State:

(a) cultural property created by the individual or collective genius of nationals of the State concerned, and cultural property of importance to the State concerned created within the territory of that State by foreign nationals or stateless persons resident within such territory;

(b) cultural property found within the national territory;

(c) cultural property acquired by archaeological, ethnological or natural science missions, with the consent of the competent authorities of the country of origin of such property;

(d) cultural property which has been the subject of a freely agreed exchange;

(e) cultural property received as a gift or purchased legally with the consent of the competent authorities of the country of origin of such property."

939 *Beyeler*, para. 113.

940 *Beyeler* kararının bu özelliklerine III. Bölümde, mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülülüğü bahsinde değinilecektir.

B) Gayri Maddi Nesne (*Res incorporales*)

Maddi olmayan nesnelerin fiziksel dünyada bir karşılığı yoktur; bunlar hak objesidir. Bu yönleriyle kural olarak devir ve intikale elverişli değerlerdir.[941] Türk medeni hukukunun dahil olduğu sistemde maddi olmayan nesneler üzerinde mülkiyet hakkı kurulamaz; ama aşağıda gösterileceği üzere, **P1–1** sisteminde pekala kurulmaktadır.[942] Gayri maddi nesnelerin hukuki bir obje kategorisi olarak tanınmasının kökeni, hukukla ilgili hemen her durumda olduğu gibi, Roma hukukuna kadar gider.[943]

Aslında, kateogoriyi ifade etmek üzere kullanılan dilin yetersizliği hemen dikkati çekmektedir. "Nesne" fiziksel evrende belirli bir yer kapsayan şeyi ifade eder. Dolayısıyla nesne dendiğinde, zorunlulukla cismani/maddi bir şey kastedilmektedir. Buna göre, nesnenin maddi olmayan bir türü olamaz. Bu sorun bütün diller özelinde görülmektedir. Demek ki, binlerce yıllık geçmiş bile dilde gerekli uyarlamalara ve insan aklının yeni kategoriler yaratmasına yeterli olamamıştır.

1) Fikri Mülkiyet

İçtihadi birikim tarandığında görülecektir ki, kayda değer sayıda karar fikri mülkiyetle ilgilidir. Konunun öneminden ötürü fikri mülkiyete diğer nesne türlerine göre daha fazla yer ayrılmıştır. Fakat öncelikle, terminoloji meselesi üzerinde kısaca durulmalıdır. Bu çalışmada "fikri mül-

---

941 Ayiter, **Mamelek**, sf:113.

942 Zaten Türkçede mal anlamına gelen Fransızca "biens" terimi, Fransız hukukunda maddi olmayan malları kapsar (Bkz. Gürsoy- Eren-Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, sf:19). **P1-1**'in Fransızca otantik metninde kullanılan terim de *biens*'dir.

943 Iustinianus, **Institutiones- 2, 2, 1-3**, paras.1-3 (İkinci Kitabın "Gayri Maddi Şeyler Hakkında" başlıklı İkinci Bölümü), sf:91-93 (mutat referans şöyledir: **Iustiniani Ins. 2, 2, 2-3**). Iustinianus şöyle diyor: "Bundan başka, bazı şeyler maddi (*res corporales*), bazı şeyler gayri maddidir (*res incorporales*). **1.** Maddi eşya, mesela, bir arazi, bir köle, bir elbise, altın, gümüş ve buna benzer hesapsız şeyler gibi, mahiyetleri icabı maddeten idrak edilebilen eşyadır. **2.** Maddeten idrak edilemeyen şeyler gayri maddidir: miras, intifa, her hangi bir surette meydana gelmiş borç münasebetleri, gibi, bir haktan ibaret olanlar böyledir. Mirasın maddi şeyleri ihtiva etmesi vaziyeti değiştirmez: bir gayri menkulden elde edilen semeler de maddidir, ve keza, her hangi bir borç münasebeti neticesi bize borçlu bulunan şeyler ekseriya, mesela, bir arazi, bir köle veya bir miktar para gibi maddi bir şeydir: bununla beraber miras hakk, intifa hakkı, borç münasebetinden doğan hak, gayri maddidir. **3.** Şehir ve köy gayri menkulleri üzerinde bulunan ve irtifak (*servitus*) ismi verilen haklar da gayri maddi eşya meyanındadır."

Ayrıca bkz. Oğuzoğlu, **a.g.e.**, sf:141-142; Villey, **a.g.e.**, sf:92-97. Gerçi Roma hukuku literatüründe *res in corporales* kategorisinin Bizanslılarının uydurduğu hukuken bir değeri olmayan soyut bir sınıflama olduğu da ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz. Koschaker, **a.g.e.**, sf:101. Koschaker, herhalde, Iustinianus, **Institutiones**'i kastetmiş olsa gerekir.

kiyet" kavramı ve terimi tercih edilmiştir. Fakat bu tercih açıklanmaya muhtaçtır. Şöyle ki, fikri mülkiyet kavramı, fikri hakların klasik anlamda mülkiyet hakkı olduğuna ilişkin Locke'çu emek anlayışına dayanan[944] teorik düşünceden kaynaklanmaktadır.[945] Ancak klasik mülkiyet yaklaşımının fikri hakların niteliğini açıklamakta yetersiz kalması sebebiyle farklı teoriler geliştirilmiştir. Bu teoriler arasında Kantçı-Hegelci kişilik hakları teorisi[946] ve fikri hakların kendine özgülüğü (*sui generis*) teorisi önemli bir yer işgal eder.[947]

---

944 Ancak şu bilgi önemle eklenmelidir ki, Locke, klasik mülkiyet anlayışını geliştirdiği eserinin hiçbir yerinde "fikri mülkiyet" kavramını ele almamış; bu konuda en ufak bir açıklamada bulunmamıştır. Bkz. John Locke, **The Second Treatise of Government**, (Edited by Thomas P. Peardon), Liberal Art Pres, 1952, New York, Chapter V, paras.25-51, sf:16-30. Dolayısıyla bazı eserlerde fikri mülkiyet teorisinin kurucusu olarak doğrudan bu esere yapılan atıflar hatalıdır. Fikri mülkiyet teorisini, Locke'un emek-mülkiyet teorisini entellektüel alana uyarlayan diğer düşünürler geliştirmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Davies-Naffine, **a.g.e.**, sf:134-136; Justin Hughes, "*The Philosophy of Intellectual Property*", **Georgetown Law Journal**, Vol. 77, sf:287-366, özellikle 296-331; W. Baer, "*A Theory of Intellectual Property and the Biodiversity Treaty*", **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Vol. 21, 1995, sf:259-281, özellikle 262-266; Robert L. Ostergard Jr, "*Intellectual Property: A Universal Human Right*", **HRQ**, Vol. 21, N. 1, 1999, sf:156-178, özellikle 159-162; İbrahim Emre Bayamlıoğlu, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, sf:46-48, 54-56, özellikle 56).

945 Bir önceki dipnotunda zikredilenler dışında genel olarak bkz. Stephen P. Ladas, **The International Protection of Literary and Artistic Property -Vol. 1**, The Macmillan Company, New York, 1938, sf:1-12, özellikle 1-4; Nuşin Ayiter, **Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri**, AÜHF Yayınları No. 309, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, sf:4-5, 29-34; Lionel Bently-Brad Sherman, **Intellectual Property Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2004, sf:3-5, 32-37, 327-329, 699-702; Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Dördüncü Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul, Aralık 2005, sf:1-5, 85-88.

946 Immanuel Kant, **Science of Right**, sf:130-131; Hegel, **Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, paras.43, 68-69. Ayrıca bkz. Jeanne L. Schroeder, "*Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property*", **University of Miami Law Review**, Vol. 60, 2005-2006, sf:453-503; Justin Hughes, **a.g.m.**, sf:287-366; Bayamlıoğlu, **a.g.e.**, sf:48-51-57-58. Almanca'da "fikri mülkiyet" teriminin karşılığı olarak eskiden kullanılan (bkz. Ladas, **a.g.e.**, sf:2 ve dn. 1) ve bugün tekrar gündeme getirilen ama henüz yaygın kabul görmemiş olan (bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:2-3 ve dn.5a) "*Geistiges Eigentum*" terimindeki "*geistiges*" kelimesiyle Hegel'in temel kavramı "*geist*" terimi arasındaki benzerliği not edelim. Ancak "*geistiges Eigentum*" terimi Hegelin kendi ifadelerinde görülmez.

947 Yukarıdaki dipnotlarda zikredilen kaynaklarda bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi bulunmaktadır. Ayrıca bkz. Duygun Yarsuvat, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, Genişletilmiş 2. Baskı, İÜ Yay No.3247, Siyasal Bilimler Fakültesi Yay. No. 16, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1984, sf:42-49. Ancak, bu kitapta, sf:48 ve para.41'de, "emek teorisi" ile Locke'un emek-mülkiyet teorisinden türeyen "fikri mülkiyet" teorisinin iki bağımsız/alakasız teoriymişçesine ele alınması ve "emek" teorisinin incelendiği paragraflarda bu bağlantının kurulmamış olması kanımca eleştiriye açıktır. Zira bütün bir "fikri mülkiyet" teorisi, "emek" temellidir. Ayrıca Yarsuvat'ın eserinin 44. sayfasında "fikri mülkiyet" teorisi özelinde verilen bilgiler ve yapılan atıflarda çeşitli sorunlar bulunmaktadır. Birinci sorun, Hegel ve Fichte'nin de fikri mülkiyet teorisinin savunucu-

Bununla beraber, fikri mülkiyet terimi günümüzde halen yerleşik olarak kullanılmaktadır. Bu alanı düzenleme yetkisiyle donatık uluslararası/ulusalüstü örgütler de fikri mülkiyet (*intellectual property*) terimini kullanmaktadırlar. Bu eğilim, globalleşmenin de etkisiyle, "fikri mülkiyet" teriminin ve giderek kavramının tekrar ulusal hukuklarda yerleşmeye başlamasını sonuçlamaktadır. Elbette, teriminin bu haliyle kullanılması, onu klasik medeni hukuk/eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkı kılmamaktadır.[948]

Fikri mülkiyet haklarının (ya da fikri haklar) düzenlenmesi 19. yüzyılın ikinci yarısından bu yana uluslararası bir nitelik arz etmekte. Başta internet olmak üzere iletişim teknolojilerindeki baş döndürücü ve takibi neredeyse olanaksız gelişmeler çok ciddi fikri mülkiyet sorunları doğuruyor. Bu sebeple fikri hakların uluslararası niteliği 1990'lar sonrası daha da güçlendirilmiştir ve özel bir rejime tabi tutulmaktadır. Bu rejimi spesifik andlaşmalar ve uyuşmazlık çözüm mercileri eliyle Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO, www.wipo.int)[949], Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ/WTO, www.wto.org), Avrupa Patent Ofisi (APO/EPO, www.epo.org) gibi hükümetlerarası kurumlar belirlemektedir.[950]

---

ları arasında gösterilmesidir. Oysa bu isimler ve özellikle Hegel, Kantçı kişilik hakları ve giderek eser sahipliği teorisinin savunucuları arasındadır. İkinci sorun, bu hatalı bilgilerin kaynağı olarak Yarsuvat'ın Ladas, **a.g.e.**, sf:8'e atıf yapmasıdır. Ladas, **a.g.e**, sf:8'te Yarsuvat'ı destekleyecek bir bilgi ya da yorum olmadığı gibi, söz konusu düşünürlerin isimleri dahi zikredilmemektedir.

948 Terminoloji konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:1-4, paras.1-8. Ayrıca bkz. Saibe Oktay Özdemir, "*Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği*", **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, Vedat Kitapçılık, Ekim 2004, sf:571-598, 571-572.

949 Alberto M. Aronovitz, "*Individual Patrimonial Rights under the European Human Rights System- Some Reflections on the Concepts of Possession and Dispossession of Property*", **International Journal of Legal Information**, Vol. 25, 1997, sf: 87-104, 94 ve dn. 15'te, teorik bir bilinç olmaksızın **P1-1**'in kapsamı bağlamında WIPO belgelerine atıf yapılmaktadır. Yazar, **a.g.m.**, sf: 90 ve dn. 9'da da, hemen aşağıda ayrıntılı olarak değinilecek olan BM **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi**nin fikri mülkiyeti düzenleyen 15. Maddesine atıf yapmaktadır. Ancak yazar bu atfı, sadece BM belgelerinde mülkiyet hakkına yer verilmediğine ilişkin yaptığı tespitin istisnasını göstermek amacıyla yapmıştır.

950 Bu örgütler ve oluşturdukları fikri mülkiyet andlaşmalar-rejimi hakkında genel bilgi için bkz. Lowenfeld (Rochelle C. Dreyfuss), **International Economic Law**, sf:337-360; Bently-Sherman, **Intellectual Property Law**, sf:5-25; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:67-78; Ali Necip Ortan, **Avrupa Patent Sistemi – 2 Cilt**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991 ve 1992; Serap Keskin, **Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması**, Seçkin Yay., Ankara, 2003, sf:22-34; Mustafa Ateş, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin Yayınları, Ocak 2003, Ankara, sf:41-52; Cahit Suluk-Ali Orhan, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku- Cilt II:Genel Esaslar ile Fikir ve Sanat Eserleri**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2005, sf:47-80.

Fikri mülkiyet alanı teknolojik gelişmelere bağlı olarak son derece hızla değişmektedir. Daha doğrusu, yeni teknolojik gelişmelerin doğurduğu yeni fikri mülkiyet sorunları ortaya çıkmaktadır. Bu sorunların bir kısmına mevcut norm ve anlayışlarla cevap verilebilirken bir kısmı yeni norm ve anlayış gerektirmektedir.

Klasik anlamda fikri mülkiyet çok çeşitli alt kategori fikri ürünleri ve fikri hak alanlarını kapsamaktadır. Bu alt kategoriler arasında bir yanda eser sahibinin hakları, patent ve endüstriyel tasarımlar gibi fikri ürünler bulunurken diğer yanda marka, coğrafi işaretler, ticaret unvanı, işletme adı gibi ayırt edici ad ve işaretler de bulunmaktadır.[951] Strasbourg organları içtihadında fikri mülkiyetin bazı türleriyle ilişkili kararlar bulmak mümkündür. Buna göre, fikri mülkiyet **AİHS** koruma şemsiyesi altına girmektedir.[952]

---

951 Fikri mülkiyet türlerinin kategorileştirilmesinde genel olarak Prof. Dr. Tekinalp'in sistematiği ve terminolojisi benimsenmektedir. Bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:1-30. Ayrıca bkz. ve krş. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, sf:5-15.

952 Bir genel eleştiri olarak söylenmelidir ki, işbu Çalışmanın yazarının gözünden kaçırmış olabileceği eserlere ilişkin olasılık saklı kalmak kaydıyla, Türk fikri mülkiyet hukuku doktrini, fikri hakların AİHM özelinde ulusalüstü insan hakları hukuku korumasından yararlanabilme olanağını şimdiye dek incelememiştir.

Bu vesileyle ve yanlış bilgilerin piyasadaki dolaşımını engellemek amacıyla doktrindeki bir çalışmaya bazı eleştiriler yöneltilmelidir. "**Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku**" başlıklı kitaplarının "**Genel Esaslar ile Fikir ve Sanat Eserleri**" temalı ikinci cildinin 85. sayfasında yazarlar Cahit Suluk ve Ali Orhan, fikri haklar ile AİHM arasında ilişki kurmayı "başarmıştır". Ancak yazarların ifadeleri oldukça sorunlu ve şaşırtıcıdır. Önce yazarların ifadelerini alıntılayalım ve sonra eleştirelim: "Yine Türkiye'nin de **taraf** olduğu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 27. maddesinde fikri mülkiyet haklarının korunacağı düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. no.lu Protokolünün 1. maddesinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. **Avrupa Adalet Divanına** göre, bu madde hükmüyle korunan mallar; her türlü menkul, gayrimenkul, maddi ve gayri maddi mamelekle ilgili haklardır. Yani **Divana göre**, fikri mülkiyet hakları da anılan hükümde belirtilen **mülkiyet kavramına dahildir**" (dipnotlar çıkartılmış ve vurgular eklenmiştir.). Bkz. Cahit Suluk-Ali Orhan, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku- Cilt II:Genel Esaslar ile Fikir ve Sanat Eserleri**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2005, sf:85.

Öncelikle, Devletlerin Bildirilere "taraf" olamayacağını hatırlatmakla işe başlayalım. Bildiriler "taraf olunan" uluslararası hukuk belgeleri arasında yer almazlar. İkinci olarak, yazarların vahim hatasına dikkat çekmek gerekir. Yazarların kullandığı "Avrupa Adalet Divanı" **AİHS**'in bir organı olmayıp Avrupa Birliğinin (Toplulukları) üst yargı organıdır. Bu vahim hatanın bir anlık dalgınlık sonucu meydana geldiğini kabul edecek olsak bile, yazarların bu cümlelerinin sonunda atıf yaptıkları Gölcüklü-Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 1994, Ankara, Turhan Yay, sf:320'de (biz Çalışmamızın ilgili yerlerinde bu eserin yenilenmiş son baskısına atıf yapmaktayız), elbette, yargı organının doğru olarak ifade edildiği görülecektir. Bu, yazarların atıf yaptıkları eserdeki ifadeyi doğru şekilde nakledemedikleri anlamına gelir. Üçüncü ve daha vahim hata ise, yazarların ifadelerinin özüne ilişkindir. İşbu Çalışmada gösterileceği üzere, fikri hakların **AİHS P1–1** kapsamında görülmesine yönelik içtihatlar AİHM tarafından değil, AİHK tarafından üretilmiştir; AİHM bu içtihatları daha yeni benimse-

Bu kararların incelenmesine geçmeden önce, fikri mülkiyetin bir insan hakkı olarak tanınması hususunda bazı gözlemlerde ve değerlendirmelerde bulunmak gerekir. Böyle bir gözlem ve değerlendirmenin, hem Strasbourg organlarının kararlarının **P1–1** çerçevesindeki analizinde faydalı olacağı, hem de "fikri mülkiyet-insan hakları" ilişkisini görece geç fark eden uluslararası düzeydeki hukuk çevresinin çalışmalarında[953] yol gösterici olacağı umulabilir.

---

miştir. Bu sebeple, her iki Organı da kapsayacak şekilde "Strasbourg organları" terimi tercih edilmelidir. Kaldı ki, yazarların atıf yaptığı Gölcüklü-Gözübüyük'te zikredilen hükümlerin hiçbiri fikri mülkiyete ilişkin değildir. Zaten en yenisi 1989 tarihli olan AİHM hükümlerinde bu yönde belirleme olması mümkün değildir; çünkü fikri mülkiyetin (eser sahipliği) **P1–1** kapsamına "girebileceği" yönündeki ilk karar, AİHK tarafından üretilen 1994 tarihli *A. D. v. Netherlands* kararıdır. (Bkz. App. No.21962/93, Admissibility Decision of 11 January 1994, **DR Vol. 76-A**, March 1994, sf:157-163. Bu karar aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır). Sonuç olarak Suluk ve Orhan'ın "(y)ani Divana göre, fikri mülkiyet hakları da anılan hükümde belirtilen mülkiyet kavramına dahildir" şeklindeki ifadeleri tamamen yanlıştır ve atıf yapılan eser ile o eserde gösterilen kararların bu iddiayı destekleyecek hiçbir özelliği bulunmamaktadır.

953 Benzer yönde bir saptama için bkz. Paul L. C. Torremans, "*Copyright as a Human Right*", **Copyright and Human Rights**, (Edited by, Paul L. C. Torremans), Kluwer Law International, Information Law Series:14, 2004, The Hague, sf:1-20, 1-2; Orit Fischman Afori, "*Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations into American Copyright Law*", **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Vol. 14, 2003-2004, sf:497-565, özellikle 500-501 (ABD hukuk literatürü açısından); Laurence R. Helfer, "*Towards a Human Rights Framework for Intellectual Property*", **University of California, Davis Law Review**, Vol 40, 2006-2007, sf:971-1020, 975 (Helfer, istisnai çalışmalar kontenjanında bu dipnotta aynı gözlemi yaptığına işaret edilen Torremans'ın derlemesini zikretmektedir. Bu dipnotun devamında gösterilen eserlerden, istisnai çalışmalar kontenjanının oldukça arttığı fark edilecektir.).

Bununla birlikte önemle vurgulanmalıdır ki, son yıllarda özellikle **TRIPS** Anlaşması sonrası uluslararası doktrinde insan hakları-fikri mülkiyet ilişkisi üzerine çeşitli çalışmalar yapıldığı gözlemlenebilmektedir. Bunlar arasında şu eserler dikkat çekici kalitededir: Harry Goldsmith, "*Human Rights and Protection of Intellectual Property*", **Patent, Trademark and Copyright Journal of Research and Education** (Intellectual Property Law Review), Vol. 12, 1968-1969, sf:889-900 (istisnai bir erken dönem çalışması); Ruth L. Gana, "*The Myth of Development, The Progress of Rights: Human Rights to Intellectual Property and Development*", **Law & Policy**, Vol. 18, N.3-4, July/October 1996, sf:315-354; Lydia Belotsky, "*Human Rights and Intellectual Property*", **Tel Aviv University Studies in Law**, Vol. 13, 1997, sf:305-309; Robert L. Ostergard Jr, "*Intellectual Property: A Universal Human Right*", **HRQ**, Vol. 21, N. 1, 1999, sf:156-178; Sam Ricketson, "*Intellectual Property and Human Rights*", **Commercial Law and Human Rights**, eds. Stephen Bottomley-David Kinley, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 2002, sf:187-213; Audrey R. Chapman, "*Approaching Intellectual Property as a Human Rights-obligations related to Article 15(1) (c)*", **Copyright Bulletin**, Vol. XXXV, No. 3, 2001, UNESCO Publishing, sf:4-36; Audrey R. Chapman, "*The Human Rights Implications of Intellectual Property Protection*", **Journal of International Economic Law**, Vol. 5, No. 4, 2002, sf:861-882; Laurence R. Helfer, "*Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Co-Existence?*", **NQHR**, Vol. 22, N.2, 2004, sf:167-179; David Weissbrodt and Kell Schoff, "*The Sub-Commission's Initiative on Human Rights and Intellectual Property*", **NQHR**, Vol. 22, N.2, 2004, sf:181-215; Jakob Cornides, "*Human Rights*

a) Genel Olarak Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Fikri Mülkiyet ve AİHS

UİHH açısından fikri mülkiyete ve fikri haklara yaklaşıldığında karşılaşılan ilk problem fikri mülkiyetin ve fikri hakların bir insan hakkı olarak mütalaa edilip edilemeyeceğidir. Bu problem iki boyutta ele alınabilir: *Birincisi*, fikri mülkiyetin spesifik bir insan hakkı olup olmadığı; *ikincisi* ise, fikri mülkiyetin diğer mevcut hakların kapsamına giren alt kategori haklar arasında yer alıp alamayacağı.

UİHH belgelerinde fikri mülkiyete ilişkin olarak görece az sayıda normatif düzenlemeyle karşılaşılır. İlgili normları, düzenleyen belgenin hukuki niteliğinden hareketle "Bildiriler" ve "Sözleşmeler" şeklinde iki kategori altında göstermek faydalı olacaktır.

"Bildiri" formundaki belgeler bağlamında, "fikri mülkiyete" yer veren düzenlemelerin ilki 2 Mayıs 1948 tarihli **Amerikan Hakları ve Ödevleri Bildirisi**'nin (**Ame.İHÖB**)[954] 13. Maddesinde yer alır. "*Kültürden yararlanma hakkı*" başlıklı bu Maddenin 2. fıkrası "her kişi, keza, üreticisi bulunduğu edebi, bilimsel yahut sanatsal çalışmalarının ya da buluşlarının doğurduğu maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hak sahibidir" hükmünü getirerek[955] yaratıcının (eser sahibinin) fikri haklarını bir insan hakkı ola-

---

and Intellectual Property: Conflict or Convergence?", **Journal of World Intellectual Property**, Vol. 7, N. 2, March 2004, sf:135-167; Philippe Cullet, "*Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPS Era*", **HRQ**, Vol. 29, 2007, sf:403-430. Nihayet 2008 yılı başında **P1-1** ile fikri mülkiyet ilişkisine odaklanan spesifik bir makale yayımlanmıştır: Laurence R. Helfer, "*The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*", **Harvard International Law Journal**, Vol. 49, No. 1, Winter 2008, sf: 1-52.

954 "**Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi**" ("**Ame.İÖB**") ("*American Declaration on the Rights and Duties of Man*"), 02/05/1948 tarihinde, Bogoto'da, Dokuzuncu Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansında kabul edilmiştir. "**Ame.İÖB**"nin Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Cilt III/2003**, sf:5-23 (Türkçe) ve sf:365-375 (İngilizce). "**Ame.İHÖB**"ne dair bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1259-1261.

955 "**Ame.İÖB**" Madde XIII normunun İngilizce orijinali ve Türkçe çevirisi şöyledir:

"**Article XIII – Right to the benefits of culture**

Every person has the right to take part in the cultural life of the community, to enjoy the arts, and to participate in the benefits that result from intellectual progress, especially scientific discoveries.

He likewise has the right to the protection of his moral and material interests as regards his inventions or any literary, scientific or artistic works of which he is the author."

"**Madde XIII – Kültürden yararlanma hakkı**

Her kişinin, toplumun kültürel yaşamında yer alma, sanattan yararlanma, ve özellikle bilimsel buluşlar olmak üzere, entelektüel ilerlemenin sonuçlarından yararlanma hakkı vardır.

Her kişi, keza, üreticisi bulunduğu edebi, bilimsel yahut sanatsal çalışmalarının ya da buluşlarının doğurduğu maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hak sahibidir."

rak tanımıştır. **Ame.İHÖB**'nin kabul edilmesinden yedi ay sonra, BM tarafından 10 Aralık 1948'te ilan edilen **Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB)** de, yaratıcının maddi ve manevi haklarını spesifik bir insan hakkı saymış ve açıkça düzenlemiştir. **EİHB** Madde 27/2'de "Herkes, yaratıcısı olduğu herhangi bir bilimsel, edebi ya da sanatsal üründen doğan manevi ve maddi menfaatlerin korunması hakkına sahiptir" hükmü öngörülmüştür.[956]

Yine Bildiriler manzumesinden ve yakın tarihli olarak, UNESCO'nun 2 Kasım 2001 tarihli **Kültürel Çeşitlilik Hakkında UNESCO Evrensel Bildirisi**[957] Madde 5'de geçen "...Bu nedenle tüm kişilerin, kendilerini ifade etme ve yaratma ve bilhassa kendi ana dillerinde olmak üzere, kendi tercihleri olan bir dilde çalışmalarını yayma hakkı vardır"; Madde 8'de yer verilen "yaratıcı çalışmanın sağlanmasında çeşitliliğe; yazarların ve sanatçıların haklarının gereği biçimde tanınmasına ve, kimliğin, değerlerin ve anlamın taşıyıcıları olarak, sadece nesneler yahut tüketim eşyaları olarak görülmemesi gereken, kültürel nesnelerin ve hizmetlerin özgünlüğüne özel bir ihtimam gösterilmelidir"; Madde 9'un birinci cümlesindeki "Fikirlerin ve eserlerin/(çalışmaların) serbest dolaşımı sağlanırken, kültürel politikalar, yerel ve global düzlemde bunun araçlarına sahip kültürel endüstriler/(sanayiler) yoluyla, çeşitli kültürel nesnelerin ve hizmetlerin *üretimine ve dolaşımına*/(dağıtımına) katkıda bulunacak koşulları yaratmalıdır" hükümlerini hatırlatmak mümkündür.

"Sözleşme" formundaki belgeler bağlamında ise, önce uluslararası ve ardından da bölgesel düzlemde üretilen bazı belgelere kronolojik sırası içinde işaret etmek uygun olacaktır.

1951 tarihli **Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme** (md.14) ile 1954 tarihli **Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme** (md.14) hükümleri,

---

956 "**EİHB**" Madde 27 normunun İngilizce orijinali ve Türkçe çevirisi şöyledir:

"**Article 27**

1. Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.

2. Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author."

"**Madde 27**

1. Herkes, topluluğun kültürel yaşamına serbestçe katılma, sanattan yararlanma ve bilimsel ilerlemeleri ve bunun sağladığı yararları/(olanakları) paylaşma hakkına sahiptir.

2. Herkes, yaratıcısı olduğu herhangi bir bilimsel, edebi ya da sanatsal üründen doğan manevi ve maddi menfaatlerin korunması hakkına sahiptir."

957 UNESCO Genel Konferansının otuz-birinci oturumunda 02/11/2001 tarihinde kabul edilen "**Kültürel Çeşitlilik Hakkında UNESCO Evrensel Bildirisi**" ("*UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity*") İngilizce metni için bkz. www.unesco.org/culture. Bu Bildiri hakkında bilgi ve metin için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:950-953.

öznenin "mülteci" ve "vatansız kişi" olarak farklılığı dışında özdeş olup, erken dönemde üretilen uluslararası belgeler arasında burada ele aldığımız konuya ilişkin unsurları düzenlemektedir.[958] Birleşmiş Milletlerin 1966 tarihli **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi**'nin 15. Maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde[959] de fikri mülkiyetin, **Ame.İHÖB** ile **EİHB**'deki gibi düzenlendiğini görmek mümkündür.

Bölgesel düzlemdeki sözleşme formunda hazırlanan belgeler arasında, **Ame.İHS**'nin 1988 tarihli **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü**[960] Madde 14/1 (c) hükmü de, BM **ESKHS**'in 15.

---

958 "**Mültecilerin Statüsüne ilişkin Sözleşme**" Madde 14 normunun İngilizce orijinali ve Türkçe çevirisi şöyledir:

"**Article 14 – Artistic rights and industrial property**

In respect of the protection of industrial property, such as inventions, designs or models, trade marks, names, and of rights in literary, artistic and scientific works, a refugee shall be accorded in the country in which he has his habitual residence the same protection as is accorded to nationals of that country. In the territory of any other Contracting State, he shall be accorded the same protection as is accorded in that territory to nationals of the country in which he has his habitual residence."

"**Madde 14 – Sanatsal (üretime dair) haklar ve sınai mülkiyet**

Buluşlar, tasarımlar yahut modeller, ticari markalar, unvanlar/(isimler) gibi sınai mülkiyetin, ve edebi/(yazınsal), sanatsal ve bilimsel çalışmalarla ilgili hakların korunması bakımından, bir mülteciye, mutat/(daimi) ikametgahının bulunduğu ülkede o ülke vatandaşlarına sağlanan korumanın aynısı sağlanacaktır/(tanınacaktır). Herhangi bir başka Sözleşmeci Devletin ülkesinde bulunan bir mülteciye o ülkede, mültecinin mutat/(daimi) ikametgahının bulunduğu ülke vatandaşlarına sağlanan korumanın aynısı sağlanacaktır/(tanınacaktır)."

959 "**ESKHS**" Madde 15/1 normunun İngilizce orijinali ve Türkçe çevirisi şöyledir:

"**Article 15**

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:

(a) To take part in cultural life;

(b) To enjoy the benefits of scientific progress and its applications;

(c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author."

"**Madde 15**

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin:

(a) Kültürel yaşama katılma;

(b) Bilimsel ilerleme/(gelişme) ve bunların uygulanmasının nimetlerinden yararlanma;

(c) Kendisinin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma,

hakkını tanırlar."

960 ADÖ Genel Kurulunun on-sekizinci olağan oturumunda 17/11/1988 tarihinde San Salvador'da kabul edilen "**Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü**" ("*Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*"), 16/11/1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 17/11/1988 tarihli "**Ame.İHS/ESKHP**"nün Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Cilt III/2003**, sf:159-173 (Türkçe) ve sf:513-526 (İngilizce). "**Ame.İHS/ESKHP**" hakkında bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1302-1312.

Maddesinin 1. fıkrasını takip ederek, eser sahibinin fikri haklarını bir insan hakkı olarak tanımıştır.[961]

Nihayet, 2002 tarihli **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı**[962] Madde 17/2 normu, fikri mülkiyete açıkça bir insan hakkı olarak yer vermiştir.[963]

Bu hükümlere bakıldığında üç özellik göze çarpmaktadır. *Birincisi*, bu hükümlerin öncüsü ve Birleşmiş Milletler belgelerine açıkça esin kaynağı olan **Ame.İHÖB**'nin, yukarıda belirttiğimiz üzere Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ) tarafından hazırlanan bölgesel bir düzenleme olduğudur. İlk bakışta gereksiz gibi gözüken bu saptamanın önemi şuradadır:

---

961 "**Ame.İHS/ESKHP**" Madde 14/1 normunun İngilizce orijinali ve Türkçe çevirisi şöyledir:

Article 14 - Right to the Benefits of Culture

1. The States Parties to this Protocol recognize the right of everyone:

a. To take part in the cultural and artistic life of the community;

b. To enjoy the benefits of scientific and technological progress;

c. To benefit from the protection of moral and material interests deriving from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.

Madde 14. Kültürden yararlanma hakkı

1. Bu Protokolün Tarafı Devletler, herkesin aşağıda belirtilen haklarını tanırlar:

a. Toplumun kültürel ve sanatsal yaşamında yer alma;

b. Bilimsel ve teknolojik ilerlemenin sağladığı yararlardan/sonuçlardan faydalanma;

c. Yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma.

962 "**Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı**"/("*Charter of Fundamental Rights of the European Union*") 07/12/2000 tarihinde Nice'de, Avrupa Birliği organları olan Avrupa Parlamentosu, AB Konseyi ve AB Komisyonu tarafından müştereken ilan edilmiştir ve Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesinin 18/12/2000 (EN) tarih ve C 364/01-22'de yayımlanmıştır.

963 "**Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı**" Madde 17 normunun orijinali ve Türkçe çevirisi şöyledir:

"**Article 17 – Right to property**

1. Everyone has the right to own, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest.

2. Intellectual property shall be protected."

"Madde 17 – Mülkiyet hakkı

1. Herkes, hukuka uygun şekilde edindiği malvarlığına sahip olma, bu malvarlığını kullanma ve miras bırakma hakkını haizdir. Hiç kimse, kamu yararına olarak ve kanunun öngördüğü hallerde ve koşullar altında olması (ve) kayıpları için zamanında adil tazminat ödenmesi kaydıyla malvarlığından yoksun bırakılması hariç, malvarlığından yoksun bırakılamaz. Mülkiyetin/(malvarlığının) kullanılması, genel yarar bakımından gerekli olduğu ölçüde kanunla düzenlenebilir.

2. Fikri mülkiyet (hakkı) korunacaktır."

ADÖ'nün ataları olan Amerika kıtasındaki bölgesel örgütlenmeler[964], 20. yüzyılın ilk yarısında fikri haklara (özellikle de eser sahibinin telif hakkına) genel olarak önem vermiştir. Amerika kıtasındaki bölgesel örgütlenmelerin konuyla ilgili olarak 1930'lara kadar hazırladığı andlaşmaların sayısı onu bulmaktaydı.[965] Buna göre, fikri mülkiyetin insan hakkı olarak tanınmasında Amerika kıtasındaki bu andlaşmaların önemli bir rolü bulunmaktadır. Bu kadar çok sayıda andlaşmaya konu olan fikri mülkiyetin önemine insan hakları belgelerini hazırlayanlar da kayıtsız kalamamıştır.

İkincisi, insan hakları belgelerindeki bu hükümlerin tamamı eser sahibinin (yaratıcının) fikri mülkiyet haklarını kültürel bir hak olarak ele almaktadır.[966] O kadar ki BM **ESKHS** organı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK), **ESKHS**'in 15. Maddesi üzerine 2005 Kasımında ürettiği Genel Yorum'da bu Maddenin kapsamına patent ve marka gibi ticari nitelikteki fikri ürünleri katmamaktadır.[967] Bu durum, UİHH belgelerini hazırlayanların gözünde fikri hakların medeni bir hak olarak düzenlenmiş bulunan klasik mülkiyet hakkından farklı bir nitelikte olduğunu ortaya koyuyor.[968] Zaten, ADÖ **Ame.İHÖB** ile BM **EİHB**'de

---

964 Bkz. Thomas Buergenthal – Robert Norris – Dinah Shelton, **Protecting Human Rights in the Americas: Selected Problems**, N.P. Engel Publisher, Printed in Germany, Third edition, 1990, sf:1-3; David Harris, "*Regional Protection of Human Rights: The Inter-American Achievement*", **The Inter-American System of Human Rights**, (Edited by, David J. Harris – Stephen Livingstone), Clarendon Press, Oxford, 1998, sf:1-29, 1-4; Mehmet Semih Gemalmaz, **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları**, Kavram Yay., İstanbul, 3. Baskı, Şubat 1994 (1. baskı, Nisan 1991), sf:27-44.

965 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ladas, **a.g.e.**, sf:635-679.

966 Genel olarak bkz. Chapman, **Approaching**, sf:10-13; Torremans, **a.g.m.**, sf:4-10; Afori, **a.g.m.**, sf:508-509.

967 **General Comment No. 17** (2005), E/C.12/GC/17, 12 January 2006, paras.1-3.

968 **EİHB** ile **ESKHS**'in *Hazırlık Çalışmaları* da incelendiğinde, adı geçen belgeleri hazırlayanların ticari fikri mülkiyeti (patent, marka gibi) pek göz önünde bulundurmadığı anlaşılıyor. Bkz. Ragnar Adalsteinsson-Pall Thorhallson, "*Article 27*", **The Universal Declaration of Human Rights-A Common Standard of Achievement**, (Eds., Gudmundur Alfredsson-Asbjorn Eide), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, sf:575-596, özellikle 578-580; Asbjorn Eide, "*Cultural Rights as Individual Human Rights*", **Economic, Social and Cultural Rights**, Second Revised Edition, (Eds: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf:289-301, özellikle 296-298; Maria Green, "*Drafting History of the Article 15 (1) (c) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*", **Day of General Discussion (The Right of Everyone to Benefit From the Protection of the Moral and Material Interests Resulting From Any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He is the Author)**, E/C.12//200/15, 09 Oçtober 2000; Report of the High Commissioner, **The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights**, E/CN.4/Sub.2/2001/13, 27 June 2001, para.12 ve note 4; Afori, **a.g.m.**, sf:521-522; Helfer, **Human Rights Framework**, sf:978 (Helfer, Green'in bu dipnotta zikredilen incelemesine de atıf yapmaktadır).

klasik mülkiyet hakkına ayrıca yer verilmektedir. **EİHB**'nin mülkiyet hakkı ile fikri mülkiyet hakkını iki ayrı insan hakkı olarak düzenlemesinin sebebi, fikri mülkiyetin niteliğinin klasik mülkiyetten farklı olmasındandır.[969]

Üçüncüsü, eser sahibinin (yaratıcının) insan hakkı olarak tanınan fikri haklar iki unsurludur. Bir insan hakkı olarak fikri hakkın birinci unsuru mali iken, ikinci unsuru manevi/moraldir. Bu unsurlar, fikri hakları bir insan hakkı olarak tanırken sözleşme yapıcıların fikri mülkiyet hukuku değerlerini esas aldığını gösterir.[970]

Bu noktada Türk Anayasa Mahkemesi'nin eski bir kararına koyulan muhalefet şerhinde, **EİHB** Madde 27'nin anlamı ve içeriği hakkında verilen Almanca ve Fransızca karşılaştırmalı etimolojik bilgileri burada hatırlatmak uygun düşer. Bkz. Esas No: 1967/10, Karar No: 1967/49, Karar tarihi: 28.12.1967, Resmi Gazete tarih/sayı: 30.1.1969/13114: İhsan Keçecioğlu-Feyzullah Uslu-Fazlı Özten- İ. Hakkı Ketenoğlu, İhsan Ecemiş ve Recai Seçkin'in Muhalefet Şerhi, para. 4.

969 *Hazırlık çalışamalarına* da referansla aynı yönde bkz. Adalsteinsson-Thorhallson, **a.g.m.**, sf:579; Afori, **a.g.m.**, sf:526 (Afori, Adalsteinsson-Thorhallson'a atıf yapmaktadır.).

Bu noktada Ayiter'in bazı açıklamalarına değinilmesi gereklidir. Türk hukuk doktrininde Ayiter, yukarıda referansı verilen 1972 tarihli kitabında, eser sahibi özelinde fikri mülkiyet haklarının insan hakkı olduğunu yazmıştır. Ayiter bunu yaparken **EİHB**'nin 27. Maddesinin 3. fıkrasını açıkça zikretmekte ve buradan hareketle 1961 Türk Anayasasının klasik mülkiyet hakkını düzenleyen 36. Maddesinin eser sahibinin haklarını da koruması gerektiğini ileri sürmektedir (Bkz. Ayiter, **Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri**, sf:12). Ayiter'in bu görüşü doktrinde benimsenmiş ve Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:37, para.11 ile Şafak Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Yenilenmiş ikinci bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1998, sf:8'de tekrarlanarak 1982 Anayasasına uyarlanmıştır. Yarsuvat, **a.g.e.**, sf:16'da ve Kılıçoğlu, **a.g.e.**, sf: 17'de Ayiter'in bu görüşü benimsenmekte ve fakat Ayiter'e herhangi bir atıf yapılmamaktadır.

Ayiter'in **EİHB**'ye yaptığı atıf içerik olarak kısmen doğru ve fakat fıkra numarası olarak yanlıştır ve hem Ayiter'in kitabının ikinci baskısında düzeltilmemiştir (Sevinç Matbaası, Ankara, 1981, sf:14), hem de Ayiter'e atıf yapan Tekinalp ve Erel bu baskı hatasını aynen tekrarlamaktadır (Yarsuvat ise, **a.g.e**, sf:16'da, **EİHB** Madde 27'nin fıkra numarasını zikretmemektedir. Yarsuvat, ayrıca, **a.g.e.**, sf:45'te, başka bir bağlamda doğru fıkra numarasını zikretmektedir.). İçerik olarak kısmen doğru olmasının sebebi ise, **EİHB**'in mülkiyet hakkı ile fikri mülkiyet hakkını iki ayrı insan hakkı olarak düzenlemesinin Ayiter ve takipçileri tarafından göz ardı edilmesidir. Bu husus, aslında yazarların ileri sürdükleri görüşün esasını etkilemektedir. Zira, eser sahibinin hakkını AY'nin klasik mülkiyet hakkı kapsamına sokan gerekçe, bunun **EİHB**'de düzenlenmiş olmasıydı. Fakat gerçekte, eser sahibinin hakkı, **EİHB**'de klasik anlamda mülkiyet hakkı kapsamında yer almamaktadır. Bütün bunların dışında, **EİHB**'yi fark eden doktrinin **AİHS/P1-1**'i fark etmemiş olması ayrıca şaşırtıcıdır. Belki Ayiter, çalışmasının tarihi itibarıyla bu eleştiriden muaf tutulabilir ama, takipçilerinin **P1–1**'de yer alan mülkiyet hakkını atlaması dikkat çekmektedir. Üstelik bir önceki dipnotunda referansı verilen Türk AYM'nin, muhalefet şerhi de dahil olmak üzere, sonuç beğenilsin beğenilmesin, yetkin kararındaki **EİHB** ve **P1-1**'e ilişkin değerlendirmelerin göz ardı edilmesi gerçekten gariptir.

970 **EİHB** bakımından *Hazırlık Çalışmalarına* atıfla bkz. Adalsteinsson-Pall Thorhallson, **a.g.m.**, sf:579; Torremans, **a.g.m.**, sf:6; Helfer, **Human Rights Framework**, sf:978 (Helfer, Torremans'a da atıf yapmaktadır.).

Bu durumda, nitelik bakımından fikri mülkiyet ile klasik mülkiyet kurumları arasında belli başlı bazı kan uyuşmazlıkları ortaya çıkmış oluyor.[971] Fikri mülkiyetteki ekonomik hakkın sorun çıkarmadığı düşünülse bile, manevi hak[972] unsuru klasik mülkiyet hakkında yer almayan bir unsurdur. Özellikle yaratıcının yarattığı eserle olan ilişkisi böyledir. Manevi hak yaratıcının kişiliğini eserde yansıttığı için, kural olarak devredilebilir nitelikte değildir.[973] Fikri mülkiyete bir insan hakkı olarak yer veren UİHH belgelerinde yaratıcının manevi haklarına yapılan dikkate değer vurgu, bu belgelerde fikri hakların niteliği konusunda "kişilik hakları teorisi" ile "kendine özgülük teorisi"nin benimsendiğine işaret etmektedir.[974]

Yalnız belirtmek gerekir ki, **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı**nda düzenlendiği haliyle fikri mülkiyet, klasik mülkiyetin bir görünümü olarak ele alınmıştır. Bu açıdan **Temel Haklar Şartı**nın düzenlemesi, yukarıda zikredilen diğer belgelerin düzenlemesinden ayrılmaktadır. **Temel Haklar Şartı**nda, kültürel haklar da bulunmasına rağmen, fikri mülkiyetin bu haklarla bağlantısı kurulmamıştır. Üstelik düzenlenme yerinden çıkarsanabilir ki, **Temel Haklar Şartı**ndaki fikri mülkiyet, patent ve marka gibi fikri ürünleri de kapsamaktadır. Bu açıdan da diğer belgelerle arala-

---

971 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesine göre bu kan uyuşmazlığı, eser sahibinin hakları dışındaki fikri ürünlerin insan hakkı kategorinde yer almamasını gerektirmektedir. Bkz. **General Comment No. 17** (2005), E/C.12/GC/17, 12 January 2006, paras.1-3.

972 Fikri mülkiyet hukukunda yaygın olarak kullanılan "manevi hak" (*moral right*) kavramı, genel olarak hukukta özel olarak da UİHH'de kullanılan "ahlaki hak" (*moral right*) kavramından kökten farklı anlamdadır. Genel olarak hukukta, özel olarak da UİHH'de kullanılan "ahlaki hak/moral right" kavramı, aslında pozitif hukukça tanınmayan ve ona yol gösterici nitelikte olup doğal hukuk ekolünden kaynaklanan ideal hakları ifade eder. Bu anlamdaki manevi hakların hukuki/yasal geçerliliği bulunmamaktadır. Etik değerler de özünde doğal hukuk ve doğal haklar varsayımına "inanıldığı" ölçüde söz konusu olabilir (bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1449-1450). Oysa fikri mülkiyet hukukunda kullanılan "manevi hak/moral right" kavramı pozitif hukukça geçerli olup (zaten yasal düzenlemelerde açıkça tanınmıştır) doğal hukuk ekolünden beslenmez. Anlaşılan, fikri mülkiyet hukukunda "moral right" terim ve kavramının kullanılması hiç isabetli olmamıştır.

973 Elbette her bir fikri mülkiyet alanında yaratıcının ürünü ile olan manevi ilişkisinin verdiği haklar farklılaşabilmektedir. Genel olarak denilebilir ki, teknik çaba/yön, fikri çabaya/yöne ağır bastıkça manevi haklar azalmaktadır. Bir genel belirleme olarak bkz. Davies-Naffine, **a.g.e.**, sf:128; Saibe Oktay Özdemir, **a.g.m.**, sf:578-579. Tek tek fikri ürünler bakımından genel bilgi için bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:4, sf:10 ve para.27, sf:12 ve para.37, sf:14 ve para.44, sf:16 ve para.52, sf:18 ve para.56.

974 Bu sebeple doktrinde Yarsuvat'ın, **EİHB**'nin eser sahibinin hakları konusunda doğal hukuka dayanan fikri mülkiyet ekolünden beslendiği yolundaki görüş eksik ve giderek hatalıdır. Bu görüş için bkz. Yarsuvat, **a.g.e.**, sf:45. Belirtmek gerekir ki, Yarsuvat bu görüşüne dayanak olarak herhangi bir kaynak göstermemektedir. Oysa işbu Çalışmanın metninde yapıldığı gibi, **EİHB**'nin *Hazırlık Çalışmalarına* ve manevi hakların normda açıkça tanınmış olmasına (ki fikri mülkiyet teorisi manevi hakları bütünüyle benimsemez) gönderme yapılmalıydı.

rında önemli bir fark bulunmaktadır. Zaten **Temel Haklar Şartının** resmi yorumuna göre, gerek mülkiyet hakkı gerekse de fikri mülkiyet düzenlemesi **AİHS/P1-1**'i temel almakta olup AİHM içtihatları da gözetilerek kaleme alınmıştır.[975] AB'nin örgütlenme amacı ve bu örgüt içerisindeki gelişmeler dikkate alındığında bu durumun şaşırtıcı bir yanı da yoktur. Zaten **Temel Haklar Şartının** kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına vurgu yapan Başlangıç paragrafları, bu belge ile klasik insan hakları belgelerinin farklılığını ortaya koymaktadır.

Herhalde fark edilmiştir; fikri mülkiyete bir insan hakkı olarak yer veren belgelerin uygulamada belli bir yetersizliği bulunmaktadır. İki sebeple: Birinci sebep, fikri mülkiyet hakkının söz konusu belgelerdeki düzenlenme biçiminden kaynaklanmaktadır. Bu düzenlemelerde fikri haklar son derece soyut ve belirsiz şekilde ele alınmıştır. İkinci sebep, bu belgelerin Devletlerce uygulanmasını denetlemekle yükümlü organlara ve bunların denetleme usullerine ilişkindir. Öncelikle söylenmelidir ki, **Ame.İHÖB** ile **EİHB**'in bir denetim organı bulunmamaktadır. Gerçi **Ame.İHÖB**, Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından **ADÖ Şartı** çerçevesinde uygulanmaktadır[976]; ancak, bu husus belgenin tali nitelikte olduğu gerçeğini değiştirmiyor. Daha doğru ifadeyle, **Ame.İHÖB**'deki fikri mülkiyete ilişkin hak, Ame.İHK ve Ame.İHM pratikleri göz önüne alındığında, Bildiri'deki örneğin yaşam hakkı ve kötü muameleye maruz kalmama hakkında olduğu gibi diğer bazı haklarla karşılaştırıldığında, etkili biçimde uygulanmış ve içtihadi birikim oluşturulmuş nitelikte değildir. Geriye temel belge olarak BM **ESKHS**'nin denetim organı olan ESKHK kalıyor. **ESKHS**'in denetim usulü[977] sadece rapor usulünden ibaret bulunduğu için, bu

---

975 CHARTE 4473/00. AİHM, **AB Temel Haklar Şartının** resmi yorumuna özel bir değer atfetmektedir. Bkz. *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, App. No.63235/00, GC Judgment of 19 April 2007, paras.30, 60.

976 Semih Gemalmaz, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**, sf:75-88; **Genel Teori/2007**, sf:1253-1255, 1259-1261; Thomas Buergenthal, "*Implementation in the Inter-American Human Rigts System*", **International Enforcement of Human Rights**, (Editors, R. Bernhardt – J. A. Jolowicz), Springer Verlag,Berlin, 1987, sf:57-75.

977 Konuya ilişkin literatüre örnek olarak bkz. Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Türkiye Barolar Birliği Yay. No.60, Ankara, Mayıs 2004, sf:227-250; Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:508-511; Philip Alston, "*The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*", **The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal**, (Edited by Philip Alston), Clarendon Press, Oxford, 1995 (first published 1992), sf:473-508; Matthew C. R. Craven, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development**, Clarendon Press, Oxford, 1998, sf:42-105; Matthew Craven, "*The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*", **Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook** (Second Revised Edition), (edited by Asbjorn Eide-Catarina Krause-Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands, 2001, sf:455-472; Kitty Arambulo, "*The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Committee on Economic,*

usulün bütün katkılarına ve olumlu yönlerine ve işletilmesinde karşılaşılan güçlükler ile bunları aşmak üzere tasarımlanan ve uygulanan önlemlere[978] rağmen, fikri hakların içeriği konusunda insan hakları bağlamında net açılımların sağlandığı söylenemez. **AB Temel Haklar Şartı** ise, Avrupa Birliği Anayasasına eklemlendiği ve bu son belge henüz resmi olarak kabul görmediği için yürürlükte değildir.

Bu eksikliğin, işbu Çalışmada geliştirilen genel yaklaşım uyarınca (bkz. Giriş Bölümü) fikri mülkiyet hukukunu düzenleyen spesifik andlaşmalar ve bu andlaşmaların yetkili organlar eliyle uygulanması çerçevesinde giderilebilmesi mümkündür. Bu yaklaşım, fikri mülkiyet hakkında uzmanlık bilgisi ve pratiği olmayan insan hakları organlarına belli bir kolaylık ve sürat kazandıracağı gibi, karşılaştıkları sorunun esasının kavramalarında da yardımcı olabilir. Önlerindeki uyuşmazlık bakımından insan haklarına uygun bir çözüm de, herhalde ancak böyle sağlanır.

Fikri mülkiyetin diğer hakların kapsamına giren alt kategori haklar arasında yer alıp alamayacağı problemine gelince: Bu incelemede örnek olarak **AİHS**'in seçilmesine herhalde itiraz eden olmayacaktır. **AİHS** ve **Protokolleri**nde fikri mülkiyetle ilgili herhangi bir düzenleme ve hatta ibare yoktur. Buna karşılık klasik mülkiyet hakkı **P1-1**'de yer almaktadır. O halde kaçınılmaz soru, **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkının fikri mülkiyeti kapsayıp kapsamadığıdır. Bu soruya, daha "fikri mülkiyet" başlığının altında olumlu cevap verilmişti. Bu durumda yeni soru şudur: Nasıl oluyor da Strasbourg organları fikri hakları, klasik mülkiyet hakkı kapsamına sokabiliyor?

Bu ikinci soruya verilecek cevabın ayrıntıları aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Ancak burada genel nitelikte bazı spekülasyonlar yapılmalıdır. Fikri mülkiyetin, ekonomik bir değer taşıdığı şüphesizdir. Yaratıcının mali hakları kategorisi buna işaret etmektedir. Üstelik tarihi perspektiften bakıldığında, yaratıcının yarattığı eser üzerindeki hakkını açıklayan teorilerden Locke'un genel mülkiyet hakkındaki emek/çaba temelli görüşlerinden kaynaklanan "fikri mülkiyet" teorisi, münhasıran mali hakları tanımıştı. Bu bakımdan fikri hakların ekonomik boyutu olduğunda bir duraksamaya yer yoktur. Zaten fikri ürünler ile ayırt edici işaretlerin devredilebilirlik niteliğini haiz olması, ekonomik değer oluşturma ölçütünün gereklerinin karşılandığını göstermektedir. Dolayısıyla fikri hakların mali unsuru, **P1-1**'in uygulanabilirliği bakımından ekonomik değer oluşturma ölçütünü karşılamaktadır.

Social and Cultural Rights", **Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments**, (Edited by Peter Van der Auweraert, et al), Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2002, sf:57-75.

978 Bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1638-1653.

Mali haklar bakımından sorun yok ise de ve tarihi arkaplan **P1-1**'in mali haklar bakımından uygulanabilir olarak kabul edilmesini desteklivorsa da, fikri haklardaki manevi unsurun varlığı durumu çetrefil hale getirmektedir. Zira manevi haklar, emek/çaba temelli genel mülkiyet teorisinden doğmazlar. Manevi haklar, Kantçı-Hegelci kişilik hakları teorisinden destek almaktadırlar. Bu teoriye göre, üretilen eser yaratıcısının kişiliğini yansıtmaktadır. Bu sebeple manevi haklar, devir ve intikale elverişli parayla ölçülebilen haklardan değildir. Hal böyle olunca, manevi hakların **P1-1**'in kapsamına girmediği bir an için düşünülebilir. Ancak, **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlamak için yukarıda geliştirilen manevi değer oluşturma ölçütü, fikri mülkiyetteki manevi hakları kapsayacak şekilde genişleme potansiyeli taşımaktadır, ki buna orada değinilmişti. Manevi haklar, daha eserin üretilmesi sürecinde doğmaktadır. Ayrıca, devir ve intikale elverişliliğinin **P1-1**'in uygulanabilirliği için elzem nitelikte olmadığı da yukarıda gösterilmişti.

Fikri mülkiyetteki mali-manevi hak ayrımı, **AİHS** bakımından daha başka sorunlar doğurmaya gebedir. Gerçekten de, fikri haklarda manevi hak sahibi ile maddi hak sahibinin farklılaşabilmesi, fikri mülkiyetin **P1–1** çerçevesinde ele alınan diğer malvarlığı türlerinden farklı bir nitelik arz ettiğine işaret etmektedir. Bu farklılık belki hakların çatışması modeli açısından **AİHS**'in özel yaşama saygı hakkını koruyan 8. Maddesinin gündeme gelmesiyle de sonuçlanabilir. Bu durumda mali hak sahibinin mülkiyet hakkı ile manevi hakkın sahibi yaratıcının özel yaşam hakkı arasında bir gerilim doğma ihtimali bulunmaktadır.

Diğer yandan, manevi haklar fikri mülkiyet sorunlarında **P1–1** ile **AİHS** Madde 8'in yarışmasına yol açabilir. Buna göre, ihtilaf konusu manevi olduğu ölçüde önce Madde 8 bakımından bir çözüme gidilmeye çalışılacaktır. Eğer ihtilaf konusunun mali niteliği ağır basmaktaysa **P1-1**'e öncelik verilmesinde bir engel bulunmaz. İhtilaf konusunun hem mali hem de manevi unsurlarının eşit ölçüde gündemde olduğu hallerde ise, söz konusu fikri ürün türünün niteliğine bakılarak yarışan haklar arasında bir tercih yapılmasında sakınca olmasa gerektir. Fikri mülkiyet hukukunda her bir fikri üründe yaratıcının manevi haklarının boyutunun değişmekte olması, bu noktada ihtiyaç duyulacak ölçüyü verecektir. Somutlaştırılacak olunursa, eser sahibinin manevi hakkı en geniş iken, diğer fikri ürünlerde yaratıcının sahip olduğu manevi haklar azalmaktadır. Eserin teknik yönü fikri yönüne ağır bastıkça, manevi haklar azalmaktadır. Hatta ayırt edici ad ve işaretlerde manevi hak hiç bulunmayabilir.[979]

---

979 Özel hukuk literatüründe tartışılan manevi hakların kişilik haklarının bir unsuru olup olmadığı ve kişilik hakkı kurumlarıyla korunup korunamayacağı meselesi, insan hakları hukuku açısından bir önem arz etmemektedir. Özel hukuktaki durum hakkında

Fikri mülkiyet için **AİHS**'de yer alan hakların yarışmasından bahsetmişken, **AİHS** Madde 10'da yer alan ifade özgürlüğü hakkının göz ardı edilmemesi gereklidir. Aslında her bir fikri ürün, yaratıcısının bir çeşit kendini ifadesidir. Bu sebeple bu ifadenin Madde 10 kapsamında düşünülmemesi için bir sebep yoktur.[980] Üstelik ifade özgürlüğü bakımından mali-manevi hak ayrımını yapmaya da gerek yok, zira ifadenin ekonomik nitelikte olması ifade özgürlüğünden yararlanmayı engelleyecek bir husus değildir. İfade özgürlüğü-mülkiyet hakkı yarışması açısından, özel yaşam hakkı-mülkiyet hakkı yarışması için benimsenen ölçü geçerlidir. İhtilaf konusu manevi olduğu ölçüde önce ifade özgürlüğü bakımından bir çözüme gidilmeye çalışılacak, ihtilaf konusunun mali niteliği ağır basmaktaysa **P1-1**'e öncelik verilecektir.

Fikri mülkiyet bağlamında mülkiyet hakkı-ifade özgürlüğü çatışması da ortaya çıkabilir. Örneğin, bir kişinin başkasının marka gibi bir fikri ürününü eleştirdiği hallerde böyle bir çatışma hali görülebilir. Ticari ifade özgürlüğünün bir boyutu olarak değerlendirilebilecek bu çatışmada farklı çıkarlar arasında bir denge kurmak gerekebilir. İfade özgürlüğü mülkiyet hakkı çatışması bilgi edinme hakkı açısından da ortaya çıkabilir. Fikri değeri olup fikri mülkiyet hukuku ve giderek **P1–1** tarafından korunan ticari sırlar, çeşitli meşru amaçlarla üçüncü kişilerin bilgi edinme talebine[981] konu olabilir. Bu durumda ticari sırrın korunmasına mı, yoksa bilgi edinme talebine mi ağırlık verileceğini sorunu çözülmelidir. Özellikle kamu sağlığına yönelik bilgi edinme taleplerinde ticari sırların bir malvarlığı değeri olarak korunmasının ikinci planda kalacağı öngörü-

---

bkz. Özdemir, **a.g.m.**, sf:576-579. Ayrıca bkz. ve Krş. Serozan, **Medeni Hukuk**, sf:219 (Yazara göre, "fikri hakların manevi boyutu onları ayni haklardan uzaklaştırıp kişilik haklarına yaklaştıran özelliktir."). Doktrinde Özsunay'ın bu konudaki düşüncesi de nakledilmelidir: "Fikri hakların manevi yönünü teşkil eden eser ile yaratıcısı arasındaki bağlılık, kişilik hakları içine girdiğinden, bunun başkasına devrolunabilmesi ya da bundan vazgeçebilmesi olanaksızıdır (MK 23)", bkz. Ergun Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1986, sf:251.

Şu notu da ekleyelim: Ladas, **a.g.e**, sf:575'te verilen bilgiye göre, Alman literatüründe "manevi hak/*moral right*" karşılığı olarak "eser sahibinin kişilik hakkı/*right of the author's personality*" olarak çevrilen "*urheberpersönlichkeitsrescht*" terimi kullanılmaktadır ki bu ifadenin de kökeni Kant'a dayanmaktadır (bkz. Immanuel Kant, **Science of Right**, sf:131).

980 Aşağıda ele alınacak *Arallar* davasında başvuruculların iddiaları ve Komisyonun değerlendirmesine bkz.

981 **AİHS** özelinde bilgi edinme hakkının ifade özgürlüğünü düzenleyen Madde 10'dan değil, başta özel yaşam hakkını düzenleyen Madde 8 olmak üzere Sözleşmedeki diğer haklardan kaynaklandığı AİHM içtihatlarıyla ortaya koyulmuştur. Ama ifade özgürlüğünün ön koşulu bilgi edinme olduğuna göre, bilgi edinmeye hakkın ifade özgürlüğü hakkının bir alt kategorisi olarak ele alınmasında bir engel olmasa gerektir. Nitekim AİHM çok yakın tarihli bir kararında bu tez doğrultusunda karar üretme sürecine girdiğine dair işaretler vermiştir. Bkz. *Matky v. Czech Republic*, App. No. 19101/03, Admissibility Decision of 10 July 2006.

lebilir. Benzer şekilde, eser sahibinin haklarını korumak mülahazalarıyla alıntı yapma ve fikir yayma hakkına yönelik müdahaleler, Madde 10 açısından sorun doğurma potansiyeli taşımaktadır.[982]

İlgi çekici bir vaka olarak ve bir karşılaştırma yapma imkanı vermek amacıyla, BM **MSHS** organı İnsan Hakları Komitesi (İHK) önünde görülen *Shin v. Kore Cumhuriyeti* vakası[983] zikredilebilir. Bilindiği üzere, **MSHS**'de mülkiyet hakkını ya da spesifik olarak fikri mülkiyet hakkını düzenleyen bir norm bulunmamaktadır. Vakada başvurucu ressamdır ve yaptığı bir tablonun "düşman yararına ifade" olduğu suçlaması yöneltilerek yargılanmış ve sonuçta mahkum edilmiş; tablonun da müsaderesine karar verilmiştir (paras.1.1, 2.1-2.4). Başvurucu İHK önünde, mahkum edilmesinin ve ehil olmayan yere teslim edilmesiyle tablosuna zarar verilmesinin **MSHS** Madde 19/2'de korunan ifade özgürlüğü hakkının ihlali olduğunu iddia etmiştir (Karar, para.3.1). İHK 16/03/2004 tarihli kararında **MSHS** Madde 19/2'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Komiteye göre, başvurucu tarafından yapılan tablo Madde 19/2 ile korunan ifade özgürlüğü hakkının kapsamına girmektedir; tabloya el konulması ve mahkum edilmesi kanuna dayansa bile muhatap Devlet Madde 19/3'deki sınırlama amaçlarından herhangi biri bakımından söz konusu müdahalenin gerekli olduğunu ortaya koyamamıştır (Karar, paras.7.2-7.3, 8). Bu vakaya işbu Çalışmada değinilmesinin asıl nedeni, İHK'in anılan kararının "etkin giderim" kısmında, "Devlet, bundan kaynaklanan gerekli herhangi bir gideri de üstlenerek, orijinal haliyle resmi başvurucuya geri vermekle de yükümlüdür" ifadesini eklemesidir (Karar, para.9).[984]

Yukarıda belirtildiği üzere, **MSHS**'de mülkiyet ve/veya fikri mülkiyet hakları düzenlenmediğinden, sanatsal ürüne/esere el konulmasıyla da alakalı olan mesele zorunlulukla ifade özgürlüğü hakkı içinde ele alınarak karara bağlanmış olmaktadır. Bu bağlamda eklemek yerinde olacaktır ki, **MSHS**'nde ifade özgürlüğü hakkının yanı sıra, **AİHS/P1-1** olduğu gibi mülkiyet hakkı yahut BM **ESKHS**'de olduğu gibi fikri mülkiyet hak-

---

982 Ayrıca bkz. Helfer, **Intellectual Property and the European Court of Human Rights**, sf: 48-49 ve orada gösterilen eserler.

983 *Shin v. Republic of Korea*, No.926/2000, Decision of 16 March 2004, **Report of the Human Rights Committee**, Vol. II, General Assembly, Official Records, Fifty-ninth session, Supplement No.40 **(A/59/40)**, U.N., New york, 2004, Annex IX/P, sf:118-124.

984 *Shin v. Kore Cumhuriyeti* vakası ve İHK kararının belirtilen unsurlar açısından analizi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Geçici Önlem – İkinci Kitap – Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika Şartı Sistemlerinde, – Üçüncü Kitap – BM İnsan Hakları Sözleşmeleri Sistemlerinde Geçici Önlem**, Legal Yay., İstanbul, Temmuz 2007, sf:820-826. (Anılan "Üçüncü Kitap" "**BM Sözleşmeleri Sistemlerinde Geçici Önlem**" olarak anılacaktır).

kı bulunsaydı bile, *Shin* vakası türü özellikleri taşıyan bir başvuruda, "hakların yarışması" çerçevesi içinde meselenin tek başına ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde sonuca bağlanması muhtemel olduğu gibi, vakanın özgün şartları birden çok hak açısından inceleme yapılmasını da sonuçlayabilirdi. Her ne hal ise, işbu Çalışma bakımından önem taşıyan unsur, sanatsal ürünlerin "taşınırlar" olarak **UİHH**'de mülkiyet yahut fikri mülkiyet hakkını düzenlemeyen sözleşmeler çerçevesinde bile, bir biçimde korumadan yararlandığı yahut yararlandırıldıklarıdır.

Aslında fikri mülkiyet ile diğer insan haklarının çatışması olasılığına dair sorunları **AİHS** özeliyle sınırlamamak lazım. Bugün insan hakları hukuku doktrininde, genel düzlemde, fikri mülkiyet ile insan hakları ilişkisi üzerine çalışmalar yürütülmektedir. Bu çalışmaların ana ekseni fikri mülkiyet ile insan haklarının çatışan kavramlar mı yoksa birbirlerini tamamlayan ve destekleyen kavramlar mı olduğudur.[985] Birleşmiş Milletler bünyesinde bu soruya cevap arayan birçok çalışma yapılmaktadır. Somutlaştırılacak olunursa, genetik materyallerin patentlenmesi, bazı yaygın ölümcül hastalıkların ilaçlarının patentlenmesi, fikri mülkiyet araştırma-geliştirme çalışmalarında yerli halkların haklarının çiğnenmesi gibi durumların insan haklarına uygunluğu tartışmaları önümüzdeki on yıla damgasını vuracaktır. İşbu Çalışmada bu tip olası sorunların **AİHS** ve **P1–1** özelindeki cevaplarına ilişkin bazı değerlendirmeler her bir fikri ürün açısından yapılacaktır.

Fikri mülkiyet-insan hakları ilişkisi bağlamında Devletin sorumluluğu da önemli bir sorun öbeği oluşturmaktadır. Zira, fikri mülkiyet hukukunun önemli bir boyutu özel hukuk kişileri arasındaki ilişkide odaklanmaktadır. Bu da, **P1–1** özelinde Devletin sorumluluğun doğmamasına yol açabilir. Bu sorunlar Çalışmanın Üçüncü bölümünde ele alınacaksa da burada kısaca şu söylenmelidir: **P1–1** özelinde Devletin **AİHS**'den kaynaklanan pozitif yükümlülükleri son derece dardır ve bu sebeple AİHM fikri mülkiyet problemlerinin çözümü için çok kullanışlı bir platform olmayabilir. Elbette bu söylenenler sadece özel hukuk kişileri arasındaki fikri mülkiyet uyuşmazlıkları için geçerlidir ve özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde bile Devletin pozitif yükümlülüğünün doğup doğmadığı incelenmelidir.

Bütün bu farklı ve belirsiz yönlerine rağmen, fikri mülkiyet **P1–1** anlamında mülkiyet hakkının konusunu oluşturmayı sürdürmektedir. Fikri mülkiyetin söz konusu farklı ve belirsiz yönleri, onun **P1–1** mülkiyet hakkının teorik modelindeki yerini ve durumunu çetrefil kılmaktadır.

---

985 Bkz. Torremans, **a.g.m.**, sf:2.

b) Eser Sahibinin Hakları (Telif Hakkı)

Eser sahibinin hakları ve özellikle telif hakkı, fikri mülkiyetin en temel konuları arasındadır. Telif hakkının hukuken kurumsallaşmasının tarihi eskilere gitmektedir. Bu alanda İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde uluslararası düzlemde üretilmiş sözleşme formundaki temel ve öncü belge, 06/09/1952 tarihli **UNESCO/Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesi**[986] olup, 16/09/1955 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **Telif Hakkı Sözleşmesi** Madde 1'de göre, "Her bir Sözleşmeci Devlet, yazılı, müzikal, dramatik ve sinematografik eserler ve resimler, oyma işleri ve heykel dahil olmak üzere, edebi, bilimsel ve sanatsal eserlerdeki eser sahiplerinin haklarının ve diğer telif hakkı sahiplerinin haklarının yeterli ve etkili biçimde korumasını sağlamayı taahhüt eder." 1952 tarihli Sözleşme, **UNESCO/24 Temmuz 1971'de Paris'te Gözden Geçirilmiş Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesi**[987] ile yenilenmiştir. 1971 tarihli Sözleşme Madde 1, 1952 tarihli Sözleşme Madde 1 ile özdeştir. Bununla birlikte yenilenen Sözleşme, bazı küçük eklemelerden ziyade metne tamamen yeni olarak konulan hükümler bakımından önceki metinden farklılaşmaktadır. Bu

---

986 "**Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesi**" ("*Universal Copyright Convention*") (06/09/1952-imza; 16/09/1955-yürürlük) ile "**Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesinin, Vatansız Kişilerin ve Mültecilerin Çalışmalarına Uygulanmasına Dair Protokol No.1**"in ("*Protocol 1 Annexed to the Universal Copyright Convention, concerning the application of that Convention to the Works of Stateless Persons and Refugees*") (06/09/1952-imza; 16/09/1955-yürürlük) ve "**Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesinin, Belli Uluslararası Örgütlerin Çalışmalarına Uygulanmasına Dair Protokol No.2**"nin ("*Protocol 2 Annexed to the Universal Copyright Convention, concerning the application of that Convention to the Works of Certain International Organizations*") (06/09/1952-imza; 16/09/1955-yürürlük) İngilizce metinleri için bkz. **UNESCO and Human Rights: Standard-Setting Instruments-Major Meetings-Publications**, (selection of documents and introduction by Janusz Symonides – Vladimir Volodin), UNESCO, France, 1999 (second edition), sf:14-27.

987 "**24 Temmuz 1971'de Paris'te Gözden Geçirilmiş şekliyle Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesi**" ("*Universal Copyright Convention as Revised at Paris on 24 July 1971*") (24/07/1971-imza; 10/07/1974-yürürlük) ile "**24 Temmuz 1971'de Paris'te Gözden Geçirilmiş şekliyle Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesinin, Vatansız Kişilerin ve Mültecilerin Çalışmalarına Uygulanmasına Dair Protokol No.1**"in ("*Universal Copyright Convention as Revised at Paris on 24 July 1971, concerning the application of that Convention to the Works of Stateless Persons and Refugees*") (24/07/1971-imza; 10/07/1974-yürürlük) ve "**24 Temmuz 1971'de Paris'te Gözden Geçirilmiş şekliyle Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesinin, Belli Uluslararası Örgütlerin Çalışmalarına Uygulanmasına Dair Protokol No.2**"nin ("*Universal Copyright Convention as Revised at Paris on 24 July 1971, concerning the application of that Convention to the Works of Certain International Organizations*") (24/07/1971-imza; 10/07/1974-yürürlük) İngilizce metinleri için bkz. **UNESCO and Human Rights: Standard-Setting Instruments-Major Meetings-Publications**, (selection of documents and introduction by Janusz Symonides – Vladimir Volodin), UNESCO, France, 1999 (second edition), sf:62-84.

bağlamda, **1971 tarihli Sözleşme** Madde IV *bis*, Madde V *bis*, Madde V *ter*, Madde V *quater* gibi normlara dikkat çekilebilir.[988]

Fikri mülkiyet hukukunda eser sahibinin haklarının mali (maddi) ve manevi olarak iki boyutlu olduğu bilinmektedir. Eser sahibinin mali ve manevi hakları **P1-1**'in uygulanabilirliği için aranan "ekonomik bir değer oluşturma" ve "manevi değer oluşturma" ölçütlerini karşılamaktadır. Mali haklar, kural olarak, devir ve intikale elverişli değerler arasındadır.[989]

Strasbourg organları önüne telif hakkına ilişkin bazı davalar gelmiştir. Bu kararlardan ilki *A. D. v. Hollanda* davasıdır. Bu davada başvurucu 16 yaşındaki kız öğrencisiyle cinsel ve duygusal ilişki yaşayan bir öğretmendir. Kızın annesi polise giderek başvurucudan şikayetçi olmuştur. Anne polise başvurucunun kıza yazdığı mektupları vermiştir. Başvurucu söz konusu mektupların alenileşmesinin ve kullanılmasının eser sahibi olarak **P1-1** anlamında fikri mülkiyet haklarına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Komisyon olguların, başvurucunun **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder bir durum göstermediğini belir-

---

988 **"24 Temmuz 1971'de Paris'te Gözden Geçirilmiş şekliyle Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesi"** Madde IV *bis*, Madde V/1 ve Madde VI normları şöyledir:

"**Madde IV *bis***

1. Madde I'de anılan haklara, herhangi bir araçla/(yöntemle) yeniden üretime, halk önünde icra etmeye ve (radyo, TV gibi iletim araçlarıyla) yayınlamaya izin verme bakımından münhasır hak (sahibi olma) dahil olarak, eser sahibinin ekonomik menfaatlerini temin eden temel haklar dahil olacaktır. Bu Madde hükümleri, gerek orijinal formunda gerekse de orijinalinden kaynaklandığı teşhis edilebilir herhangi bir formda olup bu Sözleşme çerçevesinde korunan eserleri kapsayacaktır.

2. Bununla birlikte, herhangi bir Sözleşmeci Devlet ulusal/(iç) mevzuatıyla, bu Maddenin 1. bendinde anılan haklara, işbu Sözleşmenin ruhu ve hükümleriyle çelişmeyen istisnalar getirebilir. Mevzuatı söz konusu istisnaları öngören herhangi bir Devlet, herhalükarda, istisnaya tabi tutulmuş haklardan herbirine makul bir derecedeki etkili korumayı sağlayacaktır."

"**Madde V**

1. Madde 1'de anılan haklara, işbu Sözleşme çerçevesinde korunan eserlerin hazırlanması, basılması, ve tercümelerinin yapılmasına ve basılmasına izin verilmesi bakımından eser sahibinin münhasır hakkı dahil olacaktır."

"**Madde VI**

İşbu Sözleşmede kullanıldığı şekliyle "basım" terimi, bir eserin okunabilir yahut başkaca biçimde görsel olarak algılanabilir şekilde maddi formda yeniden üretilmesi ve suretlerinin halka genel dağıtımının yapılması anlamına gelir."

989 Eser sahibinin mali/maddi haklarının devir ve intikal edebilirliği hakkında bilgi için bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:170 ve paras.81-82; Mustafa Ateş, **a.g.e.**, sf:158-159; Arzu Genç Arıdemir, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları**, Vedat Kitapçılık, Kasım 2003, İstanbul, sf:51-52; Azra Arkan, **Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar**, Vedat Kitapçılık, Eylül 2005, İstanbul, sf:226-244; Şirin Aydıncık, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2006, sf:40-44.

terek başvuruyu kabuledilemez ilan etmiştir.[990] AİHK'in kabuledilemezlik gerekçesi pek bir şey ifade etmese de, müdahale olup olmadığı üzerinden bir değerlendirme yapıldığı için, eğer müdahalenin mevcudiyeti bulunsaydı telif hakkı sahibi olarak başvurucunun **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkının ihlalini gündeme getirebileceğinin Komisyonca kabul edildiği sonucunu çıkartmak mümkündür.[991]

Bu karar özelinde ayrıca, **P1–1** bağlamında üzerinde telif hakkı iddia edilen mektupların yayımlanmamış eser olduğuna da dikkat çekmek gerekir. Buna göre, **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından telif hakkının gündeme gelebilmesi için yayımlanması gereği bulunmamaktadır. O halde denilebilir ki, eser sahibinin hakları söz konusu olduğunda, **P1-1**'in uygulanabilirliği için aranan temel ölçüt olan "ekonomik bir değer oluşturma" ölçütü, burada yerini istisnai ölçüt olan "manevi/ruhsal bir değer oluşturma" ölçütüne bırakmaktadır.[992] Eğer bu görüş kabul edilecek olursa, ekonomik değer oluşturma ölçütünün zararın miktarına ilişkin unsuru fikri ürünler bakımından devre dışı kalabilir. Aksi halde birçok fikri ürün, ekonomik açıdan değersiz olduğu için **P1–1** korumasından yararlanamama tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır.

Eser sahibinin hakları konusundaki ikinci önemli karar Türkiye'ye karşı Oğuz Aral, Galip Tekin Aral ve İnci Aral tarafından yapılmış bir başvuruyla ilgilidir.[993] *Arallar v. Türkiye* davasında ilk iki başvurucu Fırt ve Gırgır dergileri için çizim yapan karikatürist iken üçüncü başvurucu Dıgıl isimli derginin editörüdür. Oğuz Aral ve Tekin Aral'ın çizim yaptıkları

---

990 *A. D. v. Netherlands*, App. No.21962/93, Admissibility Decision of 11 January 1994, para.3 (The Law), **D.R.**, **76-A**, March 1994, sf:157-163, özellikle 163. AİHK'nun orijinal ifadesi şöyledir: "....that the facts of the case do not disclose any appreance of any interference with the applicant's rights under Article 1 of Protocol No.1 (P1-1)".

991 Nitekim AİHK, hemen aşağıda ele alman *Arallar v. Türkiye* davasında, *A.D. v. Hollanda* davasına açık atıf yaparak, bu son davada verdiği kararda fikri mülkiyet haklarının **P1-1**'ce korunduğunu kabul ettiğini söylemiştir.

992 Bu noktada böyle bir çıkarımın fikri mülkiyet hukukunun çözüm tarzıyla paralellik arz ettiği söylenebilir. Bilindiği üzere, eser sahibinin yayımlanmamış eserleri üzerinde telif hakkı bulunmaktadır. Mektup özelinde bkz. Ayiter, **Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri**, sf:79-81; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:106 ve para.24; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, sf: 150-154.

993 *Oğuz Aral, Galip Tekin Aral and İnci Aral v. Turkey*, App. No.24563/94, Admissibility Decision of 14 January 1998. Başvurunun Türkiye'ye karşı yapılmış olmasını özellikle vurguluyorum, çünkü Türkiye'ye karşı yapılan başvurular genellikle Sözleşmenin uygulanmasında yenilik yaratması için Strasbourg organlarına fırsat tanıyan nitelikte değildir. Aksine, Türkiye'den giden başvurular çok sınırlı haklarla ve çok sınırlı konularla bağlantılıdır ve ağırlıklı olarak şikayetin hukuki özü önceden bir başka **AİHS** Tarafı Devlet aleyhinde yapılmış bir başvuruda çözüme kavuşturulmuştur. Bu sebeple henüz Strasbourg organlarında genel olarak fikri mülkiyet, özel olarak da eser sahibinin haklarına dair yerleşik kararların olmadığı bir dönemde Türkiye'den böyle bir başvuru yapılmış olması dikkat çekicidir.

dergilerin yayın haklarını elinde bulunduran şirket bu hakları bir başka girişimciye satmıştır. Dergileri satın alan yeni girişimci, başvurucular da dahil olmak üzere bütün çizerleri işten çıkartmıştır. Bu gelişmeler üzerine Oğuz Aral ve Tekin Aral, Dıgıl dergisinde Fırt ve Gırgır'da çizdikleri karakterleri çizmeye devam etmişlerdir.

Fırt ve Gırgır'ı satan alan kişi, Aralların Dıgıl'da çizim yapmalarının kendisinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan kaynaklanan telif hakkına aykırı (özellikle bu Kanunun 8. Maddesinin 2. fıkrası) olduğu iddiasıyla ulusal yargı makamlarına başvuruda bulunmuştur. Arallar savunma olarak, karikatür karakterlerinin yaratıcıları oldukları için asıl telif hakkına kendilerinin sahip olduklarını belirtmişlerdir. Ulusal yargı makamları Arallar aleyhine karar vererek, çizgi karakterler üzerindeki finansal hakların geçerli özel hukuk sözleşmesiyle şikayetçi girişimciye geçtiğini ve bu sebeple Aralların bu karakterleri girişimcinin rızası olmadan yayımlayamayacağına karar vermiştir.

Başvurucu Arallar ulusal yargı makamlarının aleyhlerine verdikleri bu kararın kendilerinin eser sahipliğinden kaynaklanan fikri mülkiyet haklarına (özellikle mali haklarına) ve dolayısıyla **P1-1**'de yer alan mülkiyet haklarına aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.[994] Komisyon, fikri mülkiyet haklarının **P1-1**'in kapsama alanına girdiğini kabul etmiştir. Bunu yaparken yukarıda zikredilen *A. D. v. Hollanda* davasına atıf yapmıştır. Bununla birlikte AİHK başvuruculaın iddialarını kabuledilemez bulmuştur. Bunun sebebi, AİHK'e göre, başvurucu Arallar ile muhatap Devlet Türkiye arasında Sözleşmesel bir soruna ilişkin uyuşmazlık bulunmamasıdır. Komisyon nezdinde sorun Arallarla özel hukuk kişisi olan girişimci arasındadır ve münhasıran özel hukuka tabi ticari bir uyuşmazlık söz konusudur. Ulusal yargı makamlarının bu konudaki kararları sadece iki özel hukuk kişisi arasındaki uyuşmazlığın çözülmesinde rol oy-

994 Başvuruculaın bu durumun Sözleşmenin 9 (düşünce ve inanç özgürlüğü hakkı) ve 10. (ifade özgürlüğü hakkı) Maddelerine aykırı olduğu yönündeki iddiaları da mevcuttur. Komisyon 10. Maddeye yönelik olan üzerinde özellikle durmuştur ve fakat bu iddiayı kabuledilebilir bulmamıştır. Buna rağmen AİHK, Madde 10'un telif hakkı özelinde uygulanabilir bir hak olarak potansiyelini vurgulamış ve olaya sınırlama ölçütleri açısından yaklaşmıştır. Komisyona göre, bir an için Madde 10'un uygulanabilir olduğu kabul edilse dahi, özellikle özel hukuk sözleşmesi tarafı kişinin hakları temelinde başvuruculaın telif haklarının sınırlanması, başkalarının hakları sınırlama ölçütü çerçevesinde demokratik bir toplumda gerekli olarak mütalaa edilebilir. Buradan hareketle, eser sahipliğine dayalı telif hakkının ifade özgürlüğü kapsamına girebileceği ve **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkından farklı bir koruma perspektifi elde edilebileceği üzerinde düşünülmelidir. Ayrıca kanımca, Komisyonun eser sahibinin hakları ile bir özel hukuk sözleşmesiyle telif hakkına sahip olmuş kişinin hakları arasındaki çatışmada ikinci kişi lehine eğilim göstermesi de tartışılmaya müsaittir.

namakta ve açıkça keyfi veya haksız olmadıkça Devletin Sözleşmesel sorumluluğunu doğurmamaktadır.[995]

Dava, usule ilişkin bir koşul yüzünden kabuledilemez bulunduğundan, Strasbourg organlarının başvurucuların eser sahibi olarak hakları ile bir özel hukuk sözleşmesiyle yasal telif hakkını satın almış kişinin hakları arasındaki çatışmayı (manevi haklar v. mali haklar) nasıl bir çözüme kavuşturacağı belirsiz kalmıştır. Özellikle eser sahibinin manevi hakları ile telif hakkı sahibinin mali hakları arasında bir çatışmanın gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Gerçi *Arallar* davasında başvurucular manevi haklarını değil mali haklarını gündeme getirmişlerdi ama, işin özü başvurucu eser sahiplerinin eser üzerindeki münhasır manevi hakları ile mali hakkın sahibi üçüncü kişi arasındaki çatışmadır. Her halükarda burada söylenmesi gereken, eser sahiplerinin haklarının *Arallar v. Türkiye* kararıyla artık Strasbourg yargısına yerleşmiş olduğudur.[996]

Üstelik burada Komisyon, dolaylı olsa da, eser sahibinin manevi haklarını **P1-1**'in kapsamına sokmuş olmaktadır. Oysa manevi haklar, ölüme bağlı tasarrufla intikale elverişli olmakla birlikte, sağlar arası devre elverişli olmayan nitelikte haklardır. Zira eser sahibinin manevi hakları, Kantçı-Hegelci anlamda yaratıcının kişiliğinin esere yansıması sonucu ortaya çıkan haklardır. Aslında eser sahibinin manevi haklarının **P1–1** kapsamında görülebilmesi yukarıda meşrulaştırıldığı için burada ayrıca bir tartışma yapmaya gerek yok.[997] Ancak manevi hakların Sözleşmenin özel yaşam hakkını koruyan Madde 8 kapsamında değerlendirilmesinin de mümkün olduğuna dikkat çekmek gereklidir.

---

995 *Oğuz Aral, Galip Tekin Aral and İnci Aral v. Turkey*, App. No.24563/94, Admissibility Decision of 14 January 1998, para.4 (The Law). Çalışmanın Üçüncü Bölümünde Taraf Devletlerin sorumluluğunun hangi hallerde doğacağı ayrıntılı olarak ele alınacağından bu hususa burada yer verilmeyecektir. Diğer yandan Madde 10 bakımından yaptığı incelemede aynı kaygıyı gütmesine rağmen bir spekülasyon olarak Devletin şorumluluğunun doğduğunu ve Madde 10'un uygulanabilir olması halinde nasıl bir çözüme gideceğini açıkça karara geçiren Komisyonun, aynı yaklaşımı **P1–1** için neden geliştirmediği sorusu cevapsız kalmaktadır.

996 Nitekim 2001 ve 2005 yıllarında verdiği iki kabuledilemezlik kararıyla AİHM de eser sahiplerinin haklarının **P1-1**'in kapsama alanında bulunduğunu teyit etmiştir. Bkz. *AEPI S. A. (Societe Hellennique Pour La Protection Du Droit D'auteur v. Greece*, App. No.48679/99, Admissibility Decision of 3 May 2001; *Dima v. Romania*, App. No. 58472/00, Admissibility Decision of 26 May 2005. Her iki dava, mülkiyet hakkının zaman duvarına çarparak kabuledilemez bulunmuştur.

997 Uluslararası doktrinde 2008 yılında yayımlanan bir eserde AİHM'in *Dima* kararından hareketle manevi hakların **P1-1** kapsamına girip giremeyeceği tartışılmıştır (bkz. Helfer, **Intellectual Property and the European Court of Human Rights**, sf: 17). Helfer, **P1-1** yargısının bütününe yönelik teorik bir arkaplana sahip olmadığı için, işbu Çalışmada yapılmaya çalışılan şekilde manevi hakların mülkiyet hakkını aktive etme ihtimalini yetkin şekilde değerlendirememiştir.

Eser sahibinin haklarının **P1–1** tarafından korunması konusunda, eser sahibinin uluslararası hukuktan kaynaklanan haklarını da dikkate almak gereklidir. Çalışmanın Giriş Bölümünde benimsenen yaklaşım uyarınca, uluslararası hukuk normları ve kararları **AİHS**'in uygulanması ve yorumlanmasında başvurucular lehine olarak kullanılma potansiyeli taşımaktadır. Eser sahibinin hakları konusunda da uluslararası hukukta akdedilen çeşitli sözleşmeler bulunmaktadır.[998] Nitekim *Arallar v. Türkiye* davasında başvurucular eser sahibinin haklarına ilişkin **Bern Sözleşmesini**[999] gündeme getirmişlerdir. Ancak AİHK başvurucuların bu argümanını ne karara geçirmiştir ne de tartışmıştır. Oysa başvurucuların **Bern Sözleşmesi**ne dayanarak ileri sürdüğü görüşler, davanın özü bakımından belirleyici önemdeydi.[1000]

Eser sahibinin haklarının **P1-1**'in kapsamına girdiğini gösteren bir başka örnek 2005 tarihli *Melnychuk* davasıdır. Bu dava eserleri hakkındaki sert eleştirilere katlanamayan bir yazar tarafından açılmıştır. Başvurucu, Ukrayna'daki bazı gazetelerde eserleri hakkında aynı gazeteci tarafından sistemli olarak yayımlanan sert eleştiri yazılarının yayımını durdurmak, söz konusu gazeteciyi ve eleştirileri yayımlayan gazeteleri hukuki yaptırımlara tabi tutmak ve nihayet eleştirilere yönelik olarak yolladığı cevabı gazetelerde yayımlatmak için girişimlerde bulunmuştur. Bütün bu girişimleri ulusal yargılama makamlarınca aleyhine sonuçlandırılmıştır. Başvurucu bu gelişmeler üzerine davayı AİHM önüne götürmüştür. Başvurucunun **P1–1** özelindeki iddiasına göre, eserleri hakkında eleştirel gazete yazılarının yayımlanması ve bunun yargılama makamlarınca durdurulmaması telif haklarını ihlal edici niteliktedir. AİHM, bu iddiayı ele alırken, önce fikri mülkiyet haklarının **P1-1**'in kapsama alanına girdiğini kabul etmiş (bunu yaparken yukarıda zikredilen *A. D. v. Hollanda* davasına atıf yapmaktadır) ve sonra başvuruyu Devletin bir sorumluluğu doğmadığı gerekçesiyle kabuledilemez bulmuştur.[1001]

---

998 Bu sözleşmelerden Türkiye'nin taraf olduklarının resmi Türkçe çevirileri ve Resmi Gazete referansları için bkz. Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:2041-2121.

999 "**Edebi ve Artistik Eserlerin Himayesi için 9 Eylül 1886'da İmzalanarak 4 Mayıs 1896'da Paris'te İtmam Edilen, 13 Kasım 1908'de Berlin'de Tadil Edilen, 20 Mart 1914'te Bern'de Tekrar İtmam Edilen, 2 Haziran 1928'de Roma'da Tadil Olunan ve Son Olarak 26 Haziran 1948'de Brüksel'de Tadil Edilen Bern Sözleşmesi**". Türkiye, bu Sözleşmeyle bağıtlanmak üzere, 28/05/1951 tarih ve 5777 sayılı "Edebiyat ve Sanat Eserlerini Koruma İçin Kurulan Bern Birliğine Katılma Hususunda Hükümete Yetki Verilmesine Dair Kanun"u çıkarmıştır. (RG, 02/06/1951, s.7824). Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisinin yeniden yayınlandığı kaynak olarak bkz. Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:2051-2060.

1000 Dava Komisyonca usuli gerekçelerle kabuledilemez bulunduğu için bu ihmal hoşgörülebilir. Bu arada, bana başvuru dilekçesini ulaştıran ve kullanmama izin veren sayın Avukat Bahri Bayram Belen'e teşekkür ederim.

1001 *Melnychuk v. Ukranie*, App. No.28743/03, Admissibility Decision of 5 July 2005, para.3 (The Law). Bu dava, cevap ve düzeltme hakkının Sözleşmenin ifade özgürlüğünü koruyan 10. Maddesi kapsamına girdiğini göstermesi bakımın da önemli unsurlar içermektedir.

2008 yılı başında hükme bağlanan *Balan* kararı ile eser sahibinin haklarının **P1-1** kapsamında korunduğu net olarak belirlenmiştir. Başvurucu, bir fotoğraf sanatçısı olup daha önce çektiği ve yayınladığı bir fotoğrafın ulusal kimlik kartlarında izinsiz ve telifsiz kullanılması sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ulusal kimlik kartlarında başvurucu tarafından çekilmiş fotoğrafın kullanılmasının **P1-1** anlamında fikri hak teşkil ettiğini kabul eden Mahkeme, fotoğrafların başvurucunun izni olmaksızın ve telif verilmeden kullanılmasını Sözleşmeye aykırı bulmuştur.[1002]

Mülkiyet hakkı açısından eser sahipliği incelenirken ifade özgürlüğü hakkı boyutu hesaba katılmalıdır. Özünde her eser, özellikle alenileştirildiği hallerde birer ifade açıklamasıdır. O halde ifade özgürlüğü hakkı, eser sahipliğini koruyacaktır. Aslında Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu[1003] hükümleri ile uluslararası/ulusalüstü belge hükümlerinin mefhumu muhalifi bu bağlantının kurulduğunu göstermektedir.[1004] Zira fikri mülkiyet hukukunda, kamu düzenine ve ahlaka aykırı eserlerin fikri haklar korumasından yararlanamayacağı kabul edilmektedir.[1005] Buna göre, bir esere kamu düzeni ya da ahlaka aykırılık mülahazalarıyla bir müdahalede bulunulduğunda, **P1-1**'deki mülkiyet hakkından ziyade, **AİHS** Madde 10'daki ifade özgürlüğü hakkı açısından bir inceleme yapılması **AİHS** sistemine daha uygun bir tercih olacaktır. Nitekim, müstehcenlik sebebiyle toplatılan birçok eser bakımından AİHM'e götürülmüş başvurularda Mahkeme, önce ifade özgürlüğü açısından olayı ele almış ve bu hakkın ihlal edilmediğini saptadıktan sonra mülkiyet hakkı ihlali olup olmadığını incelemiştir.[1006] Mahkeme ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini bulguladığı hallerde ise mülkiyet hakkı bakımından ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görmemektedir.[1007] Bunun temel sebebi mülkiyete yönelik müdahalenin tali nitelikte olmasıdır.

1002 *Balan v. Moldova*, App. No. 19247/03, Judgment of 29 January 2008, paras. 34-46.

1003 05/12/1951 tarih ve 5846 sayılı "**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu**", (RG, 31/12/1951, s.7981). Kanunun 2004 yılı itibariyle değişiklikler işlenmiş ve açıklayıcı dipnotlar eklenmiş şekilde metni için bkz. Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:743-777.

1004 İlgili normlar ve spesifik uluslararası belgeler için bkz. Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:755, 2041-2121.

1005 Bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:187-188; Suluk-Orhan, **Cilt II**, sf:532; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, sf: 318-320.

1006 İlk örnek olarak bkz. *Handyside v. the United Kingdom*, Judgment of 7 December 1976, paras.59-63.

1007 *Öztürk v. Turkey*, App. No.22479/93, GC Judgment of 28 September 1999, paras.75-76; *Ünsal Öztürk v. Turkey*, App. No.29365/95, Judgment of 4 October 2005, para. 70; *Kommersant Moldovy v. Moldova*, App. No 41827/02, Judgment of 9 January 2007, paras.42, 47-49. Ancak hem *Öztürk* hem de *Kommersant* davaları bakımından AİHM, hükümlerinin "tazminat" kaleminde, başvuruculara kitap ve gazetelerinin toplatılmasından ve imha edilmesinden kaynaklanan zararlarını dikkate alarak bir tazminat miktarı belirlemiştir. Bu noktaya yukarıda **P1-1** ile diğer hakların yarışması olgusunun incelenmesi sırasında değinilmişti.

c) Patent

Sınaî mülkiyet hakları da Strasbourg organları tarafından **P1–1** kapsamında değerlendirilmektedir. Hatta sınaî haklara ilişkin kararların diğer fikri haklara ilişkin kararlara göre daha önce Strasbourg gündemine geldiği bile söylenebilir. Sınaî hakların başında da patent hakkı gelmektedir. Patent bir fikri mülkiyet ürünü olarak hem maddi hem de manevi haklar içermektedir.[1008] Bu yönüyle, tıpkı eser sahibinin haklarında olduğu gibi, ana hatlarıyla **P1-1**'in uygulanması için gerekli olan iki ölçütü karşıladığı düşünülebilir.[1009]

Bu konudaki öncü karar[1010] *Smith Cline ve French Laboratories v. Hollanda* davasında AİHK tarafından verilmiştir. Başvurucu şirket Birleşik Krallıkta kayıtlı olup Hollandada cimetidine adlı duedonal ülser ve gastrit ile ilgili bir ilacın patentinin sahibidir. Başvurucu şirket istememesine rağmen, Hollanda patent hukuku uyarınca bir Hollanda şirketine bu ilacın üretim ruhsatını vermek durumunda kalmıştır. Başvurucu Komisyon önünde üçüncü sahısa ilaç üretim ruhsatını zorla vermesinin patent kullanımına bir müdahale teşkil ettiğini ve kendisinin patentlenmiş buluştan inhisari yararlanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

İncelemesine paten hakkı açısından **P1-1**'in uygulanabilir olup olmadığını belirlemekle başlayan Komisyon, öncelikle Hollanda iç hukukuna göre patentin intikal edebilir (transferable) ve temlik edebilir/devredilebilir (assignable) bir kişisel mülkiyet oluşturduğunu not etmiştir. Başvurucu şirketin patente sahip olduğuna şüphe olmadığına göre, patentin **P1–1** anlamında mamelek oluşturduğu sonucuna varılabilir. AİHK devamla mülkiyet hakkına bir müdahale olup olmadığını incelemeye başlamıştır. Komisyona göre, patent öncelikle sahibine münhasır bir kullanma hakkı bahşetmektedir. Bu hakkın üçüncü kişilere ruhsat yoluyla aktarılması kaçınılmaz değildir ve otomatik olarak patent sahipliğinden doğmamakta-

---

1008 Ulusal hukuk bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:14, 521-523.

1009 Burada patent özelinde söylenenler, *mutadis mutandis*, diğer sınaî mülkiyet hakları için de geçerlidir.

1010 Aslında daha 1988 yılında Komisyonun önüne patentin **P1-1**'in kapsamına girip girmediğine ilişkin olarak karar verme şansı gelmişti. University of Illinois Foundation adlı ABD'nin Illinois Eyaletinde kayıtlı bir tüzel kişinin Hollanda aleyhinde yaptığı başvuruda başvurucu tüzel kişi, vergisini zamanında ödemediği gerekçesiyle Hollanda makamlarının patentini silmesinin mülkiyet haklarının ihlali olduğunu ileri sürmüştü. AİHK davanın bu bölümünü iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabuledilemez ilan etmiştir. Bu yüzden, patentin **P1-1**'in kapsamına girip girmediği hususunda bir ipucu ortaya çıkmamıştı. Bkz. *University of Illinois Foundation v. Netherlands*, App. No.12048/86, Admissibility Decision of 2 May 1988, para.2 (The Law).

dır. Bu durumda, üçüncü kişiye patenin kullanma ruhsatının zorla verilmesi mülkiyet hakkının kontrolü anlamına gelmektedir.[1011]

Patentin **P1-1**'ce korunduğu böylelikle AİHK tarafından kabuledilmiş olmaktadır. Diğer yandan bu patentin **P1-1**'in koruma şemsiyesi altına girebilmesi için ulusal hukukta tescil edilmiş olması gerekliliği bir ön koşul olarak kendini göstermektedir. Bu durumda patentin doğrudan iç hukuktaki niteliğine bakılmış olmaktadır.

T Şirketi v. Hollanda davası da patentin **P1-1**'in kapsamına girdiğini gösteren kararlar arasındadır. Başvurucu Birleşik Krallıkta kayıtlı çok uluslu bir ticari şirket olup tütün mamullerini işlemekte geliştirdiği bir ürün için Hollanda'da patent başvurusunda bulunmuştur. Hollanda makamları şirketin talebini bir yenilik içermediği gerekçesiyle reddetmiştir. Şirketin ulusal düzlemde açtığı davalar aleyhine sonuçlanmıştır. Şirket AİHK önünde öncelikle Hollanda ulusal makamlarının yaptığı yargılamanın adil olmadığını ve takiben adil olmayan yargılamaya bağlı olarak patentinin verilmemesinin mülkiyet hakkının ihlalini oluşturduğunu ileri sürmüştür. Komisyon **P1–1** çerçevesindeki iddiaları adil yargılanma eksenli iddiaların bir uzantısı olarak kabul etmiş ve bu iki iddianın kabuledilebilirlik aşamasında ayrılamayacağını gerekçesiyle başvuruyu **P1–1** açısından da kabuledilebilir bulmuştur.[1012] Başvuru önünde geldiğinde Mahkeme tercihini adil yargılanma hakkına öncelik vermekten yana kullanmıştır. AİHM'e göre, olaydaki mülkiyet hakkı ihlali iddiası, adil yargılanma hakkı ihlali iddiasının bir uzantısı olduğu için durumu ayrıca **P1–1** açısından incelemeye gerek yoktur.[1013] [1014]

1011 *Smith Cline and French Laboratories LTD v. Netherlands*, App. No.12633/87, Admissibility Decision of 4 October 1990, **DR Vol. 66**, December 1990, sf:70-80, özellikle 79. Komisyon mülkiyet hakkının kontrolünün ölçülülüğü bakımından yaptığı inceleme neticesinde ise başvurunun temelsiz olduğu sonucuna varmıştır. Karar bu açıdan Üçüncü Bölümde incelenecektir.

1012 *T. Company Limited v. Netherlands*, App. No.19589/92, Admissibility Decision of 15 October 1993.

1013 *British-American Tobacco Company LTD. v. Netherlands*, Case No:46/1994/493/575, Judgment of 20 November 1995, Series A No.331, para.91.

1014 AİHM'in *British-American Tobacco Company LTD. v. the Netherlands* davasındaki bu yaklaşımı bir başka davada Komisyon tarafından endüstriyel tasarımlar için de benimsenmiştir. *Denev* davasında başvurucu golf, tenis ve hokey gibi aktiviteler için bir tasarım geliştirmiş ve fakat bu tasarımı bir yenilik getirmediği gerekçesiyle ilgili mevzuat uyarınca reddedilmiştir. Her ne kadar Komisyon başvuruyu mülkiyet hakkı ve onun bağlantılı olduğu adil yargılanma hakkı (tarafsız ve bağımsız mahkeme unsuru) açısından kabuledilemez ilan ettiyse de, tıpkı *British-American Tobacco Company*'de olduğu gibi, aslında zımmen endüstriyel tasarımların **P1–1** çerçevesinde mülkiyet hakkının kapsamına girdiğini kabul etmiş oldu. Bkz. *Denev v. Sweden*, App. No.25419/94, Admissibility Decision of 9 April 1997, para.4 (The Law).

Anlaşılan, tütün mamullerinin patentlenebilirliğinin mülkiyet hakkının kapsamına girip girmediği meselesi Strasbourg organlarını ve özellikle Komisyonu bir hayli meşgul etmiş. *British-American Tobacco Company* davasını takiben bu kez Finlandiya'ya karşı ABD'de kayıtlı bir ticari şirket olan Brown & Williamson Tobacco Corporation'ın açtığı dava gündeme gelmiştir. Brown & Williamson Tobacco Corporation'ın AİHK önüne götürdüğü bu davada şikayet konusu, Finlandiya ulusal makamlarının adı geçen şirketin tütün mamullerini işlenmesinde getirdiği yeniliğin patentlenebilirlik bakımından yeni bir buluş saymamasının ve patent başvurusu askıdayken bir başka tütün işleme şirketince yapılan itirazın varit görülmesinin Sözleşmenin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. Maddesine ve **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkına aykırılığı iddiasıdır. Komisyon başvuruyu adil yargılanma hakkı bakımından kabuledilebilir ilan ederken[1015] mülkiyet hakkı bakımından kabuledilemez bulmuştur. AİHK'na göre, patent hakkı, kural olarak, mülkiyet hakkının kapsamına girmektedir. Ancak AİHK'in kabuledilemezlik gerekçesi, **P1–1**'in zaman duvarı engelidir. Komisyon patent hakkının **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlaması için, ulusal hukukta kazanılmış olmasını aramaktadır.[1016]

Patent hakkının doğurduğu mülkiyet sorunları ulusal hukuklar ile ulusalüstü hukukları insan hakları açısından kesiştirebilmektedir. Bilindiği üzere, fikri mülkiyet hukukunun diğer alt kategorilerinde de olduğu gibi, patent korunması da aslında uluslararasılaşmış bir konudur. Devletler, uluslararası andlaşmalar akdetmek yoluyla özellikle bölgesel örgütlere patent hukukuyla ilgili bazı yetkilerini devretmektedirler.

Bu noktada şu soru ortaya çıkmaktadır. Patent mülkiyet hakkının bir parçası olarak **P1–1** tarafından korunduğuna göre, eğer Devlet yetki-

---

1015 Başvurunun kabuledilebilir bulunan adil yargılanma hakkına ilişkin kısmı daha sonra AİHM tarafından insan haklarına saygı gereğince ve Sözleşmenin uygulanması bakımından incelenmeye değer bir yönü bulunmadığı gerekçesiyle Mahkemece incelenmeyip listeden çıkartılmıştır. Bkz. *Brown & Williamson Tobacco Corporation v. Finland*, Case No.49/1998/952/1167, Screening Panel Decision of 7 August 1998.

1016 *Brown & Williamson Tobacco Corporation v. Finland*, App. No.23749/94, Admissibility Decision of 3 December 1996, para.2 (The Law). Komisyonun orijinal ifadesi şöyledir: "The Commission recalls that neither the Convention nor any of its Protocols protects a right to obtain possessions. Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) is limited to enshrining the right of everyone to the peaceful enjoyment of already existing possessions (see, e.g., Eur. Court HR, Marckx v. Belgium judgment of 13 June 1979, Series A No. 31, p. 23, para. 50; Van der Mussele v. Belgium judgment of 29 September 1983, Series A No. 70, p. 23, para. 48). The patent to which the applicant company considered itself entitled cannot therefore be considered "possessions" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1), even assuming that a separate issue were to arise under that provision. Accordingly, the Commission finds no appearance of any violation of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)."

sini bir ulusalüstü örgüte devrederse, **AİHS**'den kaynaklanan insan haklarına ve özellikle mülkiyet hakkına saygı yükümlülüğünden de bağışık kılınacak mıdır? Soruyu daha da genelleştirirsek: Devletler, görevlerinin gerektirdiği yetkilerini başka kurumlara devrederek insan hakları sorumluluğundan kaçınabilirler mi?

Bu sorun Strasbourg organları önüne bir kaç kez gelmiştir. *Heinz v. Avrupa Patent Sözleşmesine Taraf Devletler* davasında başvurucu Karl Eckart Heinz Alman vatandaşı olup Almanya'da yaşamaktadır. Bay Heinz Avrupa Patent Ofisinin Münih Şubesine Avrupa patenti almak için başvurmuş ve gerekli masrafları ödemiştir. Bunun üzerine Avrupa Patent Ofisi yenileme masrafları istemiştir. Başvurucu bu ödemeyi yapabilmek için ek süre talep etmiştir. Cevabi yazısında Ofis, **Avrupa Patent Sözleşmesi**nin (**APS**) ilgili hükmü uyarınca altı ay içinde yenileme masrafının ve ek masrafın aynı anda ödenmek durumunda olduğunu başvurucuya bildirmiştir. Söz konusu masraflar ödenmediğinde patent başvurusu düşecektir.

Bay Heinz bunun üzerine AİHK'e başvurmuştur. Başvurucuya göre, Avrupa Patent Sözleşmesinin kendisini hem yenileme ücretini hem de ek masrafı aynı anda ve altı ay içinde ödemek zorunda bırakması **P1-1**'e aykırılık teşkil edecek ölçüde mülkiyet hakkına bir müdahaledir. Komisyon incelemesine kişi bakımından yetki problemini ele alarak başlamıştır.

Komisyona göre, Devletler **Avrupa Patent Sözleşmesi**ne taraf olmakla patent hukukundaki bazı ulusal yetkilerini Avrupa Patent Ofisine devretmişlerdir ve böyle bir devir kategorik olarak **AİHS**'e aykırı bir yön içermemektedir. Fakat Komisyona göre böyle bir yetki devri, zorunlulukla yetkisini devreden Devletin Sözleşmesel (**AİHS** çerçevesindeki) sorumluluklarından bağışık kılınmasını sonuçlamamaktadır. Aksi sonucun kabulü, Sözleşme güvencelerinin azaltılması veya hepten kaldırılması anlamına gelir ve bu güvencelerin buyurgan/üstün (*peremptory*) karakteriyle bağdaşmaz.

Etkililik ilkesini de hatırlatan AİHK, "bir ulusalüstü örgüte yetki devrinin Sözleşmeyle uyumlu olabilmesi için, yetkinin devredildiği örgüt sisteminde insan haklarının korunmasının en az ulusal makamlarca korunması kadar etkili olmalıdır" diyerek Devletlerin yetki devriyle Sözleşmesel sorumluluklarından kaçınamayacağını kabul etmiştir.[1017] Bu teorik standartizasyonundan sonra Komisyon somut olaya dönerek, **APS**'nin mülkiyet hakkını korumakta etkili olup olmadığına odaklaşmıştır.

[1017] *Karl Eckart Heinz v. Contracting States also Parties to the European Patent Convention*, App. No. 21090/92, Admissibility Decision of 10 January 1994, **D.R., 76-A**, March 1994, sf:125-128, özellikle 127-128.

Karardan, **AİHS** organı Komisyonun, **APS** sisteminin patent özelinde mülkiyet hakkını etkili olarak koruyup korumadığını belirlemekte bazı unsurlara dikkat çektiği gözlemlenebilmektedir. Bu unsurlar arasında patentlenebilirlik, başvuru yapmaya yetkili kişiler, patent başvurusu koşulları gibi maddi hukuka ilişkin unsurların yanında kararlara itiraz gibi usuli unsurların varlığı dikkat çekmektedir. AİHK ayrıca, itirazları değerlendiren kurulun uzman kişilerden oluştuğunu ve bağımsızlıklarının güvenceye alınmış olduğunu da vurgulamıştır.[1018] Nihayetinde bay Heinz'in AİHK'e yaptığı başvuru kişi bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabuledilemez ilan edilmiştir.[1019]

Lenzing v. Birleşik Krallık ve *Lenzing v. Almanya* davaları patentin **P1–1** anlamında mamelek değeri olarak korunduğu ve Devletlerin yetki devrinin gündeme geldiği diğer kararlardır. Bu davalarda başvuru numaraları ve muhatap Devlet hariç olay örüntüleri özdeştir. Başvurucu Lenzing AG Avusturya'da kayıtlı bir ticari şirkettir. Bu şirket, yünden ürettiği pamuklu benzeri kumaşın patentinin **APS** Madde 3 uyarınca İngiltere ve Almanya'da tanınması amacıyla Avrupa Patent Ofisine başvurmuştur. Ofis şirketin istediği patenti vermiştir. Ancak Ofisin bu kararına bir başka şirket süresinde itiraz etmiştir. İtiraz sonucu başvurucu şirkete verilen patent hakkı, buluşta yeni bir teknik aşama bulunmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Bu arada İngiliz ve Alman patent mahkemeleri önünde başvurucunun o Devletler nezdinde sahip olduğu patent hakkının iptal edilmesi amacıyla davalar açılmıştır. Bu davalar başvurucunun aleyhine sonuç-

---

1018 "**Avrupa Patent Sözleşmesi**"nin AİHK tarafından vurgulanan özellikleri hakkında ayrıntılı Türkçe bilgi ve adı geçen Sözleşmenin serbest Türkçe çevirisi için bkz. Ali Necip Ortan, **Avrupa Patent Sistemi - Cilt I: Avrupa Patenti Antlaşması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, *tüm kitap* ve özellikle sf:58-187, 215-279. Ayrıca bkz. Bently-Sherman, **Intellectual Property Law**, sf:330-333. Bu konularda vaka hukukunu içeren daha güncel bilgi için bkz. **Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office**, (Edited by, Legal Research Service for the Boards of Appeal), Fourth Edition December 2001, www.epo.org.

Bu noktada bir paragraf açılarak şu bilgi eklenmelidir: **Avrupa Patent Sözleşmesi** 2000 yılının Kasım ayında gözden geçirilmiş ve 28 Haziran 2001 tarihinde Örgütün bir organı olan İdari Konsey tarafından yeni Sözleşme metni kabul edilmiştir. Kısa adı **APS 2000** (Orijinal: **EPC 2000**) olan bu yeni metin 13 Aralık 2007'de yürürlüğe girmiştir. **APS 2000**'in gerektirdiği alt düzey hukuki metinler de İdari Konsey tarafından 7 Aralık 2006'da hazırlanmıştır. Bütün bu metinler **Official Journal of the European Patent Office, Special edition No. 1 OJ EPO, 2007'de** yayımlanmış olup www.epo.org sitesinden ulaşılabilir.

1019 *Karl Eckart Heinz v. Contracting States also Parties to the European Patent Convention*, **D.R., 76-A**, sf:128. Bu karara atıfla aynı yönde olarak bkz. *Hans Reber, Reber Systematik Gmbh and Ulrich Kinkel v. Germany*, App. No. 27410/95, Admissibility Decision of 12 April 1996.

lanmıştır. Başvurucu şirket Komisyon önünde patent hakkının **P1–1** kapsamında ihlale maruz kaldığını ileri sürmüştür.[1020] İncelemesine patent hakkının **P1–1** kapsamında olduğuna ilişkin yukarıda ele alınan kararına atıfla başlayan AİHK, başvurucuyu patentinden yoksun bırakan tasarrufun ulusal olmayıp ulusalüstü organa (Avrupa Patent Ofisi) ait olduğunu tespit etmiştir. Komisyona göre, başvurucu ulusal yargı makamları önünde patent hakkını değil, patent elde etme talebini ileri sürmüştür; çünkü patenti veren ve bunu iptal eden İngiliz ya da Alman makamları değil Avrupa Patent Ofisidir. Davalarda başvurucunun **P1–1** kapsamına girer nitelikte bir talep hakkı olduğu Komisyonca bir varsayım olarak kabul edilmişse de bu hakka bir müdahale olmadığına karar verilerek başvuru kabuledilemez bulunmuştur.[1021]

Heinz ve *Lenzing* davaları, her ne kadar AİHK tarafından patent bağlamından kopartılıp ele almışsa da, patentin, ulusalüstü hukuk rejimine tabi olduğu hallerde dahi **P1-1**'in kapsama alanı içerisine girdiği hususunu teyit eden kararlar olması itibariyle önem az etmektedir. Bu davalar ayrıca, ulusalüstü hukuk ile (olayda Avrupa Patent Sözleşmesi/Ofisi) bir Devletin **AİHS**'den kaynaklanan sorumluluğu arasındaki çetrefil ilişkiye dair belirlemeler içermektedir. Komisyon teyit etmiştir ki, bir ulusalüstü örgüte yetki devrinin Sözleşmeyle uyumlu olabilmesi için, yetkinin devredildiği örgüt sisteminde insan hakları ulusal düzlemdeki kadar etkili şekilde korunmalıdır. Aksi halde, yetkisini o ulusalüstü örgüte devreden Devletin Sözleşmesel sorumluluğuna gidilebilir.

Bütün bu kararlar genel olarak değerlendirildiğinde, patentin **P1–1** tarafından hangi noktada korunacağı sorunu kendini göstermektedir. Şöyle ki, patentin **P1-1**'ce korunabilmesi için ulusal hukukta tescil edilmiş olması gerektiği AİHK kararlarıyla açığa çıkmıştır. **P1-1**'in patentin korunmasına yönelik olarak uygulanabilirliğini iç hukuktaki duruma endekslemek, zaman duvarı engeline takılmakta olduğundan mülkiyet hakkının otonom niteliğiyle pek bağdaşmayan bir yaklaşımdır.[1022]

1020 *Lenzing v. the United Kingdom*, App. No.38817/97, Admissibility Decision of 9 September 1998; *Lenzing v. Germany*, App. No.39025/97, Admissibility Decision of 9 September 1998. Bu davalarda başvurucu şirket adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini de ileri sürmüştür. AİHK bu iddia üzerinde ayrıntılı olarak durmuş ve Sözleşmeye Taraf bir Devletin üyesi olduğu ulusalüstü bir başka örgütün kararları yüzünden **AİHS** çerçevesinde hangi koşullarda sorumlu olacağına ilişkin önemli belirlemeler yapmıştır.

1021 *Lenzing v. United Kingdom*, App. No.38817/97, Admissibility Decision of 9 September 1998, para.2 (The Law); *Lenzing v. Germany*, App. No.39025/97, Admissibility Decision of 9 September 1998, para.2 (The Law).

1022 Türk Anayasa Mahkemesi eski tarihli bir kararında patentlerin anayasal mülkiyet hakkından yararlanamayacağına karar vermişti. 1961 Anayasası döneminde verilen bu kararda oldukça ayrıntılı tartışmalar yapan AYM patentin ve giderek bütün bir fikri

Diğer yandan böyle bir yaklaşım patent hukukunun niteliğiyle de uyuşmazlık göstermektedir. Bilindiği üzere, buluş sahibi hakkı, buluşun tamamlanmasıyla kendiliğinden ve otomatikman buluş sahibinin kişiliğinde doğmaktadır. Buluş hakkı, patent başvurusunda bulumak hakkını, bunları devretmek hakkını ve diğer manevi hakları içermektedir.[1023] O halde AİHK'ce patentin tescil gerekliliğinin aranıyor olması tartışılmaya açık bir yaklaşımdır. Gerçi Komisyon önündeki davalar genellikle hep patent hakkına sahip olan tüzel kişilerce açılmıştır. Yani buluş sahibinin açtığı bir dava Strasbourg organları önünde henüz gelmemiştir. Zaten patent uyuşmazlıkları hali hazırda AİHM önüne de gelmemiştir. Bu açı-

---

ürünler ile bütün mamelekin 1961 Anayasasının mülkiyet hakkını düzenleyen 36. Maddesi kapsamına girmediğine karar vermiştir. Somut norm denetimi yoluyla AYM önüne giden davada Alman Anayasa Hukukuna ve **P1-1**'e dayanan davacılar oldukça kuvveti argumanlar ileri sürmüştür. Görüşlerini Maddenin hazırlık çalışmalarına ve metnine dayandıran AYM fikri hakların mülkiyet hakkı kapsamında olmadığına karar vermiştir. AYM teorik açıdan medeni hukuk anlayışını benimsemiş ve gayri maddi mallar üzerinde mülkiyet hakkı kurulamayacağı sonucuna varmıştır. AYM'ye göre, Alman Anayasa Hukukunda mülkiyet hakkı garantisinin bütün mameleki kapsamasının Türk Anayasası için bir önemi yoktur; zira bu iki Anayasa mülkiyet hakkını farklı şekilde düzenlemiş ve Türk Anayasa yapıcısı fikri hakları dışarıda bırakma yönünde irade beyan etmiştir. AYM'nin ifadesiyle "bir yabancı devlet anayasası üzerindeki tartışmalar ve o anayasanın uygulanış biçimi, bu ereğe aykırı bir yorumu haklı ve makbul kılmaz." AYM devamla **P1-1** ile fikri haklar arasında bir ilişki olup olmadığını sorgulamıştır. AYM'ye göre, **P1-1**'in Fransızca metin üzerinden yapılan eski çevirisinde geçen "mal" terimi ile mülkiyet teriminin ayrı hukuki kavramlar olduğu ve Anayasanın 36. Maddesinde mülkiyet hakkına yer verildiği için **P1-1** ile AY Madde 36 arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. AYM'nin **P1-1** hakkındaki değerlendirmesine devam ederek, bunun AY Madde 36'daki "ilkelerden çok değişik, ve kanun koyucunun nispi takdirine bağlanmış bir esasın kabul edildiği görülmektedir" yorumunu yapmıştır. AYM burada da durmamış ve akabinde **EİHB**'nin mülkiyet ve fikri haklarla ilgili düzenlemelerini ele almıştır. **EİHB**'de mülkiyet ile fikri hakların iki ayrı maddede düzenlenmiş olduğunu vurgulayan AYM "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, mülkiyet hakkının, (....) maddî şeylere özgü niteliğini belirtmiş, fikrî hakları ise, 'türlü ilim, edebiyat veya sanat eserlerinden mütevellit manevî ve maddî menfaatlerin korunması hakkı' olarak ifade etmiştir" değerlendirmesini yapmıştır. **EİHB**'yi kendisine temel alan AYM fikri hakların AY'nin mülkiyet hakkı kapsamına girmediğini ve dolayısıyla temel hak niteliğinde olmadığını, buna karşılık AY'nin bilim ve sanat özgürlüğü kapsamına girerek belli bir ölçüde anayasal korumadan yararlanacakları hükmüne varmıştır (Bkz. Esas No: 1967/10, Karar No: 1967/49, Karar tarihi: 28.12.1967, Resmi Gazete tarih/sayı: 30.1.1969/13114). Bu karara oldukça sağlam bir muhalefet şerhi eklenmiştir. Muhaliflere göre 1961 AY Madde 36 fikri hakları korumaktadır. Bununla beraber muhalifler şikayet konusu kanun hükmünün adı geçen Maddeye aykırı olmadığı kanaatindedir. Bu noktada muhalifler **P1-1**'e de atıf yaparak **P1-1**'de mülkiyet hakkının sınırlanabilir bir hak olarak düzenlendiğine dikkat çekmişlerdir (bkz. İhsan Keçecioğlu-Feyzullah Uslu-Fazlı Öztan- İ. Hakkı Ketenoğlu, İhsan Ecemiş ve Recai Seçkin'in Muhalefet Şerhi, para. 5 (olası okuru uyaralım ki paragraf numaraları sonradan karışmış).

Son bir not olarak eklenmelidir ki, AYM'nin fikri hakları anayasal mülkiyet hakkı garantisi dışında bırakan bu içtihadı 2008 yılı başında değişmiştir. Değişiklik yapan kararlar marka hakkıyla ilgili olduğundan aşağıda ilgili yerde zikredilecektir.

1023 Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:521-522 ve paras.45-46.

dan bakıldığında, buluş sahibinin açacağı olası bir davada Mahkemenin buluş sahibinin hakları ile patenti ayırarak bir değerlendirme yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Gerçi 2003 tarihli bir AİHM kararı bu tezin geçerliliği hususunda bazı şüpheler uyandırıyor. *Strzelecki* davasında başvurucu buluş sahibi olarak bir şirketin kullandığı patent karşılığı ücret talep etmiştir. Bu talebe ilişkin ulusal makamlar önünde yargılama sürerken bir başka şirketin itirazı üzerine yetkili Patent Kurumu, şirketin kullandığı patent hakkının hem uyuşmazlık konusu buluşu kapsamadığını hem de aslında tükendiğini ilan etmiştir. Başvurucu Patent Kurumunun bu kararına karşı yargı yoluna başvurmuşsa da lehine bir gelişme elde edememiştir. AİHM değerlendirmesinde başvurucunun şirket aleyhine açtığı dava ile Patent Kurumu aleyhine açtığı davaları ayırarak başlamış ve birinci ulusal dava bakımından iç hukuk yolları tüketilmediği için kabuledilemezlik kararı vermiştir. Başvurucunun Patent Kurumuna karşı açtığı dava bakımından ise Mahkeme, Patent Kurumu önündeki uyuşmazlığın taraflarının iki tüzel kişi olduğunu ve bu sebeple başvurunun ulusal hukukta bu uyuşmazlığın tarafı olmadığını belirterek şikayeti bu açıdan da kabuledilemez bulmuştur. Nihayet AİHM başvurucunun patent özelinde malvarlığı haklarından yararlanmasında aşırı gecikme olduğu yönündeki iddiasını ele almıştır. Mahkemeye göre, başvurucunun bu son iddiası, malvarlığı haklarından yararlanma talebini meşrulaştıracak ölçüde temellendirilmiş olmaktan çok uzaktır.[1024]

Mahkemenin *Strzelecki* kararı, bir yandan, patent sahibi ile buluş sahibi arasındaki olası farkın tanındığı anlamına gelmektedir. Diğer yandan, Mahkemenin buluş sahipliğini de ulusal hukuk düzeninde tescile veya yargı kararıyla resmi tanınmaya endekslemesi, hem patent hukukunun ilkelerine aykırıdır ve hem de burada ileri sürülen görüşün geçerliliğini zayıflatmaktadır.

Buluş sahipliği konusu açılmışken **Avrupa Patent Sözleşmesi (APS)** çerçevesinde "Avrupa patent başvurusunun" hukuki niteliğinden de bahsetmek gerekir. **APS** "Avrupa patent başvurusunu" devir ve intikali mümkün olan malvarlığı değeri niteliğinde düzenlemiştir. Hatta **APS**'nin İkinci Kısmın Dördüncü Bölümünün kenar başlığı "mülkiyetin/malvarlığının konusu olarak Avrupa patent başvurusudur". Bu kenar başlık altında yer alan 71 ila 74. Maddeler konuyu düzenlemektedir.[1025] **APS** pa-

---

1024 Bkz. *Strzelecki v. Poland*, App. No.45994/99, Admissibility Decision of 14 January 2003.

1025 "**Avrupa Patent Sözleşmesi**" Madde 71-74 normlarının orijinali şöyledir:
"**Article 71 - Transfer and constitution of rights**

tent konusunda Avrupa kıtasında bölgesel ölçekte bir piyasa/pazar yaratmıştır ve yukarıda gösterildiği üzere **P1-1**'in uygulanabilirliği için aranan piyasanın ulusal olması zorunlu değildir. Hal böyle olunca, usul hukuku sorunları bir an için ihmal edildiğinde, bu başvurunun **P1-1**'ce korunabileceği sonucuna varılabilir.

Dedik ki zaman duvarı sebebiyle patentin **P1-1**'ce korunabilmesi için ulusal hukukta tescil edilmiş olması gerekmektedir. Yukarıdaki iki paragraf bunun aşılmasına yönelik iddialarımızı içermektedir. Bu iddialar biraz daha ileriye götürülebilir: Aslında ulusal düzlemde tescil edilmiş olma zorunluluğu, zaman duvarı açısından hakkın mevcut olduğunu gösterir. Oysa, yukarıda teorik bölümde ayrıntılı olarak belirlendiği üzere, mevcut olma durumundan daha esnek bir kategoriye denk gelmesi gereken meşru beklenti kavramı bulunmaktadır. O halde, ulusal hukukta tescilden önceki aşamalar belki meşru beklenti kategorisi altında değerlendirilerek **P1–1** koruması aktive edilebilir. Bu noktada bu Çalışmanın bütününe hakim olan **AİHS**'in UİHH dışındaki konuyla doğrudan ilgili belgeler ışığında yorumu yöntemi oldukça işlevsel olabilecektir. Nitekim APO'nun organı olan Temyiz Kurulu meşru beklenti kavramını **APS** düzlemindeki başvurularda geniş biçimde kullanmaktadır.[1026] Temyiz Kurulunun meşru beklenti temelli uygulamalarının AİHM'e esin kaynağı olabileceği söylenebilir.

Ayrıca, aşağıda markaya özgülenen alt-bölümde işlenecek olan *Anheuser-Busch INC v. Portekiz* davasında Büyük Daire'nin çok yakın tarihli kararının bu tezi oldukça destekleyeceği umulabilir.[1027] Davada Büyük

---

A European patent application may be transferred or give rise to rights for one or more of the designated Contracting States.

"**Article 72 - Assignment**

An assignment of a European patent application shall be made in writing and shall require the signature of the parties to the contract.

Article 73 - Contractual licensing

A European patent application may be licensed in whole or in part for the whole or part of the territories of the designated Contracting States.

Article 74 - Law applicable

Unless this Convention provides otherwise, the European patent application as an object of property shall, in each designated Contracting State and with effect for such State, be subject to the law applicable in that State to national patent applications."

1026 Vaka hukukunu içeren ayrıntılı bilgi için bkz. **Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office,** (Edited by, Legal Research Service for the Boards of Appeal), Fourth Edition December 2001, sf:251-261. www.epo.org.

1027 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, GC Judgment of 11 January 2007. Nitekim doktrinde 2008 yılında yayımlanan bir makalede, benzer bir görüş **APS**'nin yanı sıra fikri mülkiyet haklarına ilişkin çeşitli AB mevzuatı da eklenerek ileri sürülmüştür. Bununla beraber, yazar görüşlerini desteklemek üzere APO organları kararlarına yer vermemiştir (bkz. Helfer, **Intellectual Property and the European Court of Human Rights**, sf: 25).

Daire marka tescil başvurusunun bir dizi mali hak ve çıkar oluşturduğunu kabul ederek, başvurucu şirketin mameleki nitelikte çıkarlar oluşturan hukuki pozisyonunun **P1–1** kapsamına girdiğine karar vermiştir.

Bunların dışında patent uyuşmazlıklarının henüz Mahkeme önüne gelmemiş olması, aslında Komisyonun patenti mülkiyet hakkı kapsamında etkili olarak koruyacak bir yaklaşım geliştiremediğini ya da böyle bir yaklaşımı sağlayacak temelleri atamadığını göstermektedir. Tekrar hatırlatmak gerekir ki, patente dair başvuruların tamamı Komisyonca kabuledilemez bulunmuştur. Otonominin zedelenmesi, onun arkasında yatan etkililik ilkesinin de ihmal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Kaldı ki çoğu patent uyuşmazlığı, fikri mülkiyet hukukunun uluslararasılaşması/ulusalüstüleşmesi sebebiyle, aslında Sözleşme Tarafı Devletlerin **P1-1**'den kaynaklanan sorumluluklarını doğurmamaktadır. AİHK'nun yetkili uluslararası/ulusalüstü organların tasarruflarından ötürü Devletleri Sözleşme çerçevesinde sorumlu tuttuğu örnek yoktur. AİHK'in bu noktadaki çekimser yaklaşımı, sorumluluğa ilişkin teorik ve ilkesel içtihadına rağmen, patent gibi uluslararasılaşmış/ulusalüstüleşmiş fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının **P1-1**'ce etkili olarak korunması önündeki büyük engellerden biridir. AİHM'nin de, fikri mülkiyete ilişkin olmasa da, Devletlerin, devrettikleri yetkilerinin devralan uluslararası/ulusalüstü örgütçe kullanılması sonucu Sözleşmesel sorumluluklarının hangi hallerde ve ne ölçüde doğacağına ilişkin Komisyonun kısır yaklaşımını sürdürdüğünü eklemek gerekidir.

Buluş sahibi için patent elde etme hakkı sınırsız bir imkan değildir. Buluşun patente bağlanabilmesi için, teknik koşulların yanı sıra, genel ahlaka ve kamu düzenine/*ordre public* aykırı olmaması gereklidir. Patente ilişkin temel ulusalüstü fikri mülkiyet belgelerinde genel olarak ahlaka ve kamu düzenine/*ordre public* aykırı patent verilemeyeceğinin kabul edildiğini görmekteyiz.[1028] Bu koşullar, ulusal hukuklar için de geçerli-

---

[1028] **a)** Örneğin, **Avrupa Patent Sözleşmesi** Madde 53/a (bu norm hakkında değerlendirme için bkz. Ortan, **a.g.e.**, sf:69; Bently-Sherman, **Intellectual Property Law**, sf:435-442; **Human Rights and Human Genome**, Interim Report submitted by the Special Rapporteur Julia-Antoanella Motoc, E/CN.4/Sub.2/2005/38, 14 July 2005, paras.29-35; Mete Özgür Falcıoğlu, "*Biyoteknolojik Buluşların Avrupa Patent Sözleşmesi Sisteminde Patentlenmesi*", **FMR**, Cilt: 5, Sayı: 2005/4, sf:16-36, özelikle 28-34; **Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office**, Edited by Legal Research Service for the Boards of Appeal, Fourth Edition December 2001, sf:32-34, www.epo.org; **Guidelines for Examination in the European Patent Office**, June 2005, Published by the European Patent Office Directorate Patent Law 5.2.1 D-80298, Munich, printed in Germany, www.epo.org.).

b) **DTÖ Kuruluş Andlaşmasının** 1C eki olarak kabul edilen **Fikri Mülkiyet Haklarının Ticari Boyutları Hakkında Anlaşma** (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights/TRIPs*) Madde 27/2, (bu norm hakkında değerlendirme için bkz. Peter Drahos, "*The Rights to Food, Health and Intellectual Proeprty in the Era of 'Bi-*

dir.[1029] O halde patentlenebilirlik engeli olarak genel ahlak ve kamu düzeninin **P1-1**'e uygunluğu problemi doğabilir. Patentlenebilirlik engeli olarak genel ahlak ve kamu düzeni, sınırlama ölçütleri olarak mütalaa edilmelidir. Bu sınırlama ölçütleri son derece geniş ve muğlak niteliktedir. Belki bu yüzden zikredilen ölçütlerin teorik bazda **P1-1**'e aykırılığından bahsedilemeyebilir; ancak, her bir somut ret kararı özelinde bu iki ölçütün nasıl canlandığı mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. AİHM'in patentin **P1-1** şemsiyesi altına girebilmesi için genel olarak ulusal düzlemde tescil edilmiş olması koşulunu arıyor olması da, yukarıdaki eleştirilerimiz saklı kalmakla beraber, değerlendirmede hesaba katılmalıdır.

Patent bakımından **P1-1** özelinde fikri mülkiyet ile diğer insan haklarının çatışması olasılığına da değinilmelidir. Patent yasağının ölçütü olan kamu düzeni bloku içine insan hakları evleviyetle girmektedir; çünkü bilindiği üzere, **AİHS** Avrupa Bölgesinin kamu düzenini kuran belgedir.[1030] Zaten **APS**'yle kurulan organlar **AİHS**'i **APS**'den kaynaklanan görevlerin yerine getirilmesi sırasında dikkate almak gerektiğini kabul etmektedir.[1031] Somutlaştırılacak olunursa, genetik materyallerin patentlenmesi, bazı yaygın ölümcül hastalıkların ilaçlarının patentlenmesi gibi durumlar **AİHS**'in yaşam hakkını koruyan 2. Maddesi, kötü muamele yasağını düzenleyen 3. Maddesi ve özel yaşam hakkına yer veren 8. Maddesiyle çatışan durumlar ortaya çıkarma potansiyeli taşımaktadır.[1032] Böyle bir çatışma hali gerçekleşirse, yukarıda geliştirilen model

---

ogopolies'", **Commercial Law and Human Rights**, Eds. Stephen Bottomley-David Kinley, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 2002, sf:215-233, özellikle 219.

c) Avrupa Birliğinin "*Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkında*" 06/07/1998 tarihli **Yönergesi** (Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council) Madde 6/1. (bu norm hakkında değerlendirme için bkz. E. Richard Gold-Alain Gallochat, "*The European Biotech Directive: Past as Prologue*", **European Law Journal**, Vol. 7, N. 3, September 2001, sf:331-366, özellikle 358-360; **Human Rights and Human Genome**, Interim Report submitted by the Special Rapporteur Julia-Antoanella Motoc, E/CN.4/Sub.2/2005/38, 14 July 2005, paras.36-41.

1029 Türkiye örneği için bkz. tümü 27/06/1995 tarih ve 22326 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 24/06/1995 tarihli **Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname**, Madde 6/2 (a); 24/06/1995 tarihli **Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname**, Madde 9; 24/06/1995 tarihli **Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname**, Madde 5 (d). KHK metinleri için sırasıyla bkz. Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:1742, 1751, 1755.

1030 Avrupa Kamu Düzeni ve buna bağlanan olası sonuçlar hakkında bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, **Inter-State Applications Under ECHR**, sf:21-25.

1031 Doğrudan patentlenebilirlik açısından olmamakla birlikte bkz. **Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office**, Edited by Legal Research Service for the Boards of Appeal, Fourth Edition December 2001, sf:569-570, www.epo.org

1032 Böyle bir çatışma olasılığı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliğinin ve az sayıda doktriner eserin gözünden kaçmamıştır. 27 Haziran 2001 tarihli bir raporla Yüksek Komiser, hem genel olarak hem de sağ-

uyarınca **P1-1** uygulanamayacaktır. Çatışma halinde **P1-1**'in uygulanabilirliği kabul edilecek olunsa bile, sınırlama klozu devreye girecektir.

Günümüzde insan genom haritası çalışmaları ile genel olarak biyoteknoloji alanındaki çalışmalar son derece ilginç patent[1033] ve insan hakları sorunlarını da beraberinde getirmiştir.[1034] Kanımca, gen çalışmalarını patentlenmesi, hem genel olarak insan hakları nosyonuna hem de özel olarak **AİHS**'de yer alan birçok hakka aykırı niteliktedir.[1035] Örneğin, genom çalışmalarının patentlenmesi tekel doğuracaktır ve bu durum **AİHS** Madde 3 ve 8'e ve bunlarla bağlantılı olarak adı normatif açıdan açıkça konulmamış olmakla birlikte içtihatla sisteme bir biçimde entegre edilen sağlıkla ilgili haklara aykırılığa kadar gider. Hatta **AİHS** Madde 2'deki ya-

---

lık hakkı özelinde ve fakat **AİHS**'den bahsetmeksizin TRIPs anlaşmasının insan hakları üzerindeki olası etkilerini ele almıştır. Bkz. **The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights**, Report of the High Commissioner, E/CN.4/Sub.2/2001/13, 27 June 2001. Benzer şekilde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 2006 tarihli Genel Yorumunda fikri mülkiyet ile insan hakları çatışması olasılığına, eğitim, sağlık ve beslenme haklarını vurgulayarak ve fakat **AİHS**'den bahsetmeksizin değinmiştir. Bkz. **General Comment No. 17** (2005), E/C.12/GC/17, 12 January 2006, paras.22, 35.

Yine doktrinde Ricketson, **a.g.m.**, sf: 197-213; Gold- Gallochat, **a.g.m.**, sf: 364-365; Drahos, **a.g.m.**, sf:226-232; Chapman, **Approaching**, sf:24-28; Chapman, **Human Rights Implications**, sf:870-879; Cornides, **a.g.m.**, sf:158-167; Cullet, **a.g.m.**, sf:414-418'de hem genel olarak hem de sağlık hakkı özelinde ve fakat **AİHS**'den bahsetmeksizin fikri mülkiyetin insan haklarına olumsuz etkisi olasılığını öngörmüşlerdir. Ayrıca doktrinde Ostergard, 1999'da yayımlanan makalesinde, bir fikri mülkiyet objesinin insan hakkı statüsünden yararlanabilmesi için diğer insan haklarıyla çatışmaması gerektiğini, *de lege ferenda* ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. Robert L. Ostergard Jr, "*Intellectual Property: A Universal Human Right*", **HRQ**, Vol. 21, N. 1, 1999, sf:156-178.

Diğer yandan Cullet, **a.g.m.**, sf:410'da, **AİHS** özelinde fikri mülkiyet insan hakları çatışması olasılığına dikkat çekmekte ve Strasbourg organlarının patente dair burada ele alınan bazı kararlarının bu çatışma olasılığını göz önünde bulundurmadıkları saptamasını yapmaktadır. Ana metinde tarafımdan yapılan ayrıntılı analiz ve geliştirilen model ışığında Cullet'in saptamasının pek yerinde olmayan prematüre bir görüş olduğu görülmektedir. Cullet, AİHK'in konuya ilişkin birçok kararını hiç ele almamıştır.

1033 Biyoteknolojinin doğurduğu patent sorunları hakkında bilgi için bkz. Davies-Naffine, **a.g.e.**, sf:155-180; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:736-742; Drahos, **a.g.m.**, sf:215-233; Falcıoğlu, **a.g.m.**, sf:16-36; Barry Hoffmaster, "*The Ethics of Patenting Higher Life Forms*", **Property Law, Vol. 2**, eds. Elizabeth Mensch-Alan Freeman, The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Dartmouth, Aldershot, 1992, sf:49-72; Marc A. Chaves, "*Gene Patenting: Do the Ends Justify Means?*", **Computer Law Review and Technology Journal**, Vol. 7, 2002-2003, sf:255-271; Dianne Nicol, "*On the Legality of Gene Patents*", **Melbourne University Law Review**, Vol.29, 2005, sf:809-842.

1034 Türkçe literatürde daha 1980'li yıllarda bu sorunlar fark edilmişti. Örneğin 1987'de, 1982 ile 1985 yıllarında konuya ilişkin olarak ABD'de yapılan iki sempozyumdan seçme metinler Türkçeye aktarılmıştır. Söz konusu çalışma geniş bir indeks ve sözlük içermektedir. Bkz. **Biyoteknoloji, Genetik Mühendisliği ve İnsanlığın Geleceği**, Derleyen ve Çevirenler: Erhan Göksel-Alaeddin Şenel, V Yayınları, Kasım 1987.

1035 Genel olarak karşı görüş için bkz. Deryck Beyleveld-Roger Brownsword, "*Human Dignity, Human Rights and Human Genetics*", **The Modern Law Review**, Vol. 61, N. 5, 1998, sf:661-680, özellikle 674-676, 680.

şam hakkının ihlali bile söz konusu olabilir.[1036] Ayrıca özel yaşama saygı hakkının gen çalışmalarının patentlenmesi sonucu oldukça etkileneceği açıktır. Üstelik genetik materyal üzerinde o materyalin kaynağı olan insanın mülkiyet hakkına sahip olduğu ve bunun da **P1–1** tarafından korunacağı sonucuna yukarıda taşınır nesneye dair alt bölümde varılmıştı. Buna göre, bu çatışmalardan ötürü, gene ilişkin patentlerin **P1–1** korumasından yararlanamayacağı öngörülebilir. Zaten UNESCO'nun 11 Kasım 1997'de kabul ettiği İnsan **Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**'nin 1. Maddesi, insan genomunun sembolik anlamda insanlığın ortak mirası olduğunu vurgular iken, daha önce yukarıda metnini verdiğimiz 4. Maddesi, "doğal durumda insan genomu mali kazanç kaynağı olmayacaktır/the human genome in its natural state shall not give rise to financial gains" hükmünü getirerek, insan hakları genom patenti çatışmasını saptamış ve insan hakları lehine bir çözüm belirlemiştir. Nitekim UNESCO'nun Uluslararası Biyoetik Komitesi, 14 Eylül 2001 tarihli bir tavsiye kararıyla, genomics/genbilim çalışmalarının patentlenmesine karşı çıkmaktadır. Uluslararası Biyoetik Komitesi, **İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**'nin 4. Maddesine dayanmaktadır. Biyoetik Komitesi, DTÖ'den **Fikri Mülkiyet Haklarının Ticari Boyutları Hakkında Anlaşma**'nın (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights/TRIPs*)[1037] 27(2) Maddesini[1038] devreye sokarak insan genomunun patentlenebilir olmadığını teyit etmesini istemektedir.[1039]

1036 Tıbbi bakım ve sağlıkla ilgili haklar, **AİHS**'de spesifik ve açık bir norm olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, Strasbourg organlarının içtihatlarıyla, özellikle **AİHS** Madde 2, 3 ve 8 hükümleri ekseninde Sözleşme sistemine entegre edilmiştir. Bkz. Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, sf:226, vd; H. Burak Gemalmaz, "*Tıbbi Bakım Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesince Korunması*" başlıklı olup, Aybay Vakfı'nın düzenlediği "Kapani-Savcı İnsan Hakları Çalışmaları Yarışması"nın 2003 yılı etabında ikincilik ödülü verilen yayımlanmamış çalışma.

1037 Türkçe resmi çeviride (RG, 25/02/1995, s.22213-mük.) bu Anlaşma, **"Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması"** başlıklı olarak çevrilmiştir ki, bu çeviri iki açıdan yerinde değildir. İlk olarak, ticaretle bağlantılı olan fikri mülkiyet hakları değil, bu hakların bazı boyutlarıdır. Türkçe resmi çeviri yanlış anlam içermektedir. İkinci olarak, "ticaretle bağlantılı" ibaresinin Türkçesi var; "ticaretle bağlantılı" "ticari" demektedir.

1038 **"Fikri Mülkiyet Haklarının Ticari Boyutları Hakkında Anlaşma"**/("*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights/TRIPs*") Madde 27/2 normunun orijinali şöyledir:

"**2.** Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect *ordre public* or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law."

1039 **Advice of the IBC on the Patentability of the Human Genome**, EIGHTH SESSION OF THE INTERNATIONAL BIOETHICS COMMITTEE OF UNESCO (IBC), Paris, UNESCO, 12-14 September 2001.

Genetik materyallerin patentlenebilirliği konusunda Avrupa Birliği Yönerge üretmiştir. Avrupa Birliği'nin "**Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkında**" 06/07/1998 tarihli **Yönerge**si[1040] Madde 5/1 ile **APS**'nin APO tarafından 07/12/2006 tarihinde yenilenen **Uygulama Yönetmeliği**[1041] Kural 29/1[1042] insan vücudu ve gen dizilimi de dahil ol-

---

1040 Avrupa Birliği'nin "**Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkında**" 06/07/1998 tarihli **Yönergesi** (Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council) Madde 5. Normun orijinali şöyledir:

"**Article 5**

1. The human body, at the various stages of its formation and development, and the simple discovery of one of its elements, including the sequence or partial sequence of a gene, cannot constitute patentable inventions.

2. An element isolated from the body or otherwise produced by means of a technical process, including the sequence or partial sequence of a gene, may constitute a patentable invention, even if the structure of that element is identical to that of a natural element.

3. The industrial application of a sequence or a partial sequence of a gene must be disclosed in the patent application."

Avrupa Birliği'nin "**Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkında**" 06/07/1998 tarihli **Yönergesi** (Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council) Türkçeye çevrilmiştir. Bkz. Avrupa Parlamentosu ve Meclisinin Biyolojik Buluşların Hukuki Korunması Hakkında 6 Haziran 1998 Tarih ve 98/4EG No'lu Yönergesi, çev. Yusuf Büyükay, **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Yetkin Yay., Ankara 2006, sf:319-325. Yalnız önemle belirtmek gerekir ki, atıf yapılan çeviride Yönerge'nin oldukça ayrıntılı ve uzun olan Başlangıç hükümleri (Recitals) bulunmamaktadır. Çeviren, bu kısmın çevrilmediğine dair bir bilgi vermemektedir. Oysa çevrilmeyen kısmın hem teknik hukuki bakımdan hem de normların anlaşılması bakımından son derece önemlidir. Nitekim Türk doktrininde Tekinalp, biyoteknolojik buluşların patentlenmesinden bahsederken Yönergenin madde hükümleri yerine, başlangıç hükümlerine yollama yapmayı tercih etmektedir (bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:741). Bunun dışında, kanımca Türkçe çevirede vahim hatalar ve ifade bozuklukları bulunmaktadır. Örneğin Yönerge Madde 5/2 şöyle çevrilmiştir: "İnsan bedeninin izole edilmiş bir uzvu ya da başka bir surette teknik usullerle elde edilen uzuvlar, genlerin dizili veya kısmi dizilişi de dahil olma üzere, eğer, uzvun yapısı uzvun tabi yapısı ile aynı ise, patentlenebilir bir buluş olabilirler." Görüldüğü üzere, Türkçe çeviri hem anlam bakımından hem de ifade bakımından oldukça sorunludur. O kadar ki, anlam tamamen kaymıştır. Türkçe çevirinin diğer maddelerinde de benzeri sorunlar bulunduğu için bu Çalışmada Yönergenin otantik metni kullanılmaktadır.

1041 AB **Yönergesi** ile **APS**'nin genetik materyallerin patentlenebilirliğine ilişkin hükümleri arasında APO tarafından kurulan yakın bir bağ vardır. **APS**'nin APO tarafından 07/12/2006 tarihinde yenilenen **Uygulama Yönetmeliği** (*Implementing Regulations to the European Patent Convention 2000* as adopted by the Administrative Council of 07/12/2006) İdari Konsey tarafından 7 Aralık 2006'da hazırlanmıştır. Bütün bu metinler **Official Journal of the European Patent Office, Special edition No. 1 OJ EPO, 2007**'de yayımlanmıştır, www.epo.org) Kural 26/1'e göre, APS'nin konuya ilişkin hükümlerinin yorumlanmasında AB Yönergesi ek yorum aracı olarak kullanılacaktır. Dikkatli bir gözle bakıldığında **Uygulama Yönetmeliği**'nin konuya ilişkin sonraki hükümlerinin de (Kural 27-29), neredeyse birebir olarak AB Yönergesinden alındığı anlaşılmaktadır.

1042 "**Uygulama Yönetmeliği**" ("*Implementing Regulations to the European Patent Convention 2000 as adopted by decision of the Administrative Council of 7 December 2006*") Kural 29/1 normunun orijinali şöyledir:

mak üzere vücut unsurlarının keşfinin/discovery patentlenebilir buluşlardan/inventions sayılamayacağını belirlemiştir. Diğer yandan zikredilen her iki Maddenin ikinci fıkraları insan vücudundan izole edilebilen/ayrılabilen unsurlar ile teknik olarak bir başka şekilde (insan vücudu olmaksızın?) yeniden üretilebilen unsurlar ve gen diziliminin patente konu olabileceğini hükme bağlamıştır.[1043]

Nihayet Avrupa Konseyi düzlemindeki mevzuat çalışmaları da, bu çıkarımları destekleyecek bir eğilim izlemektedir. Yukarıda metinlerini de vermiş bulunduğumuz 1997 tarihli **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi** Madde 21, insan vücudunun ve parçalarının, doğal halleriyle ticari kazanç vasıtası olamayacağını düzenlemiştir. Madde 22'ye göre, yasağın mutlak nitelikte olmadığı eklenmelidir. **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**ne ek olarak getirilen ve 25/01/2005 tarihinde kabul edilen **Biyotıbbi Araştırmaya İlişkin Ek Protokol** (ETS No. 195) de çeşitli hükümlerle konuyu düzenlemektedir. Bu Protokolde genel olarak biyoteknoloji alanındaki çalışmaların tabi olacağı insan hakları koşulları belirlenmiştir. Ancak gerek **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**nde[1044] gerekse de bu Protokolde patentlenebilirlik hakkında hüküm yoktur.

Popüler kültürü çokça meşgul eden insan klonlama teknolojisi de patentlenebilir nitelikte değildir. Bu engelin tek sorumlusu insan klonlamanın insan haklarına aykırı olduğuna dair açık normatif düzenlemelerdir. UNESCO'nun 11 Kasım 1997'de kabul ettiği **İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**'nin 11. Maddesi[1045] ile 12 Ocak 1998 tarihli "**Biyoloji ve Tıbbın Uygulanmasında İnsan Hakları ve İnsan Onurunun**

"**Rule 29 - The human body and its elements**

(1) The human body, at the various stages of its formation and development, and the simple discovery of one of its elements, including the sequence or partial sequence of a gene, cannot constitute patentable inventions."

1043 Avrupa Birliği'nin "**Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkında**" 06/07/1998 tarihli **Yönerge**si özelinde vurgu için bkz. **Human Rights and Human Genome**, Interim Report submitted by the Special Rapporteur Julia-Antoanella Motoc, E/CN.4/Sub.2/2005/38, 14 July 2005, paras.39; Juan-Ramon Lacadena, "*An Ethical Code for Human Genetics*", **The Human Genome**, co-ordinated by: Jean-Francois Mattel, Council of Europe Publishing, 2001, Printed in Germany, sf:29-55, özellikle 44-46; Gold-Gallochat, **a.g.m.**, sf:355-356; Bently-Sherman, **Intellectual Property Law**, sf:408-410; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:741-742 ve para.15. Diğer yandan, çok yeni tarihli olduğundan **APS**'nin **Uygulama Yönetmeliği**'nin aynı yöndeki hükmüne vurgu yapan bir çalışmaya rastlanmamıştır.

1044 **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**'nin "*Açıklayıcı Raporu*"na göre bu boşluk bilinçlidir. Açıklayıcı Rapor ayrıca Avrupa Birliği'nin "Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkında" 06/07/1998 tarihli Yönergesi'nin taslak haline atıf yapmaktadır. Bkz. **Explanatory Report**, para. 134.

1045 Bu hükmün yerindeliği hakkında tartışmalar için bkz. Beyleveld-Brownsword, **a.g.m.**, sf:678-680.

Korunmasına Dair Sözleşmenin İnsan Klonlanmasının Yasaklanmasına Dair Ek Protokol" Madde 1[1046] insan klonlamayı kategorik olarak yasaklamıştır.[1047] UİHH'nun bu mutlak yasağının fikri mülkiyet hukukundaki yansıması Avrupa Birliği'nin "**Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkındaki**" **Yönerge**si Madde 6/2 (a)[1048] ile **APS** Madde 53/a[1049] ve bunun **Uygulama Yönetmeliği** Kural 28/a'da[1050] görülebilir. Zikredilen her iki düzenleme birlikte okunduğunda insan klonlama proseslerinin patentlenemeyeceğinin hükme bağlandığı anlaşılmaktadır.

Biyoteknoloji çalışmalarının patentlenebilirliği ile insan hakları ve özellikle mülkiyet hakkı çatışmasına girmişken, ceninin durumunu incelemeden geçmek olmaz. Yukarıda tüpteki ceninin malvarlığı kapsamında

---

1046 "**İnsan Klonlanma Yasağı Protokolü**" Madde 1 normu şöyledir:

"**Madde 1**

1. Canlı yahut ölü olsun, bir başka insanla genetik olarak özdeş bir başka insan yaratmayı amaçlayan herhangi bir müdahale yasaktır.

2. Bu maddenin amaçları bakımından bir başka insana "genetik olarak özdeş" insan terimi, diğeriyle aynı çekirdek gen setini paylaşan insan anlamına gelmektedir."

1047 Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:938 (İnsan Genomu Bildirisi bakımından) ve sf:1236 (Klon Yasağı Protokolü bakımından).

1048 AB "**Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkında**" **Yönerge** Madde 6 normunun orijinali şöyledir:

"**Article 6**

1. Inventions shall be considered unpatentable where their commercial exploitation would be contrary to *ordre public* or morality; however, exploitation shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation.

2. On the basis of paragraph 1, the following, in particular, shall be considered unpatentable:

a. processes for cloning human beings;

b. processes for modifying the germ line genetic identity of human beings;

c. uses of human embryos for industrial and commercial purposes;

d. processes for modifying the genetic identity of animals which are likely to cause them suffering without any substantial medical benefit to man or animal, and also animals resulting form such processes."

1049 "**APS**" Madde 53/a normunun orijinali şöyledir:

"**Article 53 - Exceptions to patentability**

European patents shall not be granted in respect of:

(a) inventions the commercial exploitation of which would be contrary to "*ordre public*" or morality; such exploitation shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the Contracting States;"

1050 "**Uygulama Yönetmeliği**" ("*Implementing Regulations to the European Patent Convention 2000 as adopted by decision of the Administrative Council of 7 December 2006*") Kural 28/a normunun orijinali şöyledir:

"**Rule 28 - Exceptions to patentability**

Under Article 53(a), European patents shall not be granted in respect of biotechnological inventions which, in particular, concern the following:

(a) processes for cloning human beings;"

olduğu sonucuna varılmıştı. Bu durumda cenin üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişininki ile biyoteknolojik araştırmayı yapan kişi/kuruluş arasındaki[1051] çatışma mülkiyet hakkı sahibi lehine çözülmelidir. Aslında hiç mülkiyet hakkına gitmeden, patente bağlanabilme için aranan genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmama koşulu, zaten cenin araştırmalarının patent almasını engelleyecektir. O halde denilebilir ki, cenin üzerindeki araştırmalar sadece teşhis ve tedavi amacına yönelik olabilir; ticari ve endüstriyel amaçlarla patente konu olamaz.[1052] Burada da, UİHH'nin patent hukukuna doğrudan etkisini görmek mümkündür.[1053]

Avrupa Birliği'nin "**Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkındaki**" **Yönerge**si Madde 6/2 (b) ile APS'nin **Uygulama Yönetmeliği** Kural 28/b[1054] insan genetik kimliğine dair germ hattının (germ line)[1055] değiştirilmesi proseslerinin patentlenebilir olmadığı kuralını getirmiştir. Bu teknik, ataların genetik materyalini aktarma kapasitesine sahip olan hücrelerin işlevinin engellenmesini ifade etmektedir. İşte böyle bir engel hukuken patentlenebilir değildir. Doktrinde bu yasağın arkasında, tıpkı insan klonlama yasağında olduğu gibi, öjenik endişelerinin bulunduğu ileri sürülmüştür.[1056]

d) Marka

Bir mal ya da hizmetin ayırt edici işareti olarak fikri mülkiyet hukukunun önemli bir bölümünü oluşturan marka uyuşmazlıkları Strasbourg organları önünde birçok karara konu olmuştur. Marka genel olarak fikri

---

1051 Cenin üzerinde araştırma yapılmasının insan onuruna ve haklarına kategorik olarak aykırı olmadığı açık normlarla belirlenmiştir.

1052 Doktrinde Bently-Sherman, **Intellectual Property Law**, sf:441'de, patent yasağının kapsamını açığa çıkartmak bakımından "ticari ve endüstriyel" amaçlar ibaresi üzerinde odaklaşmaktadır.

1053 Bkz. 1997 tarihli **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi** Madde 18/2 (tüpte) ile 25/01/2005 tarihinde kabul edilen **Biyotıbbi Araştırmaya İlişkin Ek Protokol** Madde 18 (rahimde), Avrupa Birliğinin "**Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkında**" 06/07/1998 tarihli Yönergesi (Directive 98/44/EC) Madde 6/2 (c); APO'nun 07/12/2006 tarihli yenilenen Uygulama Yönetmeliği Kural 28/c.

1054 "**Uygulama Yönetmeliği**" Kural 28/b normunun orijinali şöyledir:

"**Rule 28 - Exceptions to patentability**

Under Article 53(a), European patents shall not be granted in respect of biotechnological inventions which, in particular, concern the following:

(...)

(b) processes for modifying the germ line genetic identity of human beings;"

1055 Germ hattı (germ line) genetik maddenin gametler vasıtasıyla bir dölden diğer döle taşınması anlamına gelmektedir. Bkz. Seviç Karol-Zekiye Suludre-Cevat Ayvalı, **Biyoloji Terimleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2007, sf:246.

1056 Bently-Sherman, **Intellectual Property Law**, sf:440. Bu zihniyetin ve normun eleştirisi için bkz. Beyleveld-Brownsword, **a.g.m.**, sf:676-678.

mülkiyet hukukunun bir alt kategorisi olarak ele alınmakla beraber, diğer fikri ürünlerden bazı hususlarda ayrılmaktadır. Bir kez, marka ticari işletme/teşebbüs ile yakından ilgili bir unsurdur. Markanın işbu Çalışmanın konusu bakımından diğer fikri ürünlerden ikinci farkı yaratıcısına manevi haklar bahşetmemesidir. Zaten fikri mülkiyet hukukunda marka fikri ürün olarak değil ayırt edici işaret olarak ele alınmaktadır. Diğer yandan ayırt edici ad ve işaret kategorisine girmekle marka hakkının hukuki niteliği fikri hak olarak belirlenmiş olur. Gerçi doktrinde bir görüş gayri maddi mallar üzerindeki tüm fikri hakların ve bu arada marka üzerindeki hakların mülkiyet hakkı olarak mütalaa edilebileceğini savunmaktadır; ama bu görüş henüz yaygın kabul görmemiştir.[1057]

Bu son görüşün UİHH perspektifine daha uygun olduğu ortada ama zaten, artık aşina olunduğu üzere, ulusal hukuk doktrinlerindeki bu tip tartışmaların **P1–1** düzleminde pek önemi yok. **P1–1** düzleminde önemli olan, yukarıda belirlenmeye çalışılan teorik ölçütlere uygunluğun sağlanıp sağlanmadığıdır. Markanın (ve marka tescil başvurusunun), tıpkı diğer fikri ürünler gibi ticari işletmeden bağımsız olarak devir ile intikale elverişli olup hukuki işlemlere konu olabilen ve dolayısıyla ekonomik bir değer taşıyan malvarlığı unsuru olduğunda şüphe edilmediğine göre[1058], işbu Çalışmanın konusu bakımından temelde markanın bir malvarlığı değeri olarak **P1–1** anlamında mülkiyet hakkının kapsamı[1059] içerisine girdiği açıktır.[1060]

1057 Görüşün sahibi ve özeti için bkz. Hamdi Yasaman-Sıtkı Anlam Altay-Tolga Ayoğlu-Fülürya Yusufoğlu-Sinan Yüksel (Yasaman), **Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi-Cilt 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, sf:175; Reha Poroy-Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 10. Basıdan tıpkı 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, sf:358. Markanın hukuki niteliği hakkında tartışmalar için bkz. Arslan Kaya, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınları, İstanbul, Nisan 2006, sf:13-14, 34-35. Tarihi kökenine bakıldığında da, markanın anglo-sakson ekolünde bir tür mülkiyet hakkı olarak mütalaa edildiği anlaşılmaktadır. Tartışmalar için bkz. Frank I. Schecter, **The Historical Foundation of The Law Relating to Trade-Marks**, ilk yayımladığı yer ve tarih: Columbia University Press, New York, 1925, Tekrar yayımlandığı yer ve tarih: The Lawbook Exchange LTD, New Jersey, 1999, sf:5-6, 151-171; Kenneth J. Vandevelde, "*The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property*", **Buffalo Law Review**, Vol. 29, 1980, sf:325-367, özellikle 341-348.

1058 Markanın nitelikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:431-432 ve paras.3-12; Yasaman vd., **a.g.e**, sf:175-176; Kaya, **a.g.e.**, sf:44-46, 206-228. Markanın ticari işletmeyle devri hakkında bilgi için bkz. Kevork Acemoğlu, **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İÜ Yay. No. 1689, İÜHF Yay. No. 366, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, sf: 82; Mehmet Fatih Arıcı, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, sf:115-119.

1059 Doktrinde verilen bir bilgiye göre bir İskandinav Mahkemesi, markaya ilişkin yeni bir kuralın önündeki uyuşmazlığa uygulanıp uygulanmayacağını tartışırken **AİHS**'i gündeme getirmiştir (*UfR 1999: 1621 SH*'den aktaran Werlauff, **a.g.e.**, sf: 125 ve dn. 3).

1060 Türk Anayasa Mahkemesi, 2008 yılı başında verdiği bir kararında marka hakkının ve hatta bütün fikri hakların 1982 AY Madde 35 anlamında mülkiyet hakkı kapsamına

De la Cierva Osorio De Moscoso ve diğerleri davası markanın korunabilirlik potansiyelini göstermesi açısından önemli ve öncü davalar arasındadır. İspanya'ya karşı açılan bu davada başvuruculann tümü kadındır ve kendilerine asalet unvanlarının verilmemesinin **AİHS**'de düzenlenmiş bulunan çeşitli haklarını ihlal ettiği düşüncesindedirler. Başvuruculann zikrettiği hakları arasında **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı da bulunmaktadır. Başvuruculara göre, asalet unvanlarından ve giderek asilzade statüsünden herhangi bir tazminat ödenmeksizin ve makul bir gerekçe olmaksızın yoksun bırakılmaları mülkiyet haklarını ihlal etmektedir. Zira asalet unvanları ve asilzade statüsü sadece onursal/manevi değere sahip olmayıp aynı zamanda toplumsal avantaj ve yüksek itibar gibi maddi değere de sahiptir. Bu tip unvanlar özellikle İspanya'da içki sektöründe bir marka olarak kullanılmaktadır. AİHM başvuruculann bu iddialarını değerlendirirken temelde mülkiyet hakkının zaman boyutu üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre, ulusal hukukta asalet unvanları başvuruculara verilmediğinden **P1–1** anlamında mevcudiyet ya da meşru beklenti oluşmamıştır. Bu unvanların marka değeri olarak kullanılmasına yönelik kuru umut **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlamak için yeterli değildir.[1061]

AİHM'in bu akıl yürütmesi, asalet unvanlarının, koşullar elverdiğinde bir marka değeri olarak kabul görebileceğini ve bunun da **P1-1**'in kapsamına gireceğini göstermektedir. Ancak bunun için, bu unvanın aleyhinde dava açılmış Devlette gerçekten marka değeri taşıdığı gösterilmelidir. Eğer bu tip unvanlar ilgili piyasada gerçekten bir değere karşılık geliyorsa, yukarıda ekonomik bir değer oluşturma ölçütü çerçevesinde yapılan açıklamalar uyarınca **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlayabilirler. Ayrıca unvanın kazanılmış olması da gereklidir. Bu noktada, Strasbourg organlarının marka ve diğer fikri mülkiyet türlerinin **P1–1** kapsamında ele almaları için aradıkları tescil/tanınma koşulunun, asalet unvanlarının ticari kullanımının mülkiyet hakkı çerçevesinde korunması için geçerli olduğunu vurgulamak gereklidir.

---

girdiğini kabul etmiştir. Oysa AYM'nin 40 yıllık yerleşmiş içtihadı gayri maddi mallann anayasal mülkiyet hakkından yararlanamayacağı yönündeydi, ki bu karar yukarıda "patent" başlığı altında zikredilmişti. 2008 yılı başındaki karar, bu Çalışmanın metninde açıklanan görüşlerden anlaşılacağı üzere daha yerinde olmuştur. Bununla birlikte AYM'nin hemen hemen hiç tartışma yapmadığını belirtmek gerekir. Diğer yandan, AYM önünde davayı açan anamuhalefet partisi mülkiyet hakkını gündeme getirmemişti. AYM, 2949 sayılı Kuruluş Kanunu Madde 29'a istinaden *re'sen* mülkiyet hakkı temelinde bir inceleme yapmıştır (Bkz. Esas Sayısı : 2004/3, Karar Sayısı: 2008/47, Karar Günü: 31.1.2008. Ayrıca bkz. AYM, Esas Sayısı: 2004/81, Karar Sayısı: 2008/48, Karar Günü: 31.1.2008).

1061 *De la Cierva Osorio De Moscoso and others v. Spain*, App. Nos.41127/98-41503/98-41717/98-45726/99, Admissibility Decision of 28 October 1999, para.3 (The Law).

Diğer yandan, AİHM'in *De la Cierva Osorio De Moscoso* kararı manevi değer oluşturma ölçütünü hiç dikkate almamasından ötürü eleştiriye açıktır. Zira asalet unvanları ve buna bağlanan toplumsal sonuçlar, aile tarihi ve saygınlık gibi unsurları barındırdığı için, şüphesiz ki oldukça yoğun manevi unsurlar içermektedir.[1062] Belki manevi değer oluşturma ölçütünü devreye sokarak **P1-1**'in uygulanabilirliği tetiklenebilirdi.[1063]

Markanın (ve tescil başvurusunun) mülkiyet hakkı kapsamında korunmasına en güncel ve ayrıntılı örnek olarak *Anheuser-Busch INC v. Portekiz* davası gösterilebilir.[1064] Başvurucu Anheuser-Busch INC isimli ve Saint Louis, Missouri'de (ABD) kayıtlı bir ticari şirkettir. Başvurucu şirket, tüm dünyada "Budweiser" markasıyla (brand name) bilinen biraların üreticisi ve satıcısıdır. Başvurucu şirket Portekiz'de de aynı birayı 1986'dan beri satmaktadır. Bu arada Çek Cumhuriyeti'ne kayıtlı bir başka şirket (Budejovicky Budvar) "Budweiser" markalı bir başka birayı üretmektedir. Çek şirketinin verdiği bu isim fabrikanın bulunduğu kasabanın Almanca adından (Budweis) kaynaklanmaktadır. Bu iki şirket arasında 1911 ve 1939 yıllarında yapılmış bulunan iki anlaşma mevcuttur ve bu anlaşmalar "Budweiser" biralarının ABD'deki dağıtım ve satışıyla ilgili olup "Budweiser" isminin Avrupa'daki kullanım hakkı ile ilgili değildir. Bu sebeple iki şirket arasında birçok Avrupa Devletinde hukuki uyuşmazlıklar çıkmıştır ve aleyhinde dava açılan Portekiz bu Devletler arasındadır.[1065]

Başvurucu Amerikan şirketi Portekiz'de marka hakkını almak için müracaat ettiğinde Çek şirketinin itirazıyla karşılaşır. Çek şirketi 31 Ekim 1958 tarihli "**Menşe İsimlerinin Korunması Hakkındaki Lizbon Anlaşması**"na dayanarak kendi markasını çoktan kayıt ettirmiştir. İki şirketin uzlaşma görüşmeleri başarısız olur ve yargı süreci başlar. Lizbon

---

1062 Asalet unvanları hakkında tarihi bilgi için bkz. William Blackstone, **Commentaries on the Law of England, Book the First-Vol I**, (Orijinal Baskı: Oxford, Printed at the Clarendon Press, M. DCC. LXV.), A Reprint of the First Edition With Supplement, Dawsons of Pall Mall, London, 1966, sf:384-391 ("Of the Civil State" başlıklı Bölüm 12).

1063 Bu noktada akla gelebilecek "eşitlik" kaygıları şöyle bertaraf edilebilir. AİHM *De la Cierva Osorio De Moscoso* kararı ile zaten mali hakların **P1–1** çervesinde korunmasının yolunu açmıştır. Olayda **P1-1**'in uygulanabilir olmadığı sonucuna vardıran etmen, asalet unvanlarının varlığının şüpheli olmasıdır. Yani AİHM, eğer ulusal hukukta asalet unvanı zaten mevcutsa, bunun **P1–1** anlamındaki mali sonuçlarının korunacağını zımnen kabul etmiştir. Kısacası AİHM'in zaten "eşitlik" kaygısı yoktur. Burada söylenmek istenen, asalet unvanlarının nitelikleri gereği sahip oldukları manevi unsur sebebiyle, belki ekonomik ölçüt yanında manevi ölçütün de işlevsel olabileceğidir.

1064 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, App. No.73049/01, Second Section Judgment of 11 October 2005; *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, GC Judgment of 11 January 2007. Bundan sonraki atıflar Büyük Daire kararınadır.

1065 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, paras.13-15.

İlk Derece Mahkemesi başvurucu şirketi haklı bulur ve Çek şirketinin Lizbon Anlaşmasına dayanarak aldığı tescili iptal eder. Zira Lizbon Mahkemesine göre, Lizbon Anlaşması Budweiser birasına uygulanabilir nitelik taşımamaktadır. Nihayetinde Portekiz Ulusal Sınai Mülkiyet Kurumu markayı Amerikan şirketi (başvurucu) adına tescil eder. Bunun üzerine Çek şirketi Çek Cumhuriyeti (o zamanki Sosyalist Çekoslovakya Cumhuriyeti) ile Portekiz arasındaki menşe işretlerinin korumasına dair iki taraflı bir anlaşmaya dayanarak Ulusal Sınai Mülkiyet Kurumunun Amerikan şirketi lehine verdiği tescil kararının iptalini talep eder. Bu yargı sürecinde başvurucu Amerikan şirketi, savunma olarak DTÖ'nün 1994 tarihli **Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasına** (TRIPS) dayanır. Portekiz Yüksek Mahkemesi Çek şirketi lehine hüküm tesis eder. Yüksek Mahkeme, Portekiz ile Çek Cumhuriyeti arasındaki iki taraflı anlaşmayı dikkate alarak **TRIPS**'in bir etkisinin olmayacağını belirler. Yüksek Mahkemeye göre Portekiz ile Çek Cumhuriyeti arasındaki iki taraflı anlaşma Lizbon İlk Derece Mahkemesi kararının aksine bu anlaşmazlığa uygulanır niteliktedir.[1066]

Uyuşmazlık Amerikan şirketi tarafından AİHM önüne taşınmıştır.[1067] Başvurucu Mahkeme önünde, markanın mülkiyet hakkı kapsamında kaldığını ve adına tescil edilmediği için bu hakkın ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu noktada başvurucu Amerikan şirketi marka tescil başvurusunun devir (*assignability*) ile intikale (*transferability*) elverişli bir özellik taşıdığı için mülkiyet kavramının esaslı karakteristiğini yansıttığını vurgulamaktadır. Üstelik Budweiser markasının tüketicilerin çok iyi bildiği bir marka olması (tanınmış marka) bizatihi **P1–1** korumasını hak etmektedir.[1068]

AİHM kararında fikri mülkiyet ve markayla ilgili birçok uluslararası belgeyi zikretmiştir. Bunlar arasında 20 Mart 1883 tarihli "**Paris Sözleşmesi**"[1069], 1891 tarihli Madrid Anlaşması ve bunun 1989 tarihli Protokolü, 31 Ekim 1958 tarihli "**Lizbon Anlaşması**"[1070] ve 1994 tarihli **TRIPS**

1066 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, paras.16-24.

1067 Aslında Anheuser-Busch INC ile Budejovicky Budvar arasında Avrupanın bir çok ülkesinde aynı konuda uyuşmazlık bulunmaktadır. Anheuser-Busch bunların bir kısmını Avrupa Birliği yargısına da götürmüştür.

1068 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, para.51.

1069 "**Paris Convention for the Protection of Industrial Property**" of March 20, 1883, as revised at Brussels on December 14, 1900, at Washington on June 2, 1911, at The Hague on November 6, 1925, at London on June 2, 1934, at Lisbon on October 31, 1958, and at Stockholm on July 14, 1967, and as amended on September 28, 1979.

1070 "**Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration**" of October 31, 1958, as revised at Stockholm on July 14, 1967, and as amended on September 28, 1979.

Anlaşması bulunmaktadır.[1071] Ancak AİHM, zikrettiği bu belgeleri muhakemesinde doğrudan kullanmamıştır. Başvurucunun iddialarını **P1-1**'in otonom olduğunu belirterek incelemeye başlayan Mahkeme, **P1-1**'in uygulanabilir olması için zaman duvarı engelini aşmış olması gerektiğini vurgulamıştır. Daha sonra Mahkeme fikri mülkiyetin **P1–1** karşısındaki konumunu genel düzlemde ele almıştır. Bu noktada yukarıda "eser sahibi ile patent" başlıkları altında ele alınan kararlardan *Smith Cline ve French Laboratories v. Hollanda*, *Lenzing v. Birleşik Krallık*, *British-American Tobacco Company* ve *Melnychuk* davalarım zikreden AİHM, fikri mülkiyetin **P1-1**'ce korunduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme takiben, sırf marka tescil başvurularının **P1–1** tarafından fikri mülkiyet gibi korunup korunmadığını incelemeye geçmiştir.[1072]

Daire kararına göre, sırf tescil başvurusu, bazı mali çıkarlar bahşetmekte ve devir ve intikale elverişli ise de, üçüncü kişinin itiraz etmemesine tabi tutulduğu için koşullu nitelik arz etmektedir ve bu sebeple başvurucu Amerikan şirketinin bir meşru beklentisi oluştuğu söylenemez. Büyük Daire ise marka tescil başvurusunun bir dizi mali hak ve çıkar oluşturduğunu kabul etmektedir. Üstelik Portekiz hukukuna göre, tescil başvurusu sürecinde bir markanın üçüncü kişilerce haksız kullanımından ötürü tazminat elde etme imkanı da mevcuttur. O halde, bütün bu unsurlar birlikte ele alındığında, başvurucu şirketin mameleki nitelikte çıkarlar oluşturan hukuki pozisyonunun **P1–1** kapsamına girdiği açığa çıkar. Marka tescilinin koşula bağlı olması sonucu değiştirmez; zira Portekiz hukukuna göre başvurucu şirket tescil başvurusunda bulunduğunda, bu başvurusunun inceleneceği beklentisine kavuşmuştur. Bu sebeple, başvurucu şirket Portekiz hukuku uyarınca koşullu bile olsa tescil başvurusuna bağlı mameleki haklara sahiptir.[1073]

Bu noktada AİHM, içtihadi birikimine bir yenilik getirmiş oldu. Bu kararla zaman duvarının aşılmasındaki en büyük engellerden biri olan koşula bağlı hak veya alacak ölçütü zayıflatılmış oluyor. Yine de zaman duvarının yıkılmadığı görülmektedir. Her halükarda koşulun niteliği, talebin verdiği hak ve çıkarların içeriği ulusal hukuklara göre kararlaştırılacaktır. Bu yüzden, zaman duvarı için yapılan bütün eleştiriler halen geçerliliğini korumaktadır.

1071 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, paras.25-35.

1072 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, paras.62-72.

1073 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, paras.74-78. Bu argümanlar **P1-1**'in uygulanabilir olduğunu göstermeye yeterli olduğundan, şirketin meşru beklentiye sahip olup olmadığının ayrıca ele alınması gereksizdir. Bu son noktaya yargıçlar Caflish ile Cabral-Barreto ayrık oy eklemiştir. Adı geçen yargıçlara göre, tescil başvurusu meşru beklenti kategorisi altında **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlamaktadır. Ayrıca bkz. ve krş. Helfer, **Intellectual Property and the European Court of Human Rights**, sf: 23 ve dn 116.

Kaldı ki, Mahkeme **P1-1**'in uygulanabilir olduğunu bulgulamasına rağmen, mülkiyet hakkına bir müdahalede bulunulmadığı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre **P1–1**, Devletlere özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde mülkiyet hakkının korunması için gerekli önlemleri alma ödevi yüklemektedir. Bu ödev özellikle uzlaşmazlığın taraflarına gerekli usuli güvencelerle donatık ve dolayısıyla ulusal yargı makamlarının uygulanacak hukuk çerçevesinde etkili ve adil olarak bir yargılama yapmasını sağlayacak yargısal usulleri gerektirmektedir.[1074] Ancak bu ödevin AİHM'ce denetlenmesi asla ve asla ulusal yargı makamlarının ulusal hukuku uygularken kullandıkları takdirin yerine geçmesini sonuçlamaz. Açıkça bir keyfilik gözlemlenmediği müddetçe ulusal hukukun uygulanması ve yorumlanması ulusal yargı makamlarının işidir. Olayda Portekiz ile Çek Cumhuriyeti arasındaki iki taraflı anlaşmanın başvurucu şirketin tescil başvurusuna etkisi de tamamıyla ulusal yargı makamlarının takdiri içerisinde bir çözüme bağlanmıştır. Bu sebeple olayda başvurucu şirketin mülkiyet hakkına bir müdahalede bulunulmamıştır.[1075]

Anheuser-Busch INC v. Portekiz davası Strasbourg organlarının fikri mülkiyet konulu içtihadında belli bir gelişmeye işaret etmektedir ama işin özü değişmemiştir. Halen bir fikri ürünün **P1–1** korumasından yararlanabilmesi için ulusal hukuka göre kazanılmış olması gereklidir. Bu, çoğu fikri ürün bakımından, ulusal tescilin gerektiği anlamına gelir. Bu noktada marka hakkının doğumu anı özel önem taşımaktadır. Bazı hukuklarda marka hakkı ilk kullanma ile doğar. Üstelik tescil sisteminin büyük ölçüde benimsendiği hukuklarda dahi, her zaman bazı istisnai durumlar öngörülmüştür. Böyle hallerde AİHM'in *Anheuser-Busch INC* kararındaki yaklaşımından farklı olarak, sadece tescil başvurusunun değil doğrudan marka hakkının mevcudiyeti temelinde **P1-1** uygunalabilir kılınabilir.[1076] *Anheuser-Busch INC* kararı kimi durumda tescil başvurusunun tek başına ve koşula tabi olsa dahi, mülkiyet hakkı kapsamında görülebilmesinin yolunu açmıştır. Yukarıda da değinildiği üzere bu gelişme, **P1-1**'in uygulanabilirliği bakımından zaman duvarı engelinin çok az da olsa yumuşadığı anlamına geliyor.

1074 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, para.83.

1075 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, paras.84-87.

1076 Örneğin marka hakkının doğumu anı Türk hukukunda tartışmalıdır. Bazı yazarlar marka hakkının tescilden önceki ilk kullanımla doğduğu görüşünde iken (bkz. Hüseyin Ülgen-Ömer Teoman-Mehmet Helvacı-Abuzer Kendigelen-Arslan Kaya-Füsun Nomer Ertan (Helvacı), **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2006, sf:307 ve para.1295; Yasaman, **a.g.e.**, sf: 174) diğerleri tescille doğduğu fikrindedir (bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, 2, 23 N 7 ve N 2). Türk hukukunda marka hakkının doğumu anına dair tartışmalar ve referanlar için bkz. Kaya, **a.g.e.**, sf:46-50.

Şimdiye kadar verilen örneklerin ortak noktalarından biri marka sahibinin **P1–1** bağlamından açtığı davalarla markasının korunmasını istemesidir. Bu açıdan marka sahibi aktif niteliktedir. Bunun yanından marka sahibinin **AİHS** özelinde mülkiyet hakkı açısından pasif olarak korunduğu örnekler de bulunmaktadır. *Vorsina ve Vogralik v. Rusya* davasında başvurucular Rusya'nın Altay bölgesindeki ilk bira fabrikalarından birininin kurucusu olan kişininin torunlarıdır. Biracı dedenin mevcut tek portresi torunların aile arşivindedir. Başvurucular bu portrenin bir kopyasını Altay Müzesine sergilenmesi amacıyla vermişlerdir. Müze bu portreyi dede tarafından kurulan bira üreten bir şirkete yollamıştır. Bu şirket biracı dedenin adından üretilen bir markayla satılan bira ürünleri üretmektedir. Şirket Müzenin yolladığı portreyi bira şişelerinin üzerine yerleştirmiş ve billboardlarda reklam amaçlı olarak kullanmıştır.

Bunun üzerine başvurucular bira üreten şirketin bu tasarruflarının önlenmesi için ulusal hukukta aile yaşamlarının gizliliğini koruyan davalar açmışlardır. Ulusal mahkemeler başvuruculaın taleplerini reddetmiştir. Başvurucular davalarını AİHM'ne yollayarak Sözleşmenin aile yaşamlarına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesine aykırılık iddiasında bulunmuşlardır. Başvuruculara göre, dedelerinin portresinin ticari amaçlarla kullanılması aile yaşamlarına saygı hakkının ihlalidir. Mahkeme başvuruculaın görüşlerine katılmamıştır. AİHM'e göre, dedelerinin portresini Müzeye vermekle başvurucular başkalarının bu portreyi görmesini istemişlerdir. İkincisi ve en önemlisi, portre dede tarafından kurulan bira şirketine verilmiştir. Bu portrenin olaydaki haliyle kullanılması bira fabrikasının kurucusu olarak anısını yaşatmak anlamına gelmektedir. Olaydaki veriler portrenin ticari anlamda kullanılmasının başvuruculaın duygularını incitmek gibi bir sonucu olduğunu göstermediğine göre başvuru temelsiz olup kabuledilemez niteliktedir.[1077]

Bu olayda marka sahibi şirketin **P1-1**'deki mülkiyet hakkı ile başvuruculaın Madde 8'deki aile yaşamlarına saygı hakkı arasında bir çatışma bulunmaktadır. Mahkeme bira şirketinin mülkiyet hakkını açıkça zikretmemiştir. Ancak şirketin dede tarafından kurulduğunu ve dedenin fotoğrafının şişelere konulmasının onun anısını yaşatacağını özellikle vurgulamıştır. Bu vurgu, aslında, Mahkemenin şirketin markadaki mülkiyet hakkını zımnen dikkate aldığını göstermektedir. Diğer yandan aynı vurgu, marka sahibi şirketin mülkiyet hakkının başvuruculaın aile yaşamlarına saygı hakkı karşısında üstün olmadığı anlamına da gelmektedir. Marka değeri olarak mülkiyet hakkı, ticari amaçla kötüye kullanıma

---

1077 *Irina Aleksandrovna Vorsina and Natalya Aleksandrovna Vogralik v. Russia*, App. No.66801/01, Admissibility Decision of 5 February 2004, para.2 (The Law).

ve insanların ailevi anıları ve saygınlıklarına gölge düşürme hakkını vermez. Gerçi AİHM kararındaki söz konusu vurguda nelerin marka hakkının kötüye kullanma olarak mütalaa edilebileceği belirsiz kalmıştır.

Vorsina ve Vogralik davası vesilesiyle marka bakımından **P1–1** özelinde fikri mülkiyet ile diğer insan haklarının çatışması olasılığına da değinilmelidir. Yukarıda geliştirilen çatışma modeli uyarınca, üçüncü kişilerin Sözleşmede yer alan diğer insan haklarına aykırı olabilecek markaların tescil edilmesi **P1-1**'ce korunmayacaktır. Her halükarda **P1–1** uygulanabilir bulunsa dahi, çatışan çıkarlar arasındaki denge, üçüncü kişilerin Sözleşmesel haklarına ağırlık verilmesini gerektirmektedir. Böyle bir çatışma durumunda Devletin o markayı tescil etme yönündeki geçerli takdir marjı dardır; çünkü, Sözleşmede yer alıp da marka tesciliyle çatışması muhtemel kötü muamele yasağı ve özel yaşam hakkı, mülkiyet hakkına göre daha kuvvetli haklardır.

Ne tür marka uyuşmazlıklarının AİHM önüne gelebileceğine örnek teşkil etmesi bakımından bu noktada marka hakkıyla dolaylı olarak ilgili, ulusal ticaret/ekonomik politikasını doğrudan ilgilendiren ve uluslararası ticari ilişkiler boyutu olan bir uyuşmazlığa dair enteresan bir kararı zikretmekte fayda bulunmaktadır. Başvurucu şirket âlemlerde Stoli olarak bilinen Stolichnaya Votkası ile Moskovskaya Votkasının üreticisi ve marka hakkı sahibi olan Devlet Dış Ticaret Ajansının (soyuzplodoimport) halefi olarak mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Aslında Devlet Dış Ticaret Ajansı halka kapalı olarak kurulan başvurucu şirketin az sayıdaki hissesine sahipti ve fakat başvurucu şirket daha sonra adını değiştirerek halka açık hale gelmiştir. Kuruluş senedinde başvurucu şirketinin Devlet Dış Ticaret Ajansının (soyuzplodoimport) halefi olduğu karar altına alınmıştı. Bu esnada halefi olduğu Devlet Dış Ticaret Ajansının sahip olduğu markaları kendi adına kullanmaya başlamış ve çeşitli ticari ilişkilere girmiştir. Ancak daha sonra yargı makamları, başvurucu şirketin Devlet Dış Ticaret Ajansının halefi olduğuna dair senet hükmünün batıl olduğuna karar vermiş ve geçersiz olduğunu ilan etmiştir. AİHM önüne geldiğinde mülkiyet hakkı açısından marka meselelerini değil, başvurucu şirketin Stoli'yi üreten kamu kuruluşunun külli halefi (universal legal succession) olup olmadığını incelemiştir. Mahkemeye göre, başvurucu şirketin iddiası, iki kuruluş arasında iki ya da tek taraflı anlaşmaların olmasını gerektirmektedir; başvurucu şirket bu tip bir belge gösterememiştir. Üstelik selef kurum, hukuk aleminde hiç ortadan kalkmamış, varlığını sürdürmeye devam etmiştir. Nitekim başvurucu şirket halefiyet iddiası ulusal yargı makamları önünde başarılı olamamıştır, başvurucun lehine tek bir ulusal yargı kararı yoktur. Bu sebeple olayda **P1–1** anlamında malvarlığı değeri oluşturacak bir yargısal

karar bulunmamaktadır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına bir müdahale yoktur.[1078] AİHM'in bu kararıyla Stoli Rusya'nın elinde kalmış ve Rusya'daki büyük özelleştirme furyasından pay kapmak isteyen uluslararası sermaye bir cephe kaybetmiş oldu.

Markalarla alakalı akla gelebilecek bir senaryo, marka talebinin yetkili makamca, tescili istenen adın geniş anlamda kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmesidir.[1079] Böyle bir ret kararı, tıpkı patent bakımından da olduğu gibi, AİHM denetimine tabi olabilecektir. Bu iki sınırlama ölçütü son derece geniş ve muğlâk nitelikte olduğundan, teorik temelde **P1-1**'e aykırılıktan bahsedilemeyecek olsa bile, her bir somut ret kararı özelinde bu iki ölçütün nasıl canlandığı mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Kamu düzeni sınırlama ölçütü klozunu kullanarak yetkili tescil makamı, insan hakları gereklerini yerine getirme imkanına sahip olmaktadır[1080] ki bu konuda patent hakkında yapılmış bulunan açıklamalara göndermeyle yetinelim. Türk hukukunda genel olarak bu kloz içeriğinde yer aldığı kabul edilen bazı sebeplerin **P1-1** ve hatta **AİHS** Madde 10'da düzenlenmiş bulunan ifade özgürlüğü hakkına müdahale teşkil ettiği ileri sürülebilir. Örneğin, marka önerisinin toplumdaki iyi duyguları bozması ve yerleşik aile düzeni ile örf ve adetlere aykırı olması halinde tescilinin mutlak olarak reddi[1081], hem **P1-1**'i hem de **AİHS** Madde 10'u gündeme getirebilir. Elbette, AİHM'in, markanın **P1-1** şemsiyesi altına girebilmesi için genel olarak ulusal düzlemde tescil edilmiş olması koşulunu arıyor oluşu (zaman duvarı) hesaba katılmalıdır.

1078 *OAO Plodovaya Kompaniya v. Russia*, App. No. 1641/02, Judgment of 7 June 2007, paras. 25-28. Ama eğer **P1-1** anlamında bir mülkiyet hakkından söz edilemeyecekse, o halde müdahale yokluğundan değil zaman duvarından başvuru kabuledilemez bulunmalıydı. Ancak daha önce mülkiyet hakkına yönelik iddialar 23 Mayıs 2006 tarihinde kabuledilebilir bulunduğu için böyle bir ifade tarzına gitmiş olabilir.

1079 Markaya ilişkin hem uluslararası belgelerde hem de ulusal hukuk düzenlerinde markanın genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı olamayacağı kuralına yer verilmiştir. Türkiye örneği için bkz. 27/06/1995 tarih ve 22326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 24/06/1995 tarihli **Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname**, Madde 7 (j) ve (k). Metin için bkz. Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:1759-1760.

1080 Zaten Yargıtay da "kamu düzeni" klozu ile insan hakları ilişkisini fark etmiştir. Gerçi Yargıtay'ın söz konusu kararı insan hakları nosyonu açısından çelişkilerle doludur; fakat Yargıtay kararları eleştirisi bu Çalışmanın konusu dışındadır. Söz konusu Yargıtay kararının referansı (11. H.D. 8.2.2000 gün ve E. 1999/7314, K. 2000/1195) olup ilgili bölümlerinin metni için bkz. Kaya, **a.g.e.**, sf:126.

1081 Yasaman, vd., **a.g.e**, sf:275-276; Kaya, **a.g.e.**, sf:125-127. Doktrinin açıklamaları genellikle Yargıtay kararlarına ve özellikle yukarıda zikredilen kararına dayanmaktadır.

e) Siber Mülkiyet ve Sanal Mülkiyet

Günümüzde fikri mülkiyet hukukunun yoğunlaştığı konuların başında siber dünya olarak adlandırılan bilgisayar programları ve internet temelli oluşumlar gelmektedir. Gerek bilgisayar programlarının gerekse de internet temelli oluşumların birçok fikri mülkiyet sorunu doğurduğu gözlemlenebilmektedir. Bu sorunların terminolojik ve kavramsal boyutları da bulunmaktadır. Bu tip terminolojik sorunların başında bilgisayar ve internet temelli dünyaya "siber uzay/*cyberspace*" denilmesinin yerindeliği gelmektedir. Siber uzaydaki mülkiyet ilişkilerinin "siber mülkiyet" terimiyle karşılanması da tartışmadan bağımsız değildir.[1082] Üstüne üstlük, *domain names*/internet alan adları gibi bazı siber mülkiyet sorunlarının uluslararası/ulusalüstü örgütler tarafından düzenlendiği de bir gerçektir.

Bazı spesifik siber mülkiyet konuları, klasik fikri mülkiyet türlerinin sunduğu korumadan (hatta korumalardan) yararlanabilmektedir. Örneğin, bilgisayar programlarının (ve kaynak kodlarının) eser sahipliği ve patent açısından korunabileceğine yönelik spesifik çalışmalar bulunmaktadır.[1083] Bazıları ise, özel ve ayrı bir hukuki rejim gerektirmektedir.[1084]

İşbu Çalışmanın konusu bakımından sorun, siber alandaki yeni oluşumların **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı kapsamına girip girmeyeceğidir. Bilindiği kadarıyla, siber mülkiyet ihtilaflarına ilişkin sadece bir başvuru AİHM tarafından çözülmüştür.[1085] Bununla birlikte, yukarıda diğer fikri ürünlerle ilgili olarak söylenenler, genel olarak, siber mülkiyet tür-

---

1082 Böyle bir kullanım için bkz. James Couser, "*Cyber Property*", **Human Rights in the Digital Age**, (Eds. Mathias Klang-Adrew Murray), Glasshouse Press, London, Cavendish Publishing, 2005, sf:125-133. Belirtmek gerekir ki, bu makale daha çok telif hakkı ile klasik mülkiyet arasındaki farklar üzerinde durmakta olup "siber mülkiyet" terimi üzerinde ayrıntılı bir tartışma yapmamaktadır.

1083 Örneğin bkz. Mustafa Aksu, **Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması**, Beta Yay., İstanbul, Şubat 2006; Helen Gubby-Pieter Kleve- Richard de Mulder, "*Taking Patents Seriously*", **International Law and Trade-Birdging the East-West Divide**, (Ed. Sylvia Mercado Kierkegaard), Ankara Bar Association, 2. edition, Ankara, sf:453-465, özellikle 458-463.

1084 Gerçi doktrinde bütün siber dünyanın yarattığı sorunlarının klasik fikri mülkiyet hukukuyla çözülebileceği ve dolayısıyla ayrı bir koruma rejimi ihdas etmenin gerekli olmadığı da savunulmaktadır. Bu tezi savunan çalışmalara örnek olarak bkz. Joseph H. Sommer, "*Against Cyberlaw*", **Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 15, 1998, sf:1190 vd.

1085 Aşağıda ele alınacak bu kararın dışında, bir de internet servis sağlayıcısının ruhsatının mülkiyet hakkı kapsamında görüldüğü bir dava bulunmaktadır. Servis sağlayıcısı şirketin bu ruhsatının iptal edilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır (bkz. *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008). Ancak bu dava işletme ruhsatına ilişkin olduğu için aşağıda "ticari işletme ve ruhsat" başlığı altında zikredilecektir.

leri için de geçerlidir. Buna göre, bilgisayar programlarının hem ekonomik değer oluşturma hem de manevi değer oluşturma ölçütleri çerçevesinde **P1-1**'in kapsamında görüleceği kestirilebilir. Elbette burada, tek tek bütün siber mülkiyet türlerinin ele alınması söz konusu değildir. Özellikle ekonomik değer oluşturma ölçütüne uygunluğu ölçüsünde siber mülkiyet türleri **P1–1** korumasından yararlanabilir.

Diğer yandan Anglo-sakson literatüründe "*sanal mülkiyet/virtual property*"[1086] olarak adlandırılan yeni bir siber mülkiyet türüne dikkat çekilmelidir.[1087] Sanal mülkiyet kategorisi altında alan adları, URLs (*uniform resource locators*), websiteleri, email hesapları, *chat*/sohbet odaları[1088] ve giderek bütün sanal dünya ele alınmaktadır. Bu yaklaşımda sanal mülkiyet/virtual property terimine verilen anlam son derece geniştir. İnternet dünyasının diğer fikri mülkiyet türlerinden ve bu arada bilgisayar programları gibi bazı siber mülkiyet türlerinden farklı nitelikte olduğu ileri sürülmektedir. Bu farklılık özellikle, alenileştirme, yayma ve çoğaltma gibi unsurlar açısından kendini göstermektedir. Sanal mülkiyet kategorisi altındaki türlerin kullanım hakkı inhisaridir ve hak sahibi, üçüncü kişileri o türü kullanmaktan dışlayabilir. Bu özellik, sanal mülkiyeti diğer fikri mülkiyet türlerinden farklılaştırmaktadır. Sanal mülkiyetin bilgisayar programlarından bir başka farkı ise, ikisi de bilgisayar temelli olmalarına rağmen, sanal mülkiyetin bilgisayarı kapattığınızda ("*host*" eden kapatmadıkça) ortadan kaybolmamasıdır. Sanal mülkiyet, siber uzay gibi bir sanal dünyada varlığını sürdürmektedir ve başka bilgisayarlar üzerinden bu dünyaya ulaşılabilir. Bu nitelikleriyle sanal mülkiyet fikri mülkiyetten çok taşınır ve taşınmaz mülkiyetine benzemektedir. Sadece elle tutulabilir değildir.

1086 **P1-1** doktrininde Sermet, **a.g.e.**, sf:17'de "virtual property" terimine yer vermektedir. Ancak önemle belirtilmelidir ki, Sermet'in kastettiği, bir fikri ürün olarak sanal mülkiyet değil, haksız fiil hukukunda kaynaklanan alacak hakkıdır. Zaten Sermet, terimi ünlü *Pressos* vakasını anlatırken kullanmaktadır. Sermet terimi, henüz mevcut olmadığını vurgulamak için meşru beklenti kavamı bağlamında dile getirmiştir. Yazarın ifadesinin orijinali şöyledir: "The Court's position is not without interest; it means that the protection provided by Article 1 of Protocol No. 1 can extend to possessions which do not yet exist. In other words, the Court does not hesitate to protect virtual property."

1087 David Nelmark, "*Virtual Property: The Challenges of Regulating Intangible, Exclusionary Property Interests Such as Domain Names*", **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, Vol. 3, No. 1, Fall 2004, sf:1-2; Joshua A. T. Fairfield, "*Virtual Property*", **Boston University Law Review**, Vol. 85, 2005, sf:1047-1102; Juliet M. Moringiello, "*Towards a System of Estates in Virtual Property*", **Cyberlaw, Security & Privacy**, (Ed. Sylvia Mercado Kierkegaard), Ankara Bar Association, 2. European edition, Ankara, sf:399-410.

1088 Bu kavramlar hakkında temel bilgi için bkz. Hasan Sınar, **İnternet ve Ceza Hukuku**, Beta Yay, İstanbul, Temmuz 2001, sf:34-38; Ali Osman Özdilek, **İnternet ve Hukuk**, Papatya Yayıncılık, İstanbul, Eylül, 2002, sf:72-73, 128-130, 205-209.

Üstelik artık *sanal gerçeklik/virtual reality* ya da *sanal çevre/virtual enviroment* (hatta *sanal dünyalar/virtual worlds*) adı verilen gerçek dünyanın üç boyutlu simülasyonlarının bulunduğu bir başka "dünya" söz konusudur. Verilen bilgilere göre, bu "dünyalarda" yaşayan 10 milyondan fazla insan ve bu insanların ürettiği milyar dolarlık "gerçek" ticaret hacmi bulunmaktadır. Sanal dünyanın siyasal ve askeri nitelikli işlerde kullanılma potansiyeli göz ardı edilememesi gereken özellikler arasındadır.[1089] Bu sanal dünya içerisinde elde edilen malvarlığı için sanal mülkiyet/virtual property terimi kullanılmaktadır. Buna dar anlamda sanal mülkiyet denilebilir. Oyun endüstrisi sanal dünyanın gelişmesindeki en önemli etkendir. Oyuncular, enteraktif olarak uzun saatlerini bu sanal dünyada geçirmekte, karakterlerini geliştirmekte ve bu oyunların içinde "gerçek" anlamda malvarlığı tasarruflarında bulunmaktadırlar.[1090] Üstelik oyuncular oyun içeriğine yaptıkları katkılar üzerindeki hakları ellerinde bulundurmaktadır. Bu malvarlığı tasarrufları oyunu geliştiren ve yöneten gerçek bir "şirket" tarafından desteklenmektedir.[1091] İşte bu noktada da hukuki sorunlar kendini dayatmaktadır: Örneğin bu sanal malvarlığın "gerçek" devir ve intikali nasıl olacaktır (sanal dünyadaki devir ve intikalin sorunsuz olduğunu varsayıyorum!)?[1092] Oyunu destekleyen şirket iflas ettiğinde oyuncuların o andaki mevcut malvarlıklarının akıbeti ne olacaktır? Şirket mallarına haciz konduğunda oyuncuların oyundaki malvarlıkları bundan etkilenecek midir? Oyuncular ger-

---

1089 Fairfield, **a.g.m.**, sf:1058-1064.

1090 Güncel bir haber olarak bkz. Hakan Gence imzalı ve "Karakter Ticareti" başlıklı haber, **Hürriyet Pazar**, 16 Aralık 2007, sf:3.

1091 Bu oyunların servis sağlayıcısı olan şirketlerin hazırladığı son kullanıcı lisans anlaşmalarına/sözleşmelerine bakıldığında çok çeşitli özel hukuk sorunları göze çarpmaktadır. Örneğin, http://secondlife.com/corporate/tos.php (Terms of Service) çerçevesinde Amerikan hukukunda davalar açılmaktadır. Bu konuda güncel bilgi ve değerlendirme için bkz. Moringiello, **a.g.m.**, sf:401-403; http://www.entropiauniverse.com/pe/en/rich/5625.html (End user Licence Agreement ve Cash Card Holder Agreement).

1092 Entropia Universe adlı oyunun sanal malvarlığının gerçek devrine özel vurgu yaptığını ve bunu bir pazarlama unsuru olarak kullandığı ana sayfadan anlaşılmaktadır. Bu oyundaki sanal malvarlıklarının mübadelesi/ticareti için ayrı bir internet sitesi olduğu da eklenmelidir.

Diğer yandan, World of Warcraft adlı ünlü oyunun "kullanma koşulları anlaşması/sözleşmesi"nin 8. maddesi, oyunda elde edilmiş "sanal mülkiyetin" (orijinal terim) gerçek dünyadaki devir ve intikalini yasaklamıştır. World of Warcraft'ın hem "son kullanıcı lisans anlaşması" hem de "kullanma koşulları anlaşması" oyundaki figürlerin, unvanların vb. mülkiyetine ilişkin ilginç hükümler içermektedir (bkz. www.worldofwarcraft.com/legal). Gerek doktrinde gerekse de gazete haberlerinde verilen bilgiye göre, bu yasak fiilen uygulanamamaktadır ve adı geçen oyunda elde edilmiş malvarlığı ticarete konu olmaya devam etmektedir. Bu bilgiyi zikreden doktriner bir eser olarak bkz. Moringiello, **a.g.m.**, sf:400; gazete haberi olarak bkz. Hakan Gence "Karakter Ticareti" başlıklı haber, **Hürriyet Pazar**, 16 Aralık 2007, sf:3.

çek hayattaki borçlarından ötürü oyundaki sanal (ama gerçeğe çevrilebilir) malvarlıklarıyla sorumlu kabul edilebilecekler midir?[1093]

Bu ve benzeri sorulara başta eşya hukukları olmak üzere ulusal hukukların nasıl bir çözüm getirdiği (daha doğrusu getirip getirmediği) veya "sanal mülkiyet" adı altında yapılan kavramsallaştırma denemesinin yerindeliği bu Çalışmanın konusu dışındadır. İşbu Çalışmanın konusu açısından ise şunlar söylenebilir: Öncelikle, Strasbourg organlarının fikri mülkiyet türlerine olan genel yaklaşımları doğrultusunda, ihtilaf konusu siber mülkiyet türünün ulusal hukuklarda tescil ve benzeri ön kayıt usulüne tabi olup olmadığı açığa çıkartılmalıdır. Mülkiyet hakkının zaman duvarı yüzünden tescile tabi siber mülkiyet türleri, ancak bu tescil işleminden sonra (yani mülkiyetin ulusal hukukta kazanılmasından sonra) **P1-1**'in kapsamına girebilecektir. İkinci olarak, ekonomik değer oluşturma ölçütünün gereklerini karşılanıp karşılanmadığı araştırmalıdır. Genel olarak siber mülkiyet ve özel olarak da sanal mülkiyet türlerinde, istisnai ölçüt olan manevi değer oluşturmaya yönelik unsurların gündeme gelmesi pek beklenmez. Üçüncü olarak, hakların yarışması teorisi bağlamında, e-posta ve veri tabanları gibi bazı sanal mülkiyet türleri bakımından mülkiyet hakkından ziyade özel yaşamın korunması hakkı, Sözleşme çerçevesinde ön planda işlev görebilir. Örneğin, e-postaların veya kişisel bilgilerin saklandığı çeşitli veri tabanlarının yetkisiz üçüncü kişilerce okunması durumunda, kişisel verilerin korunması temelinde **AİHS** Madde 8'de yer alan özel yaşama saygı hakkı mülkiyet hakkına göre konuya daha uygun nitelikte ve işlevsel olacaktır. Bununla birlikte, kişisel/kurumsal web sitelerinin hacklenmesi gibi saldırılarda, **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı, pekâlâ kullanışlı bir araç olma potansiyeli taşımaktadır.

Bu genel mülahazaların dışında yaygın kullanım ve dolayısıyla ihtilaf konusu olan bazı siber mülkiyet/sanal mülkiyet türlerine yakından bakılması faydalı olabilir. Bu bağlamda ilk başta web sitesi ve web sayfalarının hukuki niteliği akla gelmektedir. Web sayfası, web sunucusuna yüklenmiş bir HTML (Hypertext Markup Language) belgesi olup, bir kişiye/kuruma ait web sayfalarının toplamı web sitesini oluşturur. Bir web sayfası metinler, resimler, sesler vb. birçok veri şekli içerebilir. İçeriğinden ötürü web sitelerinin fikri mülkiyet hukukunda veri tabanı veya derleme eser olarak korunduğu kabul edilmektedir. Doktrinde istisnai olarak endüstriyel tasarım kategorisini gündeme getiren yazarlar da mevcuttur. Ayrıca web sayfasını oluşturan kaynak kodları (HTML) da fikri

---

1093 Benzer soruların ABD hukuku çerçevesinde olası cevaplarını arayan bir makale olarak bkz. Michael Meehan, "*Virtual Property: Protecting Bits in Context*", **Richmond Journal of Law & Technology**, Vol. 12, Volume XIII, Issue 2 (2006), http://law.richmond.edu/jolt/v13i2/article7.pdf

mülkiyet hukuku koruma şemsiyesi altındadır.[1094] Yukarıda açıklanan geniş anlamda sanal mülkiyet kavram denemesi kabul görecek olursa, bu kez web sitelerinin taşınmaz veyahut taşınır mülkiyetinin korunduğu gibi korunacağı da ileri sürülebilir. Bu Çalışma bakımından ise, web sitesi ve sayfaları, nasıl vasıflandırıldıklarından ve kategorileştirildiklerinden bağımsız olarak, **P1–1** mülkiyet hakkı korumasından yararlanabileceği ileri sürülebilir. Bu noktada web site ve sayfalarının ulusal düzlemde fikri mülkiyet ya da taşınmaz/taşınır mülkiyeti (geniş anlamda sanal mülkiyet) kapsamına girip girmediğinin bir önemi bulunmamaktadır.

Yakından bakılması gerekli siber/sanal mülkiyet türleri arasında "alan adlarının" geldiğinde herhalde şüphe edilmiyor.[1095] Web site ve sayfalarının sayısal adresinin (gerçek adres) harflerle ifadesi (sembolik adres) anlamına gelen "alan adları", günümüz ticari hayatının köşe taşlarından birini oluşturuyor. Ticaretin, alım satımın ve giderek tüketimin internete kaydığı bu dönemde alan adları, tüketicinin (talep sahibinin) üreticiye (arz edene) ulaşmasını sağlayan başat araç nitelindedir. Üstelik ticari olmayan uygulamalar için de aynı derece önemlidir. Geniş anlamda insanlar arasında iletişim kurulabilmesinde alan adlarının belirleyici ve hızlandırıcı bir önemi var.

Bu noktada öncelikle alan adlarının hukuki niteliği meselesi gündeme gelmektedir. Ulusal hukuklar bakımından genellikle doktrinde kabul edilen görüş, alan adlarının malvarlığı değeri olarak ayırt edici ad ve işaret olduğudur.[1096] Bu açıdan tıpkı marka gibi düşünülebilir. Zaten alan

---

1094 Türk hukuku özelinde genel olarak bkz. Haluk İnanıcı, "*WEB (HTML) Dokümanının (Sayfasının) Fikri Haklar ve Basın Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*", **İBD**, Cilt 74, Sayı: 4-5-6, 2000, sf:483-496; Özdilek, **a.g.e.**, sf:73-76; Mustafa Topaloğlu, **Bilişim Hukuku**, Karahan Kitabevi, Mayıs 2005, Seyhan-Adana, sf:145-146; Sefer Oğuz, "*Veri Tabanı Hakkı ve Sui Generis Veri Tabanı Hakkının Sınırları*", **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Yetkin Yay., Ankara 2006, sf:741-772.

1095 Alan adlarının teknik boyutu ve Türkiye'deki durum hakkında bilgi için bkz. Füsun N. Nomer, "*İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar*", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı –Cilt I**, Yayına hazırlayan: Abuzer Kendigelen, İstanbul, 2001, sf:395-418, özellikle 396-397, 403-405; Gülgün Anık, "*İnternet Alan Adı*", **FMR**, Cilt 5, Sayı: 2005/4, sf:65-93, özellikle 65-76; Savaş Bozbel, **İnternet Alan Adlarının Korunmasında ICANN Tahkim Usulü**, Seçkin Yay., Ankara, Ocak 2006, sf:23-28, 40-54; Özdilek, **a.g.e.**, sf:128-130; Topaloğlu, **a.g.e.**, sf:155-159.

1096 Io Montes (Rosales), **Legal Framework for Domain Names**, 25 Mayıs 2005 tarihinde Zürih Üniversitesinde Savunulmuş Doktora Tezi, (İÜHF Kütüphanesinde mevcuttur), sf:108-117, 122-144, 144-162; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:24 ve para.81, sf:26 ve para.84; Özdilek, **a.g.e.**, sf:131; Füsun N. Nomer, **a.g.m.**, sf:401-402; Anık, **a.g.m.**, sf:80; Hüseyin Ülgen-Ömer Teoman-Mehmet Helvacı-Abuzer Kendigelen-Arslan Kaya-Füsun Nomer Ertan (Helvacı), **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2006, sf:307 ve para.881.

adları ile en çok karışan marka ve diğer ayırt edici işaretlerdir. İşbu Çalışma bakımından ise, alan adının ulusal düzlemde nasıl vasıflandırıldığının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Daha önce defalarca gösterildiği ve vurgulandığı üzere, **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı otonomdur ve giderek ulusal hukuklardan daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Bir talebin **P1-1**'ce korunması için, hakkın kapsama alanını belirleyen ölçütlere uygunluk göstermesi gerekli ve yeterlidir. Alan adları da, tıpkı markalar gibi, devir ve intikale elverişli olup[1097] [1098] parayla ölçülebilir değerler arasında bulunduğuna göre, **P1–1** korumasından yararlanmalarının önünde bir engel bulunmadığını söylemek mümkündür.

Bu mülahazaların geçerliliği çok yakın tarihli bir kabuledilebilirlik kararında AİHM tarafından teyit edilmiştir. *Paeffgen GMBH v. Almanya* davasında başvurucu Alman hukukuna göre limited şirket statüsünde olup inşaat malzemeleri satışı ve e-ticaretle (*e-commerce*) uğraşmakadır. E-ticaret faaliyetleri bağlamında yetkili tescil makamı (DENIC e. G.) tarafından adına tescilli binlerce alan adını elinde bulundurmaktadır. Bu alan adları için başvurucu şirket 58 Euroluk kayıt parası ödemiştir ve yıllık yine 58 Euroluk aidat parası ödemektedir. Yetkili makam tarafından adına tescillenen alan adları başvurucu şirkete bunların münhasır kullanma ve tasarrufta bulunma hakkını vermektedir (*exclusive right to use or dispose*). Adına tescil edilen alan adlarının bazıları için diğer ticari şirket ve kişiler tarafından ulusal hukukta davalar açılmış ve bunların neticesinde başvurucu şirket adına yapılan alan adı tescilleri kaldırılmıştır. Başvurucu şirket bu durumun **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkının ihlalini oluşturduğunu ileri sürmektedir. İncelemesine alan adlarının **P1-1** kapsamına girip girmediğini belirlemekle başlayan AİHM'ne göre, **P1-1** otonomisi cismani olmayan değerlerin mülkiyet hakkı içerisine gir-

---

1097 Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, sf:28 ve para.89. Alan adlarının devredilebilirliği hakkında çeşitli Devletlerin tercihi hakkında kısa özet bilgi için bkz. Bozbel, **a.g.e**, sf:39-40.

1098 "tr." uzantılı alan adı vermeye "yetkili" ODTÜ'nün tahsis sırasında uyguladığı Kural 1'e göre alan adı uzayı (domain name space) "T.C. kamu ortak malı" statüsündedir (Böylelikle ODTÜ Türk kamu malları hukukuna büyük bir katkıda bulunmuş oluyor, B:G.). Kural 2'ye göre ise ' ".tr" Ülke kodlu alan adlarının satışı, kiralanması ve devri yasaktır. Alan adlarının satışı, kiralanması ve devrinin tespiti halinde ilgili alan adı sahibine ait alan adlarının tamamı iptal edilir. Alan adının devri, alan adı tahsisine esas teşkil eden belgelendirilmiş hakların devri halinde mümkündür.'. Bkz. **".tr" Alan Adları, Politikalar, Kurallar ve İşleyiş**; Sürüm 5.0.1, Haziran 2008, sf:5.

Bu hükümden anlaşıldığına göre, alan adı tek başına devredilemez. Ancak ticari işletmeyle ya da marka hakkı gibi bağlantılı olduğu "asıl" hakla beraber devredilebilir. Demek ki, ODTÜ anlayışında alan adı "tali" nitelikte bir hak sağlamaktadır. ODTÜ'nün alan adının tek başına devir yasağının ticari hayatın gerçeklerine çok uygun düştüğünü söylemek mümkün olmadığı gibi, hukuka uygun olduğunu söylemek de pek kolay değildir. Diğer yandan ODTÜ Kural 29 "(t)emel ilke olarak, fikri haklara tecavüz ve alan adı ticareti teşvik edilmemektedir" hükmünü getirerek Kural 2'yi desteklemektedir.

mesini sağlamaktadır; yeter ki başvurucunun hukuki pozisyonu mali haklar ve çıkarlar sağlıyor olsun. Somut olay özelinde alan adları başvuru şirkete sınırsız süreli kullanma ve devir hakkı sağlamakta olduğuna, şirket bu sayede tüm internet kullanıcılarına reklam, bilgi ve hizmet, para mübadelesi yapmaları teklifinde bulunabileceğine veya alan adını kullanma hakkını üçüncü bir kişiye satabileceğine göre alan adlarının münhasır kullanma hakkı ekonomik bir değer teşkil etmektedir. Dolayısıyla **P1-1** uygulanabilir niteliktedir.[1099]

Alan adları **P1–1** şemsiyesi altına giriyorsa da, başka bazı sorunların doğması olasıdır. Örneğin, "ilk gelen önce alır" ilkesi (tersten söylenecek olunursa: "sona kalan dona kalır") uyarınca, önceden marka olarak tescil edilmiş bir ad veya benzeri işaret daha sonra bir başkası tarafından alan adı olarak kullanılırsa (*cybersquatting/siber çöreklenme*[1100]) çözüm nasıl olacaktır? Bu sorun, bugün, Tahsisli Sayılar ve Adlar için İnternet Kuruluşu/*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) adındaki ABD'de kayıtlı bir tüzel kişi (şirket) tarafından belirlenen Yeknesak Alan Adı Uyuşmazlıkları Çözümü Politikası/*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (UDRP)[1101] çerçevesinde ele alınmaktadır.[1102] ICANN, başta WIPO olmak üzere, sınırlı sayıda kendine özgü tahkim/arabuluculuk kurumlarına UDRP'yi uygulama yetkisi ver-

---

1099 *Paeffgen GMBH v. Germany*, App. Nos. 25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, Admissibility Decision of 18 September 2007, özellikle para. 1 (The Law).

1100 Doktrinde Poroy-Yasaman, **a.g.e.**, sf: 324'te "*cybersquatting*" terimi Türkçe'ye "sanal işgalcilik" olarak aktarılmıştır. Bu çevirinin "sanal" bölümü yanlıştır, zira "sanal" kelimesi "cyber" kelimesinin değil "virtual" kelimesinin karşılığı olabilir. "Cyber" kelimesi Türkçeye, olduğu gibi, "siber" olarak aktarılmaktadır (Resmi metinler dahil). Diğer yandan "*squatting*" kelimesi karşılığında "işgal" tercihi de bence yerinde değildir. Yazarların çevirisinin kelime karşılığı bazında birebir olduğuna şüphe yoksa da, "işgal" tercihi anlam bakımından gerçek karşılığı ifade etmemektedir. Alan adının "işgalinden" bahsetmek, tıpkı markanın işgalinden bahsedilemediği gibi, mümkün değildir. "*Cybersquatting*" terimi tam anlamıyla alan adı sahibinin başkasının markasına veya benzerine "çöreklenmesini" ifade eder.

Diğer yandan, Topaloğlu, **a.g.e.**, sf: 162'de kullanılan "uzay korsanlığı" karşılığının, bu dipnotta yapılan açıklamalar karşısında hiçbir bakımdan isabetli olmadığı anlaşılmaktadır. Bazı yazarlar ise "*cybersquatting*" terimini hiç çevirmeyip olduğu gibi kullanmaktadır (örneğin bkz. Bozbel, **a.g.e.** sf:55 ve dipnot 1).

1101 ICANN tarafından 24 Ekim 1999 tarihinde onaylanan Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy/Alan Adı Uyuşmazlıkları Çözümü için Yeknesak Politika (UDRP) başlıklı belge metni için bkz. http://www.icann.org/dndr/udrp/policy.htm. UDRP'nin bir de Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy/Yeknesek Alan Adı Uyuşmazlıkları Çözüm Politikası için Kurallar adı verilen uygulama yönergesi bulunmaktadır. Bu Kurallar da ICANN tarafından 24 Ekim 1999 tarihinde onaylanmıştır ve metnine http://www.icann.org/dndr/udrp/uniform-rules.htm adresinden ulaşılabilir.

1102 ODTÜ'nün tahsis sırasında uyguladığı kurallar sebebiyle, ulusal alan adı uyuşmazlıkları daha farklı bir mecrada seyretmektedir. Bu kurallar için bkz. **".tr" Alan Adları, Politikalar, Kurallar ve İşleyiş**; Sürüm 5.0.1, Haziran 2008.

miştir.[1103] UDRP uygulamasında alan adı uyuşmazlıkları ortalama üç hafta sürmektedir ve öngörülen usuli gerekler çerçevesinde ulusal yargının denetimine açıktır.[1104] Bu nedenle, alan adları uyuşmazlıkları için potansiyel **P1–1** koruması ihmal edilmemelidir.

Siber çöreklenme senaryosunda, ki pratikte rastlanan uyuşmazlıkların çoğu bu senaryoya benzemektedir, iki farklı hak öznesinin mülkiyet hakkını gündeme getirdiği görülmektedir. Buna göre, her iki öznenin mülkiyet hakları çelişmekte olup bunlardan birinin tercih edilmesi gerekecektir. Kanımca, tıpkı yukarıda işlenen *Anheuser-Busch INC v. Portekiz* davası bakımından AİHM'nin yaptığı gibi, ayırt edici işaretini önce tescil edenin mülkiyet hakkına ağırlık verilmelidir. Siber çöreklenme (*cybersquatting*) olaylarında çoğunlukla alan adını tescil ettirenin kötü niyetli ticari amaçlarla hareket ettiği görüldüğüne göre, bu çözüm tarzı son derece makuldür. Elbette benzerliğin oranı ve alan adını tescil edenin bu adı hangi amaçlarla kullandığı (ticari olmayan) özel olarak dikkate alınmalıdır. Bu inceleme sırasında WIPO hakem yargısı iki şekilde AİHM'e yol gösterici olabilir. Eğer alan adı ile marka uyuşmazlığı WIPO[1105] önünden gelerek AİHM önüne ulaşmışsa, WIPO tahkimin o uyuşmazlıkla ilgili kararı dikkate alınabilir. Zira WIPO tahkimi bu alanda son derece uzmanlaşmış bir çözüm merciidir.[1106] Eğer alan adı ile marka uyuşmazlığı WIPO ya da bir başka tahkim önüne gitmemişse, AİHM yine de uzmanlaşmış tahkimin geliştirdiği standartları uygulayabilir. Böyle bir yaklaşım, hem işbu Çalışmanın Giriş Bölümünde benimsenen perspektifin gereğidir, hem de Mahkemenin konuya olan uzaklığını giderecek yegâne yöntemsel araçları içermektedir.

1103 Hali hazırda ICANN tarafından onaylanmış diğer tahkim/arabuluculuk mercileri için bkz. http://www.icann.org/dndr/udrp/approved-providers.htm. Her bir çözüm merciinin kendi tamamlayıcı usul kuralları bulunmaktadır.

1104 United Nations Conference on Trade and Development, World Intellectual Property Organization, **4.2 Domain Name Dispute Resolution**, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add. 35, www.wipo.int.

1105 Aslında buraya ODTÜ'yü de eklemek gereklidir. ODTÜ içinde WIPO sistemindekine benzer bir uyuşmazlık çözüm mercii kurma çalışmaları yapılmaktadır. Bu mercii hakkındaki taslak kurallara bakıldığında WIPO sistemi için söylenenlerin ODTÜ sistemi için de genel olarak geçerli olacağı saptanabilmektedir. Ancak ODTÜ'nün alan adı tahsis kuralları sebebiyle siber çöreklenme gibi uyuşmazlılar nadiren ortaya çıkmaktadır. Taslaklar için bkz. http://kurul.ubak.gov.tr/calgrup01.php. Ayrıca bkz. Bkz. **".tr" Alan Adları, Politikalar, Kurallar ve İşleyiş**; Sürüm 5.0.1, Haziran 2008, sf:9 ve **Kural 26-27**, ayrıca genel olarak bkz. sf:35. Yalnız bu kurallarda öngörülen "feragat" kurumunun hukuken geçerliliği kanımca oldukça tartışmalıdır.

1106 Zaten WIPO kararlarına karşı, söz konusu kararlar yargı denetimine açık olmasına rağmen, mahkemelere pek başvurulmaması (bkz. United Nations Conference on Trade and Development, World Intellectual Property Organization, **4.2 Domain Name Dispute Resolution**, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.35, sf:40, www.wipo.int,), herhalde bu yetkinliğin önemli göstergelerinden biridir.

Nitekim çok yeni tarihli *Paeffgen GMBH v. Almanya* kararında Mahkeme siber çöreklenme senoryosuyla karşılaşmıştır. Yaptığı e-ticaret faaliyeti çerçevesinde elinde adına tescilli binlerce alan adı bulunan başvurucu şirkete karşı benzer ayırt edici işaretlerini önceden tescil ettirmiş olan üçüncü kişilerce Alman yargı makamları önünde davalar açılmıştır. Bu davaların sonunda başvurucu şirket adına yapılan alan adı tescilleri kaldırılmıştır. Sorunun çözümü sırasında uzmanlaşmış fikri mülkiyet örgütlerinin tahkim sistemleri çerçevesinde geliştirdikleri standartlara herhangi bir göndermede bulunmayan AİHM, yukarıda ileri sürüldüğü gibi ayırt edici adını daha önceden tescil ettirmiş üçüncü kişilerin haklarına alan adı sahibinin mülkiyet hakkına nazaran ağırlık vererek şikayeti kabuledilemez bulmuştur.[1107]

Akla gelen bir başka soru şudur: Alan adı olarak bir kişinin ismi tescil edilirse, o kişinin bu alan adına itiraz etme imkanı bulunacak mıdır? İsmin marka değeri taşıdığı bu senaryo özelinde yine bir çatışma durumu mevcuttur. Fakat buradaki çatışma, isim sahibi kişinin **AİHS** Madde 8 korumasından yararlanan isim üzerindeki hakkı ile o kişinin ismini alan adı olarak kullanan kişinin mülkiyet hakkı arasında gerçekleşecektir. Bu senaryoda, mülkiyet hakkı ile Sözleşmede düzenlenen diğer haklar arasında yukarıda geliştirilmeye çalışılan çatışma modeli uyarınca özel yaşam hakkına ağırlık verilmesi gereklidir. Gerçek kişilerin isimleri/soyadları açısından bir sorun yoktur. Ancak, tartışma konusu bakımından ticaret unvanı ve işletme adı gibi tüzel kişilere ait isimlerin Madde 8 kapsamına girip girmediği de ikinci senaryo özelinde hesaba katılmalıdır.[1108]

Paeffgen kararı bu modeli destekleyecek şekilde okunabilir. Alan adını üzerine tescilleyerek, üçüncü bir şirketin ticaret unvanının bir kısmına çöreklenen başvurucu şirketin bu duruma son veren ulusal yargı kararlarının mülkiyet hakkını çiğnediği iddialarını kabuledilemez bulurken AİHM, isim hakkınının korunduğunu açıkça vurgulamıştır. Gerçi AİHM bu noktada Sözleşme Madde 8'i zikretmemiştir.[1109] Yine de önceden tescil edilmiş ticaret unvanı ve işletme adı gibi tüzel kişilere ait isimlerin ko-

---

1107 *Paeffgen GMBH v. Germany*, App. Nos.25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, Admissibility Decision of 18 September 2007, özellikle para.1 (The Law).

1108 Bu noktada yol gösterici içtihat olarak, AİHM'in asilzade unvanlarının (yukarıda "marka" başlığı altında analiz edilmişti) isim olarak özel yaşam hakkı kapsamında görülmediği yönündeki içtihadı zikredilebilir. (Bkz. *De la Cierva Osorio De Moscoso and others v. Spain*, App. Nos.41127/98-41503/98-41717/98-45726/99, Admissibility Decision of 28 October 1999). Madde 8 yargısında tüzel kişilerin isim haklarının Madde 8'e girip girmediğini belirleyen net bir içtihat bulunmamaktadır.

1109 *Paeffgen GMBH v. Germany*, App. Nos. 25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, Admissibility Decision of 18 September 2007, özellikle para.1 (The Law).

runması mülkiyet hakkına ağır bastığına göre, **AİHS** Madde 8'in **P1-1**'i dengelemekte zımnen rol oynadığı sonucuna varılabilir.

Alan adlarıyla alakalı akla gelebilecek bir üçüncü senaryo, istenen alan adının yetkili makamca üçüncü kişilerin haklarını korumak mülahazası dışında başka gerekçeyle reddedilmesi olasılığıdır. Böyle bir senaryo son derece gerçekçidir. Zira, tıpkı marka özelinde olduğu gibi, bir ayırt edici ad ve işaret olduğu kabul edilen alan adı tahsisinde de, istenen adın geniş anlamda kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olmaması gerekliliği hesaba katılmalıdır.[1110] Nitekim ulusal tahsisçi ODTÜ'nün böyle bir kaygısı bulunmaktadır. ODTÜ Kural 8, istenen alan adının, ulusal örf ve adetlere, kültürel değerlere, genel ahlak kurallarına uygun olmasını aramaktadır.[1111] Bu kuralın genel olarak Türk hukuk mevzuatıyla özel olarak de marka hukukuyla paralel olup olmadığı meselesi bir yana bırakılırsa, AİHM ve **P1–1** koruması burada da devreye girebilir. ODTÜ'nün zikredilen kuralında teorik olarak bir insan hakları problemi bulunmadığı düşünülse bile, AİHM'in fikri hakların **P1–1** şemsiyesi altına girebilmesi için genel olarak ulusal düzlemde tescil edilmiş olması koşulunu aradığını göz ardı etmeden, hükmün pratikte nasıl uygulandığına dikkat edilmelidir.

Veri tabanları da siber mülkiyet çerçevesinde yaygın mülkiyet sorunları doğurmaya aday bir kategoridir. Çok çeşitli veri tabanları gözlemlenebilmektedir. Veri tabanlarında genellikle bilgi, çizim/tasarım gibi bilgiler bulunur. İstisnaen, bazı tür veri tabanlarında, bilginin kendisinin yanı sıra, ya bir bilgi olarak ya da bir bilginin kaynağı olarak maddi bir cisim bulunabilir. İnsan genetik verileri için kullanılan veri tabanları bu niteliktedir, ki konuya yukarıda vücut ve vücut parçaları bağlamında değinilmişti. Buna göre, bir veri tabanının içereceği bilgi ticari nitelikte olabileceği gibi kamu hukukunu da ilgilendirebilir. **P1–1** açısından lafı fazla uzatmadan denilebilir ki, yukarıda web sayfaları için söylenenler veri tabanları için de geçerlidir.

Kullanımlarının yaygınlığı nedeniyle yakından bakılan geniş anlamdaki sanal mülkiyet türlerinin yanında, dar anlamda sanal mülkiyet tür-

---

1110 Almanya ve Fransa hakkında kısa bilgi için bkz. Bozbel, **a.g.e.**, sf:38. Bunun yanı sıra, *Paeffgen* kararından Almanya'daki rejimin diğer unsurlarına dair ipuçları çıkartılabilir.

1111 Bkz. **".tr" Alan Adları, Politikalar, Kurallar ve İşleyiş**; Sürüm 5.0.1, Haziran 2008, sf:8 ve **Kural 8:** "Alan adı başvurularında, ulusal örf ve adetlere, kültürel değerlere, genel ahlak kurallarına uyum aranır. Alan adının tamamı ya da bir kısmı hakaret, küfür, çirkin tanımlama vb. ifadeler içeremez. Bu tür sözcük ve/veya ifadelerin İngilizce ya da diğer yabancı dillerdeki karşılıkları da bu kapsam dahilindedir. Bu tanıma uyan alan adlarının tahsisi yapılmaz, yapılmış olanlar geri alınır."

leri için de genel bir belirlemede bulunmak gereklidir. Kanımca, sanal dünyanın yarattığı dar anlamda sanal mülkiyet problemleri açısından **P1-1**'in uygulanabilir nitelikte olduğunu iddia etmenin önünde bir engel bulunmamaktadır. Sanal dünyada elde edilmiş malvarlığı gerçeğe çevrilebildiğine göre, ekonomik değer oluşturma ölçütünün gerekleri karşılanmış olmaktadır. Zaten söz konusu sanal dünyayı organize eden özel hukuk kişisinin kullanıcılarla yaptığı lisans sözleşmesi uyarınca kullanıcıların sanal dünya/oyun içerisinde geliştirdikleri uygulamalar üzerindeki fikri haklara sahip oldukları görülmektedir. Ancak bir şekilde servis sağlayıcı şirket ile oyuncu arasında fikri mülkiyet ihtilafı çıktığında veyahut şirket lisans sözleşmesinde oyuncunun fikri mülkiyet ve hatta mülkiyet haklarını tanımadığında ortaya çıkan sorununun **P1–1** kapsamına girmeme ihtimali yüksektir. Zira zaman duvarı engeli yüzünden, özel hukuk anlamında sözleşme özgürlüğünün içerdiği risk, **P1-1**'in uygulanabilirliğini durdurabilir.

Son olarak yukarıda fikri mülkiyet ile UİHH ilişkisi hakkında yapılan genel açıklamalara gönderme yaparak, aslında bütün bu siber mülkiyet/sanal mülkiyet problemlerinin temelde özel hukuk ilişkileri çerçevesinde gündeme gelen konular olduğunu hatırlatmak gereklidir. Bu sebeple **AİHS** bakımından Devletin sorumluluğu ön meselesi ortaya çıkmaktadır. Siber/sanal mülkiyete yönelik üçüncü kişilerden kaynaklanan müdahaleler Devletin **P1–1** özelindeki pozitif yükümlülükleriyle ilgili olacaktır. Elbette doğrudan Devletin sorumluluğunu doğuracak nitelikte müdahalelerin gözlemlenebilmesi mümkündür. Nitekim üzerine tescilli alan adlarını kullanmanın yargı kararlarıyla engellendiği hallerde durum böyledir.[1112]

2) Çalışma Hakkı ve Girişim Özgürlüğü Bağlamındaki Gayri Maddi Malvarlığı Değerleri

Ticari işletme, girişim ve ticaret özgürlüğünün merkez unsurları arasında yer almaktadır. Ticari işletme çeşitli unsurlardan oluşur ve malvarlığı değerleri bu unsurların önde gelenleri arasındadır. Aslında yukarıda ele alınan fikri mülkiyet kategorisi de çoğu kez ticari işletme ile organik bir bağa sahiptir. Eser sahipliği hariç çoğu fikri mülkiyet türü, bir

---

1112 *Paeffgen GMBH v. Germany*, App. Nos.25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, Admissibility Decision of 18 September 2007. Bu kararda muhatap Devletin **AİHS** anlamında sorumluluğunun doğup doğmadığı problemi hiç gündeme gelmemiştir. Oysa yine özel hukuk kişileri arasında gerçekleşen ve ulusal yargı yerlerinin kararlarıyla sonuçlanan bir fikri mülkiyet uyuşmazlığına ilişkin *Arallar* davasında (yukarıda "eser sahibinin hakları" başlığına bkz.), başvuruculaların şikayetinin mülkiyet hakkı kapsamına giren kısmı Devletin sorumluluğu doğmadığı gerekçesiyle kabuledilemez ilan edilmişti (*Oğuz Aral, Galip Tekin Aral and İnci Aral v. Turkey*, App. No. 24563/94, Admissibility Decision of 14 January 1998, para.4).

ticari işletmenin malvarlığı değerleri arasında yer almaktadır. Bu saptama, özellikle markalar özelinde daha da geçerlidir.

Bununla birlikte, ticari işletmeye bağlı ve fikri mülkiyet gibi bağımsız bir hukuk disiplininin konusunu oluşturmayan başka malvarlığı değerleri de bulunmaktadır. Aşağıda bu tip malvarlığı değerlerinin **P1–1** açısından mülkiyet hakkı kapsamında olup olmadığı irdelenecektir. Bu irdelemenin önemi şundadır: Bilindiği üzere, mülkiyet hakkı liberal hukuk düzeninde kavramsal olarak yapılaştırıldığı ilk tarihsel evrede, başta gayrimenkuller (toprak mülkiyeti) olmak üzere tarımsal üretim araçları üzerinde bir hak ihdas etmişti. Zira o evrede üretim büyük ölçüde tarımsal idi. Sanayi devrimi ile üretimin yoğunlaşması, ticari hayatın form değiştirmesini sonuçladı. Ticari hayatın gelişmesi, daha önce elzem nitelikte olmayan ticari şirketlerin mülkiyet sahibi olarak ortaya çıkmasına yol açtı. Günümüzde üretim araçlarına çoğunlukla ticari şirketler sahiptir ve bireyler bunlara bağlı olarak çalışmaktadır. Hal böyle olunca, birey ticari aktörler karşısında korumasız duruma düşmüştür.

Charles Reich bu gelişmelerin klasik mülkiyet hakkı anlayışında değişiklik getirmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Reich'a göre, klasik mülkiyetin bireye sağlaması beklenen bağımsızlık, güvenlik ve kendine yeterlik/*self-sufficieny* yeni ekonomik düzende işe yaramamaktadır.[1113] Bu sebeple, yeni ekonomik düzende de bu işlevleri görecek yeni bir mülkiyet anlayışına ihtiyaç bulunmaktadır. Reich, "ihsan/bağışlama (*largess*)" kavramı altında sosyal güvenlik gelirlerini, kamu hizmetlerini, ruhsat/lisans gibi kategorilerin mülkiyet hakkı kapsamında görülmesi ve dolayısıyla ABD Anayasasının korumasından yararlanması gerektiğini iddia etmektedir. Burada ihsanda bulunacak olan Devlettir.[1114]

Reich, görece daha yakın tarihli bir çalışmasında daha da ileri giderek, ABD Anayasasının bireylere belli bir geçim aylığı/*subsistence*, konut hakkı, çocuk bakım desteği hakkı, sağlık sigortası hakkı, emeklilik hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı gibi bir dizi hakkı içerecek şekilde yorumlanmasını önermektedir.[1115]

1113 Reich'in görüşleri ile günümüzde globalleşmeye bağlı olarak insan hakları savunucularının iş ve ticaret dünyasının büyük aktörlerine yönelik talepleri arasındaki paralellik dikkat çekicidir.

1114 Charles A. Reich, "*The New Property*", **Yale Law Journal**, Vol. 73, 1964, sf:733-787. Eleştirel olarak bkz. Michael B. Levy, "*Illiberal Liberalism: The New Property as Strategy*", **Property Law, Vol. 1**, eds. Elizabeth Mensch-Alan Freeman, The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Dartmouth, Aldershot, 1992, sf:184-201.

1115 Charles A. Reich, "*Beyond The New Property: An Ecological Wiev of Due Process*", **Brooklyn Law Journal**, Vol. 56, 1990, sf:731-745. Yazar bu görüşlerini insan ve hayvanların doğal durumlarına bakarak üretmektedir.

UİHH perspektifinden bakıldığında, aslında Reich'in görüşlerinin ve ileri sürdüğü hakların ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisiyle örtüştüğü anlaşılıyor. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisi, tıpkı Reich'in yeni mülkiyet anlayışı altında ileri sürdüğü gibi, sanayi devrimi sonrası palazlanan burjuvaların işçi sınıfını sömürmesi karşısında ortaya çıkmış olup şu an yürürlükte olan UİHH belgeleri Devletlere benzeri yükümlülükler yüklemiştir. Reich ile UİHH arasındaki kavramsal fark, Reich'ın bu hakları mülkiyet hakkı içinde ele alması, UİHH'nin ise bazılarını tek tek bağımsız olarak düzenlemesinden ibarettir. Anlaşılan o ki, Reich, ekonomik ve sosyal hakları, mülkiyet hakkından çıkarsamaya çalışıyor.

Benzer görüşler Avrupa'da da dile getirilmiştir. Örneğin, İkinci Dünya Savaşı sonrası Federal Almanya'da sosyal hukuk pozisyonlarının Alman Anayasası anlamında mülkiyet olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bu görüşler, tıpkı Reich'inkiler gibi, klasik anlamıyla mülkiyetin sanayi toplumundaki yeni üretim ilişkilerinin doğurduğu sorunlarda işlevsiz kalmasından hareket etmektedir. Sanayi toplumundaki klasik mülkiyetin sağladığı güvence, artık sosyal hukuk pozisyonlarıyla sağlanmaktadır. 1971 yılında, Reich'in görüşlerinin yayınlamasından 7 yıl sonra, bir Alman Anayasa Mahkemesi yargıcı, eklediği muhalefet şerhinde söyle yazmaktaydı: "Modern toplumlarda vatandaşların büyük çoğunluğu iktisadi varlıklarını özel mülkiyetten ziyade çalışmalarıyla elde ettikleri gelir ve oluşturdukları dayanışma topluluğunun (sosyal sigortaların) sağladığı güvenlik ile sürdürürler. Bu yüzden rant (maluliyet, yaşlılık ve ölüm) sigortası aylıkları özel gözetim ve güvenliğin yerini almıştır. Sosyal ve iktisadi durum böylesine değiştiğinde mülkiyet vatandaşların varlıkları bakımından artan bir öneme sahip olan, kamu hukuku nitelikli hakları da kapsamına almaktadır."[1116]

Kanımca Reich'ın modeli Strasbourg organları kararlarının ruhsatlar ve sosyal güvenlik konularında ürettikleri içtihadi birikimin düşünsel arka planını açıklamak için uygundur. Nitekim UİHH doktrininde Shermers ve Krause başta olmak üzere, bazı yazarlar bu hususa işaret etmişlerdir.[1117]

1116 Aktaran Ali Nazım Sözer, "*Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (Süper Emeklilikte Son Durum)*", **Çimento İşveren**, Cilt: 3, Sayı: 6, Kasım 1989, sf:3-29, özellikle 8-9.

1117 Schermers, **a.g.m.**, sf: 569. Bkz. Catarina Krause, "*The Right to Property*", **Economic, Social and Cultural Rights**, Second Revised Edition,ed: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf: 191-209, 204-207, özellikle 204 ve dn. 47. Krause Reich'a açıkça atıf yaparken, Schermers herhnagi bir atıf yapmadan aynı görüşleri dile getirmiştir.

a) Goodwill ve Clientele/Patronage (Ticari İtibar ve Müşteri Çevresi/Peştemaliye)

Tam Türkçe karşılığı bulunmayan (Fr. *Fond de commerce*) Anglo-sakson kökenli bu kelime geniş anlamıyla bir ticari işletmenin itibari değerini simgelemektedir. Dar anlamıyla kullanıldığında ise bir ticari işletmeye bağlı müşteri çevresini/peştemaliye (*clientele/patronage*[1118]) ifade etmek için kullanılmaktadır. Strasbourg organları önünde *goodwill* hem geniş hem de dar anlamlarıyla kullanılmaktadır. Hatta denilebilir ki, Strasbourg organları *goodwill*'i bir bütün olarak ele almakta ve unsurlarındaki azalmayı (örneğin müşteri çevresindeki düşüş gibi) ticari işletmenin itibarının azalması niteliğinde görmektedir. Bir piyasa mekanı terimi olan *goodwill* ticari işletmenin ve tacirin/işadamının iş bağlantıları, ün, işletmenin iyi lokasyonu gibi unsurlar üzerinden iş potansiyelini arttırmasını ve rakiplerinden avantajlı konuma geçmesini ifade eder.[1119]

Aslında *goodwill*'in veya unsurların malvarlığı değerinde görülmesi Kıta Avrupası hukukçusu için şaşırtıcıdır. Zira, *goodwill*'in kıta Avrupası hukukunda ticari işletmeden bağımsız olarak devir ile intikale elverişli olmadığı kabul edilmekte ve bir haktan çok fiili durum olduğu gözetilerek malvarlığı değerleri içinde sayılmamaktadır.[1120] Zaten kıta Avrupa-

---

1118 "*Patronage*" dar anlamda müşteri çevresini ifade etmek üzere Anglo-sakson hukukunda kullanılmaktadır (bkz, "*An Inquiry into the Nature of Goodwill*", **Columbia Law Review**, Vol. 53, 1953, sf:660-731, özellikle 664-670. Eserin yazarı belirsizdir. Eser muhtemelen derginin J.D. öğrencisi olan editörlerinden biri tarafından yazılmıştır. Makalenin içinde bulunduğu dergi İÜHF Kütüphanesinde mevcuttur). Bununla birlikte çok yaygın olarak kullanıldığı söylenemez. "*Clientele*" terimi ise Fransızca kökenlidir. "*Clientele*", Anglo-sakson hukukunda kendine "*goodwill*" kavramının bir unsuru olarak yer bulduğu gibi, Strasbourg organları kararlarına da girmiştir. Fransız hukukunda "*clientele*" terimiyle yakın anlamda bir başka terim daha bulunmaktadır: "*achalandage*". Doktrinde bu iki terim arasında bir fark olup olmadığı ve farkın boyutları hususunda tartışma vardır (Bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, sf:23, dn.55; Sermet, **a.g.e.**, sf:14 ve dn. 35). Ancak günümüzde ve Strasbourg yargısında "*clientele*" teriminin kullanıldığını söylemek yerinde olur.

1119 J. Robertson Christie, "*Goodwill in Business*", **Juridical Review**, Vol. 8, 1896, sf:71-81, özellikle 71-72; Bridge, **a.g.e.**, sf: 7 ve dn. 29. Piyasa faktörlerinin goodwill'in oluşumdaki etkisi üzerine ayrıntılı bir analiz için bkz. Floyd A. Wright, "*The Nature and Basis of Legal Goodwill*", **Illinois Law Review**, Vol. 24, 1929-1930, sf:20-43.

1120 Bkz. Ayiter, **Mamelek**, sf:16-17, 99 (müşteri çevresi olarak); Rona Serozan-Hüseyin Hatemi-Aldülkadir Arpacı (Serozan), **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, sf:69; Poroy-Yasaman, **a.g.e.**, sf:40 ve para.64; M. Fatih Arıcı, **Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü**, Beta Yay., İstanbul, Ocak 2003, sf:26-31, özellikle 29-31. Gerekçeleri net olmamakla birlikte aksi fikir için bkz. Hüseyin Ülgen-Ömer Teoman-Mehmet Helvacı-Abuzer Kendigelen-Arslan Kaya-Füsun Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2006, sf:154-155 ve para.468. Eserin bu bölümünü kaleme alan Prof. Dr. Kendigelen'in ifadesi şöyledir: "İşte işletmenin etrafında toplanan ve işletmeye sürekli iş yapma imkanını garantileyen bu müştreri çevresinin, ekonomik anlamda işletmenin değerini etkileyeceği ve olumlu bir

sı hukukçularının kullandığı anlamda goodwill genellikle dar anlamda olup müşteri çevresini/peştemaliyeyi ifade etmektedir. Bağımsız olarak devir imkanı olmadığında, o değerin parayla ölçülmesi güçleşmektedir. Buna karşılık, tartışmalı olmakla birlikte, Anglo-sakson hukukunda *goodwill* bağımsız bir değer taşımakta ve tek başına hukuki işlemlere konu olabilmektedir.[1121] Her halükarda, devir ve intikal unsurunun ekonomik bir değer oluşturma ölçütünün zorunlu unsuru olmadığı yukarıda açığa çıkarıldığı için, Strasbourg organlarının *goodwill*'i mülkiyet hakkı kapsamında görmelerini yadırgamamak gereklidir. Kaldı ki, aşağıda somut içtihat düzleminde görüleceği üzere, Strasbourg organları *goodwill*'i son derece geniş algılayıp tüm unsurları temelinde yığınsal bir değerlendirme yapmaktadır. Bu bağlamda, gelir kaybı, işletme ruhsatları, müşteri çevresi, genel olarak ticari itibar gibi unsurlar her bir uyuşmazlık özelinde bir bütün olarak ele alınarak **P1-1**'in uygulanabilir olup olmadığına karar verilmektedir.

Dikkat çekilmelidir ki, "*goodwill*" kavramına ulusal hukuklar açısından yaklaşan çalışmalarda, bu kavramı ister istemez ticari işletme ve tacir bağlamına indirgeme eğilimi gözlenmektedir.[1122] Oysa kavramın Strasbourg yargısında ele alınış biçimi, böyle bir indirgemeyi haklı çıkarmamaktadır. Öncelikle şunu söylemek gerekir ki, Strasbourg organlarına "*goodwill*" kavramı eksenli yapılan başvuruların çoğunluğunda başvurucular tüzel kişi değil bizzat gerçek kişidir. Üstelik bu başvurularda ortada bir ticari işletme de yoktur, müşteri çevresi ve giderek işin itibarı gerçek kişilerin niteliğinde odaklanmaktadır. Bu gerçek kişilerin tacir olmadığını vurgulayalım. Dolayısıyla, Strasbourg yargısında kullanılan anlamıyla "*goodwill*" son derece geniştir. Nihayet, **P1-1**'de geçen "mamelek" kavramının otonom nitelikte olduğunu da akılda tutmak gerekir.

---

fark yaratacağı, dolayısıyla bir malvarlığı değeri oluşturacağı şüphesizdir. (...) Anılan tüm bu gerekçelerle doktrinde müşteri çevresi de, işletmenin malvarlığına dahil bir unsur olarak kabul edilmiş ve özellikle işletmenin bir bütün olarak devri halinde özel bir koruyucu rejime tabi tutulması gerektiği ileri sürülmüştür."

Öte yandan doktrinde Acemoğlu, **a.g.e.**, sf:82-84'te ve Arıcı, **Ticari İşletmenin Devri**, sf: 82 ve 122'de goodwill'in bir ticari işletmeyle birlikte nasıl devredileceğini somutlaştırarak ele almaktadır.

1121 "*An Inquiry into the Nature of Goodwill*", **Columbia Law Review**, Vol. 53, 1953, sf:660-731, özellikle 668-673; Kenneth J. Vandevelde, "*The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property*", **Buffalo Law Review**, Vol. 29, 1980, sf:325-367, özellikle 335-338; Penner, **a.g.e.**, sf:109 ve dn. 18; Bently-Sherman, **Intellectual Property Law**, sf:725-726, özellikle 726.

1122 Ayiter, **Mamelek**, sf:16-17; Acemoğlu, **a.g.e.**, sf:23-24, 82-84; Poroy-Yasaman, **a.g.e.**, sf:38-40; Ülgen ve diğerleri (Kendigelen), **Ticari İşletme Hukuku**, sf:154-155 ve para.468; Arıcı, **Alacak Hakkı**., sf:30 ve dn.69; "*An Inquiry into the Nature of Goodwill*", **Columbia Law Review**, Vol. 53, 1953, sf:660-731; Floyd A. Wright, **a.g.m.**, sf:20-43; Bently-Sherman, **Intellectual Property Law**, sf:709-724.

aa) Goodwill Olarak Mesleki Unvan ve Buna Bağlı Ayrıcalıklar

İçtihatlara bakıldığında, yukarıda "mamelek" teriminin otonom özelliği genel olarak ele alınırken değinilen 1986 tarihli *Van Marle* davasının bu konudaki öncü kararlar arasında olduğu görülmektedir. Tekrardan kaçınmak için olayı özetlemek gerekirse: Muhasebeci olarak çalışan başvuruculara çıkarılan bir kanun sebebiyle, çalışabilmeleri için sertifika almaları gerekli hale getirilmiştir. Başvuruculara sertifikalı muhasebeci olabilmek için yaptığı başvurular kamusal makamlarca reddedilmiştir (para.10-14). Başvurucular, kamusal makamların kararıyla gelirlerinde ve muhasebeciliklerinin itibari değerinde (*value of goodwill*) azalma olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu davada Mahkeme başvuruculara kendi çalışmalarıyla bir müşteri çevresi/*clientele* oluşturduğunu ve bunun birçok açıdan şahsi/özel/*private* bir hak niteliği taşıdığını ve bir kıymet/değer oluşturduğunu belirterek **P1–1**'in uygulanabilir olduğunu saptamıştır. Mahkeme devamla, başvuruculara sertifikalı muhasebeci olarak tescil edilmemelerinin, bu kişilerin mesleki faaliyetlerini ciddi şekilde etkilediğini ve azalttığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre başvuruculara gelirleri/*income*, müşteri çevrelerinin ve işlerinin değeri (*value of clientele*) düşmüştür.[1123]

Bu karar bakımından üzerinde durulması gereken husus, AİHM'in *goodwill*'in "birçok" açıdan özel bir hak olduğu saptamasıdır. Kararda bu

---

[1123] *Van Marle and others v. Netherlands*, App. Nos.8543/79-8674/79-8675/79 ve 8685/79, Judgment of 26 June 1986, Series A No. 101. Bu noktada üç hususu vurgulamak gerekir. *Birincisi*, AİHM olayda mülkiyet hakkının ihlalini bulgulamamıştır. *İkincisi*, "müşteri çevresinin" mamelek kapsamında olduğu yönündeki tespitin patent hakkı, çoğu durumda olduğu üzere, AİHK'e aittir. Nihai raporunda AİHK bu hususu net olarak ortaya koymuştur. Ancak AİHM'nin tartışmasının daha ayrıntılı olduğunu belirtelim. Bkz. *Van Marle and others v. Netherlands*, Commission Final Report of 8 May 1984, paras.122-123.

Üçüncü olarak, Mahkemenin kararının **P1-1**'in uygulanabilirliği noktasına iki yargıç muhalefet etmiştir. Yargıçlar Mahkemenin olayda **P1-1**'in ihlali iddiası hakkında ulaştığı sonuca katılmakla birlikte, aslında **P1-1**'in olayda uygulanabilir olmadığını ileri sürmüşleridir. Yargıçlara göre, her ne kadar iç hukuk düzenlemeleri başvuruculara mesleki faaliyetlerinde ve gelirlerinde bir azalmaya sebep olmuşsa da, bu durum **P1-1**'deki mülkiyetten barışçıl şekilde yararlanma hakkına bir müdahale teşkil etmez. Muhaliflere göre, başvuruculara iç hukuk değişikliği öncesi kullandıkları "muhasebeci" sıfatı/unvanı **P1–1** anlamında mülkiyet teşkil etmemektedir. "Ticari itibar" ve müşteri çevresindeki düşüş bakımından ise yargıçlar bunların bir kişinin iş hayatının ekonomik değerlerinin unsurlarından ve bu sebeple mülkiyetin/*property* bütünleyici bir parçasını/*integral part* oluşturduğunu kabul etmişlerdir. Ancak muhalif yargıçlar, bu unsurların **P1–1** anlamında mamelek/*possesion* olmadığını düşünmektedirler. Üstelik muhalifler bu unsurların değerinde azalma meydana getiren her iç hukuk işleminin bir müdahale olarak kabul edilmeyeceği kanısındadırlar. Bkz. **Joint Dissenting Opinion of Judges Sir Vincent Evans and Gersing on the Applicability of Article 1 of Protocol No. 1.**

"birçok" açının neler olduğu belirli değildir. Bu açılar arasında akla, yukarıda geliştirilmeye çalışılan ekonomik bir değer oluşturma ölçütünün devir ve intikale elverişlilik unsurları gelmektedir. Ancak Hükümetin savunmasından anlaşıldığına göre, bu hak dava tarihi itibariyle Hollanda iç hukukunda bir malvarlığı değeri olarak tanınmıyordu. Bu sebeple belli ki, devir ve intikale elverişli değildi. Gerçi Mahkeme, bu davadaki yaklaşımıyla **P1–1** için otonom kavramlar doktrinine giden yolu açmıştı. Bu sebeple Hollanda iç hukukunda goodwill'in devir ve intikale elverişli olmaması bir sorun yaratmamış olabilir. Zaten AİHM başvuruculann gelirlerindeki ve müşteri çevrelerindeki mesleki unvanlarının kaybına bağlı azalmayı özellikle vurgulamıştır.

Van Marle davasına benzeyen bir başka başvuru ise *Martinie*'dir. *Martinie* davasında da başvurucu muhasebecidir. Başvurucu, kamu muhasebe görevinin ifası için Fransız hukuku tarafından koşulan gerekler ile hakkında zimmetine çıkarılan borç sonucu mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucuya göre, kamu muhasebesi görevlerine aday kişi için Fransız hukukunda aranan göreve giriş ve yerleştirilmede ödeme, tek yanlı olarak idare tarafından belirlenen ve üstlenilen yönetimlere ya da kefilliğin oluşumuna orantılı olarak muhasebecinin şahsi mülkünden kesilen maddi teminatların ön ödemesi; Devlet Hazinesi tarafından muhasebecinin, eşinin ve miras varlıklarının üzerine 1. dereceden yasal ipotek konulması gibi şartlar **P1-1**'i ihlal etmektedir.

Mahkeme, öncelikle, Sözleşmeci Devletlerin hukuklarını *in abstracto* incelemenin yetkisinde bulunmadığını; fakat davacıyı etkileyen hususun Sözleşmeyi ihlal edip etmediğini araştırmanın, yetkisi kapsamında yer aldığını hatırlatmaktadır. AİHM devamla, başvurucunun, özet olarak bile olsa, ulusal yargı makamları nezdinde **P1-1**'in ihlali iddiasına yol açtığını düşündüğü nedeni ortaya koymadığını gözlemlemektedir. Bu gözlemden hareket eden Mahkeme, başvurucunun iç hukuk yollarının tümünü kullanmadığı ve bu sebeple iddialarının bu kısmının Sözleşme Madde 35 uyarınca iç hukuk yolları tüketilmediği için reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.[1124] Başvuru iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabuledilemez ilan edildiği için, kararda **P1-1**'in uygulanabilirliğine ilişkin bir açılım yer almamaktadır.

Belirli bir mesleğe mensup kişilerin sahip oldukları ayrıcalıkların sonradan kaldırılması çok sayıda başvuruya konu olmuştur. Bunlardan birini 3333 Yunan Gümrük çalışanı açmıştır. Davada şikayet konusu, Yunanistan'ın Avrupa Birliği'ne girmesi sonrası gümrük birliği yüzünden

---

[1124] *Michel Martinie v. France*, App. No.58675/00, Admissibility Decision of 13 January 2004, para.35.

malların Yunan gümrüğüne uğramadan dolaşıma çıkmasının başvuruculaın gelirlerde % 80'lik bir azalma meydana getirmesidir. Başvurucular bu oranın **P1-1**'deki mülkiyet haklarının ihlaline yol açtığını ileri sürmektedirler.

Komisyon, başvurucuların kazanılmış haklarının (*vested rights*) bulunup bulunmadığını incelemekle işe başlamıştır. AİHK'e göre, başvurucular, mesleki ruhsatları iptal edilmediği için mesleklerini uygulamak imkanını kaybetmiş değillerdir. Komisyonun verdiği bilgiye göre, gümrük takipçiliği sabit bir geliri ve iş hacmi belli olmayan bir meslek olup ekonomik hayatın tehlikelerine/risklerine (*hazards*) açıktır. Gümrük sınırlamalarının kalkmış olması gümrükçülerin gelirlerinde azalma meydana getireceği aşikârsa da, bu geleceğe yönelik bir talep olup **P1-1**'in kapsama alanı dışındadır.[1125]

Mesleki unvan ve ulusal hukuk düzleminde bu unvana tanınmış mesleki ayrıcalıklar/imkanlar başka başvurularda da goodwill kapsamında değerlendirilmiştir. *Casotti ve Florio* davasında başvurucular iş danışmanı unvanına sahip iki İtalyan vatandaşıdır. 1994 tarihli bir kanun, iş danışmanlarının vergi mahkemeleri önünde müvekkillerini temsil edebilecekleri dava sayısını azaltmış ve ayrıca daha önceden aranan niteliklere sahip olmayan başka statüdeki kişilere de aynı yetkiyi tanımıştır. Başvurucular kanunla getirilen bu iki yeni düzenlemenin gelirlerini ve goodwillerini azaltacağını ileri sürerek **P1-1**'in ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular *Van Marle* kararını hatırlatmışlardır.

Komisyon, başvurucuların kazanılmış haklarının (*vested rights*) bulunup bulunmadığını incelemekle işe başlamıştır. Komisyonun verdiği bilgiye göre, iş danışmanlığı sabit bir geliri ve iş hacmi belli olmayan bir meslektir. Bu sebeple ekonomik hayatın tehlikelerine/risklerine açıktır. Bu noktaya kadar hemen yukarıdaki paragrafta ele alınan *Yunan Gümrükçüleri* davasını takip eden Komisyon, bu bilgileri vermesine rağmen, bunlara dayanarak karar üretmemiştir. AİHK, bir an için **P1-1**'in uygulanabilir olduğu kabuledilecek olunsa bile, yeni düzenleme getiren kanunun genel yarara uygun olduğunu ve üstelik başvuruculaın gelirleri ile müşteri çevrelerinin (*clientele*) azaldığına dair bir kanıt sunamadıklarını

1125 *Greek Federation of Custom Officers, Nicolaos Gialouris, Georgios Christopoulos and 3333 other Custom Officers v. Greece*, App. No.24581/94, Admissibility Decision of 6 April 1995, **DR Vol. 81-B**, sf:123-129, özellikle 127-128. Aslında benzer bir başvuru daha 1979 yılında Komisyonca sonuçlandırılmıştı. Bir noterin ücret tarifesinde yapılan bir değişiklikle gelirinin % 50 oranında azalmasına yönelik yaptığı başvuru, **P1-1**'in zaman duvarı sebebiyle kabuledilemez bulunmuştu. Davada goodwill ve ilişkili kavramlar gündeme gelmemişti. Bkz. *X. v. Germany*, App. No.8410/78, Admissibility Decision of 13 December 1979, **DR Vol. 18**, sf:216-220, özellikle 219-220.

not ederek başvuruyu açıkça temelsiz ilan etmiştir.[1126] Sonuç olarak Komisyon *Casotti vd.* davasıyla *Yunan Gümrükçüleri* davasını birbirinden ayırmış gibi gözükmektedir.

1999 tarihli *Olbertz* kararına konu olan olay da bu minvaldedir. Muhasebeci (chartered accountant) olarak çalışan başvurucu iki Almanya'nın birleşmesinden önce Demokratik Alman Cumhuriyetinde vergi danışmanlığı icra etme iznini almıştı. İki Almanya birleştikten sonra yürürlüğe giren yeni kanuni düzenlemeler uyarınca başvurucunun bu imtiyazı kaldırıldı. Başvurucu imtiyazın kaldırılması kararına karşı ulusal hukuk düzeninde yaptığı girişimlerden bir sonuç alamayınca, dava AİHM önüne gelmiştir. Başvurucuya göre, vergi danışmanlığı yapma yetkisinden mahrum bırakılması **P1–1** anlamında mülkiyet hakkını ihlal etmektedir. Başvurucu bu bağlamda Demokratik Alman Cumhuriyetinden aldığı vergi danışmanlığı yetkisinin hukuka uygun ve kalıcı nitelikte olduğunu vurgulamıştır. Yetkisinin kaldırılması, iyi niyetli olan başvurucunun bütün ekonomik hayatını sona erdirecektir.

AİHM incelemesine başvurucunun bu iddialarının **P1-1**'deki mülkiyet hakkının kapsamına girip girmediğini belirlemekle başlamıştır. Mahkemeye göre, başvurucu vergi danışmanlığı şirketi kurmakla ve bunu başarılı şekilde işletmekle bir müşteri çevresi (*clientele*) oluşturmuştur. AİHM, müşteri çevresinin birçok açıdan şahsi/özel/*private* bir hak niteliği taşıdığını ve bir kıymet/değer oluşturduğunu belirterek **P1–1**'in uygulanabilir olduğunu saptamıştır. **P1–1** anlamında bir malvarlığı değerinin mevcudiyetini ortaya koyduktan sonra Mahkeme, vergi danışmanlığına yönelik işletmesinin kapanması anlamına gelen imtiyaz iptalinin başvurucunun gelirinde ve ticari itibarında/*goodwill* azalma meydana getirdiği açık olduğu için mülkiyet hakkına müdahalede bulunulduğu değerlendirmesini yapmıştır.[1127]

Döring davası da, tıpkı iki *Olbertz* davası gibi iki Almanya'nın birleşmesinin başvurucunun mesleki itibar (*goodwill*) ve gelirindeki düşüşe ilişkindir. Başvurucu Peter Döring, Demokratik Alman Cumhuriyetinde bölge ceza mahkemesinin başkanı olarak uzun yıllar yargıç statüsünde hizmet verdikten sonra baroya avukat olarak kaydolmuştur. İki Almanya birleştikten sonra yapılan araştırmalar neticesinde idari makamlar, yargıçlık yaptığı dönemde insanlığa ve hukuk devletine aykırı olarak taraflı kararlar verdiği gerekçesiyle başvurucunun kaydını barodan silmiş-

---

1126 *Casotti, Florio and the Consiglio Nazionale DEll' Ordine Dei Consulenti Del Lavoro v. Italy*, App. No.24877/94, Admissibility Decision of 16 October 1996.

1127 *Olbertz v. Germany*, App. No.37592/97, Admissibility Decision of 25 May 1999, para.1 (The Law).

tir. Her ne kadar hakkındaki bu iddialardan kısa sürede beraat ederek kurtulduysa da kaydının barodan silinmesine ilişkin olarak yaptığı itirazlar reddedilmiştir. AİHM önüne giden davada başvurucu barodan kaydının silinmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme başvurucun iddiaları karşısında *Olbertz* davasındaki kararını tekrarlamaktadır: Avukatlık mesleğini başarılı olarak icra etmekle bir müşteri/müvekkil çevresi (*clientele*) oluşturmuştur. Müşteri çevresi de **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamında olduğuna göre **P1–1**'in uygulanabilir olduğu sonucuna varılmalıdır. Başvurucunun barodan kaydının silinmesi başvurucunun gelirinde ve müşteri çevresinde azalma meydana getirdiği için mülkiyet hakkına müdahalede bulunulduğu açıktır.[1128]

Wendenburg ve diğerleri başvurusuna konu olan olayda başvuruculaın Alman temyiz mahkemeleri huzuruna inhisari çıkma hakları/yetkilerinin (*Singularzulassung*) Alman Anayasa Mahkemenin bir kararıyla yürürlükten kaldırılmış olmasının yıllık gelirlerinde çok büyük ölçüde azalmaya sebep olacağını ileri sürmüşlerdir. Zira sahip oldukları ayrıcalık yıllık gelirlerinin yaklaşık % 90'nına denk gelmektedir. Başvuruculara göre, Alman Anayasa Mahkemesinin kararıyla ve bu karara uygun olarak yapılan yasal düzenlemelerle ortaya çıkan durum kendilerinin mülkiyet haklarının yanı sıra aile yaşamına saygı hakkını da ihlal etmektedir.[1129]

Başvurucular geçinme imkanlarından yoksun bırakılmalarını mülkiyet hakkının kapsamına girdiğini düşünmektedir. Hükümet ise başvuruculaın **P1–1** anlamında bir müşteri çevreleri olmadığı savunmasını yapmıştır. Hükümete göre, müşteri çevresinin **P1–1** kapsamına girmesi için, bunun başvuruculaın kendi çabalarıyla oluşturulması gereklidir; kanuni bir imtiyaza dayanarak değil. AİHM Hükümetin bu argümanına itibar etmemiştir. Mahkemeye göre, eğer bu imtiyaz gelir elde etmek üzere meş-

---

1128 *Döring v. Germany*, App. No.37595/97, Admissibility Decision of 9 November 1999, para.1 (The Law)

1129 Burada başvuruculaın ihlal edildiğini ileri sürdükleri diğer haklar zikredilmeyecektir. Bkz. *Wendenburg and others v. Germany*, App. No.71630/01, Admissibility Decision of 6 February 2003, (Complaints). Başvuruculaın AİHM önündeki avukatının Wolfgang Peukert olduğu not edilmelidir. Peukert uzun yıllar Komisyon üyeliği (öncesinde de Komisyonun Yazı İşleri Müdürlüğünde çalışmıştı) yapmıştı. Peukert ayrıca, **P1–1** mülkiyet hakkı üzerine doktrindeki ilk çalışmalardan birini hazırlamıştı. Ve bu eserde Peukert AİHK'nun *goodwill*'e ilişkin içtihadını ele almıştı. Gerçi Peukert konuya eğildiğinde dava henüz görülmekteydi ve kendisi "*goodwill*" terimini kullanmamıştı (bkz. Peukert, "*Protection of Ownership Under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **HRLJ**, Vol.2, Parts:1-2, October 1981, sf:37-78, 51).

ru bir beklenti seviyesine varıyorsa **P1–1** (Mahkeme, genel olarak Sözleşme diyor) uygulanabilir niteliktedir.[1130]

Buzescu davasında başvurucu, bir avukat olarak, daha önceden kayıtlı olduğu Romanya Devletindeki bir barodan kaydını New York'ta avukatlık yapmak için sildirmiştir. Yıllar sonra tekar Romanya'daki baroya kayıt olmuştur. Yıllar sonra Romanya Barolar Birliği başvurunun kayıt işlemini ve kendisine avukatlık yetkisi veren bir dizi işlemi geçersiz addetmiştir. Başvurucu, Barolar Birliğinin tasarrufunun ve bu tasarrufu yerinde bulan ulusal mahkeme kararlarının müvekkil çevresinin oluşturduğu malvarlığı değerini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Başvurucuya göre, kendisi New York'ta avukatlık yaparken Romanya'da yatırım yapan çok uluslu yatırımcıların vekilliğini yapmıştır. Hükümet başvurucunun şahsi bir bürosu olmamasını ve avukatlığı uzun süredir yapmamasına dayanarak *goodwill* oluşmadığı savunmasını yapmıştır. AİHM başvrucu tarafından sunulan bazı belgelere dayarak başvurucunun beş-altı yıllık dönemde hatırı sayılır bir *goodwill* oluşturduğunu kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca, başvurucunun bürosunun olmamasının belirleyici bir faktör olmadığının altını çizmiştir. Mahkemeye göre, sahip olduğu müvekkil çevresinden "yararlanabilmesi (*exploit*)" için başvurucunun bir Rumen avukat olarak tüm hukuki hizmetleri sunması gereklidir. Dolayısıyla başvurunun **P1–1** anlamında bir malvarlığı bulunduğu kabul edilebilir.[1131]

Lederer v. Almanya davasında da, başvurucu avukatlık yapmasına izin verilmeyen hukuk öğretim üyesidir. Mahkeme tıpkı yukarıda ele alınan davalarda olduğu gibi, **P1-1**'in avukatların müşteri/müvekkil çevresine uygulanabilir nitelik arz ettiğini ve başvurucunun böyle bir müvekkil çevresine sahip olduğunu belirlemiştir.[1132]

Görüldüğü üzere, hem kamu hizmeti gören hem de görmeyen serbest meslek erbabının ticari/mesleki itibarı ve müşteri çevresi **AİHS** mülkiyet hakkı kapsamına girmektedir.[1133] Bu açıdan *goodwill*'in Strasbourg yar-

---

1130 *Wendenburg and others v. Germany*, App. No.71630/01, Admissibility Decision of 6 February 2003, para.1 (The Law).

1131 *Buzescu v. Romania*, App. No.61302/00, Judgment of 24 May 2005, paras.82-83. Ayrıca bkz. Elisabet Fura-Sandström, "*Business and Human Rights – Who Cares?*", **Human Rights – Strasbourg Views, Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Lucius Caflish-Johan Callewaert-Roderick Liddell-Paul Mahoney, Mark Villiger, N.P. Engel Publisher, 2007, Germany, sf:159-176, 168-169.

1132 *Lederer v. Germany*, App. No.6213/03, Admissibility Decision of 22 May 2006, para.1 (The Law).

1133 Bazı davalarda AİHM serbest meslek erbabının ticari/mesleki itibarı ve müşteri çevresinin, yani geniş anlamda *goodwill*'in mülkiyet hakkı kapsamına girdiğine, sırf adil yargılanma hakkının uygulanabilir olup olmadığını tartışırken yer vermektedir. Örneğin bkz. *H. v. Belgium*, App. No.8950/80, Case No.1/1986/99/147, Judgment of 30 November 1987, Series A 127, para.47 (b). Bu davada başvurucu barodan atılan bir avukattır.

gında kavranışının ulusal ticaret hukuklarından oldukça geniş ve farklı nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Mesleki unvanla *goodwill*'i kesiştiren bu davalarda başvuruculaın tacir olması ve başvurunun konusunun da ticari işletmeyle bağlantılı olması zorunlu değildir. Şu da eklenmelidir ki, *goodwill* olarak mesleki unvan ve buna bağlı ayrıcalıklara ilişkin burada ele alınan kararlardan sadece *Buzescu* davasında ihlal sonucuna varılmıştır. Bu durum, goodwill olarak mesleki unvan ve buna bağlı ayrıcalıkların Strasbourg organlarının **P1–1** yargısı özelinde ikinci planda kaldığını göstermektedir. Zaten ihlal bulunan *Buzescu* davasında şikayet konusu, unvana bağlı ayrıcalıklar değil, unvanın kendisiydi. Dolayısıyla *Buzescu* davası ile diğerlerini birbirinden ayırmak gereklidir.

P1–1 zaman duvarı sebebiyle hiç elde edilmemiş bir unvanı/vasfı ve buna bağlı yetkiyi kapsamamaktadır. Nitekim, erken dönem bir vakada Komisyon bu hususu netleştirmişti. AİHK, Yunanistanda yaşayan ve bir Türk üniversitesinden aldığı diplomanın Yunan makamlarınca tanınması üzerine eczacılık yapmak yetkisi verilen başvurucuya eczane açma ruhsatı verilmemesini konu bakımından **P1-1**'in kapsamı dışında görmüştür.[1134] Daha yakın tarihli, bir cerrahın plastik cerrahi uzmanlığı için yaptığı başvuruların reddedilmesi sonucunda açılan bir davada ise, bu kez AİHM **P1-1**'in uygulanabilir olmadığına karar vermiştir. Başvuru sahibi, cerrahlık mesleğini icra etmektedir ve yetkili Tabipler Birliği İl Kurulu'na rekonstrüktif plastik cerrahi ve estetikte yetkili doktor sıfatını elde etme amacıyla istemde bulunmuştur. Talepleri yetkili makamlarca reddedilmiştir. Başvuru sahibi, kendisine karşı verilen unvan reddi kararının, rekonstrüktif plastik cerrahi ve estetikte yetkin olan bir cerrahın hizmetlerine ihtiyaç duyan hastaların işbu halde listeleri elinde bulunduran Tabipler Birliği'ne başvurmaları nedeniyle, kendisini ister istemez kârdan yoksun bıraktığını ileri sürmektedir. Başvuru sahibi, **AİHS**'in 8. Maddesi ile **P1-1**'in uygulanmasını talep etmektedir.

Mahkeme, başvurucunun maruz kalmış olduğu kardan yoksun kalmayla ilgili ayrıntılı bilgiyi rakamlarla vermemesine ve başvuru formunda yalnızca rekonstrüktif plastik cerrahi ve estetik mesleğini ifa ettiğini belirtmesine rağmen; unvan reddi kararının, mesleği üzerinde etkileri olduğuna kanaat getirmektedir. Mahkeme devamla, ne Sözleşmenin 8. Maddesinin ne de **P1-1**'in muhtemel veya gelecekteki kazançları temin ettiğini hatırlatmaktadır. Ulusal makamların ulusal mevzuatı değerlendirlerken takdirlerinde bir keyfilik gözlemediği için Mahkeme, başvuruyu Madde 35 anlamında açıkça temelsizlik gerekçesiyle kabuledilemez

---

1134 *Nurioğlu v. Greece*, App. No. 18545/91, Admissibility Decision of 17 May 1995, para. 3 (The Law). Açıkçası, bu kararın birçok açıdan yerinde olmadığını düşünmek için oldukça kuvvetli gerekçelerin bulunduğunu söylemek gereklidir.

bulmuştur.[1135] Dolayısıyla mesleki bir unvan ya da niteliğe hak, **AİHS** anlamında mülkiyet hakkı tarafından korunmamaktadır.[1136] Zaten doktrinde de işaret edildiği üzere[1137], belirli bir mesleği icra etmek sosyal bir hak olup çalışma hakkı kapsamında mütalaa edilebilecek niteliktedir ve bu yönüyle mesleki unvan ve buna bağlı ayrıcalıklar ile işletme ruhsatlarından farklı bir kategoriye denk düşmektedir.[1138]

Gerçi, tek bir davada AİHK'nun farklı bir açılıma cevaz verebilecek bir değerlendirmesi mevuttur. *Ziegler* davasında başvurucu daha önceden de yapmış olduğu özel istihdam bürosu mesleğine (*profession of employment agent*) tekrar başlamak istemiş ve bunun için yetkili makamdan ruhsat/izin talebinde bulunmuştur. Yetkili makamlar bu izni vermemişlerdir. Başvurucu AİHK önünde, diğerlerinin yanı sıra, mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon bu iddiayı ele alırken, bir an için ruhsat talebinin reddedilmesinin (*denial of licence*) **P1-1**'i gündeme getirebileceğini varsaymakla birlikte, **P1-1/2** anlamında kontrol niteliğinde olan bu müdalenin ölçüsüz olmadığına karar vererek şikayeti açıkça temelsiz olarak değerlendirmiştir. Komisyona göre, başvurucuya istihdam bürosu açma ruhsatı verilmemesi, iş arayanların sosyal haklarının istismarcılara karşı korunması meşru amacını (genel yarar) gütmektedir.[1139]

1135 *Jean Bauquel v. France*, App. No.71120/01, Admissibility Decison of 3 February 2003, para.3 (The Law).

1136 Doktrinde *Bauquel* davasını değerlendiren Allen'e göre, Mahkemenin bu davadaki yaklaşımı iki şekilde açıklanabilir. Yazarın, **Human Rights Act**, sf:77'deki orijinal ifadesi şöyledir: "This could be explanied by saying either that P1(1) only protects rights of property rather than right to property, and hence refusal of a licence to someone who has never had one lies outside P1(1), or by saying that a professional licence by itself is not protected by P1(1)."

Kanımca Allen'ın alıntılanan yorumu yerinde değildir. Zira yazarın iki farklı açıklama olarak gördüğü ve (or) bağlacıyla ayırdığı iki durum, işbu Çalışmanın metninden anlaşılacağı üzere, tamamıyla aynı şeydir. Allen'ın ikinci açıklama olarak gördüğü meslek ruhsatının **P1-1** dışında kalması durumu, aslında zaman duvarı yüzündendir, ki bu da Allen'ın birinci açıklama önerisini teşkil ediyor. Yani "mesleki ruhsata hak" bir mülkiyet edinme talebidir ve zaman duvarı sebebiyle **P1-1** kapsamı dışındadır.

1137 Den Broek, **a.g.m.**, sf: 71-72; Çoban, **a.g.e.**, sf: 155.

1138 Ancak bu noktada medeni/siyasi haklar ile ekonomik/sosyal hakların bütünselliği ilkesinin etkisiyle somut olayın özelliklerine göre farklı mülahazaları gözden uzak tutmamak gerekir (bkz. ve krş. *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, App. Nos. 55480/00 and 59330/00, Judgment of 27 October 2004, paras. 47).

1139 *Ziegler v. Austria*, App. No.18882/91, Admissibility Decision of 17 January 1996, para.3 (The Law). Komisyonun orijinal ifadesi şöyledir: "Even assuming that the applicant can invoke a property right the denial of a licence must be considered as a measure of control within the meaning of para. 2. This measure was based on Austrian law which was enacted inter alia with the purpose of protecting the social rights of employment seekers against abuses. The law and its implementation in the applicant's case thus served the general interest and there is nothing to show that the measure in question, i.e. the denial of a licence was unjustified in the circumstances of the case or disproportionate to the aims pursued."

Ziegler davasında Komisyon hiç elde edilmemiş ruhsatların/izinlerin **P1–1** kapsamında görülebilmesini teorik olarak engellememişse de, bu dava son derece istisnaidir. Benzer yönde bir başka karar, bildiğimiz kadarıyla bulunmamaktadır. Üstelik hemen yukarıda ele alman daha yakın tarihli ve AİHM tarafından üretilmiş kararlar dikkate alındığında, *Ziegler* davasının **P1–1** pratiğinin yeni eğilimlerini temsil ettiğini söylemek iyice güçleşir. Muhtemelen Komisyon, başvurucu daha önceden aynı işi yaptığı için uyuşmazlığa konu ruhsat başvurusunu, eski ruhsatın devamı gibi algılamış olabilir. Olayda yeni ruhsat talebinin reddi için belirgin gerekçeler mevcut olduğundan, hiç uğraşmadan sınırlama klozunu devreye sokarak şikayeti reddetmiştir. Yine de Komisyondan daha açık bir muhakeme beklenirdi.

bb) Ticari İşletme ve Goodwill

Bir üst başlıkta bir ticari işletmeyle zorunlu bağlantısı olmayan mesleki unvanların *goodwill* olarak **P1-1**'in kapsamına girdiği görülmüştü. Bu hiç mutat olmayan bir *goodwill* uygulamasıdır. Hele kamu hizmeti yapan avukatlık gibi meslekler için dahi *goodwill*'in geçerli olması, oldukça yenilikçi bir yaklaşımdır.

Şimdi, *goodwill*'i klasik anlamıyla ele alan kararlara değinilecektir.

aaa) Goodwill Olarak Ruhsatlar ve İzinler

Bir ticari faaliyetin görülmesinde ruhsatlar (lisanslar) son derece önemlidir. Bu ruhsatlar elde edilmeden o ticari faaliyet yasal olarak yapılamaz. Dolayısıyla bir ticari işletme bu ruhsatlara bağlı olarak belli bir müşteri çevresi edinir ve ticari itibar kazanır. Bu tip ruhsatlar ticari işletmenin malvarlığı değerleri arasındadır. Bu sebeple ruhsatlar **AİHS** mülkiyet hakkı kapsamına girerler.

Strasbourg organları önüne ruhsatlarla ilgili birçok başvuru gelmiştir. Bunlardan öncü nitelikte olan *Batelaan ve Huiges v. Hollanda* davasında başvurucular ilaç satma ruhsatı sahibi doktorlardır. Çalıştıkları bölgede ilaç satacak eczane (*chemist*) olmadığı için yetkili kamu makamı tarafından kendilerine bu yetki verilmiştir. Yıllar sonra çalıştıkları bölgede eczane açılır ve yetkili kamu makamı ilaç satma ruhsatlarını iptal eder. Başvurucular iç hukuk yollarından bir sonuç elde edemezler ve uyuşmazlık Komisyon önüne gelir.[1140]

Başvucular Komisyon önünde ticari işletmelerinin itibari değeri (*goodwill*) ile önceden sahip oldukları ruhsata bağlı kazanç elde etme umut-

---

[1140] *Batelaan and Huiges v. Netherlands*, App. No.10438/83, Admissibility Decision of 3 October 1984, **DR Vol. 41**, sf:170-173.

larını birarada ileri sürmüşlerdir Komisyon öncelikle ruhsatın kendisi ile *goodwill*'i birbirinden ayırarak inceleme yapmaktadır. Komisyona göre, başvuruculaların ruhsat temelinde gelecekteki kazanç umuduna yönelik talepleri zaman duvarına çarparak yok olur ve fakat *goodwill*'e yönelik talepler kâr elde etme umudundan ayrılabilir. Zira, AİHK ruhsatların çeşitli koşullara bağlı olduğunu belirtmektedir. AİHK'e göre, ruhsatın verilmesini sağlayan koşullar artık mevcut değilse, ruhsat iptal edilebilir. Ve bu durumda zaman duvarı sebebiyle ruhsat sahibinin **P1–1** anlamında bir mülkiyet hakkı veya meşru beklentisi bulunmaz.

Başvuruculaların *goodwill*'e yönelik iddialarını incelemeye geçen Komisyon, bir meslek pratiğinde mündemiç *goodwill*'in belirli koşullarda o pratiğin kıymet takdirinin (*valuation*) bir unsurunu oluşturabileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte AİHK ruhsat temelinde görülen hizmetlerin sağlanmasından kaynaklan *goodwill* ile tıp pratiğinden kaynaklanan *goodwill*'i birbirinden ayırmıştır. Zira ruhsattan kaynaklanan *goodwill*, tıp mesleğinin uygulanmasıyla bağlantılı değildir. Ruhsat, ilaç satmaya ilişkindir. Sonuç olarak Komisyon, başvuruculaların iddiaları bakımından **P1-1**'in uygulanabilir olmadığı kararına varmıştır.[1141]

Batelaan ve Huiges davası aslında *goodwill*-mülkiyet hakkı ilişkisi açısından çok boyutluluk arz etmektedir. Bir yandan yukarıda ele alınan goodwill olarak mesleki unvan meselesi, diğer yandan goodwill ile ruhsatların ayrılması meselesi gibi önemli unsurlar içermektedir. Bu sebeple bu dava goodwill olarak unvan başlığı altında da ele alınabilirdi. Zaten bu davada bir ticari işletme söz konusu değildir. Buna rağmen, davanın burada ele alınması daha uygundur. Zira *Batelaan ve Huiges v. Hollanda* davası ile *Van Marle* davası, ilk görünüşün aksine birbirine benzememektedir. *Van Marle* davasında başvurucular mesleki unvanlarını kaybetmişlerdi. Oysa *Batelaan ve Huiges* davasında başvucular mesleki unvanlarını değil, sadece ilaç satma ruhsatlarını kaybetmişlerdir. Meslekle zorunlulukla bağlantılı olmayan *goodwill* veya ruhsat, mülkiyet hakkının kapsamı dışındadır. AİHK'in bu yaklaşımı 2000'li yıllarda AİHM tarafından benimsenecektir.[1142]

1984 tarihli *Pudas* kararı bir ticari faaliyetin yürütülmesine yönelik ruhsatların/izinlerin **P1–1** kapsamında görülüp görülemeyeceğine ilişkin öncü kararlardan biridir. Başvurucu taksi sahibidir ve taksi işletmecili-

---

1141 *Batelaan and Huiges v. Netherlands*, Admissibility Decision of 3 October 1984, **DR Vol. 41**, sf:173.

1142 Doktrinde Pellonpaa, *Batelaan ve Huiges* kararını eleştirmekte ve uluslararası tahkim pratiğinde böyle bir ayrımın bulunmadığına işaret etmektedir (bkz. Matti Pellonpaa, **The Commission's Case-Law on Article 1 of Protocol No. 1**, sf: 167 ve dn. 15).

ği yapmaktadır. Başvurucu hem trafiğe çıkış ruhsatı hem de şehirlerarası yolda belirli bir güzargahta yük ve eşya taşıma ruhsatı almış ve bunlara dayanarak çalışmaya başlamıştır. Yaklaşık bir yıl sonra, yetkili kamu makamları şehirlerarası yolda yük ve eşya taşıma amacıyla kurulan bir şirkete ruhsat vermiş ve başvurucunun iznini iptal etmiştir.[1143]

Şikayet önüne geldiğinde AİHK ruhsatları **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından ikiye ayırmıştır. Komisyona göre, şehirlerarası yolda belirli bir güzargahta yük ve eşya taşıma ruhsatının/izninin bir başına **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girmediğine karar vermiştir.[1144] Bu noktada yukarıda kıymetli evrak bölümünde zikredilen sürücü ehliyetine ilişkin başvuruyu hatırlamak gerekir.[1145]

Komisyona göre, ruhsat, ancak bir ticari işletmenin işletilmesiyle alakalı olduğu ölçüde **P1-1**'i uygulanabilir kılmaktadır. Ancak bu bağlantı da tek başına yeterli değildir. Ruhsatın yenilenmesi, ulusal hukuklarda çeşitli koşullara tabi tutulduğu için başvurucunun bunun için makul ve meşru bir beklentisi olması gereklidir. Ulusal hukukça aranan koşulların yerine getirilmediği hallerde kişinin ruhsata yönelik bir meşru beklentisi bulunamaz. AİHK'e göre, olayda başvurucunun ruhsatın devamında bir meşru beklentisi bulunmamaktadır; dolayısıyla, **P1–1** uygulanabilir değildir.[1146]

Taksi şoförlüğü ruhsatıyla ve ruhsatın yenilenmesine ilişkin koşulların mülkiyet hakkına uygun olup olmadığıyla ilgili olarak dikkate değer bir diğer dava da İzlandaya karşı açılmıştır. 40 yıldır taksi şöförlüğü yapan başvurucunun lisansı yürürlüğe giren yeni mevzuatın öngördüğü yaş koşulu nedeniyle iptal edilmiş ve başvurucu işsiz kalmıştır. Ulusal girişimlerden sonuç alamayan başvurucu AİHK önünde de umduğunu bulamamıştır. Komisyona göre, 40 yıldır ruhsatlı olarak taksi şöförlüğü

1143 *Pudas v. Sweden*, App. No.10426/83, Admissibility Decision of 5 December 1984, **DR Vol. 40**, sf:234-242.

1144 "The Commission is of the opinion that the licence to operate interurban route traffic could not as such be regarded as a 'possesion' within the meaning of Article 1 of the First Protocol." *Pudas v. Sweden*, sf:241.

1145 *X. v. Germany*, App. No.9177/80, Admissibility Decision of 6 October 1981, **DR Vol. 26**, sf:258. Ayrıca bkz. ve krş. Reich, **New Property**, sf:741-742; Den Broek, **a.g.m.**, sf: 69.

1146 *Pudas v. Sweden*, sf:241. Yakın tarihli *Dimos* davası da *Pudas* gibi taşımacılık ruhsatıyla ilişkilidir. Başvurucu kardeşiyle birlikte Atina'da şehir içi otobüs hattına sahip iken bu yetkisinin elinden alınmasını **P1-1** özelinde şikayet etmiştir. Başvurunun burada bizi ilgilendiren otobüs hattı işletmeciliğinden yoksun bırakılmaya dair kısmı, altı aylık hak düşümü süresi sebebiyle kabuledilemez ilan edilmiştir. Başvurunun kamu hizmetine girme hakkı içerikli diğer kısmı da, bu hak **P1-1** tarafından korunmadığı için *ratione materiae* kabuledilemezlik sonucuna bağlanmıştır. Bkz. *Georgios Dimos v. Greece*, App. No.76710/01, Admissibility Decision of 8 January 2004.

yapan başvurucunun, yaşından bağımsız olarak faaliyetlerinin devamını sağlamak yönünde bir meşru beklentisi bulunmaktadır. Ancak AİHK yaş bakımından getirilen sınırlamanın ve çalışma alanının dışında kalan bölgeler için benzer bir yaş sınırlaması getirilmemiş olmasının, hizmet kalitesi ve trafik güvenliği amaçları bakımından meşru olduğu kanaatindedir.[1147] Bu davada ruhsatın yenilenmesi için aranan koşulun **P1-1**'e uygunluğu denetlendiği için Komisyonun ileriye doğru bir adım attığı söylenebilir. Önceki kararlarda ulusal mevzuatça arana koşullara uyulmaması **P1-1**'i uygulanamaz kılmakta iken, burada koşula uyulmamasına rağmen **P1-1**'i uygulanabilir kılınmıştır. Ancak nihayetinde söz konusu koşula aykırılık mülkiyet hakkı ihlalinin açıkça temelsiz olduğu sonucuna götürmüştür.

Pudas'tan bir yıl sonra, 1985'te *Batelaan ve Huiges* davası ile benzer nitelikteki bir başka dava Almanya'ya karşı açılmıştır. Bu davada başvurucu doktor olup sosyal güvenlik sağlık sigortası çerçevesinde hastalarını tedavi etme ve reçete yazma yetkisine sahiptir. Yaklaşık 10 yıl sonra bu yetkisi kamu makamları tarafından sosyal güvenlik fonlarının korunması amacıyla elinden alınmıştır. İç hukuk yollarından bir sonuç alamayan başvurucu AİHK'e başvrurarak mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon sosyal güvenlik sağlık sigortası çerçevesinde hastalarını tedavi etme ve reçete yazma yetkisiyle belirli ekonomik faaliyet yürütülmesi için izin verilmesini **P1–1** açısından birbirinden ayırmıştır. AİHK'e göre, sosyal güvenlik sağlık sigortası çerçevesinde hastalarını tedavi etme ve reçete yazma yetkisi, **P1–1** anlamında malvarlığı kapsamında sayılamaz. Diğer yandan, belirli ekonomik faaliyet yürütülmesi için sahip olunan izin, eğer mülkiyet hakkına makul ve meşru bir beklenti sağlıyorsa, **P1–1** çerçevesinde korunabilir. Ruhsatın devamı ve yenilenmesi, ulusal hukuklarda çeşitli koşullara tabi tutulduğu için başvurucunun ruhsatın yenilenmesi noktasında makul ve meşru bir beklentisi olması gereklidir. Bu beklenti ulusal hukukça aranan koşulların yerine getirilmesine bağlıdır. AİHK'e göre, olayda başvurucunun izni meşru bir amaçla ulusal hukuk temelinde iptal edilmiştir. Dolayısıyla, mülkiyet hakkını etkileyen bir müdahaleden bahsedilemez; başvuru **P1–1**'in kapsamı dışında olup konu bakımından yetkisizlik temelinde reddedilmelidir.[1148] *Batelaan ve Huiges* davası ile ilgili olarak yukarıda söylenenler, büyük ölçüde bu dava için de geçerlidir.

1147 *Magnus Gunnar Gudmundsson v. Iceland*, App. No. 23285/94, Admissibility Decision of 17 January 1996. AİHK bu sonuca varmasında, koşulun başvurucu 75 yaşına gelene kadar kendisine uygulanmamış olması (mevuat çıktıktan sonra 3 yıl) da rol oynamıştır.

1148 *M. v. Germany*, App. No.10748/84, Admissibility Decision of 7 October 1985, **DR Vol. 44**, sf:203-207, özellikle 206-207.

Bir ticari faaliyetin görülmesinde ruhsatın önemini gösteren ilk dava *Tre Traktörer* davasıdır. Bu davada başvurucu limited şirkettir ve bir lokantanın işletmesini devralmıştır. Şirket lokantada bira, şarap ve diğer tür alkollü içki satmak için gerekli ruhsata, lokantayı devraldığı gün sahip olmuştur. Daha sonra başvurucu şirketin vergi durumu güven vermediği için içki ruhsatının geri alınabileceği hususunda yetkili kamu makamı tarafından bir uyarı alır. Nihayetinde, lokanta düzgün işletilmediği gerekçesiyle başvurucu şirketin alkollü içki satma ruhsatı iptal edilir.[1149]

Başvurucu AİHM önünde alkollü içki satma ruhsatının **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet ise **P1-1**'in uygulanabilirliği olmadığı kanısındadır. Hükümet özellikle ruhsatın ulusal hukuka göre devir ve intikale elverişli olmamasına gönderme yapmaktadır. AİHM söz konusu ruhsatın **P1-1**'in kapsamında olduğu düşüncesindedir. Mahkemeye göre, ruhsatın iptali şirket tarafından işletilen lokantının değerinde ve ticari itibarında (*value and goodwill*) olumsuz etki doğurmaktadır. AİHM devamla, lokantanın işletilmesiyle bağlantılı ekonomik yararların mülkiyet hakkı içerisinde değerlendirileceği hükmüne varmıştır. Ruhsatın iptali bu ekonomik yararlara ve giderek mülkiyete müdahale oluşturur.[1150]

Bir ticari işletmenin ruhsata bağlı olarak *goodwill*'ini gösteren diğer başvuru *Fredin* davasıdır. Başvurucular mülkiyeti kendilerine ait bir arazi üzerindeki madenin işletme ruhsatına sahipken bu ruhsat ve giderek madenin işletilmesi izni yetkili kamu makamı tarafından geri alınmıştır. Başvurucular ruhsatın ve iznin iptalinin mülkiyet haklarının ihlali olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM madenin ruhsata ve izne bağlı olarak işletilmesindeki ekonomik çıkarların mülkiyet hakkı kapsamında kaldığını, Hükümetin de bir itirazı olmadığı için, tartışmaksızın kabul etmiştir.[1151] Ancak AİHM *goodwill* terimini kullanmamıştır. Yine de *Tre Traktörer* davasına atıf yaptığı için bu durum bir farklılık yaratmıyor.

Benzer ilginç bir başvuru da *Zacher* davasıdır. Bu davada başvurucu çiftçi olup sahip olduğu toprakta mandıracılık yapmaktadır. Borcundan ötürü arazisi cebri icra yoluyla satılmıştır. Bunun üzerine yetkili makamlar, başvurucunun ürettiği süt kotasını azaltmışlardır; zira ulusal hukuk ve AB hukuku uyarınca süt kotası mandıracılık faaliyetinin yürütüldüğü

1149 *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, App. No.10873/84, Case No.4/1988/148/202, Judgment of 7 July 1989, Series A 159, paras.8-22.

1150 *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, Judgment of 7 July 1989, paras.42, 43, 53.

1151 *Fredin v. Sweden*, App. No.12033/86, Case No.29/1989/189/249, Judgment of 18 February 1991, Series A No. 192, para.40.

toprağın büyüklüğüyle orantılıdır. Başvurucu bunun mülkiyet hakkının ihlali olduğunu düşünmektedir. Komisyon, *Tre Traktörer* davasına atıfla, mandıracılık yapmak için aranan koşulların artık mevcut olmadığını tespit ederek süt kotasının naklinin mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil etmediği gerekçesiyle şikayeti kabuledilemez bulmuştur.[1152]

AİHM tarafından gerek *Tre Traktörer* gerekse de *Fredin* davalarında açılan yol teorik planda kalmıştır ve pratikte daha çok AİHK'nun *Pudas* kararının etkileri görülmektedir. Nitekim, örneğin, 1994 tarihli balıkçılık yapma ruhsatının iptaline ilişkin bir kararda Komisyon, neredeyse satır satır *Pudas* içtihadını tekrar ederek **P1-1**'i uygulanabilir bulmamıştır.[1153] Mahkeme de *Pudas* etkisinden kurtulamamıştır.

Ankarcrona davası bu durumu bütün çıplaklığıyla sergilemektedir. Bu davada başvurucu kendisiyle aynı ismi taşıyan bir şirket hisselerinin tek paydaşıdır. Başvurucu, şirketin sahip olduğu askeri malzeme satma ruhsatının/lisansının kapsama alanının genişletilmesi talebinin reddinin **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre, ruhsat genişletilmediği için elindeki ticari malzemeden faydalanamamaktadır. İncelemesine önce adil yargılanma hakkı eksenli iddiaları ele almakla başlayan AİHM'e göre, ne Madde 6 ne de Sözleşme ve Protokollerindeki herhangi bir başka hak bireylere askeri malzeme ticareti hakkı vermektedir. Ulusal hukukta da böyle bir hak olmadığı için başvuru adil yargılanma hakkı açısından kabul edilemez bulunmuştur. Mülkiyet hakkı eksenli iddialara gelince, başvurucu *Pudas* içtihadından kurtulabilmek için ruhsatın genişletilmemesini değil, ruhsat almadan önce aldığı ve fakat ruhsat kapsamında olmayan askeri malzemeden yararlanamamasının **P1-1**'in ihlali olduğunu ileri sürmüştü. Mahkeme bu iddiayı da kabuledilemez buldu. Ancak kabuledilemezlik gerekçesi **P1-1**'in uygulanabilir olmaması değil, mülkiyet hakkının kontrolü niteliğinde olan müdahalenin ölçülü olmasıdır.[1154]

1152 *Zacher v. Germany*, App. No.27026/95, Admissibility Decision of 4 September 1996. Ayrıca bkz. *Zacher v. Germany*, App. No.30032/96, Admissibility Decision of 4 September 1996 (Bu ikinci davada başvurucunun tarım kirası sözleşmesiyle işlettiği toprakların sözleşme sonunda sahibi tarafından alınması temelinde süt kotasının azaltılması şikayet edilmiştir. Bunun dışında bütün hukuki olgular (süt kotasının arazi miktarına bağlı olarak azaltılması), gerekçeler ve AİHK'ce ulaşılan çözüm birinci başvuruyla aynıdır.

AB hukuku kaynaklı süt üretim meselesine Strasbourg düzleminden bir başka örnek olarak bkz. *J. S. and others v. Netherlands*, App. No. 14561/89, Admissibility Decision of 7 September 1995.

1153 *Storksen v. Norway*, App. No.19819/92, Admissibility Decision of 5 July 1994, **DR Vol.78-A**, sf:88-96, özellikle 94-95.

1154 *Ankarcrona v. Sweden*, App. No.35178/97, Admissibility Decision of 27 June 2000, paras.2-3 (The Law).

Sadece yakın tarihli *Rosenzweig ve Bonded Warehouses* ve *Sermaye Bankası* davalarında Mahkemenin *Pudas* etkisinden bir nebze sıyrıldığı söylenebilir. *Rosenzweig ve Bonded Warehouses* davasında başvurucular Polonya makamları tarafından kendilerine verilen sınır ticareti ruhsatının herhangi bir sebep olmaksızın iptali ve şirket merkezinin yetkili makamlarca kapatılmasının **P1-1**'in ihlali olduğunu ileri sürmüşlerdir. İthalat izni kaldırılınca işletmenin çalışması olanaksız hale gelmiştir. AİHM fazla uğraşmadan *Tre Traktörer* içtihadına atıf yaparak **P1-1**'in uygulanabilir nitelikte olduğuna karar vermiştir.[1155] Bu davada Mahkemenin bütün yargısal süreçte başvuruların lehine karar vermesinde muhatap Hükümetin savunmasının zayıflığı da rol oynamıştır. Mahkeme, kararın birçok yerinde, açıkça Hükümetin başvruların ruhsatının yetkili kamu makamları tarafından iptali kararının haklı gerekçelerini sunamadığını vurgulamaktadır.[1156]

Sermaye Bankası davasında ise başvurucu banka, yetkili kamu makamları tarafından bankacılık işlemleri yapma lisansının iptal edilmesinin **P1-1**'in ihlali olduğunu iddia etmiştir.[1157] Hükümetin, bankacılık lisansının **P1-1** kapsamında olmadığına dair bir karşı argumanının bulunmadığı bu davada AİHM, pek zorlanmadan ve aralarında *Tre Traktörer* kararının da bulunduğu bir dizi içtihadına atıf yaparak mülkiyet hakkının uygulanabilir olduğuna karar vermiştir.[1158]

Bütün bu içtihatlardan hareketle, bir işletmenin yürütümü için verilen çeşitli ruhsatların/lisanların ve diğer tür izinlerin de, yukarıdaki

---

1155 *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland*, App. No.51728/99, Judgment of 28 July 2005, para.49. (Bu başvuruda **P1-1**'in ihlal edildiği sonucuna varılmıştır).

1156 *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland*, Judgment of 28 July 2005, paras.56-58, 62-63.
Bu noktada bir parantez açarak, ihlal kararı davalı Devletin savunma zaafından kaynaklanmış olsa dahi, *Rosenzweig ve Bonded Warehouses* davasının Strasbourg organlarının konuya ilişkin muhafazakar tutumunu değiştirme yolunda önemli bir aşama olarak görülebileceğini söylemek mümkündür. 2007 tarihli bir kararında AİHM, paylarına yabancı kişilerin sahip olduğu bir şirketin gümrüklerde duty-free işletme ruhsatının mevzuat değişikliğine bağlı olarak iptal edilmesinin **P1-1**'e aykırı olduğuna karar verirken *Rosenzweig ve Bonded Warehouses* kararına da yollama yapmıştır (bkz. *Bimer S. A. v. Moldova*, App. No. 15084/03, Judgment of 10 July 2007). 2008 yılı başlarında yine Moldova'ya karşı verilen *Megadat.Com SRL* kararı ise bu kez büyük ölçüde *Bimer* kararını takip etmiş ve internet servis sağlayıcısı şirketin bu servise ilişkin ruhsatının iptal edilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır (bkz. *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008).

1157 Yine bir bankanın lisanssız olarak yürüttüğü bazı yetkilerinin kaldırılmasına ilişkin olarak bkz. *Hoerner Bank GmbH v. Germany*, App. No. 33099/96, Admissibility Decision of 20 April 1999.

1158 *Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No.49429/99, Judgment of 24 November 2005, para. 130. (Bu başvuruda **P1-1**'in ihlal edildiği sonucuna varılmıştır).

koşullar çerçevesinde **P1-1** kapsamına girebileceğini ileri sürmek mümkündür. Örneğin, radyo veya tv, vb. yayınların yapılması için tahsis edilen frekanslar bu açıdan ele alınabilir.[1159]

bbb) Goodwill Olarak Müşteri Çevresi/Clientele

Strasbourg yargısında dar anlamda *goodwill*'in, yani sadece müşteri çevresinin (*clientele*) **P1-1** kapsamında görüldüğü davalar da bulunmaktadır. Müşteri çevresi ticari işletme aktivitesinde son derece önemlidir. Zira müşteri çevresi, bir anlamda, işletme için iş yapma garantisidir.

Iatridis başvurusu *goodwill* olarak müşteri çevresinin ön plana çıktığı davalardan birisidir. Başvurucu Iatridis mülkiyeti idareyle ihtilaflı bir taşınmaz üzerinde kira sözleşmesiyle ve ruhsata bağlı olarak 11 yıldır bir açık hava sineması işletmektedir. İç hukuktaki anlaşmazlık çerçevesinde yetkili kamu makamları başvurucuyu taşınmazdan tahliye etmişlerdir. Başvurucunun iç hukukta yaptığı girişimler lehine sonuçlanmış olmakla birlikte fiilen sinemayı işletmesi kamu makamları tarafından engellenmiştir. Nihayetinde sinemanın işletilmesi idareye geçmiştir. Başvurucunun ruhsatı ise iptal edilmemiştir. Başvurucu başka bir yerde açık hava sineması işletmeye yetkili olmakla birlikte bunu yapmamıştır.[1160]

İncelemesine müşteri çevresinin **P1-1** anlamında bir malvarlığı olup olmadığını ele almakla başlayan Mahkeme, ihtilaflı taşınmazın mülkiyet durumununa hiç karışmadan başvurucunun sinema işletmesindeki müşteri çevresi potansiyeline odaklaşmıştır. Başvurucu biçimsel olarak geçerli bir kira sözleşmesi altında sinemayı tahliye edilene kadar 11 yıl kesintisiz olarak ve herhangi bir kamusal müdahaleye maruz kalmaksızın sinemayı işletmiştir. Bunun sonucu olarak bir değer oluşturacak ölçüde müşteri çevresi (*clientele*) edinmiştir. AİHM bu sonuca varırken açık hava sinemalarının Yunanistan yerel/bölgesel (*local*) kültürel yaşamında oynadığı rol ile böyle bir sinemanın müşteri çevresinin temelde o muhitin sakinlerinden oluştuğunu dikkate almıştır.[1161]

1159 Nitekim görece yakın tarihli *Noyan Tapan* vakasında verilen kabuledilemezlik kararını bu gözle okumak mümkündür. Bkz. *Noyan Tapan v. Armenia*, App. No. 37784/02, Admissibility Decision of 21 October 2004, para. 4 (The Law).

1160 *Iatridis v. Greece*, App. No.31107/96, GC Judgment of 25 March 1999, paras.6-30.

1161 *Iatridis v. Greece*, para.54. AİHM'in orijinal ifadesi şöyledir: "In this context, the Court observes at the outset that the ownership of the cinema site has been a matter of dispute between the lessors of the cinema and the State since 1953 and that this dispute had still not been resolved by the date of adoption of this judgment. It is not for the Court, in deciding this case, to take the place of the national courts and determine whether the land in question belonged to the State or whether the lease between K.N.'s heirs and the applicant was void under Greek law. **It will confine itself to observing that, before the applicant was evicted, he had operated the cinema for eleven years under a formally valid lease without any interference by the authorities, as a**

Strasbourg yargısında müşteri çevresinin bazı unsurları olarak ticari işletmenin işletilme süresi, faaliyetin hukukiliği, bunun aralıksız ve nizasız olup olmadığı, verilen hizmetin (veyahut malın) toplumdaki önemi, verilen hizmetin müşterisinin/tüketicisinin kim olduğu gibi unsurlar farkedilecek ölçüde *Iatridis* kararına girmiştir. Daha önceki davalarda unsurlar üzerinde bu derece açıklık görülmez. Gerçi *Iatridis* kararında Mahkemenin verilen hizmetin Yunan toplumundaki önemi hakkındaki bilgisini nereden edindiğine ilişkin bir veri yoktur. Her halükarda, *Iatridis* davası geniş anlamda *goodwill* açısından mülkiyet hakkının ihlali sonucuna varılan az sayıdaki karardan biridir.[1162]

Dar anlamda *goodwill* olarak müşteri çevresini **P1–1** açısından gündeme getiren başka başvurular yoktur. Yalnız bir başvuru benzer niteliktedir. Söz konusu davada devre mülk pazarlamasıyla uğraşan başvurucular, şirketlerinin yönetimine kayyım atanması ve şirketlerin tasfiye sürecine sokulması sebebiyle müşteri çevrelerinde **P1-1**'in ihlaline yol açacak şekilde azalma meydana geldiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme başvuruyu iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabuledilemez bulduğu için iddiaların esasına girmemiştir.[1163]

ccc) Ekonomik Sektör – Goodwill İlişkisi ve Zaman Duvarının Önemi

Strasbourg organları önünde *goodwill*'e yönelik olarak görülen kimi davalar doğrudan doğruya bir işletmenin faaliyet gösterdiği sektöre ilişkindir. Bu davalarda *goodwill*, Devletin o sektöre yaptığı müdahalenin **P1-1**'e uygunluğunu test etmekte rol oynamaktadır. Bu tip başvurularda *goodwill*, hem ticari itibarı, hem müşteri çevresini hem de söz konusu iş-

---

result of which he had built up a clientele that constituted an asset.....; in this connection, **the Court takes into account the role played in local cultural life by open-air cinemas in Greece and to the fact that the clientele of such a cinema is made up mainly of local residents** (karar içi gönderme çıkartılmış ve vurgu eklenmiştir).

1162 İhlal bulunan diğer kararlar goodwill olarak mesleki unvan başlığı altında incelenen *Buzescu* ile goodwill olarak ruhsatlar başlığı altında incelenen *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd.*'dir. Goodwill olarak müşteri çevresinden ötürü mülkiyet hakkının ihlal edilmesinin tazminat miktarı ve unsurları açısından doğurduğu ilginç sorunlar bulunmaktadır. Bkz. *Iatridis v. Greece*, App. No.31107/96, GC Just Satisfaction Judgment of 19 October 2000; *Buzescu v. Romania*, App. No.61302/00, Judgment of 24 May 2005, para.107 ("Referring to its conclusion concerning the existence of an interference....., the Court considers that the applicant incurred some pecuniary damage as a consequence of the loss of his status as a lawyer, but finds it difficult to ascertain the precise impact of this on the applicant's goodwill, having regard to the fact that he continued to provide certain types of legal services to the clientele of his company"). Ayrıca bkz. *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland*, App. No.51728/99, Judgment of 28 July 2005, paras.66-70.

1163 *Travel Time, Embassy Enterprises, Harmony Holidays, Malborough Promotions Ltd v. the United Kingdom*, App. No. 57824/00, Admissibility Decision of 18 September 2003.

letmenin o işin yürütülmesi için tahsis ettiği maddi malları ve değerleri de kapsamaktadır.

Bu tip başvurularda, aynı zamanda, ticari işletmelerinin itibari değeri (*goodwill*) ile kâr elde etme umutlarının birarada ileri sürüldüğü de gözlemelenebilmektedir. *Goodwill* ile kâr elde etme umudu bir arada ileri sürüldüğünde AİHM, kâr elde etme umuduna yönelik talepleri zaman duvarı gerekçesiyle reddetmekte ve *goodwill*'e yönelik talepleri kâr elde umudundan ayırarak ele almaktadır.

Bu kategoriye girebilecek ilk dava *Pinnacle* davasıdır. Bu davada başvurucular büyükbaş hayvaların kellelerinden elde edilen et işleme işiyle uğraşan birkaç şirket ve bazı gerçek kişilerdir.[1164] Günün birinde bilimsel resmi bir rapora dayanarak Hükümet Deli Dana (*Bovine Spongiform Encephalopathy*-BSE) hastalığını engellemek için çeşitli yasal önlemler alır. Bu arada büyükbaş kellesi yasak kapsamına girer. Büyükbaş kellesinin insan ve hayvan tüketimi için kullanılması veya başka gıdaların hazırlanmasında kullanımı suç haline getirilir. Bu yüzden, başvuruculaların işletmeleri bütünüyle yasa dışı hale gelir. Başvuruculara ulusal mevzuat çerçevesinde belli bir miktar ödeme yapılırsa da tazminat talepleri reddedilir. Sonuç olarak bazı başvurucular işyerlerini kapatırken bazıları büyükbaş hayvan kellesi yerine domuz gibi küçükbaş hayvan kellesi işlemeye başlar ve bunun için yeni yatırım yaparlar.[1165]

Başvurucular mevcut yasağın kendilerini mülkiyetlerinden ve giderek geçim imkanlarından yoksun bıraktığını ileri sürmüşlerdir. Tam tazminat verilmemesi başvuruculara aşırı bir külfete sokmaktadır. Yasağın başlangıcında başvuruculaların işletmesi, mevcut stoklar, işletme malvarlığı ve ticari itibarından (*goodwill*) oluşmaktadır. Komisyonun ifadesine göre *goodwill*, "şirketin elde etmeyi bekleyebileceği gelecekteki gelir eğiliminin bugünkü değeri" olarak açımlanmıştır.[1166]

1164 *Pinnacle Meat Processors Company and 8 others v. the United Kingdom*, App. No. 33298/96, Admissibility Decision of 21 October 1998. Karardan işin niteliği ile ilgili biraz bilgi aktarılabilir: Başvurucular kelleleri mezbahadan alıp parekendicilere satmak üzere bu kellelerden et ürünleri üretmektedirler. Başvurucular bu ürünleri sığır eti, sosis, kıyma üreten ulusal ve uluslararası nitelikteki üreticilere arz etmektedirler. Büyükbaş kelle işleme işi son derece küçük bir sektör olup uzmanlık gerektirmektedir. Genellikle aile işletmeleri tarafından yürütülen bir iştir. Kelle işleme işi sıkı şekilde kontrol edilmektedir. Bütün başvurucular ruhsat alabilmek için ciddi bir yatırım yapmıştır.

1165 *Pinnacle Meat Processors Company and 8 others v. the United Kingdom*, App. No.33298/96, Admissibility Decision of 21 October 1998.

1166 *Pinnacle Meat Processors Company and 8 others v. the United Kingdom*. AİHK'nun ifadesi şöyledir: "The applicant' business in March 1996 comprised their stock at that time, the assets of the business, and the goodwill, or the "present value of the future income stream which the company can be expected to derive".

Komisyon kelle işleme işiyle doğrudan ilgili olmayan ofis malzemelerini, motorlu taşıtları kıymet takdirinde dikkate almamıştır. Komisyona göre bu tip malzemeler yasaktan doğrudan etkilenmemiştir. Komisyon ayrıca, Hükümetin itirazları temelinde, iş ile ilgili malzemeler arasında da ayrım yapmaktadır. Elindeki bilgileri esaslı bir değerlendirme yapmak için yeterli görmeyen AİHK, yine de, satır ve bıçaklar, hijyenikler vb. malzemelerin yasak kapsamında olmayan benzeri işlerde de kullanılabilir nitelikte olduğunu belirterek bunların kıymet takdirinde dikkate alınmayacağı sonucuna varmıştır.

AİHK devamla işletmelerin ticari itibarını (*goodwill*) değerlendirmeye geçmiştir. AİHK "gelecekteki gelir eğiliminin bugünkü değeri olarak *goodwill*'in yukarıda ele alınan *Batelaan ve Huiges* ile *Pudas* davalarında çizilen çerçevede **P1–1** kapsamında görüldüğünü zikretmektedir. Komisyon devamla, üzerinde çeşitli faktörlerin genel olarak biftek piyasasında ve özel olarak kelle piyasasında dikkati şayan bir etkisi olduğunu not etmektedir. AİHK, başvuruculaın işletmeleri yasaktan etkilenmiş olmasına rağmen, zarar ziyanın boyutuna yönelik olarak, bu işletmelerin piyasasının genel olarak sığır eti ve özel olarak sakatat piyasasının durumu tarafından ciddi olarak zayıflatıldığı iddialarını kabul edilebilir nitelikte bulmamaktadır.

Komisyon bu saptamalardan sonra durumun **AİHS** açısından nereye oturtulabileceğini ele alarak yukarıda ele alınan *Tre Traktörer* davasıyla paralellik kurmuştur. Komisyona göre, başvuruculaın *goodwill*'ine yönelik müdahele mülkiyetten yoksun bırakma değil ve fakat bunun kontrolü niteliğindedir. Komisyon mülkiyetin kontrolü niteliğindeki müdahalenin ölçülülüğü bakımından ise, öncelikle başvuruculaın işletmelerinin *goodwill* unsurlarının mevcut olduğunu ve kıymet takdirine esas olabileceğini ve fakat bu değerlerin piyasanın durumuna göre yükselip düştüğünü vurgulamaktadır. AİHK'e göre, işletme *goodwill*'inin satın alınmasında alıcıyla satıcı arasındaki ilişki, diğer malvarlığının kıymet takdiri, BSE hakkındaki bilimsel bilgi gibi birçok faktör rol oynar.[1167] Nihayetinde Komisyon bir sektörün tamamen kapanması niteliğine olan müdahaleyi ölçülü bulmuş ve başvuruyu kabuledilemez ilan etmiştir.

1167 *Pinnacle Meat Processors Company and 8 others v. United Kingdom*, para.1 (The Law). "Further, the Commission notes that, although the goodwill elements of the applicants' businesses were real in the sense that they could be valued and, if the applicants had attempted to sell their businesses in early March 1996 they may well have found a purchaser for them - even if not at the figures in the valuation - they were nevertheless possessions whose value was always likely to fluctuate with the state of the market. Any purchase of the goodwill of the business would depend on a number of factors - inter alia the relationship between the vendor and the purchaser, the valuation put on the other assets, the state of scientific knowledge about BSE and so on."

Pinnacle davasında AİHK *goodwill* ile kâr elde etme umudunu birbirinden net olarak ayırmamıştır. Tersine, *goodwill* tanımı olarak "şirketin elde etmeyi bekleyebileceği gelecekteki gelir eğiliminin bugünkü değeri" formülünü kendisine baz almıştır. *Goodwill*'e yönelik iddialar bakımından **P1-1**'i uygulanabilir bulduğuna göre, geleceğe yönelik gelir elde etme beklentisini *goodwill* içinde eritmiş olsa gerektir.[1168]

Strasbourg organları önüne *goodwill* ile bağlantılı olarak bir sektörün daraltılması içerikli başvurular da gelmiştir. Bu başvurularda *goodwill* ile kâr elde etme umudu şikayetçiler tarafından birarada ileri sürülmüştür. Özelllikle Birleşik Krallık'a karşı silah ticareti ve poligonculuk yapan şirketler tarafından açılan davalarda Mahkeme bu meseleyle yüzleşmiştir. Birleşik Krallık'ta 1997 yılında Ateşli Silahlar Kanununda yapılan değişiklikler sonrası, önceden yaygın olarak kullanılan bazı silahların bulundurulması ve taşınması yasaklanmıştır. Bu yasağın uygulanması için silah ticareti ve poligonculuk yapan şirketlere belli oranda tazminat verilmiştir. Tazminat miktarından tatmin olmayan çok sayıda şirket ve bunların ortakları AİHM'e başvurmuştur. Başvurucular silah çeşitlerindeki kısıtlamaların ticari işletmelerinin itibari değerine ve kar oranlarına olumsuz etki ettiğini ve verilen tazminatın bu zararı karşılamaktan uzak olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Mahkemeye göre, başvurucuların kâr elde etme umuduna yönelik talepleri zaman duvarına çarparak yok olur ve fakat *goodwill*'e yönelik talepler kâr elde umudundan ayrılabilir Gerçi Mahkemenin bu ayrımı net olarak yaptığı söylenemez. Ancak kâr elde umuduna yönelik talepleri **P1–1** kapsamına girmediği gerekçesiyle (zaman duvarı engeli) kabuledilemez bulduktan sonra incelemesine devam ettiğine göre, sırf *goodwill* ile kâr elde etme umudunu ayırmış olmalıdır. Zaten bir cümlesinde AİHM, başvurucuların verdikleri bilgilerde *goodwill* ile ileriye yönelik gelir umutlarının birbirinden ayrılmadığını not etmektedir. Devamla Mahkeme sırf *goodwill*'e yönelik talepleri ise **P1–1** kapsamında görmekle birlikte, olayda başvuruculara tazminat verildiği ve bireysel silahlanmanın azaltılması gibi önemli ve, kanımca, insan haklarının gereği olan bir kamu yararı güdüldüğü için Mahkeme bütün başvuruları kabuledilemez ilan etti.[1169]

1168 Komisyonun şu ifadesi sanırız bu çıkarımı desteklemektedir: "The applicants' valuations of their businesses include substantial elements represented by future income, on the basis inter alia that the applicants were to sell their businesses to a willing buyer and that the state of the market, level of values and other circumstances were the same as on the date of valuation." Bkz. *Pinnacle Meat Processors Company and 8 others v. the United Kingdom*, para. 1 (The Law).

1169 "The Court considers that the same must apply in the case of a business engaged in commerce. In the present case, the applicants refer to the value of their businesses based upon the means of earning an income from those businesses as 'goodwill'. **The**

Yukarıda *goodwill* olarak mesleki unvan kategorisi altında ele alınan *Buzescu* davasında da *goodwill* ile kâr elde etme beklentisi kaynaşmıştır. AİHM, avukatlık mesleğinden kaynaklanan *goodwill* ile kâr elde etme umudunu birbirinden ayırarak incelemesini tamamlamıştır. Mahkeme başvurucu avukatın müvekkil çevresine ilişkin olann taleplerini **P1–1** kapsamında değerlendirirken, gelecekteki kazanç taleplerine ilişkin olan iddiaları **P1–1** kapsamı dışında buldu. Tam da bu noktada Mahkeme, yukarıdaki iki paragrafta ele alınan *Ian Edgar (Liverpool)* içtihadına atıf yapmıştır.[1170]

AİHM'in yakın tarihli *Levanan* başvurusunda da aynı yaklaşımını sürdürdüğünü görmekteyiz. Belirli bir bölgede sürücü ehliyet kursu iş-

---

Court considers that the applicants are complaining in substance of a loss of future income in addition to the loss of goodwill and a diminution in value of their assets. It concludes that the element of the complaint which is based upon the diminution in value of the business assessed by reference to future income, and which amounts in effect to a claim for loss of future income, falls outside the scope of Article 1 of Protocol No. 1..... Moreover, the information which has been provided does not distinguish between goodwill, which could in principle fall within the scope of Article 1 of Protocol No. 1, and future income and profit, which could not..... Even assuming that the 1997 Amendment Acts have had an appreciable adverse impact on the goodwill of the applicants' businesses, the Court observes in the first place that, as owners and operators of gun clubs, the applicants have at all times had to operate within the framework of legislative control which has existed in the United Kingdom since 1920 and which, as emphasised in the Parliamentary debates, has become progressively more restrictive as the years have passed. In these circumstances, the Court shares the view of the Government that the applicants had no legitimate expectation that the use of particular types of firearm, including handguns, would continue to be lawful (cf the Fredin v. Sweden judgment of 18 February 1991, Series A no. 192, pp. 17-18, § 54)..... In adopting the present measures, the legislature determined that the grant of compensation, representing the value of the firearms whose posşession had been rendered unlawful, should in principle be confined to those who owned the firearms in question, whether as private individuals or as dealers, and should not extend to cover loss of goodwill or other losses sustained by businesses connected with the firearms industry which were to a greater or lesser extent affected by the prohibition on the possession of handguns. The Court cannot find that in reaching this judgment the United Kingdom upset the fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the applicants' property rights by imposing on the applicants an individual and excessive burden. It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention." Bkz. *Ian Edgar (Liverpool) Limited v. the United Kingdom*, App. No.37683/97, Admissibility Decison of 25 January 2000; *Denmark Limited and 11 others v. the United Kingdom*, App. No.37660/97, Admissibility Decision of 26 September 2000; *C.E.M. Firearms Limited and Bradford Shooting Centre and 11 Others v. the United Kingdom*, App. Nos.37674/97 and 37677/97, Admissibility Decision of 26 September 2000; *A.G. Wise and Others v. the United Kingdom*, App. No.37972/97-37666/97 and 37671/97-37977/97-37981/97-38909/97, Admissibility Decision of 26 September 2000 (vurgu eklenmiş ve bazı kısaltmalar yapılmıştır).

1170 *Buzescu v. Romania*, App. No.61302/00, Judgment of 24 May 2005, para.81.

leten başvucular, aynı bölgede yeni bir kurs açılmasının gelirlerinde azalma yaratacağını ve bunun **P1-1**'e aykırı olacağını ileri sürmüşlerdir. Hükümet savunmasında **P1-1**'in mülkiyet edinme hakkını içermediğini ve başvuruculaların serbest rekabet ilkelerine karşı çıktığını belirtmiştir. Hükümete göre serbest rekabet, eğitimin asgari standartlarını güvenceye almaktadır. AİHM'in verdiği bilgilere göre başvurucular Hükümetin bu savunma argumanlarına karşı herhangi bir itirazda bulunmamışlardır. Mahkeme sonuç olarak, *goodwill*'in işletmenin kıymet takdirinde bir unsur olabileceğini kabul etmekle birlikte, olayda geleceğe yönelik bir gelir beklentisi olduğunu ve bunun da zaman duvarı sebebiyle mülkiyet hakkı kapsamında görülemeyeceği gerekçesiyle **P1-1**'in uygulanabilir olmadığına karar vermiştir.[1171]

b) Know-How (Teknik Bilgi) ile Ticari Sır

Girişim özgürlüğünün önemli bir unsuru bilgiye sahip olmaktır. Bilgi ve giderek bilişim çağında yaşandığına göre, fikri mülkiyet ürünlerinden patentlenebilirlik seviyesine varmayan bilgilerin mülkiyet kapsamında görülüp görülmeyeceği irdelenebilir. Girişim özgürlüğü bağlamında önem arz eden bilgiler ağırlıklı olarak *know-how* (teknik bilgi) ve ticari sırlardır.

Know-how (teknik bilgi) ticari işletmeyle yakından ilgili bilgi ve deneyimleri ifade eden Anglo-sakson hukuku kökenli bir kavramdır. *Know-how* kapsamındaki bilgi ve deneyimler, kural olarak patentlenebilir nitelikte değildir. *Know-how* kapsamındaki bilgilerin ticari sır/teknik sır niteliğinde olduğu da söylenmesi gerekenler arasındadır.[1172] Bu özelliğinden ötürü *know-how* Anglo-sakson hukukunda fikri mülkiyet hukuku korumasından yararlanmaktadır.[1173]

1171 *Levanen and others v. Finland*, App. No.34600/03, Admissibility Decision of 11 April 2006. Mahkeme yukarıda zikredilen *Ian Edgar (Liverpool)* ile aynı nitelikteki diğer bir davaya atıf yapmaktadır.

1172 Stephen Ladas, "*Legal Protection of Know-How*", **Patent, Trademark and Copyright Journal of Research and Education** (Intellectual Property Law Review), Vol. 7, 1963-1964, sf:397-417, özellikle 398; Carlos M. Correa, "*Legal Nature and Contractual Conditions in Know-How Transactions*", **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Vol. 11, 1981, sf:449-494, özellikle 457, 464.

1173 Bkz. John B. Nash, "*The Concept of 'Property' in Know-how as a Growing Area of Industrial Property: Its Sale and Licensing*", **Patent, Trademark and Copyright Journal of Research and Education (Intellectual Property Law Review)**, Vol. 6, 1962-1963, sf:289-298. Benzer bir görüş Türk hukuku bakımından Özsunay tarafından dile getirilmiştir. Özsunay, *know-how*'u fikri hakların mali yönü kapsamında lisans sözleşmesi konusu olarak görmekte ve *know-how*'un "mucitinin" (yazarın terimi) manevi haklara sahip olduğunu kabul etmektedir (bkz. Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, sf:250-251). Ancak bu görüş azınlık görüşü olup *know-how*'un medeni hukuk anlamında mutlak bir fikri hak olarak fikri mülkiyet hukuku korumasından yarar-

Ulusal hukuk düzlemlerindeki tartışmalardan bağımsız olarak, *know-how* niteliğindeki bilgi ve deneyimlerin **P1-1**'in kapsamına girip girmediğini tespit için, yukarıda geliştirilen ekonomik değer ile manevi değer oluşturma ölçütleri açısından bir inceleme yapılması gereklidir. *Know-how*, ekonomik işlevi gereği ticari işletmeden veya kişiden bağımsız olarak devir ve intikale elverişli bir yapıdadır.[1174] Bu durumda ekonomik değer oluşturma ölçütünün unsurları karşılanmış olur ve dolayısıyla *know-how* **P1–1** anlamında malvarlığına dahil olup mülkiyet hakkı kapsamında korunabilir. Diğer yandan *know-how* özelinde, tıpkı patent bakımından olduğu gibi, bilgi sahibinin bazı manevi hakları olabileceği göz ardı edilmemelidir.[1175] Zira *know-how* kapsamındaki bilgi ve deneyimler, o kişinin kişisel özellikleri sayesinde elde edilmiş olabilir. *Know-how* kapsamındaki bilgi ve deneyimlerin oluşturulmasındaki fikri yaratıcılık emeği ve süreci, manevi hakların dikkate alınmasını gerektirmektedir. Kaldı ki, çok daha teknik nitelikteki ve bir sürü koşula bağlı olan patentte bile manevi haklar bulunmasına itiraz edilmezken (*de lege ferenda*), daha basit seviyedeki *know-how*'daki manevi haklara itiraz edilmesi (*de lege lata*) anlaşılır değildir. Belki bu açıdan *know-how*'daki potansiyel manevi hakları eser sahibinin manevi haklarına benzetmek olasıdır. Elbette *know-how*'un manevi değer oluşturma potansiyeli, hakların yarışması teorisi çerçevesinde **AİHS**'in 8. Maddesinde yer alan özel yaşam hakkını gündeme getirecek boyutta değildir. Her halükarda böyle bir tartışmanın **P1–1** açısından bir önemi bulunmamaktadır.

Know-how derecesine varmayan nitelikteki ticari sırlar da, tıpkı *know-how* gibi **P1–1** kapsamına girebilme potansiyeli taşımaktadır. Bir bilgiye ticari sır niteliğini veren, o bilginin bir iş çerçevesinde ekonomik değer taşıması ve üçüncü kişilerce öğrenilememesidir. "Sanayi casusluğu" kavramı, ticari sırların öneminin açık bir göstergesidir. Ancak önemsiz bilgilerin **P1-1**'in uygulanabilirlik eşiği sebebiyle ticari sır korumasından yararlanamayacağı söylenebilir. Benzer şekilde, gayri ahlaki veya içeriği ve kapsamı belirsiz bilgiler ticari sır korumasında yararlan-

---

lanamayacağı genel kabul gören görüştür (bkz. Çiğdem Kırca, "*Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, Ankara, B.T.H.E., 1998, sf:243-263, 247-251; Tufan Öğüz, **Know-How Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, sf:10-20, 23-28; Mustafa Baş, **Teknik Bilgi (Know-How) Sözleşmesi**, Yetkin Yay., Ankara, 2000, sf:44-46; İsmail Erbay, **Know-How Sözleşmesi**, Yetkin Yay., Ankara, 2002, sf: 79-80.).

1174 Nash, **a.g.m.**, sf:289-298; Kırca, **a.g.m.**, sf:247; Öğüz, **a.g.e.**, sf:29-30; Erbay, **a.g.e.** sf:91-92.

1175 Correa, **a.g.m.**, sf:469-470. Nitekim ulusal hukuk literatüründe bilgi sahibinin bu bilgiler üzerinde özel hukuk anlamında kişilik hakkı olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş pek taraftar bulmamıştır. Bu görüşü aktaran ve eleştiren bir çalışma olarak bkz. Kırca, **a.g.m.**, sf:248, 250.

makta güçlük çekeceklerdir. Ticari sırlar, veri tabanlarının korunmasıyla da yakından ilgilidir; zira, ticari sır nitleğindeki bilgiler *know-how* niteliğindeki bilgilere göre daha kolay depolanabilir, işlenebilir ve korunabilir.[1176]

Ticari sırlar veri tabanlarının korunmasıyla yakından ilişkili olduğu için, bunların korunması **AİHS**'in 8. Maddesinde yer alan özel yaşam hakkını gündeme getirecektir. Güncel bir mesele olan bilgi korunması ihtiyacı, **AİHS** sisteminde ağırlıklı olarak Madde 8 çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu noktada, *Know-how* derecesine varmayan nitelikteki ticari bilgiler açısından hakların yarışması teorisi çerçevesinde **P1-1**'den ziyade Madde 8'in sunduğu koruma ön plana çıkabilir. AİHK önünde görülen bir vaka, bilginin bir meta olarak değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin bazı ipuçları içermektedir. Almanya'da bir ticari işletmesi olan Hollandalı bir yatırımcının, mali bilgilerinin (malvarlığı ve sermaye geliri) vergi kaçakçılığının önlenmesi amacıyla AB hukuku çerçevesinde Hollanda makamlarına iletilmesinin **AİHS** Madde 8 ile **P1-1**'e uygunluğunun tartışıldığı davada Komisyon, mali bilginin naklinin Madde 8 çerçevesinde ölçülü bir müdahale olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Komisyona göre, mali bilgilerin aktarılması, kategorik olarak mülkiyetten yararlanma hakkına bir müdahale teşkil etmez.[1177] Her ne kadar bu kararda **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından hakların yarışması teorisi kullanılmamışsa da, mülkiyet hakkına müdahale olmadığı değerlendirmesinin yapılmasında, mali bilgi aktarımının Madde 8 açısından ölçülü bir müdahale olduğu vargısının belirleyici rol oynadığı söylenebilir.

c) Sosyal Güvenlik Pozisyonları/Gelirleri

AİHS sisteminde içtihat çerçevesinde **P1-1**'in kapsamına girdiği kabul edilen ilginç bir nesne kategorisi de sosyal güvenlik[1178] poziyonları-dır/gelirleridir. Aslında sosyal güvenlik ile ilgili çok sayıda uyuşmazlık çeşitli Sözleşmesel haklar çerçevesinde Strasbourg organları önüne sık-

---

1176 Anglo-sakson hukuk açısından benzer unsurlar hakkında bilgi için bkz. Bently-Sherman, **Intellectual Property Law**, sf:993-1012, özellikle 997-998, 1000-1003; Raymond T. Nimmer-Patricia A. Krauthaus, "*Information as Property Databeses and Commercial Property*", **International Journal of Law and Technology**, Vol. 1, No. 1, 1993-1994, sf:3-34, özellikle 25-27; Richard A. Epstein, "*Trade Secrets as Private Property: Their Constitutional Protection*", **John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 190** (2D Series), The Law School-The University of Chicago, June 2003, www.ssrn.com/abstract_id=421340.

1177 *F. S. v. Germany*, App. No. 30128/96, Admissibility Decision of 27 November 1996.

1178 Sosyal güvenlik kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. David Harris-John Darcy, **The European Social Charter**, Second edition, Transnational Publishers, Ardsley-New York, 2001, sf:153-155; Can Tuncay-Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Beta Yay, İstanbul, 2005, sf:3-9.

lıkla gelmeye başlamıştır.[1179] Mülkiyet hakkı eksenli gelişmeler bu genel eğilimin bir yansımasıdır.

Sosyal güvenlik, sosyal yardımlar ile hizmetler ve sosyal sigortalar olarak ikiye ayrılmaktadır. Sosyal yardımlar ile hizmetler (*social benefit and assistance*) yararlanıcının herhangi bir maddi katkısı bulunmayan sosyal güvenlik araçları iken, sosyal sigortalar (*social insurance*) yararlanıcının maddi katkısı ile (prim ödemeleri) işlevselleşen bir sosyal güvenlik aracıdır.[1180] Hukuki koşulları gerçekleştiğinde bu araçlardan gelecek parasal karşılığı talep hakkı doğar. İşte Strasbourg organları **P1–1** çerçevesinde bu talep hakkını korumaktadır. Sözleşme organlarının **P1-1**'in uygulanabilirliğine yönelik içtihadi birikimi bu ikili ayrımla örtüşmektedir.

Hemen belirtilmelidir ki, sosyal güvenlik hakkı[1181], kategorik olarak **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkının kapsamına girmemektedir.[1182] Strasbourg organları bunu açıkça vurgulamıştır.[1183]

1179 Bu eğilime paralel olarak doktrinde bütünsel açıdan sosyal güvenlik meselelerinin **AİHS** bağlamındaki durumunu inceleyen yeni eserler üretilmektedir. Örneğin bkz. Ana Gomez Heredero, **Social Security as a Human Right**, Human rights files No. 23, Council of Europe Publishing, 2007 (kitapçığın AK yayını olduğuna dikkat çekelim); Mel Cousins, **The European Convention on Human Rights and Social Security Law**, Intersentia, Antwerp, 2008.

1180 Harris-Darcy, **a.g.e.**, sf:155, 176-178; Tuncay-Ekmekçi, **a.g.e.**, sf:7, 80; Mehmet Akad, **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı**, Kazancı Ticaret AŞ, İstanbul, 1992, sf:12-13; Martin Scheinin, "*The Right to Social Security*", **Economic, Social and Cultural Rights**, Second Revised Edition, (Eds: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf:211-221, özellikle 211-212.

1181 Sosyal güvenlik hakkı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Harris-Darcy, **a.g.e.**, sf:153-179; Mehmet Akad, **a.g.e.**, sf:5-13; Martin Scheinin, **"The Right to Social Security"**, sf:211-221; Tankut Centel, "*Sosyal Güvenlik Hakkı*", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı –Cilt II**, Yayına hazırlayan: Abuzer Kendigelen, İstanbul, 2001, sf:818-829.

1182 Angelika Nussberger'in görüşleri biraz daha farklıdır. Nussberger'e göre, "the approach under the European Convention on Human Rights to treat social security rights as property rights was one way of dealing with this; but in the jurisprudence of the European Court of Human Rights the differentiation between the right to social security and the right to social assistance hat not been upheld." Bu görüşler için bkz. **Day of General Discussion: The Right to Social Security (article 9 of the ESCR)**, held on 15 May 2006, para.18.

1183 *Müller v. Austria*, App. No.5849/72, Commission Report of 1 October 1975, **DR Vol. 3**, sf:25-32, özellikle 31 ve para.27 ("The Commission has already held on many occasions that the right to an old-age pension is not included as such among the rights and freedoms guarenteed by the Convention"). Ayrıca bkz. *Zeman v. Austria*, App. No.23960/02, Admissibility Decision of 30 June 2005 ("The Court recalls that, according to the Convention organs' established case-law, the right to an old-age pension or related pension benefits is not included as such among the rights and freedoms guaranteed by the Convention".).

Strasbourg organları önünde görülen sosyal güvenlik pozisyonlarına ilişkin davaların tarihi oldukça gerilere gitmektedir. İlk başta prim ödemeleri yoluyla yararlanıcının katkıda bulunduğu pozisyonun/gelirin mülkiyet hakkı kapsamında olduğuna karar verildi. Buna göre, **P1-1**'i aktive eden, uyuşmazlık tarihine kadar ödenmiş olan primlerdir.[1184] Bu açıdan denilebilir ki, **P1–1** bakımından geçerli olan zaman duvarı etkisiyle mülkiyet hakkının doğmuş olması için, başvurucunun ulusal hukukun o pozisyonu elde etmekte aradığı tüm koşulları karşılamış olması gereklidir. Bu koşullar arasında katkı payı ödemelerinin asgari süre boyunca verilmesi de yer almaktadır.[1185] Benzer şekilde, sosyal güvenlik haklarının bir disiplin suçuna bağlı olarak kaybedilmesi, eğer bu disiplin cezası ulusal hukuka uygun olarak verildiyse, **P1–1** bakımından herhangi bir sorun doğurmaz. Bu durumda sosyal güvenlik hakkının varlı-

---

1184 Krş. Heredero, **a.g.e.**, sf: 24; Cousins, **a.g.e.**, sf:19; Den Broek, **a.g.m.**, sf: 68; Reid, **a.g.e.**, sf:410. Alman anayasa hukuku açısından aynı yönde olarak bkz. Sözer, **a.g.m.**, sf: 9-10; Walt, **a.g.e.**, sf:156-157. Commonwealth hukuku açısından bkz. ve krş. Allen, **Constitutions**, sf:153-160; hem Commonwealth hukuku hem de **P1-1** açısından bkz. Nihal Jayawickrama, **The Judicial Application of Human Rights Law**, CUP, 2002, sf:912, 914. Sadece

Diğer yandan, Türk AYM'si bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır: "Önceki kararımızda da belirtildiği gibi çalışanların aylık ve ücretlerinden 3417 sayılı Kanun uyarınca kesilen ve tasarrufu teşvik hesabında toplanan tasarruf tutarları üzerinde mülkiyet hakları bulunmaktadır. Adı geçenlerin Devlet katkısı ve nema üzerindeki hakları ise alacak hakkıdır. Bu durumda, itiraz konusu düzenlemelerle anılan miktarların sistemden çıkan kişilere verilmesini engelleyerek haksızlığa uğratılması Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinin amacına aykırıdır. Yasa'nın 3. maddesine göre, çalışanların aylık ve ücretlerinin belli bir yüzdesi üzerinden hesaplanarak ve ilgililerin tasarruf kesintisine eklenerek tasarrufu teşvik hesabına yatırılan Devlet/işveren katkısı ile katkının ve tasarruf kesintisinin birlikte değerlendirilmesiyle oluşan nemaların mülkiyet hakkı kapsamında olduğu tartışmasızdır. Bu durumda, sözkonusu tutarların belli sürelere bağlanarak kısmen veya tamamen ödenmesinin engellenmesi mülkiyet hakkının özünü zedelemekte ve onu kullanılmaz hale getirmektedir. Bu nedenle kurallar Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır." (Bkz. Esas Sayısı: 2000/42, Karar Sayısı: 2001/361, Karar Günü: 10.12.2001). Türk AYM'nin benzer yöndeki bir başka kararı için ayrıca bkz. Şeref Ertaş, "*Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu*", **Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum**, A. Lale Sirmen, Çiğdem Kırca, Vedat Buz, AÜHF, Ankara, 2007, sf: 135-150, 147-148.

1185 *Müller v. Austria*, App. No.5849/72, Commission Report of 1 October 1975, **DR Vol. 3**, sf:31 ve para.27; *X. v. Austria*, App. No.7624/76, Admissibility Decision of 6 July 1977, para.3 (The Law), **DR Vol. 19**, sf:100-106, özellikle 104; *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, App. No.60669/00, Judgment of 12 October 2004, para.40; *X. v. Italy*, App. No.7459/76, Admissibility Decision of 5 October 1977, **DR Vol. 11**, sf:114-116. Bu davada Komisyon, kamu hizmetinde iş bulma hakkının (kamu hizmetine girme hakkı) Sözleşme kapsamında olmadığını da belirlemiştir.

Sosyal güvenlik pozisyonundan yararlanabilmek için ödenmesi gerekli primler elde etmek amacıyla fahişelik yapılmak durumunda kalınmasının **AİHS** Madde ile Madde 4'ü ihlal etmediği yönünde bkz. *Tremblay v. France*, App. No. 37194/02, Judgment of 11 September 2007.

ğı ödevlerin yerine getirilmesine bağlı olmaktadır. Ödev yerine getirilmezse, önceden kazanılmış olan hak kaybedilebilir.[1186] Yine, primlerin ödendiği zaman dilimi içerisinde yürürlükte olan kanuni düzenlemere uygun olmayan şekilde yükümlülüklerin kısmen yerine getirilmesine bağlı ve yine kanuni düzenlemelerde öngörülmüş olan miktar düşürme gibi yaptırımlar mülkiyet hakkından yoksun bırakmak anlamına gelmeyen sınırlamalardır.[1187] Bu tip hallerde açıkça temelsizlik gerekçesiyle kabuledilemezlik kararı verilmektedir.[1188] Benzer şekilde, gözaltına alındığı ve tutuklanarak ömür boyu hapse mahkum edildiği için almakta olduğu malullük haftalığı kesilen başvurucunun şikayeti, söz konusu müdahale ulusal hukuka uygun olduğu için açıkça temelsizlik gerekçesiyle kabuledilemez bulunmuştur.[1189]

Primsiz sosyal güvenlik pozisyonlarının **P1-1**'ce korunup korunmadığı ise daha çetrefil bir sorundur ve içtihatlar bu noktada aşamalı bir gelişim eğrisi izlemiştir. Zira eğer **P1-1**'i aktive eden uyuşmazlık tarihine kadar ödenmiş olan primler ise, böyle primlerin söz konusu olmadığı sosyal hukuk pozisyonlarının mülkiyet hakkı dışında kalması gerekir.[1190] Örneğin, 1985'te Hollanda'ya karşı yapılan bir başvuruda AİHK

1186 *C. v. France*, App. No.19443/83, Admissibility Decision of 15 July 1988, **DR Vol. 56**, sf:20-35, özellikle 35. AİHK bu yaklaşımını yukarıda *goodwill* olarak ruhsat bölümünde ele alman davalarla benzeştirmekte ve orada kullandığı muhakemeyi buraya aynen aktarmaktadır. Bkz. *Batelaan and Huiges v. Netherlands*, App. No.10438/83, Admissibility Decision of 3 October 1984, **DR Vol. 41**, sf:173; *Pudas v. Sweden*, App. No.10426/83, Admissibility Decision of 5 December 1984, **DR Vol. 40**, sf:234-242.

1187 Strasbourg organlarının bu yaklaşımı doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. Den Broek, **a.g.m.**, sf: 68-69; Harris - O'Boyle - Warbrick, **Law of the ECHR/1995**, sf:519 ve dn. 4; Çoban, **a.g.e.**, sf: 159 (Den Broek ve Harris vd. atıfla).

1188 *X. v. Austria*, App. No.7624/76, Admissibility Decision of 6 July 1977, para.4 (The Law), **DR Vol. 19**, sf:100-106, özellikle 105 (olayda başvurucunun aldığı emeklilik aylığının miktarı yaklaşık olarak % 14 oranında düşürülmüştür. Komisyon ulusal hukukta tam emeklilik aylığı için o dönemde 540 ay prim ödenmesi gerektiğini ve fakat başvurucunun sadece 512 ay prim ödediğini belirtmiştir. Söz konusu indirim kanuni düzenlemelerle öngörüldüğü için **P1–1** açısından bir sorun bulunmamaktadır. Bu oran Komisyon tarafından esaslı indirim/substantial reduction olarak mütalaa edilmiştir.).

1189 *Carlin v. the United Kingdom*, App. No.27537/95, Admissibility Decision of 3 December 1997, para.1 (The Law). Başvurucunun kendisini tutuklu ve hükümlü olmayanlarla karşılaştırarak ileri sürdüğü ayrımcılık iddiası da Komisyon tarafından bu iki kategorinin farklı olgusal durumlara denk geldiği benimsenerek reddedilmiştir (para.2).

1190 Eleştirel olarak bkz. Harris - O'Boyle -Warbrick, **Law of the ECHR/1995**, sf:519; Allan Rosas, "*Property Rights*", **The Strength of Diversity – Human Rights and Pluralist Democracy**, eds. Allan Rosas and Jan Helgesen, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrcht, 1992, sf:133-157, 150-151. Alman anayasa hukuku açısından aynı yönde olarak bkz. Sözer, **a.g.m.**, sf:10; Walt, **a.g.e.**, sf:156-157 (*Alman hukuku*), *117-118* (çok yüzeysel olarak **P1-1** bağlamı); Commonwealth hukuku açısından aynı yönde olarak bkz. Allen, **Constitutions**, sf:153-160, özellikle 158-159.

prim ödenmeden sosyal dayanışma temelinde hak edilen sosyal güvenlik gelirlerinin **P1–1** kapsamında olmadığına karar vermiştir. Kemik kanseri olduğu için özürlü aylığı almaya hak kazanan başvurucu evlenince ilgili kanun hükümleri gereğince bu haktan yoksun bırakılmıştır. Boşandıktan sonra tekrar özürlü aylığı almak istemiş ama başvurusu ulusal yetkili makamlarca reddedilmiştir. İncelemesine söz konusu sosyal güvenlik sisteminin sosyal dayanışma temeline dayandığını ve hak edilen ödemeler ile katkı paylarının bir bağlantısı olmadığını dikkate alarak başlayan Komisyona göre, verili bir anda başvurucunun belirlenebilir (*identifiable*) ve talep edilebilir (*claimable*) bir payı (*share*) bulunmamaktadır. Buna göre, somut olayda söz konusu olan ödemeler **P1–1** anlamında malvarlığı olarak mütalaa edilebilecek bir mülkiyet hakkı oluşturmamaktadır. Bu sebeple **P1–1** uygulanabilir değildir ve başvuru konu bakımından Sözleşmenin kapsamı dışındadır.[1191]

Diğer yandan AİHK, 1987'de, işsizlik aylığına hakkın **P1–1** kapsamında olup olmadığına yönelik bir başvuruda sorunu açıkça ele almaktan kaçınmıştı.[1192] Bir yıl sonra, 1988'te, primsiz sosyal güvenlik pozisyonlarının **P1–1** çerçevesine sığabileceği yönünde ufak bir adım Komisyon tarafından atıldı. *Stigson* davasında başvurucu iki ayrı sosyal güvenlik yardımınından birinin miktarının indirilmesini mülkiyet hakkının ihlali olarak görmüştü. İncelemesine primsiz sosyal güvenlik hakkının **P1–1** kapsamına girip girmeyeceğini ele almakla başlayan Komisyona göre, istihdama bağlı sosyal güvenlik geliri, işverenin iş sözleşmesinin bir parçası sayılabilecek koşullar temelinde üstlendiği aylık ödeme genel taahhütü söz konusu olduğunda da mülkiyet hakkı kapsamında sayılabilir.[1193]

1191 *Kleine Staarman v. Netherlands*, App. No.10503/83, Admissibility Decision of 16 May 1985, **DR Vol. 42**, sf:162-166, özellikle 166.

1192 *Anna Claes v. Belgium*, App. No.11285/84, Admissibility Decision of 1 December 1987, **DR Vol. 54**, sf:88-94, özellikle 94.

1193 *Stigson v. Sweden*, App. No.12264/86, Admissibility Decision of 13 July 1988, **DR Vol. 57**, sf:131-133, özelllikle 132. Aslında bu davanın benzeri üç yıl önce görülmüştü. AİHK'in ifadeleri birebir aynıdır. Bkz. *T. v. Sweden*, App. No.10671/83, Admissibility Decision of 4 March 1985, **DR Vol. 42**, sf:229-233, özellikle 233. *Stigson* kararındaki yaklaşım kamu personeline teşmil edilerek, memuriyete girişin, ulusal mevzuat uyarınca otomatikman sosyal güvenlikten yararlanma hakkı doğurduğu kabul edilmiştir (bkz. *Azinas v. Cyprus*, App. No., 56679/00, Judgment of 20 June 2002, paras. 33-34). Ancak Büyük Daire *Azinas* vakasında iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabuledilemezlik kararı vermiştir (GC Judgment of 28 April 2004). Bununla birlikte, Daire kararının içtihadi geçerliliği halen sürmektedir. Bkz. *Paul Banfield v. United Kingdom*, App. No. 6223/04, Admissibility Decision of 18 October 2005 ("The Grand Chamber ... has since given judgment in the case, but the Chamber's judgment remains a source of guidance.").

Mahkeme de uzun yıllar AİHK'in etkisiyle arafta kaldı. 1996 tarihli ünlü *Gaygusuz* kararı bu konuda önemli köşe taşlarından birini oluşturuyor. Başvurucu Türk vatandaşı olup uzun yıllar Avusturya'da çalışmıştır. Tıbbi nedenlerle çalışamaz duruma düşünce kendisine emeklilik aylığına mahsuben işsizlik ödeneği bağlanır. İşsizlik ödeneği sona erince yetkili kamu makamına kendisine acil sosyal yardım ödeneği bağlanması için başvuruda bulunur. Kamusal makamlar ilgili mevzuattaki tüm koşulları karşılamasına rağmen, Avusturya vatandaşı olmadığı için söz konusu ödeneğin verilmesi talebini reddederler. İç hukuk yollarını tüketen başvurucu kendisine karşı mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapıldığını ileri sürmektedir.[1194]

Avusturya Hükümeti savunmasında acil sosyal yardım ödeneğinin **P1–1** kapsamında görülemeyeceğini ileri sürmüştür. Muhatap Hükümete göre, bu ödenek işsizlik sigorta fonuna yapılan prim ödemelerinin sonucu verilmemekte; ihtiyacı olan insanlara Devletçe ödenmektedir. Mahkeme ise, Hükümetin savunmasına katılmamış ve uyuşmazlık tarihinde bu ödeneğin ancak ve ancak işsizlik sigorta fonuna prim ödendiğinde kazanılabileceğini ve başvurucunun bu katkıları yaptığının tartışmasız olduğunu saptamıştır.[1195] AİHM bu belirlemeyi yaptıktan sonra, doğal olarak, uyuşmazlık tarihinde uygulanabilir ulusal mevzuat temelinde acil sosyal yardım ödeneğinin **P1-1**'in amaçları bakımından parayla ölçülebilen bir hak oluşturduğu sonucuna varmıştır.[1196] Dolayısıyla **P1–1** olayda

---

1194 *Gaygusuz v. Avusturya*, Case No.39/1995/545/631, Judgment of 16 September 1996, paras.9-19, 33.

1195 *Gaygusuz v. Avusturya*, paras.39-40. AİHM'in ifadesi şöyledir: "Entitlement to this social benefit is therefore linked to the payment of contributions to the unemployment insurance fund, which is a precondition for the payment of unemployment benefit... It follows that there is no entitlement to emergency assistance where such contributions have not been made. In the insant case it has not been argued that the applicant did not satify that condition; the refusal to grant him emergency assistance was based exclusively on the finding that he did not have Austrian nationality and did not fall into any of the categories exempted from that condition" (karar içi göndermeler çıkartılmıştır).

1196 Çoban, **a.g.e.**, sf:159'da, Mahkemenin muhakemesinde başvurucunun ödediği katkı paylarına bir gönderme yapmadığı yazılıdır. Yazarın ifadesinin ilgili bölümleri söyledir: "In the *Gaygusuz* case, though the applicant claimed that the right to emergency assistance was connected with the contributions he made to unemployment insurance, the Court ruled, **without making reference to that contribution**, that ....." (vurgu eklenmiş, dipnotlar ve Mahkeme hükmünden aynen alıntılanan yerler çıkartılmıştır). Çoban'ın ifadesinin, AİHM kararının bir önceki dipnotunda gösterilen metni karşısında yanlış olduğu anlaşılıyor. Mahkeme başvurucunun katkı payı ödediğinin tartışmalı olmadığını özellikle vurgulamıştır. Nitekim Mahkeme, yine vatandaşlık temelinde sosyal güvenlik ayrımcılığına ilişkin bir dava *Koua Poirrez v. France* (App. No. 40892/98, Judgment of 30 September 2003) para. 37'de *Gaygusuz* kararının 39. paragrafına atıf yaparak, başvurucunun gerekli katkıları ödediğinin altını çizmiştir.

uygulanabilir niteliktedir. Ancak Mahkeme bu çıkarımla yetinmeyerek, muhakemesine bir tümce daha eklemiştir. Buna göre, acil sosyal yardım ödeneği açısından **P1-1**'in uygulanabilir olmasıyla başvurucunun **P1-1**'in 2. fıkrası anlamında vergi veya bir diğer katkı ödeme yükümlülüğü arasında zorunlu bir bağ yoktur.[1197]

Bu son tümce, Mahkemenin arafta kaldığını gösteriyor. Aslında teknik açıdan, bu tümcenin muhakeme sürecinde hiçbir önemi yoktur. Düpedüz bir *obiter* niteliğindedir ki AİHM kararlarında *obiterlere* pek rastlanmaz.[1198] Bu *obiteri* koymakla Mahkeme primsiz sosyal güvenlik pozisyonlarının **P1-1**'ce korunmasının önünü açmış oldu.[1199] Tabi *Gaygusuz* davasında **P1-1** başrolde değildi.[1200] **P1-1**'in uygulanabilir olması ayrımcılık yasağını düzenleyen **AİHS** Madde 14'ün uygulanabilir kılınmasını sağlamaktaydı.[1201] Bu sebeple, sonraki içtihatların ne yönde olacağı belirsizdi.[1202] Zikredilen *obiterle* Mahkeme kapıyı açmıştı ve fakat kapıdan geçmemişti.[1203]

2002 tarihli *Willis* hükmü Gaygusuz içtihadının açtığı yolu bir parça daha belirginleştirmiştir. *Willis* davasında başvurucu karısı ölmüş bulunan bir erkektir. Birleşik Krallık hukukunda uyuşmazlık tarihinde dul

---

1197 *Gaygusuz v. Avusturya*, para.41. Mahkemenin ifadesi şöyledir: "The Court considers that the right to emergency assistance - in so far as provided for in the applicable legislation - is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1). That provision (P1-1) is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay 'taxes or other contributions' ".

1198 Bu konuda bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:91 ve dn.237.

1199 Krş. Çoban, **a..g.e.**, sf:160.

1200 Ame. İHM bir kararında AİHM'in Gaygusuz içtihadına atıf yaparak, başvurucuların mülkiyet hakkına sahip olduğu değerlendilmesini yapmıştır. Bkz. *Five Pensioners v. Peru*, IACtHR, Judgment of 28 February 2003, para. 103.

1201 Nitekim Mahkeme Madde 14'ün ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. *Gaygusuz v. Avusturya*, para.52.

1202 Nitekim AİHM'in Büyük Dairesi *Gaygusuz*'un bu noktada bir belirsizliğe yol açtığını kabul etmiştir. Bkz. *Stec and others v. the United Kingdom*, App. Nos.65731/01 and 65900/01, GC Admissibility Decision of 6 July 2005, para.46.

1203 Bu yüzden doktrinde *Gaygusuz*'un etkisi üzerine tartışmalar yaşanmıştır. Örneğin bkz. Catarina Krause and Martin Scheinin, "*The Right to Not to be Discriminated Against: The Case of Social Seeurity*", **The Jurisprudence of Human Rights Law- A Comparative Approach**, (Edited by Theodore Orlin-Allan Rosas-Martin Sceinin), Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku-Abo, 2000, sf:253-286, 266-268; G. J. Vonk, "*Social Security and Property: Gaygusuz and After*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:145-154; Krause, **a.g.m.**, sf: 207; Reid, **a.g.e.**, sf:540-541; Cousins, **a.g.e.**, sf: 19; Çoban, **a.g.e.**, sf:160. Yalnız zikredilen son yazarın kitabının yayın tarihinden iki yıl önce metinde işlenen *Willis* davası sonuçlanmıştı. Yazar muhtemelen baskı süreci sebebiyle, *Willis* davasının getirisini çalışmasına işlememiştir.

kalan erkeğe ölen eş dul kalmış olsaydı verilecek olandan daha düşük bir aylık ödenmektedir. Yani Birleşik Krallık hukukunda dul kadınlara dul erkeklere göre daha çok aylık verilmektedir. Başvurucuya göre bu durum Sözleşme Madde 14 anlamında cinsiyet temelinde ayrımcılıktır.

Gaygusuz içtihadını hatırlatan Mahkemeye göre, dul aylığı almak için yapılan katkıların kimin tarafından ödendiğinin bir önemi yoktur. Olayda bu katkıyı müteveffa eşin yapmış olması başvurucunun hak sahibi olmadığı anlamına gelmez. Hal böyle olunca AİHM'in **P1–1** anlamında mülkiyet hakkından bahsedebilmek için sosyal sigorta ödeneğinin önceki prim ödemelerine dayanıp dayanmaması gerektiği hakkında bir yargıda bulunması gerekmez. Buradan hareketle, kanuni koşullar sağlandığı için **P1–1** uygulanabilir niteliktedir.[1204]

Willis hükmüyle Mahkeme *Gaygusuz* sonrası küçük bir adım atmış olmasına rağmen, henüz araftan çıkabilmiş sayılamaz. Zira bu davada da, bir şekilde primler ödenmiştir ve Mahkeme asıl soruna girmekten çekinmiştir. *Willis* davası sonrası AİHM'in prim katkısız sosyal güvenlik ödencelerinin **P1–1** kapsamında gördüğü bazı kararları ortaya çıkmıştır. Diğer yandan Strasbourg organlarının prim katkısız sosyal güvenlik pozisyonlarını **P1–1** dışında gördüğü kararları da bulunmaktaydı. Mahkemenin Büyük Dairesi tarafından verilen 2005 tarihli *Stec vd.* davasındaki kabuledilebilirlik kararı[1205] ile bu mesele büyük ölçüde açığa kavuşmuştur.[1206]

Stec vd. davasında Mahkeme Strasbourg organlarının bu konuda çok sayıda tutarsız kararını zikretmiştir.[1207] Bu tutarsız ve çelişik durumu gidermek üzere Mahkemenin Dördüncü Bölümü yargı yetkisini **AİHS** Madde 30 ve **Mahkeme Kuralları** Kural 72 mucibince Büyük Daire'ye bırakmıştır.[1208] Bu davadaki gerekçelere yakından bakılmalıdır:

1204 *Willis v. the United Kingdom*, App. No.36042/97, Judgment of 11 June 2002, paras.35-36.

1205 *Stec and others v. the United Kingdom*, App. Nos.65731/01 and 65900/01, Admissibility Decision of 6 July 2005.

1206 Bu davada 12 Nisan 2006 tarihinde esas hakkındaki karar verilmiş ve herhangi bir ihlal olmadığı hükmüne varılmıştır. Bkz. *Stec and others v. the United Kingdom*, GC Judgment of 12 April 2006. AİHM 12/04/2006 tarihli hüküm para.53'de yerleşik içtihadını yinelemektedir ("**53.** Finally, since the applicants complain about inequalities in a welfare system, the Court underlines that Article 1 of Protocol No. 1 does not include a right to acquire property...").

1207 *Stec and others v. the United Kingdom*, Admissibility Decision of 6 July 2005, paras.35 ve 46'da bu çelişik kararlar zikredilmektedir. Ayrıca bkz. Allen, **Human Rights Act**, sf:74; Cousins, **a.g.e.**, sf: 19.

1208 Dairelerin yargı yetkisini Büyük Daire'ye bırakma sebepleri ve pratikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **AİHM Kuralları Şerhi**, sf:625-660.

Büyük Daire Sözleşmenin Taraf Devletlerin değişen koşullarını dikkate alarak etkili olarak yorumlandığını ve uygunladığını hatırlatmakla işe başlamıştır (para.47). Büyük Daire'ye göre, Sözleşme bir bütündür ve çeşitli hükümleri arasında içsel tutarlılık ve uyum (*internal consistency and harmony*) sağlanarak yorumlanmalıdır. Bu noktadan hareketle Büyük Daire, prim katkılı olsun olmasın, sosyal güvenlik pozisyonlarına ilişkin uyuşmazlıkların uzun zamandır **AİHS**'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. Maddesi anlamında medeni hak olarak kabul ettiğini hatırlatmaktadır. Zira gerek sosyal sigortalar gerekse de özel sigortalar kişisel ve ekonomik niteliktedir. Eğer başvurucunun bireysel ve ekonomik nitelikte iddia edilebilir (*assertable*) bir hakkı mevcutsa Madde 6 uygulanabilir (para.48). Büyük Daire devamla, Sözleşmenin bir bütün olarak tutarlılığı açısından otonom nitelikteki "malvarlığı" ibaresinin Madde 6 anlamındaki maddi hak kavramıyla uyumlu olarak yorumlanması gerektiğini belirlemiştir. Mahkeme mülkiyet hakkının ayrıca, günümüzde mantıksız (*illogical*) ve sürdürülemez (*unsustainable*) nitelikteki ayrımlara (*distinctions*) dayanan eşitsizliklerden (*inequalities*) kaçınacak çekilde yorumlanması gerektiğini de eklemiştir (para.49).

Büyük Daire **P1-1**'e yönelik yaklaşımının AK üyesi Devletlerin sosyal güvenlik ve sosyal yardım anlayışlarını yansıtması gerektiğini de düşünmektedir. Son derece çeşitlilik arz eden bu alanda, prim katkılı sosyal güvenlik pozisyonlarını **P1–1** kapsamında görmek ve prim katkısız sosyal güvenlik pozisyonlarını görmemek son derece yapaydır (*artifical*). Ayrıca genel olarak vergi ödemekle yapılan katkı göz ardı edilmemelidir (para.50). Modern demokratik Devlette birçok birey, yaşamlarının bir bölümünde veya tamamında, bütünüyle sosyal güvenlik ve yardımlara bağlı olarak hayatta kalabilmektedir. Birçok ulusal hukuk sistemi böyle bireylerin, elbette koşulları yerine getirmeleri üzerine, ödencelere hakları bulunduğunu kabul etmiştir. Eğer bir birey ulusal hukuka göre iddia edilebilir (*assertable*) bir hakka sahipse, bu çıkar ayrıca **P1-1**'i uygulanabilir kabul ederek yansıtılmalıdır (para.51).

AİHM, nihayet, prim katkısız sosyal güvenlik pozisyonlarını **P1–1** kapsamında görmesinin, prim ödemeli ödenekler bakımından aynı sonuca ulaşmanın gerektirdiğinden daha fazla Avrupa Sosyal Şartının (**ASŞ**) hükümlerini amaçsız ve işlevsiz (otiose) kılmadığı görüşündedir.[1209] Her ne kadar **AİHS** temelde medeni ve siyasi haklarını düzenlemişse de, bunların çoğu sosyal ve ekonomik nitelikte boyutlar içermektedir. Sözleşme-

[1209] Bu noktada AİHM, Hükümetin ileri sürdüğü prim katkısız sosyal güvenlik pozisyonlarının **P1-1** kapsamında mülkiyet olarak addedilmesinin, **AAŞ**'nin amacı ve işlevi ile çatışacağı yönündeki savunma argümanını (para.34/*fine*) cevaplandırmış oluyor.

nin spesifik bir yorumununun sırf sosyal ve ekonomik alana (*sphere*) geçiyor olması, o yorumu geçersiz kılacak belirleyici bir etken değildir; zira sosyal ve ekonomik alanı, Sözleşmenin kapsamına aldığı medeni ve siyasi alandan sızdırmaz/kesin biçimden ayıran/kopartan bir bölümleme/ayrım yoktur (para.52). Sonuç olarak prim katkılı sosyal güvenlik pozisyonları ile katkısız pozisyonlar arasında **P1-1**'in uygulanabilirlik amaçları bakımından bir farklılık sürdürülemez (para.53).[1210]

Görüldüğü üzere, Büyük Daire suretindeki AİHM'in gerekçeleri hem kuvvetli, hem de yetkin kapsamlı ve sağlam örgülü erken dönem kararlarını yeniden hatırlatan türde ayrıntılı ve derindir. Sosyal devlet anlayışının izleri net olarak görülmektedir. Ayrıca, prim katkısız olarak kazanılmış pozisyondan doğan mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda hukuk devleti nosyonunun bir ilkesi olan "güven" ilkesinin mülkiyet hakkının bir unsuru olarak ayrıştığını gözlemlemek mümkündür.[1211] AİHM'in bu yeni yaklaşımının yukarıda Reich'in görüşleri hakkında yapılan değerlendirmelerle büyük ölçüde örtüştüğü de aşikâr. *Stec* davasındaki kabuledilebilirlik kararının burada ele alınan teorik boyutu ile Mahkemenin mülkiyet hakkı kavramında esaslı bir genişlemeye gittiği söylenebilir.[1212]

1210 *Stec and others v. the United Kingdom*, Admissibility Decision of 6 July 2005, paras.52-53. "**52.** Finally, and in response to the Government's contention, the Court considers that to hold that a right to a non-contributory benefit falls within the scope of Article 1 of Protocol No. 1 no more renders otiose the provisions of the Social Charter than to reach the same conclusion in respect of a contributory benefit. Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention." "**53.** In conclusion, therefore, if any distinction can still be said to exist in the case-law between contributory and non-contributory benefits for the purposes of the applicability of Article 1 of Protocol No. 1, there is no ground to justify the continued drawing of such a distinction."

1211 Anayasa hukuku açısından krş. Ali Nazım Sözer, **a.g.m.**, sf:12-15.

1212 Bununla birlikte, AİHM'in *Stec* davasının açtığı yoldan ürktüğüne işaret eden yakın tarihli kararları bulunmaktadır. İtalyan savaş esirlerinin Almanya'ya karşı açtığı bir davada başvurucular diğerlerinin yanı sıra, savaş esirliği aylığı alamadıklarından yakınmışlardır. Savaş esirlerinin ayrı bir sosyal güvenlik ödencesinden yararlanmalarını sağlayan mevzuat kendilerini kapsamamaktadır. AİHM'e göre, her iki dava da büyük ölçüde genel vergilerle finanse edilen prim katkısız ödencelerle ilgili olmakla birlikte, önündeki dava, düzenli ödenen ödenceler ile düzenli emeklilik aylığını kapsayan *Stec*'in aksine sosyal güvenlikle ilgili değildir. Şikayet, daha **AİHS**'in yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen ve İkinci Dünya Savaşının verdiği zararların giderilmesini amaçlayan tek seferlik bir tazminatla ilgilidir. Sosyal güvenlik çerçevesinin dışında yapılan bu ödenceler *Stec* kararı ile ilişkilendirilemez. Bu sebeple **P1–1** ile bağlantılı olarak Madde 14 uygulanabilir değildir (bkz. *Associazione Nazionale Reduci Dalla Prigionia Dall'Internamento e Dalla Guerra Di Liberazione and 275 others v. Germany*, App. No. 45563/04, Admissibility Decision of 4 September 2007, para. 3 (The Law)).

P1-1'ce korunan ya zaten başvurucu tarafından ödenmiş olan primler ya da kanuni olarak kazanılmış bulunan somut pozisyonun paraca karşılığıdır. Ayrıca **P1–1** tarafından korunan hak, genel niteliktedir ve belirli bir miktara hak olarak mütalaa edilemez.[1213] Benzer şekilde, işsizlik aylığına hak da normal koşullarda **P1–1** kapsamında değildir.[1214] Extrem siyasal koşullar altında, daha önceden sahip olunan sosyal güvenlik ödencesinin ortadan kaldırılması **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlamaya yetmeyebilir.[1215]

Sosyal güvenlik hakkı, bilindiği üzere, ikinci kuşak bir hak olup **AİHS**'nde açıkça düzenlenmemiştir. Sosyal güvenlik hakkına, "Bildiri" formundaki belgeler bağlamında, örneğin, **Ame.İHÖB** Madde XVI ve **EİHB** Madde 22 ve ayrıca BM Genel Kurulunun 11/12/1969 tarih ve 2542 (XXIV) sayılı kararıyla ilan edilen "**Sosyal İlerleme ve Gelişme Bildirisi**" Madde 11/a hükümlerinin[1216] yanı sıra; "Sözleşme" formundaki bel-

---

1213 *Müller v. Austria*, App. No.5849/72, Commission Report of 1 October 1975, **DR Vol. 3**, sf:25-32, özellikle 31 ve para.30. ("The Commission considers that even if it is assumed that Article 1 of the First Protocol guarantees persons who have paid contributions to a social insurance system the right to derive benefit from the system, it cannot be interpreted as entitling that person to a pension of particular amount"). Ayrıca bkz. *T v. Sweden*, App. No.10671/83, Admissibility Decision of 4 March 1985, **DR Vol. 42**, sf:229-233, özellikle 233; *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, App. No.60669/00, Judgment of 12 October 2004, para.39.

1214 *Anna Claes v. Belgium*, App. No.11285/84, Admissibility Decision of 1 December 1987, **DR Vol. 54**, sf:88-94, özellikle 93-94.

1215 Bkz. *Adam and others v. Germany*, App. No. 290/03, Admissibility Decision of 1 September 2005, para. 1 (The Law). Bu dava iki Almanya'nın birleşmesinin mülkiyet hakkı üzerindeki etkisini gösteren ilginç bir örnek teşkil etmektedir. İki Almanya'nın birleşmesinden kaynaklanan mülkiyet sorunları daha çok taşınmazlarla ilgiliydi. *Adam* davasında Mahkeme, başvuruculaın önceden sahip oldukları ve fakat Birleşme Andlaşmasıyla yoksun kaldıkları sosyal güvenlik ödeneklerinin zaman duvarı sebebiyle **P1-1** kapsamında olmadığına karar vermiştir. Anlaşılıyor ki AİHM, Alman birleşmesinin doğurduğu siyasal ve ekonomik sıkıntıları bireylerin yüklenmesini beklemektedir. Ancak başta *Jahn* olmak üzere Alman birleşmesi kaynaklı bazı davalarda esasa girmesi karşısında AİHM'in *Adam* davası özelinde **P1-1** genel teorisi bakımından tutarlı olmadığını söylemek gerekir. Ne de olsa, başvuruculaın sahip oldukları sosyal güvenlik pozisyonu ellerinden alınmıştır. Bu yoksun bırakma meşru bir müdahale olarak addedilebilir ama bu başka bir meseledir.

1216 "**Ame.İHÖB**" Madde XVI normu şöyledir:

"**Madde XVI - Sosyal güvenlik hakkı**

Her kişi, işsizlik, yaşlılık ve bedensel ya da zihinsel bakımdan geçimini temin etmesini olanaksız kılan kendi kontrolü dışındaki nedenlerden kaynaklanan malûliyet hallerine karşı onu koruyacak olan sosyal güvenlik hakkına sahiptir."

10/12/1948 tarihli "**EİHB**" Madde 22 normu şöyledir:

"**Madde 22**

Herkes, toplumun bir üyesi olarak, sosyal güvenlik hakkına sahiptir ve onuru/(haysiyeti) için ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için zorunlu olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla ve her bir Devletin örgüt-

geler bağlamında, örneğin, uluslararası düzlemde BM **ESKHS** Madde 9[1217] ve balgesel düzlemde 1961 tarihli **AŞŞ** ile 03/05/1996 tarihli **(Gözden Geçirilmiş) ASŞ**[1218] Madde 12[1219] yahut **Ame.İHS/ESKHP** Madde

---

lenme şekline ve kaynaklarına uygun olarak gerçekleştirilmesine hak sahibidir."

11/12/1969 tarihli "**Sosyal İlerleme ve Gelişme Bildirisi**" ("*Declaration on Social Progress and Development*") Madde 11/a normu şöyledir:

"**Madde 11**

(a) Kapsamlı sosyal güvenlik düzenlemelerinin/("*social security schemes*") ve sosyal refah hizmetlerinin sağlanması; hastalık, özürlülük yahut yaşlılık nedenleriyle geçici ya da sürekli olarak geçimini sağlayamaya muktedir durumda olmayan tüm kişiler için, bu kişilere ve onların aileleriyle bakmakla yükümlü bulundukları kişilere uygun/(yeterli) bir yaşama standardını temin etmek amacıyla, sosyal güvenlik ve sigorta düzenlemelerinin yapılması ve geliştirilmesi/(iyileştirilmesi);"

1217 "**ESKHS**" Madde 9 normu şöyledir:

"**Madde 9**

Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkese sosyal sigorta hakkı dahil olmak üzere, sosyal güvenlik hakkı tanır."

1218 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 03/05/1996 tarihinde imzaya açılan "**(Gözden geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı**" (No.163, "*European Social Charter (Revised)*"), 01/07/1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 03/05/1996 tarihli "**(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı**"nın Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Cilt II/2003**, sf:145-188 (Türkçe), sf:431-473 (İngilizce). Türkiye, "**(Gözden Geçirilmiş) ASŞ**"nı 06/10/2004 tarihinde imzalamış ve onaylamak üzere 27/09/2006 tarih ve 5547 sayılı "(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"u çıkarmıştır, (RG, 03/10/2006, s.26308). Bunun ardından Bakanlar Kurulunun 22/03/2007 tarih ve 2007/11907 sayılı kararı ile, bu belgenin ilişik Beyan ile onaylanması kararlaştırılmıştır, (RG, 09/04/2007, s.26488). Anılan 09/04/2007 tarihli Resmi Gazetede bu Şartın Türkçe resmi çevirisi ile İngilizce orijinal metni yayımlanmıştır. Türkiye, 27/06/2007 tarihinde onay belgesini depo etmiştir ve bu belge Türkiye bakımından 01/08/2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "**(Gözden Geçirilmiş) ASŞ**" hakkında bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1127-1129.

1219 "**(Gözden Geçirilmiş) ASŞ**" Madde 12 normu şöyledir:

"**Madde 12 – Sosyal güvenlik hakkı**

Taraflar, sosyal güvenlik hakkının etkin biçimde kullanılmasını temin etmek amacıyla:

1. bir sosyal güvenlik sistemi kurmayı ya da bunu muhafaza etmeyi;

2. sosyal güvenlik sistemini, en azından "Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu"nun onaylanması için gereken düzeye eşit tatminkar bir düzeyde tutmayı;

3. sosyal güvenlik sistemini aşamalı olarak daha yüksek bir düzeye çıkarmaya çaba göstermeyi;

4. uygun nitelikte iki taraflı ya da çok taraflı anlaşmalar yapmak ya da başka yöntemleri kullanmak suretiyle, ve bu tür anlaşmalarda düzenlenen koşullara tabi olarak:

(a) koruma altına alınmış kişiler Tarafların ülkeleri arasında her ne sebeple yer değiştirmiş olurlarsa olsunlar, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yardımların saklı tutulması dahil olmak üzere, sosyal güvenlik hakları bakımından, diğer Tarafların vatandaşlarına kendi vatandaşları ile eşit muamele yapmayı;

(b) Tarafların her birinin mevzuatı çerçevesinde tamamlanan sigorta ya da çalışma sürelerinin birleştirilmesi gibi yollara başvurmak suretiyle, sosyal güvenlik haklarını vermeyi, bunları geçerli saymayı/(muhafaza etmeyi) ve yeniden başlatmayı temin etmek üzere gerekli adımları atmayı, üstlenirler."

9[1220] hükümlerinde görüldüğü gibi, ekonomik ve sosyal hakları düzenleyen belgeler yer vermektedir. Bunlara ilaveten, yine AK düzleminde spesifik olarak sosyal güvenlik rejimini düzenleyen sözleşmelere rastlanmaktadır.[1221] Bu arada 07/12/2000 tarihli "**Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı**" Madde 34 hükmüne[1222] işaret etmeyi de ihmal etmeyelim. Bütün bunların yanı sıra, asıl olarak Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) sözleşmeleri konuya ilişkin belirleyici hükümler içermektedir.[1223]

Aynı eksende son olarak, bölgesel ve uluslararası düzeyde üretilen ve yukarıda bazı örnekleri verilen ikinci kuşak haklar belgelerinde, direkt olarak sosyal güvenlik hakkının yanı sıra, konuyla dolaylı olarak ilgili (ücrete, çalışma hakkına, iş ve işçi sağlığı ve güvenliğine gibi) normların yer aldığını da hatırlatmak yerinde olur.

1220 "**Ame.İHS/ESKHP**" Madde 9 normu şöyledir:

"**Madde 9 – Sosyal güvenlik hakkı**

1. Herkes, kendisini bedensel ya da akli olarak, onurlu ve yeterli düzeyde bir yaşam sürdürmesi olanaklarından yoksun bırakan yaşlılık ya da maluliyet hallerine karşı koruyacak olan sosyal güvenlik hakkına sahip olacaktır. Yararlanıcının ölümü halinde, sosyal güvenlik ödenceleri ölenin bakmakla yükümlü bulunduğu kişilere verilecektir.

2. Çalışmakta olan kişiler bakımından sosyal güvenlik hakkı, en azından, tıbbi bakımı ve iş kazası ya da meslek hastalığı durumunda (kaza ya da hastalık) ödencelerini ya da emeklilik maaşını ve çalışanın kadın olması halinde, doğum öncesi ve sonrasında olacak şekilde ücretli doğum iznini kapsayacaktır."

1221 Bütün bu belgeler hakkında çeşitli açılardan ayrıntılı bilgi için bkz. Harris-Darcy, **a.g.e.**, sf:153-180; Krause and Scheinin, **a.g.m.**, sf:269-286; Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1116-1145, özellikle 1138-1145. Şu husus da not edilmelidir ki, yeni bir kararında AİHM, AK düzleminde spesifik olarak sosyal güvenlik rejimini düzenleyen sözleşmelerden birine atıf yapmıştır (bkz. *Carson and others v. UK*, App. No. 42184/05, Judgment of 4 November 2008, para. 49).

1222 "**Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı**" Madde 34 normu şöyledir:

"**Madde 34 – Sosyal güvenlik ve sosyal yardım**

1. Birlik, Topluluk hukuku ve ulusal kanunlar ve uygulamalar tarafından düzenlenen kurallar uyarınca, gebelik, hastalık, sanayi/(iş) kazaları, bakıma muhtaç olma yahut ileri yaşta olma/(yaşlılık) gibi hallerde, ve iş kaybı/(işten çıkarılma) halinde koruma sağlayan sosyal güvenlik ödemelerinden ve sosyal hizmetlerden yararlanma hakkını tanır ve bu hakka saygı gösterir.

2. Avrupa Birliği (sınırları) içinde yasal olarak ikamet eden ve dolaşan herkes, Topluluk hukuku ve ulusal kanunlar ve uygulamalar uyarınca, sosyal güvenlik ödemelerine ve sosyal avantajlara hak sahibidir.

3. Sosyal dışlamaya ve yoksulluğa karşı mücadele etmek amacıyla, Birlik, Topluluk hukuku ve ulusal kanunlar ve uygulamalar tarafından düzenlenen kurallar uyarınca, yeterli geçim olanakları bulunmayan herkesin insan haysiyetine uygun biçimde yaşamasını temin etmek üzere sosyal yardım ve konut yardımı hakkını tanır ve bu hakka saygı gösterir."

1223 Örneğin UÇÖ'nün 1952 tarih ve 48 sayılı Minumum Sosyal Güvenlik Standartları Sözleşmesi'ne AİHM'ce yeni bir kararda yer verilmiştir. *Carson and others v. UK*, App. No. 42184/05, Judgment of 4 November 2008, para. 48.

Yeniden **AİHS** sistemine dönerek belirtilecek olunursa, yukarıda açıklanan nedenlerle **P1–1**, bireye belli bir yönde sosyal güvenlik hakkının sağlanmasını talep etme hakkı vermemektedir. Yalnızca ve yalnızca, zaman duvarını aşmış taleplerin belli bir ölçüde karşılık bulmasına hizmet etmektedir. Yine de sosyal güvenlik hakkının bazı unsurlarının Strasbourg organlarınca mülkiyet hakkı kapsamında görülmesi küçümsenemez. Herhalde bu yaklaşımlarıyla Sözleşme organları, liberal ekonomik düzeni benimsemiş Devletlerde ortaya çıkan yeni mülkiyet anlayışını yansıtmış[1224] ve giderek ekonomik açıdan görece zayıf kesimlerin pozisyonlarını kuvvetlendirmiş olmaktadır.[1225]

AİHS'in sosyal ve ekonomik haklar ve alanları, medeni ve siyasi haklar ve alanların unsuru olarak kapsaması pozitif yükümlülükler doktrini sayesinde gerçekleşmektedir. Bu daha çok, Sözleşmenin formel olarak düzenlediği medeni ve siyasal hakların ekonomik ve ve sosyal boyutlarına Strasbourg organlarınca önem verilmesi ve karar verilirken bunların dikkate alınması şeklinde gerçekleşmektedir. Bu, var olan belgelerle etkili olarak korunamadığı hususunda genel olarak görüş birliği bulunan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, sınırlı sayıdaki bir bölümünün etkili bir şekilde korunmasında rol oynamaktadır.[1226]

Doktrinde, insan hakları hukukunun *bütünselliği* ilkesi çerçevesinde, medeni ve siyasi hakları içeren sözleşmeler aracılığıyla, ekonomik, kültürel ve sosyal hakların ya da onların bazı unsurlarının korunması görüşü, "*bütüncül/bütünleştirilmiş insan hakları yaklaşımı*" ("*integrated human rights approach*") kavramlaştırmasıyla ileri sürülmektedir.[1227] Nitekim, AİHM daha 1979'da verdiği *Airey v. İrlanda* vakası kararında[1228], **AİHS**'in esas olarak medeni ve siyasi hakları düzenlemiş olmakla birlikte bunların bir çoğunun sosyal ve ekonomik yansımaları olduğu görüşünü ortaya koyarak, sosyal ve ekonomik haklar ile medeni haklar arasında bir ayrım yapmanın güçlüğünü vurgulamıştı. *Airey* hükmü yukarıda ayrıntılı olarak yansıtılan *Stec* davasındaki karar ile teyit edilmiştir. Şu da eklenmeli ki,

---

1224 Bu mülkiyet anlayışı için bkz. Reich, **New Property**, tüm makale; Rosas, **a.g.m.**, sf:: 150-154; Sözer, **a.g.m.**, sf:8-9.

1225 Doktrinde Türmen, *Gaygusuz* kararına atıf yaparak, **P1-1**'in bu şekilde işlevselleştirilmesinin yoksulların yararlarını koruyacağını düşünmektedir. Bkz. Rıza Türmen, "*Poverty and Human Rights*", **Human Rights – Strasbourg Views, Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Lucius Caflish-Johan Callewaert-Roderick Liddell-Paul Mahoney, Mark Villiger, N.P. Engel Publisher, 2007, Germany, sf:447-467, 461-462.

1226 Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:114-115. Ticari şirketlerin haklarının Sözleşme çerçevesinde meşrulaştırılması açısından aynı yönde bkz. Emberland, **Companies**, sf:54-57. Ayrıca krş. Türmen, **a.g.m.**, sf:453.

1227 Bu konuda bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1673-1678, özellikle 1677; Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:115 ve bu iki eserde zikredilen çalışmalar.

1228 *Airey v. Irland*, Judgment of 9 September 1979, Series A 32, para.26.

P1–1 kapsamında ele alınan sosyal güvenlik uyuşmazlıkları ağırlıklı olarak ayrımcılık motifli başvurulardan kaynaklanmaktadır.[1229]

Dikkat edilsin: Burada ele alınan şekliyle sosyal haklar (özellikle sosyal güvenlik hakkı) **P1–1** mülkiyet hakkının norm alanına entegre edilmiştir. Böylelikle, başvurucu, sosyal nitelikteki bir hakkını mülkiyet hakkı içine geçirerek Devlete karşı ileri sürmektedir. Yoksa, mülkiyet hakkı, başvurucu dışında bir üçüncü kişinin sosyal hakkının korunması uğruna sınırlanmış değildir. Buna göre, işbu Çalışmada kullanılan anlamda "*bütüncül/bütünleştirilmiş insan hakları yaklaşımı*" başvurucunun sosyal haklarının Sözleşmenin çeşitli hakları (ve bu arada mülkiyet hakkı) içerisine yerleştirilmesini ifade etmektedir. Nitekim *Koua Poirrez v. France* davasında Mahkeme 1961 tarihli **AŞŞ** Madde 12 hükmünü kullanarak **P1-1**'in uygulanabilir olduğunu bulgulamakla "*bütüncül/bütünleştirilmiş insan hakları yaklaşımının*" bir örneğini vermiştir.[1230]

Sosyal ve ekonomik haklar ile medeni haklar bütünselliği yaklaşımının ve arkasındaki Reich modelinin teorik geçerliliği varsa eğer, sosyal hakların medeni haklara entegrasyonu yönündeki gelişmeler sırf sosyal güvenlik hakkından ibaret kalmayacaktır.[1231] Bu anlayışın devamı olarak sosyal güvenlik hakkının yanı sıra, çalışma hakkının **AİHS** çerçevesinde korunmasını gündeme getirmek mümkündür. Nitekim, *Stec* kararından önce AİHM, bir kararında sosyal ve ekonomik haklar ile medeni hakların arasında net bir ayrım yapmanın kolay olmadığını yeniden teyit ederek ve **ASŞ**'nin bütün işçilerin adil çalışma koşullarına hak sahibi ol-

---

1229 *Wessels-Bergervoet v. Netherlands*, App. No. 34462/97, Judgment of 4 June 2002 (evli erkek ve evli kadınlar arasında yaşlılık aylığı bakımından ikincisi aleyhine yapılan ayrımcılık- ihlal); *Willis v. the United Kingdom*, App. No.36042/97, Judgment of 11 June 2002, paras.39-43 (yukarıda içerik bilgisi verilmiştir). Ayrıca bkz. Reid, **a.g.e**, sf:411-412, 541; Krause and Scheinin, **a.g.m.**, sf:257-286.

1230 *Koua Poirrez v. France*, App. No. 40892/98, Judgment of 30 September 2003, paras. 38-42, özellikle 39.

1231 Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, bu konuda oldukça ileri giderek, **AİHHŞ**'nin mülkiyet hakkını düzenleyen 14. Maddesi, ailenin korunmasını içeren 18. Maddesi ve 16. Maddesini birlikte ele alarak, Şartta açıkça tanınmamış olan konut hakkını sisteme entegre etmiştir. Bkz. *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, No. 155/96, African Commission's Decision of 27 October 2001, para. 60, Fifteenth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 2001-2002, sf:41.) Afrika Komisyonunun orijinal ifadesi şöyledir: "Although the right to housing or shelter is not explicitly provided for under the African Charter, the corollary of the combination of the provisions protecting the right to enjoy the best attainable state of mental and physical health, cited under Article 16 above, the right to property, and the protection accorded to the family forbids the wanton destruction of shelter because when housing is destroyed, property, health, and family life are adversely affected. It is thus noted that the combined effect of Articles 14, 16 and 18(1) reads into the Charter a right to shelter or housing which the Nigerian Government has apparently violated."

duğunu belirten Madde 1(2) hükümünü ve bu hükmün ASHK'ca yapılan yorumları ile ILO'nun 1958 tarihli **İstihdam ve Meslek Bağlamında Ayrımcılığa İlişkin 111 sayılı Sözleşmesini** zikrederek, çalışma hakkının zımnen **AİHS**'in özel yaşam ile aile yaşamına saygıyı koruyan 8. Maddesi kapsamına gireceğine hükmetmiştir.[1232] Böylelikle AİHM, göçmen işçi statüsündeki başvurucuların sınırdışı edilmesi kararının Sözleşmeye uygunluğunu tartarken, insan haklarının bütünselliği gereği başvurucuların istihdam durumlarını da dikkate almış oluyor.

3) Haklar

P1–1 anlamında mülkiyet hakkının kapsamına giren gayri maddi nesnelerin bir türü de haklardır. Yani mülkiyet hakkı, bir başka hakkın üzerinde kurulabilir. Tıpkı medeni hukuk anlamında malvarlığı hakkı gibi.[1233] Buna göre, normal koşullarda insan hakkı niteliğinde olmayan haklar mülkiyet hakkının nesnesi olabilir. Medeni hukuk anlamında mutlak (*rights in rem*) veya nisbi (*rights in personam*) olması bir farklılık doğurmaz. Önemli olan Devletin sorumluluğuna gidilebilip gidilemeyeceğidir.

Bu noktada bir not olarak eklenmelidir ki, Çalışmanın bütününde olduğu üzere, burada kullanılan kavramlar ile özel hukukta yer verilen benzer kavramlar aynı içerikte değildir. Buradaki sınıflamada temel amaç, AİHM'ce yapılan betimlemenin mümkün olduğunca objektif yansıtılmasıdır.

a) Alacak Hakları

P1–1 kapsamına giren özel hukuk haklarının başında alacak hakları gelmektedir. Zaman duvarını aşan her türlü alacak hakkı **P1–1** tarafından korunacaktır. Zaman duvarının aşılması için alacak hakkının güncel ve icra edilebilir nitelikte olması; yani koşula bağlı olmaması gereklidir.[1234] 1970'lerden bu yana alacak hakları **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamında görülmektedir.[1235]

1232 Bkz. *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, App. Nos. 55480/00 and 59330/00, Judgment of 27 October 2004, paras. 47.

1233 Özel hukuk açısından bkz. Ayiter, **Mamelek**, sf:113-114; Kendigelen, **a.g.e.**, sf:13-18. Her iki yazarın kıymetli evraka bağlı olan hakları da bu bağlamda zikrettiklerini not edelim.

1234 Hatta bir kararında AİHM açıkça "temyizi kabil olmayan/unappealable" ibaresine yer vermiştir. Bkz. *Ryabykh v. Russia*, App. No.52854/99, Judgment of , 24 July 2003, para. 61.

1235 Örneğin bkz. *A., B., and Company A.S. v. Germany*, App. No.7742/76, Admissibility Decision of 4 July 1978, **DR Vol. 14**, sf:146-147, 159-170, özellikle 168; *Mario de Napoles Pacheco v. Belgium*, App. No.7775/77, Admissibility Decision of 5 October 1978, **DR Vol. 15**, sf:143, 151-159, özellikle 158-159; *Felix Agneessens v. Belgium*, App. No. 12164/86, Admissibility Decision of 12 October 1988, **DR Vol. 58**, sf:63-84, özellikle 83.

Bu niteliklere sahip alacak hakkının mahkeme kararı ya da tahkim kararından kaynaklanmış olması bir farklılık doğurmaz. Hatta alacak hakkının kaynağının ulusalüstü olduğu hallerde bir yargı yeri kararına bile gerek yoktur.[1236] Ancak bir yargı yerince nihai olarak belirlenmemiş alacak hakkı, **P1–1** korumasından zaman duvarı engeli sebebiyle yararlanamayabilir.[1237] Yargı kararı o kadar kuvvetli bir kaynaktır ki, sonradan bir yasayla alacak hakkından yoksun bırakılmak **P1-1**'i uygulanabilir kıldığı gibi mülkiyet hakkının ihlaline kadar gider.[1238] Üstelik kimi vakalarda AİHM, temyizi kabil olup birinci derece yargı yerleri tarafından verilmiş alacak hakkının dahi **P1-1** kapsamında görüleceği sonucuna varmıştır. Ulusal yargı makamları önündeki uyuşmazlık temyiz aşamasındayken geriye yürürlü bir kanuni düzenleme ile ilk derece mahkemesinin lehe verdiği alacak hakkının ortadan kaldırılması hallerinde **P1-1** anlamında bir malvarlığı değerinin mevcut olduğu şüphesizdir.[1239] Buna karşılık alt derece mahkemelerinde uygulanacak hukuku belirleyen kanun hükümleri AYM tarafından iptal edildiğinde ve bu iptal kararına bağlı olarak alacaklıların haklarına yönelik yeni kanuni düzenlemeler yapıldığı süreçte AİHM önünde derdest olan dava iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabuledilemez bulunabilir. Bu durum alacak hakkı henüz kaybedilmemiş anlamına gelmektedir. Böyle bir yaklaşım, ulusal hukuka bir şans vermek ve AİHM'i kendisi için karmaşık alacak hesaplarından kurtarmak bakımından yerindedir.[1240]

1236 *S. A. Dangeville v. France*, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002; *EEG-Slachthuis Verbist v. Belgium*, App. No.60559/00, Admissibility Decision of 10 November 2005.

1237 Örneğin bkz. *Grishchenko v. Russia*, App. No. 75901/01, Admissibility Decision of 8 July 2004, para.1/b (The Law); *Zöhre Akyol v. Turkey*, App. No. 28668/03, Judgment of 4 November 2008, paras. 36-39. Benzer bir noktaya doktrinde Peukert dikkat çekiyor, Peukert, **a.g.m.**, sf: 44.

Ancak kanımca, özellikle haksız fiil ve iş kazası tipi davalarda nihai yargı kararı beklenmeden de alacak hakkının doğduğu kabul edilmelidir. Bu noktada mevzuatın niteliği önemli bir rol oynayacaktır. AİHM içtihadında, meşru beklenti kategorisi altında bu tezi destekleyecek kararlar bulunmaktadır (örneğin bkz. *Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium*, Case No.38/1994/485/567, Judgment of 20 November 1995, Series A no. 332, paras.31-32; *Draon v. France*, App. No.1513/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.65-72; *Maurice v. France*, App. No.11810/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.63-70).

1238 *Ambruosi v. Italy*, App. No.31227/96, Judgment of 19 October 2001, paras.20-34 (birinci kural uygulanır).

1239 *Smokovitis and others v. Greece*, App. No. 46356/99, Judgment of 11 April 2002, para.32.

1240 Örneğin Türkiye'de İmar Bankasına el konulmasını müteakip yaşanan hukuki gelişmeler bu duruma iyi bir örnektir. Bkz. *Yılmaz and 23 others v. Turkey*, App. No. 25789/04, Admissilibity Decision of 12 December 2006.

Alacak haklarının **P1–1** kapsamına girebilmesi için borçlunun kim olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Alacak hakkının **P1–1** kapsamında sayılması için borçlunun her halükarda bir kamu makamı olması gerekli değildir.[1241] Zira alacak hakkını **AİHS** mülkiyet hakkı çerçevesine sokan ölçüt borcun kaynağı değil, bu hakkın icra edilebilir olup olmamasıdır. Sözü edilen özellik nihai olarak bir yargılama makamı tarafından belirlendiği için, ister tahkim olsun isterse normal yargı makamları, Devletlerin bu kararın gereğini yerine getirme yükümlülükleri bulunmaktadır.[1242] Özellikle tahkim kararları açısından bu noktada, kararın metnine, ulusal hukukta ayrı bir temyize ve ayrı bir icrai prosedüre tabi olup olmadığına bakılır.[1243]

Son olarak, alacağın konusunun nakdi olması zorunlu değildir. Örneğin bir yargı kararıyla kazanılmış sosyal konuttan yararlanma hakkı da mülkiyet hakkı kapsamındadır.[1244] Aslında bu kararları aşağıda ele alınacak olan kiracılık hakları başlığı altında zikretmek mümkündür. Zira AİHM **P1-1**'in uygulanabilir olduğu sonucuna varırken birey ile kamu makamı arasında yapılan sosyal konut anlaşmasının başvurucuya bulundurma ve kullanma yetkisi verdiğini dikkate almıştır. Bu yetkiler özünde bir çeşit kira ilişkisini andırmaktadır.

Bu başlık altında zikredilmeye değer bir vaka *Nerva ve diğerleri* davasıdır. *Nerva* davasında başvurucuların tümü olay tarihinde Birleşik Krallık'ta garson olarak çalışmaktadır.[1245] Garsonların peşin olarak aldıkları bahşişler bir kutuda toplanarak kendilerine eşit olarak dağıtılmaktadır. Zamanla, bahşiş sistemi değişir; zira, bahşişler çoğunlukla kredi kartı veya çek ile ödenir olmuştur. Müşterilerin kredi kartı ve çek ile ödedikleri faturalara ekledikleri bahşişler ise işveren tarafından gar-

---

1241 Örneğin bkz. *Ülger v. Turkey*, App. No. 25321/02, Judgment of 26 June 2007; *Zöhre Akyol v. Turkey*, App. No. 28668/03, Judgment of 4 November 2008, paras. 36-38 (zaman duvarı sebebiyle kabuledilmezlik)

1242 *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, App. No.13427/87, Judgment of 9 December 1994, paras.60-62 (tahkim) (birinci kural uygulanır); *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao and others v. Portugal*, App. Nos.29813/96 and 30229/96, Judgment of 11 January 2000, para.47 (birinci kural uygulanır); *EEG-Slachthuis Verbist v. Belgium*, App. No.60559/00, Admissibility Decision of 10 November 2005; *Grishchenko v. Russia*, App. No.75901/01, Admissibility Decision of 08 July 2004, para.2 (The Law); *Regent Company v. Ukraine*, App. No. 773/03, Judgment of 3 April 2008.

1243 *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, App. No.13427/87, Judgment of 9 December 1994, paras.60-62. Krş. *Regent Company v. Ukraine*, App. No. 773/03, Judgment of 3 April 2008, para. 61.

1244 *Teteriny v. Russia*, App. No.11931/03, Judgment of 30 June 2005, paras. 48-50; *Kukalo v. Russia*, App. No. 63995/00, Judgment of 3 November 2005, paras. 59-61.

1245 *Nerva and others v. the United Kingdom*, App. No.42295/98, Judgment of 24 September 2002.

sonlara peşin olarak ödenmeyip, garsonların haftalığına eklenmeye başlamıştır. Ancak bu yöntemde işveren bahşişlerden vergi miktarı ile sigorta katkı payını düşmektedir.

Başvurucular bu gelişmeler üzerine işverenin bahşişleri ücretlerinden düşmesinin aralarındaki iş sözleşmesine aykırı olduğu iddiasıyla dava açarlar. Dava aleyhlerine sonuçlanır. Bunun üzerine garsonlar AİHM'e başvururlar. Başvurucular temelde, ulusal hukuk düzeninin çek ve kredi kartıyla ödenen bahşişleri işverenin malvarlığı içinde saymasını ve işverenin de bunu ücretten düşmesinin **P1-1**'de yer alan mülkiyet haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme incelemesine başvurucuların çek ve kredi kartı ile ödenen bahşişlerin işverenin mülkiyetinde olduğu tespitine itiraz etmediklerini gözlemleyerek başlamıştır.[1246] Zaten kredi kartı makbuzlarında sadece işverenin adı geçmektedir; yani, bahşiş alacaklısı olarak işveren gözükmektedir (para.41). Mahkemeye göre, başvurucular işe girerlerken bahşişlerin tabi olduğu usulü bilmekteydiler. Bu sebeple başvurucular ayrı bir bahşiş hakkı ve bahşişler düşülmemiş ücret hakkına sahip olduklarını gösterememişlerdir. Üstelik başvuruculların bahşişlere hakkı olduğuna dair bir meşru beklentileri de bulunmamaktadır. Dolayısıyla ücretlerinin dışındaki beklentiler için **P1-1**'e dayanmaları mümkün değildir (paras.43-44).[1247]

Bu karara hakim Loucaides muhalefet şerhi koymuştur. Loucaides'e göre, olaydaki asıl mesele çek ve kredi kartı ile ödenen bahşişlerin garsonların mı, yoksa işverenin mi mülkiyetinde olduğudur. Bu soruya ulusal yargı yerleri ve AİHM çoğunluğu işverenden yana cevap vermiştir. Bu konuda müşterilerin iradesine/amacına önem verilmesi gerektiğini söyleyen Loucaides'e göre, müşteriler, her ne usulde olursa olsun bahşiş verdiklerinde bunu işverene değil garsonlara vermektedir. Kredi kartı makbuzlarında sadece işverenin isminin bulunması sırf biçimsel bir husus olup durumun gerçekliğiyle bağlantısızdır.[1248] Kaldı ki, bu biçimsel husus, **P1-1**'in otonomisi karşısında zaten bir önem arz etmemektedir. Bu açıdan bahşiş gibi kıymetler, tarafların bu yöndeki iradelerinin açık

---

1246 Doktrinde bir makalede bu durumun avukatların stratejisinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Bkz. Shawn Tafreshi , "*Here's the Tip, Change the Law! Nerva v. United Kingdom*", **Loyala Los Angeles International and Comparative Law Review**, Vol. 27, 2005, sf:127-143, 138.

1247 *Nerva*, paras.41-43.

1248 Aynı yönde bkz. Tafreshi, **a.g.m.**, sf:130-131. Yazarın Loucaides'in muhalefet şerhini makalesinin sadece bir yerinde zikrettiğini ve fakat Loucaides'in asıl görüşlerini hiç nakletmediğini not edelim. Yazarın görüşleri ile Loucaides'in görüşleri çok benzer içeriklidir.

veya örtülü belirgin olduğu hallerde **P1–1** korumasından yararlanabilir. Zaten bahşiş hukuki açıdan hemen her ulusal hukuk düzeninde bir çeşit bağışlama (*gift or donation*) niteliğindedir.

Asıl meseleyi böylece çözen Loucaides, manûken maaş ile bahşişlerin birbirinden ayrı nitelikte olduğu sonucuna varmaktadır. Bu sebeple işverenin maaş giderlerini zaten garsonlara ait olan bahşişlerle desteklemesi mümkün değildir.[1249] Loucaides'in çoğunluğa yönelttiği eleştirilere katılmamak mümkün değil. *Nerva* kararı AİHM'in emeği önemsemediği ve çeşitli vesilelerle yukarıda işaret edilen diğer bazı kararlarıyla aynı doğrultudadır.

b) İrtifak Hakları

İrtifak hakları **P1–1** kapsamındadır. Bazı irtifak hakları devir ve intikale elverişli iken bazıları değildir. Ancak devir ve intikale elverişlilik unsurunun **P1-1**'in uygulanabilirliği için elzem olmadığı biliniyor. Bu tip irtifaklar dikkati şayan bir ekonomik bir değer oluşturmakta ve öznelerine kullanma veya semerelerden faydalanma gibi ekonomik katkılar sağlamaktadır. Bu katkı, onların parayla ölçülebilen kullanma değeri olarak düşünülebilir.[1250]

Örneğin, intifa hakkı, devredilebilir olmamasına rağmen bu tip mamelek değerleri arasındadır.[1251] *Wittek* davasında başvurucular 26/05/1986 tarihinde yapılan bir satış sözleşmesi uyarınca, Demokratik Almanya Devletinde yer alan Leipzig'de 56.000 Doğu Alman Markına bir ev almışlardır. Ev Devlete ait bir arsada inşa edilmiş olup başvurucular GDR Medeni Kanununun ilgili maddeleri uyarınca üzerinde intifa hakkı (*usufruct*) sahibidirler. Başvurucular, 26/10/1989'da, siyasal temelde ayrımcılığa uğradıklarını düşündükleri için GDR'yi terk etme işlemlerine başlamışlardır. Kendilerine verilen bilgiye göre, GDR'yi sürekli olarak terk etmek için mülkiyetlerini satış veya bağış/takas (*gift*) yoluyla elden çıkarmaları gerekmektedir. 08/12/1989'da noter senedi ile söz konusu evi bir çifte satmışlardır. Noter senedinde evin değeri olarak 120.000 Doğu Alman Markı gözükmekle birlikte, alıcı çift başvuruculara 55.000 Alman Markı (DEM) ödemiştir. Başvuruculara göre evin ve arsanın bugün-

---

1249 Bkz. *Nerva and others v. United Kingdom*, App. No.42295/98, Judgment of 24 September 2002, Dissenting Opinion of Judge Loucaides.

1250 Türk medeni hukuku açısından görüş açıklayan Bülent Köprülü – Selim Kaneti, **Sınırlı Ayni Haklar**, İÜHFY No:408, Fakülteler Matbaası, 1972-1973, sf: 10'da, sınırlı ayni hakların anayasal mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini ileri sürmektedir. Yazarlara göre, "sınırlı ayni haklar da anılan anayasal teminattan yararlanırlar."

1251 Iustinianus, **Institutiones- 2, 4** (İkinci Kitabın "İntifa Hakkı Hakkında" başlıklı Dördüncü Bölümü), sf:95-97; Köprülü –Kaneti, **a.g.e.**, sf: 66-67.

kü yaklaşık değeri 600.000 DEM'dir. Hükümet ise bu yoruma karşı çıkarak, başvurucuların arsa üzerinde mülkiyet hakkı değil, sadece intifa hakkı bulunduğunu vurgulamıştır. İki Almanya'nın birleşmesini takiben, başvurucular devrettikleri evlerini ve arsa üzerindeki intifa haklarını hem alıcılardan hem de Federal Almanya Cumhuriyeti yargı yerlerinde açtıkları davalarla geri almaya çalışmışlardır.[1252]

İncelemesine **P1-1**'in uygulanabilirliği problemiyle başlayan AİHM'e göre, **P1-1**'de geçen "mal/*possession*" otonom bir kavram olup, eşyanın fiziksel olarak sahipliğiyle sınırlı değildir; parayla ölçülebilir/*asset* olan belirli bazı haklar ve çıkarlar da "mülkiyet hakları" olarak mütalaa edilebilir ve dolayısıyla **P1-1**'in amaçları bakımından "mal/*possession*" sayılır. Mahkeme bu vakada, başvurucuların bir evin mülkiyetine ve evin bulunduğu arsa üzerinde intifa hakkına sahip olduklarını not etmektedir. Buradan hareket eden Mahkeme, söz konusu anlaşmazlığın **P1-1**'in birinci cümlesi bakımından incelenmesi gerektiği kanaatine ulaşmıştır. Başvurucular mülkiyetlerinden ve intifa haklarından ulusal yargı makamlarının kararları sebebiyle yararlanamadığına göre, olayda mülkiyet hakkına bir müdahale bulunduğu şüphesizdir.[1253]

İrtifak hakları bağlamında örnek verilebilecek bir başka hak türü münhasır balıkçılık haklarıdır. Balıkçılık haklarıyla ilgili olarak birçok şikayet Strasbourg organları önüne gelmiştir. Bunlardan biri, yukarıda *goodwill* olarak ruhsat başlığı altında ele alınmıştı. Orada başvurucu, balıkçılık ruhsatı iptal edilen bir balıkçıydı.[1254] Oysa bir de ulusal hukuklara uygun olarak belirli iç sularda münhasır balıkçılık hakları maliki olarak kişi ve kuruluşların açtığı davalar gözlemlenebilmektedir. Bu davalarda ana şikayet konusu, münhasır balıkçılık haklarına istisna getirilmesi veya bu hakların sınırlandırılmasıdır. Dikkatli bir gözle bakıldığında münhasır balıkçılık hakkı ya belirli bir toprak sahipliğine bağlıdır[1255] ya da ulusal mevzuatça öngörülmüş bir statüye.

Münhasır balıkçılık haklarıyla ilgili ilk kararlardan biri *Löparo* başvurusudur. Başvurucu örgüt Baltık Denizindeki çeşitli kişilere ait balıkçılık sularını idare etmektedir. Balıkçılık bölgesinin belirli bir kesimi başkalarına olta balıkçılığı yapmaları için kiralanmaktadır ve bundan kayda

---

1252 *Wittek v. Germany*, App. No.37290/97, Judgment of 12 December 2002, paras.10-15.

1253 *Wittek v. Germany*, paras.42-46.

1254 *Storksen v. Norway*, App. No.19819/92, Admissibility Decision of 5 July 1994, **DR Vol. 78-A**, sf:88-96

1255 Örneğin bkz. *Johtti Sapmelaccatry and others v. Finland*, App. No.42969/98, Admissibility Decision of 18 January 2005; *Alatulkkila and Others v. Finland*, App. No. 33538/96, Judgment of 28 July 2005.

değer bir gelir elde etmektedir. Daha sonra kabul edilen bir kanun uyarınca olta balıkçılığı herkes için bir ruhsat ya da izne tabi olmasızın serbest hale getirilmiştir. Bu serbestinin amacı halkın boş zaman faaliyetlerini değerlendirmesi için fırsat yaratmaktır. Olta balıkçılığı kural olarak münhasır hak sahibinin haklarına zarar vermemektedir. Bununla birlikte, bir zarar ortaya çıktığında, bunun tazmin edilmesi mevzuatça öngörülmüştür.[1256]

Başvurucu örgüt münhasır balıkçılık haklarından yoksun bırakıldıklarını ve kanun yüzünden balıkçılık kirası elde edemeyecek olmalarının **P1-1**'i ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvuruculara göre, ulusal hukukta yer alan tazminat klozu yeterli giderim sağlamamaktadır. İddialara göre zarar ile maksimum tazminat miktarı arasındaki fark büyüktür. Komisyon münhasır balıkçılık hakkının olta balıkçılığı için olsa bile sınırlanmasını **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkına bir müdahale olarak algılamıştır.[1257]

Bir kolektivite olarak yerli halkların, yaptıkları başvurularda sahip oldukları münhasır avcılık, balıkçılık ve besicilik haklarının kısıtlanmasının **P1–1** ve adil yargılanma hakkı (Madde 6) açısından gündeme getirdikleri çeşitli vesilelerle gösterilmişti. Bu sebeple burada genel yollama yapmakla yetinilebilir.[1258]

Bir kolektivite olarak olmasa bile, Samiler tarafından yapılmış ve yine balıkçılık irtifakının kaldırılmasına veya daraltılmasına yönelik daha yakın tarihli başvurular da bulunmaktadır. Örneğin, *Johtti Sapmelaccatry vd.* başvurusu bu minvaldedir. Bu davada başvurucular Sami kültürünü geliştirme derneği ile bu derneğin üyesi çeşitli gerçek kişilerdir. Başvucular, Finlandiya mevzuatında yapılan değişiklikle Devlete ait sularda toprak sahibi olmayan Samilerin balıkçılık hakkının anayasal güvenceden mahrum bırakıldığını ve Sami olmayan yerel halka da balıkçılık yapma hakkının tanınmasının toprak sahibi olmayan Samilerin hukuki durumunu zayıflattığını ve bunun da **P1-1**'in ihlali olduğunu ileri sürmüşlerdir. Kısacası, Devlete ait sularda münhasır balıkçılık hakkının

---

1256 AİHK başvurucuların sahip oldukları münhasır balıkçılık hakkının bölgedeki bireysel mülkiyet sahiplerinin müşterek mülkiyeti (*joint ownership*) olduğunu kabul etmiştir. Bkz. *Löparo Fiskevattenagareförening v. Sweden*, App. No.11766/85, Admissibility Decision of 9 March 1989, para.1 (The Law).

1257 *Löparo*, Admissibility Decision of 9 March 1989, para.4 (The Law).

1258 *Könkama and 38 other Saami Villages v. Sweden*, App. No.27033/95, Admissibility Decision of 25 November 1996, **DR Vol. 87-A**, December 1996, sf:78-89, özellikle 85; *Muonio Saami Village v. Sweden*, App. No.28222/95, Admissibility Decision of 15 February 2000.

kalkmasının mülkiyet hakkına aykırılığı gündeme getirilmiştir. Mahkeme başvuruların iddialarını kabul etmemiştir. Mahkemeye göre, ulusal yasa değişikliğinin amacı, diğerlerinin yanı sıra, Samilerin de haklarını korumaktır. Ortada bu değişikliğin başvuruların haklarını olumsuz olarak etkilediğine dair bir veri bulunmamaktadır. Bu sebeplerle mülkiyet hakkına bir müdahalede bulunulduğu gösterilememiştir.[1259]

Bireylerin sahip oldukları sularda yaptıkları balıkçılık faaliyetlerinin kamu makamlarınca sınırlanması örnekleri de bulunmaktadır. *Alatulkkila vd.* davasında başvurucular, kendilerine ait iç sularda sahip oldukları balıkçılık zaman, alan, malzeme ve balık türleri açılarından sınırlanmasının mülkiyet hakkın ihlali olduğunu öne sürmüşlerdir. Mahkemeye başvuruların kendilere ait sularla bağlantılı olan balıkçılık haklarının **P1-1** kapsamına girdiğinden hiç şüphe duymadan, olaydaki sınırlamaların **P1-1/2** anlamında kontrol tipi bir müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir.[1260]

Çeşitli Devlet hukuklarında yer alan belirli tip irtifak haklarına ilişkin Strasbourg organlarının bu kararlarından devinerek henüz içtihada konu olmamış tipteki irtifak haklarının da **P1-1** korumasından yararlanabileceği sonucuna varılabilir.

c) Kiracılık Hakları

Bir nevi alacak hakkı niteliğinde olan kira sözleşmesine dayalı haklar da, tıpkı alacak ve irtifak hakları gibi, **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilir. Elbette kira sözleşmesinin diğer tarafının kamu tüzel kişisi olması gerekli değildir. Strasbourg organları önünde kira ilişkisinden kaynaklanan çeşitli davalar görülmüştür.

Bunlardan *Posti ve Rahko* davasında başvurucular, bir sözleşmeyle Devlete ait kıyı sularında balıkçılık yapma hakkını elde etmişlerdir. Bu sözleşme meri iken Devlet balıkçılık haklarını zaman, alan, malzeme ve balık türleri açılarından sınırlayan bazı hukuki düzenlemeler yapmıştır. Başvucular AİHM önünde mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Hükümet savunmasında, ilk olarak, başvuruların mülkiyet hakkına sahip olmadığını ileri sürmüştür. AİHM hemen hemen hiçbir tartışma yapmadan başvuruların **P1–1** anlamında mülkiyet hakkına sahip olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, başvuruların Devlete ait

---

1259 *Johtti Sapmelaccatry and others v. Finland*, App. No.42969/98, Admissibility Decision of 18 January 2005. Bu arada bir not olarak eklenmelidir ki, derneğin mağdur statüsü Mahkemece kabul görmediği için kendisi bakımından bir inceleme yapılmamıştır.

1260 *Alatulkkila and Others v. Finland*, App. No. 33538/96, Judgment of 28 July 2005, para. 66. Bu kararı aşağıdaki *Posti ve Rahko* kararı ile krş.

sularda belirli tip balıkçılık yapma yönündeki kira sözleşmesi **P1–1** anlamında mülkiyet oluşturur.[1261]

Aynı yöreden gelen ilginç bir başvuru olan *Bruncrona* davasında ise, AİHM önünde başvuruların sahip oldukları hakkın niteliği tartışma konusu olmuştur. Başvurucular, 300 yüzyıllık tarihten gelen bir mülkiyet ya da intifa (*usufruct*) hakları olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme, uyuşmazlığı tamamen ulusal yargı yerlerine bırakmış ve başvuruların mülkiyet ya da intifa hakkına sahip olmadığını kabul etmiştir. Ancak AİHM, yine ulusal yargı yerlerinin kararları temelinde, başvuruların tarihsel kira sözleşmesinden kaynaklanan hakları bulunduğunu ve bunun **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini belirlemiştir.[1262]

Stretch v. Birleşik Krallık davasında ise başvurucu yetkili yerel idareyle hafif sanayi tesisleri yapmak ve bunların bir kısmını üçüncü kişilere kiralamak hususunda 22 yıl süreli bir sözleşme yapmıştır. Söz konusu sözleşme sona erdiğinde 21 yıl için daha uzatma klozu içermektedir. Başvurucu bu imkanı kullanmak için bildirimde bulunduğunda yetkili yerel idare, söz konusu klozun sözleşmeye eklenmesinin yetki aşımı (*ultra vires*) olduğu ve dolayısıyla geçersiz olduğu gerekçesiyle başvurunun talebini reddetmiştir. Ulusal yargı makamları, yerel idarenin tasarrufunu onaylamıştır. Uyuşmazlık önüne geldiğinde AİHM başvurucunun sözleşmenin uzatılmasına yönelik meşru bir beklentisi olduğuna ve giderek **P1-1**'in uygulanabilir bulunduğuna karar vermiştir. AİHM'e göre, başvrucu yerel idareyle sözleşme yaparken, bu sözleşmenin uzatılması olasılığına önem vermişti ve her iki taraf da bunu engelleyen bir hukuki engelin farkında değildi. Başvurucu 22 yıllık sürede sözleşmenin üzerine düşen bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş ve üçüncü kişilere kiralayarak gelir elde etmiştir. Bu kira gelirlerinde yararlanma konusunda sözleşmenin uzatılması temelinde açık bir beklentisi oluşmuştur ve hatta bu konuda üçüncü kişilerden alınacak yeni kira bedellerini de yetkili yerel idarenin onayına sunmuştur. Önce bu onayı veren idare, ancak son aşamada yetki aşımı itirazını dile getirmiştir. Bütün bu koşulları birlikte ele alan AİHM, başvurucunun sözleşmenin uzatılması konusunda en azından meşru bir beklentisi bulunduğunu ve bunun da **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girdiği sonucuna varmıştır.[1263]

1261 *Posti and Rahko v. Finland*, App. No.27824/95, Judgment of 24 September 2002, para.76. Bu kararın ölçülük aşamasına Üçüncü Bölümde değinilecektir.

1262 *Bruncrona v. Finland*, App. No.41673/98, Judgment of 16 November 2004, paras.74-79.

1263 *Stretch v. the United Kingdom*, Judgment of 24 June 2003, paras.33-35 (uygulanabilir cümlenin önemi yok, para.36.).

C) Miras Hakkı

Miras hakkı, **P1–1** açısından önemli malvarlığı değerleri arasındadır. Strasbourg organları önünde konuyla ilgili birçok dava görülmüştür. Miras hakkı, **P1–1** anlamında mülkiyet hakkının kapsamına giren önemli bir unsurdur. Ancak zaman duvarı sebebiyle miras hakkını muris ölmeden ve miras açılmadan önceki aşama ile ölüm sonrası aşamayı birbirinden ayırmak suretiyle ele almak gerekir.

Miras hakkının zaman bakımından etkisi muris ölmeden ve miras açılmadan mirasçının **P1–1** karşısındaki hukuki statüsünün ne olacağında odaklaşmaktadır. Miras açılmadan önce bir kişi, sadece potansiyel mirasçıdır. Medeni hukuk doktrininde bu durumun hukuki niteliği oldukça ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Prensipte, muris ölmeden potansiyel mirasçılığın medeni hukuk anlamında bir malvarlığı hakkı olarak kabul edilmediği söylenebilir. Zira buradaki hak, bir beklenen hak (*Anwartschaftsrecht*) olmayıp (**P1–1** terminolojisinde meşru beklenti), sırf kuru umuttan ibarettir. Muris malvarlığı üzerinde potansiyel mirasçılarını hesaba katmadan dilediği gibi tasarruf edebilir.[1264] Potansiyel mirasçı bekleme durumundadır (*Anwartschaft*).[1265]

Medeni hukuk açısından yapılan bu açıklamalar büyük ölçüde **AİHS** mülkiyet hakkı için de geçerlidir. Zaman duvarı sebebiyle potansiyel mirasçının miras hakkı, muris ölmedikçe **P1–1** tarafından korunmaz. Hatta AİHM, zaman duvarını yaratan yaklaşımını bir miras uyuşmazlığında ortaya koymuştu.[1266]

Diğer yandan, potansiyel mirasçı saklı paya sahipse, bu durumda onun durumunun saklı payı hiç olmayan bir kişiye göre daha kuvvetli olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Saklı paya sahip mirasçının medeni hukuk anlamında beklenen hakka sahip olduğu söylenebilir. Murisin saklı pay üzerinde ölüme bağlı işlem yoluyla tasarruf yetkisi yok denecek kadar kısıtlıdır.[1267] **AİHS** özelinde ise, ilk bakışta, medeni hukuktan farklı olarak, saklı paya sahip olan potansiyel mirasçının durumunu meşru beklenti kategorisi altına sokmak oldukça güç gözükmektedir. Zira, **P1–1** özelinde meşru beklenti kategorisi, medeni hukuklarda ya da idare hukukunda olduğunun tersine, kazanılmış hak unsurlarını gerektirmektedir. Ancak ilk görünüşün aksine, saklı paya sahip olan potansi-

---

1264 Genel olarak bkz. Ayiter, **Mamelek**, sf:117; Serozan-Engin, **Miras Hukuku**, sf:27, 54-56; Antalya, **a.g.e.**, sf:37-44, özellikle 41-42; Akkanat, **a.g.e.**, sf:4-7.

1265 Antalya, **a.g.e.**, sf:44.

1266 *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, Series A 31. Ayrıca bkz. *Cyprus v.Turkey*, App. No.25781/94, Judgment of 10 May 2001, para. 270.

1267 Ayiter, **Mamelek**, sf:117. Krş. Antalya, **a.g.e.**, sf:42-44.

yel mirasçı bu statüsünü ulusal hukuk çerçevesinde kazandığı için, son tahlilde ortada ulusal hukuka uygun olarak az veya çok güvenceye bağlanmış bir hukuki pozisyon bulunmaktadır. Bu pozisyonun, ulusal hukuktaki dayanağı ve güvenceleri ölçüsünde, saklı payı hiç olmayan mirasçıya göre, **P1-1** korumasından faydalanabileceği ileri sürülebilir.

1979 tarihli *Marckx* davasında Mahkeme, evlilik dışı doğan çocuğun anne ile olan nesep bağı ve buradan hareketle mirasçılık durumunu **P1-1** açısından ele almıştır. O dönemde yürürlükte bulunan Belçika mevzuatına göre, gayri meşru çocuğun annesi ile nesep ilişkisinin kurulmuş olması çocuk ve annesinin kanuni mirasçılık (*inheritance on intestacy*) ve ölüme bağlı tasarruf yoluyla iradi mirasçı (*voluntary dispositions*) atanması meselelerindeki hakları üzerinde sınırlı bir etkiye sahiptir (paras.8-13, 15). Buna göre nesebi tanınmış evlilik dışı çocuğun kanuni miras hakkı evlilik içi çocuktan daha azdır ve üstelik önünde bazı usuli engeller bulunmaktadır. Ölüme bağlı tasarruflar hususunda da durum farklı değildir. Sağlar arası kazandırıcı işlem (*dispositions inter vivos*) veya vasiyetname yoluyla bile evlilik dışı çocuğa, kanuni miras hakkından fazlası bırakılamaz (paras.17-18). Başvuruculara göre iç hukuk düzenlemeleri **AİHS**'in 8. Maddesini ihlal etmektedir. Ayrıca söz konusu mevzuat hükümleri murisin tasarruf yetkisini sınırladığı için de **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı hem bir başına hem de **AİHS**'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesiyle birlikte ihlal edilmiştir (para.49).[1268]

Evlilik dışı doğan mirasçının miras hakkı bakımından yapılan incelemede AİHM'e göre, **P1–1** "bir kişinin" mülkiyetinin müdahalesiz kullanılması dışında bir hak bahşetmiş değildir. Hal böyle **P1–1**, olunca sadece bir kişinin mevcut malları/mülkiyeti üzerinde rol oynayabilir ve kanuni miras hakkı veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla mülkiyete/mala sahip olmayı güvence altına almaz. Bu sebeple mirasçı bakımından mülkiyet hakkı uygulanabilir nitelikte değildir ve buna bağlı olarak **AİHS** Madde 14'te düzenlenen ayrımcılık yasağı mülkiyet hakkıyla birleşemez.[1269]

P1-1'in uygulanabilir olmadığını bulgulayan Mahkeme, mirasçının miras hakkının **AİHS**'in aile yaşamına saygıyı düzenleyen 8. Maddesinin kapsamına girip girmediğini de ele almıştır. Mahkemeye göre, aile yaşamına saygı hakkı miras hakkını kapsamaktadır. Bu konuya zaman duvarının yarattığı zaafiyetin diğer haklarca telafisi ihtimalinin ele alındığı yerde değinilmiş olduğu için burada tekrar ele alınmayacaktır.

1268 *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, paras.8-18, 49.

1269 *Marckx*, para.50. Aynı yönde olarak bkz. *Merger and Cros v. France*, App. No. 68864/01, Judgment of 22 December 2004, paras.37-38.

Bununla birlikte yakın akrabalar arasındaki miras hakları/kanuni miras aile yaşamıyla son derece yakından bağlantılıdır. Aile yaşamı sadece sosyal, ahlaki veya kültürel ilişkileri içermekle kalmaz, saklı pay kurumu gibi maddi çıkarları da kapsar. Her ne kadar miras hakları murisin ölümüne kadar uygulanmazsa da, bu demek değildir ki bu konuda ölüm öncesi hiçbir sorun çıkmaz. Terekenin dağıtımı/paylaştırılması vasiyetname veya bağışlama gibi sağlararası kazandırıcı tasarruf yoluyla *(avance d'hoirie)* çözülebilir ve hatta çözülmesi adil olur. Sonuç olarak miras hakları aile yaşamının göz ardı edilemeyecek bir unsurudur (para.52).

Yine de Madde 8 çocuğa ebeveynlerinin ve diğer yakın akrabalarının terekesinden pay almasını gerektirmemektedir. Taraf Devletlerin bu konuda geniş bir takdir marjları vardır ve Belçika iç hukukunun öngördüğü kısıtlamalar, bir başlarına **AİHS**'in 8. Maddesini ihlal etmemektedirler. Aynı yaklaşım, ölüme bağlı tasarruflar için de geçerlidir (para.53).

Buna rağmen, bütün bu mevzuat evlilik için-evlilik dışı çocuklar arasında bir ayrım yaptığı için, **AİHS**'in 8. Maddesiyle bağlantılı olarak 14. Maddenin ihlal edildiği ileri sürülebilir. Hükümet savunmasında miras hakları bakımından evlilik içi-evlilik dışı çocuklar arasında yapılan bir ayrımcılığı meşru kılacak makul ve objektif bir açıklama yapamadığından ve gerekçe gösteremediğinden **AİHS**'in 14. Maddesi ihlal edilmiştir (paras.54-59).[1270]

Kararın gösterdiği üzere, evlilik dışında doğan çocuğun tanımaya bağlı olarak ulusal hukukta belli bir miktar payı edinme hakkına kavuştuğu

---

1270 *Marckx*, paras.52-59. *Marckx*'ı aynen takip eden daha yeni bir hüküm olarak bkz. *Merger and Cros v. France*, App. No. 68864/01, Judgment of 22 December 2004, paras. 46-50.

AYM evlilik içinde doğan çocuklar ile evlilik dışında çoğan çocuklar arasında babaya mirasçı olmaları bakımından yapılan ayrımın AY'nin mülkiyet hakkını düzenleyen 35. Maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. AYM'nin ifadesi şöyledir: "Medeni Kanunun itiraza konu 443. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, nesebi sahih olmayan çocuklar veya onların füruu (altsoyu), babalarının nesebi sahih olan çocukları ile birlikte bulunurlarsa, miras konusunda nesebi sahih olan bir çocuğa veya bunun füruuna isabet edebilecek miktarın yansını alırlar. Buna göre mirasın ikili birli paylaşımı kuralı ile de kamu yararı amacından ziyade evlilik içinde doğan çocuklara bir üstünlük sağlama amacına yöneldiği ortadadır. Bunun evlilik içinde doğan çocuklara daha fazla değer verilmesinin sonucu olduğu ve evlenme kurumunun üstün tutulması ilkesinden meydana geldiği ileri sürülebilir ise de, bu nedenler ayırım yaratılmasına dayanak olamaz. Gerçekten bu farklı uygulamanın evlilik dışı birleşmeleri önlemediği de Medeni Kanunun kabulünden bu yana çıkarılan nesebin idari yoldan düzeltilmesini sağlayan af kanunları ve evlenme akdine dayanmayan birleşmelerin sayısından anlaşılmaktadır. Bu suretle itiraz konusu kuralın evlilik dışında doğan çocukların miras haklarında ayırma ve kısıntıya neden olduğu ortaya çıktığından açıklanan nedenlerle anılan hüküm Anayasanın 35. maddesine aykırı düşmektedir" (bkz. Esas sayısı: 1987/1, Karar sayısı: 1987/18, Karar günü: 11/9/1987.

kesin olmakla birlikte, bu hak, **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlayacak ölçüde kazanılmış hak ya da meşru beklenti oluşturmamaktadır. Gerçi 1979'da, Strasbourg organları henüz meşru beklenti kategorisini yaratmamışlardı. Ancak *Marckx* kararının halen geçerliliğini koruduğu düşünüldüğünde, bu durumun bir farklılık teşkil etmediği açığa çıkmaktadır.

Sadece miras açılınca, medeni hukuk anlamında tam hakkın tüm unsurları (*Vollrecht*) gerçekleşmiş olur. Mirasçı murisin bütün hak ve borçlarına malik olur. Nitekim, evlilik dışı çocuk statüsünde olan bir mirasçının, evlilik içinde doğan kardeşine göre miras bakımından dezavantajlı durumda olmasının, **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı bakımından Sözleşmenin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesine aykırı olduğunu ileri sürdüğü *Inze* davası bu hususu açığa çıkartmaktadır. AİHM burada, miras miktarından kaynaklanan ayrımcılığın mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini, murisin ölmüş olduğunu ve dolayısıyla olayda **P1-1**'in uygulanabilir olduğunu belirlemiştir.[1271]

Gerçi çok yakın tarihli bir kabuledilebilirlik kararında Mahkeme, bu çıkarımı şüpheye düşerecek bir karar vermiştir. *Tamar* davasında başvurucu, annesinin ölümü üzerine kardeşiyle birlikte birçok gayrimenkul hissesine iştirak halinde malik olur. Ancak kardeşiyle terekenin idaresinde ve paylaşılmasında anlaşmazlığa düşer ve bu sebeple ulusal hukukta ilgili davaları açar. Başvurucu AİHM önünde, **P1-1**'deki mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Mahkeme ise, çok ilginç bir şekilde, *Marckx* kararının 50. paragrafına atıf yaparak **P1-1**'in kanuni miras hakkı veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla mülkiyete/mala sahip olmayı güvence altına almadığını belirtmiş ve başvuruyu konu bakımından temelsiz bulmuştur.[1272] Garip olan husus şu ki, başvurucu, şikayet tarihinde tereke üzerinde 20 yıllık malikti. Türk hukukuna göre, miras murisin ölümüyle derhal mirasçılara geçer ve bunlar tereke üzerinde iştirak halinde malik olurlar. Bu durumda, başvurucu mülkiyet hakkına sahipti. Dolayısıyla, eğer illa bir atıf yapılacaksa, bu *Inze* davasına olmalıydı. Bir not olarak ekleyelim ki, kararda bu vahim hukuk hatası hiç de mutat olmayan şekilde, raportör hakimin görüşü olarak yansıtılmıştır.[1273] Eğer basit bir

---

1271 *Inze v. Austria*, Case No.15/1986/113/161, Judgment of 28 October 1987, paras.38-40. Ayrıca **P1-1** ile Madde 14 ihlali bulunan diğer hükümlere örnek olarak bkz. *Mazurek v. France*, App. No. 34406/97, Judgment of 1 February 2000, para. 42, 54-55; *Merger and Cros v. France*, App. No. 68864/01, Judgment of 22 December 2004, paras. 32-33

1272 *Tamar v. Turkey*, App. No.15614/02, Partial Admissibility Decision of 13 May 2004, para.2 (The Law).

1273 "The Rapporteur recalls that Article 1 of Protocol No.1 does no more than enshrine the right of everyone to the peaceful enjoyment of "his" possessions, that consequently it applies only to a person's existing possessions and that it does not

cümleyle içtihatta bir yenilik yarattığını kabul etmeyeceksek, bu kararı bir adli kaza olarak nitelemek AİHM'in ciddiyetine duyulan güvenin zedelenmemesi için gereklidir.

Mirasçı olma hakkına ilişkin ilginç davaların çoğu Türkiye'ye karşı açılmıştır. Bunlardan Kıbrıs Rum Kesiminin açtığı devletlerarası davaların dördüncüsünde, Mahkeme, güneyde yaşayan Rumların, müteveffa cedlerinden kendilerine miras yoluyla intikal eden taşınmazlardan faydalanamadığını tespit ederek, bu kişilerin miras haklarının ihlal edildiği vargısına ulaşmıştır.[1274]

Türkiye'ye karşı Ermeni asıllı bazı vatandaşlarca yapılan başvurular da miras hakkına ilişkin ilginç davalar arasındadır. Yedikule Surp Pirgiç Ermeni Hastanesi Vakfının üyeleri olan başvurucular, adı geçen Vakfa bir kişinin vasiyetname yoluyla mal bırakma iradesinin ulusal yargı kararlarıyla engellenmesi ve nihayetinde müteveffanın terekesinin medeni hukuk kurallarına göre Hazine'ye intikal ettirilmesinin **P1-1**'i ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, müdahale bulunmadığı gerekçesiyle **P1-1**'i uygulanabilir görmemiştir.[1275] Bu dava vesilesiyle söylenebilir ki, özel hukuk kuralları uyarınca görülen miras uyuşmazlıkları Devletin sorumluluğunu kolay kolay doğurmamaktadır.

Mirasçı, tereke dahilinde mallar üzerinde bir hakkı olduğunu ulusal hukukça tanınan belgelerle göstermek durumundadır. Otonom kavramlar doktrini uyarınca bu belge teknik bir ispat aracı olmak zorunda olmasa dahi, hakkın mevcudiyetini göstermeye yetecek içerikte olmalıdır. Yabancı uyruklu kişilerce Türkiye'ye karşı açılmış çok yeni tarihli *Apostolidi ve diğerleri* davasında verdiği kararında AİHM, başvuruculaların uyuşmazlık konusu arazinin mirasçı sıfatıyla adlarına tescil edilmesini sağlayacak hiçbir geçerli belgeleri olmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkı-

---

guarantee the right to acquire possessions whether on intestacy or through voluntary dispositions (see *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, no. 31, p. 23, § 50)." Bkz. *Tamar v. Turkey*, para.2 (The Law). Muhtemelen bu bir yazım hatasıdır. Raportörün görüşü Mahkemece aynen benimsendiği için olsa gerek, "raportör" kelimesinin geçtiği yerler "mahkeme" olarak değiştirilirken biri atlanmış olmalıdır. Bu dava 18 Temmuz 2006 tarihinde makul sürede yargılanma hakkı bakımından Madde 6 ve 13'ün ihlali ile sonuçlanmıştır. Mahkeme manevi tazminat kaleminden 6.000 Euro'ya hükmetmiştir. Bkz. *Tamar v. Turkey*, App. No.15614/02, Judgment of 18 July 2006.

1274 *Cyprus v.Turkey*, App. No.25781/94, Judgment of 10 May 2001, para. 270.

1275 *S. Ö., A. K. and Ar.K. v. Turkey*, App. No.31138/96, Admissibility Decision of 14 September 1999, para.1 (The Law). AİHM'e göre şikayet konusu bireyler arası bir uyuşmazlığa ilişkindir ve Hazine'nin ulusal yargı makamları önündeki yargılamanın tarafı olması bu durumu değiştirmez. Zira bütün Devletlerde kişiler arası mülkiyet uyuşmazlıklarını çözecek kurallar bulunmaktadır. Bu sebeple, bu tip davalarda, mülkiyet hakkının ve miras haklarının içkin yasal sınırlarından kaynaklanan mülkiyetin bir diğer kişiye intikali **P1–1** c. 2 anlamında mülkiyetten yoksun bırakma sayılamaz.

nın ihlal edilmediğine karar vermiştir.[1276] Diğer yandan aynı davada AİHM, geçerli bir veraset ilamının **P1-1**'ce korunan malvarlığı değeri yarattığını kabul etmiştir. *Inze* kararına atıf yapan AİHM'e göre, söz konusu veraset ilamının sonradan iptali mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturur.[1277]

Oldukça yakın tarihli *Apostolidi ve diğerleri* kararı sanki mirasçı bakımından mülkiyet hakkının doğumunu geçerli bir veraset ilamının varlığına bağlamış gibidir. Ancak böyle bir çıkarım miras hakkı ile veraset ilamı kurumlarının işlevleriyle pek bağdaşır nitelikte değildir. Zira, miras hakkı veraset ilamıyla doğmaz. 2008 yılı başında karara bağlanan *Nacaryan ve Deryan* davasıyla AİHM *Apostolidi* kararının belirsiz bıraktığı bu meseleyi kayda değer ölçüde berraklığa kavuşturmuştur. *Nacaryan ve Deryan* davasında başvurucular yine yabancı uyruklu kişilerdir. Ancak bu kez başvurucuların geçerli bir veraset ilamı bulunmamaktadır. Mahkeme müteveffa ile başvurucular arasındaki nesep bağı ve giderek ardıllık ilişkisi kesin bir şekilde kurulmuş olduğundan, başvurucuların veraset ilamına hiç sahip olmamış bulunmalarının bir sorun doğurmayacağına karar vermiştir. Zira başvurucular taşınmazlarda mirasçılık statüsünün tanınması için bütün gerekleri yerine getirmiş oldukları için karşılıklılık ilkesi sebebiyle mirasdan yoksun bırakılmalarını öngörmeleri kolay değildir. Kısacası, başvurucuların mirasçı olmak yönünde meşru bir beklentileri bulunmaktadır.[1278]

Murisin durumuna gelince, o mirasçıdan farklı olarak, malvarlığı üzerinde miras kurumu bağlamında, saklı paylar istisnası dışında, istediği gibi tasarruf etmekte özgürdür.[1279] Türk Anayasası çerçevesinde görüş açıklayan Kaneti'nin deyişiyle "(b)u özgürlük, miras bırakana mirasın geçişini kendi iradesiyle belirlemek olanağını verir. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğü, bir veya birden fazla mirasçıyı seçme, paylarını belirleme ve ayrıca vasiyette bulunma yetkisini kapsar. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğü, yalnız tek yanlı bir işlem olan vasiyetname yap-

---

1276 *Apostolidi and others v. Turkey*, App. No. 45628/99, Judgment of 27 March 2007, para. 67.

1277 *Apostolidi and others v. Turkey*, paras. 68-69.

1278 *Nacaryan and Deryan v. Turkey*, App. No. 19558/02 and 27904/02, Judgment of 8 January 2008, paras. 51-57, özellikle 56.

1279 Ulusal anayasa düzleminde bkz. Selim Kaneti, "*Türk Miras Hukukunun Anayasal Temelleri*", **İÜHFM**, Cilt: LIV, Sayı: 1-4, 1991-1994, sf:237-244, özellikle 237-238, 240-241. Eklenmelidir ki, medeni hukuk anlamında murisin miras bırakma hakkı, Kaneti'nin makalesi dışında Türk hukuk doktrininde pek işlenmemiş bir konudur. Örneğin bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, sf:9-10 (bu konuda görüş açıklamaları ile bir sempozyumdan notlar bulunmaktadır); Serozan-Engin, **Miras Hukuku**, sf:27, 34, 37; Dural-Öz, **Miras Hukuku**, sf:3.

mayı değil, miras sözleşmesini de içerir...."[1280]. Tıpkı anayasal boyutta olduğu gibi, miras bırakma hakkı **AİHS** tarafından korunmaktadır. *Marckx* kararı burada da konuyu somutlaştırmaya yardımcı olacaktır.

Marckx davasında miras bırakan, evlilik dışında doğan kızı lehine ancak sınırlı olarak tasarrufta bulunabilmesinin, hem tek başına hem de ayrımcılık yasağı ile birlikte, **AİHS**'in 8. Maddesi ile **P1-1**'i ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, Madde 8'in anneye, mülkiyetini/mamelekini kızına külliyen intikal ettirme (*complete freedom to give*) veya miras bırakma özgürlüğünü güvence altına almadığını belirtmektedir. Mahkeme, Taraf Devletlerin normal bir aile yaşamına izin veren araçları seçmekte geniş bir takdir marjları olduğunu hatırlatmaktadır ve külli intikal özgürlüğü normal aile yaşamının vazgeçilmez öğesi değildir (paras.60-61).

Diğer yandan, bu hususta evli anneler ile evli olmayan anneler bakımından getirilen farklılık (*distinction*), tıpkı evlilik içi-evlilik dışı çocuklar arasında yapılan ayrımcılık gibi, annenin miras hakları bakımından sorun doğurmaktadır. Hükümet savunmasında annenin miras hakları bakımından evli anneler ile evli olmayan anneler arasında yapılan bir farklılığı meşru kılacak makul ve objektif bir açıklama yapamadığından ve gerekçe gösteremediğinden, 8. Maddeyle birlikte ele alındığında, **AİHS**'in 14. Maddesi ihlal edilmiştir (para.62).

Miras bırakanın miras bırakma hakkının mülkiyet hakkı kapsamına girip girmediği hususunda ise Mahkeme, **P1-1**'in, herkesin mülkiyetinden barışçıl şekilde yararlanma hakkını tanımakla aslında mülkiyet hakkını koruduğunu kabul etmiştir. Bir kişinin mülkiyeti üzerinde tasarruf etme hakkı da, mülkiyet hakkının geleneksel ve temel boyutudur (para.63). Bununla birlikte, Devlet genel yarar uyarınca bir kişinin mülkiyetinin kullanılmasını kontrol edecek düzenlemeler yapabilir. Mahkemeye göre, **P1–1/2**, Taraf Devletleri bir müdahalenin "gerekliliği" hususunda tek yetkili kılmıştır. "Genel yarar" bazı durumlarda yasamayı sağlar arası kazandırıcı işlemler veya vasiyetname alanlarında "mülkiyetin kullanılmasının kontrol edilmesine" sevkedebilir. Sonuç olarak, miras bırakanın şikayet ettiği sınırlama bir başına **P1-1**'e aykırı değildir (paras.63-64).

Ancak, söz konusu sınırlama sadece evli olmayan annelere uygulanmakta ve fakat evli annelere uygulanmamaktadır. Evli anneler ile evli olmayan anneler arasındaki bu farklılık (*distinction*), Hükümet bu farklılığı destekleyen özel bir argüman gösteremediği için ayrımcıdır. Mahkeme farklılığı meşrulaştırıcı bir "genel yarar" ya da objektif ve makul gerekçe

---

[1280] Kaneti, **a.g.m.**, sf:240 (dipnot çıkartılmıştır).

görememektedir. Bu durum, mülkiyet hakkıyla birlikte ele alındığında **AİHS**'in 14. Maddesini ihlal etmektedir (para.65).[1281]

Karardan anlaşılacağına göre, murisin miras bırakma hakkı **P1–1** kapsamındadır.[1282] Ama daha ilginci, miras bırakma hakkı, aynı zamanda **AİHS** Madde 8 kapsamına da girmektedir. Mahkeme, her iki hak özelinde de incelemesini sonuna kadar sürdürmüş ve bu haklarla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını düzenleyen Madde 14'ün ihlal edildiğini bulgulamıştır. Aslında Mahkemenin murisin miras bırakma hakkı bakımından Madde 8'i uygulaması oldukça makuldür. Zira miras, ailenin devamı ve güvenliği için elzem nitelikte bir kurumdur.[1283] Madde 8 çerçeve-

---

1281 *Marckx*, paras.60-65.

1282 Karara çok sayıda muhalefet şerhi eklenmiştir. Sir Gerald Fitzmaurice'e göre, Mahkeme, çoğunluk görüşünde Madde 8'in miras ve diğer ekonomik hususları içerir şekilde yorumlanmasında ifrata kaçıldığı hissine kapıldığı için **P1-1**'e başvurmuştur. Oysa **P1–1** metni okunduğunda görülmektedir ki, mülkiyet hakkı miras veya tasarruf/sona erdirme haklarını vermez. Zaten Sözleşme yapıcıları aksi şekilde düşünseydi, Maddeyi farklı şekilde formüle ederlerdi. Fitzmaurice göre, Mahkemenin **P1-1**'i geniş yorumlaması iki varsayıma dayanmaktadır; ancak, bu varsayımların hiçbiri söz konusu geniş yorumu çıkarsamayı meşrulaştırmaz. Mahkemenin birinci varsayımı, **P1-1**'in "herkesin mülkiyetinden barışçıl şekilde yararlanma hakkını tanımakla aslında mülkiyet hakkını koruduğunu" kabul etmesidir. Her ne kadar Madde metninin hazırlanışı ve kaleme alınışı bu yorumu bir ölçüde kabul edilebilir kılsa bile, bu yorum abartılıdır. **P1-1**'i tek değilse bile başat amacı, mülkiyete keyfi el koymaları, haczi, kamulaştırmaları, müsadereleri veya diğer keyfi müdahaleleri engellemektir. Mülkiyetle bağlantılı olsa bile bunun ötesine geçen anlam yüklemek, Maddeyi gerçek boyutunun ötesine taşır.

Bindscedler-Robert ve Matscher ayrı ayrı muhalefet şerhi vermiştir. Fakat yargıç Bindscedler-Robert'in **P1–1** hakkındaki görüşü Matscher'in görüşü ile aynı olduğundan Matscher'in görüşü Bindscedler-Robert'i de bağlamaktadır. Yargıç Matscher, Mahkemenin miras hakları konusunda Sözleşme Madde 8 bakımından yaptığı yoruma katılmaktadır ve **AİHS** Madde 14'ün ihlal edildiğini düşünmektedir. Ancak Matscher, Mahkemeden farklı olarak, sağlar arası ya da ölüme bağlı mülkiyet nakillerine ilişkin iradi tasarruflar hakkındaki kuralların **P1-1**'i kapsamına girmediğini ileri sürmektedir. Yargıca göre, söz konusu normun amacı çok daha farklı olup (yargıcın verdiği örneklere göre kamulaştırma ve benzer etkileri olan ve kamu makamları tarafından yapılan müdahaleler) olaydaki koşullara uygulanabilirliği bulunmamaktadır. *Hazırlık Çalışmalarının* da, netlikken uzak olmakla birlikte, bu yorumu desteklediğini iddia etmektedir. Matscher ayrıca, Madde 8 ve 14 bakımından Sözleşmenin bir ihlali bulunduğu için, aynı olay örüntüsü söz konusu olduğuna göre, ayrıca bir de **P1–1** bakımından inceleme yapmanın bir faydasının olmadığı yönündeki görüşünü de eklemektedir.

Yargıç Farinha da, yargıç Matscher'in muhalefet şerhine atıf yapmakta ve **P1-1** bakımından orada ileri sürülen görüşleri benimsemektedir.

1283 Miras kurumunun aile kurumuyla olan bağı uzun süre önce tespit edilmişti. Örneğin bkz. Hegel, **Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, para.178. Medeni hukuk açısından miras ve aile kurumları arasındaki ilişkiye dikkat çeken çalışmalar olarak bkz. Francis W. Matthys, "*The Nature of the Right to Inherit Property*", **Notre Dame Lawyer**, Vol. 12, 1936-1937, sf:7-14, özellikle 12-13; Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, sf:15-21; İmre-Erman, **Miras Hukuku**, sf:4; Serozan-Engin, **Miras Hukuku**, sf:29.

sindeki aile yaşamı nosyonunun genişliği ve otonomluğu dikkate alındığında[1284] AİHM'in yaklaşımına daha çok hak verilecektir.[1285] Saklı pay kavramının arkasında da ailenin korunması mantığının yattığına herhalde pek itiraz eden çıkmayacaktır.[1286]

Ancak muris mirasını aile fertleri dışındaki kişilere bıraktığında, bu ölüme bağlı tasarruf hangi hakkın kapsamına girecektir? Şüphesiz, **P1–1** bu noktada uygulanabilir niteliktedir. Aile yaşamını koruyan Madde 8 ise, miras aile dışından bir kişiye bırakılmak istendiğine göre, sağlam bir dayanak sağlamayacaktır.

1284 Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:119-121.

1285 AİHM'in son derece yerinde bulduğum bu yaklaşımına çok sayıda muhalefet şerhi eklenmiştir. Örneğin, yargıç O'Donoghue, lafzi bir yorum yaparak, Madde 8'in miras haklarını içermediği sonucuna varmaktadır. Yargıca göre Madde 8'in ifadesinden ardıllık (*succession*) ve miras haklarını içerecek bir yorum çıkmamaktadır. Yine Thor Vilhjalmsson, **AİHS**'in 8. Maddesi ile **P1–1** karşılaştırmalı olarak ele alındığında Madde 8'in iki başvurucu arasındaki (anne ve kızı) ilişkinin mali boyutunu kapsamadığını ileri sürmüştür. Vilhjalmsson'a göre, her iki normun hazırlanış ve kabul ediliş süreci de bu yorumu doğrulamaktadır. Biraz daha farklı olarak yargıç Farinha, saklı paylar dışında miras haklarının **AİHS**'in 8. Maddesinin kapsamına girmediğini ileri sürmektedir. Buradan hareket eden ve görüşlerini Roma Hukukuna dayandıran Farinha, olayda sadece saklı paylar bakımından **AİHS**'in 8. ve 14. Maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

1286 Krş. Kaneti, **a.g.m.**, sf:240-241; İmre-Erman, **Miras Hukuku**, sf:4; Serozan-Engin, **Miras Hukuku**, sf:37-38, 151-153.

Bölüm 3
MÜLKİYET HAKKININ VERDİĞİ YETKİLER VE BUNLARIN KAYITLANMASI

Önceki Bölümün başında **P1–1** özelinde mülkiyet hakkının içeriğinin/kapsamının veya AİHM'in konu/madde bakımından yetkisinin iki boyutlu olduğu söylenmişti. Birinci boyutta hakkın nesnesi meselesi, ikinci boyutta ise mülkiyet hakkının özneye verdiği yetki meselesi bulunmaktadır. Hakkın verdiği yetki ile muhatabın yükümlülükleri incelenmedikçe mülkiyet hakkının genel teorisinin önemli bir unsuru eksik kalacaktır. Bu bağlamda hakkın kayıtlanması rejimi özel bir önem arz etmektedir.

Genel kabul gören görüşe göre, her hak sahibine bir şeyi yapmak ya da yapmamak konusunda bir iktidar verir. Doğal olarak bir hak iktidar vermekteyse, bu iktidara itaat edecek veya boyun eğecek bir karşı iktidar odağı bulunmak durumundadır. Hak kavramının anlamlı olabilmesi için haksızlık yapabilecek, diğer bir deyişle hakkı çiğneyebilecek bir karşıt irade gereklidir.

İki karşıt iradenin varlığı, aynı zamanda yükümlülük kavramını doğurur. UİHH alanında her hak sahibine yetki verdiği gibi, karşı taraftaki muhataba da bu yetki ölçüsünde bir yükümlülük getirir.

UİHH'de hakların verdiği yetki ile muhatabın yükümlülükleri konusunda hak kuşakları bağlamında çeşitli tipolojiler yapılmaktadır. Bu tipolojilerin bir kısmı temelde birinci kuşak hakları düzenleyen **AİHS** sistemi özelinde de geçerli görülmektedir. Temel tipoloji, hakları (ve dolayısıyla yükümlülükleri) negatif ve pozitif olarak ikiye ayırmaktaydı. UİHH'nin günümüzdeki aşamasında bu sınıflama aşılmıştır. Doktrinin bugünkü aşamasında Asborn Eide'nin sınıflaması en geniş kabul gören sınıflamadır. Buna göre, devletin **1)** saygı gösterme/müdahale etmeme (*respect*) **2)** üçüncü kişilere karşı koruma (*protect*) **3)** gerekli mali, idari, yasal vs. gibi önlemleri alma (*fulfill*) şeklinde sınıflanabilecek yükümlülükleri bulunmaktadır.[1287] Bu üçlü tipolojinin farklı versiyonları da mevcuttur.

[1287] Asbjorn Eide, "*Article 25*", **The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary**, Edited by, Asbjorn Eide, Gudmundur Alfredsson, Göran Melander, Lars Adam

Ancak kanımca, bu tipolojilerin hiçbiri mülkiyet hakkının niteliğine uygun bir sınıflama sağlamamaktadır.[1288] Zira mülkiyet hakkı, çok kez vurgulandığı üzere, hak öznesinin kişiliğinde mündemiç olmayıp onun dışında bir nesneyi gerektirmektedir. Oysa mevcut tipolojiler ağırlıklı olarak hak öznesinin kişiliğinde mündemiç olan haklar için elverişli açıklamalar sağlamaktadır. Üstelik mülkiyet hakkı, önceki Bölümde gösterildiği üzere, fikri mülkiyeti içermektedir. Fikri mülkiyet ise, bambaşka yetki ve yükümlülük ilişkisi gerektirmektedir. Hatta bu haliyle fikri mülkiyetin, burada ele alınan klasik mülkiyet hakkı ile ne kadar örtüştüğü bile tartışılabilir.

İşte Çalışmanın bu aşamasında **P1–1** mülkiyet hakkından kaynaklanan yükümlülükler, mevcut tipolojilerden daha uygun olduğunu düşündüğüm karma bir model altında ele alınmaktadır. Bunun dışında mülkiyet hakkının kayıtlanması rejimi de bu Bölümde açığa çıkartılacak hususlar arasındadır.

I) P1-1'in Verdiği Yetkiler ve Muhatabın Yükümlülükleri

A) Devletin Negatif Yükümlülüğü veya Öznenin Dışlama Yetkisi

Mülkiyet hakkının hak öznesine verdiği temel yetki, "dışlama" yetkisidir. Dışlama yetkisiyle özne, mülkiyetinden yararlanırken başka kişileri "dışarıda" tutabilir, mülkiyetten yararlanmasına "ötekilerin" karışmasını engelleyebilir.[1289] Söz konusu dışlama yetkisi, **P1-1**'in omurgasını oluşturmaktadır.[1290] **P1–1** özelinde, klasik eşya hukukundan farklı olarak, dışlanan tek kişi Devlettir. Zira UİHH'de tek bir muhatap vardır; o

---

Rehof and Allan Rosas, Scandinavian University Press, printed in Norway, 1993 (first edition 1992), sf:385-403, özellikle 387-389; Asbjord Eide, "*Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach*", **HRLJ**, Vol.10, 1989, Parts 1-2, sf:35-51, özellikle 37-41; Olivier de Schutter, "*The Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights*", **Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments**, Edited by Peter Van der Auweraert – T. De Pelsmaeker – J. Sarkin – J. Vande Lanotte, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2002, sf:207-239, 239; ulusal doktrin için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:1596-1602.

1288 Ayrıca bkz. ve krş. Banning, **a.g.e.**, sf: 219-236. Yazar, klasik tipolojiyi genel ve soyut mülkiyet hakkına uygulamaktadır.

1289 Eşya hukuku açısından bkz. Morris R. Cohen, "*Property and Sovereignty*", **Cornell Law Quarterly**, Vol. 13, 1927-1928, sf:8-30, özellikle 12; O. Lee Reed, "*What is 'Property'*", **American Business Law Journal**, Vol. 41, Issue 4, Summer 2004, sf:459-501, özellikle 487-497; Penner, **a.g.e.**, sf: 68-104.

1290 *Löparo Fiskevattenagareförening v. Sweden*, App. No.11766/85, Admissibility Decision of 9 March 1989, para.6 (The Law). AİHK'in orijinal ifadesi şöyledir: "What they have lost is their *right to exclude* others from fishing with hand-held tackle" (vurgu eklenmiştir).

da Devlettir. UİHH düzleminde Devlet hak sahibi durumda bulunan bir karşı özne olarak belirmez. Devlet sadece yükümlüdür. Elbette, Devletin genel olarak haklara özel olarak da mülkiyet hakkına müdahale yetkisi vardır.

Dışlama yetkisinin muhatap Devlete yüklediği yükümlülük negatiftir. Mülkiyet hakkı öznesinin sahip olduğu dışlama yetkisi veya Devletin negatif yükümlülüğü kendisini bulundurma, kullanma/yararlanma ve tasarruf etme alt yetkilerinde somutlaştırır. Bunlar, bilindiği üzere, Roma hukuku kaynaklı olup mülkiyet hakkının içerdiği klasik yetkilerdir. Bu yetkiler, Roma hukukunda *usus*, *fructus* ve *abusus* olarak bilinir.[1291] Villey'i takip edecek olursak, "**(u)sus**, eşyayı kullanma hakkı, **fructus**, semerelerini elde etme hakkı ve **abusus**, tüketilecek bir eşyanın kullanmakla tüketilmesi veya üzerinde tasarruf etme hakkı. Kısa bir süre sonra; **abusus**, hatalı olarak, eşyayı kötüye kullanma, tahrip etme hakkı olarak tercüme edilecektir. Buna göre, malik malını istediği gibi kullanmakta, onu tahrip etmekte veya anti-sosyal amaçlarla kullanmakta serbesttir."[1292]

Elbette, modern mülkiyet ilişkilerinin görece karmaşıklığından ötürü bu yetkilerin dallandırılıp budaklandırılması mümkündür.[1293] Ulusal hukuklar açısından mülkiyeti ele alan doktrinde daha spesifik alt yetkilere işaret eden çok sayıda görüş bulunmaktadır.[1294]

1291 Geoffrey Samuel, "*Property and Obligations: Continental and Comparative Perspectives*", **New Perspectives on Property Law, Human Rights and the Home**, ed. Alastair Hudson, Cavendish Publishing, London, 2003, sf: 295-317, 302.

1292 Michel Villey, **Roma Hukuku-Güncelliği**, çev. Bülent Tahiroğlu, Der Yayınları, İstanbul, 1985, sf:106 (vurgular orijinal). Özellikle abusus yetkisinin hatalı olarak kötüye kullanma ve tahrip etme hakkı olarak çevrildiğini naklettim; zira bu hatalı anlayış gerçekten çok yaygın olarak görülmekte olup bütün dünya hukukçularına sirayet etmiştir. Hiç şüphesiz, bir tasarruf hakkı olarak *abusus* yetkisi tahrip etmeyi içerir. Bununla birlikte tahrip etmek hakkı, *abusus* yetkisinin asıl vurgulamak istediği unsur değildir; tasarruf hakkının doğal uzantısıdır. Ayrıca bkz. Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, İÜHFY No: 632, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, sf: 152-156; Özcan Karadeniz-Çelebican, "*Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu*", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi/BATİDER**, Cilt: XIII, Sayı: 3-4, Aralık 1986, sf:157-184, özellikle 171-172.

1293 Ulusal hukuk açısından krş. Fikret Eren, "*Mülkiyet Kavramı*", **Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan**, AÜHF Yay. No: 351, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, sf: 765-795, 785-786, 791.

1294 Örneğin bkz. Esin Örücü, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı: Mülkiyet Hakkının Sınırlanması**, İÜ Yay. No: 2132, İÜHF Yay. No: 473, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti, İstanbul, 1976, sf: 6-8 ve orada zikredilen eserler; J. E. Penner, "*The 'Bundle of Rights' Picture of Property*", **UCLA Law Review**, Vol. 43, 1995-1996, sf:711-820, özellikle 732-733, 754-767.

İşbu Çalışmanın amaçları bakımından ise klasik yetkileri zikretmek yeterlidir.[1295] AİHM mülkiyet hakkına ilişkin ilk kararlarında bu klasik yetkileri ifade etmektedir: **P1-1**'de düzenlenen kişinin malvarlığı üzerinde tasarruf edebilmesi hakkı, mülkiyet hakkının geleneksel temel öğelerinden biridir.[1296] Çok sayıda davada özellikle bulundurma, kullanma ve yararlanma haklarına yönelik müdahalerden kaynaklı şikayet Strasbourg organları önüne gelmiştir.[1297] Bilhassa imar hukuku kaynaklı müdahalelerde Mahkemenin bu hususları açıkça vurguladığı görülebilir.[1298] Hatta, özel mülkiyete tabi arazi üzerinde avlanma hakkını kullanma ve yararlanma yetkilerinin bir örneği olarak göstermek mümkündür.[1299]

Şunu da belirtmek gerekir ki, burada zikredilen klasik yetkiler kimi hallerde **P1-1**'in uygulanabilirliğinin saptanmasında rol oynamaktadır. Örneğin iki kararında AİHM, birey ile kamu makamı arasında yapılan

---

1295 Aynı yönde bkz. Rook, **a.g.e.**, sf: 61. Rook şöyle yazmaktadır: "... the guarantee does protect the 'peaceful enjoyment' of possessions which embraces the right to own, possess, use, lend or dispose of the property as one so desires without interfrence by the state". Ayrıca bkz. Sermet, **a.g.e.**, sf:18-19.

1296 *Handyside v. United Kindgom*, App. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, Series A No. 24, para.62 ("*...the right to dispose of one's property constitutes a traditional and fundamental aspect of the right of property*") (vurgu eklenmiştir); *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, Series A No. 31, para.63.

1297 Örneğin bkz. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos.7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52 (uzun süreli kamulaştırma şerhi ve imar/inşaat yasağı); *Allan Jacobsson v. Sweden*, App. No.10842/84, Judgment of 25 October 1989, Series A No. 163, para.59 (imar/inşaat yasağı); *Denev v. Sweden*, App. No. 12570/86, Admissibility Decision of 18 January 1989, para. 1 (The Law), **DR Vol. 59**, sf: 127-130 (özel mülkiyete tabi ormanda belirli tip ağaç ekme yükümlülüğü); *Hakansson and Sturesson v. Sweden*, Judgment of 21 February 1990, Series A No. 171 (yeni satın alınan arazinin daha az bir bedel karşılığı zorla geri alımı); *Phocas v. France*, App. No.17869/91, Judgment of 23 April 1996, para.43 (uzun süreli kamulaştırma şerhi ve imar/inşaat yasağı); *AGOSI v. the United Kingdom*, App. No. 9118/80, Commission Final Report of 14 October 1984, para.89 (el konulan altın sikkeleri suçsuz malikin geri alma hakkı); *Pialopoulos and others v. Greece*, App. No. 37095/97, Judgment of 15 February 2001, para. 56; *Rosinski v. Poland*, App. No. 17373/02, Judgment of 17 July 2007, paras. 70-72 (belirsiz süreli kamulaştırma şerhi); *Skrzynski v. Poland*, App. No. 38672/02, Judgment of 6 September 2007, paras. 73-75 (belirsiz süreli kamulaştırma şerhi).

1298 Örneğin AİHM, belirsiz süreli kamulaştırma şerhinin başvurucunun mülkiyetini kullanma ve bunun üzerinde tasarrufta bulunma hakkına halel getirmemekle birlikte, mülkiyet hakkının etkili kullanımını kayda değer ölçüde azalttığını ve bu sebeple başvurucunun mülkiyet hakkının zayıf hale geldiğini ve güvenilmez bir duruma düştüğünü saptamıştır (bkz. *Rosinski v. Poland*, App. No. 17373/02, Judgment of 17 July 2007, para.72; *Skrzynski v. Poland*, App. No. 38672/02, Judgment of 6 September 2007, paras. 74.). Ayrıca bir önceki dipnotunda zikredilen kararlara bkz.

1299 *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos.25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999; *Sture Nilsson v. Sweden*, App. No. 11811/05, Admissibility Decision of 26 February 2008. Ayrıca Çalışmanın II. Bölümünde "hayvan" başlığı altında yapılan açıklamalara bkz.

sosyal konut anlaşmasının başvurucuya bulundurma ve kullanma yetkisi verdiğinden hareketle, sahibi olmadığı konut bakımından mülkiyet hakkının norm alanının aktive olduğuna karar vermiştir.[1300] Her ne kadar Mahkemenin yaptığı vurgu ulusal hukuk düzenine[1301] ise de, bu karardan, bulundurma ve kullanma yetkilerinin **P1–1** düzlemindeki mülkiyet hakkının da kurucu öğeleri arasında görüldüğü anlaşılıyor.

Tasarruf yetkisi, mülkiyeti devretmeyi de içerir. Bu bağlamda, **P1-1** mülkiyet hakkının mülkiyeti devretme yetkisini içerdiği not edilmelidir. Hatırlanacağı üzere, devir ve intikale elverişlilik **P1-1**'in uygulanabilirliği için zorunlu olmamakla birlikte aranan unsurlardandı. Çocukları adına tescilli konutu satmasına yetkili vesayet makamlarınca izin verilmeyen bir babanın yaptığı başvuruda, mülkiyet hakkı bakımından hukuki sorunun, konutun devrinin yetkili kamu makamınca aile hukuku kuralları uyarınca engellenmesinin **P1-1**'e uygunluğu olduğu görülmektedir. Bu da, **P1-1**'in mülkiyeti devretme yetkisini içerdiğini açıkça göstermektedir.[1302]

Semerelerden veya gelirinden yararlanma yetkisine örnek olarak, ev sahiplerinin kira gelirinden yararlanma haklarını gündeme getirdikleri davaları göstermek mümkündür. En az üç davada başvurucular kira sözleşmeleri ile belirledikleri kira bedellerinin mevzuat çerçevesinde aşağı çekilmesinin mülkiyet haklarına ve sözleşme özgürlüklerine aykırılık

---

1300 *Teteriny v. Russia*, App. No.11931/03, Judgment of 30 June 2005, paras. 48-50; *Kukalo v. Russia*, App. No. 63995/00, Judgment of 3 November 2005, paras. 59-61. Mahkemenin *Kukalo*'daki ifadesi şöyledir (tarihler dışında *Teteriny*'de de aynı ifade vardır):

"59. (...) Under the terms of a "social tenancy agreement", as established in the RSFSR Housing Code and the applicable regulations, the applicant **would have had a right to possess and make use of the flat** and, under certain conditions, to privatise it in accordance with the Privatisation of State Housing Act.

60. Accordingly, from the moment the judgment of 10 May 2000 was issued, the **applicant has had an established "legitimate expectation" to acquire a pecuniary asset**. The judgment was final as no ordinary appeal lay against it, and enforcement proceedings were instituted.

61. The Court is therefore satisfied that the **applicant's claim to a "social tenancy agreement" was sufficiently established to constitute a "possession"** falling within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1" (vurgular eklenmiş ve karar içi gönderme çıkartılmıştır.)

1301 Türk Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasayı Madde 35'de yer alan mülkiyet hakkının içerdiği yetkileri aynı şekilde ifade etmektedir. AYM'nin ifadesi şöyledir: "Mülkiyet hakkı, genel olarak, bir kimsenin başkasına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla bir şey üzerinde dilediği biçimde yararlanma, tasarruf etme, başkasına devretme, kullanılanın biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hattâ yok etme yetkilerini kapsar" (Bkz. Esas Sayısı: 1997/36, Karar Sayısı: 1997/52, Karar Günü: 20.5.1997.).

1302 *Lazarev and Lazarev v. Russia*, App. No. 16153/03, Admissibility Decision of 25 November 2005.

teşkil ettiğini iddia etmişlerdir.[1303] Bir başka davada da, konut sahibi başvurucunun piyasa rayicinde kira alma hakkının azalması mülkiyetin kontolü niteliğinde bir müdahale olarak görülmüştür.[1304] Burada semelerinden veya gelirinden yararlanma yetkisine örnek olarak basit bir kira gelirinden değil ve fakat piyasa rayince kira gelirinden bahsedilmekle bir adım daha ileriye gidilmiş olmaktadır.

P1-1'in kullanma ve yararlanmanın yanı sıra, ulaşma ve faydalanma yetkisini içerdiği gözlemlenebilmektedir. *Papamichalopoulos ve diğerleri* davasında başvurucular donanma tarafından dinlenme tesisi kurmak amacıyla el atılan taşınmazlarından yararlanamamalarının mülkiyet hakkının ihlali teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkemenin müdahalenin niteliği ve dolayısıyla **P1-1**'in içerdiği yetkilere ilişkin olarak bilahare benzer davalarda yinelenen genel bir formül halini alacak ifadesine göre, başvurucular mülkiyetlerinden yararlanamamakta (*make use*) ve bunu satamamakta (*sell*), miras olarak bırakamamakta (*bequeath*), ipotek edememekte (*mortgage*) ve bağışlayamamaktadır (*gift*). Hatta bir başvurucu arazisine ulaşamamaktadır. Taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmanın her biçimiminin kaybedildiği (*loss of all ability to dispose of the land*) bu durum mülkiyet hakkının ihlalidir.[1305]

Loizidou davasında başvurucu ile davaya başvurucunun yanında müdahil olarak katılan Kıbrıs Cumhuriyeti Devleti (Kıbrıs Rum Kesimi), Türkiye'nin, başvurucunun kuzeye geçmesine izin vermeyerek, onun adanın kuzeyinde kalan mallarına ulaşmasına mani olduğunu ve ayrıca bu malları kullanmasını, satmasını, miras olarak bırakmasını (*bequeathing*), ipotek etmesini/teminat göstermesini (*mortgaging*), geliştirmesini ve bunlardan yararlanmasını engellemekte olduğunu iddia etmiştir (para.58). Bu noktada davalı Türkiye'nin ileri sürdüğü ve AİHK'in benimsediği argüman, belirtilen iddiaların özünde mülkiyet hakkı kapsamına girmediği; bunun yerine, seyahat özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi

---

1303 *Mellacher and others v. Austria*, App. Nos.10522/83-11011/84 and 11070/84, Judgment of 19 December 1989, Series A No.169, para.40; *Spath Holme Ltd. v. United Kingdom*, App. No. 78031/01, Admissibility Decision of 14 May 2002; *Hutten-Czapska v. Poland*, App. No.35014/97, Judgment of 22 February 2005, para.139.

1304 *Ghigo v. Malta*, App. No.31122/05, Judgment of 26 September 2006, para. 49.

1305 *Papamichalopoulos and others v. Greece*, App. No. 14556/89, Judgment of 24 June 1993, Series A No. 260-B, para.43, 45.

Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında *Papamichalopoulos* kararına atıf yapmıştır. Bkz. Esas Sayısı : 2002/112, Karar Sayısı: 2003/33, Karar Günü: 10/4/2003, RG: t. 4/11/2003, s.25279. Türk Anayasa Mahkemesinin zikredilen bu kararını değerlendiren bir çalışma olarak bkz. Mehmet Akad, "*Mülkiyet Hakkı Üzerine Bir Anayasa Mahkemesi Kararı*", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağandır**, 2007/2, sf:11-20.

gerektiği yönündedir.[1306] AİHM ise başvurucu ile Kıbrıs Rum Kesiminin görüşlerini benimsemiştir. AİHM, AİHK'in bu vakada verdiği kabuledilebilirlik kararına atıf yaparak, sorunun basit bir ulaşma (*access*) talebinden ibaret olmadığını ve fakat, ulaşmanın engellenmesiyle aslında başvurucunun maliklik statüsünün olumsuz olarak etkilendiğini saptamıştır. Mahkemeye göre bu saptama, şikayetin seyahat özgürlüğü hakkı içinde ele alınmasına engel olur (paras.60-61). Mahkeme devamla, başvurucunun mülkiyetin ulaşmasının engellenmesinin ve giderek mülkiyetini kullanmasına ve bunlardan yararlanmasına engel olduğu gerekçesiyle Türkiyenin **P1-1**'i ihlal ettiği sonucuna varmıştır (paras.63-64).[1307]

1306 AİHM, 2001 tarihli bir kararında, ülkesinde hukuka aykırı olarak bulunduğu iddia edilen ve bu sebeple sınırdışı edilmesine karar verilen bir mağdurun yaptığı şikayette, **P1-1**'in ticari işletmenin bulunduğu ülkede ikamet etme hakkını içermediği değerlendirmesini yapmıştır. *Al-Nashif and others v. Bulgaria*, App. No. 50963/99, Final Admissibility Decision of 25 January 2001 ("The Court considers that Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention cannot be seen as embodying a right for alien to reside on the territory of the State where his business activitis are based").

1307 *Loizidou v. Turkey*, App. No.15318/89, GC Judgment of 18 December 1996.

P1-1 hakkında yazan Türkçe literatürde bu davaya değinen Öz, **a.g.m.**, sf: 939-940'da ilginç bir şekilde işin esasına dair olan hükmü değil de, nedense münhasıran ilk itirazlara dair olan kararı (*Loizidou*, GC, Preliminary Objections Judgment of 23 March 1995) ele almıştır. Yazarın neden asıl hükme değinmediğini anlamak güçtür. Üstelik AİHM kararı değilse bile AİHK kararı mülkiyet hakkı özelinde Türkiye'nin lehinedir. Öz'ün makalesi bakımından dikkate değer bir diğer husus ise yazarın bazı görüşleridir. Yazar, Türkiye'nin AİHK'in bireysel başvuruları alma ve inceleme yetkisini ve AİHM'in zorunlu yargı yetkisini tanırken yaptığı tanıma beyanlarına koyduğu çekincelerin geçersiz olması olasılığında, Borçlar Kanununun 20/2. Maddesi hükmünü kullanarak Türkiye'nin AİHM'in yargı yetkisini tanıma işleminin tamamen geçersiz olduğu yönünde karar alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Aslında buna benzer görüşler, elbette Borçlar Kanununa dayanmadan, kimi uluslararası hukukçularca dile getirilmişti (genel olarak Türkiye'nin çekinceleri konusunu ele alan eserlerin referansları için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:981 ve dn. 63, sf: 983 ve dn. 66). Burada eleştirilmesi gereken, bir ulusalüstü insan hakları belgesine ve bu belgeyle kurulan organların yetkilerine ilişkin hukuki problemlerde bireyler (ve varsayılı eşitler) arası ilişkileri düzenleyen hukuki kurumlara başvurulmasıdır. Benzer şekilde klasik uluslararası hukuk kurum ve kuralları da UİHH (ve **AİHS**) meselelerini çözmeye çoğu kez elverişli değildir. Nitekim UİHH sistemindeki denetim organları (AİHM gibi) daha UİHH'nin doğuşu evresinde bu hususu netleştirmişlerdi. Ne borçlar hukukunun irade sakatlığına ilişkin "evrensel mantığı" ne de uluslararası hukukun devletler arası ilişkiler mantığı UİHH nosyonuna uygundur.

Kaldı ki, 11 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesi ertesinde (Kasım 1998 sonrası) AİHM'in yetkisi **AİHS**'e taraf olmakla otomatik olarak işlemeye başlamaktadır. Hal böyle olunca 2007 tarihinde yayımlanan bir makalede Türkiye'nin AİHK'in bireysel başvuruları alma ve inceleme yetkisini ve AİHM'in zorunlu yargı yetkisini tanırken eski sisteme göre koyduğu çekincelere dair kararlarını eleştirmek anlamlı bir çaba değildir. Zira bugün bir Kıbrıs Rumu, Türkiye'yi mülkiyet hakkından yararlanamadığı iddiasıyla AİHM önünde şikayet edebilir. Nitekim böyle yüzlerce başvuru AİHM önünde derdest bulunmaktadır (Burada bir not olarak eklenmelidir ki, Kıbrıs'ın Türk tarafı iç hukukunda bu tip şikayetlerin görüleceği bir tazminat usulü öngörülmüştür. Bu usul Sözleşme Madde 35 anlamında bir iç hukuk yolu olarak değerlendirilmektedir (bkz. *Xenides-Arestis v. Turkey*, App. No. 46347/99, Just Satisfaction Judgment of 7 December 2006, para. 37).

Loizidou davasının müteakip Kıbrıs Rum Kesimi, açtığı dördüncü devletlerarası davada, Türkiye'nin eskiden adanın kuzeyinde yaşayan Rumların malvarlıklarını kullanmalarını, satmalarını, miras olarak bırakmalarını, ipotek etmelerini, geliştirmelerini ve yararlanmalarını engellemekte olduğunu ileri sürmüştür (para.178). Komisyon, yerinden edilmiş Rumlar bakımından Türkiye'nin mülkiyet hakkı özelindeki tutumunun bir idari pratik oluşturduğunu düşünmektedir. *Loizidou* kararına sıkça gönderme yapan Komisyona göre, bu idari pratik ve karşılık olarak bir tazminat verilmemesi **P1-1**'in ihlalini sonuçlar (paras.181-183). AİHM, Komisyonun bu yaklaşımını aynen benimsemiştir (paras.184-189).[1308]

Doğan vd. davasında, *Loizidou* kararına atıfla Mahkeme, başvuruculara köye dönmesine izin vermeyen (*denial of access*) kamu makamlarının bu tasarrufunun başvuruculara mülkiyetinden barışçıl/müdahalesiz şekilde yararlanma hakkına bir müdahale teşkil ettiğini belirlemiştir. Bu davada başvuruculara evlerinden kamusal makamlar tarafından zorla tahliye edildikleri yönündeki iddiaları ise yeterli kanıt bulunmaması ve bağımsız bir soruşturma yürütülmemiş olması gerekçeleriyle değerlendirmeye almamıştır.[1309] Bu davada **P1-1**'in olaya uygulanacak kuralı 1. kuraldır. Zira başvurucular her ne kadar mülkiyetten yararlanamamaktaysa da, hukuken sahiplik statüleri devam etmektedir. Bu nedenle, **P1-1**/2. kural anlamında bir kontrolden söz edilemez; çünkü müdahalenin böyle bir amacı bulunmamaktadır. O halde, ancak **P1-1**/1. kural uygulanabilir. Devletçe alınan önlemler şüphesiz ki başvuruculara mülkiyetlerini kullanma ve tasarruf etme haklarını kayıtlamaktadır ("*restricted the applicants' rights to use and dispose of their possessions*").[1310] Ülke içinde yerlerinden edilen kişilerle ilgili bu davada Mahkeme, BM'nin konuya ilişkin belgesine atıfla, Taraf Devletlerin yerlerinden edilenlerin eski muhitlerine güvenli şekilde dönmesini sağlamak veya ülkenin bir baş-

---

1308 *Cyprus v.Turkey*, App. No.25781/94, Judgment of 10 May 2001. AİHK'in kararını Mahkeme hükmünden aktarmakla yetiniyorum. Zira Mahkeme, AİHK'in muhakemesini son derece ayrıntılı olarak aktarmış ve aynen benimsemiştir. Ayrıca Mahkemenin kararına temel aldığı olgular, o zamanki sistem gereği AİHK tarafından açığa çıkarılmıştır. Komisyon raporu için bkz. *Cyprus v.Turkey*, App. No.25781/94, Final Report of the Commission, Adopted on 4 June 1999.

1309 *Doğan and others v. Turkey*, App. No.8803-8811/02, 8813/03 and 8815-8819/02, Judgment of 29 June 2004, para.143.

1310 *Doğan and others*, para.146 (*Cyprus v. Turkey*, para. 187'ye atıfla).
Burada bir not olarak eklenmelidir ki, bu karar sonrası Türk iç hukukunda, yaşam alanlarından tahliye edilenlerin durumunu görüşmek üzere tazminat komisyonu kurulmuştur ve bu komisyon Sözleşme Madde 35 anlamında bir iç hukuk yolu olarak değerlendirilmektedir (bkz. *Aydın İçyer v. Turkey*, App. No. 18888/02, Admissibility Decision of 12 January 2006).

ka yerinde yerleşmelerini sağlamak yükümlülükleri bulunduğunun altını çizmiştir.[1311]

Öte yanda Romanya'ya karşı açılan bir davada, lehine kesin hükümle elde ettiği taşınmazından bu hükmün sonradan bozulmasıyla yoksun kalan başvurucunun şikayetini inceleyen AİHM, **P1-1**'in uyuşmazlığa uygulanabilir kuralını bulmak için, mülkiyet hakkının içerdiği yetkileri ölçüt olarak kullanmıştır. Şikayetçi taşınmaz üzerinde satma, miras bırakma/vasiyet (*devise*), bağışlama (*donate*) ve yahut herhangi bir başka şekilde tasarrufta bulunamadığı için vakada uygulanması gereken 1. Kuraldır.[1312]

B) Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve P1-1'in Yatay Uygulanırlığı

Mülkiyet hakkı bakımından Devletin pozitif yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve var ise bunların kapsamı meselesi, Strasbourg organları içtihadında uzun yıllar belirsizliğini korumuştu. O kadar ki, kimi vakalarda başvurucuların açık taleplerine rağmen, Strasbourg organları **P1-1** açısından Devletlerin pozitif yükümlülüğü bulunmadığını belirtmişlerdi.[1313] 2000'li yıllardan itibaren ise Mahkeme bu konudaki içtihadı yenileyerek, birçok kararında **P1-1**'in geleneksel negatif yükümlülüklere ilaveten, Devletin mülkiyet hakkını koruması için bazı önlemler alması-

---

1311 *Doğan and others v. Turkey*, App. No.8803-8811/02, 8813/03 and 8815-8819/02, Judgment of 29 June 2004, para.154. AİHM'in orijinal ifadesi şöyledir: "For the Court, however, the authorities have the primary duty and responsibility to establish conditions, as well as provide the means, which allow the applicants to return voluntarily, in safety and with dignity, to their homes or places of habitual residence, or to resettle voluntarily in another part of the country (see in this respect Principles 18 and 28 of the United Nations Guiding Principles on Internal Displacement, E/CN.4/1998/53/Add.2, dated 11 February 1998)."

1312 *Brumarescu v. Romania*, App. No.28342/95, GC Judgment of 28 October 1999, para. 77 ("In consequence of the judgment of the Supreme Court of Justice, the applicant was accordingly deprived of the rights of ownership of the house which had been vested in him by virtue of the final judgment in his favour. **In particular, he was no longer able to sell, devise, donate or otherwise dispose of the property**. In these circumstances, the Court finds that the effect of the judgment of the Supreme Court of Justice was to deprive the applicant of his possessions within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1.") (vurgu eklenmiştir.).

1313 Örneğin bkz. *Province of Bari and Others v. Italy*, App. No. 41877/98, Admissibility Decision of 15 September 1998, para. 2 (The Law). Çalışmanın I. Bölümünde kamu tüzel kişilerinin mülkiyet hakkı öznesi olup olamayacağının tartışıldığı yerde ayrıntılı olarak ele alınan bu kararda özel hukuk kişilerine ait opera binasının kundaklanması üzerine Devletin tamir için finansal destek sağlama yükümlülüğü olup olmadığı tartışılmıştır. AİHK'e göre, P1-1/1. cümle (yani **1. Kural**), Devletlere, kendisine atfedilebilecek bir ihmal olmadığı ve ulusal hukuk Devlete böyle bir ödev getirmediği hallerde kamusal kullanımda olan özel mülkiyetin tamiri için mali destek sağlamak yönünde bir pozitif yükümlülük yüklememektedir.

m gerektiren pozitif yükümlülükleri içerdiğini belirtmiştir.[1314] **P1–1** özelindeki pozitif yükümlülüklerin temel kaynağı, diğer Sözleşmesel haklar bakımından da pozitif yükümlülüklerin kaynağını teşkil eden **AİHS**'in 1. Maddesidir. Bunun yanı sıra, mülkiyetten müdahalesiz şekilde yararlanma hakkını belirleyen **P1-1**/1. cümleyi (yani **1. Kural**), normatif yapısından hareketle anılan pozitif yükümlülükler bağlamında tali bir kaynak olarak değerlendirmek mümkündür[1315]; zira, hem içerdiği ilke (mülkiyete saygı ilkesi) hem de metinsel yapısı böyle bir yorumu desteklemektedir. Zaten, **1. Kural**'ın metinsel/ormatif yapısı, pozitif yükümlülüklerin asıl kaynağı olan **AİHS** Madde 1'in normatif yapısına benzediği gibi, içerdiği ilke açısından da paralel (ama tek bir hak bazında) içeriktedir.[1316] **Kural 1**, **Kural 4** vasıtasıyla **P1-1**'e tümüyle hakim olduğu için, **P1-1**'in içerdiği diğer bütün **Kurallar** bakımından da pozitif yükümlülük kaynağı olabilme potansiyeli taşımaktadır.[1317]

Pozitif yükümlülükler **P1-1**'in yatay uygulanırlığını sağlar. **P1-1**'in yatay olarak uygulandığı hallerde yine bir *dışlanan* bulunmaktadır. Yalnız, dikkati çekmek gerekir ki, bu durumda dışlanan özel hukuk kişileridir. Burada mülkiyet hakkı öznesinin sahip olduğu dışlama yetkisi dolaylıdır. Zira hem **AİHS** genelinde hem de **P1–1** özelinde muhatap her durumda Devlettir. Hal böyle olunca, mülkiyet hakkı öznesini özel hukuk kişilerinin hukuka aykırı müdahalesine karşı koruyacak olan ve de korumakla görevli olan Devlettir. **P1-1**'in yatay uygulanırlığının Devletin pozitif yükümlülüklerinin bir yansıması olduğu anlaşılıyor. O halde, **P1–1**, özel hukuk kişilerini Devleti müdahil ederek dışlamaktadır.

1314 *Bielectric SRL v. Italy*, App. No. 36811/97, Final Admissibility Decision of 4 May 2000, para. 1 (The Law); *O'Reilly and others v. Ireland*, App. No. 54725/00, Partial Admissibility Decision of 28 February 2002, para. 3 (The Law); *Broniowski v. Poland*, App. No.31443/96, GC Judgment of 22 June 2004, para.143; *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Turkey*, App. No.34478/97, Judgment of 9 January 2007, para.45; *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, para.33.

1315 Aynı yönde bir fikir için bkz. Peukert, **a.g.m.**, sf: 51-52; Krause, **a.g.m.**, sf: 202. Eleştirel olarak ve nihayetinde aksi fikir için bkz. Walt, **a.g.e.**, sf: 100, 103. Walt'ın eleştirisi açısından şu husus belirtilmelidir ki, karşılaştırmalı anayasa hukuku incelemesi yapan yazar, kendisinin tercih ettiği metodolojiye uygun olarak, "pozitif" ifadesiyle ağırlıklı olarak mülkiyet edinme hakkını anlatmak istemekedir. Bununla beraber, bu noktada, ayrıca, yukarıdaki dipnotlarda anılan *Province of Bari* kararını tekrar hatırlamak gerekir ki Walt bu karardan bahsetmemektedir.

1316 **AİHS** genelinde pozitif yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin yatay uygulanırlığa etkisi hakkında bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:92-105. Teorik hususlar önceki çalışmamda ayrıntılı olarak ele alındığı için burada tekrar edilmeyecektir.

1317 Ancak henüz özellikle **Kural 4** - **Kural 1** bağlantısı kurularak pozitif yükümlülüklerini açığa çıkartan bir içtihat bulunmadığını tekrar not edelim.

Pozitif yükümlülüklerin söz konusu olduğu hallerde değerlendirme tıpkı hakka müdahalede bulunulan durumlarda olduğu gibi yapılmaktadır. Bu bağlamda, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde Devletlerin belli bir takdir marjı bulunmaktadır.[1318]

AİHM içtihadına göre, mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda Devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasında keskin ayrımlar ve belirgin tanımlar yapılamaz.[1319] Pozitif yükümlülüklerin gündemde olduğu vakalar değerlendirilirken, sanki bir müdahale varmışçasına toplumun genel çıkarının gerekleri ile bireyin mülkiyet hakkının korunması arasında adil bir denge sağlanıp sağlanmadığına ve mülkiyet hakkı öznesi bireyin aşırı bir külfete maruz kalıp kalmadığına bakılır.[1320]

Henüz başlangıç seviyesinde olan içtihadi birikimden hareketle üzerinde durulabilecek bazı pozitif yükümlülükler şunlardır:

1) Özel Hukuk Kişilerine Karşı Etkili Koruma ve Soruşturma

Devletin mülkiyet hakkı özelindeki temel pozitif yükümlülüğü, öznenin hak sahipliği statüsünü korumasını sağlayacak bir hukuki rejim kurmaktır. Somutlaştıracak olursak, Devlet mülkiyete üçüncü kişilerden gelebilecek müdahalelerin veya tecavüzlerin önlenmesi, durdurulması veya giderilmesi için gerekli hukuki mekanizma ve kurumları vazetmek zorundadır.

Bu pozitif yükümlülüğün özel hukuktaki ve idare hukukundaki karşılığı, mülkiyeti (veya malvarlığını) koruyucu davalar olarak ifade edilebilir. Diğer yandan bu, tek başına yeterli olmayacaktır. Etkili bir koruma zorunlulukla ceza hukuku araçlarının devreye girmesini gerektirir.[1321]

1318 *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1990, Series A. 172, para.41; *O'Reilly and others v. Ireland*, App. No. 54725/00, Partial Admissibility Decision of 28 February 2002, para. 3 (The Law).

1319 *Broniowski v. Poland*, App. No.31443/96, GC Judgment of 22 June 2004, para.144. Nitekim bu dipnotunda zikredilen davada Mahkeme Devletin hem eylem hem de ihmali şeklinde açığa çıkan tasarruflarının iç içe geçmiş olduğunu saptamıştır (para.145).

1320 *Broniowski v. Poland*, para. 144; *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Turkey*, App. No.34478/97, Judgment of 9 January 2007, para.45; *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, para.34.

1321 Aynı yönde olarak bkz. Krause, **a.g.m.**, sf: 208-209. Doktrinde Broek ise, **a.g.m.**, sf: 78'de, **P1-1** bağlamındaki olası pozitif yükümlülüklerden bahsederken Devletin özel mülkiyeti koruyacak ve mülkiyetten yararlanmayı sağlayacak hukuk sistemi kurması gerektiğini belirtmiştir. Yazarın bu genel ifadesini hem özel hukuk ve idare hukukunu hem de ceza hukukunu kastettiği şeklinde anlamak mümkündür.

İngiliz hukuku açısından benzer bir fikir için bkz. Richard Clayton-Hugh Tomlinson, **The Law of Human Rights - Vol 1**, OUP, 2000, sf:1295-1296. Krş. F. P. Ölçer, "*Article 1 Protocol No. 1 ECHR and the Criminal Law: Limiting the Power to Punish*", **The**

Zaten mala karşı cürümler kategorisini meşrulaştıran temel mülahaza bizatihi özel mülkiyet hakkıdır.[1322]

Benzer şekilde ceza hukukunda hukuka uygunluk sebepleri arasında yer alan ıztırar/zorda kalma hali ve meşru müdafaanın ilkesel olarak malvarlığının korunmasında işlevsel olmasının arkasında yatan nedenlerden birisi özel mülkiyet hakkıdır. Kısacası, mülkiyetin korunması için belli bir ölçüde güç kullanımına başvurma imkanını düzenleyen kuralların arkasında bir insan hakkı olarak mülkiyet hakkı yatmaktadır.[1323]

Gerçi **P1–1** özelinde Devletin malvarlığını ceza hukuku vasıtasıyla koruması gerekliliğine işaret eden spesifik bir içtihat bulunmamaktadır; esasen buna gerek de yoktur. Sözleşmeye Taraf Devletler hukuk sistemlerinin tümünde zaten malvarlığının korunmasını sağlayan cezai düzenlemeler bulunmaktadır. Elbette bu tip düzenlemelerin etkili olması beklenir.[1324] Ayrıca, yeni teknolojilerin doğurduğu bazı müdahale tiplerinin

---

Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:165-194, 172.

1322 Genel olarak bkz. Ölçer, **a.g.m.**, sf: 171-172; Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 16. Bası, Beta Yay., İstanbul 2001, sf:289-290; Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I**, Beta Yay., İstanbul, Nisan 2007, sf:269-270; Zeki Hafızoğulları-Günal Kurşun, "*Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı*", **Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan**, Beta Yay., İstanbul, sf: 145-175, özellikle 145-146, 173-174; Gürsoy-Eren-Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, sf:355.

1323 Krş. Joshua Getzler, "*Use of Force in Protecting Property*", **Theoretical Inquiries in Law**, Vol. 7, N. 1, January 2006, sf:131-166, özellikle sf:163.

Türk ceza hukuku sisteminde eski Türk Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde malvarlığını koruma hakkı doğrudan meşru müdafaa kapsamında değerlendirilmemekteydi. Elbette, ayrık durumlar söz konusu idi (bkz. İçel vd., **Suç Teorisi-İkinci Kitap**, 3. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2004, sf: 139-143, özellikle 140-142). Yeni Türk Ceza Kanunu ise farklı bir yaklaşım getirmiş ve mülkiyet hakkı/malvarlığı hakları için meşru savunma ve zorda kalma (ıztırar) hukuka uygunluk sebeplerinin geçerli olduğunu kabul etmiştir (bkz. Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Seçkin Yay., Ankara, 2007, sf: 262-263; Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 9. Bası, Seçkin Yay., Ankara, 2006, sf: 158.).

Bu noktada bir not olarak eklenmelidir ki, **MSHS**'nin hazırlanması aşamasında, yaşam hakkına mülkiyetin korunması amacıyla istisna getirilmesine yönelik öneri reddedilmiştir. Bilgi için bkz. William Schabas, "*The Omission of the Right to Property in the International Covenants*", **Hague Yearbook of International Law**, Vol. 4, 1991, sf: 135-170, 137-148, özellikle 157 ve dn. 184.

1324 Türk hukuk literatüründe Hafızoğulları-Kurşun, **a.g.m.**, sf: 173-174'de benzer bir görüşü Türk ceza hukuku sistemi bakımından dile getirmişlerdir. Bununla birlikte, yazarlar **AİHS**'i zikretmelerine rağmen, Strasbourg organlarının mülkiyet hakkına ilişkin kararlarına hiç değinmemişlerdir. Oysa iki sonraki dipnottan da anlaşılacağı üzere, Strasbourg organlarının ceza normlarıyla korunmasını beklediği Sözleşmesel haklar mülkiyet hakkı dışında kalan haklardır.

caydırıcı bir cezaya bağlanan suç haline getirilmesi gereği de meselenin düşünülmesi ve dikkate alınması gereken bir başka boyutudur. Keza, fikri ürünlerin **P1-1** açısından korunmasında ceza normlarının gerekliliği savunulabilir; ne de olsa fikri ürünler **P1-1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girmektedir.[1325] Bu hallerde **P1–1**, pozitif yükümlülüklerin bir gereği olarak, olası tecavüzlerin ceza normlarıyla engellenmesini gerektirebilir.[1326]

Nitekim, Kıbrıs Rum Kesiminin Türkiye'ye karşı açtığı dördüncü devletlerarası davada, diğerlerinin yanı sıra, Türkiye'nin Rumların mallarına özel hukuk kişilerinden gelen tecavüzleri engellememesinin mülkiyet hakkının ihlalini oluşturduğu ileri sürülmüştü (para.265). Mahkeme bu iddianın esasına girerek mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bu noktada Mahkeme, **P1-1**'in yatay uygulanırlığına ve giderek Devletin gerçek kişilerin eylemlerinden doğan Sözleşmesel sorumluluğuna ilişkin hiçbir tartışma yapmamış, direkt işin esasına geçmiştir. Mahkemenin **P1-1**'in ihlali olmadığı sonucuna varmasında Komisyonun bulguladığı olgular (*fact finding*) etkili[1327] olmuştur. Mahkemeye göre, mevcut veriler KKTC'nin (ve aslında Türkiye'nin) özel kişilerin eylemlerine göz yumduğunu (*condoning*) veya soruşturma yürütmeyi ihmal ettiklerini (*failing to investigate*) yahut önleme (*prevent*) yükümlülüklerini göz ardı ettiğini göstermeye yetmemektedir. Yani bu iddialar bakımından ortada bir idari pratik olduğu savı desteksizdir (para.271).[1328] AİHM'in, analiz düzeyi zayıf olmakla birlikte, hükmün mefhumu muhalifinden hareketle, Devletlerin özel hukuk kişilerinden gelecek saldırılara karşı önle-

---

1325 Nitekim, ulusal hukuk sistemlerinde hangi statüde görülürse görülsünler, hemen hemen bütün fikri ürünler özel hukuk korumasının yanında, ceza hukukunun sunduğu korumadan da yararlanırlar. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve özellikle telif hakkı için bkz. Hasan Sınar, **Ceza Hukuku Açısından Telif Haklarının Korunması**, İÜSBE Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, sf: 302 vd.; Türk ve Alman hukukları bakımından patent ve markanın ceza hukukuyla korunmasına ilişkin bir çalışma olarak bkz. Keskin, **a.g.e**, sf: 13-22, 54-191.

1326 **AİHS**'in bütününe bakıldığında caydırıcı ceza normlarının müdahalesini gerektiren pozitif yükümlülüklerin ağırlıklı olarak kişi bütünlüğüne yönelik tecavüzlerin söz konusu olduğu durumlarla ilgili olduğu görülmektedir. Örnek kararlar için bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:41-47, 99, 107-111, 114.

1327 AİHK'in hem bu davada hem de diğer devletlerarası davalarda olgu bulgulama işlevi ve bunun etkisi için bkz. Burak Gemalmaz, **Inter-State Applications Under ECHR**, sf:44-51.

1328 *Cyprus v.Turkey*, App. No.25781/94, Judgment of 10 May 2001. Böylelikle Mahkeme, kararın bu aşamasında da AİHK'in muhakemesini benimsemiş oluyor. Bu davada Rum Kesimi tarafından benzer iddialar Kıbrıs Türkleri için de dile getirilmiştir. Mahkeme bu iddiaları ciddiye almakla birlikte ihlal ölçüsüne varmadığından hareketle reddetmiştir. Bkz. *Cyprus v.Turkey*, App. No.25781/94, Judgment of 10 May 2001, paras.372-377.

me, soruşturma yürütme ve göz yummama yükümlülülüğü olduğunu hükme bağladığı sonucuna varmak mümkündür.[1329]

Paul v. Almanya davasında at yetiştiricisi olan başvurucunun on dört atı belediye lağım arıtma tesisinin yakınındaki padokta yaz ayları boyunca kalmıştır. Başvurucu atlarını padoktan aldıktan sonra bunlarda çeşitli rahatsızlıklar başgösterir. İki yıl içersinde on iki at ölür. Başvurucu atlarının lağım arıtma tesisinden kaynaklanan hastalıklara bağlı olarak öldüğü iddiasıyla **P1-1**'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM'in saptamasına göre, ulusal yargılama makamları hem bilirkişi raporu almış hem de üç veterineri tanık olarak dinlemiştir. Ulusal mahkemelerin bu incelemeleri sonucunda atların ölümüyle arıtma tesisinin işleyişi arasında bir nedensellik bağı kurulamamıştır. Bu veriden hareket eden AİHM, başvurucunun mülkiyet hakkına bir müdahalede bulunulduğunu gösteremediği sonucuna varmıştır.[1330] *Paul v. Almanya* kararından, Mahkemenin bu tür vakalarda ulusal makamlar tarafından gerekli delillerin toplanmasını (özellikle uzman delilleri) **P1-1**'in gerekleri arasında gördüğü sonucunu çıkarmak mümkündür. Delillerin toplanması yükümlülüğünün, **AİHS**'in özellikle yaşam hakkını düzenleyen Madde 2 ile kötü muamele yasağını düzenleyen Madde 3 çerçevesinde Devletlere yüklenen etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğünün[1331] benzeri olduğu veya etkili soruşturma yükümlülüğünün bir unsuru niteliğinde olduğu herhalde gözlerden kaçmayacaktır.

P1-1'in Devletlere özel hukuk kişilerinden kaynaklanan müdahaleleri engellemek yükümlülüğü getirip getirmediği hususunu içeren çok sayıda karar bulunmaktadır. *Bramelid ve Malmström* davası özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerden ötürü Devletin sorumluluğunun doğabileceğini kabul eden öncü kararlardan biridir. Olayda başvurucular, ilgili mevzuat çerçevesinde sahip oldukları şirket paylarını üçüncü bir kişiye zorunlu olarak ve piyasa fiyatının altında satmak zorunda kalmışlardır. Komisyon, Devletin özel kişiler arasında mülkiyeti etkileyen hukuki ilişkilerde, söz konusu ilişkinin taraflarından birinin aleyhine olarak mülkiyetten keyfi ve haksız şekilde yoksun kalma sonucunu doğuran bir eşitsizlik yaratmadığını belirlemek ödevi olduğunu vurgulamıştır. Komisyona göre, kişilerin hakları ve çıkarları arasında denge sağlanmalıdır. Somut vakada ise hisse senetlerinin değeri uzmanlarla ve dikkatli bir incelemeyle belirlenmiştir; dolayısıyla keyfi ve makul olmayan bir uygulama görülmemek-

---

1329 Aynı anlama gelecek şekilde krş. Çoban, **a.g.e.**, sf: 164.

1330 *Manfred Paul v. Germany*, App. No.35556/03, Admissibility Decision of 29 May 2007, para.2 (The Law).

1331 Madde 3 eksenli bu yükümlülük konusunda bkz. Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağı Analizi**, sf:375-393.

tedir.[1332] 2001 yılında karara bağlanan ve çoğunluk paylarına sahip ünlü ING Holdingi tarafından azınlık paydaşlarının paylarının zorla alındığı *squeeze-out* meselesine ilişkin bir başka davada AİHM, şikayetin esasına girmiş ve söz konusu tazminatın serbest sermaye piyasası ("*open stock market*") rayicine göre belirlendiğini tespit ederek **P1-1**'in ihlal edildiğine yönelik iddianın temellendirilemediğine karar vermiştir.[1333]

Benzer konulu bir başka vaka ise Sovtransavto Holding'in Ukrayna'ya karşı açtığı davadır. Başvurucu Holding'in bir başka şirkette bulunan % 49'luk payı, o şirketin esas sermaye arttırımı ve ana sözleşme değişikliği sonucunda % 20,7'ye düşer. Payındaki azalmayla paralel olarak Holdingin şirketteki kontrol gücü de azalır (paras.9-14). Nihayetinde şirket tasfiye edilir ve Holding ancak cüzi bir tazminat alabilir. Bütün bu işlemler yetkili kamu makamı tarafından onaylanır. Ulusal hukuktaki hiçbir girişiminden lehine bir sonuç alamayan Holding AİHM önünde mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet, AİHM önünde zaman bakımından yetkisizlik itirazı yapmıştır. Bu itirazı reddederken Mahkeme, Holding'in payının azalmasının ve şirketin tasfiyesinin bir süreç olduğundan hareketle, sınırlamayı süregiden müdahale olarak değerlendirmiştir. Ancak Mahkeme, uluslararası hukukun genel olarak benimsenmiş kuralları uyarınca bu süregiden ihlali zaman bakımından yetkisine giren son aşaması ile sınırlı olarak ele almak durumunda olduğunu belirtmiştir. Yine de, zaman bakımından yetki kapsamına giren süreç içinde gerçekleştirilen ve şikayete konu oluşturan tasarrufların **P1-1**'e uygunluğunu denetlerken Mahkeme, süregiden ihlalin zorunlu bir yansıması olarak, zaman bakımından dışarıda bıraktığı olayları dikkate alacaktır (para.58).

İşin esası bakımından Holding şirkette çoğunluk paylarına ve kontrol yetkisine sahip özel hukuk kişilerinin yaptığı tasarrufların ve bu tasarrufları etkili şekilde denetlemeyen kamu makamlarının kendisinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Muhatap Hükümet savunmasında, yukarıda ele alınan *Bramelid ve Malmström* davasına atıf yaparak olayda Devletin **P1-1** anlamında bir sorumluluğunun doğmadığını iddia etmiştir. İncelemesine sahip olunan şirket paylarındaki azalmanın **P1-1**/1 c. 1 çerçevesinde 1. kural kapsamında ele alınması gerektiğine karar vererek başlayan (paras.92-93) AİHM, Sözleşmenin Taraf

---

1332 *Bramelid and Malmström v. Sweden*, App. Nos. 8588/79-8589/79, Admissibility Decision of 12 October 1982, **DR Vol. 29**, sf:64, 76-86, özelllikle 82-83.

1333 *Offerhaus and Offerhaus v. Netherlands*, App. No.35730/97, Admissibility Decision of 16 January 2001, para.2 (The Law). Ayrıca bkz. Mads Krohn, "*Minority Squeeze-Outs and the European Convention on Human Rights*", **European Business Law Review**, Vol. 15, Issue 2, 2004, sf: 159-182.

Devletlere genel yükümlülük yükleyen 1. Maddesine atıf yapmıştır – ki bu Madde, daha önce vurgulandığı üzere, genel olarak **AİHS** sistemindeki pozitif yükümlülüklerin kaynağıdır. Bu atıf ve uslamlamayla Mahkeme, bireyler veyahut şirketler arasındaki yargısal uyuşmazlıklarla ilgili olan davalarda bile **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı bakımından pozitif yükümlülüklerin mevcut olabileceğini kabul etmektedir. Mahkeme devamla, bunun Devletlerin gerekli usuli güvenceleri sağlayacak yargısal usulleri ihdas etme yükümlülüğü altında olduğu anlamına geldiğini belirtmiştir (para.96). Bu teorik belirlemelerin ardından Mahkeme somut olayın koşullarına eğilmiştir. Holdingin ulusal yargı makamları önünde hukuki belirsizliklerle karşılaştığını ve ulusal makamların başvurunun durumuyla mümkün olan en tutarlı/ciddi şekilde ilgilenmediğini saptayan AİHM, nihayetinde Devletin başvurucu Holdingin mülkiyet hakkından etkili olarak yararlanma hakkını güvenceye alma yükümlülüğüne uygun hareket etmediğini hükme bağlamıştır.[1334]

P1-1'in yatay uygulanırlığının gündeme geldiği bir başka öncü nitelikteki karar *Gustafsson* davası neticesinde üretilmiştir. İsveç'in Götland adasında yazlık bir lokanta ve hostel sahibi olan başvurucu ile işçi sendikaları arasında, işveren başvurucunun istihdam ettiği ve toplam olarak ondan az mevsimlik işçiyle toplu sözleşme yapmadığı için husumet doğmuştur. Başvurucu, ilgili iş kolundaki işveren sendikası üyesi olmadığından, o tarihte yürürlükte olan mevzuat uyarınca çalıştırdığı işçilerle toplu iş sözleşmesi yapmak yükümlülüğünden muaftır. İki taraf arasındaki çeşitli olumsuz gelişmeler neticesinde işçi sendikaları başvurucunun lokantasını ablukaya (*blockade*) alıp boykot ilan etmişlerdir. Başvurucu, bu eylemler neticesinde malzeme tedarikinde güçlükler yaşadığı ve zarar gördüğü iddiasıyla yetkili kamu makamlarına başvurmuşsa da, uyuşmazlığın özel hukuk özneleri arasında olduğu gerekçesiyle bir sonuç elde edememiştir. Daha sonra hostelinin ilgili ve etkili bir sivil toplum kuruluşuna üyeliği sona erdirilmiştir. Nihayetinde başvurucu lokantayı satmak zorunda kalmıştır. Lokantının yeni sahibinin sendikayla hemen toplu iş sözleşmesi yapması üzerine sendika eylemlerine son vermiştir (paras.9- 23).

1334 *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No.48553/99, Judgment of 25 July 2002, paras.97-98.

Bir not olarak eklenmelidir ki, Bosna Hersek İnsan Hakları Dairesi, AİHM'in *Sovtransavto* kararından birkaç ay önce benzer konulu bir uyuşmazlıkta mülkiyet hakkının ihlal edildiği değerlendirmesini yapmıştı. Bkz. *Muhamed Skrgic, Raska Cerimovic, Fikret Murtic and the Association for the Protection of Unemployed Shareholders of Agrokomerc v. Federation of Bosnia and Herzegovina*, CH/00/5134, CH/00/5136, CH/00/5138 and CH/01/7668, Decision on the Admissibility and Merits of 8 March 2002.

Başvurucu AİHM önünde Devletin kendisine karşı yürütülen eylemleri engellemediği ve dolayısıyla maddi zarara uğradığını ileri sürmüştür (para.56). Muhatap Hükümet ise, uyuşmazlığın başvurucu ile tedarikçiler arasında olmasından hareketle **P1–1** anlamında sorumluluğunun doğmadığını savunmuştur. Devlet başvurucunun işletmesine müdahale etmemiş, sadece serbest bir piyasada sendikaların eylemlerini pasif olarak hoş görmüştür (para.58). Mahkeme incelemesine, malvarlığından yararlanmaya özel hukuk kişileri arasındaki işlemlerden kaynaklanan müdahaleler olduğunda da Devletlerin **P1–1** çerçevesinde sorumlu olabilecekleri genel belirlemesini yapmakla başlamıştır (AİHM burada *James* kararı paras.35-36'ya atıf yapmaktadır). Devamla Mahkeme, somut olayın münhasıran özel hukuk kişileri arasında sözleşmesel nitelikte olduğunu ve hiçbir şekilde Devlet erkinin kullanılması sonucu gerçekleşmediğini saptamıştır.[1335] AİHM'e göre sorun, tedarikçi ve dağıtımcılar ile başvurucu işletmeci arasındadır. Bu sebeple **P1–1** uygulanabilir değildir.[1336]

Özel hukuk kişileri arasındaki mülkiyet ihtilaflarında Devletin Sözleşmesel sorumlululuğunun doğması için mevzuatın belirleyiciliği gibi bazı faktörler rol oynamalıdır. Otomativ sektöründe faaliyet gösteren bir şirketin Hollanda'ya karşı açtığı dava bu duruma işaret etmektedir. Sektöründe faaliyet gösteren işveren sendikasının üyesi olmakla toplu iş sözleşmesinin tarafı olan başvurucu şirket, toplu sözleşmeyle kurulan ve özel hukuk tüzel kişisi niteliğinde olan bir fona mevzuatça kanuni olarak katkı payı ödemek zorunda bırakılmasının mülkiyet hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüştü. Komisyon, fon tarafından başvurucu şirketten toplanan paraların özünde özel hukuk kişileri arasındaki bir ilişkinin neticesi olduğunu tespit etmekle birlikte, toplu iş sözleşmesine bağlayıcı etki kazandıran ve sonuç olarak fona tahsil yetkisi veren gerçek unsurun kanuni düzenlemeler olduğunu vurgulayarak, Devletin sorumluluğunun doğabileceğine karar vermiştir.[1337] Bu karardan hangi tür mevzuatın Devletin sorumluluğunun doğması için yeterli sayılabileceği hususunda genel çıkarımda bulunmak pek mümkün gözükmemektedir. Olayda söz

---

1335 Ayrıca bkz. Ploeger -Stolker, **a.g.m.**, sf:75-78, özellikle 77; van Rijn **a.g.m.**, sf: 865.

1336 *Gustafsson v. Sweden*, App. No.15573/89, Judgment of 25 April 1996, para.60. Kararın bu noktasına Yargıç Martens, Yargıç Matscher'in de katıldığı bir muhalefet şerhi ekleyerek Devletin **P1-1** bakımından pozitif yükümlülükleri bulunduğunu ve bunun da etkili bir usuli hak olarak ulusal yargı yerleri önünde incelenmesi yükümlülüğü getirdiğini ileri sürmüştür (bkz. Dissenting Opinion of Judge Martens, Joined by Judge Matscher, para. 14.)

1337 *X. Company v. Netherlands*, App. No. 7669/76, Admissibility Decision of 12 October 1978, **DR Vol. 15**, sf: 133-134 ("The Commission considers that the Foundation's claims which has originally been derived from a contract between private individuals has consequently obtanined a certain public law character and could so engage State responsibility.").

konusu mevzuat bir kanundur. Bu durumda daha alt derece düzenlemelerin Devletin sorumluluğunu doğurmak için yeterli olup olmadığı meselesi akla gelecektir. Benzer şekilde, mevzuatın içeriği de önemli olabilir. Mesela, yaptırımsız veya dolaylı yaptırımlarla desteklenen bir tahsil yetkisinin Devleti sorumlu kılmaya yetip yetmeyeceği sorusu çözülmesi gereken bir başka meseleye işaret etmektedir.

Bu ve benzeri sorular hemen yukarıdaki paragraflarda ele alınan ve başta *squeeze-out* olmak üzere anonim şirket için paydaşlık sorunları ile ilgili *Bramelid ve Malmström, Offerhaus ve Sovtransavto Holding* kararlarında Strasbourg organlarının aldıkları tutumlara da teşmil edilebilir. Bu sorulara mevcut içtihadi birikim ışığında net bir cevap vermek güçtür; bununla birlikte, şikayete konu uyuşmazlıkta kamu makamlarının rolünün belirleyici olması gerektiğini ileri sürmek mümkündür. Eğer mülkiyet hakkının ihlalini gündeme getiren özel hukuk kişileri arasındaki bir uyuşmazlıkta Devletin etkisi, kişilerin nasıl hareket edeceklerinin belirlendiği mevzuat çıkartma şeklindeki bir tür "yönetmenlik" koltuğundan yargının oynadığı "hakem" rolüne geçerse, Devletin **P1-1** sorumluluğu doğmayabilir. Nitekim, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda yargı makamlarının Devletin sorumluluğu açısından oynayabileceği rol, *Governor and Company of the Bank of Scotland* davasında AİHK tarafından ve *Voyager* davasında AİHM tarafından ortaya konulmuştur.

1625 yılında kurulmuş olan İskoç Bankası bir kişiye kredi açmış, karşılığında kredi alanın eşiyle müştereken sahip oldukları aile konutu benzeri evlerini ipotek etmiş ve eşi de kefil olarak belirlemiştir. Evlerini ipotek ederek ödünç para alan kişinin mali durumu bozulduğunda alacağını tahsil etmek isteyen Banka, İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin (Lordlar Kamarası) geriye etkili bir içtihadı ile kefalet sözleşmesinin (contract of caution), kefilin, iyi niyet ilkesinin bir gereği olarak sözleşmenin kuruluşu anında olası sonuçlar hakkında bilgilendirilmemiş olması sebebiyle geçersiz olduğu kararıyla karşılaşmış ve alacağından yoksun kalmıştır. Komisyon öncelikle meselenin özel hukuk kişileri arasında geliştiğini saptamıştır. Komisyona göre, ulusal yargı yerlerinin özel hukuk kişileri arasındaki ihtilaflarda verdikleri kararlar mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil etmekten çok, uyuşmazlık taraflarının karşılıklı hak ve yükümlülüklerini belirleyen niteliktedir. Birleşik Krallık hukukunun içtihatlar üzerinden geliştiği bilinen bir durum olduğu için müdahalenin kıta Avrupası anlamında kanunla değil de içtihatla gerçekleştirilmiş olması bir fark yaratmaz. AİHK'e göre, her ne kadar kefalet sözleşmesinin kurulması anında söz konusu içtihat henüz geliştirilmemişse de, Banka ve hatta diğer ödünç para verme kurumları (lender), iyi niyet ilkesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ve bu yükümlülüklerinin yargısal süreç-

le artabileceğini biliyorlardı veya biliyor olmalıydılar. Lordlar Kamarasının içtihadı keyfi nitelikte de olmadığı için, özel hukuk kişileri arasındaki bir uyuşmazlıkta Bankanın mülkiyet hakkına müdahale etmiş sayılamaz.[1338]

Asil Nadir'le ilişkili bir şirketin açtığı *Voyager* davasında ise Mahkeme öncelikle **P1-1**'in bireyler arası uyuşmazlıkları çözmekten ziyade kamusal müdahaleleri değerlendirmek için vazedildiğini hatırlatmıştır. Mahkeme devamla, şikayet konusu uyuşmazlığın özel hukuk kişileri arasındaki işlemlerden ve ulusal yargı yerlerinin söz konusu işlemlerin geçerliliğine ilişkin kararlarından kaynaklandığını saptayarak şikayetin açıkça temelsiz olduğu sonucuna varmıştır. Bu noktada AİHM, ulusal yargı yerleri açıkça keyfi ve ölçüsüz bir müdahalede bulunmuş olmadıkça, başvurucunun haklarının ve yükümlülüklerinin ulusal yargı makamları tarafından belirlenmesinin, zorunlulukla ve otomatik olrak Devletin P1-1 anlamında sorumluluğunun doğacağı yönünde bir genel çıkarıma yol açmadığını teyit etmiştir.[1339] Gerçi bu durumda akla hemen, yar-

---

1338 *The Governor and Company Bank of the Scotland v. the United Kingdom*, App. No.37857/97, Admissibility Decision of 21 October 1998. Eşin ipotek edilen aile konutu üzerinden veya bir diğer şekilde kefil olduğu ödünç para sözleşmelerinda kefalet sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin İskoçya'da çok sayıda dava açılmış ve hepsinde ödünç veren kurumun (çoğu halde bir banka) iyi niyet ilkesi gereği kefili sözleşmenin akdedilişi anında yeterli oranda bilgilendirmesi yükümlülüğüne aykırı davranmasından ötürü kefalet sözleşmeleri geçersiz addedilmiştir. Bu konuda ayıntılı bilgi ve davalar için bkz. Hilary Hiram and Jane Mair, "*A Leonine Partnership: Marriage, Undue Influence and the Family Home*", **New Perspectives on Property Law, Human Rights and the Home**, ed. Alastair Hudson, Cavendish Publishing, London, 2003, sf: 99-116, özellikle 99-101 ve 107-109. Bu makalede yer verilen davalardan *Smith v. Bank of Scotland* (1997 SLT 1061), pek muhtemelen metinde işlediğimiz *The Governor and Company Bank of the Scotland* (App. No.37857/97, Admissibility Decision of 21 October 1998) davasının ulusal boyutuna denk gelmektedir. İlginç bir not olarak eklenmelidir ki, AİHK önünde görülen davada başvurucu Banka, tarafı olduğu uyuşmazlıktaki ulusal yargı kararının İskoçya'daki bütün kredi ilişkilerini etkileyeceğini ileri sürmüştü. Gerçekten de, bu dipnotta referansı verilen makaleden anlaşıldığına göre, *Smith v. Bank of Scotland* kararı sonraki yıllarda aynen benimsenmiş ve çok sayıda uyuşmazlık ödünç para verme kurumlarının aleyhine ve kefil eşin lehine sonuçlanmıştır (örnek kararlar için bkz. Hilary Hiram and Jane Mair, **a.g.m.**, sf:107-109). Şu hususu da ekleyelim ki, eğer tahminimiz doğru ise, yani AİHK önünde görülen dava *Smith v. Bank of Scotland* (1997 SLT 1061) davası aynı uyuşmazlığının uzantısı ise, yazarlar *Smith v. Bank of Scotland* kararının Strasbourg'a taşındığından habersiz görünmektedirler. Eserlerinde *The Governor and Company Bank of the Scotland* davasına hiçbir gönderme yoktur. Açıkçası, konu hakkında spesifik bir makele hazırlayan yazarların, uyuşmazlığın Strasbourg boyutunu atlamaları veya esere yansıtmayı gereksiz görmeleri, eserin yayımlandığı derlemenin insan haklarıyla doğurdan ilişkili olduğu da gözetildiğinde biraz gariptir.

1339 *Voyager Ltd. v. Turkey*, App. No.35045/97, Final Admissibility Decision of 4 September 2001, para. 3 (The Law).

gı kararını mevzuat uyarınca vermiyor mu sorusu gelecektir. Ancak bu hallerde mevzuat genel niteliktedir[1340], yukarıda örneği görülen vakada (*X. Company v. Netherlands*) ise bir özel hukuk tüzel kişisine başka özel hukuk kişilerinden para tahsil etmek yetkisi veren toplu sözleşmeyi kamusallaştıran özel bir mevzuat söz konusu idi.

Bir başka örnek Türkiye aleyhine açılan bir davadan getirilebilir. Bazı Ermeni vatandaşların açtığı söz konusu davada şikayetçiler Yedikule Surp Pirgiç Ermeni Hastanesi Vakfının üyelerdir. Şikayet konusu, söz konusu Vakfa bir kişinin vasiyetname yoluyla mal bırakılma iradesinin ulusal yargı kararlarıyla engellenmesi ve nihayetinde müteveffanın terekesinin medeni hukuk kurallarına göre Hazineye intikal etmesinin **P1-1**'i ihlal ettiğidir. AİHM'e göre şikayet konusu bireyler arası bir uyuşmazlığa ilişkindir ve Hazinenin ulusal yargı makamları önündeki yargılamanın tarafı olması bu durumu değiştirmez. Zira bütün Devletlerde kişiler arası mülkiyet uyuşmazlıklarını çözecek kurallar bulunmaktadır. Bu sebeple, bu tip davalarda, mülkiyet hakkının ve miras haklarının içkin yasal sınırlarından kaynaklanan mülkiyetin bir diğer kişiye intikali, **P1–1** c. 2 anlamında mülkiyetten yoksun bırakma sayılamaz.[1341]

Mahkeme devamla, Hazine'nin, Türk medeni hukuk mevzuatına göre sanki bir özel hukuk kişisiymişçesine tasarrufta bulunduğunu not etmektedir. Eğer murisin başka mirasçıları olsaydı, onlar da tıpkı Hazine gibi yargı yollarına başvurabileceklerdi. Nihai olarak, ulusal yargının belirli bir malın kime ait olduğunu medeni hukuk çerçevesinde belirleyen

---

1340 Nitekim bir davada özel hukuk kişisine karşı ulusal hukukta açtığı davayı kazanan ve fakat borçlunun mali durumu elvermediği için lehine verilen kararı icra edemeyen, yani kesin hükümle belirlenen alacağını tahsil edemeyen başvurcunun söz konusu şikayeti kişi bakımından yetkisizlik temelinde kabuledilemez ilan edilmiştir (bkz. *Shmalko* v. *Ukraine*, App. No. 60750/00, Partial Admissibility Decision of 6 May 2003). Gerçi bu karar, AİHM diğer bazı kararlarıyla çelişiyor gibi gözükmektedir. Bu duruma aşağıda ölçülülük bahsinde "hukukun üstünlüğü" başlığı altında değinilecektir.

1341 *S. Ö., A. K. and Ar.K. v. Turkey*, App. No.31138/96, Admissibility Decision of 14 September 1999, para.1 (The Law). Orijinal ifade şöyledir: "The Court observes that although the actual transfer of ownership was in the present case enforced by a court order and thus by an act of a State organ, it is based on the provisions of the Turkish Civil Code governing the rules of succession. However, the Court recalls that in all State Parties to the Convention the legislation governing private-law relations between individuals includes rules which determine the effects of these relations with respect to property and in some cases, compel a person to surrender a possession to another. In such cases, the passing of property, resulting from legal limitations inherent in private property and succession rights, should not be considered as constituting a deprivation of possessions for the purposes of the second sentence of Article 1 (No. 12462/86, Dec. 13.7.1987, D.R. 53, p. 234, Nos. 8588/79 and 8589/79, Dec. 12.10.1982, D.R. 29, p. 64[82])."

kararları, mülkiyeti kaybeden tarafın malvarlığı hakları üzerinde Devletin haksız müdahalesinin varlığına ilişkin bir unsur olarak mütalaa edilemez. Zira bu eksendeki ulusal yargı kararları, yargının özsel işlevinin sonucudur. Eklenmelidir ki, AİHM'in bu sonuca ulaşmasında dosya münderecatının ulusal makamların tasarruflarının keyfi ve haksız olduğunu gösteren bir veri içermemesi ve başvuruculların ulusal makamlar önünde şikayetlerini layıkıyla dile getirebilmeleri de etkili olmuştur. AİHM, başvuruculların kendilerine karşı ayrımcılık yapıldığı iddialarını da kabul etmemiştir.[1342]

Bu karar vesilesiyle şunu da belirtmek gerekir ki, Türk vatandaşı müteveffa azınlıkların yabancı uyruklu akrabalarının, azınlık vakıflarının veya doğrudan Rum Patrikhanesi'nin daha sonra yaptığı başvurularda AİHM genel olarak konuya yaklaşımını değiştirmiştir.[1343] Üstelik bu kararlardan oldukça yakın tarihli olan Türk vatandaşı müteveffa azınlıkların yabancı uyruklu akrabalarının açtığı *Apostolidi ve diğerleri* ile *Nacaryan ve Deryan* davalarının konusu miras uyuşmazlığıdır.[1344] Gerçi *S. Ö., A. K. and Ar.K.* kararındaki miras uyuşmazlığının niteliği *Apostolidi* ile *Nacaryan ve Deryan* kararlarındaki miras uyuşmazlığından farklıdır. Son iki kararda başvuruculların sonradan karşılıklılık ilkesi uyarınca iptal edilen bir veraset ilamları ve yine bu ilke nedeniyle mirasçı statüsünden yoksun kalmaları durumu söz konusudur. Bu iki durumun ulusal yargı kararlarıyla ortaya çıkarılması AİHM'e göre **P1-1** mülkiyet hakkına bir müdahaledir. *S. Ö., A. K. and Ar.K.* kararında AİHM, yukarıda işaret edildiği üzere, ulusal yargının medeni hukuk çerçevesinde belirli bir malın kime ait olduğunu belirleyen kararlarının yargının özsel işlevi addedilmesi gerektiği değerlendirmesini yapmıştı. Veraset ilamının karşılıklılık koşulu temelinde geçersiz olduğu sonucuna ulaşan ulusal yargı kararları ise farklı niteliktedir. Zira, karşılıklılık koşulu, mülkiyeti kaybeden tarafın malvarlığı

1342 *S. Ö., A. K. and Ar.K. v. Turkey*, App. No.31138/96, Admissibility Decision of 14 September 1999, paras.1-2 (The Law).

1343 Azınlık vakıfları ile Patrikhane başvuruları için bkz. *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Turkey*, App. No.34478/97, Judgment of 9 January 2007; *Fener Rum Patrikliği v. Turkey*, App. No. 14340/05, Judgment of 8 July 2008; *Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı v. Turkey*, App. No. 36165/02, Judgment of 16 December 2008; *Samatya Surp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı Yönetim Kurulu v. Turkey*, App. No. 1480/03, Judgment of 16 December 2008; *Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı v. Turkey*, App. Nos. 37639/03, 37655/03, 26736/04 et 42670/04, Judgment of 3 March 2009. Elbette bu dipnotunda zikredilen kararlardaki hukuki problem ile *S. Ö., A. K. and Ar.K. v. Turkey* kararındaki hukuki problem farklıdır.

1344 *Apostolidi and others v. Turkey*, App. No. 45628/99, Judgment of 27 March 2007; *Nacaryan and Deryan v. Turkey*, App. No. 19558/02 and 27904/02, Judgment of 8 January 2008.

haklarına Devletin gayrimeşru müdahalesi olarak mütalaa edilemez. Bu bağlamdaki ulusal yargı kararları, kanundan kaynaklanan bir koşulun (karşılıklılık) somut olayda uygulanmasıyla ilgilidir. Dolayısıyla *Apostolidi* ile *Nacaryan ve Deryan* kararlarında, *S. Ö., A. K. and Ar.K.* davasındaki durumdan farklı olarak, iki özel hukuk kişisi arasındaki bir miras uyuşmazlığı bulunmamaktadır. Bu farklılığa rağmen, yine de AİHM'in konuyu ele alış tarzından genel düzlemde yaklaşım değiştirdiği seziliyor. Nitekim Mahkeme *Apostolidi* ile *Nacaryan ve Deryan* kararlarında **P1-1**'in yasallık unsurundan ihlal bulmuştur; bu ağır bir ihlal tespiti anlamına gelmektedir (aşağıda "yasallık" unsuruna bkz.). Zaten anılan son iki kararda *S. Ö., A. K. ve Ar.K.* kararına hiç atıf yoktur.

Fikri mülkiyet haklarının **P1-1** çerçevesinde gündeme geldiği davalar mülkiyet hakkının yatay uygulanması konusunda elverişli malzeme oluşturmaktadır. Birçok fikri mülkiyet uyuşmazlığı özünde ulusal hukukta bireyler arası çekişmeden ibarettir. Bu tür uyuşmazlıklarda başta yargı yerleri olmak üzere ulusal makamların rolü, daha çok bir çeşit hakemlik niteliğindedir. Hal böyle olunca, bu tip uyuşmazlıklarda Devletin insan hakları sorumluluğu doğmayacaktır. Nitekim, *Arallar v. Türkiye* davası bu durumu örneklemektedir. Nesneye ilişkin İkinci Bölümde (Fikri Mülkiyet başlığı altında) özeti verildiği için burada tekrar edilmeyecek olan söz konusu davada başvurucu Aral ailesi ulusal yargı makamlarının aleyhlerine verdiği kararın kendilerinin eser sahipliğinden kaynaklanan fikri mülkiyet haklarına (özellikle mali haklarına) ve dolayısıyla **P1-1**'de yer alan mülkiyet haklarına aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.[1345] AİHK'e göre, başvurucu Arallar ile muhatap Devlet Türkiye arasında Sözleşmesel bir soruna ilişkin uyuşmazlık yoktur. Komisyon nezdinde sorun Aral ailesi ile özel hukuk kişisi olan girişimci arasındadır ve münhasıran özel hukuka tabi ticari bir uyuşmazlık söz konusudur. Ulusal yargı makamlarının bu konudaki kararları sadece iki özel hukuk kişisi

---

1345 Başvurucular ayrıca, bu durumun **AİHS**'in 9 (düşünce ve inanç özgürlüğü hakkı) ve 10. (ifade özgürlüğü hakkı) Maddelerine aykırı olduğunu da iddia etmişlerdir. Komisyon 10. Maddeye yönelik olan iddia üzerinde özellikle durmuştur ve fakat bu iddiayı kabuledilebilir bulmamıştır. Buna rağmen AİHK'in Madde 10'un telif hakkı özelinde uygulanabilir bir hak olarak potansiyelini vurgulamış ve olaya sınırlama ölçütleri açısından yaklaşmıştır. Komisyona göre, bir an için Madde 10'un uygulanabilir olduğu kabul edilse dahi, özellikle özel hukuk sözleşmesi tarafı kişinin hakları temelinde başvurucuların telif haklarının sınırlanması, başkalarının hakları sınırlama ölçütü çerçevesinde demokratik bir toplumda gerekli olarak mütalaa edilebilir. Buradan hareketle, eser sahipliğine dayalı telif hakkının ifade özgürlüğü kapsamına girebileceği ve **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkından farklı bir koruma perspektifi elde edilebileceği üzerinde düşünülmelidir. Ayrıca kanımca, Komisyonun eser sahibinin hakları (manevi hak) ile bir özel hukuk sözleşmesiyle telif hakkına (mali hak) sahip olmuş kişinin hakları arasındaki çatışmada ikinci kişi lehine eğilim göstermesi de tartışılmaya müsaittir.

arasındaki uyuşmazlığın çözülmesinde rol oynamakta ve açıkça keyfi veya haksız olmadıkça Devletin Sözleşmesel sorumluluğunu doğurmamaktadır.[1346]

Benzer nitelikteki bir başka dava *Mihailescu* kararıdır. Burada da başvurucu buluş hakkı sahibi olup aldığı patent bir Devlet şirketine devredilmiştir. Bu şirket sonradan özelleştirilmiştir ve Devletin payı azınlıkta kalmıştır (*minority shareholder*). Bu sebeple AİHM Devletin söz konusu şirketin tasarruflarından ötürü başvurucuya karşı sorumlu kılınamayacağına karar vererek şikayeti kabuledilemez ilan etmiştir.[1347]

AİHM, *Melnychuk* davasında da benzer muhakeme yürütmüştür. Bu vakada başvurucunun, eserleri hakkında yayımlanan eleştirel gazete yazılarının yargılama makamlarınca durdurulmamasının telif haklarını ihlal ettiği yönündeki iddiası, Devletin bir sorumluluğu doğmadığı gerekçesiyle kabuledilemez bulunmuştur.[1348]

Yukarıda değinilen içtihatlar ışığında Strasbourg organlarının fikri mülkiyet davalarının bir kısmında sergiledikleri yaklaşımın pek yerinde olmadığı söylenebilir.[1349] Daha açık deyişle, Strasbourg organlarının Sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen Madde 10 bakımından geliştirdiği içtihat ile **P1–1** bakımından geliştirdiği içtihat tutarlı değildir. Örneğin, iki özel hukuk kişisi arasındaki hakaret davalarında Strasbourg organları, ulusal yargı yerlerinin nihai kararlarını Madde 10'daki ifade özgürlüğü ve Madde 8'deki özel yaşam hakkı açılarından pekala incelemektedir. O halde, aynı incelemenin niçin **P1–1** bakımından yapılmadığının makul bir cevabı yoktur; üstelik, en azından eser sahibinin fikri haklarını ilgilendiren olaylarda Madde 10'un da gündeme gelebileceği açığa çıkartılmışken tutarsızlık daha da belirginleşmektedir. Kaldı ki, bir Devletin yargı organları bir uyuşmazlık hakkında nihai ve icra edilebilir kararlar ürettiğine göre, aslında her yargı kararı bir Devlet tasarrufu niteliğinde olup o Devletin Sözleşmesel (ve **P1-1**'sel) sorumluluğunu doğurur.

1346 *Oğuz Aral, Galip Tekin Aral and İnci Aral v. Turkey*, App. No.24563/94, Admissibility Decision of 14 January 1998, para.4 (The Law). Diğer yandan Madde 10 bakımından yaptığı incelemede aynı kaygıyı gütmesine rağmen bir spekülasyon olarak Devletin sorumluluğunun doğduğunu ve Madde 10'un uygulanabilir olması halinde nasıl bir çözüme gideceğini açıkça kararına geçiren Komisyonun, aynı yaklaşımı **P1–1** için neden geliştirmediği sorusu cevapsız kalmaktadır.

1347 *Mihailescu v. Romania*, App. No.47748/99, Admissibility Decision of 26 August 2003.

1348 *Melnychuk v. Ukranie*, App. No.28743/03, Admissibility Decision of 5 July 2005, para 3 (The Law). Bu vaka, cevap ve düzeltme hakkının Sözleşmenin ifade özgürlüğünü koruyan 10. Maddesi kapsamına girdiğini göstermesi bakımından önemli unsurlar içermektedir.

1349 Krş. Helfer, **Intellectual Property and the European Court of Human Rights**, sf: 28-32.

Elbette, Devlete atfedilebilecek bir ihmali durum söz konusu olursa, belki Devletin pozitif yükümlülükleri gündeme gelebilir. Diğer yandan, fikri mülkiyet haklarının kullanılmasına doğrudan Devletten kaynaklanan bir müdahale bulunduğunda **P1-1**'in koruma şemsiyesi işlemeye başlayacaktır.[1350]

Fikri mülkiyet alanında bireyler arası özel hukuk ilişkilerden kaynaklı uyuşmazlıklarda Devletin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğine dair *Anheuser-Busch INC v. Portekiz* kararı burada zikredilmelidir. Nesneye ilişkin İkinci Bölümde (fikri Mülkiyet başlığı altında) özeti verildiği için burada yinelenmeyecek söz konusu kararda Mahkeme, bireyler yahut şirketler arasındaki yargısal uyuşmazlıklarla ilgili olan davalarda bile Devletlerin **P1-1** mülkiyet hakkı bakımından pozitif yükümlülüklerinin doğabileceğin yönündeki yukarıda işlenen *Sovtransavto Holding* kararı standardını teyit etmektedir. Mahkeme devamla, Devletlerin **P1-1** özelinde uyuşmazlığın tarafı özel hukuk kişilerine gerekli usuli güvenceleri içeren yargısal usuller sağlamak yükümlülüğü altında olduklarını vurgulamıştır. Bu yargısal usuller, ulusal yargı makamlarının meseleye uygulanacak hukuk ışığında etkili ve adil şekilde yargılama yapabilmelerini sağlamalıdır (para.83). Bu ilkeleri teyit etmekle birlikte Mahkeme, somut olayın koşullarında, ulusal yargı makamlarının uyuşmazlığa uygulanacak hukuk hakkındaki yorumlarını denetlemekten kaçınarak, başvurucunun mülkiyet hakkına bir müdahale olmadığına karar vermiştir (paras. 83-87).[1351]

2) Ulaşma ve Yararlanma

Yukarıda Kıbrıs Rum Kesiminin ve bazı Rum bireylerinin Türkiye'ye karşı açtığı davalardan bahsedilmişti. Bu davaların konusu, davacıların malvarlığına ulaşma ve bundan yararlanma yetkisiydi. Devletin bu hakla ilgili olarak Sözleşmesel temel yükümlülüğü negatif, yani haktan yararlanmayı "engellememe" olmakla birlikte, yakından bakıldığında ulaşma ve bundan yararlanma yetkisinin belli ölçüde pozitif edim gerektirdiği anlaşılıyor. Zira Devlet malvarlığına ulaşma ve bundan yararlanmayı

1350 Doktrinde Helfer, pozitif yükümlülülükler ve yatay uygulama ile ilgili fikri mülkiyet uyuşmazlıklarında AİHM'in, Çalışmanın II. Bölümünde çeşitli vesilelerle değinilen **TRIPs** (Fikri Mülkiyet Haklarının Ticari Boyutları) Anlaşmasından faydalanabileceğini ileri sürmektedir (bkz. Helfer, **Intellectual Property and the European Court of Human Rights**, sf: 40-45, özellikle 41-45). Yazar, konuyu "enforcement paradigm" başlığı altında işmekte olup, AİHM kararlarından yaptığı alıntılar dışında genel olarak UİHH'ye yabancı bir terminoloji kullanmaktadır. Bununla beraber, yazarın geliştirmeye çalıştığı görüşleri, bu Çalışmaya hakim olan yaklaşım ışığında benimsediğimizi söylemeliyiz.

1351 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, GC Judgment of 11 January 2007.

"sağlamalıdır". Kısacası, Devletin **P1–1** sorumluluğu sadece engellemesinden ibaret değildir; o Devlete atfedilebilecek boyutu bulunması koşuluyla, bu haktan yararlanmayı sağlama yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden ötürü de o Devlet sorumlu tutulabilir.[1352] UİHH sisteminde diğer insan hakları denetim organları da, mülkiyet hakkının mallara ulaşma hakkını kapsadığını karar altına almıştır.[1353]

Weissman davasında Mahkeme, 323.264 Euro'luk mahkeme başvurucu harcını ödeyemedikleri için şikayetlerinden sonuç alamayan başvuruculara haklı bularak hem Madde 6/1'de düzenlenen mahkemeye başvuru hakkının hem de **P1-1**'in ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, zikredilen miktar aşırı olup başvurucuların davalarından vazgeçmesine sebep olmaktadır. Bu durumda, yargılama masraflarının karşılanması meşru amacı ile bireylerin mahkemeye ulaşma hakkı arasında denge kurulamamıştır.[1354] Bu karardan Devlet bakımından bireylerin davalarını ulusal yargı makamları önüne getirmelerini aşırı zorlaştırmama gibi bir negatif yükümlülük çıkarsanabileceği gibi, mevcut yasal engellerin kaldırılması yönünde bir çeşit pozitif yükümlülüğü olduğu sonucunu çıkartmak da mümkündür.[1355]

Immobiliare Saffi davası mülkiyet hakkı özelinde Devletin pozitif yükümlülüklerini yansıtan ilk kararlar arasındadır. Başvurucu inşaat şirketi sahibi olduğu ve kira sözleşmesiyle üçüncü bir kişiye kiraladığı taşınmazına "kavuşamamaktadır." Şirket tahliye emri çıkartmasına rağmen icra memurları taşınmazı tahliye etmekte ve mal sahibi şirkete teslim etmekte uzun bir süre başarısız olmuşlardır. Başvurucu şirketin kolluk yardımı talebi yerine getirilmemiştir. İncelemesine uygulanabilir ku-

---

1352 Krş. *Loizidou v. Turkey*, App. No.15318/89, GC Judgment of 18 December 1996; *Cyprus v.Turkey*, App. No.25781/94, Judgment of 10 May 2001.

1353 Örneğin bkz. *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria*, Nos. 105/93-128/94-130/94-152/96, African Commission's Decision of 31 October 1998, para. 77, Twelfth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights 1998-1999, AHG/215 (XXXV), sf: 59.

1354 *Weissman and others v. Romania*, App. No.63945/00, Judgment of 24 May 2006, paras.38-44 (mahkemeye ulaşma hakkı), paras.66-70 (mülkiyet hakkı).

1355 *Apostol v. Georgia*, App. No.40765/02, Judgment of 28 November 2006, paras. 64-65'de benzer nitelikli bir uyuşmazlıkta Madde 6 ihlali olduğu belirlenirken, ihlal edilenin pozitif yükümlülük olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak Mahkeme ayrıca **P1–1** incelemesi yapmamıştır. Türkiye'ye karşı açılan *Mehmet ve Suna Yiğit* davasında, geliri olmayan başvuruculardan asgari ücretin dört katına denk gelecek seviyede yargı harcı alınması hususunda aynı yönde karar verilmiş ve Madde 6'nın ihlali bulunduğu için **P1-1** bakımından ayrıca bir inceleme yapılmamıştır. Bkz. *Mehmet ve Suna Yiğit v. Turkey*, App. No. 52658/99, Judgment of 17 July 2007, paras. 31-39, 40-43, özelikle para. 38 ("Consequently, in the Court's view, the requirement that the applicants, who had no income, had to pay court fees which amounted to four times more than the monthly minimum wage at the time, cannot be considered proportionate").

ralın **P1–1**/2 olduğunu saptamakla başlayan AİHM, müdahalenin kiracılar ile mal sahipleri arasındaki toplumsal gerilimi azaltma ve giderek kamu düzenini koruma amacı taşıdığını düşünmektedir. AİHM'ne göre tahliye emirlerinin geçici olarak askıya alınması kategorik olarak **P1-1**'e aykırılık teşkil etmemekteyse de, mal sahibine aşırı bir külfet yükleme riski içerdikleri için mutlaka belirli usuli güvencelerle desteklenmelidir – ki pratikte mal sahibinin malvarlığı haklarına keyfi ve öngörülemez bir etkisi olmasın. Mahkemeye göre, somut olaydaki İtalyan sistemi hiç esnek değildir; başvurucunun somut olay çerçevesindeki acil ihtiyaçlarına cevap verememektedir. Usuli güvenceler olmadığı için başvurucu şirket yaklaşık 11 yıl boyunca belirsiz bir durum içerisinde kalmıştır. Başvurucu şirketin İtalyan yargı makamlarından uzun süreli bekleyişi için bir tazminat alma şansı da bulunmamaktadır. Üstelik, dosya münderecatına göre, tahliye edilmek istenen kiracının özel olarak korunmayı hak edecek bir durumu yoktur. Sonuç olarak **P1–1** ihlal edilmiştir.[1356]

Anlaşılacağı üzere, *Immobiliare Saffi* kararında pozitif yükümlülüklerden bahsedilmemektedir. Bilakis, AİHM'in tüm incelemesi klasik ölçülülük yaklaşımı içinde kalmıştır. Örneğin, ölçülülük aşamasının, aşağıda açığa çıkartılacak olan en az üç göstergesine yer verildiği gözlemlenebilmektedir (sınırlama süresi, tazminat yokluğu, usuli güvencelerin yokluğu). Yine de davadaki hukuki meselenin özü göz önünde bulundurulduğunda, *Immobiliare Saffi* kararı Devletin **P1–1** özelindeki pozitif yükümlülüklerinin ilkel örneği olarak nitelendirilebilir. Zira, şikayetin özünü kolluk yardımının gelmemesi oluşturmaktadır. O halde, *Immobiliare Saffi* kararından devinerek denilebilir ki, hukuka uygun olarak verilmiş tahliye emrini icra edecek gerekli mekanizmanın kurulması ve işletilmesi Devletin pozitif yükümlülüğü olarak **P1-1**'in mülkiyet hakkının öznelerine verdiği yararlanma yetkisinin içerisindedir.[1357]

3) Zarar Gelmesini Engelleme/Koruma

P1–1 özelinde görece sık görülebilecek pozitif yükümlülük örneklerinin başında malvarlığına zarar gelmesini engelleme ve giderek malvarlığını koruma yükümlülüğü gelmektedir. Bu yükümlülük daha çok, malvarlığının değerini korumaya yöneliktir. Bu açıdan, alacak haklarını ve sosyal güvenlik pozisyonlarını bu başlık altına sokmak mümkündür.

1356 *Immobiliare Saffi v. Italy*, App. No.22774/93, GC Judgment of 28 July 1999, paras.47-59. *Immobiliare Saffi* kararı içtihat niteliği kazanmıştır. *Immobiliare Saffi* takipçisi kararlara örnek olarak bkz. *G.L. Italy*, App. No. 22671/93, Judgment of 3 August 2000, paras. 20-26; *Ghidotti v. Italy*, App. No. 28272/95, Judgment of 21 February 2002, paras. 25-32.

1357 Aynı yönde olarak bkz. Çoban, **a.g.e.**, sf: 164.

Çünkü bu kalemler, özünde hukuken malvarlığına dahil olup bir şekilde fiilen elde edilememiş pozisyonları içermektedir.

Malvarlığına zarar gelmesini engelleme yükümlülüğünün en çok kullanılması gereken aracı faiz kurumudur. Birçok kararda faiz verilmemesi veya verilen faizin oranının enflasyona göre çok düşük olması **P1-1**'in ihlali sonucunu doğurmuştur.[1358] *Akkuş* ve *Aka* davalarında başvuruculaların kamulaştırılan taşınmazları bakımından kazandıkları ek tazminat ile bunun ödenmesindeki iki yıllık gecikme için kanuni % 30 faiz verilmesi, Türkiye'de o dönemde enflasyon % 70 civarında seyrettiğinden, Mahkemeyi **P1-1**'in ihlali olduğu hükmüne götürmüştür.[1359] Bu içtihatla-

---

1358 Erken dönem bir kararında AİHK, **P1-1**'in Devletler bakımından faiz yükümlülüğü doğurmadığına sonucuna ulaşmıştı. Çalışmanın II. Bölümünde "vücut ve emek" başlığı altında ayrıntılı olarak özetlenen kararda hapishanede cezasını çekmekte olan bir mahkum, hapishanede yaptığı çalışmadan elde ettiği gelirin bir kısmına salıverilme zamanında toptan ödemek için idarece el konulmasının ve bunun için faiz de verilmemesinin **P1-1**'i ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Komisyona göre, hapishane yaşamı için normal/olağan kabul edilen ve Sözleşme Madde 5/1 (a) ile Madde 4/3 (a) hükümlerince açıkça tanınan bazı spesifik kayıtlamalar dikkate alındığında, idarenin gelirin yarısını ileride salıverilme anında ödenmek üzere alıkoyması **P1–1**/2'deki genel yarar amacına uygundur. Buradan hareket eden AİHK bu tip bir düzenlemenin mahkumun mülkiyet hakkının özüne bir müdahale teşkil etmediğine karar vermiştir. AİHK devamla, faiz alma hakkının **P1-1**'den çıkarsanamayacağını vurgulamış ve başvuruyu açıkça temelsizlik gerekçesiyle kabuledilemez ilan etmiştir (*X. v. Austria*, App. No. 8346/78, Admissibility Decision of 6 March 1980, **DR Vol. 19**, sf: 230-231, özellikle 231).

1359 *Akkuş v. Turkey*, App. No.,19263/92, Judgment of 23 October 1997; *Aka v. Turkey*, App. No.19639/92, Judgment of 23 September 1998; *Şenay Çoruh v. Turkey*, App. No.47574/99, Judgment of 20 September 2005; *Gülşen and others v. Turkey*, App. No. 54902/00, Judgment of 3 May 2007 (bu davada başvurucular arasında Aziz Yıldırım ile Aykut Kocaman bulunmaktadır). Oysa 1986 tarihli *Lithgow* davasında Mahkeme, başvuruculaların tazminat bedelinin belirlenmesinde esas alınan tarih ile millileştirme tarihi arasında hisselerinin gelirlerinden yoksun bırakıldıklarına ilişkin şikayeti, millileştirmeye karar verildikten sonra ortaya çıkan bilgilere ilişkin olarak önceden bir yargıda ya da tahminde bulunulamayacağını dikkate alarak, muhatap Hükümetin enflasyon karşısında değer yitiren tazminat bedelleri bakımından ekstra bir giderim öngörmeyen iç hukuk düzenlemelerini tercih etmesinin takdir marjı içerisinde mütalaa etmişti (*Lithgow and others v. United Kingdom*, App. Nos.9006/80 - 9262/81 - 9263/81 - 9265/81 - 9266/81 - 9405/81, Judgment of 8 July 1986, paras.144-147. Ayrıca bkz. ve krş. *Dominic Mintoff and others v. Malta*, App. No. 4566/07, Admissibility Decision of 26 June 2007).

Bu noktada *Aka* ve *Akkuş* kararlarından hareketle Türk hukuk doktrininde 1982 Anayasasında yer alan mülkiyet hakkı normunun temerrüt faizini içermesi gerektiği yönünde savunulan görüşü zikretmek mümkündür. Bu görüş için bkz. Mustafa Alp, "*Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Işığında Yasal Temerrüt Faizi Konusunun Değerlendirilmesi*", **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, 11 Mayıs 2001**, Yayına hazırlayan: Özlem Erişgin, BATİDER, Ankara 2001, sf:155-198, 181-191. Zikredilen bu makalenin Türk hukuk sisteminde gecikme faizi sorununu anayasal mülkiyet hakkı açısından ele alan tek yetkin çalışma olduğunu söylemek abartma olmayacaktır. Ancak yazarın **AİHS** sistemi açısından Devletin buradaki yükümlülüğünün niteliğine dair bir tartışma yapmadığını, sadece *Akkuş* ve *Aka* kararlarını zikrettiğini belirtmek gerekir.

rın açtığı yol, başka alacak davalarında aynen kullanılmış ve Türk kamu makamlarının borçlarını ödemede gecikmesinden ötürü mülkiyet hakkının ihlaline yol açmıştır.[1360] Portekiz'e karşı açılan ve kamulaştırma bedelinin 24 yıl ödenmemesine dair bir davada da aynı yönde ihlal kararı verilmişir.[1361]

Benzer şekilde, haksız/hatalı olarak ödenen fazla verginin iadesindeki gecikme için yapılan faiz talebinin reddi mülkiyet hakkının ihlalini oluşturmaktadır. Faizin reddi **P1–1**/1 c. 1 kapsamına girmektedir. *Akkuş* davasına atıf yapan Mahkemeye göre, bu tip durumlarda Devletin sorumluluğu, toplam alacak ile nihai olarak elde edilen miktar arasındaki boşluğu kapatmaktır/daraltmaktır. Beş yıl beş aylık bir gecikme süresi makul olarak kabul göremeyeceği için denge bozulmuştur.[1362] Gerek Türkiye'ye gerekse de Yunanistan'a karşı açılan davalarda verilen bu kararlar, pozitif yükümlülük terimi açıkça hiç geçmemesine rağmen, aslında Devletin pozitif yükümlülüğüne işaret etmektedir.

Ümraniye'deki çöplük patlaması olayına dair *Öneryıldız* davası da Devletin **P1–1** eksenindeki pozitif yükümlülüklerini göstermesi açısından burada zikredilmelidir.[1363] Başvurucu ailesiyle birlikte çöplük alanında

---

1360 Bazı örnek kararlar: *Kanioğlu and others v. Turkey*, App. No. 44766/98-44771/98 and 44772/98, Judgment of 11 October 2005 (kıdem ve ihbar tazminatlarının geç ödenmesi ve ulusal hukukta bir çare olmaması); *Kuzu v. Turkey*, App. No. 13062/03, Judgment of 17 January 2006 (kıdem tazminatının tahsil edilememesi); *Kur v. Turkey*, App. No. 43389/98, Judgment of 23 March 2006 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın ödenmemesi ve enflasyon karşısında erimesi); *Ali Göktaş v. Turkey*, App. No. 9323/03, Judgment of 12 February 2008 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın ödenmemesi ve enflasyon karşısında erimesi); *Apaydın v. Turkey*, App. No. 502/03, Judgment of 12 February 2008 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın ödenmemesi ve enflasyon karşısında erimesi); *Kılıç ve Korkut v. Turkey*, App. No. 25949/03-25976/03, Judgment of 12 February 2008 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın ödenmemesi ve enflasyon karşısında erimesi).

Oysa enflasyonun kayda değer bir etkisinin bulunmadığı ve yine haksız tutuklamadan kaynaklanan bir başka vakada, tazminat kararının yaklaşık altı ay yerine getirilmemesi ve bu gecikme için faiz verilmemesi AİHK için, Mahkemenin *Aka* ve *Akkuş* kararlarına rağmen bir problem teşkil etmemiştir. Bkz. ve krş. *Pacella v. Italy*, App. No. 39217/98, Admissibility Decision of 9 September 1998, para. 1 (Law).

1361 *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao and others v. Portugal*, App. Nos.29813/96 and 30229/96, Judgment of 11 January 2000, para.54. Bu kararda başvuruculaın içinde kaldığı durumun belirsizliğine özel vurgu yapılmıştır.

1362 *Eko-Elda Avee v. Greece*, App. No.10162/02, Judgment of 9 March 2006, paras.28-29, 31. Bu hükmün Türkçe çevirisi için bkz. Turgut Candan (çev), "*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Eko-Elda Avee/Yunanistan Kararı*", **Danıştay Dergisi**, Yıl: 37, Sayı: 114, 2007, sf:1-8.

1363 Doktrinde Helene Pauliat Mahkemenin **P1–1** özelinde pozitif yükümlülükler doktrinini ilk kez *Öneryıldız* davasında uyguladığını yazmaktadır (bkz. Helene Pauliat, "*Mülkiyet*

bir gecekondu yapmış ve çöplük patlayana kadar yaklaşık beş yıl o muhitte bir sosyal yaşam alanı ve aile çevresi kurmuştur. Gecekondusu yıkılmamak bir yana, kaçak yapıya resmi olarak elektrik ve su bağlanmıştır ve başvurucular vergi ödemişlerdir. Başvurucu AİHM önünde Devletin çöplüğe müdahelede bulunmama yükümlülüğünü ihmal etmesinin **P1-1**'i ihlal ettiğini ileri sürmüştür (para.133). İddiaları 1. Kural altında ele alan Mahkeme önce, başvurucunun kamu makamlarından meşru olarak beklediği önlemler ile malvarlığından etkili olarak yararlanması arasında doğrudan bağlantı bulunan hallerde **P1-1**'in sadece bir müdahelede bulunmama yükümlülüğü değil, ama ayrıca pozitif önlemler gerektirebileceği standardını yinelemiştir (para.134). Mahkeme somut olayda özellikle yaşam hakkı için geliştirdiği analizden devinerek Devlete atfedilebilir ağır ihmal (*gross negligence*) ile evin patlamada yok olması arasında bir nedensellik bağı kurmuştur. AİHM'e göre bu durum, bir müdahale teşkil etmemektedir. Kamu makamları burada, yetkileri dahilinde olan tasarrruflarda bulunmayarak başvurucunun mameleki çıkarlarını korumak pozitif yükümlülüğünü ihlal etmiştir (para.135). Bu noktada AİHM'in **P1-1**'e dair pozitif yükümlülükler ile Sözleşme Madde 2'ye (yaşam hakkı) dair pozitif yükümlülükleri özdeşleştirdiği görülmektedir (para.136). Bu aşamalardan sonra Mahkeme başvurucunun iç hukukta elde ettiği giderimin **P1–1** anlamında yeterli bir tazminat olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir (para.137).[1364]

Öneryıldız kararı önemli bir kapıyı aralamış gibi gözükmektedir. Devletin **P1–1** eksenindeki malvarlığına zarar gelmesini engelleme/koruma pozitif yükümlülüğü, öngörülebilir doğal afetlerin zararlarının giderilmesine kadar genişlemiştir. 2008 yılında hükme bağlanan *Budayeva* vakasında başvurucular Kafkasya'nın jeolojik açıdan hareketli bir yöresinde yaşamaktadır. Yörede her yıl yaz aylarında geniş çaplı çamur selleri meydana gelmektedir. Sonradan AİHM önündeki şikayete konu olacak seller ise neredeyse bir hafta sürmüştür. Başvurucular, hiçbir şekilde sel baskınlarından haberdar edilmemişler, sadece seller şehre ulaştığında hoparlörlerden alarm verilmiştir. Üstelik ilk selden sonra, şehre dönmelerine hiçbir makam engel olmamış ve bu sebeple ikinci sele maruz kalmışlardır. Çok sayıda kişi ölmüş ve yaralanmış, bütün malvarlıkları zayi

---

Hakkı-Tebliğ I", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu- 24-25 Ekim 2003 (Ankara)**, TBB, Birinci Baskı: Şubat 2006, Ankara, sf: 267-283, 275). Bu iddia pek yerinde değildir. İşbu Çalışmada gösterildiği üzere, adı açıkça konmamakla birlikte pozitif yükümlülükler doktrini daha önceki birçok kararda kendini hissettirmektedir.

1364 *Öneryıldız v. Turkey*, App. No.48939/99, GC Judgment of 30 November 2004. Pozitif yükümlülük açısından kararın ayrıca değerlendirilmesi için bkz. Sarı, **a.g.e.**, sf:146-147.

olmuştur. Başvurucular AİHM önünde yetkili makamları, etkili şekilde baraj kullanılması gibi öngörülebilir sel baskınlarını engelleyecek tedbirleri almamak ve erken uyarıda bulunmamakla itham ederek başta yaşam hakkını koruyan 2. Madde ile mülkiyet hakkını koruyan **P1-1** olmak üzere çeşitli Sözleşmesel haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme Madde 2 açısından başvuruculara hak vermiş ve muhatap Devleti hem gerekli önlemleri almadığı için hem de sorumlu kamu makamları hakkında etkili hukuki ve cezai yargısal girişimlerde bulunmadığı için yaşam hakkının hem esasa dair hem de usule dair boyutlarından ihlal kararı vermiştir.[1365] Yaşam hakkının ağır şekilde ihlal edildiği bulgusuna rağmen Mahkeme **P1-1** açısından *Öneryıldız* kararından ayrılmıştır. *Öneryıldız* kararında AİHM **P1-1**'e dair pozitif yükümlülükler ile Sözleşme Madde 2'ye dair pozitif yükümlülükleri özdeşleştirmişti. Ancak *Budayeva* vakasında, zarar kamusal makamların doğrudan yer aldığı tasarruflar sonucunda değil de doğal afet niteliğinde çamur selinden kaynaklandığı için, **P1-1** açısından Devletin üstündeki pozitif yükümlülük külfeti azalmaktadır. Mutlak nitelikte düzenlenmiş temel nitelikteki yaşam hakkı ile sınırlanabilir olarak düzenlenmiş bulunan mülkiyet hakkının içerdiği pozitif yükümlülüklerin derecesi farklıdır ve bu sebeple Devletin **P1-1** özelindeki takdir marjı daha geniştir.[1366] Mahkeme devamla, **P1-1**'in sağladığı usuli güvencelerin sorumlu makamların zorunlulukla yargısal takibe uğramasını gerektirmediğini ve doğal afetlerden kaynaklanan zararların tazmini söz konusu olduğunda tam tazminatın gerekmediğini hükme bağlamış ve başvuruculara belirli oranda tazminat aldıklarını hesaba katarak olayda mülkiyet hakkının ihlali olmadığı sonucuna varmıştır.[1367]

1365 *Budayeva and others v. Russia*, App. Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, Judgment of 20 March 2008, paras. 146-165.

1366 *Budayeva and others v. Russia*, paras. 174-175 ("In the present case, however, the Court considers that natural disasters, which are as such beyond human control, do not call for the same extent of State involvement. Accordingly, its positive obligations as regards the protection of property from weather hazards do not necessarily extend as far as in the sphere of dangerous activities of a man-made nature. For this reason the Court considers that for the purposes of the present case a distinction must be drawn between the positive obligations under Article 2 of the Convention and those under Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention. While the fundamental importance of the right to life requires that the scope of the positive obligations under Article 2 includes a duty to do everything within the authorities' power in the sphere of disaster relief for the protection of that right, the obligation to protect the right to the peaceful enjoyment of possessions, which is not absolute, cannot extend further than what is reasonable in the circumstances. Accordingly, the authorities enjoy a wider margin of appreciation in deciding what measures to take in order to protect individuals' possessions from weather hazards than in deciding on the measures needed to protect lives.").

1367 *Budayeva and others v. Russia*, paras. 178-185.

Bu karardan devinerek denilebilir ki, Devletler, gerekli özeni göstermelerine rağmen öngöremeyecekleri veyahut öngörmelerinin beklenemeyeceği hallerde doğal afetlerden kaynaklanan malvarlığı zararlarından ötürü Sözleşmesel anlamda sorumlu tutulamazlar. Dahası, *Budayeva* kararında AİHM'in malvarlığı zararının kaynağı bakımından insan eliyle (özellikle kamusal makamlar) yapılan tasarruflar ile doğal afetler arasında ayrım yapması da teorik bazda bir problem teşkil etmez. Ancak, yaşam hakkının hem esastan hem usuli boyuttan iki kere ihlal edildiğini bulguladığı bir uyuşmazlıkta, pozitif yükümlülükler açısından Madde 2 ile **P1-1** arasında kategorik olarak önemli bir farklılık yaratması şüpheyle karşılanmalıdır. Kanımca, bu vaka özelinde insana gelen zararla malvarlığına gelen zararın oluşumları ve kamu makamlarının ihmalleri arasındaki nedensellik bağı açısından hiçbir fark bulunmamaktadır. **P1-1**'in sağladığı usuli güvenceleri bu derece zayıflatmak ve yaşam hakkı ile mülkiyet hakkı arasında makul derecenin ötesine giden oranda hiyerarşi kurmak UİHH mantığına aykırı olduğu gibi, **AİHS**'in yorumlanması ve uygulanmasına hakim etkililik ilkesine de pek uygun düşmemektedir.

Bu problemli noktalara rağmen rağmen *Budayeva* kararı, Devletlerin sorumluluklarını, öngörülebilir doğal afetlerin doğurduğu zararlarının kısmen bile olsa giderilmesi yükümlülüğü boyutuna taşıması bakımından olumlu nitelik taşımaktadır.

4) İnsan Onuruna Yakışır Yaşam Standardı Sağlama

Mülkiyet hakkından behsedilince insan onuruna yaraşır bir yaşam standardı kavramı da gündeme gelir. Mülkiyet hakkının bir insan hakkı olarak UİHH manzumesinde yer alması gerektiğini *de lege feranda* savunanların en sık başvurduğu gerekçelerin başında, bu hakkın insanların insanca yaşaması için elzem nitelikte olduğu iddiası geliyor.[1368]

Gelgelelim, aynı **P1–1** insan onuruna yakışır bir yaşam standardı sağlama imkanını hak öznesine vermemektedir. Diğer bir ifadeyle, **P1–1** Devlete insan onuruna yakışır bir yaşam standardı sağlama yükümlülüğü yüklemez.[1369] Bunun sebebi zaman duvarıdır. Oysa insan onuruna yakışır bir yaşam standardı talebi, bu standarda sahip olunmadığı için ya-

---

1368 Banning, **a.g.e.**, sf:183-185; Krause, **a.g.m.**, sf:191, 209. Krause geniş anlamda mülkiyet hakkı derken, mülkiyeti bireyin makul bir yaşam standardına ve onurlu bir hayat sürmesine katkıda bulunan bir kurum olarak anlamakta, dar anlamda mülkiyet hakkı derken, mevcut malvarlığının keyfi müdahalelere maruz kalmamasını kastetmektedir.

1369 Harris-O'Boyle-Warbrick, **Law of the ECHR/1995**, sf:519 ("There is no right to have food or to have shelter, whatever one's destitution, under this provision.").

pılmaktadır. Dolayısıyla insan onuruna yakışır bir yaşam standardına hak ya da bu standarda yönelik talep, açıkça Devletin bir edimde bulunmasını gerektirir.

Bu noktada 02/05/1948 tarihli **Ame.İHÖB**'nin XXII Maddesinin belirtilmesi bir gerekliliktir. UİHH'de mülkiyet hakkına açıkça yer veren bütün normlar arasında sadece **Ame.İHÖB**'nin XXIII Maddesi, hiç tereddüte mahal bırakmaksızın, mülkiyet hakkının insan onuruna yakışır bir yaşam standardını içerdiğini hükme bağlamıştır.[1370]

Ancak, soruna bir başka açıdan bakıldığında farklı değerlendirmeler yapmak olasıdır. Mülkiyetten yoksun kişiler için **P1-1**'den yararlanmaya yönelik yukarıdaki çözümsüzlük kaçınılmazdır. Bununla beraber, negatif yükümlülükler açısından bakarak, Devletin yoksul ve yoksun kişilerin malvarlığına müdahale etmesinin mülkiyet hakkı ihlali teşkil edebileceği ileri sürülebilir. İnsan onuru bütün UİHH'ye ve **AİHS**'e rengini veren temel düstur olduğuna göre, bir kişinin malvarlığına, o kişinin insanca bir hayat sürdürmekte güçlük çekeceği ölçüde müdahalede bulunulması meşru addedilemez. Sosyal güvenlik pozisyonlarına dair şikayetleri bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Buna göre, sosyal güvenlikle ilgili bir şikayet önüne geldiğinde Mahkemenin o kişinin genel mali durumunu dikkate alarak bir değerlendirme yapması gereklidir.[1371] Bu noktada, aşağıda ölçülülüğün göstergeleri arasında yer verilen "zararın miktarı" başlığı altında yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyoruz.

Aslında, insan onuruna yakışır bir hayat sürdürme hakkı, Strasbourg organları tarafından çeşitli haklar bağlamında gözetilmektedir. Söz konusu Sözleşmesel hakların başında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamale yasağını düzenleyen Madde 3 gelmektedir.[1372] ***AİHS***'in pozitif yükümlülükler içermesi, *bütünleşmiş haklar doktrini* çerçevesinde temelde sadece birinci kuşak hakları düzenleyen Sözleşmeye ikinci kuşak haklar

---

1370 "**Ame.İÖB**" Madde XXIII normunun İngilizce orijinali ve Türkçe çevirisi şöyledir:
"**Article XXIII – Right to property**
Every person has a right to own such private property as meets the essential needs of decent living and helps **to maintain the dignity of the individual** and of the home."
"**Madde XXIII – Mülkiyet hakkı**
Her kişinin, yeterli düzeydeki bir yaşam için zorunlu gereksinimleri karşılamaya ve **kişi onurunu** ve konutun dokunulmazlığını **korumaya elveren nitelikte** özel mülkiyete sahip olma hakkı vardır." (vurgu eklenmiştir).

1371 Krş. Cousins, **a.g.e.**, sf:28-29, 31-41.

1372 Doktrinde Cassese AİHK'in metinde ele alınacak kararını eleştirel olarak değerlendirdiği yazısında Madde 3'ün ekonomik ve sosyal hakların korunmasında rol oynayabileceğini öngörmüştür. Bkz. Antonio Cassese, "*Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-Economic Conditions*", **EJIL**, Vol. 2, 1991, sf:141-145.

olarak nitelendirilen ekonomik, sosyal ve kültürel hakların dahil edilmesini sağlamaktadır[1373]; bu konu üzerinde Çalışmanın II. Bölümünde sosyal güvenlik pozisyonlarının **P1-1** karşısındaki durumu incelenirken ayrıntılı olarak durulmuştu. Örneğin, bir kararında çocuklarıyla yalnız yaşayan bir kadının evinin ısınmasını sağlayan elektriğin borcundan ötürü kesilmesinin Madde 3 çerçevesinde insanlık dışı mumamele olup olmadığını tartışan AİHK, yoksulluğa bağlı kötü yaşam şartlarının Madde 3 kapsamına girebileceğini ve fakat somut olayda Madde 3'ün devreye girebilmesi için aranan eşiğin aşılmadığı değerlendirmesini yapmıştır.[1374] Doktrindeki görüşlere göre, Komisyon başvuru hakkında kabuledilemezlik kararı verirken yoksulluğun Sözleşmesel hakları ihlal neticesi doğurabileceğini ve Devletlerin bireyleri insan onuruna yakışır bir yaşam ve normal bir aile hayatı sağlamak pozitif yükümlülükleri olduğuna önem vermemiştir.[1375]

Yaşam koşullarının yetersizliğinin Madde 3 ihlali sonucuna varması mümkündür.[1376] Bu noktada, yetersiz yaşam koşulları yanında Devletin gerekli sosyal güvenceyi sağlamaması belirleyici bir faktör olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Kısacası, Strasbourg organlarının konuya ilişkin Madde 3 eksenli kararları sosyal güvenlik pozisyonlarına dair problemleri kapsamaktadır.[1377] Her ne kadar yukarıdaki paragraflarda

---

1373 *Bütünleşmiş haklar doktrini* uyarınca ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ihlalinin işkence ile zalimane, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele teşkil edebileceği de ileri sürülmektedir. Bu iddia için bkz. Jeremy McBride, "*The Violation of Economic, Social and Cultural Rights as Torture or Cruel, Inhuman or Degrading Treatment*", **Childhood Abused-Protecting Children against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment**, Ed. Geraldine van Bueren, Programme on International Rights of the Child, Ashgate, Dartmouth, Aldershot, 1998, sf:107-116; Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:114-116 (Cassese ve McBride'a atıfla).

1374 *Francine von Volsem v. Belgium*, App. No.14641/89, Admissibility Decision of 9 May 1990. Yayınlanmamış bu kararın referansı için bkz. Cassese, **a.g.m.**, sf:141; R. Murat Önok, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yay., Ankara, 2006, sf: 256-259 (Cassese'ye atıfla).

1375 Bu yorum için bkz. Türmen, **a.g.m.**, sf: 455 ve orada gösterilen eser. Ayrıca bkz. Cassese, **a.g.m.** sf: 143-145; Önok, **a.g.e.**, sf: 258-259.

1376 Bkz. Cousins, **a.g.e.**, sf:10-14.

1377 Yakın tarihli ilginç bir davayı burada zikretmek mümkündür. *Tremblay* vakasında başvurucu fahişelik mesleğini bırakarak sigortalı olmak istemiştir. Yetkili sosyal sigorta kurumu başvurucudan prim ödemesini beklemiştir. Bu primleri ödeyebilmek için tekrar fahişelik yapmaya başlayan başvurucunun primlerin haksız olarak istendiği iddiasını ulusal yargı makamları reddetmiştir. Başvurucu AİHM önünde fuhşa sevkedilmesinin insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM fuhşa zorlamanın insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağını ihlal edeceğini ilkesel bazda hükme bağlamakla birlikte, olayda resmi makamlar başvurucudan fahişelik yapmasını talep etmedikleri ve başvurucunun primleri ödemek için başka bir iş bulmasının önünde bir engel olmadığı için başvurucunun iddialarını benimsememiştir. Bkz. *Tremblay v. France*, App. No. 37194/02, Judgment of 11 September 2007.

sosyal güvenlik hakkının kaybının veya sosyal güvenlik gelirinin azalmasının kişinin insanca bir hayat sürdürmesini zorlaştıracağı ölçüde **P1-1** kapsamına girmesi gerektiği ileri sürülmüş ise de, AİHM yeni yeni karşılaştığı bu tip sorunları mülkiyet hakkı ekseninde görmemekte, yerine, Madde 3 ekseninde bir değerlendirme yapmaktadır. Nitekim, *Larioshina* kararında ifade edildiği üzere, bütünüyle yetersiz ödenceler, ilke olarak, asgari eşiği aştığı ölçüde Madde 3 açısından sorun doğurmaktadır.[1378] *Predojevic* vakasında ise Mahkeme başvurucuların sosyal güvenlik ödencesinden yoksun bırakılmalarının insanlık dışı muamele teşkil ettiği iddiasını açıkça temelsizlik gerekçesiyle kabuledilemez ilan etmiştir.[1379]

MSHS düzleminde İHK'nin de sosyal güvenlik gelirinden yoksun kalmanın insanlık dışı muamele teşkil edip etmeyeceğine dair bir kararı bulunmaktadır. Çalıştığı üniversiteden uzaklaştırılması sonrasında işsiz kalan başvurucu, Devletin gerek bizzat başvurucu gerekse de bakmakla yükümlü çocukları için sosyal güvenlik sağlamaması ve bu sırada da başvurucunun ailesine bakmaya muktedir durumda olmaması sebebiyle **MSHS** Madde 7 çerçevesinde insanlıkdışı ve aşağılayıcı bir muamelede bulunduğunu ileri sürmüştür (Karar, para.3.5). İHK ise, başvurucunun iddiasına hiç itibar etmemiş ve işten çıkarıldıktan sonra başvurucuya ya da ailesine sosyal güvenliğin sağlanmamasının **MSHS** Madde 7 açısından hiçbir sorun teşkil etmediği değerlendirmesini yapmıştır (Karar, para.4.3).[1380]

Demek oluyor ki, İHK, sosyal güvenlik sunulmamasının insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele yasağı kapsamına girmediği görüşünü benimseyerek AİHM'in yaklaşımından kategorik olarak ayrılmaktadır. Dikkat edi-

---

1378 *Larioshina v. Russia*, App. No. 56869/00, Admissibility Decision of 23 April 2002 ("the Court considers that a complaint about a wholly insufficient amount of pension and the other social benefits may, in principle, raise an issue under Article 3 of the Convention which prohibits inhuman or degrading treatment. However, on the basis of the material in its possession, the Court finds no indication that the amount of the applicant's pension and the additional social benefits has caused such damage to her physical or mental health capable of attaining the minimum level of severity falling within the ambit of Article 3 of the Convention.").

1379 *Predojevic and others v. Slovenia*, App. No.43445/98-49740/99-49747/99 and 54217/00, Admissibility Decision of 7 June 2001. Ayrıca bkz. Aida Grgic, Zvonimir Mataga, Matija Longar and Ana Vilfan, **The Right to Property Under the European Convention on Human Rights**, Human Rights Handbooks, No. 10, Council of Europe, 2007, Printed in Belgium, sf:16-17; Cousins, **a.g.e.**, sf:11.

1380 *Ranjit Singh v. Canada*, No. 761/1997, Decision of 29 July 1997, **Report of the Human Rights Committee**, Vol. II, General Assembly, Official Records, Fifty-second Session, Supplement No. 40 **(A/52/40)**, U.N., New York, 1999 (31 May 1999), annex VII.R, sf:348-351. Kararın özeti ve değerlendirilmesi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, İstanbul Barosu Yay., 2002, İstanbul, sf:454-455.

lirse, AİHM henüz sosyal güvenlik ile ilgili davalarda Madde 3'ten ihlal bulmamış olmamakla birlikte, meseleyi insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele yasağı içerisinde değerlendirmektedir.

C) Ara Sonuç: Yükümlülüklerin İç İçe Geçmesi

Pozitif yükümlülükler içtihadının görece fakirliğinin en önemli sebebi zaman duvarıdır. Zaman duvarı, mülkiyet edinme hakkını **P1-1**'in kapsamı dışında bırakmakla Devletleri büyük bir pozitif yükümlülük derdinden kurtarmış oluyor. **P1–1** hali hazırda mevcut mallar bakımından bir koruma sağladığına göre, Devlete fazla yükümlülük düşmesine gerek kalmaz.

Bununla birlikte, mülkiyete özel hukuk kişilerinden gelebilecek müdahalelerde Devletin pozitif yükümlülüğü daha fazladır. Elbette, bu durumda da Devletin pozitif yükümlülüğü, diğer Sözleşmesel hakların gerektirdiği boyuta ulaşmayacaktır. Devletin yerine getirmesi gereken pozitif edimleri, bir "sonuç yükümlülüğü"nden ziyade "önlem alma yükümlülüğü" niteliğindedir. İşaret etmek yerinde olur ki, **P1-1**'in hangi noktada Devletin özel hukuk ilişkileri açısından sorumluluğunu doğuracak ölçüde pozitif yükümlülük içerdiği yahut özel hukuk ilişkilerini düzenleyen sırf kanuni düzenlemelerin hangi koşullarda Devletin sorumluluğunu gündeme getireceği hususlarında Strasbourg organlarının kararları kayda değer çelişki ve tutarsızlıkları barındırmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan çıkan sonuç nettir. **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı ikili bir ilişki doğurur. İlişki hakkın öznesi ile muhatabı Devlet arasındadır. Bu iki irade arasındaki ilişki kendilerinin dışında bir üçüncü varlıkla ilgilidir: nesne.[1381] Kısacası, **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı, öznesine, bir nesneye hakim olmak hususunda başta Devlet olmak üzere *üçüncü kişileri dışarıda bırakma yetkisi*[1382] vermektedir.[1383]

1381 Cohen, "*Property and Sovereignty*", **Cornell Law Quarterly**, Vol. 13, 1927-1928, sf:8-30, özellikle 12 ("a property right is a relation not between an owner and a thing, but between the owner and other individuals in reference to things. A right is always against one or more individuals").

1382 *Löparo Fiskevattenagareförening v. Sweden*, App. No.11766/85, Admissibility Deeision of 9 March 1989, para.6 (The Law). AİHK'in orijinal ifadesi şöyledir: "What they have lost is their *right to exclude* others from fishing with hand-held tackle" (vurgu eklenmiştir).

1383 Özel hukuk doktrininde mülkiyet hakkının kişi ile eşya arasında bir egemenlik ilişkisi olduğunu söyleyen yazarlar vardır. Gariplik şuradadır ki, eşyalar, bir iradeye sahip olmadıkları (en azından günümüz teknolojisi düzeyinde- yapay zeka çalışmaları "irade" açısından ilginç gelişmelere gebe!) için hak öznesinin karşısında bir muhatap olarak belirmezler. Mülkiyet hakkını eşya ile kişi arasında bir ilişki olarak tanımlamak bu sebeple pek yerinde değildir. Bir hakkın söz konusu olabilmesi için, onu ih-

Zaten "mülkiyet" kelimesi ile hakimiyet bağlantısı bütün dillerde kendini göstermektedir ve bu hakimiyet mülkiyet ilişkilerini asimetrik güç ilişkisi haline sokmaktadır.[1384]

İçtihatların incelenmesinden çıkan ve dışlama yetkisi üzerine kurulu bu modelde Devletlerin pozitif ve negatif yükümlülükleri iç içe geçmiştir. O kadar ki, AİHM'in de teyit ettiği üzere, bunları diğer haklarda olduğu gibi belirgin çizgilerle ayrıştırmak kolay değildir.[1385] Nitekim, *Bistrovic* davasında *Sovtransavko* ve *Broniowski*'ye atıf yaparak Devletlerin **P1-1** bağlamında mülkiyet hakkını korumak için gerekli önlemleri alma pozitif yükümlülüğü olduğu vurgulanmıştır. Mahkemeye göre, bu yükümlülükler özellikle başvurucunun kamu makamlarından haklı olarak bekleyebileceği önlemler ile mülkiyetinden etkili olarak yararlanması arasında doğrudan bir bağlantı olduğunda gündeme gelmektedir (AİHM burada *Öneryıldız* kararına atıf yapmaktadır) AİHM devamla, ister Devletin müdahalesinden isterse de ihmalinden kaynaklansın her olayda toplumun genel yararının beklentileri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir.[1386]

---

lal edebilecek ve giderek haksızlık yapabilecek bir karşı iradenin bulunması gerekir ("Hak ve haksızlık mefhumları birbirine bağlı ve yekdiğerinin mütemmimidirler... Haksızlık imkanı bulunmadığı takdirde, hukukun teyidi hiçbir mana ifade etmez". Bkz. Giorgio Del Vecchio, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, çev. Sahir Erman, Sermet Matbaası,, t.y., İstanbul, sf: 280. Ayrıca bkz. Gewirth, **Community of Rights**, sf:174-175; Waldron, **Private Property**, sf:27).

Mülkiyet hakkını eşya ile kişi arasında bir ilişki olarak tanımlayan klasik görüş taraftarları, ayni hakkın herkese karşı ileri sürülebilirlik özelliğini, milyonlarca kişiye karşı ileri sürülebilecek bir evrensel kaçınma yükümlülüğü olarak garipsenecek biçimde nitelendirip (bu görüşü aktaran ve klasik görüşü savunan örnek olarak bkz. Oğuzman-Seliçi- Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, sf:2; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, **Tekinay Eşya Hukuku Cilt I**, 5. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, sf:6-9; Zahit İmre, *"Ayni Hak Mefhumu Üzerinde Düşünceler"*, **A. Samim Gönensay'a Armağan**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1955, sf: 324-352, özellikle 328-335.) Serozan'ın nazik deyimiyle, karikatürize ediyorlar (Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf:23-24.). Serozan, iki görüş arasındaki tartışmanın gereksiz ve yersiz olduğunu da düşünmektedir ve giderek iki görüşü, çelişmediklerinden hareketle birleştirmektedir. Diğer yandan, Oğuzman- Seliçi-Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, sf:3'te iki görüşün birleştirilmesi üzerine yazılanlar ile diyalektik olmayan bir hak anlayışını benimsemek mümkün değildir. Zaten yazarlar eşya ile sahibi arasında egemenlik ilişkisi bulunmasının, eşyayı pasif de olsa özne/muhatap kılmadığını ve dolayısıyla eşyanın nesne/obje olarak durmaya devam ettiğini yazmaktadırlar. Ancak bu sonuca nasıl vardıklarına ilişkin herhangi bir gerekçe göstermemektedirler. Oysa, egemenlik metaforu kaçınılmaz olarak bir karşı iktidar odağını gerektirdiği gibi (bkz. Morris R. Cohen, **a.g.m.**, sf:8-30), egemenlik ilişkisindeki bir nesnenin nasıl olup da nesne olarak kalmaya devam ettiği açıklanmaya muhtaçtır.

1384 Özel hukuk açısından bkz. Cohen, **a.g.m.**, sf: 8-14, özellikle 12; Gewirth, **Community of Rights**, sf: 174 (Cohen'e atıfla). Uluslararası hukuk açısından bkz. Brownlie, **a.g.e.**, sf:106.

1385 *Broniowski v. Poland*, App. No.31443/96, GC Judgment of 22 June 2004, para.144.

1386 *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, paras.33-34.

Devletlerin **P1–1** çerçevesindeki pozitif ve negatif yükümlülükleri arasında anlamlı bir ayrım yapmanın güçlüğüne rağmen, pozitif yükümlülükler konusunda gelişmeye başlayan bir içtihat birikimi de fark edilmektedir.[1387]

Bu noktada bir parantez açıp, **P1-1**'in, çizilen modele pek uymayan, herhangi bir modele uyması pek muhtemel de olmayan, kelimenin gerçek anlamıyla nevi şahsına münhasır bir yetki içerdiği söylenmelidir. Bu ilginç ve hatta mülkiyet hakkı için garip olarak addedilecek yetki, yerli halkların özgün yaşam biçiminin korunmasıdır. Gerek Çalışmanın I. gerekse de II. Bölümlerinde çeşitli açılardan ele alınan yerli halkların hakları ve **P1-1** mülkiyet hakkı ilişkisi üzerinde mülkiyet hakkının içerdiği yetkiler açısından, tekrara kaçmadan şunlar söylenebilir: Yerli halkların özgün yaşam biçiminin korunması hakkının, mülkiyete tarih içinde veya günümüzde verilen anlamlarla pek ilgisi olduğu söylenemez. Bu sebeple, mülkiyet hakkından söz edildiğinde akla gelen formüller, bu spesifik sorun öbeği karşısında pek kullanışlı sayılmazlar. Ne de olsa hem **AİHS** hem de **P1-1**, liberal bireyci bir insan hakları ve giderek mülkiyet anlayışına göre yapılandırılmıştır. Özgün yaşam biçimine hak bir yandan kamu makamlarını ve özel hukuk kişilerini, bu yaşamın sürdürülmesi için elzem olan topraktan uzak tutarken diğer yandan Devletlerin geleneksel yaşam biçiminin korunması ve sürdürülmesi için gereken önlemleri almaya davet etmektedir. Zaten, daha önce ileri sürüldüğü üzere, yerli halkların taleplerinin **P1-1** kapsamına girebilmesi için, ne bunların yaptıkları ekonomik faaliyet tek başına yeterli olabilmekte, ne de yerli halkların toprakla olan manevi/ruhsal bağları tek başına yeterli olabilmektedir. Mülkiyet hakkının uygulanabilirliği için aradığımız ekonomik ve manevi ölçütler bir araya gelerek, **P1-1**'i yerli halkların talepleri özelinde tetiklemektedir. Bu konuda **AİHS** düzleminde henüz pek ilkel düzeyde ol-

---

1387 Buna rağmen henüz doktrinde **P1–1** özelindeki pozitif yükümlülükler pek incelenmemiştir. Örneğin **AİHS** bağlamında pozitif yükümlülükler üzerine yazılmış yakın tarihli bir monografide mülkiyet hakkıyla ilgili hiçbir karara yer verilmemiştir. Kitabın girişinden anlaşıldığına göre yazar bu durumu hacim sorunuyla ilişkilendirmektedir. Ama bizim ölçülerimize göre yazarın kitabı zaten son derece kısadır (250 sayfa). Bkz. Alastair Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Hart Publishing, Oxford, 2004, sf:1. Aynı şekilde pozitif yükümlülükler üzerinde yazılmış spesifik makalelelerde de mülkiyet hakkının ihmal edildiği görülüyor. Örneğin bkz. Keir Starmer, "*Positive Obligations Under the Convention*", **Understanding Human Rights Principles**, eds. Jeffrey Jowell QC ve Jonathan Cooper, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001, sf:139-159; Benedetto Conforti, "*Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections on State Responsibility for Breach of Positive Obligations*", **Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions**, eds. Malgosia Fitzmaurice – Dan Sarooshi, The Clifford Chance Lectures, Vol. VII, Hart Publishing, Oxford, 2004, sf: 129-137.

makla birlikte, **Ame İHS** ve **MSHS** düzlemlerinde dikkate değer mesafe kaydedildiği hatırlanabilir. Sonuç olarak şu husus tekrar belirtilmelidir ki, özgün yaşam biçimine hakkın **AİHS** düzleminde mülkiyet veya bir başka hak/haklar kapsamında korunması, UİHH bütünselliği çerçevesinde son derece yerindedir ve geliştirilerek sürdürülmelidir.

II) Dışlayamama: Mülkiyet Hakkının Kayıtlanması

P1-1 mülkiyet hakkının verdiği yetkiler ve dolayısıyla Devletin yükümlülükleri mutlak nitelikte değildir.[1388] Devlet çeşitli koşullara tabi olarak mülkiyet hakkını sınırlandırabilir. Bu noktada Çalışmanın mülkiyet hakkının kayıtlanması meselesine yaklaşımı Strasbourg organlarının ve özellikle AİHM'in 3 Kural prensibi doğrultusunda olmayacaktır. Zira bu üçlü tipoloji oldukça tutarsız şekilde uygulanmaktadır ve AİHM'in buna bağladığı farklılıklar son derece azalmıştır. Mahkemenin zaten kendisinin yaptığı bu inceleme tarzını tekrar etmek yerine, Çalışmanın amaçlarını gerçekleştirmeye hizmet edecek bütün bu kurallar için ortak ilkeler ve standartlar açığa çıkartılmaya çalışılacaktır. Böyle bir yaklaşım, **P1-1**'in bütününü kapsayıcı bir model oluşturma potansiyeli taşımaktadır. Elbette, bu model denemesi, mevcut üç kural farklılıklarını yadsımamakta; yerine, bu farklılıkların sindirildiği bir genel rejim çatısı çatmaktadır.

Ancak bu incelemeye geçmeden önce terminolojik ve kavramsal bir vurgunun eklenmesi gereklidir. "Kayıtlama" terimi, hem olağan rejimlerde hakların ve özgürlüklerin kullanım alanlarının daraltılması sonucunu doğuran ve kural olarak süreklilik arz eden "sınırlama"ları, hem de olağanüstü rejimlerde hakların ve özgürlüklerin kullanılmasının "durdurulması yahut askıya alınması" şeklinde olup süresi ve etkisi bakımından geçici ve münhasıran bir krizin varlığı nedenine bağlı istisnai önlemleri kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır.[1389]

1388 Tarihin hiçbir döneminde mülkiyet hakkı mutlak bir hak olarak düzenlenmemiştir. Bu durum Roma hukukunda dahi böyledir. Elbette Roma mülkiyet anlayışı ile günümüzde geçerli olan mülkiyet anlayışı arasında hakkın kapsamı ve sınırlandırılma rejimi arasında farklar bulunmaktdır. Ancak bu husus Roma mülkiyetine mutlaklık statüsü tanınmasını ve bunun üzerinden modern mülkiyet anlayışı kurulmasını haklı kılmaz. Zaten spesifik olarak Roma hukuku çalışan akademisyenler, Roma'da mülkiyet hakkının mutlak olmadığını uzun zamandır vurgulamaktadır. Bkz. Özcan Karadeniz, **Roma'da Kamulaştırma ve 'Kamu Yararı' Kavramı**, AÜHFY No. 366, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, sf.5, 35-46; Bülent Tahiroğlu, **a.g.e.**, sf: 41-138. Tahiroğlu'nun bu kitabında ayrıca modern hukukçuların neden Roma hukukundaki özel mülkiyeti mutlak sanma yanılgısına düştükleri ayrıntılı olarak ele alınmaktadır (bkz. sf:141-197).

1389 Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:2135.

A) AİHS'de Kayıtlama Rejimi ve P1-1

Gerek UİHH bütününde gerekse **AİHS**'de yer alan hakların bir bölümü sınırlanabilir nitelikte iken bir bölümü sınırlanamaz niteliktedir. Sınırlanabilir haklar arasında Madde 8, 9, 10 ve 11 (ve hatta **P4-2** ile **P7-1**) iyi bilinen bir rejime tabidirler. **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı da, normatif yapısı gereği, belirli bir ölçüde **AİHS** Madde 8-11'e benzer. Bu sebeple genel olarak **P1-1**'in tabi tutulduğu sınırlama rejimi ile **AİHS** Madde 8-11'in sınırlama rejimi ortak unsurlar taşır.

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

Müdahalenin kanunla yapılmış olması gerekliliği, öncelikle, müdahalenin mutlaka iç hukukta bir temeli olması gerektiğini ifade eder. Bu unsur sınırlamanın tekniği ve koşuluna ilişkindir. Sınırlama mutlaka ve zorunlulukla yasaya uygun olarak yapılmalıdır. Müdahale, "hukukun/yasanın öngördüğü" biçimde olmalıdır. Bununla belirtilen "yasallık" ya da "yasaya dayalılık" ilkesidir. İkinci olarak, söz konusu iç hukuk temeli, ilgili kişi bakımından ulaşılabilir ve etkileri bakımından öngörülebilir olmalıdır. Müdahalenin iç hukukta temeli olması demek, söz konusu hukuk normunun mutlaka "kanun/yasa" formunda olması demek değildir; daha alt dereceli normatif düzenlemeler de (örneğin yönetmelik) "kanunla öngörülmüş olma" unsurunu karşılamakta yeterlidir. Üstelik "kanunla öngörülmüş olma" unsuru yargıç yapımı hukuku, yani içtihadi hukuku da kapsamaktadır.[1390]

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

---

1390 Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:208-209.

gelenmeye ve bağdaştırılmaya çalışılır.[1391] Bu sınırlama ölçütleri genel olarak kamu yararına yönelik ölçütler ile bireysel yarara yönelik ölçütler olarak ikiye ayrılabilirse de, son tahlilde bireysel yararları korumaya yönelik ölçütlerinde de genel olarak insan haklarına uygun demokratik bir sistemin sürdürülmesi amacına hizmet etmekle kamusal bir işlev ifa ettiklerini ifade etmekte bir sakınca yoktur.

Sınırlama rejimindeki son aşama sınırlamanın nereye kadar yapılabileceğini ifade eden "sınırlamanın sınırı" incelemesidir. **AİHS** Madde 8-11'e göre sınırlamanın sınırı "demokratik bir toplumda gerekli olan"dır. **AİHS** (md.8–11)'de yer alan hakların sınırlanmasının meşruluğunun incelenmesinde en önemli nokta, devletin müdahalesinin "*demokratik bir toplumda gerekli*" olup olmadığıdır. Bu ilke, aynı zamanda müdahalede güdülen meşru amaçla yapılan müdahalenin "*ölçülü*" olması anlamına gelmektedir. "Demokratik bir toplumda gerekli olmayan" veyahut diğer bir deyişle "ölçüsüz" sınırlamalar Sözleşmeye aykırı olur.[1392] Ayrıca eklemek gerekir ki, Sözleşme organlarının kararlar pratiklerinde, "hakların özüne dokunmama" ölçütünün de kullanıldığı saptanabilmektedir. Genellikle sınırlama klozuna sahip olmayan haklar bakımından kullanılan bu sonuncu ölçüt[1393],

---

1391 Genel olarak 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*", **Modern Law Review**, Vol. 62:5, September 1999, sf: 671-696; Steven Greer, **a.g.e.**, sf: 203-213.

1392 **AİHS** sisteminde sınırlama ölçütleri için bkz. Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:2137; Semih Gemalmaz, **Temel Belgelerde İnsan Hakları: Maddi Hukuk**, İHD Yay., İstanbul, 1994, sf:315-316; Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:974-975.

Sınırlama ölçütleri: "Kamu düzeni", (md.6/1; 9/2); "kamu güvenliği", (md.8/2; 9/2; 10/2; 11/2); "ulusal güvenlik", (md.6/1; 8/2; 10/2; 11/2); "ülke bütünlüğü", (md.10/2); "sağlığın korunması", (md.8/2; 9/2; 10/2; 11/2); "ahlakın korunması" "ya da "ahlakın gereği", (6/1; 8/2; 9/2; 10/2; 11/2); "özel yaşamın korunması", (md.6/1); "çocukların/gençlerin menfaatleri/yararı", (md.6/1); "adaletin yararı", (md.6/1); "yargının yetke ve yansızlığının korunması", (md.10/2); "ülkenin ekonomik refahının gereği", (md.8/2); "başkalarının haklarının korunması", (md.10/2); "başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması", (md.8/2; 9/2; 11/2); "başkalarının şöhretinin korunması", (md.10/2); "suçun önlenmesi", (md.8/2; 10/2; 11/2); "düzensizliğin önlenmesi", (md.8/2; 10/2; 11/2); "gizli bilginin açığa çıkmasının önlenmesi", (md.10/2).

Sınırlamanın tekniği ve koşulları ölçütleri: "yasaya uygun olarak/yasayla öngörüldüğü gibi" (md.8/2; 9/2; 10/2 ve 11/2) ve "mahkemenin görüşü uyarınca, (md.6/1).

Sınırlamanın sınırı ölçütü: "demokratik toplum gereklerine uygunluk", (md.6/1; 8/2; 9/2; 10/2 ve 11/2).

1393 Marc-Andre Eissen, "*The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*", **The European System for the Protection of Human Rights**, (Eds. Mcdonald et. al.), Martinus Nijhoff Publishers, the Hauge, 1993, sf:125-146, 144 (Eissen, öz ölçütünün farklı ve ek bir kıstas mı olduğunu yoksa ölçülülüğünün bir unsuru mu olduğunu soruyor); Julian Rivers, "*Proportionality and Variable Intensity of Review*", **Cambridge Law Journal**, Vol. 65, No. 1, March 2006, sf:174-207, 184-

AİHS Protokollerinde düzenlenen haklar bağlamında da (örneğin, **P1–2** gibi) geçerlidir.[1394]

Bu noktada takdir marjı denilen kavram gündeme geliyor. Çok işlevli bir kavram olan takdir marjı bir müdahalenin "gerekliliği" hakkındaki kararı en iyi verebilecek olan makamın ulusal makamlar olduğu varsayımına dayanmaktadır.[1395] Ancak ulusal makamların bu takdir marjı, Strasbourg organları denetimine tabidir. Bir sınırlama, yalnız bunu gerekli kılan "*sosyal ihtiyaç baskısı*" varsa meşru olabilir. Demokratik bir toplumda hakların sınırlanmasına yol açacak müdahale, öyle sıradan bir kaygıya dayanarak yapılamaz. Zira AİHM'e göre, "gereklilik" klozu "kabul edilebilir", "olağan", "yararlı", "makul" ya da "arzu edilen" gibi terimlerin ve kavramların sahip olduğu esnekliğe sahip değildir.[1396] Devletlere bırakılan takdir marjının kapsamı belirlenirken, söz konusu hakkın önemi, hakkı sınırlandırılan başvurucunun eylemi/tasarrufu, sınırlandırmanın amacı ve bununla bağlantılı olarak sınırlamanın yapıldığı Devletteki hukuki-siyasi koşullar dikkate alınmak durumundadır.[1397]

---

187 (Rivers, öz ölçütünün farklı ve ek bir kıstas olmadığını, sınırlama klozu olmayan Sözleşme hükümleri bakımından kullanılan gereksiz bir kavram olduğunu ileri sürmektedir).

1394 Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:975-976.

1395 Takdir marjı doktrininin birçok boyutu vardır. Hakların askıya alınmasından, yapılacak sınırlamalara, hakların alanının belirlenmesinden pozitif yükümlülüklerin nasıl yerine getirileceğine kadar... Takdir marjı, genel hatlarıyla, Sözleşmede yer alan haklar üzerinde etki doğuran ulusal tasarruflarda, Taraf Devletlerin yetkili kamusal makamlarının Strasbourg organları yargıç ve üyelerine göre daha isabetli karar verebilecek durumda oldukları varsayımına dayanır (Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:103). Genel bilgi için bkz. Yutaka Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Intersentia, Antwerp, 2002; Howard C. Yourow, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, The Hague, 1996; R. St. J. Macdonald, "*The Margin of Appreciation*", **The European System for the Protection of Human Rights**, ed: Mcdonald et. al., Martinus Nijhoff Publishers, 1993, sf.83-124; J. G. Merrills, **The Development of International Law by the European Court of Human Rights**, Melland Schill Monographs in International Law, Manchester University Press, second edition, 1993, sf:151-176; C. Clovis Morrison Jr., "*Margin of Appreciation in European Human Rights Law*", **Human Rights Journal, Vol. 6**, sf.263-286; Soren C. Prebensen, "*The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*", **HRLJ**, Vol. 19, No. 1, 30 April 1998, sf.13-17.

1396 Bkz. *Handyside v. the United Kindgom*, App. No.5493/72, Judgment of 7 December 1976, para.48 (Madde 10 açısından); *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos. 25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999, paras.112-113 (Madde 11 açısından).

1397 *Buckley v. the United Kingdom*, App. No.20348/92, Judgment of 25 September 1996, para.76; *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, Judgment of 29 June 2004, paras. 99-115.

Ulusal makamların takdir marjının genişliğinin tespitinde, dava konusu olayın Sözleşme Tarafı diğer Devletlerde nasıl düzenlendiğine de bakılır. Böylelikle, Taraf Devletler arasında yeknesaklık olup olmadığı ortaya konulur. Yeknesaklık ise, Sözleşmenin başlangıcında öngörüldüğü gibi **AİHS**'in amaçlarından biridir. Buradan hareketle de, yeknesaklığı bozan muhatap hükümetin Sözleşmeyi ihlal ettiğini sonucuna varılır. İç hukuklarda bir yeknesaklık yok ise, Taraf Devletlerin o konuyu düzenlemekte takdir marjı geniştir ve dolayısıyla bir ihlal bulunmayabilir.[1398]

AİHS'de yer verilen hakların sınırlandırılmasının yanı sıra bir de olağanüstü/istisnai yönetim usullerinin meri olduğu hukuk düzenlerinde hakların askıya alınması söz konusudur.[1399] İstisnai rejimde hakların kullanımını durduran ya da askıya alan önlemler, savaş, savaş tehdidi, ayaklanma, doğal afet gibi tahdidi ve sınırlı sayıda olarak belirlenmiş "nedenler"in varlığından hareketle meşrulaştırılır. Dolayısıyla, bu "nedenleri", olağan rejimlerdeki sınırlama "ölçütleri"nden ayırt etmek gerekir.

Olağanüstü rejim usulleri **P1–1** bakımından hiç gündeme gelmemiştir.[1400] Bununla birlikte, olağanüstü/istisnai rejim standartlarını, özel olarak mülkiyet hakkı üzerinde etkileri açısından düşünmek gerekir. Aslında Kıbrıs Rum Kesiminin Türkiye'ye karşı açtığı devletlerarası davalar ile Rum bireylerin açtığı bireysel davalar olağanüstü rejim standartlarını gündeme getirebilirdi. Nitekim bu husus mülkiyet hakkı bakımından ilk iki Kıbrıs Rum Kesimi başvurusunda tartışılmıştır. AİHK, Türkiye tara-

---

1398 Bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:70-71 ve orada gösterilen eserler.

1399 Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, Beta Yay., İstanbul 1994 (Genişletilmiş 2. baskı), tüm kitap, özellikle sf:53-58, 67-108 (**AİHS** sistemi özelinde inceleme) (Bu Kitap bundan böyle, "**Olağanüstü Rejim Standartları/1994**" olarak gösterilecektir); Burak Gemalmaz, **Inter-State Applications Under ECHR**, sf:70-77 (Devletlerarası başvurularda olağanüstü rejim standartları). Ayrıca bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:976-977; Jacobs & White, (Clare Ovey and Robin White), **European Convention on Human Rights/2002**, sf:367-378; D. J. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights/1995**, sf:489-507; P. van Dijk - G. J. H. van Hoof, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/1998**, sf:730-747; Cees Flinterman (Revised by), "*Chapter 34 – Derogation From the Rights and Freedoms in Case of a Public Emergency (Article 15)*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**, sf:1053-1075; Joan Fitzpatrick, **Human Rights in Crisis**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994, sf:193-205; Jaime Oraa, **Human Rights in States of Emergency in International Law**, Clarendon Press, Oxford, 1992, sf:12-14, 16-19, 42-47, 67-68, 76-77, 87, 144-157, 193-196; Anna-Lena Svensson-McCarthy, **The International Law of Human Rights and States of Exception**, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, sf:73-92, 120-144, 172-187, 285-325, 497-561.

1400 Aynı yönde bilgi için bkz. Loukis G. Loucaides, "*The Protection of the Right to Property in Occupied Territories*", **ICLQ**, Vol. 53, July 2004, sf: 677-690, 682; Çoban, **a.g.e.**, sf:249.

fından resmi ve aleni bir askıya alma beyanı yapılmadığı için, Türkiye'nin kişiler ve mülkiyet üzerinde yaptığı tasarruflarının Sözleşmenin 15. Maddesi çerçevesinde ele alamayacağına karar vermişti.[1401] Yine Türkiye'nin Güneydoğusundan Strasbourg'a uzanan davalar da benzer nitelik arz ediyordu. Gelgelelim, Türkiye mülkiyet hakkı bakımından olağanüstü rejime geçiş bildiriminde hiçbir zaman bulunmamıştır. Ve bu davaların hemen hepsinde, diğer hakların yanında mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.[1402]

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

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

Üçüncü fark, mülkiyet hakkı ile diğer sınırlanabilir hakların niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Sınırlama dışarıdan yapılan bir müdahale ile hakkın kullanım alanının daraltılması demektir. Bir hak sınırlandığında kullanılmaya devam etmektedir.[1403] Örneğin, telefonu dinlendiğinde bir kişi iletişim/haberleşme hakkını kullanmaya devam etmektedir ama sınırlı

1401 *Cyprus v. Turkey*, App. No. 8007/77, Commision Report of 04 October 1983, paras. 66-68. Komisyonun zikredilen nihai raporunda Kıbrıs Rum Kesimi tarafından Türkiye'ye karşı yapılan önceki iki devlet başvurusu bakımından kendisinin bulgularına yollamalar bulunmaktadır. Ayrıca bkz. Anna-Lena Svensson-McCarthy, **a.g.e.**, sf:320-321; Burak Gemalmaz, **Inter-State Applications Under ECHR**, sf: 75-76.

1402 Söz konusu kararlara işbu Çalışmanın çeşitli yerlerinde değinildiği için burada tekrar edilmeyecektir. Özellikle İkinci Bölüm'e bkz.

1403 Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf:974-977, 1607-1613; Semih Gemalmaz, **Olağanüstü Rejim Standartları/1994**, sf:18-22. Yabancı doktrin için bkz. Alexandre Charles Kiss, "*Permissible Limitations on Rights*", **The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights**, Ed. Louis Henkin, Columbia University Press, New York 1981, sf:290-310, özellikle 290-293; Oscar Garibaldi, "*General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality*", **Harvard International Law Journal**, Vol.17, No.3, Summer 1976, sf:503-557; Jacobs & White, (Clare Ovey and Robin White), **European Convention on Human Rights/2002**, sf:198-216; D.J. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick, **Law of the ECHR/1995**, sf:285-301, 508-515; Yutaka Arai (Revised by), "*Chapter 5 – The System of Restrictions*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**, sf:333-350.

şekilde (dinlenmiş olarak). Benzer şekilde Taksim meydanında yapmak istediğiniz gösteri yürüyüşü Okmeydanı'na kaydırıldığında da durum bu şekildedir. Eğer haberleşme tamamen kesilirse veya gösteri yürüyüşüne engel olunur veyahut Beylikdüzü adres olarak gösterilirse artık burada hakkın özüne tecavüz eden bir müdahale söz konusu olur. Bu son durum, hakkın kullanım alanını daraltmanın ötesine geçtiğinden bir sınırlama şekli olarak mütalaa edilemez ve hak ihlal edilmiş olur.

Mülkiyet hakkı ise sınırlanabilirlik bakımından farklı karakterdedir. Öyle ki, mülkiyet hakkından yoksun bırakılmanın söz konusu olduğu hallerde aslında **AİHS** Madde 8–11 anlamında hakkın özüne müdahale edilmiştir. Ancak bilindiği üzere, hakkın özüne müdahale, kural olarak Sözleşme sistemine aykırıdır. Mülkiyetten yoksun bırakma ise, hakkın bizatihi niteliği gereği kaçınılmaz bir müdahale biçimidir. Zira mülkiyet hakkı, diğer Sözleşmesel haklardan farklı olarak, hak sahibinin kendisinde/kişiliğinde mündemiç olmayıp kişinin dışında bir obje (hak dahil) ile ilgilidir. Hal böyle olunca, hakkın özüne yönelik bir müdahalenin meşru kabul edilebilmesi, ancak ve ancak hak sahibi birey lehine bir karşı edimin yerine getirilmesiyle mümkün olabilir. Söz konusu karşı edim ise, temelde, hak sahibine bir tazminat ödenmesidir. Tazminat burada dengenin unsurudur.

Yoksun bırakma durumu için geçerli olan bu mülahazalar büyük ölçüde mülkiyetten yararlanmanın engellenmesine yol açan kontrol tipi müdahaleler için de geçerlidir. Ne de olsa, bu tip müdahaleler de ekonomik bir kayba yol açmaktadır. Aslında yoksun bırakma tipi müdahale ile kontrol tipi müdahale arasında malvarlığında eksilme veya ekonomik kayıp meydana gelmesi bakımından bir fark yoktur. Kontrol tipi müdahalede, eşya veya hak (mülkiyet) öznenin elinde kalmasına rağmen **P1-1**'ce korunan mülkiyet hakkı zarar görmektedir. Bu açıdan bakıldığında yoksun bırakma tipi müdahale ile kontrol tipi müdahale arasında sadece derece farkı vardır; nitelik farkı anlamına gelecek yapısal bir fark yoktur. Bu noktada mülkiyet hakkının ekonomik niteliği ve dolayısıyla parayla ölçülebilir olması tazminat karşı ediminin ön plana çıkmasını sağlamaktadır. Ekonomik terimlerle ifade edilen bir hakkın sağlaması tazminat olacaktır. Elbette, bu genel kuralın istisnası vardır. Bazı hallerde, mülkiyet hakkı tamamen ortadan kaldırılsa dahi, bir tazminat verilmemesi **P1-1**'e aykırılık teşkil etmeyebilir. İçtihadi birikim tarandığında bu istisnai hallere örnek olarak muhatap Devletteki mülkiyet hakkını etkiler nitelikli siyasal durum başta gelmektedir – ki bu mesele aşağıda irdelenecektir. Benzer şekilde, daha hafif derecede bir müdahale teşkil eden ve dolayısıyla mülkiyet hakkında (malvarlığında) daha az bir zarara yol açan kontrol tipi müdahalelerde, özellikle de meşru amacın dikkat çeken ölçü-

de toplumsal bir faydaya hizmet ettiği durumlarda tazminat karşı edimi zorunlu olmayabilir. Elbette, böyle hallerde dahi, en azından usuli güvencelerin varlığı elzemdir.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, mülkiyet hakkı ile sınırlama rejimi bakımından **AİHS** Madde 8–11 bazı farklılıklar içermektedir. Eğer illa bir karşılaştırma yapılacaksa, bu karşılaştırma kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen Madde 5 ile yapılabilir. Zira burada, her ne kadar hak kişide mündemiç olsa da, *gözaltına alınmak veya tutuklanmakla* aslında kişi özgürlüğünden "yoksun bırakılmaktadır". Bu terminolojik benzerliği teyit edecek şekilde, hukuka aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin tazminat hakkı bulunmaktadır. Şüphesiz, **AİHS** Madde 5 ile **P1–1** çok farklı konuları düzenledikleri için özdeşleştirilmemelidirler. Yine de, teknik-kavramsal benzerliğin terminolojik ve içeriksel benzerliği doğurduğu gözlemlenebilmektedir.

B) Hukukilik

Tıpkı **AİHS** Madde 8–11 bakımından arandığı gibi, bir müdahalenin **P1-1**'e uygun olması için aranan koşulların başında "hukukilik" unsurunun karşılanması gerekliliği bulunmaktadır. Hukukilik koşulunun mevcudiyeti müdahalenin "yoksun bırakma" veya "kontrol" niteliğinde olması bakımından bir farklılık teşkil etmez. Strasbourg organlarının bu konudaki içtihadı büyük ölçüde yeknesak olup Madde 8–11 bakımından da geçerlidir.

Gerçi bu noktada AİHM'in **P1–1**/c. 1'in uygulanabilir kuralı oluşturduğu müdahale biçimlerinin hukukilik testine tabi olup olmadığını tartıştığını hatırlatmakta fayda var. Bilindiği üzere, **P1–1**/c. 1 sadece mülkiyetten yararlanma hakkını belirlemekte ve fakat bunun sınırlanabileceğine ve eğer sınırlanacaksa bu müdahalenin **P1-1**'e uygunluk koşullarına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Bu sebeple *Iatridis* davasında Mahkeme, **P1–1**/c. 1 çerçevesinde ele alınacak müdahalelerin de hukukilik testiyle bağlı olduğunu belirleme ihtiyacı hissetmiştir.[1404]

Şunu da belirtmek gerekir ki, Mahkeme mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukukiliğini **P1-1**'in ilk başta gelen en önemli gereği olarak görmektedir.[1405] Verdiği bu önemin yansıması olarak, AİHM'in hukukilik

---

1404 *Iatridis v. Greece*, App. No.31107/96, GC Judgment of 25 March 1999, para.58.

1405 *Former King of Greece and others v. Greece*, App. No.25701/94, GC Judgment of 23 November 2000, para.79; *Pincova and Pinc v. the Czech Republic*, App. No.36548/97, Judgment of 5 November 2002, para.45; *Baklanov v. Russia*, App. No.68443/01, Judgment of 9 June 2005, para.39; *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Turkey*, App. No.34478/97, Judgment of 9 January 2007, para.50.

testine aykırılıktan mülkiyet hakkının ihlali sonucuna vardığı karar sayısı hızla artmaktadır.[1406]

Zaten Strasbourg organlarının konuya ilişkin içtihadının gelişmesi tarihi açıdan çetrefil bir süreç izlemiştir. Bu sebeple burada önce bu tarihi gelişim eğrisi ele alınacak ve daha sonra mülkiyet hakkı özelinde önemli olan spesifik noktalara temas edilecektir.

1) Referans Noktası Olarak Ulusal Mevzuat-Hukuk Devleti Gerilimi

Mülkiyet hakkının AİHM önüne geldiği erken dönemde müdahalenin hukukiliği ilkesi, müdahale eden Devletin ulusal mevzuatında o müdahalenin temeli olup olmamasından ibaretti. Kısacası, Strasbourg organları kuru bir "yasallık" incelemesi yapmakla yetinmekteydiler. Ünlü *Handyside* davası bu durumun tipik ve öncü örneğidir.

Ayrıntılı özeti aşağıda "Suçla Mücadele" alt başlığı altında verilecek *Handyside* davasında başvurucu bastığı ve dağıttığı kitaplara el konulmasının ve bilahare imha edilmesinin Sözleşmenin ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen Madde 10 yanında **P1-1**'i de ihlal ettiğini ileri sürmüştü. Kamu makamları müdahalelerini Müstehcen Neşriyat Kanunu (*Obscene Publications Act*) uyarınca alınan bir mahkeme arama emrine dayanarak yayınevinin Londra'daki bina ve müştemilatlarında arama yapmak suretiyle kullanmışlardır. Arama emri başvurucunun yokluğunda verilmiştir, ancak hakimin önünde davaya konu olan kitabın kopyası bulunmaktaydı. Arama emri neticesinde kitabın 1069 nüshasına ve kitapla ilgili çeşitli tanıtım broşürlerine, posterlere ve kartlara geçici olarak el konulmuştur. Daha sonra tekrar yeni bir arama emri çıkartılmış ve hem yayınevinden hem de matbaadan toplam 159 nüsha daha kitaba ve baskı kalıbına (matrix) el konulmuştur.

Mahkeme hükmünün 62. paragrafında, mülkiyetin kullanılmasının kontrolü anlamındaki bir müdahalenin ancak hukukiliğini (*lawfulness*) ve amacının meşruluğunu inceleyebileceğini kabul etmiştir. Yapılan kayıtlamanın hukukiliği hususunda taraflar arasında bir anlaşmazlık bulunmamaktadır, işlem iç hukuka uygun olarak yerine getirilmiştir. Demek ki, Mahkemenin bir müdahalenin hukukiliğinden (*lawfulness*) anladığı, iç hukuka/mevzuata uygunluktur.[1407] Oysa bilindiği üzere, iç mevzuata uygunluk ile hukuka uygunluk birbirinden farklı kavramlardır.

1406 Mahkemenin 2005 yılına kadar hukukilik testinden mülkiyet hakkı ihlali neticesini bulduğu karar sayısı ise, soyut ve teorik bazda aynı önemi göstermesine rağmen son derece azdır.

1407 *Handyside v. the United Kindgom*, App. No.5493/72, Judgment of 7 December 1976, para.62.

Hukuka uygunluk, iç mevzuatla sınırlanamaz. Aksi halde iç mevzuatta/yasalarda öngörülmüş olan her türlü önlemin hukuka ve giderek **AİHS**'e uygun olduğu sonucu çıkar ki bu son tahlilde Sözleşme sistemini anlamsız kılar.

Neyse ki Strasbourg organlarının hukukilik denetimlerini münhasıran ulusal hukuka uygunluğa indirgeyen *Handyside* yaklaşımı pek uzun sürmeyerek yerini müdahale yetkisi veren mevzuatın kalitesinin değerlendirdiği ve hukuk devleti nosyonundan beslenen yaklaşıma bırakmıştır.[1408]

James ve diğerleri v. Birleşik Krallık davasında şikayet konusu başvurucu terekenin sahip olduğu taşınmazların yürürlükteki kanun hükümleri uyarınca kiracılar tarafından düşük bedel karşılığı zorla satın alınmasıdır. Başvurucular, çeşitli iddialarının yanında, mülkiyetlerinden yeterli tazminat/karşılık almadan yoksun bırakılmalarının hukukilik ilkesinin gereklerini yerine getirmediğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruculara göre, bu ilke sadece iç hukuku kasteder olarak ele alınmamalı; Sözleşmeye Taraf bütün Devletlerde ortak olan temel ilkeleri de kapsamaktadır. Buna göre, hukukilik ilkesi el konulan mülkiyetin değerine uygun bir tazminatın verilmesini gerektirmektedir. Bu yaklaşım ışığında başvurucular somut olayda tazminat olarak aldıkları bedelin mülkiyetin değerinden çok düşük olduğunu ileri sürmektedirler. Mahkemeye göre ise, Sözleşmede geçen "hukuk" veya "hukuki" terimleri sadece iç hukuka yollama yapmakla yetinmemekte ama ayrıca *hukukun üstünlüğüne* (*rule of law*) uygunluğu gerektiren *hukuk kalitesine* (*quality of law*) göndermede bulunmaktadır. Buna rağmen AİHM olayda, başvuruculara tazminat kabilinden verilen bedelin mülkiyete müdahaleyi keyfilikten çıkardığını kabul etmiştir. Üstelik Mahkeme, "hukukun öngördüğü koşullar" ibaresinin içerebileceği diğer gereklerin de olayda yerine getirildiğini düşünmektedir.[1409]

Her ne kadar başvurucular tarafından dile getirilen bağlam tipik hukukilik aşamasından ziyade ölçülülük aşaması olsa da, içtihadi standart böylelikle ortaya konulmuş oldu. Bugün hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü nosyonunun Sözleşmedeki bütün haklara ve bu arada mülkiyet hakkına içkin olduğu kabul edilmektedir.[1410] Hukuk devleti ya da hu-

---

1408 Bundan sonra verilen örnek kararlarda uyuşmazlık konusu olgular *Handyside* davasındaki olgulardan farklıdır. Benzer konulu davalarda, Çalışmanın II. Bölümünde gösterildiği üzere, Mahkeme Madde 10 incelemesiyle yetinmekte, ayrıca **P1-1** incelemesi yapmamaktadır.

1409 *James and Others v. the United Kingdom*, App. No.8793/79, Judgment of 21 February 1986, Series A No. 98, para.67.

1410 *Former King of Greece and others v. Greece*, App. No.25701/94, GC Judgment of 23 November 2000, para.79; *Pincova and Pinc v. The Czech Republic*, App. No.36548/97, Judgment of 5 November 2002, para.45; *Malama v. Greece*, App. No.43622/98,

kukun üstünlüğü nosyonunun en önemli unsurlarının başında öngörülebilirlik[1411] ve kesinlik/belirlilik ilkeleri gelmektedir.[1412] Bu ilkeler, hakkın öznesinin beklenmedik müdahalelere ve sürprizlere karşı korumakta, tasarruflarını gerçekleştirmekte hukukun durumunu göz önünde bulundurmalarını sağlamaktadır. Aynı şekilde bu ilkeler, mülkiyet hakkı öznesinde, hak sahipliği bakımından statükonun korunacağına dair bir güven duygusu yaratmaktadır.

Yine de asıl olan ulusal yargı makamlarının ulusal hukuku değerlendirirken vardıkları sonuçtur. Çok istisnai vakalarda açıkça keyfilik göze çarpmadıkça ulusal hukukun ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik ve kesinlik ölçütlerini karşılayıp karşılamadığını takdir ulusal makamlara bırakılmıştır.[1413] Az sayıda davada hukukilik ilkesinin ihlalinden ötürü **P1-1**'in çiğnendiği sonucuna varılmasının sebebi budur.[1414]

2) Mülkiyet Hakkı Özelinde Ulaşılabilirlik, Öngörülebilirlik (ve Kesinlik) Ölçütleri

Yukarıda Çalışmanın 2. Bölümünde **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlayan unsulardan biri olan meşru beklenti kavramı açıklanırken üzerinde durulduğu üzere, "meşru beklenti" kavramı ile "hukuk güvenliği" ve

---

Judgment of 1 March 2001, para.43; *Baklanov v. Russia*, App. No.68443/01, Judgment of 9 June 2005, para.40; *Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No.49429/99, Judgment of 24 November 2005, paras. 133-134.

Mülkiyet hakkı dışında kalan haklar bakımından bkz. *Engel and Others v. Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, Series A No. 22, para.69; *Golder v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1975, Series A No. 18, para.34; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, App. Nos.34044/96-35532/97 and 44801/98, Judgment of 22 March 2001, para.50.

1411 **AİHS** bağlamında hukuk devleti ile öngörülebilirlik ilişkisine vurgu için bkz. Merrills, **a.g.e.**, sf:130-131; Emberland, **Companies**, sf: 46 ve dn. 117; Helen Mountfield, "*The Concept of a Lawful Interference With Fundamental Rights*", **Understanding Human Rights Principles**, eds. Jeffrey Jowell QC and Jonathan Cooper, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001, sf:5-25, 8-10.

1412 AB hukuku bağlamında hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ile hukuki belirlilik ilkesine vurgu için bkz. Takis Tridimas, **The General Principles of EU Law**, second edition, OUP, 2006, sf: 242 ("The affinity of the principle with the rule of law is evident."); Paul Craig-Grainne de Burca, **a.g.e.**, sf:357.

1413 Örneğin bkz. *Sojus Trade Company GmbH and Deutsche Consulting GmbH v. Germany*, App. No. 32411/96, Admissibility Decision of 20 April 1999; *Former King of Greece and others v. Greece*, Judgment of 23 November 2000, para.82; *Doğan and others v. Turkey*, App. No.8803-8811/02, 8813/03 and 8815-8819/02, Judgment of 29 June 2004, para.149; *Gashi v. Croatia*, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.29.

1414 İstisnai vakalara üç örnek olarak bkz. *Iatridis v. Greece*, App. No.31107/96, GC Judgment of 25 March 1999, paras.61-62; *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Turkey*, Judgment of 9 January 2007, paras.53-59; *Baklanov v. Russia*, Judgment of 9 June 2005, paras.42-47 (krş. *Smirnov v. Russia*, App. No. 71362/01, Judgment of 7 June 2007, para.56).

giderek "hukuk devleti" ilkeleri arasında sıkı bir bağ vardır. Bu ilkelerin uzantısı olan "öngörülebilirlik" ve "belirlilik" kişide güven duygusuna ve hakka sahip olacağı yönünde objektif olarak makul sebeplere dayanmasına yol açacaktır. Buna göre, geriye yürürlü hukuki işlemler, öngörülebilir olmayacakları için lehe olan kararlara ya da işlemlere dayanan meşru beklentilere bir müdahale teşkil edecektir.

Ancak, Strasbourg organları açıkça keyfilik göze çarpmadıkça ulusal hukukun ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik ve kesinlik ölçütlerini karşılayıp karşılamadığını takdirini ulusal makamlara bırakmıştır ve bu konuda çekinden bir denetim politikası izlemektedir.

a) Müdahaleye Dayanak Teşkil Eden Mevzuatın Yayımlanmış Olması

Müdahalenin öngörülebilmesi için o müdahaleye dayanak teşkil eden mevzuatın mülkiyet hakkının öznesi tarafından biliniyor olması mantığın gereğidir. Mevzuatın bilinmesi için ona ulaşabilmek, ulaşabilmek için ise söz konusu mevzuatın aleni olması gereklidir. Aleniyeti sağlayan ise yayındır. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması ilkesinin ana hatlarıyla geçerli olduğu hukuk düzenlerinde yayımlanmamış mevzuatın mevcudiyeti, çok istisnai bazı durumlar hariç, düşünülemez. O halde ulaşılabilirlik ölçütünün ön koşulu müdahaleye dayanak teşkil eden mevzuatın yayımlanmış olmasıdır.

O halde soru, söz konusu mevzuatın mülkiyet hakkının öznesi tarafından ulaşılabilir olması için nerede yayımlanmış olmasının yeterli olacağıdır. Bu sorunun ilk cevabı, müdahaleyi gerçekleştiren Devletin resmi gazetesi olacaktır. Bu nokta üzerinde bir tartışma yoktur.[1415]

Resmi gazetelerde yayımlanmayan özellikle alt dereceli mevzuatın söz konusu olduğu hallerde durumun ne olacağı ise çetrefil bir problem olarak kendini göstermektedir. *Spacek* davasında bu çetrefil problemle yüzleşilmiştir. Başvurucu şirkete defter tutma yükümlülüğüne ve dolayısıyla vergi ödeme yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle cezalı vergi tarhiyatında bulunulmuştur. Şirket ise söz konusu yükümlülüğünün yasal düzlemde yer almadığını, bu yükümlülüğü öngören alt derece mevzuatın ise resmi gazetede yayımlanmamış olduğunu ileri sürmüştür. İncelemesine öncelikle alt derece mevzuatı çıkaran Maliye Bakanlığının buna yetkili olduğunu vergi konusuyla doğrudan ilgili olmayan çeşitli kanuni düzenlemelere bakarak saptamakla başlayan Mahkemeye göre, şikayete konu

---

1415 Müdahalenin kaynağının vergi kanunu olduğu bir şikayette Mahkemenin söz konusu kanunun resmi gazetede yayımlanmasına istinaden başvuru şirketçe ulaşılabilirliğine yaptığı vurgu için bkz. *CBC-Union S. R. O. v. Czech Republic*, App. No.68741/01, Admissibility Decision of 20 September 2005.

olan alt derece düzenlemelerin resmi gazetede "kararname/*decree*" veya "tebliğ/*ruling*" olarak yayımlanmamış olması bunların Resmi Gazete Kanunu anlamında vatandaşları bağlayan yasal veya düzenleyici belge olmadığı sonucuna götürmektedir. Ancak bu vargı, tek başına müdahalenin hukukilik unsurunu karşılamadığı anlamına gelmez. **P1–1** anlamında "yasa" terimi şekli olmayıp "maddi" niteliktedir ve **AİHS** (ya da **P1–1**) belirli bir hükmün alenilik derecesine ilişkin spesifik gerekler taşımamaktadır. Üstelik yasamanın seçtiği yöntemin yerindeliğine ilişkin görüş beyan etmek veyahut vergi ve muhasebe ilkelerinin yayımlanma biçiminin Çek hukukuna uygun olup olmadığına karar vermek Mahkemenin işi değildir. Uyuşmazlık konusu alt derece mevzuat Maliye Bakanlığınca çıkartılan Mali Bültenlerde yayımlanmıştır. Bu bültenler kamuyu bilgilendirme amacı taşımakta ve abonelere dağıtılıp belli koşullarda satışa sunulmaktadır.[1416]

Mevzuata ulaşıldığında bu kez söz konusu mevzuatın müdahalenin öngörülebilmesini sağlayıp sağlamadığı problemi ile karşılaşılır. Bu noktada mevzuatın anlaşılabilir olması beklenir. Öngörülebilirlik ve anlaşılabilirlik ölçütleri bakımından ise, öncelikle işbu ölçütün mutlak kesinlik unsurunu içermediğini not etmek gerekir. Zira başta kanunlar olmak üzere bütün yasal düzenlemeler belirli bir ölçüde belirsizdir ve bunların yorumlanması ve icrası uygulamanın sorunudur. Ulusal hukuk sistemini oluşturan Yasamanın iradesi kadar ulusal yargı yerlerinin mevzuatı yorumlaması ve uygulaması işlevi bakımından temel önemdedir.[1417] Ulaşılabilirlik ölçütü ile öngörülebilirlik/anlaşılabilirlik ölçütleri, çoğu olayda bir arada dikkate alınmaktadır.

Öngörülebilirlik kavramı kayda değer ölçüde uyuşmazlık konusu metne, kapsadığı alana ve yöneldiği kişilerin sayı ve statüsüne bağlıdır.[1418] Yasallığı tartışmaya açılan metnin niteliği ve kapsadığı alan oldukça önemlidir. Örneğin oldukça yakın tarihli bir kararında AİHM, Türk hukukunda yabancı uyruklu kişilerin ancak "karşılıklılık" ilkesi çerçevesinde taşınmazları miras yoluyla edinebilmesinin[1419] **P1-1**'in ya-

---

1416 *Spacek v. Czech Republic*, App. No.26449/95, Judgment of 9 November 1999, paras.56-58. Mahkeme devamla incelemesini anlaşılabilirlik unsuru üzerinde yoğunlaştırmıştır. Bu noktaya hemen devam eden paragraflarda değinilecektir.

1417 *CBC-Union S. R. O. v. Czech Republic*, Admissibility Decision of 20 September 2005.

1418 AİHM'in bu genel yaklaşımının daha önce ifade özgürlüğü hakkı (Madde 10) ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi (Madde 7) eksenli kararlarda geliştirildiği biliniyor. Örneğin bkz. *Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, App. No. 10890/84, Judgment of 28 March 1990, Series A No. 173, para. 68; *Cantoni v. France*, App. No. 17862/91, Judgment of 15 November 1996, para. 35; *Chauvy and others v. France*, App. No. 64915/01, Judgment of 29 June 2004, para. 44.

1419 Bu konuda Türk hukuk düzenindeki güncel gelişmeleri de içeren ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmut Kamacı, "*Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye'de Kanuni Miras Yoluyla Taşınmaz Mal Edinmelerine Getirilen Koşul ve Sınırlamaların, İnsan Hakları*

sallık unsurunu ihlal ettiği sonucuna varmıştır. *Apostolidi ve diğerleri* davasında Yunan uyruklu başvuruculaların sahip oldukları ve taşınmazı adlarına tescil etmelerini sağlayan veraset ilamı, Türk hukuk mevzuatından kaynaklanan (Tapu Kanunu Madde 35) karşılıklılık ilkesine uygun olmadığı sebebiyle iptal edilmiştir. AİHM soyut düzlemde karşılıklılık ilkesinin yerindeliğini değil somut olayda başvurucular bakımından uygulanmasını incelemiştir.[1420] İncelemesine **AİHS**'in kolektif koruma sistemi yarattığını vurgulayarak başlayan AİHM'in yaptığı değerlendirmeye göre, Yunanistan'da Türk uyruklular için taşınmazları miras yoluyla edinme konusunda yasal engel olmadığı ve fiili engeller hakkındaki yetkili Türk makamlarınca yapılan değerlendirmelerin de somut verilere dayanmadığı ve Türk iç hukukunda yabancıların miras yoluyla taşınmaz edinme imkanlarının kolaylaştırıldığı gerekçesiyle **P1-1**'in yasallık testi temelinde mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.[1421] AİHM'in Türk hukuku hakkında verdiği bu karar[1422], 2008 yılı başında, bu kez Yunan uyruklu Ermenile-

---

ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) ve Ek 1 Nolu Protokole Aykırılığı Sorunu", **Yargıtay Dergisi**, Cilt 34, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2008, sf:41-96; Selim Levi, **Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri**, Legal Yay., İstanbul, Mart 2006, sf: 71-115, özellikle 96-97, 108-110; Nuray Ekşi, **Yabancıların Türkiye'deki Taşınmaz Mallar Üzerindeki Hakları**, Arıkan Yay., Mart 2006, İstanbul, sf: 5-42.

1420 Böyle olmakla birlikte, aslında Mahkeme "karşılıklılık" ilkesinin **P1-1**'e uygunluğunu denetlemiş olmaktadır. Zira Mahkeme değerlendirmesine **AİHS**'in insan haklarını kolektif güvenceye alan ve Devletlere objektif yükümlülükler yükleyen bir belge olduğunu belirten kararlarına özellikle vurgu yaparak başlamıştır (*Apostolidi and others v. Turkey*, App. No. 45628/99, Judgment of 27 March 2007, para. 71). Kısacası, karşılıklılık ilkesi çoğu durumda insan haklarına kategorik olarak uygun değildir. Mahkeme mülkiyet hakkı bakımından bu mesele hakkında ilkesel bir belirme yapmaktan kaçınmış olsa bile, soruna yaklaşımı, karşılıklılık ilkesinin mülkiyet hakkı özelinde kategorik olarak Sözleşmeye aykırı olduğunu düşündüğüne dair bir izlenim bırakmaktadır.

1421 *Apostolidi and others v. Turkey*, App. No. 45628/99, Judgment of 27 March 2007, paras. 71-78. AİHM'in sonuç cümlesi şöyledir: "Dosya öğelerin tamamını dikkate alarak ve miras yoluyla gayrımenkul iktisabına dair Yunanistandaki Türk vatandaşlarına karşılıklılık ilkesinin uygulanmadığı göz önüne alındığında, başvuranlar tarafından Tapu Kanunun 35. Maddesinin uygulanmasının yeterince öngörülebilir olduğu söylenemez. Mahkeme bundan uyuşmazlık konusu müdahalenin yasallık ilkesine uyumlu olmadığı ve bundan dolayı 1 Numaralı Protokolün 1. Maddesine de uygun olmadığı sonucuna varmıştır." (Orijinal ifade şöyledir: Au vu de l'ensemble des éléments du dossier, et eu égard au fait qu'il n'est pas établi que le principe de réciprocité s'appliquait en Grèce aux ressortissants turcs quant à l'acquisition de biens immeubles par voie de succession, l'application de l'article 35 du code foncier ne pouvait passer pour suffisamment prévisible aux requérants. La Cour en conclut que l'ingérence litigieuse est incompatible avec le principe de légalité et qu'elle n'est donc pas conforme à l'article 1 du Protocole n° 1").

1422 *Apostolidi* kararını Türk hukuku açısından ayrıntılı olarak özetleyen ve değerlendiren bir çalışma olarak bkz. Kamacı, **a.g.m.**, sf:41-96. Yargıtay üyesi olan yazarın sonuç cümlesi aktarılmaya değer: "Ancak bu kararın ortaya koyduğu ilkeler ve AİHM'nin Sözleşmeyi yorumlayışı karşısında, ulusal yargı organları, Tapu Kanununun 35. maddesinde yer alan düzenlemeye ilişkin yaklaşım, yorum ve içtihatlarını yeniden gözden geçirmelidirler".

rin açtığı *Nacaryan ve Deryan* davasıyla yerleşik içtihat haline gelmiştir.[1423] Türkiye'ye karşı verilmiş bu iki karar, uyuşmazlık konusu metnin anlaşılabilirliğini değerlendirmekte üçüncü Devletlerin hukuk düzenlerinin belirleyici rol oynayabileceğini göstermektedir. *Apostolidi ve diğerleri* ile *Nacaryan ve Deryan* davalarında, başvuruculaın vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları Yunan hukukunda Türk uyrukluların mirasçı olma durumu Türk hukukundaki karşılıklılık kaydının içeriğinin anlaşılmasında dikkate alınmıştır.

Öngörülebilirlik kavramının uyuşmazlık konusu metnin yöneldiği kişilerin statüsüne bağlı olarak değerlendirilmesi **P1-1** özelinde sık karşılaşılan bir durumdur. Bu bağlamda, müdahaleye temel teşkil eden mevzuatın anlaşılması için hukuki yardım/danışma gerekmesi, koşullar çerçevesinde makul olarak mütalaa edilecek olursa yasallık koşuluna aykırılık doğurmaz. Özellikle mesleği icabı çok özenli olması gereken kişiler söz konusu olduğunda durum budur. Bu tip kişilerden mesleki faaliyetlerinin içerdiği riskleri değerlendirmekte özel ihtimam beklenebilir.[1424] Nitekim hemen yukarıda ele alınan *Spacek* davasında uyuşmazlık konusu alt derece mevzuatın Maliye Bakanlığınca çıkartılan Mali Bültenlerde yayımlanıp çeşitli yollarla kamunun bilgisine sunulmasını bulguladıktan sonra Mahkeme, başvurucu şirketin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini ele almıştır. AİHM'in bulgularına göre, başvurucu şirketin selefi olan aynı isimli şirket, uyuşmazlık konusu Mali Bültenleri daha önce bağlayıcı düzenlemelerin resmi ve aleni kaynağı olarak mütalaa etmiştir. Bu sebeple şirketin uyuşmazlık konusu mevzuatın getirdiği yükümlülüklerin farkında olması gerekliydi. AİHM'e göre, şirket mevzuatın getirdiği yükümlülükleri anlayabilmek için her halükarda teknik danışmanlık almalıydı. Basiretli bir işadamı gibi davranmak yükümlülüğü, somut olayın koşulları çerçevesinde bir danışmandan destek almayı gerektirebilir. Özellikle vergi yükümlüsü bireylerin değil de belli bir işte uzmanlaşmış tüzel varlıkların yetkin kişilere danışması beklenir.[1425]

Benzer şekilde *CBC Union* davasında, geriye yürürlü vergiye maruz kalan şirketin yasallık itirazını reddederken Mahkeme, başvurucu şirke-

---

1423 Bkz. *Nacaryan and Deryan v. Turkey*, App. No. 19558/02 and 27904/02, Judgment of 8 January 2008.

1424 Bu yaklaşım da kökenini ifade özgürlüğü kararlarında bulmaktadır. Örneğin gazeteci ve yayıncılar bakımından bkz. *Chauvy and others v. France*, App. No. 64915/01, Judgment of 29 June 2004, paras. 44-49. **AİHS** Madde 7 bağlamında tıbbi ürünlerin hukuk dışı satışından kaynaklanan cezai sorumlulukla ilgili olarak süpermarket müdürünün göstermesi gereken ihtimam için bkz. *Cantoni v. France*, App. No. 17862/91, Judgment of 15 November 1996, para. 35.

1425 *Spacek v. Czech Republic*, App. No.26449/95, Judgment of 9 November 1999, para.59 (Hukukilik unsuruna aykırılık olmadığı için **P1-1** ihlal edilmemiştir.).

tin bir uzman yardımı alarak içinde bulunduğu sektördeki vergisel gelişmeleri ve kendi faaliyetlerinin vergisel sonuçlarını öngörebileceğini vurgulamıştır.[1426]

Basiretli bir işadamı gibi davranma ölçütü bu kez müdahalenin hukukiliği testi bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Daha önce, **P1-1**'in uygulanabilirliği sorunsalı bağlamında bu ölçüt geliştirilmiş idi. Hemen belirtilmelidir ki, *Spacek* kararıyla bireyler ile tüzel varlıklar (*legal entity*) arasında yapılan bu ayrımı, tüzel ya da bireysel olmasına bakılmaksızın tacir/işadamı niteliğindeki hukuk kişileri/varlıkları ile normal hukuki kişiler arasında yapılmış olarak değerlendirmek gereklidir.[1427] Herhalde bir dernek veya vakıf ile ticari şirket, vergi yükümlülüğünün gerektirdiği özen bakımından aynı kefeye konulamaz. Diğer yandan, tüzel kişi kisvesi altında çalışsın çalışmasın, kimi bireyler ticari hayatta doğrudan rol oynayabilirler. *Spacek* davasından çıkacak olan ilke, belirli bir ticari işte (vergiye tabi) uzmanlaşmış olmaktadır; yoksa tüzel kişi (veya ticari şirket) olup olmamak değil.[1428]

Nitekim, aslında hukukilik meselesini doğrudan ilgilendirmeyen bir başka vergi uyuşmazlığında AİHK, başvurucunun ulusal hukukta temsil edildiği avukatı vasıtasıyla girdiği hukuki süreçte tabi olacağı vergi yükümlülüğünü öngörebileceğinden hareketle, müşterek malik olarak başvurucunun tabi tutulduğu ve fakat açık arttırmayla satın alınan taşınmazda hiçbir payı olmayanların tabi tutulmadığı verginin ayrımcılık yasağını ihlal etmediğine karar vermiştir.[1429] Bu karardan anlaşılmaktadır ki, özen yükümlülüğüne tabi olmak bakımından önemli olan tüzel kişi olmak değildir. Ayrıca, *Spacek* ve *CBC Union* davalarında AİHM'ce mes-

---

1426 *CBC-Union S. R. O. v. Czech Republic*, App. No.68741/01, Admissibility Decision of 20 September 2005. Mahkemenin danışmanın hukukçu olmasından bahsetmediğini vurgulamak gereklidir.

1427 Nitekim AİHM'in ifade özgürlüğü hakkı eksenli önceki dipnotlarda zikredilen içtihadında aradığı benzer basiretli davranma yükümlülüğü gerçek kişiler için de geçerlidir.

1428 Yalnız, çocukları adına tescilli konutu satmasına yetkili vesayet makamlarınca izin verilmeyen bir babanın açtığı bir davada AİHM'in başvurucunun uygun hukuki yardım alabileceğinden ve bu sebeple aile hukukundan kaynaklanan bu müdahaleyi öngörebileceğinden bahsettiğine dikkat çekilmelidir (bkz. *Lazarev and Lazarev v. Russia*, App. No. 16153/03, Admissibility Decision of 25 November 2005). Başka örneğine rastlanılmamış bu karar, ilk bakışta ana metindeki yorumu desteklememektedir. Ancak, bir aile babasının, aile hukukundan kaynaklanan kuralları (olayda evin çocuklar adına tescili halinde satışının izne tabi kılınması) doğal olarak bilmesi gerektiği kabul edilecek olunursa, bu halde söz konusu *Lazarev ve Lazarev* kararı, metinde yorumla çelişmez. Aile babası pozisyonu, belirli yükümlülükleri otomatik olarak beraberinde getirmektedir.

1429 *Musa v. Austria*, App. No.40477/98, Admissibility Decision of 10 September 1998, para.1 (The Law).

leği veya niteliği belirtilmeden bahsedilen uzmanların *Musa* davasında Komisyon tarafından açıkça hukukçu/avukat olarak belirtilmiş olduğu da not edilmelidir.[1430]

Öngörülebilirlik ve anlaşılabilirlik ölçütlerinin mutlak kesinlik unsurunu içermediği ve kayda değer ölçüde uyuşmazlık konusu metne, kapsadığı alana ve yöneldiği kişilerin sayı ve statüsüne bağlı olduğu ve bunun AİHM'in bütün Sözleşmesel haklar için geçerli olan genel yaklaşımının **P1-1** özelinde uygulanmasından ibaret olduğu yukarıda gösterilmişti. Bunun yanında öngörülebilirlik kavramı **P1-1** özelinde farklı bir unsura sahiptir: *siyasi-hukuki sistemin niteliği.*

Bununla kastedilen sosyalist sistemden liberal sisteme geçiş aşamasındaki Devletlerde eski hale iade taleplerinin veya el atma ve kamulaştırmalar karşılığı yeni Devletin tazminat sorumluluğunun tabi olduğu rejimdir. Çok sayıda davaya konu olan bu şikayetlerde başvurucular giderim sürecini düzenleyen mevzuatın öngörülebilirlik ve kesinlik ölçütlerini karşılamadığını ileri sürmüşlerdir. AİHM ise sorunun söz konusu Devletlerin geçiş aşamasının spesifik koşullarından kaynaklandığını, giderimin nasıl ve ne ölçüde yapılacağı hakkında ciddi siyasi tartışmalar yaşandığını belirterek, yapılacak değerlendirmede hem ilgili Devletteki geçiş aşamasının spesifik koşulların hem de somut olayın özelliklerinin dikkate alınarak bir çözüme gidileceğine karar vermiştir. Bu noktada Mahkemenin bu tip olaylarda öngörülebilirlik ve belirlilik unsurları açısından hukukilik testi ile ölçülülük testini birleştirme yoluna gittiği görülmektedir.[1431]

b) Müdahalenin Dayandığı Mevzuatın Yetkili Makamca Vaz Edilmiş Olması

Hukukilik testi bakımından önem arz eden hususlardan bir diğeri, müdahalenin dayandığı mevzuatın yetkili makamca üretilmiş olmasıdır. Bu noktadaki sorun, ağırlıklı olarak, alt derece mevzuattan kaynaklanan müdahaleler özelinde ortaya çıkmaktadır. Genel bir belirleme olarak söylenebilir ki, alt derece mevzuatı çıkaran makam üst norm tarafından (ge-

---

1430 Gerçi *Musa* kararındaki hukukçuya vurgunun sebebi, ulusal hukuktaki uyuşmazlık sırasında başvurucunun zaten bir avukatça temsil edilmesidir. Yoksa Komisyon hukukçuları öne çıkarmış değildir.

1431 *Velikovi and others v. Bulgaria*, App. Nos. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, and 194/02, Judment of 15 March 2007, paras.166-167 ("The Court considers, therefore, that the issues raised by the applicants with respect to the quality of the relevant law are intertwined and undissociable from the question whether or not the interference with their property rights had a legitimate aim and was necessary in a democratic society for the achievement of such an aim.").

nellikle bir kanun) yetkilendirilmiş ise, hukukilik unsuru açısından bir problem bulunmadığı kabul edilebilir.

Örneğin *Allesch ve diğerleri* davasında başvurucuların bağlı bulundukları İnşaat Mühendisler Odasına ödemek zorunda kaldıkları yaşlılık aylıkları, adı geçen Odayı kuran kanun ile Odanın bu kanun dairesinde yetkili Meclisi/Kurulu tarafından düzenlediği için hukukilik unsuru açısından bir sorun doğurmamaktadır. Başvurucular Odayla zorunlu bağlarını ve bunun yansımalarını öngörebilmeye muktedirdir.[1432]

Bu başlık altında işlenebilecek önemli bir konu ise, müdahale yetkisi veren mevzuatın sadece ulusal mevzuattan ibaret olup olmadığıdır. Hemen söylenebilir ki, tıpkı **P1-1**'in uygulanabilirliği aşamasında olduğu gibi, uluslararası ve ulusalüstü mevzuat da ulusal kamu makamlarına mülkiyet hakkına müdahale yetkisinin kaynağı olabilir. Bu mesele *Bosphorus Hava Yolları* davasında gündeme gelmiştir. Başvurucunun elindeki uçağa İrlanda makamları tarafından AB normları uyarınca el konulmasının mülkiyet hakkının ihlali olup olmadığının tartışıldığı bu davada Mahkeme, müdahalenin dayanağı olarak AB normlarının hukukilik testi için geçerli bir temel oluşturduğuna karar vermiştir. Bu sonuca varırken AİHM müdahaleye dayanak teşkil eden AB mevzuatının Üye Devletler tarafından doğrudan uygulanabilir olup olmadığına ve bağlayıcılığına dikkat etmiştir.[1433] Benzer şekilde, *İran Deniz Yolları* davasında, transit geçiş yapmakta olan bir gemiye ve kargosuna İstanbul Boğazından geçtiği esnada silah kaçakçılığı sebebiyle el konulmasının hukuki olup olmadığını incelerken Mahkeme, sorunu net olarak çözmemekle birlikte, **Montrö Sözleşmesi**nin zararsız geçiş hakkı bakımından bir özel hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.[1434]

1432 *Allesch and others v. Austria*, App. No.18168/91, Admissibility Decision of 1 December 1993, para.1 (The Law).

1433 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, App. No.45036/98, GC Judgment of 30 June 2005, paras.143-148. Bu aşamada davaya üçüncü taraf olarak katılanlar arasında bulunan AB Komisyonunun yaptığı sunumların etkili olduğu farkediliyor.

1434 *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007, para.93. Bu uyuşmazlığın ve buna bağlı diğer uyuşmazlıkların iç hukuktaki seyri ve Montrö Sözleşmesi çerçevesinde boğazlardan geçiş rejimi hakkında bilgi için bkz. H. Murat Demirkıran, "*Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi ve Geçiş Rejimi ile ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.11.2001 Gün E: 2001/4-955 K:2001/1073 Sayılı Kararı*", **Prof. Dr Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, 2007, sf: 446-467, özellikle 453-461. Yazarın asıl incelemesi *İran Deniz Yollarının* Türk yargı makamları önünde açtığı ve AİHM kararına konu olan dava değildir. Bununla birlikte yazar, **a.g.m.**, sf:459'da, *İran Deniz Yollarının* Türk yargı makamları önünde açtığı davadan bahsetmektedir.

c) Kamu Makamlarının Hukuki Süreçler Hakkında Bilgi Verme ve Hukuki Girişimleri İşlevsiz Kılmama Yükümlülüğü

Öngörülebilirlik ölçütünün önemli unsurlarından birisi kamu makamlarının mağdurları hukuki süreçler hakkında bilgilendirmesi gereğidir. Bu bilgilendirme mağdurun hak kaybına uğramaması bakımından elzemdir. Bu noktada, kamu makamları mağdurların ulusal hukuktaki girişimlerini işlevsiz bırakmama yükümlülüğü altındadır. Münhasıran ulusal hukukun AİHM'ce değerlendirilmesi anlamına gelen bu tip kararlar nadirdir.

Bu tip istisnai davalardan birisi *Konovalov* başvurusudur. Ukrayna vatandaşı olan başvurucu Rusya'da arabasıyla seyir halindeyken polis tarafından durdurulur ve arabasının gümrük mevzuatına aykırı olarak Rusya'da bulunduğu anlaşılır. Arabaya önce el konur ve araba daha sonra icra yoluyla satılır. Başvurucu söz konusu hukuki sürecin **P1-1**'in aradığı hukuka uygunluk standardını karşılamadığı iddiasındadır. İncelemesine bu konudaki soyut standardını yinelemekle başlayan Mahkeme hukuk devleti nosyonunun demokratik toplumlarının temel prensibi olduğunu ve Sözleşmedeki bütün Maddelerde mündemiç olduğunu tekrar vurgular.[1435]

AİHM incelemesinde özellikle başvurucunun iç hukukta tabi tutulduğu muamelelere karşı yaptığı hukuki girişimlerin yetkili makamlarca işlevsiz kılınmasına yoğunlaşmıştır. Mahkemeye göre, resmi belgeler, başvurucunun iç hukukta müsadere ve cebri icra işlemlerini durdurmak üzere gerekli hukuki girişimlerde bulunmasına rağmen, yetkili makamların ne süreci askıya aldığını ne de bu girişimlerin sonucunu önemsediğini göstermektedir. Yine AİHM'e göre, icra memuru başvurucunun arabası hakkında işlemler yaparken ulusal hukukun aradığı usuli kurallara uygun da davranmamıştır. Mahkeme bu bağlamda, **P1-1**'in sağladığı güvencelerin özünü yok ettiğini belirterek icra memurunun başvurucuyu süreç hakkında bilgilendirmediğinin altını özellikle çizmiştir. Bu durum hukukilik ilkesinin ihlalini sonuçlamaktadır.[1436] Bu karar bakımın-

---

1435 *Viktor Konovalov v. Russia*, App. No.43626/02, Judgment of 24 May 2007, para.42.

1436 *Viktor Konovalov v. Russia*, Judgment of 24 May 2007, özellikle para.46. Mahkemenin orijinal ifadesi söyledir: "Furthermore, it was claimed by the applicant and acknowledged by the respondent Government that the bailiff had disregarded the legal requirements applicable to the procedure for enforcement of the customs decision and sale of the applicant's property. **The failure to inform the applicant about the opening of the proceedings affecting his possessions and to ensure his effective participation should be regarded as a most serious failing, undermining the substance of the guarantees of Article 1 of Protocol No. 1. The bailiff had acted unlawfully in that he had not notified the applicant about the institution of the proceedings or advised him of the right to be a party, had not attempted to identify the applicant's other assets prior to billing the car for sale, and had not offered the car to the creditor (the customs office) after the initial statutory two-month period had expired. Moreover, the bailiff had reduced the sale price on four occasions, without informing either the app-**

dan kamu makamlarının hukuki süreç hakkında bilgi verme yükümlülüğünün ve mağdurca yapılan hukuki girişimlerin işlevinin yabancı kişilerin korunması açısından AİHM tarafından zımnen dikkate alındığını söylemek mümkündür.

d) Geriye Yürürlü/Etkili Mevzuatın Durumu

Öngörülebilirlik ölçütü hukukilik testinin önemli bir boyutunu oluşturmaktaysa da, bu ölçüt hem mutlak nitelikte değildir hem de bazı hallerde bu ölçüte aykırı tasarrufta bulunulması otomatikman hukukilik testinin ihlali sonucunu doğurmaz.[1437] Hukukun üstünlüğü nosyonundan beslenen bir düzende ilk başta şaşırtıcı gelecek bu durum aslın liberal hukuk sistemlerinde sıkça görülmektedir. Nitekim AB hukukunda da cezai olmayan meselelerde geriye yürürlü düzenlemelerin, kural olarak hukuka aykırı olmadığı gözlemlenebilmektedir.[1438]

AİHS ve **P1-1** düzleminde ise, özellikle vergi uyuşmazlıklarında durum bütün çıplaklığıyla gözlemlenebilmektedir. Birçok vergi uyuşmazlığının özünü geriye yürürlü vergi mevzuatına dayanarak yapılan tarhiyat işlemlerinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasi oluşturmaktadır. İlk bakışta düşünülenin aksine, geriye yürürlü vergiler kategorik olarak yasallık unsurunu zedelemez.[1439] Özellikle bir yargı kararıyla belirlenmiş ise, öngörülebilirlik açısından bir sorun olduğundan söz edilemez.[1440]

---

licant or the customs office. The prosecutor's office, the domestic courts and the respondent Government, in their observations on the merits of the case, recognised that the bailiff's actions had not been in accordance with the law" (vurgu eklenmiştir).

1437 "The Commission recalls that **retrospective civil legislation is not expressly prohibited** by the provisions of the Convention" (bkz. *A., B., C. and D. v. the United Kingdom*, App. No. 8531/79, Admissibility Decision of 10 March 1981, **DR Vol. 23**, sf:203-211, özellikle 210, vurgu eklenmiştir).

1438 Ayrıntılı bilgi için bkz. Tridimas, **a.g.e.** sf: 254-259; Craig - de Burca, **a.g.e.**, sf: 357-363; Nicholas Emiliou, **The Principle of Proportionality in European Law – A Comparative Study**, Kluwer Law International, London, 1995, sf:142-148. AB hukukunda geriye yürürlü düzenlemelerin zorunlu olması ve AB hukuku anlamında meşru beklentilere saygı göstermesi gereklidir. Bu durum geriye yürürlü düzenlemeyi gerektiren kamu yararı ile meşru beklenti sahibinin çıkarlarının dengelenmesini sonuçlayan bir gerilimi doğurmaktadır.

1439 Oysa ulusal hukuklarda geriye yürürlü vergi kanunları kural olarak hukuka uygun değildir. Ayrıntılı bilgi, çeşitli ayrımlar ve istisnalar için bkz. Gülsen Güneş, **Verginin Yasallığı İlkesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, sf:135-142, 243-244 (AİHM açısından); Mualla Öncel-Ahmet Kumrulu-Nami Çağan, **Vergi Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, sf:47-50; Yusuf Karakoç, **Genel Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin Yay., Ankara, 2007, sf:140-145.

1440 Bkz. *M. A. and others v. Finland*, App. No.27793/95, Admissibility Decision of 10 June 2003; *Stere and others v. Romania*, App. No.25632/02, Judgment of 23 February 2006, para.54.

Vergi benzeri sosyal sorumluluk (veya ödev) temelli uyuşmazlıklarda da geriye yürürlü mevzuatın **P1-1**'in hukukilik aşaması bakımından sorun doğurmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin *Kjartan Asmundsson* davasında başvurucu, iş kazası sonrasında % 100 iş göremez raporu alan ve bu sebeple kendisine malüllük aylığı bağlanan bir denizcidir. Hükümet sosyal politikalarında yaptığı değişiklikle malüllük ölçütlerini değiştirmiş ve başvurucu bu yeni ölçüt uyarınca malüllük statüsünden çıkarılmıştır. Bunun sonucu olarak başvurucunun malüllük aylığı kesilmiştir. AİHM, İzlanda Yüksek Mahkemesi kararı ışığında değişikliğin hukukiliğinde bir problem bulmamaktadır. Bu meselenin üzerinde hiç durmamıştır.[1441] Oysa burada geriye yürürlü bir kanun söz konusudur.

Geriye yürürlü mevzuat bakımından söylenmesi gereken en önemli bilgi, burada Strasbourg organlarınca yapılan hukukilik denetiminin *kimi* davalarda ölçülülük incelemesi içine taşındığıdır.[1442] Yani, mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin adil denge kurup kurmadığını tahlil ederken Strasbourg organları, müdahaleye dayanak oluşturan mevzuatın öngörülebilirliğini ve anlaşılabilirliğini bir unsur olarak kullanmaktadır.[1443] Bunlar genellikle vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davalar olup bunlara aşağıda "ölçülülük" alt bölümünde değinilecektir.

Ancak bu noktada ünlü ve istisnai *Hentrich* kararını şimdi zikretmek, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak olan ölçülülük göstergelerinden çoğunu bir arada içerdiği için verimlilik açısından daha yerinde olacaktır. *Hentrich* davasında Mahkeme kamu makamlarının sahip olduğu ön alım hakkının yerinde kullanılıp kullanılmadığını denetlemiştir. Vakada kamu makamları, piyasa değerinden az fiyata satılan taşınmazı ön alım hakkını kullanarak satın almıştır. Bu durumun **P1-1**'e uygun olup olmadığını denetleyen AİHM'e göre, bu tip hallerde ön alım hakkı kurumunun mevcudiyeti kategorik olarak problem doğurmamaktadır. Ancak kuramsal olarak sorun olmaması, bu yetkinin uygulanmasındaki takdirin ve usulün adilliğinin sağlandığı anlamına gelmez. Nitekim, vakada ön alım hakkının kullanılması öngörülebilir değildir; zira hangi hallerde bu yetkiye başvurulacağı mevzuatta belirlenmiş olmadığı gibi, aynı durumdaki pek çok alım satım işlemi arasında keyfi olarak seçilen bazıları için kullanılmıştır. Kaldı ki, ön alım hakkı, silahların eşitliği ilkesine uygun bir çekişmeli usuli süreç bulunmadığında zaten meşru değildir (para. 42). Ölçülülüğe gelince Mahkeme açıkça, keyfiliğe karşı sağlanan korumanın derece-

---

1441 *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, App. No.60669/00, Judgment of 12 October 2004, para.40.

1442 AB hukukunda da benzer bir yargısal eğilim gözlenmektedir (bkz. Emiliou, **a.g.e.**, sf:144-148).

1443 Krş. Allen, **Human Rights Act**, sf:96.

sini kendisine ölçü almıştır (para. 45). Mahkemeye göre, ön alım hakkının kullanılmasıyla vergi idaresi vergi kaçırmanın engellenmesi için bir uyarı olması amacıyla iyi niyetli bir alıcı gibi hareket etmektedir. Benzer bir ön alım hakkı kurumu Sözleşme Tarafı diğer Devletlerde aynı şekilde yer almamaktadır.[1444] Kaldı ki Devletin vergi kaçırılmasını engellemek adına alabileceği, ödenmeyen verginin tahsili için yasal girişimler, eğer gerekliyse vergi cezası gibi diğer önlemler bulunmaktadır. Bu tip yöntemler ile cezai müeyyidenin varlığı yeterli olacaktır (para. 47).[1445] AİHM ölçülülüğün diğer bir öğesi olarak ön alım hakkını kullanılmasıyla verilen zararın derecesini dikkate almıştır. Olayda verilen alım satım fiyatı ve % 10 primden oluşan giderim herhangi bir kötü niyeti (fraudulent intent) olmadan alınmış mülkiyetin kaybını gidermeye yetmez (para. 48). Bütün bu unsurları bir arada değerlendiren Mahkemeye göre, ön alım hakkının kullanılmasında seçilmiş mağdur olarak başvurucu, bu durumu etkili şekilde şikayet edebileceği usuller bulunmadığı için aşırı bir külfete maruz kalmıştır ve mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir (paras.49-50).[1446]

Bu hükümde tazminat verilmiş olmasına rağmen mülkiyet hakkının ihlalinin bulgulanmış olması, usuli güvencelere verilen önemi gösterdiği gibi yasallık testinin ölçülülük aşamasındaki etkisine de işaret etmektedir. Aslında ihlalin bulunmasına yol açan etmen, ön alım hakkının keyfi olarak uygulanmasıdır.[1447]

1444 Bu noktada çoğunluğun görüşüne Yargıçlar Pettiti ve Valticos muhalefet şerhi eklemiştir. Muhaliflere göre, usuli güvencelerin olmaması Madde 6 açısından sorun doğurur. Görüşlerini desteklemek adına muhalifler Almanya, Hollanda ve İtalya hukuklarındaki benzer düzenlemeleri zikretmektedirler (bkz. Partly Dissenting Opinion of Judges Pettiti and Valticos, muhalefet şerhi asıl karara eklidir). Ancak muhaliflerin de "itiraf ettiği" üzere, verilen örnekler sadece amaçsal düzeyde kalmakta, ön alım hakkı bakımından Fransız mevzuatının teknik boyutu farklılığını korumaktadır. İşin ilginci, muhaliflerin İtalya'dan örnekledikleri ve kültürel varlıkların korunması için kullanılan ön alım hakkı, daha sonra ünlü ve bu Çalışmada çokça zikredilen *Beyeler* kararına konu olacak, ve orada da AİHM, özellikle idari makamların yetkilerini tutarlı kullanmamış olmaları gerekçesiyle **P1-1**'in ihlal edildiği hükmüne varacaktır (bkz. *Beyeler v. Italy*, App. No.33202796, Judgment of 5 January 2000). Demek ki, muhaliflerin kendilerini desteklemek için gösterdikleri İtalyan mevzuatı (ya da en azından somut vakada uygulanışı) da **P1-1**'e aykırıdır. Eğer muhalifler İtalyan mevzuatını doğru nakletmişse, AİHM oldukça tutarlı hareket etmiş demektir.

1445 Ayrıca bkz. Billur Yaltı, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, Beta Yay., Eylül 2006, İstanbul, sf:74; Allen, **Human Rights Act**, sf: 98 (mahkemenin sempatisi ve ölçülülük unsurları hakkında).

1446 *Hentrich v. France*, App. No.13616/88, Judgment of 22 September 1994, Series A No. 296-A.

1447 Nitekim Ryssdal ve Baka tarafından eklenen kısmi muhalefet şerhinde ön alım hakkının yasal temelleri bulunduğu ve tazminat verildiği gerekçeleriyle **P1-1** ihlali olmadığı görüşü savunulmuştur (bkz. Partly Dissenting Opinion of Judges Ryssdal and Baka, muhalefet şerhi asıl karara eklidir). Muhaliflerin bu görüşüne katılmak

3) Yargı Kararlarının İcra Edilmesi Gereği

Şüphe yok ki, hukukun üstünlüğü/hukuk devleti ilkesi üzerine kurulan demokratik bir sistemde bağımsız yargı tarafından verilen kararların icra edilmemesi veyahut bu kararların gereklerinin yerine getirilmemesi düşünülemez. Yargı kararları sadece özel hukuk kişilerini değil kamu makamlarını da bağlar. İcra edilebilir nitelikteki bir yargısal karar uygulanmadığında, insanların hukuk sistemine güveni azalacağı gibi hukuk güvenliği de ortadan kalkar, hukuk dışı çözüm mekanizmaları uygulanma alanı bulur. Böyle hallerde hukuk devleti ilkesinin öngörülebilirlik, belirlilik ve kesinlik gibi unsurlarının varlığından bahsedilemez. O halde kesinleşmiş veya usuli bakımdan icra edilebilir nitelikteki yargısal kararların yerine getirilmemesi hukukilik testi bakımından ciddi sorunlar doğuracaktır. Nitekim AİHM'in bu konuda çok geniş bir içtihadi birikimi bulunmaktadır. Özellikle sosyalist sistemden liberal sisteme geçiş aşamasındaki Devletlerde yargı kararlarının yerine getirilmediği gözlemlenebilmektedir. Ne var ki, AİHM bu meseleyi mülkiyet hakkına yapılmış bir müdahalenin ölçülü olup olmadığını değerlendirme aşamasında ele almaktadır.

Bununla birlikte, az sayıda vakada, yargısal kararların icra edilmemesinin **P1-1** hukukilik testi aşamasında ele alındığı anlaşılıyor.[1448] Bu konudaki ilk kararlardan birisi *Vasilescu* vakasıdır. Gerçi bu vakadaki durum biraz farklı niteliktedir. 1966'da başvurucunun altınlara polisin, arama izni olmadan kocası hakkında yürütülen soruşturmayla bağlantılı olarak evde yaptığı arama sırasında el koyulur. Polis kocaya bir suç isnat etmemişse de el koyulan altınlar iade edilmez. Başvurucunun altınların iadesi için ulusal makamlar nezdinde yaptığı girişimler sonuçsuz kalır. Üstelik gerek ulusal yargı yerleri gerekse de Hükümet el koyma işleminin hukuka aykırılığını kabul ederler. Bu durumda başvurucunun maliklik statüsü devam etmektedir. Yine de altın sikkeler kendisine iade edilmez. AİHM, sahiplik statüsü el değiştirmeden mallarından yoksun bı-

---

zor; çünkü çoğunluk tarafından yasal olmadığı saptanan ön alım hakkının kendisi değil, bunun hangi vakada nasıl uygulanacağının mevzuatta belirsiz olmasıdır. Kaldı ki, son tahlilde Mahkeme zaten hukukilik testinin ihlalinden değil ölçülülükten ihlal bulmuştur. Yani hukukilik testini ölçülülük testine eklemlemiştir. Ölçülülük testinden ihlal bulunmasından başvurucuların ön alım işlemine karşı hiçbir usuli güvencesi olmaması önemli rol oynamıştır ki muhalifler bu hususa hiç değinmemektedir.

1448 Örneğin bir davada ulusal mahkemenin el konulan malların iadesi kararının yerine getirilmemiş olmasını ölçülülük aşamasında ele alan Mahkeme, argumantasyonunun son cümlesinde, yargı kararını yerine getirmemenin hukuka uygun olmadığını da vurgulamıştır. Bkz. *Raimondo v. Italy*, App. No. 12954/87, Judgment of 22 February 1994, para.36.

rakılma halinin *de facto* el atma oluşturan ağır bir müdahale tipi olduğunu tespit etmiştir.[1449]

Bu konudaki diğer önemli hüküm, özellikle goodwill başlığı altında incelenen ünlü *Iatridis* vakasıdır. Burada Mahkeme, mülkiyeti idareyle ihtilaflı bir taşınmaz üzerinde kira sözleşmesiyle ve ruhsata bağlı olarak bir açık hava sineması işletirken ulusal hukuktaki anlaşmazlık çerçevesinde yetkili kamu makamları tarafından taşınmazdan tahliye edilen ve fakat bilahare bu tahliye kararı yargı makamlarınca lehine olarak iptal edilen başvurucunun fiilen sinemayı işletmesine kamu makamlarının engel olmasının **P1-1**'in yasallık testini ihlal ettiğine hükmetmiştir.[1450] Yalnız bu noktada AİHM hukukun üstünlüğü nosyonundan ziyade, Yunan ulusal hukukuna aykırılıktan ötürü ihlal kararını vermiştir. Ancak bu durum, sadece bir ifade sorunudur. Sonraki benzer vakalarda Mahkeme ifadesini düzeltecek ve yargı kararının uygulanmamasının hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesinin çiğnenmesi anlamına geleceğini vurgulayacaktır.

Frascino vakasını da bu bağlamda ele almak mümkündür. Adı geçen davada başvurucu, taşınmazı ikinci dereceden sit alanında kaldığı gerekçesiyle imar ruhsatı alamamaktan yakınmaktadır. Başvurucunun idarenin imar ruhsatı vermemesine dair kararlarına karşı açtığı ulusal davaları kazanmıştır. Gelgelelim, idare başvurucu lehine verilen yargı kararlarını uygulamamakta direnmiştir. Şikayet önüne geldiğinde AİHM, hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesinin Devletlere aleyhindeki yargı kararlarına uyma ödevi yüklediğini ve bu ödevi yerine getirmemenin meşru bir mazereti olmadığını belirttikten sonra hem adil yargılanma hakkına hem mülkiyet hakkına aykırılıktan ötürü ihlal sonucuna vararak yüklü bir tazminata hükmetmiştir. AİHM, mülkiyet hakkı özelindeki ihlal kararını, müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal etmemesi için aradığı ilk koşul olan hukukilik unsurundan bulmuştur.[1451]

AMAT-G davası hukukilik testinin boyutlarının nerelere uzanabileceğini göstermesi bakımından incelenmeyi hak etmektedir. Afrika'dan balık ürünleri ithal eden ve bunu Gürcistan Savunma Bakanlığına satan

---

1449 *Vasilescu v. Romania*, App. No. 27053/95, Judgment of 22 May 1998, para. 53. Bu vaka hakkında spesifik bir analiz için bkz. Sanja Djajic, "*The Right to Property and the Vasilescu v. Romania Case*", **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Vol. 27, 2000, sf: 363-396, 364-369.

1450 *Iatridis v. Greece*, App. No.31107/96, GC Judgment of 25 March 1999, paras.61-62.

1451 *Frascino v. Italy*, App. No. 35227/97, Judgment of 11 December 2003, para.33. Mahkeme hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesinin Devletlere aleyhindeki yargı kararlarına uyma ödevi yüklediği standardını koyarken *Antonetto v. Italy* davasına atıf yapmaktadır (bkz. *Antonetto v. Italy*, App. No.15918/89, Judgment of 20 July 2000, para. 35).

başvurucu şirket, Bakanlık ödemede bulunmayınca ulusal yargı makamları önünde sözleşmenin ihlal edildiğini ileri sürerek çeşitli hukuki girişimlerde bulunmuştur. Ulusal yargı makamları şirketi haklı görerek Bakanlığın borcunu ödemesine karar vermişse de Bakanlık bütçesinin elverişsizliği gerekçesiyle kararın gereğini yerine getirmemiştir. Hatta şirketin bu durumdan sorumlu olduğunu düşündüğü Adalet, Savunma ve Maliye Bakanlıkları hakkında açtığı ikinci dava lehine sonuçlanmış ve adı geçen Bakanlıkların müştereken sorumlu oldukları karar altına alınmıştır. Ama alacağı tahsil etmek gene mümkün olmamıştır. Şikayet AİHM önüne geldiğinde alacaklarının ödenmesine hükmeden ulusal yargı kararının üzerinden beş buçuk yıl kadar bir süre geçmiştir. Bu arada muhatap Hükümet, ulusal yargı makamlarının aleyhine hükmettiği borçları ödeyebilmek için kamu yararını ve toplumun ihtiyaçlarını gözeterek aşamalı uygulanacak bir ödeme planı hazırlamıştır. Bu plan hükümet tasarrufu benzeri bir mevzuat formunda üretilmiştir (Ordinance No. 62 of 2 July 2004). Şirket, lehine olan hükmün uygulanmamasının **P1-1**'i ve adil yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6'yı ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM öncelikle ulusal yargı kararlarıyla kesinleşmiş alacağın **P1–1** anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini ve bu alacağın ödenmemiş olmasının mülkiyetin kullanılmasına saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale teşkil ettiğini hatırlatarak incelemesine başlamıştır. Aşağıda mülkiyete yapılan müdahalelerin ölçülülüğü hakkında inceleme yapılırken ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak gösterileceği üzere, kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmaması kural olarak Devletlerin **P1–1** sorumluluğunu doğurmakta olup bütçenin yetersiz olması bir mazeret olarak geçerli görülmemektedir.[1452]

Aslında bu saptama başlı başına bir ihlal kararına varılması için yeterliyken AİHM burada durmayarak uyuşmazlığı hukukilik testi içine çekmiştir. Bunu yaparken Hükümetin ulusal yargı makamlarının aleyhine hükmettiği borçları ödeyebilmek için aşamalı uygulanmak üzere hazırladığı ödeme planını temel almıştır. Uyuşmazlık AİHM önünde derdest iken hazırlanan bu plan, Mahkemenin gözünde şirketin kesinleşmiş alacak hakkına, alacağın halen ödenmemiş olmasının yanında ikinci bir müdahale teşkil etmektedir. hazırlamıştır. Hükümet tasarrufu türü bir mevzuat formunda üretilen bu plan (Ordinance No. 62 of 2 July 2004), AİHM'in kanısına göre, Gürcistan hukukunda normatif hukuki tasarruflar (ki bunlar Anayasa/constitution, kanunlar/laws, yönetmelikler/decrees ve tebliğlerdir/orders) kategorisine girmemekte, sadece birel işlem (individual legal act) teşkil etmektedir. Genel bir kural yaratmayan ve te-

---

1452 *AMAT-G Ltd and Mebaghishvili v. Georgia*, App. No. 2507/03, Judgment of 27 September 2005, paras.58-59.

kil kullanım için geçerli olan bu tip işlemler, yasama veya alt-yasama karakterindeki normatif tasarruflarla üretilen mevzuatın parçası değildir. Hal böyle olunca, Mahkemenin bulgusuna göre, gerek kesinleşmiş ulusal yargı hükümlerinin icra edilmesinin sürekli ertelenmesi gerekse de Hükümetçe çıkartılan ödeme planıyla farklı borçların ödenmesinin yaygınlaştırılması ulusal mevzuata dayanmamaktadır.

Pek mutat olmayan şekilde ulusal hukuk sistemi hakkında önemli değerlendirmeler yapan AİHM, kendisine güvenmemiş olacak ki incelemesini biraz daha soyutlayarak, her halükarda Sözleşmeye içkin hukukun üstünlüğü ilkesinin Devletlere aleyhindeki yargı kararlarına uyma ödevi yüklediğini vurgulama ihtiyacı hissetmiştir.[1453] Devletlerin aleyhindeki yargı kararlarına uyma ödevinin hukukun üstünlüğü prensibinin bir gereği olduğu şüphesizdir. Ancak bu yükümlülüğün, daha doğrusu bu yükümlülüğe aykırı davranışın **P1–1** yargısında asıl dikkate alındığı aşama, ölçülülük aşamasıdır – ki bu husus aşağıda yeri geldiğinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır. *AMAT G* davası özelinde Mahkemeyi bu yükümlülüğü hukukilik aşamasına çekmesine, pek muhtemelen, kendisine **AİHS** ile verilen ikincillik rolünü aşarak ya da bayağı zorlayarak Gürcistan iç hukuku hakkında spekülasyonlar yapmış olmasının yarattığı "yargısal huzursuzluk" yol açmıştır.

Bu huzursuzluğu kısmen gideren AİHM artık hükümet ödeme planının somut özelliklerine bakabilir. Nitekim Mahkemeye göre, Hükümet Tasarrufunda (ödeme planında) kullanılan dil, öncelik verilecek alacaklılar kategorisine girmediği için şirketin alacağının ödenmesindeki aşırı ve gereksiz gecikmeyi kestirmesine elverişli değildir. Üstelik şirketin, ödeme planının kapsadığı çerçeve içinde alacağını ne zaman elde edeceği ve planın ifadesiyle "diğer alacaklılara yapılan orantılı ödemeler" esnasında kaçıncı sırayı alacağına dair ne gibi meşru beklentilere sahip olacağı belirsiz kalmıştır. AİHM sonuç olarak, **P1–1** hukukilik testinin öngörülebilirlik ve kesinlik unsurlarının gerekleri karşılanmadığı için mülkiyet hakkının çiğnendiği hükmüne ulaşmıştır.[1454]

1453 Bunu yaparken AİHM, tıpkı Frascino'da olduğu gibi, *Antonetto v. Italy* davasına atıf yapmaktadır (bkz. *Antonetto v. Italy*, App. No.15918/89, Judgment of 20 July 2000, para. 35).

1454 *AMAT-G Ltd and Mebaghishvili v. Georgia*, App. No. 2507/03, Judgment of 27 September 2005, paras. 60-63. Özellikle para. 62'deki ifadenin orijinalini nakletmek faydalı olabilir: "Under Georgian legislation, a Governmental Ordinance (*mtavrobis gankarguleba*) does not fall within the category of normative legal acts (being the Constitution, the laws, decrees and orders) and constitutes an "individual legal act". Such an act is valid for one occasion only and is not intended to prescribe a general rule of conduct for recurrent applications. Neither is an individual legal act a part of legislation, the latter being formed by normative acts of a legislative or sub-legislative character (see paragraphs 28 and 29 above). The individual act must conform to nor-

4) İçtihadi Yeknesaklığın ve Tutarlılığın Önemi İle Yargının Hukuka Uygun Karar Üretmesi Gereği

Bir Devlette hukuk devletinin gerçekleşmesinde yasama ve yürütme organları kadar yargı organı da rol oynamaktadır. Nitekim **AİHS** Devletin bütün organlarını bağlayan bir belgedir. Bunun doğal uzantısı olarak hukukilik testinin önemli bir unsurunu uyuşmazlık konusu hukuki problem hakkında ulusal yargı makamlarının tutumu oluşturmaktadır. **P1-1**, ulusal yargı makamlarının mülkiyet hakkını ilgilendiren aynı hukuki problem karşısında yeknesak bir tavır almasını gerektirmektedir. Mülkiyet hakkını ilgilendiren bir problemin çözümünde aynı ya da benzer hukuki argumanlar kullanılmalıdır. Aksi durumda ortaya çıkabilecek tutarsız kararlar bireylerin pozisyonlarını öngöremez duruma düşürür ve **P1-1**'in hukukilik testinin ihlali sonucuna yol açarlar.

Bu durumun somut örneği *Belvedere* davasıdır. AİHM'ne göre, İtalyan hukukunda kamulaştırma işlemine ilişkin ulusal yargı kararlarının tutarsız sonuçlar doğurması hukukilik ölçütüne aykırılık teşkil etmektedir. Zira içtihadi tutarsızlık sonucunda öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri zedelenmiş olmaktadır.[1455] Bu kararın önemini arttıran bir husus, iç-

---

mative acts and may only be issued on the grounds envisaged by such an act, within the limits prescribed by the latter (see paragraph 29 above). In the instant case, the Court finds nothing in the Government's submissions to indicate that the postponement of the execution of a binding judicial decision and spreading the payment of different judgement debts by way of a Governmental Ordinance were in accordance with, or prescribed by, a normative act of domestic legislation at the material time. In any event, it must be recalled that, the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, is inherent in all provisions of the Convention (*Zvolsk_ and Zvolská v. the Czech Republic*, nº. 46129/99, § 65, ECHR 2002-IX) and entails a duty on the part of the State to comply with judicial orders or decisions against it (*Antonetto v. Italy*, nº 15918/89, § 35, 20 July 2000). Further, the Court notes that the language of the impugned Ordinance did not enable the applicant company to foresee the inordinate delay in the payment of the judgement debt, particularly as it did not fall within the three priority categories of creditors. Nor did the Ordinance specify when the applicant company would be entitled to receive the payment within the general framework of the Ordinance's scheme or what its legitimate expectations would be as regards its rank during "the proportionate payment of other creditors". In the Court's view, the Ordinance did not sufficiently satisfy the requirements of precision and foreseeability implied by the concept of law within the meaning of the Convention (cf. *Hentrich v. France*, judgment of 22 September 1994, Series A nº. 296-A, p. 19, § 42)"

1455 *Belvedere v. Italy*, App. No.31524/96, Judgment of 30 May 2000, paras.57-58. Aynı yönde bir diğer karar *Carbonara and Ventura v. Italy*, App. No. 24638/94, Judgment of 30 May 2000, paras. 64-65.

Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında *Belvedere* ve *Carbonara and Ventura* kararlarına atıf yapmıştır. Bkz. Esas Sayısı: 2002/112; Karar Sayısı: 2003/33; Karar Günü: 10.4.2003, RG: t. 4/11/2003, s.25279. Ancak belirtmek gerekir ki Türk Anayasa Mahkemesinin yaptığı bu atıflar sorunludur. Zira *Belvedere* ve *Carbonara and Ven-*

tihadi yeknesaklık ölçütünün sadece vaka hukuku temelli Anglo-sakson sistemi bakımından geçerli olmadığını, onun yanı sıra Kıta Avrupası gibi normatif hukuk sistemleri için de geçerli olduğunu göstermesidir.[1456]

Bu bağlamda daha ilginç bir örnek, iki taraflı yatırım anlaşmaları bağlamında korunan yabancı yatırımcıların işletme ruhsatlarının iptal edilmesi üzerine AİHM'ce karara bağlanan *Bimer v. Moldova* davasıdır. Paylarına Moldovalıların yanı sıra Amerikalılar ile Bahamalıların sahip olduğu şirket gümrüklerde bar ve duty-free mağazaları işletme ruhsatına sahip iken mevzuat değişikliği ile bu hak üzerinde kayda değer kısıtlamalar yapılmıştır. Amerika ile Moldova arasında 21 Nisan 1993 tarihinde akdedilen iki taraflı yatırım anlaşması ile **P1-1**'i açıkça vurgulayarak başvurucu şirketi haklı gören temyiz mahkemesi kararını kendisine temel alan AİHM, yeterli inceleme yapmadan ve başvurucunun bütün iddialarını değerlendirmeden aleyhine nihai hükmü veren yüksek mahkeme kararının, ruhsat iptali müdahalesinin yasallık unsurunu karşılamadığı sonucuna varmıştır.[1457] Hükümetin şirketin ruhsatının ve elde bulunan mallarının başka alanlarda kullanılabileceği yönündeki argumana itibar etmeyen Mahkemenin yaklaşımı, uluslararası yatırım hukuku kurum ve kurallarıyla uyum içerisindedir.[1458]

Yargının **P1-1** hukukilik testi bağlamındaki tek sorumluluğu mülkiyet hakkını ilgilendiren aynı problematiklerin çözümünde benzer hukuki argumanlar kullanmaktan ibaret değildir. Yargı makamları, tekil davalarda verecekleri kararların hukuka uygun olmasını sağlamak yükümlülüğü altındadır. Özellikle mevzuatta normatif dayanağı olmayan hukuk dışı ayrımlar yaparak ve kategoriler yaratarak bireylerin mülkiyet hakkına müdahale etmemelidir. Bireylerin, ulusal mevzuata bakarak aldıkları pozisyon ve takındıkları tavır, bu mevzuatta öngörülmemiş şekilde yargı tarafından geçersiz addedilirse hukuk güvenliğinin sağlanabildiğinden söz edilemez. Devletin organları arasındaki uyumsuzluğun faturası bireye çıkartılamaz. Nitekim AİHM ulusal mevzuatın uygulanmasında yargının normatif dayanağı olmayan ayrımlar ve kategoriler yarattığını tespit

---

tura davalarında yasallık unsuruna aykırılıktan ihlal kararı verilmiştir. Oysa Türk Anayasa Mahkemesinin önündeki uyuşmazlık, doğal olarak, bir yasa hükmünün iptaline ilişkindir. Türk doktrininde AYM'nin bu kararını değerlendiren Akad, bu hataya işaret etmeksizin, yollamadan bahsetmektedir. Bkz. Akad, **a.g.m.**, sf:15 ve dn 7, 17 ve dn 14.

1456 Aynı yönde bir değerlendirme için bkz. Sarı, **a.g.e.**, sf:55.

1457 *Bimer S. A. v. Moldova*, App. No. 15084/03, Judgment of 10 July 2007, paras. 50-60. Mahkeme, bulguladığı mülkiyet hakkı ihlali kararma bağlı olarak oldukça yüklü bir maddi tazminata hükmetmiştir.

1458 Uluslararası yatırım hukuku açısından bkz. Sornarajah, **International Law on Foreign Investment**, sf:277-322, özellikle 311-313.

ettiğinde, durumu açık bir keyfilik olarak değerlendirip **P1-1**'in ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.[1459]

Örneğin Fener Rum Erkek Lisesi Vakfının Türkiye'ye karşı açtığı davada, Yargıtay'ın başvurucu vakfı yabancı tüzel kişi olarak görüp sahibi olduğu malvarlığından yoksun bırakmasını hukukilik ölçütüne aykırı görmüştür. AİHM'e göre, başvurucu vakfın, malvarlığını edindiği tarihte hiçbir hukuki engel yok iken ve usulüne göre taşınmazları iktisap etmiş iken, yaklaşık 20 yıl kadar sonra Yargıtay'ın yaptığı bir yorum ile edindiği malvarlığından yoksun bırakılmasını makul şekilde öngörmesi mümkün değildir.[1460] Benzer şekilde *Frizen* davasında Mahkeme suç ürünü arabaya el koyarken, yetkili kamu makamları bu işlemin dayanağı olması muhtemel hiçbir kanun normunu zikretmediği için hukukilik ilkesinin ve giderek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini hükme bağlamıştır.[1461] Yine Rusya'ya karşı açılan *Baklanov* davasında ise Rus yargı makamlarının başvurucunun parasına el koyarken, bu işlemin dayanağı olması muhtemel hiçbir kanun normunu zikretmedikleri tespitinin yanına ulusal mevzuat ile yargı kararları arasında açık bir tutarsızlık bulunduğunu ekleyen AİHM, el konulan paranın kayda değer miktarda olduğunu not ederek **P1-1**'in çiğnendiği vargısına ulaşmıştır.[1462]

C) Kamu Yararı: Otonom Benzeri Bir Kavram

P1–1 metni sınırlamanın amacı bakımından iki genel ve soyut meşru amaç belirlemiştir. **P1–1**/c.1 mülkiyetten yoksun bırakma formundaki sınırlamaların "kamu yararı/*public interest*" ölçütüne, **P1–1**/2 kontrol niteliğindeki müdahalelerin "genel yarar/*general interest*" ölçütüne uy-

---

1459 *Sojus Trade Company GmbH and Deutsehe Consulting GmbH v. Germany*, App. No. 32411/96, Admissibility Decision of 20 April 1999. Bu vakada ayrıntılı sayılabilecek derecede iç hukuk incelemesi yapan AİHM, nihayetinde, ulusal yargı kararlarının Alman hukukuna uygun olduğu sonucuna varmıştır.

1460 *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Turkey*, App. No.34478/97, Judgment of 9 January 2007, paras.53-57, 59-60. Ayrıca bkz. *Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı v. Turkey*, App. No. 36165/02, Judgment of 16 December 2008, paras.29-31; *Samatya Surp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı Yönetim Kurulu v. Turkey*, App. No. 1480/03, Judgment of 16 December 2008, paras. 31-33; *Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı v. Turkey*, App. Nos. 37639/03, 37655/03, 26736/04 et 42670/04, Judgment of 3 March 2009, paras. 47-54.

1461 *Frizen v. Russia*, App. No. 58254/00, Judgment of 25 March 2005, paras. 34-36.

1462 *Baklanov v. Russia*, Judgment of 9 June 2005, paras.42-47, özellikle 46 ("However, having regard to the national courts' lack of reference to any legal provision as a basis for the forfeiture of an important sum of money and to the apparent inconsistencies of case-law compared to the national legislation, the Court considers that the law in question was not formulated with such precision as to enable the applicant to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences of his actions".).

gun olarak yapılmasını gerektirmektedir.[1463] Oysa Sözleşmenin sınırlanabilir diğer maddelerinde bu meşru amaçların ya da sınırlama ölçütlerinin sayısı daha fazladır ve bunlar görece daha somuttur.

Kamu yararı ile genel yarar sınırlama ölçütleri üzerinde uluslararası doktrinin pek durmadığı gözlemlenebilmektedir.[1464] Aşağıda gösterileceği üzere, Strasbourg organları da bu kavramların açılımını yapmamışlardır. Hemen her olayda, oldukça kaba bir varsayım olarak Taraf Devletlerin yaptığı müdahalenin kamu yararı ile genel yarar amacına ulaşmak hedefi izlediğini kabul etmişlerdir.[1465] Gelgelelim, başta taşınmaz mülkiyeti olmak üzere mülkiyet hakkıyla ilgilenen Türk hukuk doktrini, kamu yararı ile toplum yararları (bu kavramı **P1-1**'deki genel yararın karşılığı olarak ele alabiliriz) kavramları üzerinde oldukça enerji harcamıştır.[1466]

1463 **Ame.İHS** Madde 21/2 uyarınca getirilecek sınırlamalar da kamu yararına veya toplumsal yarara (public utility ve social interest) yönelik olmalıdır.

1464 İstisnaen Peukert, **a.g.m.**, sf: 61-63 ve 71-74'te kısa da olsa bazı değerlendirmelerde bulunmakta ve örnekler vermektedir. Bunun dışında Çoban, **a.g.e**, sf: 96-102 arasında soyut düzlemde, sf: 199-204 arasında ise içtihat düzleminde ayrıntılı açıklamalar yapmaktadır.

1465 Türkçe literatürde Turgut Öz, **a.g.m.**, sf: 937'de "İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına göre, alelade bir kamu yararı iddiası malvarlığına müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeye yetmez. Mahkemenin görüşüne göre, kamusal çıkar malvarlığına müdahaleyi haklı ve gerekli kılacak bir ağırlığa/öneme sahip olmalıdır" şeklinde görüş açıklamaktadır.

Yazarın alıntılanan ifadesi yanlıştır. İşbu Çalışmada tarafımdan yapılan araştırmaya göre, AİHM'in bir müdahalenin kamu yarar veya genel yarar gütmediğine hükmettiği hepi topu üç-dört kararı bulunabilmiştir. Bu kararlarda da ihlal çoğu kez, müdahalede meşru amaç güdülmediği saptamasına rağmen, ölçülülük açısından temellendirilmiştir. Üstelik yazar görüşüne dayanak olacak herhangi bir AİHM kararının referansını vermediği gibi aynı görüşü savunan bir doktriner eser zikretmiş de değildir. Yine yazarın çalışmasında özetlerini naklettiği kararlarda da, kısmen *Brumarescu* hariç (aşağıda "kesin hükmün işlevsiz kılınması" bölümüne bkz.), kendisini destekleyecek en ufak bir ibare bulunmamaktadır. Yazar, anlaşıldığı kadarıyla, genel olarak UİHH sistemine özel olarak da **AİHS**'e o kadar yabancıdır ki sınırlama ölçütlerini teşkil eden meşru amaçlar ile sınırlamanın sınırını teşkil eden ölçülülük (yazarın terimiyle "oransallık") kavramlarını iç içe geçirmiştir. Yazar **AİHS** sınırlama rejiminin anahtar kavramı "takdir marjını" neredeyse hiç zikretmemektedir. Zaten **P1-1** özelinde kullanılan takdir marjı ile **AİHS**'in diğer sınırlanabilir hakları için başvurulan takdir marjı kavramı arasındaki olası farklar da tamamen göz ardı edilmiştir (bu son konuda bkz. aşağıda "kamu yararını belirlemekte devletin mutlak takdir marjı" ile "seçilen sınırlama araçlarının belirlenmesinde devletin kuvvetli takdir marjı" başlıkları altında yapılan açıklamalar.).

1466 Ayrıntılı bilgi ve referanslar için bkz. Örücü, **a.g.e.**, sf: 63-83; Oktay Uygun, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yay., İstanbul, 1992, sf:128-130; Tekin Akıllıoğlu, "*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*", **İHİD**, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, Yıl: 9, Sayı: 1-3, 1988, sf:11-22, özellikle 14-15. "Kamu yararı" ile "toplum yararı" kavramlarının tarihsel amaçları ile sonraki kullanımı arasındaki farka dair ilginç bir bilgi için bkz. Karahanoğulları, **a.g.e.**, sf: 345 ve dn. 403. Ayrıca Roma'da kullanılan anlamıyla kamu yararı kavramı için bkz. Özcan Karadeniz, **Roma'da Kamulaştırma ve 'Kamu Yararı' Kavramı**, sf.31-35.

Teorik düzeyde, kamu yararı kavramının toplumun tüm üyelerinin çıkarının ifade etmek için kullanıldığı belirtilmektedir.[1467] Bu yaklaşım **AİHS** sistemine uyarlanırsa, aynı genel tespitin yapılması mümkündür.[1468] Nitekim, bir sınırlama ölçütü ya da meşru amacı olarak "kamu yararı" kavramı Strasbourg organları tarafından sanki otonommuş gibi değerlendirilmektedir. Daha 1986'da *James ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, **P1-1**'in birinci fıkrasında geçen "kamu yararı/*public interest*" ibaresinin otonom bir nitelik taşıdığını zımnen vurgulamıştı.[1469] "Kamu yararı" klozunun otonom benzeri statatüsü halen geçerliliğini korumaktadır. Her halükarda kamu yararı "zorunlulukla geniştir."[1470]

Açıkçası, AİHM'in kamu yararı kavramına otonom benzeri bir vasıf vermesi ve giderek bu kavramı oldukça geniş olarak yorumlaması bir insan hakları hukukçusu için oldukça şaşırtıcıdır. "Kamu yararı" kavramı, mülkiyet hakkının sınırlanmasında, daha doğrusu bir kişinin mülkiyet hakkından yoksun bırakılmasında rol oynayan bir meşru amaç klozudur. Strasbourg organları, bu klozu otonom kılmakla, aslında mülkiyet hakkının sınırlanma alanını genişletmiş olmaktaydı. Yukarıda gösterildiği üzere, otonom kavramlar doktrini, hakkın kapsamını genişletmek için kullanılan bir yorum yöntemi ya da aracıdır. Bu durumda, mülkiyet hakkı bakımından otonom kavramlar doktrinin gördüğü işlev, Sözleşmedeki diğer haklar bakımından gördüğü işlevle bire bir örtüşmemektedir. Otonom kavramlar doktrinin varlık sebebi, etkililik ilkesinin doğal bir yansıması olarak, hakların kapsamı alanını genişletmektir; sınırlandırılma alanlarını genişletmek değil. Kısacası otonom kavramlar doktrinin, **P1-1**'de yer alan sınırlama meşru amaç klozları için de uygulanması, kavramın varlık sebebine tamamen zıttır; dolayısıyla geçerli kabul edilemez.

1) Kamu Yararı İle Genel Yarar Özdeşliği

James davasındaki başvuruculara göre, **P1–1**/cümle 2'de kullanılan kamu yararı terimi ile **P1–1**/2'de kullanılan genel yarar terimleri farklı anlam içermektedirler. Buna göre, mülkiyetin kontrolünün sağlanmasının genel yararın sağlanması amacına yönelik olması, Devletlere daha geniş bir serbesti sağlamaktadır. Buna karşılık mülkiyetten yoksun bırakma gibi daha ağır bir müdahalenin kamu yararı ölçütüne bağlanma-

---

1467 Bkz. Oktay Uygun, **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, sf:306. Ayrıca bkz. Çoban, **a.g.e.**, sf: 96-99, 203.

1468 Krş. Çoban, **a.g.e.**, sf: 100, 200.

1469 *James and Others v. United Kingdom*, App. No.8793/79, Judgment of 21 February 1986, para.42.

1470 *Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium*, Case No. 38/1994/485/567, Judgment of 20 November 1995, para.37.

sı, Devletlerin karar ve hareket serbestisini azaltmaktadır. Mahkemeye göre ise, kamu yararı kavramı ile genel yarar kavramı arasında fark olduğu kabul edilecek olsa dahi, dava konusu somut olay bakımından bu durum esaslı bir farklılık yaratmamaktadır (para.43). AİHM ayrıca hem **P1–1**/1'in hem **P1–1**/2'nin Taraf Devletlere ekonomik yararların eşit dağıtımı için yetki verdiğini kabul etmiştir (para.44). Sonuç olarak Mahkeme, meşru sosyal, ekonomik veya diğer politikalar gereğince mülkiyete el konulmasının, toplumun çoğunluğu el konulan mülkiyeti doğrudan kullanmasa veya ondan yararlanmasa bile "kamu yararına" olabileceğini hükme bağlamıştır. Bu ilkeden hareket ederek dava konusu kanunun, bir başına **P1-1**'in ihlali olmadığına karar vermiştir (para.45).[1471]

Gashi kararında Mahkeme, tapunun ulusal yargı yerlerince iptal edilmesini **P1–1**/1'in *ikinci cümlesi* anlamında mülkiyetten *yoksun* bırakılma olarak değerlendirmiştir.[1472] Mahkeme devamla, yoksun bırakma işleminin hukuki olmasını ve kamu yararına olmasını aramıştır. Ayrıca toplumun/*community* genel yararının talepleri/istekleri/*demands* ile bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında adil bir denge kurulmasını da beklemektedir.[1473] Demek ki AİHM, kamu yararı ve genel yarar kavramlarını aynı cümle içinde kullanmaktadır. Bu da arada pek bir fark olmadığını gösteriyor.[1474]

2) Kamu Yararı İle Üçüncü Şahsın Bireysel Yararının Özdeşliği

Sözleşmenin başta Madde 8-11 olmak üzere sınırlanabilir hakları düzenleyen hükümlerine bakıldığında, sınırlama ölçütlerinin genel olarak olarak kamu yararına yönelik ölçütler ile bireysel yarara yönelik ölçütler olarak ikiye ayrılabileceği görülür ki bu hususa yukarıda değinilmişti. **P1-1** ise sadece kamu yararı ile genel yarar sınırlama ölçütlerine yer vermiş olmakla sanki bireysel yararların korunması amacıyla mülkiyet hakkının sınırlanamayacağı sonucuna yol açmış gibi gözükmektedir.

Metin düzlemindeki bu görüntü gerçeği yeterince yansıtmamaktadır. Birçok kararında AİHM'in üçüncü şahısların bireysel yararını sağlamak için yapılan müdahalelerin kamu yararı amacı güttüğünü kabul ettiği

---

1471 *James and Others v. United Kingdom*, Judgment of 21 February 1986, paras.43-45.

1472 *Gashi v. Croatia*, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.28 (Mahkeme fıkra numarasını belirtmeyi unutmuş.).

1473 *Gashi v. Croatia*, Judgment of 13 December 2007, para.28.

1474 Kavramlar arasındaki farkın tespitinin kolay olmadığı yönünde ve AİHM'in her iki kavramı birbirinin yerine geçecek şekilde kullandığına dair diğer örnekler için bkz. Gölcüklü-Gözübüyük, **a.g.e.**, sf:423 ve para. 771. Ayrıca bkz. Howard Davis, "*Democratic Disablement and the Right to Property in the European Convention for the Protection of Human Rights*", **Journal of Civil Liberties**, Vol. 1, 1996, sf:125-138, 132.

gözlemlenebilmektedir. İlk başta iki karşıt kavramının (kamu ile birey) çıkarlarının örtüşmesi şaşırtıcı gelebilirse de, tekil çıkarın korunması son tahlilde kamunun çıkarlarına hizmet ettiği için ve bu tip durumlarla sınırlı olaylarda, böyle bir özdeşlik anlaşılabilmektedir.[1475] Aslında sanki bireysel yararları korumak için ihdas edilmiş gibi gözüken sınırlama ölçütleri bile son tahlilde insan haklarına uygun demokratik bir sistemin sürdürülmesi amacına hizmet etmektedir. Yani her durumda, bireysel yararın üzerinden korunan kamusal bir yarar bulunmaktadır. **P1-1** mülkiyet hakkı özelinde aşağıda yapılacak analiz bunu gösterecektir.

1986'da *James ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* davasındaki sorun, üçüncü şahıs yararı için yapılan kanunun ve buna dayanan uygulamanın **P1–1** anlamında "kamu yararı" sayılıp sayılamayacağında odaklaşmaktadır.[1476] Mahkeme burada ikili bir ayrım yapmış ve sırf üçüncü şahıs lehine yapılan kazandırmayla üçüncü şahıs lehine bir kazandırma içermekle birlikte aslında bu kazandırmayla meşru bir sosyal politikayı gerçekleştiren düzenlemeleri birbirinden ayırmıştır. Mahkemeye göre, **P1–1**/ 1cümle 2'de geçen "kamu yararı" klozu, el değiştiren mülkiyetin halkın veya toplumun genelinin ya da önemli bir kısmının kullanılmasına açılması veyahut doğrudan yararlanması anlamına gelmemektedir. Özel şahısların sözleşmesel ya da ayni haklarını (*property rights*) düzenleyen bir hukuk sisteminin adilliği kamuyu ilgilendirmekte ve bu sebeple söz konusu adaleti sağlamaya yönelik yasal tedbirler, bir kişinin mülkiyetini diğer bir kişiye zorunlu olarak devrini hükme bağlasa bile, "kamu yararı" özelliği gösterebilir. Sözleşmenin Fransızca metni, Mahkemenin uyguladığı otonom kavramlar doktriniyle birlikte, bu yorumu imkansız kılıyor değildir. Başta mülkiyete keyfi olarak el konulmasını engelleyen **P1-1**'in konu ve amacı da bu yorumu desteklemektedir (paras.40-42). Sonuç olarak Mahkeme, meşru sosyal, ekonomik veya diğer politikalar gereğince mülkiyete el konulmasının, top-

---

1475 Soyut ve teorik düzlemde krş. Uygun, **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, sf:305-309.

AYM evlilik içinde doğan çocuklar ile evlilik dışında çoğan çocuklar arasında babaya mirasçı olmaları bakımından yapılan ayrımın AY'nin mülkiyet hakkını düzenleyen 35. Maddesine aykırı olduğu sonucuna varırken, müdahalenin (ayrımın) 35. Maddede yer alan kamu yararı sınırlama amacına uygun olmadığını vurgulamıştı. AYM'ye göre, "(e)vlilik dışında doğmuş çocuklardan, babalığına hükmedilmiş olanlarla, yalnızca tabii babalık bağı mahkemelerce tespit edilmiş bulunan çocuklar arasında ikinci gruptakiler aleyhine bir sınırlama getirilmesinde kamu yararı aracı güdüldüğünü söylemek mümkün olmayıp, ancak bir kısım çocukların yaran amaçlanmış bulunmaktadır" (bkz. Esas sayısı: 1987/1, Karar sayısı: 1987/18, Karar günü: 11/9/1987).

1476 *James*'deki sorunun ABD hukukuyla karşılaştırılması için bkz. Jerome J. Curtis, Jr., "*Comparison of Regulatory Takings under the United States Constitution and the European Convention on Human Rights*", **European Law Review**, Vol. 14, 1989, sf: 67-79, 75-78.

lumun çoğunluğu el konulan mülkiyeti doğrudan kullanmasa veya ondan yararlanmasa bile "kamu yararına" olabileceğini hükme bağlamıştır.[1477]

James içtihadı başka bir çok karara da esin kaynağı olmuştur. *Allard* kararında *James* içtihadını takip eden AİHM, son tahlilde paylı mülkiyet nosyonu korunduğu için, şikayetçiye ait konutun paylı mülkiyete tabi arazi üzerinde diğer paydaşların rızası olmadan inşa edilmiş olması sebebiyle yıkılmasını kamu yararı amacına uygun olduğuna hükmetmiştir.[1478] Burada bir hukuki kurumun ve buna bağlanan sonuçların sürdürüldüğü ve hatta giderek hukuki güvenlik ilkesinin korunduğu görülmektedir.[1479]

Örneğin *Paeffgen* kararında Mahkeme üçüncü kişilerin hakları üzerinden genel yararı/kamu yararını korunmasını meşru bir amaç olarak kabul etmiştir. Olayda başvurucu şirket sahip olduğu alan adlarını, bu adların benzerlerini daha önceden marka veya ticaret unvanı olarak tescil ettirmiş üçüncü kişilerin açtığı davalar sonucu kullanmaktan ve tasarruf etmekten men edilmiştir. Yani genel yarar, aslında, asıl marka ve isim hakkı sahiplerinin tekil ve bireysel yararı olmayıp onların tekil ve bireysel yararı üzerinden nihai olarak korunan ulusal fikri mülkiyet rejimidir.[1480] Burada da hukuki güvenlik ya da hukuka güven olarak adlandırılabilecek bir ilkenin varlığı hissediliyor.

1477 *James and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1986, para.45. *James*'e atıfla ayrıca bkz. *Association of General Practitioners v. Denmark*, App. No. 12947/87, Admissibility Decision of 12 July 1989, para.1 (The Law); *E. P. v. Slovak Republic*, Application No. 33706/96, Admissibility Decision of 9 September 1998, paras.2-3 (The Law); *Back v. Finland*, App. No. 37598/97, Judgment of 20 July 2004, para. 53, 60.

1478 *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 52 ("Agreeing with the Government, the Court considers that such a requirement lies at the heart of the notion of joint ownership and that the ultimate consequence of the application of that principle – the demolition of a building erected without the necessary consent – can reasonably be said to further the legitimate "public interest" of maintaining a functioning system of joint ownership.").

1479 Azınlıktaki paydaş hisselerinin çoğunluk tarafından ulusal mevzuata uygun olarak zorla satın alınmasını (*squeeze-out*) **P1-1** açısından gündeme getiren 2001 tarihli ilginç bir vakada başvurucular, çoğunluğa kanunen sağlanan söz konusu hakkın kamu yararı veyahut genel yarar amacı gütmediğini ileri sürmüşlerdi. AİHM ise, bu şikayetin ulusal makamlar nezdinde gündeme getirilmediğini tespit ederek iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle şikayetin bu kısmını kabuledilemez ilan etmiştir. Bkz. *Offerhaus and Offerhaus v. Netherlands*, App. No.35730/97, Admissibility Decision of 16 January 2001, para.1 (The Law). Ancak kanımca, kendisine sorundan kaçma imkanı sağlayan bu avukatlık hatası olmasıydı dahi Mahkeme, bir hukuki kurum olarak *squeeze-out*'un ve buna bağlanan sonuçların sürdürülmesi çerçevesinde müdahalenin kamu yararı/genel yarar güttüğü sonucuna varacaktı.

1480 *Paeffgen GMBH v. Germany*, App. Nos.25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, Admissibility Decision of 18 September 2007, özellikle para.1 (The Law). Mahkemenin orijinal ifadesi şöyledir: "The court orders against the applicant company moreover served to further the legitimate general interest of maintaining a functioning system of pro-

Luordo kararında ise alacaklılarının korunması amacı güden iflas idaresi kaynaklı müdahalelerin genel yarar ve giderek kamu yararı güttüğü hüküm altma alınmıştır.[1481] Burada asıl genel yararın, alacaklıların hakları üzerinden korunan para piyasaları ve dolayısıyla ticari hayat olduğu anlaşılmaktadır.[1482]

Burada zikredilen kararlardan öncü ve teorik belirlemeler de içeren *James* ile diğerlerini (*Allard, Paeffgen* ve *Luordo*) birbirinden ayırmak gerekir. *James* kararında bir sosyal siyasa amacı olarak kamu yararına özdeş olduğu düşünülen bireysel yarar, ekonomik açıdan zayıf durumdaki kiracıların haklarının korunması idi.[1483] Ama diğer kararlarda kamu yararına özdeş olduğu kabul edilen bireysel yararlar böyle bir özellik göstermiyor. Üstelik *Luordo* kararında, zayıf durumdaki müflis bakımından değil, kuvvetli durumdaki alacaklıların hakları için yapılan müdahalenin kamu yararı güttüğünü hatırlatmak gerekir.

Her halükarda *Allard, Paeffgen* ve *Luordo* kararlarındaki yaklaşımın liberal ideolojik arka plandan beslenen **AİHS** sistemi özelinde yerinde olduğunu teslim etmek gerekir. Zaten AİHM, *James* kararında, sosyal siyasaların yanında ***ekonomik*** veya diğer ***politikalar*** gereğince de mülkiyete müdahale edilmesinin kamu yararına olabileceğini hükme bağlamış; yani kamu yararı-birey yararı özdeşliğini sırf sosyal siyasalar özeline indirgememişti. Kaldı ki her hücresinde hukuk devleti/hukukun üstünlüğü nosyonuna önem verilen ve buna şikayetçilerin hakları bakımından çeşitli sonuçlar bağlanan bir UİHH sisteminde, hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesinin uzantısı veya spesifik görünümü olarak kabul edile-

---

tection for trademarks and /or names by effectively preventing unauthorised third parties (in this case, the applicant company) from unduly taking advantage of the distinctiveness and esteem of protected marks or names to the detriment of their holders."

1481 *Luordo v. Italy*, App. No.32190/96, Judgment of 17 July 2003, para.68.
Benzer şekilde bir başka iflas hukuku kaynaklı müdahaleye ilişkin kararda hatalı iflas kararına rağmen, malvarlığının idaresine tasfiye ve iflas sebebiyle el konulduğu süreçte görevli olan iflas masası çalışanlarının ücretinin ödenmesini sağlamak adına, bu kalemin başvurucunun kendi malvarlığından kesilmesi durumunda korunan yarar, iflas sürecinin etkinliğini sağlamaktır (bkz. *Stockholms Försakrings-Och Skadestandsjuridik AB v. Sweden*, App. No. 38993/97, Judgment of 16 September 2003, paras. 48-49). Ancak bu kararda AİHM zaten bireysel yararı ön plana çıkartmamış, müdahalenin meşru amaç güdüp gütmediğini incelediği kısımda iflas masası görevlisinin yararından hiç bahsetmemiştir.

1482 Ancak bir vakada, borçlunun borcunun yeniden yapılandırılması neticesinde alacaklı başvurucunun alacağından yoksun bırakılmasının genel yarar güttüğünün Mahkemece kabulü, *Luordo* kararı ile çelişiyor gibi gözükmektedir. Zira borçlunun korunması adına alacaklıların haklarının sınırlanması ve bunun genel yarar güttüğünün kabulü para piyasaları ve ticari hayatın istikrarı bakımından isabetli olarak mütalaa edilemez. Bkz. *Back v. Finland*, App. No. 37598/97, Judgment of 20 July 2004, para. 53, 60.

1483 Ayrıca bkz. ve krş. *Back v. Finland*, App. No. 37598/97, Judgment of 20 July 2004, para. 53, 60 (müflis borçlunun alacaklılara karşı korunması).

bilecek hukuki güvenlik/hukuka güven alt ilkelerinin birer meşru amaç olarak mütalaa edilmesinde şaşırtıcı bir yan olmasa gerektir.

Nihayet kamu yararı-birey yararının özdeşleştirildiği davalarda başvurucu bireyin mülkiyet hakkı ve buna bağlı çıkarları ile başvurucunun hakkına lehlerine müdahalede bulunulan kişilerin mülkiyet hakkı ve buna bağlı çıkarları çatışabilir. Böyle hallerde AİHM somut olayın koşullarını dikkate alarak hangi öznenin haklarına ve çıkarlarına daha çok değer vereceğini belirlemektedir. Örneğin, paylı mülkiyete tabi arazi üzerinde ulusal hukukun aradığı koşullara (paydaşların rızası) uymaksızın yapılan ve bireysel mülkiyete ait olan konutun yıkılması üzerine açılan *Allard* davasında Mahkeme başvurucunun hakkına ağırlık verirken konutun üzerinde inşa edildiği parselin münhasıran başvurucu tarafından işgal edildiği/kullanıldığına ve konutun yıkılmasını isteyen paydaşların ellerinde bulunan parsellerden söz konusu konutun görülmediğine önem vermiştir.[1484] Hemen eklenmelidir ki, bu arguman Mahkemenin yaptığı ölçülülük incelemesinin son ve tali boyutudur. Mahkemenin asıl gerekçeleri daha çok usuli güvenceler ve yetkili makamların tutumları ile ilgilidir. Nitekim aşağıda ölçülülüğün göstergelerinin açığa çıkartılmaya çalışılan yerde kararın bu boyutlarına değinilecektir.

3) Kamu Yararını Belirlemekte Devletin Mutlak Takdir Marjı

Takdir marjının çok işlevli bir kavram olduğuna yukarıda **AİHS** genelinde sınırlama rejiminden bahsedildiği yerde değinilmişti. İşte söz konusu takdir marjı **P1-1**'in kayıtlanması rejimi özelinde diğer Sözleşmesel haklardan biraz farklılaşarak ikili bir rol oynamaktadır. Buna göre takdir marjı hem sınırlama ile güdülen amacın belirlenmesinde hem de güdülen amacı gerçekleştirmek için kullanılan sınırlama araçlarının/önlemlerinin seçiminde rol oynamaktadır.[1485] Kanımca Devletlerin kamu yararını belir-

---

1484 *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 60 ("The Court is also of the opinion that, save for the interest of having all joint owners adhere to the legal rules of joint ownership, the interests of the other joint owners in this particular case in having the applicant's house removed cannot be considered to have been particularly strong. In this connection, the Court notes that it was never disputed that the plot of land on which the house was built was exclusively occupied by the applicant, her mother and her sisters, and that the house was not visible from the plots occupied by the other joint owners who sought its removal.").

1485 Aynı ikili ayrım için bkz. Arai-Takahashi, **a.g.e.**, sf: 154-156; Yves Winisdoerffer, "*Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1*", **HRLJ**, Vol. 19, No. 1, 30 April 1998, sf: 18-20. Ancak her iki yazarın da, çalışmalarının niteliği gereği yüzeysel kaldığını ve az sayıdaki davayı işlediğini vurgulamak gerekir.

Diğer yandan doktrinde Arai-Takahashi, **a.g.e.**, sf: 156-157'de takdir marjının **P1-1** özelinde oynadığı bir üçüncü rol olabileceğini tartışmaktadır. Bu tartışmaya aşağıda değinilecektir.

lemekte mutlak, sınırlama araçlarının seçilmesinde kuvvetli takdir marjları bulunmaktadır. Dolayısıyla bu iki rol ayrı ayrı ele alınacaktır.

Strasbourg oranları "kamu yararı" kavramını geniş biçimde yorumlamakta ve ulusal makamlara mutlak bir "*takdir marjı/margin of appreciation*" bırakmaktadır.[1486] Aralık 2007 tarihli yeni bir kararında Mahkeme Devletlerin sahip olduğu bu geniş takdir marjını teyit etmiştir. AİHM'e göre, ulusal makamlar toplumlarını ve bu toplumun ihtiyaçlarını doğrudan tanıdıkları için, ilke olarak, neyin kamu yararına olduğunu takdir etmekte uluslararası yargıca göre daha elverişli bir konumdadır. Sözleşmeyle kurulan sistemde, mülkiyetten yoksun bırakılma önlemini gerektiren kamusal mülahazaların mevcudiyeti hakkında ilk değerlendirmeyi yapmak ulusal makamlara düşmektedir. Dolayısıyla, burada da, Sözleşmenin güvenceye aldığı diğer alanlarda olduğu gibi, ulusal makamlar belirli bir takdir marjından yararlanırlar.[1487]

Kamu yararını belirlemekte Devletin o kadar geniş bir takdir marjı bulunmaktadır[1488] ki, AİHM'in bir müdahalenin kamu yararı gütmediğine karar verdiği, bilenebildiği kadarıyla, tek bir dava bulunmaktadır.[1489]

Diğer yandan az sayıdaki davada AİHM müdahalenin meşru amaç (kamu yararı) gütmediğini saptamasına rağmen ölçülülük ilkesinden ihlal bulmaktadır. Örneğin *Brumarescu* kararı bu tip davalar arasındadır. Mahkeme müdahalenin meşru amaç gütmediğini düşünmesine rağmen, ihlali adil dengenin kurulmadığı gerekçesinden bulmuştur . Adı geçen kararda başvurucu, lehine olan kesin hüküm bir şekilde işlevsiz kılınarak taşınmazından yoksun bırakılmıştır. Mahkemeye göre başvurucu lehine kesin hükmün işlevsiz kılınmasını ulusal makamlar meşrulaştıramamışlardır.[1490] Çok yakın tarihli *Gashi* davasında da Mahkeme, Devlet müdahalesinin meşru amaç gütmediğini kabul etmesine rağmen müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırılığından ötürü mülkiyet hakkının ihlali sonucuna varmıştır. Söz konusu *Gashi* davasında başvurucu, alım satım sözleşmesinin geçersizliği sebebiyle ulusal hukuka uygun olarak al-

---

1486 *Ericksson v. Sweden*, Judgment of 22 June 1989, Series A No. 156, para.62; *Lithgow and others v. the United Kingdom*, Judgment of 8 July 1986, Series A No. 102, paras. 122, 143, 149.

1487 *Gashi v. Croatia*, Judgment of 13 December 2007, para.30.

1488 Aynı yönde olarak bkz. Sermet, **a.g.e.**, sf: 33-34; Winisdoerffer, **a.g.m.**, sf:19; Hartlief, **a.g.m.**, sf: 40-47. Krş. Aronovitz, **a.g.m.**, sf: 93.

1489 *S. A. Dangeville v. France*, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002, paras.55-58. Bu karara aşağıda "vergi" başlığı altında değinilecektir.

1490 *Brumarescu v. Romania*, App. No.28342/95, GC Judgment of 28 October 1999, paras. 79-80. Aynı yönde olarak bkz. *Zwierzynski v. Poland*, App. No.34049/96, Judgment of 19 June 2001, paras.70-72. Ayrıca aşağıda "kesin hükmün işlevsiz kılınması" başlıklı bölüme bkz.

dığı sosyal konuttan tahliye edilmeye çalışılmaktadır. İşte AİHM ulusal makamların alım satım sözleşmesinin geçersizliğini meşrulaştıracak bir amaç olduğunu gösteremediklerini (ve aslında olmadığını) not etmiştir. Ancak bu sorunu ayrı tutarak, ölçülük ilkesinden ihlal bulmuştur.[1491]

Şu hususu da eklemek gerekir ki, sırf ticari işlerde mevzuatça öngörülen ve özünde liberal piyasa ekonomisini korumakla birlikte şeklen üçüncü kişilerin bireysel menfaatlerini ön plana çıkartan müdahalelerinin meşru olup olmadığına ilişkin vakalarda (hemen yukarıda kamu yararı ile üçüncü şahsın bireysel yararının özdeşliği başlığı alında yapılan açıklamalara bkz.) takdir marjına mutlaklık karakteri atfetmemek daha uygun olacaktır.

Şimdi kamu yararı/genel yarar oluşturan çeşitli meşru amaç ölçütlerine yakından bakılabilir:

a) Sosyal Siyasalar

AİHM sosyal adaletsizlikleri ortadan kaldırmanın demokratik toplumlarda yasamanın işlevlerinden biri olduğunu düşünmektedir. **P1-1** içtihadının kayda değer bölümü, sosyal siyasaları gerçekleştirmek ve giderek sosyal adaleti[1492] sağlamak üzere mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerle ilgilidir.[1493] O kadar ki, **P1-1**'in hazırlığı evresinde Hollanda temsilcilerinden Serrarens'in ifadesiyle, mülkiyet hakkı topluma ipotek edilmiştir.[1494] Ev sahibi olmayanların korunması için alınan tedbirlerden kültür varlıklarının korunmasına, halk sağlığının korunması için yapılan müdahalelerden iş arayanların sömürülmemesi için mülkiyet hakkının sınırlanmasına kadar çok çeşitli türde meşru sosyal siyasa amacı içtihada konu olmuştur.

AİHM'e göre, modern toplumlar nüfusun konut ihtiyacını öncelikli bir sosyal ihtiyaç olarak ele alırlar ve bu hususu piyasa güçlerine terk etmezler. Devletin takdir marjı konut politkasını kapsayacak kadar geniş olup söz konusu mevzuatın özel kişiler arasındaki sözleşme ilişkilerine müdahalede bulunması ve Devlete ya da toplumun büyük kısmına doğrudan bir fayda sağlamaması bu durumu engellemez. Dolayısıyla, kural olarak bu tür bir kanunun amacı meşrudur.[1495]

1491 *Gashi*, Judgment of 13 December 2007, para.43.

1492 Mülkiyet hakkı ve ekonomik ilişkiler açısından sosyal adalet ve sosyal devlet konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Göze, **a.g.e.**, sf: 361-424, özellikle 382-405.

1493 van Rijn **a.g.m.**, sf: 864.

1494 **Preparatory Work on Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights**, sf: 23. Hollanda temsilcisinin kullandığı orijinal ifade şöyledir: "In my opinion, there is no absolute right to property; this right is always burdened by a social mortgage."

1495 *James and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1986, para.47.

Sosyal devlet ilkesinin gereklerinin yerine getirilebilmesi için Devletçe ihtiyaç duyulan bütçe giderlerinin karşılanması amacıyla bireylerin mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin meşru amaç güttükleri telakki edilir. *Kjartan Asmundsson* davasında başvurucu, iş kazası sonrasında % 100 iş göremez raporu alan ve bu sebeple kendisine malüllük aylığı bağlanan bir denizcidir. Hükümet sosyal politikalarında yaptığı değişiklikle malüllük ölçütlerini değiştirmiş ve başvurucu bu yeni ölçüt uyarınca malüllük statüsünden çıkarılarak bu aylığı kesilmiştir. Mahkeme, malullük aylığı ile ilgili yeni kuralların ilgili sosyal sigorta fonunun mali sıkıntılarını hafifletmek için getirildiklerini dikkate alarak müdahalenin meşru amaçla yapıldığını benimsemiştir.[1496] Mahkemeye göre, sosyal sigorta fonlarının mali sorunlarının çözülememesi sonucununu doğuracak mutlak bir mülkiyet hakkı anlayışı, son tahlilde sistemin kendisine zarar verir.[1497]

Ziegler davasında başvurucu önceden de yapmış olduğu özel istihdam (işbulma) bürosu işletmeciliğine (*profession of employment agent*) tekrar başlamak istemiş ve bunun için yetkili makamdan ruhsat/izin talebinde bulunmuştur. Yetkili makamlar bu izni vermemişlerdir. Başvurucu AİHK önünde, diğerlerinin yanı sıra, mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon bu iddiayı ele alırken, bir an için ruhsat talebinin reddedilmesinin (*denial of licence*) **P1-1**'i gündeme getirebileceğini varsaymakla birlikte, **P1–1**/2 anlamında kontrol niteliğinde olan bu müdahalenin ölçüsüz olmadığına karar vererek şikayeti açıkça temelsiz olarak değerlendirmiştir. Komisyona göre, başvurucuya istihdam bürosu açma ruhsatı verilmemesi, iş arayanların sosyal haklarının istismarcılara karşı korunması meşru amacını (genel yarar) gütmektedir.[1498]

İş arayanların yanında çocukların korunması sosyal politikası amacı güden müdahalelere rastlamak olasıdır. Çocuklarına bakım nafakası ödeyen bay Burrows'un başvurusunda çocukların korunmasının kamu yararı amacı güttüğünü gözlemlemek mümkündür. Gerçi bu davanın

---

1496 *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, App. No.60669/00, Judgment of 12 October 2004, para.42. AİHM bu noktada kısıntının objektif şekilde (malullerin doktorlarca tekrar muayene edilmesi sonucunda genel olarak çalışmaya muktedir olup olmadıklarının tespiti) belirlendiğini not etmektedir.

1497 Benzer ve öncü bir AİHK kararı olarak bkz. *The National Federation of Self-Employed v. the United Kingdom*, App. No. 7995/77, Admissibility Decision of 11 July 1978, **DR Vol. 15**, sf:198-202 özellikle 201. AİHM'in *Kjartan Asmundsson* kararının bu dipnotta zikredilen AİHK kararından esinlendiği anlaşılıyor.

Ayrıca bkz. ve krş. *Five Pensioners v. Peru*, IACtHR, Judgment of 28 February 2003, para. 116.

1498 *Ziegler v. Austria*, App. No.18882/91, Admissibility Decision of 17 January 1996, para.3 (The Law).

vergi boyutu da bulunmaktadır. Komisyonun nihai değerlendirmesine göre, vergiyi azaltma ve ebeveyn sorumluluğunu arttırma amaçları **P1–1** anlamında kamu yararı gütmektedir.[1499]

Sosyal devlet anlayışını göstermesi bakımından zayıf durumda olduğu varsayılan kiracıların durumuna ilişkin kararlara da değinmek gerekir.[1500] Bazı Devletler kiracıların korunması adına kira sözleşmeleriyle serbestçe tayin edilen kira bedelini azaltacak mevzuat üretmişlerdir.[1501]

1499 *Burrows v. the United Kingdom*, App. No.27558/95, Admissibility Decision of 27 November 1996, para.2 (the Law).

1500 AİHM yargıçlarından Rıza Türmen yakın tarihli makalesinde şu ifadeyi kullanmıştır (Rıza Türmen, **a.g.m.**, sf:461): "Such references to 'public interest' and 'general interest' give the Court much scope to take into account social and economic rights and the interests of the poor when interpreting this Article (**P1-1**, B.G.). However, the Court's case-law does not reveal a clear trend in this direction. On the contrary, many examples indicate the opposite. For example, in *Mellacher and Others v. Austria*, the Court accepted that reductions in contractually-agreed rents under rent-control legislation constituted an interfrerence with the aplicants' enjoyment of their rights as owners" (zikredilen karara yollama yapan dipnot çıkartılmış ve parantez içindeki not eklenmiştir, B.G.).

Sayın Türmen'in bu ifadesi, kanımca şu açılardan tartışmaya açık gözükmektedir: Türmen'in atıf yaptığı *Mellacher* kararında ölçülülük açısından yapılan incelemede zaten ihlal bulunmamış, yani yoksul ve zayıf durumdaki kiracıların hakları korunmuştur. Bu nedenle, sadece ev sahiplerinin haklarına müdahalede bulunulmuş olduğunu gösteren zikredilen içtihattan hareketle **P1-1**'deki mülkiyet hakkına ilişkin Strasbourg organları yorumunun, yoksulları ve ekonomik olarak zayıf durumdaki diğer kişilerin hak ve çıkarlarını dikkate almadığını ileri sürmek ikna edici gözükmemektedir. Üstelik, kitabın ilerideki bölümlerinde ayrıntılarıyla gösterildiği gibi, AİHM'in mülkiyet hakkına yapılmış bir müdahalenin meşru amaç gütmediğine dair çok az sayıda kararı vardır; bunlarda da söz konusu bulguya rağmen ölçülülük aşamasına geçerek ihlal sonucuna ulaşmıştır. Bu içtihatlar ışığında sayın yazarın alıntılanan ifadesiyle, kiracılar gibi ekonomik açıdan zayıf veya yoksul kişileri korumak adına yapılan müdahalelerde, Mahkemenin **P1-1**'i uygulanabilir bulmaması yönünde bir eğilimde mi olduğu sorusu akla gelmektedir. Yazar yoksulların sosyal ve ekonomik haklarının ve çıkarlarının Mahkemece dikkate alınması gerektiği fikrine dayanak olarak **P1-1** metninde yer alan iki sınırlama ölçütünü, "kamu yararı" ve "genel yarar" klozlarını göstermektedir. Ancak bilindiği üzere, bu iki kloz ancak ve ancak, **P1-1**'in uygulanabilir bulunduğu saptandıktan ve mülkiyet hakkına bir müdahale edildiği belirlendikten sonra devreye girer ve söz konusu müdahalenin meşru bir amaç güdüp gütmediğine karar vermek için kullanılırlar. Son olarak, eğer genel olarak Türmen'in yoksul ve ekonomik açıdan zayıfların korunmasına yönelik müdahalelerde **P1-1**'in uygulanabilir kılınmamasını istediğini varsayacak olur isek, buna genel bir fikir olarak karşı çıkılmayabilir. Ancak bu fikrin benimsenmesi halinde, işbu Çalışmanın II. Bölümünde "uygulanabilirlik engeli olarak çatışma" başlığı altında geliştirilen görüşler çerçevesinde bir model kurmak gerekir. Aksi halde **P1-1** koruması anlamsız kalır.

1501 Kira sözleşmesinin feshi ve kiracıların tahliyesi için ev sahiplerinin ihbar bildiriminde bulunmalarını sınırlayan mevzuatın Sözleşmeye uygunluğuna dair bkz. *Z. and E. v. Austria*, App. No. 10153/82, Admissibility Decision of 13 October 1986, **DR Vol. 49**, sf: 67-76, özellikle 74-75 ve para. 5 (The Law). Benzer şekilde kira sözleşmesi biten öğrencinin işgal ettiği odadan tahliyesinin ulusal yargı makamınca verilen ihtiyadi tedbirle durdurulmasının **P1-1**'e uygunluğuna dair bkz. *Stiftelsen Akademiska*

Bunlardan *Mellacher ve diğerleri* davasında başvurucular kira bedellerini azaltan mevzuatın kamu yararına olmadığını ileri sürmüşlerdi.[1502] Başvuruculara göre, söz konusu müdahale sosyal adaletsizliği gidermek motifiyle değil mülkiyetin yeniden dağıtılması amacıyla yapılmıştır. Ayrıca uyuşmazlık tarihinde Avusturya ekonomik olarak bir patlama yapmış olup yaşam standartları kalitesinde gözle görülür bir artış olmuştur. Mahkeme başvurucuların iddialarına itibar etmeyerek anlaşmazlık konusu mevzuatın kira bedelleri arasındaki aşırı ve haksız eşitsizlikleri gidermek ile gayrimenkul spekülasyonculuğunun önüne geçmek meşru amacı güttüğünü kabul etmiştir.[1503].

---

v. Sweden, App. No. 11661/85, Admissibility Decision of 6 July 1987, **DR Vol. 53**, sf: 163-164 (yalnız bu davada AİHK'ce genel yarar olarak görünüşte kabul edilen yargının otoritesinin korunmasıdır, kararda öğrenci bakımından bir ifade yoktur.). Kiracıların ev sahipleri tarafından tahliyesini çeşitli koşullara (olayda acil ihtiyaç kriteri) bağlayan ulusal mevzuat hükümleri de benzer şekilde kamu yararı amacı güden sınırlama sebepleri arasındadır. Bkz. *Velosa Barreto v. Portugal*, App. No., 18072/91, Judgment of 21 November 1995, paras. 25, 35.

1502 İktisat doktrininde kira bedellerinin kanuni düzenlemeler yoluyla denetlenmesi ve kontrol altında tutulmaya çalışılmasının, ana hatlarıyla serbest piyasa düzeni sürdürüldüğü müddetçe kiracıların/ev sahibi olmayanların korunması amacına hizmet etmeyeceği ileri sürülmektedir. Bu konudaki iki karşıt görüşü tartarak ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki hükümleri değerlendirerek kira bedeli kontrolüne yönelik müdahalelerin sosyal adaleti ve diğer kamusal yararları sağlama amacına hizmet etmeyeceği görüşünü savunan bir eser olarak bkz. Yusuf Şahin, "*Kira Denetim Politikası Üzerine Bir Değerlendirme*", **AÜSBFD**, sf:213-237, özellikle 230-235. Ancak yazarın, doğal olarak, kira bedellerinin kontrolünün, Türk AYM kararları dahil olmak üzere hukuki boyutları hakkındaki ifadeleri yüzeyseldir.

1503 *Mellacher and others v. Austria*, App. Nos.10522/83-11011/84 and 11070, Judgment of 19 December 1989, Series A No.169, paras.45-47. Benzer bir başka davalar için bkz. *Spath Holme Ltd. v. United Kingdom*, App. No. 78031/01, Admissibility Decision of 14 May 2002; *Hutten-Czapska v. Poland*, App. No.35014/97, Judgment of 22 February 2005, paras.149, 156-160, 165-166, 178; *Ghigo v. Malta*, App. No.31122/05, Judgment of 26 September 2006, paras. 56, 58 (Mahkeme bu son kararda, müdahalenin evsizliğin önlenmesi ve fukara kiracılarının onurunun korunması amacı güttüğünü ayrıca vurgulamıştır.).

Türk AYM yakın tarihli iki kararında kira bedellerinin yükseltilmesinin kanunla sınırlanmasını aşağıdaki gerekçeyle kamu yararına saymıştır. İlk kararda AYM'nin yaklaşımı şöyledir: "Konut ve işyeri darlığı bulunan ülkelerde devletçe önlem alınmadığı takdirde talebin fazlalığı nedeniyle kiraların aşırı şekilde yükseleceği, bu yükselişin tüketim maddelerinin fiyatları üzerinde etkili olarak hayat pahalılığına sebep olacağı açıktır. Türkiye'de kiraların tüketici fiyat endeksi içindeki oranının yüksek olduğu, bunun hak ve adaletin gerçekleşmesini engelleyen önemli faktörlerin başında geldiği bilinmektedir. Bu nedenlerle, taşınmaz mal kiralarının sürekli yükselişi ve içinde kira paralarının önemli etkisi olan fiyat artışlarının ekonomik ve dolayısıyla sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemesi karşısında Devletin, sosyal huzurun sağlanması, toplumsal barış ve kamu düzeninin korunması amacıyla kiracı kiralayan ilişkilerini düzenlemesi, böylece insanımızı hak ettiği yaşam düzeyine kavuşturması, gelir dağılımını düzeltmesi ve yoksullukla mücadele etmesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir. İtiraz konusu Yasa'nın gerekçesinde de amacının, ekonomi kuralla-

İçki satış ruhsatlarının tutarlı bir Devlet siyasası olarak içki tüketiminin azaltılması amacını sağlamak üzere koşullara tabi tutulması ve gerektiğinde yenilenmemesine yönelik müdahaleler de sosyal siyasalar çerçevesinde değerlendirilir.[1504]

Sosyal siyasaların gerçekleştirilmesi başlığı altında ele alınabilecek ilginç bir dava *Beyeler* kararıdır. Bu davada kamusal makamlar başvurucunun satın aldığı bir tabloyu ulusal hukuk çerçevesindeki şufa hakkını kullanarak satın almışlardır. AİHM'e göre bu tip bir müdahale ülkenin sanatsal ve kültürel mirasının korunması meşru amacını gütmektedir. Bir Devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan ve bütün ulusların (*nations*) kültürel mirasına ait olan sanat eserleri üzerinde evrensel kültürün genel yararına kamuca en etkili olarak ulaşılabilmesini sağlama amaçlı önlemler alınması meşrudur.[1505]

Kamu yararı o kadar geniş olarak anlaşılmaktadır ki, gerçekten tutarlı olarak bir başlık altında ele alınması pek kolay olmayan geriye yürürlü mevzuat eliyle yapılan müdahaleler dahi meşru amaç koşuluna ay-

---

rına göre hak ve nasafete uygun, makul bir kira parasının saptanmasında kiracının durumu ve ekonomik güçlerin değerlendirilmesi, dengelenmesi, yanında yargı içtihadlarına rağmen tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın sınırlandırılarak diğer fiyatların yükselmesinin önlenmesi olduğu belirtilmiştir. Bu durumda kira paralarının sürekli yükselişinin ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemesi nedeniyle, kira artışlarının, temel ekonomik göstergelerin hedeflerine bağlı olarak geçici bir süre için sınırlandırılmasının kiracı kiralayan arasında bozulan ekonomik dengenin yeniden sağlanması toplumsal barış ve kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır" (Esas Sayısı: 2000/77, Karar Sayısı: 2000/49, Karar Günü: 21.11.2000.).

İkinci kararda ise AYM'nin ifadesi şöyledir: "4531 sayılı Yasa'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makûl bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır" (bkz. Esas Sayısı : 2001/303, Karar Sayısı : 2001/333, Karar Günü : 19.7.2001.).

1504 *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, App. No.19873/84, Case No. 4/1988/148/202, Judgment of 7 July 1989, Series A No. 159, paras.56-57, 62.

1505 Örneğin bkz. *Beyeler v. Italy*, App. No.33202796, Judgment of 5 January 2000, paras.112-113. Mahkemenin orijinal ifadesi şöyledir: "In the instant case the Court considers that the control by the State of the market in works of art is a **legitimate aim for the purposes of protecting a country's cultural and artistic heritage**. The Court points out in this respect that the national authorities enjoy a certain margin of appreciation in determining what is in the general interest of the community..... the Court recognises that, in relation to **works of art lawfully on its territory and belonging to the cultural heritage of all nations, it is legitimate for a State to take measures designed to facilitate in the most effective way wide public access to them, in the general interest of universal culture** (vurgu eklenmiş ve karar içi gönderme çıkartılmıştır)."

kını sayılmamaktadır. Örneğin, *Pressos Compania* davasında muhatap Devlet, kendisi aleyhine açılmış haksız fiil davaları derdest iken, şikayete konu olan tasarruflardan kaynaklanan sorumluluğunu geriye yürürlü olarak ortadan kaldıran bir yasa çıkartmıştır. AİHM önünde muhatap Devlet sorumluluğunu kaldıran geriye yürürlü bu yasanın mali giderleri azaltmayı, hukuki belirliliği tekrar sağlamayı ve bölge Devletlerinin konuya ilişkin hukuki anlayışlarının yeknesaklaştırılmasını (özellikle Hollanda ile) amaçladığını belirtmiştir. Mahkeme, davalı Devletin bu amaçlarının kamu yararına uygun olduğunu, takdir marjına verdiği aşırı önem sebebiyle hiç sorgulamadan benimsemiştir.[1506]

Bazı özel davalarda AİHM'in Devletin yürüttüğü sosyal siyasalarla sosyal adalet kavramını özdeşleştirdiği görülmektedir. İki Almanya'nın birleşmesini müteakip işlemedikleri için tapulu arazilerine hiçbir tazminat verilmeksizin el konulan başvuruculların ilettiği şikayette AİHM müdahalenin sosyal adalet temelinde meşru olduğunu kabul etmiştir.[1507] Gerçi şunu hemen eklemek gerekir: AİHM "sosyal adalet" adı altında yeni bir meşru amaç kategorisi yaratmış değildir. Zaten kararının "kamu yararı" başlıklı bölümünde bu kavrama yer vermemektedir. Bu davada teknik olarak kamu yararını karşılayan, tarım arazilerinin işlevsel kullanılmasıdır (paras.88-92). Söz konusu olan, sosyal siyasalar başlığı altında ele alınan bütün spesifik müdahale amaçlarının, son tahlilde sosyal adalet ilkesine hizmet etmesidir.[1508]

Nitekim oldukça yakın tarihli bir kararında AİHM *Jahn* kararına atıf yaparak, radikal toplumsal değişimlerin yaşandığı Orta ve Doğu Avrupada Devletlerin ekonomik ve sosyal politikaları uygulamakta çok geniş bir takdir marjına sahip olduklarını teyit etmiştir. Bu durum özellikle sosyalist Devlet zamanında yapılan el atma ve kamulaştırmalar karşılığı yeni Devletin tazminat sorumluluğu bakımından geçerlidir.[1509] Bu noktada kamu yararı *adaletin yeniden tesisi* ve *hukuk devletine saygının sağlan-*

1506 *Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium*, Case No. 38/1994/485/567, Judgment of 20 November 1995, paras.36-37. Ayrıca bkz. *Draon v. France*, App. No.1513/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.75-77; *Maurice v. France*, App. No.11810/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.83-85; *Smits, Kleyn and others v. Netherlands*, App. Nos. 39032/97-39343/98-39651/98-43147/98-46664/99-61707/00, Admissibility Decision of 3 May 2001.

1507 *Jahn and others v. Germany*, App. Nos.46720/99, 72203/01 and 72552/01, GC Judgment of 30 June 2005, paras.107, 109-110, 116, 117. Ayrıca bkz. ve krş. *Wittek v. Germany*, App. No.37290/97, Judgment of 12 December 2002, paras.50-51.

1508 Krş. *Maltzan and others v. Germany*, App. Nos. 71916/01, 71917/01 and 10260/02, GC Admissibility Decision of 2 March 2005, para. 110.

1509 Ayrıca bkz. ve krş. *Zvolsk_ and Zvolská v. the Czech Republic*, App. No. 46129/99, Judgment of 12 November 2002, paras. 68, 72.

masıdır.[1510] Benzer şekilde siyasal sistemin değişmesinin gerektireceği önlemler de bu bağlamda hatırlatılmalıdır. Örneğin Eski Yunan Kralı'nın Yunanistan'a karşı mülkiyetinden yoksun bırakıldığı iddiasıyla açtığı davada AİHM, Yunanistanda monarşiden (meşruti monarşi) cumhuriyet rejimine geçişin yarattığı extrem koşulların mülkiyet hakkının sınırlanmasında bir meşru amaç yarattığı değerlendirmesini yapmıştır. Hatta Mahkemeye göre, ülkenin siyasi sistemi değiştiğinde Devletlerin sosyal siyasalar bağlamında mülkiyet hakkının sınırlanmasına yol açan müdahalelerde bulunmak hususunda sahip oldukları takdir marjı daha da genişleyebilir.[1511]

b) Çevre Korunması ve Şehir Planlaması

Çevrenin korunması ile mülkiyet hakkı doğrudan ilişkili kavramlardır. Genellikle kabul edilen görüşe göre, özel mülkiyet hakkının kapsamı genişledikçe çevre sorunları artmaktadır. Bu sebeple çevrenin korunmasının sağlanması için özel mülkiyet hakkının sınırlanması gerekli görülmektedir. Bunun yanı sıra, kamu malları da çevreye zarar vermeyecek şekilde kullanılmalıdır.[1512] Strasbourg organlarının ve özellikle AİHM'in çevrenin korunması amacını meşru addederken çevre hukukunun yaklaşımını benimsediği anlaşılıyor. O kadar ki, daha 1990 yılında verdiği bir kararda AİHK özel mülkiyet ve çevre korunması arasında bir çelişki olduğunu varsaymış ve "günümüz toplumlarında doğanın korunmasının faydalarının çok önemli olduğu ve bu faydaların mülkiyetin kullanımı kayıtlanmadan etkili şekilde sağlanamayacağı düsturu bütün Sözleşmeci Devletlerce müştereken benimsenmektedir" ifadesine yer vermiştir. AİHM de Komisyonun bu yaklaşımını benimsemiş ve olayda mülkiyet hakkının ihlali olmadığına hükmetmiştir.[1513]

1510 *Velikovi and others v. Bulgaria*, App. Nos. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, and 194/02, Judment of 15 March 2007, paras.169-172 ("The underlying public interest in scuh cases is to restore justice and respect fort he rule of law."). Daha öne olarak *Pincova and Pinc v. the Czech Republic*, App. No.36548/97, Judgment of 5 November 2002, para.51.

1511 *Former King of Greece and others v. Greece*, App. No.25701/94, Judgment of 23 November 2000, para.87 ("This necessarily applies, and perhaps to a greater extent, in the event of changes to a country's political system."). Ayrıca bkz. *Broniowski v. Poland*, App. No.31443/96, GC Judgment of 22 June 2004, para. 149.

1512 Genel olarak bkz. Nükhet Turgut, **Çevre Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 1998, sf:71-87; Ayşegül Kaplan, **Küresel Çevre Sorunları ve Politikaları**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları No:19, Tezler Dizisi:3, Ankara, Eylül 1999, sf:53-62.

1513 *Fredin v. Sweden*, App. No.12033/86, Commission Report of 6 November 1989, para. 69; Judgment of 18 February 1991, Series A No. 192, para.48. Ayrıca çok yeni olarak bkz. *Devecioğlu v. Turkey*, App. No.17203/03, Judgment of 13 November 2008, para.38.

Aslında, gerek çevre hukukunun gerekse de Strasbourg organlarının benimsediği bu varsayım pekala sorgulanmaya açıktır. Nitekim özellikle hukukun ekonomik analizi ekolü açısından dile getirilen görüşler, çevrenin korunmasında özel mülkiyetin çok daha etkili olabileceğini ileri sürmektedir.[1514] Ne de olsa, bireysel haklar zarar gördüğünde, bu zarara karşı daha girişken ve etkili hukuki mekanizmalar işletilebilir.[1515] Gerçekten de, bazı hallerde çevresel zararların özel mülkiyet hakkına da zarar verdiğini gözlemlemek mümkündür. Bu noktada, çevre hakkı **AİHS**'de yer almamasına rağmen, Sözleşmenin başta Madde 8 olmak üzere çeşitli haklar çerçevesinde çevre hakkının bazı spesifik öğelerinin bir insan hakkı olarak korunduğunu eklemek yerinde olur. Mülkiyet hakkı da bu tip haklar arasındadır.[1516] Aşağıda yeri geldikçe bu hususa işaret edilecektir. Ancak şu aşamada önemli olan çevrenin korunması amacı uğruna mülkiyet hakkının kayıtlanmasıdır. Zaten her halükarda, özel mülkiyetin çevre kirliliğinin kaynağı olduğu durumların vuku bulması olasıdır.

Strasbourg içtihadında ormanların korunması[1517], doğal alanların

---

1514 Örneğin bkz. ve krş. Richard A. Posner, **Economic Analysis of Law**, seventh edition, Apsen Publishers, Wolters Kluwer, 2007, sf: 61-65; Thomas M. Franck, **Fairness in International Law and Institutions**, OUP, Paperback edition, 1997, sf: 364-371.

1515 Genel olarak aksi fikir için bkz. Turgut, **a.g.e.**, sf:72-75.

1516 Genel olarak bkz. **Manuel on Human Rights and the Environment: Principles Emerging From the Case-Law of the European Court of Human Rights**, Council of Europe Publishing, 2006; Richard Desgagne, "*Integrating Environmental Values into the European Convention on Human Rights*", **AJIL**, Vol. 89, No. 2, 1995, sf: 263-293, 277-280; Robin Churchill, "*Environmental Rights in the Existing Human Rights Treaties*", **Human Rights Approaches to Environmental Protection**, eds. Alan E. Boyle and Michael R. Anderson, Clarendon Press, Oxford, 1996, sf: 89-108, özellikle 91-95; Philippe Sands, "*Human Rights, Environment and the Lopez-Ostra Case: Context and Consequences*", **EHRLR**, Vol. 1, Issue 6, 1996, sf:597-618, özellikle 607-611; Antonio Augusto Cançado Trindade, "*Human Right and the Environment*", **Human Rights: New Dimensions and Challenges**, ed. Janusz Symonides, Manuel on Human Rights, UNESCO Publishing, Ashgate, Dartmouth, Aldershot, 1998, sf: 117-153; Margaret DeMerieux, "*Deriving Environmental rights From the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*", **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 21, No. 3, 2001, sf:521-561, özellikle 539-542; Kate Cook, "*Environmental Rights as Human Rights*", **EHRLR** Vol. 7, Issue 2, 2002, sf:197-215, özellikle 204-206; Mariana T. Acevedo, "*The Intersection of Human Rights and Environmental Protection in the European Court of Human Rights*", **New York University Environmental Law Journal**, Vol.8, 2000, sf:437-496, özellikle 464-481; Loukis Loucaides, "*Environmental Protection Through The Jurisprudence of the European Convention on Human Rights*", **BYIL**, Issue 75, 2004-2005, sf:249-267.

1517 *Papastavrou and Others v. Greece*, App. No.46372/99, Judgment of 10 April 2003, paras.36-37; *Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica and Others v. Greece*, App. No.35859/02, Judgment of 13 July 2006, paras.38-39; *Ansay and others v. Turkey*, App. No. 49908/99, Admissibility Decision of 2 March 2006 (kadastroda orman vasfı, imar yasağı); *Devecioğlu v. Turkey*, App. No.17203/03, Judgment of 13 November 2008, para.38 (kadastroda orman vasfı, tapu iptali).

korunması[1518], tarımsal arazilerin verimliliğin sürdürülmesi[1519], toprak kaynaklarının rasyonel kullanımı[1520], toprak reformu[1521], kıyıların ve kumsalların korunması[1522] ve yenilenebilir enerji kaynakları kullanmaya yönelik olarak alınan önlemler[1523] çevrenin korunması meşru amacı altında örnek gösterilebilecek kamu yararını veya genel yararı sağlamaya yönelik sınırlama nedenleri olarak dikkat çekiyor.

Çevrenin dışında ya da buna ek olarak diyelim, hayvanların korunmasına yönelik bazı müdahalelerin meşru addedildiğini gözlemlemek mümkündür. Bunlardan ikisinde başvurucular, bir sözleşmeyle Devlete ait kıyı sularında balıkçılık yapma hakkını elde etmişlerdir. Bu sözleşme meri iken Devlet balıkçılık haklarını zaman, alan, malzeme ve balık türleri açılarından sınırlayan bazı hukuki düzenlemeler yapmıştır. Mahkeme, müdahalenin balık stoklarını koruma meşru amacı güttüğünü belirlemiştir.[1524] Gerçi AİHM'in balık stoklarının korunması amacını hayvanların korunması mülahazaları ile meşru saydığını düşünmek pek gerçekçi değildir. Büyük ihtimalle, asıl korunan kamusal yarar/çıkar, balıkçılık faaliyetinin devamını sağlamaktır. Bütün stokların tüketilmesi, doğanın (balıkların) belirli bir habitatta kendisini yenilemesini engelleyerek sektörü topyekün sıkıntıya sokacaktır.

Zaten AİHM'in avcılık adı altında, buna rızaen cevaz vermeyen başkasına ait arazilerde hayvan katlini meşru kıldığı kararı bulunmaktadır. İşbu Çalışmanın İkinci Bölümünde ayrıntılı özeti verilen *Chassagnou ve diğerleri v. Fransa* davasında başvuruculaların münhasıran kendilerine ait

---

1518 *Matos e Silva Lda and others v. Portugal*, App. No.15777/89, Judgment of 16 September 1996; *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis v. Greece*, App. no.35332/05, Judgment of 21 February 2008.

1519 *Hakansson and Sturesson v. Sweden*, Judgment of 21 February 1990, Series A No. 171, paras.48-49; *Wiesinger v. Austria*, App. No.11796/85, Judgment of 30 October 1991, Series A No. 213, para. 74.

1520 *Denev v. Sweden*, App. No. 12570/86, Admissibility Decision of 18 January 1989, para. 1 (The Law Bölümü), **DR Vol. 59**, sf: 127-130 (çevrenin korunması ve kerestelerin verimliliği amacıyla özel ormanda belirli tip ağaç dikme yükümlülüğü); *Haider v. Austria*, App. No. 63413/00, Final Admissibility Decision of 29 January 2004, para.2 (The Law Bölümü).

1521 *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao and others v. Portugal*, App. Nos.29813/96 and 30229/96, Judgment of 11 January 2000, para.43. Yalnız belirtmek gerekir ki bu davada yapılan toprak reformunun ekonomik ve toplumsal boyutları da vardır. Dolayısıyla bu karar sosyal siyasalar başlığı altında ele alınabilirdi.

1522 *N.A. and others v. Turkey*, App. No. 37451/97, Judgment of 11 October 2005, para. 40.

1523 *Lars Fägerskiöld and Mrs Astrid Fägerskjöld v. Sweden*, App. No. 37664/04, Admissibility Decision of 26 February 2008, para. 2 (The Law).

1524 *Posti and Rahko v. Finland*, App. No.27824/95, Judgment of 24 September 2002, para.77; ayrıca bkz. *Alatulkkila and Others v. Finland*, App. No. 33538/96, Judgment of 28 July 2005, para. 67.

arazilerinde üçüncü şahısların büyük ölçüde eğlence amaçlı avcılık aktivitesi yapmasını[1525] meşru amaç bakımından sorun olarak görmemiştir.[1526] Daha doğrusu Mahkeme, başvurucuların ayrıntılı itirazlarını reddederek özel mülkiyette üçüncü kişilerin avlanması izninin düzensiz/kayıtdışı avcılığın engellenmesi ve av (*game*) stoklarının akılcı idaresi meşru amaçlarını güttüğü değerlendirmesini yapmıştır.[1527] Kısacası, AİHM'in bir sınırlama nedeni olarak, teknik ifadesiyle hayvan haklarını bir yana bırakalım, hayvanların korunması gibi görece daha basit bir amaç bile gütmediği açıktır.[1528]

Son yıllarda AİHM'in sırf hayvanların korunması mülahazasıyla hareket ettiği düşünülebilecek bazı kararlar bulunmaktadır. Örneğin ak sırtlı ağaçkakanların (white-backed woodpecker) yaşam alanlarının korunması mülahazasıyla, ikametgahın bulunduğu ve ana karayla o güne

---

1525 Karardan anlaşıldığına göre bu tip avcılık faaliyeti Fransa'da tarihi bir gelenektir. Bkz. *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos. 25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999, paras.10-15.

Bilindiği kadarıyla benzeri bir geleneksel avcılık oyunu İngiltere'de de mevcuttur ve hatta geçen yıllarda bu oyunun yasaklanması üzerine birçok hukuki tepki ortaya çıkmıştı. 2004 tarihli Avcılık Kanunu, bazı istisnaları olmakla birlikte, özel mülkiyete tabi araziler dahil olmak üzere, köpek eşliğinde vahşi memeli hayvan avlamayı yasaklamıştır. Şikayetçiler Birleşik Krallık Parlamentosunun özel mülkiyete bu derece müdahale eden bir kanun vaz etmeye yetkili olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bkz. Mark Elliot, "*The Sovereignty of Parliament, the Hunting Ban, and the Parliament Acts*", **Cambridge Law Journal**, Vol. 65, Part 1, March 2006, sf:1-4. Söz konusu yasağın yasallaşma aşamasında spesifik olarak **P1-1** ve Madde 8 açısından değerlendirilmesi için bkz. Rook, **a.g.e.**, sf: 219-223.

1526 Bu karar sonrası Fransız Danıştay'ının tutumu için bkz. Helene Pauliat, **a.g.m.**, sf:280; Anayasa Konseyi'nin tutumu için bkz. Oya Boyar, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mayıs 2004, sf:129 ve dn. 344. Doktrinde verilen bilgilere göre, bu karar sonrası Fransa'da bir siyasi parti kurulmuştur (bkz. Ress, **a.g.m.**, sf:644).

1527 *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos.25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999, paras.76-79, özellikle para.79. Orijinal ifade şöyledir: "The Court considers that in view of the aims which the Loi Verdeille assigns to the ACCAs, as listed in section 1 thereof, and the explanations provided on this subject, **it is undoubtedly in the general interest to avoid unregulated hunting and encourage the rational management of game stocks**" (vurgu eklenmiştir). Kararın bu boyutu hakkında ayrıca bkz. Marie-Benedicte Dembour, **Who Believes in Human Rights- Reflections on the European Convention**, CUP, 2006, sf:97-99.

Aynı yönde çok yeni bir karar için bkz. *Sture Nilsson v. Sweden*, App. No. 11811/05, Admissibility Decision of 26 February 2008.

1528 Bu noktada bağlamı farklı olmakla birlikte işbu Çalışmada çeşitli vesilelerle ele alınan *Amanda Bullock v. the United Kingdom*, (App. No.29102/95, Admissibility Decision of 16 January 1996) davasını hatırlatmak uygun olur. Bu olayda davacının hiçbir vukuatı olmayan pitbull'u durduk yerde ve fakat bir kanun hükmüne dayanarak uyutulmuş, Komisyon bu müdahaleyi ölçülü bulmuştu. Aşağıda "kamu güvenliği" başlığı altında yapılan açıklamalara bkz.

dek bağlantısı olmayan adaya giden yol yapımı için imar izni verilmemesinin ve müteakiben kamulaştırma yapılmasının mülkiyet hakkının ihlali teşkil ettiği iddiasıyla açılan bir davada AİHM, soyu tükenmek üzere olan ak sırtlı ağaçkakanların korunmasının meşru amaç teşkil ettiği değerlendirmesini yapmıştır. AİHM'in bu değerlendirmeye ulaşmasında ulusal yargı makamlarının keyfi olmayan yetkin bir araştırma yapmış olmalarının ve başvurucuların itirazlarının dinlenmiş olmasının da etkisi vardır.[1529]

Ancak ilk başta görünenin aksine, kararda hayvanların korunması mülahazasının meşru amaç olarak takdir edilmesinde bazı hususlar dikkat çekmektedir. Birincisi, Mahkemenin yaklaşımında ağaçkakanın korunması aslında genel olarak çevrenin korunmasının bir parçasıdır. Nitekim Mahkeme adil dengenin kurulduğuna ilişkin sonuç cümlesinde ağaçkakandan hiç bahsetmemekte, sadece çevrenin korunmasındaki genel yararı zikretmektedir. İkincisi, söz konusu ak sırtlı ağaçkakan soyu tükenme tehlikesi altında olan bir türdür. Üçüncüsü, başvurucular ulusal yargı makamları önünde usuli güvencelerden yararlanmış, argumanlarını dile getirme imkanlarına dahip olmuştur. Ulusal makamlar ak sırtlı ağaçkakanın durumu hakkında gerekli bilimsel incelemeyi yapmıştır. Bu unsurlar göstermektedir ki, AİHM hala soyu tükenmekte olan bir türün korunmasını bile kategorik olarak meşru bir amaç olarak addetmemektedir. AİHM o kadar *insan merkezcidir* ki[1530], somut olaydaki usuli güvenceler ve müdahalenin ölçülülüğünü sağlayan unsurlar bulunma-

---

1529 *Airi Aarniosalo and others v. Finland*, App. No. 39737/98, Admissibility Decision of 5 July 2005, para. 2/B (The Law). Mahkemenin ifadesi şöyledir: "*In the present case, the purpose of the interference was given as the protection of the environment, in particular protection of the habitat of the white-backed woodpecker. There is no reason to doubt that this was the genuine purpose of the expropriation both of the estate and the right to a road through the estate. The necessity of the measure was examined in proceedings before the Supreme Administrative Court, which heard evidence from the various parties as well as submissions from the World Wildlife Fund. That court found that it was established that the road would jeopardise the white-backed woodpecker, a species so rare as to be on the point of extinction. It found that the site was of such environmental importance as to render it a special protection area. There is no evidence before this Court which would indicate that this conclusion, reached after an adversarial procedure, was arbitrary or unreasonable.*"

Ayrıca bkz. *Kukkola v. Finland*, App. No. 26890/95, Judgment of 30 November 2004, para. 2 (The Law).

1530 Hem uluslararası çevre hukukunun hem de insan hakları hukukunun insan merkezciliğinin çevrenin hakları ve hayvan hakları doktrini (animal rights or rights of the environment) açısından eleştirisi için bkz. Catherine Redgewell, "*Life, The Universe and Everything: A Critique of Anthropocentric Rights*", **Human Rights Approaches to Environmental Protection**, eds. Alan E. Boyle and Michael R. Anderson, Clarendon Pres, Oxford, 1996, sf: 71-87, özellikle 81-87. Ayrıca bkz. Turgut, **a.g.e.**, sf:142-144.

saydı[1531], ak sırtlı ağaçkakanların korunması pek umrunda olmayacaktı. Belki pratik mülahazalarla müdahalenin meşru amaç gütmediği sebebiyle ihlal bulmayacaktı; ancak meşru amaç yoksunluğunu veya müdahale amacının meşruluğunun süpheli olmasını ölçülülük aşamasına eklemlediği biliniyor.

Çevre korunması nosyonu ile yakından bağlantılı olan şehir planlaması mülahazaları güdülerek yapılmış müdahalelerden kaynaklanan çok sayıda şikayet Strasbourg organları önüne gelmiştir.[1532] Bunlar genellikle imar ve inşaat izinlerinin kaldırılması veya askıya alınması yahut hiç imar izni verilmemesi[1533], kamulaştırma[1534] veya kamulaştırmasız el atma[1535], belirsiz süreli kamulaştırma şerhleri[1536], imar planı tadilat çalışmaları[1537] ve

---

1531 Müdahalenin ölçülülüğünü sağlayan unsurlar arasında mal sahibi başvurucunun kamulaştırma karşılığı makul bir tazminat almış olması, adaya giden yolun iptali sebebiyle zarar görenlerin bunu giderme olanağının bulunması, pahalı ve uzun olsa bile adaya giden bir başka güzergahın mevcudiyeti yer almaktadır. Bkz. *Airi Aarniosalo and others v. Finland*, App. No. 39737/98, Admissibility Decision of 5 July 2005, para. 2/B (The Law).

1532 Şehir planlamasının çeşitli Sözleşmesel haklar açısından doğurduğu sorunlar ve Birleşik Krallık hukukunun durumu hakkında bir inceleme için bkz. Timothy Jones, "*Property Rights, Planning Law and the European Convention*", **EHRLR**, Issue 3, 1996, sf: 233-242; Richard Drabble QC-James Maurici-Tim Buley, **Local Authorities and Human Rights**, OUP, 2004, sf:104-152 (Richard Drabble QC-James Maurici tarafından yazılmış "Planning and the Environment" başlıklı 5. Bölüm).

1533 Örneğin bkz. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos.7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52 (imar/inşaat yasağı ve kamulaştırma şerhi); *Allan Jacobsson v. Sweden*, App. No.10842/84, Judgment of 25 October 1989, Series A No. 163, para.59 (imar/inşaat yasağı); *Pine Valley Developments Ltd. and others v. Ireland*, App. No.12742/87, Judgment of 29 November 1991, Series A No. 222, para.57 (imar izninin kaldırılması); *Katte Klitsche de la Grange v. Italy*, App. No.12539/86, Judgment of 27 October 1994, Series A No. 293-B, para.35 (imar planı değişikliği ve imar oranının düşürülmesi); *Phocas v. France*, App. No.17869/91, Judgment of 23 April 1996, paras.54-55 (imar/inşaat yasağı ve kamulaştırma şerhi); *Matti and Marianne Hiltunen v. Finland*, App. No.30337/96, Admissibility Decision of 28 September 1999 (imar/inşaat yasağı); *Pialopoulos and others v. Greece*, App. No. 37095/97, Judgment of 15 February 2001, para. 58; *Ansay and others v. Turkey*, App. No. 49908/99, Admissibility Decision of 2 March 2006 (kadastroda orman vasfı, imar yasağı).

Türk AYM'nin bir kararında imar planlarının uygulaması adına yapılan sınırlamaların kamu yararı güttüğü sonucuna vardığı görülmektedir. AYM bu kararında AİHM'in ünlü *Sporrong ve Lönnroth* kararına atıf yapmıştır (bkz. Esas Sayısı: 1999/33, Karar Sayısı: 1999/51, Karar Günü: 29.12.1999).

1534 *Platakou v. Greece*, App. No.38460/97, Judgment of 11 January 2001; *Yıltas Yıldız Turistik Tesisleri v. Turkey*, App. No.30502/96, Judgment of 23 April 2003.

1535 *Papamichalopoulos and others v. Greece*, App. No. 14556/89, Judgment of 24 June 1993, Series A No. 260-B.

1536 *Rosinski v. Poland*, App. No. 17373/02, Judgment of 17 July 2007, paras. 70, 76; *Skrzynski v. Poland*, App. No. 38672/02, Judgment of 6 September 2007, para.80.

1537 *Pincock v. The United Kingdom*, App. No. 14265/88, Admissibility Decision of 19 January 1989, **DR Vol. 59**, sf: 281-285.

özel mülkiyete tabi kültürel taşınmaz malvarlıklarının korunması[1538] gibi sınırlama nedenlerini içermektedir.

Şu husus da eklenmelidir ki *Buckley* davasında Mahkeme şehir planlamasının takdir marjı bakımından önemini Madde 8 bağlamında dile getirmiştir. Bunu yaparken Mahkeme **P1–1** eksenli olup burada zikredilen kararlardan bazılarına atıf yapmaktadır.[1539]

c) Ahlakın Korunması, Suçla Mücadele ve Yargının Otoritesinin Korunması

Birçok müdahale, ahlakın korunması ile suçla mücadele amaçlarına yöneliktir. AİHM bu amaçları, hemen hemen sorgusuz sualsiz meşru olarak addetmektedir. Ünlü *Handyside* davası konuyla ilgili ilk örnektir.

Başvurucu Bay Richard *Handyside*, 1968 yılında açılan Stage 1 isimli yayınevinin sahibidir. Başvurucunun sahip olduğu bu yayınevi genellikle sol yayınlar basmaktadır. AİHM önündeki başvuruya konu olan ise The Little Red Schoolbook isimli kitaptır. Bu kitap Danimarkalı yazarlarca yazılmış olup yayınevinin yaptığı anlaşma uyarınca İngilizceye çevrilmiştir. Kitap gençler için cinsel bilgiler içermektedir (para.9-12, 20).

Kitabın reklamı yapılmış ve kitap yaygın olarak dağıtılmıştır. Sağda solda kitap hakkında olumlu ve olumsuz değerlendirmeler çıkmıştır. Bu arada kitap hakkında bazı şikayetler olmuştur. Bu şikayetler üzerine Kamu Savcısı polise araştırma yapması emrini vermiştir. Bunların sonucunda Müstehcen Neşriyat Kanunu (*Obscene Publications Act*) uyarınca alınan bir Mahkeme arama emrine dayanarak yayınevinin Londradaki bina ve müştemilatlarında arama yapılmıştır. Arama emri başvurucunun yokluğunda verilmiştir, ancak hakim önünde davaya konu olan kitabın kopyası bulunmaktaydı. Arama emri neticesinde kitabın 1069 nüshasına ve kitapla ilgili çeşitli tanıtım broşürlerine, posterlere ve kartlara geçici olarak el konulmuştur. Daha sonra tekrar yeni bir arama emri çıkartılmış ve hem yayınevinden hem de matbaadan toplam 159 nüsha kitaba daha ve baskı kalıbına (matrix) el konulmuştur. Yapılan yargılama sonucunda başvurucu Müstehcen Neşriyat Kanununa aykırılıktan suçu bulunmuş ve para cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme ayrıca el konulan nüshaların müsaderesine ve yok edilmesine de karar vermiştir. Yapılan temyiz sonucu değiştirmemiş ve müsadere edilen nüshalar yok edilmiştir (para.12-18).

1538 Özel mülkiyete tabi kültürel malvarlığı statüsündeki bir taşınmazın kamulaştırılmasında kıymet takdirinin yetersizliğine dair bir şikayet için bkz. *Kozacıoğlu v. Turkey*, App. No.2334/03, GC Judgment of 19 February 2009.

1539 *Buckley v. the United Kingdom*, App. No.20348/92, Judgment of 25 September 1996, para.75.

Başvurucu, *inter alia*, kitap nüshalarına ve çeşitli broşürlere el konulmasının, mahkeme kararıyla bunların bir ceza olarak müsadere edilmesinin ve nihayet yok edilmesinin **P1-1** madde 1'de düzenlenen mülkiyet hakkının ihlalini oluşturduğunu ileri sürmektedir. Başvurucu ilk etapta hem el konulma hem de müsadere ve yok etme işlemlerinin mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Hükümet ise buna karşı çıkmamış; ancak, yapılan müdahalenin **P1–1**/1, cümle 1 (2 olmalı)'de yer alan sınırlamalara uygun olduğunu iddia etmiştir.

Mahkeme ise işe öncelikle şikayet konusu el koyma işleminin geçici olduğunu tespitle başlamıştır. Mahkemeye göre, el koyma işlemi geçici olduğuna göre, ortada **P1–1**/1 c.2 anlamında mülkiyetten yoksun bırakma bulunmamakta; sadece engelleme bulunmaktadır. Mahkeme ayrıca Sözleşmenin *Hazırlık Çalışmaları*na atıf yaparak, **P1–1**/1 c.2'de yer alan "mülkiyetten yoksun bırakılma" ifadesinin "sahip olmadan yoksun bırakılma" anlamına geldiğini de tespit etmektedir.

Diğer yandan Mahkeme, el koyma işlemi "mülkiyetin kullanılmasıyla" alakalı olduğundan Madde 1 fıkra 2'nin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, **P1–1**/2, Sözleşme Madde 10/2'den farklı olarak, taraf Devletleri bir müdahalenin "gerekliliği" hususunda tek yetkili kılmıştır. Bu nedenle Mahkeme incelemesini yapılan kayıtlamanın (el koyma işlemi) hukukiliği ve amacıyla sınırlamıştır. Yapılan kayıtlamanın hukukiliği hususunda taraflar arasında bir anlaşmazlık bulunmamaktadır, işlem iç hukuka uygun olarak yerine getirilmiştir. Kayıtlamanın amacı ise "ahlakın korunması" olup **AİHS** Madde 10/2'de kullanılan bu ölçüt çok daha geniş içerikli olan **P1–1**/2'de yer alan "genel yarar" nosyonu içinde değerlendirilebilir. Buna göre, olayda el koyma işlemi mülkiyete Protokole aykırı bir müdahale teşkil etmemektedir.

Kitap nüshalarının müsaderesi ve yok edilmesi bakımından da Mahkeme öncelikle yapılan müdahalenin niteliğini ortaya koymuştur. Müsadere ve yok etme kalıcı bir mülkiyetten yoksun bırakma işlemidir. Ancak Mahkemeye göre, hukuka uygun bir yargılama sonunda genel yarar için tehlikeli ve zararlı bulunan yayınlar için müsadere ve yok etme önlemleri, **P1–1**/2 tarafından geçerli kılınmaktadır.[1540]

1540 *Handyside v. the United Kindgom*, Judgment of 7 December 1976, Series A No. 24. Benzer bir vakada Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, ulusal makamların dergilerin yayınlanmasını engellemelerini ve basılı nüshaları müsadere etmelerini **AİHHŞ**'nin mülkiyet hakkına yer veren 14. Maddesi uyarınca mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir (bkz. *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria*, Nos. 105/93-128/94-130/94-152/96, African Commission's Decision of 31 October 1998, para. 77, Twelfth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights 1998-1999, AHG/215 (XXXV), sf: 59.)

O günden sonra, suçla mücadele için alındığı ileri sürülen önlemler hep meşru kabul edilmiştir. Devletin suçla mücadele için alabileceği mülkiyet hakkını kayıtlayıcı önlem çeşitleri son derece geniştir.[1541] Aşağıda bu konudaki birkaç örnek zikredilecektir.

Bu bağlamda müsadere ve el koyma tipi müdahaleler özellikle zikredilmelidir.[1542] 1986 tarihli *AGOSİ* davasında başvurucu şirket mülkiyeti muhafaza kaydıyla üçüncü kişilere altın sikke satmıştır. Üçüncü kişiler altın sikkeleri İngiltereye kaçak olarak sokmak isterken yaklanmış ve sikkelere el konulmuştur. Bu arada alıcı üçüncü kişilerin Başvurucu şirkete verdiği çek karşılıksız çıkmış, sikkelerin mülkiyeti şirkette kalmıştır. Mahkeme el koyma ve müsadere müdahalelerini kontrol tipi bir müdahale olarak görmektedir. Her ne kadar özünde mülkiyetten yoksun bırakılma neticesi meydana gelmişse de, söz konusu yoksun bırakma altın sikkelerin kullanılmasının kontrolü için üretilmiş usulün kurucu unsurudur. Bu özellik, el koyma ve müsadere müdahalelerinin **P1–1/2** anlamında kontrol niteliğinde olduğu sonucuna götürür.[1543] Suç konusu malların müsaderesine bir başka örnek *Ali Esen* davasıdır. Usulüne uygun olarak üzerine kayıtlı arabasına el konulması durumundan mülkiyetten yoksun bırakılma değil ve fakat **P1–1/2** anlamında bir kontrol vardır. Mahkeme, *Ali Esen* davasında el koyma işleminin yoksun bırakma seviyesine vardığını teslim etmekle birlikte, bunun yine de kontrol niteliğinde olduğu sonucuna varır.[1544] Buna bir gerekçe göstermemekle birlikte, Mahkemenin daha önce bütün el koyma ve müsadere tasarruflarını hep **P1–1/2** anlamında kontrol olarak görmüş olmasının etkisi olsa gerektir. Herhalde Mahkeme geleneği bozmak istememiş olsa gerektir. Ayrıca henüz ulusal yargıdaki ceza davası sürmesine rağmen arabanın başvurucuya yeddi emin olarak kullanması amacıyla iadesi de Mahkemenin el koyma müdahalesinin kontrol niteliğinde olduğu sonucuna varmasında

---

1541 Çeşitli sınıflama denemeleri için bkz. Ölçer, **a.g.m.**, sf:165-194, özellikle 177-191; Allen, **Human Rights Act**, sf:257-281; Reid, **a.g.e.**, sf:296-297; Sarı, **a.g.e.**, sf:104-113. Diğer yandan doktrinde Trechsel, **Human Rights in Criminal Proceedings**, sf:560'da, sadece koruma tedbiri olarak geçici el koymaları ele almakta, bir yaptırım türü olan müsadereyi **P1-1** mülkiyet hakkı bakımından yaptığı incelemenin dışında bırakmaktadır.

1542 Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında genel müsadere cezasını, diğerlerinin yanı sıra, 1982 Anayasasının mülkiyet hakkını düzenleyen 35. Maddesine aykırı bulmuştur. Bkz. Esas Sayısı:1987/28, Karar Sayısı: 1988/16, Karar Günü: 3/6/1988.

1543 *AGOSI v. the United Kingdom*, App. No.9118/80, Judgment of 24 October 1986, para.51.

1544 *Ali Esen v. Turkey*, App. No.74522/01, Judgment of 24 July 2007, para.31. Benzer bir davada ise şikayetçinin arabasına gümrük mevzuatına aykırı olarak ülkeye soktuğu için el konulmasını ve bilahare söz konusu arabanın icra yoluyla satılmasını (mülkiyetin sahibi değişmiştir) ayrı ayrı ele almış ve fakat yasallık unsurundan ihlal bulduğu için üzerinde fazla durmamıştır. Bkz. *Viktor Konovalov v. Russia*, App. No.43626/02, Judgment of 24 May 2007, para.41.

etkendir.[1545] Benzer şekilde, Litvanya sınırından geçerken vizon kürkleriyle yakalan kişinin yaptığı şikayette, AİHM kürklere el konulmasını kontrol tipi bir müdahale olarak nitelemiştir.[1546]

Suçun işlenmesinde kullanılan araçlara da el konulabilir veyahut bunlar müsadere edilebilir. *Air Canada* davasında içinde uyuşturucu taşınan uçağa 50.000 sterlinlik ceza ödenene kadar el konulmuştur. Mahkeme bakımından suç işlenmesinde kullanılan araca koşullu olarak geçici süreli el konulması kontrol tipi bir müdahaledir.[1547] Geçerli bir ehliyeti bulunmaksızın araç kullanmaktan defalarca yakalanan kişinin arabasına ulusal mevzuat çerçevesinde el konulmasında da genel yarar bulunmaktadır.[1548] Benzer şekilde, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığında kullanılan bir başkasına ait otobüsün asıl sahibine iade edilmemesinde genel yarar bulunmaktadır.[1549] Oldukça yakın tarihli bir kararda, İran Devletine ait bir kargo gemisinin silah kaçakçılığı gerekçesiyle Boğazlardan geçerken, yükü ile birlikte alı konulduğunu görmekteyiz.[1550]

Suçla mücadelede kanıt toplamak için yapılan aramalarda el konulan materyeller bakımından da meşru yarar olduğu söylenebilir. Örneğin hukuka aykırı olarak tadilat yapılan evin geçici süreli mühürlenmesinde kanıtların korunması meşru amacı bulunmaktadır.[1551] Mahkemeye göre, kanıtlara ve belgelere el konulmasındaki yarar, adaletin düzgün işlemesine (*proper administration of justice*) yöneliktir.[1552] Gümrük mevzuatından kaynaklanan el koyma ve müsadereleri bu bağlamda ele almak mümkündür. Ne de olsa, ülkeye belirli bir miktarın üzerinde paranın beyansız sokulmasının yasaklanması örgütlü suçlarlar mücadele için gerekli görülmektedir. Nitekim, çok yeni bir kararında AİHM, üzerindeki parayı beyan etmeyen başvurucunun bu parasına el konulmasını, BM **Sınıraşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesi** bağlamında, bu Sözleşmede düzenlenen suçlarla mücadele meşru amacı güttüğünü belirlemiştir.[1553]

1545 *Ali Esen*, paras.34-35. Zaten AİHM başvurucuya yeddi emin olarak arabanın ücretsiz tevdi edilmesini müdahalenin ölçülülüğünü (dengeyi) gösterdiğini düşünmektedir.

1546 *Jucys v. Lithuania*, App. No. 5457/03, Judgment of 8 January 2008, para. 34.

1547 *Air Canada v. the United Kingdom*, Case No. 9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995, paras.31-34.

1548 *Günter Schmelzer v. Germany*, App. No. 45176/99, Admissibility Decision of 12 December 2000, para. 2 (The Law).

1549 *Yıldırım v. Italy*, App. No. 38602/02, Admissibility Decision of 10 April 2003.

1550 *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007, para.87 (*Air Canada v. the United Kingdom*, Case No. 9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995, para.34'de atıfla).

1551 *Venditteli v. Italy*, App. No.14804/89, Judgment of 18 July 1994, Series A No. 293-A, para.38.

1552 *Smirnov v. Russia*, App. No. 71362/01, Judgment of 7 June 2007, para.57.

1553 *İsmayilov v. Russia*, App. No. 30352/03, Judgment of 6 November 2008, para. 33. Ayrıca bkz. *Grifhorst v. France*, App. No. 28336/02, Judgment of 26 February 2009.

Nihayet, suç işlenerek elde edildiği düşünülen malların müsaderesi mümkün olup bu durum ilke olarak **P1-1** anlamında meşru bir amaca yöneliktir. Örneğin mafya babası olduğu iddia edilen bir kişinin bazı taşınmaz ve taşınırlarının müsaderesi[1554], uyuşturucu kaçakçısı olduğu ulusal yargı kararlarıyla sabit bir kişinin yapılan mali inceleme sonucu bu suçu işlemesiyle elde ettiği tespit edilen meblağ oranında feri cezaya çarptırılması[1555] meşru amaç güttükleri gibi ölçülü bir müdahale olarak nitelenmiştir. Bu noktada, örgütlü suçla mücadele amacının önemi, zaten hali hazırda dar olan ölçülülük testini iyice zayıflatmakta ve kullanılan sınırlama araçlarının seçiminde kamu makamlarına çok kuvvetli bir takdir marjı bırakmaktadır.

Ahlakın korunması ve suçla mücadele amaçlı müdahalelerin yanı sıra yargı otoritesinin korunması amacına yönelik müdahalelerinde Strasbourg organlarınca meşru addedildiğini gözlemlemek mümkündür. Hemen eklenmelidir ki, yargı otoritesinin ve son tahlilde adaletin gerekleri temelli müdahale ölçütleri **AİHS**'in sınırlanabilir diğer bazı hakları bakımından ilgili maddede açıkça hüküm altına alınmıştır. **P1-1** açısından ise bu amaçları karşılamaya yönelik müdahaleler "genel yarar" klozu altında değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda verilebilecek ilk örnek yargının hızla işleyişini sağlamak için hakimce taraflardan birine verilen para cezasının **P1-1**'e uygunluğuna dair karardır. Bir avukat olan başvurucu, ceza davası sırasında talep ettiği anda tanıkların dinlenmesi mahkemece uygun görülmediği için protesto olarak duruşmayı terketmiş, hakim de bunun üzerine sanık savunmasız kaldığı için duruşmayı ertelemiş ve o zaman yürürlükte olan Alman Ceza Usul Kanununun 145/4 maddesi hükmü uyarınca gecikme ve ertelemeden kaynaklanan masrafları başvurucuya yüklemiştir. Başvurucu avukat AİHK önünde bu tip bir cezanın verilebilmesi için gerekli olan koşulların oluşmadığından cihetle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon fazla bir tartışma yapmadan **P1-1**'in Devletlerin para cezası verme, vergi ve benzeri katılar salma yetkilerine halel getirmediğini vurgulayarak olayda uygulanan cezanın kanuni temeli olduğundan hareketle şikayeti açıkça temelsiz ilan etmiştir.[1556] Besbelli AİHK, olayda

---

1554 *Raimondo v. Italy*, App. No. 12954/87, Judgment of 22 February 1994, paras.27-33. Ancak önemle belirtilmelidir ki, bu vakada ulusal mahkeme kararlarının makul bir süre içinde yerine getirilmemesinin mülkiyet hakkının ihlali teşkil ettiği karara bağlanmıştır (bkz. paras.34-36).

1555 *Phillips v. United Kingdom*, App. No.41087/98, Judgment of 5 July 2001, paras. 50-54, özellikle 53-54.

1556 *X. v. Germany*, App. No.7544/76, Admissibility Decision of 12 July 1978, (The Law), **DR Vol. 14**, sf:60-61. Aynı yıl içinde çok benzer konulu bir karar bu kez Avusturyaya karşı o dönemde yürürlüke bulunan Ceza Usul Kanununun 274. maddesi çerçevesin-

hakimin mevzuat çerçevesindeki yetkisini kullanması sırasındaki takdirine saygı göstererek yargının otoritesinin korunmasına önem vermiştir.

Yargının otoritesinin korunmasının genel yararı ve giderek kamu yararını karşıladığını gösteren bir başka karar olarak öğrencilere oda tahsis eden bir vakfın açtığı davayı göstermek mümkündür. Kira süresi biten öğrencinin çıkması için hukuki girişimlerde bulunan vakfa karşı öğrenci yetkili yargı makamından bir çeşit ihtiyadi tedbir kararı alarak tahliyesini askıya aldırmaya başarır. Bunun üzerin AİHK'e başvuran vakıf, söz konusu kararın kendisinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürer. Komisyon, sikayet konusu ihtiyadi tedbir kararının mülkyetten yararlanmayı engellediği için **P1-1**'e bir müdahale teşkil ettiği soncuna varır. Bununla beraber bu müdahale meşru amaç gütmektedir, çünkü bu tedbir kararı öğrencinin kira sözleşmesini uzatmak hakkı olup olmadığına dair açılan bir davanın unsuru olarak verilmiştir ve bu dava Komisyonun incelemesi sırasında derdesttir. Kira sözleşmesinin uzatılıp uzatılmayacağına dair yapılan yargılama devam ettiğine göre, tahliyeyi engelleyen tedbir kararı genel yarara hizmet etmektedir.[1557] İhtiyadi tedbir kararlarına riayet etmenin yargı işlevi için ne kadar önemli olduğunu söylemeye gerek yoktur herhalde. AİHK zikredilen kararıyla ihtiyadi tedbirlerin önemini mülkiyet hakkı özelinde teyit etmiş oldu. Üstelik bu karardan devinerek, ulusal hukuklarda sıkça verilen ihtiyadi tedbir kararlarının, ilkesel olarak meşru amaç güttüğü değerlendirmesinin yapılacağı sonucu çıkarılabilir.[1558]

Bire bir yargının otoritesinin korunması amaçlı müdahaleler kategorisine girmemekteyse de, bir tutuklu veya hükümlünün kısa süreli olarak veya şartlı olarak salıverilmesi için mali güvenceler istenmesi benzer

---

de hakimce duruşmanın ertelenmesine yol açan avukata verilen para cezasının **P1-1**'e uygunluğu hakkında verilmiştir. Somut olay çerçevesinde daha ayrıntılı bir değerlendirme yapan AİHK yine ulusal yargıcı haklı görmüştür (bkz. *X.. v. Austria*, App. No. 7909/74, Admissibility Decision of 4 October 1978, **DR Vol. 15**, sf:160-164, özellikle sf: 164). Üç ay önceki kararına atıf yapmayan Komisyonun değerlendirmesi somut olayın özelliklerini dikkate almakla birlikte, kanımca ilkesel bir tercih olarak ulusal yargıcının takdirine ağırlık verildiğini gösteriyor. Somut olayın verileri başvurucu lehine bir sonucu desteklemektedir.

1557 Komisyon tedbir kararını veren yargı yerinin ulusal hukuka aykırı davrandığını gösteren bir done olmamasını da gerekçeleri arasına eklemiştir. Bunun yanı sıra, öğrencinin mağdur olmamasını da zımnen gözetmiş olabilir. Bkz. *Stiftelsen Akademiska v. Sweden*, App. No. 11661/85, Admissibility Decision of 6 July 1987, **DR Vol. 53**, sf: 163-164.

1558 AİHM'in ihtiyadi tedbir kararlarıyla ilgili olarak **AİHS** Madde 6 çerçevesinde yaptığı değerlendirme için bkz. *Micallef v. Malta*, App. No. 17056/06, Judgment of 15 January 2008. Mahkemenin ayrıca kendi verdiği geçici tedbir kararlarına verdiği önem ve bu kararlara riayet edilmediğinde ortaya çıkacak durum için bkz. *Mamatkulov and Askarov*, App. Nos. 46827/99 and 46951/99, GC Judgment of 4 February 2005.

bir örnek olarak burada ele alınabilir. Kısa süreli olarak veya şartlı olarak salıverilmek için mali güvenceler istenmesi **P1–1**/1 bakımından bir sorun doğurmaz; **P1–1**/2 bakımından sorun doğurur. Olayda başvurucu vatansız bir kişi olup ikamet ettiği Almanya'da vergi kaçırma suçundan dolayı hüküm giymiştir. Ancak cezası sağlık durumu nedeniyle askıya alınmıştır. Bunun için yetkili makamlar, diğerlerinin yanı sıra, başvurucudan toplam 2 milyon Alman Markı teminat yatırmasını istemişlerdir. Başvurucu, salıverilmesi için aranan bu maddi koşulun **P1-1**'deki mülkiyet hakkını ihlal ettiği görüşündedir. Komisyona göre, başvurucu malvarlığından yoksun bırakılmadığı için 1. fıkra uygulanabilir nitelikte değildir. Mali teminatlarlar geçici niteliktedir. Tutuklu veya hükümlünün kısa süreli olarak veya şartlı olarak salıverilmesi için mali güvenceler istenmesi genel yararın korunması amacı gütmektedir. Mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde bir belirti yoktur.[1559] Burada da yargı ve infaz sistemi içinde yapılan değerlendirmeler ve ilgili mevzuat çerçevesinde alınan kararlara AİHK'ce saygı gösterildiği anlaşılmaktadır.

d) Vergi, Benzer Katkılar ve Kamu Görevi Niteliğindeki Zorunlu Çalışmalar

P1–1/2'nin Taraf Devletlere vergi salma yetkisi ile benzeri diğer mali katkıları tahsil etmek hususunda açık bir yetki verdiği çeşitli vesilelerle dile getirilmişti.[1560] Bu hüküm bağlamında çok sayıda başvuru Strasbourg organları önüne taşınmıştır.

Vergi salma açısından çok çeşitli vergi uyuşmazlıklarının **P1–1** özelinde gündeme getirildiği gözlemlenebilmektedir.[1561] Bunlar arasında ge-

---

1559 *M. v. Germany*, App. No.10307/83, Admissibility Decision of 6 March 1984, para.4 (The Law), **DR Vol. 37**, sf:113-121, özellikle 119.

1560 Doktrinde Jochen Abr. Frowein, "*The Protection of Property*", **The European System for the Protection of Human Rights**, (Eds. Mcdonald et. al.), Martinus Nijhoff Publishers, the Hauge, 1993, sf: 515-529, 528'de, bu klozun **P1-1** metnine niçin eklendiğinin kesin olarak belirgin olmadığını, olsa olsa Sözleşme yapıcılarının icrai usullerin **P1-1**'e aykırı düşmeyeceğini netleştirmek istemiş olabilecekleri yazılıdır. Diğer yandan doktrinde Broek, **a.g.m.**, sf: 76'da, **P1-1**/2 metninin vergi salma yetkisini açıkça içermediğini, sadece verginin tahsili araçlarının hüküm kapsamında olduğunu ileri sürmüştür. Broek'e göre, vergi salma yetkisinin **P1-1**/2 kapsamında görülmesini AİHK yorum yoluyla sağlamıştır.

1561 Türkçe literatürde Güneş, **a.g.e.**, sf:239'da **P1–1**/2 hükmünün "ışığı altında mülkiyet hakkına el atan ve onun kullanımını kısıtlayan vergilerin konulmasına ve tahsiline yönelik işlemlere karşı İHAM'ne başvuru hakkı kural olarak bulunmamaktadır. Bir başka deyişle başvurucular doğrudan vergi aslına ilişkin olarak temel hak ve özgürlüklerinin ihlalini ileri süremeyeceklerdir" şeklinde görüş açıklamaktadır. Yazar ayrıca durumu AİHM'in "vergi aslını ilgilendiren ihlallere kapalı olması ilkesi" olarak adlandırmaktadır. Alıntılanan ifade yerinde değildir. Yanlışlığın ilk boyutu yazarın ifade biçiminden kaynaklanmaktadır. Teknik bakımdan, yazarın lafzının tersine, başvuruculların AİHM'e başvurmalarının ve vergi aslına ilişkin olarak mülkiyet hakkı

riye yürürlü vergi tarhiyatı[1562], gelir vergisi[1563], veraset vergisi[1564], katma değer vergisi[1565], kilise vergisi[1566], geriye yürürlü olarak *kesin hükümle* (*res judicata*) kazanılmış bulunan vergi muafiyeti hakkının kaldırılması[1567] gibi spesifik vergi uyuşmazlıkları bulunmaktadır.

Elbette, Devletlerin vergi alacağını tahsil edebilmek için kullandıkları hukuki araç ve kurumlar da, Strasbourg organları tarafından vergi salma yetkisinin doğal uzantısı olarak değerlendirilmektedir.[1568] Örneğin *Kiraly* davasında başvurucu mücevherlerine el konulan bir kadındır. Eşinin ve oğlunun vergi kaçırdığı iddiaları çerçevesinde ulusal hukuka uygun olarak banka kasalarındaki değerli nesnelere ve bu arada kendisinin olduğunu iddia ettiği mücevherlerine el konulmuştur. AİHK bu durumun **P1–1** açısından bir problem yaratmadığı düşüncesindedir. Öncelikle mücevhere delil olarak el konulmuştur ve tutulmasının sebebi borçlu eş ve oğula salınacak ek vergilerin ödenmesini sağlamaktadır. Ayrıca ulusal yargı makamlarının el konulan mücevherin borçlu eşe ait olabileceği veya en azın-

---

dahil Sözleşmesel haklarının "ihlalini ileri sürmelerinin" önünde hiçbir engel yoktur. Vergi aslına dair uyuşmazlıklar, **AİHS**'in adil yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6 hükmünün tersine, her halükarda **P1-1** kapsamına girerler. Yazarın ifadelerini, bu başvurunun başarı şansının olmadığı veya düşük olduğu şeklinde anlamak gerekir. Ancak, yazarın ifadeleri böyle anlaşılacak olsa bile, verilen bilgi yanlış olmaktadır. Zira ortada vergi aslına kapalı bir durum hiçbir zaman olmadığı gibi, çok sayıda karar ile bir verginin özünün mülkiyet hakkı ihlaline yol açabileceği içtihat eylenmiştir. Bu Çalışmada söz konusu içtihatlar ele alınacaktır. Gerçi bu içtihatları oluşturan davaların büyük bir kısmında mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Ancak somut olay çerçevesinde ihlal olmadığı vargısı başka şey, AİHM'in (ve **P1-1**'in) vergi aslı uyuşmazlıklarına kapalı olması başka şeydir. Zaten son yıllarda vergi aslına dair uyuşmazlıklarda **P1-1**'in ihlali bulgusunun oranı giderek artmaktadır.

1562 *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, App. Nos.21319/93-21449/93 ve 21675/93, Case No. 117/1996/736/933-935, Judgment of 23 October 1997 (iptal edilen teknik olarak hatalı vergi düzenlemelerinin geriye yürürlü olarak yeniden çıkarılması ve bu sebeple iptal edilen düzenlemeye göre ödenen verginin iadesi talebinin reddi);

1563 *D, G. and D. W. Lindsay v. the United Kingdom*, Ap.. No. 11089/84, Admissibility Decision of 11 November 1986, **DR Vol. 49**, sf: 181-193.

1564 *Jokela v. Finland*, App. No.28856/95, Judgment of 21 May 2002, paras.57-60, 61-64 (kamulaştırmaya temel alınan piyasa değeri ile vergiye temel alman piyasa değerinin farklı olması); *Burden v. UK*, App. No. 13378/05, GC Judgment of 29 April 2008 (evliler, evlilik benzeri yaşam beraberlikleri ile birlikte yaşayan kardeşler arasında veraset vergisi bağışıklıkları arasında farklılık).

1565 *Intersplav v. Ukraine*, App. No. 803/02, Judgment of 9 January 2007 (KDV iadelerinin ödenmemesi-geç ödenmesi)

1566 *Darby v. Sweden*, App. No.11581/85, Judgment of 23 October 1990, Series A No. 187 (kilise vergisinden muafiyet tanınmaması).

1567 *Stere and others v. Romania*, App. No. 25632/02, Judgment of 23 February 2006, para.54.

1568 Reid, **a.g.e.**, sf:514; Sarı, **a.g.e.**, sf: 102.

dan müşterek mülkiyete tabi olabileceği şüphesini makul bulmalarında bir keyfilik yoktur. Süre giden müsadere vakanın koşulları çerçevesinde açıkça ölçüsüz değildir. Bu nedenlerle şikayet kabuledilemez.[1569]

Benzer şekilde *Gasus Dosier* davasında başvurucu tüzel kişi ticari şirket, bir başka şirkete mülkiyeti muhafaza kaydıyla (*retention title*) bir iş makinesi (beton karıştırıcısı/*concrete mixer*) satmıştır. Satın alan şirket iş makinesinin parasını henüz ödemeden, vergi borcu nedeniyle iş makinesine vergi dairesince el konulur. Daha sonra alıcı şirket tasfiye sürecine girer ve nihayetinde iflas eder. Mülkiyeti saklı tutan Gasus şirketi, iflas idaresine başvurarak, iş makinesinin kendisine iadesini ister. Talebi reddedilir ve açtığı davaları kaybeder. Mahkeme müdahalenin kamu yararı veya genel yarar güttüğünde hiç şüphe etmemektedir.[1570]

Bunların hepsinde, ya açıkça ya da üstü kapalı olarak müdahalenin genel yarara ve giderek kamu yararına uygun olduğu kabul edilmiştir. Vergi davalarında Devlete verilen takdir marjı mutlaktır.[1571] Strasbourg organları önüne gelen vergi kaynaklı uyuşmazlıkların ağırlıklı olarak klasik vergilerle ilgili olduğu anlaşılıyor. Bununla birlikte yeni vergi türlerinin[1572] de Devletin sahip olduğu takdir marjı kapsamında yer alacağını söylemek yanlış olmaz.

Diğer yandan, AİHM'in vergi uyuşmazlıklarında Devlete mutlak takdir marjı bırakması sorgulanmaya açıktır. Her şeyden önce, yerleşik görüşe göre vergi tarhiyatı ve tahsilatının amacı geniş anlamda kamu hizmetlerini finanse etmektedir.[1573] Aslında kamu hizmetinin sözde meccaniliğinin arkasında, gerekli bedelin vergi yoluyla tahsil edilmiş olduğu varsayımı yatar. Ancak günümüzde kamu hizmeti anlayışı köklü değişikliklere uğramıştır. Artık kamu hizmetini Devlet gerçekleştirmemektedir. Özelleştirme denilen süreç kamu hizmetlerinin ifasından Devletin elini çekmesi, yalnızca denetleyen rolünü oynamasıdır – ki bu konuda ayrıntılı bilgi ve referanslar Çalışmanın kamu tüzel kişilerinin mülkiyet hakkının öznesi olup olamayacağının tartışıldığı I. Bölümünde verilmişti. Kamu hizmeti kavramı ve özellikle görülüş usulünde köklü değişiklikler ol-

---

1569 *Hedwig Kiraly v. Austria*, App. No.15396/89, Admissibility Decision of 9 December 1991, para.2 (The Law).

1570 *Gasus Dosier- und Fördertchnik GmbH v. Netherlands*, Case No. 43/1993/438/517, Judgment of 23 February 1995.

1571 Krş. Reid, **a.g.e.**, sf:513-514; Yaltı, **a.g.e.**, sf:62-64; Ch. J. Langeris, "*Taxation and the Right to Property*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:155-163, 157-158.

1572 Yeni vergi türleri hakkında bilgi için bkz. Esra Ekmekçi, **Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 2003, sf: 5-8, 20-115.

1573 Güneş, **a.g.e.**, sf: 98-99.

duğuna ve artık hizmet alanlar çoğu kez bunun bütün bedelini (hizmet verenin karı dahil) ödediğine göre, tahsil edilen vergilerin, hem sayıca hem bedelce, kayda değer ölçüde azaltılması gerekir. Bu yaklaşıma paralel olarak, AİHM'in de vergi uyuşmazlıklarında meşru amaç bakımından Devlete verdiği mutlak takdir marjını daraltması, daha sıkı denetlemesi beklenir. Zira AİHM'in mevcut yaklaşımı, vergi vermenin kutsal bir görev olarak addedildiği günlerden kalmadır.

Bu eleştiriyi bir yana bırakarak tekrar uygulama gerçeğine dönelim. Vergi salma yetkisinin, somut olay özelinde genel yarara ve giderek kamu yararına uygun olmadığına karar verilen ilginç bir karar bulunmaktadır. *Dangeville* davasında başvurucu şirket AB hukukuna aykırı ve fakat ulusal hukuka uygun olarak ödediği katma değer vergisinin iadesini istemiştir. Bu bağlamda şirket şikayet konusu müdahalenin genel yarar amacı gütmediğini vurgulamıştır. Bu iddiayı ayrıntılı olarak değerlendiren Mahkemeye göre, ulusal alt derece mevzuat ulusal hukuku AB'nin ilgili Yönergesine uyumlaştırmak niyeti taşımakta olup bu niyet **P1-1**'e uygun açık bir meşru amaçtır. Bununla beraber aynı şeyler, davaya ilişkin ulusal yargı makamlarının kararları için söylenemez. Özellikle kendiliğinden ve doğrudan uygulanabilir (Mahkeme sadece "doğrudan uygulanabilir" terimine yer vermiş) AB normlarını icra etmemeyi meşrulaştıran bir gerekçe bulunmamaktadır. Ulusal mahkemelerin AB normları ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiye dair süre giden kararlarını vurgulayan AİHM somut olayda bu konuda kamusal ve özellikle yargısal makamların bir anlaşmazlık içinde olduğunu not etmiştir. Mahkemeye göre, ulusal makamların AB hukukuyla yaşadıkları problemler başvurucu şirketi olumsuz etkilememelidir.[1574] Dolayısıyla Mahkeme, müdahalenin genel yarar amacı taşımadığı sonucuna ulaşmıştır.[1575]

1574 Doktrinde Erkut'un *Dangeville* davasının ulusal boyutu hakkında yaptığı değerlendirmeye göre, ulusal yargı makamlarının başvurucu şirketin şikayetini reddetmelerinde bir yanda AB hukuku ile ulusal hukuk çatışması bağlamında ulusal egemenlik direnci diğer yanda da ulusal yargının kamu kudreti ayrıcalıklarını gözetici yargılama politikasının tipik bir örneği olarak davayı usuli sebeplerle reddetme stratejisi izlemiş olması rol oynamıştır. Erkut'a göre, Fransız yargısı uyuşmazlığın esasına girdiği takdirde kamu kudretinin sorumluluğuna hükmetmek durumunda kalacağını öngörerek, kendisi için bir kaçış yolu olarak usuli gerekçelere başvurmuştur. Bkz. Erkut, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları**, sf: 136 ve dn. 226.

1575 *S. A. Dangeville v. France*, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002, paras.55-58. Garip olan husus şu ki, müdahale genel yarar amacı gütmediğine göre **P1-1** daha bu aşamada ihlal edilmiş demektir. Ama AİHM bu bulgusuyla yetinmemiş ve ayrıca ölçülülük incelemesi yapmıştır. Gerçi AİHM'in ölçülülük hakkmdaki değerlendirmesi, tarafların iddialarını naklettiği paragraflar hariç, sadece bir paragraftır (para.61). Neredeyse hiçbir analiz yapmadan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varmıştır. Bu durum, müdahalenin genel yarara uygun olmadığını bulgulamasının ölçülülüğü doğrudan etkilediğini göstermektedir.

Ancak *Dangeville* kararı **P1-1** yargısında biricik örnek olmayı sürdürmekte ve AİHM bu içtihadını takip etmeye çekinmektedir. Nitekim Belçikaya karşı açılan ve yine ulusal hukukta bir fona zorunlu para toplanmasının AB hukukuna aykırı olduğuna ve buradan kaynaklanan alacak hakkının (fazla ödenen katkıların iadesi hakkı) geriye yürürlü yeni mevzuat ihdasıyla ortadan kaldırılması iddiasına ilişkin *EEG-Slachthuis Verbist* davasında Mahkeme, başvurucu şirketin aksini ileri sürmemiş olmasının da etkisiyle, geriye yürürlü mevzuatın meşru bir amaca hizmet ettiğine karar vermiştir.[1576] Açıkçası, iki vakayı, sırf başvurucuların taleplerine bakarak içerik olarak birbirinden ayırmak pek kolay değildir. Gerçi *EEG-Slachthuis Verbist* davasında *Dangeville*'den farklı olarak yeni bir ulusal yargı süreci başlamış olup Mahkeme bunun başvurucunun lehine sonuçlanabilme ihtimali hakkında bir spekülasyon yapamayacağını vurgulamıştır. Ancak her halükarda, AİHM'in çekingen bir tutum aldığı anlaşılıyor. Zaten AİHM iki vaka arasındaki olası farkları zikretmeye hiç girişmemiştir. Bilindiği üzere, benzer konulu davalarda AİHM her zaman ya iki davanın özdeş içerikli olduğuna işaret ederek önündeki derdest davada farklı bir sonuca gitmeye gerek olmadığını veyahut görünüşte benzeyen davalar arasındaki farklılıkları gösterek önündeki derdest davada farklı bir sonuca gideceğini açıkça belirtir. *EEG-Slachthuis Verbist* davasında *Dangeville*'e sadece **P1-1**'in uygulanabilir olup olmadığının tartışıldığı kısımda gönderme vardır.

Vergi uyuşmazlıklarında sıklıkla **AİHS** Madde 14'te düzenlenen ayrımcılık yasağının gündeme getirildiği gözlemlenebilmektedir.[1577] İlginç

1576 *EEG-Slachthuis Verbist v. Belgium*, App. No.60559/00, Admissibility Decision of 10 November 2005. Orijinal ifade şöyledir: "The Court notes that in enacting the Law of 23 March 1998 with retrospective effect, the legislature sought to re-establish and reaffirm its original intention, which had been thwarted by the earlier regulatory and legislative defects. There were clear and compelling public-interest grounds for ensuring that the fund had the financial resources to enable it to operate. The applicant company did not contradict the assertion, made in the explanatory memorandum to the draft Law, that the budgetary implications of having to repay the amounts would imperil the future funding of animal health policy."

1577 *D. G. and D. W. Lindsay v. the United Kingdom*, Ap.. No. 11089/84, Admissibility Decision of 11 November 1986, **DR Vol. 49**, sf: 181-193; *Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden*, App. No.13013/87, Admissibility Decision of 14 December 1988, **DR Vol. 58**, sf:163-185, para.2 (The Law Bölümü); *Darby v. Sweden*, App. No.11581/85, Judgment of 23 October 1990, Series A No. 187, paras.28-34; *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, Case No. 117/1996/736/933-935, Judgment of 23 October 1997, paras.81, 84-92; *S. A. Dangeville v. France*, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002, paras.63-66; *EEG-Slachthuis Verbist v. Belgium*, App. No.60559/00, Admissibility Decision of 10 November 2005. Bu noktada ayrıca bkz. Reid, **a.g.e**, sf:516; Mark W. Janis-Richard S. Kay-Anthony W. Bradley, **European Human Rights Law-Text and Materials**, Third Edition, OUP, 2008, sf: 479-480.

olan ikisi burada zikredilebilir: *Lindsay* davasında, ki vergi uyuşmazlıkları bakımından öncü kararlardan biridir, başvurucular sırf kocanın çalıştığı ve ailenin geçimini sağladığı evli çiftler ile sırf karının çalıştığı evli çiftlerin tabi oldukları gelir vergisinin ikinciler lehine avantajlı olduğundan hareketle mülkiyet hakkı özelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdi. AİHK böyle bir ayrımın kamu makamlarının takdir marjı içerisine girdiğini zikrettikten sonra, sırf karının çalıştığı hallerde daha düşük gelir vergisi alınmasını çalışan evli kadınların lehine "*pozitif ayrımcılık*" sağlamakla, yapılan ayrımın Madde 14'ün aradığı anlamda objektif ve makul olarak yerinde olduğunu kabul etmiştir.[1578] Aynı paragrafın devamında, hiçbir ayrı inceleme yapmadan tek cümle ile bu meşru gerekçenin aynı zamanda ölçülülük testini de geçtiğini belirleyen Komisyon, böylelikle kadın haklarını düzenleyen ulusalüstü insan hakları belgelerinin gereklerini, en azından belirli ölçüde, karşılamış olmaktadır. Gerçi bugün UİHH disiplininde kadın haklarından bahsedildiğinde pozitif ayrımcılık gibi bir terim kullanılmamaktadır, zira ayrımcılığın olumlu bir yönünün olduğunu ima etmek ikna edici olmadığı gibi kavramsal kargaşalara yol açabilir. UİHH belgelerinde pozitif ayrımcılık terimi yerine "geçici özel önlemler/temporary special measures", doktrinde ise "olumlu edim/positive action" veya "sağlayıcı ve destekleyici edim/affirmative action" terimleri kullanılmaktadır. **Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi**'nin (**KKAOKS**) 4. Maddesi konuya özgülenmiş genel nitelikte bir norm olup 1. fıkrasında "erkekler ve kadınlar arasındaki eşitliğin gerçekleştirilmesini fiili olarak hızlandırmak amacıyla Taraf Devletlerce geçici özel önlemler alınması, bu Sözleşmede tanımlanan şekliyle ayrımcılık olarak mütalaa edilmeyecektir" hükmüne yer vermiştir.[1579] Görülüyor ki, 1979 tarihli **KKAOKS** etkisini zımnen bile olsa AİHK üzerinde göstermiştir. Besbelli, özensiz bir terminoloji tercih etmiş olsa dahi Komisyon kadın hakları konusundaki ulusalüstü gelişmelerden etkilenmiştir.

Burrows davasında başvurucu kendisini eşlerinden ayrılmamış vergi yükümlüleri ile karşılaştırarak ayrımcılığa maruz kaldığını ileri sürmüştür. AİHK bu iddiayı kabul etmemiştir. Komisyona göre, eşlerinden ayrılmış ebeveynlerle diğer vergi yükümlüleri arasından esaslı farklılıklar mevcuttur. Genel olarak ebeveynler çocukları bakımından mali sorumluluk taşımakta iken çocuğu olmayan vergi yükümlülerinin bu tip bir so-

---

1578 *D. G. and D. W. Lindsay* v. *the United Kingdom*, Ap.. No. 11089/84, Admissibility Decision of 11 November 1986, **DR Vol. 49**, para.1/a (The Law), sf: 181-193, özellikle 191. Başvuruculann ayrımcılık iddiaları bir kaç kalemde toplanmıştır. Burada sadece kadın hakları bakımından ilginç olan iddialar yansıtılmaktadır. Ayrıca bkz. Rook, **a.g.e.**, sf: 139.

1579 Ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf: 556-561.

rumluluğu bulunmamaktadır. Eşler ayrılıp çocuğun bakım yükümlülüğü veya velayeti eşlerden birisine bırakıldığında farklı yasal önlemlerin uygulanmasını gerektiren özel bir durum meydana gelir. Çocuklarıyla birlikte yaşayan bir çiftin, çocukların bakım ve geçimi bakımından birlikte sorumluluk taşıdığı varsayılabilirken ayrılmış eşler için bu varsayım geçerli değildir. Şikayet konusu çocuk destek mevzuatı bu sebeple yürürlüğe konulduğu için başvurucunun ayrımcılık iddiası yerinde değildir.[1580] Burada da, başta **ÇHS**'de düzenlenmiş bulunan çocuğun yararının hukuki bir meselede en başta dikkate alınacağına dair neredeyse evrensel hukuk ilkesinin zımni etkisi sezilmektedir.

P1–1/2'nin Taraf Devletlere verdiği vergi salma yetkisi ile benzeri diğer mali katkıları tahsil etmek hususundaki açık bir yetki, etkisini sadece mülkiyet hakkı özelinde değil, ama ayrıca Sözleşmede yer alan diğer bazı haklar bakımından da gösterir. Tahmin edilebileceği üzere, Devlete tanınan açık yetkilerin buradaki işlevi diğer hakların sınırlama sebebi ya da norm alanını daraltmak olarak kendisini gösteriyor.

AİHK, *C. v. Birleşik Krallık* vakasında verdiği kabuledilmezlik kararında, başvurucunun ödediği vergilerin, barışçıl amaçlardan ziyade silahlanma harcamalarına kullanılmasının inanç özgürlüğünü düzenleyen **AİHS** Madde 9'u ihlal ettiği iddiasını incelemiştir. Komisyona göre bu hüküm bir dinin ya da inancın genel olarak tanınan/kabul edilen biçimlerinde gerçekleştirilen uygulamaların görünümleri olan ibadet eylemleri gibi, söz konusu unsurlarla bağlantılı şekilde icra edilen eylemleri de korumaktadır. Bununla birlikte Madde 9 her zaman, böyle bir inancın icabı olarak kamusal alanda (*public sphere*) davranışta bulunma hakkını güvence altına alıyor değildir. Nitekim, askeri harcamalara kullanılacak diye, belli vergi yükümlülüklerini yerine getirmeyi reddetme gibi bir hak Madde 9 tarafından korunmamaktadır. Vergi ödeme yükümlülüğü vicdana yönelik spesifik bir etkisi olmayan genel nitelikli bir yükümlülük olup Devletin vergi salma yetkisi **P1–1** tarafından açıkça tanınmıştır. Sonuç olarak başvurucunun Madde 9'daki haklarına bir müdahale bulunmamaktadır.[1581] Bu davada **P1–1**/2'de açıkça düzenlenmiş bulunan vergi salma yetkisinin Madde 9'a etkisinin tali bir argüman olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Davada başvurucu mülkiyet hakkının ihlalini gündeme getirmemiştir.

1580 *Burrows v. the United Kingdom*, App. No.27558/95, Admissibility Decision of 27 November 1996, para.4 (The Law).

1581 *C. v. the United Kingdom*, App. No.10358/83, Admissibility Decision of 15 December 1983, para.1 (The Law), **DR Vol. 37**, sf:142-148, özellikle sf:146-147. Ayrıca bkz. Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:327-328; Öktem, **a.g.e.**, sf:385; Özenç, **a.g.e.**, sf: 50-51.

Bir başka davada başvurucular üyesi oldukları kiliseye zorla bağış (church contributions) alınmasını Madde 9 ve **P1–1** açılarından şikayet etmişlerdir. **P1–1** açısından Komisyon ilginç bir muhakeme yürütmüştür. Komisyona göre, bağışlar Devlet tarafından değil otonom nitelikte olan kilise tarafından toplanmıştır. Devletin bu noktadaki rolü sadece denetlemekten ibarettir. Kilise üyesi bireyin bu bağışı yapma yükümlülüğü medeni hukuk anlamında bir ödevdir (ya da medeni hukuk terminolojisyle konuşacak olursak: "borç") ve bir kilise söz konusu bireyi adli mahkemeler önünde bu ödevini yerine getirmesi/borcunu ifa etmesi için zorlayabilir. Kiliselerin, diğer bütün gerçek ve tüzel kişiler gibi, medeni bir hakkını talep etmek için Devlet mahkemelerine başvurabilmesi, Devletin bireyin mülkiyet hakkına müdahale ettiği anlamına gelmemektedir. Buradan hareket eden AİHK, Devlete atfedilebilecek bir sorumluluk bulunmadığı gerekçesiyle kişi bakımından yetkisizlik temelinde şikayeti kabuledilemez ilan etmiştir.[1582] Bu kararın mantığı, aslında 6–7 yıl sonra kiliselerin yapacağı başvurularda mağduriyet statüsü bakımından benimsenecek gerekçelerle son derece tutarlıdır.[1583] Eğer kilise Devlete karşı başvurucu olabiliyorsa, kilisenin tasarrufundan ötürü Devletin sorumluluğuna gidilememesi gerekir. Ancak somut olay özelinde şunu eklemek gerekli ki, Komisyonun Devletin sadece denetleme rolü oynadığı argumanı kararın bütünü içinde problemlidir. Ayrıca kiliselerin tarihten gelen bağış toplama yetkilerini tanımakla Devletin sorumluluğa ortak olduğu düşünülebilir.[1584]

Kilise vergisiyle ilgili bir başka davada da aynı değerlendirmeler yapılmıştır. AİHK'e göre, kilise üyeliği için vergi ödenmesi, kilise üyeliğinden ayrılmaya hukuken cevaz verilmekteyse **AİHS** Madde 9'da düzenlenen din özgürlüğüne bir müdahale teşkil etmez. Bu noktada ulusal makamların bireyin kilise üyeliğinden ayrılma isteğinin açıkça ve şüpheye yer kalmayacak şekilde beyan edilmiş olması şartı aramaları makul bir beklentidir.[1585] Bu kararda AİHK, **P1-1**'i açıkça zikretmemiştir.

1582 *E. and G.R. v. Austria*, App. No.9781/82, Admissibility Decision of 14 May 1984, **DR Vol. 37**, sf:42-46, özellikle 45-46. Ayrıca bkz. Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:319-320; Özenç, **a.g.e.**, sf:49-50.

1583 Bu noktada işbu Çalışmanın hakkın öznesine dair I. Bölümüne atıf yapmakla yetiniyorum.

1584 Bu noktada özel hukuk tüzel kişisi olup toplu iş sözleşmesiyle kurulmuş bir fonun para toplama yetkisinin P1-1'e uygunluğuna dair yukarıda işlenen kararı (*X. Company v. Netherlands*, App. No. 7669/76, Admissibility Decision of 12 October 1978, **DR Vol. 15**, sf: 133-134) hatırlatmak mümkündür. Komisyon, fon tarafından başvurucu şirketten toplanan paraların özünde özel hukuk kişileri arasında bir ilişkinin neticesi olduğunu tespit etmekle birlikte, toplu iş sözleşmesine bağlayıcı etki kazandıran ve sonuç olarak fona tahsil yetkisi veren gerçek unsurun kanuni düzenlemeler olduğunu vurgulayarak Devletin sorumluluğunun doğabileceğine karar vermişti.

1585 *Jean and Bertha Gottesmann v. Switzerland*, App. No.10616/83, Admissibility Decision of 4 December 1984, **DR Vol. 40**, sf: 287-290, özellikle 289-290. Madde 9 açısından eleştirel olarak bkz. Öktem, **a.g.e.** sf:387-388.

Kilise vergileriyle ilgili bu doğrultudaki bir başka davada başvurucu bir protestan kilisesi ile onun sorumlusudur. Bu kilisenin ödediği vergi sebebiyle aslında dolaylı olarak katolik kilisesini finanse etmesinin din özgürlüğünü düzenleyen Madde 9'a uygunluğunu incelerken AİHK, **P1-1**'e dayanarak ve *C. v. Birleşik Krallık* vakasındaki kararına atıf yaparak iddiaları reddetmiştir. Komisyon ayrıca, alınan verginin Katolik Kilisesini desteklemek için kullanıldığının ortaya konulamadığını da vurgulamıştır.[1586]

Kilise vergisiyle ilgili aynı doğrultudaki daha yakın tarihli bir karar ise Finlandiya'ya karşı açılan bir başvuruda verilmiştir. Asıl başvurucu olan ve özgür düşünce dernekleri federasyonuna ait şirket, konuyla ilgili kitap basım ve satım işiyle uğraşmaktadır. Şirket üyesi olmadığı halde Finlandiya'nın iki resmi kilisesi olan Evanjelik-Lütheryan Kilise ve Ortodoks Kilisesine vergi vermek zorunda kalmasını inanç özgürlüğü açısından şikayet etmiştir. AİHK bu iddiaları kabuledilemez bulmuştur; zira, bir ticari şirket olmakla, çalışma amacı ne olursa olsun, diğer bütün tescilli şirketler gibi, başvurucu genel bir vergi ödeme yükümlülüğü altındadır.[1587]

Vergi aslına dair uyuşmazlıklarda vergi yükümlüsünün adil yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6'dan yararlanması *Ferazzini* kararından buyana kabul edilmemektedir. Buna göre, sırf vergi aslından kaynaklanan uyuşmazlıklarda **AİHS** Madde 6 uygulanabilir nitelikte değildir. İşte AİHM bu içtihadı geliştirirken, diğer birçok gerekçenin yanı sıra, verginin salmanın Devlete **P1–1**/2 tarafından açıkça tanınan bir yetki olduğunun altını çizmiştir. Her ne kadar bu unsura belirleyici (*decisive*) önem atfetmemişse de, muhakemesinde dikkate almıştır.[1588]

Buna karşılık, vergi dışında kalan ve **P1–1**/2'de Devlete tahsil yetkisi tanınan diğer tür katkılar bakımından Madde 6 uygulanabilir niteliktedir. **P1–1**/2 bu noktada bir engel teşkil etmemektedir. AİHM'in Madde 6'nın uygulanabilirliği açısından vergiler ile diğer katkıları birbirinden

---

1586 *Iglesia Bautista "El Salvador" and Jose Aquilino Ortega Moratilla v. Spain*, App. No.17522/90, Admissibility Decision of 11 January 1992, para.3 (The Law), **DR Vol. 72**, sf:256, 260-262, özellikle 262.

1587 *Kustannus Oy Vapaa Ajattelija AB and others v. Finland*, App. No.20471/92, Admissibility Decision of 15 April 1996, **DR Vol. 85-A**, sf: 29-46, özellikle 43-44.

1588 *Ferrazzini v. Italy*, App. No.44759/98, Judgment of 12 July 2001, para.29; *Stere and others v. Romania*, Judgment of 23 February 2006, App. No.25632/02, para.28. *Ferrazzini* kararına muhalif kalan yargıçlar, diğer gerekçelerinin yanı sıra, P1-1/2'in Devlete vergi salma yetkisi vermesi ile Madde 6'nın uygulanabilirliği arasında herhangi bir bağ olmadığını ileri sürüp çoğunluk görüşünü eleştirmişlerdir (Bkz. Dissenting Opinion of Judge Lorenzen, joined by Judges Rozakis, Bonello, Straznicka, Birsen and Fischbah, para.8).

ayırırken, vergilerin kamu giderleri için genel mali yükümlülük teşkil ettiğine fakat diğer katkıların ise spesifik projeler için (olayda yol altyapısı çalışmaları) alındığına vurgu yapmıştır.[1589]

"Diğer katkılar" bağlamında tümü inşaat mühendisi olan 33 kişinin yaptığı *Allesh ve diğerleri* başvurusunu zikretmekle işe başlamak mümkündür. Bu davada başvurucular tabi oldukları mühendislik odası tarafından yaşlılık aylığı için zorunlu olarak katkı alınmasının **P1-1**'i ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. AİHK incelemesine vergi ve diğer katkıların bireye aşırı bir külfet yüklediği hallerde mülkiyet garantisini olumsuz olarak etkileyebileceğini veya kişinin mali durumuna temelden müdahalede bulunabileceğini belirtmekle başlamıştır. Ancak bu noktada ne tür vergi ve katkıların toplanacağını belirlemek yetkisi ulusal makamlarındır. Özellikle siyasal, ekonomik ve sosyal problemlerle uğraşan kararlar Devletin yetkisi içindedir ve bu yetki geniştir. Mühendislerin emeklilik fonuna katkıda bulunmaları, mesleki dayanışma ilkesi temelinde mesleğin yaşlı üyelerini ve onlara tabi kişileri korumak sosyal politikası mülahazalarına dayanmaktadır.[1590]

Mali katkılardan mustarip olanlar sadece bireylerden ibaret değil. İşverenler de aynı hükmün etkisi altındadır. Hollandaya karşı açılan bir davada otomotiv sektöründe faaliyet gösteren işveren sendikasının üyesi olmakla toplu iş sözleşmesinin tarafı olan başvurucu şirket, toplu sözleşmeyle kurulan bir fona mevzuatça kanuni olarak katkı payı ödemek zorunda bırakılmasının mülkiyet hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüştü. Komisyon söz konusu mali katkıların toplu sözleşmede tanımlanan belirli projelerin gerçekleştirilmesi için toplandığını ve bütün üyelerin yararına olduğunu tespit ederek şikayeti açıkça temelsiz ilan etmiştir.[1591]

Mali katkılarla ilgili olarak yine Avusturya'ya karşı *Bartosch* başvurusu örnek gösterilebilir. Aslında turistlerin ilgi göstermediği bir bölge-

---

1589 *Stork v. Germany*, App. No.38033/02, Judgment of 13 July 2006, para.28.

1590 *Allesch and others v. Austria*, App. No.18168/91, Admissibility Decision of 1 December 1993, para.1 (The Law). Somut olayda takdir marjının aşılmadığı sonucuna varan AİHK başvuruyu **P1-1** açısından kabuledilemez ilan etmiştir. Başvurucuların Sözleşmenin ayrımcılık yasağın düzenleyen Madde 14'le ilgili iddialarını da büyük ölçüde aynı gerekçeyle kabuledilemez bulmuştur. Ancak burada belirtmek gerekir ki, başvurucuların veteriner hekimlik gibi diğer serbest meslekler bakımından kendilerinin tabi olduğuyla aynı ağırlıkta zorunlu katkı ödemek durumunda olmamalarının ayrımcılık teşkil ettiği yönündeki iddialarını reddederken AİHK, baroya kayıtlı bir stajer avukatın (veya avukatın) diğer serbest meslek mensuplarına göre daha fazla fedakarlıkta bulunmasının ayrımcı olmadığını sonucuna ulaşan AİHM'in *Van der Mussele* içtihadına atıf yapmış ve somut olayda başvurucuların diğer serbest mesleklerle benzer durumda olduklarını gösteremedikleri kararını vermiştir (para.2).

1591 *X. Company v. Netherlands*, App. No. 7669/76, Admissibility Decision of 12 October 1978, **DR Vol. 15**, sf: 133-134.

deki ana yol üzerinde hediyelik eşya dükkânı işleten başvurucu Bartosch, sırf dükkanın bulunduğu yol üzerinden bisikletçiler geçiyor diye Turizm Kanunu uyarınca minimum 400 şilin katkı payı ve % 10'luk gecikme cezası ödemek zorunda kalmıştır. Siyasal, ekonomik ve sosyal problemlerle ilgili kararların Devletin yetkisi içinde olduğu ilkesini tekrar eden Komisyon sınırlama ölçütüne yönelik bir belirlemede bulunmadan ölçülülük incelemesine geçmiştir.[1592] AİHK herhalde turizmi desteklemek amacı güden bir müdahelenin meşruluğunu sorunsuz addetmiş olsa gerek.

e) Diplomatik Nezaket ve Diplomatik Bağışıklık

Strasbourg organları önünde diplomatik ilişkilerin Sözleşmesel haklar özelinde ele alındığı çok sayıda dava görülmüştür. İşbu Çalışmanın konusunu oluşturması açısından mülkiyet hakkı bu tip Sözleşmesel haklar arasındadır. Kısacası, denilebilir ki Devletlerin birbirlerine diplomatik nezaket göstermesinde kamu yararı vardır.[1593]

Başvurucu İtalya'nın Milano şehrinde arsası ve evi olan bir inşaat şirketidir. Sahip olduğu arsasına Sovyet Rusya'nın Konsolosluğu komşudur. Yetkili kamu makamı, Konsolosluk için şehir gelişme planını askıya alarak imar izni vermiştir. Başvurucu şirket Konsolosluğa bu iznin verilmesinin **P1-1**'i ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHK değerlendirmesine uygulanabilir kuralı saptamakla başlamıştır. Olayda söz konusu olan imar izni başvurucuyu doğrudan ilgilendirmemekte; bir üçüncü kişiyi ilgilendirmektedir. Bu sebeple başvurucu şirketin mülkiyetten yoksun kaldığı ve mülkiyetini kontrol eden bir müdahale bulunduğu söylenemez. Ancak yine de söz konusu izin başvurucunun evinin manzarasını kapatmakta ve yakın çevresine zarar vermektedir. Bu unsurlar, evin piyasa değerini etkilemek suretiyle gerçekten önem arz etmektedir. Bu nedenle Konsolosluğa verilen imar izni **P1–1**/1 c. 1 anlamında mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına bir müdahale teşkil eder.

1592 *Bartosch v. Austria*, App. No.26593/95, Admissibility Decision of 16 October 1996, para.1 (The Law). Komisyon başvurucunun ayrımcılığa uğradığı yolundaki ek iddiasını *Allesch* kararıyla hemen hemen özdeş gerekçeyle reddetmiştir.

1593 Diplomatik bağışıklıkların Sözleşmesel haklara etkisi artan şekilde içtihada konu olmaya başlamıştır ve bu konuda doktriner eserler üretilmiştir. Örneğin bkz. Alexander Orakhelashvili, "*Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*", **EJIL**, Vol. 14, No. 3, 2003, sf: 529-568, özellikle 555-566; Xiaodong Yang, "*State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions*", **BYIL**, 2003, 74 Year of Issue, 2004, sf: 333-408; Christos L. Rozakis, "*The Contribution of the European Court of Human Rights to the Development of the Law on State Immunity*", **Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Stephan Breitenmoser vd., Dike, Nomos, 2007, sf:387-402.

Uygulanabilir kuralı saptadıktan sonra Komisyon, bireyin temel hakları ile toplumun genel yararı arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını incelemeye başlamıştır. Bu bağlamda AİHK Şehir Planlaması Kanununda istisnai imar izni verilmesini sağlamak üzere kamu yararı aranmasını gerektiren hükümleri hatırlatmıştır. Komisyon, İtalyan yargı yerlerinin, kamu yararı adına "İtalya Devletinden misafir Devletin görüş ve ihtiyaçlarına saygı göstermesini gerektiren nezaket ve yardımseverlik ölçülteri temelinde uluslararası ilişkilerin münasip ve saygıdeğer şekilde gelişmesi" amacını öne sürmelerini benimsemiştir. AİHK bu şekilde tanımlanan kamu yararı anlayışının genel yararla objektif uyumluluk gösterdiğini kabul etmiştir.

Komisyon devamla imar izni vererek ve dolayısıyla başvurucunun çevresini koruma hakkını sınırlandırarak yetkili kamu makamlarının genel yarar ile başvurucunun özel taleplerini dengelemek için kendilerine tanınan takdir marjını aşmadıkları sonucuna varmıştır.[1594]

Merak etmemek elde değil; acaba AİHK'in bu sonucu benimsemesinde başvuru tarihinde ve dava kendisi önünde derdest iken, Doğu Blokunun ana motoru Rusya'nın açık bir çözülme sürecine girmesi etkili olmuş mudur? Elbette, karardan herhangi bir veri elde etmek olası değil. Ancak kanımca bu soruya bir varsayım olarak olumlu cevap verilebilir.[1595]

Nitekim yakın tarihli bir kararda yine aynı yaklaşımın izlerini bu kez Mahkeme yansıtıyor. Mülkiyet hakkının sınırlanmasında meşru bir amaç olarak diplomatik nezakete dayanılan diğer dava olan *Manoilescu ve Dobrescu v. Romanya ve Rusya* kararında başvurucular, sahip olduğu binası Romanya tarafından kamulaştırılan ve önce SSCB'ye sonra Rusya Federasyonuna tahsis edilen kişinin mirasçılarıdır. Doğu Blokunun çözülüşü sonrası mirasçılar ilgili yeni mevzuat uyarınca eski hale iade veya giderim talep etmişlerdir. Bu talepleri idari kararlarla yerinde görülmüşse de bina fiilen Rusya tarafından elçilik işlerinde kullanıldığı için karar icra edilememiştir. Bunun üzerine yaptıkları yargısal başvurular

---

1594 *M. v. Italy*, App. No.14563/89, Admissibility Decision of 7 October 1991, **DR Vol. 72**, sf:129, 135-140, özellikle 139-140. Bir not olarak eklenmelidir ki, son yıllarda Strasbourg içtihadında sıkça gündeme gelen diplomatik bağışıklıklarla ilintili davalarda AİHK'i *M. v. Italy* kararına herhnagi bir gönderme bulunmadığı gibi, konuya ilişkin artan doktriner eserlerde de, elbette gözden kaçmış olabilecekler saklı tutularak, bu kararın ele alınmadığı anlaşılmaktadır.

1595 Doğu Blokunun varlığının ve çözülüşünün **AİHS**'e etkisi için bkz. Çalışmanın I. Bölümünün I. alt-bölümü ve orada zikredilen eserler. Tersten ifade edilecek olunursa, **AİHS**'e 1950'lerde biçilen rol 1990'larda devam etseydi veya olay 15-20 yıl önce AİHK önüne gelseydi, Komisyon Rus Konsolosluğuna verilen istisnai imar izninin kamu yararına uygun olmadığı sonucuna varabilirdi.

durumu değiştirmemiştir.[1596] Sorunun çözümünde 1961 tarihli **Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesini**, 1972 tarihli **Devlet Bağışıklıkları Hakkında Avrupa Sözleşmesini** ve Devletlerin ve 2004 tarihli **Devlet Mallarının Yargısal Bağışıklıkları Hakkında BM Sözleşmesi** ile bazı diğer ikincil belgeyi zikreden AİHM, konuyu öncelikle yargı yerine ulaşma hakkı bakımından Sözleşmenin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. Maddesi açısından ele almıştır. Zikredilen uluslararası belgeleri uzun uzadıya analiz eden Mahkeme, Sözleşmenin Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31/3 (c) Maddesi hükmü ışığında uyuşmazlık konusuna ilişkin bütün uluslararası hukuk dikkate alınarak yorumlanacağını ve uygulanacağını belirterek[1597], başvurucular lehine verilen idari kararın icra edilemesinin Romanya ile Rusya arasındaki diplomatik ilişkilerin bir gereği olarak meşru addetmiştir. Mahkeme, başvurucuların Rusya'nın binayı elde etmesinin hukuka baştan aykırı olduğuna dair savlarını da hem diplomatik bağışıklıklara dair uluslararası hukukun buna bir sonuç bağlamadığını hem de ulusal hukuktaki yargılama esnasında Rusya'nın hukuka aykırı olarak binayı elde ettiğine dair bir vargıya ulaşılmadığını ve Rusya'nın malı edinmesinin kendisinin yetkisi içinde bulunmadığını belirterek reddetmiştir.[1598] Mahkemenin Madde 6 bakımından geliştirdiği ve benimsediği bütün bu gerekçeler, **P1-1** için de aynen geçerlidir. AİHM Romanya Devletinin somut olay özelindeki tasarruflarının iki Devlet arasındaki ilişkilerin bozulmasını önlemek ve yabancı misyonun düzgün çalışmasını sağlamak meşru amacı güttüğüne şüphe etmemektedir.[1599]

Aslında AİHM'in *Manoilescu ve Dobrescu v. Romanya ve Rusya* kararındaki diplomatik bağışıklıklar hakkındaki içtihadının kökeninde 2002 tarihli *Kalogeropoulou* kararı yatmaktadır.[1600] Rusya'ya karşı açılmamış olması sebebiyle kronolojik sırayı bozarak ele aldığımız bu davada, başvurucu Yunanlılar İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın Yunanistan işgali sırasında yaptığı eylemlerden belirli bir bölgede ve zamanda (10 Haziran 1944, Distomo) zarar görenlerin mirasçıları/akraba-

---

1596 *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia*, App. No.60861/00 , Admissibility Decision of 03 March 2005, paras. 3-37.

1597 Bu konuda bkz. Çalışmanın Giriş Bölümü ve Burak Gemalmaz, **Making Sense**, sf: 54.

1598 *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia*, App. No.60861/00 , Admissibility Decision of 03 March 2005, paras. 38, 66-82, özellikle 81. Bu noktada Mahkeme, uluslararası hukuku kendisine temel almayı sürdürerek, vardığı sonucun aksini gösteren bir eğilim bulunmadığını ancak belki gelecekte konuya yaklaşımın değişebileceğini not etmiştir.

1599 *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia*, paras. 83, 88-98, özellikle 92-93.

1600 İlginç bir şekilde doktrinde diplomatik bağışıklıklar açısından *Kalogeropoulou* kararına eleştirel olarak değinen Rozakis, 2007 yayım tarihli eserinde 2005 tarihli *Manoilescu ve Dobrescu v. Romanya ve Rusya* kararından hiç bahsetmemektedir (bkz. Rozakis, **a.g.m.**, sf:399-402).

larıdır. Başvurucular, Yunan mahkemelerinden lehlerine tazminat kararı aldırmışlardır. Gelgelelim, Yunan ve Alman makamları, Almanya'nın diplomatik bağışıklığına sığınarak kararı uygulamayı reddetmiştir. Mahkeme, başvurucular lehine verilen tazminat kararının icra edilemesinin Yunanistan ile Almanya arasındaki diplomatik ilişkilerin bir gereği olarak meşru addetmiştir.[1601] AİHM Yunanistan'ın, ulusal yargı kararının gereğini yerine getirmek için ülkedeki Alman mülklerini kamulaştırmamasını iki Devlet arasındaki ilişkilerin bozulmasını önlemek meşru amacı güttüğü değerlendirmesini yapmıştır.[1602]

f) Kamu Güvenliği İle Ulusal Güvenlik/Savunma

Kamu güvenliği ile ulusal güvenlik/savunma sınırlama ölçütleri tipik meşru amaçlar arasında olup **P1–1** özelinde kendilerine yer bulmaktadır.

Bu Çalışmada yer verilen kararlardan ikisinde "kamu güvenliği" sınırlama ölçütüne kamu yararı amacı bağlamında yer verilmiştir. Bu davada başvurucu Amanda Bullock bir pitbull teriyer sahibidir. Başvurucu Birleşik Krallıkta o dönemde yürürlükte bulunan 1991 tarihli Tehlikeli Köpekler Kanunu uyarınca, köpeğin herhangi bir vukuatı olmamasına rağmen suçlu bulunmuştur ve başvurucunun köpeği ilgili mevzuat çerçevesinde önce müsadere edilmiş sonra uyutulmuştur. Komisyon müdahalenin kanunla öngörüldüğünü ve kamu güvenliği (*public safety*) amacı güttüğünü belirlemiştir. Buradaki kamu güvenliği ifadesi, açıkça toplumun gündelik hayatındaki huzur ortamına gönderme yapmaktadır.[1603] Kamu güvenliği mülahazasıyla müdahalenin meşru addedildiği bir diğer vaka, alkollü sürücünün ehliyetine el konulmasına ilişkindir. Mahkeme, yol trafiğinin güvenliği adına yapılan müdahaleyi ölçülü bulmuştur.[1604]

1601 *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*, App. No. 59021/00, Admissibility Decision of 12 December 2002. Mahkeme, adil yargılanma hakkını düzenleyen **AİHS** Madde 6 açısından değerlendirmesini bitirirken, uluslararası hukuku kendisine temel almayı sürdürerek, vardığı sonucun aksini gösteren bir eğilim bulunmadığını ancak belki gelecekte konuya yaklaşımın değişebileceğini not etmiştir. Anlaşılıyor ki, *Manoilescu ve Dobrescu v. Romanya ve Rusya* kararı büyük ölçüde *Kalogeropoulou* içtihadını takip etmektedir.

1602 *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*, App. No. 59021/00, Admissibility Decision of 12 December 2002.

1603 *Amanda Bullock v. the United Kingdom*, App. No.29102/95, Admissibility Decision of 16 January 1996, para.4 (The Law). Ölçülülük meselesine gelince, AİHK'in yaklaşımı son derece ilginçtir. Komisyon pitbulların çok saldırgan bir dövüş köpeği ırkı olduğunun altını çizmekte ve 1991 tarihli Kanunun bu köpeklerin bakımını engellenmesi için çıkarıldığını not etmektedir. Hal böyle olunca, uyutulan köpeğin bir zarara yol açıp açmadığının önemi bulunmamaktadır.

1604 *D.K. v. Slovakia*, App.No. 41263/98, Admissibility Decision of 14 May 2002, para. 2 (The Law).

Ulusal güvenliğin sınırlama ölçütü olarak kullanıldığı dava ise Türkiye'ye karşı açılmıştır. Başvurucu Cevat Işık Gökçeada'da askeri güvenlik bölgesi içinde kalan ve kendisi satın aldığında tapusuz olan arazisini ve evini adına tescil ettirmiştir. Ancak daha sonra bu ev askeri güvenlik bölgesi içinde kaldığından yıkılmıştır. AİHK evin yıkılmış olmasını kontrol tipi bir müdahale olarak addetmiştir. Aslında evin yıkılması açık bir mülkiyetten yoksun bırakılma halidir. Ancak Komisyon bu tedbiri askeri yasak bölgelerde inşaat yapılmasının denetlenmesi ve kontrolü usulünün kurucu unsuru olarak nitelediği için bunu **P1–1**/2 anlamında kontrol olarak nitelendirmiştir. Komisyon askeri yasak bölgelerde askeri yetkili makamların onayı olmadan imara gidilmesinin engellenmesini Devlet güvenliğine dair askeri bilgilerin gizliliğinin sağlanması amacını ulusal savunma ölçütü açısından meşru görmüştür.[1605]

Ulusal güvenlik amacıyla mülkiyet hakkına yönelen müdahaleler daha da kayıtlayıcı olabilir. Örneğin terörle mücadele önlemleri çerçevesinde yaşam muhitlerinden tahliye edilen ve ülke içinde bir başka muhitte yaşamak zorunda bırakılan şikayetçilerin açtığı bir davada AİHM, tahliye tipi müdahalenin meşru amaç güttüğünü kabul etmiştir.[1606] Bununla beraber, karardan anlaşılmaktadır ki, alınan önlem son derece ağır nitelikte olduğundan, Mahkeme Devletin takdir marjı konusunda daha girişken bir tutum izlemiş ve önlemin ağırlığını müdahalenin ölçülü olup olmadığını test ederken dikkate almıştır.

g) Ticari ve Ekonomik Hayatın Korunması

Mülkiyet hakkının neredeyse her aşamasında insanın karşısına çıkan ekonomik ve ticari faktörler, bu kez sınırlama meşru amacı olarak kendilerini göstermektedir. Birçok kararında Strasbourg organlarının ticari ve ekonomik hayatın korunması amacı güden müdahaleleri kamu yararı ölçütü içinde değerlendirdikleri görülmektedir. Ticari ve ekonomik hayatın korunması amacı güden müdahaleler, çoğu kez üçüncü kişilerin bireysel yararının korunması üzerinden gerçekleştirilmektedir.

Fikri mülkiyet alanındaki müdaheleler genellikle bu kategoride ele alınabilecek amaçlar gütmektedir. Örneğin, bir ilaç şirketinin açtığı davada sahibine inhisari kullanma hakkı bahşeden patent hakkının üçüncü kişilere ruhsat yoluyla zorunlu olarak aktarılmasınının mülkiyet hakkının kontrolü anlamına geldiğini kabul eden Komisyon, ruhsatın devrinin patent sahibinin tekel haline gelmesini engellediğini ve teknolojik

---

1605 *Cevat Işık v. Turkey*, App. No.24128/94, Admissibility Decision of 29 November 1995, para.1 (The Law).

1606 *Doğan and others v. Turkey*, App. No.8803-8811/02, 8813/03 and 8815-8819/02, Judgment of 29 June 2004, paras.148-149, 153.

ilerlemeyi teşvik ettiğini not etmiştir. AİHK'e göre bu hususlar Taraf Devletin takdir marjı içindedir.[1607]

AİHM, özel hukuk kişileri arasındaki özel hukuk sözleşmelerinden ve haksız fiillerden kaynaklan edimlere aykırılıkların mevzuatla düzenlenmesinde açık bir kamu yararı görmektedir.[1608] Benzer şekilde, adına tescilli alan adlarının kullanmaktan ve tasarruf etmekten ulusal yargı kararlarıyla men edilen bir şirketin yaptığı şikayette AİHM önce somut olayın koşulları çerçevesinde müdahaleyi kontrol tip bir müdahale olarak nitelendirmiştir. Bu Çalışmanın İkinci Bölümünde siber/sanal mülkiyet incelenirken ayrıntılı olarak ele alman bu kararda Mahkeme devamla, ulusal yargı kararlarının markaların ve isimlerin yetkisiz üçüncü kişilerin bu marka ve isimlerin ayırt ediciliğinden ve itibarından avantaj elde etmesini etkili şekilde önleyerek marka ve isim koruması sistemini muhafaza etme genel yararını güttüğünü belirtmiştir.[1609] Mahkeme burada ayırt edici işaretini daha önceden tescil ettiren üçüncü kişileri, o ayırt edici işareti alan adı olarak kullanan başvurucu şirkete karşı korumakla birlikte aslında bir bütün olarak fikri mülkiyet rejimini ve giderek ticari ve ekonomik hayatı korumuş olmaktadır.

İflas hukuku kaynaklı müdahaleler ticari ve ekonomik hayatın korunması meşru amacını gütmektedir. Örneğin, başvurucunun malvarlığının idaresine el konulan iflas durumunda korunan yararın alacaklıların hakları olduğu şüphesizdir. Başkalarının haklarının korunması genel yararı (ve giderek kamu yararı) gereğini karşılar.[1610] Denilebilir ki, bu kararda ticari hayatın korunması meşru amacı, alacaklıların hakları suretinde kendini gösteriyor. Oysa daha önceki bir davada, Komisyon iflas ettiği için yönetimine kayyım atanan ve sonra da tasfiye sürecinde satılan şirketlerin kıymet takdirlerinin düşük yapıldığına yönelik bir şikayette müdahalenin **P1-1** açısından meşru amaç güttüğünü vurgularken icra-iflas sürecindeki önlemlerin liberal bir toplumda elzem olduğuna işaret etmiş ve bir kişinin bir başkası lehine mülkiyetinden keyfi ve haksız olarak yoksun bırakılmadıkça **P1-1** özelinde sorun doğmadığını belirtmişti.[1611] İkinci kararda doğrudan liberal toplum düzenine gönderme yapılmışken ilkinde ve

---

1607 *Smith Cline and French Laboratories LTD* v. *the Netherlands*, App. No.12633/87, Admissibility Decision of 4 October 1990, **DR Vol. 66**, sf:70-80, özellikle 79.

1608 *Sojus Trade Company GmbH and Deutsche Consulting GmbH v. Germany*, App. No. 32411/96, Admissibility Decision of 20 April 1999.

1609 *Paeffgen GMBH v. Germany*, App. Nos.25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, Admissibility Decision of 18 September 2007, özellikle para.1 (The Law).

1610 *Luordo v. Italy*, App. No.32190/96, Judgment of 17 July 2003, para.68.

1611 *Fritz and Hans Schlumpf v. France*, App. No. 11425/85, Admissibility Decision of 5 October 1987, sf:76-84, özellikle 84.

yakın tarihli olanda bu düzene ancak alacakların çıkarları üzerinden dolaylı olarak gönderme yapılıyor. AİHK'in kararı, etkisini zımnen başka davalarda sürdürmüştür. İptal edilen iflas kararına rağmen, malvarlığının idaresine tasfiye ve iflas sebebiyle el konulduğu süreçte görevli olan iflas masası çalışanlarının ücretinin kendi malvarlığından kesilmesi durumunda korunan yarar oldukça bireysel gözükmesine rağmen aslında iflas sürecinin etkinliğini sağlamak amacı güttüğünden kamusal yarar içermektedir.[1612] Kararın müdahalenin meşru amaç güdüp gütmediğinin tartışıldığı kısmında iflas masası çalışanının kişisel yararına hiç değinilmemiştir. AİHM burada Komisyonun icra-iflas sürecindeki önlemlerin liberal bir toplumda elzem olduğunu vurguladığı kararına atıf yapabilirdi.

Bankacılık sektörünün korunmasına yönelik lisans iptali tipi müdahaleleri de bu başlık altında incelemek mümkündür. Bir vakada Mahkeme açıkça başvurucu bankanın lisansının iptal edilmesinin ülkedeki bankacılık sektörünün kontrolü amacı taşıdığını vurgulamıştır.[1613] Burada, güven ilişkisine dayalı bankacılık sektörü üzerinden piyasa düzeninin korunması niyeti sezilmektedir. Zaten bu sebeple, Mahkeme, hassas ekonomik dengelerin sürüdürülebilmesi ve bankacılık sisteminin istikrarı için Devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduklarını açıkça ifade etmiştir.[1614]

Piyasa düzeni başka davalarda da kendini belli ediyor. Devletlerin özel hukuk anlamında mülkiyet ve sözleşme ilişkilerini düzenlemek için çeşitli önlemler uygularken belirli bir takdir marjından yararlanacakları hükme bağlanmıştır. *Stretch* davasında başvurucu ile yetkili kamu makamı arasında yapılan sözleşmesinin, kamu makamının yetkisini aştığı gerekçesiyle sözleşmenin açık hükmüne rağmen uzatılmaması/yenilenmemesi şeklindeki önlem meşru amaç gütmektedir.[1615]

Ekonomik hayatın korunmasına yönelik kamu yararı kavramını geniş ve başta sosyal siyasalar olmak üzere diğer sınırlama amaçlarıyla birlikte düşünmek gerekdir. Öyle ki, özel hukuk kişileri arası arazi uyuş-

---

1612 *Stockholms Försakrings-Och Skadestandsjuridik AB v. Sweden*, App. No. 38993/97, Judgment of 16 September 2003, paras. 48-49. Gerçi Mahkeme, meşru olduğunu benimsediği amacın somut olayda uygulanmasının yerinde olup olmadığı hakkında şüphe duymuşsa da, **P1-1**'in sınırlanmasında kullanılan sınırlama nedenleri konusunda Devletlerin sahip olduğu takdir marjının mutlaklığından ötürü, söz konusu şüphesinin geçerliliğini irdelememiştir. Yalnız bu şüphe, daha sonra ölçülülük aşamasında mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varacağının habercisi olarak görülebilir.

1613 *Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No.49429/99, Judgment of 24 November 2005, para. 131.

1614 *Capital Bank AD*, para. 136.

1615 *Stretch v. the United Kingdom*, Judgment of 24 June 2003, para.37. *Stretch*'e de atıfla aynı yönde *Ukraine-Tyumen v. Ukraine*, App. No. 22603/02, Judgment of 22 November 2007, paras. 53-54.

mazlıklarını da bu kapsamda görmek mümkündür. Çok yakın tarihli *Oxford* davasında tartışma konusu kazandırıcı zamanaşımı kurumunu işleten üçüncü kişiye karşı asıl malikin 12 yıllık hak düşümü süresine tabi tutulmasının **P1-1**'e uygunluğudur. Kazandırıcı zamanaşımı kurumunun işletilmesiyle başvuruculaların taşınmazı tapuda yapılan değişiklikle üçüncü şahıs adına tescil edilmiştir. Hal böyle olunca, doğal olarak başvuruculaların **P1–1**/1 c.2 anlamında mülkiyetlerinden yoksun bırakıldığı düşünülecektir.[1616] Ancak Büyük Daire'ye göre, bazı hallerde mülkiyetin kaybedilmesi **P1–1**/1 c.1 anlamında "yoksun kalma" halini oluşturmaz; suç işlemekte kullanılan ya da suçun konusu olan malların müsaderesine ilişkin *AGOSI* ve *Air Canada* davaları ile vergi alacağının teminatı niteliğindeki iş makinesine el konulmasına dair *Gasus* davası bu niteliktedir (para. 64). Başvurucu şirketler mülkiyetlerini *James* kararında olduğunun aksine, bir sosyal politikanın uygulanması sonucu kaybetmiş değillerdir (para. 65). Sadece genel nitelikli kanuni zamanaşımı/hak düşümü süresinin uygulanması neticesinde şikayete konu olan durum meydana gelmiştir. 12 yıllık hak düşümü boyunca işgalci üçüncü şahıs nizasız şekilde zilyet bulunduğuna ve söz konusu kanuni süre sınırları bireyler arası toprak hukukunu düzenleyen genel nitelikte kurallardan olduğuna göre, aslında mülkiyetin kaybı "yoksun bırakma" olmayıp **P1–1**/2 anlamında kontrol niteliğindedir (para. 66).[1617]

1616 Nitekim davaya ilk olarak bakan AİHM 4. Dairesi böyle bir değerlendirme yapmıştır. Bkz. *J. A. Pye (Oxford) LTD v. United Kingdom*, App. No. 44302/02, Former Fourth Section Judgment of 15 November 2005. Dördüncü Daire'ye göre, Hükümetin suça konu olan malların müsaderesinin AİHM'ce **P1–1**/2 anlamında mülkiyetin kontrolü olarak görülmesine yollama yaparak, ortada sadece bir kontrol önlemi olduğunu ileri sürmesi kabul edilemez. Zira atıf yapılan ve yukarıda ayrıntılı olarak işlenen söz konusu kararlardaki (*AGOSI*) önlemin amacı ile etkisi çok farklıdır. Bu vaka daha çok yine yukarıda ele alınan *James* davasına benzemektedir. Burada da, mülkiyetin nakli toplumsal mülahazalara dayandırılmaktadır. Yani benzerlik iki boyutludur (paras. 58-61). Dördüncü Daire bunu saptamakla birlikte, müdahale tipolojileri genelinde bazı belirlemelerde bulunmuştur. Daire'ye göre, üç kural birbirinden kesin çizgilerle ayrılmış değildir; aralarında su sızdırmaz/su götürmez bir duvar yoktur. Bir müdahalenin meşruluğuna/hakhlığına (justification) ilişkin mülahazalar, müdahalenin meşru amaç gütmesi, ölçülülük ve adil dengenin korunması ilkelerini içermekle özünde aynıdır (substantially the same) (para. 62). Bu davanın ulusal hukuktaki boyutu için bkz. Rook, **a.g.e.**, sf: 206-208.

1617 *J. A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. United Kingdom*, App. No. 44302/02, GC Judgment of 30 August 2007. Her ne kadar işbu Çalışmada tekil karar eleştirisi yapılmamaya dikkat edilmekteyse de, şu husus derhal teslim edilmelidir. Büyük Daire, Dördüncü Bölümün konuya ilişkin hiçbir argümanını cevaplandırmamıştır. Özellikle Büyük Dairenin önündeki davayı *James* davasından ayırma gerekçesi, hiç ikna edici değildir. Anlaşılan, Büyük Daire, "yoksun" bırakma müdahalesi ile "kontrol" müdahalesi arasındaki var olduğu kabul edilen sözde "keskin" ayrıma dayanmak için, bu yüzeysel ve hatta açıkça yanlış değerlendirmesini yapmıştır. Hem mülkiyetin başkasına zorunlu olarak devredildiği bir duruma düşüp hem de mülkiyetten "yoksun" kalınmamış olduğunun kabulü için, herhalde, ancak Büyük Da-

Büyük Daire devamla, bireyler arası özel hukuk meselelerini düzenleyen karmaşık ve uzun süreli hukuki problemlerin söz konusu olduğu işbu vakada, neyin kamu yararına olacağını belirlemekte ulusal makamların geniş bir takdir marjından yararlanacağını kabul etmektedir (para. 71). Anlaşmazlık konusu kurallar, mülkiyetin rolü ve önemi hakkındaki yerel kavrayışın arkaplanındaki sosyal politikaları yansıtmaktadır. Tapuda başkası (olayda başvurucu) üzerine kayıtlı bile olsa, yasamanın fasılasız ve nizasız (lengthy and unchallenged) zilyetliğe resmi tescile göre daha çok önem vermesi mümkündür. Genel yarar iki türlüdür. Hem hak düşümü süresinin belirlenmesi hem de tescilin tapudan silinmesi ve yeni malik adına tescil yapılması (para.74).[1618]

D) Adil Denge ya da Ölçülülük

Yukarıda **AİHS**'de sınırlama genel rejimi ile **P1–1** arasındaki farklara ana hatlarıyla değinilirken, **P1-1**'de sınırlamanın sınırı ölçütüne yer verilmediği not edilmişti. Buna göre, **AİHS** Madde 8-11'de belirtilen "demokratik bir toplumda gerekli olma" ölçütü veya benzeri bir başka normatif ölçüt **P1–1** bakımından geçerli değildir. "Demokratik bir toplumda gerekli olma" ölçütü "*ölçülülük*" testinin birincil kaynağı olduğuna göre, **P1–1** bakımından ölçülülük testinin geçerli olup olmadığı problemi kendini dayatmaktadır.

Nitekim Mahkeme, mülkiyet hakkının ihlalinin gündeme geldiği ilk davalarda **P1–1** bakımından ölçülülük incelemesine yer olmadığına karar vermişti. *Handyside* davasında AİHM'e göre, hukuka uygun bir yargılama sonunda genel yarar için tehlikeli ve zararlı bulunan yayınlar için müsadere ve yok etme önlemleri, **P1–1**/2 tarafından geçerli kılınmaktadır.[1619]

Mahkemenin **P1–1**/2'nin Taraf Devletlere, mülkiyete yaptıkları müdahalede sınırsız bir takdir marjı bıraktığı yönündeki kabulü eleştiriye oldukça açıktır. Mahkeme bu kabule, Taraf Devletlere takdir marjı veren diğer Sözleşme hükümlerinden hareketle varmıştı. Mahkemenin seçtiği örnek, olayda ayrıca incelenen ifade özgürlüğü hakkıdır (Madde 10). İfade özgürlüğünün sınırlanmasını düzenleyen Madde 10/2, Taraf Devletlerin takdir marjını kısıtlamaktadır. Öncelikle Taraf Devletin yaptığı müdahale, ifade özgürlüğüyle bağdaşır olmalıdır. Bu da önlemin amacı ve

---

ire'nin altından kalkabileceği bir hukuk cambazlığı gerekiyor. Bu cambazlığı yaparken Büyük Daire, kısacık bir paragrafta İngiliz zamanaşımı/hak düşümü sürelerinin hukuki niteliği ve etkisi üzerine derin çıkarımlarda bulunmayı da başarmıştır! Üstelik, iç hukuku değerlendirmek Mahkemeye düşen bir iş değilken...

1618 *J. A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. United Kingdom*, App. No. 44302/02, GC Judgment of 30 August 2007.

1619 *Handyside v. the United Kindgom*, Judgment of 7 December 1976, Series A No. 24.

gerekliliğinin AİHM tarafından denetlenmesini gerektirir. Bilindiği üzere Sözleşme Madde 8-11'de yer alan haklara müdahale demokratik bir toplumda gerekli olandan öteye geçemez. İşte "demokratik bir toplumda gerekli olmak" ölçütü **P1–1**/2'de yer almadığından Mahkeme eleştirilen kararında Taraf Devletlerin müdahalenin gerekliliği hususundaki takdir marjını sınırsız bırakmıştı.[1620] Oysa bu yaklaşım yanlıştı. Böyle bir yaklaşım, Sözleşmenin hakları sanal olarak koruduğu anlamına gelir ki bu Sözleşmenin amacıyla bağdaşmaz.[1621]

Neyse ki, 1982'de *Sporrong ve Lönnroth* davasıyla ölçülülük unsuru **P1–1** yargısına dahil edildi.[1622] Uzun süreli kamulaştırma şerhleri ile imar yasaklarına ilişkin bu davada Mahkeme **P1–1**/1 c. 1'deki kuralın amaçları bakımından toplumun genel yararın gerekleri ile bireylerin temel haklarının korunması arasında adil bir denge kurulup kurulmadığına karar vermesi gerektiğini belirlemiştir.[1623] AİHM'e göre, bu denge arayışı Sözleşmenin bütününde mündemiç olup[1624] ayrıca **P1-1**'in yapısında yansımaktadır. Taraf Devletlerin şehir planlaması politikalarını uygulamak için geniş bir takdir marjından yararlanmaları gereği doğal ise de, Mahkeme Taraf Devletlerin bu takdir marjını denetleme yetkisine sahip olup gerekli dengenin başvuruculların **P1–1**/1 c. 1'deki mülkiyetlerinden mü-

---

1620 Mahkemenin işbu Çalışmada yapıldığı gibi takdir marjını ikili bir ayrımla ele almadığını hatırlatmak uygun olur. Doktrindeki çalışmaların büyük çoğunluğu da bu ikili ayrımı yapmamaktadır. İstisnai olarak, Arai-Takahashi, **a.g.e.**, sf: 154-156 ve Yves Winisdoerffer, **a.g.m.**, sf:18-20'de benzer ayrım yapılmaktadır. Bu hususa yukarıda değinilmişti.

1621 Aynı yönde olarak bkz. Frowein, **a.g.m.**, sf: 525-526'daki eleştiriler. Doktrinde Eissen, **P1-1** bakımından ölçülülük incelemesi yapılmasını "gizli/latent ölçülülük" olarak adlandırmaktadır. Bkz. Marc-Andre Eissen, "*The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*", **The European System for the Protection of Human Rights**, (Eds. Mcdonald et. al.), Martinus Nijhoff Publishers, the Hauge, 1993, sf:125-146, 131-133.

1622 AİHK'in vergi uyuşmazlığına ilişkin yaklaşık aynı tarihlerde verdiği bir kararda müdahalenin amacına göre aşırı ölçüsüz olmaması gerektiği belirtilmiştir. Aynı kararda seçilen müdahale aracının gerçekten gerekli olup olmadığı da bir unsur olarak **P1-1**'e uygunluk testine eklenmiştir. Bkz. *A., B., C. and D. v. the united Kingdom*, App. No. 8531/79, Admissibility Decision of 10 March 1981, **DR Vol. 23**, sf:203-211, özellikle 209. Komisyonun orijinal ifadesi şöyledir: "This supervision includes, ..., not only an examination of whether a given measure is of a kind which can reasonably be regarded as necessary for one of the purposes enumerated in the Article, but also an examination of whether its application in the case at issue is not grossly disproportionate to its aim."

1623 Ayrıca bkz. Pellonpaa, **Reflections on Deprivation**, sf:1088.

1624 Mahkeme bu ifadesini halen tekrar etmektedir. Ancak bu ifade sorunludur. Zira AİHM bu ifadesini bütün Sözleşmesel haklar için geçerli olacak genellikle kullanmaktadır. Oysa **AİHS**'deki bazı haklar bakımından ölçülülük incelemesi yapılamaz. Bunlar arasında başta kötü muamele yasağını düzenleyen Madde 3 gelmektedir. Bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:52-54 ve dn. 111.

dahalesiz şekilde yararlanma haklarına uygun olarak kurulup kurulmadığına karar vermelidir.[1625]

Ulusal yetkili makamlara tanınan takdir yetkisinin ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı Sözleşme organlarınca denetlenir. "*Ölçülülük ilkesine*" uygun tasarruf yapılıp yapılmadığı AİHM'in denetimine tabi olduğu belirlenmiştir.[1626] "*Ölçülülük ilkesi*" bağlamında, mülkiyetten yoksun bırakılma sonucunu doğuran müdahale için, başvurulan "*araç*" ile güdülen "*meşru amaç*" arasında "*makul*" ve "*dengeli*" bir orantılı ilişkinin olup olmadığı sorgulanır.[1627] "*Ölçülülük*", AİHM'in bazı başka kararlarında "*adil denge/fair balance*"[1628] olarak ifade edilmiştir.[1629] AİHM kamunun/*public* genel yararının talepleri/istekleri/demands ile bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını veya başvurucuya ölçüsüz ve aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediğini incelemek zorundadır.[1630] Mahkeme, mülkiyet hakkı müdahaleye maruz kalan başvurucunun, "*olağan dışı ve aşırı/unusual and excessive*" bir külfet altına sokulması halinde "*adil denge*"nin bozulacağını tespit etmiştir.[1631]

1625 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos.7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52, paras.69; *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54.

1626 *Van Marle and others v. Netherlands*, App. Nos.8543/79-8674/79-8675/79 ve 8685/79, Judgment of 26 June 1986, Series A No. 101, para.43; *AGOSI v. the United Kingdom*, App. No.9118/80, Judgment of 24 October 1986, paras.52-54.

1627 *Allan Jacobsson v. Sweden*, App. No.10842/84, Judgment of 25 October 1989, Series A No. 163, para.55; *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54.

1628 AİHM'in bazı kararlarda "fair" yerine "proper" kelimesinin kullanıldığı görülebilir (örneğin bkz. *Erkner and Hofauer v. Austria*, App. No. 9616/81, Judgment of 23 April 1987, Series A No. 117, para. 75; *Poiss v. Austria*, App. No. 9816/82, Judgment of 23 April 1987, Series A No. 117, para. 65; *Wiesinger v. Austria*, App. No.11796/85, Judgment of 30 October 1991, Series A No. 213, para. 73; "Proper balance" kavramı ile "fair balance" kavramları arasında Strasbourg organları içtihadi özelinde anlam bakımından bir fark bulunmamaktadır.

1629 İçerikleri oldukça farklı olmakla beraber Türk hukuk doktrininde Eren, **a.g.m.**, sf: 793-794'te Türk anayasa hukuku açısından görüş açıklarken "mülkiyetin kapsamını oluşturan yetki ve ödevlerin belirlenmesinde malikin ferdi yararıyla toplum yararı arasında **adil bir denge** kurmak gerekir" diyerek ulusal hukuk açısından benzer bir yaklaşımı temellendirmiş oluyor (vurgu eklenmiştir).

1630 *Gashi v. Croatia*, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.31.

1631 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos.7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52, paras.69, 73. Ayrıca bkz. *James and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1986, para.51; *Mellacher and others v. Austria*, App. Nos.10522/83-11011/84 and 11070, Judgment of 19 December 1989, Series A No.169, para.48; *Akkuş v. Turkey*, App. No.19263/92, Judgment of 23 October 1997, para.27; *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54; *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, Judgment of 12 October 2004, para.45; *Ghigo v. Malta*, App. No.31122/05, Judgment of 26 September 2006, para. 61.

Sözleşmenin bütün ruhuna sinmiş olan ölçülü inceleme yapma gereğinin Strasbourg organlarınca ifade edilişi mülkiyet hakkı ile diğer Sözleşmesel hakların nitelik farklılıklarını ortaya koymaktadır. **AİHS**'de yer alan hemen hiçbir hak özelinde, ölçülülük incelemesi aşamasında "*olağan dışı ve aşırı/unusual and excessive bir külfet*" ölçütüne yer verilmez. Bu durumun sebebi, mülkiyet hakkının niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira mülkiyet hakkı, münhasıran bireyin varlığında mündemiç olmayıp birey dışında ekonomik bir değer içeren nesneyi gerektirmektedir.[1632]

AİHM açıkça, "*toplumun genel yararının gerekleriyle bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge olup olmadığını belirlemede*" kendisini yetkili görmüştür. Mahkemeye göre, "*söz konusu adil dengeyi araştırmak gereği, Sözleşmenin bütününe yerleşiktir ve aynı zamanda bu gerek Madde 1'in yapısından da çıkmaktadır.*"[1633] Nitekim kira bedellerinin azaltılmasına ilişkin kontrol tipi müdahale kategorisine giren bir davada AİHM ölçülülük incelemesinin **P1-1**'in yapısına içkin olduğunu ve dolayısıyla **P1–1**/2 için de geçerli olduğunu kabul etmiştir.[1634] Müzayede/açık arttırma vergisine ilişkin *Musa* davasında AİHK açıkça ölçülülük incelemesinin **P1-1**'in yapısına içkin olduğunu ve dolayısıyla **P1–1/2** için de geçerli olduğunu kabul etmiştir. Zira **P1-1**'e asıl rengini veren 1. kuraldır. Sonuç olarak, vergi veya diğer katkılar başvurucuya aşırı bir külfet yüklüyorsa veyahut başvurucunun mali durumunu göçertiyorsa mülkiyet hakkının ihlali bulunabilir.[1635] Bu kalıp, evden tahliye tipi bir müdahalede de aynen benimsenmiştir.[1636]

1) Kullanılan Sınırlama Araçlarının Seçilmesinde Devletin Kuvvetli Takdir Marjı

Mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı tartılırken, sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar arasında makul bir oranlılık ilişkisi

---

1632 İstisnai olarak adil yargılanma hakkını düzenleyen **AİHS** Madde 6 özelinde , "*olağan dışı ve aşırı/unusual and excessive bir külfet*" ölçütüne yer verildiği gözlemlenebilmektedir (Bkz. *Apostol v. Georgia*, App. No.40765/02, Judgment of 28 November 2006, para.65). Ancak bu karar metinde söylenenleri çürütmemekte; tersine, teyit etmektedir. Zira hukuki problemin esası bir yargı yerine ulaşmayı engelleyen harçlar ile ilgilidir. Yani burada da ekonomik bir problem (ama bu kez adil yargılanmanın unsuru olarak) söz konusudur.

1633 *Holy Monasteries v. Greece*, App. Nos.13092/97 and 13984/88, Case No.10/1993/405/483-484, Judgment of 9 December 1994, para.70.

1634 *Mellacher and others v. Austria*, App. Nos.10522/83-11011/84 and 11070/84, Judgment of 19 December 1989, Series A No.169, para.48.

1635 *Musa v. Austria*, App. No.40477/98, Admissibility Decision of 10 September 1998, para.1 (The Law).

1636 *Gashi v. Croatia*, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.31.

olmalıdır.[1637] Ancak bu oranlılık ilişkisi Devletlerin takdir marjına halel getirmemektedir. Bir müdahalenin adil denge kurup kurmadığını incelerken AİHM, Devletlerin kullanılan araçların seçilmesinde geniş bir takdir marjı olduğunu hükme bağlamıştır.[1638] Ne de olsa ulusal makamlar, kendi ulusal hukuklarını ve dinamiklerini uluslararası yargıca göre daha doğru olarak değerlendirebilecek pozisyondadırlar.[1639] Sözleşmede yer alan sınırlanabilir nitelikteki diğer haklar açısından da müdahale ile güdülen meşru amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araçların seçiminde Devletlerin takdir marjı bulunmaktadır.[1640]

P1-1 metninde açıkça "demokratik toplum düzeninin gerekleri" sınırlamanın sınırı ölçütü yer almadığı için Strasbourg organlarının mülkiyet hakkına müdahale aşamasında ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçların seçilmesinde Devletlere tanıdığı takdir marjı, söz konusu kloza yer veren diğer haklar bakımından Devletlere tanınan takdir marjından daha geniştir.[1641] "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" klozuna yer veren hakların sınırlanması sırasında AİHM takdir marjının yerinde kullanılıp kullanılmadığını denetlerken bir çok unsura yer vermektedir. Bu unsurların çoğu **P1-1**'in sınırlanmasında kullanılmamaktadır.

Doktrinde Arai-Takahashi, bazı kararlardan devinerek[1642] AİHM'in mülkiyet hakkı özelinde kamusal makamlara sadece araçların seçilmesinde değil, ama ayrıca müdahalenin etkilerinin değerlendirilmesinde de bir takdir marjı bırakıp bırakmadığını tartışmaktadır. Yazar bunu ölçü-

---

1637 *Association of General Practitioners v. Denmark*, App. No. 12947/87, Admissibility Decision of 12 July 1989, para.1 (The Law); *Mellacher and others v. Austria*, Judgment of 19 December 1989, para.48; *Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium*, App. No.17849/91, Case No. 38/1994/485/567, Judgment of 20 November 1995, para.38; *Pinnacle Meat Processors Company and 8 others v. United Kingdom*, para.1 (The Law); *Gashi v. Croatia*, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.31.

1638 *Cevat Işık v. Turkey*, App. No.24128/94, Admissibility Decision of 29 November 1995, para.1 (The Law); *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos.25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999, para.75; *Immobiliare Saffi v. Italy*, App. No.22774/93, GC Judgment of 28 July 1999, para.49; *Luordo v. Italy*, App. No.32190/96, Judgment of 17 July 2003, para.69.

1639 *Handyside v. the United Kingdom*, Judgment of 7 December 1976, paras.48-49. Bkz. Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf:205-206.

1640 *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1990, Series A. 172, para.41; *Hatton and others v. the United Kingdom*, GC Judgment of 2 July 2003, para.98.

1641 Krş. Eissen, **a.g.m.**, sf:145; Macdonald, **a.g.m.**, sf: 118; Jeremy McBride, "*Proportionality and the European Convention on Human Rights*", **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, ed. Evelyn Ellis, Hart Publishing, Oxford, 1999, sf: 23-35, 32-33.

1642 Yazarın zikrettikleri arasında *AGOSI v. the United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, para.52; *Fredin v. Sweden*, App. No.12033/86, Judgment of 18 February 1991, Series A No. 192, para.51 bulunmaktadır.

lülüğün değerlendirilmesinde takdir marjı olarak başlıklandırmakta ve Strasbourg denetimini aşırı azalttığı gerekçesiyle eleştirmektedir.[1643] Kanımca Arai-Takahashi'nin eleştirileri genel olarak yerindeyse de meseleyi ayrı bir problem olarak ele almaya gerek yoktur. Ayrı bir mesele olarak ele almak yerine işbu Çalışmada yapıldığı üzere Devletin sınırlama araçlarının seçilmesindeki takdir marjının niteliğine odaklaşılması yeterli olacaktır. Nitekim yazarın eleştirisini geliştirirken üzerinde durduğu ölçülülük unsurlarının bir kısmı, zaten yazarca sonradan belirtileceği üzere **P1-1**'in özelinde geçerli değildir. Somutlaştıralım:

AİHS'in bütünü için konuşulduğunda, denilebilir ki ulusal makamlara bırakılan takdir marjının boyutu somut olayın koşullarına göre değişmektedir. Eğer AK üyesi Devletlerin o spesifik konudaki anlayışı yeknesak ise, yani Devletler bir çeşit konsensusa varmışsa takdir marjı darlaşacak ve sapmanın meşrulaştırılması güçleşecektir.[1644] Eğer bir konsensus yok ise, bu defa takdir marjı geniş olacak ve ihlal bulunması güçleşecektir.[1645] Konsensus incelemesinin yanında Mahkeme uyuşmazlığın entim/mahrem meseleleri içerip içermediğine, pozitif yükümlülüklerle ilgili olup olmadığı, acil durumlarla ilgili olup olmadığı veya ulusal güvenlikle ilgili olup olmadığı gibi faktörlere bakarak da takdir marjının boyutunu belirlemektedir.[1646]

1643 Arai-Takahashi, **a.g.e.**, sf: 156-157.

1644 Bu noktada, tekrara kaçmamak amacıyla, işbu Çalışmanın mülkiyet hakkının öznesine dair I. Bölümünde *Agrotexim* içtihadı incelenirken yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetinilmektedir.

1645 Avrupa Birliği düzleminde medeni hukukun uyumlaştırılmasına yönelik çalışmalar yapıldığı biliniyor. Ancak başta eşya hukuku olmak üzere mülkiyetle ilgili hukukun uyumlaştırılması ise biraz daha geri planda kalmış durumda. Nitekim Avrupa Topluluklarını kuran Andlaşmanın 295. Maddesi (eski 222), Andlaşmanın üye devletlerin mülkiyet hakkı konusunda benimsemiş olduğun sisteme ilişkin kurallara halel getirmeyeceği hükmünü içermektedir. Buradan hareketle denebilir ki, Avrupa Topluluklarını kuran Andlaşma bir Avrupa ortak mülkiyet anlayışının olmadığını varsaymış, özel mülkiyet meselesini Devletlerin iç işlerine bırakmış veya unutmuş gibi gözükmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Fiona Campbell-White, "*Property Rights: A Forgotten Issue Under the Union*", **The European Union and Human Rights**, eds. Nanette A. Neuwahl and Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995, sf:249-263; Koen Lenaerts-Kristen Vanvoorden, "*The Right to Property in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities*", **Property and Human Rights**, ed. Prof. Dr. H. Vandenberghe (with co editing of M. Muylle and T. Viaene), Die Keure/la Charte, Co-publisher: Bruylant, 2006, sf: 195-240, özellikle 198-199; Sjef van Erp, **European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?**, Walter van Gerven Lectures (6), Europa Law Publishing, Groningen, 2006, http://ssrn.com/abstract=995979).

1646 Arai-Takahashi, **a.g.e.**, sf: 82-86. Ayrıca bkz. Macdonald, **a.g.m.**, sf:83-124; Merrills, **a.g.e.**, sf:151-176; Eva Brems, "*The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*", **Zeitschrift Für Auslandishces Offentliches Recht Und Volkerrecht**, Vol. 56, sf:240-314; C. Clovis Morrison Jr., "*Margin of Appreciation in European Human Rights Law*", **Human Rights Journal, Vol. 6**, sf:263-286; Soren C. Prebensen, "*The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*", **HRLJ**, Vol. 19, No. 1, 30 April 1998, sf:13-17.

Gelgelelim, konsensüs incelemesi **P1–1** özelinde pek geçerli değildir.[1647] Hemen hemen hiçbir kararda bu inceleme ön plana çıkmamıştır. Bu yaklaşımın nadiren kendini gösterdiği kararlarda da, olumsuz içerikli kullanılmıştır.[1648] Yine takdir marjının boyutunu daraltan uyuşmazlığın entim/mahrem meseleleri içerip içermediği faktörü **P1–1** özelinde bir rol oynamamaktadır. Mülkiyet hakkının sınırlanmasında kullanılan araçların seçimindeki takdir marjı her halükarda geniştir.

Benzer şekilde, özellikle Madde 9-11 özelinde aranan "sosyal/toplumsal ihtiyaç baskısı" ("*pressing social need*") ölçütü[1649], bu satırların yazarının yaptığı araştırmaya göre **P1-1** özelinde bugüne dek gündeme gelmemiştir. Gözden kaçmış birkaç karar bulunabilirse de, belli ki "toplumsal ihtiyaç baskısı" ölçütü, mülkiyet hakkının sınırlanmasında takdir marjının yerindeliğinin sınanmasında kullanılan olağan faktörler arasında yer almamaktadır.

AİHS'in sınırlanabilir hakları bakımından takdir marjının söz konusu haklara uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetlemekte Strasbourg organlarının sıklıkla başvurdukları "daha az kayıtlayıcı" önlem mottosu bile **P1–1** özelinde geçerli değildir.[1650] Yani ölçülülüğün bir unsuru olarak *oranlılık* ilkesi mülkiyet hakkına müdahelelerde işlevsizdir.

Başvurucuların sahip oldukları evlerin kiracılar tarafından düşük bir bedelle zorunlu olarak satın alınmasının **P1-1**'e uygunluğunun incelendiği ünlü *James* davasında bu mesele ele alınmıştır. AİHM'in ölçülülük ilkesi açısından incelediği somut unsurlardan bir tanesi, sosyal adaleti sağlamak için mülkiyetin kiracılara devrinin mutlaka gerekli olup olmadığıdır. Mahkemeye göre, sosyal adaleti sağlamak için farklı yöntemlerin varlığı, kira reform mevzuatını otomatik olarak Sözleşmeye aykırı kılmaz. Farklı yöntemler, adil bir denge kurulması gereğini sağlamak amacıyla seçilen araçların makul olup olmadığı ele alınırken diğer faktörler gibi göz önünde bulundurulan bir faktördür. Yasa koyucu bu sınırlar içinde kaldıysa, söz konusu mevzuatın en iyi çözüm olup olmadığına veya yasamanın takdirini bir başka biçimde kullanabilip kullanamayacağı-

---

1647 Krş. Allen, **Human Rights Act**, sf:45.

1648 Bkz. *AGOSI v. the United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, para.54; *Gasus Dosier- und Fördertchnik GmbH v. Netherlands*, Judgment of 23 February 1995, para.68.

1649 Bkz. *Handyside v. the United Kindgom*, Judgment of 7 December 1976, Series A No. 24, para. 48 (Madde 10 açısından); *Şerif v. Greece*, App. No.38178/97, Judgment of 14 December 1999, para. 49 (Madde 9 açısından); *Smith and Grady v. United Kingdom*, App. Nos. 33985/96 and 33986/96, Judgment of 27 September 1999, para. 87 (Madde 8 açısından). Ayrıca bkz. Gemalmaz-Gemalmaz, **a.g.d.**, sf: 198.

1650 Krş. Arai-Takahashi, **a.g.e.**, sf: 159-160; McBride, **Proportionality**, sf: 34.

na karar vermek Mahkemenin görevi değildir. Mahkemeye göre tazminat karşılığında mülkiyet sahibinin gayrimenkul üzerindeki haklarının kiracıya zorunlu olarak devrini öngören mevzuat bir başına uygun ve ölçülü olmayan bir yöntem olarak düşünülemez.[1651]

Defter tutma yükümlülüğüne aykırı davranıldığı için alkollü içki satış ruhsatının yenilenmemesine ilişkin bir diğer davada Mahkeme, kamusal makamların sahip olduğu ihtar vermek (*admonition*) gibi daha az kayıtlayıcı bir önlem alabilme imkanının tercih edilmemesinde ölçülülüğü zedeleyen bir unsur görmemiştir.[1652] Mahkeme daha az kayıtlayıcı önlemin varlığının müdahaleyi tek başına ölçüsüz kılmayacağını defalarca dile getirmiştir. Mahkeme "olası alternatif çözümlerin varlığı tek başına şikayet konusu mevzuatı gayri meşru kılmaz" diyerek yasamanın takdir marjı sınırları içinde kalan tercihlerine saygı göstermektedir.[1653]

Sınırlama bakımından kuşatıcı genel ilkelerin bulunmaması veyahut Strasbourg organlarının bu tip ilkelere mülkiyet hakkı için başvurmaması, **P1-1** ile diğer Sözleşmesel haklar arasında ikincinin lehine zımni bir hiyerarşi kurulduğunu gösterir. Dikkat edilmelidir ki, burada kurulan zımni hiyerarşi diğer Sözleşmesel haklarla çatışan **P1-1**'in uygulanabilirliğiyle ilgili değildir (2. Bölüme bkz). Buradaki hiyerarşi mülkiyet hakkının Sözleşme dışındaki değerlerle sınırlanmasında, diğer Sözleşmesel hakların yine aynı değerlerle sınırlanmasında sahip oldukları bazı avantajlardan yararlanamamasını ifade etmektedir.[1654]

1651 *James and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1986, para.51.

1652 *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, App. No.19873/84, Case No.4/1988/148/202, Judgment of 7 July 1989, Series A No. 159, para. 62.

1653 *Mellacher and others v. Austria*, Judgment of 19 December 1989, para.53; *Back v. Finland*, App. No. 37598/97, Judgment of 20 July 2004, para. 54 (*James*, para. 51'e atıfla); *Smits, Kleyn and others v. Netherlands*, App. Nos. 39032/97-39343/98-39651/98-43147/98-46664/99-61707/00, Admissibility Decision of 3 May 2001 ("It follows from these considerations that it cannot be said as a general rule that the State is prevented by Article 1 of Protocol No. 1 from expropriating property merely because lesser alternatives are available. Moreover, on the facts of the present case the Court cannot find that the measures complained of manifestly lack reasonable foundation").

1654 Örneğin ifade özgürlüğü, bu açından mülkiyet hakkına göre çok daha kuvvetlidir (aynı yönde olarak bkz. ve krş. Erik Werlauff, "*Right of Possession and Interference With Such Rights*", **European Business Law Review**, Vol. 13, Issue 2, 2002, sf: 123-145, 125). Oysa, gerek Sözleşmesel tutarlılığın gereği olarak, gerekse de mülkiyetin insan hayatında oynadığı büyük önem göz önünde bulundurularak, en azından insanca bir yaşamın temelini oluşturacak özsel mülkiyetin, ifade özgürlüğü gibi diğer Sözleşmesel haklara sağlanan güvence standardına kavuşturulması gereklidir. İlginç şekilde benzer bir tartışma ABD anayasa hukuku çerçevesinde de yapılmış ve mülkiyet hakkının en az ifade özgürlüğü kadar koruma görmesi gerektiği ileri sürülmüştür (Epstein'ın bu görüşü ve eleştirisi için bkz. Underkuffler, **a.g.e.**, sf:124-128).

Bilindiği üzere gerek UİHH gerekse de ulusal anayasa hukukları, haklar arasında bu tip bir hiyerarşiyi kabul etmez. Bu hakların bölünmezliğiyle ve bütünselliğiyle pek bağdaşmayan sonuç doğurur. Bu durum, bir hukuki belgenin kendi içinde tutarsızlığa yol açar. Zaten UİHH'nin en önemli prensiplerinden biri olan etkililik ilkesi de böyle bir hiyerarşiyle bağdaşmaz.

Sözleşmesel tutarlılığın gereği olarak, **AİHS** Madde 8-11'deki hakların sınırlanmasının meşru addedilmesi için aranan "*sosyal ihtiyaç baskısı*" benzeri bir standart **P1-1** için de aranmalıdır. Bu, Devletlere tanınan takdir marjını genel olarak daraltacak, özel olarak da sınırlamanın amacına göre değişken kılacaktır. Demokratik bir toplumda hakların sınırlanmasına yol açacak müdahale, öyle sıradan bir kaygıya dayanarak yapılamaz. Zira AİHM'e göre, "gereklilik" klozu "kabul edilebilir", "olağan", "yararlı", "makul" ya da "arzu edilen" gibi terimlerin ve kavramların sahip olduğu esnekliğe sahip değildir.[1655] Devletlere bırakılan takdir marjının kapsamı belirlenirken, söz konusu hakkın önemi, hakkı sınırlandırılan başvurucunun eylemi/tasarrufu, sınırlandırmanın amacı ve bununla bağlantılı olarak sınırlamanın yapıldığı Devletteki hukuki-siyasi koşullar dikkate alınmak durumundadır.[1656] Örnek olsun, çevrenin korunması söz konusu olduğunda, Taraf Devletlerin takdir marjının geniş olması kabul edilebilir bir yaklaşım olacaktır.

Bu noktada uyuşmazlık konusu meselenin ve talep edilen hakkın niteliğine bakılmalıdır. Ticari şirketlerin başvurularında veyahut özel hukuk kişilerince yapılmış olsa bile ticari nitelikteki şikayetlerde takdir marjının geniş tutulması kabul edilebilir. Diğer yandan, şikayet kişinin geçim olanaklarına, ailesinin yaşam standardıyla doğrudan ilgili olduğu sürece, takdir marjı darlaşmalıdır.[1657] Başvurucu tarafından dile getirilen talep, insan onurunun korunması bakımından ve yaşam standartları

1655 Bkz. *Handyside v. the United Kindgom*, App. No.5493/72, Judgment of 7 December 1976, para.48 (Madde 10 açısından); *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos. 25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999, paras.112-113 (Madde 11 açısından).

1656 *Buckley v. the United Kingdom*, App. No.20348/92, Judgment of 25 September 1996, para.76; *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, Judgment of 29 June 2004, paras. 99-115.

1657 *Gillow* davasında Komisyon, kontrol tipi müdahalelerde ölçülülük testinin ölçütü olarak, müdahale edilen mülkiyetin malik tarafından hangi amaçla kullanıldığına önem vereceğini açıkça belirtmiştir. Bkz. *Gillow v. United Kingdom*, App. No. 9063/80, Commission Final Report of 3 October 1984, paras. 148 ("The principal criterion for establishing whether a fair balance has now been struck in the control of use of personel property is therefore the use for which that property was intended by the indivual owner".

açısından ne kadar önemliyse, takdir marjı o kadar azalmalıdır.[1658] Bunun değerlendirilmesinde **AİHS**'e hakim olan ilkeler yeterli rehberliği sağlayacaktır. Sonuç olarak denilebilir ki, bir müdahalenin ölçülü sayılıp sayılmayacağında bir yandan talep edilen hakkın niteliğine diğer yandan talep edenin malvarlığı pozisyonuna ve ailevi durumuna bakılmalıdır.[1659]

Yine Sözleşmesel tutarlılığın gereği olarak, **AİHS**'in sınırlanabilir hakları bakımından takdir marjının söz konusu haklara uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetlemekte AİHM'in sıklıkla başvurduğu "daha az kayıtlayıcı önlem" düsturu da **P1–1** özelinde canlandırılmalıdır. Nitekim, çok istisnai bazı vakalarda daha az kayıtlayıcı önlem düsturuna yer verildiği ve diğer gerekçelerle birlikte, en ağır önlemin seçilmesinin ihlal sonucuna yol açtığı örnekler bulmak mümkündür.[1660] *Balan* kararından hare-

---

1658 Yukarıda pozitif yükümlülükler bahsinde işlenen "insan onuruna yakışır yaşam standardı sağlama" başlığı altında yapılan açıklamar ile aşağıda ölçülülüğün göstergeleri bahsinde işlenen "tazminat" ve "zararın miktarı" başlıklarına bkz.

1659 Ticari şirketlerin hakları özelinde krş. Emberland, **Companies**, sf:180-193.

1660 *Hentrich v. France*, App. No.13616/88, Judgment of 22 September 1994, Series A No. 296-A, para. 47. Orijinal ifade şöyledir: "Furthermore, the State has other suitable methods at its disposal for discouraging tax evasion where it has serious grounds for suspecting that this is taking place; it can, for instance, take legal proceedings to recover unpaid tax and, if necessary, impose tax fines. Systematic use of these procedures, combined with the threat of criminal proceedings, should be an adequate weapon."

Capital Bank AD v. Bulgaria, App. No.49429/99, Judgment of 24 November 2005, para. 136-138. Orijinal ifade söyledir: "There existed therefore a number of options – and the above list is not exhaustive – to attain the desired results of safeguarding the interests of the applicant bank's depositors and other creditors and protecting the stability of the banking system, by swiftly and seamlessly revoking its licence. However, the legislative framework opted for the most drastic solution – dispensing with any sort of proceedings in all cases – and there is no indication that other possibilities were considered" (Yalnız Mahkeme, bu unsuru hukukilik testi altında kullanmıştır.).

Paeffgen GMBH v. Germany, App. Nos. 25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, Admissibility Decision of 18 September 2007, özellikle para. 1 (The Law Bölümü). Orijinal ifade şöyledir: "However, in view of the fact that the applicant company failed to demonstrate limited ways of using the domains in question which would not risk interfering with the rights of others, and in view, further of the clear notification by DENIC e.G. that registration of a domain did not imply freedom from third party claims, the domestic courts' orders cannot be considered to be excessive to achieve the aim pursued."

Balan v. Moldova, App. No. 19247/03, Judgment of 29 January 2008, para.45. Orijinal ifade şöyledir: "The Court accepts that issuing identity cards to the population serves an undoubtedly important public interest. However, it is apparent that this socially important aim could have been reached in a variety of ways not involving a breach of the applicant's rights. For instance, another photograph could have been used or a contract could have been concluded with the applicant. The Court is unaware of any compelling reason for the use of the particular photograph taken by the applicant or of any impediments to the use of other materials for the same purpose. Indeed, the photograph taken by the applicant was no longer used as a background in identity cards after 1 May 2000, which confirms that the public interest could be served without violating the applicant's rights."

ketle bu noktada ölçü olarak, müdahalede kullanılacak aracın/önlemin "zorunlu" olup olmadığı testinin kullanılabileceği söylenebilir.

Strasbourg organlarının **P1-1** özelinde bugüne dek pek itibar etmediği veya olumsuz nitelikte kullandığı konsensus incelemesi de etkinleştirilebilir. Örneğin AK üyesi Devletlerin, özellikle AK sözleşmeleri eliyle, mülkiyete ilişkin bazı konularda belirli ölçüde yeknesak hukuki tercihler yaptığı görülmektedir. Nitekim 2009 yılı başında verdiği bir hükmünde Büyük Daire, kamulaştırmalarda kıymet takdirine esas alınacak unsurların saptanmasında AK üyesi Devletlerin yasal düzenlemelerini ve uygulamalarını dikkate alarak konuya ilişkin bir yeknesaklığın oluşup oluşmadığını ortaya çıkarmaya çalışmış ve ulaştığı bilgiyi muhakemesinde kullanmıştır.[1661] Mahkemenin kendisine zor gelen karşılaştırmalı hukuk incelemesini yapmasının sağlanmasında mağdurların avukatlarına çok iş düşmektedir. Hükümlerinde ulusal hukuk ve ulusal yargı makamlarının kararlarının ayrıntılı metinlerine yer verildiği için AİHM'in **P1-1** bakımından çeşitli Devletler hakkında ürettiği kararların incelenmesi, somut olayda başvurucular lehine karşılaştırmalı hukuk bilgisinin üretilmesini sağlayabilir. Karşılaştırmalı hukuk bilgisinin üretilmesine yönelik olarak, çeşitli Devletlerdeki somut uyuşmazlığa ilişkin hukuki tercihleri açıklayan doktriner eserlerden faydalanılması da mümkündür.

Konsensus incelemesinin etkinleştirilmesi açısından ikinci olarak AB hukundan yararlanmak mümkündür. Tamamı AK üyesi olan AB üyesi Devletlerin Avrupa birleşmesinin ruhundan kaynaklanan bir yeknesaklaşma eğilimine girdikleri söylenebilir. Her ne kadar AB düzeninde hukukun uyumlaştırılması projesi mülkiyet ile alakalı disiplin ve alanlarda, diğer hukuk disiplin ve alanlarına göre yavaş işlemekteyse de 2000'li yıllardan itibaren çeşitli mülkiyet sorunlarına ilişkin çözümlerin yeknesaklaştırılması için AB bünyesindeki çeşitli kurumlarca çalışmalar yapıldığı bilinmektedir.[1662] Bunun yanı sıra, ATAD'ın mülkiyet hakkına korumaya yönelik bir içtihadi birikim oluşturmaya başladığı gözlemlenebilmektedir. Bu içtihadında ATAD, bazı farklılıklar olmakla birlik-

---

1661 *Kozacıoğlu v. Turkey*, App. No.2334/03, GC Judgment of 19 February 2009, paras. 34, 71. Ayrıca Yargıç Maruste'nin muhalefet şerhine bkz.

1662 Bu çalışmalar hakkında bilgi için bkz. Erp, **a.g.e.**, sf:9-11. Yazar ayrıca, **a.g.e.**, sf:13-17'de, ortak bir mülkiyet/eşya hukuku geliştirmenin temellerini açıklamaktadır.
Fikri mülkiyet alanında da, Avrupa Topluluklarını kuran Andlaşmanın 295. Maddesine (eski 222) rağmen, belirli bir uyumlaştırma süreci gözlemlenebilmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Barbara Pasa-Gian Antonio Benacchio **The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe**, çev. Lesley Orme, A Guide to European Private Law, CEU Pres, Budapest, 2005, sf:409-475, özellikle 449 vd.; krş. Campbell-White, **a.g.m.**, sf: 256-258.).

te[1663], büyük ölçüde AİHM'in **P1-1** için geliştirdiği yaklaşımını benimsemektedir.[1664] Zaten AİHM Büyük Daire, yakın tarihli bir kararında AB hukukunun (ve ATAD'ın) mülkiyet hakkı için sağladığı usuli koruma ile **P1-1**'in sağladığı koruma arasında bir fark olmadığı yönünde bir karine benimsemiştir.[1665] Nihayet, AB **Temel Haklar Şartı** Madde 17, bu Çalışmada çeşitli vesilelerle vurgulandığı üzere, mülkiyet hakkını ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Bu veriler, en azından Avrupa kıtası bazında bir konsensus incelemesi için gerekli temelin oluşmaya başladığına işaret etmektedir. Zaten ekonomik bütünleşme sağlama amacı güden bir siyasi oluşumun, mülkiyet ve girişim özgürlüğü konusundan bir eşgüdüm sağlamaması[1666] mümkün değildir.

Gelgelelim, bütün bu argumanlara rağmen, hali hazırda **P1-1** için kuşatıcı genel ölçülülük ilkelerinin mevcudiyetinden bahsedilemez. Ancak **AİHS**'in sınırlanabilir haklar için geçerli olan kuşatıcı genel ilkelerinin işlevsiz kalması, yine de, **P1–1** bakımından bazı ölçülülük gösterge ve faktörlerinin belirlenmesine engel olmaz.

2) Ölçülülüğün ve Ölçüsüzlüğün Göstergeleri

Baştan belirtilmelidir ki, burada açığa çıkartılmaya çalışılan göstergeler büyük ölçüde bir arada etki doğurmaktadır. Yani bu unsurlardan birinin eksik olması veya varlığı zorunlulukla müdahalenin ölçüsüzlüğü sonucunu doğurmaz.

1663 Bu farklılıkların önemli olduğunu düşünmekteyiz. Bu konuda aşağıda aşağıda "usuli güvenceler" başlığı altında yapılan açıklamalara bkz.

1664 C-402/5 and C-415/05, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union, Commission of the European Communities, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 September 2008, paras. 354-372, özellikle 367-372). Ayrıca bkz. ve krş. Micheal R. Antinori, "*Does Lochner Live in Luxembourg?: An Analysis of the Property Rights Jurisprudence of the European Court of Justice*", **Fordham International Law Journal**, Vol. 18, 1994-1995, sf: 1778-1851, özellikle 1803-1808, 1842-1851; Tridimas, **a.g.e.**, sf:313-319; Lenaerts- Vanvoorden, **a.g.m.**, sf:213-237. Bu üç eserin dışında AB yargısında mülkiyet hakkına ilişkin çeşitli karar özetleri için ayrıca bkz. Isabelle Schömann and Stefan Clauwaert, "*The EU Charter of Fundamental Rights in the Case Law of the Courts of the European Union*", **European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights**, ed. Brian Bercusson, Nomos, 2006, sf:658-666.

1665 Eleştirel olarak aşağıda "usuli güvenceler" başlığı altında yapılan açıklamalara bkz.

1666 Miguel Angel Garcia Herrera and Gonzalo Maestro Buelga, "*Economic and Market Direction in the European Constitution*", **Governing Europe under a Constitution**, eds. Josef Blanke and Stelio Mangiameli, Springer, Printed in Germany, 2006, sf:65-94, özellikle 74-78.

a) Tazminat

En yaygın denge sağlayıcı kurum tazminattır.[1667] Buna göre, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ölçülü olabilmesi için belirli bir oranda tazminat karşı ediminde bulunulması gereklidir.[1668] Mülkiyet hakkı parayla ölçülebilen ekonomik değerleri içerdiğine göre, tazminat kurumu bu hakkın en rahat iletişim kurabileceği dili ifade ediyor.[1669] Hemen belirtilmelidir ki, bu bağlamda geçen tazminat ulusal hukukta müdahalenin karşılığı olarak yapılması gereken karşı edimin ifadesidir. Yoksa, bulunacak bir ihlal kararı sonrası bu ihlalin giderilmesi için verilen bir kalem değildir. Burada kullanılan anlamıyla tazminat, mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olup olmadığının bir göstergesidir.

Tazminat karşı edimi gerekliliğinin kaynağı hususu pek belirgin değildir. Bilindiği üzere **P1–1** tazminat gibi bir gereklilikten bahsetmemektedir.[1670] Hal böyle olunca, tazminat karşı edimine bir temel bulmak gerekir. Başvuruculanın sahip oldukları evlerin kiracılar tarafından düşük bir bedelle zorunlu olarak satın alınmasının **P1-1**'e uygunluğunun incelendiği ünlü *James* davasında Mahkemeye göre, Taraf Devlet hukuk sistemlerinde kamu yararı adına mülkiyete tazminatsız el konulması sadece istisnai koşullar altında meşru olarak kabul edilmektedir. Yani, kural olarak, mülkiyete el konulduğunda tazminat verilmesi AK üyesi Devletlerin ortak hukuk anlayışlarının bir unsurudur.[1671] Ayrıca, tazminat verilmesi gereklidir, aksi halde **P1-1**'in sunduğu koruma sanal ve etkisiz kalır. Demek oluyor ki, Mahkeme tazminat karşı edimi gerekliliğinin temelini etkililik ilkesi olarak göstermiştir.[1672]

1667 Ölçülülüğün bir unsuru olarak tazminat göstergesi, doktrinde çok sayıda eserde işlenmiştir (Bazı örnek çalışmalar olarak bkz. Allen, **Human Rights Act**, sf:150-155, 166-196; Tom Allen, "*Compensation For Property Under the European Convention on Human Rights*", **Michigan Journal of International Law**, Vol. 28, Winter, 2007, sf:287-335; Pellonpaa, **Prompt, Adequate and Effective Compensation**, sf:374-394; Reid, **a.g.e.**, sf:296-297; Ress, **a.g.m.**, sf:631-635; Curtis Jr., **a.g.m.**, sf: 67-79; Anderson, **a.g.m.**, sf:548-553; Sarı, **a.g.e.**, sf:79-91). Bu sebeple bu aşamada, Çalışmanın genel amaçlarına yönelik olarak tazminat göstergesinin doktrinde pek ele alınmamış veya çok yeni gelişmeleri yansıtan yönlerine dikkat çekilecektir.

1668 Genel olarak aynı yönde bkz. Frowein, **a.g.m.**, sf: 523-524.

1669 Krş. Janis vd., **a.g.e.**, sf: 554; anayasal düzlemde aynı yönde Örücü, **a.g.e.**, sf:61-62.

1670 Oysa **Ame.İHS** Madde 21/2, mülkiyetten yoksun bırakılmanın hukuka uygunluk şartı olarak tazminat gerekliliğini açıkça vurgulamaktadır.

1671 Ayrıca bkz. Pellonpaa, **Prompt, Adequate and Effective Compensation**, sf: 376 vd.; Ress, **a.g.m.**, sf: 632; Krş. Ruffert, **a.g.m.**, sf: 129. Commonwealth ülkelerinde tazminat gereği için bkz. Allen, **Constitutions**, sf: 194-199, 223-252, özellikle 240-246; Jayawickrama, **a.g.e.**, sf:919-920.

1672 *James and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1986, para.54. Thor Vilhjalmsson, **P1–1** ile ilgili Onaylayıcı Şerhinde çoğunluğa itiraz etmiştir. Yargıç Mahkemenin olayda **P1-1**'in ihlali iddiası hakkında ulaştığı sonuca katılmakla birlik-

James davasında tazminata dair şikayet iki boyutludur. Birincisi kıymet takdirinin malların piyasa değerinden düşük olması ve ikincisi kıymet takdiri ile ödemenin yapılması tarihi arasındaki gecikmeden kaynaklanan kayıp. Taşınmazın kıymet takdirinin düşüklüğü konusunda Mahkeme, toplumun genel yararı (kamu yararı terimini kullansa daha isabetli olurdu) ile başvurucununki arasında adil bir dengenin kurulmadığının ispatlanmadığı gerekçesiyle bir ihlal bulmamıştır. Kıymet takdiri ile ödemenin yapılması arasındaki gecikme bakımından da Mahkeme bir ihlal bulmamıştır. Mahkemeye göre, bu gecikme dönemi içinde mal sahibinin meseleyi yetkili bir yargı yerine götürme olanağı bulunmakta idi. Kaldı ki iç hukuk, gecikmeleri cezalandırmaktadır (paras.55-57).

İşte bu durumu aşmak için başvurucular, alternatif olarak tazminat gerekliliğini **P1–1**/1 cümle 2'de geçen "uluslararası hukukun genel ilkeleri" klozuna dayandırmışlardı. Başvuruculara göre, **P1–1**/1 cümle 2'de geçen "uluslararası hukukun genel ilkeleri" klozunu kamulaştırmada hem yabancılar hem de vatandaşlar için ivedi (*prompt*), yeterli (*adequate*) ve etkili (*effective*) tazminat ödenmesi anlamına gelmektedir. Komisyon tutarlı olarak bu klozun sadece yabancılara uygulanabilir olduğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre söz konusu kloz ilk önce vatandaş olmayanlara uygulanır (paras.58-60).

Başvurucular ise, **P1–1**/1 cümle 2'in sağladığı hakkın öznesi "hiçkimse" olduğu için burada yer alan haklardan ayrımsız olarak herkesin yararlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Üstelik başvurucular, Sözleşme yapıcının vatandaş olanlarla yabancılar arasında bir farklılık yaratmak istediğinde bunu açıkça yaptığını **AİHS**'in 16. Maddesi örneğini vererek göstermişlerdir.[1673] Mahkeme, başvuruculların bu argumanlarının dikkate değer olduğunu kabul etmekle birlikte, bu görüşü kabul etmemiştir. Mahkemenin gerekçeleri ise şöyledir. Birincisi, Mahkeme bu klo-

---

te, Mahkeme kararının 53–57. paragraflarında geçen tazminata dair açıklamalara itiraz etmektedir. Yargıca göre, **P1–1** mülkiyetten yoksun bırakılma (el atma diyor Yargıç) hallerinde tazminat hakkını kapsamamaktadır. Yargıç bu görüşünü desteklemek için tazminata dair herhangi bir ibare içermeyen **P1–1** metnine ve *Hazırlık Çalışmaları*na dayanmaktadır. Thor Vilhjalmsson Sözleşmenin günün koşulları altında yorumlanan bir belge olmasının bile bu konuda bir değişiklik getirmediğini ileri sürmektedir.

Muhalif yargıç Vilhjalmsson'un *Hazırlık Çalışmaları*na yaptığı atfa ilişkin olarak söylenmelidir ki, tazminat meselesi gerçekten tartışmalı olmakla birlikte, mülkiyete el atmalarda ulusal hukukta tazminat verilmesi doğal bir karşı edim olarak ele alınmıştır. Bu noktada, **P1-1**'in nihai taslaklarından biri üzerinde Sözleşme Hazırlık Sekreteryasınca yapılan yorumu hatırlamak yeterli olacaktır. Bkz. **Preparatory Work on Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights**, sf:156-158, özellikle 157.

1673 Başvuruculların iddiaları ile doktrinde dava öncesi dile getirilen bazı görüşlerin örtüştüğü anlaşılmaktadır. Örneğin bkz. Schwelb, **a.g.m.**, sf: 524-526; Peukert, **a.g.m.**, sf:66.

zu normal anlamında ele almayı, yani sadece vatandaş olmayanlar bakımından bu klozun uygulanabilir olduğunu kabul etmeyi daha doğal bulmaktadır. İkincisi, Mahkeme, bu klozu olağan anlamının dışına taşacak şekilde yorumlamanın tercih edilmeyeceğini vurgulamaktadır (Mahkeme burada **Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi**nin 31. maddesine atıf yapmaktadır). Üçüncüsü, Mahkemeye göre bu klozun Maddeye enjekte edilmesi anlamsız değildir; hem vatandaş olmayanlara Mahkeme denetim sisteminden doğrudan yararlanma imkanı vermektedir -ki aksi halde bu kişiler klasik yolları kullanmak durumunda kalırdı- hem de **P1-1**'in yürürlüğe girmesinin vatandaş olmayanların haklarını azalttığı şeklinde bir argumanı dışlamaktadır. Dördüncüsü, **P1–1** açıkça "kamu yararı" gibi uluslararası hukukun genel ilkeleri blokuna dahil bir ilkeye yer verdiğine göre, **P1–1** söz konusu ilkeleri vatandaş olanlara da uygulanabilir kılsaydı, "kamu yararı" klozu tekrar edilmiş olacağından anlamsız olurdu. Beşincisi, vatandaşlarla vatandaş olmayanlar arasında, ikinci grup lehine yapılan düzenleme Sözleşme Madde 14 anlamında ayrımcılık oluşturmaz. Çünkü vatandaş olmayanlar çoğu kez vatandaş olanlara göre daha mağdur edilebilir/vulnerable niteliktedir. Vatandaş olmayanlar, genellikle iç hukukta yetkili makamların seçiminde veya atanmasında rol oynamadıkları hukuk üretiminde görüşlerine başvurulmaz. Üstelik kimi kez vatandaşlara vatandaş olmayanlardan daha ağır külfetler yüklenmesinin meşru olabileceği durumlar söz konusu olabilir. Altıncısı, Sözleşmenin ve **P1-1**'in *Hazırlık Çalışmaları* da "uluslararası hukukun genel ilkeleri" klozunun sadece vatandaş olmayanlara uygulanacağı görüşünü desteklemektedir (Mahkeme burada **Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi**nin 32. maddesine atıf yapmaktadır).[1674] Yedincisi, **P1-1**'in yürürlüğe girişinden bu yana, Devletlerin "uluslararası hukukun genel ilkeleri" klozunu vatandaşları için de uyguladıklarına dair bir örnek bu-

---

1674 Gerçekten de *Hazırlık Çalışmaları* ilk bakışta Mahkemenin değerlendirmesini haklı kılıyor gibi gözükmektedir. Bkz. **Preparatory Work on Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights**, sf:19, 130-131, 150-151, 157, 168-169; aynı yönde olarak bkz. Higgins, **a.g.m.**, sf:357-363. Belirtmek gerekir ki Prof. Higgins, *Lithgow* davasında Birleşik Krallık Hükümetinin danışmanları arasında yer almıştır. Diğer yandan doktrinde Schwelb, **a.g.m.**, sf: 540'da, *Hazırlık Çalışmalarının* tazminat kuralını sadece yabancılar için geçerli kılmak amacı taşımadığını ileri sürmektedir. Ayrıca *James* ve *Lithgow* kararları sonrası, özellikle *Lithgow* kararını analiz eden bir çalışmada da, *Hazırlık Çalışmaları* ayrıntılı olarak değerlendirilmiş ve görünüşün yanıltıcı olduğunu, bütüncül bir açıdan bakıldığında *Hazırlık Çalışmalarının* vatandaşların mülkiyet hakkına el atmalarda da tazminat gereğini dışlamadığı sonucuna varılmıştır. Bkz. Anthony Salgado, "*Protection of National's Rights to Property Under the European Convention on Human Rights: Lithgow v. United Kingdom*", **Virginia Journal of International Law**, Vol. 27, No. 4, 1987, sf: 865-914, 880-890. Krş. B. A. Wortley, **Expropriation in Public International Law**, Cambridge at the University Press, 1959, sf:150-151; Merrils, **a.g.e.**, sf:214-217.

lunmamaktadır. Tersine, "uluslararası hukukun genel ilkeleri" klozunu vatandaşları için uygulamadıklarına dair emsaller gözlemlenebilmektedir. Sonuç olarak, bu gerekçelerle Mahkeme, "uluslararası hukukun genel ilkeleri" klozunun vatandaşlara uygulanabilir olmadığına karar vermiştir (paras.61-66).[1675]

James kararındaki yaklaşım 6 ay sonra verilen *Lithgow* kararıyla teyit edilmiş ve **P1–1** yargısına yerleşmiştir.[1676] Yalnız ilginç bir not olarak

---

1675 *James and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1986, paras.61-66. Bu noktada Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher, Petiti, Russo ve Spielmann'ın **P1-1** ile ilgili Birleşik Onaylayıcı Şerhlerine vurgu yapmak iyi olur. Bu yargıçlar Mahkeme kararına katılmakla birlikte, hükümde Mahkemenin **P1–1**/1 cümle 2'de geçen "uluslararası hukukun genel ilkeleri" klozunu vatandaşlara uygulanabilir olmadığını kabul etmesini eleştirmektedirler. Adı geçen yargıçlar Mahkemenin bu kararına varırken kullandığı gerekçeleri ikna edici bulmamaktadır ve özellikle *Hazırlık Çalışmalarına* bu konuda yapılan atfı tehlikeli bulmaktadırlar. Adı geçen yargıçlara göre, vatandaşlarla yabancılar arasında ayrım yapmak, Sözleşmenin 1. Maddesinde yer alan genel ilkeye ve dolayısıyla Sözleşmenin ruhuna aykırıdır. Zaten bu sebeple vatandaşlarla yabancılar arasında ayrım yapan istisnai kurallar açıkça metne dahil edilmiştir. Dolayısıyla, açık bir kural yoksa vatandaşlarla yabancılar arasında bir ayrım yapılması Sözleşmenin ruhuna (konu ve amacına) aykırı düşer. Kaldı ki, "uluslararası hukukun genel ilkeleri" klozunun vatandaşlara da uygulanabilirliği konusunda Taraf Devlet hukuk doktrinlerinde artan bir eğilim görülmektedir. Üstelik uluslararası tahkim uygulamaları bu klozun esnek bir biçimde uygulanabildiğini göstermektedir.

1676 *Lithgow and others v. United Kingdom*, App. Nos.9006/80 - 9262/81 - 9263/81 - 9265/81 - 9266/81 - 9405/81, Judgment of 8 July 1986, paras.111-119. Başvurucular, **P1-1**/1cümle 2'de geçen "uluslararası hukukun genel ilkeleri" klozunun mülkiyetten yoksun kalındığı hallerde hem yabancılar hem de vatandaşlar için ivedi, yeterli ve etkili tazminat ödenmesi anlamına geldiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme başvurucuların bu iddialarını kabul etmemiş ve *James* vakasındaki muhakemesi ile gerekçelerini aynen tekrar etmiştir. Fakat belirtmek gerekir ki Mahkeme bu gerekçelerinde ve muhakemesinde, *James* vakasında bazı muhalif yargıçlarca getirilen eleştirileri cevaplamamıştır.

Diğer yandan AİHM, genel olarak **P1-1**'in tazminat gerekliliği içerdiğini hükme bağlamıştır. Mahkemeye göre, Taraf Devlet hukuk sistemlerinde kamu yararı adına mülkiyete tazminatsız el konulması sadece istisnai koşullar altında meşru olarak kabul edilmektedir. Yani, kural olarak, mülkiyete el konulduğunda tazminat verilmesi gereklidir. Aksi halde **P1-1**'in sunduğu koruma sanal ve etkisiz kalır. Tazminat konusunun anlaşmazlık konusu mevzuatın adil bir denge kurup kurmadığı ve başvuruculara ölçüsüz bir külfet yükleyip yüklemediğini değerlendirmekte önemli bir unsur olduğu açıktır (para.120).

Ancak AİHM, **P1-1**'in her koşulda tam tazminatı garanti etmediğini tekrar vurgulamıştır. Daha büyük bir sosyal adalet veya ekonomik refom gibi "kamu yararını" sağlamaya yönelik meşru amaçlar, el konulan mülkiyetin tam(full)/gerçek/normal pazar/piyasa değerinden daha az bir ödeme yapılmasını gerektirebilir. Üstelik Mahkemeye göre, hem elden alınan mülkiyetin niteliği hem de olayın koşulları kamu yararı ile başvurucuların bireysel yararı arasında adil bir denge olup olmadığına karar verilirken dikkate alınmalıdır (para.121). Mahkeme ayrıca, millileştirme mevzuatının üretilmesinde birçok unsur rol oynadığı için Taraf Devletlerin oldukça geniş bir takdir marjları bulunduğuna karar vermiştir. Mahkeme devamla kendisini, Devletin tazminat koşullarını tercihte takdir marjı dışına çıkıp çıkmadığının ve makul bir temelden yoksun olup olmadığının ortaya konulmasıyla sınırlamıştır (para.122).

eklenmelidir ki, *Lithgow* davasında başvurucular, bir sınırlama ölçütü olan ve yukarıda ayrıntılı olarak ele alman "kamu yararı" klozunun kendilerine millileştirilen işletmelerine karşılık olarak yeterli bir tazminat verilmesini gerektirdiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme bu iddiayı, söz konusu klozun sınırlama amaçlı olduğunu belirterek reddetti.[1677]

Yabancılar bakımından tazminat karşı edim hakkının kaynağı **P1–1**/1'de geçen "uluslararası hukukun genel ilkeleri" ibaresidir.[1678] Ancak bu ibare sadece **P1–1**/1 bakımından caridir. Bu sebeple, Mahkemece "kontrol" niteliğinde olduğu mütalaa edilen müdahaleler bakımından bu ibarenin bir işlevi olmamaktadır. Örneğin, *Bosphorus Hava Yolları* (malın müsaderesi) davasında Türkiye'de kayıtlı tüzel kişinin tazminat taleplerini bu kloz açısından ele almaya gerek görmemiştir.[1679] Gerçi AİHM zikredilen kararında, bu ibareyi kategorik olarak işlevsiz bırakmamış yalnızca bu noktai nazardan ayrı bir inceleme yapmamayı tercih etmiştir. Yine de, bu halde dahi, söz konusu kloz, kontrol tipi müdahalelerde anlamını yitirmektedir.

Strasbourg organlarının birçok kararında ölçülülük incelemesi aşamasında ulusal hukukta müdahalenin karşılığı olarak belirli bir tazminat veya benzer bir maddi çıkar verilmesine vurgu yapılmıştır. Bu noktada ulusal makamların mülkiyet hakkına müdahalesinin "yoksun bırakma" veya "kontrol" niteliğinde olması ilkesel bir fark yaratmaz.[1680] Ne de olsa, **P1-1** bir bütündür ve **Kural 4** gereğince mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkına yöneltilen özel bir müdahale türü olan kontrol tipi müdahaleler bile **Kural 1**'de ortaya konan genel ilke ışığında yorumlanmaktadır. **4. Kural** ışığında bakıldığında, bir müdahalenin sırf kontrol niteliğinde olması tazminat karşı edimini kategorik olarak dışlamayacaktır, çünkü bu halde dahi mülkiyet hakkında/malvarlığında bir

---

1677 *Lithgow*, paras.108-109.

1678 Doktrinde Toluner, 1968 tarihli bir çalışmasında, **P1-1**'i de zikrederek, mülkiyete hukuka uygun olarak yapılan el atmalar için uluslararası hukuktan kaynaklanan bir tazminat yükümlülüğü olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. Sevin Toluner, **Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk**, İÜHF Yay. No:298, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll, İstanbul, 1968, sf: 89-106, 114-118, 120-122, 138-149. Daha güncel, benzeri argumanlarla benzer tartışmaları ve **P1-1**'i biraz daha ayrıntılı içeren bir çalışma için bkz. Sornarajah, **International Law on Foreign Investment**, sf: 357-411.

1679 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, App. No. 45036/98, GC Judgment of 30 June 2005, para.142.

1680 *Pine Valley Developments Ltd. and others v. Ireland*, App. No.12742/87, Commission Final Report of 6 June 1990, para. 84. Ancak bir yıl önce, 1989'da verdiği bir kabuledilebililik kararında Komisyon, bu kez kontrol tipi müdahalelerde tazminat verilmesinin gerekmediğini belirtmişti (bkz. *Löparo Fiskevattenagareförening v. Sweden*, App. No.11766/85, Admissibility Decision of 9 March 1989, para.7 (The Law)).

azalma meydana gelmektedir.[1681] Bu ilkesel gerekçenin yanında, somut olayın özellikleri, kontrol tipi bir müdahalede bile tazminat verilmesini gerektirebilir.[1682] Strasbourg organlarının bu ilkesel yaklaşımı tümüyle benimsediği söylenemez ise de, özellikle AİHK pratiğinde bu yönde kararlara rastlamak olasıdır. Örneğin, kontrol tipi bir müdahale olan patent kullanma hakkının zorunlu lisans yoluyla devredilmesinde, patent hakkı sahibi (ve zorla devreden) şirketin buna karşılık elde ettiği belirli mali yararlar müdahalenin başvurucunun mülkiyet hakkı ile toplumun genel yararı arasındaki dengeyi bozmadığı sonucuna varılmasında rol oynamıştır.[1683] Yine bir sektörün kapanması anlamına gelen ve Komisyonca kontrol niteliğinde bulunan müdahalelerin **P1-1**'e uygun olduğu vargısına ulaşılmasında, diğerlerinin yanı sıra, faaliyet gösterdikeri sektör kapatılan başvuruculaların belirli miktarda tazminat almış olmaları dikkate alınmıştır.[1684] Aynı yaklaşımı Mahkeme de benimsemiş ve ateşli silah sektöründe daralmaya yol açan mevzuat değişikliklerinin ölçülü olduğu sonucuna varmasında, başvuruculara belli bir ölçüde tazminat verilmesini dikkate almıştır. Nihayet Mahkeme, çok yeni bir hükmünde, geçici süreli el koyma niteliğindeki kontrol tipi bir müdahalede tazminat verilmemesinin meşru addedilip addedilemeyeceğini açıkça tartışmış ve masum olduğu anlaşılan şirkete ait geminin yaklaşık 6 ay fazladan alıkonulması için tazminat verilmemesini **P1-1**'in ihlali olarak nitelendirmiştir.[1685]

1681 Ayrıca bkz. Anderson, **a.g.m.**, sf:550-551 ("It would be more accurate to say that in relation to controls on the use of property, the prior payment of compensation is just one factor among many in the assessment of proportionality for the purpose of Article 1."); Clayton- Tomlinson, **a.g.e.**, sf:1313 (Anderson'a atıfla).

1682 Bu son nokta hakkına bkz. Den Broek, **a.g.m.**, sf: 87. Krş. Werlauff, **a.g.m.**, sf:128.

1683 *Smith Cline and French Laboratories LTD v. the Netherlands*, App. No.12633/87, Admissibility Decision of 4 October 1990, **DR Vol. 66**, December 1990, sf:70-80, özellikle 79.

1684 *Pinnacle Meat Processors Company and 8 others v. United Kingdom*, para.1 (The Law). Ayrıca bkz. Helen Mountfield, "*Regulatory Expropriations in Europe: The Approach of the European Court of Human Rights*", **New York University Environmental Law Journal**, Vol.11, 2002, sf:136-147, 144-145.

1685 *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007, paras.96, 99-101.

Buna karşılık Büyük Daire, yine 2007 yılındaki bir kararında kontrol niteliğindeki müdahalelerde, tazminat doğrudan uygulanabilir bir kıstas olmadığını not etmiştir. Ancak önemle belirtelim ki, şikayete konu olan olay hak düşümü süresiyle ilgili olduğundan, AİHM hak düşümü süresine uymamış tarafça tazminat talebinin dile getirilmesinin, hukuki belirlilik amacı güden hak düşümü süresinin mantığına aykırı olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Dolayısıyla bu kararı sınırlı şekilde okumak ve hangi kontrol tipi müdahalede tazminat yükümlülüğü olacağı hangisinde olmayacağına dair somut olay özelliklerine dikkat etmek gerekir. Bkz. *J. A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. United Kingdom*, App. No. 44302/02, GC Judgment of 30 August 2007, para. 79.

Tazminat şikayet konusu tasarrufun adil denge kurup kurmadığını veya başvurucuyu aşırı bir külfete sokup sokmadığını belirlerken önemli bir göstergedir. İlke olarak denilebilir ki, değerine makul oranda yakın bir tazminat verilmeden mülkiyete el atılması normalde ölçüsüz bir müdahale teşkil eder.[1686] Tazminattan külliyen yoksunluk, ancak istisnai hallerde **P1-1**'e uygun olarak mütalaa edilebilir.[1687] Malın değeri dendiğinde akla piyasa değeri gelmektedir. Demek ki, kural olarak, el atılan malın, el atma anındaki piyasa değerine[1688] karşılık gelen bir tazminatın ödenmesi[1689] beklenir ki bu yaklaşım uluslararası ticaret/yatırım hukukunun benimsediği çözümle paraleldir.[1690]

Bununla birlikte, kamu yararı gereğince verilecek tazminat malın piyasa değerinin altında olabilir.[1691] Özellikle bütün bir ülkenin ekonomik

---

1686 Mahkemenin, konuya ilişkin kendi içtihadını özetlemesi için bkz. *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006, paras. 93-98. Ayrıca bkz. Frowein, **a.g.m.**, sf: 525; Pellonpaa, **Prompt, Adequate and Effective Compensation**, sf:382-392.

Bir ek bilgi olarak eklenmeldir ki, AB **Temel Haklar Şartı**nın mülkiyet hakkına yer veren 17. Maddesi, "adil/fair" terimini kullanmaktadır.

1687 *Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium*, Case No. 38/1994/485/567, Judgment of 20 November 1995, para.38. Krş. *Former King of Greece and others v. Greece*, App. No.25701/94, Judgment of 23 November 2000, para.90.

1688 Bazı davalarda AİHM piyasa değerini ifade etmek üzere "gerçek değer" ("true value") ibaresini de kullanmaktadır. Örneğin bkz. *Brumarescu v. Romania*, App. No.28342/95, GC Judgment of 28 October 1999, para. 79.

1689 *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006, paras. 96.

1690 *Hull formulü*, uluslararası hukukta tazminatın miktarı konusunda farklı görüşler ve yargı kararları hakkında bkz. Sornarajah, **International Law on Foreign Investment**, sf: 357-414; Franck, **a.g.e.**, sf: 459-463; Hohenveldren, **Economic Law**, sf:131, 139-141; Ruffert, **a.g.m.**, sf: 133-136; Lowenfeld, **International Economic Law**, sf:475-481, 486-494, 564-570; Fabri, **a.g.m.**, sf:171; Pellonpaa, **Prompt, Adequate and Effective Compensation**, sf:382-392. Genel olarak aksi fikir için bkz. Toluner, **a.g.e.**, sf: 89-106, 114-118, 120-122, 138-149.

ICSID tahkimi, kural olarak piyasa değerini esas almaktadır. Örneğin bkz. *Compania Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award of 17 February 2000, para. 73; *Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007, para. 307.

1691 *Holy Monasteries v. Greece*, App. Nos. 13092/87 and 13984/88, Case No.10/1993/405/483-484, Judgment of 9 December 1994, para. 70-71; *Pincova and Pinc v. the Czech Republic*, App. No.36548/97, Judgment of 5 November 2002, para.53; *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006, paras. 97-98; *Velikovi and others v. Bulgaria*, App. Nos. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, and 194/02, Judment of 15 March 2007, paras.181-182; *Bistrovic v. Crotia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, para. 34; *Gashi v. Croatia*, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.41.

yapısını ve düzenini etkileyen geniş kapsamlı ve tartışmalı durumlar gündemde olduğunda, ulusal makamlar sadece malvarlığı haklarını korumak veya ülkedeki mülkiyet ilişkilerini düzenlemek için alınacak önlemleri seçmekte geniş bir takdir yetkisinden yararlanmakla kalmaz, aynı zamanda bu önlemlerin icrası için uygun zamanı seçmekte de takdir yetkisinden yararlanırlar. Bu tip önlemler ise zorunlu olarak mülkiyete el atmalardan veya eski hale getirme taleplerinden doğan tazminat miktarlarını piyasa rayicinden daha aşağıya çekmekle ilgili tercihler yapılmasını gerektirebilir. Mahkemeye göre, zayıf mali pozisyondaki Devletlerde siyasi-hukuki-ekonomik sistemde radikal değişiklikler yapılması süreci tazminat miktarının düşürülmesini haklılaştırabilir.[1692]

Bu kadar ağır siyasal-ekonomik değişikliklerin olmadığı, istikrarlı ülkelerde yapılan bazı müdahaleler için de benzer değerlendirmeler yapıldığı görülebilmektedir. Örneğin tarımsal arazilerin verimliliğini korumak adına başvuruların yeni satın aldıkları taşınmazların daha düşük bir fiyata idarece geri alınmasının **P1-1**'e uygunluğunun incelendiği bir davada Mahkeme, diğer gerekçelerin de etkisiyle, yaklaşık 18.000 İsveç Kronluk (SEK) bir farkın başvurucuları aşırı bir külfete sokmadığına karar vermiştir.[1693] Başvurucuların Devlete ait sularda balıkçılık faaliyetlerine getirilen sınırlamada Mahkeme, müdahalenin başvurucuların balıkçılık hakkını tamamen ortadan kaldırmadığını ve belli bir miktar tazminat aldıklarını vurgulayarak **P1-1**'in ihlal edilmediğine karar vermiştir.[1694] Doğal afetlerden kaynaklanan zararların tazmin yükümlülüğü de tam tazminatı gerektirmez.[1695] Eğer Devletler verilecek tazminatı düşürecekse, bunun için ikna edici gerekçeler göstermelidir. Böylelikle AİHM, verilen düşük tazminatın el atılan mülkiyetin piyasa değerine yakın olup olmadığını ölçebilir. Diğer bir deyişle, tazminat karşı ediminin değerlendirilmesinde "malın değerine makul oranda yakınlık" ölçütü varlığını her halükarda sürdürmektedir. Bununla birlikte, "makul" miktarın tespitinde Devletin durumu ile bunu somutlaştıran gerekçeler rol

---

1692 *Broniowski v. Poland*, App. No.31443/96, GC Judgment of 22 June 2004; *Oskar Pöder and others v. Estonia*, App. No. 67723/01, Admissibility Decision of 26 April 2005, para. B (the Law); *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006, para.98.

1693 *Hakansson and Sturesson v. Sweden*, Judgment of 21 February 1990, para.54. Arazinin piyasa değerinin özel olarak atanan iki uzmanca tespit edildiğini not edelim.

1694 *Posti and Rahko v. Finland*, App. No.27824/95, Judgment of 24 September 2002, para.77. Başvuruculanın kendilerine ait sularda avlanmalarının sınırlanması bakımınan aynı yönde olarak bkz. *Alatulkkila and Others v. Finland*, App. No. 33538/96, Judgment of 28 July 2005, para. 67.

1695 *Budayeva and others v. Russia*, App. Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, Judgment of 20 March 2008, paras. 182.

oynamaktadır. Nitekim *Broniowski* kararında, gerçek değerin sadece % 2'sine denk gelen miktarda tazminat verilmesi Sözleşmenin ihlali olarak görülmüştür.[1696] Bir sene sonra gelen adil tazminata dair hükümde ise Mahkeme, tarafların % 20 oranında bir miktarda anlaşmalarını onaylamıştır.[1697]

Ulusal makamlarca kamulaştırma davalarında tayin edilen kıymet takdirlerinin malın piyasa değerini yansıtmadığı iddiasıyla çok sayıda başvuru AİHM önüne gelmiştir. Bu iddialara temkinli yaklaşan AİHM genellikle ulusal makamların kıymet takdirini esas almaktadır. Mesela, başka bir yerde oturan başvurucunun yaşamaya elverişli olmadığı için kamulaştırılan diğer evi bakımından içinde yaşamın sürdüğü evler için verilenden daha az tazminat ödenmesi, AİHK'e göre takdir marjının kapsamındadır.[1698] İlginç bir davada AİHM, ak sırtlı ağaçkakanların korunması amacıyla yapılan kamulaştırma karşılığı verilen tazminatların taşınmazların piyasa değerinden düşük olması ölçülülük ilkesi bakımından bir sorun doğurmayacağına karar vermiştir.[1699] Benzer şekilde evinin beş metre yanında enerji santrali yapılan başvurucunun, teknik olarak kamulaştırılmayan binası için verilen tazminatın malın piyasa değerini yansıtmadığı ve yeterli faiz eklenmediği iddialarına karşı Mahkeme alınan tazminatın küçümsenemeyeceğini ve verilen miktarın ulusal yargı yerince atanan bilirkişilerce enerji santralı yapılmamış olsaydı evin edeceği değerden daha yüksek olduğunun hesaplandığını, başvuruculların farklı bir sonuca götüren kıymet takdiri gösteremediğini, ödenen tazminatın özünde faizi içermiş olabileceğini ve kullanılmaz hale geldiği varsayılsa bile binanın halen başvuruculların mülkiyetinde olduğunu not ederek talebi reddetmiştir.[1700]

Yine, iflas ettiği için yönetimine kayyım atanan ve sonra da tasfiye sürecinde satılan şirketlerin kıymet takdirlerinin düşük yapıldığına yönelik bir şikayette, aslında iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabuledilemezlik kararı veren Komisyon, ek olarak ulusal yargı makamlarının kıymet takdirini bilirkişilere yaptırdığının altını çizerek orta-

---

1696 *Broniowski v. Poland*, App. No.31443/96, GC Judgment of 22 June 2004, para.186.

1697 *Broniowski v. Poland*, App. No.31443/96, GC Friendly Settlement and Just Satisfaction Judgment of 28 September 2005.

1698 *Pincock v. The United Kingdom*, App. No. 14265/88, Admissibility Decision of 19 January 1989, **DR Vol. 59**, sf: 281-285, özellikle 284.

1699 *Airi Aarniosalo and others v. Finland*, App. No. 39737/98, Admissibility Decision of 5 July 2005, para. 2/B (The Law); *Kukkola v. Finland*, App. No. 26890/95, Judgment of 30 November 2004, para. 2 (The Law).

1700 *Dominic Mintoff and others v. Malta*, App. No. 4566/07, Admissibility Decision of 26 June 2007.

da keyfi bir tasarrufun bulunmadığını vurgulamıştır.[1701] Münhasıran bir ticari şirkette paydaşlar arasındaki ilişkileri düzenleyen *squeeze-out* tipi kurumlardan kaynaklanan, çoğunluktaki paydaşın azınlık hisselerini zorla piyasa değerinin altında ama bu değere yakın bir fiyattan satın almasında **P1-1** açısından bir sorun olmadığı söylenebilir[1702]; yeter ki gerekli usuli güvenceler sağlanmış olsun.

Bununla birlikte, istisnai vakalar yok değildir. Örneğin *Platakou* davasında kamulaştırılan bina metruk (*ruin*) ve çok kötü durumda (*very poor condition*) olduğu için düşük kıymet takdir edilmiştir. Ancak başvurucu, kamulaştırma makamı dışındaki bir başka makamdan aldığı ve taşınmazı yaklaşık olarak dört kat daha değerli gösteren resmi bir kıymet takdiri sunarak **P1-1**'in ihlal edildiğini göstermeyi başarmıştır.[1703] Özellikle, kamu makamlarına kuvvetli bir takdir marjı sağlayan ve netice itibariyle piyasa değerinden düşük bir bedele kamulaştırma yapılmasına olanak veren meşru ekonomik, siyasi ve toplumsal amaçların bulunmadığı hallerde, bilirkişinin yaptığı kıymet takdiri ile ulusal yargı yerinin kamulaştırılan mülk için biçtiği kıymet arasında meydana gelebilecek anlamlı fark, mülkiyet hakkını ihlal edildiğinin bulgulanmasına yetebilir.[1704] *Lallement* kararında başvurucu çiftçinin süt üretiminde kullandığı topraklarının % 60'ı yol yapım gerekçesiyle kamulaştırılmıştır. Çiftçi, kamulaştırılan toprak karşılığı tazminatını almıştır. Ancak başvurucuya göre, kendisine verilen tazminat süt üretimi kaynaklarındaki kaybını karşılamamakta sadece kuru toprağın karşılığı olarak verilmiştir. Kamulaştırma yüzünden çiftçi süt üretimini de kaybetmiştir. Mahkemeye göre, süt üretimindeki kaybın kıymet takdirinde dikkate alınmaması başvurucuya aşırı bir külfet yüklemektedir.[1705] Benzer şekilde kamulaştırmada kıymet takdirinin arazinin piyasa değerinin altında kaldığına ilişkin *Bistrovic* vakasında AİHM, başvuruculara kamulaştırmadan arta kalan arazideki değer kaybının ulusal makamlarca kıymet takdiri-

---

1701 *Fritz and Hans Schlumpf v. France*, App. No. 11425/85, Admissibility Decision of 5 October 1987, sf:76-84, özellikle 84.

1702 *Offerhaus and Offerhaus v. Netherlands*, App. No.35730/97, Admissibility Decision of 16 January 2001, para.2 (The Law).

1703 *Platakou v. Greece*, App. No.38460/97, Judgment of 11 January 2001, paras.55-57. (80.000 GRD'lik fark). Kamulaştırmada kıymet takdirinin **P1-1**'i ihlal ettiği yönünde bir başka dava olarak bkz. *Yıltas Yıldız Turistik Tesisleri v. Turkey*, App. No.30502/96, Judgment of 23 April 2003, paras.36-38 (üç bilirkişi heyetinin raporları ile ulusal yargı makamlarının kararlarına esas olan kıymet takdirleri arasında büyük fark olması).

1704 *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006, paras. 99-103 (metrekare başına yaklaşık 70 İtalyan lireti fark).

1705 *Lallement v. France*, App. No. 46044/99, Judgment of 11 April 2002, para. 24. Ayrıca bkz. Ress, **a.g.m.**, sf: 634-635.

nin hesaplanmasında dikkate alınmamasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.[1706] *Bistrovic* vakasında Mahkeme, tazminat hakkı ile pozitif yükümlülükler arasında bağlantı da kurmuştur. Mahkeme *Sovtransavko* ve *Broniowski*'ye atıf yaparak Devletlerin **P1-1** bağlamında mülkiyet hakkını korumak için gerekli önlemleri alma pozitif yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır. AİHM'e göre, bu yükümlülükler özellikle başvurucunun kamu makamlarından haklı olarak bekleyebileceği önlemler ile mülkiyetinden etkili olarak yararlanması arasında doğrudan bir bağlantı olduğunda gündeme gelmektedir (AİHM burada *Öneryıldız* kararına atıf yapmaktadır) AİHM devamla, ister Devletin müdahalesinden isterse de ihmalinden kaynaklansın her olayda toplumun genel yararının beklentileri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir.[1707] 2009 yılı başında Büyük Daire tarafından hükme bağlanan *Kozacıoğlu* vakasında Mahkeme, kamulaştırılan taşınmazın kıymet takdirinde bunun kültürel malvarlığı teşkil ettiğinin dikkate alınmamasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.[1708] Büyük Dairenin ifadesi genelleştirilmeye elverişli, her tür taşınmaz bakımından geçerli genel ilke koyar niteliktedir. *Kozacıoğlu* kararından devinerek ileri sürülebilir ki, kıymet takdirinde kamulaştırılan taşınmazın spesifik özellikleri dikkate alınmalıdır.

Ormanların korunmasıyla özel mülkiyet hakkı çelişkisini içeren çok sayıda dava Yunanistana karşı açılmıştır. Mahkeme ilkesel olarak ormanların korunması amacının özellikle günümüzde meşru olduğunu benimsemesine rağmen çok sayıda kişinin mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Devletin iyi niyetli olarak mülkiyete sahip olan kişilerin haklarına uygun koruma sağlama yükümlülüğünü bertaraf etmediğini hükme bağlamıştır.[1709] Devletin söz konusu sorumluluğu, mülkiyet hakkının

---

1706 *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, paras.39, 42-44. AİHM'in mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmasında yapılacak yolun başvuruculaın evinin çok yakınından geçecek olması (2 metre) sebebiyle muhtemel gürültü ve hava kirliliğinden kaynaklanan zararların tazminat hesabında dikkate alınmamış olması ve başvuruculaın bu yöndeki şikeyetlerinin ulusal yargı makamlarınca hiç incelenmemiş olması da rol oynamıştır.

1707 *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, paras.33-34.

1708 *Kozacıoğlu v. Turkey*, App. No.2334/03, GC Judgment of 19 February 2009, para. 72 ("In the light of the foregoing, the Court therefore considers that, in order to satisfy the requirements of proportionality between the deprivation of property and the public interest pursued, it is appropriate, in the event of expropriation of a listed building, to take account, to a reasonable degree, of the property's specific features in determining the compensation due to the owner.").

1709 Kıyılar bakımından iyi niyetli mülkiyete sahip olan kişilerle ilgili aynı yönde bir başka karar için bkz. *N.A. and others v. Turkey*, App. No. 37451/97, Judgment of 11 October 2005, paras.40-43.

özünün etkilendiği bu tip el atma tipi müdahalerde belirli ölçüde tazminat verilmesi veya başvuruculara eşit değerde bir başka taşınmaz verilmesi yükümlülüklerini içermektedir.[1710] *Kritis* davasında da aynı yaklaşımın sürdürüldüğü gözlemlenebilmektedir. Başvurucu şirket taşınmaz yapmak için turistik bir araziyi satın aldığında söz konusu arazi sit alanı değil iken, zaman içerisinde sit alanı içine sokulmasından ötürü her türlü imar faaliyetinin yasaklanmasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştü. Şirketin ulusal hukuk nezdindeki çabaları ve özellikle yetkili kamusal makamdan imar yasağı kapsamındaki araziyi kamulaştırması talebi kabul görmemiştir. AİHM'e göre, her ne kadar çevrenin korunması mülkiyetten yararlanılmasının meşru bir sınırıysa da, bu durum Devletin mülkiyetten yararlanma olanağının ölçüsüz şekilde kısıtlanmasını haklı kılmaz. Devletin böyle hallerde, oluşan kayıpları giderme yükümlülüğü bulunmaktadır. Özellikle mülkiyete iyi niyetli olarak sahip olan çok sayıda insanın zarar gördüğü hallerde tazminat yükümlülüğü **P1-1**'e uygunluğun sağlanması bakımından elzemdir.[1711]

Bir yargı kararıyla ebeveynlerinin ardılı/mirasçısı olarak sahip olduğu evinden lehine olan kesin hükmün bozulmasıyla yoksun kalan başvurucunun açtığı davada AİHM, herhangi bir tazminat verilmemesini ek faktör olarak dikkate almıştır.[1712]

Alım satım sözleşmesinin geçersiz olduğu gerekçesiyle ulusal hukuka uygun olarak aldığı sosyal konuttan tahliye edilmeye çalışılan başvurucunun açtığı bir davada Mahkeme, diğer birçok gerekçenin yanı sıra, muhatap Hükümetin taşınmazından yoksun kalan mağdura bir tazminat vermediğini not ederek **P1-1**'in ihlalini bulgulamıştır. Bu bulgusunda Mahkeme, ek değerlendirme yaparak, somut olayda tazminat alama-

---

1710 *Papastavrou and Others v. Greece*, App. No.46372/99, Judgment of 10 April 2003, paras.36-37; *Katsoulis and others v. Greece*, App. No. 66742/01, Judgment of 8 July 2004, paras. 33-35; *Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica and Others v. Greece*, App. No.35859/02, Judgment of 13 July 2006, paras.38-39; *Devecioğlu v. Turkey*, App. No.17203/03, Judgment of 13 November 2008, paras. 37-41.

1711 *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis v. Greece*, App. no. 35332/05, Judgment of 21 February 2008. Şu hususu da eklemek gerekir ki, AİHM'in bu yaklaşımıyla bağdaşmayan kararları bulunmaktadır. Örneğin Türkiye'ye karşı açılan bir davada AİHM, kadastro sonrası orman vasfına büründürülen Burgaz Adasında özel mülkiyete tabi bir taşınmazdan yararlanılamamasını ölçülü bir müdahale olarak değerlendirmiştir (bkz. *Ansay and others v. Turkey*, App. No. 49908/99, Admissibility Decision of 2 March 2006). İlk başta çelişkili gibi görünen bu kararlar arasında, başvuruculaların özen yükümlülüğü unsuru, usuli güvencelerin varlığı ve kayıtlamadan etkilenen kişilerin sayısı açılarından önemli farklılık vardır.

1712 *Brumarescu ve Romania*, App. No.28342/95, GC Judgment of 28 October 1999, para. 79.

dan tahliye edilen ailenin, başvurucu babanın/eşin dava derdest iken ölmesi sebebiyle dul ve biri karar sırasında halen 14 yaşında bir küçük olan iki yetimden müteşekkil olmasına özel önem vermiştir. Mahkeme bu yaklaşımını "toplumsal meseleleri/*social issues*" ihmal etmemek olarak değerlendirmektedir.[1713] AİHM, özellikle sosyalist ekonomiden piyasa ekonomisine geçen Doğu Avrupa Devletlerine karşı açılan daha önceki davalarda benzer bir değerlendirme yapmıştı.[1714] Benzer şekilde, kadastro sonrası orman arazisi vasfına geçen araziye ilişkin tapunun iptal edilmesinin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediği değerlendirilirken, bu arazinin malik ailenin başlıca gelir kaynağı olduğu özellikle vurgulanmıştır.[1715]

Dedik ki, Strasbourg organları içtihadına göre, bazı istisnai hallerde el atmalara karşılık olarak tazminat verilmemesi **P1–1** ihlali sonucunu doğurmayabilir. Bu standardı koyan hiçbir kararda bu istisnai hallerin ne olduğuna ya da olabileceğine dair bir açıklama yoktur. Ancak bazı kararlardan ipuçları çıkartılabilir.[1716]

Tazminat yokluğunun mülkiyet hakkına aykırı olmadığı istisnai hallere net bir örnek olarak müdahaleyi yapan Devletteki siyasi durum verilebilir. İki Almanya'nın birleşmesininin bazı meslek grupları üzerindeki etkisi bu konuda örnektir. İki Almanya'nın birleşmesindan kaynaklanan ve kontrol tipi bir müdahale olarak başvurucunun mesleğini yapmasını tamamen engelleyen bir vakada, başvurucunun goodwillinden bir tazminat almaksızın yoksun kalmasını makul görürken Mahkeme, diğer gerekçelerle birlikte ülkedeki siyasi durumu kendisine baz almıştır.[1717] Yine bir başka vakada Devletçe verilen taşınmazların geri alınmasında tazminat verilmemesini ölçülü kıldığına karar veren AİHM, açıkça, ülkedeki si-

---

1713 *Gashi v. Croatia*, Judgment of 13 December 2007, paras.41-42.

1714 *Pincova and Pinc v. the Czech Republic*, App. No.36548/97, Judgment of 5 November 2002, para.62; *Velikovi and others v. Bulgaria*, App. Nos. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, and 194/02, Judment of 15 March 2007, para.181-182. Ayrıca bkz. Allen, **Compensation**, sf:318.

1715 *Devecioğlu v. Turkey*, App. No.17203/03, Judgment of 13 November 2008, para.40.

1716 Örneğin *Kutsal Manastırlar* davasında Mahkeme ilkeyi koyduktan (para.71'de) sonra hemen hiçbir açıklama yapmamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, (para. 73'te) AİHK'in konuya ilişkin değerlendirmesini aktarmaktadır. Komisyona göre, Manastırların uyuşmazlık konusu mülkleri elde etmesi ve kullanması, Manastırların Yunan Kilisesine bağlı oluşu ve nihayet Kilisenin de Devlete bağlı oluşu, el atmalar karşılığında tazminat verilmemesini meşrulaştıran istisnai koşulları yaratmaktadır. Bkz. *Holy Monasteries v. Greece*, App. Nos. 13092/87 and 13984/88, Case No.10/1993/405/483-484, Judgment of 9 December 1994, para.71, 73.

1717 *Olbertz v. Germany*, App. No.37592/97, Admissibility Decision of 25 May 1999, para.1 (The Law). Ayrıca bkz. *Döring v. Germany*, App. No.37595/97, Admissibility Decision of 9 November 1999, para.1 (The Law).

yasi durumu tazminat gereğini kaldıran istisnai koşullara örnek olarak kendisine temel almıştır.[1718]

Açıkçası bu kararlardan devinerek hangi tip siyasi koşulların tazminat yokluğunu meşrulaştırılacağına dair genel ilkeler çıkartılamaz[1719], zira akla gelen birçok soru cevapsız kalmaktadır. Ne tür siyasi koşullar tazminat verilmemesini haklı kılabilir? Ekonomik-siyasi-hukuki koşulları farklı iki Devletin birleşmesi oldukça zorlayıcı problemler doğuracaktır, orası kesin. Ama bu problemler insan hakları alanında her durumda müdahaleyi haklılaştıracak mıdır? Bu açıdan bakılarak, acaba tabi olacakları yaklaşım bağlamında insan hakları listesindeki haklar arasında fark yaratılacak mıdır? Veya uğranılan zararın miktarının değerlendirmede bir rolü olacak mıdır? Ya da şöyle soralım: Farklı ekonomik-siyasi-hukuki düzenden gelen iki Devletin birleştiği senaryoyla tek Devletin siyasi-hukuki rejimini değiştirdiği senaryo arasında insan hakları sorumluluğu açısından fark gözetilecek midir?

Bazı içtihatlar bu son soruya olumlu cevap verilebileceğine işaret ediyor. Nitekim, yakın tarihli iki kararında AİHM sosyalist ekonomiden hukuk devleti ve piyasa ekonomisiyle uyumlu yeni düzene geçiş aşamasının zorluklarla dolu olmasının Devletlerin Sözleşmesel sorumluluğunu bertaraf etmeyeceğini hüküm altına almış ve belirsiz süreli kamulaştırma şerhini telafi etmek üzere tazminat verilmemesini meşrulaştırmayacağına karar vermiştir.[1720] Üstelik Çalışmanın **P1-1**'in uygulanabilirliği bölümünde gösterildiği üzere, sosyalist yönetimler zamanında yapılan ve

---

1718 *Jahn and others v. Germany*, App. Nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, GC Judgment of 30 June 2005, paras.109-117, özellikle 112-116. Oysa bu davada Mahkemenin Dördüncü Bölümü, iki Almanya'nın birleşmesinin istisnai bir durum yarattığını teyit etmekle beraber, hiç tazminat verilmemesini **P1-1**'in ihlali olarak nitelemişti (bkz. *Jahn and others v. Germany*, Judgment of 22 January 2004, paras.97-98.).

1719 *Jahn* özelinde aynı yönde olarak bkz. Sarı, **a.g.e.**, sf: 91.

1720 *Rosinski v. Poland*, App. No. 17373/02, Judgment of 17 July 2007, para.86; *Skrzynski v. Poland*, App. No. 38672/02, Judgment of 6 September 2007, para. 88. Bununla birlikte, daha önceki bir kararında AİHM, mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmasına rağmen ilke düzleminde, sosyalist ekonomiden hukuk devleti ve piyasa ekonomisiyle uyumlu yeni düzene geçiş aşamasının Devletlerin mülkiyet hakkına yaptıkları müdahaleler için tazminat vermemesini meşrulaştırabileceğini hükme bağlamıştı (bkz. *Zvolsk_ and Zvolská v. the Czech Republic*, App. No. 46129/99, Judgment of 12 November 2002, para. 72. Mahkemenin orijinal ifadesi şöyledir: "The Court considers that the legislature's decision to deal with infringements of property rights under the communist regime globally, with the occasional distinction, where necessary for analytical purposes, is reasonable. It is conscious of the legislature's concern to afford some redress for the infringements and accepts that the exceptional circumstances – the manner in which land was generally acquired at the time – justify the lack of compensation."). *Rosinski* ve *Skrzynski* kararlarında *Zvolsk_-Zvolská* kararına herhangi bir atıf yoktur.

hukuka aykırı olduğu kabul edilen el atmalardan doğan zararların giderilmesi için çıkartılan mevzuat çerçevesinde dile getirilen taleplerin **P1-1** mülkiyet hakkı kapsamına girip girmediği (ve hangi koşullarda girdiği) meselesi oldukça tartışmalıdır. Bu noktada, Çalışmanın zikredilen evresinde atfı yapılan kararlar dikkate alındığında denilebilir ki, başta AİHM olmak üzere Strasbourg organları Almanyaya karşı açılan davaların büyük çoğunluğunu, ortada mülkiyet hakkı bulunmadığı için zaman duvarı sebebiyle kabuledilemez ilan ederken geçiş döneminde diğer Doğu Avrupa Devletlerine karşı yapılan başvurularda daha esnek bir içtihat politikası izleyip çok sayıda kararda mülkiyet hakkının mevcudiyetini saptamış ve kabuledilebilirlik vargısına ulaşmıştır.[1721] Aynı "ayrımı "sürdürerek, Almanyaya karşı kabuledilebilir bulduğu çok nadir vakada ihlal sonucuna ulaşmazken diğer Doğu Avrupa Devletlerine açılan ve kabuledilebilir bulduğu çok sayıda vakada mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Hatta, tıpkı Almanayaya karşı açılan davalarda olduğu gibi çok sayıda kişiyi ilgilendiren *Broniowski* kararında Mahkeme, sosyalist rejimden liberal rejime geçiş sürecinin doğurduğu koşullar sebebiyle müdahale edilen mülkiyetin piyasa değerinde tazminat verilmemesini ilke olarak meşru görmüş ve fakat % 2 oranındaki tazminat miktarının **P1-1**'i ihlal ettiğini hükme bağlamıştı.[1722] Nedense iki Almanya'nın birleşmesi, bu yüzde 2'nin bile yokluğuna rağmen "biricik", ama diğer Doğu Avrupa Devletlerinin yaşadığı dönüşüm süreci[1723] "üvey evlat". Açıkçası

1721 Örneğin *Jahn* hükmünden üç ay önce 2 Mart 2005 tarihli kabuledilebilirlik kararında Büyük Daire, Alman birleşmesinin "biricik/unique" bir durum yarattığı fikrini benimsemişti. Bkz. *Maltzan and others v. Germany*, App. Nos. 71916/01, 71917/01 and 10260/02, GC Admissibility Decision of 2 March 2005, para. 110.

1722 *Broniowski v. Poland*, App. No.31443/96, GC Judgment of 22 June 2004.

1723 Doğu Avrupa Devletlerinin yaşadığı dönüşüm sürecinin mülkiyet hakkına etkisine dair spesifik eserler ya da genel bir eserde ayrı bölümler hazırlanmıştır. Örneğin bkz. Peter Jambrek, "*In Which Respects Denationalisation Law Restricts Restitution of Property in Former Communist Countries: the Case of Slovenia*", **Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal**, eds. Paul Mahoney –Franz Matscher – Herbert Petzold – Luzius Wildhaber, Carl Heymans Verlag, Köln, 2000, sf:635-650; H. I. Sagel-Grande, "*Property Rights and Ownership in Eastern and Western Europe and Article 1 Protocol No. 1 European Convention on Human Rights*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:49-66, özellikle 54-65; Sanja Djajic, "*The Right to Property and the Vasilescu v. Romania Case*", **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Vol. 27, 2000, sf: 363-396, 379-383, 388-395; Tom Allen, "*Restitution and Transitional Justice in the Europan Court of Human Rights*", **Columbia Journal of European Law**, Vol. 13, 2006-2007, sf:1-46; Aida Grgic-Zvonimir Mataga- Matija Longar-Ana Vilfan, **The Right to Property Under the European Convention on Human Rights**, Human Rights Handbooks, No. 10, Council of Europe, 2007, Printed in Belgium, sf:32-44.

iki tür geçiş rejimi arasında **P1-1**'in amaçları ve standartları açısından ne tür bir fark olduğunu belirsizdir.[1724]

Ekonomik-siyasi-hukuki düzenin kökten değişmesine bağlı olarak geçiş sürecindeki Devletlere karşı mülkiyet haklarının eski hale iadesi veya tazminat verilmesi talepli davalarda AİHM tarafından yapılan ayrımcılığı bir yana bırakalım ve Büyük Dairenin *Jahn* kararı vesilesiyle gündeme getirdiğim ne tür siyasi koşulların tazminat verilmemesini haklı kılabileceği meselesine geri dönelim. Ekonomik-siyasi-hukuki düzenin kökten değiştiği geçiş dönemlerinin dışında acaba *savaş ve benzeri yoğun çatışma ortamları ve bunun sonucu ortaya çıkan siyasi koşullar* mülkiyete yapılacak tazminatsız müdahaleleri meşrulaştırmaya yetecek siyasi koşulları oluşturur mu?[1725]

Bu soruya herhalde olumlu cevap vermek icap eder.[1726] Savaşların doğuracağı ekonomik, siyasi ve hukuki koşullar ayrı bir hukuk rejimine dahi tabi tutulmuştur. Savaş ve benzeri yoğun çatışmalar çoğu halde **AİHS** Madde 15 uyarınca olağanüstü yönetim usullerini devreye sokarak Sözleşmesel üstlenimlerin bazılarından bağışıklık sağlar.[1727] Kıbrıs Rum

---

Diğer yandan doktrinde Banning, **a.g.e.**, sf:346-352'de geçiş dönemlerinin mülkiyet hakkı üzerindeki etkilerini incelemekte ve kendince olumsuz addettiği örneklerden sonra, eserinin 350. sayfasında Doğu Avrupa Devletlerinin yaşadığı dönüşüm sürecini olumlu geçiş olarak nitelendirmektedir.

1724 Aslında zaten bir fark yoktur. Nitekim *Jahn* kararına muhalefet eden yargıçlardan Ress bu hususu aynı berraklıkla tespit etmiştir. Bkz. Dissenting Opinion of Judge Ress, para. 3. Bu muhalefet şerhi Büyük Dairenin hükmüne eklidir (*Jahn and others v. Germany*, App. Nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, GC Judgment of 30 June 2005). Bir not olarak ayrıca belirtilmelidir ki, Mahkemenin şimdiki başkanı Costa, *Zvolsk–Zvolská* kararında başvurucular lehine oy kullandığı gibi *Jahn* kararında da çoğunluğun görüşüne karşı çıkmıştır.

1725 Ayrıca uluslararası yatırım hukuku açısından ve iki taraflı yatırım anlaşmaları bağlamında benzer soru ve değerlendirme için bkz. Sornarajah, **International Law on Foreign Investment**, sf: 260-264.

1726 Krş. Harris-O'Boyle-Warbrick, **Law of the ECHR/1995**, sf:532 ve dn. 18; Pellonpaa, **Prompt, Adequate and Effective Compensation**, sf:382 (Harris vd. atıfla).

1727 Bu noktada **AİHS** Madde 15 gereğince Devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri saklıdır. Bu yükümlülük, başta uluslararası insancıl hukuktan kaynaklananlara tekabül etmektedir. Uluslararası insancıl hukukta mülkiyetin korunması hakkında bilgi için bkz. Lea Brilmayer-Geoffrey Chepiga, "*Ownership or Use? Civilian Property Interests in International Humanitarian Law*", **Harvard International Law Journal**, Vol. 49, N. 2, Summer 2008, sf:414-446, özellikle 413-423; Loucaides, **"The Protection of the Right to Property in Occupied Territories**, sf:677-680; Schabas, **a.g.m.**, sf:168 ve dn. 249.

Nitekim, Üçüncü Kıbrıs Rum Kesimi başvurusunda Komisyonun bir üyesi, G. Tenekides, mülkiyete ilişkin iddiaların ele alınış biçimi bakımından AİHK'i eleştirmektedir. Tenekides'e göre, Komisyon kültürel malvarlıklarına yapılan müdahalenin **P1-1**'e aykırılık teşkil edip etmediğini ayrıca incelemeliydi. Tarihi kiliseleri, antik anıtları, özel koleksiyonlardaki antik nesnelerin ve özellikle Famagusta kentindeki özel kütüpha-

Kesiminin ve Rumların Türkiye'ye karşı açtığı dava silsilesini burada hatırlamak uygundur.[1728] Bu davalarda gerek AİHK gerekse de AİHM; Türkiye aleyhine ileri sürülen mülkiyet eksenli iddiaları bir varsayım olarak benimsemiş, ne müdahelenin meşru amaç güdüp gütmediğine, ne de ölçülülüğü sağlayan bir faktör olup olmadığına bakmıştır. Strasbourg organları **P1-1**'in ihlali olup olmadığı yönünde her zaman kullandığı yaklaşımına hiç iltifat etmemiştir.[1729] Aşağıda AİHM'in **P1-1**'e yapılan müdahalelerde aradığı tazminat dışındaki diğer ölçülülük standartlarını açığa çıkartmak adına yapılacak incelemede bir de oradaki spesifik açıdan (hukuk devletinin ve adaletin inkarı) gündeme getirilecek olan bu *Kıbrıs* kararları göstermektedir ki Strasbourg organları ve özellikle AİHM, istediğinde siyasi-hukuki koşulları bir mazeret olarak kabul etmiyor; hatta tam tersine ihlale yol açan temel etken olarak ele alabiliyor.[1730]

---

nelerin yağmalanması, tarihi değeri olan malların mezat/açık arttırma ile satışı ve kaçırılması muhalif üye tarafından örneklenmektedir. Muhalif üyeye göre bunlar Rum ve Avrupa mirası olup süre giden ihlal durumunun mağduru olan toplumun kimliğini etkileyen temel etkenlerdir. **AİHS**'in Başlangıcı uyarınca her durumda hukuk devletini sürdürmek zorunda olan Komisyon **P1-1**'i kültürel mülkiyetin korunması konusu düzenleyen çeşitli sözleşme ve anlaşmalar ışığında uygulamalıdır. Muhalif üye, kültürel malvarlığını koruyan uluslararası sözleşmeler arasından 1954 tarihli **Silahlı Çatışmalarda Kültürel Malvarlığının Korunması Sözleşmesi** ile **Yasadışı Naklinin Önlenmesi Sözleşme**lerini zikretmekte ve genel olarak bu tip sözleşmeleri uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak görmektedir. Bkz. Seperate Opinion of Mr. G. Tenekides, *Cyprus v. Turkey*, App. No. 8007/77, Commission's Final Report of 4 October 1983, **DR Vol. 72**, sf: 55-61, özellikle 59-60.

1728 Gerçi bu davalarda **AİHS** Madde 15 işletilmemiş ve AİHK, Türkiye tarafından resmi ve aleni bir askıya alma beyanı yapılmadığı için, Türkiye'nin kişiler ve mülkiyet üzerinde yaptığı tasarruflarının Sözleşmenin 15. Maddesi çerçevesinde ele alamayacağına karar vermişti (bkz. *Cyprus v. Turkey*, App. No. 8007/77, Commision Report of 04 October 1983, paras. 66-68. Ayrıca bkz. Anna-Lena Svensson-McCarthy, **a.g.e.**, sf:320-321; Burak Gemalmaz, **Inter-State Applications Under ECHR**, sf: 75-76). Bu hususa yukarıda "**AİHS**'de Kayıtlama Genel Rejimi ve **P1-1**" başlığı altında değinildiğinden burada tekrar edilmeyecektir. Metinde geliştirilmeye çalışılan arguman bakımından önemli olan, Kıbrıs'daki siyasi-hukuki durumun olağanüstü/istisnai bir hal arz etmesidir. Zaten ekonomik-siyasi-hukuki düzenin kökten değiştiği geçiş dönemlerini yaşayan Devletler de, bunun geçerli addedilip addedilmeyeceği meselesi ayrık tutularak, olağanüstü rejim standartlarından faydalanma girişiminde bulunmamışlardır.

1729 *Cyprus v. Turkey*, App. No. 8007/77, Commission's Final Report of 4 October 1983, paras.137-155, **DR Vol. 72**, sf:5-62, özellikle 43-47 (Komisyon raporunun tekrar yayımlandığı yer olarak bkz. **HRLJ**, Vol.13, No.4, 1992, sf:154-174); *Loizidou v. Turkey*, App. No.15318/89, GC Judgment of 18 December 1996, paras 63-64; *Cyprus v.Turkey*, App. No.25781/94, Judgment of 10 May 2001, paras.178-189. Seperate Opinion of Mr. G. Tenekides, **DR Vol. 72**, sf: 55-61, özellikle 59-60.

1730 Yine Kıbrısla ilgili ve siyasi koşulların başvuru hakkına etkisi hakkında ilginç bir karar olarak bkz. ve krş. *Penton v. Turkey*, App. No.24463/94, Admissibility Decision of 14 April 1998. Bu karar Çalışmanın I. Bölümünde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bahsinde incelenmiştir.

Elbette iki dava öbeğinde şikayete konu olan Devlet tasarrufları farklı niteliktedir. Geçiş dönemi Devletleri özelinde şikayet edilen, aslında mülkiyet hakkının sağlanması için çıkartılan mevzuat ve buna bağlı pratiğin, hakkın giderimini sağlamadığıdır.[1731] *Kıbrıs* davalarında şikayete konu olan Devlet tasarrufu ise, aleyhine dava açılan Devletin yol açtığı öne sürülen süre giden çatışma ve gerilim ortamının bizatihi mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığıdır. Bu farklılık önemlidir; ancak, iki dava öbeği arasındaki **P1-1**'e yaklaşım farkını açıklamaya yeterli değildir. Kıbrıs Adasında yaşayan iki toplum arasındaki bir çok siyasi girişimin tıkandığı ve ufukta bir siyasi çözümün görülmediği dönemlerde verdiği kararlarda Strasbourg organlarının müdahelenin meşru amaç güdüp gütmediğine ve ölçülülüğü sağlayan bir faktör olup olmadığına bakmadan otomatik olarak mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermesi Adanın içinde bulunduğu durumu ve süre giden uluslararası çözüm girişimlerini hiç önemsemediğine işaret etmektedir.[1732] Bu yaklaşımın sonraki yıllarda ekonomik-siyasi-hukuki düzenin kökten değiştiği geçiş dönemindeki Devletler ve özellikle iki Almanyanın birleşmesi süreci için tercih edeceği yaklaşımla örtüştüğü söylenemez.[1733] Strasbourg organları *Kıbrıs* davaları bakımından durumun biricikliğini[1734] dikkate alarak ve bu biri-

---

1731 Ayrıca bkz. ve krş. Loucaides, **The Protection of the Right to Property in Occupied Territories**, sf: 588. Bazı spesifik vakalar bakımından ise ortak yönlerin daha benzeştiği görülebilir. Çalışmanın II. Bölümünde zaman duvarı başlığı altında yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, eski doğu bloku Devletlerine karşı açılan pek çok vaka süre giden ihlal olmadığı gerekçesiyle zaman bakımından yetkisizlik temelinde kabuledilemez ilan edilmiştir. Bu vakaların çoğunda AİHM *Loizidou* kararının etkilerini tartışmıştır.

1732 Aynı yönde bir eleştiri için bkz. Dissenting Opinion of Judge Jambrek, paras. 5-7. Yargıç Jambrek'in muhalefet şerhi *Loizidou* kararına eklidir (*Loizidou v. Turkey*, App. No.15318/89, GC Judgment of 18 December 1996). Ayrıca bkz. Allen, **Restitution**, sf:27-28.

1733 Nitekim şaşırtıcı bir öngörüyle Yargıç Baka, *Loizidou* kararına eklediğini muhalefet şerhinde, *Kıbrıs* başvuruları ile ekonomik-siyasi-hukuki düzenin kökten değiştiği geçiş dönemindeki Devletlerde yaşanan mülkiyet problemleri arasındaki benzerliği vurgulamıştır. 1996 tarihli olan bu karar sırasında, henüz eski doğu bloku Devletlerinden yapılan başvurular Mahkemece ele alınmaya başlanmamıştı. Bkz. Dissenting Opinion of Judge Baka ("In the instant case the legal situation in respect of property issues is very close to those of the former communist States in central and eastern Europe. In those countries - which, it must be borne in mind, were internationally recognised States - there had been a long process of expropriation of property by nationalisation legislation and other legal means. These actions, which led to enormous property rearrangements in the countries concerned, cannot always be justified by simply referring to the fact that those States had been recognised by the international community at the relevant time."). Yargıç Baka'nın muhalefet şerhi asıl karara eklidir (*Loizidou v. Turkey*, App. No.15318/89, GC Judgment of 18 December 1996).

1734 Yine muhalif yargıçlardan Bernhardt Kıbrıs meselesinin biricikliğini vurgulamıştı. Bkz. Dissenting Opinion of Judge Bernhardt, joined by Judge Lopes Rocha, para. 1 (ayrıca para. 3'e de bkz.). Söz konusu şerh asıl karara eklidir (*Loizidou v. Turkey*, App. No.15318/89, GC Judgment of 18 December 1996).

cik durumdan kaynaklanan müdahalenin meşruluğu ile ölçülülüğünü açıkça inceleyerek her halükarda ihlal kararı bulabilirlerdi ve **P1-1** genel rejimi açısından bu daha tutarlı bir yaklaşım olurdu.

Mülkiyete el atmalarda tazminat verilmemesinin **P1-1**'e aykırı düşmemesini sağlayan istisnai faktörler arasına bir Devletin yaşaması muhtemel *ekonomik krizlerin* girip girmeyeceğine dair bir soru akla gelebilir. Gerek mülkiyete yapılmış müdahaleden sonra ekonomi krize girmiş olsun, gerek ekonomik kriz nedeniyle mülkiyete hakkın öznesinin rızası hilafına müdahale edilmiş olsun, ekonomik krizin tazminat yokluğunu haklılaştırma olasılığı yabana atılmamalıdır. Kanımca, böyle bir ekonomik kriz, tazminat verilmemesini veya türüne göre müdahalenin bir başka şekilde ölçülü addedilmesini haklılaştırabilir. Bu noktada ekonomik krizin boyutu, krize yol açan etmenler arasında Devletin payı ve bu bağlamda söz konusu Devletin mali durumu ile ihlal edildiği iddia edilen mülkiyetin niteliği, iddia konusu zararın miktarı ve bu konuda ulusal hukukta lehe kesinleşen yargı kararı olup olmadığı gibi çeşitli unsurlar değerlendirmede rol oynayabilecektir.[1735]

Sonuç olarak, bazı istisnai hallerde el atmalara karşılık olarak tazminat verilmemesinin **P1–1** ihlali sonucunu doğurmayacağı hallerin ne olduğu pek belirgin değildir. Tek örnek Büyük Dairenin *Jahn* kararı olup bu kararda benimsenen yaklaşım birçok çelişki ve tutarsızlıkla doludur. Diğer yandan, karmaşık hukuki-siyasi-ekonomik geçiş dönemlerinin doğurduğu problemlerin yanı sıra savaş ve benzeri çatışma ortamları ile ekonomik krizler, mülkiyet hakkına müdahalede tazminat ve benzeri gierim verilmemesini meşrulaştırma olasılığı taşıyan faktörler arasında sayılabilir.

b) Sınırlama Süresi

Bu unsur özellikle mülkiyetin kontrolü niteliği gösteren müdahalelerde gündeme gelmektedir. Başta imar/inşaat kayıtlamaları ile kamulaştırma şerhleri olmak üzere taşınmazların kullanımını veya onlardan yararlanmayı engelleyen müdahalelerin süresi ölçülülük araştırmasının etkili ölçütlerinden biridir. Nitekim ünlü *Sporrong ve Lönnroth* davası[1736]

1735 AİHM içtihatlarında, aşağıda görüleceği üzere, tazminat ödenmesini emreden kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanamamasına mazeret olarak bütçenin zayıflığının gösterilmesinin Devletleri ihlalden kurtarmadığı biliniyor. Ancak kesinlemiş bir yargı kararının olduğu hallerde bile AİHM açık kapı bırakmış ve çok istisnai bazı hallerde tazminat kararının icra edilmemesinin mülkiyet hakkına yol açmayabileceğini belirlemiştir. Bkz. aşağıda "kesin hükmün iptali veya işlevsiz bırakılması" başlığı altında yapılan açıklamalar ve gösterilen kararlar.

1736 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos.7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52. Bu davada yaklaşık 25 yıllık imar/inşaat yasağı ve kamulaştırma şerhi mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurmuştur. Mahkeme baş-

ile *Allan Jacobsson* davasında[1737] durum budur.[1738] Bu iki öncü nitelikteki karara ek olarak yakın tarihli *Rosinski* ve *Skrzynski* kararlarını eklemek mümkündür.[1739] Benzer şekilde, tarım arazilerinin verimliliğini arttırmak için alman önlemlerden kaynaklanan müdahaler de burada zikredilebilinir.[1740]

Sınırlama süresi ölçütü, çok ağır nitelikteki müdahalelerde de kendisine yer bulabilmektedir. *Doğan vd.* davasında köydeki evlerinden zorla tahliye edilen ve yetkili makamlarca köye dönmelerine izin verilmeyen başvurucular ülkenin farklı bölgelerinde zor şartlar altında yaşamak zo-

---

vurucuların uzun yıllar boyunca kamulaştırma izinlerine maruz kaldığını ve bu durumun mülkiyetlerinin kaderini tamamen belirsiz kıldığını hatırlatmaktadır. Üstelik başvurucular karşılaşabilecekleri güçlükleri Hükümetin dikaktine sunma imkanlarına da sahip olmamışlardır. Mahkeme Stokholm Şehrinin şehir planlarını uygulaması için mülkiyetin kamulaştırılması opsiyonunu sahip olmasındaki yararı atlamış değildir, ama bu durum Mahkemeye göre, İsveç mevzuatının makul aralıklarla Şehrin yararı ile mal sahiplerinin yararını gözden geçirmeye engel olmasının sebebini göstermemektedir (para.70).

Türkçe literatürde bu karara değinen Ertaş, ihlal bulgusunu sadece inşaat yasağının süresine bağlamıştır. Ertaş şöyle diyor: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 23.9.1981 günlü Sporrong ve Lonnroth Kararı ile inşaat yasağının uzun bir süre için öngörülmüş olmasının, toplumsal yarar ile bireysel menfaat arasındaki dengeyi bozduğu sonucuna varmıştır." (bkz. Ertaş, **a.g.m**, sf: 149) Yazarın indirgeyici nitelikteki alıntılanan ifadesi yerinde değildir. Kararda mülkiyet hakkının ihlali sonucuna varılmasında bir çok faktör bir arada rol oynamıştır.

1737 *Allan Jacobsson v. Sweden*, App. No.10842/84, .Judgment of 25 October 1989, Series A No. 163, para.62 (sınırlama süresine ve bunun yenilenmesi aralıklarına önem verilmesi. *Sporrong ve Lönnroth* kararından farklı olarak, bu dönemde yasaklamaların gözden geçirilmesi mülkiyet hakkı ihlali olmadığı sonucunu doğurmuştur).

1738 Türk AYM bir kararında, İmar Kanunu Madde 13/1 uyarınca "imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki belirsizliğin, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğu açıktır" demiş ve "itiraz konusu kuralın neden olduğu belirsizliğin kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirmesi, sınırlamayı aşan hakkın özüne dokunan bir nitelik taşımaktadır" sonucuna ulaşmıştır. İşte tam bu noktada AYM AİHM'in ünlü *Sporrong ve Lönnroth* kararına atıf yapmıştır (bkz. Esas Sayısı: 1999/33, Karar Sayısı: 1999/51, Karar Günü: 29.12.1999).

1739 *Rosinski v. Poland*, App. No. 17373/02, Judgment of 17 July 2007, paras. 79-80; *Skrzynski v. Poland*, App. No. 38672/02, Judgment of 6 September 2007, paras. 83-84 (ilk koyuluşunu müteakip en az 17 yıl boyunca uygulanamayacak belirsiz süreli kamulaştırma şerhinin ve bu sürede geçerli olan imar/inşaat yasakları ile tazminat güvencesinin olmamasının mülkiyet hakkı ihlali sonucunu doğurması. Bu kararlardaki diğer önemli bir öğe, sosyalist ekonomiden hukuk devleti ve piyasa ekonomisiyle uyumlu yeni düzene geçiş aşamasının birçok zorlukla dolu olmasının Devletlerin Sözleşmesel sorumluluğunu bertaraf etmeyeceğinin hüküm altına alınmasıdır).

1740 *Erkner and Hofauer v. Austria*, App. No. 9616/81, Judgment of 23 April 1987, Series A No. 117, para. 78 (ihlal); *Poiss v. Austria*, App. No. 9816/82, Judgment of 23 April 1987, Series A No. 117, para. 68 (ihlal); *Wiesinger v. Austria*, App. No.11796/85, Judgment of 30 October 1991, Series A No. 213, para. 77 (ihlal yok).

runda bırakılmışlardır. Mahkeme, başvuruculaların yaşam alanlarından yoksun bırakıldıklarına hükmederken, diğerlerinin yanı sıra, sınırlamanın 10 yıldan fazla süredir devam ediyor olmasını dikkate almıştır.[1741] Ancak eklemek gerekir ki, bu olayda mülkiyet hakkının ihlalinin bulgulanmasına yol açan asıl etmen, müdahalenin süresi değil, bu süre zarfında başvuruculaların yaşam kalitesindeki düşüklük ve bu düşüklük karşılığı herhangi bir tazminat almamış olmalarıdır.

Sınırlama süresine ölçülülük aşamasında önem verilen diğer kontrol tipi müdahaleler arasında suçla mücadele çerçevesinde alınan önlemlere ilişkin vakalar bulunmaktadır. Mafya babası olduğu iddia edilen bir kişinin bazı taşınmaz ve taşınırlarının müsaderesi kendi başına ölçüsüz bir müdahale sayılmamakla birlikte, ulusal yargılama sürecinde ulusal yargı makamının el konulan malların bazılarının iadesine dair verdiği hükmün makul bir süre içinde uygulanmaması **P1-1**'i ihlal edecek ölçüde ölçüsüz bir müdahale sayılır.[1742] İmar tadilat izni olmadan oturduğu evinde tadilat yapan kişinin evinin mühürlenmesi ve ancak beş yıl sonra iade edilmesi, hiç şüphesiz, mağdura aşırı bir külfet yüklemektedir.[1743] Bir avukata ait bilgisayara suçla mücadele adına içindeki bilgilere ulaşmak için el konulmasının ve bu bilgisayarın iade edilmemesine dair *Smirnov* uyuşmazlığında Mahkeme, bilgisayarın suçun objesi, aracı veya ürünü olmadığını not ettikten sonra, soruşturma bakımından önemli olanın bilgisayar değil, hard diskindeki bilgiler olduğunu vurgulamıştır. Bu bilgilerin dökümü yapıldığı ve dava dosyasına eklendiği için bilgisayarın 6 yıl boyunca iade edilmemesinin bir mantığı kalmamıştır. Mahkeme uyuşmazlık konusu bilgisayarın avukat alan başvurucunun mesleki çalışmalarında kullandığı bir alet olduğunu ve kişisel zorluk yaratmanın yanı sıra mesleki faaliyetlerini sekteye uğrattığını belirterek bu durumun, adaletin yürütümünü etkilediği neticesine varmıştır.[1744] Benzer şekilde, sınırdan geçerken kürk kaçakçılığı yaptığı gerekçesiyle ürünlerine el konulan kişinin yaptığı başvuruda, AİHM ürünlerin iadesi sürecinin 8,5 yıldan fazla sürmesinin **P1-1**'i ihlal ettiği sonucuna varmıştır.[1745]

Suçla mücadele için alınan önlemler için olduğu gibi, ticari hayatın ekonomik kolluk marifetiyle düzenlenmesi amacı güden müdahalelerde

---

1741 *Doğan and others v. Turkey*, App. No.8803-8811/02, 8813/03 and 8815-8819/02, Judgment of 29 June 2004, para.153.

1742 *Raimondo v. Italy*, App. No. 12954/87, Judgment of 22 February 1994, paras.34-36.

1743 *Venditteli v. Italy*, App. No.14804/89, Judgment of 18 July 1994, Series A No. 293-A, paras. 39-40.

1744 *Smirnov v. Russia*, App. No. 71362/01, Judgment of 7 June 2007, paras. 54-59.

1745 *Jucys v. Lithuania*, App. No. 5457/03, Judgment of 8 January 2008, para. 37.

de sınırlama süresi önemli bir faktördür. Nitekim iflas idaresi kaynaklı kayıtlamalar buna örnektir. *Luordo* davasında başvurucu iflas idaresinin malvarlığından yararlanmasına çok uzun yıllar (yaklaşık 15 yıl) boyunca engel olmasının **P1-1**'i ihlal ettiğini ileri sürmüştü. Mahkeme sınırlama süresinin **P1–1** açısından makul olup olmadığına idarenin ve başvrucunun tutumlarına/tasarruflarına bakarak karar vermiştir. Bu bağlamda AİHM açık arttırma ile satışların aralıklarının uzun olduğunu olduğu, iflas işlemlerine dair hiçbir hukuki/yargısal tasarrufta bulunulmayan toplam 4 yıllık ara dönemler olduğunu tespit etmiştir. Müflisin davranışı bakımından ise yapılan ulusal başvuruları dikkate almıştır. AİHM'e göre, yapılış tarihi itibariyle ve hızlı sonuçlanmaları açılarından müflisin iç hukuktaki girişimleri iflas işlemlerini esaslı derecede yavaşlatmamaktadır. Mahkeme bütün bu unsurları bir araya getirerek iflas sürecinin bir bütün olarak mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.[1746]

Mahkemenin sınırlama süresinin **P1-1**'i ihlal edip etmediğini tartarken ele aldığı iki unsur, idare ile başvurucunun tutum ve tasarrufları, makul sürede yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6/1'i hatırlatmaktadır. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini belirlerken AİHM davanın karmaşıklığının yanı sıra başvurucunun ve idarenin tutum ve tasarruflarına belirleyici önem vermektedir.[1747] Muhakemenin neredeyse bire bir ödünç alındığı anlaşılıyor. Gerçi *Luordo* kararında AİHM **P1–1** özelinde yürüttüğü muhakeme sırasında Madde 6'yı zikretmemiştir[1748];

1746 *Luordo v. Italy*, App. No.32190/96, Judgment of 17 July 2003, paras.70-71.

1747 Örneğin bkz. *Janosevic v. Sweden*, App. No.34619/97, Judgment of 23 July 2002, para.93; *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, App. No.63235/00, GC Judgment of 19 April 2007, para.67. Doktriner bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Beta Yay., İstanbul, Nisan 2005, sf: 370-393; Berke Özenç, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı*", **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yay., 2004, İstanbul, sf: 479-498 (özellikle Türkiye kökenli davalar için).

1748 Aslında AİHM 1990 başlarında, iflas idaresinin malvarlığından yararlanılmasına çok uzun yıllar boyunca engel olmasının **P1-1**'i ihlal ettiği iddiasını, Madde 6'dan ihlal bulduğu için ayrıca inceleme gereği duymamıştı (örneğin bkz. *Santilli v. Italy*, App. No.11634/85, Judgment of 19 February 1991, Series A No. 194-D, para.22). Bu noktada Çalışmanın II. Bölümünde "uygulanabilirlik engeli olarak yarışma" başlığı altında yapılan açıklamalara gönderme yapıyoruz.

Diğer yandan, tarımsal arazilerinin toplulaştırılmasıyla ilgili 1987 tarihinde hükme bağlanan *Erkner and Hofauer* ve *Poiss* vakalarında muhatap Hükümet, müdahale süresinin **P1-1** açısından dikkate alınmasına karşı çıkmış ve bunun sadece Madde 6 için önem arz eden bir husus olduğunu ileri sürmüştü. Mahkeme ise, Hükümetin itirazını reddetmiştir (bkz. *Erkner and Hofauer v. Austria*, App. No. 9616/81, Judgment of 23 April 1987, Series A No. 117, paras. 76-78; *Poiss v. Austria*, App. No. 9816/82, Judgment of 23 April 1987, Series A No. 117, para. 66).

ama bu, içtihadi standartları bilenler için bağlantının kurulmasına engel teşkil etmiyor.[1749]

Hatta **AİHS** Madde 6/1 unsurlarını ödünç alarak, kontrol tipi bazı müdahalelerde Devletlerin **P1–1** için pozitif yükümlülükleri olduğunu ileri sürmek mümkündür. Öyle ya, Devletler pozitif yükümlülükleri uyarınca makul sürede yargılamayı sağlamak için gerekli teşkilatı kurmak ve çalışma sistemini örgütlemek zorunda olduklarına[1750] göre, benzeri bir pozitif yükümlülüğün **P1–1** için de geçerli olduğu söylenebilir. Bu durumda Devletler, mülkiyet hakkına müdahale süresi bakımından, bu süreyi "makul" seviyede tutacak şekilde örgütlenmek ve tasarrufta bulunmakla yükümlü hale geleceklerdir.

c) Başvurucunun Niyeti ve Davranışı

Bazı davalarda başvurucunun davranışına belirli bir önem atfedildiği fark edilebilmektedir. Bu incelemede başvurucunun amacına bakılmakta; bir çeşit *niyet analizi* yapılmaktadır. Başvurucu acaba, kötü niyeti andırır şekilde ulusal hukuktaki boşluklardan veya ulusal makamların hatalarından yararlanmaya mı çalışmaktadır, yoksa sırf hakkını mı aramaktadır? Bu sorulara verilecek cevaba göre, ulaşılacak sonuç değişecektir. Hakların kullanılmasında niyetin belirleyici rolü, evrensel bir hukuk ilkesi olmasının yanı sıra, içtihatta giderek ön plana çıkmaya başlamıştır.[1751]

Şu husus belirtilmelidir ki burada bahsedilen "başvurucunun davranışı" işbu Çalışmada çeşitli vesilelerle değinilen "başvurucunun özen yükümlülüğünden" farklıdır. Başvurucunun özen yükümlülüğü karşımıza en son ölçülülüğün bir göstergesi olarak "sınırlama süresinin" değerlendirmesinde çıkmıştı.

Mahkemece yapılan niyet analizi *National & Provincial Building Society ve diğerleri* kararında açıkça belirgindir. AİHM, başvuruculaın, tabi oldukları vergi mevzuatında sonradan iptal edilen teknik hatalardan istifade etmeye çalıştıklarını vurgulayarak diğer gerekçelerle birlikte geriye etkili düzenlemelere dayanılarak mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi ölçülü bulmuştur.[1752]

1749 Yalnız yeni bir kararında AİHM, sınırlamanın süresi açısından mülkiyet hakkının ihlalini bulguladıktan sonra, Madde 6 açısından ayrı bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir. Bkz. *Jucys v. Lithuania*, App. No. 5457/03, Judgment of 8 January 2008, para. 42.

1750 *Arvelakis v. Greece*, App. No.41354/98, Judgment of 12 April 2001, para.26. Ayrıca bkz. Mowbray, **a.g.e.**, sf:108-110.

1751 Çalışmanın II. Bölümünde "Uygulanabilirlik Engeli olarak Çatışma" başlığı altında bu konuda bilgi verildiği için burada tekrar edilmeyecektir.

1752 *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, Case No. 117/1996/736/933-935, Judgment of 23 October 1997, para.82.

Niyet analizine önem verilen kararlar arasında *Beyeler* başvurusu önde gelmektedir. Bu davada başvurucunun bir koleksiyonerden satın aldığı tablonun, kamu makamları zaman aşımı süresi içinde mevzuat çerçevesinde sahip oldukları ön alım hakkını kullanmamalarına rağmen yurt dışına çıkaramamasının ve yıllar geçtikten sonra yetkili makamların, ilgili mevzuat çerçevesinde sahip olduklarını ileri sürdükleri yetkiye dayanarak tabloyu ön alım hakkıyla satın almalarının mülkiyet hakkının ihlali olduğu hükme bağlanmıştır. Muhatap Hükümet savunmasında başvurucunun idari makamları tabloyu satın aldığı hakkında bilgilendirmediğini ve bu sebeple idari makamların yıllarca gerekli tasarruflarda bulunamadığını ileri sürmüştür. Mahkeme Hükümetin bu savunmasına belli ölçülerde itibar etmiştir. Mahkemeye göre, başvurucu bilinçli şekilde, idari makamlar ön alım haklarını kullanamasınlar diye tabloyu satın aldığını saklamıştır. Bu sebeple başvurucu açık ve dürüst davranmamıştır.[1753] Yine de bu davada belirleyici, başvurucunun kötü niyeti değil, idari makamların tutarsız tutumları olacaktır.

Stretch davasının koşulları da burada ele alınmayı gerektirmektedir. Başvurucu yetkili yerel idareyle hafif sanayi tesisleri yapmak ve bunların bir kısmını üçüncü kişilere kiralamak hususunda 22 yıl süreli bir sözleşme yapmıştır. Söz konusu sözleşme sona erdiğinde 21 yıl için daha uzatma klozu içermektedir. Başvurucu bu imkanı kullanmak için bildirimde bulunduğunda yetkili yerel idare, söz konusu klozun sözleşmeye eklenmesinin yetki aşımı (*ultra vires*) olduğu ve dolayısıyla geçersiz olduğu gerekçesiyle başvurunun talebini reddetmiştir. Muhatap Hükümete göre başvurucu idarenin yetkisiz olarak kendisiyle sözleşme yaptığını bilmekteydi ve bu hatadan fayda sağlamaya çalışmaktaydı. AİHM ise bu savunmaya itibar etmemiştir.[1754]

Stretch ve *Beyeler* kararlarıyla bazı yönlerden benzeşen ilginç bir başka dava ise *Megadat.Com SRL* davasıdır. Adı geçen şirket internet servis sağlama ruhsatına sahip olup o dönemde en büyük pazar payını işgal etmektedir. Ancak Moldova iletişim makamları adı geçen şirketin ruhsatını, şirketin müşterilerini aldattığı, vergi kaçırmaya teşebbüs ettiği vb. ge-

---

1753 *Beyeler v. Italy*, GC Judgment of 5 January 2000, paras. 115-116, özellikle 116 *in fine* ("The Court therefore considers that the Government's submission that the applicant had not acted openly and honestly carries some weight, especially as there was nothing to prevent him from informing the authorities of the true position before 2 December 1983 in order to comply with the statutory requirements.").

1754 *Stretch v. the United Kingdom*, Judgment of 24 June 2003, paras.40-41. Mahkeme **P1-1**'in uygulanabilirliği aşamasında şikayetçinin 22 yıllık sürede sözleşmenin üzerine düşen bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğuna ve idarenin ancak son aşamada yetki aşımı itirazını dile getirdiğini dikkate almıştır. Ayrıca aşağıda idari makamların tutarlılığı başlığı altında yapılan açıklamalara bkz.

rekçelerle iptal etmişlerdir. Moldovanın en büyük internet servis sağlayıcısı şirketin ruhsatının iptal edilmesine gerekçe olarak, bu şirketin vergi kaçırmak amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunduğu yönündeki Hükümet iddiası AİHM'ce somut olay koşullarında geçerli görülmemiştir.[1755]

Mahkemece niyet analizine kısmen yer verilen bir başka karar *Kjartan Asmundsson*'dur. Malullük aylığı geriye yürürlü mevzuat tarafından tamamen kesilen başvurucunun mülkiyet hakkının ihlali iddiasını müdahalenin ölçülülüğü açısından değerlendirirken AİHM, başvurucunun malullük aylığı almasına rağmen ek iş yapıyor olmasını dikkate almıştır. Üstelik bu ek iş unsuruna ulusal yargı makamları hiç önem vermemiştir.[1756] Gerçi AİHM'in başvurucunun malul olmasına rağmen çalışmasına ne derece önem verdiğini anlamak mümkün değildir. Mahkeme daha çok müdahalenin kamu yararı sınırlama ölçütüne uygun olup olmadığını ortaya çıkartmak bakımından başvurucunun çalışıyor olmasına vurgu yapmış olsa gerektir. Zaten, nihayetinde, bu Çalışmada açığa çıkarılan çeşitli göstergelerin varlığına binaen başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Niyet analizi başlığı altında *Gashi* kararını da zikretmek mümkündür. Birden çok faktörün ölçülülük incelemesinde belirleyici rol üstlendiği bu kararda Mahkeme, başvurucunun amacı ile niyetini de sorgulamıştır. Sorgulaması sonucunda başvurucunun ayrıcalıklı bir pozisyondan avantaj elde etmeye çalışmadığını, hatta böyle bir pozisyonu hiç elde etmediğini ve bir başka şekilde hukuka aykırı davranmadığını belirleyen AİHM, diğer gerekçelerle birlikte **P1-1**'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[1757] Bu tip bir niyet analizi sosyalist ekonomiden piyasa ekonomisine geçen Doğu Avrupa Devletlerine karşı açılan daha önceki davalarda geliştirilmişti.[1758]

Özellikle bir suç işlemiş kişilerin açtığı davaların kimisinde başvurucunun tasarrufu ölçütüne yer verildiği görülübilmektedir. Örneğin *Dö-*

1755 *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, para. 68. Anlaşılan o ki, Moldova hükümeti ticari uyuşmazlıklarda başvuruculanın kötü niyetli tasarrufta bulundukları iddiasına sıkça yer veriyor. AİHM de, bu savunmaya pek itibar etmiyor (bkz. *Dacia S.R.L. v. Moldova*, App. No. 3052/04, Judgment of 18 March 2008, paras.61-62; *Unistar Ventures GMBH v. Moldova*, App. No. 19245/03, Judgment of 9 December 2008, para.97).

1756 *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, App. No.60669/00, Judgment of 12 October 2004, para.42.

1757 *Gashi v. Croatia*, Judgment of 13 December 2007, para.37.

1758 *Pincova and Pinc v. the Czech Republic*, App. No.36548/97, Judgment of 5 November 2002, para.59; *Velikovi and others v. Bulgaria*, App. Nos. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, and 194/02, Judgment of 15 March 2007, para.181, 188.

ring davasında, şikayet konusu iki Almanya'nın birleşmesinin başvurucunun mesleki itibar (*goodwill*) ve gelirindeki düşüşe ilişkindir. Başvurucu Peter Döring, Demokratik Alman Cumhuriyetinde bölge ceza mahkemesinin başkanı olarak uzun yıllar yargıç statüsünde hizmet verdikten sonra baroya avukat olarak kaydolmuştur. İki Almanya birleştikten sonra yapılan araştırmalar neticesinde idari makamlar, yargıçlık yaptığı dönemde insanlığa karşı suç niteliğinde ve hukuk devleti ilkesine aykırı olarak taraflı kararlar verdiği gerekçesiyle başvurucunun kaydını barodan silmiştir. Her ne kadar hakkındaki bu iddialardan kısa sürede beraat ederek kurtulduysa da kaydının barodan silinmesine ilişkin olarak yaptığı itirazlar reddedilmiştir. AİHM önüne giden davada başvurucu barodan kaydının silinmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM'e göre, başvurucunun barodan kaydının silinmesi başvurucunun gelirinde ve müşteri çevresinde azalma meydana getirdiği için mülkiyet hakkına müdahalede bulunulduğu açıksa da, olayda **P1-1**'in ihlali olduğu söylenemez. Zira AİHM'in değerlendirmesine göre, beraat etmesine rağmen başvurucunun her halükarda adalete aykırı girişimlerde yer aldığı, hakim olarak sırf Federal Almanya'ya geçmek isteyen Doğu Alman vatandaşlara uzun süreli hapis cezası verdiği ve buna benzer çeşitli gizli oluşumlar içinde bulunduğu sabittir. Bu durumda, hukuk güvenliğini sağlamak adına yapılan müdahalenin yerinde olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Elbette, bu kararda da, asıl belirleyici olan iki Almanya'nın birleşmesinin yarattığı istisnai koşullardır.[1759] *Banfield* davasında ise, bu kez geçiş dönemindeki bir ülkenin istisnai koşulları olmaksızın, başvurucunun işlediği suça müdahalenin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesinde önem verildiğini görüyoruz. Polis olarak kamu görevi ifa eden başvurucu, cinsel saldırı ve taciz suçları işlediği için meslekten çıkartılmış ve hapis cezası almıştır. Hakkında ayrıca disiplin soruşturması yürütülmüş ve nihayetinde emeklilik ve diğer sosyal güvenlik haklarının % 65'i kesilmiştir. Başvurucunun sosyal güvenlik haklarının kayda değer

---

1759 *Döring v. Germany*, App. No.37595/97, Admissibility Decision of 9 November 1999, para.1 (The Law). Orijinal ifade şöyledir: "the Court notes that the domestic courts closely examined the nature of the accusations against the applicant before concluding that even though he had not been guilty of administering justice perversely, he had nevertheless taken part in acts manifestly contrary to justice which made him unworthy to practise the profession of lawyer. The courts found that for many years the applicant had held a high position as president of a criminal division, during which time he had sentenced to long prison terms citizens who merely wished to leave the former GDR and had made contact with organisations of the FRG to that end, and he had done this in quasi-secret proceedings which had taken place in camera. Lastly, the courts had weighed the applicant's interest in continuing to practise his profession after having been a member of the Bar for six years against the need to preserve the confidence of the public, especially persons from the former GDR, in lawyers, before giving the public interest precedence over that of the applicant."

bölümünden yoksun bırakılmasının mülkiyet hakkı ihlali teşkil etmediğine karar verirken Mahkeme, başvurucunun işlediği suçun ağırlığına ve bu suçun mensup olduğu polis teşkilatının saygınlığına verdiği zarara dikkate almıştır.[1760]

Niyet analizinin kendine bir unsur olarak yer bulduğu kararlar arasında, son olarak imar/inşaat izinleri ile çevre korunması gerilimine dair kararlar zikredilmelidir. Özellikle Yunanistan'a kaşı açılan çok sayıda davada AİHM, sit alanına çevrildiği için üzerinde yapılaşma yapılamayan ve imar izni bulunan bir başka araziyle değiştirilmesi veyahut kamulaştırılması talepleri kabul görmeyen araziler bakımından mülkiyet hakkının ihlal edildiği vargısına ulaşırken başvurucuların iyi niyetli olarak mülkiyete sahip olduklarını vurgulamıştır.[1761] Türkiye'ye karşı açılan tapu iptali kaynaklı davalarda da AİHM'in benzer noktalara önem verdiği görülebilir.[1762] Bu bağlamda, babasından kendisine bağışlama yoluyla geçen arazi üzerinde elektrik iletimini sağlayacak direğin dikilmesi için babasının itiraz etmediği intifa hakkı kurulmasına, arazi kendisine geçtikten neredeyse on yıl sonra itiraz edilmesinde iyi niyetin bulunduğunu düşünmek pek kolay değildir.[1763] Başvurucu, durumdan haberdar olduğuna göre neden on yıl sesini çıkarmadığını açıklamak zorundadır.[1764]

d) Hukuk Devleti veya Hukukun Üstünlüğü Nosyonu

Hukuk devleti/hukukun üstünlüğü nosyonu, temelde mülkiyet hakkına müdahalenin "hukuki" olup olmadığına yönelik yapılan araştırma sırasında rol oynayan temel unsurdur. Bununla birlikte, yukarıda "hukukilik" başlığı altında yapılan açıklamalardan anlaşılmış olduğu üzere, kimi kez Strasbourg organlarının "hukukilik" testinin unsurlarını "ölçülülük" testinin unsurları içerisinde erittiği görülür. Buna göre Strasbourg organları "hukukilik" testi ile "ölçülülük" testlerini birbirlerine eklemlemiş olmaktadır.[1765]

1760 *Paul Banfield v. United Kingdom*, App. No. 6223/04, Admissibility Decision of 18 October 2005. Bu vakada Mahkemenin dayandığı başka gerekçeler de bulunmaktadır.

1761 *Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica and Others v. Greece*, App. No.35859/02, Judgment of 13 July 2006; *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis v. Greece*, App. no. 35332/05, Judgment of 21 February 2008.

1762 *N.A. and others v. Turkey*, App. No. 37451/97, Judgment of 11 October 2005, para. 39.

1763 *Angel Lickov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 38202/02, Admissibility Decision of 27 May 2004, para. 4 (The Law).

1764 *Lickov* vakası başvurucunun özeni başlığı altında da incelenebilirdi.

1765 Öncü *Wasa* davasında AİHK **P1-1**'in zımnen hakkaniyet unsurunu da içerdiğini kabul etmiştir. Bkz. *Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden*, App. No.13013/87, Admissibility Decision of 14 December 1988, **DR Vol. 58**, sf:163-185, para.1 (The Law Bölümü). Ayrıca aşağıda "ayrımcı motif" başlığına bkz.

aa) Geriye Yürürlü Mevzuat

Geriye yürürlü veya etkili mevzuat, hukuk devleti/hukukun üstünlüğü kavramına ilk görünüşte en zıt pratiği ifade etmektedir. Ancak bu ilk izlenimin tersine, yukarıda müdahalenin hukukiliği ele alınırken gösterildiği üzere, başta AİHM olmak üzere Strasbourg organlarına göre geriye yürürlü mevzuat kural olarak hukuk devleti kavramına aykırılık teşkil etmemektedir. Bazı davalarda, AİHM'nin geriye yürürlü mevzuatın etkisini ölçülülük incelemesiyle birleştirdiği gözlemlenebilmektedir. Burada bu davalara yakından bakılacaktır.

Bu konudaki öncü kararlardan birisi *Pressos Compania* vakası hükmüdür.[1766] Bu davada başvurucu şirketler, Devlete açtıkları haksız fiil davalar derdest iken yeni bir yasa ile geçmişe etkili olarak Devletin verdiği hizmetten ötürü sorumluluğunun kaldırılması sebebiyle giderim haklarından yoksun kaldıklarını ileri sürmüşlerdir. Muhatap Hükümet savunmasında mali mülahazaları ve bölge Devletlerinin konuya ilişkin hukuki anlayışlarının yeknesaklaştırılması amacını ön plana çıkartmıştır. AİHM ise bu savunmaya itibar etmeyerek bu mali mülahazaların ve bölge Devletlerinin konuya ilişkin hukuki anlayışlarının yeknesaklaştırılması amacının geriye yürürlü olarak başvuruculaların giderim haklarını ortadan kaldırmayı meşrulaştırmaya yetmediğine karar vermiştir.[1767]

Pressos Compania hükmünü aynen takip eden takip *Smokovitis* vakasında geçici olarak sözleşmeli çalışan akademisyenler, önceden hak ettikleri araştırma ödeneklerinden sonradan çıkarılan bir yasanın söz konusu ödenekleri sırf kadrolu akademisyenlerin kullanmasına inhisar etmesi yüzünden yoksun kalmalarının mülkiyet haklarını ihlal ettiğini öne sürmüşlerdir. Akademisyenler arasında fark yaratan geriye yürürlü bu mevzuatı meşrulaştıran hiçbir sebep göremeyen Mahkeme dava temyiz aşamasında derdest iken yasama tarafından yapılan bu müdahalenin adil denge kurmadığına karar vermiştir.[1768]

1766 Ayrıca bkz. McBride, **The Right to Property**, sf: 47; Monica Carss-Frisk, **a.g.e.**, sf:35-36.

1767 *Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium*, Case No. 38/1994/485/567, Judgment of 20 November 1995, paras.43-44. Krş. *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, App. No.13427/87, Judgment of 9 December 1994 (hemen aşağıda "kesin hükmün işlevsiz kılınması" başlığına bkz.).

1768 *Smokovitis and others v. Greece*, App. No. 46356/99, Judgment of 11 April 2002, paras.33-34. Aslında burada bilim özgürlüğü ve dolayısıyla **AİHS** Madde 10'de düzenlenen ifade özgürlüğü gündeme gelebilirdi. Daha doğrusu bilim özgürlüğü, başvuruculaın alacak haklarına (araştırma ödeneği) geriye yürürlü kanunla yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğunu tespitte kuvvetlendirici bir faktör olarak rol oynayabilirdi. Ne de olsa söz konusu ödenek, akademisyenlerin maaşlarına ek olarak araştırma amaçlı verilmişti. Bu noktada, bilim özgürlüğü konusunda çok sayıda belge ve karar üreten UNESCO'nun çalışmaları faydalı olabilirdi.

Yine *Pressos* vakasının izinden gitmekle birlikte konusu bakımından daha ilginç olan *Draon* ve *Maurice* vakalarını zikretmek gerekir. Fransa'ya karşı açılan bu davalarda başvurucular tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluk çerçevesinde, yeterli özen gösterilmeden yapılan hatalı teşhis sebebiyle açılmış tazminat davası derdest iken, geriye yürürlü yasayla haksız fiil sorumluluğunun ve dolayısıyla alınacak tazminatın azatılmasının mülkiyet hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Büyük Daire olarak uyuşmazlıkları çözümleyen Mahkeme, geriye yürürlü yasanın tıb etiği, eşit muamele ve sağlık sisteminin daha işlevsel örgütlenmesi amaçlarıyla vaz edildiğine bakmaksızın, davacıların tazminat hakkının büyük ölçüde azaltılmasını **P1–1**'e aykırı bulmuştur. Bu noktada ulusal hukukta verilen tazminatın niteliğine bakan AİHM sadece manevi tazminat ve aile yaşamının bozulması sebebiyle tazminat verilmesini yeterli bulmamıştır. AİHM'e göre, çocuğun hayatı boyunca özürlülüğünden çekeceği özel külfetler tazmin edilmeliydi Ulusal yargı makamları tarafından hükmedilen tazminat miktarı, davacıların meşru olarak bekleyeceğinin çok altında kalmıştır.[1769]

Bu başlık altında işlenebilecek diğer bir karar başvurucuların tümünün yapı kooperatifi olduğu *National & Provincial Building Society ve diğerleri* davasında verilmiştir. Başvurucu kooperatifler, iptal edilen düzenlemeler çerçevesinde ödedikleri vergileri iade almak için açtıkları dava derdest iken yasama tarafından geçmişe etkili olup iadeyi olanaksız kılan düzenlemeler vaz edilmesinin mülkiyet haklarına aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdi.[1770] Mahkeme **P1-1**'in yapısı açısından hiçbir hukukilik incelemesi yapmadan direkt ölçülülük aşamasına geçmiştir. Müdahalenin ölçülü olduğu kararına varırken AİHM, başvurucuların, tabi oldukları vergi mevzuatında sonradan iptal edilen teknik hatalardan istifade etmeye çalıştıklarını vurgulamıştır. Bu hatanın giderilmesine yönelik geriye yürürlü yasama işlemi ölçüsüz olarak mütalaa edilemez. Bu noktada AİHM, başvurucuların yasama organında söz konusu düzenleme hakkında yapılan tartışmaları izlemiş olduklarından hareketle, uyuşmazlık konusu düzenlemenin çıkacağını anlamış olduklarını vurgulamıştır.[1771]

1769 *Draon v. France*, App. No.1513/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.83-85; *Maurice v. France*, App. No.11810/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.91-93. Her iki davada usuli yetersizlikler de mülkiyet hakkının ihlal edildiği bulgusuna ulaşılmasına yol açan faktörler arasındadır.

1770 Doktrinde Werlauff, Danimarka hukuku özelinde geçmişe yürürlü vergilerin Madde 14'le bağlantılı olarak **P1-1**'i ihlal edebileceği çeşitli senoryalara dair spekülasyonlar yapmıştır. Bkz. Werlauff, **a.g.m.**, sf: 137-138, 144. Ayrıca bkz. Yaltı, **a.g.e.**, sf: 68-71.

1771 *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, Case No. 117/1996/736/933-935, Judgment of 23 October 1997, paras.81 ve 82 *in fine*.

Rusya'ya karşı sosyal sigorta aylıklarının hesaplanmasıyla bağlantılı olarak yapılan çok sayıda şikayette de geriye yürürlü mevzuatın mülkiyet hakkına etkisi görülebilemektedir. Rusya'da yargı kararlarıyla belirlenmiş aylıklar, sonradan yapılan kanuni düzenlemelerin yeknesak uygulanması adına, geriye yürürlü olarak tekrar hesaplanmış ve başvuruculaların aylıklarında belirli oranda düşüş meydana gelmiştir. Hemen aşağıda incelenecek kesin hükmün iptali veya işlevsiz kılınması konusuyla da yakından bağlantılı olan bu tip meselelerde AİHM, yasal düzenlemelerin geriye etkili olarak kesinleşmiş yargı kararlarını anlamsız kılacak şekilde uygulanmasının **P1-1**'i ihlal ettiğine karar vermektedir.[1772] Bu tip hallerde, kesin hüküm niteliğindeki yargı kararı işlevsiz kılındığı için, **P1-1**'in yanı sıra, adil yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6'nın ihlali de sıklıkla gündeme gelmektedir.[1773] Ne de olsa, geriye etkili mevzuatın Devletin taraf olduğu bir uyuşmazlığa dair yargısal çözümü etkilemesi tehlikesi bulunmaktadır. Hukukun üstünlüğüne saygı düsturu ve adil yargılanma nosyonu, geriye etkili mevzuatın kullanılmasının haklılaştırmak için gösterilen gerekçelerin mümkün olan en büyük dikkatle ele alınmasını gerektirmektedir.[1774]

bb) Kesin Hükmün İptali ya da İşlevsiz Kılınması

Yukarıda, "hukukilik" aşamasının anlatıldığı yerde, Strasbourg organlarının bir müdahalenin hukuk devleti/hukukun üstünlüğü nosyonuna aykırı olmaması gerektiğini kabul ettikleri söylenmişti. İşbu Çalışmanın İkinci Bölümünde sözü edilen "hukuk devleti" nosyonu, "meşru beklenti" kategorisinin kaynağı olarak ele alınmıştı. Kısacası, hukuk devleti nosyonu Sözleşmeye hakim olan en önemli değerlerden birisidir ve

---

Geriye yürürlü vergi düzenlemelerinin ölçülülük aşamasında ele alınması aslında AİHK'in buluşudur. Daha 1981 yılında Komisyon yine Birleşik Krallıkta uygulanan geriye yürürlü vergi düzenlemelerinin **P1-1**'i ihlal edecek ölçüde aşın olmadığına karar vermişti. Bkz. *A., B., C. and D. v. the United Kingdom*, App. No. 8531/79, Admissibility Decision of 10 March 1981, **DR Vol. 23**, sf:203-211, özellikle 209.

1772 *Pravednaya v. Russia*, App. No. 69529/01, Judgment of 18 November 2004, para. 41 (*Pressos Compania* kararına atıfla); *Kondrashina v. Russia*, App. No. 69533/01, Judgment of 19 July 2007, para.51.

1773 *Brumarescu v. Romania*, App. No.28342/95, GC Judgment of 28 October 1999, para.61; *Pravednaya v. Russia*, App. No. 69529/01, Judgment of 18 November 2004, paras. 24-34.

1774 *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, Case No. 117/1996/736/933-935, Judgment of 23 October 1997, paras. 112-113 (**P1-1** ihlali yok - Madde 6 ihlali yok); *Pravednaya v. Russia*, App. No. 69529/01, Judgment of 18 November 2004, paras.26, 33-34 (hem **P1-1** ihlali hem de Madde 6 ihlali var). Bu iki kararın karşılaştırılmasından, adil yargılanma hakkı açısından geriye etkili mevzuat söz konusu olduğunda Mahkemenin derdest davalar ile kesinleşmiş kararlar arasında birinci kategori aleyhine bir fark gördüğü sonucu çıkarılabilir.

Sözleşmesel tüm uyuşmazlıklarda dikkate alınması gereken bir unsurdur.[1775] Gelgelelim, bu hukuk devleti/hukukun üstünlüğü nosyonunun içtihatlardaki pratik etkisi pek belirgin değildir. Müdahalenin dayanağını oluşturan mevzuatın kalitesine ilişkin bu ilke, niteliği gereği kolayca uygulanabilir unsurlar içermez.

Yine de, çok sayıdaki davada mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olup olmadığının araştırıldığı aşamada hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesi açıkça kendine yer bulabilmiştir. Bu tip davalar ağırlıklı olarak başvurucu lehine kesinleşmiş ve icrai kabiliyeti haiz yargı kararlarının uygulanmaması veya sonradan çıkarılan düzenlemelerle iptal edilmesi veyahut bir başka şekilde işlevsiz kılınmasına ilişkindir.

Özellikle eski Doğu Bloku Devletlerine karşı yapılan başvuruculann önemli bir bölümünü kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasına dair şikayetler teşkil etmektedir.[1776] Şikayet konusunun yargı kararın işlevsiz kılınmasının oluşturduğu davalar genellikle **P1–1**/1c. 1 hükmü (1. Kural) uyarınca çözüme kavuşturulmakta ve mülkiyet hakkının yanı sı-

---

1775 *Engel and Others v. Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, Series A No. 22, para.69; *Golder v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1975, Series A No. 18, para.34; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, App. Nos.34044/96-35532/97 and 44801/98, Judgment of 22 March 2001, para.50.

1776 Türkiye'ye karşı da kayda değer sayıda dava kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmaması sebebiyle açılmış olup bunların büyük çoğunluğunda mülkiyet hakkının ihlali hüküm altına alınmıştır. Örneğin bkz. *Kanioğlu and others v. Turkey*, App. No. 44766/98-44771/98 and 44772/98, Judgment of 11 October 2005 (kıdem ve ihbar tazminatlarının geç ödenmesi ve ulusal hukukta bir çare olmaması); *Kuzu v. Turkey*, App. No. 13062/03, Judgment of 17 January 2006 (kıdem tazminatının tahsil edilememesi); *Abidin Şahin v. Turkey*, App. No. 45559/04, Judgment of 18 December 2007 (Belediye bütçesinin yetersizliği nedeniyle emeklilik ikramiyesinin tahsil edilememesi); *Tütüncü and others v. Turkey*, App. No. 74405/01, Judgment of 18 October 2005 (Belediye mallarının haczedilemezliği sebebiyle kıdem tazminatlarının tahsil edilememesi); *Sevgili v. Turkey*, App. No. 27402/03, Judgment of 18 December 2007 (Belediye mallarının haczedilemezliği sebebiyle kamulaştırma bedelinin tahsil edilememesi); *Kranta v. Turkey*, App. No. 31277/03, Judgment of 16 January 2007 (idare mahkemelerince verilen tazminat kararının icra edilmemesi); *Ülger v. Turkey*, App. No. 25321/02, Judgment of 26 June 2007 (özel hukuk tüzel kişisine karşı verilen kıdem ve ihbar tazminatının tahsil edilememesi); *Kur v. Turkey*, App. No. 43389/98, Judgment of 23 March 2006 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın ödenmemesi ve enflasyon karşısında erimesi); *Ali Göktaş v. Turkey*, App. No. 9323/03, Judgment of 12 February 2008 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın ödenmemesi ve enflasyon karşısında erimesi); *Apaydın v. Turkey*, App. No. 502/03, Judgment of 12 February 2008 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın ödenmemesi ve enflasyon karşısında erimesi); *Kılıç ve Korkut v. Turkey*, App. No. 25949/03-25976/03, Judgment of 12 February 2008 (haksız gözaltı sebebiyle ulusal yargı makamlarınca belirlenen tazminatın ödenmemesi ve enflasyon karşısında erimesi); *Yerlikaya v. Turkey*, App. No. 10985/02- 10993/02, Judgment of 8 April 2008 (tapu tahsis belgesine sahip başvuruculara tapuların teslim edilmemesi).

ra, doğal olarak, adil yargılanma hakkını içeren **AİHS** Madde 6 hükmünün[1777] de ihlali sonucuna varılmaktadır.[1778] [1779] Bu tip davalarda mağdurun yaşı ve sağlık durumu ile mali ve sosyal statüsünün dikkate alınması, özellikle icra edilmeyen meblağın düşük olduğu hallerde sonuca etki eden diğer faktörler arasındadır.[1780] Gerçi çok istisnai vakalarda kesinleşmiş yargı kararının geç uygulanması ihlal sonucu doğurmayabilir. Bunun sebebi gecikmenin fazla olmaması ve Devletin mali durumunun elverişsiz olmasıdır.[1781] Bu noktada gecikmede rol oynayan ve başarı şansı

1777 *Apostol* davasında AİHM bir yargı yerine ulaşma hakkının, o yargı yerinden alınan nihai kararın icrasına yönelik meşru bir beklentiyi de koruduğunu kabul etmiştir. Bkz. *Apostol v. Georgia*, App. No.40765/02, Judgment of 28 November 2006.

1778 Örneğin bkz. *Teteriny v. Russia*, App. No.11931/03, Judgment of 30 June 2005, paras. 41-44 (Madde 6 açısından), 48-52 (**P1-1** açısından); *Kukalo v. Russia*, App. No. 63995/00, Judgment of 3 November 2005, paras. 48-50, 54-55 (Madde 6 açısından), 56-58, 64-65 (**P1-1** açısından); *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v. Moldova*, App. No. 39745/02, Judgment of 3 April 2007, paras. 26-28 (her iki hak açısından aynı anda); *OOO PTK Merkuriy v. Russia*, App. No. 3790/05, Judgment of 14 June 2007, paras.23-30 (her iki hak açısından aynı anda); *Rahmanova v. Azerbaijan*, App. No. 34640/02, Judgment of 10 July 2008, paras. 52-65 (Madde 6 açısından), 71-73 (**P1-1** açısından).

1779 Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, AİHM'in içtihadını, açık atıfla aynen takip ederek, konusunun yargı kararın işlevsiz kılınmasının oluşturduğu davalarda hem **AİHHŞ**'nin mülkiyet hakkını düzenleyen 14. Maddesinden hem de adil yargılanma hakkını düzenleyen 7. Maddesinden ihlal bulmaktadır. bkz. *Antoine Bissangou v. Republic of Congo*, No. 253/2002, African Commission's Decision of 29 November 2006, para. 76, Twenty-First Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/332 (X), sf: 36.) Afrika Komisyonunun orijinal ifadesi şöyledir: "Furthermore, the Commission considers that the refusal by the Minister to honour the judgment passed in favour of the Complainant also constitutes a violation of Article 14 of the Charter. Although the Complainant only alluded to this Article at the moment of his argument, the Commission considers that his initial claims sufficiently supported a claim of violation of the right to property. Drawing inspiration from the jurisprudence of the European Court under Article 1 of Protocol No. 1 of the European Convention, the Commission considers that a monetary compensation granted by judgment having acquired the authority of res judicata should be considered as an asset. Therefore, the unjustified refusal of the Respondent State to honour the final judgment passed in favour of the Complainant hindered the enjoyment of his assets."

1780 Bkz. *Poltorachenko v. Ukraine*, App. No. 77317/01, Judgment of 18 January 2005, para. 45.

1781 Teorik bir belirleme için bkz. *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v. Moldova*, App. No. 39745/02, Judgment of 3 April 2007, para. 26 ("It also recalls that it is not open to a State authority to cite lack of funds as an excuse for not honouring a judgment. Admittedly, a delay in the execution of a judgment may be justified in particular circumstances. However, it may not be such as to impair the essence of the right protected under Article 6 § 1 of the Convention"); *OOO PTK Merkuriy v. Russia*, App. No. 3790/05, Judgment of 14 June 2007, paras.24, 27. Ayrıca bkz. *Kukalo v. Russia*, App. No. 63995/00, Judgment of 3 November 2005, paras. 52, 62-63. Bu son davada bir buçuk yıllık gecikmenin Madde 6/1 açısından hakkın özüne dokunmadığı **P1-1** açısından ise bireye aşırı bir külfet yüklemediği kararına varılmıştır. Ancak hemen eklenmelidir ki, adı geçen kararın hem Madde 6 hem de **P1–1** açısından ihlal bulunan boyutu da vardır. Hemen üstteki dipnota ve bağlı metne bkz.

olan uzlaşma gibi faktörler meşrulaştırıcı etki gösterebilir. Ancak bu halde dahi gecikme makul olmayan bir süreye varmamalıdır.[1782] Önemle eklenmelidir ki, Devletin mali durumunun bozuk olması yargı kararlarıyla kendisine atfedilen borçların ödenmemesinin mazereti olamaz. AİHM somut olayın bütün koşullarını bir arada değerlendirdiği gibi, yargı kararından kaynaklanan borcun niteliğine bakmaktadır.[1783] Benzer şekilde, borçlu kurumun kesinleşmiş yargı kararlarına karşı olağanüstü hukuk yollarına başvurması bağlayıcı ve icra edilebilir yargı kararlarını yerine getirme yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğunu bertaraf etmez.[1784] Kesinleşmiş yargı kararlarının icra edilmemesinin meşru görülebileceği tek durum, kararın icrasının Devletler arası uluslararası uyuşmazlık doğuracak olmasıdır. Gerek bu uyuşmazlıktan kaçınmak gerekse de diplomatik bağışıklıkların gereğini yerine getirmek adına kimi istisnai davalarda kesinleşmiş yargı kararlarının hiç uygulanmaması **P1-1**'e aykırı görülmemiştir.[1785]

1782 *Dominic Mintoff and others v. Malta*, App. No. 4566/07, Admissibility Decision of 26 June 2007.

1783 Yalnız ilginç bir vakada AİHM'in özel hukuk kişisine karşı başvurucu tarafından kazanılan tazminatın borçlu acz içinde olduğu için tahsil edilememesini devletin sorumluluğu doğmadığı gerekçesiyle kişi bakımından yetkisizlik temelinde kabuledilemez ilan etmiştir (bkz. *Shmalko v. Ukraine*, App. No. 60750/00, Partial Admissibility Decision of 6 May 2003). Kanımca bu karar AİHM'in oluşturmaya çalıştığı ve burada değinilen genel standartlara pek uymamaktadır. Başvurucu çok sayıda alakasız ve mesnetsiz şikayeti bir arada dile getirdiği için, herhalde Mahkeme davadan bir an önce kurtulmak istemiş olsa gerektir.

1784 *OOO PTK 'Merkuriy' v. Russia*, App. No. 3790/05, Judgment of 14 June 2007, para. 25; *Rahmanova v. Azerbaijan*, App. No. 34640/02, Judgment of 10 July 2008, paras.71-73.

1785 İki kararla konuyu somutlaştırmak mümkündür. Dava konusu olaylara yukarıda "diplomatik nezaket ve diplomatik bağışıklık" başlığı altında değinildiği için burada tekar edilmeyecektir. 2002 tarihli *Kalogeropoulou* kararında, Almanya aleyhine, ulusal yargı yerlerinin kararlarıyla tazminat kazanan bavurucuların bu kararın icrasını sağlayamamaları söz konudur. AİHM ölçülülüğe dair yaptığı açık incelemede, ulusal yargı yerleri nezdinde dava açtıkları sırada başvurucuların, Almanya'ya karşı elde edebilecekleri olası tazminat kararının icrasının ulusal mevzuat uyarınca Adalet Bakanının onayına tabi olduğu riskini bilmediklerinin düşünülemeyeceğini, gerçekçi olarak sadece Almanya'nın rızaen ödemesi umudu taşıyabileceklerini ve bu sebeple durumlarının alacaklarına kavuşmak yönünde meşru bir beklenti içermediğini tespit etmiştir. Devamla Mahkeme, alacak haklarının baki kaldığını, belki ileride bir gün, daha uygun zamanda ve Almanya tarafından kararın yerine getirilebileceğini not ederek, lehlerine alacak hakkı veren ulusal mahkeme kararının uygulanmamasını ölçülü bulmuştur (bkz. *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*, App. No. 59021/00, Admissibility Decision of 12 December 2002).

2005 tarihli ikinci kararda ise, Rusya tarafından kullanılan ve mülkiyeti kendilerine ait olan binaların eski hale iadesine dair aldıkları kararı icra edemeyen kişiler mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM ölçülülüğe dair yaptığı zımni incelemede de mülkiyetin halen başvurucuların elinde olduğu, ulusal yargı makamlarının sadece eski hale iade kararının icrasını reddettiklerini, ileride birgün Rus-

P1-1 korumasından yararlanan kesin ve icrai edilebilir hükümler sadece mahkeme gibi yargı organları tarafından verilenlerden ibaret sanılmasın. Tahkim kararları da, kesinleştikleri veya mevcut usuller çerçevesinde icrai kabiliyet kazandıkları ölçüde tıpkı mahkeme kararları gibi etki doğurur. Bu nitelikteki tahkim kararlarının icra edilmemesi veyahut geç icra edilmesi mülkiyet hakkının çiğnenmesine yol açar. Yunanistana karşı açılan bir davada bu konuda iyi bir örnek teşkil ediyor. Başvurucu petrol rafinerileri ile Devlet arasındaki yatırım sözleşmesinin Devletçe tek taraflı feshini müteakip sözleşmedeki tahkim klozu çerçevesinde yapılan tahkim yargılamaların neticesinde şirket lehine karar verilmiştir. Ancak üst derece yargı makamları çeşitli müdahalelerle söz konusu tahkim kararını işlevsiz kılmıştır. Tahkim kararının uygulanmamasının **P1–1**/1c. 1 hükmü (1. Kural) uyarınca çözüme kavuşturulacağını belirten AİHM, emsal niteliğindeki bazı uluslararası tahkim kararlarına yollama yaparak, tahkim mekanizmasını işlevsiz kılacak şekilde sözleşmedeki tahkim klozununun geçersiz ilan edilmesinin taraflardan birinin (olayda Devletin) uyuşmazlık halinde tahkime gidileceğini öngören sözleşme hükmü açısından yargı yetkisinden sıyrılmasına yol açacağını vurgulamıştır. Bu noktada Yunan hukukunda tahkimin otonom nitelikte düzenlendiğini dikkate alan AİHM sonradan tahkim klozunun geçersiz addedilmesinin ve tahkim yargısınca belirlenen alacağın iptal edilmesinin başvurucuya aşırı bir külfet yüklediği sonucuna vararak mülkiyet hakkının ihlal edildiği değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme mülkiyet hakkının yanı sıra, adil yargılanma hakkını içeren **AİHS** Madde 6'nın da çiğnendiğini belirlemiştir.[1786]

Bir yargı kararıyla ebeveynlerinin ardılı/mirasçısı olarak sahip olduğu evinden lehine olan kesin hükmün bozulmasıyla yoksun kalan başvurucunun açtığı davada AİHM, söz konusu müdahaleyi gerektirecek herhangi bir meşru amaç bulunmadığından hareketle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[1787]

---

ya'nın diplomatik ilişkileri düzenleyen uluslararası hukuk çerçevesinde eski hale iadeye rıza gösterebileceğini ve nihayet giderimin eski hale getirmeden ibaret olmadığını gözeterek şikayeti mülkiyet hakkının ihlali iddiası açısından açıkça temelsiz bulmuştur (bkz. *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia*, App. No.60861/00 , Admissibility Decision of 03 March 2005, paras. 95-98).

1786 *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, App. No.13427/87, Judgment of 9 December 1994, paras. 42-50 (adil yargılanma hakkı açısından), 68-75 (**P1-1** ölçülülük açısından). Ayrıca bkz. *Regent Company v. Ukraine*, App. No. 773/03, Judgment of 3 April 2008.

1787 *Brumarescu v. Romania*, App. No.28342/95, GC Judgment of 28 October 1999, para. 79. Mahkeme ayrıca, taşınmazdan yoksun bırakılma neticesinde bir tazminat verilmediğini ek faktör olarak dikkate almıştır.

Şunu da bir not olarak belirtmek gerekir ki, Mahkeme müdahalenin meşru amaç gütmediğini düşünmesine rağmen, ihlali adil dengenin kurulmadığı gerekçesinden bul-

Yukarıda "hukukilik" aşamasında hukuk devleti/hukukun üstünlüğü nosyonunu vurgulayan kararlardan biri olarak zikredilen *Stere ve diğerleri* davası hukukilik aşaması ile ölçülülük aşamasının AİHM'ce birbirine eklemlendiği kararlardan bir diğeridir. Başvurucular vergi muafiyeti sağlayan kesin hükmün geriye yürürlü düzenlemelerle işlevsiz kılınmasından hareketle **P1-1**'in ihlali olduğunu ileri sürmektedir. AİHM kesin hükmün bozulmasına yol açan geriye yürürlü düzenlemeleri çok ciddi bir müdahale olarak değerlendirip hukuki belirlilik/kesinlik ile hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkelerini çiğnediğine karar vermiştir.[1788]

Yargı kararlarının işlevsiz kılınmasının mülkiyet hakkı ihlali olduğunu gösteren güzel örneklerden birisi *Intersplav* davasıdır. Bu davada başvurucu şirket ulusal mahkeme kararlarıyla vergi iadesine hak kazanmıştır. Ancak bu kararlar vergi idaresi tarafından icra edilmemektedir ve kendisine yapılması gereken ödemelerde gecikmeler olmaktadır. Mahkeme vergi idaresinin kusurunun başvurucuyu kronik bir belirsizlik ortamına düşürdüğünü, aynı talepleri sürekli yeni yargısal başvurularla ileri sürmek zorunda bıraktığını belirlemiştir. AİHM'e göre, belki bir ya da az sayıdaki davada gecikme anlayışla karşılanabilirdi; fakat somut olayda sistematik olarak bir ödememe durumu olup bu durum başvurucu şirketi aşırı bir külfet altına sokmaktadır. Mahkeme devamla bu durumu *idari pratik* (*administrative practice*) olarak nitelendirmiş ve **P1-1**'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[1789]

AİHM'in kullandığı "idari pratik" kavramı üzerinde durulmaya değer. İdari pratik kavramı çok ağır nitelikli ihlal durumları için Strasbourg organları tarafından eskiden beri kullanılan bir kavramdır. Eğer şikayet konusu eylem ya da işlem (ihmal dahil) idari pratik oluşturuyorsa bunun iç hukuk yollarının tüketilmekten muaf olmak gibi önemli sonuçları bulunmaktadır.

İdari pratik iki unsurdan oluşmaktadır. Bu unsurların birincisi, Sözleşmesel hakların ihlali neticesi doğuran tasarrufların süregitmesi ve tekrarlanması iken, ikincisi resmi hoşgörüdür. Bu unsurlar sebebiyle

---

muştur. AİHM'e göre, taşınmaza el atma şeklindeki müdahale bir varsayım olarak belirli bir kamu yararı gütse dahi, başvurucu aşırı bir külfete katlanmak zorunda bırakılmıştır. Bkz. *Brumarescu* para. 80 ("In these circumstances, even assuming that the taking could be shown to serve some public interest, the Court finds that a fair balance was upset and that the applicant bore and continues to bear an individual and excessive burden.").

1788 *Stere and others v. Romania*, Judgment of 23 February 2006, paras.55-56.

1789 *Intersplav v. Ukraine*, App. No.803/02, Judgment of 9 January 2007, paras.39-40. Kararının Madde 41 uygulamasına ilişkin giderim bölümünde Mahkeme, KDV iadesinin ödenmemesi idari pratiğinin ortadan kaldırılmasının en uygun giderim biçimi olduğunu açıkça belirtmiştir (para. 48).

idari pratik kavramı o somut olay örüntüsü çerçevesinde bir sistem sorununa işaret eder.[1790] Gerçi son yıllarda içtihatta bu kavrama pek yer verilmiyordu. Ağırlıklı olarak işkence ve kötü muamele ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakları bakımından kullanılan bir kavram olan idari pratik, böylelikle mülkiyet hakkı yargısına da girmiş oluyor.[1791] Tabi Mahkemenin idari pratik kavramını gündeme getirmesinde başvurucu şirketin 140 civarında ulusal başvuru yapmış olmasının etkisi vardır. Dikkat edileceği üzere, 140 civarında şikayet (ve aslında açık ihlal) idari pratik kavramının birinci unsurunu karşılamaktadır. Yoksa yargı kararı her uygulanmadığında, kategorik olarak idari pratik kavramı kullanılacak değildir. Şunu da belirtmek gerekir ki, mülkiyet hakkı eksenli davalarda idari pratik kavramı, sadece usul hukuku bakımından değil, doğrudan esas bakımından önemlidir; burada ölçülülük aşamasında rol oynamıştır. *Intersplav* kararı vesilesiyle idari pratik kavramı ile hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkelerinin yakından ilişkili olduğunu ve hukuk devletinin cari olduğu bir Devletin makamlarının yargı kararlarını sistematik olarak uygulamamasının düşünülemeyeceğini söylemek mümkündür.

cc) Usuli Güvenceler

Kimi kez ölçülülüğü belirleyen, mağdurların ulusal hukukta başta yargısal yollar olmak üzere, usuli güvencelere sahip olup olmamalarıdır.

Dangeville davasında Mahkeme bu unsura açıkça yer vermiştir. Mahkemeye göre, başvurucunun Devlete karşı ileri sürdüğü talebin reddi ve mülkiyet hakkının korunmasını sağlayacak yeterli bir hukuki yolu içeren ulusal usuller bulunmaması adil dengenin bozulduğuna işaret etmektedir.[1792] Bu davada AİHM'in müdahaleyi basitçe ölçüsüz olarak nitelendirmesinde, müdahalenin genel yarar amacı gütmediğine karar vermiş olması rol oynamıştır ki bu noktaya yukarıda ilgili yerde değinilmişti.

1790 Bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, **Inter-State Applications Under ECHR**, sf:16-17. Kavramın Strasbourg yargısına girişi 1978'e kadar gider. Bkz. *Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Series A No. 25, para.159.

1791 Aslında idari pratik kavramı **P1–1** yargısına Türkiye'ye karşı dördüncü *Kıbrıs* başvurusu (*Cyprus v.Turkey*, App. No.25781/94, Judgment of 10 May 2001, paras.181-182, 209, 265, 271, 373-377) ile zaten girmişti. Ancak zikredilen bu davanın koşulları oldukça farklı olduğu için (hemen her iddia zaten idari pratik kavramı altında ileri sürülmüştü), "normal" olarak addedilebilecek siyasi-hukuki koşulların meri olduğu bir Devlette *idari pratik* kavramına yer verilmesi ilk kez *Intersplav* kararı ile gerçekleşmiştir.

1792 *S. A. Dangeville v. France*, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002, para.61. Benzer konulu bir başka davada AİHM, başvurucunun halen ulusal yargı düzleminde lehine karar alma ihtimali olduğunu bulgulayarak şikayeti açıkça temelsiz ilan etmişti (bkz. ve krş. *EEG-Slachthuis Verbist v. Belgium*, App. No.60559/00, Admissibility Decision of 10 November 2005). Pek ikna edici olmayan bu gerekçeye sığınması, AİHM'in *Dangeville* içtihadının yansımalarından ürktüğünü ima ediyor. Bu açıdan yukarıda meşru amaç olarak vergi ve diğer katkıların tahsili bahsine bkz.

İmar/inşaat yasaklarına ilişkin *Allan Jacobsson* davasında müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varırken AİHM, yasaklamaların süresi kadar bu yasakların gözden geçirilme usullerinin varlığına önem vermiştir.[1793] Yine imar yasağına ilişkin olup ulusal hukuka aykırı olarak yaptığı tapulu evi yıkılan başvurucunun ilettiği şikayette AİHK, durumun ulusal yargı makamları önünde tartışıldığını ve başvurucunun şikayetlerini ulusal yargı makamlarına iletebildiğini not ederek, diğer gerekçelerle birlikte müdahaleyi ölçüsüz bulmamıştır.[1794]

Bu bağlamda *Allard* kararının zikredilmesi mümkündür. Adı geçen davada başvurucunun paylı mülkiyete tabi arazi üzerinde münhasıran kendisine ait bir konut inşa etmesi, meri ulusal hukuka göre diğer paydaşların rızası olmadığı için hukuka aykırı bulunmuş ve konutu yıkılmıştır. Söz konusu dava derdest iken başvurucu paydaşlığın giderilmesi için (division proceedings) ulusal hukuka göre girişimlerde bulunmuştur. Ancak haksız inşaata ilişkin davayı gören yargı yeri, paydaşlığın giderilmesi sürecinin tamamlanmasını beklememiştir. Oysa bu süreç tamamlandığında başvurucu üzerinde konutunun bulunduğu parselin tek başına maliki sıfatını kazanmıştır. İşte AİHM, haksız inşaata ilişkin davayı gören yargı yerinin paydaşlığın giderilmesi sürecinin sonucunu kestirmesinin beklenemeyeceğini teslim etmekle beraber, paydaşlığın giderilmesi süreci haksız inşaata ilişkin dava sürecini doğrudan ilintili olduğu için, en azından paydaşlığın giderilmesi sürecinin sona ermesinin beklenmesi gerektiği değerlendirmesini yapmıştır. Bu noktada AİHM haksız yapılan konutun yıkılmasının geriye dönülemez durum yaratacağını ve ekonomik etkisini dikkate almıştır. Bunun dışında başvurucunun paydaşlığın giderilmesine ilişkin süreci zamanında başlattığı ve söz konusu süreçteki gecikmelerin yetkili kamu makamlarından kaynaklandığını not etmiştir.[1795]

1793 *Allan Jacobsson v. Sweden*, App. No.10842/84, .Judgment of 25 October 1989, Series A No. 163, para.62.

1794 *Cevat Işık v. Turkey*, App. No.24128/94, Admissibility Decision of 29 November 1995, para.1 (The Law). Aynı yönde olarak bkz. *Matti and Marianne Hiltunen v. Finland*, App. No.30337/96, Admissibility Decision of 28 September 1999.

1795 *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 59 ("Thus, although the Court acknowledges that the Supreme Court could not be expected to have foreseen the outcome of the division proceedings, the question of the removal of the applicant's house was clearly linked with the division issue. It thus appears that it would have been reasonable for the Supreme Court to await the outcome of the division proceedings, particularly in the light of the irreparable consequences of the demolition of a house and the economic impact of such a measure. In this connection, the Court also has regard to the fact that the division proceedings had been brought by the applicant as early as October 1990, in what appears to have been an attempt to save her house from being removed or demolished, and that those proceedings had been delayed partly due to procedural errors made by the REFA which had caused the case to be referred back to that authority.").

İptal edilen iflas kararına rağmen, malvarlığının idaresine tasfiye ve iflas sebebiyle el konulduğu süreçte çalışan iflas masası görevlisinin ücretinin artık müflis olmayan başvurucunun malvarlığından kesilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar verilmesinde yargısal makamların tutarsız hareket etmesi ve hatalı olarak iflas sürecini başlatmaları ile bu süreçte başvurucunun özensiz davrandığına ilişkin bir veri bulunmaması belirleyici rol oynamıştır.[1796]

Mülkiyeti başvurucuya ait olup üçüncü kişilerin zilyetliğindeyken kaçakçılık gerekçesiyle yetkili makamlar tarafından el konulan altın sikkelerin başvurucuya iade edilmemesinin mülkiyet hakkı çerçevesinde ele alındığı *AGOSİ* davasında Mahkeme, **P1–1**/2'nin açıkça usuli güvencelere yer vermemesine rağmen, başvurucunun şikayeti yetkili makamlar önünde dile getirme fırsatına sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu fırsatın olup olmadığını değerlendirmede mevcut uygulanabilir usullere bakılacaktır.[1797] Uyuşturucu kaçırılmasından kullanılan uçağa 50.000 sterlinglik ödeme yapılıncaya kadar el konulmasının ölçülü olup olmadığını tartarken Mahkeme, uçak maliki başvurucunun suçun faili olmamasına pek önem vermemiş; yerine başvurucunun daha önce uyurılmasına rağmen yeterli özeni göstermediğine ve kamu makamlarının tasarruflarına karşı kullanabileceği etkili ulusal hukuki usuller bulunduğuna işaret etmiştir.[1798] *Yıldırım* vakasında, kiraya verdiği otobüsü insan ticareti tacirlerince kullanılan başvurucunun, otobüsün kendisine iadesine yönelik talebin reddedilmesinin ölçüsüz bir müdahale olmadığı sonucuna varırken AİHM ulusal yargı makamlarının konuyu hakkıyla ele almış olmasına ve ulusal mevzuatın başvurucuyu suça yol açmamakta gerekli özeni gösterdiğini kanıtlaması açısından aşırı bir külfet altına sokmadığına dikkat çekmiştir.[1799] *İran Deniz Yolları* davasında transit geçiş yapmakta olan bir gemiye ve kargosuna İstanbul Boğazından geçtiği esnada silah kaçakçılığı sebebiyle el konulmasının ve bunun sürdürülmesinin

---

1796 *Stockholms Försakrings-Och Skadestandsjuridik AB v. Sweden*, App. No. 38993/97, Judgment of 16 September 2003, paras. 52-54.

1797 *AGOSI v. the United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, para.55. Usuli güvencelerin mevcudiyeti bakımından bu vakada Komisyon ile Mahkeme farklı sonuçlara ulaşmıştır. Komisyon başvurucu şirketin usuli güvencelere sahip olmadığı kanaatine varıp mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. *AGOSI v. the United Kingdom*, App. No. 9118/80, Commission Final Report of 14 October 1984, paras.89-93.

1798 *Air Canada v. the United Kingdom*, Case No. 9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995, paras.6, 41, 44, 46. Ayrıca bkz. ve krş. Sermet, **a.g.e.**, sf:36-37; Rook, **a.g.e.**, sf: 85-86; Sarı, **a.g.e.**, sf:109.

1799 *Yıldırım v. Italy*, App. No. 38602/02, Admissibility Decision of 10 April 2003. Ayrıca bkz. *Günter Schmelzer v. Germany*, App. No. 45176/99, Admissibility Decision of 12 December 2000, para. 2 (The Law).

ölçülü olup olmadığını incelerken Mahkeme, ulusal yargının dayanaklarını ve yargısal kabullerini ayrıntılı olarak değerlendirmiş ve alı konulma halinin yaklaşık 9 ay fazla sürdürüldüğü sonucuna varmıştır.[1800] Özellikle suçun önlenmesi amacıyla el koyulan veya müsadere edilen eşyanın durumunun **P1-1**'e uygunluğunun değerlendirilmesinde usuli güvencelere özel bir ağırlık verildiği anlaşılıyor.[1801]

Benzer şekilde bankacılık yapmak ruhsatı iptal edilen bankanın başvurusunda Mahkeme **P1-1**'in zımnen de olsa, başvurucuya derdini yetkili makamlar önünde anlatabilmek ve bir sonuç alabilmek imkanı içeren usuli güvenceler gerektirdiğini kabul etmiştir. Bu fırsatın olup olmadığını değerlendirmede mevcut uygulanabilir usullere bakılacaktır.[1802]

Hemen üstteki başlık altında ele alınan *Intersplav* davasında Mahkeme, etkili hukuk yollarının olmamasını bir faktör olarak yargı kararlarının yerine getirilmemesi idari pratiği unsurunun yanında kullanmıştır.[1803]

Usuli güvenceler bağlamında müdahaleye dayanak teşkil eden mevzuatın esnekliğinin ve her bir somut olayın spesifik özelliklerini dikkate alabilecek bir sistem kurmuş olmasının da önemi vardır. Bu unsur genellikle taşınmaz mülkiyetine getirilen ve doğrudan mevzuattan kaynaklanan sınırlamalarda gündeme gelmektedir. Örneğin, taşınmaz kira bedelinin kanuni olarak azaltılmasında taşınmazın yeri ile bölgesel faktörlerin dikkate alınma(ma)sı[1804], yargı makamlarının tutukluluğu sebebiyle

---

1800 *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007, paras.97-98. Bu uyuşmazlığa dair ulusal yargı makamlarının tasarruflarının değerlendirilmesi ve olumlanması için bkz. Demirkıran, **a.g.m.**, sf:459-461. Yalnız belirtmek gerekir ki, yazarın asıl incelemesi *İran Deniz Yollarının* Türk yargı makamları önünde açtığı ve sonradan AİHM kararına konu olan dava değildir. Bununla birlikte yazar, **a.g.m.**, sf:459'da, *İran Deniz Yollarının* Türk yargı makamları önünde açtığı davadan bahsetmektedir.

1801 Birleşik Krallık hukukunun AB hukuku ve **P1-1** açılarından incelenmesi için bkz. Andrew Lidbetter, "*Customs, Cars, and Article 1 of First Protocol*", **EHRLR**, Issue 3, 2004, sf: 272-285 (yazar AB hukukunun **P1-1**'e göre daha fazla güvence içerdiğini ileri sürmektedir).

1802 *Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No.49429/99, Judgment of 24 November 2005, para. 134 (*AGOSİ* kararına atıfla). Yalnız Mahkemenin bu kararda, usuli güvenceler unsurunu ölçülülük testi bakımından değil, hukukilik testi bakımından kullandığını ve mülkiyet hakkının ihlalini de bu noktadan bulduğunu not edelim.

1803 *Intersplav v. Ukraine*, App. No.803/02, Judgment of 9 January 2007, para.40.

1804 *Mellacher and others v. Austria*, Judgment of 19 December 1989, Series A No.169, paras.52-53.

Müdahaleye dayanak teşkil eden mevzuatın esnekliği bahsinde Türk AYM'nin taşınmaz kiralarının dondurulmasına ilişkin eski tarihli bir kararını zikretmek mümkündür. AYM şöyle diyor: "Kanun, kiraların da fiyat yükselişlerine göre adalete ve iktisadi şartların gereklerine uygun bir şekilde ayarlanmasına elverişli olsa idi, böyle bir so

uzun yıllar boyunca bitirilemeyen dava sonunda hak düşümü süresi sebebiyle mülkiyet hakkından yoksun bırakılmak[1805], arazinin değerinin arttığı yönündeki kesin karine sebebiyle kamulaştırma karşılığı olarak düşük tazminat verilmesinde somut olayın özelliklerine önem verilmemesi ve başvurucuların kullanabileceği etkili bir mekanizma olmaması/olması[1806], tarım arazilerinin verimliliğini arttırmak için alınan toplulaştırma/konsolidasyon önlemlerinde somut olayın özelliklerine önem verilmemesi ve katı bir mevzuatın uygulanması[1807], kısmen kamulaştırılan arazinin kalanındaki değer düşüşünün kıymet takdirinde dikkate alınmasına dair taleplerin ulusal yargı makamlarınca dikkate alınmaması ve bu noktada ayrıntılı gerekçelerin olmaması[1808], başvurucuya ait taşınmazın değerine ilişkin iki farklı tutarsız idari ve yargısal karar oluşması ve bunun neden böyle olduğunun kamu makamlarınca yeterli şekilde açıklanamaması[1809], iptal edilen işletme ruhsatı için başlatılan yargısal giri-

---

nuç doğmamış olurdu. (...) Üzerinde durulması gereken diğer bir nokta da kiraların takdiri konusunda kanunun koyduğu usuldür. Büyük bir yurttaş kitlesini ilgilendiren ve mülkiyet hakkının kullanılmasını sınırlayan bu konuda, belediye encümenlerine verilen takdir ve yetkisinin açık ve kesin ölçülerle sınırlanması gerekir. Kanunun koyduğu ölçünün ise bu nitelikte olduğu kabul edilemez. (...) Öte yandan bu sınırlamalarla kiralar dondurulmuş olduğundan gayrimenkul sahiplerinin gelirlerini, değişen şartlara göre ayarlamak imkânı önlenmiş bulunmakta ve bunların elde ettikleri gelirler, diğer sektörlerdeki kazançların çok altında kalmaktadır. Ayrıca, bu şekilde dondurulan kira paraları, fiyatların yükselişi sonucu gayrimenkullerin kazandığı değerin normal gelirini teşkil etmekten de uzaktır. Öteki sektörlerde sınırlamalar kaldırıldığı ve iktisadi şartlar büsbütün deriştiği halde 6570 sayılı kanunla konulan kira rejiminin devam ettirilmesi, adaletsiz ve mülkün gelirinden sahibinin yararlanmasını önleyen aşırı bir sınırlama halini almıştır. Böyle bir sınırlamanın mülkiyet hakkının özünü zedelediği aşikârdır" (Bkz. Esas No: 1963/3, Karar No: 1963/67, Karar tarihi: 26/3/1963, Resmi Gazete tarih/sayı:31.5.1963/11416).

1805 *Yagtzilar and others v. Greece*, App. No. 4127/97, Judgment of 6 December 2001, para.41; *Akyüz v. Turkey*, App. No. 35837/02, Judgment of 20 November 2007, paras. 20-22.

1806 *Pincock v. The United Kingdom*, App. No. 14265/88, Admissibility Decision of 19 January 1989, **DR Vol. 59**, sf: 281-285, özellikle 285; *Papachelas v. Greece*, App. No.31423/96, GC Judgment of 25 March 1999, paras.53-55; *Efstathiou and Michailidi & Co. Motel America v. Greece*, App. No.55794/00, Judgment of 10 July 2003, paras.27-33.

1807 *Erkner and Hofauer v. Austria*, App. No. 9616/81, Judgment of 23 April 1987, Series A No. 117, para. 78; *Poiss v. Austria*, App. No. 9816/82, Judgment of 23 April 1987, Series A No. 117, para. 68.

1808 *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, paras.35-38. Bu kararda AİHM'in mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmasında, bu usuli yetersizliğe bağlı olarak, yapılacak yolun başvuruculların evinin çok yakınından geçecek olması (2 metre) sebebiyle muhtemel gürültü ve hava kirliliğinden kaynaklanan zararların tazminat hesabında dikkate alınmamış olması da rol oynamıştır. Nitekim kararın bu boyutuna yukarıda tazminat başlığı altında değinilmişti.

1809 *Jokela v. Finland*, App. No.28856/95, Judgment of 21 May 2002, para. 65. Ayrıca aşağıda "idari makmaların tutarlılığı" başlığı altında yapılan açıklamalara bkz.

şimlerin etkisizliği ve yargının AİHM'in **P1-1**'e müdahale edildiği hallerde aradığı adil denge sağlanması gereğine hiç önem verilmemesi ile başvurucunun iddialarına yargı makamlarınca cevap verilmemesi[1810], karmaşık yerleşim sorunları ile nadir bir kuş türünün soyunun korunmasına yönelik kamulaştırma işlemlerini karşılığında piyasa değerinde düşük tazminat verilmesinde başvurucuların şikayetlerini ulusal makamlar önünde dile getirebilmiş olması ve ulusal yetkili makamların ayrıntılı bir inceleme yapmaları[1811] ve ticari ortaklık içerisindeki paydaşlık ilişkilerini düzenleyip çoğunluğun azınlığın elindeki payları piyasa değerinin altına zorla almasını sağlayan *squeeze-out* tipi[1812] yasal kurumlara karşı usuli başvuru mekanizmalarının bulunması[1813] ölçülülük incelemesini etkileyen usuli güvenceler bağlamındaki faktörler arasındadır. Görülüyor ki, bu paragrafta örneklenen usuli güvenceler, ağırlıklı olarak müdahale karşılığı tazminat verilmemesinin veya eksik verilmesinin ölçülü sayılıp sayılmayacağının belirlenmesinde işlev görmektedir. Buna göre, usuli güvenceler ile tazminat göstergesi arasında bir çeşit tamamlayıcılık ilişki bulunduğu söylenebilir.

1810 *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, paras. 73-74. Bu davada başka gerekçeler de ihlal kararına varılmasında önemli rol oynamıştır. Şu hususu ayrıca vurgulamak gerekir ki, AİHM bu kararda açıkça, ulusal yargı makamlarından, kendisinin **P1-1** için geliştirdiği muhakemeyi kullanmasını istemektedir. AİHM'in ulusal yargı makamlarından benzer beklentileri daha önce başka haklar bağlamında (örneğin, işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen Madde 3 çerçevesinde) dile getirilmişti (bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:31 ve dn. 47). Oldukça yakın tarihli *Megadat.Com* kararıyla AİHM, büyük bir kapıyı aralamış olabilir.

1811 *Airi Aarniosalo and others v. Finland*, App. No. 39737/98, Admissibility Decision of 5 July 2005, para. 2/B (The Law); *Kukkola v. Finland*, App. No. 26890/95, Judgment of 30 November 2004, para. 2 (The Law). Bu bağlamda, faunanın yanı sıra, floranın korunması amacıyla arazi vasfının değiştirilmesinden kaynaklanan şikayetlerin ulusal yetkili makamlarca derinlemesine incelenmiş olmasının **P1-1**'e riayet edildiğinin bir göstergesi olduğuna dair Türkiye'ye karşı açılmış bir davayı örneklemek mümkündür (bkz. *Ansay and others v. Turkey*, App. No. 49908/99, Admissibility Decision of 2 March 2006).

1812 Kıyasen bkz. *Offerhaus and Offerhaus v. Netherlands*, App. No.35730/97, Admissibility Decision of 16 January 2001, para.2 (The Law). Orijinal ifade şöyledir: "The Court notes that the Corporation Law Division of the Amsterdam Court of Appeal based its decision on the price to be paid per share on two indicators: the rate against which ING offered to exchange shares in Nationale-Nederlanden against shares in itself, which the applicants did not call into question either in the domestic proceedings or in Strasbourg; and the price at which ING shares were traded on the open stock market. It cannot be said in these circumstances that the price paid to the applicants for their shares was not reasonably related to their value as required for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1.".

1813 Doktrinde Krohn, **a.g.m.**, sf: 175-178'de ayrıntılı olarak paydaşlar arası *squeeze-out* tipi uyuşmazlıklarda **P1-1** ile diğer Sözleşmesel yükümlülükleri incelemiş ve usuli güvencelerin gerekliliğini vurgulamıştır.

Bu noktada bir parantez açıp AİHM'in özellikle *Bistrovic* vakasındaki hükmünün kendisinin **AİHS** Madde 6 altındaki içtihadı ile benzerliğine işaret edilmelidir. *Bistrovic* kararında AİHM kamulaştırmanın en ciddi müdahale tiplerinden biri olduğunu vurguladıktan sonra ulusal makamların ilgili bütün faktörleri değerlendirerek, önlerindeki işlemlerin adaletin düzgün yürütümü (*good administration of justice*) ile kimlenen hukukun üstünlüğü/hukuk devleti nosyonuna uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, ulusal yargı makamlarının kararları için gerekçe verme yükümlülüğünün olmadığı hallerde Sözleşmesel güvencelerin sanal ve teorik olacağını saptamıştır. Etkililik ilkesinin gereği olarak ulusal yargı makamları, ***şikayetçinin her iddiasını değil ama olayın özüne dair iddialarını*** dikkatle inceleme yükümlülüğü altındadır.[1814] İşte bu ifadesiyle AİHM, bir kez daha **P1-1** ile Sözleşme Madde 6 arasında paralellik kurmuş oluyor. Benzer bir paralellik yukarıda "sınırlama süresi" başlığı altında saptanmıştı. Her ne kadar *Bistrovic* kararında AİHM **P1-1** özelinde yürüttüğü muhakeme sırasında Madde 6'yı zikretmemişse de, AİHM içtihatlarına göre, ulusal yargı makamlarının **AİHS** Madde 6/1 bakımından gerekçeli karar verme yükümlülüğü bulunduğu bilinmektedir.[1815] Bu yükümlülük, tarafların bütün iddiaları bakımından değil, kararı etkileyici (decisive) iddialar bakımından geçerlidir. Anlaşılıyor ki, AİHM Madde 6 için geliştirdiği standardı neredeyse bire bir **P1-1**'in ölçülülük aşamasına taşımıştır. Zaten adaletin düzgün yürütümü kavramı adil yargılanma hakkının özel bir unsurudur.[1816] **P1-1**'in içerdiği usuli güvenceler ile Madde 6 benzerliği bağlamında son olarak eklemek gerekir ki, ihlal bulunan kararların Madde 41'de düzenlenen *haklı tazminat* (*just satisfaction*) aşamasında AİHM, tıpkı adil yargılanma hakkından ihlal bulunan kararlarda yaptığı gibi, maddi tazminata hükmetmeyip, eğer ulusal hukukta bu husus düzenlenmiş ise başvuruculardan yeniden yargılanma müessesesinin işletilmesini istemektedir.[1817]

Usuli güvenceler bağlamında yetkili kamu makamlarının mülkiyete yapılacak müdahalelerde malikin durumdan haberdar olmasını sağlamak veya maliki bilgilendirmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin,

---

1814 *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, para.37. Ayrıca bkz. ve krş. *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, para. 74.

1815 Bkz. *Hadjianastassiou v. Greece*, Judgment of 16 December 1992, Series A No. 252, para.33; *Van de Hurk v. The Netherlands*, Judgment of 19 April 1994, Series A No. 288, para.61; *Ruiz Torija v. Spain*, Judgment of 09 December 1994, Series A No. 303-A, para.30; *Hiro Balani v. Spain*, Judgment of 09 December 1994, Series A No. 303-B, para.28.

1816 Bkz. *Micallef v. Malta*, App. No.17056/06, Judgment of 15 January 2008, para. 46.

1817 *Bistrovic*, para.58.

Mörel kararında görüldüğü üzere, kamulaştırılacak arazinin bulunduğu muhitte oturmadıkları için bulunamayan ve diğer yöntemlerle de adresleri tespit edilemeyen kişilerin (gerçek maliklerin) dedelerinin ve babalarının sadece isimleri kullanılarak ve soyadları olmaksızın ilanen tebligat yapılmasının özenli bir usul olarak değerlendirilmeyeceği şüphesizdir. Aslında edinilebilen vergi beyanlarının yıllarca getirtilememesi, ölmüş olması pek muhtemel ve sadece ismiyle bilenen kişiye defalarca tebligat çıkartılması bu özensizliği arttıran somut olay özellikleri arasındadır. Her halükarda, bilgi toplamakla yükümlü kamu makamlarının bu arşivleri güncellemesi zaten Devletin sorumluluğudur. Bu sebeple başvurucunun hak düşümü süresini kaçırarak açtığı tezyidi bedel davasının reddedilmesi ve giderek ek tazminat alamamış olmaları kamulaştırılan araziye ek olarak ayrı bir kayıp anlamına gelir. Sonuç olarak, başvurucu yeterli tazminat almadan mülkiyetinden yoksun bırakıldığı için **P1-1** ihlal edilmiştir.[1818] Usuli güvenceler ile tazminat göstergesi arasındaki tamamlayıcılık ilişkisi burada da fark ediliyor.

Düzgün bir tebligata yani bilgilendirilme hakkına ve özünde hukukun üstünlüğü nosyonuna verilen önemi gösteren *Mörel* kararı vesilesiyle, yukarıda müdahalenin hukukiliği testi açısından kamu makamlarının mağdurları hukuki süreçler hakkında bilgilendirmesi yükümlülüğü ile ulusal hukuktaki girişimleri işlevsiz bırakmama yükümlülüğünün ele alındığı yerde incelenen *Konovalov* kararını tekrar hatırlamak isabetli olacaktır. *Konovalov* kararında Mahkeme kamu makamlarının söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmediklerini tespit ederek **P1-1**'in sağladığı güvencelerin özünün çiğnendiğini hükme bağlamıştır ki bu durum hukukilik testinden geçilemediği anlamına gelmektedir.[1819] Yakın tarihli bu iki karar aslında hep aynı standarda gönderme yapıyor: *hukuk devleti/hukukun üstünlüğü nosyonun bir parçası olarak usuli güvencelerin varlığı.*

Usuli güvencelere dair standartlar uluslararası/ulusalüstü hukukça belirlenmiş olabilir. Böyle hallerde, ulusal hukukta söz konusu standardın ihdas edilmemesi Mahkemeyi durdurmayacak ve Mahkeme kendisine ölçüt olarak uluslararası/ulusalüstü hukukça belirlenmiş standardı alacaktır. *Fagerskiold* kararının mefhumu muhalifinden AİHM'in bu yaklaşımı zımnen benimsediği sonucunu çıkartabiliriz. Adı geçen davada Mahkeme, rüzgar tribününün yarattığı gürültü ve ışık kirliliğinden rahatsız olan başvuruculara **P1-1** açısından incelemiş ve gürültü ve ışık kirliliğinin konutlarından ve giderek mülkiyetlerinden yararlanma hakla-

---

1818 *Mörel v. Turkey*, App. No.33663/02, Judgment of 14 June 2007, paras. 41-50.

1819 *Viktor Konovalov v. Russia*, Judgment of 24 May 2007, özellikle para.46.

rını ihlal edip etmediği yönünündeki iddialarını tribünün ürettiği gürültü ve ışık makul sınırlar içinde kaldığı, yerel halkın tribünün yapımı esnasında karar alma sürecine katılımı sağlandığı ve başvurucuların girişimleri üzerine harekete geçen ulusal yargı makamları ve diğer kamu makamlarının yerinde keşif yapıp duruşmalı yargılama yürüttüğü gerekçeleriyle reddetmiştir.[1820] Bu değerlendirmeyi yaparken AİHM, gürültü kirliliğiyle ilgili olarak Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) standartlarına atıf yapmıştır; ancak bu husus usuli olmaktan ziyade esasa dairdir, nitekim aşağıda zararın miktarı göstergesi altında ele alınacaktır. Diğer yandan, Mahkemenin halkın tribünün yapımı esnasında karar alma sürecine katılımının sağlanmış olmasına verdiği önem, düpedüz uluslararası çevre hukuku standartlarının **P1-1** yargısına entegre edildiğine işaret etmektedir. Her ne kadar AİHM, gerek **P1-1** gerekse de Madde 8 bakımından yaptığı incelemede, uluslararası çevre hukuku belgelerine açık atıf yapmamışsa da, çevresel meselelerde alınacak kararlara halkın katılımının uluslararası hukukta açık şekilde düzenlendiği biliniyor.[1821]

Aslında Mahkeme, özellikle **AİHS** Madde 8 özelinde ele aldığı çevresel meselelerde uluslararası çevre hukuku standartlarına çekinmeden atıf yapmaktadır. O kadar ki, çevre kirliliği meselelerinde Mahkeme Madde 8'i esas ve usule dair olmak uzere ikiye ayırmış ve çoğu halde Madde 8'in

---

1820 *Lars Fägerskiöld and Mrs Astrid Fägerskjöld v. Sweden*, App. No. 37664/04, Admissibility Decision of 26 February 2008, para. 2 (The Law). Mahkemenin diğer gerekçelerine Çalışmanın ilgili yerlerinde işaret edilmiştir.

1821 Çevre ve Kalkınma Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından 14/061992 tarihinde kabul edilen "**Çevre ve Kalkınma/Gelişme Rio Bildirisi**" ("*Rio Declaration on Environment and Development*") İngilizce orijinal metni için bkz., Charles Chatterjee – David R. Davies – D.G. Cracknell, **Public International Law**, Old Bailey Pess, printed in Great Britain, 1996, sf.516-521. Bu Bildiri hakkında bilgi ve bazı hükümlerinin çevirisi için bkz. Semih Gemalmaz, **Genel Teori/2007**, sf.947-948, 1488. Konuyu ilgilendiren **İlke 10** metninin Türkçe çevirisi ve İngilizce orijinali şöyledir:

"Çevreye dair konular, ilgili bütün vatandaşların uygun/(alakalı) düzeydeki katılımlarıyla en yetkin biçimde ele alınabilir. Ulusal düzeyde, her kişi, kendi topluluklarındaki tehlikeli maddeler ve faaliyetler hakkında bilgi dahil olmak üzere, kamu makamlarının elinde bulunan çevreye ilişkin bilgiye uygun/(yeterli) biçimde erişecektir ve karar alma süreçlerine katılma fırsatına sahip olacaktır. Devletler, bilginin geniş çaplı olarak edinilmesini sağlamak suretiyle, kamunun konulara vakıf olmasını ve katılımını kolaylaştıracak ve teşvik edecektir. Giderim ve hukuk yolları dahil olarak, yargısal ve idari işlemlere etkili biçimde erişim sağlanacaktır."

"Environmental issues are best handled with the participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided."

usuli boyutundan ihlal sonucuna varır olmuştur. Nitekim ünlü Bergama altın madeni olayından ötürü Türkiye'ye karşı açılan bir davada AİHM hem **Rio Bildirisinin** 10. İlkesine hem de bu ilkeyi somutlaştıran ve bu sepele usuli haklar tanıyan bir belge niteliğindeki 25/06/1998 tarihli **Aarhus Sözleşmesine**[1822] atıf yaparak Madde 8'in usuli boyutundan ihlal kararı vermiştir.[1823] Çalışmanın bu aşamasından anlaşılmış olacağı üzere, **P1-1**'in de kuvvetli bir usuli boyutu bulunmaktadır. İşte *Fagerskiold* kararı, mülkiyet hakkının da hem usul hem de esas açısından (aşağıda "zararın miktarı" başlığı altında yapılan açıklamalara bkz.) çevresel haklar dizgesinde yerini aldığını ima ediyor. Böylelikle, oldukça geniş kapsamlı ve çoğu halde *soft law* niteliğindeki uluslararası çevre hukuku[1824] bir yandan etkinleşmiş olurken bir yandan AİHM'e kılavuzluk edecektir.

Usuli güvencelerle uluslararası/ulusalüstü hukuk ilişkisinin farklı bir görünümü AB hukuku ile **AİHS** arasındaki ilişkide ortaya çıkabilir. Bu görünüm biçiminde Mahkeme, usuli güvencenin, ulusal hukuk düzleminde sağlanıp sağlanmadığına bakmamakta; yerine, ulusalüstü (AB) hukuk düzleminde sağlanıp sağlanmadığına bakmaktadır. Bu halde müdahalenin kaynağı uluslararası/ulusalüstü hukuktur.[1825] Ölçülülük testi özelinde **P1-1**'e uygunluğu incelenecek olan da, müdahalenin kaynağı olan uluslararası/ulusalüstü hukuk normları ve varsa yargı yerleri kararlarıdır. Örnekleyelim:

Bosphorus Hava Yolları davasında başvurucu Türkiye'de kayıtlı bir şirkettir. Vakada başvurucunun elindeki kiralık uçağa İrlanda makamları tarafından AB normları ve ATAD kararları uyarınca el konulmasının mülkiyet hakkının ihlali olup olmadığı ele alınmıştır.[1826] Başta uçağa el

---

1822 **The Aarhus Convention** ("Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters", ECE/CEP/43) was adopted on 25 June 1998 by the United Nations Economic Commission for Europe in application of Principle 10 of the Rio Declaration, and entered into force on 30 October 2001.

1823 *Taşkın and others v. Turkey*, App. No. 46117/99, Judgment of 10 November 2004, paras. 98-99, 116-126.

1824 Uluslararası çevre hukuku hakkında bilgi için bkz. Franck, **a.g.e.**, sf: 357-364; Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, sf:308-318; Brownlie, **a.ge.**, sf:273-283; Cassese, **a.ge.**, sf:482-502; Henkin- Pugh- Schachter-Smit, **a.ge.**, sf:1375-1393; Turgut, **a.g.e.**, sf:131-134, 138-141.

1825 Nitekim, mesele, yukarıda "hukukilik" başlığı altında ayrıca ele alınmıştır.

1826 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, App. No.45036/98, GC Judgment of 30 June 2005. Olayın ayrıntıları şöyledir: Mayıs 1993 tarihinde, başvurucu şirketin Yugoslav Havayollarından dört yıllığına kiraladığı iki uçaktan birine bakım için İrlanda'da bulunduğu sırada İrlanda makamları tarafından el konulmuştur. İrlanda makamları uçağa el koyarken BM Güvenlik Konseyi'nin o dönemde Sırbistan'a karşı çıkarttığı yaptırımlar rejimini uygulamak için AB Konseyi'nin ürettiği bir karara (EC Council Regulation 990/93) dayanmıştır. Şirketin ulusal yargı ma-

konulması olmak üzere bütün bu sürecin **P1-1**'i ihlal ettiği iddiasıyla AİHM'e başvuran şirketi kötü bir sürpriz beklemektedir. Mahkeme şikayeti esastan incelemişse de, müdahalenin İrlanda makamlarının ulusal hukuktan veya AB hukukundan kaynaklanan takdirlerine bağlı olarak değil ve fakat İrlanda Devletinin AB hukukundan kaynaklanan hukuki yükümlülüklerine uymak için yapmak zorunda olduğu tasarruflardan kaynaklandığı değerlendirmesini yapmıştır (para. 148). Bu bulgu, kanımca, mülkiyet hakkının ihlali olmadığı vargısının temel sebebi olacaktır. O kadar ki, bu ifadeyle AİHM AB hukuk düzeninin münhasır özelliklerine ağırlık vermiş gibi gözükmektedir. El atmanın ölçülü olup olmadığı hakkındaki incelemesine **AİHS**'in Devletlerin egemenlik yetkilerinin bir kısmını uluslararası/ulusalüstü örgütlere devretmesini engellemediğini hatırlatarak başlamıştır (para. 158).[1827]

Mahkeme devamla, AB hukuk düzeninde insan haklarının korunması ile **AİHS** standartları arasında bir fark olmadığı karinesini benimsemiştir. Buna "*eşdeğer koruma karinesi*" denilebilir. Bu karinenin benimsenmesinde ATAD'ın Sözleşmeye çok sık atıf yapıyor oluşunu, **AB Temel Haklar Şartı**nı ve icrai sistemin etkililiğini gözetmiştir. AİHM'e göre, AB hukukunda insan haklarının korunması ile Sözleşme standartları eş değerdedir. Hal böyle olunca, İrlanda makamlarının AB üyeliğinin gerektirdiği yükümlülükleri yerine getirmekle Sözleşmeye aykırı düşmüş olmadığı yönünde bir karine oluşmuştur (para. 165). Bu karine, eğer Sözleşmesel hakların korunmasında açıkça yetersiz kalındığı ortaya konulabilirse kaldırılabilir. Bu tip hallerde, uluslararası/ulusalüstü işbirliğinin gerekleri Sözleşmenin insan hakları alanında Avrupa Kamu Düzeninin anayasal belgesi olarak gördüğü işlev karşısında ikinci plana itilecektir. Somut olayda ise AB hukukunun yetersiz koruma sağladığından söz edilemez. Zira uyuşmazlık konusu ATAD önündeyken gerek ATAD gerekse de Kanun Sözcüsü gerekli karşılaştırmaları yapmıştır (para. 166). Bu karar zımnen AB hukuku kaynaklı müdahaleler olduğunda Mahkemenin

---

kamları nezdindeki girişimleri nihayetinde başarısız olmuştur. Bu süreçte ulusal yargı makamları ATAD'a başvurarak, zikredilen Konsey kararının uçakları kapsayıp kapsamadığını sormuştur. ATAD'm olumlu cevabı üzerine, Kasım 1996'da, İrlanda makamlarının el koyma işleminin hukuka uygun olduğu neticesine varılmıştır. Bu arada, şirketin kira sözleşmesi çoktan sona ermiştir. Aynı dönemde BM yaptırımlar rejimi de esnetildiğinden, İrlanda makamları el koydukları uçağı doğrudan Yugoslav Havayollarına iade etmiştir. Sonuç olarak, Bosphorus Hava Yolları şirketi dört yıllığına kiraladığı uçaktan yaklaşık üç yıl boyunca hiç faydalanamamıştır. Bilindiği kadarıyla BM yaptırımlar rejim ve bunu uygulayan AB Konseyi kararına dayanılarak başka bir uçağa el konulmamıştır.

1827 Bu yaklaşımın AİHK tarafından geliştirildiğini ve 1990'lı yıllarda sıkça kullanıldığı bilinmektedir. Çalışmanın II. Bölümünde "patent" bahsi işlenirken bu kararlardan bazı örnekler verilerek çeşitli spekülasyonlar yapılmıştı.

denetim etkinliğini azaltan bir anlama sahiptir. Zaten AİHM ATAD'ın insan haklarıyla bağlantılı bazı eski ve ünlü kararlarını zikretmeyi ihmal etmemiştir (paras. 73-74). Anlaşılıyor ki Mahkeme AB hukuk düzenine bu noktada özel bir önem vermektedir. AB üyesi Devletler kimi egemen yetkilerini ulusalüstü kuruluşa devretmişler ve bu yolla bağlayıcı karar alma erki bulunan ve bu kararları doğrudan ulusal düzlemde etki doğuran, ayrı ve bağlayıcı karar alma yetkisine sahip yargı organı olan bağımsız bir örgüt meydana gelmiştir. Bu örgüt sistemi içinde, insan hakları da korunmaktadır ve AİHM'e göre bu koruma kendisinin **AİHS** çerçevesinde oluşturduğu düzeye eş değerdedir. Ne de olsa gerek **AİHS Protokol No. 14** Madde 17, gerekse de 29/10/2004 tarihinde Roma'da imzalanan ve henüz yürürlüğe girmeyen **Avrupa için bir Anayasa kuran Andlaşma** Madde 1'in 9 numaralı bendi AB'nin **AİHS**'e taraf olacağına işaret eden ve bunu mümkün kılan hükümler içermektedir.

Devletlerin AB normlarının gereğini yaptıkları için **AİHS**'in 1. Maddesi çerçevesinde Sözleşmesel sorumluluktan sıyrılamayacaklarını belirlemesi[1828] bakımından olumlu yönler içeren *Bosphorus* kararına bazı eleştiriler yöneltmek kaçınılmazdır. Bir kez AİHM'in benimsediği AB hukukunda insan haklarının eşdeğerde korunduğu varsayımı ("*eşdeğer koruma karinesi*") pek isabetli değildir.[1829] Dikkat edilsin, burada karinenin somut

---

1828 Ayrıca bkz. *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, App. No.42527/98, Judgment of 12 July 2001, para 48: The Court reiterates in this respect that where States establish international organisations in order to pursue or strengthen their cooperation in certain fields of activities, and where they attribute to these organisations certain competences and accord them immunities, there may be implications as to the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the object and purpose of the Convention, however, if the Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution. In determining whether granting an international organisation immunity from national jurisdiction is permissible under the Convention, a material factor is whether reasonable alternative means were available to protect effectively the rights under the Convention (see *Waite and Kennedy*, cited above, §§ 67-68).

1829 Bunun kökeni AİHK'in *M. & Co v. Germany*, App. No. 13258/87, Admissibility Decision of 9 February 1990, **DR Vol. 64**, sf: 138'de yatmaktadır. Ancak Komisyon karine belirlememiş sadece eşdeğer koruma sağlandığı sürece yetkilerin uluslararası/ulusalüstü kurumlara devredilmesinde Sözleşme açısından sorun doğmadığı değerlendirmesini yapmıştır. Bu yaklaşım diğer uluslararası organlara da uygulanmıştır. *Bosphorus* kararı ile AİHM, Komisyonun *M. & Co* kararındaki yaklaşımını bir ölçüde değiştirerek benimsemiş olmaktadır. Ayrıca bkz. *Karl Eckart Heinz v. Contracting States also Parties to the European Patent Convention*, App. No. 21090/92, Admissibility Decision of 10 January 1994, **D.R., 76-A**, sf:128; *Hans Reber, Reber Systematik Gmbh and Ulrich Kinkel v. Germany*, App. No. 27410/95, Admissibility Decision of 12 April 1996; *Lenzing v. the United Kingdom*, App. No.38817/97, Admissibility Decision of 9 September 1998; *Lenzing v. Germany*, App. No.39025/97, Admissibility Decision of 9 September 1998.

olay özelinde çürütülmesinde bahsetmiyoruz; bizatihi böyle bir karinenin benimsenmesindeki probleme işaret ediyoruz.[1830] AB hukukunun insan hakları için sağladığı koruma ile Strasbourg güvencelerinin aynı seviyede veya eş değerde olmadığına dair çok gerekçe ve somut örnek gösterilebilir. Örneğin ATAD bir zamanlar işyerlerini **AİHS** Madde 8 anlamında konuttan saymıyordu; fakat, bir yıl gibi kısa bir süre sonra AİHM'in ters ve olumlu yöndeki kararından sonra içtihat değiştirdi.[1831] Yine doktrinde işaret edildiği üzere, karinenin kaldırılması için aranan Sözleşmesel hakların korunmasında açıkça yetersizlik ölçütünün içeriği belirsizdir. Hangi hallerin açıkça yetersizlik oluşturacağı konusunda karardan bir ipucu elde etmek olası değildir.[1832] Kaldı ki, AB yargısı önünde bireylerin dava açma hakkı daha kısıtlıdır. Bu son noktaya işaret eden onaylayıcı ayrık oyda vurgulandığı gibi, AİHM'in yaklaşımı çifte standart doğurmaya gebedir. Ayrıca, ayrık oyda önerildiği gibi tek tek somut olay özeline bakılmasıyla yetinilemez.[1833] Bu öneri doğru ve gerekli ama eksiktir. Bunun yanında, bir de konusal-hak bazında bir karşılaştırma yapılması gerekir. AB'de özel hayatın korunmasına dair güvencelerin **AİHS** standartlarını karşılıyor ol-

---

1830 Bu noktada AİHM'in bir üstteki dipnotunda zikredilen Komisyon kararlarına hiçbir atıf yapmamış olmasını anlamak pek kolay değildir. Söz konusu davalarda başvurucu şirketler adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini de ileri sürmüştür. AİHK bu iddia üzerinde ayrıntılı olarak durmuş ve Sözleşmeye Taraf bir Devletin üyesi olduğu ulusalüstü bir başka örgütün kararları yüzünden **AİHS** çerçevesinde hangi koşullarda sorumlu olacağına ilişkin önemli belirlemeler yapmıştır. Bu sebeple *Bosphorus* kararında bu Komisyon kararlarına yer verilmesi gerekirdi.

1831 Somut bazı içtihatlar özelinde karşılaştırmalı bir eleştiri için bkz. Cathryn Costello, "*The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*", **HRLR**, Vol. 6., No. 1, 2006, sf:87-130, 107-118. Ayrıca bkz. Carl Lebeck, "*The European Court of Human Rights on the relation between ECHR and EC-law: the limits of constitutionalisation of public international law*", **Zeitschrift für öffentliches Recht (ZÖR)**, Vol.62, 2007, sf: 195-236.

1832 Elisabet Fura-Sandström, **a.g.m.**, sf:171. Bu konuda bazı spekülasyonlar için bkz. Matti Pellonpaa, "*The European Court of Human Rights and the European Union*", **Human Rights – Strasbourg Views, Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Lucius Caflish-Johan Callewaert-Roderick Liddell-Paul Mahoney, Mark Villiger, N.P. Engel Publisher, Germany, sf:347-370, 359-362.

1833 Mesela AİHK, henüz ortada *eşdeğer koruma karinesinin* bulunmadığı evrede, 1994'te, ulusalüstü bir organ olan APO'ya devredilen yetkiler sebebiyle Devletlerin sorumluluğunun doğup doğmadığını takdir ederken, APO'nun iç yapılanmasını dikkate almış ve patent başvurularına itirazları değerlendiren kurulun uzman kişilerden oluştuğunu ve bağımsızlıklarının güvenceye alınmış olduğunu vurgulayarak mülkiyet hakkının ihlal edilmemiş olduğu sonucuna ulaşmıştır (bkz. *Karl Eckart Heinz v. Contracting States also Parties to the European Patent Convention*, App. No. 21090/92, Admissibility Decision of 10 January 1994, **D.R., 76-A**, sf:128; *Hans Reber, Reber Systematik Gmbh and Ulrich Kinkel v. Germany*, App. No. 27410/95, Admissibility Decision of 12 April 1996; *Lenzing v. the United Kingdom*, App. No.38817/97, Admissibility Decision of 9 September 1998; *Lenzing v. Germany*, App. No.39025/97, Admissibility Decision of 9 September 1998).

ması, bunun otomatikman mülkiyet hakkı bakımından geçerli olmasını sonuçlamaz. Nitekim, AB hukukunda mülkiyet hakkını inceleyen doktrinin yaptığı incelemelerden açığa çıkan bilgiler, işbu Çalışmanın ürettikleri ile birlikte ele alındığında, bu iki yargı organının (ATAD ve AİHM) mülkiyet hakkı konusunda önemli farklılıklar içeren yaklaşımlara sahip olduğunu ortaya koymuştur.[1834] Daha başta, önlerine gelen mülkiyet hakkı meseleleri farklı niteliktedir. ATAD büyük ölçüde ticari işlere, ekonomik kararların mülkiyet hakkına etkisine ve üretime getirilen kotalar vs. gibi mülkiyet hakkının ticari girişim özgürlüğü boyutuyla bağlantılı meseleleri çözümlerken AİHM, ticari işler dahil olmak üzere, işbu Çalışmanın gösterdiği üzere çok daha geniş spektrumlu mülkiyet sorunlarıyla uğraşmaktadır. Bu durumda iki organın mülkiyete yaklaşımları kaçınılmaz olarak farklıdır. Hemen somutlaştıralım: ATAD kararlarında mülkiyet hakkı açısından bir inceleme yapılırken sıklıkla mülkiyetin toplumsal işlevinden (*social function*) bahsedilmekte ve sınırlama meşru addedilmektedir. AİHM kararlarında ise mülkiyetin toplumsal fonksiyonundan bahsedilen karar yoktur; gözden kaçmış bir iki tane karar olabilirse de bu anlamlı bir fark yaratmaz, zira ATAD'ın hemen hemen tüm kararlarında bu hususa ayrı bir paragraf ayrılmıştır.[1835] Zaten daha başta, uyuşmazlığa dair meselenin ele alınışında bile iki organ arasında, doğal olarak farklar vardır; hatta, aynı terim ve giderek kavramları kullanmalarına rağmen bunların muhakeme sürecindeki işlevleri birbirinden farklıdır. Mesela "meşru beklenti" kavramı ATAD yargısında müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını tespit etmek için sıkça başvurulan ölçütler arasındadır; oysa bu Çalışmada gösterildiği üzere AİHM yargısında aynı kavram **P1-1**'in uygulanabilir olup olmadığını saptamak için kullanılmaktadır. Bu sebeple içerikleri birbirlerinden farklı olabilmektedir.[1836] Yine ATAD yargısında "ölçü-

---

1834 Koen Lenaerts-Kristen Vanvoorden, "*The Right to Property in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities*", **Property and Human Rights**, ed. Prof. Dr. H. Vandenberghe (with co editing of M. Muylle and T. Vlaene), Die Keure/la Charte, Co-publisher: Bruylant, 2006, sf: 195-240, özellikle 198-199; Tridimas, **a.g.e.**, sf:313-319; Isabelle Schömann and Stefan Clauwaert, "*The EU Charter of Fundamental Rights in the Case Law of the Courts of the European Union*", **European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights**, ed. Brian Bercusson, Nomos, 2006, sf:658-666.
Bununla birlikte, ATAD mülkiyet hakkını yeknesak şekilde koruyan bir içtihadi birikim oluşturmuştur. Bu içtihadında ATAD, bazı farklılıklar olmakla birlikte, büyük ölçüde AİHM'in **P1-1** için geliştirdiği yaklaşımını benimsemektedir.

1835 Kanımca ATAD toplumsal işlev kavramını hatalı olarak kullanmaktadır. AİHM'in yer vermemesi son derece yerindedir.

1836 Gerçi son yıllarda az sayıdaki kararında AİHM'in meşru beklenti kavramını müdahalenin ölçülü olup olmadığını değerlendirme aşamasında kullandığı bir iki örnek bulunmaktadır. Farklılığı vurgulamak için "haklı beklenti" terimini kullanmaktayız. Ancak bu kararlar yaklaşımın özünde bir değişiklik yaratmamaktadır. Hemen aşağıdaki "idari makamların tutarlılığı ve haklı beklentilerin korunması" başlığı altında yapılan açıklamalara bkz.

lülük" incelemesi, bir çeşit yerindelik incelemesi gibidir ve mülkiyet hakkı bakımından yapılan incelemeden ayrı olarak yapılır; AİHM yargısında olduğunun tersine mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğinin bir unsuru ya da aşaması değildir. Bu noktada ATAD, yapılan müdahalenin konusuna ve niteliğine göre, o alana dair bir değerlendirme yaparak müdahalenin meşru olup olmadığını sorgular. Bu noktada bir meseleyi tüm yönleriyle inceleyen anayasa mahkemesi veya idari mahkemeler gibi çalışır. Bu sebeple mülkiyet hakkı özelinde **AİHS** standartları ile AB standartlarının aynı olduğunu bir karine olarak benimsemenin kabul edilebilmesi mümkün değildir. İşin daha garip tarafı, *Bosphorus* kararında Mahkemece zikredilen ATAD kararlarının neredeyse hiçbirisi mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgili değildir. AİHM'in zikrettiği kararlar diğer Sözleşmesel haklarla ilgili olup usuli güvencelerin sağlanmış olduğunu göstermekten başka bir işe yaramazlar.[1837]

Üstelik, bir müdahalenin **P1-1**'e uygun olabilmesi için Mahkemece aranan koşullar usuli güvencelerden ibaret değildir. Bu Çalışmada açığa çıkartılmaya çalışıldığı üzere, AİHM birçok göstergeyi dikkate alarak bir müdahalenin bireye aşırı bir külfet yükleyip yüklemediğine karar vermektedir. Gelgelelim *Bosphorus* kararında AİHM kendi geliştirdiği hiçbir gösterge ya da ölçüte bakmamış, AB hukukunun insan hakları alanında sağladığı ve **AİHS** korumasına eşdeğer olduğunu karineleştirdiği korumanın somut olayda mevcut olduğunu saptayarak **P1-1**'in ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Oysa olayın özellikleri, Mahkemenin, başvurucunun niyeti ve özeni, sınırlama süresi, idari makamların tutarlılığı gibi birçok göstergeden faydalanmasına elverişliydi. Kanımca hatalı olurdu ama, bu göstergelerden faydalanarak dahi mülkiyet hakkının ihlal edilmediği hükmüne varması yine mümkündü. Böyle yapmadığı için insan haklarının korunmasında değil çifte çoklu standartlara yola açabilme potansiyeli taşıyan çok tehlikeli bir kapıyı aralamış olduğu gibi kendi standartlarına yeterli özeni göstermeyerek ciddiyetine gölge düşürmüş oldu.[1838]

1837 Nedense onaylayıcı ayrık oylarda bu husus gözlemlenememiş.

1838 BM ile AB arasındaki terörle mücadele alanındaki işbirliği mülkiyete müdahale konusunda yeni gelişmeleri beraberinde getiriyor. *Ahmed Ali Yusuf ve Al Barakaat International Foundation v. AB Konsey ve Komisyonu* kararı bu gelişmelere örnektir. AB yargısının ilk derece mahkemesi, ülkeler arasında hukuka aykırı ve gayri resmi para transferi yaptıkları için terörle mücadele için oluşturulan BM Yaptırımlar Komitesi'nin kara listesinde yer alan Somali kökenli üç İsveç vatandaşı ile bunların bağlantılı olduğu Al Barakanın hesapları ve diğer ekonomik kaynaklarının dondurulmasının AB hukukuna uygunluğunu denetlemiştir. AB Komisyonu tarafından ayrı bir düzenlemeyle spesifik olarak uygulanan (Regulation No. 467/2001) BM yaptırımlarına karşı başvurucular, diğer iddialarının yanı sıra, mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bu iddiaları incelerken birinci derece mahkemesi, BM Şartından kay-

Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, usuli güvencelerle Devletin pozitif yükümlülükler arasında yakın bir ilişki vardır. Usuli güvenlerin sağlanması ve işletilmesi için Devletler çeşitli önlemler almak durumundadır. Bu önlemlerin başında gerekli kanuni düzenlemeleri yapmak ve bu mevzuatın uygulanmasından sorumlu bütün kamusal makamları eğitmek gelmektedir. Ancak bu şekilde, mülkiyet hakkını koruyan usuli güvenceler etkili olabilir. Bu noktada, yukarıda "pozitif yükümlülükler" başlığı altında ayrıntılı olarak analiz edilen bazı kararları hatırlatmakla yetiniyoruz. Örneğin *Immobiliare Saffi* kararında, hukuka uygun olarak verilmiş tahliye emrini icra edecek gerekli mekanizmanın kurulması ve işletilmesi Devletin pozitif yükümlülüğü olarak standarda kavuşmuştur.[1839] Benzer şekilde, *Sovtransavto Holding* vakasında Mahkeme, **AİHS** Madde 1 ile **P1-1**'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin, Devletlerin gerekli usuli güvenceleri sağlayacak yargısal usulleri ihdas etme yükümlülüğü altında olduğu anlamına geldiğini belirtmiştir (para.96). Bu teorik belirlemeden sonra şirket payları çoğunlukça zorla satın alınan şirketin

---

naklanan yükümlülükleri **AİHS**'le kurulan insan hakları düzeninin üstünde görerek (para.231) BM Yaptırımlar Rejiminin ve bunu uygulayan Konsey Düzenlemesinin hukukiliğini sorgulayamayacağını kabul etmiş (para. 277) ve sadece uluslararası hukukun üstün kurallarını oluşturan emredici normlar (*jus cogens*) açısından bir değerlendirme yapmıştır. Birinci derece mahkemesi devamla, mülkiyet hakkının *jus cogens* normlar arasında yer almadığını saptamış ve davacıların taleplerini reddetmiştir (bkz. Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation* v. *the Council of the European Union*, Court of First Instance Judgment of 21 September 2005; Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. the Council of the European Union and the Commission of the European Communities*, Court of First Instance Judgment of 21 September 2005). İlk derece mahkemesinin bu kararı göstermektedir ki, AİHM'in **P1-1** mülkiyet hakkı anlayışı ile AB yargısının anlayışı arasında farklı yönler bulunmaktadır. Üstelik, AİHM yargıçları arasında yer alan Fura-Sandström'ün ifadesiyle, ATAD'ın sağladığı insan hakları korumasına güven olmaz. Mahkeme *Bosphorus* kararı ile başvurucuyu uyuşmazlığın özü bakımından yargısal incelemenin dışında bırakmış olmaktadır (bkz. Elisabet Fura-Sandström, **a.g.m.**, sf:171).

Gerçi bu kararlar ATAD'a temyiz edilmiştir. Çok yeni kararında ATAD birinci derece mahkemesinin kararını bozmuştur (C-402/5 and C-415/05, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union, Commission of the European Communities, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 September 2008, paras. 354-372, özellikle 367-372). ATAD, değerlendirmesini yaparken AİHM'in *Oxford*, *Bosphorus* ve *Jokela* kararlarına atıf yapmakta ve usuli güvencelerin bulunmaması sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Bu atıflar, mülkiyet hakkının AB hukukunda korunması açısından bazı güvenceler getirmekteyse de, işbu Çalışmada geliştirilmeye çalışılan göstergeler bir bütün olarak dikkate alındığında, yalnızca usuli güvencelere vurgu yapılması yeterli değildir. Mülkiyet hakkının etkili korunması açısından olumlu yönleri yadsınamayacak bu ATAD kararı dahi, AİHM'in benimsediği "*eşdeğer koruma karinesini*" meşrulaştırmaya yetmemektedir.

1839 *Immobiliare Saffi v. Italy*, App. No.22774/93, GC Judgment of 28 July 1999. Aynı yönde olarak bkz. *Fleri Soler and Camilleri v. Malta*, App. No.35349/05, Judgment of 26 September 2006, para. 54.

şikayetininin somut koşullarına eğilen Mahkeme, başvurucu holdingin ulusal yargı makamları önünde hukuki belirsizliklerle karşılaştığını ve ulusal makamların başvurunun durumuyla mümkün olan en tutarlı/ciddi şekilde ilgilenmediğini saptayarak nihayetinde Devletin başvurucu Holdingin mülkiyet hakkından etkili olarak yararlanma hakkını güvenceye alma yükümlülüğüne uygun hareket etmediğini sonucuna varmıştır.[1840]

Kısacası, usuli güvenlerin sağlanması, bir çeşit pozitif yükümlülük olup Devletlerin çeşitli önlemler almasını gerektirmektedir. Bu önlemler, mülkiyet hakkından etkili olarak yararlanmayı sağlayacak nitelikte olmalıdır. Diğer yandan, usuli güvenlerle pozitif yükümlülükler arasındaki bağ, **P1-1** özelinde negatif ve pozitif yükümlülükler arasında anlamlı bir ayrım yapmanın güçlüğünü bir kez daha gözler önüne sermektedir.

dd) İdari Makamların Tutarlılığı ve Haklı Beklentilerin Korunması

Bu başlık altında, hukuk devleti/hukukun üstünlüğü nosyonunun bir alt kategorisi olarak idari makamların hatalı veya tutarsız işlemlerinden ötürü başvurucu aleyhine bir sonucun çıkmaması gereği ele alınmaktadır. Aslında uluslararası hukukun yerleşik ilkelerinden olan ve ahde vefa kuralından beslenen iyi niyet ilkesi Devletlere tasarruflarının tutarlı olması yükümlülüğü yüklemektedir.[1841]

İdari makamların tutarlılığına önem verilen kararların başında yukarıda başvurucunun niyeti başlığı altında ele alınan *Beyeler* davası gelmektedir. Bu davada mülkiyet hakkının ihlali olduğu sonucuna ulaşılmasında idari makamların yıllarca sahip oldukları ön alım hakkını kullanmayıp sonra birden bire kullandıklarını ikna edici şekilde açıklayamamış olmaları rol oynamıştır. Olaydaki verilere göre idari makamlar, ön alım haklarını kullanmalarını gerektiren durumdan haberdardı. Yıllar sonra başvurucunun hakkına yapılan müdahale, büyük ölçüde kendilerinin yaratmış bulunduğu belirsizlik ortamından kaynaklanan sebepsiz zenginleşme sonucunu doğurmaktadır.[1842] *Beyeler* kararından ilginç bir sonuç çıkmaktadır: Hem idare hem de başvurucu kötü niyetli davrandığında başvurucunun hakkına ağırlık verilir.

1840 *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No.48553/99, Judgment of 25 July 2002.

1841 Krş. Panizzon, **a.g.e.**, sf: 11-36, 199-205, 275-285; Guy S Goodwin-Gill, "*State Responsibility and the 'Good Faith' Obligation in International Law*", **Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions**, eds. Malgosia Fitzmaurice – Dan Sarooshi, The Clifford Chance Lectures, Vol. VII, Hart Publishing, Oxford, 2004, sf: 75-104, özellikle 85-100.

1842 *Beyeler v. Italy*, GC Judgment of 05 January 2000, paras.117-122.

Beyeler kararının açtığı yol hemen kullanılmaya başlanmıştır. İlk olarak *Eski Yunan Kralı* davasında Mahkemenin zımni olarak kamu makamlarının iyi niyetli olarak tasarrufta bulunmaları gerektiğini kabul etmiştir.[1843] Benzer şekide *Pialopoulos* davasında Mahkeme, imar yasağı ve çeşitli defalar bir koyulup bir kaldırılan kamulaştırma şerhlerinden ötürü mülklerinden bir türlü verimli şekilde yararlanamayan başvuruculara ın şikayetini haklı görürken, problemin yetkili idari makamların tutumundan kaynaklandığını not etmiştir.[1844] *Zwierzynski* davasında Mahkeme *Beyeler* kararına atıfla, kamu makamlarının uygun ve tutarlı şekilde tasarrufta bulunmaları gerektiğinin altını çizmiştir. Üstelik AİHM bir adım daha atarak kamu düzeninin bekçisi olarak Devletin genel yararı ilgilendiren meselelerde bir örnek oluşturması ve kamu yararını korumakla görevli organlarının bu örneği takip etmesini sağlama ahlaki yükümlülüğü olduğunu da hükme bağlamıştır.[1845]

İdari tutarlılık faktörü *Gashi* davasında tekrar vurgulanmıştır. Bu olayda başvurucu kendisine yetkili makamlar tarafından kullanması amacıyla verilen sosyal konut niteliğindeki küçük apartman dairesini iç hukuka uygun olarak satın almıştır. Bu işlem yetkili makamlarca onaylanmıştır. Daha sonra, söz konusu alım satım işleminin geçersiz olduğuna karar verilerek başvurucunun evden tahliyesine hükmedilmiştir. İşte Mahkeme, bu prosedürün **P1-1**'e aykırı olduğu sonucuna varırken kamusal makamların alım satım sözleşmesini onaylayarak başvurucuya belirli şekilde davranmaya yöneltiklerini ve onda güven duygusu oluşturduklarını belirtmiştir. Yetkili makamlar, imkanları olmasına rağmen alım satım sözleşmesinin geçersizliği hakkında en ufak bir itirazda bulunmamışlardır. AİHM, bu tespitlerden hareketle, özellikle başvurucunun çıkarlarıyla çatışan üçüncü kişilerin çıkarlarının bulunmadığı hallerde, ulusal makamların hatalardan veya yanılgılarından (mistakes and errors) başvurucunun faydalanması gerektiğini düşünmektedir.[1846] Mahkemenin ifadesiyle, "Devlet makamı tarafından yapılan herhangi bir ha-

---

1843 *Former King of Greece and others v. Greece*, App. No.25701/94, Judgment of 23 November 2000, para.98.

1844 *Pialopoulos and others v. Greece*, App. No. 37095/97, Judgment of 15 February 2001, para. 60.

1845 *Zwierzynski v. Poland*, App. No.34049/96, Judgment of 19 June 2001, para. 73 ("The Court points out that where an issue in the general interest is at stake it is incumbent on the public authorities to act in an appropriate manner and with the utmost consistency (see *Beyeler*, cited above). Moreover, as the guardian of public order, the State has a moral obligation to lead by example and a duty to ensure that the bodies it has charged with the protection of public order follow that example").

1846 Bu yaklaşımın belli belirsiz öncüsü olarak bkz. ve krş. *Pine Valley Developments Ltd. and others v. Ireland*, App. No.12742/87, Commission Final Report of 6 June 1990, para. 87.

tanın riski Devletin üzerinde olmak zorundadır." AİHM devamla, satışa onay veren makamla bu işlemi sonradan geçersiz addedip iptal eden makamın aynı olmasından hareketle, idari makamların tasarruflarının hem hukuki belirlilik ilkesini çiğnediğini hem de Devletin başvurucunun durumuyla mümkün mertebe tutarlı olarak ilgilenme yükümlülüğüyle bağdaşmadığına karar vermiştir.[1847]

Tıpkı *Beyeler* kararı gibi yukarıda başvurucunun niyeti başlığı altında ele alınan *Stretch* davasını da burada zikretmek yerinde olur. Bu davada ihlal sonucuna varılmasında Mahkemenin **P1-1**'in uygulanabilirliği aşamasında şikayetçinin 22 yıllık sürede sözleşmenin üzerine düşen bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğunu ve idarenin ancak son aşamada yetki aşımı itirazını dile getirdiğini saptamış olması rol oynamıştır. İdari makamların tutarlılığı temelinde **P1-1**'i uygulanabilir bulan AİHM aynı muhakemeyi sürdürerek ihlal sonucuna varmıştır.[1848]

Beyeler ve *Stretch* içtihatlarını takip eden çok yeni bir kararı da burada zikretmek mümkündür. *Megadat.Com SRL* davasında internet servis sağlama ruhsatı iptal edilen şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varırken AİHM yetkili kamu makamlarının tasarruflarını özel ve ayrıntılı olarak analiz etmiş ve başvurucuda ruhsatın uzatılacağına dair bir izlenim yarattıklarını tespit etmiştir. Mahkemeye göre bu durum,

---

1847 *Gashi v. Croatia*, Judgment of 13 December 2007, paras.38-40.
Aslında Mahkeme yine sosyal konutlarla ilgili daha önceki iki başvuruda benzer bir karar vermişti. Söz konusu olaylarda başvurucular eski ordu mensubu olup kendilerine tahsis edilen sosyal konutu, liberal düzene geçiş aşamasında çıkartılan yeni mevzuat çerçevesinde, daha önce mensubu olduğu kurumun fonlarına yaptığı mali katkılar düşülmek suretiyle düşük fiyata satın almıştır. Bu satış, ulusal yargı makamlarınca Devletin halefiyetinin bulunmadığı gerekçesiyle geçersiz addedilmiştir. AİHM mali katkıları ve o dönemde yürürlükte bulunan mevzuatı dikkate alarak başvurucunun meşru beklentiye sahip olduğunu belirlediği gibi, bir adım daha atarak ulusal yargı makamlarının başvurucuya hak tanıyan hukuki pozisyonu ve buna dayalı uygulamayı hiç dikkate almadan ve buna dair herhangi bir açıklama getirmeden satış sözleşmesini iptal etmesinin **P1-1**'i çiğnediği vargına ulaşmıştır. Mahkemeye göre, başvuruculaın oturduğu evi düşük fiyata almasınını sağlayan satım sözleşmesinin iptal edilmesi ve bu sebeple fazladan ödeme yapmak zorunda bırakılması mülkiyet hakkına haksız bir müdahale teşkil etmektedir (bkz. *Djidrovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 46447/99, Judgment of 24 February 2005, paras.81-87; *Veselinski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 45658/99, Judgment of 24 February 2005, paras.76-82). Her ne kadar AİHM, konutun sosyal konut niteliğinde olmasına özel bir vurgu yapmamışsa da, muhakemesinde zımnen dikkate aldığı anlaşılıyor. Lehe olarak yaratılan hukuki pozisyonun sonradan iptali, uyuşmazlık sosyal konut ile ilgili olduğu için, iyice ağırlaşmış sonuçlar doğurur.

1848 *Stretch v. the United Kingdom*, Judgment of 24 June 2003, paras.40-41. Aynı yönde olarak bkz. *Ukraine-Tyumen v. Ukraine*, App. No. 22603/02, Judgment of 22 November 2007, paras. 58-61.

idarenin zamanında, uygun şekilde ve tutarlılıkla tasarrufta bulunma yükümlülüğünün bir ihlalidir.[1849]

İdari makamların tutarlılığı göstergesi, aslında ilk bakışta göründüğünden daha derin sulara açılmayı sağlayabilir. Yukarıda çeşitli vesilelerle değinildiği üzere, **P1-1** yargısında **AİHS**'in sınırlanabilen diğer hakları (örneğin Madde 8-11) için metinsel düzeyde geçerli olan sınırlamanın sınırı ölçütleri bulunmadığı gibi AİHM'ce aranan bazı sıkı içtihadi standartlar da yoktur. Bunlar arasında, örneğin Taraf Devletlerin takdir marjlarını iyi niyetli, makul ve dikkatli kullanması gereği gelmektedir. İşte kanımca, idari makamların tutarlılığı göstergesi, **P1-1** yargısında iyi bilinen meşru beklenti kavramı ile etkileşim haline geçerek muhatap Devletin sahip olduğu takdir marjının daraltılmasını sağlayabilir ve Strasbourg organlarınca Devletlere **P1-1** özelinde açıkça yüklenmemiş üstlenimler getirebilir.

Ancak önemle belirtilmelidir ki, bu noktada kullanılan "meşru beklenti" kavramı **P1-1** bağlamında zaten kullanılmakta olan meşru beklenti kavramından farklı bir içeriğe karşılık gelmektedir. Çalışmanın II. Bölümünde ayrıntılı olarak gösterildiği üzere, **P1-1** bağlamında Strasbourg organlarınca kullanımı yerleşik olan meşru beklenti kavramı hakkın uygulanabilir olup olmadığının tespitinde rol oynamaktadır.

Buna göre, AB hukukundaki meşru beklenti, uluslararası ticaret hukukundaki meşru beklenti ve uluslararası yatırım hukukundaki meşru beklenti kavramı ile **P1-1** anlamındaki meşru beklenti farklı niteliktedir. AB, uluslararası ticaret ve uluslararası yatırım hukuklarındaki meşru beklenti kavramı, muhatapların yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin saptanmasında rol oynamaktadır. Gelgelelim, **P1-1** yargısından bazı örnekler meşru beklenti ölçütünün sadece mülkiyet hakkının varlığının ortaya çıkarılmasında değil, müdahalenin meşru olup olmadığının tespitinde de işlev görebileceğine işaret etmektedir.[1850] Kavramın farklı işlevini yansıtabilmek için bu ikincisine "haklı beklenti" denilmesi mümkündür. Haklı beklenti, özelikle idari makamların tutarlılığı göster-

---

1849 *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, paras. 70-72. Aynı yönde olarak bkz. *Dacia S.R.L. v. Moldova*, App. No. 3052/04, Judgment of 18 March 2008, paras.65 (*Beyeler*'e atıfla).

1850 Nitekim doktrinde Anderson, **a.g.m.**, sf: 556-558 arasında bu yaklaşımı geliştirmiştir. Ancak yazar, kendisinin önerdiği anlamda (ki bu AB hukukunda kullanılanla örtüşmektedir) **P1-1**'in uygulanabilirliği aşamasında kullanılan meşru beklenti kavramı arasında bir fark olup olmadığını tartışmamaktadır. Hatta, yazar, **P1-1**'in uygulanabilirliği aşamasında meşru beklenti kavramının kullanıldığına dair bir bilgi de vermemektedir. Ayrıca yazar, meşru beklenti kavramını risk faktörüyle birlikte ele almakta ve makul bir insanın bekleyeceği düzenlemelerden ötürü tazminat gerekliliği olmadığını vurgulamaktadır.

gesinin bir unsuru olarak oldukça kullanışlı olup mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ölçülü olup olmadığının saptanmasından rol oynamaktadır. Nitekim, ünlü *Jokela* davasında AİHM Sözleşmenin hakların etkili ve işlevsel şekilde korunmak üzere vaz edildiğini not ederek, etkililik ilkesinin vakanın bütününün dikkate alınmasını gerektirdiğini kabul etmiştir. Mahkeme devamla, **P1-1**/Kural 1'in aynı malla ilgili olan idari ve yargısal kararların makul bir tutarlılık içinde olması beklentisini doğurduğu sonucuna varmıştır.[1851]

Bu vesileyle eklenmelidir ki, bu Çalışmada benimsenen yaklaşım gereği, geliştirilmeye çalışılan bu standardın **P1-1**'in tüm kuralları için geçerli olduğunu düşünülebilir. Ne de olsa, **P1-1**/4. kural uyarınca, **P1-1**'in kuralları birbirinden tümüyle kopuk değildir. Kural 2 ve Kural 3, Kural 1'de ifadesini bulan mülkiyet hakkından müdahele edilmeksizin yararlanma hakkının özel görünümleridir ve bu sebeple söz konusu genel ilke ışığında ele alınmaktadır. Hal böyle olunca, kamu makamlarının tutarlı ve iyi niyetli davranma yükümlülüğü bütün bir **P1-1** için geçerli olmalıdır. Haklı beklenti kavramı bunu gerektirmektedir. Zaten *Jokela* kararında Mahkeme iki farklı tür müdahaleyi (Kural 2 ve Kural 3) bütünleşik olarak Kural 1 çerçevesinde ele alarak farklı karakterdeki müdahalelerin toplam ekisini göz önünde bulundurmuştur.[1852] Buna olaydaki bütün müdahalelerin yığılmalı etkisi denebilir. Bununla kastedilen, tek başlarına ele alındıklarında aşırı bir külfet yüklemediği gerekçesiyle bir ihlale vücut vermeyen müdahalelerin, toplu olarak ele alındıklarında bu sefer ihlale yol açmasıdır.[1853]

Haklı beklenti kavramının, ölçülülük testi aşamasında belli belirsiz kullanıldığı örnekler bulmak mümkündür. Örneğin Mahkeme haksız fiilden kaynaklanan tazminat hakkının geriye yürürlü yasayla azaltılmasında haklı beklenti kavramına yer vermiştir. Geriye yürürlü yasanın tıp etiği, eşit muamele ve sağlık sisteminin daha işlevsel örgütlenmesi amaçlarıyla vaz edildiğine bakmaksızın AİHM, davacıların tazminat hakkının büyük ölçüde azaltılmasını **P1-1**'e aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre,

---

1851 *Jokela v. Finland*, App. No.28856/95, Judgment of 21 May 2002, para. 61. Böyle bir tutarlılığın yokluğunda, kamu makamları bunun gerekçesini yeterli ikna edicilikte açıklamak zorundadır (*Jokela*, para. 65. Ayrıca yukarıda "usuli güvenceler" başlığı altında yapılan açıklamalara bkz)..

1852 *Jokela v. Finland*, App. No.28856/95, Judgment of 21 May 2002, para. 61. Aslında bu yaklaşım ilk örneği **P1-1** yargısında öncü içtihat olan *Sporrong and Lönnroth* kararıdır. Bu davada yaklaşık 25 yıllık imar/inşaat yasağı ve kamulaştırma şerhinin toplam etkisi mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurmuştur. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos.7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52.

1853 Strasbourg organları benzer bir yaklaşımı **AİHS** Madde 3 özelinde de göstermektedir. Bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:63-65.

ulusal yargı makamları tarafından hükmedilen tazminat miktarı, davacıların haklı olarak bekleyeceğinin çok altında kalmıştır.[1854]

Haklı beklenti kavramının müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna götürdüğü kararlar da bulunmaktadır. AİHM ünlü *Fredin* vakasında, maden işletme ruhsatları iptal edilen başvuruculların şikayetini reddederken, yatırımcıların o dönemdeki ulusal mevzuat uyarınca işletme ruhsatlarının uzatılmasına yönelik meşru bir beklentileri olmadığını vurgulamıştı.[1855] Aynı şekilde, *National & Provincial Building Society ve diğerleri* davasında başvuruculların haklı beklentileri bulunmadığından hareketle mülkiyet hakkının ihlali oluşmadığına karar verilmiştir.[1856]

Sonuç olarak, haklı beklenti kavramı sayesinde Taraf Devletlerin takdir marjlarını iyi niyetli, makul ve dikkatli kullanması gereği **P1-1** için de gündeme gelebilecektir. Böylelikle, **P1-1** ile **AİHS**'deki sınırlanabilen diğer haklar (örneğin Madde 8-11) için geçerli olan metinsel ve içtihadi sınırlamanın sınırı ölçütleri arasında tutarlılık sağlanarak hem etkililik ilkesinin hem de haklar arasında hiyerarşi yokluğunun gerektirdiği standarda ulaşılacaktır.

Bu noktada, uluslararası yatırım hukuku uyuşmazlıklarına bakan ICSID tahkim yargısından faydalanmak mümkündür. Birçok kararında ICSID hakem mahkemesi, kamu makamlarının tutarsız ve çelişik tasarruflarının, yatırımın yasal çerçevesinin keyfiyen değiştirilmesinin veyahut bitmek bilmeyen normatif değişikliklerle hukuki istikrar ve öngörülebilirliğin ortadan kaldırılmasının, uluslararası yatırım hukuku anlamında *adil ve eşit muamele* (*fair and equitable treatment*) *standardını* ihlal ettiğini hükme bağlamıştır.[1857] O kadar ki ICSID mahkemesine göre, *adil ve eşit muamele standardı*, yatırımcının yatırım yapmaya karar verdiği andaki meşru beklentilerine halel getirilmemesini gerektirmektedir.[1858] ICSID mahkemesine göre, meşru beklentiler, tanımı gereği, İdarenin, dava-

---

1854 *Draon v. France*, App. No.1513/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.83-85; *Maurice v. France*, App. No.11810/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.91-93. Her iki davada usuli yetersizlikler de mülkiyet hakkının ihlal edildiği bulgusuna ulaşılmasına yol açan faktörler arasındadır.

1855 *Fredin v. Sweden*, App. No.12033/86, Case No.29/1989/189/249, Judgment of 18 February 1991, Series A No. 192, para.54. Ayrıca bkz. *Ukraine-Tyumen v. Ukraine*, App. No. 22603/02, Judgment of 22 November 2007, para.58.

1856 *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, Judgment of 23 October 1997, para.76.

1857 NAFTA (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması) açısından adil ve eşit muamele standardı hakkında ayrıca bkz. Lowenfeld, **International Economic Law**., sf:556-557.

1858 *Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007, paras. 240 (genel belirleme ve önceki içtihatlara atıf), 246, 250 (somut olayda uygulanma).

cı tarafından bir hak olarak dayanabileceği, uyması gerekli sözverimleri içermektedir.[1859] ICSID mahkemesi somut olayda, idarenin davacının uyuşmazlık konusundaki taleplerine cevap vermemesini veya geç cevap vermesini, önemli yazışmalara hiç bakılmamış olmasını ve hiçbir yere varmayan kısırdöngü halini almış görüşmelere son vermeme amacı gütmesini dikkate almış, ve bütün bunların idari ihmal ve tutarsızlık teşkil ettiğini kabul etmiştir. Davacıların görüşmelerin profesyonelce ve yetkin şekilde yürütülmesine dair bir meşru beklentisi bulunmaktadır. Yine ICSID yargısına göre, süregiden mevzuat değişiklikleri de *adil ve eşit muamele standardı* bakımından sorun doğurmaktadır.[1860]

ee) Hukuk Devletinin ve Adaletin İnkarı?

Kıbrıs davalarının üçüncüsünde, Komisyon nihai raporunda, diğer bir çok iddianın yanı sıra, mülkiyet hakkı eksenli şikayetlerde ihlal bulmuştur. Mülkiyete ilişkin şikayetler temelde, Kıbrıs Rumlarının evlerinden ve arazilerinden tahliye edildikleri, taşınır mallarının yağması ve çalınması, hem taşınırlarına hem taşınmazlarına el konulması, bunların işgal edilmesi ve yok edilmesini de içeren çeşitli müdahaleler yapıldığı iddialarını içermektedir.[1861] Raporunun "Diğer Şikayetler" başlıklı kısmının "Mülkiyetten Yoksun Bırakma" başlıklı bölümünde bu iddiaları incelemiş ve hemen hemen tamamını sabit görerek Türkiye'nin **P1-1**'i çeşitli açılardan ihlal ettiğine karar vermiştir.[1862] Bu kararda Komisyon, şikayete konu olguların çok vahim olduğunu kabul ederek, bir varsayım olarak **P1-1**'in ihlal edildiğini belirlemiştir. AİHK, **P1-1**'in ihlali olup olmadığı yönünde kendisi ve Mahkeme tarafından o tarihlerde geliştirilen inceleme yaklaşımına hiç iltifat etmemiştir.

Bu yöntem *Loizidou* davasında tekrar kullanılacaktır. Olayda **P1–1**/2'in uygulanabilir olduğunu belirledikten sonra Mahkeme başvurucunun mülkiyetin ulaşmasının engellenmesi ve giderek mülkiyetini kullanmasını ve bunlardan yararlanmasına engel olduğu gerekçesiyle Türkiyenin **P1-1**'i ihlal ettiği sonucuna varmıştır.[1863] Ulaştığı ihlal sonucu o kadar otomatiktir ki, ne müdahelenin meşru amaç güdüp gütmediğine, ne de ölçülülüğü sağlayan bir faktör olup olmadığına bakmıştır.

1859 *Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007, para. 241. ICSID mahkemesi bu noktada Dünya Bankası İdare Mahkemesinin (World Bank Administrative Tribunal) 2006 tarih ve 349 sayılı kararına atıf yapmaktadır.

1860 *Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007, paras. 246, 250.

1861 Olgusal boyut için bkz. kabuledilebilirlik kararı **DR Vol. 13**, sf:85-156.

1862 *Cyprus v. Turkey*, App. No. 8007/77, Commission's Final Report of 4 October 1983, paras.137-155, **DR Vol. 72**, sf:5-62, özellikle 43-47. Komisyon raporunun tekrar yayımlandığı yer olarak bkz. **HRLJ**, Vol.13, No.4, 1992, sf:154-174.

1863 *Loizidou v. Turkey*, App. No.15318/89, GC Judgment of 18 December 1996, paras 63-64.

Kıbrıs davalarının dördüncüsünde de Mahkeme Komisyonun üçüncü başvuruda benimsediği yaklaşım temelinde karar üretmiştir. Aslında dördüncü davanın alt yapısı AİHK tarafından hazırlanmıştı. AİHK'in bulguladığı olgular temelinde Sözleşmenin çeşitli hükümlerinin ihlali olup olmadığı yönündeki muhakemesi, hemen hemen her somut iddia özelinde AİHM'ce benimsenmiştir. Mülkiyet hakkı ihlali iddialarına gelince, ne AİHK, ne de AİHM klasik inceleme metodunu kullanmış, muhatap Türkiye'nin sorumluluğu belirlendiği ölçüde otomatik olarak ihlal kararına varılmıştır.[1864] *Loizidou* kararı için söylenenler dördüncü *Kıbrıs* davası için de aynen geçerlidir.

O halde, Strasbourg organlarının burada zikredilen üç karardaki tutumları, ancak "hukuk devleti ile adaletin inkarı" mülahazaları ile açıklanabilir. "Hukuk devleti ile adaletin inkarı" en kötü ihlal biçimleri olup bir Devletin hukuk nosyonu ile bağlantısızlığını gösterir. Sorumluluk aşaması geçildikten sonra otomatik olarak mülkiyet hakkı ihlalinin bulunması için, o ülkedeki siyasi-hukuki durumun herhangi bir hukuki süreci anlamsız kılacak kadar vahim olması gerekir. Nitekim özellikle dördüncü *Kıbrıs* davasında, başvurucu Kıbrıs Rum Kesimi, bütün ihlallerin Türkiye'nin idari pratiği olduğunu ileri sürmüş ve bu iddia büyük ölçüde Strasbourg organlarınca benimsenmişti.

Elbette kararların hiçbirinde, Türkiye'nin idari pratiğinin "hukuk devleti ile adaletin inkarı" mertebesine ulaştığı değerlendirilmesi yapılmamaktadır.[1865] Yine de mülkiyet hakkının otomatik olarak ihlal edildiği sonucuna varılmasını başka bir temelde açıklamak mümkün değildir; üstelik davanın siyasal koşulları son derece iyi bilinmekteyken. Hatırlamak gerekir ki aynı AİHM iki Almanyanın birleşmesini müteakip yapılan mülkiyet hakkı eksenli bütün başvuruları reddederken durumun siyasi niteliğini ölçülülük aşamasının bir faktörü olarak kullanmıştı.[1866] O kadar ki, Çalışmanın meşru beklenti kavramını irdeleyen İkinci Bölümünde gösterildiği üzere, iki Almanyanın birleşmesinin yarattığı koşullar, çoğu halde **P1-1**'in uygulanabilirliğini engellemekteydi. Strasbourg organlarının iki yaklaşımından birisi geçersiz olmak durumundadır.[1867]

1864 *Cyprus v.Turkey*, App. No.25781/94, Judgment of 10 May 2001, paras.178-189. Bu davada ihlal bulunmayan iddialar bakımından da Mahkemenin incelemesi klasik aşamaları içermemektedir; bkz. paras.372-377.

1865 Adaletin inkarı kavramı Stasbourg organları önüne genellikle adil yargılanma eksenli olarak gündeme gelmiştir. *Loizidou* kararı para.57'de başvurucunun Sözleşmenin Devletlerin sorumluluğu hakkındaki 1. Maddesi açısından adaletin inkar edildiği iddiasını dillendirdiği görülmektedir.

1866 Örneğin bkz. *Jahn and others v. Germany*, Judgment of 30 June 2005, para.117.

1867 Ayrıca yukarıda tazminat başlığı altında yapılan yorumlara bkz.

e) Zararın Miktarı

Ölçülülük incelemesinde müdahaleyle uğranılan zararın miktarı önemli rol oynamaktadır. Zararın miktarı ölçütü, el atılan mülkiyet için verilen tazminatın malın piyasa değerine ne kadar yakın olduğunun saptanmasında bir gösterge olarak kullanılmaktadır. Ama bunun yanında, tazminat faktörünün bir unsuru olmaktan öteye geçerek, kendi başına bir gösterge olarak kullanıldığı örnek müdahale alanları bulunmaktadır.[1868]

Bu alanların başında sosyal güvenlik pozisyonlarındaki değişikliklerin **P1-1**'e uygunluğu sorunsalı gelmektedir.[1869] *Müller* davasında başvurucunun yaşlılık aylığında % 3'lük bir azalma meydana gelmişti. Komisyon bunu esaslı bir azalma olarak görmemiştir. Kaybın miktarı önemsiz olduğu için **P1–1** ihlali bulunmamaktadır.[1870] Burada, kaybın ölçüsü unsuru açısından zımni bir ölçülülük incelemesi yapıldığı görülmektedir. Erken dönem kararlarından bir diğerinde Komisyon başvurucunun yaşlılık aylığındaki yaklaşık % 14 oranındaki azalmayı ele almıştır. Komisyona göre bu miktar esaslı bir indirim oranına tekabül etmektedir. Oran esaslı olmakla birlikte, başvurucunun kanunun aradığı tüm koşulları karşılamamasından ötürü mülkiyetten yoksunluk derecesine varmayan bir sınırlama olarak mütalaa etmiştir.[1871] Terminolojik meseleler bir yana bırakılırsa, tıpkı *Müller* davasında olduğu gibi, burada da zımni bir ölçülülük incelemesi yapıldığını kabul etmek mümkündür. Benzer olaylarda Strasbourg organlarının açıkça ölçülülük değerlendirmesi yaptığı gözlemlenebilmektedir. Başvurucunun gelirinde yaklaşık % 20 oranındaki azalma meydana gelen *Burrows* davasında müdahale Komisyon tarafından ölçülü bulunmuştur.[1872] *Kjartan Asmundsson* davasında ise bütün malüllük aylığından geriye yürürlü kanunla yoksun bırakılan başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Diğer birçok faktörle birlikte uğranılan kaybın miktarı oldukça belirleyicidir. Eğer başvurucunun mülkiyet hakkından külliyen yoksun bırakılmayıp, oran-

---

1868 Ayrıca bkz. ve krş. Allen, **Compensation**, sf:313-315 (Yazar, ekonomik model başlığı altında zararın miktarının belirleyici rol oynadığı kararları ele almaktadır).

1869 Genel olarak sosyal güvenlik ile mülkiyet hakkının kesiştiği kararların değerlendirilmesi için bkz. Cousins, **a.g.e.**, sf:28-29, 31-41.

1870 *Müller v. Austria*, App. No.5849/72, Commission Report of 1 October 1975, **DR Vol. 3**, sf: 25-32, özellikle 32 ve para. 32.

1871 *X. v. Austria*, App. No.7624/76, Admissibility Decision of 6 July 1977, para.4 (The Law), **DR Vol. 19**, sf:100-106, özellikle 105 ("The Commission considers that the limitation of the applicant's claim is not a deprivation of possesions within the meaning of Article 1, paragraph 1 of the Protocol.").

1872 *Burrows v. the United Kingdom*, App. No.27558/95, Admissibility Decision of 27 November 1996, para.2 (The Law). Bu vargıda, müdahalenin çocukların korunması amacı gütmesi de rol oynamış olabilir.

tılı (*commensurate*) ve makul (*reasonable*) azaltma yapılsaydı sonuç değişik olabilirdi.[1873] *Azinas* davasında, kamu görevinden yolsuzluk yaptığı için çıkartılan ve 18 ay hapis cezası alan başvurucunun geriye yürürlü olarak emeklilik ve diğer sosyal güvenlik haklarından yoksun bırakılmasının mülkiyet hakkı ihlali olduğuna hükmederken Mahkeme, bu feri yaptırımın kendisi ve ailesi için büyük zorluk ve sıkıntı doğuracak ve geçimlerinin tehlikeye düşecek olmasına önem vermiştir.[1874] *Azinas* vakasını takip eden *Banfield* davasında aynı yaklaşım sürdürülmüş ve fakat kamu görevinden (polis) cinsel saldırı ve taciz suçları işlediği için çıkartılan ve hapis cezası alan başvurucunun emeklilik ve diğer sosyal güvenlik haklarının % 65'inden yoksun bırakılmasının mülkiyet hakkı ihlali teşkil etmediğine karar verirken Mahkeme, başvurucunun işlediği suçun ağırlığına ve bu suçun mensup olduğu polis teşkilatının saygınlığına verdiği zarara dikkate alarak, kendisinin oldukça etkili usuli mekanizmalara sahip olduğunu ve disiplin yaptırımının ceza mahkumiyetine otomatik olarak bağlı olmayıp (*Azinas*'ta böyleydi) ayrı bir disiplin yargılaması sürecinden geçtiğini belirterek şikayeti kabuledilemez ilan etmiştir.[1875]

İntifa hakkının ortadan kaldırılmasının **P1-1**'e uygunluğunun ele alındığı bir davada Mahkeme, birçok gerekçenin yanında asıl olarak, oluşması muhtemel zararın başvuruculara aşırı bir külfete sokacak ölçüde olmadığına dikkat çekmiş ve müdahaleyi ölçülü bulmuştur.[1876]

Diğer yandan bir kararında AİHM, başvurucunun malvarlığında yaklaşık olarak % 40'lık azalmayı **P1-1**'in ihlali olarak görmüştür. Gecikme faizine ilişkin Türkiye'den giden çok sayıdaki davada durum budur. Normalde gecikme faizinin miktarının belirlenmesinde Devletler takdir marjına sahiptir. Ancak bu noktada genel yararın talepleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge kurulmalıdır. Gecikme faizine dair davalarda bu dengenin kurulup kurulmadığı enflasyon ile yasal faiz oranı dikkate alınarak saptanır. *Aka* davasında %70 enflasyona karşılık %30 faiz verilmesi başvurucuya aşırı bir külfet yük-

---

1873 Bkz. *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, App. No.60669/00, Judgment of 12 October 2004, paras.44-45. Bu karar hakkında eleştirel olarak bkz. Cousins, **a.g.e.**, sf:34-36.

1874 *Azinas v. Cyprus*, App. No., 56679/00, Judgment of 20 June 2002, paras. 44-45. Ancak Büyük Daire *Azinas* vakasında iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabuledilemezlik kararı vermiştir (GC Judgment of 28 April 2004). Ancak Daire kararının içtihadi geçerliliği halen sürmektedir. Bkz. *Paul Banfield v. United Kingdom*, App. No. 6223/04, Admissibility Decision of 18 October 2005 ("The Grand Chamber ... has since given judgment in the case, but the Chamber's judgment remains a source of guidance.").

1875 *Paul Banfield v. United Kingdom*, App. No. 6223/04, Admissibility Decision of 18 October 2005.

1876 *Wittek v. Germany*, App. No.37290/97, Judgment of 12 December 2002, paras.59-60.

lemektedir. Devletin kendisi lehine istisnai bir durum yaratması, üstelik alacaklı kendisi olsaydı enflasyon oranında bir faiz alacakken, hiç de ölçülü bir müdahale sayılamaz (para.48). Ek tazminatın ödenmesinde anormal uzama, başvurucuyu öngörülemez bir duruma sokmakta ve artan mali zarara yol açmaktadır (para.49).[1877]

Strasbourg organlarına göre, salınan veya toplanan vergi veya diğer katkılar muhatap kişi üzerinde aşırı bir külfet yüklüyorsa veya mali durum kökten sarsılıyorsa **P1-1** bakımından sorun doğabilir.[1878] Kar paylaşım vergisine ve sosyal sigorta fonuna zorunlu katkılara dair bir başvuruda AİHK toplam % 20 civarında seyreden katkı oranını ölçülü bulmuş ve Taraf Devletin **P1-1**/2'den kaynaklanan vergi salma ve katkı toplama yetkisinin kötüye kullanılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu değerlendirmeyi yapmasında başvurucu şirketin İsveç İşveren Konfederasyonuna bağlı bir alt-şirket olmasının rolü olabilir.[1879] Servet vergisine tabi olarak malvarlıklarının % 7'si oranındaki katkı da aynı şekilde başvurucu şirketlerin mali durumunu kökten sarma niteliği göstermemektedir.[1880] Müzayede/açık arttırma vergisine ilişkin bir davada AİHK, açık arttırmada verilen en yüksek bedelin % 2'si kadar bir verginin başvurucunun mali durumunu ciddi olarak etkilemediğini veya başvurucuyu aşırı bir külfet altına sokmadığını değerlendirerek şikayeti kabuledilemez ilan etmiştir.[1881] *Kustannus Oy Vapaa Ajattelija AB ve diğerleri* davasında başvurucu şirket kendisinden hatalı olarak tahsil edilen fazla verginin iade edilmemesini adil yargılanma hakkını düzenleyen Madde 6 altında dile getirmiştir. Komisyon ise bu iddiayı **P1-1** altında ele almanın daha yerinde olduğu kanaatindedir. Hatalı tahsil edilen verginin geri alınamaması **P1-1**/1 c. 2'i anlamında bir yoksun bırakma teşkil eder. Ölçülülük mülahazaları vergi iadesi problemlerinde de geçerlidir. Komisyona göre, küçük miktarlar için vergi iadesi alınamaması idari masraflardan kaçınma amacı gütmektedir ve bu haliyle kamu yararına uygundur. Ayrıca somut olayda başvurucu şirketin geri alamadığı ha-

---

1877 *Aka v. Turkey*, App. No.19639/92, Judgment of 23 September 1998.

1878 *Svenska Managementgruppen AB v. Sweden*, App. No. 11036/84, Admissibility Decision of 2 December 1985, para. 1 (The Law), **DR Vol. 45**, sf: 211-223, özellikle 222; *Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden*, App. No.13013/87, Admissibility Decision of 14 December 1988, **DR Vol. 58**, sf:163-185, para.1 (The Law Bölümü).

1879 *Svenska Managementgruppen AB v. Sweden*, App. No. 11036/84, Admissibility Decision of 2 December 1985, para. 1 (The Law), **DR Vol. 45**, sf: 211-223, özellikle 222

1880 *Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden*, App. No.13013/87, Admissibility Decision of 14 December 1988, **DR Vol. 58**, sf:163-185, para.1 (The Law Bölümü).

1881 *Musa v. Austria*, App. No.40477/98, Admissibility Decision of 10 September 1998, para.1 (The Law).

talı vergi sebebiyle aşırı bir külfete sokulduğu gösterilememiştir. Bu durumda çıkarların dengelenememiş olduğu söylenemez. İade edilmeme, ulusal mevzuatça öngörülmüştür (yasallık incelemesi aslında daha önce yapılır). Sonuç olarak başvurucu şirketin hatalı tahsil edilen vergiyi iade alma olasılığının bulunmaması **P1-1**'e aykırılık teşkil etmez.[1882] Burada geri alınamayan hatalı vergi miktarının düşük olması müdahalenin ölçülü olduğuna karar verilmesinde zımnen rol oynamıştır. Uzlaşmazlık konusu miktarın küçüklüğü, doğrudan bir gerekçe olarak kullanılmamış ve fakat hemen her cümlede Komisyonca bu bilgiye yer verilmiştir.[1883] Verginin malvarlığı üzerinde doğurduğu zararın miktarı açısından geriye yürürlü olup olmamasının, kural olarak, bir önemi yoktur. Önemli olan, geriye yürürlü verginin başvurucuya adil dengenin ötesine geçecek şekilde makul olmayan bir malvarlığı külfeti yüklemesidir. Bu durumun saptanmasında geriye yürürlü verginin gerekçesine ve başvuruların mali pozisyonu üzerindeki etkisine bakılır. AİHM'in kullandığı terminolojiyle söylenecek olunursa, geriye yürürlü vergi mevzuatının el koyma niteliğinde bir vergilendirme teşkil etmemesi ya da bir vergi kanununun sahip olması gerekli nitelikten çıkaracak şekilde olmaması gereklidir. Bu noktada, salınan verginin bütün vergi yükümlülerinin eşit mumamele görmesini sağlamak amacı gütmesi ile başvuruculanın üzerine vergi salınan gelirlerinin miktarı önemli bir rol oynar. Eğer vergi, yükümlü başvurucunun yüksek gelirinin bir yansıması olarak yüksek miktardaysa bu olağan addedilir.[1884]

1882 *Kustannus Oy Vapaa Ajattelija AB and others v. Finland*, App. No.20471/92, Admissibility Decision of 15 April 1996, **DR Vol. 85-A**, sf:29-46, özellikle 45-46. Bu davada ayrıca, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili olmadığı müddetçe vergi meselelerinin Madde 6'in konu bakımından kapsama alanı dışında kaldığı da teyit edilmiştir (makul sürede yargılanma hakkı).

1883 Genel olarak bkz. ve krş. Langeris, **a.g.m.**, sf:158-159. *Svenska Managementgruppen AB* kararını zikreden ve hatalı olarak vergi miktarını **P1-1** açısından şikayet eden bir başka dava görülmediğini söyleyen (1999 itibariyle) Langeris, aşırı vergi sebebiyle bir kişinin geçim imkanları düştüğünde AİHM'in nasıl bir değerlendirme yapacağını sorgulamakta ve Hollanda hukukundan örnek vermektedir. Türk hukuk doktrininde de Eren, **a.g.m.**, sf: 793'te "mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak veya varlığını tehlikeye düşürecek ölçü ve oranda vergi kanunlarının çıkarılması mümkün değildir" diyerek benzer bir yaklaşımı ulusal anayasa düzleminde dile getirmiştir.

P1-1'in hazırlanması evresinde, nihai taslaklardan biri hakkında yorum yapan Sözleşme Hazırlık Sekreteryasına göre, salman ve tahsil edilen vergi yükümlünün bütün malvarlığımına denk bir seviyede olsa bile, **P1-1**/2 bu durumu meşrulaştırmaktadır. Bkz. **Preparatory Work on Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights**, sf:158.

1884 *M. A. and others v. Finland*, App. No.27793/95, Admissibility Decision of 10 June 2003, para. 1 (The Law). Mahkemenin değerlendirmesi şöyledir: "Whether it is compatible with Article 1 of Protocol No. 1 depends, first, on the reasons for the retroactivity and, secondly, on the impact of the retroactive law on the position of the applicants. (...) The Court finds that the main aim of the retrospective implementing provision was to prevent stock option arrangements, which were originally planned to fall

Zararın az olması **P1–1**/2 bağlamında "diğer katkılar" klozu çerçevesinde yapılan ödemelerin ölçülülüğünün test edilmesinde de rol oynamaktadır. *Bartosch* davasında başvurucu ilgili mevzuat çerçevesinde ödemek zorunda kaldığı katkı payı ile bu ödemeyi geç yaptığı için karşılaştığı cezanın mülkiyet hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. İncelemesine vergi ve diğer katkıların bireye aşırı bir külfet yüklediği hallerde mülkiyet garantisini olumsuz olarak etkileyebileceğini veya kişinin mali durumuna temelden müdahalede bulunabileceğini belirtmekle başlayan Komisyona göre, dosya münderecatında 400 şilinlik katkı payının başvurucunun mali durumunu çökerttiğini gösteren veyahut Devletin vergi ve diğer tür katkıları tahsil etme yetkisini kötüye kullandığına işaret eden herhangi bir veri bulunmadığı için başvuru açıkça temelsizdir.[1885]

Zararın miktarının rol oynadığı uyuşmazlıklar arasında kontrol tipi müdahalelerden kaynaklanan mülkiyetten yararlanmanın kısıtlandığı vakalar önemli bir yer işgal etmektedir. Kira bedelleriyle ilgili ünlü *Mellacher* davasında Mahkeme, diğer birçok göstergenin yanında kira bedellerinin aşağıya çekildiği oranların toplumsal olarak daha kabul edilebilir bir ölçüde olduğunu değerlendirmiştir. Ayrıntılı sayılabilecek kadar oran hesabı yapan Mahkeme, nihayetinde, kira bedellerinin azaltılması müdahalesini ölçülü bulmuştur.[1886] Bu içtihadını takip eden Mahkeme, görece

---

under the amended provision, from escaping it. It accepts that this aim was part of the aim of ensuring equal treatment of taxpayers, i.e. in this case equal treatment in comparison with those who did not bring forward the exercise date of the stock options. The Court considers that the assessment made by the legislature in this respect cannot be regarded as unreasonable. As to the impact of the measure, the Court considers that the legislation was not such as to amount to confiscatory taxation or of such a nature as could deprive the legislation of its character as a tax law. Despite its important financial consequences for the applicants, the measure cannot be said to have imposed an excessive burden on them, taking into account the maximum percentage of the tax levy and the fact that the levy, which in part was a reflection of the very high general income level of the applicants, was based on real profits made from the sale of the stock options. The Court notes that the impact of the taxation measures should be assessed, from the point of view of Article 1 of Protocol No. 1, above all with reference to the situation existing at the time of the exercise of the stock options by the applicants, without regard to the subsequent developments in the stock market."

1885 *Bartosch v. Austria*, App. No.26593/95, Admissibility Decision of 16 October 1996, para.1 (The Law).

1886 *Mellacher and others v. Austria*, App. Nos.10522/83-11011/84 and 11070), Judgment of 19 December 1989, Series A No.169, paras.55-56. Buna karşılık Cremona, Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Bernhardt ve Spielmann'dan oluşan muhalif yargıçlar, başvuruculara uğradıkları zararın miktarınının, kira sözleşmelerinin serbestçe ve hukuka uygun akdedilmesinin de etkisiyle, başvuruculara aşırı bir külfet yüklediğini düşünmektedirler (bkz. Joint Dissenting Opinion of Judges Cremona, Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Bernhardt and Spielmann). Ayrıca bkz. *Spath Holme Ltd. v. United Kingdom*, App. No. 78031/01, Admissibility Decision of 14 May 2002.

yakın tarihli bir kararında, özel hukuk kişileri arasındaki özel hukuk sözleşmesine geriye etkili mevzuatla müdahale edilerek borçlunun borçlarının yeniden yapılandırılması neticesinde alacaklı başvurucunun alacağının neredeyse tamamen ortadan kalkmasını, karşılaştırmalı hukuktaki benzer düzenlemeleri de dikkate alarak ölçülü bir müdahale olarak nitelendirmiştir.[1887] AİHK, yeni çıkartılan bir kanunla, özel mülkiyetlerindeki suların üçüncü kişilerin olta balıkçılığı yapmalarına açılması karşısında, daha önceden bir bedel karşılığı üçüncü kişilere balık tutma izni vermelerine olanak kalmayan ve bu yüzden gelir kaybına uğrayan başvurucuların şikayetini açıkça temelsiz bulmuştur. Komisyona göre, başvurucuların bütün ülkede eşit olarak uygulanan ve somut ve spesifik olarak değer kaybı yarattığı kolayca ispatlanamayacak olan söz konusu kontrol tipi kanuni müdahale yüzünden ciddi bir kayba uğradıkları düşünülemez.[1888]

Çevre kirliliği ile mülkiyet hakkının kesiştiği vakaları da burada ele almak mümkündür. Böyle hallerde çevresel haklar ile mülkiyet hakkının kesiştiği; bir başka ifadeyle mülkiyet hakkının da duruma göre çevresel haklar manzumesi içine girdiği söylenebilir.[1889] Çalışmanın II. Bölümünde **P1-1**'in uygulanabilirliğini sağlayan anahtarlardan "manevi değer" ölçütü altında ayrıntılı olarak ele alınan kararlar bu noktada tekrar hatırlatılabilir.[1890] Büyük çoğunluğu gürültü kirliliğiyle alakalı olan bu vaka-

---

Bu noktada Türk AYM'nin yakın tarihli ve yukarıda zikredilen iki kararı tekrar hatırlatılabilir. İlk kararında AYM, kira bedellerinin 2000 yılı için en fazla % 25 oranında arttırılacağını hükme bağlayan kanun maddesini mülkiyet hakkına ve diğer ilgili AY maddelerine uygun bulurken (bkz. Esas Sayısı: 2000/77, Karar Sayısı: 2000/49, Karar Günü: 21.11.2000.), ikinci kararında kira bedellerinin 2001 yılı için en fazla % 10 oranında arttırılacağını hükme bağlayan kanun maddesini, 2001 yılı ekonomik kirizinin de etkisiyle mülkiyet hakkına ve diğer ilgili AY maddelerine aykırı bulmuştur (bkz. Esas Sayısı : 2001/303, Karar Sayısı : 2001/333, Karar Günü : 19.7.2001.).

1887 *Back v. Finland*, App. No. 37598/97, Judgment of 20 July 2004, para. 68.

1888 Bkz. *Löparo Fiskevattenagareförening v. Sweden*, App. No.11766/85, Admissibility Decision of 9 March 1989, para.7 (The Law). Komisyon, kaybın oluştuğu bir an için kabul edilse dahi, müdahale kontrol tipinde olduğu için tazminat karşı ediminin zorunlu görülemeyeceği kanaatindedir.

1889 Yalnız dikkat edilmelidir ki, bu vakalarda çevre kirliliği mülkiyet hakkına müdahale sonucunu doğurmaktadır. Yani burada mülkiyet hakkı bir çevresel haktır. Oysa, yukarıda ayrıntılı olarak gösterildiği üzere, mülkiyet hakkı çevrenin korunması prensibiyle çelişebilir.

1890 *Arrondelle v. the United Kingdom*, App. No.7889/77, Admissibility Decision of 15 July 1980, **DR Vol. 19**, sf:86-199; *Baggs v. the United Kingdom*, App. No.9310/81, Admissibility Decision of 16 October 1985, **DR Vol. 44**, sf:13-21; *Rayner v. the United Kingdom*, App. No.9310/81, Admissility Decision of 16 July 1986, para.2 (The Law), **DR Vol. 47**, sf:5-15, özellikle 14; *Vearncombe and others v. the United Kingdom and Federal Republic Germany*, App. No. 12816/87, Admissibility Decision of 18 January 1989, para. 2 (The Law), **DR Vol. 59**, sf: 186-199, 194-197; *S. v. France*, App. No. 13728/88, Admissibility Decision of 17 May 1990, **DR Vol. 65**, sf: 250-264, 261-262;

larda AİHM'in taşınmazlarda meydana gelen değer düşüklüğü iddiasını kirlilik kaynağına mesafeye ve değer düşüklüğüne işaret eden verilerin ciddiyetine göre[1891] dikkate aldığı anlaşılıyor.[1892] Nitekim çok yeni bir kabuledilebilirlik kararında Mahkeme havaalanı çevresindeki başvuruculara ait konutların piyasa değerlerinde % 70 ila % 90 arasında kayıp meydana geldiğini belirleyerek şikayeti kabuledilebilir ilan etmiştir.[1893]

Çevre kirliliğinin mülkiyet hakkına müdahalesi sadece kirlilik kaynağı yakınlarındaki taşınmazın değerinin düşmesinden ibaret değildir. Yine atfı yapılan kararların en azından bir kısmında söz konusu olduğu üzere, çevre kirliliği, çevrede yaşayanların evlerinden yararlanamamasını ve "huzurlu bir uyku" çekmesini engellemekle ayrıca **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder.[1894] Nitekim 2008 yılı başında ele aldığı *Fagerskiold* davasında Mahkeme, rüzgar tribününün yarattığı gürültü ve ışık kirliliğinden rahatsız olan başvuruculaların şikayetini **P1-1** açısından ikili bir ayrımla incelemiştir. Birinci şikayet, gürültü ve ışık kirliliğinin konutların ve giderek mülkiyetlerinden yararlanma haklarını ihlal edip etmediği, ikinci şikayet ise söz konusu kirliliğin konutun değerini düşürüp düşürmediğidir, ki bu ikinci şikayetin akıbetine yukarıdaki paragrafta değinilmişti. Birinci şikayet bakımından AİHM tribünün ürettiği gürültü ve

---

Glass v. the United Kingdom, App. No.28485/95, Admissibility Decision of 16 October 1996, para.1 (The Law); *Ünver v. Turkey*, App. No.36209/97, Admissibility Decision of 26 September 2000, para.2 (The Law); *Ashworth and others v. UK*, App. No. 39561/98, Admissibility Decision of 20 January 2004, para. 2 (The Law); *Lars Fägerskiöld and Mrs Astrid Fägerskjöld v. Sweden*, App. No. 37664/04, Admissibility Decision of 26 February 2008, para. 2 (The Law); *Flamenbaum and Akierman and others v. France*, App. Nos. 3675/04-23264/04, Admissibility Decision of 10 April 2007.

1891 AİHM, 1995 yılında karara bağladığı ünlü *Lopez Ostra* hükmünde, **AİHS**'in özel yaşamı ve aile yaşamını koruyan 8. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmasında başvurucunun kirlilik kaynağına (zehirli atık) yalnızca 12 metre mesafede oturuyor olmasına özel önem atfetmiştir (bkz. *Lopez Ostra v. Spain*, App. No.16798/90, Judgment of 9 December 1994, Series A No. 303-C). Krş. *Dominic Mintoff and others v. Malta*, App. No. 4566/07, Admissibility Decision of 26 June 2007.

1892 Bu noktada hukukun ekonomik analizi perspektifinden konuya yaklaşanların ilginç görüşlerini tekrar hatırlamak mümkündür. Bkz. Posner, **Economic Analysis of Law**, sf:61-65, özellikle 64-65.

1893 *Flamenbaum and Akierman and others v. France*, App. Nos. 3675/04-23264/04, Admissibility Decision of 10 April 2007. Buna karşılık, 2008 yılı içerisinde karara bağlanan bir başka vakada, şikayetçilerin evin değerinin gürültü ve ışık kirliliğine bağlı olarak düştüğünü gerek genel olarak gerekse de kendi evleri özelinde gösteremediklerini belirtmiştir (bkz. *Lars Fägerskiöld and Mrs Astrid Fägerskjöld v. Sweden*, App. No. 37664/04, Admissibility Decision of 26 February 2008). Yalnız belirtilmelidir ki, bu ikinci vakanın **P1-1**'e ilişkin hemen aşağıda incelenecek farklı bir boyutu da bulunmaktadır.

1894 *Arrondelle v. the United Kingdom*, App. No.7889/77, Admissibility Decision of 15 July 1980, **DR Vol. 19**, sf:86-199; *Baggs v. the United Kingdom*, App. No.9310/81, Admissibility Decision of 16 October 1985, **DR Vol. 44**, sf:13-21.

ışık makul sınırlar içinde kaldığı, yerel halkın tribünün yapımı esnasında karar alma sürecine katılımının sağlandığı, başvuruculaların girişimleri üzerine harekete geçen ulusal yargı makamları ve diğer kamu makamlarının yerinde keşif yapıp duruşmalı yargılama yürüttüğü, tribünün ulusal hukuka uygun şekilde yapıldığı, yenilenebilir bir enerji olup kaynakların dostane kullanılmasını sağlayarak çevrenin korunması ile 40-50 evin bir yıllık ısınma enerjisi ihtiyacını karşıladığı ve gürültüyü azaltacak önlemler çeşitli önlemler alınmış olup bu tip önlemlerin arttırılması için girişimde bulunma imkanlarının bulunduğu[1895] gerekçeleriyle mülkiyet hakkına dönük iddiaları açıkça temelsiz ilan etmiştir.[1896]

Biri hariç tümü kabuledilemez bulunan bu vakalarla ilgili olarak sadece şunu belirtelim ki, Mahkeme *Fagerskiold* kararında, çevre kirliliğine dair vakalarda uluslararası çevre hukukunun verilerinden ve ilkelerinden yararlanmanın önünü açmıştır. Zaten huzurlu şekilde yaşama hakkı aslında uluslararası çevre hukukundan kaynaklanan bir haktır.[1897] AİHM tribünün ürettiği gürültü ve ışık kirliliğinin makul sınırlar içinde kaldığı değerlendirmesini yaparken Dünya Sağlık Örgütünün (DSÖ) ölçütlerini temel almıştır. Benzer şekilde aynı vakada Mahkeme, yerel halkın tribünün yapımı esnasında karar alma sürecine katılımının sağlanmış olmasına özel bir önem vermiştir. Bilindiği üzere, çevresel kararların alınmasında yerel halkın katılımının sağlanması uluslararası çevre hukuku yükümlülüğüdür.

1895 "Gürültüyü azaltacak önlemlerin alınmış olduğu ve daha da arttırılacağı" gerekçesini ilk olarak AİHK kullanmıştır (bkz. *Vearncombe and others v. the United Kingdom and Federal Republic Germany*, App. No. 12816/87, Admissibility Decision of 18 January 1989, para. 2 (The Law), **DR Vol. 59**, sf: 186-199, 194-197). Nedense AİHM, Komisyonun bu kararını atlayarak yollama yapmamış.

1896 *Lars Fägerskiöld and Mrs Astrid Fägerskjöld v. Sweden*, App. No. 37664/04, Admissibility Decision of 26 February 2008, para. 2 (The Law).

1897 **Stockholm Bildirisi/(İnsan Çevresine Dair Birleşmiş Milletler Konferası Bildirisi)**"/("*Stockholm Declaration/(The Declaration of theUnited Nations Conference on the Human Environment)*"), 05-16/06/1972 tarihleri arasında Stockholm/İsveç'de toplanan İnsan Çevresine Dair Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir. Bu Bildirinin İngilizce metni için bkz., Barry E. Carter – Phillip R. Trimble, **International Law: Selected Documents**, Aspen Law & Business Publications, printed in the United States of America, 2001. sf.737-741. **İlke 1** metninin Türkçesi ve İngilizce orijinali şöyledir:

İnsan, kişi haysiyetine/(onuruna) ve esenliğine/(refahına) uygun bir yaşama elveren nitelikteki bir çevre içinde, özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları temel hakkına sahiptir, ve şimdiki ve gelecekteki nesiller için çevreyi korumak ve geliştirmek bakımından ağır bir sorumluluk taşımaktadır.

Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations.

Zararın miktarının düşük olması, her zaman müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna götürmeyebilir. İptal edilen iflas kararına rağmen, malvarlığının idaresine tasfiye ve iflas sebebiyle el konulduğu süreçte görevli olan iflas masası çalışanlarının ücretinin kendi malvarlığından kesilmesinin **P1-1**'e aykırılığının ileri sürüldüğü bir davada, zararın hepi topu 172 Euro olması Mahkemeyi mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmakta engellememiştir. Her ne kadar AİHM, zararın hafifliğini vurgulamışsa da, iflas kararının ulusal yargı makamlarının hatalı değerlendirmelerine bağlı olarak verildiği ve başvurucu bu süreçte özensiz davranmadığı için tamamen haksız olan masraflara katılması beklenemez.[1898] Ağır yargısal usuli sakatlık olmasa, zararın bu kadar düşük olduğu bir başvuruda mülkiyet hakkının çiğnendiği sonucunun çıkması mümkün olmadığı gibi, aslında şikayet "**P1-1** uygulanabilirlik eşiğini" bile geçemeyerek kabuledilemez ilan edilirdi.

İmar uyuşmazlıklarının çözümünde zararın miktarı önemli işlev ifa etmektedir. İnşaat yasaklarıyla ilgili *Hiltunen* vakasında başvurucular, mevcut sayfiye evlerinin yerine daha büyük bir bina yapmak istemektedirler. Bu sebeple süregiden inşaat yasaklarının mülkiyetlerinden etkili ve rasyonel olarak yararlanmalarını engellediğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruculaın ulusal makamlar nezdinde yeterli usuli güvencelere sahip olduğunu ve imar planları uyarınca zaten mevcut olan küçük sayfiye evi yerine daha büyük bir bina yapılmasına izin verilmemesinin makul bir önlem olduğunu düşünen Mahkeme, bu gerekçelerine ek olarak, başvuruculaın mülkiyetlerinin değerinin esaslı şekilde düştüğünü gösteren bir delil sunamadığı gerekçesini de argumanları arasına eklemiştir.[1899] Yine bir imar uyuşmazlığı olan *Haider* vakasında başvurucunun sahibi olduğu arazinin tabi olduğu imar planı (zoning plan) değişmiştir. Başvurucu plan değişikliğinin arazisinin değerini aşırı düşürdüğünü ileri sürmüştür. İmar planı değişikliğinin mülkiyetten yoksun bırakmadan (Kural 2) ziyade mülkiyetten rahatsız edilmeksizin yararlanma hakkına (Kural 1) kapsamında bir müdahale teşkil ettiğini benimseyen Mahkeme, ölçülülük testi aşamasında başvurucunun imar plan değişikliğinin arazinin değerini gerçekte nasıl ve ne ölçüde düşürdüğünü gösteremediğini not ederek başvuruyu açıkça temelsiz ilan etmiştir.[1900]

1898 *Stockholms Försakrings-Och Skadestandsjuridik AB v. Sweden*, App. No. 38993/97, Judgment of 16 September 2003, paras.52-54.

1899 *Matti and Marianne Hiltunen v. Finland*, App. No.30337/96, Admissibility Decision of 28 September 1999.

1900 *Haider v. Austria*, App. No. 63413/00, Final Admissibility Decision of 29 January 2004, para.2 (The Law Bölümü)

Zararın miktarı ile usuli güvenceler faktörlerinin bileşimini tazminat hakkının geriye yürürlü kanunla azaltıldığı hallerde de gözlemlemek mümkündür. *Draon* ve *Maurice* davalarında Mahkeme davacıların kişisel durumunu da gözeterek ve usuli güvencelerin yeterli olmadığını tespit ederek mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[1901]

Wendenburg ve diğerleri başvurusuna konu olan olayda başvuruculaların Alman temyiz mahkemeleri huzuruna inhisari çıkma yetkilerinin Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararıyla yürürlükten kaldırılmış olmasının yıllık gelirlerinde çok büyük ölçüde azalmaya sebep olacağını ileri sürmüşlerdir. Zira sahip oldukları ayrıcalık yıllık gelirlerinin yaklaşık % 90'ına denk gelmektedir. Başvuruculara göre, Alman Anayasa Mahkemesinin kararıyla ve bu karara uygun olarak yapılan yasal düzenlemelerle ortaya çıkan durum kendilerinin mülkiyet haklarının yanı sıra aile yaşamına saygı hakkını da ihlal etmektedir. AİHM ise bu iddiaya itibar etmemiştir. Mahkemeye göre, başvuruculaların lehine olarak uzunca bir geçiş dönemi öngörülmüş olup bu dönemde başvucular mesleki çalışmalarını yeniden organize edebilirler. Kendisinin tali fonksiyonunu gözeterek Mahkeme ulusal makamların değerlendirmesinde bir keyfilik bulgulamamakta ve geçiş döneminin çatışan çıkarlar arasında bir denge kurmuş olduğu sonucuna ulaşmaktadır.[1902]

Bütün bu kararlardan anlaşılacağı üzere, müdahaleyle uğranılan zararın miktarı göstergesi sağlam bir gösterge değildir. Malvarlığındaki ne ölçüde eksilmenin mülkiyet hakkı ihlaline yol açacağını kestirmek mümkün değildir.[1903] Zararın miktarı göstergesi, genellikle diğer göstergelerle etkileşim halindedir. Yine de sonuç olarak, içtihadi birikimin incelenmesi, söz konusu kaybın "kayda değer" olması gerektiğini göstermektedir.[1904]

Ancak asıl önemlisi, bu göstergenin uygulanması sırasında mağdurun ekonomik durumununun dikkate alınıp alınmayacağı meselesidir.[1905] Teorik bazda mağdurun ekonomik durumununun dikkate alınması gerektiği söylenebilir; hatta bu unsur, **P1-1** sınırlama rejiminin ku-

---

1901 *Draon v. France*, App. No.1513/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.83-85; *Maurice v. France*, App. No.11810/03, GC Judgment of 6 October 2005, paras.91-93.

1902 *Wendenburg and others v. Germany*, App. No.71630/01, Admissibility Decision of 6 February 2003, para.1 (The Law).

1903 Ayrıca krş. *Association of General Practitioners v. Denmark*, App. No. 12947/87, Admissibility Decision of 12 July 1989, para.1 (The Law); *Stockholms Försakrings-Och Skadestandsjuridik AB v. Sweden*, App. No. 38993/97, Judgment of 16 September 2003, paras.52-54.

1904 Bu değerlendirmeyi Çalışmanın İkinci Bölümünde **P1-1**'in uygulanabilirliği açısından yapılan açıklamalar ile krş.

1905 Mağdurların ekonomik durumlarının dikkate alınmasını tazminat unsurunun değerlendirilmesinde görmekteyiz. Ayrıca bkz. Allen, **Compensation**, sf: 314.

şatıcı ilkelerinden biri olup Devletin özellikle sınırlama araçlarının seçiminde sahip olduğu takdir marjını daraltır.[1906] Zararın miktarı göstergesi, ölçülebilir olmasından ötürü malvarlığındaki azalmayı yansıttığı için büyük oranda *objektif* niteliktedir. Fakat, ölçü objektif olmasına rağmen, söz konusu zarar miktarının gerçek etkisi mağdurların finansal ve ailevi durumuna göre *değişkenlik* gösterebilir. Uyuşmazlığa konu olan zarar miktarının gerçek etkisini ortaya çıkartabilmek için *göreli bir değerlendirme* yapmak icap etmektedir. Bütün unsurları göz önünde bulundurmak, etkililik ilkesinin bir gereğidir.

Yukarıda zikredilen bazı kararlardan zararın miktarı ile başvurucunun durumunun etkileşim halinde olduğuna işaret eden ipuçları çıkartılabilir. Buradan hareketle ve kimi spesifik kararları dikkate alarak bazı çıkarımlarda bulunmak mümkün olabilir. Örneğin bazı vakalarda düşük miktardaki zarar, mali ve ailevi durumu normal bir kişi için mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurmaz iken, aynı miktar mali ve ailevi durumu bozuk bir başka kişi özelinde mülkiyet hakkının ihlalini sonuçlayabilir. Bunun tersi de mümkün olabilir. Bu kez, yüksek zarar, başvurucunun durumu ile etkileşime geçerek müdahalenin ölçülülüğü hakkındaki varılacak neticeyi etkileyebilir.[1907] Çeşitli olasılıkları bazı açılardan sınıflamak ve somutlaştırmak mümkündür:

İlk örnek, ortalama gelire sahip mağdurun kabahat tipi hafif bir suç işlemesinin karşılığında malvarlığında esaslı bir azalmanın meydana geldiği vakalardan verilebilir. Ortalama gelire sahip bir kişi için kallavi bir miktar olan 20.000 dolara gümrükte bildirilmediği için el konulması, başvurucunun kaçakçılık ve vergi kaçırma gibi suçları işlediği yönünde bir kanıtın bulunmadığı ve el koymanın usuli nitelikteki beyan kuralına aykırılıktan ötürü yapıldığı hallerde **P1-1**'in ihlal edildiği vargısına götürür.[1908] Başvurucu kaçakçılık veya vergi kaçırma gibi suçlarla ilgili olarak kökeni belirsiz bir para üstündeyken yakalanmış olsa ve yine aynı el koyma muamelesine tabi tutulsa, **P1-1** bakımından varılacak sonuç farklı olabilirdi.[1909]

1906 *Gillow v. United Kingdom*, App. No. 9063/80, Commission Final Report of 3 October 1984, paras. 148 ("The principal criterion for establishing whether a fair balance has now been struck in the control of use of personel property is therefore the use for which that property was intended by the indivual owner").

1907 Doktrinde Ölçer, bu meseleyi ABD vaka hukuku ışığında tartışmıştır. Bkz. F. P. Ölçer, "*Article 1 Protocol No. 1 ECHR and the Criminal Law: Limiting the Power to Punish*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:165-194.

1908 *İsmayilov v. Russia*, App. No. 30352/03, Judgment of 6 November 2008, paras. 36-38. Ayrıca bkz. *Grifhorst v. France*, App. No. 28336/02, Judgment of 26 February 2009.

1909 Örneğin bkz. *Phillips v. United Kingdom*, App. No.41087/98, Judgment of 5 July 2001, paras. 50-54, özellikle 53-54.

İkinci örnek kategori, mülkiyet hakkı sınırlanan başvurucunun ailesinin yaşam koşullarının dikkate alındığı hallerdir. Zaten yoksul yaşam koşulları içerisinde bulunan ailelerin malvarlığında küçük eksilmeler dahi, AİHM'i mülkiyet hakkının ihlali sonucuna götürebilir. Yukarıda tazminat meselesi irdelenirken AİHM'in, ailelerin yaşam koşullarını dikkate aldığından bahsedilmişti. Mahkeme bu yaklaşımını "toplumsal meseleleri/*social issues*" ihmal etmemek olarak değerlendirmektedir.[1910] "Toplumsal meseleleri/*social issues*" ihmal etmemek olarak adlandırılan bu yaklaşımın kontrol tipi (Kural 3) müdahaleler için de geçerli olmasının önünde hiçbir hukuki engel bulunmadığı gibi, **P1-1**'in bütünselliği (Kural 4) normatif olarak bu yaklaşımın genişletilmesini gerektirmektedir.[1911]

Üçüncü örnek kategori olarak, müdahale edilen malvarlığı değerinin başvuruculaın geçimlerinin sağlanmasında oynadığı rolün dikkate alınması olabilir. *Devecioğlu* vakasında kadastro sonrası orman arazisi vasfına geçen araziye ilişkin tapunun iptal edilmesinin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediği değerlendirilirken Mahkeme, bu arazinin malik ailenin başlıca gelir kaynağı olduğu özellikle vurgulanmıştır.[1912] Benzer şekilde, *Chassagnou* kararında Mahkeme, mülkiyet hakkının ihlali sonucuna ulaşırken, inançlarına ters şekilde kendilerine ait topraklardan üçüncü kişilerin avlanmasına izin vermek zorunda bırakılmalarını dikkate almıştır. Küçük toprak sahiplerinin böyle bir katlanma yükümlülüğüne maruz bırakılmaları mülkiyet hakkını ihlal eder niteliktedir.[1913]

Dördüncü örnek kategori olarak, malvarlığı değerlerinde azalma olan mağdurların sağlık durumlarının bir ölçüt olarak dikkate alınması önerilebilir. Örneğin *Scollo* kararında Mahkeme, kiracısını tahliye edemeyen özürlü ve hasta başvurucunun şikayetini haklı bulmuştur. Bu davada mağdurun diabet ve % 71 oranında özürlü ve işsiz olması kiracının tah-

---

1910 *Gashi v. Croatia*, Judgment of 13 December 2007, paras.41-42.

1911 Nitekim eski tarihli *Gillow* kararında AİHK kamu makamlarınca oturma izni verilmeyerek kullanımı sınırlanan mal, ailenin ikamet ettiği konut niteliğinde olduğu için mülkiyet hakkının ihlali sonucuna ulaşmıştır (bkz. *Gillow v. United Kingdom*, App. No. 9063/80, Commission Final Report of 3 October 1984, paras. 154-168). Ancak AİHM, daha farklı bir muhakeme güderek sorunu **AİHS** Madde 8 açısından incelemiş, usuli sebeplerle **P1-1** açısından herhangi bir değerlendirme yapmamıştır (bkz. *Gillow v. United Kingdom*, Judgment of 24 November 1986, paras. 60-62).

1912 *Devecioğlu v. Turkey*, App. No.17203/03, Judgment of 13 November 2008, para.40.

1913 *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos. 25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999, para.85 ("Compelling small landowners to transfer hunting rights over their land so that others can make use of them in a way which is totally incompatible with their beliefs imposes a disproportionate burden which is not justified under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1. There has therefore been a violation of that provision").

liyesini gerektiren faktörler arasındadır.[1914] Benzer şekilde *Poltorachenko* davasında, lehine yaklaşık 3500 Euroluk alacağa hükmeden yargı kararı icra edilmeyen başvurucunun mülkiyet hakkı eksenli iddialarını yerinde görülürken, başvurucunun yaşı (karar tarihinde yaklaşık 85) ve sağlık durumu ile mali ve sosyal statüsü dikkate alınmıştır.[1915]

Beşinci örnek kategori olarak, bütün bu kategorilerden unsurların bir arada yer aldığı karmaşık ve ağır ihlal durumları gösterilebilir. Ülke içinde yerlerinden edilen kişilerle ilgili *Doğan* davasında Mahkeme, sınırlamanın 10 yıldan fazla süredir devam ediyor olmasının yanı sıra bu süre zarfında başvurucuların yaşam kalitesindeki düşüklük ve bu düşüklük karşılığında herhangi bir tazminat almamış olmalarını dikkate alarak **P1-1**'in ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Yaşam kalitesinin düşüklüğünün saptanmasında AİHM, başvuruculaın karşılaştığı işsizlik ve fakirlik sorununa, sağlık, ısınma, barınma ve diğer altyapı hizmetlerine ulaşma pozisyonlarına bakmıştır.[1916]

f) Ayrımcı Motif

Bazı davalarda, normalde ayrı bir inceleme başlığı olan ayrımcılık iddiasının, müdahalenin ölçülü olup olmadığı testinde rol oynadığı gözlemlenebilmektedir.[1917]

1914 *Scollo v. Italy*, App. No.19133/91, Judgment of 28 September 1995, paras. 17, 38. Oysa aynı dönemde yine İtalya'ya karşı açılan benzer konulu davalarda Mahkemenin ihlal kararı vermediği biliniyor.

1915 *Poltorachenko v. Ukraine*, App. No. 77317/01, Judgment of 18 January 2005, para. 45.

1916 *Doğan and others v. Turkey*, App. No.8803-8811/02, 8813/03 and 8815-8819/02, Judgment of 29 June 2004, para.153. Orijinal ifade şöyledir: "However, it observes that in the circumstances of the case the refusal of access to Boydaş had serious and harmful effects that have hindered the applicants' right to enjoyment of their possessions for almost ten years, during which time they have been living in other areas of the country in conditions of extreme poverty, with inadequate heating, sanitation and infrastructure (see paragraphs 14, 57 and 63 above). Their situation was compounded by a lack of financial assets, having received no compensation for deprivation of their possessions, and the need to seek employment and shelter in overcrowded cities and towns, where unemployment levels and housing facilities have been described as disastrous (see paragraph 63 above)."

1917 *Wasa* davasında başvurucular servet vergisi tarhiyatının **P1-1**'e içkin olan hakkaniyet, ölçülülük, hukuki belirlilik ve ayrımcı olmama unsurlarına aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Komisyon bu iddiayı zikretmekle birlikte spesifik bir değerlendirme yapmamıştır. Dolayısıyla AİHK'in zımnen **P1-1**'in ayrımcılık ve hakkaniyet unsurlarını içerdiğini kabul ettiği sonucuna varılabilir. Bkz. *Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden*, App. No.13013/87, Admissibility Decision of 14 December 1988, **DR Vol. 58**, sf:163-185, para.1 (The Law Bölümü).

Örneğin, yukarıda çeşitli vesilelerle değinilen *Kjartan Asmundsson* davasında ayrımcı motifin adil dengenin kurulup kurulmadığına etkisi farkedilmektedir. Bu davada başvurucu, iş kazası sonrasında % 100 iş göremez raporu alan ve bu sebeple kendisine malüllük aylığı bağlanan bir denizcidir. Hükümet sosyal politikalarında yaptığı değişiklikle malüllük ölçütlerini değiştirmiş ve başvurucu bu yeni ölçüt uyarınca malüllük statüsünden çıkarılmıştır. Bunun sonucu olarak başvurucunun malüllük aylığı kesilmiştir. Ancak ortada malülük aylığı kesilmeyen bir grup hak sahibi de bulunmaktadır. Başvurucu toplam 54 malul kişiyle birlikte diğer gruptakilere benzemeksizin hakkından yoksun bırakılmıştır. Fonun yükünü hafifletmek gerekçesi geçerliyse o zaman geride kalan 689 kişinin büyük çoğunluğu neden malullük aylığı almaya devam etmektedir? Üstelik yoksun bırakılanlar, haklarından külliyen yoksun bırakılmışlardır. Bu sebeple **AİHS** Madde 14 anlamında ayrımcı bir motif söz konusudur ve ayrımcılık unsuru **P1-1**'e yapılan müdahalenin ölçülüğünün değerlendirmekte bir unsurdur.[1918]

Bu noktada örnek teşkil edebilecek çok yeni bir ikinci davada ise, benzer konumdaki diğer 91 şirketten farklı olarak internet servis sağlama ruhsatı iptal edilen şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varırken AİHM, ayrımcılık unsurunu açıkça bir ölçüt olarak kullanmıştır. Hükümetin bu ayrımcılığı meşrulaştırmak için geliştirmeye çalıştığı argumanları dosya münderecatına dayanarak savuşturan Mahkeme, diğer gerekçelerle birlikte **P1-1**'in ihlal edildiği bulgusuna ulaşmıştır.[1919]

Bazı davalarda ise, başvurucular bu yönde iddialarda bulunsalar bile AİHM bu iddiaları **AİHS** Madde 14 için yapacağı ayrı incelemeye saklamaktadır. Örneğin, Mahkeme, *National & Provincial Building Society ve diğerleri* davasında başvurucuların ölçülülük aşamasındaki ayrımcı-

---

1918 *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, Judgment of 12 October 2004, para.43. Mahkeme ayrımcılık iddiasını **P1-1**'e yönelik müdahalenin ölçülülüğü aşamasında ele aldığı için, şikayetçinin spesifik olarak Sözleşme Madde 14 çerçevesinde dile getirdiği argumanları ayrıca incelemeye gerek görmemiştir (paras.46-47). *Kjartan Asmundsson* hükmümün esin kaynağı *The National Federation of Self-Employed* (App. No. 7995/77, Admissibility Decision of 11 July 1978, **DR Vol. 15**, sf:198-202 özellikle 202) kararında ise Komisyon Madde 14 çerçevesindeki ayrımcılık iddialarını ayrı bir başlık altında incelemiştir. Ayrıca bkz. *Strain and others v. Romania*, App. No. 57001/00, Judgment of 21 July 2005, paras. 58-59.

1919 *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, paras. 75-78. Mahkeme ayrımcılık iddiasını **P1-1**'e yönelik müdahalenin ölçülülüğü aşamasında ele aldığı için, şikayetçinin spesifik olarak Sözleşme Madde 14 çerçevesinde dile getirdiği argumanları ayrıca incelemeye gerek görmemiştir (para.80). İlginç bir not olarak eklenmelidir ki, AİHM, ayrımcılık unsurunu müdahalenin ölçülülüğü aşamasında ilk kez kullandığı ve hemen bir üstteki paragrafta ele alınan *Kjartan Asmundsson* hükmüne hiç gönderme yapmamıştır.

lık iddialarını, öyle yapacağını açıkça vurgulayarak, Madde 14'e ilişkin spesifik başlık altında ele almıştır.[1920]

Ayrımcı motif başlığı altında uluslararası yatırım hukukunda da benzeri bir standardın yer aldığını hatırlatmak gerekir. Yatırıma Devlet tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak el atıldığında, bu müdahalenin keyfi ve ayrımcı olmaması beklenir. Bu uluslararası yatırım hukukunun yerleşik standardı olduğu gibi[1921], bazı iki taraflı yatırım andlaşmalarınca ayrıca normatif olarak düzenlenmiştir.[1922] Buna göre, **P1-1** ile uluslararası yatırım hukukunun bir de ayrımcılık faktörü açısından etkileşimde bulunmaları mümkündür.[1923]

g) Ekonomik/Ticari Risk

P1-1'in uygulanabilirliği alanında, özellikle meşru beklenti kavramına ihtiyaç duyulan hallerde, ekonomik hayatın risklerinin önleyici rolünden bahsedilmişti. Mülkiyet hakkı ağırlıklı olarak ekonomik bir değere ilişkin olduğuna göre, aynı ekonomik risk müdahalenin ölçülülüğünde neden rol oynamasın? Nitekim ekonomik ve ticari hayatın riskleri, bazı davalarda müdahalenin ölçülülüğünü belirlemekte etkili bir gösterge olabilir.[1924]

Satın aldıkları tarım arazisinin tarımsal verimliliğin sürdürülmesi amacıyla daha düşük bir fiyata idari makamlara vermek zorunda kalan başvuruculaın açtığı davada Mahkeme, başvuruculaın böyle bir idari müdahale riskinin farkında olduklarını ve bu sebeple buna katlanmak durumda kaldıklarına karar vererek **P1-1**'in ihlal edilmediğine hükmetmiştir.[1925] Maden işletme ruhsatının çevrenin korunması adına iptali/ye-

---

1920 *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, Judgment of 23 October 1997, paras.81 *in fine*, 84-92. Daha önce olarak aynı yaklaşım için bkz. *A., B., C. and D. v. the United Kingdom*, App. No. 8531/79, Admissibility Decision of 10 March 1981, **DR Vol. 23**, sf:203-211, özellikle 209-211.

1921 Uluslararası yatırım hukukunda ayrımcılık yasağı, aynı hukuki pozisyondaki/statüdeki kişilerin, yabancı veya yatırımı misafir eden Devletin vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın eşit mumamele görmesi gereğini ifade eder. Bu tanım, UİHH hukukunda çeşitli belgeler ile yasaklanmış ırksal, dinsel ve diğer bir tür ayrımcılığı da kapsayacaktır. Tanım ve bilgi için bkz. Toluner, **a.g.e.**, sf:69-81; Sornarajah, **International Law on Foreign Investment**, sf: 318-320; Franck, **a.g.e.**, sf: 470-472.

1922 Örneğin bkz. *Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007, paras. 2, 260-262'de zikredilen Türkiye-ABD arasındaki 3 Aralık 1985'te imzalanan ve 18 Mayıs 1990 tarihinde yürürlüğe giren iki taraflı yatırım andlaşması.

1923 Ayrıca bkz. *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of 16 December 2002, paras. 181-184.

1924 Krş. Arai-Takahashi, **a.g.e.**, sf:163. Ayrıca bkz. Sarı, **a.g.e.**, sf: 58.

1925 *Hakansson and Sturesson v. Sweden*, Judgment of 21 February 1990, paras.53, 55.

nilenmemesinin mülkiyet hakkının ihlali olduğu ileri sürülen *Fredin* davasında Mahkeme, başvurucuların yaptıkları yatırımın riskini üstlenmesi gerektiğinden hareketle ve kamu makamlarının yatırımcılara üç yıllık bir tasfiye süreci vermesini dikkate alarak **P1-1** ihlalinin gerçekleşmediğine hükmetmiştir.[1926]

Meşru beklenti kavramının önemli bir yer işgal ettiği ünlü *Pine Valley* davasında ekonomik/ticari risk faktörü son derece belirgindir.[1927] Bu davada başvurucular imar planında hafif sanayi tesisleri imarına açıklık bakımından ön izne sahip olan bir taşınmazı satın almışlardır. İmar planında yapılan değişiklikle başvurucular imar izni alamamış ve sonra ulusal yargı makamlarının kararlarıyla ön imar izni geçersiz addedilmiştir. Bu sebeple taşınmazın değeri düşmüştür. Mahkeme başvurucuların ticari girişim oldukları ve bunun niteliği gereği risk unsurunu içinde barındırdığı cihetiyle yetkili yerel idarenin imar planınında değişiklik yapabileceğinin farkında olduklarını kabul etmiştir.[1928] Dolayısıyla mülkiyet hakkı ihlal edilmemiştir.[1929]

Pine Valley davasıyla içtihada giren ticari risk faktörü 1995 tarihli *Gasus Dosier* davasında kendini tekrar göstermiştir. Adı geçen davada başvurucu tüzel kişi ticari şirket, bir başka şirkete mülkiyeti muhafaza kaydıyla sattığı bir iş makinesini nihai olarak iflas idaresinden almak is-

---

1926 *Fredin v. Sweden*, App. No.12033/86, Case No.29/1989/189/249, Judgment of 18 February 1991, Series A No. 192, paras.52-54.

1927 Ayrıca bkz. James Kingston, "*Rich People Have Rights Too? The Status of Property as a Fundamental Right*", **Human Rights: A European Perspective**, ed. Liz Heffernan with James Kingston, The Round Hall Pres, Dublin, 1994, sf:284-298, 294-295; Helen Mountfield, "*Regulatory Expropriations in Europe: The Approach of the European Court of Human Rights*", **New York University Environmental Law Journal**, Vol.11, 2002, sf:136-147, 145-146.

1928 Komisyonun nihai raporu da bu konuda son derece açıktır. *Pine Valley Developments Ltd. and others v. Ireland*, App. No.12742/87, Commission Final Report of 6 June 1990, para. 86 ("the purchase of land with a view to commercial development involves a strong element of risk and speculation.").

1929 *Pine Valley Developments Ltd. and others v. Ireland*, App. No.12742/87, Judgment of 29 November 1991, paras.59, 60. Doktrinde bu karar hakkında bilgi veren Dinç, **a.g.e.**, sf:130'da, Mahkemenin mülkiyet hakkı ihlali bulduğunu yazmıştır. Dinç'in orijinal ifadesi şöyledir: "Başvurucunun sanayi geliştirme çerçeve planındaki izne dayanarak 1978 yılında satın aldığı taşınmazla ilgili planın, 1982 yılında Yüksek Mahkeme'ce iptali, mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir". Yazar bu ifadesinin sonunda Monica Carss-Frisk'in eserinin (**a.g.e.**) 13 ve 14. sayfalarına atıf yapmaktadır. Ana metinden anlaşılacağı üzere Mahkeme *Pine Valley* kararında mülkiyet hakkının **ihlali olmadığına** hükmetmiştir. Nitekim Monica Carss-Frisk'in konuya ilişkin ifadeleri **P1-1**'in olayda meşru beklenti kategorisi altında uygulanabilir olup olmadığı hakkındadır; ihlal olup olmadığı hakkında değildir. Yalnız belirtmek gerekir ki AİHM, bu davada **AİHS**'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen **Madde 14'ün ihlal edildiğine** hükmetmiştir (para. 64).

temiştir. Müdahalenin kamu yararı veya genel yarar güttüğünde hiç şüphe etmeyen ve *Pine Valley* kararına atıf yapan AİHM'ne göre, başvurucu şirket ticari faaliyetle iştigal ettiği için niteliği gereği belirli bir riskle karşı karşıyadır. Mahkeme somut olayın koşullarında başvurucu şirketin bu risklerin farkında olduğunu düşünmektedir. Mahkeme ayrıca başvurucu şirketin müflis şirkete kredi vermeyebileceğini, peşin para karşılığı satış yapıp mülkiyeti müflis şirkete geçirebileceğini veya hiçbir surette satış yapmayabileceğini not etmektedir. Bu tip önlemler veya tercihler riski ortadan kaldıracaktı.[1930] Bu tip önlemlere ilaveten Mahkeme başvurucu şirketin sigorta veya banka güvencesi gibi ek teminatlar alarak riski üçüncü şahıslara yükleyebileceğini de vurgulamıştır.[1931]

Kefile başvururak kredi alacağını tahsil etmeye çalışan köklü bir İskoç Bankasının bu talebinin, kefalet sözleşmesi kurulurken aranmayan bir koşulun İngiliz Yüksek Mahkemesince sonradan getirilmesi ve bu sebeple kefalet sözleşmesinin geçersizliğine karar verilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasını kabuledilemez ilan ederken Komisyon, Bankanın iyi niyet ilkesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ve bu yükümlülüklerinin yargısal süreçle artabileceğini bildiğini veya biliyor olması gerektiğini vurgulamıştır.[1932]

İki özel hukuk kişisi arasındaki özel hukuk sözleşmelerine kanuni düzenlemelerle müdahale edilmesi halinde alacaklının alacağından yoksun bırakılmasında ticari risk faktörü önemli rol oynamaktadır. Örneğin *Back* kararında AİHM, somut vakada alacaklının borçlunun ödeme güçlüğü içine düşecebileceği riskini ve giderek iflas edebileceğini hesaplayabilecek pozisyonda olduğunu not ederek buna göre tasarrufta bulunması gereğine dikkat çekmiştir. Ulusal yargı yerlerinin usuli güvencelere özen gösterdiğini not eden Mahkeme, ticari risk faktörünü ön plana çıkartarak mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.[1933]

1930 Ayrıca bkz. McBride, **The Right to Property**, sf: 44; Werlauff, **a.g.m.**, sf: 125, 135-136.

1931 *Gasus Dosier- und Fördertchnik GmbH v. Netherlands*, Judgment of 23 February 1995, para.70. Karara muhalefet şerhi ekleyen yargıç Foighel mülkiyet hakkı sahibi üçüncü kişinin iş yaptığı kişinin vergi borçlarını bilemeyeceği ve bilmesinin beklenemeyeceğini ileri sürmüştür. Muhalif yargıca göre, üçüncü kişinin başka bir Devletteki vergi bilgilerine ulaşması çoğu halde cezai müeyyidelere bağlanarak imkansız kılınmıştır. Bu şerhe yargıçlar Russo ve Jungweirt de katılmıştır (bkz. Dissenting opinion of Judge Foighel, Joined by Judges Russo and Jungweirt, para. 5/in fine.).

1932 *The Governor and Company Bank of the Scotland v. the United Kingdom*, App. No.37857/97, Admissibility Decision of 21 October 1998. Yalnız belirtmek gerekir ki, AİHK kararında açıkça risk ölçütüne yer vermemiştir. Zaten zikredilen kararın asıl özelliği, özel hukuk kişileri arasındaki mülkiyet uyuşmazlıklarında Devletin sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususudur. Karar hakkında ayrıntılı bilgi, söz konusu bahiste verilmiştir.

1933 *Back v. Finland*, App. No. 37598/97, Judgment of 20 July 2004, paras. 62, 64-67.

Dikkat edilirse, yukarıda zikredilen kararların ticari-ekonomik alandaki faaliyetlere ilişkin müdahalelerle ilgili olduğu görülmektedir. Bazı davalarda ise bir sektörün toptan kapatılması sonucunu doğuran müdahaleler gözlemlenebilmektedir. *Pinnacle* davasında durum budur. Kelle işleme sektörü hijyen gerekçesiyle Hükümetçe kapatıldığı için bu alanda faaliyet gösteren işletmelerin *goodwill*'inin **P1-1** çerçevesinde ihlal edilip edilmediğine ilişkin kararda Komisyona, başvurucuların *goodwill*'ine yönelik müdahele mülkiyetten yoksun bırakma değil ve fakat bunun kontrolü niteliğinde olduğu saptaması yapmıştır. Komisyon mülkiyetin kontrolü niteliğindeki müdahalenin ölçülülüğü bakımından işletme *goodwill*'inin satın alınmasında alıcıyla satıcı arasındaki ilişkinin, diğer malvarlığının kıymet takdiri, sektör bakımından önemli olan hastalıklar hakkındaki bilimsel bilgi gibi birçok faktörün rol oynayacağını vurgulamıştır. Somut olay özelinde başvurucuların halen işletmelerinin taşınırlarına sahip olduklarını ve bunların yeni veya benzer sektörlerde kullanılabileceğini veyahut satılabileceğini nazara alan AİHK, başvurucuların belirli ölçüde tazminat almış olmalarını da hesaba katarak bir sektörün tamamen kapanması niteliğine olan müdahaleyi ölçülü bulmuştur.[1934] Ateşli silah sektörünün büyük ölçüde daraltılmasına dair çok sayıda uyuşmazlıkta da AİHM benzer muhakemeyi takip etmiş ve *Fredin* kararına da atıfla müdahaleleri ölçülü addetmiştir.[1935]

Allard kararında Mahkeme başvurucunun paylı mülkiyete tabi arazi üzerinde ulusal mevzuatın aradığı koşulları karşılamadan (olayda diğer paydaşların rızası) konut inşa etmesindeki risklerin farkında olmak durumunda olduğunu not etmiştir.[1936] Bununla birlikte Mahkeme başvurucunun katlanmak zorunda olduğu ve fiilen gerçekleşen riski belirleyici faktör olarak benimsememiş ve olayda diğer faktörlerin etkisiyle mülki-

---

1934 *Pinnacle Meat Processors Company and 8 others v. United Kingdom*, para.1 (The Law).

1935 Bkz. *Ian Edgar (Liverpool) Limited v. the United Kingdom*, App. No.37683/97, Admissibility Decison of 25 January 2000; *Denmark Limited and 11 others v. the United Kingdom*, App. No.37660/97, Admissibility Decision of 26 September 2000; *C.E.M. Firearms Limited and Bradford Shooting Centre and 11 Others v. the United Kingdom*, App. Nos.37674/97 and 37677/97, Admissibility Decision of 26 September 2000; *A.G. Wise and Others v. the United Kingdom*, App. No.37972/97-37666/97 and 37671/97-37977/97-37981/97-38909/97, Admissibility Decision of 26 September 2000.

1936 *Allard v. Sweden*, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 55 ("The consent of the other owners was not obtained and, as noted by the Government, the building project therefore failed to comply with the legal requirements under the 1904 Act. Moreover there had apparently been disagreements between the joint owners as to the management of the estates. Thus, the applicant and her mother cannot reasonably have been unaware that, by building the house without having secured the required consent of the other owners, they risked certain legal consequences.").

yet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[1937] Bu karar bakımından gündeme gelen riskin ekonomik ve ticari hayattan kaynaklanmadığını ayrıca not etmek gerekir – ki bu durum *Allard* kararını bu başlık altında ele alınan diğer kararlardan kısmen ayırmaktadır.

Risk faktörü *goodwill* merkezli ama bir sektörün kapanmasıyla ilgisi olmayan uyuşmazlıklarda kendini yer bulabilmektedir. *Olbertz* kararında iki Almanya'nın birleşmesinden önce Demokratik Alman Cumhuriyetinde vergi danışmanlığı mesleği icra etme iznini almış bulunan başvurucunun iki Almanya birleştikten sonra yürürlüğe giren yeni kanuni düzenlemeler uyarınca bu imtiyazının kaldırılmasının **P1-1**'i ihlal etmediğine karar verirken Mahkeme, başvurucunun mesleğini icra etme iznini Doğu Almanya'da almakla farkında olduğu ya da farkın olması beklenen bir risk aldığını ve yeni düzenlemeler çerçevesinde mesleğini icra edebilmek için gerekli sınavlara girmek imkanını kullanmadığını gözetmiştir. Tabi bu davada, tazminat verilmeksizin mesleksiz kalmasını meşrulaştıran asıl gerekçe, iki Almanya'nın birleşmesinin yarattığı istisnai ve "biricik" koşullardır.[1938]

Başvurucunun katlanmak zorunda olduğu ticari riskin ölçülülük üzerindeki rolü fikri mülkiyet uyuşmazlıklarında da görülebilmektedir. *Paeffgen* davasında AİHM başvurucu şirketin, tescilli alan adlarının ulusal yargı yerlerince kullanmaktan men edilmesini **P1-1**'e uygun bulurken şirketin ulusal alan adı sağlayıcısıyla yaptığı sözleşmenin içeriğine bakmıştır. Söz konusu alan adı sözleşmesi uyarınca alan adı sahibi, alan adlarının tescil ve kullanımının üçüncü kişilerin haklarına zarar vermediğini teyit etmiştir. Ayrıca alan adı üzerine tescillenen şirket, söz konusu sözleşme uyarınca, alan adlarının üçüncü kişilerin hali hazırda mevcut fikri mülkiyet haklarıyla çatışabileceği riskinin farkında olarak mütalaa edilmek durumundadır. Ulusal alan adı sağlayıcı, alan adlarının tescilinin, üzerine tescil edilen şirketi üçüncü kişilerden gelebilecek taleplerden bağışık kılmayacağına dair açık bildirimde bulunmuştur. Bunlara ek olarak, başvurucu şirket, kendisinin alan adlarının, üçüncü kişilerin marka ve isim haklarına zarar vermeksizin kullanılabileceği daha az kayıtlayıcı bir alternatif sunamamıştır. Bütün bu sebeplerle, başvurucun hakları ile genel yarar arasındaki denge sağlanmış olup şikayet açıkça temelsizdir.[1939] Bu kararda ticari riskin yanı sıra, daha doğrusu onun bir

---

1937 *Allard*, paras. 56-61.

1938 *Olbertz v. Germany*, App. No.37592/97, Admissibility Decision of 25 May 1999, para.1 (The Law).

1939 *Paeffgen GMBH v. Germany*, App. Nos.25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, Admissibility Decision of 18 September 2007, özellikle para.1 (The Law).

unsuru olarak özen yükümlülüğü ölçütü varlığını hissettirmektedir; zira başvurucu şirket, tescil talebinde bulunduğunda alan adlarının tescil ve kullanımının üçüncü kişilerin haklarına zarar vermediğini teyit etmişti.

Ticari risk faktörüne müdahalenin ölçülü olup olmadığının saptanmasında AİHM'ce biçilen rol, ICSID tahkim yargısının yaklaşımıyla örtüşmektedir. ICSID mahkemesine göre, iki taraflı yatırım sözleşmeleri kötü ticari ve işletme kararlarını telafi edecek bir sigorta poliçesi değildir. Bu sebeple, bir yatırımda mündemiç ticari risk Devletin sorumluluğunu doğurmaz ve yatırımcı tıpkı piyasadaki diğer oyuncuların yaptığı gibi, ticari riskin sonuçlarına katlanmak zorundadır.[1940] Buna göre, AİHM'in mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğünün bir göstergesi olarak ticari risk faktörüne yer vermesi uluslararası yatırım hukuku ilkeleriyle uyum içerisindedir.[1941]

h) Başvurucunun Özeni

Hazır başvurucunun özen yükümlülüğüne değinmişken, bu yükümlülüğün belirleyici bir gösterge olarak bir müdahalenin ölçülülüğünün saptanmasında kullanıldığını gösteren kararlara göz atılması yerinde olur.

Ölçülülük incelemesinde başvurucunun özen yükümlülüğü Mahkeme tarafından bir unsur olarak açıkça zikredilmiştir. *AGOSİ* davasında Mahkeme, öncelikle, Sözleşmeci Devletlerin ulusal hukuklarında kaçak malların müsaderesinde mal sahibinin iyi niyetine ve masumiyetine önem verilmeye başlandığını not etmektedir. Ancak bu eğilim (*trend*), farklı standartların uygulanıyor olduğunu ve ortak bir uygulama bulunmadığını gerçeğini bertaraf edecek seviyede değildir. Mahkeme devamla, adil bir dengenin kurulup kurulmadığını tayinde mülkiyet hakkı sahibinin davranışına bakılacağını söylemektedir. Aranacak unsur, hak öznesinin kusur veya özen derecesidir (*degree of fault or care*).[1942] *AGOSİ* vakası vesilesiyle, suçun önlenmesi amacıyla mülkiyete yapılan müdahalelerde malikin özenine özel bir ağırlık verildiğini söylemek mümkündür. Şu hususu da ayrıca eklemek gerekir ki, bu tip davalarda malikin özeni, ulusal hukukta özellikle ulusal yargı organları tarafından sağlanan usu-

---

1940 *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of 13 November 2000, para. 64. Bu vakadaki hakemlerden birisi, çok ünlü bir insan hakları hukukçusu olan ve halen UAD yargıcı olarak (ABD kontenjanından) görev yapmakta olan Thomas Buergenthal'dir.

1941 Ayrıca bkz. *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of 16 December 2002, para. 112. Bu kararda yatırım andlaşmasının sağladığı korumanın ticari riskleri kapsamadığı değerlendirilmesi yapılmıştır.

1942 *AGOSI v. the United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, para.54.

li güvencelerle birlikte ele alınmalıdır.[1943] Eğer yeterli usuli güvence yok ise, malikin özensizliği belirleyici olmayabilir. Bu noktada işlendiği iddia edilen veya işlenmesinde farkında olunmadan rol oynanan suçun ağırlığı, dikkate alınması gereken bir faktördür. Kabahat niteliğindeki suçlarda veya özü itibariyle suç olmayıp usuli gereklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan müdahalelerde malikin özensizliği ikinci planda kalabilecekken[1944], örneğin büyük miktarda uyuşturucunun söz konusu olduğu ağır ve örgütlü suçlarda, suçun işlenmesinde doğrudan bir rolü olmasa bile malikin özensizliği ön plana çıkabilir.[1945]

İmar planı değişikliği kaynaklı çok sayıda uyuşmazlığın çözümünde AİHM'in başvurucunun özenli davranmasına önem verdiği görülüyor. Genellikle kontrol tipi müdahale olarak mütalaa edilen ve mülkiyetin başvurucuda kalmaya devam ettiği bu tip vakalarda Mahkemenin başvurucunun, yeni plan çerçevesinde hakkını ulusal makamlar önünde aramasını beklediği anlaşılıyor. Örneğin imar planı değişikliği sonucunda sahip olduğu arazide yapabileceği inşaat kısıtlanan başvurucu, bu kısıtlama karşısında kendisine tazminat verilmediğinden yakınmıştır. AİHM ise, başvurucunun yeni imar planı çerçevesinde yapılaşmayı sürdürmek için yetkili ulusal makamlar önünde gerekli izinleri almak yönünde bir çaba göstermediğini saptayarak, mülkiyetin halen başvurucu üzerinde kalmasının ve daha önemlisi inşaat yasağının külli olmayıp son derece az olmasının da etkisiyle mülkiyet hakkının ihlal edilmediğini bulgulamıştır.[1946] Benzer mülahazalar, kadastro çalışmasıyla sahip oldukları arazinin vasfı değiştirilen ve imar izin talepleri reddedilen kişilerin şikayetleri bakımından da geçerlidir. Böyle hallerde AİHM'in beklentisi, başvuruculaların şikayetçi oldukları tasarruflara karşı ulusal hukuk nezdinde ve bu hukuk çerçevesinde girişimlerde bulunmalarıdır.[1947]

1943 *Air Canada v. the United Kingdom*, Case No. 9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995; *Yıldırım v. Italy*, App. No. 38602/02, Admissibility Decision of 10 April 2003.

1944 Bkz. *İsmayilov v. Russia*, App. No. 30352/03, Judgment of 6 November 2008, para. 35. Ayrıca bkz. ve krş. *Grifhorst v. France*, App. No. 28336/02, Judgment of 26 February 2009.

1945 Bkz. *Air Canada v. the United Kingdom*, Case No. 9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995, paras.6, 41, 47-48.

1946 *Katte Klitsche de la Grange v. Italy*, App. No.12539/86, Judgment of 27 October 1994, Series A No. 293-B, paras. 46-48. Krş. *Pialopoulos and others v. Greece*, App. No. 37095/97, Judgment of 15 February 2001, para. 59. Bu ikinci vakada Mahkeme, *Katte Klitsche de la Grange* içtihadına atıf yaparak, başvuruculaların yetkili ulusal makamlar önünde gerekli izinleri almak yönünde bir çaba göstermemiş olmalarının, muhatap Hükümet savunmasında belirtmese bile, şikayetlerinin esasını etkileyebileceğini ve fakat somut olayda durumun böyle olmadığını vurgulamıştır.

1947 *Ansay and others v. Turkey*, App. No. 49908/99, Admissibility Decision of 2 March 2006.

Kazandırıcı zamanaşımı kurumunu işleten üçüncü kişiye karşı asıl malikin 12 yıllık hak düşümü süresine tabi tutulmasının **P1-1**'e uygunluğunun tartışıldığı *Oxford* davasında Hükümet, kişinin kendi ihmaline (negligence) veya dikkatsizliğine (inadvertence) karşı bir koruma ödevinin (duty) bulunmadığını ileri sürmüştür. Büyük Daire, üçüncü kişinin araziyi nizasız ve fasılasız şekilde kullanmasından kaynaklanan mülkiyetin nakli şeklindeki müdahalenin ölçülü olduğuna karar vermiştir. Bu karara varırken, başvuruculaların haklarının güvence altına almak için pek az çaba gösterdiklerini özellikle vurgulamıştır. Bu hususa Dördüncü Daire tarafından önem verilmemişti.[1948] Hak düşümü süresine uymamış tarafça tazminat talebinin dile getirilmesi, hukuki belirlilik amacı güden hak düşümü süresinin mantığına aykırıdır. Başvurucular usuli korumadan yoksun da değillerdi. Kazandırıcı zamanaşımının işlediği süreçte açacakları bir davayla süreyi kesebilirlerdi.[1949] Bu karardan açığa çıkan sonuç, AİHM'e göre bir başkası adına tapuda kayıtlı taşınmazlar bakımından 12 yıllık kazandırıcı zamanaşımı süresini **P1-1**'e aykırı bir yönünün olmadığıdır.[1950] Elbette, gerekli usuli güvencelerin mevcut bulunması gereklidir. Bununla beraber, daha uzun bir kazandırıcı zamanaşımı süresi **P1-1**'i ihlal etmeyecektir. Bu demektir ki, AİHM'in *Oxford* kararı Devletlerin daha uzun bir kazandırıcı zamanaşımı süresi belirlemelerine engel teşkil etmemektedir.[1951]

1948 *J. A. Pye (Oxford) LTD v. United Kingdom*, App. No. 44302/02, Former Fourth Section Judgment of 15 November 2005, paras. 74-76. Dördüncü Daire'ye göre, başvuruculaların dikkatsizliği kendileri için olumsuz bir sonuç doğurmamaktadır. Asıl etkili olan kanun hükümleridir. Daha önemlisi, şikayet konusu hükümler, 2002 yılında değiştirilmiştir. Gerçi kanun değişikliği, önceki düzenlemenin zorunlulukla Sözleşmeye aykırı hale geldiğini göstermez; yine de ölçülülüğün değerlendirilmesinde bu değişikliklerin mantığı rol oynayacaktır. Sonuç olarak, başvuruculara mülkiyetlerinden yoksun bırakan kanun hükümleri bireysel ve aşırı bir külfet yüklemekte ve kamu yararının gerekleri ile başvuruculaların mülkiyetlerinden barışçıl şekilde yararlanması hakkı arasında adil bir denge kuramamaktadır.

1949 *J. A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. United Kingdom*, App. No. 44302/02, GC Judgment of 30 August 2007, paras. 78-80. Bu kararın teyidi için bkz. *Topplan Estates LTD v. United Kingdom*, App. No.15642/05, Admissibility Decision of 29 April 2008.

1950 Hal böyle olunca, Türk hukuk literatüründe **TMK**'nın tapulu taşınmazlar için öngördüğü yirmi yıllık zamanaşımı süresinin mülkiyet hakkına aykırı olduğunu düşünen yazarların görüşleri insan hakları açısından tartışmalı hale gelmektedir. Bu görüşü savunan Uluç, 2008 yılında yayımlanan makalesinde **P1-1**'i açıkça zikretmesine rağmen, burada yer verilen AİHM kararlarını hiç ele almamıştır. Hal böyle olunca, insan hakları hukuku açısından yazarın görüşleri eksik incelemeye dayanmış olmaktadır (bkz. Yusuf Uluç, "Kazandırıcı Zamanaşımı Zilyetliğine Dayanılarak Taşınmaz Edinme ve Koşulları (TMK m. 713/1-2)", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 34, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2008, sf:5-40, özellikle 37-38).

1951 Grotius diyor ki, zamanaşımının geçerli olabilmesi için bir şeyin hatırlanmayacak ölçüde uzun şekilde elde bulundurulması, kesintiye uğramaması ve yargıya götürülmemiş olması lazım, **a.g.e**, Bölüm IV, para. 9, sf:78.

Işık davasında askeri güvenlik bölgesinde askeri makamlardan izin almadan yaptığı ve tapu aldığı evi yıkılan başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını kabuledilemez bulurken Komisyon, başvurucunun ulusal hukuka göre alması gereken imar iznini almadığını saptayarak hatalı davrandığı sonucuna varmıştır. Bu noktada Komisyon, Mahkemenin *AGOSİ* hükmünü hatırlatmaktadır.[1952]

Phocas davasında da başvurucunun özensizliği ve ihmalkârlığı AİHM'i müdahelenin ölçülü olduğu sonucuna götürmüştür. Bu karar özelinde başvurucunun özen yükümlülüğünün, şikayetini yetkili yargı makamları önünde dile getirmek olduğunu not etmek gerekir.[1953]

Bazı ticari uyuşmazlıklarda başvurucunun özeni ölçütü, müdahalenin ölçülüğünün tespitinde son derece önemli bir gösterge olarak rol oynayabilmektedir. *Tre Traktörer* davasında başvurucu lokanta işletmecisi şirketin alkollü içki satmak için gerekli ruhsatı, lokanta düzgün işletilmediği gerekçesiyle iptal edilir. Mahkemeye göre alkollü içki satma ruhsatının iptali bu ekonomik yararlara ve giderek mülkiyete müdahale oluşturmaktadır[1954], ancak bu müdahale işletmecinin lokantayı mevzuata uygun şekilde çalıştırmamasından kaynaklanmakta ve satış ruhsatlarının iptalinin tutarlı bir Devlet siyasası olarak içki tüketiminin azaltılması amacıyla yapılmış olması sebepleriyle başvurucuya aşırı bir külfet yüklememektedir.[1955]

Başvurucunun özeni göstergesi farklı özel hukuk öznelerinin haklarının karşı karşıya geldiği hallerde de uygulanma alanı bulabilir. Örneğin ev sahipleri ile kiracıların haklarının karşı karşıya geldiği olaylarda dengenin sağlanmasında başvurucunun özeni unsuru rol oynayabilecektir. Aile büyüklerinin kullanması amacıyla, sahip oldukları ve kendilerinin de oturduğu binadaki bir dairede yaşayan kiracıların tahliyesi için ev sahiplerinin ihbar bildiriminde bulunmalarını sınırlayan mevzuatın ve buna bağlı ulusal yargı kararlarının **P1-1**'e uygunluğunun tartışıldığı bir davada bu unsura yer verildiğini gözlemlemek mümkündür. Ev

---

1952 *Cevat Işık v. Turkey*, App. No., 24128/94, Admissibility Decision of 29 November 1995, para. 1 (The Law). AİHK'in daha benzer konulu *Katte Klitsche de la Grange* hükmüne yollama yapmaması ise ilginçtir.

1953 *Phocas v. France*, App. No.17869/91, Judgment of 23 April 1996, para.60. Ayrıca bkz. Sarı, **a.g.e.**, sf: 58.

1954 *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, Judgment of 7 July 1989, paras.42, 43, 53.

1955 *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, App. No.19873/84, Case No. 4/1988/148/202, Judgment of 7 July 1989, Series A No. 159, paras.61-63. Bu karar içtihat olmuş ve aynı şikayeti içeren çok sayıda vaka kabuledilemez ilan edilmiştir (örneğin bkz. *Wasagrillen Knut Nylund AB v. Sweden*, App. No. 11899/85, Partial Admissibility Decision of 4 October 1989).

sahipleri ile kiracıların haklarının çeliştiğini saptayan AİHK, bu iki çıkar arasında dengeyi sağlarken, başvurucu konumundaki kiracıların, kira sözleşmesini fesh etmek ve kiracıları tahliye etmek yerine, somut olaydaki verilere dayanarak halihazırda boş olan odaları veya kendileri tarafından kullanılmakta olan iki daireden birini aile büyüklerine tahsis edebileceklerine işaret etmiştir. Buradan hareketle de, müdahalenin meşru olduğu kararına vararak şikayeti kabuledilemez ilan etmiştir.[1956] Burada başvurucudan beklenen özen, bir çeşit makul davranma ve katlanma yükümlülüğüdür. Ev sahibi başvurucular, imkanları müsait olduğu için kiracılar bakımından daha elverişli olan çözümleri benimseyebilirlerdi.

Benzer bir hüküm de *Velosa Barreto*'dur. Adı geçen vakada evli ve bir çocuklu olan başvurucu kayın sülalesiyle birlikte kirada oturmaktadır. Kendisine ebeveynlerinden miras kalan bir daireye taşınmak istemişse de, söz konusu dairede uzun yıllardır bir kiracı oturduğu için ulusal makamlar kendisinin acil bir ihtiyacı olmadığı gerekçesiyle tahliye talebini reddetmiştir. Ulusal makamlara göre, başvurucu, kayınlarıyla mutlu mesut geçinmediğine dair bir veri sunamadığı gibi, uyuşmazlık sırasında hali hazırda oturduğu evi paylaştığı sülale fertlerinin bazıları taşınmıştır. Şikayet AİHM önüne geldiğinde, her ne kadar başvurucu **P1-1**'in ihlal edildiğini savlamadıysa da, Komisyon *re'sen* olayı aile yaşamına saygı gösterme hakkının yanı sıra mülkiyet hakkı eksenine oturtmuştur. Gelgelelim, gerek AİHK gerekse de AİHM, ulusal mevzuatın kiracıların tahliyesi için ev sahipleri bakımından öngördüğü acil ihtiyaç kriteri, kiracıların korunması amacı taşıyan ve son tahlilde ülkenin ekonomik refahını sağlamaya ve başkalarının haklarını korumaya yönelik bir müdahalenin meşru bir amaç güttüğüne ve ulusal makamların söz konusu kanun hükümleri değerlendirirken keyfi karar verdiklerine dair bir emare olmadığı gerekçesiyle hem **AİHS** Madde 8'in hem de **P1-1**'in ihlal edilmediğine karar vermişlerdir.[1957] Tıpkı hemen bir önceki paragrafta ele alınan vakada olduğu üzere, başvurucudan müsait imkanlarını zorlamaması, mevcut duruma katlanması istenmektedir.[1958]

Başvurucunun özeni göstergesinin aile hukuku kaynaklı meselelerde de çıkarları karşı karşıya gelen özel hukuk özneleri arasında bir den-

---

1956 *Z. and E. v. Austria*, App. No. 10153/82, Admissibility Decision of 13 October 1986, **DR Vol. 49**, sf: 67-76, özellikle 75-76 ve para. 5 (The Law).

1957 *Velosa Barreto v. Portugal*, App. No., 18072/91, Judgment of 21 November 1995, paras. 29-31, 37-38.

1958 İki noktaya temas etmek gereklidir. Birincisi, *Velosa Barreto* kararında *Z. and E. v. Austria* kararına atıf yoktur. İkincisi, çoğunluğa muhalif yargıç Gotchev'in de vurguladığı üzere, başvurucunun ikinci bir çocuk yapmak ve bağımsız bir aile hayatı yaşamak bakımından kiracının oturduğu daireye "acil ihtiyacı" olduğu değerlendirmesi yapılabilirdi (Muhalif Yargıç Gotchev'in şerhi asıl karara eklidir).

ge sağlanmasında rol oynadığı görülüyor. *Lazarev ve Lazarev v. Rusya* davasında uyuşmazlığa konu olan mesele, babanın çocukları üzerine kaydettirdiği evi satmasının Rus aile hukuku uyarınca yetkili kamu makamları tarafından engellenmesidir. Çocukların korunması amacına yönelik bu sınırlamanın **P1-1** karşısındaki geçerliliği bakımından başvurucunun ulusal makamlar nezdindeki girişimleri ölçü alınmıştır. AİHM'e göre, başvurucu fırsatı olmasına rağmen, satıştan gelecek paraların çocuk adına açılan bir banka hesabına aktarılması veya çocuk yararına taahhütname verilmesi gibi çocuğu adına tescilli evin satılması halinde çocuğun haklarının baki kalacağı tedbirler almayı önermemiştir. Bu sebeple, yeterli özeni göstermeyen başvurucuya çocuğu üzerine kayıtlı konutu satmasına izin verilmemesi, mülkiyet hakkını ihlal edecek oranda bir külfet doğurmaz.[1959]

1959 *Lazarev and Lazarev v. Russia*, App. No. 16153/03, Admissibility Decision of 25 November 2005. AİHM bu sonuca ulaşırken sınırlama süresinin çok uzun olmamasını (çocuğun 14. yaşına girmesine kadar geçecek süre - dava tarihi itibariyle yaklaşık 3 yıl) da göz önünde bulundurmuştur.

SONUÇ

Özel Bulgular

Çalışmanın hemen her alt-bölümünde o spesifik konuya ilişkin sonuçlar çıkarılıp değerlendirmeler yapılmıştı. Yine de bazı bulguları özetlemekte fayda var.

Çalışmanın I. Bölümünde kolektivitenin yerli halklar örneğinde mülkiyet hakkı öznesi olarak belirdiği bulgulanmıştır. Bu bulgu UİHH genel teorisinde çok önemli dalgalanmalara yol açacaktır. Zira liberal ideolojiden beslenen UİHH'de kolektiviteler hak öznesi olarak kabul görmezler. Kolektivitenin mülkiyet hakkı, kolektif mülkiyet üzerinde doğmaktadır. Kolektif mülkiyete sahip olan varlık kolektivitenin kendisidir. Kolektivite üyesi bireylerin ortak mülkiyet üzerinde bireysel hakları bulunmamaktadır. Hakkı fiilen kolektivite üyesi bireylerin kullanması hakkın öznesi bakımından bir fark doğurmaz. Buradan hareketle, bu çalışmada ele alınan anlamıyla kolektif hakkın, 70'li yılların ürünü üçüncü kuşak haklardan (dayanışma hakları) ibaret olmadığını söylemek mümkündür. Hakkı kolektif yapan, ona kimin sahip olduğudur. Buna göre, en temel birinci kuşak haklar bile bu çalışmada kullanılan anlamda kolektif hak olarak kabul edilebilir.

Çalışmanın I. Bölümündeki önemli bulgulardan diğeri, kamu hukuku tüzel kişilerinin belirli koşullar altında mağdur olarak AİHM'e mülkiyet hakkı (ve diğer uygun haklar) için başvuru yapabileceklerinin açığa çıkmış olmasıdır. Çalışmada bunun hangi hallerde ve hangi gerekçelerle mümkün olabileceği tartışılmış ve bazı teorik ölçütler geliştirilmiştir. Buna göre, ekonomik alanda rekabete açık bir sektörde faaliyet gösteren kamu tüzel kişileri **AİHS**'de yer alan haklardan ve bu arada mülkiyet hakkından yararlanabilir. Kamu tüzel kişilerinin AİHM'e başvurmasına ilişkin gelişmelerin hızla artacağını öngörmek için kahin olmak gerekmez.

Aynı Bölümde, şirket payı sahiplerinin mülkiyet hakkından hangi koşullarda yararlanabileceğine ilişkin yapılan tartışmalar ve geliştirilmeye çalışılan ölçütler uygulamada sık görülen bir sorunu açıklama ve temellendirme çabası gütmüştür. Paydaşların, paylarına sahip oldukları ticari ortaklığa yönelik zararlardan ötürü kendilerinin ayrıca zarara uğ-

radıkları gerekçesiyle mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmelerinde engel, ünlü "perdeyi kaldırma teorisi"dir. Bu teorinin **P1-1** özelindeki işlevi ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

Çalışmanın II. Bölümü, diğer bölümlere göre oldukça uzundur. Bunun sebebi bellidir: II. Bölüm mülkiyet hakkının konusunun nesneye dair kısmını incelemektedir ve **P1-1**'in uygulanabilirliği gibi temel bir aşamayla ilgilidir. Otonomiyi iflas ettiren zaman duvarına aşağıda değinilecektir. Burada ise Çalışmanın II. Bölümünde önce neyin **P1–1** kapsamında görülebileceği neyin görülmeyeceği konusunda teorik ve soyut düzeyde ilkeler veya ölçütler belirlendiğini ve sonra bu ilke ve ölçütler ışığında somut mülkiyet türlerinin **P1–1** karşısındaki akıbetinin ele alındığı söylenmelidir. **P1-1**'i uygulanabilir kılan üç temel ölçüt tanımlanmıştır: **a)** ekonomik değer oluşturma **b)** manevi değer oluşturma ve **c)** hem ekonomik hem manevi değer oluşturma ölçütleri. Daha sonra bu teorik ilke ve ölçütler özellikle içtihatta netleşmemiş yeni mülkiyet türleri üzerinde denenmiştir.

Çalışmanın II. Bölümünün başında, AİHM'nin mülkiyet hakkı anlayışının, çoğu kez, ulusal hukuklarda yer verilen mülkiyet hakkı anlayışından daha geniş kapsamlı olduğu belirtilmişti. Zaten bütün bir II. Bölüm bunu göstermektedir. Zayıf da olsa otonom kavramlar doktrini sayesinde ulusal hukuklarda mülkiyet hakkı kapsamında görülmeyen bir çok değer **P1-1** mülkiyet hakkı kapsamına girmektedir. Bu noktada, eğer ulusal eşya hukuku terminolojisiyle ifade edecek olursak, **P1-1** mülkiyet hakkının kapsamı ile malvarlığını kapsamı az çok örtüşmektedir.[1960] Ancak Çalışmanın Giriş kısmında açıklandığı üzere, UİHH düzleminde kullanılan terimler ve kavramlar, bunların ulusal hukuklardaki karşılıklarından farklı anlam içerebilmektedir. Dolayısıyla, **P1-1** mülkiyet hakkı denildiğinde, burada geçen "mülkiyet hakkı" ibaresinin kendine özgü bir anlamı olduğu unutulmamalıdır.

Çalışmanın III. Bölümü mülkiyet hakkının içerdiği yetkiler ve bu hakkın kayıtlanmasına problemine odaklaşmıştır. **P1-1**'in kayıtlanması rejiminin önemine aşağıda değinilecektir. Burada belirtilmesi gereken mülkiyet hakkının Devlete hem pozitif hem de negatif yükümlülükler yüklediğidir. Ancak buradaki pozitif yükümlülük diğer haklar bakımından geçerli olanların yanında pek sönük kalmaktadır. Hatta çoğu halde, pozitif yü-

---

1960 Ulusal hukuklarda mülkiyet hakkı ile malvarlığının kapsamı konusunda ayrıntılı ve karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. George L. Gretton, "*Ownerships and Its Objects*", **RabelsZ Bd.** 71 (2007), sf: 802-851. İncelemesinin sonunda yazar, kısa da olsa P1-1'den bahsetmekte ve mülkiyet-malvarlığı meselelerinin artık sırf bir eşya hukuku meselesi olarak görülemeyeceğini vurgulamaktadır (sf: 848-850).

kümlülük ile negatif yükümlülükler iç içe geçmiştir. Bu durumun temel sebebi mülkiyet hakkının diğer haklardan farklı nitelikte olmasıdır. Her ne kadar bu farklılığa aşağıda genel olarak temas edilecekse de, burada söylenmesi gereken **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkının ikili bir ilişki doğurduğudur. Hakkın öznesi ile muhatabı Devlet arasındaki bu ilişki kendilerinin dışında bir üçüncü varlıkla ilgilidir: nesne. Kısacası, **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı, öznesine, bir nesneye hakim olmak hususunda başta Devlet olmak üzere üçüncü kişileri dışarıda bırakma yetkisi vermektedir. Oysa **AİHS**'deki diğer bütün haklar doğrudan birey ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenler. Hal böyle olunca, genel olarak UİHH'deki özel olarak da **AİHS** düzlemindeki negatif-pozitif şeklindeki ayrım ve bunun modern versiyonları, mülkiyet hakkının Devlet bakımından doğurduğu yükümlülükleri açıklamakta pek kullanışlı değildir.

Genel Değerlendirme

Çalışmanın önemli amaçlarından birisi, mülkiyet hakkının etkili olarak korunup korunmadığını açığa çıkartmaktı - ki bilindiği üzere, etkililik ilkesi Sözleşmenin yorumlanmasına ve uygulanmasına hakim en önemli ilkeler arasındadır. Nitekim bu sebeple, **AİHS**'de yer alan hemen hemen her hak, başta AİHM olmak üzere Strasbourg organlarınca mümkün mertebe etkili şekilde uygulanmaya ve yorumlanmaya çalışılıyor.

Gelgelelim, bu ilke **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkı özelinde bir anda geçersiz hale gelmiştir. Çalışmanın bütününden çıkan en net sonuç budur. Gerçi mülkiyet hakkından yararlanabilecek kişilere dair Özne Bölümü (I. Bölüm), belirli ölçüde etkililik ilkesinin **P1–1** özelinde bile işlev gördüğüne işaret ediyor. Özellikle kamu makamlarının kamu tüzel kişiliği kisvesi altında AİHM'e mağdur statüsüyle başvurabileceğine dair alt bölüm ile şirket payı sahiplerinin akıbeti etkililik ilkesinin izlerini taşımaktadır. Ancak bunlar münhasıran mülkiyet hakkına özgü gelişmeler değildir.

Mülkiyet hakkının, sözleşmede yer alan diğer haklardan farklı olarak etkili şekilde korunmamasının en büyük sebebi, mülkiyet hakkı ile diğer haklar arasındaki nitelik farkıdır. Mülkiyet dışındaki hiçbir hak, hak öznesinin dışında kalan bir nesne ile ilgili değildir. Her hak, kişinin kendisinde mündemiçtir. Kişiler doğdukları andan itibaren, küçük teknik-hukuki ayrıntılar bir yana bırakılacak olunursa, bu haklara sahiptirler. Bu haklardan yararlanmaları hiçbir koşula tabi değildir. Bu durum UİHH'nin arka planında yer alan doğal haklar ekolonün yüzlerce yıllık birikiminin yansımasıdır. Oysa mülkiyet hakkı bu özellikleri göstermez. Mülkiyet hakkı doğumla kazanılmaz. AİHM'in anlayışına göre mülkiyet kazanılmış olması gereken bir haktır. **P1-1**'e dayanarak mülkiyet edinme

talebinde bulunulamaz. Bu durumu ifade etmek üzere Çalışmada zaman duvarı nitelemesi kullanılmış idi. Hal böyle olunca, etkililik ilkesi temelinde diğer haklara bahşedilen otonomi **P1–1** özelinde sadece retorik bir temenniden ibaret kalmaktadır. Üstelik zaman duvarı **P1-1**'in uygulanabilir olup olmadığının tespitinde uluslararası hukuk ile UİHH'ye kapı aralamaktadır. Bu durum, her bir somut olay özelinde mülkiyet hakkına dayanılmasını git gide zorlaştırmaktadır. Ayrıca UİHH'deki haklar zaman aşımına uğramazlar, mülkiyet hakkı ise uğrar. Benzer şekilde, mülkiyet hakkı devredilebilen bir hak iken diğer insan hakları devredilemez niteliktedir.[1961] O kadar ki, devredilebilirlik, aslında mülkiyet hakkına rengini veren unsurların başında gelmektedir.[1962]

P1-1'in etkisizliğinin bir diğer göstergesi, mülkiyet hakkının kayıtlanması rejiminde tabi tutulduğu standartlardan kaynaklanmaktadır. **AİHS**'de yer alan diğer hakların sınırlanmasında Devletlerin sahip olduğu takdir marjının boyutunu belirleyen etkenlerin hemen hiçbiri **P1–1** özelinde geçerli değildir. Devletlerin mülkiyet hakkını sınırlarken sahip oldukları takdir marjı çok geniştir. Hatta denilebilir ki, bu takdir marjı sınırlamanın amacının belirlenmesinde mutlak, sınırlama aracının seçilmesinde çok kuvvetlidir. Zaten **P1-1** ile diğer Sözleşmesel haklar arasındaki fark Strasbourg organlarının kullandığı terminolojiyi de etkilemiştir. **AİHS**'de yer alan hemen hiçbir hak özelinde, ölçülülük incelemesi aşamasında "*olağan dışı ve aşırı/unusual and excessive bir külfet*" ölçütüne yer verilmez. Ekonomik temelli bir hak bakımından yapılan ölçülülük incelemesi ise bu nitelikte olmayan bir hak için yapılan ölçülülük incelemesinin kavramsal dayanakları elbette özdeş olmayacaktır. Kavramsal farklılık, kaçınılmaz şekilde terminolojik farklılığı doğurmaktadır.

Ortaya çıkan sonucun mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğini tespitin tek ölçüsü müdahalenin bireyin mülkiyet hakkı ile toplumun yararları arasında adil bir denge kurup kurmadığıdır. Bu noktada Mahkemenin klişe ifadeleriyle bir yere varılamadığı görülmektedir. Üstelik, Strasbourg organlarının Sözleşmesel haklar bakımından geliştirdiği standartların çoğu **P1-1** özelinde zaten geçerli değildir. Hal böyle olunca aslında Strasbourg organlarının ve özellikle AİHM'in mülkiyet hakkı ile diğer Sözleşmesel haklar arasında bir çeşit hiyerarşi kurduğu düşünülebilir.[1963] Çalışmanın ana metninde çeşitli vesilelerle söylendiği üzere, mül-

---

1961 Buna karşılık UİHH'de manzumesinde yer alan hakların bazılarından feragat etmek mümkündür. Ancak bu halde hak baki kalır, sadece müdahale ihlal sonucuna yol açmaz. Oysa mülkiyet hakkı zaman aşımına uğradığında sahiplik statüsü el değiştirmiş olur. Yine bazı haklardan hiçbir şekilde feragat edilemez ve vazgeçilemez.

1962 Andrew, **a.g.m.**, sf:31-52; Sermet, **a.g.e.**, sf:19.

1963 Krş. Yourow, **a.g.e.**, sf:182; Arai-Takahashi, **a.g.e.**, sf: 151-152, 215 ve dn. 107.

kiyet hakkı gerek kapsamı gerekse de müdahalelere kapalılığı bakımından üvey evlat muamelesi görmektedir.[1964]

Kaldı ki adil denge ölçütünün AİHM'ce geliştirilmiş standart bir formülü yoktur. Bu sebeple, Çalışmada adil dengenin kurulup kurulmadığına delalet eden göstergeler tek tek somut olay özelinden hareketle açığa çıkarılmaya çalışılmıştır.

P1–1 mülkiyet hakkı statükoyu korumaktadır.[1965] Devletlere ne insan hakları adına gelir dağılımını eşitleme ne de mülkiyetten yoksun insanlara insan onuruna yakışır bir hayat sağlama ödevi yüklemektedir. Çalışmada getirilen eleştiriler bir yana bırakılacak olunursa, **P1–1** normu "mülkiyete hak" ("*right to property*") vermemekte, "mülkiyet hakkını" ("*right of property*") korumaktadır. Bir başka ifadeyle **P1–1**, hak öznesine mülkiyetin korunması hakkı ("*right to protect property*") vermektedir. **P1–1** mülkiyet hakkı, günümüzün moda ilgi alanı fakirliğin azaltılması ve ortadan kaldırılması meselesinde kullanışlı bir dayanak olamaz. **P1–1** açıkça varsıldan yanadır.[1966] Bu çıkarım ise insan hakları tarihinin verileriyle örtüşmektedir. Yani **P1-1** aslında, mülkiyet hakkına daha burjuva sınıfının doğuşu evresinde biçilen rolü oynamaya devam etmektedir.

Elbette Devletlerin sosyal siyasalar adına gelir dağılımını eşitleyici veya insan onuruna yakışır bir hayat sağlamak için mülkiyet sahiplerinin haklarına yaptıkları müdahaleler zorunlulukla **P1-1**'i ihlal etmez. Tersine ve hatta paradoksal biçimde, **P1–1** Devletlere toplumsal gelir adaletsizliğini gidermek yönünde neredeyse mutlak derecede bir takdir marjı vermektedir. Bu noktada mülkiyet hakkının sosyal güvenlik pozisyonlarını koruyan içeriğini hatırlatmak uygun olur.[1967] Ancak bu konudaki içtihadi gelişim henüz emekleme dönemindedir; dolayısıyla, **P1-1**'in bu noktada sağladığı koruma pek cılızdır.

1964 Doktrinde Andersonda da, **a.g.m.**, sf: 545'te, mülkiyet hakkını "Avrupa haklar ve özgürlükler ailesinin problemli çocuğu" olarak betimlemektedir.

1965 Genel olarak aynı yönde bkz. Allen, **Human Rights Act**, sf: 283-285; Fransisco Forrest Martin vd., **a.g.e.**, sf:866-867.

1966 Genel ve soyut mülkiyet kavramı açısından aynı yönde olarak bkz. Cohen, **a.g.m.**, sf:21-29, 12-14; Luis Valencia Rodrigez, **The Right of Everyone to Own Property Alone as Well as in Association with Others**, Completed Final Report of th Independent Expert, E/CN.4/1994/19, 25 November 1993, para. 161. Raportörün ifadesi şöyledir: "Nevertheless, one of the most serious clashes is between property viewed as the guarantee of freedom of the individual and safeguard for human dignity, on the one hand, and the concentration of the means of production in the hands of a few along with the unlimited accumulation of wealth by a small number, on the other."

1967 Krş. Türmen, **a.g.m.**, sf: 461-462.

AİHM'in bu yaklaşımı tipik eşya hukuku mantığıyla örtüşmekte[1968] ve günümüzde ticaret hakkı olarak betimlenen hakkın içeriğiyle çakışmaktadır. Çalışmanın I. Bölümünde ayrıntılı olarak ele alındığı üzere küreselleşmenin insan hakları ile uluslararası ticaret hukuku arasında koparılmaz bir bağ bulunduğu savı gereği, insan hakları, uluslararası ticaret hukukunun bir parçası haline gelecektir. Bu birleşmenin sloganı "insan hakkı olarak ticaret özgürlüğü"dür ("*human right to trade/freedom of trade*"). "İnsan hakkı olarak ticaret özgürlüğü", en azından bunu dile getirenlerin kurgusuna göre, mülkiyet edinme hakkını içermemekte, mevcut mülkiyetten yararlanma hakkını düzenlemektedir.[1969] Bu yönüyle **P1–1** ile "insan hakkı olarak ticaret özgürlüğü" birbirini tamamlayıcı bir görünüm arz ediyorlar.

P1-1'in statükoyu koruyan yapısı, kaçınılmaz olarak muhafazakarlığa sapmıştır.[1970] 2000'li yıllara kadar olan ve **P1–1** genel resmini ortaya çıkartan içtihatlarda AİHM'in oldukça tutucu olduğunu söylemek mümkündür. Bu dönemde mülkiyet hakkı ihlali bulunan dava sayısı çok azdır. Bu noktada, Çalışmada yeri geldikçe zikredilen kimi onaylayıcı kimi muhalif muhafazakar ayrık görüşleri de hatırlamak gereklidir. 2000'li yıllardan bu yana ise, Doğu Bloku Devletlerinin **AİHS** sistemine katılmasıyla, Mahkemenin mülkiyet hakkına muhafazakar bakışında bir liberalleşme görülmeye başlanmıştır. Artık çok sayıda mülkiyet hakkı ihlali kararı verilmektedir. Devlete mülkiyeti düzenlemekte tanınan takdir marjı AİHM tarafından daha bir denetlenir olmuştur. Ancak ihlal kararı verilen davaların çoğunda sorun, mülkiyet hakkının usuli güvencelerle korunmaması veya mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi gibi hukukun üstünlüğü/hukuk devleti nosyonuyla bağdaşmayan müdahalelerden kaynaklanmaktadır. Yoksa AİHM'in mülkiyet hakkına bakışında kökten bir değişiklik görülmüş değildir.

Bu Çalışma, Giriş'te açıklanan nedenlerden ötürü bir genel teori kurma amacı gütmüştür. Bunun yapılmasındaki amaç her bir tekil içtihadı ya da belli bir konuya ilişkin içtihatlar yığınını genel bağlam içinde yerli yerine oturtulabilmesini sağlayacak bir model oluşturmaktı. Eğer bu girişim başarılı olmuş ise, bundan böyle spesifik konuları ele alan incelemeler yapılması kolaylaşmış demektir. Özellikle fikri mülkiyet haklarının ve diğer gayri maddi malvarlığı değerlerinin **P1–1** özelindeki akıbeti tüm

---

1968 Eşya hukukunun mantığı için bkz. Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf: 13.

1969 Eleştirel olarak bkz. Dine, **a.g.e**, sf:203 vd. Ayrıca Çalışmanın I. Bölümünün tüzel kişilerin hak sahipliğinin incelendiği üçüncü alt-bölümünün "C" başlığına bkz.

1970 Ulusal eşya hukuku açısından aynı yönde değerlendirme için bkz. Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, sf: 13.

boyutlarıyla ayrıca incelenmeyi hak etmektedir. Benzer şekilde imar hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar özelinde **P1-1**'in gerektirdiği usuli koşulların etraflı şekilde açığa çıkartılması gereklidir. Sosyal güvenlik pozisyonlarının durumunu buraya eklemek mümkündür.

Son olarak belirtilmelidir ki, burada geliştirilmeye çalışılan mülkiyet hakkının genel teorisi ulusal hukukların **P1-1**'e uygunluğunun test anahtarıdır. Başta eşya, ticaret ve idare hukukları olmak üzere özel mülkiyetle bir şekilde ilgilenen her hukuk disiplini **P1–1** mülkiyet hakkı rejimini dikkate almak zorundadır. **P1-1**'in gerekleri hesaba katılmadan mülkiyet hakkına yapılacak olası bir müdahale ihlal sonucunu doğurabilir. **P1–1** mülkiyet hakkı genel teorisi bütün bu hukuk dallarından unsurlar içermektedir; ama hiçbirine indirgenemez. **P1–1** mülkiyet hakkı ulusal hukuk düzenlerindeki anayasal temel hak korumasına kavuşturulmak zorundadır. **AİHS**'e aykırı düşmemek için bu koruma isim benzerliğinden ibaret kalmamalı; kaçınılmaz olarak içerik benzerliği sağlanmalıdır. Özellikle anayasal düzlemdeki mülkiyet hakkının içeriğinin **P1–1** mülkiyet hakkından daha dar olduğu hallerde bu hususa özen gösterilmelidir.

KAYNAKÇA

Acemoğlu, Kevork : **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İÜ Yay. No. 1689, İÜHF Yay. No. 366, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.

Acevedo, Mariana T. : "*The Intersection of Human Rights and Environmental Protection in the European Court of Human Rights*", **New York University Environmental Law Journal**, Vol.8, 2000, sf:437-496.

Ackerman, Bruce A. (ed) : **Economic Foundations of Property Law**, Little Brown and Company, Boston, 1975.

Adalsteinsson, Ragnar -Pall Thorhallson : "*Article 27*", **The Universal Declaration of Human Rights-A Common Standard of Achievement**, (Eds., Gudmundur Alfredsson-Asbjorn Eide), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, sf:575-596.

Addo, Michael : "*The Corporation as a Victim of Human Rights Violations*", **Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations**, Ed. Michael Addo, Kluwer Law International, Printed in Great Britain, 1999.

Afori, Orit Fischman : "*Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations into American Copyright Law*", **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Vol. 14, 2003-2004, sf:497-565.

Akad, Mehmet : **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı**, Kazancı Ticaret AŞ, İstanbul, 1992.

Akad, Mehmet : "*Mülkiyet Hakkı Üzerine Bir Anayasa Mahkemesi Kararı*", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağandır, 2007/2, sf:11-20.

Akal, Cemal Bali : **Modern Düşüncenin Doğuşu**, Dost Kitabevi, Ankara, İkinci Baskı, 1997.

Akbulut, Olgun : **Barış İçinde Birlikte Yaşamanın Hukuk Zemini**, XII Levha Yayıncılık, Nisan 2008, İstanbul.

Akıllıoğlu, Tekin : "*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*", **İHİD**, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, Yıl: 9, Sayı: 1-3, 1988, sf:11-22.

Akıllıoğlu, Tekin : **İnsan Hakları I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayın No.17, Ankara 1995.

Akıncı, Sami : "*Gemi Mülkiyeti*", **İÜHFM**, Cilt: XXIII, Sayı:3-4, 1958, sf: 291-368.

Akıncı, Şahin : **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Yetkin Yay., Ankara, 1996.

Akipek, İlhan : "*John Locke'un Mülkiyet Hakkındaki Fikirleri*", **AÜHFD**, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 1954, sf:514-524.

Akkanat, Halil : **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Akkaya Kia, Rukiye : **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, Beta Yay., İstanbul, Aralık 2006.

Aksu, Mustafa : **Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması**, Beta Yay., İstanbul, Şubat 2006.

Akünal, Teoman : **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, Beta Yay., İstanbul, 1995.

Alkema, Evert A. : "*The Enigmatic No-pretext Clause: Article 60 of the European Convention on Human Rights*", **Essays on the Law of Treaties-A Collection of Essays in**

Honour of Bert Vierda, Eds. Jan Klabbers-René Lefeber, The Hauge, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, sf:41-56.

Alkema, Evert A. : "*The Concept of Property- In Particular in the European Convention on Human Rights*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:17-28.

Allen, Tom : **The Right to Property in Commonwealth Constitutions**, CUP, 2000.

Allen, Tom : **Property and the Human Rights Act 1998**, Hart Publishing, Oxford, 2005.

Allen, Tom : "*Restitution and Transitional Justice in the Europan Court of Human Rights*", **Columbia Journal of European Law**, Vol. 13, 2006-2007, sf:1-46.

Allen, Tom : "*Compensation For Property Under the European Convention on Human Rights*", **Michigan Journal of International Law**, Vol. 28, Winter, 2007, sf:287-335.

Alpkaya, Gökçen : "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak*", **AÜSBFD**, Cilt: 56, Sayı: 3, Temmuz-Eylül 2001, sf:1-18.

Alston, Philip : "*The Unborn Child and Abortion Under the Draft Convention on the Rights of the Child*", **HRQ**, Vol.12, 1990, sf: 156-178.

Alston, Philip : "*The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*", **The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal**, (Edited by Philip Alston), Clarendon Press, Oxford, 1995 (first published 1992), sf:473-508.

Alston, Philip : "*Resisting the Merger and Acquasitions of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann*", **EJIL**, Vol. 13, No.4, 2002, sf:815-844.

Alston, Philip (ed) : **Non-State Actors and Human Rights**, Academy of European Law, Oxford University Press, 2005.

Anaya, S. James : "*International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State*", **Arizona Journal of International and Comparative Law**, Vol. 21, No. 1, 2004, sf:13-61.

Anderson, David : "*Compensation for Interference with Property*", **EHRLR**, Vol. 6, 1999, sf: 543-558.

Andrew, Edward : "*Inalienable Right, Alienable Property and Freedom of Choice: Locke, Nozick and Marx on the Alienability of Labour*", **Property Law, Vol. 1**, eds. Elizabeth Mensch-Alan Freeman, The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Dartmouth, Aldershot, 1992, sf:31-52.

Andrews, Lori B. : "*My Body, My Property*", **Property Law, Vol. 2**, eds. Elizabeth Mensch-Alan Freeman, The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Dartmouth, Aldershot, 1992, sf:27-37.

Anık, Gülgün : "*İnternet Alan Adı*", **FMR**, Cilt 5, Sayı: 2005/4, sf:65-93.

Antalya, O. Gökhan : **Miras Hukuku**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2003.

Antinori, Micheal R. : "*Does Lochner Live in Luxembourg?: An Analysis of the Property Rights Jurisprudence of the European Court of Justice*", **Fordham International Law Journal**, Vol. 18, 1994-1995, sf: 1778-1851.

Arai-Takahashi, Yutaka : **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Intersentia, Antwerp, 2002.

Arai, Yutaka (Revised by) : "*Chapter 5 – The System of Resrictions*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**,

(editors, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak), Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006 (Fourth Edition), sf:343-350.

Arai, Yutaka (Revised by) : "*Chapter 32 – Right to an Effective Remedy Before a National Authority (Article 13)*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights/2006**, sf:997-1026.

Arai, Yutaka (Revised by) : "*Chapter 36 – Prohibition of Abuse of the Rights and Freedoms Set Forth in the Convention and of Their Limitation to a Greater Extent than is Provided for in the Convention (Article 17)*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (editors, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak), Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006 (Fourth Edition), sf:1083-1092.

Arambulo, Kitty : "*The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*", **Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments**, (Edited by Peter Van der Auweraert, et al), Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2002, sf:57-75.

Arat, Tuğrul : **Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti**, AÜHF Yayınları: 269, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

Arıcı, M. Fatih : **Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü**, Beta Yay., İstanbul, Ocak 2003.

Arıcı, Mehmet Fatih : **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Arıdemir, Arzu Genç : **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları**, Vedat Kitapçılık, Kasım 2003, İstanbul.

Arkan, Azra : **Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar**, Vedat Kitapçılık, Eylül 2005, İstanbul.

Aronovitz, Alberto M. : "*Individual Patrimonial Rights under the European Human Rights System-Some Reflections on the Concepts of Possession and Dispossession of Property*", **International Journal of Legal Information**, Vol. 25, 1997, sf: 87-104.

Arslan, Gülay : "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasının Etkililiği Meselesi*", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002.

Aslan, İ. Yılmaz : **Rekabet Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, 2001.

Aşçıoğlu Öz, Gamze : **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Rekabet Kurumu Yay., Ankara, 2000.

Atabarut, İpek Sağlam : "*İngiliz ve Amerikan Hukukunda Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması Teorisi ve Uygulama Alanlarından Dava Örnekleri*", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan-Cilt I**, Beta Yay., İstanbul, 2001, sf:482-498.

Ateş, Mustafa : **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin Yayınları, Ocak 2003.

Aybay, Rona : **Vatandaşlık Hukuku**, Aybay Yayınları, İstanbul, 2003.

Aydıncık, Şirin : **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2006.

Ayiter, Nuşin : **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, AÜHF Yay. No: 229, Sevinç Matbaası, 1968, Ankara.

Ayiter, Nuşin : **Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri**, AÜHF Yayınları No. 309, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.

Baer, Karen W. : "*A Theory of Intellectual Property and the Biodiversity Treaty*", **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Vol. 21, 1995, sf:259-281.

Ballantine, Henry W. : "*Title by Adverse Possession*", **Harvard Law Review**, Vol. 32, 1918, sf: 135-159.

Banning, Theo R. G. Van : **The Human Right to Property**, Intersentia, Antwerpen, 2002.

Barker, Ernest : "*Translator's Introduction*", Otto Gierke, **Natural Law and The Theory of Society 1500-1800**, (translated by Ernest Barker), Second printing, Beacon Pres, Boston, 1960, sf:lxx-lxxvi.

Barzel, Yoram : **Economic Analysis of Property Rights**, Cambridge University Press, Second edition, 1997.

Baş, Mustafa : **Teknik Bilgi (Know-How) Sözleşmesi**, Yetkin Yay., Ankara, 2000.

Baştürk, Faruk : **İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu**, Beta Yay., İstanbul, 2007.

Bayamlıoğlu, İbrahim Emre : **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Bayramoğlu, Sonay : **Yönetişim Zihniyeti**, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2005.

Beddard, Ralph : **Human Rights and Europe**, Third Edition, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1993.

Belotsky, Lydia : "*Human Rights and Intellectual Property*", **Tel Aviv University Studies in Law**, Vol. 13, 1997, sf:305-309.

Bently, Lionel -Brad Sherman : **Intellectual Property Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2004.

Bernhardt, Rudolf : "*Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties*", **Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of Gerard J. Wiarda**, (Eds. Franz Matscher-Herbert Petzold), Carl Heymans Verlag KG, Köln, 1988, sf:65-71.

Beyleveld, Deryck-Roger Brownsword : "*Human Dignity, Human Rights and Human Genetics*", **The Modern Law Review**, Vol. 61, N. 5, 1998, sf:661-680.

Blackstone, William : **Commentaries on the Law of England, Book the First-Vol I**, (Orijinal Baskı: Oxford, Printed at the Clarendon Press, M. DCC. LXV.), A Reprint of the First Edition With Supplement, Dawsons of Pall Mall, London, 1966.

Blackstone, William : **Commentaries on the Law of England, Book the Second-Vol II**, (Orijinal Baskı: Oxford, Printed at the Clarendon Press, M. DCC. LXVI.), A Reprint of the First Edition With Supplement, Dawsons of Pall Mall, London, 1966.

Boulier, William : "*Sperm, Spleens, and Other Valuables: the Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts*", **Hofstra Law Review**, Vol. 23, 1994-1995, sf:693-731.

Boyar, Oya : **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mayıs 2004.

Bozbel, Savaş : **İnternet Alan Adlarının Korunmasında ICANN Tahkim Usulü**, Seçkin Yay., Ankara, Ocak 2006.

Bradley, Anthony W. : **European Human Rights Law-Text and Materials**, Third Edition, OUP, 2008.

Brems, Eva : "*The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*", **Zeitschrift Für Auslandishces Offentliches Recht Und Volkerrecht**, Vol. 56, sf:240-314.

Brems, Eva : "*Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*", **HRQ**, Vol.27, 2005, sf:294-326.

Bridge, Michael : **Personal Property Law**, Third edition, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2005.

Brownlie, Ian : **Principles of Public International Law**, sixth edition, 2003, OUP.

Brownsword, Roger : "*Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*", **Human Rights in Private Law**, eds. Daniel Friedmann and Daphne Barak-Erez, Hart publishing, Oxford, 2001, sf:181-199.

Bueren, Geraldine van : "*Deconstructing the Mythologies of International Human Rights Law*", **Understanding Human Rights**, eds. Conor Gearty and Adam Tomkins, Pinter, London and New York, 1999 (Reprinted), sf:596-610.

Buergenthal, Thomas : "*Implementation in the Inter-American Human Rigts System*", **International Enforcement of Human Rights**, (Editors, R. Bernhardt – J. A. Jolowicz), Springer Verlag,Berlin, 1987, sf:57-75.

Buergenthal, Thomas : "*Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?*", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 14, 2001, sf: 267-275.

Buergenthal, T.–R. Norris–D. Shelton : **Protecting Human Rights in the Americas: Selected Problems**, N.P. Engel Publisher, Printed in Germany, Third edition, 1990.

Bulut, Nihat : **Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi**, Seçkin Yay., Ankara, 2002.

Bulut, Nihat : "*Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı*", **EÜHFD**, Cilt: X, Sayı: 3-4, 2006, sf: 15-26.

Büyükay, Yusuf : **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Brysk, Alison (ed.) : **Globalization and Human Rights**, Ed. University of California Press, Berkeley, 2002.

Cain, Amy S. Pignatella : "*Property Rights in Human Biological Materials: Studies in Species Reproduction and Biomedical Technology*", **Arizona Journal of International and Comparative Law**, Vol. 17, 2000, sf:449-481.

Campbell-White, Fiona : "*Property Rights: A Forgotten Issue Under the Union*", **The European Union and Human Rights**, eds. Nanette A. Neuwahl and Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995, sf:249-263.

Candan, Turgut (çev) : "*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Eko-Elda Avee/Yunanistan Kararı*", **Danıştay Dergisi**, Yıl: 37, Sayı: 114, 2007, sf:1-8.

Carozza, Paolo G. : "*Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*", **Notre Dame Law Review**, Vol. 73:5, 1997-1998, sf:1217-1238.

Carss-Frisk, Monica : **The Right to Property**, Human Rights Handbooks, No.4, Council of Europe, 2001, Printed in Germany.

Cassese, Antonio : "*Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-Economic Conditions*", **EJIL**, Vol. 2, 1991, sf:141-145.

Cassese, Antonio : **International Law**, Second edition, OUP, 2005.

Carter, Barry E. – Phillip R. Trimble : **International Law –Selected Documents** (2001-2002 Edition), Aspen Law & Business, printed in the USA, 2001.

Centel, Tankut : "*Sosyal Güvenlik Hakkı*", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı–Cilt II**, Yayına hazırlayan: Abuzer Kendigelen, İstanbul, 2001, sf:818-829.

Centel, Nur –H. Zafer-Ö. Çakmut : **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I**, Beta Yay., İstanbul, Nisan 2007.

Challaye, Felicien : **Mülkiyetin Tarihi**, çev. Turgut Aytuğ, Remzi Kitabevi, 1944, İstanbul.

Chapman, Audrey R. : "*Approaching Intellectual Property as a Human Rights-obligations related to Article 15(1) (c)*", **Copyright Bulletin**, Vol. XXXV, No. 3, 2001, UNESCO Publishing, sf:4-36.

Chapman, Audrey R. : "*The Human Rights Implications of Intellectual Property Protection*", **Journal of International Economic Law**, Vol. 5, No. 4, 2002, sf:861-882.

Charney, Jonathan I. : "*Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*", **Recuil des Courses**, Vol. 271, 1998, sf:101-382.

Chaves, Marc A. : "*Gene Patenting: Do the Ends Justify Means?*", **Computer Law Review and Technology Journal**, Vol. 7, 2002-2003, sf:255-271.

Christie, J. Robertson : "*Goodwill in Business*", **Juridical Review**, Vol. 8, 1896, sf:71-81.

Churchill, Robin : "*Environmental Rights in the Existing Human Rights Treaties*", **Human Rights Approaches to Environmental Protection**, eds. Alan E. Boyle and Michael R. Anderson, Clarendon Pres, Oxford, 1996, sf: 89-108.

Clapham, Andrew : "*The 'Drittwirkung' of the Convention*", **The European System for the Protection of Human Rights**, ed: Mcdonald et. al., Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Clayton, Richard - Hugh Tomlinson : **The Law of Human Rights - Vol 1**, OUP, 2000.

Clements, L. J. – N. Mole-A. Simmons : **European Human Rights: Taking a Case Under the Convention**, Sweet & Maxwell, 1999, London.

Cohen, Morris R. : "*Property and Sovereignty*", **Cornell Law Quarterly**, Vol. 13, 1927-1928, sf:8-30.

Conforti, Benedetto : "*Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections on State Responsibility for*

Breach of Positive Obligations", **Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions**, eds. Malgosia Fitzmaurice – Dan Sarooshi, The Clifford Chance Lectures, Vol. VII, Hart Publishing, Oxford, 2004, sf: 129-137.

Cook, Kate : "*Environmental Rights as Human Rights*", **EHRLR**, Vol. 7, Issue 2, 2002, sf:197-215.

Cornides, Jakob : "*Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Convergence?*", **Journal of World Intellectual Property**, Vol. 7, N. 2, March 2004, sf:135-167.

Correa, Carlos M. : "*Legal Nature and Contractual Conditions in Know-How Transactions*", **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Vol. 11, 1981, sf:449-494.

Cortese, Michele : "*Property Rights and Human Values: A Right of Access to Private Property for Tenant Organizers*", **Columbia Human Rights Law Review**, Vol. 17, 1985-1986, sf: 257-282.

Costello, Cathryn : "*The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*", **HRLR**, Vol. 6., No. 1, 2006, sf:87-130.

Cottier, Thomas : "*Trade and Human Rights: A Relationship to Discover*", **Journal of International Economic Law**, Vol. 4, 2001, sf:111-132.

Council of Europa/
European Court of Human Rights : **Preparatory Work on Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights**, European Court of Human Rights, Information Document Prepared by the Registry, Council of Europe, Strasbourg, 1e 13 aout 1976, CDH (76) 36.

Couser, James : "*Cyber Property*", **Human Rights in the Digital Age**, (Eds. Mathias Klang-

Adrew Murray), Glasshouse Press, London, Cavendish Publishing, 2005, sf:125-133.

Cousins, Mel : **The European Convention on Human Rights and Social Security Law**, Intersentia, Antwerp, 2008.

Craig, Paul -Grainne de Burca : **EU Law**, Second Edition, Oxford University Press, 1998.

Craven, Matthew C. R. : **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development**, Clarendon Press, Oxford, 1998.

Craven, Matthew : "*The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*", **Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook** (Second Revised Edition), (edited by Asbjorn Eide-Catarina Krause-Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands, 2001, sf:455-472.

Cullet, Philippe : "*Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPS Era*", **HRQ**, Vol. 29, 2007, sf:403-430.

Cuneo, Isabel Madariaga : "*The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System*", **Arizona Journal of International and Comparative Law**, Vol. 22, No. 1, 2005, sf:53-63.

Curtis Jr, Jerome J. : "*Comparison of Regulatory Takings under the United States Constitution and the European Convention on Human Rights*", **European Law Review**, Vol. 14, 1989, sf: 67-79.

Çavuşoğlu, Naz : **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları**, Su Yayınları, 2. Baskı, Nisan 2001.

Çoban, Ali Rıza : **Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights**, Ashgate, 2004.

Çoban, Ali Rıza : "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı (14. Madde) ve Mül-*

kiyet Hakkı (P1-1) Açısından Uygulanması", **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yay., İstanbul, 2004, sf:243-260.

Çoban, Ali Rıza : "*Inflation and Human Rights: Protection of Property Rights against Inflation under the European Convention on Human Rights*", **Essex Human Rights Review**, Vol. 2, No. 1, sf:62-78 (www.projects.essex.ac.uk/EHRR/archive/pdf/files-coban.pdf , 10/01/2008).

Çoban, Aykut : "*İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü*", **Toplum ve Bilim**, S. 109, 2007, sf:258-295.

Davies, Margaret - Ngaire Naffine : **Are Persons Property-Legal Debates About Property and Personality**, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 2001.

Davis, Howard : "*Democratic Disablement and the Right to Property in the European Convention for the Protection of Human Rights*", **Journal of Civil Liberties**, Vol. 1, 1996, sf:125-138.

Davis, Howard : "*Public Authorities as Victims under the Human Rights Act*", **Cambridge Law Journal**, Vol.65, N.2, July 2005, sf: 315-328.

DeMerieux, Margaret : "*Deriving Environmental rights From the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*", **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 21, No. 3, 2001, sf:521-561.

Demirbaş, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Seçkin Yay., Ankara, 2007.

Demirkıran, H. Murat : "*Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi ve Geçiş Rejimi ile ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.11.2001 Gün E: 2001/4-955 K:2001/1073 Sayılı Kararı*", **Prof. Dr Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, 2007, sf: 446-467.

Demsetz, Harold : "*Towards a Theory of Property Rights*", **American Economic Review**, Vol. 57, Issue 2 May, 1967, sf:347-359.

Den Broek, Peter Van : "*The Protection of Property Rights Under the European Convention on Human Rights*", **Legal Issues of European Integration 1986/1**, Law Review of the Europa Instituut, University of Amsterdam, sf:52-90.

Desgagne, Richard : "*Integrating Environmental Values into the European Convention on Human Rights*", **AJIL**, Vol. 89, No. 2, 1995, sf: 263-293.

Detrick, Sharon : **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hauge, 1999.

Di Marzo, Salvatore : **Roma Hukuku**, çev. Ziya Umur, İkinci Baskı, İÜHFY No: 124, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.

Dijk P. Van, G.J.H. van Hoof : **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, third edition, The Hauge, Kluwer Law Publishers, 1998.

Dilik, Sait : **Servetin Geniş Kitlelere Yayılması**, AÜSBF Yay. No: 391, Ankara 1976.

Dinç, Güney : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları**, TBB Yayın No: 124, Mayıs 2007, Ankara.

Dine, Janet : **Companies, International Trade and Human Rights**, Cambridge University Press, 2005, sf:199-221.

Djajic, Sanja : "*The Right to Property and the Vasilescu v. Romania Case*", **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Vol. 27, 2000, sf: 363-396.

Doğan, Aysel : "*Özel Mülkiyet Hakkının Temeli Olarak Emek*", **AÜHFD**, Cilt: 56, S: 3, Yıl: 2007, sf: 83-97.

Donnelly, Jack : **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Ankara, Yetkin yay., 1989.

Donnelly, Jack : "*Human Rights, Individual Rights and Collective Rights*", **Human Rights in a Pluralist World-Individuals and Collectivities**, (Eds. Berting, et al.), Meckler, Westport-London, 1990.

Donnelly, Jack : "*Third Generation Rights*", **Peoples and Minorities in International Law**, (Eds. Brölmann et al.), Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands, 1993.

Dönmezer, Sulhi : **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 16. Bası, Beta Yay., İstanbul 2001.

Drabble QC, Richard/
Maurici, James/Buley, Tim : **Local Authorities and Human Rights**, OUP, 2004.

Drahos, Peter : "*The Rights to Food, Health and Intellectual Proeprty in the Era of 'Biogopolies'*", **Commercial Law and Human Rights**, Eds. Stephen Bottomley-David Kinley, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 2002, sf:215-233.

Drost, Pieter N. : **Human Rights as Legal Rights,** second printing, A. W. Sitjthoff-Leyden, 1965.

Drzewicki, Krzysztof : "*The Right to Work and Rights in Work*", **Economic, Social and Cultural Rights**, Second Revised Edition,ed: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf: 223-243.

Duffy, Peter : "*The Protection of Commercial Interests Under the European Convention on Human Rights*", **Making Commercial Law- Essays in Honour of Roy Goode**, (Ed. Ross Cranston), Clarendon Pres, Oxford, 1997, sf:525-542.

Dural, Mustafa - Turgut Öz : **Türk Özel Hukuku Cilt IV - Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, Yenilenmiş İkinci Bası, 2003.

Dural, Mustafa -Tufan Öğüz : **Türk Özel Hukuku Cilt II - Kişiler Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 8. Bası Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

Dworkin, Ronald : **Law's Empire**, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

Dyke, Vernon Van : "*The Individual, the State, and Ethnic Commnuities in Political Theory*", **The Rights of Minority Cultures**, (Ed. Will Kymlicka), Oxford University Pres, 1995, sf:31-56.

Efem, Gül -Emel Badur : **AT Rekabet Hukuku**, Çankaya Üniversitesi Yay, Ankara, 2002.

Eide, Asbjord : "*Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach*", **HRLJ**, Vol.10, 1989, Parts 1-2, sf:35-51.

Eide, Asbjorn : "*Article 25*", **The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary**, Edited by, Asbjorn Eide, Gudmundur Alfredsson, Göran Melander, Lars Adam Rehof and Allan Rosas, Scandinavian University Press, printed in Norway, 1993 (first edition 1992), sf:385-403.

Eide, Asbjorn : "*Cultural Rights as Individual Human Rights*", **Economic, Social and Cultural Rights**, Second Revised Edition, (Eds: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf:289-301.

Eide, Asbjorn : "*The Importance of Economic and Social Rights in the Age of Economic Globalisation*", **Food and Human Rights in Development, Volume 1**, Eds: Wenche Barth Eide-Uwe Kracht, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, sf:3-40.

Eissen, Marc-Andre : "*The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*", **The European System for the Protection of Human Rights**, (Eds. Mcdonald et. al.), Martinus Nijhoff Publishers, the Hauge, 1993, sf:125-146.

Ekşi, Nuray : **Yabancıların Türkiye'deki Taşınmaz Mallar Üzerindeki Hakları**, Arıkan Yay., Mart 2006, İstanbul.

Elliot, Mark : "*The Sovereignty of Parliament, the Hunting Ban, and the Parliament Acts*", **Cambridge Law Journal**, Vol. 65, Part 1, March 2006, sf:1-4.

Emberland, Marius : "*The Corporate Veil in the Jurisprudence of the Human Rights Committee and the Inter-American Court and Commission of Human Rights*", **Human Rights Law Review**, Volume 4, No.2, 2004, sf:257-275.

Emberland, Marius : **The Human Rights of Companies – Exploring the Structure of ECHR Protection**, Oxford University Press, 2006.

Emiliou, Nicholas : **The Principle of Proportionality in European Law – A Comparative Study**, Kluwer Law International, London, 1995.

Epstein, Richard A. : "*Trade Secrets as Private Property: Their Constitutional Protection*", **John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 190** (2D Series), The Law School-The University of Chicago, June 2003, www.ssrn.com/abstract_id=421340.

Erbay, İsmail : **Know-How Sözleşmesi**, Yetkin Yay., Ankara, 2002.

Erdoğmuş, Belgin : **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, Eylül 2004.

Erel, Şafak : **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Yenilenmiş ikinci bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1998.

Eren, Fikret : "*Mülkiyet Kavramı*", **Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan**, AÜHF Yay. No: 351, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, sf: 765-795.

Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Beta Yay., Aralık 2006.

Ergun, Turgay : **Kamu Yönetimi**, TODAİE Yay, Birinci Baskı, Ekim 2004, Ankara.

Erkut, Celal : **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004.

Erp, Sjef van : **European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?**, Walter van Gerven Lectures (6), Europa Law Publishing, Groningen, 2006, http://ssrn.com/abstract=995979.

Ertaş, Şeref : **Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku**, Gözden geçirilmiş 7. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2006.

Ertaş, Şeref : "*Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu*", **Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum**, A. Lale Sirmen, Çiğdem Kırca, Vedat Buz, AÜHF, Ankara, 2007, sf: 135-150.

Ertaş, Şeref – Petek, Hasan : **Spor Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 2005.

Erten, Rifat : **Milletlerarası Özel Hukukta Spor**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Evans, Malcolm D. : **Religious Liberty and International Law in Europe**, Cambridge University Press, 1997.

Fabri, Héléne Ruiz : "*The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for 'Regulatory Expropriations' of the Property of Foreign Investors*", **New York University Environmental Law Journal**, Vol.11, 2002, sf:148-173.

Falcıoğlu, Mete Özgür : "*Biyoteknolojik Buluşların Avrupa Patent Sözleşmesi Sisteminde Patentlenmesi*", **FMR**, Cilt: 5, Sayı: 2005/4, sf:16-36.

Fairfield, Joshua A. T. : "*Virtual Property*", **Boston University Law Review**, Vol. 85, 2005, sf:1047-1102.

Fitzpatrick, Joan : **Human Rights in Crisis**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994.

Ford, Mary : "*A Property Model of Pregnancy*", **International Journal of Law in Context**, Vol. I, No. 3, 2005, sf:261-293.

Forsyth, C.F. : " '*Haklı Beklentiler'in Doğuşu ve Korunması*", çev. Esin Örücü, **İHİD**, Yıl:7, Sayı: 1-3, 1986, sf:121-139.

Francione, Gary L. : "*Animal Rights and Animal Welfare*", **Rutgers Law Review**, Vol. 48, 1995-1996, sf:397-470.

Francione, Gary L. : "*Animals as Property*", **Animal Law Review**, Vol. 2, 1996, sf:i-vi.

Francione, Gary L. : **Hayvan Haklarına Giriş**, çev. Renan Akman-Elçin Gen, İletişim Yayınları, 2008, İstanbul.

Franck, Thomas M. : **Fairness in International Law and Institutions**, OUP, Paperback edition, 1997.

Frankowski, Stanislaw J./
G. F. Cole (eds) : **Abortion and the Protection of the Human Fetus**, Eds. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987.

Freeman, Katherine : "*The Unborn Child and the European Convention on Human Rights: To Whom Does 'Everyone's Right to Life' Belong?*", **Emory International Law Review**, Vol.8, 1994, sf:615-665.

Freeman, Michael : **Human Rights**, Polity, 2002, Printed in Great Britain.

Friedman, S. : **Expropriation in International Law**, Stevens & Sons Limited, London, 1953.

Frowein, Jochen Abr. : "*The Protection of Property*", **The European System for the Protection of Human Rights**, (Eds. Mcdonald et. al.), Martinus Nijhoff Publishers, the Hauge, 1993, sf: 515-529.

Fry, James D. : "*International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of*

International Law's Unity", **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol.18, 2007, sf: 77-149.

Fuchs, Matthew S. : "*Free Exercise of Speech in Shopping Malls: Bases That Support an Independent Interpretation of Article 40 of the Maryland Declaration of Rights*", **Albany Law Review**, Vol.69, 2006, sf:449-488.

Fura-Sandström, Elisabet : "*Business and Human Rights – Who Cares?*", **Human Rights – Strasbourg Views, Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Lucius Caflish-Johan Callewaert-Roderick Liddell-Paul Mahoney, Mark Villiger, N.P. Engel Publisher, 2007, Germany, sf:159-176.

Galenkamp, Marlies : **Individualism versus Collectivisim - The Concept of Collective Rights**, Sanders Instituut, Gouda Quint, 1998.

Gana, Ruth L. : "*The Myth of Development, The Progress of Rights: Human Rights to Intellectual Property and Development*", **Law & Policy**, Vol. 18, N.3-4, July/October 1996, sf:315-354.

Ganz, Gabriele : "*Legitimate Expectation*", **Public Law and Politics**, ed: Carol Harlow, Sweet & Maxwell, London, sf: 145-162.

Garibaldi, Oscar : "*General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality*", **Harvard International Law Journal**, Vol.17, No.3, Summer 1976, sf:503-557.

Gemalmaz, Haydar Burak : "**Inter-State Applications Under The European Convention on Human Rights**", Malta Üniversitesine Sunulmuş ve Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002.

Gemalmaz, H. Burak : "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu*", **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3- Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Seçkin Yay, Ankara, 2004, sf:393-426.

Gemalmaz, H. Burak : "*Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Geçici Tedbir Kurumu*", **Türkiye'de ve Ulusalüstü Hukukta Bireylerin Geçici Yargısal Korunması**, (editör: Zehreddin Aslan), Alfa Yayınları, İstanbul, Aralık 2004, sf:97-141.

Gemalmaz, H. Burak : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yay., İstanbul, Nisan 2005.

Gemalmaz, Haydar Burak : "*Making Sense of Children Rights: Transforming the Precedents of the European Court of Human Rights Concerning Corporal Punishment of Children*", **Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul**, Vol. 39, No: 56, 2007, sf: 37-70.

Gemalmaz,Mehmet Semih/
Gemalmaz, Haydar Burak : **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı**, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, Kavram Yay., İstanbul, 2. baskı, Ocak 1994.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları**, Kavram Yay., İstanbul, 3. Baskı, Şubat 1994 (1. baskı, Nisan 1991).

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, Beta Yay., İstanbul 1994 (Genişletilmiş 2. baskı).

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Temel Belgelerde İnsan Hakları – Maddi Hukuk**, İHD Yayınları, 2. Basım, Ocak 1996, İstanbul.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri**, 2. Baskı, İstanbul, BetaYay., Ekim 2000.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, İstanbul Barosu Yay., 2002, İstanbul.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yay., 2003.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **İnsan Hakları Belgeleri İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt 1**, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, 2003.

İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments Cilt 2, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, Cilt/Volume III-Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü/Organization of American States-Organization of African Unity**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments, Cilt/Volume IV, Birleşmiş Milletler-Birinci Bölüm/ United Nations-First Part**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 1. Kitap (Açıklamalı – Karşılaştırmalı) Birleşmiş Milletler Belgeleri**, Legal Yayıcılık, İstanbul, Mart 2006.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 2. Kitap – Avrupa Konseyi Belgeleri & Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kuralları Şerhi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2006.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Geçici Önlem – Birinci Kitap – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Geçici Önlem**, Legal Yay., İstanbul, Temmuz 2007.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Geçici Önlem – İkinci Kitap – Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika Şartı Sistemlerinde, – Üçüncü Kitap – BM İnsan Hakları Sözleşmeleri Sistemlerinde Geçici Önlem**, Legal Yay., İstanbul, Temmuz 2007.

Gemalmaz, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yay., 6. Baskı, Ekim 2007, İstanbul.

Getzler, Joshua : "*Use of Force in Protecting Property*", **Theoretical Inquiries in Law**, Vol. 7, N. 1, January 2006, sf:131-166.

Gewirth, Alan : **The Community of Rights**, Chicago University Press, 1996.

Gilbert, Geoff : "*The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights*", **HRQ**, Vol. 24, 2002, sf:736-780.

Gilbert, Jeremie : "*The Treatment of Territory of Indigenous Peoples in International Law*", **Title to Territory in International Law-A Temporal Analysis**, Joshua Castellino and Steve Allen, Ashgate, 2003, sf:199-228.

Gold, E. Richard -Alain Gallochat : "*The European Biotech Directive: Past as Prologue*", **European Law Journal**, Vol. 7, N. 3, September 2001, sf:331-366.

Goldsmith, Harry : "*Human Rights and Protection of Intellectual Property*", **Patent, Trademark and Copyright Journal of Research and Education** (Intellectual Property Law Review), Vol. 12, 1968-1969, sf:889-900.

Gomez-Arostegui, H. Thomas : "*Defining Private Life Under the European Convention on Human Rights By Referrrring to Reasonable Expectations*", **California Western International Law Journal**, Vol. 35, N. 2, Spring 2005, sf:153-202.

Goodwin-Gill, Guy S : "*State Responsibility and the 'Good Faith' Obligation in International*

Law", **Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions**, eds. Malgosia Fitzmaurice – Dan Sarooshi, The Clifford Chance Lectures, Vol. VII, Hart Publishing, Oxford, 2004, sf: 75-104.

Gough, J. W. : **John Locke's Political Philosophy**, Oxford at the Clarendon Press, 1950.

Gölcüklü, Feyyaz -A. Şeref Gözübüyük : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Gören, Zafer : **Temel Hak Genel Teorisi**, 4. Basım, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000.

Göze, Ayferi : **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Yenilenmiş 11. Bası, Beta, İstanbul, 2007.

Gözler, Kemal : **İdare Hukuku, Cilt I**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003.

Gözübüyük, Şeref -Turgut Tan : **İdare Hukuku Cilt 1**, Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, Ocak 1998, Ankara.

Grear, Anna : "*Challenging Corporate 'Humanity': Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights*", **Human Rights Law Review**, Vol.7, No. 3, 2007, sf:511-543.

Green, Maria : "*Drafting History of the Article 15 (1) (c) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*", **Day of General Discussion (The Right of Everyone to Benefit From the Protection of the Moral and Material Interests Resulting From Any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He is the Author)**, E/C.12//200/15, 09 October 2000.

Greer, Steven : **The European Convention on Human Rights – Achievements, Problems and Prospects**, CUP, 2006.

Gretton, George L. : "*Ownerships and Its Objects*", **RabelsZ Bd**. 71 (2007), sf: 802-851.

Grgic, A. - Mataga, Z./
Longar, Matija/Vilfan, A. : **The Right to Property Under the European Convention on Human Rights**, Human Rights Handbooks, No. 10, Council of Europe, 2007, Printed in Belgium.

Grotius, Hugo : **Savaş ve Barış Hukuku**, orijinal basım tarihi: 1625, çev. Seha L. Meray, AÜSBF Yay. No: 222-204, AÜ Basımevi, 1967.

Gubby, Helen/P. Kleve- R. Mulder : "*Taking Patents Seriously*", **International Law and Trade-Bridging the East-West Divide**, (Ed. Sylvia Mercado Kierkegaard), Ankara Bar Association, 2. edition, Ankara, sf:453-465.

Gülan, Aydın : **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1999.

Gülmez, Mesut : **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Türkiye Barolar Birliği Yay. No.60, Ankara, Mayıs 2004.

Günday, Metin : **İdare Hukuku,** 8. baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003,

Gündüz, Aslan : **Milletlerarası Hukuk-Temel Belgeler Örnek Kararlar**, Geliştirilmiş 3. Baskı, İstanbul, Beta Yay., 1998.

Güneş, Gülsen : **Verginin Yasallığı İlkesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Güriz, Adnan : **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, AÜHF Yay. No. 253, Ankara, 1969.

Gürler, Sercan : **Ahlak ve Adalet**, Legal Yay., İstanbul, 2007.

Gürpınar, Damla : "*Ev ve Süs Hayvanı Sahiplerinin Hakları ve Yükümlülükleri*", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:72, No. 4, Ekim 2007, sf:170-212.

Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret E/
Cansel, Erol : **Türk Eşya Hukuku**, gözden geçirilmiş ikinci baskı, AÜHF Yay. No: 476, 1984.

Haeck, Yves : "*The Genesis of the Property Clause under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **Property and Human Rights**, ed. Prof. Dr. H. Vandenberghe (with co editing of M. Muylle and T. Viaene), Die Keure/la Charte, Co-publisher: Bruylant, sf: 163-194.

Hafızoğulları, Zeki - Kurşun, Günal : "*Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı*", **Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan**, Beta Yay., İstanbul, sf: 145-175.

Hamilton, Robert W. : **The Law of Corporations in a Nutshell**, Fifth edition, West Group, St. Paul, Minn, 2000.

Harris, J. W. : "*Who Owns My Body*", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 16, N. 1, 1996, sf:55-84.

Harris, J. W. : "*Is Property a Human Right*", **Property And The Constitution**, ed. Janet McLean, Hart Publishing, Oxford, 1999, sf: 64-87.

Harris, D. J., M. O'Boyle., C. Warbrick : **Law of the European Convention on Human Rights**, London, Butterworths, 1995.

Harris, David : "*Regional Protection of Human Rights: The Inter-American Achievement*", **The Inter-American System of Human Rights**, (Edited by, David J. Harris – Stephen Livingstone), Clarendon Press, Oxford, 1998, sf:1-29.

Harris, David – Darcy, John : **The European Social Charter**, Second edition, Transnational Publishers, Ardsley-New York, 2001.

Hartlief, T. : "*The Right to Own Property under the ECHR*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:29-48.

Hatemi, Hüseyin : **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, Cilt I**, İÜ Yayın No: 2280, İÜHF Yayın No: 514,

Sulhi Garan Matbaası Koll. ŞTİ, İstanbul, 1979.

Hegel, W.F. : **Philosophy of Right**, trans by. S.W. Dyde, Batoche Books, Kitchener, 2001, İngilizce orijinal basım tarihi 1896, Almanca orijinal yayın tarihi 1821 (Türkçe çeviri: **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, çev. Cenap Karakaya, Sosyal Yayınlar, İstanbul, İkinci Baskı, Ağustos 2004.

Helfer, Laurence R. : "*Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*", **Cornell International Law Journal**, Vol. 26, sf:133-165.

Helfer, Laurence R. : "*Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Co-Existence?*", **NQHR**, Vol. 22, N.2, 2004, sf:167-179.

Helfer, Laurence R. : "*Towards a Human Rights Framework for Intellectual Property*", **University of California, Davis Law Review**, Vol 40, 2006-2007, sf:971-1020.

Helfer, Laurence R. : "*The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*", **Harvard International Law Journal**, Vol. 49, No. 1, Winter 2008, sf: 1-52.

Helvacı, Mehmet : **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Mayıs 2001.

Henkin, Louis - R. Pugh- vd. : **International Law**, third edition, West Group Publishing, 1993, USA.

Heredero, Ana Gomez : **Social Security as a Human Right**, Human rights files No. 23, Council of Europe Publishing, 2007.

Herrera, Miguel Angel Garcia/
Buelga, Gonzalo Maestro : "*Economic and Market Direction in the European Constitution*", **Governing Europe under a Constitution**, eds. Josef Blanke and Stelio Mangiameli, Springer, Printed in Germany, 2006, sf:65-94.

Higgins, Rosalyn : "*The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*", **Recuil Des Courses, Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, 1982, III, Martinus Nijhoff Publishers, the Hague, 1983, sf:263-390.

Hiram, Hilary - Mair, Jane : "*A Leonine Partnership: Marriage, Undue Influence and the Family Home*", **New Perspectives on Property Law, Human Rights and the Home**, ed. Alastair Hudson, Cavendish Publishing, London, 2003, sf: 99-116.

Hobbes, Thomas : **Leviathan**, ed. by. C. B. Macpherson, Penguin books, Pelican Classics, orijinal basım tarihi: 1651, Pelican yayınlarından basım tarihi: 1968; Türkçesi: **Leviathan**, çeviren Semih Lim, Yapı Kredi Yay., Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi 9, İstanbul, 1992.

Hodgkin, Rachel -Peter Newell : **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child**, Fully revised edition, United Nations Children's Fund, June 2002, New York-Geneva.

Hoffmaster, Barry : "*The Ethics of Patenting Higher Life Forms*", **Property Law, Vol. 2**, eds. Elizabeth Mensch-Alan Freeman, The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Dartmouth, Aldershot, 1992, sf:49-72.

Howse, Robert : "*Human Rights in the WTO: Whose Rights? What Humanity? A Comment on Petersmann*", **EJIL**, Vol. 13, No.3, 2002, sf:651-659.

Hughes, Justin : "*The Philosophy of Intellectual Property*", **Georgetown Law Journal**, Vol. 77, sf:287-366.

Hyde, Alan : **Bodies of Law**, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1997.

İmre, Zahit : "*Ayni Hak Mefhumu Üzerinde Düşünceler*", **A. Samim Gönensay'a Arma-**

ğan, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1955, sf: 324-352.

İmre, Zahit -Hasan Erman : **Miras Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, Beşinci Tıpkı Basım, 2004.

İnanıcı, Haluk : "*WEB (HTML) Dokümanının (Sayfasının) Fikri Haklar ve Basın Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*", **İBD**, Cilt 74, Sayı: 4-5-6, 2000, sf:483-496.

İnceoğlu, Sibel : **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Beta Yay., İstanbul, Nisan 2005.

Jacobs, Francis - Robin White : **The European Convention on Human Rights**, Second Edition, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1996.

Jacobs, Francis-Robin White/ Clare Ovey : **The European Convention on Human Rights**, Third Edition, OUP, 2002.

Jaksic, Aleksandar : **Arbitration and Human Rights**, Peter Lang, Band 59, Frankfurt am Main, 2002.

Janis, Mark W./Kay, Richard S./ Jambrek, Peter : "*In Which Respects Denationalisation Law Restricts Restitution of Property in Former Communist Countries: the Case of Slovenia*", **Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal**, eds. Paul Mahoney -Franz Matscher – Herbert Petzold – Luzius Wildhaber, Carl Heymans Verlag, 2000, Köln, sf:635-650.

Jayawickrama, Nihal : **The Judicial Application of Human Rights Law**, CUP, 2002.

Jones, Timothy : "*Property Rights, Planning Law and the European Convention*", **EHRLR**, Issue 3, 1996, sf: 233-242.

Jovanovic, Miodrag A. : "*Recognizing Minority Identities Through Collective Rights*", **HRQ**, Vol.27, 2005, sf:625-651.

Kaboğlu, İbrahim Ö. : **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, DÜHF Yayınları, 1989.

Kamm, F. M. : "*Conflicts of Rights: Typology, Methodology, and Nonconsequentialism*", **Legal Theory**, Vol. 7, 2002, sf:239-255.

Kamminga, Menno : "*The Evolving Status of NGOs under International Law: A Threat to the Inter-State System?*", **Non-State Actors and Human Rights**, (Ed. Philip Alston), Academy of European Law, Oxford University Press, 2005, sf:93-111.

Kanadoğlu, O. Korkut : **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Yay., Şubat 2000.

Kaner, İnci : **Hava Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

Kaner, İnci : **Deniz Ticaret Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2. Baskı, 2005.

Kangal, Zeynel T. : **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

Kant, Immanuel : **The Philosophy of Law – An Exposition of the Fundamental principles of Jurisprudence as the Science of Right**, 1796, trans.W. Hastie, Edinburgh, T & T Clark, 38 George Street, 1887.

Kaplan, Ayşegül : **Küresel Çevre Sorunları ve Politikaları**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları No:19, Tezler Dizisi:3, Ankara, Eylül 1999.

Karabulut, Mustafa : "*Mülkiyet Hakkı-Tebliğ II*", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu- 24-25 Ekim 2003 (Ankara)**, TBB, Birinci Baskı: Şubat 2006, Ankara, sf: 284-303.

Karadeniz, Özcan : **Roma'da Kamulaştırma ve 'Kamu Yararı' Kavramı**, AÜHFY No. 366, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

Karadeniz-Çelebican, Özcan : "*Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu*", **Banka ve Ti-**

caret Hukuku Dergisi/BATİDER, Cilt: XIII, Sayı: 3-4, Aralık 1986, sf:157-184.

Karahanoğulları, Onur : **Kamu Hizmeti-Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan Yay., Ankara, 2002.

Karakoç, Yusuf : **Genel Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin Yay., Ankara, 2007.

Karol, S.-Z. Suludre-C. Ayvalı : **Biyoloji Terimleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2007.

Karlsson, Ingmar : **Avrupa'nın Üvey Evlatları**, çev: Turhan Kayaoğlu, Homer Kitabevi, 2006.

Kaya, Arslan : **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınları, İstanbul, Nisan 2006.

Kazgan, Gülten : **İktisadi Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi**, İÜ Yay. No: 1416, İktisat Fakültesi Yay. No: 246, Sermet Arkadaş, İstanbul, 1969.

Kelly, Paul : **Locke's Second Treatise of Government**, Continuum, 2007, London.

Kendigelen, Abuzer : **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı**, Beta Yay., İstanbul, 1994.

Keskin, Serap : **Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması**, Seçkin Yay., Ankara, 2003.

Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Kırca, Çiğdem : "*Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, Ankara, B.T.H.E., 1998, sf:243-263.

Kilkelly, Ursula : **The Child and the European Convention on Human Rights**, Ashgate, Printed in Great Britain, 1999.

Kilkelly, Ursula : **The Right to Respect for Private and Family Life- A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, Human rights handbo-

oks, No.1, November 2001, Printed in Germany.

Kingston, James : "*Rich People Have Rights Too? The Status of Property as a Fundamental Right*", **Human Rights: A European Perspective**, ed. Liz Heffernan with James Kingston, The Round Hall Pres, Dublin, 1994, sf:284-298.

Kiss, Alexandre Charles : "*Permissible Limitations on Rights*", **The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights**, Ed. Louis Henkin, Columbia University Press, New York 1981, sf:290-310.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, değişiklik yapılmamış 3. bası, 1987.

Kokaz, C. Jocelyne : "*Piercing the Corporate Veil: a Comparative Analysis*", **Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul**, No. 46, 1996, sf:25-47.

Koschaker, Paul : **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, yeniden elgengeçiren: Kudret Ayiter, AÜHFY. No:284, Ankara, 1971.

Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim : **Sınırlı Ayni Haklar**, İÜHFY No:408, Fakülteler Matbaası, 1972-1973.

Krajewski, Markus : "*Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*", **Journal of International Economic Law**, Vol. 6, No. 2, 2003, sf:341-367.

Krause, Catarina : "*The Right to Property*", **Economic, Social and Cultural Rights**, Second Revised Edition,ed: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf: 191-209.

Krause, Catarina - Alfredsson, G. : "*Article 17*", **The Universal Declaration of Human Rights-A Common Standard of Achievement**, (Eds., Gudmundur Alfredsson-Asbjorn Eide), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, sf:359-378.

Krause, Catarina - Martin Scheinin : "*The Right to Not to be Discriminated Against: The Case of Social Security*", **The Jurisprudence of Human Rights Law- A Comparative Approach**, (Edited by Theodore Orlin-Allan Rosas-Martin Sceinin), Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku-Abo, 2000, sf:253-286.

Krohn, Mads : "*Minority Squeeze-Outs and the European Convention on Human Rights*", **European Business Law Review**, Vol. 15, Issue 2, 2004, sf: 159-182.

Krüger, H. C. – C. A. Norgaard : "*The Right of Application*", **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. Mcdonald, et. al., Martinus Nijhoff Publishers, 1993, sf:657-674.

Küçükömer, İdris : **İktisat İlkelerine Yeniden Bakış**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.

Kymlicka, Will : "*Introduction*", **The Rights of Minority Cultures**, Ed., Will Kymlicka, Oxford University Press, 1995.

Lacadena, Juan-Ramon : "*An Ethical Code for Human Genetics*", **The Human Genome**, co-ordinated by: Jean-Francois Mattel, Council of Europe Publishing, 2001, Printed in Germany, sf:29-55.

Ladas, Stephen P. : **The International Protection of Literary and Artistic Property -Vol. 1**, The Macmillan Company, New York, 1938.

Ladas, Stephen : "*Legal Protection of Know-How*", **Patent, Trademark and Copyright Journal of Research and Education (Intellectual Property Law Review)**, Vol. 7, 1963-1964, sf:397-417.

Langeris, Ch. J. : "*Taxation and the Right to Property*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:155-163.

Lawson, F. H. - Rudden, Bernard : **The Law of Property**, Third edition, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2002.

Lebeck, Carl : "*The European Court of Human Rights on the relation between ECHR and EC-law: the limits of constitutionalisation of public international law*", **Zeitschrift für öffentliches Recht (ZÖR)**, Vol.62, 2007, sf: 195-236.

Lenaerts, Koen/Vanvoorden, Kristen : "*The Right to Property in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities*", **Property and Human Rights**, ed. Prof. Dr. H. Vandenberghe (with co editing of M. Muylle and T. Viaene), Die Keure/la Charte, Co-publisher: Bruylant, 2006, sf: 195-240.

Letsas, George : "The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR", **EJIL**, Vol. 15, No. 2, 2004, sf: 279-305.

Levi, Selim : **Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri**, Legal Yay., İstanbul, Mart 2006.

Levy, Michael B. : "*Illiberal Liberalism: The New Property as Strategy*", **Property Law, Vol. 1**, eds. Elizabeth Mensch-Alan Freeman, The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Dartmouth, Aldershot, 1992, sf:184-201.

Listner, Michael J. : "*The Ownership and Exploitation of Outer Space: A Look at Foundational Law and Future Legal Challenges to Current Claims*", **Regent Journal of International Law**, Vol. 1, 2003, sf:75-94.

Lidbetter, Andrew : "*Customs, Cars, and Article 1 of First Protocol*", **EHRLR**, Issue 3, 2004, sf: 272-285.

Locke, John : **The Second Treatise of Government**, (Edited by Thomas P. Peardon), Liberal Art Press, 1952, New York.

Loucaides, L.G. : "*Personality and Privacy Under the European Convention on Human Rights*", **BYIL**, Year 62, 1991, sf:175-197.

Loucaides, Loukis G. : "*The Protection of the Right to Property in Occupied Territories*", **ICLQ**, Vol. 53, July 2004, sf: 677-690.

Loucaides, Loukis : "*Environmental Protection Through The Jurisprudence of the European Convention on Human Rights*", **BYIL**, Issue 75, 2004-2005, sf:249-267.

Lowenfeld, Andreas F. : **International Economic Law**, second edition, OUP, 2008.

Macdonald, R. St. J. : "*The Margin of Appreciation*", **The European System for the Protection of Human Rights**, ed: Mcdonald et. al., Martinus Nijhoff Publishers, 1993, sf:83-124.

Macpherson, C. B. : **The Political Theory of Possessive Individualism- Hobbes To Locke**, OUP, London, 1962.

Madra, Ömer : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, AÜSBF Yayın No:458, 1981, Ankara.

Mahoney, Paul : "*Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law*", **The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law**, Lausaanne, 14-15 Avril 2000, Schuthess, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, 43, Zurich, 2002, sf:143-157.

Makinson, David : "*Rights of Peoples: Point of View of a Logician*", **The Rights of Peoples**, Ed. James Crawford, Clarendon press, Oxford, 1988, sf:69-92.

Malloy, Robin Paul : **Law and Market Economy- Reinterpreting the Values of Law and Economics**, CUP, 2000.

Martin, Claudia : "*The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter American System*", **Leiden Journal of International Law**, Vol.19, 2006, sf:491-504.

Martin, Fransisco Forrest vd. : **International Human Rights Law & Practice- Cases, Treaties and Materials**, Kluwer Law International, The Hague, 1997.

Marx, Karl : **Kapital-Birinci Cilt**, çev: Alaattin Bilgi, Üçüncü Baskı, Sol Yayınları, İstanbul, 1986.

Matscher, F. : "*Methods of Interpretation of the Convention*", **The European System for the Protection of Human Rights**, ed: Mcdonald et. al., The Hauge, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, sf:63-81.

Matthys, Francis W. : "*The Nature of the Right to Inherit Property*", **Notre Dame Lawyer**, Vol. 12, 1936-1937, sf:7-14.

McBride, Jeremy : "*The Right to Property*", **European Law Review Checklist No. 1, Human Rights Survey**, 1996, sf:40-50.

McBride, Jeremy : "*The Violation of Economic, Social and Cultural Rights as Torture or Cruel, Inhuman or Degrading Treatment*", **Childhood Abused-Protecting Children against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment**, Ed. Geraldine van Bueren, Programme on International Rights of the Child, Ashgate, Dartmouth, Aldershot, 1998, sf:107-116.

McBride, Jeremy : "*Proportionality and the European Convention on Human Rights*", **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, ed. Evelyn Ellis, Hart Publishing, Oxford, 1999, sf: 23-35.

McGoldrick, Dominik : **The Human Rights Committee**, Clarendon Press, Oxford, 1991.

McHarg, Aileen : "*Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*", **Modern Law Review**, Vol. 62:5, September 1999, sf: 671-696.

Mead, David : "*Strasbourg Succumbs to the Temptation 'To Make a God of The Right of Property': Peaceful Protest on Private Land & The Ramifications of Appleby v UK*", **Journal of Civil Liberties**, Vol. 8, 2003, sf:98-112.

Medda, Roberta/Windischer : "*The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*", **European Yearbook of Minority Issues**, Vol. 1, 2001/2, sf:487-534.

Meehan, Michael : "*Virtual Property: Protecting Bits in Context*", **Richmond Journal of Law & Technology**, Vol. 12, Volume XIII, Issue 2 (2006), http://law.richmond.edu/jolt/v13i2/article7.pdf.

Memiş, Tekin : "*Biyobankaların Hukuki Esasları*", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İkinci Cilt**, Vedat Yay., İstanbul, 2007, sf:1949-1966.

Merrills, J. G. : **The Development of International Law by the European Court of Human Rights**, Melland Schill Monographs in International Law, second edition, Manchester University Press, 1993.

Meyer, Jan De : "*Human Rights in a Commercial Context*", **HRLJ**, Vol.5, 1984, Parts 2-4, sf:139-160.

Mitchell, Catherine : "*Leading a Life of Its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law*", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 4, 2003, sf:639-665.

Morange, Jean : "*Görsel İşitsel Üst Kurul*", (çev. Atilla Nalbant), **Bağımsız İdari Otoriteler-Les Autorites Administratives Independantes**, (ed. İbrahim Kaboğlu), 1998, Alkım Yayınları, sf:103-108.

Moringiello, Juliet M. : "*Towards a System of Estates in Virtual Property*", **Cyberlaw, Security & Privacy**, (Ed. Sylvia Mercado Kierkegaard), Ankara Bar Association, 2. European edition, Ankara, sf:399-410.

Morrison Jr., C. Clovis : "*Margin of Appreciation in European Human Rights Law*", **Human Rights Journal, Vol. 6**, sf:263-286.

Mountfield, Helen : "*The Concept of a Lawful Interference With Fundamental Rights*", **Understanding Human Rights Principles**, eds. Jeffrey Jowell QC ve Jonathan Cooper, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001, sf:5-25.

Mountfield, Helen : "*Regulatory Expropriations in Europe: The Approach of the European Court of Human Rights*", **New York University Environmental Law Journal**, Vol.11, 2002, sf:136-147.

Mowbray, Alastair : "*The Creativity of the European Court of Human Rights*", **Human Rights Law Review**, Vol. 5, sf: 57.

Munzer, Stephen R. : **A Theory of Property**, CUP, 1990.

Murphy, T./S. Roberts/T. Flessas : **Understanding Property Law**, Thomson-Sweet&Maxwell, London, 2004.

Myjer, Egbert : "*Article 1 and the Entitlement of Just Satisfaction*", **Property and Human Rights**, ed. Prof. Dr. H. Vandenberghe (with co editing of M. Muylle and T. Viaene), Die Keure/la Charte, Co-publisher: Bruylant, sf: 99-128.

Nalbant, Atilla : "Fransa'da Görsel İşitsel İletişim Özgürlüğünün Koruyucusu: Görsel İşitsel Üst Kurul", **İnsan Hakları Yıllığı**, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan, Cilt: 17-18, 1995-1996, sf:187-203.

Nash, John B. : "*The Concept of 'Property' in Know-how as a Growing Area of Industrial Property: Its Sale and Licensing*", **Patent, Trademark and Copyright Journal of Research and Education (Intellectual Property Law Review)**, Vol. 6, 1962-1963, sf:289-298.

Nelmark, David : "*Virtual Property: The Challenges of Regulating Intangible, Exclusionary Property Interests Such as Domain Names*", **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, Vol. 3, No. 1, Fall 2004.

Nicol, Dianne : "*On the Legality of Gene Patents*", **Melbourne University Law Review**, Vol.29, 2005, sf:809-842.

Nimmer, Raymond T./P. A. Krauthaus : "*Information as Property Databeses and Commercial Property*", **International Journal of Law and Technology**, Vol. 1, No. 1, 1993-1994, sf:3-34.

Nomer, Haluk N. : **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları**, Beta Yay., İstanbul, 2002.

Nomer, Haluk N. : **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Gözden geçirilmiş altıncı bası, Beta Yay., Nisan 2008, İstanbul.

Nomer, Füsun N. : "*İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar*", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı -Cilt I**, Yayına hazırlayan: Abuzer Kendigelen, İstanbul, 2001, sf:395-418.

Nowak, Manfred : **UN Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary**, Second revised edition, N. P. Engel Publisher, 2005.

Nussbaum, Arthur : **Money in the Law National and International - A Comparative Study in the Borderline of Law and Economics**, The Foundation Press, Brooklyn, 1950.

O'Donovan, Katherine : "*Taking A Neutral Stance on the Legal Protection of the Fetus*", **Medical Law Review**, Vol.14, Spring, 2006, sf:115-123.

Oğurlu, Yücel : **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

Oğuz, Sefer : "*Veri Tabanı Hakkı ve Sui Generis Veri Tabanı Hakkının Sınırları*", **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Yetkin Yay., Ankara 2006, sf:741-772.

Oğuzman, Kemal : **Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, Gözden geçirilmiş 6. Bası, 1995.

Oğuzman, M. Kemal/Turgut Öz : **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/
Oktay Özdemir, Saibe : **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/
Oktay Özdemir, Saibe : **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, Yeniden gözden geçirilmiş ve mevzuata uyarlanmış 9. Baskı, 2009.

Oğuzoğlu, H. Cahit : **Roma Hukuku**, AÜHF Yay. No: 130, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959.

Oliver, de Schutter : "*The Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights*", **Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments**, ed. Peter Van der Auweraert, Tom De Pelsmaeker, Jeremy Sarkin, Johan Vande Lanotte, Maklu, Antwerpen, 2002, sf:207-239.

Onar, Sıddık Sami : **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II**, İsmail Akgün Hak Kitabevi, İstanbul, Üçüncü Bası, 1966.

Oraa, Jaime : **Human Rights in States of Emergency in International Law**, Clarendon Press, Oxford, 1992.

Orakhelashvili, Alexander : "*Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*", **EJIL**, Vol. 14, No. 3, 2003, sf: 529-568.

Ost, François : "*The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights*", **The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions**, (Ed. Mireille Delmas-Marty), (Translation directed and edited by Christine Chodkiewicz), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecth, 1992, sf:283-317.

Ostergard Jr, Robert L. : "*Intellectual Property: A Universal Human Right*", **HRQ**, Vol. 21, N. 1, 1999, sf:156-178.

Ortan, Ali Necip : **Avrupa Patent Sistemi – 2 Cilt**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991 ve 1992.

Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/ Çağan, Nami : **Vergi Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.

Öğüz, Tufan : **Know-How Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.

Öktem, Akif Emre : **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, 1. Baskı, Ankara, Liberte, Aralık 2002.

Ölçer, F. P. : "*Article 1 Protocol No. 1 ECHR and the Criminal Law: Limiting the Power to Punish*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:165-194.

Önok, R. Murat : **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yay., Ankara, 2006.

Örücü, Esin : **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı: Mülkiyet Hakkının Sınırlanması**, İÜ Yay. No: 2132, İÜHF Yay. No: 473, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti, İstanbul, 1976.

Özbudun, Ergun : **Siyasal Partiler**, AÜHF Yayın No:409, Sevinç Matbaası, İkinci Bası, 1977, Ankara.

Özdemir, Saibe Oktay : "*Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği*", **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, Vedat Kitapçılık, Ekim 2004, sf:571-598.

Özdilek, Ali Osman : **İnternet ve Hukuk**, Papatya Yayıncılık, İstanbul, Eylül, 2002.

Özel, Sibel : **Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması**, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998.

Özenç, Berke : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü**, Kitap Yayınevi, İstanbul, Şubat 2006.

Özgüven, Ali : **İktisat Bilimine Giriş**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

Özsunay, Ergun : **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, Genişletilmiş ve gözden geçirilmiş dördüncü bası, 1979.

Özsunay, Ergun : **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, İÜ Yayın No: 2443, İÜHF Yayın No: 549, İstanbul, Gözden geçirilmiş 5. Bası, 1982.

Özsunay, Ergun : **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1986.

Özsunay, Ergun : "*Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar*", **Bülent Davran'a Armağan**, İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No.6, İstanbul, 1998, sf:2-58.

Özsunay, Ergun : "*Rights of Embryo and Foetus in Private Law*", **Convergence of Legal Systems in the 21st Century**, International Academy of Comparative Law, Brisbane-Australia, 14-20 July 2002, Bruylant, Bruxelles, 2006, sf: 1275-1413.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan : **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 9. Bası, Seçkin Yay., Ankara, 2006.

Panizzon, Marion : **Good Faith in the Jurisprudence of the WTO**, Studies in International Law, Hart Publishing, Oxford, Schulthess, 2006.

Pasa, Barbara/Benacchio, Gian Antonio : **The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe**, çev. Lesley Or-

me, A Guide to European Private Law, CEU Pres, Budapest, 2005, sf:409-475.

Pasli, Ali : **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, Gözden geçirilmiş 2. bası, İstanbul.

Paslı, Ali : "*Türk Hukukunda Menkul Kıymet Kavramı*", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İkinci Cilt**, Vedat Yay., İstanbul, 2007, sf:1513-1579.

Pasqualucci, Jo M. : **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**, Cambridge University Press, 2003.

Pasqualucci, Jo M. : "*The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System*", **Human Rights Law Review**, Vol. 6, No.2, 2006, sf:281-322.

Pasukanis, Evgeny B. : **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, çev: Onur Karahanoğulları, Fransızca basım tarihi: 1926, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002.

Pauliat, Helene : "*Mülkiyet Hakkı-Tebliğ I*", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu- 24-25 Ekim 2003 (Ankara)**, TBB, Birinci Baskı: Şubat 2006, Ankara, sf: 267-283.

Pazarcı, Hüseyin : **Uluslararası Hukuk Dersleri - II. Kitap**, Turhan Yayınları, Ankara, Gözden geçirilmiş 4. Baskı, 1996.

Pazarcı, Hüseyin : **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, Güncelleştirilmiş 4. Bası, 2006.

Pazarcı, Hüseyin : "*Pozitif Uzay Hukuku ve Bugünkü Sorunları*", **Seha Meray'a Armağan, Cilt: I**, AÜSBF Yayınları No. 465, Ankara, 1981, sf:223-250.

Pellonpaa, Matti : "*The Commission's Case-Law on Article 1 of Protocol No. 1*", **The Birth of European Human Rights Law: Liber Amicorum Carl Aage Norgaard**, eds. Michele de Salvia – Mark E. Villiger, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, sf: 165-173.

Pellonpaa, Matti : "*Does the European Convention on Human Rights Require 'Prompt, Adequate and Effective' Compensation for Deprivation of Possesion?*", **Liber Amicorum Bengt Broms**, Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki, 1999, sf: 374-394.

Pellonpaa, Matti : "*Reflections on the Notion of 'Deprivation of Possessions' in Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal**, eds. Paul Mahoney –Franz Matscher – Herbert Petzold – Luzius Wildhaber, Carl Heymans Verlag, Köln, 2000, sf:1087-1105.

Pellonpaa, Matti : "*The European Court of Human Rights and the European Union*", **Human Rights – Strasbourg Views, Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Lucius Caflish-Johan Callewaert-Roderick Liddell-Paul Mahoney, Mark Villiger, N.P. Engel Publisher, Germany, sf:347-370.

Penner, J. E. : "*The 'Bundle of Rights' Picture of Property*", **UCLA Law Review**, Vol. 43, 1995-1996, sf:711-820.

Penner, J. E. : **The Idea of Property in Law**, OUP, 1997 (paperback with corrections 2000).

Petersen, Niels : "*The Legal Status of the Human Embryo in vitro: General Human Rights Instruments*", **Zeitschrift Für Auslandishces Offentliches Recht Und Volkerrecht**, Vol.65, 2005, sf:447- 466.

Petersmann, Ernst/Ulrich : "*The WTO Constitution and Human Rights*", **Journal of International Economic Law**, Vol. 3, 2000, sf:19-25.

Petersmann, Ernst/Ulrich : "*Human Rights and International Economic Law in the 21st Century*", **Journal of International Economic Law**, Vol. 4, 2001, sf:3-39.

Petrochilos, Georgios : **Procedural Law in International Arbitration**, OUP, 2004.

Petzold, Herbert : "*The Convention and the Principle of Subsidiarity*", **The European System for the Protection of Human Rights**, ed: Mcdonald et. al., The Hauge, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Peukert, Wolfgang : "*Protection of Ownership Under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **HRLJ**, Vol.2, Parts:1-2, October 1981, sf:37-78.

Peukert, Wolfgang : "*Human Rights in International Law and the Protection of Unborn Beings*", **Protecting Human Rights: The European Dimension- Studies in honour of Gerard J. Wiarda**, (Ed. Franz Matscher-Herbert Petzold), Carl Heymans Verlag KG, Köln, 1988, sf:511-519.

Plantey, Alain : "*Milletlerarası Ticari Tahkim ve İnsan Hakları*", **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan**, Marmara Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1999, sf:539-542.

Ploeger, H. D./C.J.J.M. Stolker : "*In Search of the Importance of Article 1 Protocol No. 1. ECHR to Private Law*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:69-89.

Plomer, Aurora : "*A Foetal Right to Life? The Case of Vo v. France*", **HRLR**, Vol.5, No. 2, 2005, sf:311-338.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal : **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, Genişletilmiş 13. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 1998.

Poroy, Reha/Ü. Tekinalp/E. Çamoğlu : **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Mart 2000.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi : **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 10. Basıdan tıpkı

11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Posner, Richard A. : **The Economics of Justice**, Harvard University Press, 1981.

Posner, Richard A. : **Economic Analysis of Law**, seventh edition, Apsen Publishers, Wolters Kluwer, 2007.

Prebensen, Soren C. : "*The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*", **HRLJ**, Vol. 19, No. 1, 30 April 1998, sf:13-17.

Ramcharan, B. G. : "*Implementing the International Covenants on Human Rights*", **Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration**, sf:159-195.

Rand, Ayn : "*Kollektif Haklar*", (çev. Mustafa Erdoğan), **Sosyal & Siyasal Teori-Seçme Yazılar**, (der. Atilla Yayla), Siyasal Kitabevi, 1993, Ankara, sf:265-269.

Rawls, John : **A Theory of Justice**, Oxford University Press, 1971.

Reed, O. Lee : "*What is 'Property'*", **American Business Law Journal**, Vol. 41, Issue 4, Summer 2004, sf:459-501.

Rehof, Lars Adam : "*Article 3*", **The Universal Declaration of Human Rights-A Common Standard of Achievement**, (Eds. Gudmundur Alfredsson-Asbjorn Eide), Martinus Nijhoff Publishers, the Hague, 1999, sf:89-101

Reich, Charles A. : "*The New Property*", **Yale Law Journal**, Vol. 73, 1964, sf:733-787.

Reich, Charles A. : "*Beyond The New Property: An Ecological Wiev of Due Process*", **Brooklyn Law Journal**, Vol. 56, 1990, sf:731-745.

Reid, Karen : **A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights**, Second edition, Thomson-Sweet and Maxwell, 2004.

Renner, Karl : **The Institutions of Private Law and their Social Functions**, edited with an Introduction and notes by O. Kahn-Freund, trans. by. Agnes Schwarzschild, first published 1949, Routledge & Kegan Paul Limited, London.

Ress, Georg : "*Reflections on the Protection of Property under the European Convention on Human Rights*", **Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Stephan Breitenmoser vd., Dike, Nomos, 2007, sf: 625-645.

Ricketson, Sam : "*Intellectual Property and Human Rights*", **Commercial Law and Human Rights**, eds. Stephen Bottomley-David Kinley, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 2002, sf:187-213.

Rijn, Arjen van (Revised by) : "*Chapter 17 – Right to the Peaceful Enjoyment of One's Possessions (Article 1 of Protocol No. 1)*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (editors, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak), Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006 (Fourth Edition), sf: 863-893.

Rivers, Julian : "*Proportionality and Variable Intensity of Review*", **Cambridge Law Journal**, Vol. 65, No. 1, March 2006, sf:174-207.

Roberts, Andrew/Nick Taylor : "*Privacy and DNA Database*", **EHRLR**, 2005, Issue 4, sf:373-392.

Rodrigez, Luis Valencia : **The Right of Everyone to Own Property Alone as Well as in Association with Others**, Completed Final Report of th Independent Expert, E/CN.4/1994/19, 25 November 1993.

Rook, Deborah : **Property Law and Human Rights**, Blackstone Press, 2001, London.

Rose, Carol M. : "*Possession as the Origin of Property*", **University of Chicago Law Review**, Vol. 52, 1985, sf: 73-88.

Rosales, Io Montes : **Legal Framework for Domain Names**, 25 Mayıs 2005 tarihinde Zürih Üniversitesinde Savunulmuş Doktora Tezi (İÜHF Kütüphanesinde mevcuttur).

Rosas, Allan : "*Property Rights*", **The Strength of Diversity – Human Rights and Pluralist Democracy**, eds. Allan Rosas and Jan Helgesen, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, sf:133-157.

Rosenau, Henning : "*Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama Tartışmaları ve Alman Kök Hücre Kanunu*", çev. Hakan Hakeri, **Tıp ve Ceza Hukuku**, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Seçkin Yay., Ankara, 2004, sf:43-80.

Rowbottom, Jacob : "*Property and Participation: A Right of Access for Expressive Activities*", **European Human Rights Law Review**, Issue 2, 2005, sf: 186-202.

Rozakis, Christos L. : "*The Contribution of the European Court of Human Rights to the Development of the Law on State Immunity*", **Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Stephan Breitenmoser vd., Dike, Nomos, 2007, sf:387-402.

Ruffert, Matthias : "*The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights*", **German Yearbook of International Law**, Vol. 43, 2000, sf: 116-148.

Sagel-Grande, H. I. : "*Property Rights and Ownership in Eastern and Western Europe and Article 1 Protocol No. 1 European Convention on Human Rights*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof-Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:49-66.

Salgado, Anthony : "*Protection of National's Rights to Property Under the European Convention on Human Rights: Lithgow v. United*

Kingdom", **Virginia Journal of International Law**, Vol. 27, No. 4, 1987, sf: 865-914.

Samuel, Geoffrey : "*The Many Dimensions of Property*," **Property And The Constitution**, ed. Janet McLean, Hart Publishing, Oxford, 1999, sf: 40-63.

Samuel, Geoffrey : "*Property and Obligations: Continental and Comparative Perspectives*", **New Perspectives on Property Law, Human Rights and the Home**, ed. Alastair Hudson, Cavendish Publishing, London, 2003, sf: 295-317.

Sandlund, Annika : "*The Right of Property: Contested Meanings, Contested Claims*", **European Master's Degree in Human Rights and Democratisation, Awarded Theses of the Academic Year 1998/1999**, Marsilio, June 2001, sf: 243-330.

Sands, Philippe : "*Human Rights, Environment and the Lopez-Ostra Case: Context and Consequences*", **EHRLR**, Vol. 1, Issue 6, 1996, sf:597-618.

Sanlı, Kerem Cem : **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Rekabet Kurumu Yay., Ankara, 2000.

Sarı, Gürbüz : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, Beta Yay., İstanbul, Nisan 2006.

Sattler, Rosanna : "*Transporting a Legal System for Property Rights: From the Earth to the Stars*", **Chicago Journal of International Law**, Vol. 6, 2005-2006, sf:23-44.

Savaş, Vural Fuat : **İktisatın Tarihi**, Beşinci Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.

Schabas, William : "*The Omission of the Right to Property in the International Covenants*", **Hague Yearbook of International Law**, Vol. 4, 1991, sf: 135-170.

Schecter, Frank I. : **The Historical Foundation of The Law Relating to Trade-Marks**, ilk yayımladığı yer ve tarih: Columbia University Press, New York, 1925, Tekrar yayımlandığı yer ve tarih: The Lawbook Exchange LTD, New Jersey, 1999.

Schenin, Martin : "*The Right to Enjoy A Distinct Culture: Indigenous Competing Uses of Land*", **The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach**, (Eds. Theodore S. Orlin- Allan Rosas- Martin Schenin), Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku-Abo, 2000, sf:159-222.

Scheinin, Martin : "*The Right to Social Security*", **Economic, Social and Cultural Rights**, Second Revised Edition, (Eds: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas), Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf:211-221.

Schlensinger, Rudolf : **Soviet Legal Theory-Its Social Background and Development**, Paul Kegan, London, 1945.

Schömann, Isabelle/
Clauwaert, Stefan : "*The EU Charter of Fundamental Rights in the Case Law of the Courts of the European Union*", **European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights**, ed. Brian Bercusson, Nomos, 2006, sf:658-666.

Schreuer, Christoph/U. Kriebaum : "*The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law*", **Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Stephan Breitenmoser vd., Dike, Nomos, 2007, sf: 743-762.

Schroeder, Jeanne L. : "*Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property*", **University of Miami Law Review**, Vol. 60, 2005-2006, sf:453-503.

Schutter, Olivier de : "*The Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights*",

Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments, Edited by Peter Van der Auweraert – T. De Pelsmaeker – J. Sarkin – J. Vande Lanotte, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2002, sf:207-239.

Schwaighofer, Christoph : "*Legal Persons, Organisations, Shareholders as Applicants (Article 25 of the Convention)*", **The Birth of European Human Rights Law: Liber Amicorum Carl Aage Norgaard**, eds. Michele de Salvia – Mark E. Villiger., Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, sf:321-331.

Schwarz, Andreas B. : **Roma Hukuku Dersleri-Birinci Cilt**, (çev. Türkan Rado), Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2. Bası, İÜ Yay. No: 183, İÜHF Yay. No: 39.

Schwelb, Egon : "*The Protection of Right of Property of Nationals under the First Protocol to the European Convention on Human Rights*", **American Journal of Comparative Law**, Vol.13, 1964, sf: 518-541.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz : **Corporations In and Under International Law**, Grotius Publications, Cambridge, 1987.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz : **International Economic Law**, Third revised edition, Kluwer Law International, the Hague, 1999.

Selik, Mehmet : **Marxist Değer Teorisi**, AÜSBF Yay. No: 283, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969.

Serdengeçti, Edip : "*Mülkiyet Nehicinin Tekamül Vechesi*", **İÜHFM**, Cilt: XXII, sayı: 1-4, 1957, sf:300-318; **İÜHFM**, Cilt: XXIII, sayı: 1-2, 1958, sf:68-92; **İÜHFM**, Cilt: XXII, sayı: 3-4, 1958, sf:441-468; **İÜHFM**, Cilt: XXIV, sayı: 1-4, 1959, sf:432-460.

Sermet, Laurent : **The European Convention on Human Rights and Property Rights**, Human Rights Files No.11 rev., Council of Europe Publishing, revised edition, 1998.

Serozan, Rona : **Tüzel Kişiler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

Serozan, Rona : **Medeni Hukuk-Genel Bölüm**, genişletilmiş 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Serozan, Rona : **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

Serozan, Rona : **Taşınır Eşya Hukuku**, Filiz Kitapevi, Genişletilmiş 2. bası, İstanbul, 2007.

Serozan, R./H. Hatemi/A. Arpacı : **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

Serozan, Rona/Baki İlkay Engin : **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, Seçkin Yayınları, 2008, Ankara.

Svensson/McCarthy, Anna-Lena : **The International Law of Human Rights and States of Exception**, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

Sevimli, K. Ahmet : **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yay., İstanbul, 2006.

Shapo, Helene S. : "*Frozen Pre-Embryos and The Right to Change One's Mind*", **Duke Journal of Comparative and International Law**, Vol.12, 2002, sf:75-103.

Shelton, Dinah : "*Subsidiarity and Human Rights Law*", **HRLJ**, 28 April 2006, Vol. 27, No.1-4, sf:4-11.

Sınar, Hasan : **İnternet ve Ceza Hukuku**, Beta Yay, İstanbul, Temmuz 2001.

Sınar, Hasan : **Ceza Hukuku Açısından Telif Haklarının Korunması**, İÜSBE Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.

Sieghart, Paul : **The International Law of Human Rights**, First Published, Oxford, Clarendon Press, 1983 (Reprinted 1984).

Smith, Adam : **Milletlerin Zenginliği**, çev. Haldun Derin, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, I. Baskı, Kasım 2006.

Smits, Pieter Willem : **The Right to Life of the Unborn Child in International Documents, Decisions and Opinions**, Druk: Scholma Druk, Bedum, 1992.

Sommer, Joseph H. : "*Against Cyberlaw*", **Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 15, 1998.

Sornarajah, M. : **The International Law on Foreign Investment**, Grotius Publications, CUP, 1994.

Sözer, Ali Nazım : "*Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (Süper Emeklilikte Son Durum)*", **Çimento İşveren**, Cilt: 3, Sayı: 6, Kasım 1989, sf: 3-29.

Starmer, Keir : "*Positive Obligations Under the Convention*", **Understanding Human Rights Principles**, eds. Jeffrey Jowell QC ve Jonathan Cooper, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2001, sf:139-159.

Steinhardt, Ralph G. : "*Corporate Responsibility and the International Law of Human Rights: The New Lex Mercatoria*", **Non-State Actors and Human Rights**, Ed. Philip Alston, Academy of European Law, Oxford University Press, 2005.

Stillman, Peter G. : "*Hegel's Analysis of Property in the Philosophy of Right*", **Cardozo Law Review**, Vol. 10, 1988-1989, sf: 1031-1072.

Storey, Hugo : "*The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg*", **ICLQ**, Vol.39, April 1990, sf:328-344.

Suluk, Cahit/Orhan, Ali : **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku-Cilt II:Genel Esaslar ile Fikir ve Sanat Eserleri**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2005.

Sungurbey, İsmet Gülümser : **İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1956.

Şahin, Yusuf : "*Kira Denetim Politikası Üzerine Bir Değerlendirme*", **AÜSBFD**, sf:213-237.

Tafreshi, Shawn : "*Here's the Tip, Change the Law! Nerva v. United Kingdom*", **Loyala Los Angeles International and Comparative Law Review**, Vol. 27, 2005, sf:127-143.

Tahiroğlu, Bülent : **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, İÜHFY No: 632, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.

Tan, Turgut : **Ekonomik Kamu Hukuku**, TODAİE Yay. No. 210, Ankara, 1984.

Tan, Turgut : "*Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti: Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri*", **Rekabet Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 4, Ekim-Kasım-Aralık, 2000, sf:3-42.

Tanör, Bülent : **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul, May Yay., Şubat 1978.

Tarhanlı, Turgut : **Uydular Aracılığıyla Yer Doğal Kaynaklarının Uzaktan Algılanması ve Uluslararası Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Yay. No.3669, İstanbul, 1991.

Tekinalp, Gülören : "*Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı*", **Cumhuriyetin 50. Yıldönümü İçin Armağan-Cumhuriyet Döneminde Hukuk**, İÜHF Yayın No:421, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, sf:551-579.

Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal : "Perdeyi Kaldırma Teorisi", **Reha Poroy'a Armağan**, İÜHF Yayın No: 708, Kent Basımevi, İstanbul, 1995, sf:387-404.

Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal : **Avrupa Birliği Hukuku**, Beta Yay, İstanbul, 1997.

Tekinalp, Ünal : **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Dördüncü Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul, Aralık 2005.

Tekinay, Sulhi/Sermet Akman vd. : **Tekinay Borçlar Hukuku**, Gözden geçirilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, 1988, İstanbul.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop : **Tekinay Eşya Hukuku Cilt I**, 5. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul,1989.

Tezcan, D./M.R. Erdem/O. Sancakdar : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin Yay., 2002.

Thornberry, Patrick : **International Law and the Rights of Minorities**, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1991 (Reprinted 1994).

Thornberry, Patrick : **Indigenous Peoples and Human Rights**, Melland Schill Monographs in International Law, Manchester University Press, 2002.

Tigar, Michael E./Madeleine R. Levy : **Law and the Rise of Capitalism**, Monthly Review Press, New York and London, 1977.

Toluner, Sevin : **Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk**, İÜHF Yay. No:298, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll, İstanbul, 1968.

Tomuschat, Christian : "*Freedom of Association*", **The European System for the Protection of Human Rights**, (Edited by Mcdonald – Matscher – Petzold), Martinus Nijhoff Publishers, Printed in the Netherlands, 1993.

Tomuschat, Christian : **Human Rights - Between Idealism and Realism**, Academy of European Law, Oxford University Press, 2003.

Topaloğlu, Mustafa : **Bilişim Hukuku**, Karahan Kitabevi, Mayıs 2005, Seyhan-Adana.

Torremans, Paul L. C. : "*Copyright as a Human Right*", **Copyright and Human Rights**, (Edited by, Paul L. C. Torremans), Kluwer Law International, Information Law Series:14, 2004, The Hague, sf:1-20.

Trechsel, Stefan : **Human Rights in Criminal Proceedings**, Academy of European Law-European University Institute, OUP, 2005.

Tridimas, Takis : **The General Principles of EU Law**, second edition, OUP, 2006.

Trindade, Antonio Augusto Cançado : "*Human Right and the Environment*", **Human Rights: New Dimensions and Challenges**, ed. Janusz Symonides, Manuel on Human Rights, UNESCO Publishing, Ashgate, Dartmouth, Aldershot, 1998, sf: 117-153.

Tuncay, Can/Ömer Ekmekçi : **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Beta Yay, İstanbul, 2005.

Turgut, Nükhet : **Çevre Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 1998

Türmen, Rıza : "*Poverty and Human Rights*", **Human Rights – Strasbourg Views, Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Lucius Caflish-Johan Callewaert-Roderick Liddell-Paul Mahoney, Mark Villiger, N.P. Engel Publisher, 2007, Germany, sf:447-467.

Uluç, Yusuf : "Kazandırıcı Zamanaşımı Zilyetliğine Dayanılarak Taşınmaz Edinme ve Koşulları (TMK m. 713/1-2)", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 34, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2008, sf:5-40.

Ulusoy, Ali : "*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*", **Gün-ışığında Yönetim**, İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, sf:267-290.

Underkuffler, Laura S. : **The Idea of Property: Its Meaning and Power**, OUP, 2002.

Umur, Ziya : **Roma Hukuku Lügatı**, İÜ Yay. No: 3170, İÜHF Yay. No: 677, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.

Uygun, Oktay : **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1992.

Uygun, Oktay : "*İnsan Hakları Kuramı*", **İnsan Hakları**, Gökçen Alpkaya vd., YKY Yayınları, İstanbul, Aralık 2000, sf:13-44.

Uygun, Oktay : **Federal Devlet**, Genişletilmiş 3. Baskı, XII Levha Yayıncılık, Kasım 2007, İstanbul.

Uygun, Oktay : **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, İnkılap, İstanbul, 2003.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan : **Kıymetli Evrak Hukuku**, Gözden geçirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, Ocak 2006, İstanbul.

Ünal, Mehmet : "*Ferdi (Özel) Mülkiyetin Tarihi, Dini ve Beşeri Kökenleri*", **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Yetkin Yay., Ankara 2006, sf:901-930.

Van Banning, Theo R. G. : **The Human Right to Property**, Intersenthia, Antwerpen, 2002.

Vandevelde, Kenneth J. : "*The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property*", **Buffalo Law Review**, Vol. 29, 1980, sf:325-367.

Vecchio, Giorgio Del : **Hukuk Felsefesi Dersleri**, çev. Sahir Erman, Sermet Matbaası,, t.y., İstanbul.

Versan, Vakur : **Kamu Yönetimi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 8. baskı, 1984.

Villey, Michel : **Roma Hukuku-Güncelliği**, (çev. Bülent Tahiroğlu), Der Yayınları, İstanbul, 1985.

Vonk, G. J. : "*Social Security and Property: Gaygusuz and After*", **The Right to Property-The Influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on severel fields of domestic law**, (Eds. Jan-Peter Loof- Hendrik Ploeger-Arine van Der Steur) Shaker Publising, Maastricht, 2000, sf:145-154.

Voyce, Malcolm : "*Shopping malls in Australia: The end of public space and the rise of 'consumerist citizenship'?*", **Journal of Sociology**, Vol. 42, No. 3, 2006, sf: 269-286.

Waldron, Jeremy : **The Right to Private Property**, Clarendon Paperbacks, OUP, 1988 (reprinted in 2002).

Waldron, Jeremy : "*Rights in Conflict*", **Liberal Rights-Collected Papers 1981-1991**, Cambridge University Press, 1993.

Walt, A J Van Der : **Constitutional Property Clauses – A Comparative Analysis**, Juta, Kluwer Law International, 1999.

Walt, A J Van Der : "*The Constitutional Property Clause: Striking a Balance Between Guarentee and Limitation*," **Property And The Constitution**, ed. Janet McLean, Hart Publishing, Oxford, 1999, sf: 109-146.

Weissbrodt, David - Kell Schoff : "*The Sub-Commission's Initiative on Human Rights and Intellectual Property*", **NQHR**, Vol. 22, N.2, 2004, sf:181-215.

Werlauff, Erik : "*Right of Possession and Interference With Such Rights*", **European Business Law Review**, Vol. 13, Issue 2, 2002, sf:123-145.

Weyl, Monique -Roland Weyl : **Gerçekte ve Eylemde Hukuk'un Payı**, (çev. Şiar Yalçın), Konuk Yayınları, Birinci baskı, Mart 1975.

Wildhaber, Luzius : "*Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*", **Baltic Yearbook of International Law**, Vol. 3, 2003, Martinus Nijhoff Publishers, sf:1-18.

Wood, Stephen G./Brett G. Scharffs : "*Applicability of Human Rights Standards to Private Corporations: An American Perspective*", **American Journal of Comparative Law Supplement**, Vol.50, 2002, sf:531-566.

Wortley, B. A. : **Expropriation in Public International Law**, Cambridge at the University Press, 1959.

Wright, Floyd A. : "*The Nature and Basis of Legal Goodwill*", **Illinois Law Review**, Vol. 24, 1929-1930, sf:20-43.

Yaltı, Billur : **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, Beta Yay., Eylül 2006, İstanbul.

Yang, Xiaodong : "*State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions*", **BYIL**, 2003, 74 Year of Issue, 2004, sf: 333-408.

Yarsuvat, Duygun : **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, Genişletilmiş 2. Baskı, İÜ Yay No.3247, Siyasal Bilimler Fakültesi Yay. No. 16, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1984.

Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam/ Ayoğlu, Tolga/Yusufoğlu, Fülürya/ Yüksel, Sinan : **Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi-Cilt 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

Yılmaz, Ejder : **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin yay., Ankara, 1996.

Yourow, Howard C. : **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, The Hague, 1996.

Zullo, Kelly M. : "*The Need to Clarify the Status of Property Rights in International Space Law*", **Georgetown Law Journal**, Vol. 90, 2002, sf: 2413-2444.

Zwaak, Leo : "*Chapter 1 – General Survey of the European Convention*", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (editors, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak), Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006 (Fourth Edition), sf:1-93.

Zwart, Tom : **The Admissibility of Human Rights Petitions**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1994.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) VE AVRUPA İNSAN HAKLARI KOMİSYONU (AİHK) VAKA LİSTESİ

AİHK VAKA LİSTESİ

-A-

A., B. and Company A.S. v. Germany, App. No. 7742/76, Admissibility Decision of 4 July 1978.

A. D. v. Netherlands, App. No.21962/93, Admissibility Decision of 11 January 1994.

AGOSI v. the United Kingdom, App. No. 9118/80, Commission Final Report of 14 October 1984.

Agrotexim Hellas and Others v. Greece, App. No.14807/89, Admissibility Decision of 12 February 1992.

Allesch and others v. Austria, App. No.18168/91, Admissibility Decision of 1 December 1993.

Amanda Bullock v. the United Kingdom, App. No.29102/95, Admissibility Decision of 16 January 1996.

Anna Claes v. Belgium, App. No.11285/84, Admissibility Decision of 1 December 1987.

Arrondelle v. the United Kingdom, App. No.7889/77, Admissibility Decision of 15 July 1980

Arrondelle v. United Kingdom, App. No.7889/77, Commission Final Report of 15 May 1982.

Ary Spaans v. Netherlands, App. No. 12516/86, Admissibility Decision of 12 December 1988.

Association of General Practitioners v. Denmark, App. No. 12947/87, Admissibility Decision of 12 July 1989.

Associazione Nazionale Reduci Dalla Prigionia Dall'Internamento e Dalla Guerra Di Liberazione and 275 others v. Germany, App. No. 45563/04, Admissibility Decision of 4 September 2007.

Ayuntamiento de M. v. Spain, App. No.15090/89, Admissibility Decision of 7 January 1991.

-B-

B., C. and D. v. the United Kingdom, App. No. 8531/79, Admissibility Decision of 10 March 1981.

Baggs v. the United Kingdom, App. No.9310/81, Admissibility Decision of 16 October 1985.

Baggs v. United Kingdom, App. No.9310/81, Commission Final Report of 8 July 1987.

Bartoşch v. Austria, App. No.26593/95, Admissibility Decision of 16 October 1996.

Batelaan and Huiges v. Netherlands, App. No.10438/83, Admissibility Decision of 3 October 1984.

Bertrand Russel Peace Foundation Ltd v. the United Kingdom, App. No. 7597/76, Admissibility Decision of 2 May 1978.

Bramelid and Malmström v. Sweden, App. No.8588/79-8589/79, Admissibility Decision of 12 October 1982.

British Broadcasting Corporation v. United Kingdom, App. No. 25798/94, Admissibility Decision of 18 January 1996.

Brown & Williamson Tobacco Corporation v. Finland, App. No.23749/94, Admissibility Decision of 3 December 1996.

Brown & Williamson Tobacco Corporation v. Finland, Case No.49/1998/952/1167, Screening Panel Decision of 7 August 1998.

Burrows v. the United Kingdom, App. No.27558/95, Admissibility Decision of 27 November 1996.

-C-

C. v. the United Kingdom, App. No.10358/83, Admissibility Decision of 15 December 1983.

C. v. France, App. No.19443/83, Admissibility Decision of 15 July 1988.

Carlin v. the United Kingdom, App. No.27537/95, Admissibility Decision of 3 December 1997.

Casotti, Florio and the Consiglio Nazionale DEll' Ordine Dei Consulenti Del Lavoro v. Italy, App. No.24877/94, Admissibility Decision of 16 October 1996.

Cevat Işık v. Turkey, App. No.24128/94, Admissibility Decision of 29 November 1995.

Company S. and T. v. Sweden, App. No. 11189/84, Admissibility Decision of 11 December 1986.

Consejo General de Colegis Oficiales de Economistas de Espana v. Spain, (App. Nos.26114/95 and 26455/95), Admissibility Decision of 28 June 1995.

Cyprus v. Turkey, App. No. 8007/77, Commision Report of 04 October 1983.

Cyprus v.Turkey, App. No.25781/94, Final Report of the Commission, Adopted on 4 June 1999.

-D-

D. G. and D. W. Lindsay v. the United Kingdom, Ap.. No. 11089/84, Admissibility Decision of 11 November 1986.

Denev v. Sweden, App. No. 12570/86, Admissibility Decision of 18 January 1989.

Denev v. Sweden, App. No.25419/94, Admissibility Decision of 9 April 1997.

-E-

E. and G.R. v. Austria, App. No.9781/82, Admissibility Decision of 14 May 1984

E. P. v. Slovak Republic, Application No. 33706/96, Admissibility Decision of 9 September 1998.

-F-

F. S. v. Germany, App. No. 30128/96, Admissibility Decision of 27 November 1996.

Felix Agneessens v. Belgium, App. No. 12164/86, Admissibility Decision of 12 October 1988.

Fenzel and Köllner v. Austria, App. No. 22351/93, Admissibility Decision of 15 May 1996.

Forster v. Germany, App. No.20769/92, Admissibility Decision of 29 June 1994.

Fredin v. Sweden, App. No.12033/86, Commission Report of 6 November 1989.

Fritz and Hans Schlumpf v. France, App. No. 11425/85, Admissibility Decision of 5 October 1987.

-G-

G. and E. v. Norway, App. No.9278/81-9415/81, Admissibility Decision of 3 October 1983.

Gillow v. United Kingdom, App. No. 9063/80, Commission Final Report of 3 October 1984

Gläss v. the United Kingdom, App. No.28485/95, Admissibility Decision of 16 October 1996.

Gospodinova v. Bulgaria, App. No. 37912/97, Admissibility Decision of 16 April 1998.

Greek Federation of Custom Officers, Nicolaos Gialouris, Georgios Christopoulos and 3333 other Custom Officers v. Greece, App. No.24581/94, Admissibility Decision of 6 April 1995.

Grzegorz and Wiktor Jedamski v. Poland, App. No.29691/96, Admissibility Decision of 4 March 1998.

-H-

Habsburg-Lothringen v. Austria, App. No. 15344/89, Admissibility Decision of 14 December 1989.

Handyside v. the United Kingdom, App. No.5493/72, Report of the Commission of 30 September 1975.

Hans Reber, Reber Systematik Gmbh and Ulrich Kinkel v. Germany, App. No. 27410/95, Admissibility Decision of 12 April 1996.

Holy Monasteries and others v. Greece, App. Nos.13092/87 and 13984/88, Admissibility Decision of 5 June 1990.

-J-

J. S. and others v. Netherlands, App. No. 14561/89, Admissibility Decision of 7 September 1995

J. W. v. Poland, App. No.27917/95, Admissibility Decision of 11 September 1997.

James and Others v. United Kingdom, Commission Final Report of 11 May 1984.

Jean and Bertha Gottesmann v. Switzerland, App. No.10616/83, Admissibility Decision of 4 December 1984.

Jüngling and others v. Germany, App. No. 22353/93, Admissibility Decision of 18 October 1995.

-K-

Kapas v. the United Kingdom, App. No.12822/87, Admissibility Decision of 9 December 1987.

Kaplan v. the United Kingdom, App. No.7598/76, Report of the Commission of 17 July 1980.

Karl Eckart Heinz v. Contracting States also Parties to the European Patent Convention, App. No. 21090/92, Admissibility Decision of 10 January 1994.

Kemal Altun v. Germany, App. No.10308/83, Report of the Commission of 7 March 1984.

Khatun and 180 others v. the United Kingdom, App. No.38387/97, Admissibility Decision of 1 July 1998.

Kleine Staarman v. Netherlands, App. No.10503/83, Admissibility Decision of 16 May 1985.

Könkama and 38 other Saami Villages v. Sweden, App. No.27033/95, Admissibility Decision of 25 November 1996.

Krafft Paridam Heinz Robert von Rigal – von Kriegsheim v. Germany, App. No. 37696/97, Admissibility Decision of 21 May 1998.

Kustannus Oy Vapaa Ajattelija AB and others v. Finland, App. No.20471/92, Admissibility Decision of 15 April 1996.

-L-

Ladislav and Aurel Brezny v. Slovak Republic, App. No.23131/93, Admissibility Decion of 4 March 1996.

Lenzing v. the United Kingdom, App. No.38817/97, Admissibility Decision of 9 September 1998.

Linde v. Sweden, App. No.11628/85, Admissibility Decision of 9 May 1986.

Löparo Fiskevattenagareförening v. Sweden, App. No.11766/85, Admissibility Decision of 9 March 1989.

Lupulet v. Romaina, App. No.25497/94, Admissibliity Decision of 17 May 1996.

-M-

M. v. Germany, App. No.10307/83, Admissibility Decision of 6 March 1984.

M. v. Germany, App. No.10748/84, Admissibility Decision of 7 October 1985.

M. v. Italy, App. No.14563/89, Admissibility Decision of 7 October 1991.

M. & Co v. Germany, App. No. 13258/87, Admissibility Decision of 9 February 1990.

Magnus Gunnar Gudmundsson v. Iceland, App. No. 23285/94, Admissibility Decision of 17 January 1996.

Mario de Napoles Pacheco v. Belgium, App. No.7775/77, Admissibility Decision of 5 October 1978.

Mayer, Weidlich, Fullbrecht, Hasenlamp, Golf and Klausser v. Germany, App. Nos.188890/91, 19049/91, 19342/92 and 19549/92, Admissibility Decision of 4 March 1995.

Musa v. Austria, App. No.40477/98, Admissibility Decision of 10 September 1998.

Müller v. Austria, App. No.5849/72, Commission Report of 1 October 1975.

-N-

Nurioğlu v. Greece, App. No. 18545/91, Admissibility Decision of 17 May 1995.

-O-

Oğuz Aral, Galip Tekin Aral and İnci Aral v. Turkey, App. No.24563/94, Admissibility Decision of 14 January 1998.

-P-

Pacella v. Italy, App. No. 39217/98, Admissibility Decision of 9 September 1998.

Paton (X) v. the United Kingdom, App. No.8416/79, Admissibility Decision of 13 May 1980.

Paul Henry Wiggins v. United Kingdom, App. No.7456/76, Admissibility Decision of 8 February 1978.

Penton v. Turkey, App. No.24463/94, Admissibility Decision of 14 April 1998.

Pincock v. The United Kingdom, App. No. 14265/88, Admissibility Decision of 19 January 1989.

Pine Valley Developments Ltd. and others v. Ireland, App. No.12742/87, Commission Final Report of 6 June 1990.

Pinnacle Meat Processors Company and 8 others v. the United Kingdom, App. No.33298/96, Admissibility Decision of 21 October 1998.

Province of Bari and Others v. Italy, App. No. 41877/98, Admissibility Decision of 15 September 1998.

Pudas v. Sweden, App. No.10426/83, Admissibility Decision of 5 December 1984.

-R-

Radwillowicz v. Poland, App. No.28559/95, Admissibility Decision of 14 October 1996.

Rayner v. the United Kingdom, App. No.9310/81, Admissility Decision of 16 July 1986.

Renfe v. Spain, App. No.35216/97, Admissibility Decision of 8 September 1997.

Rohtenthurm Commune v. Switzerland, App. No.13252/87, Admissibility Decision of 14 December 1988.

-S-

S. v. France, App. No. 13728/88, Admissibility Decision of 17 May 1990

S. v. the United Kingdom, App. No.11716/85, Admissibility Decision of 14 May 1986.

Silva v. Portugal, App. No.11213/84, Admissibility Decision of 13 October 1986.

Smith Cline and French Laboratories LTD v. the Netherlands, App. No.12633/87, Admissibility Decision of 4 October 1990.

Stiftelsen Akademiska v. Sweden, App. No. 11661/85, Admissibility Decision of 6 July 1987

Stigson v. Sweden, App. No.12264/86, Admissibility Decision of 13 July 1988.

Storksen v. Norway, App. No.19819/92, Admissibility Decision of 5 July 1994.

Süleyman Ege v. Turkey, App. No. 23887/94, Admissibility Decision of 5 March 1996.

Svenska Managementgruppen AB v. Sweden, App. No. 11036/84, Admissibility Decision of 2 December 1985.

-T-

T. v. Sweden, App. No.10671/83, Admissibility Decision of 4 March 1985

T. Company Limited v. Netherlands, App. No.19589/92, Admissibility Decision of 15 October 1993.

The Estate of J. G. v. Austria, App. No.18273/91, Partial Admissibility Decision of 13 October 1993.

The Estate of Johanna Geyer v. Austria, Admissibility Decision of 17 January 1995.

The Estates of Christian ve Maria Skarby and others v. Sweden, App. No.12258/86, Admissibility Decision of 9 May 1988.

The Governor and Company Bank of the Scotland v. the United Kingdom, App. No.37857/97, Admissibility Decision of 21 October 1998.

The Liberal Party and Others v. the United Kingdom, App. No. 8765/79, Admissibility Decision of 18 December 1980.

The National Federation of Self-Employed v. the United Kingdom, App. No. 7995/77, Admissibility Decision of 11 July 1978.

-U/Ü-

University of Illinois Foundation v. Netherlands, App. No.12048/86, Admissibility Decision of 2 May 1988.

Ünen v. Turkey, App. No.31832/96, Admissibility Decision of 14 January 1998.

-V-

Vearncombe and others v. the United Kingdom and Federal Republic Germany, App. No. 12816/87, Admissibility Decision of 18 January 1989.

Velosa Barreto v. Portugal, App. No., 18072/91, Judgment of 21 November 1995.

Verein Kontakt-Information- Therapie and Siegfried Hagen v. Austria, App. No.11921/86, Admissibility Decision of 12 October 1988.

-W-

Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse and a group of approximately 15,000 individuals v. Sweden, App. No.13013/87, Admissibility Decision of 14 December 1988.

Wasagrillen Knut Nylund AB v. Sweden, App. No. 11899/85, Partial Admissibility Decision of 4 October 1989.

Winfried Hildebrand v. Germany, App. No. 31513/96, Admissibility Decision of 16 April 1998.

-X-

X. v. Austria, App. No.7624/76, Admissibility Decision of 6 July 1977.

X. v. Austria, App. No. 7909/74, Admissibility Decision of 4 October 1978.

X. v. Austria, App. No. 8346/78, Admissibility Decision of 6 March 1980.

X. v. Federal Republic of Germany, App. No.1628/62, Admissibility Decision of 12 December 1963.

X. v. Germany, App. No.7544/76, Admissibility Decision of 12 July 1978.

X. v. Germany, App. No.8410/78, Admissibility Decision of 13 December 1979.

X. v. Germany, App. No.8724/79, Admissibility Decision of 6 March 1980.

X. v. Germany, App. No. 8741/79, Admissibility Decision of 10 March 1981.

X. v. Germany, App. No.9177/80, Admissibility Decision of 6 October 1981.

X v. Iceland (App. No.6825/74, Admissibility Decision of 18 May 1976.

X. v. Italy, App. No.7459/76, Admissibility Decision of 5 October 1977.

X. v. Netherlands, App. No.7230/75, Admissibility Decision of 4 October 1976.

X. Company v. Netherlands, App. No. 7669/76, Admissibility Decision of 12 October 1978.

X. and Y. v. Germany, App. No.6125/73, Admissibility Decision of 7 October 1976.

X., Y. and Z. v. Germany, App. Nos.7655/76, 7656/76 and 7657/76, Admissibility Decision of 4 October 1977.

X., Y., Z. v. Germany, App. No.7694/76, Admissibility Decision of 14 October 1977.

-Y-

Y v. the United Kingdom, App. No.14.229/88, Commission Report of 8 October 1991.

Yarrow P.L.C., Eric Grant Yarrow, M. G. Securities Ltd, Monique Augustin-Normand v. the United Kingdom, App. No.9266/81, Admissibility Decision of 28 January 1983.

Yeşilpınar and others v. Turkey, App. No.23765/94, Admissibility Decision of 17 May 1995.

-Z-

Z. and E. v. Austria, App. No. 10153/82, Admissibility Decision of 13 October 1986.

Zacher v. Germany, App. No.27026/95, Admissibility Decision of 4 September 1996.

Zenon Bernard vd. v. Luxembourg, App. No.17187/90, Admissibility Decision of 8 Sepember 1993.

Ziegler v. Austria, App. No.18882/91, Admissibility Decision of 17 January 1996.

AİHM VAKA LİSTESİ

-A-

A.G. Wise and Others v. the United Kingdom, App. No.37972/97-37666/97 and 37671/97-37977/97-37981/97-38909/97, Admissibility Decision of 26 September 2000.
Abidin Şahin v. Turkey, App. No. 45559/04, Judgment of 18 December 2007.

Adam and others v. Germany, App. No. 290/03, Admissibility Decision of 1 September 2005.

AEPI S. A. (Societe Hellennique Pour La Protection Du Droit D'auteur v. Greece, App. No.48679/99, Admissibility Decision of 3 May 2001.
AGOSI v. United Kingdom, App. No. 9118/80, Judgment of 24 October 1986.

Agrotexim and Others v. Greece, App. No.14807/89, Case No.15/1994/462/543, Judgment of 24 October 1995.

Air Canada v. United Kingdom, App. No.18465/91, No.9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995.

Airey v. Irland, Judgment of 9 September 1979.

Airi Aarniosalo and others v. Finland, App. No. 39737/98, Admissibility Decision of 5 July 2005.

Aka v. Turkey, App. No.19639/92, Judgment of 23 September 1998.

Akkum and others, v. Turkey, App. No.21894/93, Judgment of 24 March 2005.

Akkuş v. Turkey, App. No.,19263/92, Judgment of 23 October 1997.

Akyüz v. Turkey, App. No. 35837/02, Judgment of 20 November 2007.

Al-Nashif and others v. Bulgaria, App. No. 50963/99, Final Admissibility Decision of 25 January 2001.

Alatulkkila and Others v. Finland, App. No. 33538/96, Judgment of 28 July 2005.

Ali Esen v. Turkey, App. No.74522/01, Judgment of 24 July 2007.

Ali Göktaş v. Turkey, App. No. 9323/03, Judgment of 12 February 2008.

Allan Jacobsson v. Sweden, App. No.10842/84, .Judgment of 25 October 1989.

Allard v. Sweden, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003.

Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao and others v. Portugal, App. Nos.29813/96 and 30229/96, Judgment of 11 January 2000.

Al-Nashif and others v. Bulgaria, App. No. 50963/99, Final Admissibility Decision of 25 January 2001.

Altun v. Turkey, App. No.24561/94, Judgment of 1 June 2004.

AMAT-G Ltd and Mebaghishvili v. Georgia, App. No. 2507/03, Judgment of 27 September 2005.

Ambruosi v. Italy, App. No.31227/96, Judgment of 19 October 2001.

Angel Lickov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 38202/02, Admissibility Decision of 27 May 2004.

Anheuser-Busch INC v. Portugal, App. No.73049/01, Second Section Judgment of 11 October 2005.

Anheuser-Busch INC v. Portugal, App. No.73049/01, GC Judgment of 11 January 2007.

Ankarcrona v. Sweden, (App. No.35178/97), Admissibility Decision of 27 June 2000.

Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis v. Greece, App. no. 35332/05, Judgment of 21 February 2008.

Ansay and others v. Turkey, App. No. 49908/99, Admissibility Decision of 2 March 2006.

Antonetto v. Italy, App. No.15918/89, Judgment of 20 July 2000.

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

Apostol v. Georgia, App. No.40765/02, Judgment of 28 November 2006.

Apostolidi and others v. Turkey, App. No. 45628/99, Judgment of 27 March 2007.

Appleby and others v. the United Kingdom, App. No. 44306/98, Judgment of 6 May 2003.

Arvelakis v. Greece, App. No.41354/98, Judgment of 12 April 2001.

Ashworth and others v. UK, App. No. 39561/98, Admissibility Decision of 20 January 2004.

Asito v. Moldova, App. No. 40663/98, Judgment of 8 November 2005.

Associazione Nazionale Reduci Dalla Prigionia Dall'Internamento e Dalla Guerra Di Liberazione and 275 others v. Germany, App. No. 45563/04, Admissibility Decision of 4 September 2007.

Ayder and Others v. Turkey, App. No.23656/94, Judgment of 8 January 2004.

Aydın İçyer v. Turkey, App. No. 18888/02, Admissibility Decision of 12 January 2006.

Ayuntamiento de Mula v. Spain, App. No.55346/00, Admissibility Decision of 1 February 2001.

Azinas v. Cyprus, App. No., 56679/00, Judgment of 20 June 2002.

-B-

Babylonova v. Slovakia, App. No. 69146/01, Judgment of 20 June 2006.

Back v. Finland, App. No. 37598/97, Judgment of 20 July 2004.

Baklanov v. Russia, App. No.68443/01, Judgment of 9 June 2005.

Balan v. Moldova, App. No. 19247/03, Judgment of 29 January 2008.

Balcı v. Turkey, App. No. 6845/01, Admissibility Decision of 10 January 2008.

Bayramov v. Azerbaijan, App. No.23055/03, Admissibility Decision of 14 February 2006.

Belvedere Alberhiera S.r.L v. Italy, App. No.31524/96, Judgment of 30 May 2000.

Beyeler v. Italy, App. No.332027/96, Judgment of 5 January 2000.

Beyeler v. Italy, App. No.332027/96, Just Satisfaction Judgment of 28 May 2002.

Bielectric SRL v. Italy, App. No. 36811/97, Final Admissibility Decision of 4 May 2000.

Bilgin v. Turkey, App. No.23819/94, Judgment of 16 November 2000.

Bimer S. A. v. Moldova, App. No. 15084/03, Judgment of 10 July 2007.

Biserica Sfantul Haralambie and Others v. Moldova, App. No.19967/02, Admissibility Decision of 30 November 2004.

Bistrovic v. Croatia, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007.

Bolat v. Russia, App. No.14139/03, Judgment of 5 October 2006.

Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, App. No.45036/98, Grand Chamber Judgment of 30 June 2005.

Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı v. Turkey, App. Nos. 37639/03, 37655/03, 26736/04 et 42670/04, Judgment of 3 March 2009.

British-American Tobacco Company LTD. v. Netherlands, Case No.46/1994/493/ 575, Judgment of 20 November 1995.

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

Broniowski v. Poland, App. No.31443/96, GC Judgment of 22 June 2004.

Brumarescu v. Romania, App. No.28342/95, GC Judgment of 28 October 1999.

Bruncrona v. Finland, App. No.41673/98, Judgment of 16 November 2004.

Buckley v. the United Kingdom, App. No.20348/92, Judgment of 25 September 1996.

Budayeva and others v. Russia, App. Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, Judgment of 20 March 2008.

Bulut v. Austria, Case No.59/1994/506/588, Judgment of 22 February 1996.

Burden v. UK, App. No. 13378/05, GC Judgment of 29 April 2008.

Buzescu v. Romania, App. No.61302/00, Judgment of 24 May 2005.

-C-

Camberrow MM5 AD v. Bulgaria, App. No.50357/99, Admissibility Decision of 1 April 2004.

Campbell and Cosans v. the United Kingdom, Judgment of 25 February 1982.

Campbell and Fell v. the United Kingdom, App. Nos.7819/77-7878/77, Judgment of 28 June 1984.

CBC-Union S. R. O. v. Czech Republic, App. No.68741/01, Admissibility Decision of 20 September 2005.

C.E.M. Firearms Limited and Bradford Shooting Centre and 11 Others v. the United Kingdom, App. Nos.37674/97 and 37677/97, Admissibility Decision of 26 September 2000.

Canea Catholic Church v. Greece, App. No.25528/94, Case No. 143/1996/762/963, Judgment of 16 December 1997.

Cantoni v. France, App. No. 17862/91, Judgment of 15 November 1996.

Capital Bank AD v. Bulgaria, App. No.49429/99, Judgment of 24 November 2005.

Carbonara and Ventura v. Italy, App. No. 24638/94, Judgment of 30 May 2000

Carson and others v. UK, App. No. 42184/05, Judgment of 4 November 2008.

CDI Holding Aktiengesellschaft and others v. Slovakia, App. No.37398/97, Second Decision on Admissibility of 18 October 2001

Chapman v. the United Kingdom, App. No.27238/95, Judgment 18 January 2001.

Chassagnou and Others v. France, App. Nos.25088/94 - 28331/95 - 28443/95, Judgment of 29 April 1999.

Chauvy and others v. France, App. No. 64915/01, Judgment of 29 June 2004.

Christian Democratic People's Party v. Moldova, App. No.28793/02, Admissibility Decision of 22 March 2005.

Connors v. the United Kingdom, App. No.66746/01; Judgment of 27 May 2004.

Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v. Moldova, App. No. 39745/02, Judgment of 3 April 2007.

Coster v. the United Kingdom, App. No.24876/94, Judgment of 18 January 2001.

Credit and Industrial Bank v. Czech Republic, App. No.29010/95, Judgment of 21 October 2003.

Custers, Deveaux and Turk v. Denmark, App. Nos. 11843/03-11847/03-11849/03, Judgment of 3 May 2007.

Cyprus v.Turkey, App. No.25781/94, Judgment of 10 May 2001.

-D-

Dacia S.R.L. v. Moldova, App. No. 3052/04, Judgment of 18 March 2008.

Dacia S.R.L. v. Moldova, App. No. 3052/04, Just Satisfaction Judgment of 24 February 2009.

Danderyds Commun v. Sweden, App. No.52559/99, Admissibility Decision of 7 June 2001.

Darby v. Sweden, App. No.11581/85, Judgment of 23 October 1990.

De la Cierva Osorio De Moscoso and others v. Spain, App. Nos.41127/98-41503/98-41717/98-45726/99, Admissibility Decision of 28 October 1999.

De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, Judgment of 18 June 1971.

Denmark Limited and 11 others v. the United Kingdom, App. No.37660/97, Admissibility Decision of 26 September 2000.

Des Fours Walderode v. Czech Republic, App. No. 40057/98, Admissibility Decision of 4 March 2003.

Devecioğlu v. Turkey, App. No.17203/03, Judgment of 13 November 2008.

Dima v. Romania, App. No. 58472/00, Admissibility Decision of 26 May 2005.

Djidrovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 46447/ 99, Judgment of 24 February 2005.

D.K. v. Slovakia, App.No. 41263/98, Admissibility Decision of 14 May 2002

Doğan and others v. Turkey, App. Nos.8803-8811/02, 8813/02 and 8815-8819/02, Judgment of 29 June 2004.

Doğrusöz and Aslan v. Turkey, App. No.1262/02, Judgment of 30 May 2006.

Dominic Mintoff and others v. Malta, App. No. 4566/07, Admissibility Decision of 26 June 2007.

Döring v. Germany, App. No.37595/97, Admissibility Decision of 9 November 1999.

Draon v. France, App. No.1513/03, GC Judgment of 6 October 2005.

Dulas v. Turkey, App. No.25801/94, Judgment of 30 January 2001.

-E-

Edwards v. Malta, App. No.17647/04, Judgment of 24 October 2006.

EEG-Slachthuis Verbist v. Belgium, App. No.60559/00, Admissibility Decision of 10 November 2005.

Efstathiou and Michailidi & Co. Motel America v. Greece, App. No.55794/00, Judgment of 10 July 2003.

Ekholm v. Finland, App. No. 68050/01, Judgment of 24 July 2007.

Eko-Elda Avee v. Greece, App. No.10162/02, Judgment of 9 March 2006.

Elçi and Others v. Turkey, App. No.23145/93, Judgment of 13 November 2003.

Engel and Others v. Netherlands, Judgment of 8 June 1976.

Ericksson v. Sweden, Judgment of 22 June 1989.

Erkan v. Turkey, App. No.29840/03, Partial Decision of Admissibility of 24 March 2005.

Erkner and Hofauer v. Austria, App. No. 9616/81, Judgment of 23 April 1987.

Evans v. the United Kingdom, App. No.6339/05, Fourth Section Judgment of 7 March 2006.

Evcil v. Turkey, App. No.46260/99, Admissibility Decision of 6 April 2004.

Ezeh and Conors v. the United Kingdom, App. Nos.39665/98-40086/98, GC Judgment of 9 October 2003.

-F-

FC Mretebi v. Georgia, App. No.38736/04, Judgment of 31 July 2007.

Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Turkey, App. No.34478/97, Judgment of 9 January 2007.

Fener Rum Patrikliği v. Turkey, App. No. 14340/05, Judgment of 8 July 2008.

Ferrazzini v. Italy, App. No. 44759/98, Judgment of 12 July 2001.

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

Fleri Soler and Camilleri v. Malta, App. No.35349/05, Judgment of 26 September 2006.

Former King of Greece and others v. Greece, App. No.25701/94, GC Judgment of 23 November 2000.

Former King of Greece and others v. Greece, App. No.25701/94, Just Satisfaction Judgment of 28 November 2002.

Frascino v. Italy, App. No. 35227/97, Judgment of 11 December 2003.

Fredin v. Sweden, App. No.12033/86, Case No.29/1989/189/249, Judgment of 18 February 1991.

Friedrich-Carl Krug von Nidda und von Falkenstein v. Germany, App. No. 25043/94, Admissibility Decision of 24 February 1997.

Frizen v. Russia, App. No. 58254/00, Judgment of 25 March 2005.

-G-

G.J. v. Luxembourg, App. No.21156/93, Judgment of 26 October 2000.

G.L. Italy, App. No. 22671/93, Judgment of 3 August 2000.

Gashi v. Croatia, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007.

Gasus Dosier- und Fördertchnik GmbH v. Netherlands, App. No.15375/89, Case No.43/1993/438/517, Judgment of 23 February 1995.

Gayduk and others v. Ukraine, App. No.45526/99, Admissibility Decision of 2 July 2002.

Gaygusuz v. Austria, App. No.17371/90, Judgment of 16 September 1996..

Georgios Dimos v. Greece, App. No.76710/01, Admissibility Decision of 8 January 2004.

Ghidotti v. Italy, App. No. 28272/95, Judgment of 21 February 2002.

Ghigo v. Malta, App. No.31122/05, Judgment of 26 September 2006.

Gillow v. United Kingdom, Judgment of 24 November 1986.

Golder v. the United Kingdom, Judgment of 21 February 1975.

Goodwin v. the United Kingdom, App. No.28957/95, Judgment of 11 July 2002.

Göğ, Kolsuzoğlu ve Ağbayır v. Turkey, App. Nos.10332/02 and 25805/02, Judgment of 24 January 2008.

Grant v. the United Kingdom, App. No.32570/03, Judgment of 23 May 2006.

Gratzinger and Gratzingerova v. Czech Republic, App. No.39794/98, Admissibility Decision of 10 July 2002.

Grifhorst v. France, App. No. 28336/02, Judgment of 26 February 2009.

Grishchenko v. Russia, App. No.75901/01, Admissibility Decision of 8 July 2004.

Groppera Radio AG and others v. Switzerland, App. No. 10890/84, Judgment of 28 March 1990.

Gustafsson v. Sweden, App. No.15573/89, Judgment of 25 April 1996.

Gül v. Switzerland, Case No.53/1995/559/645, Judgment of 19 February 1996.

Gülşen and others v. Turkey, App. No. 54902/00, Judgment of 3 May 2007

Günter Schmelzer v. Germany, App. No. 45176/99, Admissibility Decision of 12 December 2000.

-H-

H. v. Belgium, App. No.8950/80, Case No.1/1986/99/147, Judgment of 30 November 1987

Hadjianastassiou v. Greece, Judgment of 16 December 1992

Haider v. Austria, App. No. 63413/00, Final Admissibility Decision of 29 January 2004

Hakansson and Sturesson v. Sweden, Judgment of 21 February 1990

Halford v. the United Kingdom, App. No.20605/92, Judgment of 25 June 1997

Handyside v. the United Kindgom, App. No.5493/72, Judgment of 7 December 1976.

Hasan İlhan v. Turkey, App. No.22949/93, Judgment of 9 November 2004.

Hatton and others v. the United Kingdom, App. No.36022/97, Third Section Judgment of 2 October 2001.

Hatton and others v. United Kingdom, GC Judgment of 2 July 2003.

Hedwig Kiraly v. Austria, App. No.15396/89, Admissibility Decision of 9 December 1991.

Hentrich v. France, App. No.13616/88, Judgment of 22 September 1994.

Hilda Hafsteinsdottir v. Iceland, App. No.40905/98, Judgment of 8 June 2004.

Hingitaq 53 v. Denmark, App. No.18584/04, Admissibility Decion of 12 January 2006.

Hiro Balani v. Spain, Judgment of 09 December 1994.

Hoerner Bank GmbH v. Germany, App. No. 33099/96, Admissibility Decision of 20 April 1999.

Holy Monasteries v. Greece, App. Nos.13092/97 and 13984/88, Case No.10/1993/405/483-484, Judgment of 9 December 1994.

Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica and Others v. Greece, App. No.35859/02, Judgment of 13 July 2006.

Hutten-Czapska v. Poland, App. No.35014/97, Judgment of 22 February 2005.

-I/İ-

Ian Edgar (Liverpool) Limited v. the United Kingdom, App. No.37683/97, Admissibility Decison of 25 January 2000.

Iatridis v. Greece, App. No.31107/96, GC Judgment of 25 March 1999.

Iglesia Bautista "El Salvador" and Jose Aquilino Ortega Moratilla v. Spain, App. No.17522/90, Admissibility Decision of 11 January 1992.

Immobiliare Saffi v. Italy, App. No.22774/93, GC Judgment of 28 July 1999.

Institut de Pretres Français and Others v. Turkey, App. No.26308/95, Friendly Settlement Judgment of 14 December 2000.

Intersplav v. Ukraine, App. No. 803/02, Judgment of 9 January 2007.

Inze v. Austria, Case No.15/1986/113/161, Judgment of 28 October 1987.

Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978.

Ivan Jurisdic and Collegium Mehrerau v. Austria, App. No.62539/00, Admissibility Decision of 24 February 2005.

İpek v. Turkey, App. No.25760/94, Judgment of 17 February 2004.

Irina Aleksandrovna Vorsina and Natalya Aleksandrovna Vogralik v. Russia, App. No.66801/01, Admissibility Decision of 5 February 2004.

Islamische Religionsgemeinschaft e.V v. Germany, App. No.53870/00, Admissibility Decision of 5 December 2002.

İsmayilov v. Russia, App. No. 30352/03, Judgment of 6 November 2008.

-J-

J. A. Pye (Oxford) LTD v. the United Kingdom, App. No.44302/02, Former Fourth Section Judgment of 15 November 2005.

J. A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. the United Kingdom, App. No.44302/02, GC Judgment of 30 August 2007.

Jaggi v. Switzerland, App. No.58757/00, Judgment of 13 July 2006.

Jahn and others v. Germany, App. Nos.46720/99, 72203/01 and 72552/01, GC Judgment of 30 June 2005.

James and Others v. the United Kingdom, App. No.8793/79, Judgment of 21 February 1986.

Jane Smith v. the United Kingdom, App. No.25154/94, Judgment of 18 January 2001.

Janosevic v. Sweden, App. No.34619/97, Judgment of 23 July 2002.

Jean Bauquel v. France, App. No.71120/01, Admissibility Decison of 3 February 2003.

Johtti Sapmelaccatry and Others v. Finland, App. No.42969/98, Admissibility Decision of 18 January 2005.

Jokela v. Finland, App. No.28856/95, Judgment of 21 May 2002.

Josseline Riedl-Riedenstein, App. No. 48662/99, Admissibility Decision of 22 January 2002.

Jucys v. Lithuania, App. No. 5457/03, Judgment of 8 January 2008.

-K-

K.-H.W. v. Germany, App. No.37201/97, Judgment of 22 March 2001.

Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany, App. No. 59021/00, Admissibility Decision of 12 December 2002.

Kanlıoğlu and others v. Turkey, App. No. 44766/98-44771/98 and 44772/98, Judgment of 11 October 2005.

Karayazgan v. Turkey, App. No.32371/03, Admissibility Decision of 8 February 2007.

Kat İnşaat Ticaret Kollektif Şirketi v. Turkey, App. No.74495/01, Admissibility Decision of 31 January 2006

Katsoulis and others v. Greece, App. No. 66742/01, Judgment of 8 July 2004.

Katte Klitsche de la Grange v. Italy, App. No.12539/86, Judgment of 27 October 1994.

Keser and others v. Turkey, App. Nos. 33238/96 and 32965/96, Judgment of 2 February 2006.

Kılıç ve Korkut v. Turkey, App. No. 25949/03-25976/03, Judgment of 12 February 2008.

Kjartan Asmundsson v. Iceland, App. No.60669/00, Judgment of 12 October 2004.

Kommersant Moldovy v. Moldova, App. No.41827/02, Judgment of 9 January 2007.

Kondrashina v. Russia, App. No. 69533/01, Judgment of 19 July 2007.

Kopecky v. Slovakia, (App. No.44912/98), GC Judgment of 28 September 2004.

Koua Poirrez v. France, App. No. 40892/98, Judgment of 30 September 2003.

Kozacıoğlu v. Turkey, App. No.2334/03, GC Judgment of 19 February 2009.

König v. Germany, Judgment of 28 June 1978

Kötterl and Schittily v. Austria, App. No. 32957/96, Final Admissibility Decision of 9 January 2003.

Kranta v. Turkey, App. No. 31277/03, Judgment of 16 January 2007.

Kukalo v. Russia, App. No. 63995/00, Judgment of 3 November 2005.

Kukkola v. Finland, App. No. 26890/95, Judgment of 30 November 2004.

Kur v. Turkey, App. No. 43389/98, Judgment of 23 March 2006.

Kuzu v. Turkey, App. No. 13062/03, Judgment of 17 January 2006.

-L-

Lallement v. France, App. No. 46044/99, Judgment of 11 April 2002

Langborger v. Sweden, Judgment of 22 June 1989

Larioshina v. Russia, App. No. 56869/00, Admissibility Decision of 23 April 2002

Larkos v. Cyprus, App. No.29515/95, Judgment of 18 February 1999

Lars Fägerskiöld and Mrs Astrid Fägerskjöld v. Sweden, App. No. 37664/04, Admissibility Decision of 26 February 2008.

Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom, Application Nos.21627/93, 21826/93 and 21974/93, Judgment of 19 February 1997.

Lazarev and Lazarev v. Russia, App. No. 16153/03, Admissibility Decision of 25 November 2005.

Lederer v. Germany, App. No.6213/03, Admissibility Decision of 22 May 2006.

Lee v. the United Kingdom, App. No.25289/94, Judgment of 18 January 2001.

Levanen and others v. Finland, App. No.34600/03, Admissibility Decision of 11 April 2006.

Leyla Şahin v. Turkey, App. No. 44774/98, Judgment of 29 June 2004.

Lithgow and others v. United Kingdom, App. Nos.9006/80 – 9262/81 – 9263/81 - 9265/81 – 9266/81 – 9405/81, Judgment of 8 July 1986.

Lithgow and others v. United Kingdom, Judgment of 08 July 1986.

Loizidou v. Turkey, App. No.15318/89, GC Judgment of 18 December 1996.

Lopez Ostra v. Spain, App. No.16798/90, Judgment of 9 December 1994.

Lozinschi and Rujavnita v. Moldova, App. Nos. 33052/05 and 31504/05, Admissibility Decision of 4 November 2008.

Luca v. Italy, App. No.33354/96, Judgment of 27 February 2001.

Luordo v. Italy, App. No.32190/96, Judgment of 17 July 2003.

Lyubov Nikolayevna Krinovogova v. Russia, App. No.74694/01, Admissibility Decision of 1 April 2004.

-M-

M. A. and others v. Finland, App. No.27793/95, Admissibility Decision of 10 June 2003.

Malama v. Greece, App. No.43622/98, Judgment of 1 March 2001.

Maltzan and others v. Germany, App. Nos. 71916/01, 71917/01 and 10260/02, GC Admissibility Decision of 2 March 2005.

Mamatkulov and Askarov, App. Nos. 46827/99 and 46951/99, GC Judgment of 4 February 2005.

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

Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia, App. No.60861/00, Admissibility Decision of 03 March 2005.

Marckx v. Belgium, Judgment of 13 July 1979.

Matky v. Czech Republic, App. No. 19101/03, Admissibility Decision of 10 July 2006.

Matos e Silva Lda and others v. Portugal, App. No.15777/89, Judgment of 16 September 1996.

Matti and Marianne Hiltunen v. Finland, App. No.30337/96, Admissibility Decision of 28 September 1999

Maurice v. France, App. No.11810/03, GC Judgment of 6 October 2005

Mazurek v. France, App. No. 34406/97, Judgment of 1 February 2000.

Megadat.Com SRL v. Moldova, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008

Mehmet Ali Kaçar v. Turkey, App. No. 11326/03, Admissibility Decision of 24 June 2008.

Mehmet and Suna Yiğit v. Turkey, App. No. 52658/99, Judgment of 17 July 2007.

Mellacher and others v. Austria, App. Nos.10522/83-11011/84 and 11070/84, Judgment of 19 December 1989

Melnychuk v. Ukranie, App. No.28743/03, Admissibility Decision of 5 July 2005

Merger and Cros v. France, App. No. 68864/01, Judgment of 22 December 2004.

Meyne-Moskalczuk and others v. Netherlands, App. No.53002/99, Admissibility Decision of 9 December 2003.

Micallef v. Malta, App. No.17056/06, Judgment of 15 January 2008.

Michel Martinie v. France, App. No.58675/00, Admissibility Decision of 13 January 2004

Mihailescu v. Romania, App. No.47748/99, Admissibility Decision of 26 August 2003.

Mirailles v. France, App. No.63156/00, Admissibility Decision of 23 September 2003.

Moscow Narodny Bank Limited v. Russia, App. No. 22112/04, Strike Out Decision of 29 April 2008

Mörel v. Turkey, App. No.33663/02, Judgment of 14 June 2007.

Municipal Section of Antilly v. France, App. No.45129/98, Admissibility Decision of 23 November 1999.

Muonio Saami Village v. Sweden, App. No.28222/95, Admissibility Decision of 15 February 2000.

Muonio Saami Village v. Sweden, App. No.28222/95, Judgment of 9 January 2001.

Mürsel Eren v. Turkey, App. No.60856/00, Judgment of 7 February 2006.

-N-

N.A. and others v. Turkey, App. No. 37451/97, Judgment of 11 October 2005.

Nacaryan and Deryan v. Turkey, App. No. 19558/02 and 27904/02, Judgment of 8 January 2008.

Nadbiskupija Zagrebacka v. Slovenia, App. No.60376/00, Admissibility Decision of 27 May 2004.

Namlı and others v. Turkey, App. No. 51963/99, Admissibility Decision of 8 March 2005.

National Notary Chamber v. Albania, App. No. 17029/05, Admissibility Decision of 6 May 2008.

National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom, App. No.21319/93-21449/93 and 21675/93, Case No. 117/1996/736/ 933-935, Judgment of 23 October 1997.

Nerva and others v. United Kingdom, App. No.42295/98, Judgment of 24 September 2002.

Neumeister v. Austria, Judgment of 27 June 1968.

Niemietz v.Germany, Judgment of 16 December 1992.

Noack and others v. Germany, App. No.46346/99, Admissibility Decision of 25 May 2000.

Noyan Tapan v. Armenia, App. No. 37784/02, Admissibility Decision of 21 October 2004.

-O-

OAO Plodovaya Kompaniya v. Russia, App. No. 1641/02, Judgment of 7 June 2007

Offerhaus and Offerhaus v. Netherlands, App. No.35730/97, Admissibility Decision of 16 January 2001.

Olbertz v. Germany, App. No.37592/97, Admissibility Decision of 25 May 1999

Olczak v. Poland, App. No.30417/96, Final Admissibility Decision of 7 November 2002.

O'Reilly and others v. Ireland, App. No. 54725/00, Partial Admissibility Decision of 28 February 2002.

Orhan v. Turkey, App. No.25656/94, Judgment of 18 June 2002

Oskar Pöder and others v. Estonia, App. No. 67723/01, Admissibility Decision of 26 April 2005.

-Ö-

Öneryıldız v. Turkey, App. No.48939/99, GC Judgment of 30 November 2004

Österreichischer Rudfunk v. Austria, App. No.35841/02, Judgment of 7 December 2006.

Özden v. Turkey, App. No.31487/02, Judgment of 3 May 2007.

Özgürlük ve Demokrasi Partisi v. Türkiye, App. No.23885/95, Judgment of 08 December 1999

Öztürk v. Turkey, App. No.22479/93, GC Judgment of 28 September 1999.

-P-

P.G. and J.H. v. United Kingdom, App. No.44787/98, Judgment of 25 September 2001.

Paeffgen GMBH v. Germany, App. Nos.25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05, Admissibility Decision of 18 September 2007.

Papachelas v. Greece, App. No.31423/96, GC Judgment of 25 March 1999.

Papamichalopoulos and others v. Greece, App. No. 14556/89, Judgment of 24 June 1993.

Papastavrou and Others v. Greece, App. No.46372/99, Judgment of 10 April 2003.

Pashkovskiy v. Ukraine and Poland, App. No. 4582/05, Admissibility Decision of 17 June 2008.

Paul Banfield v. United Kingdom, App. No. 6223/04, Admissibility Decision of 18 October 2005.

Pekinel v. Turkey, App. No. 9939/02, Judgment of 18 March 2008.

Phillips v. the United Kingdom, App. No.41087/98, Judgment of 5 July 2001.

Phocas v. France, App. No.17869/91, Judgment of 23 April 1996.

Pialopoulos and others v. Greece, App. No. 37095/97, Judgment of 15 February 2001.

Pincova and Pinc v. the Czech Republic, App. No.36548/97, Judgment of 5 November 2002.

Pine Valley Developments Ltd. and others v. Ireland, App. No.12742/87, Judgment of 29 November 1991

Platakou v. Greece, App. No.38460/97, Judgment of 11 January 2001.

Poiss v. Austria, App. No. 9816/82, Judgment of 23 April 1987

Poltorachenko v. Ukraine, App. No. 77317/01, Judgment of 18 January 2005.

Posedel-Jelinovic v. Crotia, App. No.35915/02, Judgment of 24 November 2005.

Posti and Rahko v. Finland, App. No.27824/95, Judgment of 24 September 2002.

Powell and Rayner v. the United Kingdom, Judgment of 21 February 1990.

Poznanski and others v. Germany, App. No. 25101/05, Admissibility Decision of 3 July 2007.

Pravednaya v. Russia, App. No. 69529/01, Judgment of 18 November 2004.

Predojevic and others v. Slovenia, App. No.43445/98-49740/99-49747/99 and 54217/00, Admissibility Decision of 7 June 2001.

Presindential Party of Mordovia v. Russia, App. No.65659/01, Judgment of 5 October 2004.

Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium, Case No.38/1994/485/567, Judgment of 20 November 1995.

Pretty v. the United Kingdom, App. No.2346/02, Judgment of 29 April 2002

Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, App. No.42527/98, Judgment of 12 July 2001.

PTK Merkuriy v. Russia, App. No. 3790/05, Judgment of 14 June 2007.

-R-

Radio France v. France, App. No.53984/00, Admissibility Decision of 23 September 2003.

Rahmanova v. Azerbaijan, App. No. 34640/02, Judgment of 10 July 2008.

Raimondo v. Italy, App. No. 12954/87, Judgment of 22 February 1994.

Rees v. Birleşik Krallık, No.2/1985/88/135, Judgment of 17 October 1986, Series A No.106

Regent Company v. Ukraine, App. No. 773/03, Judgment of 3 April 2008.
Reingesen v. Austria, Judgment of 16 July 1971.

Rieberer and Engleitner v. Austria, App. No.8749/02, Admissibility Decision of 7 October 2004.

Rimskokatolicka Farnost Obristvi v. Czech Republic, App. No.65196/01, Judgment of 24 May 2005.

Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland, App. No.51728/99, Judgment of 28 July 2005.

Rosinski v. Poland, App. No. 17373/02, Judgment of 17 July 2007.

Rudzinska v. Poland, App. No.45223/99, Admissibility Decision of 7 September 1999

Ruiz Torija v. Spain, Judgment of 09 December 1994.

Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others v. Russia, App. Nos. 55066/00 and 55638/00, Judgment of 11 January 2007.

Ryabykh v. Russia, App. No.52854/99, Judgment of 24 July 2003.

-S-

S. A. Dangeville v. France, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002.

S and Michael Marker v. United Kingdom, App. No. 30562/04–30566/04, Admissibility Decision of 16 January 2007.

S. and Marker v. the United Kingdom, App. Nos.30562/04–30566/04, GC Judgment of 4 December 2008.

Samatya Surp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı Yönetim Kurulu v. Turkey, App. No. 1480/03, Judgment of 16 December 2008.

Sandor and others v. Slovakia, App. No.52567/99, Admissibility Decision of 13 November 2003.

Santilli v. Italy, App. No.11634/85, Judgment of 19 February 1991

Sanaslan and others v. Turkey, App. No. 32554/96, Admissibility Decision of 23 March 1999.

Schettini and others v. Italy, App. No. 29529/95, Admissibility Decision of 9 November 2000.

Scollo v. Italy, App. No.19133/91, Judgment of 28 September 1995.

Scordino v. Italy, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006.

Selçuk and Asker v. Turkey, Case No.12/1997/796/998–999, Judgment of 24 April 1998.

Sevgili v. Turkey, App. No. 27402/03, Judgment of 18 December 2007.

Shchiglitsov v. Estonia, App. No. 35062/03, Judgment of 18 January 2007.

Shmalko v. Ukraine, App. No. 60750/00, Partial Admissibility Decision of 6 May 2003.

Sınırlı Sorumlu Fakülteler Konut Yapı Kooperatifi v. Turkey, App. No.63366/00, Friendly Settlement Decision of 9 February 2006.

Sidabras and Dziautas v. Lithuania, App. Nos. 55480/00 and 59330/00, Judgment of 27 October 2004.

Sildedzis v. Poland, App. No.45214/99, Judgment of 24 May 2005.

Siliadin v. France, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005.

Skrzynski v. Poland, App. No. 38672/02, Judgment of 6 September 2007.

Smirnov v. Russia, App. No. 71362/01, Judgment of 7 June 2007

Smith and Grady v. United Kingdom, App. Nos. 33985/96 and 33986/96, Judgment of 27 September 1999.

Smits, Kleyn and others v. Netherlands, App. Nos. 39032/97-39343/98-39651/98-43147/98-46664/99-61707/00, Admissibility Decision of 3 May 2001.

Smokovitis and others v. Greece, App. No. 46356/99, Judgment of 11 April 2002.

S.N. v. Sweden, App. No.34209/96, Judgment of 2 February 2002.

Socialist Party and Others v. Turkey, App. No.21237/93, Judgment of 25 May 1998.

Sojus Trade Company GmbH and Deutsche Consulting GmbH v. Germany, App. No. 32411/96, Admissibility Decision of 20 April 1999.

Sovtransavto Holding v. Ukraine, App. No.48553/99, Judgment of 25 July 2002.

S. Ö., A. K. and Ar.K. v. Turkey, App. No.31138/96, Admissibility Decision of 14 September 1999.

Spacek v. Czech Republic, App. No.26449/95, Judgment of 9 November 1999.

Spath Holme Ltd. v. United Kingdom, App. No. 78031/01, Admissibility Decision of 14 May 2002.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982.

State Holding Company Luganskvugillya v. Ukraine, App. No. 23938/05, Admissibility Decision of 27 January 2009.

Stec and others v. the United Kingdom, App. Nos.65731/01 and 65900/01, GC Admissibility Decision of 6 July 2005.

Stec and others v. the United Kingdom, GC Judgment of 12 April 2006.

Stephen Eccleston v. United Kingdom, App. No. 42841/02, Admissibility Decision of 18 May 2004.

Stere and others v. Romania, App. No. 25632/02, Judgment of 23 February 2006.

Stockholms Försakrings-Och Skadestandsjuridik AB v. Sweden, App. No. 38993/97, Judgment of 16 September 2003.

Stork v. Germany, App. No.38033/02, Judgment of 13 July 2006.

Strain and others v. Romania, App. No. 57001/00, Judgment of 21 July 2005.

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

Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, App. Nos.34044/96-35532/97 and 44801/98, Judgment of 22 March 2001.

Stretch v. the United Kingdom, App. No.44277/98, Judgment of 24 June 2003.

Sture Nilsson v. Sweden, App. No. 11811/05, Admissibility Decision of 26 February 2008.

Sunday Times v. United Kingdom, App. No.6538/74, Judgment of 26 April 1979.

Synod College of the Evangelical Reformed Church of Lithuania, App. No.44548/98, Admissibility Decision of 5 December 2002.

-Ş-

Şenay Çoruh v. Turkey, App. No.47574/99, Judgment of 20 September 2005.

Şerif v. Greece, App. No.38178/97, Judgment of 14 December 1999.

-T-

Tamar v. Turkey, App. No.15614/02, Partial Admissibility Decision of 13 May 2004.

Tamar v. Turkey, App. No.15614/02, Judgment of 18 July 2006.

Taşkın and others v. Turkey, App. No. 46117/99, Judgment of 10 November 2004.

Terem Ltd, Chechetkin and Olius v. Ukraine, App. No.70297/01, Judgment of 18 October 2005.

Terra Woningen B.V. v. Netherlands, App. No.20641/92, Case No. 49/1995/555/ 641, Judgment of 17 December 1996.

Teteriny v. Russia, App. No.11931/03, Judgment of 30 June 2005.

The Estate of Kresten Filtenborg Mortensen v. Denmark, App. No.13338/03, Admissibility Decision 15 May 2006.

The Estate of Nitschke v. Sweden, App. No. 6301/05, Judgment of 27 September 2007.

The Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey, App. No.40998/98, Partial Admissibility Decision of 10 April 2003.

The Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007.

Topplan Estates LTD v. United Kingdom, App. No.15642/05, Admissibility Decision of 29 April 2008.

Tornaritis and C.T. Tobacco LTD v. Cyprus, App. No. 34798/03, Admissibility Decision of 3 January 2008.

Trajkovski v. Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No.53320/99, Admissibility Decision of 7 March 2002.

Travel Time, Embassy Enterprises, Harmony Holidays, Malborough Promotions Ltd v. the United Kingdom, App. No. 57824/00, Admissibility Decision of 18 September 2003.

Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, App. No.19873/84, Case No.4/1988/ 148/202, Judgment of 7 July 1989.

Tremblay v. France, App. No. 37194/02, Judgment of 11 September 2007.

Tuncay v. Turkey, App. No.1250/02, Judgment of 12 December 2006.

Türk Ticaret Bankası Munzam Sosyal Güvenlik Emekli ve Yardım Sandığı Vakfı v. Turkey, App. No.48925/99 and 36109/04, Admissibility Decision of 23 May 2006

Türkiye Birleşik Komünist Partisi v. Türkiye, App. No.19392/92, Judgment of 30 January 1998.

Türkiye İş Bankası v. Finland, App. No.30013/96, Judgment of 18 June 2002.

Tütüncü and others v. Turkey, App. No. 74405/01, Judgment of 18 October 2005.

Tyrer v. Birleşik Krallık, Judgment of 25 April 1978.

-U-

Ukraine-Tyumen v. Ukraine, App. No. 22603/02, Judgment of 22 November 2007.

Unilever Beteiligunus v. Germany, App. No. 32901/04, Partial Admissibility Decision 13 March 2007.

Unistar Ventures GMBH v. Moldova, App. No. 19245/03, Judgment of 9 December 2008.

United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, App. No.19392792, Judgment of 30 January 1998.

United Macedonian Organisation Ilinden-Prin and Others v. Bulgaria, App. No.59489/00, Judgment of 20 October 2005.

Ülger v. Turkey, App. No. 25321/02, Judgment of 26 June 2007.

Ünsal Öztürk v. Turkey, App. No.29365/95, Judgment of 4 October 2005.

Ünver v. Turkey, App. No.36209/97, Admissibility Decision of 26 September 2000.

-V-

Van der Hurk v. The Netherlands, Judgment of 19 April 1994.

Van der Mussele v. Belgium, App. No.8919/80, Judgment of 23 November 1983.

Van der Velden v. Netherlands, App. No.29514/05, Admissibility Decision of 7 December 2006.

Van Marle and others v. Netherlands, App. Nos.8543/79-8674/79-8675/79 ve 8685/79, Judgment of 26 June 1986.

Vasile Tanase and others v. Romania, App. No. 62954/00, Admissibility Decision of 19 May 2005.

Vasilescu v. Romania, App. No. 27053/95, Judgment of 22 May 1998.

Vatan v. Russia, App. No.47978/99, Judgment of 7 October 2004.

Velikovi and others v. Bulgaria, App. Nos. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/ 99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, and 194/02, Judment of 15 March 2007.

Venditteli v. Italy, App. No.14804/89, Judgment of 18 July 1994.

Vesela and Loyka v. Slovakia, App. No.54811/00, Final Admissibility Decision of 13 December 2005.

Veselinski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 45658/99, Judgment of 24 February 2005.

Viktor Konovalov v. Russia, App. No.43626/02, Judgment of 24 May 2007.

Vilho Eskelinen and others v. Finland, App. No.63235/00, GC Judgment of 19 April 2007.

Vo v. France, App. No.53924/00, Judgment of 8 July 2004.

Von Hannover v. Germany, App. No.59320/00, Judgment of 24 June 2004.

Voyager Ltd. v. Turkey, App. No.35045/97, Final Admissibility Decision of 4 September 2001.

-W-

Weissman and others v. Romania, App. No.63945/00, Judgment of 24 May 2006.

Wemhoff v. Germany, Judgment of 27 June 1968.

Wendenburg and others v. Germany, App. No.71630/01, Admissibility Decision of 6 February 2003.

Wessels-Bergervoet v. Netherlands, App. No. 34462/97, Judgment of 4 June 2002.

Wiesinger v. Austria, App. No.11796/85, Judgment of 30 October 1991.

Willis v. the United Kingdom, App. No.36042/97, Judgment of 11 June 2002.

Winterwerp v. Netherlands, Judgment of 24 October 1979.

Wittek v. Germany, App. No.37290/97, Judgment of 12 December 2002.

Woonbron Volkshuisvestingsgroep and others v. Netherlands, App. No.47122/99, Admissibility Decision of 18 June 2002.

-X-

X and Y v. Netherlands, App. No.8978/80, Judgment of 26 March 1985.

Xenides-Arestis v. Turkey, App. No. 46347/99, Just Satisfaction Judgment of 7 December 2006.

-Y-

Yagtzilar and others v. Greece, App. No. 4127/97, Judgment of 6 December 2001.

Yavorivskaya v. Russia, App. No.34687/02, Judgment of 21 July 2005.

Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı v. Turkey, App. No. 36165/02, Judgment of 16 December 2008.

Yerlikaya v. Turkey, App. No. 10985/02- 10993/02, Judgment of 8 April 2008.

Yıldırım v. Italy, App. No. 38602/02, Admissibility Decision of 10 April 2003.

Yılmaz and 23 others v. Turkey, App. No. 25789/04, Admissilibity Decision of 12 December 2006.

Yıltaş Yıldız Turistik Tesisleri AŞ v. Turkey, App. No.30502/96, Judgment of 25 April 2003.

Yıltaş Yıldız Turistik Tesisleri AŞ v. Turkey, App. No.30502/96, Just Satisfaction Judgment of 25 April 2006.

Young, James and Webster v. the UK, Judgment of 13 August 1981.

Yöyler v. Turkey, App. No.26973/95, Judgment of 27 July 2003.

-Z-

Zeman v. Austria, App. No.23960/02, Admissibility Decision of 30 June 2005.

Zeman v. Austria, App. No.23960/02, Judgment of 29 June 2006.

Zöhre Akyol v. Turkey, App. No. 28668/03, Judgment of 4 November 2008.

Zvolský and Zvolská v. the Czech Republic, App. No. 46129/99, Judgment of 12 November 2002.

Zwierzynski v. Poland, App. No.34049/96, Judgment of 19 June 2001.

DİĞER KARARLAR

AFRİKA İNSAN HAKLARI KOMİSYONU KARARLARI

Antoine Bissangou v. Republic of Congo, No. 253/2002, African Commission's Decision of 29 November 2006.

Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria, Nos. 105/93-128/94-130/94-152/96, African Commission's Decision of 31 October 1998.

The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, No. 155/96, African Commission's Decision of 27 October 2001.

AMERİKALILAR-ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Cantos v. Argentina, Preliminary Objections Judgment of 7 September 2001.

Five Pensioners v. Peru, Judgment of 28 February 2003.

Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Judgment of 31 August 2001.

Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of 17 June 2005.

AVRUPA ADALET DİVANI ve İLK DERECE MAHKEMESİ KARARLARI

Case C-206/91, *Ettien Koua Poirrez v. Caisse d'allocations familiales*, 16 December 1992.

Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation* v. *the Council of the European Union*, Court of First Instance Judgment of 21 September 2005.

Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. the Council of the European Union and the Commission of the European Communities*, Court of First Instance Judgment of 21 September 2005.

Case C-402/5 and C-415/05, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union, Commission of the European Communities, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 September 2008.

BOSNA HERSEK İNSAN HAKLARI DAİRESİ KARARLAR

Branko Medan, Stjepan Bastijanovic and Radosav Markovic v. the State of Bosnia and Herzegovina the Federation of Bosnia and Herzegovina, Case Nos. CH/96/3, 8 and 9, Decision on the Merits of 3 November 1997.

Sasa Galic v. the Federation of Bosnia and Herzegovina, Case No. CH/97/40, Decision on the Merits of 12 June 1998.

The Islamic Community in Bosnia and Herzegovina v. Republika Srpska, CH/00/4889, Decision on the Merits of 12 October 2001.

Muhamed Skrgic, Raska Cerimovic, Fikret Murtic and the Association for the Protection of Unemployed Shareholders of Agrokomerc v. Federation of Bosnia and Herzegovina, CH/00/5134, CH/00/5136, CH/00/5138 and CH/01/7668, Decision on the Admissibility and Merits of 8 March 2002.

ICSID KARARLARI

Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of 13 November 2000.

Compania Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award of 17 February 2000.

Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of 16 December 2002.

Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007.

İNSAN HAKLARI KOMİTESİ KARARLARI

Ranjit Singh v. Canada, No. 761/1997, Decision of 29 July 1997.

Shin v. Republic of Korea, No.926/2000, Decision of 16 March 2004.

ULUSLARARASI ADALET DİVANI KARARI

Case Concerning Certain Property (Liechtenstein v. Germany), ICJ, Preliminary Objections, Judgment of 10 February 2005.

Mülkiyet hakkından kimler yararlanabilir? Kamu hukuku tüzel kişileri mülkiyet hakkından yararlanabilir mi? Şirket hissedarları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilir mi?

Mülkiyet hakkı kapsamına ne tür eşya ve haklar girmektedir? Neyin mülkiyet hakkı kapsamına gireceği hangi kıstaslarla belirlenmektedir? Gayri maddi malvarlığı değerleri mülkiyet hakkı kapsamında mıdır?

Mülkiyet hakkı, hak öznesine ne tür yetkiler vermektedir? Bu yetkilere karşılık olarak, muhatap Devletin yükümlülükleri nelerdir? Devlet mülkiyet hakkına özel hukuk kişilerinden kaynaklanan müdahaleleri önlemekle yükümlü müdür? Devletin pozitif yükümlülükleri neleri kapsamaktadır?

Mülkiyet hakkı hangi amaçlarla sınırlanabilir? Devletin mülkiyet hakkına müdahale etme yetkisi koşulsuz mudur? İdarenin işlemlerinde hukuk güvenliği ilkesi, Devletin müdahale yetkisi üzerinde ne gibi etkiler doğurmaktadır? Mülkiyet hakkı açısından kamu yararı ve birey hakları hangi ilkeler çerçevesinde dengelenebilir? Ölçülülük ilkesinin mülkiyet hakkının sınırlanmasındaki işlevi nedir?

Elinizde tuttuğunuz kitap, bu ve benzeri sorulara Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde yanıt bulmaya çalışıyor.

Yazar Dr. H. Burak Gemalmaz, bu eserle TÜSİAD tarafından "Yılın En İyi Genç Hukukçusu" ödülüne layık görülmüştür.

www.betayayincilik.com

ISBN 978-605-377-046-6

9 786053 770466