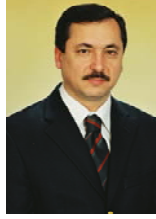




AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA



Yrd. Doç. Dr. ÖMER SEVER*

Öz

Bu makalede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1.No'lu Ek protokolünün ilk maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının sınırları işlenmektedir. Sözleşmeye göre mülkiyet hakkı üç farklı kuralı kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Birincisi mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi, ikincisi mal ve mülkten yoksunluk, üçüncüsü mal ve mülkün kullanımının kontrol edilmesidir.

Bu çalışmada özellikle kamulaştırmасız el atmalara ilişkin olaylar ele alınmış ve belirli kriterler oluşturulmuştur. Ele alınan olaylarda divanın mülkiyet hakkı ihlallerine ilişkin davaları incelerken, sadece resmi bir kamulaştırmanın yapıp yapılmadığını veya özel şahısları mülkiyet haklarından yoksun bırakırken kamu yararının gözetilip gözetilmediği denetimi yapmakla kalmamaktadır.

Kamulaştırmасız el atma, ancak, idarenin mülkiyetin kullanımına ilişkin düzenlemeleriyle malikin gayrimenkul üzerinde maksada uygun bir şekilde mülkiyet hakkını kullanamaz duruma gelmesi ve bu düzenlemeler sebebiyle gayrimenkulün bütünüün değerinin ağır kayıplara uğraması halinde kabul edilmektedir.

Anahtar kelimeler: Mülkiyet, mülkiyetten yoksunluk, Sporong, kamu yararı, kamulaştırmасız el atma

* Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, osever@dogus.edu.tr



JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ABOUT DE FACTO EXPROPRIATION

Abstract

In this article limits of the property rights which is held on the first article of the Additional Protocol of European Convention on Human Rights is handled. According to the convention, property right is designed to cover three different rules. First is respecting to inviolability of property, second is deprivation of good and property and the third is controlling the usage of good and property.

In this research, especially “de facto expropriations” are handled and certain criteria are established. When examining cases related to violations of the property right, searching for existence of formal expropriation or following public interest while divesting a private person of a private right are not only controls.

De facto expropriations can only be accepted when owner becomes incapacitated to use his/her property rights according to purpose and because of these regulations property's value faces heavy losses.

Key words: Property, deprivation of property, Sporrong, public interest, de facto expropriations,

1. Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1.Nolu Ek Protokolü 20. Mart 1952'de Avrupa Konseyi üyesi devletlerce imzalanmıştır. Bu Protokolün 1. maddesi mülkiyet hakkının korunmasını düzenlemektedir. 1. madde şöyle demektedir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâle getirmez.”



Bu maddede mülkiyet hakkı üç farklı kuralı kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Birincisi mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi, ikincisi mal ve mülkten yoksunluk, üçüncüsü mal ve mülkün kullanımının kontrol edilmesidir.

Avrupa Adalet Divanı Ek Sözleşmenin 1. maddesinin ihlaline ilişkin davalarda karar verirken, önce bu bölüm kapsamına giren bir mülkiyet hakkının (bir mal ve mülkün) mevcut olup olmadığını incelemektedir. İkinci adımda mülkiyete bir müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmediğini ve son adım da ise bu müdahalenin hukuka uygunluğunu incelemektedir. İkinci ve üçüncü kurallar, belirli durumlardaki mülkiyet dokunulmazlığına müdahale durumlarıyla birlikte dikkate alınmaktadır.

Malikin mal varlığı üzerindeki mülkiyet ilişkisine dayanan haklarından yoksun bırakılması bu hakkın ihlal edilmesinin esasını oluşturmaktadır. Divan mülkiyet hakkı ihlallerine ilişkin davaları incelerken, sadece resmi bir kamulaştırmanın yapıp yapılmadığını veya özel şahısları mülkiyet haklarından yoksun bırakırken kamu yararının gözetilip gözetilmediği denetimi yapmakla kalmamaktadır. Bunun yanında fiili (*de facto*) bir el atmanın olup olmadığını da inceler. Divan kararlarında her olayın özgül koşullarını dikkate almaktadır¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kamulaştırmaz el atma iddiasının olduğu bir davada öncelikle müdahalenin varlığını tespit eder. Daha sonra da bu müdahalenin meşruiyetini inceler. Divan eğer müdahalenin meşru olmadığını tespit ederse mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir².

Aşağıda Türk hukukunda kamulaştırmaz el atma olarak ifade edilen “de facto” müdahalelere ilişkin bazı Divan kararları seçilerek incelenmektedir.

2. Kamulaştırmaz El Atma Fiillerine İlişkin Örnek Olaylar

2.1. Sporrong ve Lönnroth Olayı

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önünde kamulaştırmaz el atmaya ilişkin ilk dava Sporrong olayıdır. İsveç’in Stockholm şehrinin yeniden yapılandırılması planı kapsamında gerekli kamulaştırmaları yapmak için idareye izin verildi. İdare ilgili yerlerdeki arsalara inşaat yasağı getirdi. Bu yasağın bazı yerlerde 23 ve 25 yıl, bazı yerlerde de 8 ve 12 yıl yürürlükte

¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, s.11 in:http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_KapsamindaMulkiyetHakki.pdf

² Özge Yücel, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Kamulaştırmaz El Atma, s. 2.



kaldı. Daha sonra da idare yeni plan dahilinde yapılan çalışmalarda ilgili arsalarla ihtiyaç duyulmaması sebebiyle inşaat yasağı ve kamulaştırma iznini kaldırdı³.

Mağdurlar mülkiyet hakkına müdahale eden bu düzenlemenin, Sözleşmeyi ihlal ettiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvuruda bulundular. Komisyon olayda fiili el atma olup olmadığına dair incelemeyi gerekli görmedi⁴. Komisyonun kararına muhalefet şerhi koyan hakimler ise, bu yaklaşımın doğru olmadığını, AİHS 1.No Ek Protokolün 1.maddesinde kullanılan ifadelerden çıkan sonucun, devletin kamulaştırma düzenlemelerine karşı sözleşmenin ilgili maddesinin daha fazla koruma sağladığını, bu sebeple devletin düzenlemesi kamulaştırmaz el atma etkisi doğurup doğurmadığının incelenmemesi Sözleşmenin amacına uygun düşmediğini, her ne kadar bu olayda idarenin aldığı kararlar kamulaştırmaz el atma oluşturacak kadar ağır bir müdahale oluşturmuyorsa da, birçok üye ülkelerdeki uygulamaya ölçü oluşturmak amacıyla burada, belirli kriterlerin oluşturulmasının daha iyi olacağını, muhalefet şerhlerinde dile getirmişlerdir⁵.

Adalet Divanı AİHS 1.No Ek Protokolün 1.maddesi çerçevesinde Sporrong ve Lönnroth davasını incelemiş ve sonraki kararlarında sürekli nazara aldığı üç kuralı ortaya koymuştur. Divana göre 1.maddedeki ilk kural, genel nitelik taşımaktadır ve mülkiyet dokunulmazlığına saygı gösterilmesi ilkesini ortaya koymaktadır. İkinci kural ise sözleşmenin 1/2.maddesinin ikinci cümlesinde düzenlenmektedir. Bu kurala göre mal ve mülkten yoksun bırakmak, belli şartlara bağlıdır. Maddedeki üçüncü kural ise devletlerin kamu yararını gözeterek, mülkiyetin kullanımını kontrol etme hakkına sahip olmalarıdır.

Divan öncelikle olayda idareye verilen kamulaştırma izni ve getirilen inşaat yasağının normal süreden uzun bir zaman devam etmesinin, başvuruçunun gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet hakkına orantısız bir sınırlama getirdiğini ve gayrimenkullerin değerine olumsuz etkide bulunmuş olduğunu tespit etmiştir. Divan özellikle kamulaştırma izni sebebiyle mülkiyet hakkının iptal edilebileceği ihtimaliyle değer kaybettiği hususuna dikkat çekmiştir⁶.

İkinci adımda Divan başvuruçunun önceden olduğu gibi evlerinde oturabileceği ve evlerini kiraya verebilme imkanının varlığını ifade etmiştir. Her ne kadar imar yasağı ve kamulaştırma

³Karar metni için bkz. in: <http://www.eugrz.info/PDF/EGMR4/EGMR04-25.pdf>

⁴ Bkz. Komisyon raporu, paragraf, 63, in: EuGRZ, 1983, s.523 vd.

⁵Gelinsky, s. 80.

⁶ Bu konuda Divan'ın kararında şu şekilde ifade kullanılmıştır: “ Although the expropriation permits left intact in law the owners' right to use and dispose of their possessions, they nevertheless in practice significantly reduced the possibility of its exercise. They also affected the very substance of ownership in that they recognised before the event that any expropriation would be lawful and authorised the City of Stockholm to expropriate whenever it found it expedient to do so. The applicants' right of property thus became precarious and defeasible”



izni sebebiyle zorlaşmış olsa da, satış hakkı var olmaya devam etmektedir. Bunlardan hareketle Divan önlemin mülkiyet hakkını maliklerin ellerinden alacak kadar ileri gitmediği sonucuna varmıştır⁷.

Divan'a göre kamulaştırma izninin süresi zarar verici etkileri olmuş ve özellikle inşaat yasağıyla bu negatif etkiyi daha da artmıştır. (Série A Nr. 52,, S. 27, Ziff. 72, EGMR-E 2, 157). İlgili gayrimenkullerin kullanımına ilişkin hukuki düzenlemeler, bu malların normal piyasa şartlarında satılmasını ve bunları ipotekleyerek kredi kullanılması imkanını negatif etkilemiştir. (Série A Nr. 52, 22-24, Ziff. 58 und 63, EGMR-E 2, 153 u. 154 f.). Divan ayrıca başvurucuların mallarının geleceği hakkında tamamen belirsizlik içinde bulduklarını ve bu kişilerin içinde buldukları zorlukları hükümetin nazara almasını istemeye yönelik haklarının da bulunmadığını kararında belirtmiştir. (Série A Nr. 52, S. 26, Ziff. 70, EGMR-E 2, 156). Kamulaştırma için idareye verilen zamanın makul bir süre olması esasını dile getiren Divan, bu olayda 4 yıllık sürenin haricindeki süreyi zarar hesabında nazara almıştır.

Divan kamulaştırmatsız el atmaya ilişkin bu ilk kararında, mülkiyete müdahalenin varlığını ağır şartlara bağlamıştır. Mülkiyet hakkının kullanılması yıllarca sınırlandırılarak adeta mülkiyet hakkı ortadan kaldırılacak şekilde getirilmiş olması ve ilgili gayrimenkullerin değeri gözle görülür şekilde azalmış olması kamulaştırmatsız el atma kapsamında değerlendirmeye yetmemiştir. Malikin hala bu gayrimenkulleri kullanabilmesi, kiralayabilmesi ve satabilmesi sebebiyle burada idarenin kullanımı sınırlayıcı kurallar koyma yetkisi çerçevesinde bu olay değerlendirilecektir. Bu uygulama daha sonraki divan kararlarında da takip edilmiştir.

Divan kamulaştırma iznini ve inşaat yasağını, ne bir usulüne uygun kamulaştırma ve ne de kamulaştırmatsız el atma olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Divan inşaat yasağını idarenin mülkiyet hakkını düzenleme yetkisi çerçevesinde değerlendirmiştir. Buna karşılık kamulaştırma iznini, bu izinle hedeflenen kamulaştırmayı nazara alarak aynı şekilde hükümetin mülkiyeti kullanımı düzenleme yetkisi çerçevesinde değerlendirmemiştir. Bu değerlendirme eleştirilmiştir. Her ikisi de aynı hedefe hizmet eden bu tasarrufların arasında ayırım yapılmasına gerek olmaksızın, her ikisini de idarenin mülkiyetin kullanımını düzenleme çerçevesinde değerlendirilmesi daha uygun olacaktır⁸.

⁷ "However, although the right in question lost some of its substance, it did not disappear ... The effects of the measures involved are not such that they can be assimilated to a deprivation of possessions."

⁸ Gelinsky, s. 80.



Adalet Divanı Sporong olayında kamulaştırmayı el atmayı hukuka uygun olarak yapılan kamulaştırmayla eş tutmuştur. Bunun anlamı, Sözleşmenin 1.Ek Protokolü 1/1.maddesindeki şartlara uygunluk bu eylemlerde de aranmasıdır. Divan bu değerlendirmeyi daha sonraki bir çok kararında da tekrarlamış ve bu yaklaşım Divanın istikrarlı kararları arasına girmiştir⁹.

2.2. Jahn ve Diğerleri Olayı

Başvurucular Jahn ve diğerleri, Doğu Almanya’da 1945 yılında toprak reformu çerçevesinde belirli şartlarda kullanmak üzere şahıslara verilen gayrimenkullerin sahiplerinin mirasçılarıdır. Bu şekilde mal sahibi olan kişiler o dönemde yeni çiftçiler olarak nitelendirilmekteydi.

Modrow-Kanunu (Toprak reformunu yoluyla sahip olunan gayrimenkullerin sahiplerinin haklarına ilişkin kanun) 16 Mart 1990 tarihinde yürürlüğe girdi. Bu kanunla ilgili gayrimenkuller üzerindeki bütün sınırlamaları kaldırıldı ve ilgili kişilere bu yerlerin mülkiyet hakları sınırsız bir şekilde iade edildi.

Almanya’nın birleşmesinden sonra mülkiyet haklarını düzenleyen kanunda 14 Temmuz 1992 tarihinde Federal Parlamentoda yapılan ikinci değişiklikle bu tür gayrimenkullerin sahipleri ve mirasçılarının -ki başvurularda bunların arasında bulunmaktaydı- bu gayrimenkulleri karşılıksız olarak buldukları eyaletteki vergi dairesine devretmelerini düzenlemekteydi. Bu kanuna göre toprak reformu yoluyla sahip olunan gayrimenkullerin sahiplerinin mirasçıları eğer 15 Mart 1990 tarihine kadar ya da bu tarihten geriye doğru son 10 yıl içinde orman, tarım ya da gıda işleriyle meşgul değillerse ya da Doğu Almanya’daki tarım ürünleri üretimi birliklerine ait değillerse bu gayrimenkulleri devredeceklerdi.

Başvurucular herhangi bir ödeme yapmaksızın ellerindeki gayrimenkullerini devre zorlanmalarının Sözleşmenin 1.maddesini ihlal ettiğini iddia etmekteydiler. Ayrıca Sözleşmenin 1.Nolu Ek protokolünün 14.maddesindeki ayrımcılık yasağını da ihlal ettiğini iddia ettiler.

Divana göre başvurulular mülkiyet ilişkisi tartışmalı gayrimenkullerin sahibidirler. Doğu Almanya Parlamentosunun yaptığı ve birleşme protokolüne göre Federal Almanya’nın hukuk sisteminde de geçerli olan Modrow-Kanununa göre hukuka uygun olarak bütün bu gayrimenkullerin maliki oldular. Almanya’nın birleşmesinden sonra da bu yerlerin maliki

⁹ Bkz. Mellacher-Karani paragraf, 171, Komisyon Kararı, paragraf. 199; Fredin-Karani, paragraf, 42.



sıfatıyla tapu kütüğüne kayıt oldular. Ve serbest bir şekilde bu gayrimenkuller üzerinde herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın malik sıfatına sahip oldular. Sahip oldukları mülklerini bulunulan yerdeki vergi dairesine devretmeleri ise Sözleşmenin 1.Nolu EK protokolünün 1.maddesi çerçevesindeki mülkiyetin düzenlenmesi konusunda idareye verilen yetki çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Divana göre tartışma konusu olan mülkiyetin devrine ilişkin kanuni dayanak bulunmaktadır ve bu devirde kamu yararı bulunmaktadır. Bu düzenleme Alman idari makamların yaklaşımına göre adalete aykırı olan Modrow- Kanununa neticelerini düzeltmeye yarayacaktır.

Burada kamu yararı ile mülkiyet hakkının korunması prensiplerinin karşılıklı olarak tartılması gerekmektedir. Divana göre, mülkiyet hakkının uygun bir ödeme yapmaksızın ortadan kaldırılması normal şartlar altında mülkiyet hakkına orantısız bir müdahaledir. Sözleşmenin 1.Nolu Ek protokolünün 1.maddesi kapsamında herhangi bir ödeme olmaksızın yapılan müdahale sadece özel şartlar altında hukuka uygun olabilir.

Divan ilgili olayda, 1990 tarihli Modrow-Kanununu Doğu Almanya’da serbest seçimlerle oluşan parlamento tarafından iki Almanya’nın birleşme sürecinde görüşmeler kapsamında yapılmıştır. Hedef Doğu Almanya’yı serbest piyasa şartlarına uygun hale getirmektir.

Federal Almanya’nın kanun koyucu organının iki yıl sonra Modrow-Kanununun adaletsizliklerini ortadan kaldırmak amacıyla yeni bir kanun yapması prensip olarak problem teşkil etmemektedir. Ancak bu yeni kanunun içeriği problemleri görmektedir. Orantılılık prensibi gereği Federal Almanya kanun koyucusu zarara karşılık olarak uygun herhangi bir ödeme yapmaksızın başvuru sahiplerinin elinden devletin lehine olarak mülkiyetini alması hukuka uygun olmamıştır.

Divana göre iki Almanya’nın birleşme sürecindeki olağanüstü şartlara rağmen, uğranılan zarara karşılık herhangi bir ödeme yapılmadan mülkiyetinin devlete geçirilmesini sözleşmenin mülkiyeti koruyan ilgili maddesini ihlal etmektedir. Burada mülkiyetin korunmasıyla kamu yararı ilkesinin adalete uygun bir şekilde tartılması gerekirdi. Netice olarak Sözleşmenin 1.Nolu Ek protokolünün 1.maddesi ihlal edilmiştir. Divan Sözleşmenin 1.maddesinin ihlal edildiğini oybirliğiyle tespit etmiştir¹⁰.

¹⁰ Karar metni için bkz. http://www.neue-justiz.nomos.de/fileadmin/neue-justiz/doc/NJ_04_04.pdf#page=31



2.3. I.R.S. VE DİĞERLERİ OLAYI

Bu olay resmi bir kamulaştırma yapmaksızın, fiili el atmaya hukuki düzenlemeyle meşruiyet kazandırılmasının, kamulaştırmatsız el atma sayılmasına önemli bir örnek teşkil etmektedir.

Başvuranlar Ankara'da yaşayan beş Türk vatandaşıdır. Bu kişiler Etimesgut ilçesinde uzun zamandan beri askeri hava alanı olarak kullanılan arazinin sivil havacılık kurumuyla birlikte ortak maliklerindirler. Savunma Bakanlığı 1988 yılında bu arsanın 2942 sayılı kanunun 38.maddesine göre tapusunun iptal edilerek, arsanın hazine adına tescil edilmesi için yetkili asliye hukuk mahkemesinde dava açmıştır. Bakanlık gerekçe olarak söz konusu yerin 1955 yılından beri kesintisiz olarak hava kuvvetleri tarafından işgal edilmiş olduğu ve maliklerin de bu işgale karşılık bir dava açmamış olduklarını ileri sürmüştür. Malikler ise bu iddianın aksine söz konusu tarlada 1983 yılında askeri hava alanı yönetiminin tel çekerek bu bölgeye girişi yasaklamasına kadar tarım yaptıklarını ifade etmişlerdir. Mahkemenin hazırladığı bilirkişi raporunda 1955 yılında Etimesgut Havaalanının Türk Hava Kuvvetlerine devredilmesinden bu yana ilgili arsanın, pistlerin güvenlik alanında kalması sebebiyle kamu hizmetine tahsisli sayıldığı, ancak arsa üzerinde yakın zamanda binaların yapıldığı ifade edilmektedir. Yerel mahkeme de 1993 yılında ilgili taşınmazın 20 yıldan fazla zamandır kesintisiz şekilde kamu yararı sebebiyle işgal edilmiş olduğu gerekçesine dayanarak tapunun iptaline ve hazine adına tesciline karar vermiştir¹¹.

Divan 20 Temmuz 2004 tarihinde esas hakkında verdiği kararda, başvuru sahiplerinin adına tapuda kayıtlı Ankara Etimesgut'daki ortak taşınmazlarının kamu yararı amacıyla 20 yıldan fazla süreyle kullanıldığı gerekçesiyle Ankara Mahkemesi tarafından tapunun iptal edilmesi ve kamu adına tescil edilmesi fiilinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Başvuru sahipleri ayrıca *de facto* işgalin hiç bir kamulaştırmaya tabi tutulmadan gerçekleştirildiğini belirtmektedirler. Tazminat ödemediği bu yerlerin kamulaştırılması 1 No.lu Ek Protokolün 1. maddesi tarafından garanti altına alınan hakları ihlal etmektedir.

Divan kararında 1 No.lu Ek Protokolün 1. maddesinin üç ayrı ilkesi olduğunu hatırlattıktan sonra, olayda resmi bir kamulaştırmanın var olup olmadığı ya da mala kamulaştırmatsız el

¹¹ Karar metni için bkz.

<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/d0cd2c2c444d8d94c12567c2002de990/3255021c2dcb48f2c1256ed600347a6a?OpenDocument> (08.08.2012)



atma fiilinin vuku bulup bulmadığının incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. (*Sporrong ve Lönnroth v. İsveç*, 23 Eylül 1982 tarihli karar, A serisi, 52.numara,ss. 24-25, 63. paragraf).

Olayda idare, 2942 sayılı yasanın 38. maddesinin uygulanması sonucunda başvurucuya ait tapu siciline kayıtlı mülkiyet hakkını iptal etmiş ve Savunma Bakanlığı lehine mülkiyetin devrini talep edilmiştir. Divan bu işlemin başvuru sahiplerini 1 No.lu Protokolün 1. maddesinin birinci paragrafının ikinci cümlesi anlamında, mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır (*mutatis mutandis, Brumarescu v. Romanya* [GC], 28342/95, 77. paragraf, CEDH 1999-VII).

Divan malın değeri ile orantılı bir meblağ verilmeden gerçekleştirilen kamulaştırmanın 1.maddeye aykırılık teşkil etmekte olduğunu ifade etmiştir (*Lithgow ve diğerleri v. Birlesik Krallık*, 8 Temmuz 1986 tarihli karar, A serisi, 102 numara, s.50-51, 120- 121.paragraf).

Divan 2942 sayılı yasanın 38.maddesinin Anayasaya ve AİHS 1.Ek Protokolünün 1.maddesini ihlal ettiği gerekçesine dayanarak 10 Nisan 2003 tarihinde Anayasa mahkemesinin iptaline karar vermesinin, başvurucuların mağduriyetlerini giderici bir tazminat elde etmeleri için etkin bir iç hukuk yolu oluşturmaması sebebiyle sözleşmeye aykırılığın ortadan kalkmadığını tespit etmiştir (*mutatis mutandis, Pisano v. İtalya* [GC], 36732/97, 42. paragraf, 24 Ekim 2002).

Divan tazminat talebine ilişkin olarak, 2942 sayılı yasanın 38. Maddesinin yürürlüğe girdiği tarihin değil, fiili el (*de facto*) atmanın gerçekleştiği tarihten itibaren tazminat bedelinin hesaplanmasında esas alınması gerektiğini ifade etmiştir. (*mutatis mutandis, Carbonara ve Ventura v. İtalya*, 24638/94 numara, 67.paragraf, CEDH 2000-VI).

Divana göre, idare herhangi bir kamulaştırma işlemi yapmadan söz konusu araziyi kamunun mülkiyetine geçirmiştir. 38. madde yürürlüğe girdiği zaman, zamanaşımı süresi zaten geçmiş olduğundan, başvuru sahipleri ne zilyetlik talebinde bulunabilmiş ve ne de mülkiyet hakları idareye geçmiş olmasından dolayı bir tazminat talep edebilmişlerdir. Aynı şekilde mağdurlar Anayasa Mahkemesi tarafından önceden belirtilen düzenlemenin iptalini de isteyememişlerdir. Divan, idarenin müdahalesini, bu bir yasaya dayanmasına rağmen, mülkiyet sahiplerine tazminat hakkı tanımadığı için hukuka aykırı saymıştır. Divan olayda 1 No.lu Protokolün 1.maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.



3. Malvarlığı Kullanımın Kontrol Edilmesi ile Kamulaştırmasız El Atmanın Arasındaki Farkın Öne Çıktığı Olaylar

Mülkiyetten yoksun kılma ile mülkiyetin kullanımının sınırlandırılması 1.Nolu Ek protokolün 1/1 maddesi kapsamında farklı şartlara tabidir. Bu sebeple her iki müdahale kategorisinin birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir.

Eğer müdahale, mülkiyetin hukuken devredilmesi şeklinde yapılmışsa bu ayrımın yapılması kolay olacaktır. Ancak idare aldığı kararlarla mülkiyet hakkının kullanımına ilişkin sınırlamalar getirmişse fiili el atmanın sınırının aşıldığı zamanın tespit edilmesi gerekir. Ayrıca 1.Nolu Ek protokolün 1/1 . maddesinin öngördüğü kriterler yerine getirilmesi şartı aranacaktır¹². Aşağıdaki olaylarda bu ayrıma ilişkin Sözleşmenin organlarının uygulamaları değerlendirilecektir.

3.1. Fredin Olayı¹³

Bu olayda başvuru İsveç'deki bir çakıl işletmesinin ruhsatının iptal edilmesinin sözleşmede taahhüt altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

Divan kararında, kamulaştırmasız el atma ile mülkiyetin kullanılmasının düzenlemesi arasındaki farka ilişkin bazı kriterler ortaya koymuştur.

İsveç hukukuna göre 1963 yılından bu yana çakıl işletmesi izne tabidir. Gerekli izin işletmelere ancak çevrenin korunmasına ilişkin bazı şartların yerine getirilmesi halinde verilmektedir. Başvuru çakıl ocağının maliki değil, bu yeri kiralama yoluyla işletmektedir. Olayda 1963 yılında bu yerin malikine 30 yıllığına işletme ruhsatı izin verilmişti. 1973 yılında çevrenin korunmasına ilişkin bazı yeni düzenlemeler yapıldı. Bu yeni düzenlemelere göre, idare 10 yıldan daha eski olan işletmelerin çevre koruma kapsamında mevcut izinleri herhangi bir tazminat ödemeksizin iptal edilebilecektir.

1977 yılında başvuru çakıl ocağının mülkiyetini devralmış ve eski malikle arasındaki kira sözleşmesinin bitim tarihinde 1976'da mevcut ruhsatın kendisine devredilmesi için başvuruda bulundu. 1980'de yetkili idare başvuruçunun işletmesinde gemilerin yüklenmesine ilişkin gerekli tesisin kurulmasına ilişkin müracaatını kabul etti. İdarenin kararında çakıl ocağı yükleme tesisi ruhsatının, ancak çakıl ocağı ruhsatı geçerli olduğu sürece kullanılabileceğini

¹² Katja Gelinsky, Der Schutz des Eigentums gemaess Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europaeischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1996, s. 60.

¹³ Karar metni için bkz. <http://www.javier-leon-diaz.com/property/Fredin%20case1.pdf>



ruhsatla birlikte bildirildi. İdare 1983 yılında başvurucaunun ruhsatın kendisine devredilmesine ilişkin 1979 tarihli müracaatını kabul etti. Ayrıca bu kararlar birlikte 1973'te yürürlüğe giren mevcut çevre hukuku düzenlemelerinde öngörülen kriterleri işletmenin sağlayıp sağlamadığının aynı yıl denetiminin yapılacağı da başvurucauya bildirildi. 1984 yılında yapılan denetim sonucunda ilgili idare çakıl ocağını kapatma kararı verdi. Bunun için başvurucauya önce 3 yıl süre verildi ve bu süre daha sonra 12 ay uzatıldı.

Başvurucau işletme ruhsatının iptal edilmesiyle birlikte artık çakıl ocağından verimli bir şekilde faydalanamadığını iddia etti. Davacı işletmekte olduğu çakıl ocağının işletme izninin iptal edilmesinin bir kamulaştırmasız el atma olduğunu iddia etti.

Divan ise, ruhsatın iptal edilmesi işlemini idarenin kullanımı düzenleme yetkisi kapsamında değerlendirdi. Bu tespiti yaparken de, divan çakıl ocağının ekonomik olarak verimli bir şekilde kullanımının işletme ruhsatı iptal edildikten sonra artık mümkün olup olmadığı sorusuyla ilgilenmemektedir. Hakimler çakıl ocağının bulunduğu işletme alanını etrafındaki malike ait gayrimenkulden ayrı değerlendirmemektedir. Nazara alınacak şey, ruhsatın alınmasının bütün gayrimenkule etkisidir¹⁴.

Divan geride kalan gayrimenkulün kullanılabilir oluşu sebebiyle fiili el atma ("de facto") olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Divana göre başvurucau çakıl ocağının işletmesini sürdürebileceğine dair bir güven içinde olamaz. Çünkü ruhsatın iptal edilmesinden önce çakıl işletmesi ruhsatı sınırlandırılmıştı. İdare, çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemelerle birlikte 10 yaşını aşmış olan işletmelerde herhangi bir tazminat ödemediği ruhsatları iptal etmeye başlamıştı. Bu uygulamadan sonra çakıl işletmesinin ruhsatının iptal edilmesi her an beklenmekteydi. Bu şartlar altında bu eylem fiili el atma olarak değerlendirilemez. Olay Komisyon önünde görüşülürken de, aynı şekilde gerekçelendirilmiştir¹⁵. Ayrıca başvurucauya idare tarafından birçok defa işletme ruhsatı sadece diğer denetimler yapılmak şartıyla uzatıldığı bildirilmişti. Bu şartlar altında başvurucau bu işletmenin uzun yıllar sürdürebileceğine yönelik beklentiler içinde olmayacaktır. Bu sebeple ruhsatın iptal edilmesi Sözleşmenin 1/2 . maddesi anlamında

¹⁴ "Viewing the question from this perspective, the Court does not find it established that the revocation took away all meaningful use of the properties in question.

¹⁵ The Commission finds it essential that the applicants' exploitation rights were in no way absolute or unconditional. On the contrary, the rights under the permit had for a long time been limited by precise conditions for the exploitation."*



kamulaştırma olarak değerlendirilemez. Bu durum daha çok, idarenin mülkiyet hakkının kullanımını düzenleme yetkisi dahilinde değerlendirilmelidir¹⁶.

3.2. Mellacher Olayı

Başvurucu idarenin kira hukukuna ilişkin hukuksal düzenlemelerden dolayı % 20'den daha fazla zarara uğraması sebebiyle Divan'a başvurmuştur¹⁷. Başvurucu idarenin ilgili düzenlemesiyle malik sıfatını kaybederek, aldığı ücret devlet tarafından kontrol edilen, ücretli çalışan bir gayrimenkul idarecisi konumuna düştüğünü iddia etmişti. İlgili kira reformu düzenlemesiyle gayrimenkullerin sözleşmeyle kararlaştırılan kira gelirlerinin kaybedilmesi ve aynı zamanda bu sebeple gayrimenkullerin değer kaybetmesinin kamulaştırmasız el atma olduğu başvurunun iddiaları arasındaydı.

Divan başvurunun kira reformu düzenlemesiyle sahip olduğu gayrimenkullerden elde ettiği kira gelirlerinde kayba uğradığını tespit etti. Ancak bunun yanında kullanım hakkı, kira ve satış hakkının ihlal edilmediğini de ifade etti. Bu sebeple olayda Divan kamulaştırmasız el atma olmadığını tespit etmiştir.

3.3. Pine Valley

Bu olayın konusu taşınmaz mülkiyetinin kazanıldığı zaman var olan imar izninin, imar planlarında daha sonra yapılan değişiklik sonucunda iptal edilmesidir. Başvurucu, İrlanda Anayasa Mahkemesinin imar planını iptal eden kararıyla birlikte ortaya çıkan yeni durumun, mülkiyet hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir¹⁸.

Divan bu olayda malikin ilgili gayrimenkulü başka şekilde kullanılabileceğini dikkate alarak kamulaştırmasız el atma fiilinin olmadığı sonucuna vardı. Burada Divanın kararındaki önemli bir gerekçe malikin bu araziye tarımda kullanabileceğidir. Gerçi bu kararlar gayrimenkulün değeri hatırı sayılır bir azalmaya uğramıştır. Ancak genel olarak toprağın bütünü değerini kaybetmemiştir. Yerin daha sonra satılabilmiş olması bunu göstermektedir.

Daha önceki kararlarda olduğu gibi Divan el atıldığı iddia edilen gayrimenkulün faydalı bir şekilde kullanılabilir olduğunu kararında nazara almıştır. Divanın buradaki müdahaleyi

¹⁶ Gelinsky, s.60.

¹⁷ Karar metni için bkz. <http://www.javier-leon-diaz.com/property/Fredin%20case1.pdf>

¹⁸ Karar metni için bkz.

<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/8df4da34bc220916c1256640004c1b92?OpenDocument>



kullanım hakkının düzenlemesi kapsamında değerlendirmesinin sebebi, ilgili yerin ekonomik değerinin tümüyle kaybolmamasıdır. Bu sebeple Divan olayda idarenin müdahalesini kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirmemiş, hukuka uygunluk sebebi olan sözleşmede idareye tanınan kullanımın belli şartlarda sınırlandırılması kapsamında değerlendirmiştir¹⁹.

3.4. Papamichalopoulos Olayı

İdarenin bir taşınmaz üzerinde kurduğu fiili hakimiyet sonucunda mülkiyet hakkının kullanımının imkansız hale gelmesi sonucunu doğuran idari tasarruflar kamulaştırmaz el atma olarak değerlendirilmektedir.

Papamichalopoulos olayında²⁰ Divan bu konuyu incelemiştir. Bu olayda bir özel mülkiyetin Yunan ordusu tarafından işgal edilmesi söz konusudur. 1967 yılında askeri cunta yönetiminde “ex lege” yoluyla özel kişilerin gayrimenkullerine el koyularak, bu yerler deniz kuvvetlerine devredildi. Deniz kuvvetleri de bu yerler üzerinde bir deniz üssü ve subay aileleri için tatil köyü kurdu. Deniz kuvvetlerinin gayrimenkulleri mülkiyetine geçirdiği sırada bu yerlerin bir kısmının başvuruca ait olduğu ortaya çıktı. Başvurucunun iç hukuk yollarına başvurarak mülkiyet hakkını korumaya yönelik mücadelesini kazanmasına rağmen, kararın uygulanmasına yönelik başvuruca talebi yerine getirilmedi. Bu fiili duruma hukuksal meşruiyet kazandırmak için daha sonra kanuni düzenleme yapılarak, bu yerler devletin mülkiyetine geçirilmek istendi. Başvurucunun gayrimenkullerinin kaybı neticesinde bir bedel alması esası da getirilmişti. Kanunun uygulanması da gerçekleşemedi. Çünkü Tarım Bakanlığı işgal edilen yerlere alternatif yerler gösteremedi. Yine başvuruca tarafından talep edilen tazminat davası başarısızlıkla sonuçlandı, çünkü mahkeme mülkiyet ilişkisinin açıklanmasını bekleme kararı aldı.

Davanın Komisyon tarafından incelenmesinde, alınan önlemlerin mülkiyet ilişkisine ait olarak kullandığı ifadeler²¹ gayrimenkullerin işgal edilmesinin kamulaştırmaz el atma olarak

¹⁹ Gelinsky, s. 62.

²⁰ Karar için bkz.

<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/c4a943a53ef323c5c125663b0037f05c/a9b71cdf0898b19c1256640004c2132?OpenDocument>

²¹ The Commission considers, first of all, that the Situation at issue does not involve control of the use of property within the meaning of the second paragraph of Article 2 of Protocol No. 1 since the occupation the applicants have contested deprived them of the use of their possessions and cannot be deemed 'control' of such use...the short, the Commission notes that in practice the ongoing occupation on the land and the failure of the rightful owners to secure restitution have prevented the free exercise of the rights of ownership which, on paper at least, remain formally intact.



değerlendirilmesi izlenimini vermektedir²². Komisyonun sonraki kararında hakimlerin çoğunluğu herhangi bir açıklama yapmaksızın müdahale tedbirlerinin 1.No'lu Ek Sözleşmenin 1/1. 2.cümlesii anlamında kamulaştırma olarak değerlendirilemeyeceğini, aksine 1/1 1.cümlesi kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmişlerdir. Komisyon üyelerinin çoğunluğu gayrimenkullerin işgalini kamulaştırmaz el atma olarak değerlendirmemektedir. Ancak bu değerlendirme bütün üyeler tarafından paylaşılmamaktadır²³.

Divan Komisyondaki azınlık görüşüne uymuştur. Divan bu kararda başvurucunun birçok ekonomik kullanım hakkına ilişkin ekonomik kayıpları sebebiyle ortada kamulaştırmaz el atma olduğunu kabul etmiştir²⁴.

3.5. Belvedere Alberghiera Olayı

Olayda²⁵ Monte Argentario'da Belvedera otelinin sahibi olan başvuru, otelin sahille olan bağlantısını sağlayan arsanın sahibidir. 1987 yılında idare inşa edilecek bir yol projesi sebebiyle acil kamulaştırma kararına dayanarak başvurucunun arsası üzerinde yol inşa etti. Başvuru bu idari karara karşı hukuka aykırılık sebebiyle idare mahkemesinde dava açtı. İdare mahkemesi davayı kabul etti ve idarenin kararını iptal ederek aynı zamanda bağlı idari eylemleri de geçersiz saydı. Mahkeme idarenin işleminde kamu yararı olmadığı ve yol projesinde usulsüzlemler olduğuna karar verdi. Karar 1989 yılında kesinleşti. Belediye arsayı geri vermeye yaklaşmadı ve bunun üzerine başvuru kararın yerine getirilmesi için yeniden mahkemeye başvurdu. Bu defa mahkeme belediyenin yol inşaatını tamamlamış olduğu, mahkeme içtihatlarında yerleşmiş olan dolaylı kamulaştırmanın gerçekleştiği ve bu sebeple de mülkiyetin belediyeye geçmiş sayılacağı ve artık başvurucuya iadesinin mümkün olmadığına karar verdi. Üst idari yargı makamı da idarenin yol yapım çalışmalarını tamamlamasıyla birlikte artık dolaylı kamulaştırmanın gerçekleşmiş olacağı, bu eylemlerin dayandığı idari

²² Gelinsky, s. 65

²³ Örneğin Frowein olayı şu şekilde değerlendirmektedir: "Notwithstanding the fact that the applicants' rights of ownership remained formally intact, these rights have been divested of all substance. The long term-occupation of the land, together with the impossibility of using it in any way and the prohibition on access thereto, must be assimilated to a deprivation of possessions (Sporrong and Lönroth judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, p. 24, para. 63) ... The difference between the opinion expressed by the majority and our approach lies in the seriousness of the violation found. We think that the applicants are victims of a *de facto* expropriation, which constitutes a serious violation of Article 1 of Protocol No. 1."***

²⁴ "The Court considers that the loss of all ability to dispose of the land in issue, taken together with the failure of the attempts made so far to remedy the Situation complained of, entailed sufficiently consequences for the applicants *de facto* to have been expropriated in a manner incompatible with their right to the peaceful enjoyment of their possessions."

²⁵ Karar için bkz.

<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/9ecbe8eef431ae9441256dcf005672a8?OpenDocument>



kararın hukuka aykırılığının sonucu değiştirmeyeceği, “occupazione acquisitiva” ilkesi gereği mülkiyetin idareye geçmiş olarak kabul edileceği ve bundan sonra artık sadece zararın tazmininin talep edilebileceği gerekçesiyle başvurucunun talebini 1996 yılında reddetti.

İdare mahkemesinin karar tarihi, arsanın idareye geçmesi tarihi olarak değerlendirilecektir. Çünkü yol inşaatının bitimiyle birlikte artık mülkiyetin değişimi geri alınamaz bir şekle girmiştir. Bu tarihten itibaren de tazminat istemek için zaman aşımı süresi işlemeye başlamıştır.

Başvurucu AİHS’ nin 1 No’lu Ek protokolünde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Çünkü başvurucunun “occupazione acquisitiva” prensibi uygulanarak ve idare mahkemesinin kararına rağmen arsanın mülkiyetini geri alamamıştır. Burada AİHS’ nin 1 No’lu Ek protokolünün 1.maddesinin 1.cümlesine göre mülkiyetine müdahale edilmiştir. Böyle bir müdahale ancak kamu yararının olması ve uluslararası hukukun genel kuralları çerçevesinde mümkündür. Yine burada her bir olayda kamu yararı ile bireysel menfaatler arasında adalete uygun bir orantı kurulabilmesi gerekir. Bu da ancak müdahalenin haksız ve keyfi olmaması şartına bağlıdır.

Sözleşmenin 1.maddesi kamu idareleri tarafından mülkiyet hakkına müdahalenin hukuka uygun olması şartını öngörmektedir. İlgili kanunların hukuk devleti olmanın gereği olarak şeffaf, somut ve öngörülebilir olması gerekmektedir. Olayda yargı kararlarında “occupazione acquisitiva” prensibi tek düze uygulanmamıştır. Bu tür bir uygulama sadece öngörülemez ve keyfi muamele sonuçları doğurmak ve korunan hakların muhtemel sahiplerinin haklarını ortadan kaldırmakla kalmaz, bunun yanında hukuk devleti prensipleriyle de uyumsuz²⁶.

Divan hukuka aykırı şekilde yapılan bir el atmadan faydalanma yoluna giden bir idarenin tasarrufunu AİHS 1.Ek protokolünün 1.maddesiyle bağdaşırılığına ilişkin çekincelerini ortaya koymuştur²⁷.

Yol yapımı sebebiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ilgili kararın yerel mahkeme tarafından iptal edilmesine rağmen kamu yararına dayandığı iddia edilebilir. Yol yapımının tamamlanmasından sonra idari işlemlerin iptal edilmesi sonucunda daha önceden yapılan bayındırlık işlerinin yıkılmasıyla yeni zararların oluşmasını önlemekte kamu yararı vardır. Ancak idarenin hukuksal bir temele dayanmayan eylemleri bayındırlık işlerinin tamamlanmasıyla meşrulaşması neticesini doğuran bu durum, idarenin zahmetli ve zaman

²⁶ http://www.menschenrechte.ac.at/docs/00_3/00_3_07

²⁷ Sarı,H. Gürbüz, Malvarlığı Haklarının Korunması, İstanbul 2010, s. 81.



alan normal kamulaştırma sürecine uymama konusunda bir alışkanlık kazandırma tehlikesi, bu durumda ortaya çıkacaktır²⁸. Bu da hakkın korunmasını garanti altına alan normal hukuksal prosedürlerin dolanılması hukuk emniyeti bakımından pek de uygun görülmemektedir.

3.6. Tre Traktörer Olayı

Bu olayda başvuru alkol satma izninin elinden alınmasının kamulaştırmaz el atma olarak değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmekteydi. Bu olayda başvuru iznin iptal edilmesiyle birlikte yatırımının büyük bir oranda değerini kaybettiğini ve malvarlığının tahrip edildiğini ifade etmiştir.

Bireylerin daha önce alınmış bir ruhsat, bu ruhsat bir malvarlığı değeri oluşturduğu ölçüde sözleşme kapsamında korunacaktır. Bu alandaki kısıtlamalar hakka getirilen bir müdahale olarak, Sözleşmenin 1/2.madde kapsamında değerlendirilecektir²⁹.

Divan olayda kamulaştırmaz el atma fiilinin var olmadığı, mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Divan bu olayda, kamulaştırmaz el atma halinin ancak bu idari eylem ya da karar sebebiyle söz konusu malvarlığının ekonomik değerini bütünüyle kaybetmiş olması ve malikin bir çok kullanım imkanının kaybetmiş olması halinde kabul edileceği kararını vermiştir³⁰.

4. Kararların Değerlendirilmesi

Öğretide Divanın ilk defa Sporrong olayında yaptığı değerlendirmeye, kamulaştırma kavramının AIHS 1.No'lu Ek protokolünün 1/1.maddesine göre daha geniş bir anlama sahip olduğu yorumu çoğu yazarlar tarafından desteklenmektedir. Yazarlar bunu yaparken farklı gerekçelere dayanmaktadırlar.

Higgings ve *van den Broek'a* göre sözleşmede düzenlenen kamulaştırma kavramı uluslararası hukuka uygun olması gerekmektedir. Nitekim 1/1.maddede uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mülkiyet hakkının sınırlanabileceği düzenlenmektedir. Bu sebeple ilgili düzenlemeyi mülkiyet hakkının sadece hukuken kaybı olarak anlamamak

²⁸ Sarı, s. 82

²⁹ Sarı, s. 127.

³⁰ <http://www.egmr.org/EGMR-1989-90.html>



gerekir. Mülkiyet hakkının kullanılmasına esaslı şekilde etkileyen her türlü müdahale 1.No’lu Ek protokolün 1/1.maddeye göre hukuk ihlali olarak değerlendirilmelidir³¹.

Dolzer’e göre sözleşmede yer alan “mülkiyet hakkından mahrum bırakmak” hem mülkiyet hakkının hukuken yitirilmesini ve hem de malik pozisyonunu fiilen sona erdiren bir sınırlamayı ifade etmektedir³². *Frowein*, malikin idarenin düzenlemeleri neticesinde her ne kadar hala bu sıfatını koruyor olsa dahi, içi boşaltılmış bir hakkın sahibi (“nudum ius”) olarak görülmekteyse artık “mülkiyet hakkına riayetten” bahsedilemez değerlendirmesini yapmaktadır. *Frowein* mülkiyete müdahale eden devlet düzenlemelerine karşı AİHS’den doğan kapsamlı bir korumanın varlığına dikkat çekmiştir. Kamulaştırmamız el atma fiili 1.Nolu Ek protokolünün 1/2. maddesinin kapsamının haricinde tutulması halinde üye devletlerin mülkiyete hukuken müdahalede bulunmaksızın, kullanımı sınırlayan, maliklerin mülkiyet haklarını kullanımlarını fiilen ortadan kaldıracak şekilde idari kararlar alabilmelerinin yolunun açılması tehlikesi bulunmaktadır. Hem bu durum, sözleşmede yer alan hakların her yerde ve etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlama hedefine uygun düşmeyecektir. Kamulaştırmamız el atmaların Sözleşmenin 1.Nolu Ek protokolünün 1/2 . maddesinin kapsamına alınmasıyla birlikte Sözleşmede korunan mülkiyet hakkının etkin korunması sağlanacaktır³³.

Diğer taraftan öğretide usulüne uygun kamulaştırma ile, kamulaştırmamız el atmalar arasında ayırım yapılmamasına ilişkin eleştiriler yapılmaktadır. *Fromont* Sözleşmenin 1.Nolu Ek protokolünün 1/2. maddesinin sadece kamulaştırmalarda uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Kamulaştırmamız el atmaların bu kapsamda değerlendirilmesi kamulaştırma ile kullanıma ilişkin düzenlemelerin arasındaki farkın ortaya çıkartılması problemini ortaya çıkartacaktır. Üye devletler mülkiyete el attığında bunun finansal kaynağını nazara alarak hareket edecektir. Ancak kullanım hakkına ilişkin getirilen sınırlamalarda, mülkiyet hakkına yönelik yüklerin ölçüsü her zaman tam tahmin edilememektedir. Bu sebeple kamulaştırmamız el atmaları, kamulaştırmalarla aynı kriterlere bağlamak orantısız olacaktır³⁴.

Gelinsky, *Fromonts*’ın argümanlarının ikna edici bulmamaktadır. Malikin yetkilerini fiilen ortadan kaldırmak idarenin hedefi değilse, neden bu yükü malikin çekmesi gerektiğine dair

³¹ Higgins, R., The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law, in: RdC, 1983, 345; van den Broek, P., The Protection of Property Rights under the European Convention on Human Rights, in: LIEI, 1986, 72 vd.

³² Dolzer, R, Eigentum, Enteignung und Entscheidung im geltenden Völkerrecht, 1985 Berlin, s. 202.

³³ Frowein, J.A. Eigentumschutz im Europarecht, in: Festschrift für Kutscher, 1981, s.194 d.

³⁴ Fromont’un görüşleri için bkz. Gelinsky s.59.



herhangi bir sebep görülmemektedir. İdare tarafından hedeflenmiş olsun ya da olmasın, mülkiyet hakkının ihlali tehlikesi ortaya çıktığında Sözleşmenin koruyucu mekanizmasının devreye girmesi gerekir. Sözleşmede sadece normal kamulaştırmanın düzenlendiğinin kabul edilmesi sözleşmenin etkin hukuk koruması sağlaması için uyum olmayacaktır. Bunun yanında mülkiyet hakkının kullanılmasını sınırlayan idari tedbirlerin de nazara alınması gerekmektedir³⁵. Ek protokolün 1/1. maddesinin dar yorumu, mülkiyet hakkının içini boşaltacaktır. İdarenin kamulaştırmaya ilişkin hukuki düzenlemeleri dolanarak mülkiyet hakkını ihlal etmesine karşı, malikin etkin bir şekilde korunamayacağı korkusu taşınmaktadır. Bu sebeple kamulaştırmamız el atmaları da Ek protokolün 1/1. maddesinin kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

Buraya kadar ele alınan olaylarda sözleşmenin organları kamulaştırmamız el atma için ağır şartlar ortaya koymaktadır. Kamulaştırmamız el atma, ancak, idarenin mülkiyetin kullanımına ilişkin düzenlemeleriyle malikin gayrimenkul üzerinde maksada uygun bir şekilde mülkiyet hakkını kullanamaz duruma gelmesi ve bu düzenlemeler sebebiyle gayrimenkulün bütünüün değerinin ağır kayıplara uğraması halinde kabul edilmektedir. İdari düzenlemelerin mevcut kullanım şeklini durdurmuş olmasına rağmen gayrimenkulden başka şekillerde faydalanılabiliyorsa bu eylem yada işlem- kamulaştırmamız el atma tespiti yapmaya yetmemektedir. İdari düzenlemeler gayrimenkulün değerini ciddi bir şekilde etkilemiş (“seriously affected”) ya da esaslı bir surette değer kaybına (“substantially reduced”) uğratmış olsa dahi, eğer malik ilgili maldan hala başka türlü faydalanabiliyorsa, sözleşmenin organları kamulaştırmamız el atma halinin varlığını kabul etmemektedirler³⁶. Somut olayda malikin kullanım hakkı idari düzenleme öncesinde de belirsiz ise, idari düzenlemeler sebebiyle artık malik maldan anlamlı bir şekilde faydalanamıyorsa dahi bu idari düzenleme kamulaştırmamız el atma olarak değerlendirilemez.

³⁵ Gelinsky, s. 59.

³⁶ Gelinsky, s. 67.



Kaynakça

1. *Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar ve Ana Vilfan*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, in: www.yargitay.gov.tr/.../kitaplar/AIHS_KapsamindaMulkiyetHakki.
2. *Dolzer, R.*, Eigentum, Enteignung und Entscheidung im geltenden Völkerrecht, 1985 Berlin, s. 202.
3. *Frowein, J.A.* Eigentumsschutz im Europarecht, in: Festschrift für Kutscher, 1981, s.194 d.
4. *Higgins, R.*, The Taking of Property by the Staete: Recent Developments in International Law, in: RdC, 1983, 345.
5. *Katja Gelinsky*, Der Schutz des Eigentums gemaess Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europaeischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1996, s. 60.
6. *Özge Yücel*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Kamulaştırmaz El Atma. in: http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1281.htm
7. *Sarı, H. Gürbüz*, Malvarlığı Haklarının Korunması, İstanbul 2010, s. 81.
8. *van den Broek, P.*, The Protection of Property Rights under the European Convention on Human Rights, in: LIEI, 1986, 72 vd.

İnternet Siteleri

- http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_KapsamindaMulkiyetHakki.pdf
- <http://www.eugrz.info/PDF/EGMR4/EGMR04-25.pdf>
- http://www.neue-justiz.nomos.de/fileadmin/neue-justiz/doc/NJ_04_04.pdf#page=31
- <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/d0cd2c2c444d8d94c12567c2002de990/3255021c2dcb48f2c1256ed600347a6a?OpenDocument> (08.08.2012)
- <http://www.javier-leon-diaz.com/property/Fredin%20case1.pdf><http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/8df4da34bc220916c1256640004c1b92?OpenDocument>
- <http://www.javier-leon-diaz.com/property/Fredin%20case1.pdf>
- <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/9ecbe8ee f431ae9441256dcf005672a8?OpenDocument>
- <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/c4a943a53ef323c5c125663b0037f05c/a9b71cdf e0898b19c1256640004c2132?OpenDocument>
- http://www.menschenrechte.ac.at/docs/00_3/00_3_07
- <http://www.egmr.org/EGMR-1989-90.html>
- www.yargitay.gov.tr/.../kitaplar/AIHS_KapsamindaMulkiyetHakki