

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi

*Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz¹
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Mülkiyet hakkı, anayasalarda ve ulusüstü insan hakları hukukunda (UIHH) çok sayıda belgede kendine bir insan hakkı olarak yer bulmuştur. Anayasaları bir kenara bırakırsak, örneğin Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB) Madde 17, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Ame. İHS) Madde 21 ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (AİHHŞ) Madde 14 mülkiyet hakkına yer veren insan hakları belgeleri arasındadır.² Bunların yanı sıra, Türkiye'nin tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin³ (bundan böyle AİHS veya Sözleşme) 1 No'lu Protokolünde (bundan böyle P1-)

- 1 * Bu makalede geliştirilmeye çalışılan model ve bunun üzerinden AYM kararlarına yönelik eleştiriler, H. Burak Gemalmaz'ın *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yay., İstanbul, 2009 kitabındaki görüşlere dayanmaktadır.
- 2 Anılan belgeler hakkında bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yay., İstanbul, 2009, sf: 3-6.
- 3 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. Türkiye AİHS'i 04/11/1950 tarihinde imzalamıştır ve Protokol No.1 ile birlikte, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun"u çıkartarak onaylamıştır, (RG, 19/03/1954, s.8662). Aynı Resmi Gazetede, Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi ve orijinal metni yayımlanmıştır. Sözleşmenin onay belgesi 18/05/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. AİHS'in serbest Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri*, . Cilt I – Bölgesel Sistemler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf: 5-27.

mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. 1982 Türk Anayasasının 35. maddesi⁴ de mülkiyet hakkına yer vermektedir.

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin (AYM) bireysel başvuru usulü çerçevesinde yapılan başvurularda mülkiyet hakkına ilişkin olarak verdiği kararların hakkın uygulanabilirliği meselesi kapsamında uluslararası hukuka açıklık/kapalılık açısından eleştirel değerlendirilmesi yapılacaktır. Bununla kastedilen, mülkiyet hakkının mevcudiyeti veya mülkiyet hakkına yönelik meşru beklentinin kaynağı olarak ulusal hukukun dışında veya ona ek olarak uluslararası hukuka dayanılmasıdır.

I. Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliğinde ve Malvarlığı Değerinin İspatında Uluslararası Hukuka Açıklık

Mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla AİHM önüne gelen davalarda çözümü gereken ilk sorun, ortada başvuru tarafından talep edilebilir bir malvarlığı değeri olup olmadığıdır. Bilindiği üzere, P1-1 ve Anayasa md. 35'de yer alan mülkiyet hakkından yararlanabilmek için, talep edilen değer/nesnenin/ alacağın uyuşmazlık tarihinde başvuru/malikin malvarlığında bulunması veya bulunacağı yönünde meşru bir beklenti olmasıdır. Bu meşru beklenti ulusal hukukta kanun veya yerleşik içtihat gibi yeterli bir hukuki temele dayanmalıdır. Aksi halde “*zaman duvarı*” engeli nedeniyle mülkiyet hakkı koruması hiç devreye girmeyecek, başvuru konu bakımından (*ratione materiae*) kabuledilemez⁵ bulunacaktır.⁶

4 1982 Anayasasında mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendiren ve özellikle bireysel başvurularda rol oynayan başta kamulaştırmaya ilişkin md. 46 olmak üzere çok sayıda başka düzenleme de bulunmaktadır.

5 Bu çalışmada, daha önceki çalışmalarımızda olduğu gibi, “admissibility” karşılığı olarak kullanılan “kabuledilebilirlik” kelimesi ve türevleri (mesela “inadmissible”- “kabuledilemez” gibi) teknik hukuki terim niteliğinde olduğundan birleşik şekilde yazılmaktadır. “Kabuledilebilirlik” kelimesinin “kabul edilebilirlik” şeklinde ayrı yazılması, Türkçede çok sık kullanılan “kabul edilir” fiiliyle karışma tehlikesi içermektedir. Kaldı ki böyle bir karışma tehlikesi olmasaydı bile, yabancı teknik terimler Türkçeleştirilirken aynı derecede teknik ve ayırt edici şekilde Türkçeye aktarılmalıdır.

“Admissibility” teriminin Türkçeye “kabuledilebilirlik” şeklinde aktarılmasındaki olası hata ve sorunlar ise artık tartışmaya değmeyecek kadük bir meseledir (Bu konuda bkz. Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikayeti*, XII Levha, İstanbul, Haziran 2013, sf:485 ve orada gösterilen eser). Terim ister birleşik ister ayrı yazılsın, Türk hukuk doktrinin çoğunluğunca benimsenmiş ve literatüre de yerleşmiştir. Bunun yanı sıra Türk hukuk mevzuatında da “kabul edilebilirlik” şeklinde yer verilmiştir (30/03/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun; 12/07/2012 tarihli Resmi Gazetede (S.28351) yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü).

6 Zaman duvarı kavramı ve içtihatları içeren ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf: 137-170.

Buna kısaca mülkiyet hakkının uygulanabilirliği sorunu denilmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkının sunduğu koruma kapsamından yararlanabilmek için öncelikle ulusal hukuka göre bir malvarlığı değerine sahip olmak gereklidir. AİHM'in bu belirlemesi P1-1 metni düzleminde otantik dillerde iyelik bildiren "his" (İngilizce) ve "ses" (Fransızca) kelimelerine dayanmaktadır. AYM de önüne gelen bireysel başvurularda bu hususu AİHM kararlarına atıfla net olarak teyit etmiştir.⁷

Durum böyle olmakla birlikte hakkın mevcudiyetinin ya da meşru beklentinin kaynağı açısından ulusal hukuk paradigmasından kurtulmak mümkündür. Kısaca ifade edilirse, hakkın kaynağı olarak uluslararası veya ulusüstü hukuk referans alınabilir. Buna göre, malvarlığına ilişkin bir talep ulusal hukuka dayanarak temellendirilememesine rağmen veya ulusal hukuk uyarınca uyuşmazlık konusu değer başvurucunun malvarlığında olmamasına rağmen, eğer uluslararası/ulusüstü hukuk bu konuda yeterli temeli sağlıyorsa, P1-1'de (ve dolayısıyla AY md. 35'de) düzenlenen mülkiyet hakkı somut uyuşmazlıkta uygulanabilir. Bu tip hallerde başvurucunun malvarlığına ilişkin talebinin ulusal hukuktaki pozisyonu önem arz etmeyecektir.

A. Bireysel ve Talep Edilebilir Hak İhdası Koşulu ve Ulusal Hukukta Kendiliğinden Uygulanabilirlik

Mülkiyet hakkının mevcudiyetinin ya da meşru beklentinin kaynağı olmak açısından uluslararası hukuk bağlamında çok taraflı andlaşmalar ilk akla gelen kaynaklar arasındadır. Bir uluslararası andlaşmanın mülkiyet hakkının kaynağı olarak görülebilmesi hak sahipleri/mağdurlar için bireysel ve talep edilebilir bir hak ihdas edip etmediğine bağlıdır. Eğer andlaşma hükümleri, o andlaşmaya taraf devletler için birbirlerine karşı

7 Yeler ve Çelebi Başvurusu, No. 2012/363, 15/04/2014, para.36; Tokay ve Diğerleri Başvurusu, No. 2013/1122, 26/6/2014, para.36. Ayrıca bkz. Selami Er, "Bireysel Başvuru İncelemesinde Mülkiyet Hakkı", Haşim Kılıç'a Armağan, Cilt II, ed. Ali Rıza Çoban vd, Ankara, 2015, sf:1427-1882, özellikle 1444.

Aslında bu noktada Anayasa md. 35'de yer alan mülkiyet hakkı düzenlemesinin P1-1'den farklı okunabileceği, yani mülkiyet hakkında yararlanmak için müdahale tarihinde başvurucuda bir malvarlığı değeri olmasının zorunlu olmadığı ve hatta mülkiyet edinme hakkının dahi söz konusu madde çerçevesinde korunabileceği ileri sürülebilir ve AYM'nin AİHM içtihadını sorgusuz şekilde benimsemesi eleştirilebilir. Ancak bu mesele ayrı bir çalışma konusudur.

yükümlülük doğuruyorsa, kişilere bireysel hak verdiğinden söz edilemez.⁸ Yine andlaşmanın ulusal hukukta kendiliğinden/doğrudan uygulanabilirlik niteliğine sahip olup olmaması da önem taşımaktadır. Eğer andlaşma ulusal hukukta kendiliğinden uygulanabilir nitelikte değilse, bu halde de başvurulara bir alacak hakkı tanıdığından bahsedilemez.⁹ Bu ölçütlerin somut uyuşmazlıkta gündemde olan uluslararası andlaşma bakımından karşılanıp karşılanmadığının tespiti ise ilgili belgenin hükümlerinin tek tek AİHM (veya AYM) tarafından incelenmesiyle belirlenmektedir. Bu noktada, ilgili andlaşma hükümlerinin cümle kurgusu, kullanılan yüklem niteliği de yapılacak değerlendirmede önemli rol oynayacaktır.¹⁰

Bu bağlamda Strasbourg organları önünde gündeme gelen ilk somut uluslararası andlaşma 1899-1907 tarihli Lahey Karada Savaş Hukuku ve Adetleri Sözleşmesi ve Ekleri (Hague Convention on the Laws and Customs of War)'dir. Anılan uluslararası sözleşme uyarınca düşman devletin yaptığı el koymaların hukuka aykırı olduğu iddiasına dayanan başvurularda AİHK ve AİHM konuyu açıkça sonuçlamaktan kaçınmış ve yukarıdaki ilkeler çerçevesinde başvuruları kabuledilemez bulmuştur.¹¹

8 *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, özellikle 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.

9 *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-bir önceki dipnotuna da bkz.).

10 H. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf: 159 vd.

11 *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; *Jüngling and others v. Germany*, App. No. 22353/93, Admissibility Decision of 18 October 1995.

Jüngling and others v. Germany, App. No. 22353/93, Admissibility Decision of 18 October 1995'den yapılacak aşağıdaki uzun alıntı Strasbourg organlarının Lahey Savaş Hukuku ve Teamülü Sözleşmesi'ne bakışını ortaya koymaktadır: "Having also regard to the Hague Convention on the laws and customs of war, the Commission found in its decision of 4 October 1977:

The property right claimed by the applicants has not been susceptible of effective exercise for more than thirty years, following the confiscation announced by the Polish authorities. Moreover the extent to which the Hague Convention was binding on the Polish Government before 1970 either directly or by virtue of general international law is doubtful. Equally

1899-1907 tarihli Lahey Karada Savaş Hukuku ve Adetleri Sözleşmesi ve Ekleri (Hague Convention on the Laws and Customs of War), İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman ordusu tarafından zorla alıkonulan ve çalıştırılan İtalyan mahpus ve savaş esirlerinin tazminat taleplerini temellendirmek amacıyla da gündeme gelmiştir. Başvurucu eski savaş esirleri ve murisleri, ulusal hukukun yanı sıra, 25 Eylül 1926 tarihli Köleliğin Kaldırılması Sözleşmesinin ilgili 5. maddesine ve 27 Temmuz 1927 tarihli Savaş Esirleri Sözleşmesinin ilgili maddelerine (md. 2, 10, 11, 29 ve 32) de dayanmışlardır. AİHM ayrıntılı analiz yapmadan anılan uluslararası sözleşmelerin mağdurlara bireysel ve talep edilebilir tazminat hakkı vermediği yönünde değerlendirme yapmış ve başvuruları konu bakımından kabuledilemez ilan etmiştir. AİHM bu noktada başvuruçuların anılan uluslararası sözleşme hükümleri kapsamındaki taleplerini herhangi bir içtihatla destekleyemediklerini de özellikle belirtmiştir.¹²

Savaş hukuku, insancıl hukuk ve köleliğe ilişkin çok taraflı uluslararası sözleşmeler dışında 3 taraflı sözleşmeler de mülkiyet hakkının uygulanabilirliğinin sağlanması amacıyla başvuruçular tarafından gündeme getirilmiştir. Örneğin *Kapas* davasında İngiliz vatandaşı başvuruçucu Kıbrıs'taki topraklarının Türkiye tarafından müdahale sonrası tazminatsız kamulaştırıldığı gerekçesiyle Birleşik Krallık'tan tazminat talep etmiştir. Başvurucu Birleşik Krallığın Türkiye'nin müdahalesinden ötürü tazminat sorumluluğu olduğu yönündeki talebine dayanak olarak 16 Ağustos 1960

doubtful is the question whether the rules set forth in that Convention, which govern the behaviour of belligerent states, can be invoked by individuals with reference to acts performed subsequent to the end of hostilities. Finally, doubt also surrounds the question whether an act allegedly performed in violation of the Hague Convention must be deemed null and void, or whether it merely obliges the state performing it to pay compensation where appropriate (Article 3 of the Hague Convention 1907).

Following the confiscation decision taken by the Polish authorities, the applicants may have placed some hope of recognition of the survival of the property rights in certain legal arguments including the one discussed above. The ratification of the Treaties of Moscow and Warsaw by the Federal Republic has admittedly made it harder to use this latter argument. In this regard, however, in as far as the effects of the ratification go, both before and after it, the existence of the applicants' property right was almost equally uncertain and the exercise of such right equally impossible."

- 12 *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). Bu başvurunun ulusal yargı aşamasında Alman Anayasa Mahkemesinin de anılan uluslararası sözleşmeleri metinde gösterdiğimiz şekilde incelediği ve mağdurlara bireysel ve talep edilebilir hak vermeyip taraf devletlerin birbirlerine karşı yükümlülük doğuran nitelikte olduğu değerlendirmesini yaptığı burada not edilmelidir.

tarihli ve Yunanistan, Türkiye ve Birleşik Krallık arasında akdedilen Garanti Andlaşmasını ve bunu müteakip İngiltere'nin yaptığı beyanı göstermiştir. İddiaları incelemeye Sözleşme'nin diplomatik koruma hakkını içermediği tespitiyle 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 başvuru lehine bir başka Devletin makamlarına karışma yetkisi vermediği sonucuna ulaşmış ve başvuruyu konu bakımından yetkisizlik temelinde kabuledilemez bulmuştur.¹³

Bir başka önemli uluslararası kaynak olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakları düzenleyen sözleşmeler akla gelebilir. Bilindiği üzere, özellikle ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin UİHH belgelerinde çok sayıda ekonomik içerikli ve bireylere hak tanıyan düzenlemeler yer almaktadır. Belki bu durumda, ilgili sosyal hak belgesinin düzenlediği ve fakat ulusal hukukta tanınmayan ekonomik içerikli hak zaman duvarının aşılmasını sağlayarak P1-1'in (ve dolayısıyla AY md. 35'in) aktive olmasında rol oynayabilir.¹⁴

Nitekim başvuruçunun vatandaşlık temelinde özürü ödencesinden yararlanamamasının P1-1 ile Madde 14'ü ihlal edip etmediğini¹⁵ değerlendirdiği *Koua Poirrez* davasında AİHM, AK Bakanlar Komitesinin (92) 6 no'lu Tavsiye Kararı ve **Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ)** Madde 12 çerçevesinde muhatap Devlet olan Fransa hakkında Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin değerlendirmelerine dayanarak, başvuruçunun P1-1 anlamında bir malvarlığı değerine sahip olduğuna karar vermiştir.¹⁶ Bir kez mülkiyet hakkının uygulanabilir olduğuna

13 *Kapas v. the United Kingdom*, App. No.12822/87, Admissibility Decision of 9 December 1987, DR. Vol. 54, sf:201-203, özellikle 203.

14 Elbette, sosyal hakları düzenleyen UİHH belgelerinin kaleme alınış formatı, klasik (birinci kuşak) hakların kaleme alınış biçiminden farklıdır. Sosyal hakların Devlete yüklediği yükümlülük genel olarak pozitif içeriklidir. Bu sebeple dava edilebilirliğe pek elverişli sayılmadıkları eskiden genel kabul gören bir düşüncedydi. 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 (bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf: 172).

15 Sosyal güvenlik pozisyonları ile mülkiyet hakkı ilişkisi için bkz. H. Burak Gemalmaz, "Kişilerin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Statülerinin Mülkiyet Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Korunması", *İş Dünyası ve Hukuk*, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No.:720, İstanbul, 2011, sf: 704-736, mülkiyet hakkının uygulanabilirliği özelinde özellikle sf: 708-713.

16 *Koua Poirrez v. France*, App. No. 40892/98, Judgment of 30 September 2003, paras.38-42, özellikle 39.

anılan belge ve denetim organı kararları çerçevesinde karar veren AİHM, nihayetinde mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁷

Bu dava bakımından önemli bir diğer husus da şu ki, başvuru Fransız mevzuatının AB hukukuna aykırı olduğundan hareketle AB Adalet Divanı bir dava açmıştı. AB Adalet Divanı ise, olayda AB hukukuna aykırılık görmemişti.¹⁸ AİHM'in 1961 tarihli AŞŞ Madde 12 hükmünü kullanarak somut vakada P1-1'in uygulanabilir olduğunu sonucuna varması aslında "bütüncül/bütünleştirilmiş insan hakları yaklaşımının" bir örneğidir. Bu karar ayrıca, iç hukukta mülkiyet hakkı kapsamında görülmeyen bir talep için uluslararası hukuka ve denetim organı kararlarına dayanılmasının bir başvurunun akıbetini bambaşka yerlere götürebileceğini göstermektedir.

Ulusalüstü hukuk bağlamında Avrupa Birliği (AB) örnek verilebilir. *Dangeville* davasında başvuru şirket AB hukukuna aykırı ve fakat ulusal hukuka uygun olarak ödediği katma değer vergisinin iadesini istemiştir. İsteği ulusal makamlarca reddedilen şirket, şikayeti Strasbourg'a taşır. AİHM, AB hukukunun doğrudan uygulanabilir olmasına vurgu yaparak başvuru alacak hakkının doğduğunu kabul etmiştir. AB hukukunun doğrudan uygulanabilirliği noktasında Mahkeme, ilgili Yönergelere ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına bakmıştır.¹⁹ AB hukukunda hareket eden *Dangeville* başvurusu mülkiyet hakkı ihlaliyle sonuçlanmıştır.

EEG-Slachthuis Verbist davasında ise başvuru 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 mevzuata binaen haksız olarak tahsil edilen paranın iadesini isteme hakkının P1-1 anlamında en azından meşru beklenti kavramı içerisinde mütalaa edilebileceği değerlendirmesini yapmıştır.²⁰

17 *Koua Poirrez v. France*, App. No. 40892/98, Judgment of 30 September 2003, paras. 47-50.

18 Bkz. ECJ, Case C-206/91, *Ettien Koua Poirrez v. Caisse d'allocations familiales*, 16 December 1992, [2000] ECR I-6685.

19 *S. A. Dangeville v. France*, App. No. 36677/97, Judgment of 16 April 2002, paras. 46, 48.

20 *EEG-Slachthuis Verbist v. Belgium*, App. No. 60559/00, Admissibility Decision of 10 November 2005. Ancak sonuçta *EEG-Slachthuis Verbist* kararında ihlal bulunmamıştır.

Bütün bu kararlardan hareketle genel bir belirleme olarak burada söylenebilecek olan, hem UIHH belgeleri (ikinci kuşak hakları düzenleyenler dahil) ile diğer uluslararası hukuk kaynaklarının hem de bu kaynaklara ilişkin içtihadı birikimin, mülkiyet hakkının mevcudiyetinin ya da meşru beklentinin kaynağı olmak açısından ulusal hukuk paradigmasını aşma işlevi gördükleridir. Bu noktada belirleyici olan ölçüt, ilgili uluslararası kaynağın bireylere talep edilebilir bir hak ihdas edip etmediğidir ve bu konuda ilgili uluslararası kaynağın denetim organının bir içtihadı olduğunda bu belirleme kolaylaşmaktadır.

B. AYM'nin Mülkiyet Hakkının Mevcudiyeti Sorununu İlgilendiren Bireysel Başvuru Kararlarında Uluslararası Hukuka Açıklık

Bilindiği üzere, AİHS'deki hakların metinsel düzlemde çok az açıklayıcılık içermesi nedeniyle somut bir kamu gücü işleminin bir temel hakkın kapsamına girip girmediği meselesi her durumda sadece madde metinlerine bakılarak çözülemeyebilir. Bir hakkın kapsamı ile tabi tutulacağı sınırlandırma rejiminin belirlenmesi ancak ve ancak AİHM içtihatlarının dikkate alınmasıyla mümkündür. O halde, AYM önündeki bireysel başvurunun asıl konusu sadece AİHS ve Protokollerindeki haklar değil, AİHS ve Protokollerindeki hakların AİHM tarafından uygulanması ve yorumlanmasıyla oluşan içerikleridir.²¹

Bu açıdan AYM önüne gelen bireysel başvurularda hakkın o somut uyuşmazlıkta uygulanabilirliğini tartışacak ve eğer hak uygulanabilir nitelikte ise ondan sonra bu hakka bir müdahale olup olmadığını ve bu müdahalenin AİHS ve Anayasa kuralları ile AİHM (ve hatta kendi özgün standartlarına) standartlarına uygun olup olmadığını inceleyecektir.

Bu durumda AYM'ye yapılacak bireysel başvuruların kabuledilebilirlikten esasa kadar bütün aşamalarında AİHM içtihatları hem yol gösterici hem de belirleyici olacaktır. Zaten bireysel başvuru usulü ile AİHM içtihatları arasında ayrılmaz bir ilişki olduğu içindir ki AYM bir "Araştırma ve İçtihat Birimi (Ar-İç)" kurmuştur. Gerçi bu birim ilke olarak AYM içi içtihatların takip ve tutarlılığından sorumlu olmakla birlikte, ister istemez AYM kararlarının AİHM içtihatlarıyla uyumlu olup olmadığını da

21 Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. Şirin, a.g.e., sf:429-439.

araştıracaktır. O kadar ki AYM İçtüzüğü Madde 26 (2) d, bu birimin sadece AİHM kararlarını değil diğer uluslararası yargı organlarının içtihatları ile diğer yüksek mahkemelerin içtihatlarını da takip edeceğini hükme bağlamıştır.²²

Nitekim AYM önüne gelen bireysel başvurularda istikrarlı olarak AİHM içtihatlarını takip etmektedir. Buna göre AYM'nin mülkiyet hakkına ilişkin başvurularda hakkın mevcudiyeti sorunu açısından AİHK ve AİHM'in geliştirdiği yaklaşımı takip etmesi meşru bir beklentidir. Dolayısıyla AYM, tıpkı AİHM'in yaptığı gibi, mülkiyet hakkının kaynağı olarak uluslararası hukuk belge ve içtihatlarını dikkate almalıdır.

Buna ek olarak, AİHS md. 53 metni ile AY md. 90 metni de AYM'nin mülkiyet hakkının kaynağı olarak uluslararası hukuku baz almasını destekleyecek hükümlerdir. AY md. 90 üzerinde önceden de çalışılmış iyi bilenen bir düzenlemedir²³; o nedenle burada AİHS md. 53'ün etkisi üzerinde durulacaktır.

AİHS'in 53. maddesine göre, AİHS bir taraf devletin yasaları ya da o taraf devletin tarafı olduğu herhangi bir başka anlaşma çerçevesinde güvence altına alınmış insan haklarını ve temel özgürlüklerini kısıtlar şeklinde yorumlanamaz. Buna göre, AİHS'e taraf bir devlet, AİHS'den daha fazla koruma sağlayan bir uluslararası sözleşmeye taraf ise ve iç hukuku AİHS'den daha çok koruma sağlıyorsa, o sözleşmenin veya ulusal düzenlemenin hükümlerine uymak zorundadır. Her ne kadar bu hüküm, taraf olunan ikinci sözleşmenin hükümlerine uygunluğun AİHM tarafından denetleneceği anlamına gelmemekteyse de²⁴, maddenin amacının insan haklarını en üst düzeyde korumak olmasından hareketle ikinci sözleşmenin veya ulusal düzenlemenin AİHS'e göre elverişli olan hükümlerine yollama yapmaya cevaz vermektedir.²⁵ Çünkü bu madde, AİHS ile diğer sözleşmenin (veya ulusal

22 AYM İçtüzüğü Madde 3 (1) a; Madde 26 (2) d.

23 Güncel örneklerden biri olarak bkz. Musa Sağlam, "Türk Anayasa Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Uluslararası Hukuka Açıklık", *Haşim Kılıç'a Armağan*, Cilt I, ed. Ali Rıza Çoban vd, Ankara, 2015, sf:1725-1752 ve orada gösterilen eserler ile kararlar.

24 Evert A. Alkema, "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 Vierdag*, Eds. Jan Klabbers-René Lefeber, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, sf: 41-56, 44.

25 Aynı yönde J. De Meyer, "Brèves réflexions a propos de l'Article 60 de CEDH", in F. Matscher H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, *Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, 125-129 (1988)'den aktaran Alkema, a.g.m., sf: 44.

düzenlemenin) iki çelişen ya da en azından alanları (scope) bakımından farklı olan hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir.²⁶ Hal böyle olunca AYM, eğer ulusal hukuk veya AİHS dışındaki uluslararası hukuk bir dayanak sağlıyorsa, AİHM içtihatlarını gerekçe/mazeret göstererek mülkiyet hakkının uygulanabilir olmadığını kabul edemez.

Anayasa ve AİHS’de yer alan kavramlar otonom niteliktedir. Bu, söz konusu kavramların ulusal hukuktaki ve ulusal hukuk disiplinlerindeki anlamlarından kısmen bağımsız oldukları anlamına gelmektedir. Mülkiyet kavramı da otonom nitelikte bir kavramdır.²⁷ Otonom kavramlar doktrini, mülkiyet hakkının mevcudiyetinin ya da meşru beklentinin kaynağı açısından ulusal hukukla bağımlı olmak zorunluluğunu bir ölçüde gidermektedir. Bu açıdan bakıldığında, mülkiyet hakkının kaynağı olarak uluslararası hukukun ve içtihatların referans alınması mümkün olmaktadır. Otonom kavramlar doktrininin AY’deki kavramlar için de geçerli olduğunun kabulünde bir engel bulunmadığı gibi AYM’nin AİHM’i takip ettiği göz önünde bulundurulduğunda bir zorunluluk olarak belirmektedir.

Son olarak, AİHS P1-1 metninin doğrudan uluslararası hukuka yaptığı yollamanın işlevine değinmek gerekir. Zira P1-1/1 cümle 2 uyarınca mülkiyetten yoksun bırakma, diğer koşulların yanı sıra ancak “uluslararası hukukun genel ilkelerine” uygun olursa meşru ve hukuken geçerli addedilir. Ancak lafızdan görüldüğü gibi bu kloz, hakkın sınırlanması (mülkiyetten yoksun bırakma) aşamasında işlevseldir ve dolayısıyla mülkiyet hakkının uygulanabilirliği aşamasında bir rol oynamayabilecektir. Zaten söz konusu kloz AİHM içtihatlarına göre sadece yabancılar bakımından uygulanmaktadır.²⁸

II. AYM Kararlarının Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirisi

AYM ise bu çerçeveye ilişkin bir tartışma veya değerlendirme yapmaksızın mülkiyet hakkının uygulanabilirliği noktasında kendisini sadece iç/ulusal hukukla sınırlamış gözükmektedir. Oysa Ekim 2015 itibariyle hükme

26 Bu konuda ayrıntılı bilgi, içtihatlar ve referanslar için bkz. H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, Legal Yay., İstanbul, 2005, sf: 72.

27 AİHS açısından otonom kavramlar doktrinin eleştirel değerlendirilmesi için bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf: 124-135.

28 AİHM’in bu yaklaşımının tarihi boyutu ve eleştirisi için bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf: 34-36, 532-535 ve orada gösterilen eserler.

bağlanan en az iki bireysel başvuru, mülkiyet hakkının uygulanabilirliği açısından uluslararası hukuku devreye sokmaya müsait gözükmektedir. Aşağıda bu iki kararın bu noktadan eleştirel analizi yapılmaktadır.

A. Türk-Yunan Mübadele Sözleşmesi ve AYM'nin *Vurucuoğlu* (No. 2013/539, 16/05/2013) Kararının Eleştirisi²⁹

Mülkiyet hakkının uygulanabilirliği açısından uluslararası hukuku devreye sokmaya uygun içerikli ilk başvuru *Vurucuoğlu* kararında başvuru Lozan Antlaşmasına ek olarak Türkiye ile Yunanistan arasında imzalanan Mübadele Sözleşmesi uyarınca miras bırakanına Devlet tarafından verilmesi gerektiğini iddia ettiği taşınmaz ve paranın verilmemesinin mülkiyet hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Ancak AYM bu iddiayı kabul etmemiş ve “Lozan Antlaşması ve Mübadele Sözleşmesi’nde, mübadele sonucu Türkiye’ye gelenlere ev ve iskan verileceği belirtilmiş olup, iskan hakkı verilmesiyle mülkiyetin kazanılacağı belirtilmemiştir” şeklinde bir değerlendirme yaparak konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.³⁰

29 Makalenin bu kısmındaki görüşler İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 04/01/2013 tarihli görevlendirilmesi üzerine hazırlanan 10/01/2013 tarihli hukuki mütalaaya dayanmaktadır.

30 AYM kararında aynen şu ifadeleri kullanmıştır (*Vurucuoğlu Başvurusu*, No.2013/539): “33. (...) Anılan iddialar Ankara 8. İdare Mahkemesince değerlendirilmiş; başvurunun murisine pek çok kez alacaklarını alma imkanı tanındığı halde bu haklarını kullanmadığı, son olarak mülga 4796 sayılı Kanunla mübadillere verilen malların kesin tasfiyeye tabi tutulmasının sağlandığı, bu süreçte başvurunun murisinin alacaklarını alma haklarını kullanmadığı ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinde belirtilen 10 yıllık sürenin geçtiği, bu nedenle Yunanistan’da bırakılan malvarlığı değerinin ödenmesinin mümkün olmadığı, diğer taraftan, başvurunun murisinin, iskan haklarından feragat ederek Safranbolu’dan ayrıldığı ve Adapazarı’na taşındığı, mülga 675 sayılı Kanun’da belirtilen 5 yıl oturma şartını da gerçekleştirmediği gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir.

34. 17/2/1926 tarih ve 743 sayılı mülga Türk Medeni Kanunu incelendiğinde, tapu kaydı bulunmayan taşınmazlar üzerinde iskân hakkı verilmesi taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için yeterli değildir. Bunun dışında belli sürelerde taşınmaz üzerinde zilyetlik şartı da aranacaktır (mülga 743 sayılı Kanun m.638 ve 639). Başvuru veya murisi tarafından mülkiyetin kazanılması için aranan bu şart gerçekleştirilmediği gibi, başvurunun murisi iskân hakkından feragat ederek iskân verilen yerden ayrılmıştır. Ankara 8. İdare Mahkemesince verilen kararın gerekçesi, mülga 675 sayılı Kanun’un birinci maddesi, başvurunun murisinin Safranbolu ilçesindeki iskân haklarından feragat ettiğine dair dilekçesi ile değişik tarihlerde çıkarılan kanunlara rağmen taşınmazı alma hakkının kullanılmadığı dikkate alındığında, başvurunun iddia ettiği hakkın mevcut olmadığı ortaya çıkmaktadır. Lozan Antlaşması ve Mübadele Sözleşmesi’nde, mübadele sonucu Türkiye’ye gelenlere ev ve iskan verileceği belirtilmiş olup, iskan hakkı verilmesiyle mülkiyetin kazanılacağı belirtilmemiştir.

35. Başvuru tarafından tazminat talebiyle Ankara 8. İdare Mahkemesine açılan davada verilen, başvurunun iddia ettiği hakkın mevcut olmadığından davanın reddine ilişkin hükmü de bir tespit hükmü olup, başvurunun iddia ettiği hakkın mevcut olduğunu göstermemektedir.

36. Belirtilen hususlar çerçevesinde başvurunun dedesine Safranbolu ilçesinde verilen iskân hakkı, başvurunun taşınmazın mülkiyetini kazanmasını sağlamadığı ve başvuru lehine Anayasa’nın

AYM'nin bu kararı muhakeme metodolojisi açısından sorunlu gözükmektedir. Zira yukarıda AİHM içtihatlarıyla gösterildiği üzere, bir uluslararası andlaşmanın mülkiyet hakkını kaynağı olup olmadığını anlamak için mağdurlara bireysel ve talep edilebilir bir hak ihdas edip etmediğine bakılmalıdır. Oysa AYM bu incelemeyi yapmamış, Mübadele Sözleşmesinin hiçbir hükmünü açıkça incelemeyi genel bir kabulle başvuruçunun iddiasını reddetmiştir. Üstelik bunu yaparken Mübadele Sözleşmesinde *"mülkiyet hakkının kazanılacağı belirtilmemiştir"* şeklinde bir kurgu kullanmıştır. Bilindiği üzere, ister ulusal nitelikte olsun ister uluslararası/ulusalüstü olsun, P1-1 ve dolayısıyla AY md. 35'de yer alan mülkiyet hakkının koruma kapsamından yararlanmak için söz konusu değer teknik olarak mülkiyet niteliğinde olmasına gerek yoktur. Önemli olan, P1-1 ve AY md. 35'i aktivite edecek bir malvarlığı değeridir. AYM kararında bu hususu da atlamış gözükmektedir.

Nitekim Mübadele Sözleşmesine³¹ yakından baktığımızda mübadiller için öngörülen hakların ve bu hakları yerine getirmek üzere Devletlerin yükümlülüklerinin açık şekilde kaleme alındığı anlaşılmaktadır. Zaten Mübadele Sözleşmesi çok sayıda kanunla ulusal hukuka aktarılmıştır. Örneğin Mübadele Sözleşmenin 5. maddesi açıkça, *"...işbu Sözleşme uyarınca yapılacak mübadele yüzünden, Türkiye'deki Rumların ya da Yunanistan'daki Müslümanların mülkiyet haklarına ve alacaklarına hiçbir zarar verdirilmeyecektir"* hükmünü içermektedir.

Mübadele Sözleşmesinin 7. maddesi uyarınca, göçmenler varış ülkesinin vatandaşlığını anında kazanacaklardır. Hal böyle olunca, vatandaşlığa bağlı haklardan otomatik olarak yararlanmaları mümkün olacaktır. Bilindiği üzere, o dönemde yürürlükte olan 1924 Türk Anayasasında temel haklardan yararlanmak genellikle vatandaşlık koşuluna bağlıydı. Her halükarda göçmenler/mübadiller vatandaşlığı kazandıkları andan itibaren 1924 Türk Anayasasında yer alan mülkiyet hakkından da yararlanma ehliyetine sahip

35. maddesi kapsamına giren korunmaya değer bir menfaat doğurmadığı anlaşılmaktadır."

31 Mübadele Sözleşmesi Uluslararası Daimi Adalet Divanının bir danışma görüşünde konu olmuştur. Divan, zorunlu göçe tabi tutulan ailelerin haklarının tanınmış olmasına özel önem vermiştir (Permanent Court of International Justice, Exchange of Greek and Turkish Populations, Advisory Opinion, Serie B No. 10, 21 February 1925). Bu karar hakkında bilgi için bkz. Nihat Erim, "Milletlerarası Adalet Divanı ve Türkiye", AÜHFD, Cilt 1, S.1, 1944, sf:62-72; Ali Saçar, İnsan Hakları Hukuku'nda Danışma Görüşlerinin Yeri, İşlevi ve Etkililiği, XII Levha, İstanbul, 2015, sf: 49-50.

hale gelmişlerdir.³² Bu durumda Mübadele Sözleşmesinden doğan haklar ulusal hukukta anayasal düzleme aktarılmış olmaktadır.

Mübadele Sözleşmesinin 8. maddesi, göçmenlerin taşınır mallarını serbestçe yanlarında taşıyabileceği hükmünü amirdir. Bu maddenin dikkat çekici düzenlemelerinden bir diğeri, cemaatlerin de cemaate ait taşınır malları yanlarında götürebileceğidir.

Mübadele Sözleşmesi Madde 9 *“zorunlu mübadele uygulanacak bölgelerde bulunan ve mübadele uygulanmayacak bir bölgede yerleşmiş toplulukların din ya da hayır kurumlarına ait olan mallar da, aynı şartlar içinde, tasfiye edilecektir”* hükmünü içermektedir.

Mübadele Sözleşmesi, göçmenlerin mülkiyet ve alacak haklarının nasıl tespit edileceği hususunda da ayrıntılı hükümler içermektedir. Sözleşme’nin 10 ve 12. maddeleri Muhtelit Mübadele Komisyonu kurularak tasfiye sürecinin yapılacağını hükme bağlamıştır.³³ Muhtelit Mübadele Komisyonun kararlarının kesin hüküm niteliğinde olduğu da ayrıca vurgulanmalıdır.³⁴ Mübadele Sözleşmesinin 13. maddesinde bu Komisyonun hak sahibinin hakkını gösteren bir belge vereceği düzenlenmiştir. Nitekim doktrinde Fikri Gürzumar

“Mübadele Sözleşmesi hükümleri gereği ülkemize gelen Mübadillere ve iskan kanunları hükümlerine göre muhacir vesaireye tefviz edilmiş olan gayrimenkul mallara taalluk eden tefviz ve muvakkat tasarruf belgeleri üzerine bunlar adına her zaman tescilin yapılması mümkündür. Bu gibi belgelerin, esasen dosyaları ve bunlar hakkında verilmiş olan tefviz kararları, İskan Dairelerinde mevcut olan dosya ve defterlerinde asılları mahfuzdur. Bu suretle elde kalmış olup da tescil edilmemiş olanlar varsa bunlara istinaden talep üzerine müstehikleri adına tescilleri

32 1924 Anayasasının 70. Maddesinde diğer hakların yanı sıra “temellük ve tasarruf” haklarına yer verildiği gibi 74. Maddesinde ise hiç kimsenin eşyasının istimval ve istimlak edilemeyeceği düzenlenmiştir.

33 Muhtelit Mübadele Komisyonları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Çelebi, “Mübadillerin Yunanistan’daki Mal Kayıtları ve Muhtelit Mübadele Komisyonu Tasfiye Talepnameleri”, ÇTTAD, V/12, (2006/Bahar), sf: 35–46.

34 İlginç bir not olarak ekleyelim ki Muhtelit Mübadele Komisyonun hukuki niteliği Uluslararası Daimi Adalet Divanının danışma görüşlerinden birine konu olmuştur (Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of December 1st, 1926, Advisory Opinion of 28 August 1928, Series B.-No.16). Bu karar hakkında bilgi için bkz. Nihat Erim, “Milletlerarası Adalet Divanı ve Türkiye – Muhtelit Mübadele Komisyonunun Yetkisi Hakkında”, AÜHFD, Cilt 8, S.3, 1951, sf: 44-59; Saçar, a.g.e., sf: 50.

yapılacaktır. Bu sebeple bunlar ispat vesikası değil, tescile mesnet olan bir müsbit evrak mahiyetindedir.”

ifadesini kullanmaktadır.³⁵

Birebir örnek olmasa da AİHM’in Yunanistan’a karşı *Yağcılar (Yagtzılar ve diğerleri)* başvurusundaki yaklaşımı AYM’nin *Vurucuoğlu* kararıyla benzer öğeler içermektedir. Bu başvuruda başvuruçuların dedelerine ait arazilerine Lozan Antlaşmasının eki olarak akdedilen Mübadele Sözleşmesince kurulan Yunan Muhtelit Mübadele Komisyonu tarafından bir tazminat ödenmeksizin el konulmuştur. Sonrasında Yunan Hükümeti resmi kamulaştırma işlemini yine tazminat ödemeksizin gerçekleştirmiştir.

Akabinde başvuruçuların dedelerinin haklarını aramaları çıkartılan kanuni düzenlemelerle ya çok zorlaştırılmış ya da tamamen engellenmiştir. Başvuruçular kamulaştırma işleminin yapıldığı 1933’ten 1997 yılına kadar onlarca yargısal süreçten geçmişler ve nihayetinde tatminkar bir tazminat elde edememişlerdir. Muhatap Yunanistan el koyma ve kamulaştırma işleminin AİHS’nin yürürlüğe girişinden önce yapıldığından hareketle zaman bakımından yetki itirazında bulunmuşsa da AİHM kamulaştırmanın anlık bir müdahale olmasına rağmen tazminat ödenmemesinin süregiden bir durum teşkil ettiğini dikkate alarak bu itirazı reddetmiştir.

AİHM tazminat verilmeden kamulaştırmayı yapılmasının başvuruçular üzerinde katlanılması ağır bir külfet yarattığını ve dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlali teşkil ettiğini hükme bağlamıştır. Çok uzun yıllar süren ve nihayetinde başvuruçular bir tazminat almaksızın sona eren idari ve yargısal süreçler mülkiyet hakkını ihlal etmekte ve orantısız bir müdahale teşkil etmektedir. AİHM özellikle, kanuni zamanaşımı/hak düşümü sürelerinin, 70 yıllık süreç sonunda başvuruçuların haklarını almalarını engellemesinin kabul edilemeyeceğini açıkça hükme bağlamıştır.³⁶ Hatırlanacağı üzere AYM’nin *Vurucuoğlu* kararındaki kabuledilemezlik gerekçelerinden birisi, o zaman yürürlükte olan 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinde belirtilen 10 yıllık sürenin geçmiş olmasıdır.

35 Fikri Gürzümar, *Tapu ve Kadastro Külliyyatı, Muamele ve İzahatı, Birinci Kitap, Cilt I*, Ankara, 1953, sf: 150.

36 *Yagtzılar and others v. Greece*, App. No. 41727/98, Admissibility Decision of 29 June 2000; Judgment of 6 December 2001.

AYM kararında AİHM'in *Yagtzılar ve diğerleri* kararına herhangi bir atıf bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere, Mübadele Sözleşmesi'nin mülkiyet hakkının kaynağı olabileceği savı, göz ardı edilmemesi gereken ve ayrıntılı tartışılarak reddedilebilecek bir iddiadır. AYM elbette Mübadele Sözleşmesi'ni mülkiyet hakkı kaynağı olarak görmeyebilir veya öyle görmesine rağmen somut olayda yine de başka gerekçelerle ihlal bulmayabilirdi. Ancak bunu, yukarıda çizilen metodolojik çerçevede yapması gerekirdi.

Üstelik bu noktada AYM kendi içtihatlarıyla da çelişkiye düşmüştür. Hatırlanacağı üzere AYM konu bakımından kabul edilemezlik gerekçesinde "*iskan hakkının*" mülkiyet hakkı niteliğinde olmadığı saptamasını yapmıştır. Oysa AYM bir iptal davasında, İskan Kanunu'na dayanarak alınan iskan kararıyla belirlenen "*iskan hakkı sahipliğinin*" "*alacak hakkı*" niteliğinde olup mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Dahası AYM, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan bir hak (iskan hakkı) üzerinde mirasçılara başvuru hakkının engellenmesinin miras hakkının özünü zedelediğini ve dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğuna hükmetmiştir.³⁷

Sonuç olarak bir yandan iskan hakkının da mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu söyleyip diğer yandan en azından iskan hakkı tanıdığı kesin olan (bizzat AYM *Vurucuoğlu* kararında bu hususu teslim ediyor) uluslararası andlaşmanın mülkiyet hakkı doğurmadığını söylemek kendi içinde önemli bir tutarsızlık olarak göze çarpmaktadır. Zaten AYM *Vurucuoğlu* kararında iskân hakkının mülkiyet hakkı kapsamında olduğuna dair kendi içtihadını zikretmiş de değildir.

Aslında AYM istediğinde pekala iptal davalarındaki mülkiyet hakkına ilişkin içtihadına bireysel başvuru kararlarında atıf yapmaktadır. *Vurucuoğlu* kararında iskan hakkının malvarlığı niteliğinde olduğu yönündeki içtihadına atıf yapmaması ilginç bir husus olarak dikkati çekmektedir.³⁸

37 E. 2006/142, K. 2008/148, T. 24.09.2008.

38 Ayrıca AYM'nin bu atfı yapmaması, yeni soruları/sorunları da beraberinde getirmektedir: iskân hakkı mülkiyet hakkı kapsamından artık zımnen de olsa çıkmış mıdır? Öyleyse, AYM'nin iptal kararının alt derece yargılama makamlarında doğurduğu hukuki neticeler ne olacaktır? AYM'nin iptalinden ötürü alt derece makamları önündeki yargısal süreçlerde hakları zarar gören veya aleyhlerine karar verilen üçüncü kişiler, *Vurucuoğlu* kararındaki iskân hakkının malvarlığı değeri niteliğinde olmadığına dair belirlemeyi kullanarak, örneğin yargılanmanın yenilenmesi vb. gibi hukuki müesseseleri kullanabilecekler midir?

Diğer yandan, *Vurucuoğlu* kararının yukarıda geliştirilmeye çalışılan modele destek olduğu şeklinde okunması da mümkündür. Zira AYM kararda yüzeysel ve hatalı da olsa Mübadele Sözleşmesini zikretmiş ve en azından bu sözleşmenin mülkiyet hakkı kaynağı olmadığı değerlendirilmesini yapmıştır. Buradan hareketle, AYM'nin mülkiyet hakkının kaynağı olarak gördüğü bir uluslararası hukuk belgesinin veya içtihadın hakkın uygulanabilirliğinin sağlanması aşamasında işlevsel olabileceği söylenebilir.

B. Fikri Mülkiyet Haklarının Ticari Boyutları Hakkında Anlaşma (TRIPs) ve AYM'nin *Arnoldus Theodorus Bernardus Maria Nales* (No. 2013/1211, 10/03/2015) Kararının Eleştirisi

Mülkiyet hakkının uygulanabilirliği açısından uluslararası hukuku devreye sokmaya uygun içerikli ikinci başvuru olarak *Arnoldus Theodorus Bernardus Maria Nales* gösterilebilir. Bu davada başvuru ana hatlarıyla patent ve marka hakkına yapılan tecavüzün mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Bu kapsamda başvuru AY md. 90/V uyarınca uluslararası sözleşmelerin somut uyuşmazlıkta dikkate alınmadığını ve bu nedenle patentinin hükümsüzlüğüne karar verildiğinden şikayet ederek patentlerin koruma süresinin 20 yıl olarak tespit edilmesini AYM'den talep etmiştir. Başvuru bu iddialarını kısaca TRIPs olarak bilinen Fikri Mülkiyet Haklarının Ticari Boyutları Hakkında Anlaşmaya (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*)³⁹ ve 551 sayılı KHK'nın Milletlerarası Anlaşmaların Öncelikle Uygulanması kenar başlıklı 4. maddesine dayandırmaktadır.

Görüldüğü üzere, AYM'nin *Vurucuoğlu* kararında kullandığı "Lozan Antlaşması ve Mübadele Sözleşmesi"nde, mübadele sonucu Türkiye'ye gelenlere ev ve iskân verileceği belirtilmiş olup, iskân hakkı verilmesiyle mülkiyetin kazanılacağı belirtilmemiştir" cümlesi anayasal mülkiyet hakkı rejiminde vahim dalgalanmalar yaratmaktadır. Bu nedenle AYM'nin karar verirken hem kendi içtihatlarını hem de AİHM içtihatlarını somut uyuşmazlığa yetkin şekilde sindirmesi ve eklemlemesi gerekmektedir. Ancak bu yolla anayasal mülkiyet hakkı rejimi bağlamında tutarlı bir tablo oluşturmak mümkün hale gelebilir.

39 Türkçe resmi çeviride (RG, 25/02/1995, s.22213-mük.) bu Anlaşma, "Ticarette 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 (bkz. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, sf: 323 ve dn.1037).

AYM ise anılan TRIPs ve 551 sayılı KHK'yı kararının ilgili mevzuat kısmında zikretmesine rağmen, meseleyi mülkiyet hakkı içinde incelememiş ve sadece adil yargılanma hakkı açısından ele almıştır. AYM'ye göre, *"anılan ihlal iddiaları yargılama sürecinin ve yargılama sonucunda verilen kararın adil olup olmadığına ilişkin olduğundan, adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında değerlendirilmiştir."* AYM bir kez esas meseleyi adil yargılanma kapsamına atınca, iddiaların kanun yolu şikayeti niteliğinde olması gerekçesine sığınarak başvurunun bu kısmı hakkında kabuledilemezlik kararı vermesi zor olmamıştır.

AYM'nin bu nitelemesi ve yaklaşımı, hemen her benzer örnekte olduğu gibi gerekçesizdir⁴⁰ ve kanımızca her halükarda yanlıştır. İlk yanlışlık, AYM'nin tıpkı *Vurucuoğlu* kararında olduğu gibi öncelikle kendi içtihatlarıyla çalışmasıdır. Zira fikri mülkiyet ve fikri haklar, anayasal mülkiyet hakkı kapsamında zaten korunmaktadır. Gerçi AYM'nin fikri mülkiyeti anayasal mülkiyet hakkı kapsamında görmesi sorunsuz olmamıştır.

Mahkeme eski tarihli bir kararında patentlerin anayasal mülkiyet hakkından yararlanamayacağına karar vermişti. 1961 Anayasası döneminde verilen bu kararda oldukça ayrıntılı tartışmalar yapan AYM, maddenin hazırlık çalışmaları ve metnine dayanarak patentin ve giderek bütün bir fikri ürünler ile bütün mamelekin 1961 Anayasasının mülkiyet hakkını düzenleyen 36. maddesi kapsamına girmediğine karar vermiştir.⁴¹ AYM teorik açıdan Alman-Türk 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."*⁴²

40 AYM'in bu yaklaşımının eleştirisi için bkz. Osman Doğru, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvurularda Nitelendirme Yetkisi", *Haşım Kılıç'a Armağan*, Cilt I, ed. Ali Rıza Çoban vd, Ankara, 2015, sf: 479.

41 Somut norm denetimi yoluyla AYM önüne giden davada Alman Anayasa Hukukuna ve P1-1'e dayanan davacıların oldukça kuvvetli argümanlar ileri sürdüğü görülmektedir.

42 AYM'nin bu yaklaşımı da kanımızca artık kadüktür. Artık modern anayasa yargısında bir AY düzenlemesinin yorumunda başka ülke anayasaları ve bunlara ilişkin içtihatlar da dikkate alınmaktadır.

İncelediğimiz kararında AYM uluslararası andlaşmaların etkisini de ele almış ve P1-1 ile Evrensel İnsan Hakları Bildirisini (EİHB) özellikle değerlendirmiştir. 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.⁴³

Ancak 2008 yılı başında AYM bu içtihadından dönmüştür ve marka hakkının ve hatta bütün fikri hakların 1982 AY Madde 35 anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini kabul etmiştir. 2008 yılı başındaki karar insan hakları hukukuna uygundur.⁴⁴ Bununla birlikte AYM'nin hemen hemen hiç tartışma yapmadığını belirtmek gerekir.⁴⁵

43 Bkz. Esas No: 1967/10, Karar No: 1967/49, Karar tarihi: 28.12.1967, Resmi Gazete tarih/sayı: 30.1.1969/13114). Bu kararın, esasına katılmamakla birlikte, bir AYM kararı olması sorusuna çok iyi bir örnek teşkil ettiğini düşünüyorum. Ayrıca karara oldukça yerinde bir muhalefet şerhi eklenmiştir. Muhalliflere göre Anayasa normunun eşya hukukuyla özdeşleştirilmesi doğru değildir ve 1961 AY Madde 36 fikri hakları korumaktadır. Anayasa maddeleri EİHB'nin 17. maddesi gibi konuya ilişkin insan hakları belgeleri ışığında daha geniş yorumlanmalıdır. 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. İnsan Keçecioğlu-Feyzullah Uslu-Fazlı Öztan- İ. Hakkı Ketenoglu, İnsan Ecemiş ve Recai Seçkin'in Muhalefet Şerhi, para. 5 (paragraf numaralarında bir karışıklık bulunmaktadır). Bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf: 316-317 ve dn.1022.

44 İnsan hakları hukukunda fikri mülkiyet ve mülkiyet hakkı ilişkisi üzerine ayrıntılı değerlendirme içi bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf: 286-347.

45 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. AYM iptal davalarında benzer yaklaşımı halen sürdürmektedir.

Üstelik AYM önünde davayı açan anamuhalefet partisi mülkiyet hakkını gündeme getirmemişti. AYM'nin 2949 sayılı Kuruluş Kanunu Madde 29'a istinaden *re'sen* mülkiyet hakkı açısından meseleyi incelemesi, burada eleştirdiğimiz *Nales* bireysel başvurusunda tam tersini yaptığı göz önünde bulundurulduğunda ironiktir.

O halde, daha 1967 yılında bir fikri mülkiyet uyuşmazlığında uluslararası belgelerin etkisini mülkiyet hakkı bağlamında tartışabilen AYM'nin, neredeyse 50 yıl sonra bu tartışmadan kaçması, kendi içtihatlarını yok sayması eleştiriye açıktır, büyük bir geriye gidiştir.

Ayrıca AİHK ve AİHM'in çok sayıda kararında marka, patent vb. fikri ürünlerin mülkiyet hakkı kapsamına girdiği benimsendiği gibi bu noktada fikri mülkiyete ilişkin uluslararası andlaşmaların da belirleyici rol oynayacağı kabul edilmiştir. Hatta ünlü "*Budweiser*" biralarının üreticisi ABD'li bir şirketin yaptığı başvuruda AİHM, fikri mülkiyet ve markayla ilgili birçok uluslararası belgeyi (20 Mart 1883 tarihli "*Paris Sözleşmesi*", 1891 tarihli *Madrid Anlaşması* ve bunun 1989 tarihli Protokolü, 31 Ekim 1958 tarihli "*Lizbon Anlaşması*" ve 1994 tarihli *TRIPs*) zikretmiştir. AİHM'e göre, marka tescil başvurusunun bir dizi mali hak ve çıkar oluşturduğu şüpheden uzaktır.⁴⁶

Anheuser Busch INC kararı, fikri mülkiyete ilişkin uluslararası andlaşmaların mülkiyet hakkının kaynağı olarak işlevsel olabileceğini açıkça göstermektedir. Nitekim *TRIPs*, somut uyuşmazlığa uygulanacak açık bir hüküm içermekte ve patentlerin koruma süresinin 20 yıl olduğunu benimsemektedir. *TRIPs*'in gerçek ve tüzel kişiler için doğrudan ve kendiliğinden uygulanabilir haklar doğurduğu ve buna karşılık olarak bu hakları yerine getirmek üzere Devletlerinin yükümlülüklerinin açıkça belirlendiği sözleşme metni okunduğunda rahatlıkla görülmektedir.⁴⁷ En azından burada incelenen *Nales* başvurusunda uyuşmazlık konusu patent koruma süresine ilişkin hüküm, AYM'nin kararına da geçirdiği gibi, net şekilde kaleme alınmıştır. AY md. 90/V uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmaların kanun hükmünde olduğu (ki yine AYM kararına bu hükmü de geçirmiştir) ve 551 sayılı KHK'nın fikri mülkiyet alanında uluslararası

46 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, GC Judgment of 11 January 2007, paras.74-78. Ayrıca bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf: 330-333.

47 *TRIPs*'in özellikleri için bkz. Ali Paşlı, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, sf: 73-79.

andlaşma hükümlerinin hak sahibi açısından daha elverişli olduğu hallerde öncelikle uygulanacağına ilişkin hükmü de (AYM kararında bu hükme de yer vermiştir) dikkate alındığında **TRIPs**'in mülkiyet hakkının kaynağı olduğu veya en azından hak sahibine meşru beklenti sağladığı anlaşılmaktadır. **TRIPs**, AYM'nin bir talebin meşru beklenti kategorisine girmesi için aradığı yeterli hukuki temel koşulunu fazlasıyla karşılamaktadır.

Nitekim Türk hukuk doktrinde **TRIPs**'in ve benzeri uluslararası fikri mülkiyet andlaşmalarının bu etkisi spesifik bir çalışmada vurgulanmıştır. Bu görüş uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu **TRIPs**, iç hukukta gerekli uyumlaştırma yapılmamış olsa dahi, hem AY md. 90 uyarınca kanun hükmü haline geldiğinden hem de bir temel hakka (mülkiyet hakkı) ilişkin olmasından ötürü AY md.90/V ve 551 sayılı KHK md. 4 mucibince Türk hukukunda doğrudan uygulanma yeteneğine sahiptir.⁴⁸

Bütün bu açıklamalar, AYM'nin hem kendi içtihadından hiçbir açıklama olmadan saptığını hem de yukarıdaki içtihat ve değerlendirmeleri yok saydığını göstermektedir. *Nales* başvurusunda AYM ne konuya ilişkin kendi kararlarına ne AİHM kararlarına ne de ulusal yargı kararlarına yer vermiştir. Bu açıdan bakıldığında ilgili ulusal ve uluslararası mevzuatı kararında zikretmesi de anlamsız olmaktadır. Belli ki AYM patent koruma süresi meselesinin esası hakkında bir karar vermeye çekinmiş ve meseleyi tamamen hatalı şekilde adil yargılanma hakkına indirgemıştır. Bunda başvurunun iki özel hukuk kişisi arasındaki bir uyuşmazlıktan kaynaklanması da rol oynamış olabilir.⁴⁹

Oysa AİHM'in özel hukuk kişileri arasındaki fikri mülkiyet uyuşmazlıklarında **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkının sağladığı korumanın uygulanabilir olduğuna karar verdiği bilinmektedir. AİHM'e göre önemli olan, uyuşmazlık iki özel hukuk kişisi arasında bile olsa, AİHS'deki bir hakkın etkilenmesi ve devletin bundan ötürü sorumluluğudur.⁵⁰ Özellikle

48 Bu görüş için bkz. Paslı, a.g.e., sf:174, ayrıca bkz. sf: 464-682.

49 AYM özellikle iki özel hukuk kişisi arasındaki ticari uyuşmazlıklarda bu yönde bir eğilim göstermekte ve başvurunun mülkiyet hakkı ihlali iddialarını adil yargılanma hakkına indirgemektedir. Örneğin bkz. *HSH Nordbank AG Başvurusu*, No. 2013/6924, 18/06/2014, para.34.

50 *Irina Aleksandrovna Vorsina and Natalya Aleksandrovna Vogralik v. Russia*, App. No.66801/01, Admissibility Decision of 5 February 2004, para.2 (The Law). Ayrıca bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf: 334 vd.

pozitif yükümlülükler doktrini mucibince, fikri mülkiyet ve/veya ticaret hukukundan kaynaklanan iki özel hukuk kişisi arasındaki uyuşmazlıklarda sık sık muhatap Devletin sorumluluğu doğabilmekte ve P1-1 yatay ilişkilerde uygulanma alanı bulabilmektedir.⁵¹

Doğrudan Patent Enstitüsünün ve yargı kararlarının hukuki tercihiyle patent koruma süresinin başvurunun iddiası hilafına 15 yıl olarak belirlenmesinin mülkiyet hakkına aykırı olduğunun ileri sürüldüğü bir başvuruda, uyuşmazlığın sırf iki özel hukuk kişisi arasında kaldığı değerlendirmesi yapılamaz. Kaldı ki AYM zaten böyle bir değerlendirme yapmamış, tamamen gerekçesiz olarak başvuruyu adil yargılanma hakkına indirgemiş ve sonra da derece yargılamasında bariz bir takdir hatası olmadığı gerekçesine sığınarak başvuruyu kabuledilemez ilan etmiştir. AYM'nin kararının bu aşamasında dahi gerçek bir gerekçe yazmayıp standart genel ifadelerle yetindiği, gerekçe kısmının sadece bir paragraftan ibaret olduğu, geriye kalan kısımların başvurunun iddialarının tekrarı ve olayların özeti niteliğinde olduğunu da not etmek gerekir.

Tıpkı *Vurucuoğlu* kararı için söylendiği üzere, *Nales* kararı özelinde de AYM'ye yönelttiğimiz eleştiri metodolojiktir. AYM yukarıdaki modele göre bir değerlendirme yaptıktan sonra TRIPs'in veya bir başka fikri mülkiyet sözleşmesinin başvurunun olayına uygulanabilir bir malvarlığı değeri sağlamadığı veya sağlasa bile çeşitli sebeplerle hakkın ihlal edilmediği sonucuna varabilirdi. Ancak bunu ayrıntılı ve ikna edici şekilde hukuki argümanlar getirerek mülkiyet hakkı üzerinden yapmalıydı.

III. Sonuç

Yukarıda yapılan değerlendirmeler, AYM'nin *Vurucuoğlu* ve *Nales* kararlarında mülkiyet hakkının kaynağı bakımından ulusal hukuk paradigmasının aşılmasına yönelik olarak önemli iki fırsatı kaçırdığını göstermektedir. Mülkiyet hakkının uygulanabilirliğini sağlamak üzere içtihatlar dahil uluslararası/ulusalüstü hukuka dayanmak mümkün iken anılan iki başvuruda bu tartışmayı yapmadan bu hususun göz ardı edilmesinin metodolojik açıdan yerinde olduğu söylenemez.

51 Mülkiyet hakkı özelinde pozitif yükümlülükler ve yatay uygulama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf: 417-443, özellikle 430-432.

Aslında AYM'nin bu konuda tamamen kapalı bir tutum izlediğini de eklemek gerekir. *Vurucuoğlu* kararında Mübadele Sözleşmesi yüzeysel de olsa değerlendirilmiştir. Dolayısıyla AYM'nin mülkiyet hakkının kaynağı olarak göreceği bir uluslararası/ulusalüstü hukuk kaynağı, mülkiyet hakkının uygulanabilirliğini sağlayabilecektir.

Bu konudaki uluslararası/ulusalüstü hukuk ifadesini de çok geniş anlamak gerekir. Öncelikle mülkiyet hakkına yer veren insan hakları belgeleri akla gelmektedir. Bilindiği üzere, özellikle ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin UIHH belgelerinde çok sayıda ekonomik içerikli ve bireylere hak tanıyan düzenlemeler yer almaktadır. 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.

Yine bazı UIHH belgelerinin mülkiyet edinme hakkına yer verdiği de gözden kaçırılmamalıdır. EİHB'nin yoruma açık düzenlemesini bir yana bırakacak olsak bile, bazı belgeler açıkça mülkiyetten yoksun kişinin mülkiyet edinme hakkı olduğunu hükme bağlamıştır. Örneğin 1951 tarihli **Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmenin** çeşitli hükümleri, **Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmenin** çeşitli hükümleri, **Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi** Madde 5 ile **Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (KKAOKS)** Madde 16/1-h hükmü bu bağlamda hatırlatılabilir.⁵²

Doğrudan insan haklarını düzenleyen belgeler dışında, vergi andlaşmaları, fikri mülkiyet alanındaki sözleşme ve andlaşmalar, uluslararası yatırım hukukundaki iki ve çok taraflı anlaşmalar, AIHM kabul etmemekle birlikte savaş hukuku ve insancıl hukuk sözleşmeleri gibi her türlü alandan kaynaklar burada rol oynayacaktır.

Bu noktada uluslararası yatırım hukukunun olası rolü biraz daha vurgulanabilir. 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

52 Bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf: 173-174.

büyük ölçüde özdeştir.⁵³ Bu durumda, ulusal hukukta mülkiyet olarak kabul görmeyen bazı değerlerin uluslararası yatırım hukukuna göre yatırım kavramı kapsamında görülmesi halinde zaman duvarı aşıl原因 olarak P1-1'in aktive olması sağlanabilir. Uluslararası yatırım hukukunda yatırımı belirleyen iki taraflı anlaşmalar, bir uluslararası andlaşmanın mülkiyet hakkının kaynağı sayılabilmesi koşulu olarak aranan bireysel ve talep edilebilir bir hak ihdas etme ölçütünü karşılayabilir.

Bir uluslararası belgenin mülkiyet hakkının kaynağı addedilmesinin ölçütü Türkiye'nin taraf olduğu ve dolayısıyla yükümlölük altına girdiğı bir kaynak niteliğinde olması ve bireylere doğrudan hak tanıyan hükümler içermesidir.⁵⁴ Her bir tekil hak veya düzenleme özelinde bu ölçüt tek tek incelenerek bir sonuca varılmalıdır. Bu aşamada, eğer varsa, ilgili uluslararası belgeyi uygulamak ve yorumlamakla görevli denetim organlarının kararları/ içtihatları göz önünde bulundurulmalıdır.

53 Ayrıntılı bilgi içi bkz. H. Burak Gemalmaz, "Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları", *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı*, Ed.: Emre Esen, Ahmet Akcan, Aralık 2013, sf: 66-70.

54 Hatta Türkiye'nin tarafı olmadığı uluslararası hukuk kaynakları bile göz ardı edilmemelidir. Mülkiyet hakkına ilişkin olmamakla birlikte bkz. ve krş. *Demir and Baykara v. Turkey*, App. No. 34503/97, GC Judgment of 12 November 2008.