

MÜLKİYET HAKLARININ ANAYASAL KORUNMASI: AMERİKA VE AVRUPA¹

Dr. Roger PILON*

Çeviren: Ulvi ALTINIŞIK**

I. AMERİKÂN ANAYASAL MEŞRUIYET TEORİSİ

İki yıl önce 2004-2005 sonlarında Amerikan Yüksek mahkemesi Kelov City of New London, Connecticut⁴ davasında mülkiyet hakkıyla ilgili bir karar verdi ki son yıllarda Amerikan kamuoyunun hafızasında böyle bir karar bulunmamaktadır. Mahkeme, Suzette Kelo ve komşularının mütevazı evlerinin mülkiyetlerinin şehir yönetimi tarafından alınarak özel sektör müteahhitlerine modern evler ve ticaret merkezleri inşa etmelerine izin veren, böylece şehrin imkânlarını geliştirecek ve vergi tabanını artıracak bir planı onayladı. Amerikalılar aniden küçük evlerin ve işyerlerinin güvende olmadıklarını fark ettiler. Zira şehir yönetimi tazminat karşılığı bile olsa, bir fayda ihdas ederek (kamu menfaati) birine ait mülkiyeti alarak başka birine verebileceklerine kamu görevlileri düşünebilirler. Cato Enstitüsü ve Adalet Enstitüsü'ndeki arkadaşlar konuyu Yüksek Mahkemeye kadar takip etmişler, müteakip yıllarda toplumda bir çılgılık yükselmiştir.⁵ Daha sonra eyaletlerde mülkiyet hakkının korunmasına yönelik çeşitli önlemler alınmaya başlanmıştır. 40 tan fazla eyalette daha iyi korumaya yönelik tedbirler alınmıştır. Bunlardan bazıları yol alma

147

¹ Bu sunum ilk olarak 23-25 Ağustos 2006 tarihinde Belçika Leuven Katolik Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen "Mülkiyet ve İnsan Hakları" başlıklı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Avrupa Birliği Adalet Divanı hâkimlerinin katıldığı uluslar arası bir toplantıda yapılmıştır. Daha sonra 13 Haziran 2007 tarihinde İsviçre'nin Zürih kentinde Progress Foundation tarafından düzenlenen 24. Ekonomik Konferansında da sunulmuştur. Sunuma Progress Foundation'ın İnternet sitesinden erişilebilir: www.progressfoundation.ch/konferenzen.asp?lang=en.

* B. Kenneth Simon Anayasa Çalışmaları Kürsüsü Hukuk İşlerinden Sorumlu Başkan Yardımcısı ve Ayrıca Cato Enstitüsü Anayasa Çalışmaları Merkezi Müdürü, Washington DC. ABD.

** Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi

⁴ 125 S. Ct. 2655 (2005).

⁵ Enstitü'nün adalet çabaları'nın detayları için bkz <http://www.castlecoalition.org/>.

aşamasında, bazıları da ezici çoğunlukla kabul edilmiştir.⁶ Hükümet gücünün bu alandaki tecrübesini yapan yüksek mahkeme kararının sonuçları problemin tam kalbine etki etmemiştir. Sorunu ortaya koyabilmek için Avrupa'dan farklı olan Amerikan anayasal sisteminde sorunun yerini tayin etmek oldukça önemlidir. Sorunun arka planında ahlaki ve hukuksal ilkeler yer almaktadır.

A. Bağımsızlığın İlanı

Başlanacak yer 1787 anayasanın ilanı değil, 11 yıl sonra Amerikanın kurucularına esin kaynağı olan ve konunun ahlaki, siyasi ve hukuki yönlerini ortaya koyan 1776'daki bağımsızlığın ilanıdır. Burada ilk olarak göze çarpan husus kökleri antikiteye kadar uzanan, 500 yıldır gelişerek özellikle İngiliz *common law* ında kendisini ifade eden, J. Locke'un Devlet'in ikinci sözleşmesinde gelişen, bugünkü Amerikan hükümetinin dayanağı olan ilkelerini ve mülkiyet ve sosyal sözleşme teorilerini ortaya çıkaran, kurucuların vizyonunu etkileyen doğal hukuk geleneğinin ektisinde bulunmaktayız.⁷ Siyasi bir rejim için pozitif hukuk önemlidir. Gereklidir. Fakat pozitif hukukun meşru olabilmesi için tamamen olmasa bile doğal hukuktan kaynaklanması gerekir. Bu pratik zorluklar nedeniyle özel birliklerden farklı olarak hükümetin zaruri şekilde güç sahibi bir birlik⁸ olduğu sonucuna varırız. Bu güç sahibi birlik bizi özel sektörde başkalarının haklarını ihlal etmeden, ahlaki perspektiften, olabildiğince çok şey yapmaya ve zor kullanmanın kaçınılmaz olduğu kamu sektöründe olabildiğince az şey yapmaya teşvik eder.⁹

Thomas Jefferson Deklarasyonda:

“İnsanların eşit olarak yaratıldıklarını ve devredilemez haklara sahip olduklarını, bu haklardan hayat, özgürlük ve mutluluğu devam ettirme hakkı olduğu gerçeğinin aşikâr olduğunu kabul ediyoruz. Bu hakları garanti

⁶ Bkz Roger Pilon, *Stopping the Government's Property Grab*, Los Angeles Times, 30 Ekim 2006, www.cato.org/pub_display.php?pub_id=6745.

⁷ Genel olarak bkz Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law* (1955); John Locke, *The Second Treatise of Government*, Two Treatises of Government (Peter Laslett ed., revised ed. 1965).

⁸ George Washington'un dediği gibi “ Devlet sebep değildir, hitabet değildir, zorlamadı (güç), George Washington' a izafeten bkz. Frank J. Wilstach, *A Dictionary of Similies* 526 (2d ed. 1924).

⁹ Bu konuları tamamen tartıştığım eser için bkz. Roger Pilon, *Individual Rights, Democracy, and Constitutional Order: On the Foundations of Legitimacy*, 11 Cato J. 373 (1992).

altına alabilmek için insanlar arasında yönetilenlerin iradesine dayanan hükümetler (devletler) oluşmuştur.”¹⁰

Burada göze çarpan husus, ünlü Jefferson doğal durum teorisi geleneğini takip etmiştir. Önce ahlaki düzeni daha sonra siyasi ve hukuki düzenin çerçevesini çizmiştir. Bu yüzden siyasi ve hukuki meşruiyet ahlaki meşruiyetin fonksiyonlarıdır. Ahlaki meşruiyet çok açık gerçeklere dayanır, ne dini inanışlara ne de isteklere, gerekçesi olan gerçeklere dayanır. Bu yüzden deklarasyonun teolojiye baş eğmesi çok alt seviyededir; Argüman büyük gelenek olan ahlaki rasyonalizme dayanır veya en azından Plato'nun Euthyphro'sundan kaynaklanır. Asıl önerme ahlaki eşitlik bir çeşit cimrilik gibidir. Sadece yaşam, özgürlük ve mutluluğu devam ettirme haklarıyla sınırlı olarak bir eşitlik söz konusudur. Ahlaki nosyonlar, değerler ve erdemlerden farklı olarak haklar, onlara ilişkin ödevlerle beraber kolayca kanunlara çevrilebilirler.

Mutluluğu devam ettirme hakkı özel bir dikkat çekmektedir: klasik liberal görüşün objektif haklar ve sübjektif değerler arasında ayırıcı bir orta nokta teşkil eder. Her birimiz mutluluğumuzu kendi sübjektif değerlerimize göre sürdürürüz. Haklar teorisi değer seçimlerinden bahsetmez: daha ziyade hepimizin objektif olarak herkesin hakkına saygı duymak şartıyla sübjektif değerler sahibi olma hakkımızdan bahseder. Ahlaki değerler yoktur veya olsa bile onları bilemeyiz diyen septizmin aksine hak teorisi, hakların sınırlı alanında gerçekliği aramaktadır. Ahlaki doğruların fazla olduğunu ve hayatın tümü veya çoğunun kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade eden dogmatizmin aksine haklar teorisi insanların kendi durumlarını yaşam boyunca belirlemelerini kendilerine bırakmıştır. Ne bizi ahlaki temellerden yoksun bırakan septizm ne de özgürlükten mahrum eden dogmatizm çekici birer görüştür. Deklarasyonun açıkça yaptığı gibi haklar ve değerler ayrımı yaparak, başkalarının haklarını ihlal etmemek şartıyla var olma ve yanlış yapma özgürlüğünü de içeren, çekici olmayan ahlakilik ve özgürlük alternatifleri arasında ilkeli bir yol bulunur.¹¹ Ahlak felsefesi açısından Kurucular benim genel adıyla mülkiyet¹²

¹⁰ U.S. Declaration of Independence para. 2 (U.S. 1776). Bu konulara ilişkin tartışmalarım için bkz. Roger Pilon, *The Purpose and Limits of Government, in Limiting Leviathan* ch. 2 (Donald P. Raftery and Richard E. Wagner eds., 1999); *yeni baskısı için* Cato's Letter No. 13, Cato Institute.

¹¹ Örneğin bkz. H.L.A. Hart, *Are There Any Natural Rights?*, 64 Phil. Rev. 175 (1955).

¹² Locke, *supra* note 7, para. 123.

diye tanımladığım ve Locke'un hayatlar, özgürlükler ve mallar şeklinde ifade ettiği, tüm haklarımızın faydalı bir şekilde mülkiyete indirgenebileceğini, anlamışlardı. Böylece meşru ve meşru olmayan hak taleplerini birbirinden daha iyi ayırt edebiliriz: bizim sadece serbest olarak elimizde tuttuğumuz açık şeylere, tapusu olan şeylere ve izin verilen şeylere hakkımız vardır. Common law'a yabancı olanlarında olduğu gibi malımız olarak tanımlanan özgürlük hakkımız vardır ve böylece alma ve başkasının ihlaline karşı korunmuştur. Fakat aynı zamanda özgürlük gönüllü ortaklarla işbirliği yapma hakkı anlamına da gelir ki bu yüzden mülkiyet dışında ikinci büyük hakların kaynağı sözleşmedir. Bunlar, ferman ve kanundan ziyade gerekçe ve içtihada dayalı olarak hâkimlerin kişiler arasındaki ihtilafları çözdüğü İngiliz *Common Law*'ını tanımlayan iki anahtar kavramdı.¹³ Bu iki mülkiyet ve sözleşme haklarından yararlanıp onları uygulayarak bireyler sivil toplum veya medeniyet dediğimiz şeyi kurabilirler.

Fakat doğal şartlarda hayatla uyumsuzluklar vardır. Özellikle çok açık olarak Locke, haklarımızın kullanılması ve güvence altına alınmasında doğal çözümün devlet olduğunu iddia etmektedir. Öyle ki Jefferson daha önce yeni taslağını çizdiği ahlaki düzen kavramından devletin nasıl yükselebileceğini (içinden çıkmak) göstermek için ikinci endişesine döner. Burada ifade edilmiş olmamasına rağmen kişisel özgürlükten meşru hükümet çıkarma güclüğü nedeniyle bunun tek başına haklı olarak düşündüğü şeyin sınırlı hükümet olduğudur. Bahsedilen hükümetin tek amacı bu hakları güvence altına almaktır; hükümetin (devlet) adil güçleri yönetilenlerin iradelerinden doğmalıdır. Bu nedenle hükümet (devlet) iki defa sınırlıdır; amacı ve araçları ile.

Deklarasyondan kaynaklanan vizyon önemli ölçüde özgürlükçüdür. Diğerlerinin eşit haklarına saygı göstermek ve devletin de bu hakları güvence altına almak üzere kurumsallaşması şartıyla her birimiz özgürlüklerini sürdürmek, hayat boyu kendi yolunu çizmek hakkına sahiptir. Onbir yıl sonra Amerikan vatanseverleri özgürlüğümüzü savaş alanında kazandıktan ve sınırlı demokrasinin değişik varyasyonlarını devletlerde tecrübe ettikten ve hatta sınırlı devleti konfederasyon hükümleri ile tecrübe ettikten sonra, deklarasyonu hazırlayanlar diğerleri ile bir araya gelip bu ulus için bir anayasa hazırlamak üzere toplandılar. Kendi kendini yönetme

¹³ Common law'ın şekillendirdiği hak nedeni nosyonu en esaslı iddiasını "daha üstün hukuk" olarak 14. yy.dan almıştır. Corvin, supra note 7, 26'da

(özerklik) ile ilgili daha tecrübeli olarak güvenliklerinin bile hala sağlanması gerektiği hallerde bile aynı kuralları beraberlerinde getirdiler ve bu yeni ilkelerle yeni bir anayasa hazırladılar.

B. Anayasa

Deklarasyon gibi anayasa da doğal durum teorisinden esinlenir. Giriş kısmı “biz birleşik devletler halkı bahsedilen amaçlarla; Amerika Birleşik Devletleri için bu anayasayı nasbedip kuruyoruz” Başka bir anlatımla delegeleri taslağı hazırlayıp metni onaylamaktalar. Amerikan halkı devleti kurup gerekli tüm yetkileri ona vermektedirler. Halkın haricinde ezeli egemenlik anlayışı bulunmamaktadır. Devlet bir kısım kanunlar veya deklarasyonlarla halkına haklarını vermez ya da bahşetmez. Bireyler devleti kurmaları hasebiyle haklarına doğal olarak zaten sahiptirler. Bu nedenle meşruiyet insanlardan ve onların siyasi hareketlerinden, iradelerinden kaynaklanır; halkın daha önce neler yaptıklarına ilişkin faaliyetten doğar. Bu yüzden anayasa pozitif hukuktur, doğal hukuk değil. Fakat doğal hukuktan yararlandığı ve onu yansıttığı ölçüde aynı zamanda daha bir üst hukuk normudur. Bu yüzden daha alt seviyede anayasanın meşruiyeti onu hazırlayanların bireylerin ilk önce sahip oldukları yetkiyi devlete devretmiş olduklarını doğru anlamış olup olmamalarına bağlıdır.

151

Burada tekrar belirlemek üzere Locke a geri döndük; Locke un bahsettiği doğal şartlarda başlıca devlet erki olarak yürütme erki, haklarımızı güvence altına alma erkidir. Başlangıçta devlete verdiğimiz en önemli erk budur; devleti kendi namımıza bu erki kullanmakla görevlendiririz. Birleşik devletler anayasasına yakından bakıldığında devletlere verilen yetkiler az çok doğrudan haklarımızı güvence altına almak içindir. Buna rağmen Konfederasyonun ilk zamanlarında polis gücü olarak adlandırılan bu güç yetersiz olarak nitelendirilmiştir. Bu anayasadaki erklerin pek çoğu pek çok sosyal Avrupa anayasasında bulunmayan yeniden dağıtılan erkler örneklerindendi. Savaşın aşırı devlet hatıraları Hazırlayıcılar’ın hafızalarında tazeydi. Kendi üzerlerine aşırı bir devlet yüklemek istemediler.

Burada tekrar Locke’a döndüğümüzü saptayalım. Doğal devlette devlet (hükümet) erki ilkesi Locke’un yürütme erki dediği haklarımızı garanti altına alan erklerdir (güç).¹⁴ Bu başlangıçta bizim kendi adımıza kullanılmasını için devlete verdiğimiz ve yarattığımız temel erklerdir. Birleşik devletler

¹⁴ Locke, *supra* note 7, para. 13.

anayasasına baktığımızda ulusal hükümete verilen yetkilerin az çok haklarımızın doğrudan güvence alınması ile ilgili olduğunu gösterecektir. (her ne kadar polisiye yetkiler denen ve yetkinin daha büyük bir kısmını oluşturan bu kısım devletlerde kalsa ve ulusal hükümete verilse de devlet erki başlangıçtaki Konfederasyon maddelerine göre yetersiz kabul edilmişse de). Çünkü anayasada bulunan haklar Avrupa anayasalarının çoğunda bulunan yeniden dağıtıcı güçleri bulamazsınız. Anayasa taslağını hazırlayanların kafasında kendilerini mağrur devletten kurtarma savaşının hatıraları tazeydi. Kendi üzerlerine mağrur devlet otoritesi ihdas etmeyeceklerdi.

Bu yüzden James Madison'un önündeki görev, anayasayı hazırlayan temel yazar, haklarımızı güvence altına alacak kadar güçlü ve devletten yapmasını istediğimiz başka işleri yapacak fakat mevcut hakları ihlal edecek kadar güçlü olmayan bir federal devlet sistemine yönelik bir anayasa hazırlamaktı. Bunu hepimizin haberdar olduğu kontroller ve dengeleyici sistemi olarak bilinen federal ve ülke hükümetleri arasında güçlerin paylaşımı sistemi ile yapmıştır: federal hükümetlerdeki üç erk arasındaki güçler ayrılığı fonksiyonel olarak tanımlanmış; iki meclisli ve her birim farklı yapılandırılmış; yasama üzerinde veto yetkisine sahip tek bir (üniter) yürütmeye dair hüküm; diğer iki branşın işlemlerini denetleyen ve daha sonra devletlerin anayasal uyumluluğunu gözeten bağımsız bir yargıya ilişkin hüküm; anayasa tarafından oluşturulan kurumların (görevler) doldurulmasına yönelik periyodik seçimler vb. Fakat mağrur devlet üzerindeki en temel kısıtlama sayılmış güçler (yetkiler) doktrindir ki basitçe şundan daha fazlası değildir: yetkiyi sınırlamak istersen ilk önce (ilk aşamada, hemen) yetkiyi verme. Bu doktrini daha 1. maddenin ilk cümlesinde görürüz: Madde I: "burada verilen bütün yasama yetkileri Kongrenin tasarrufu altındadır.." Tüm yasama yetkileri değil de burada verilen yasama yetkileri iması. Aslında başlıca yetkiler madde I/8 de bulunmaktadır ve sayısı 18'dir. Onuncu anayasa değişikliğine baktığımızda kurucu döneme ait belgeye dayalı delil olarak sıralanmış (sayılmış) yetkiler doktrininin açıkça ifade edildiğini görüyoruz: "Birleşik devletlere Anayasa tarafından verilmeyen yetkiler, devletlere anayasa tarafından yasaklanmayan yetkiler, sırasıyla devletlere ve insanlara aittir." Başka bir deyişle Anayasa, yetkisi devredilmiş, sayılmış ve yetkisi sınırlı bir devlet (hükümet) yaratmıştır.

Bugün çoğu Birleşik Devletler anayasasının gelişi güzel anlayışı, ilk önce Temel Haklar Bildirgesini, din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, vb'ni ko-

ruyan 10 anayasa değişikliğini düşünür. Fakat Temel Haklar Bildirgesi, daha sonra ortaya çıkan bir düşüncedir, ulusal devletin çok fazla yetkiye sahip olacağından korkan devletler tarafından yasayı onaylama şartı olarak öngörülerek 1971 de eklenmiştir. Aslında, 9. değişikliğin arkasındaki hikâyenin bunu açıklığa kavuşturduğu gibi ulusal hükümet üzerindeki temel sınırlama, sayılmış yetkiler doktrininden kaynaklanmaktadır. Anayasa Konvansiyonunun sonuna doğru bir Temel haklar sözleşmesi (Bill of Rights) taslağı hazırlandığında iki esasa dayalı itirazlar yükselmişti. İlki, böyle bir şeyin gereksiz olduğuydu. Anayasadaki federal yetkilerin sayılmış olması hükümetin taslaktaki hakları ihlal etmesini engelleyeceği ifade edilmiştir. İkinci olarak da, prensip olarak sonsuz sayıda hakka sahip olduğumuz için, hepsinin bir sözleşmede kapsanması çok zor olacaktır, tüm hakların içerilememesi sıradan hukuki gerekçelendirme ilkeleri ile aşılanacaktır ki bu da sadece belirtilen hakların korunacağını ima etmektedir. O itirazı kaldırmak için 9. değişiklik yazılmıştır: “Belli hakların anayasada sayılmış olması insanların sahip olduğu diğer hakların inkâr edilmesi veya hor görülmesi şeklinde yorumlanamaz.”

Bu yüzden 9 ve 10. değişiklikler Bağımsızlık Bildirgesinde ortaya konan liberal görüşün yeniden tekrarlanması olarak görülebilir: anayasada sayılmış ve sayılmamış haklara sahibiz; devlet sadece anayasada veya o sayma içerisinde açıkça kendine devredilen yetkilere sahiptir. Kısacası, yaşamın çoğunun özel sektörde yaşanacağı ifade edilmiştir. Devlet o sektöre ilişkin hakların güvence altına alınması için orada idi ve yetki verdiğimiz başka bir takım işleri yapmak için vardı. Günümüzde olduğu gibi ulusal devletin çok geniş kapsamlı sosyal mühendislik uygulamaları yapmasına izin verilmemiştir. Tabii ki anayasa mükemmel değildi. Belli başlı en bariz kusuru dolaylı olarak köleliği tanınması, 13 devlet tarafından onaylanmasını gerekli kıldı. Kurucuların ve anayasa hazırlayıcıların ortaya koyduğu temel ilkelerle uyumsuzdu ve bu inkâr edilemezdi. Zamanla kaybolup gideceğini umuyorlardı; öyle olmadı. Köleliği sonlandırmak bir sivil savaşla ve Sivil Savaş Değişikliklerinin anayasa hukuku olarak geçmesiyle mümkün oldu. Bunu 1865’te 13. değişiklik yaptı. 1870’te 15. değişiklik devletlerin ırk, renk, önceki kulluk durumuna bağlı franchise’ı inkâr etmelerini yasakladı ve 1868 de 14. değişiklik ilk defa, devletlerin hak ihlallerine karşı federal çareler tanıdı. Bu tarihin öncesinde, Temel haklar bildirgesi sadece federal devletlere karşı uygulanmıştı, sadece

değiştirdiği dokümanla yaratılan devlete karşı.¹⁵ Bu yüzden sivil savaş değişiklikleri Bildirgedeki ilkeleri ve vaatleri en sonunda anayasaya ekleyerek onu tamamladığı şeklinde okunmaktadır.¹⁶

C. Anayasa ve Mülkiyet Hakları

Sivil savaş değişiklikleriyle tamamlandığı şekliyle anayasanın içeriğinin mülkiyet haklarını nasıl koruduğuna dönelim. Kaydetmeye değerdir ki belgenin hiçbir yerinde açıkça bir iktisap hakkı, intifa veya mülkiyetin imhasından bahseden bir ifade bulamayız. Anayasanın teorisini verdiğimiz için şaşırtıcı olmaz. Bir haklar dünyası ve devletsiz bir durumla başlıyoruz; devleti yaratıyoruz ve ona belli yetkiler veriyoruz; zımni olarak, yetki verilmeyen bir yerde bir hakka müdahale edebilme ihtimali vardır; orada hak vardır. Bu yüzden haktan bahsetmemek onun varlığı ile ilgili hiçbir imada bulunmaz. Aslında anayasayı hazırlayanlar sadece hakların varlığını varsaymışlardı, devlet hukuku tarafından tanımlanan ve korunan, çünkü *Common Law*, mülkiyete dayalıydı ve yaptıkları her şeyin arka planını teşkil ediyordu. Anayasa bu yasada temel bir değişiklik yapmadı. Daha güçlü bir federal devlete iki gerekçeyle izin verdi Birincisi, ulusa savaş ve ticaret gibi uluslar arası ilişkileri daha iyi anlamalarını sağlamak. İkincisi, federal hükümetin devletlerin çabalarını kontrol ederek devletlerarasında ticaretin serbest işlemlerini sağlamak.

Onları tanıyan ve koruyan devlet hukuku gibi mülkiyet hakları, anayasanın hazırlandığı sırada hazırlayıcılar tarafından hukuki arka planın en temel unsuru olarak kabul edilmişti.¹⁷ O metnin 5. ve 14. maddeleri değişiklikler aracılığıyla mülkiyet haklarını dolaylı olarak korumasını açıklar. Her iki değişiklik, bir insanın yaşamından, özgürlüğünden, mülkiyetinden mahrum kılınmasına yol açacak uygulamaları yasaklayan olağan kanun yolu şartları içermektedir. 5. değişiklik federal devlete karşı koruma sağ-

¹⁵ Barron v. City of Baltimore, 32 U.S. 243, 250 (1833).

¹⁶ Bkz Robert J. Reinstein, Completing the Constitution: The Declaration of Independence, Bill of Rights, and Fourteenth Amendment, 66 Temp. L. Rev. 361 (1993).

¹⁷ Profesör Steven J. Eagle'ın "*Gardner v. Trustees of Village of Newburgh* [2 Johns. Ch. 162 (N.Y. 1816)]'da muhtemelen ilk emsal karar, dediği gibi Chancellor Kent doğal prensiplere göre tazminata hak kazanırdı ki New York Anayasası'nda kamulaştırma hükmü yoktu. Gerçekten Sivil Savaş Dönemine kadar olan zamanda pek çok Amerikan mahkeme kararı kamulaştırma hakkını doğal hukuk terimleriyle açıklamışlardır. Regulatory Takings (3d ed. 2005). Aynı şekilde bkz. J.A.C. Grant, *The "Higher Law" Background of the Law of Eminent Domain*, 6 Wis. L. Rev. 67 (1931).

larken 14. değişiklik devletlere karşı koruma sağlar. 5. değişiklik aynı zamanda Alma klozu (şartı) içermektedir ki bu federal devlete karşı iyidir ve Federal Temyiz mahkemesince “14. değişiklikle devlete karşı dâhil edilmelidir” şeklinde benimsenmiştir.¹⁸ Alma klozu aynı zamanda özel mülkiyet, kamusal kullanım için bile haklı bir tazminat ödenmeksizin alınamaz demektir. İlaveten çoğu devlet anayasaları benzer hükümler içermektedir. Bu yüzden hem devlet mahkemelerinde hem devlet hukuku hem de federal hukuka dayanarak veya federal mahkemede federal hukuka dayanarak davalar açılabilir.¹⁹

Dar anlamda okursak, due process²⁰ klozu devlet bir kimsenin yaşam hakkını, özgürlüğünü, mülkiyetini alınca teminat sağlar. Düzenli prosedürlerle, gerekçenin belirtilmesi, gerekçeye karşı başvuru fırsatı, gibi yöntemlerle yapılmalıdır. Dar anlamda, bu kloz kişinin yaşamından, özgürlüğünden, mülkiyetinden mahrum kılınmasının gerekçeleriyle ilgili olarak hiçbir şey söylememektedir. Bu husus Amerika hukuk öğretisinde textualistler arasında hararetle bir tartışmaya neden oldu. Textualistler mahrumiyetlere yasal çoğunluğun isteği ile cevaz vermektedir. Diğerleri maddi anlamda due process’i savunmaktadır ki olağan kanun yolunun tarihsel anlamı içerisinde bir hâkim veya yasa koyucunun gerekçelerini sınırladığını savunurlar. İlk grup hukuki pozitivizm ve yasamanın üstünlüğüne yönelirken ikinci grup doğal hak ve yargısal üstünlük kavramlarına yönelirler.

Alma klozu açıkça bir maddi teminattır, ancak bunun da kendi problemleri vardır. Öncelikle hakları korumayı amaçlayan due process gibi alma klozu da benzer bir amaca sahiptir. Fakat açık bir yetki devrinde ifade edilmektedir ki devlet yetkisinin adil bir tazminat karşılığında özel mülkiyeti kamusal kullanım için almasıdır. Yüksek istimlâk yetkisi olarak bilinir. Problem şuradadır ki, hiç doğal şartlarda (doğal devlette) kimsede böyle bir yetki yoktur. Hiç kimse komşusunun mülkünü istimlâk edemez, el koyamaz, her ne amaçla olursa olsun ve haklı bir tazminat verse bile. Yetkisini insanlardan alan devlet yetkisini nereden almaktadır? İstimlâk yetkisi egemenliğin niteliğinden kaynaklanan onun ayrılmaz bir parçasıdır dersek bu açıkça daireseldir. Başlangıçta devletin bu yetkisine rıza

¹⁸ Chicago, B. & Q. R. Co. v. City of Chicago, 166 U.S. 226 (1897).

¹⁹ Federal Mahkemede dava açmanın zorluklarına ilişkin olarak benim daha kapsamlı olan tebliğime bakınız. Part V. B. 3

²⁰ Bir toplumdaki vatandaşların dava açmak gibi sahip olduğu hakları ifade eder. U.A.

göstermişizdir. Bunun icrası pareto superior dur ekonomistlerin deyimiyle. Yani en azından icrası ile bir kişi daha varlıklı hale gelmektedir. (kamu, ödeme isteğinden anlaşılacağı üzere) ve hiç kimse daha kötü bir duruma konulmamaktadır. (tazminatı alan kişinin yetkinin kullanılmasına kayıtsız kalması)

17 ve 18 yy da kamulaştırma yetkisi despotik güç olarak bilinmekteydi.²¹ İsteksiz satıcıların durumunda zora dayalı bir ilişkiye dönüşmektedir. Aslında eğer devlet aracılığıyla iş yapma aleyhine bir karine varsa, çünkü devlet başlangıçtaki kolektif seviyede zora dayalı bir birliktir, o halde evleviyetle kamulaştırma yetkisi aleyhine de bir karine vardır bireysel seviyede. Çünkü o da yine zora dayalı bir ilişkidir. Özellikle haklı tazminattan az bir miktar sözkonusu olduğunda durum bu merkezdedir. Amerikan hukukunda haklı tazminat genelde Pazar değeridir. Fakat bundan başka kamulaştırma yetkisinin gerçek uygulamasında iki sorun ortaya çıkmaktadır. İlki, mahkemelerin mülkiyet hakkının içeriğinde mündemiç olan kullanma hakkını dışlamak için özel mülkiyeti dar yorumlamalarıdır. (Tanımlamalarıdır). Bu düzenleyici alma problemine yol açmıştır. Kısaca bunu tartışacağım. İkinci olarak mahkemelerin kamusal kullanımın anlamını genişletmeleridir ki günümüzde kamulaştırma yetkisi, mülkiyetin devrinde tartışmalı da olsa bir kamu yararı varsa mülkiyeti bir özel taraftan diğerine transfer etmek için kullanılmaktadır. Kamulaştırma yetkisi bugün için aleyhinde karine olması bir yana Amerika'da gelişigüzel kullanılmaktadır.

156

II. MODERN ANAYASA HUKUKU ALTINDA MÜLKİYET HAKLARI

Birleşik Devletler Anayasasının arkasındaki teoriyi, belgenin yapısını, mülkiyet haklarının bu teori ve yapı içindeki yerini ortaya koyduktan sonra bugün bu vizyondan ne kadar saptığımızı ortaya koymak istiyorum. Bunu yapmak için, sürecin içinde geliştirdiği daha geniş anayasal tarihi takip etmek faydalı olabilir. Daha iyisi 19. yy. boyunca Amerika'da mülkiyet haklarını zayıflatan pek çok gücü değerlendirmek olabilir ²² Daha geniş olan tarih anayasal intikal ve devlet büyümesidir. Ortaya koyduğum gibi özellikle sivil savaş değişikliklerinden sonra tamamlanan anayasa

²¹ Vanhorne's Lessee v. Dorrance, 2 U.S. 304, 311 (1795).

²² Bu konuları daha detaylı olarak Roger Pilon, *Freedom, Responsibility, and the Constitution: On Recovering Our Founding Principles*, 68 Notre Dame L. Rev. 507 (1993); Roger Pilon, *On the Folly and Illegitimacy of Industrial Policy*, 5 Stan. L. & Pol'y Rev. 103 (1993) adlı eserlerde tartıştım.

sınırlı devlet ile teminat altına alınan bireysel özgürlüğü temsil etmekteydi. Aslında Madison *Federalist* No. 45'te okuyucularını temin etmiştir ki yeni devletin yetkileri “az ve belirli” olmalıydı. Günümüzde federal yetkiler tabii ki bundan farklı bir şey. Çünkü devletteki büyümenin mağduru oldular. Büyümenin nasıl meydana geldiği Temyiz mahkemesinin zaman içinde mülkiyet haklarını nasıl yorumladığını izah edecektir.

A. Sınırlı Devletten Leviathan'a

Gerçek uygulamada Anayasanın ilkeleri hiçbir zaman tamamen dikkate alınmadı. Sivil savaşın ardından belgenin tamamlanmasından sonra bile ve o tarihten beri hiç bir örnek güneydeki ırkçı politikadan daha sorunlu değil. Yetkili Jim Crow “Temyiz mahkemesi ve Kongre 1950 ve 1960'larda sonlandırana kadar ayrımcılık neredeyse bir asır sürecek” demiş. Bu kadar uzun sürmesinin nedenlerinden bir tanesi mahkemeler idi. Özellikle ırksal alanlarda anti çoğunlukçu sözleşmelere rağmen mahkemeler baskın siyasi iradeye karşı hareket etmekte isteksizdiler. Bu isteksizlik başlangıçta ünlü *Slaughterhouse Cases of 1873* davasıyla ortaya çıkmıştır. Oldukça bölünmüş Temyiz mahkemesi 14. değişikliğin onaylanmasının 5 yılında etkili bir şekilde ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar klozunun içini boşaltarak devlet tarafından yaratılan New Orleans tekeli ni onaylamıştır. Bu Mahkemenin devletleri kısıtlamasına yol açtı. Değişikliğin daha az maddi (somut) due process²³ şartı altında mahkemeyi devletleri yeniden güçlendirmek durumunda bırakmıştır. Gelecek altı yılda mahkeme bunu oldukça iyi yapacaktı. Özellikle devletler ekonomik özgürlüğe müdahale ettiğinde. Fakat kayıtlar düzgün değildi. Geniş anlamda Mahkeme hiçbir zaman Anayasanın ardındaki haklar teorisini derin olarak veya etraflıca anlamadı.²⁴ Zamanla, her ne kadar mahkemeler kendilerini akarsuyun tersine, değişen entelektüel dalgalara karşı yüzerken buldu.

19. yy'ın sonlarına doğru ilerleme dönemi Amerika'ya kök saldı. Alman iyi yönetim okulları (ekol), İngiliz faydacılık okullarından kaynaklanan doğal haklara bir karşı koyma şeklinde ve evde yetişme demokratik teori, yenilikçiler yeni sosyal bilimlere sivil savaşın endüstrileşme ve kentleşmeye eşlik etmiş olan sosyal ve ekonomik problemleri çözmek için

²³ Bkz. yukarıda dn 20.

²⁴ Bkz Kimberly C. Shankman and Roger Pilon, *Reviving the Privileges or Immunities Clause to Redress the Balance Among States, Individuals, and the Federal Government*, 3 Tex. Rev. L. & Pol. 1 (1998).

baktılar. Diğer yandan bir önceki jenerasyonlar devleti gerekli bir şeytan olarak görmüşlerdi; yenilikçiler fayda(yarar)nın motoru olarak gördüler. Daha büyük devletler aracılığıyla ve liderlik eden sosyal mühendislerle yaşamak daha iyi olabilirdi.²⁵

Karşı duruş olarak siyasi aktivizm sınırlı devlete izin veren bir anayasa idi ve mahkemeler bunu uygulamakta istekliydi. Franklin Roosevelt'in seçiminin ardından gelen Büyük Depresyon sırasında aktivistlerin devletlerden federal hükümete odaklanmalarını kaydırmaları ile olaylar dönüm noktasına geldi. Roosevelt'in ilk dönemi sırasında Yüksek mahkeme bir programın ardından ötekini anayasaya aykırı bulduğunda, yönetim içinde sivil savaştan sonra olduğu gibi yeniden anayasayı değiştirmek veya mahkemeye Roosevelt gibi düşünen 6 üye yerleştirilmesi tartışılmıştı. 1936 yılındaki ezici çoğunlukla aldığı seçimin ardından ikinci seçenек tercih edildi. Ülkede derhal reaksiyon gösterildi. Mahkeme mesajı almıştı. Mahkeme meşhur "9'u kurtaran zamanla yön değiştirme" yi takip etti ve anayasal değişikliğin faydası olmaksızın anayasayı yeniden yazmaya başladı.²⁶ Mahkeme iki adımla bunu yaptı. İlki 1937 yılında anayasanın özünü teşkil eden (sayılarak-sınırlı sayıda) verilmiş yetkiler doktrininin içini boşalttı. Devletler arasındaki serbest ticareti sağlamayı Kongreye yükleyen ticaret şartını devletler arasındaki ticareti etkileyen her şey hakkında düzenleme yapmaya Kongrenin yetkili olduğu şeklinde yorumladı.²⁷ Vergileme şartının özet aşaması olan Genel Refah şartı'nı mahkeme Kongreyi genel refahla ilgili vergi koyma ve harcama yapmakla yetkili olduğu şeklinde yorumlamıştı ve bu uygulamada Kongre'nin her istediği harcamayı yapabileceği anlamına geliyordu.²⁸ Bu yüzden taşkın kapıları federal düzenleyici ve yeniden dağıtıcı projelere modern refah devleti için açıldı. İkinci olarak, federal yetkiler ile devletlere ait yetkiler haklarını ihlal ettikleri gerekçesiyle bireyler tarafından hala denetlenebilir. Geniş yetkili hükümete ilişkin maniler meşhur *Carolene Products* davasında

²⁵ Bkz Richard A. Epstein, *How Progressives Rewrote the Constitution* (2006).

²⁶ Bkz William E. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt* (1995).

²⁷ Bkz Randy E. Barnett, *The Original Meaning of the Commerce Clause*, 68 U. Chi. L. Rev. 101 (2000); Cf. Richard A. Epstein, *The Proper Scope of the Commerce Power*, 73 Va. L. Rev. 1387 (1987).

²⁸ Bkz *Spending Clause Symposium*, 4 Chapman L. Rev. 1 (2001).

1938 yılında belirtilmişti.²⁹ Mahkemenin ünlü kararının 4. dipnotunda mahkeme iki hak belirlemiştir: temel haklar ve temel olmayanlar, katı ve mantıksal temelli olmak üzere iki seviyeli bir yargısal denetim belirlemiştir. Eğer önlem, ifade, oy verme ve daha sonra bazı kişisel haklar gibi temel haklardan kabul ediliyorsa mahkemeler katı bir denetim uygulayacaktır ki bu ilgili önlemin mecburi bir devlet menfaati olduğu ve alınan önlemin (ya da kullanılan aracın) o amacı gerçekleştirmeye uygun olmasına dair ispat yükünün devlete ait olduğu anlamına gelir ve çoğu durumda alınan önlemin(kullanılan aracın) anayasaya aykırı olduğu anlamına gelir.

Aksine eğer bir önlem(aracı), mülkiyet, sözleşme veya sıradan ticari ilişkilerde kullanılan haklardan ise temel olmayan haklardan kabul edilecek ve siyasi erklere saygı duyarak rasyonel temelli bir denetim uygulayacaktır ve basitçe yasa koyucunun o önlemi alırken mantıksal ve makul bir temeli olup olmadığını araştırır. Bununla birlikte zar atılmış olmakta ve insan hakları özel bir dikkat gerektirmektedir: mülkiyet hakları ikinci sınıf bir statüye düşmektedir.

B. Yargısal “Eylemcilik” ve “Kısıtlama”

Tabii ki bu metodoloji anayasanın hiçbir yerinde yer almamaktadır. Anayasal bir araya toplanmayı aşmak üzere geliştirilen ve tüm kumaştan Yeni Davranış programları olarak icat edilmiştir. Şaşırtıcı olmamak üzere, orada Amerika’da federal, devlet ve yerel seviyede hükümetin kitlesel bir büyümesi takip etti anayasa açısından, şimdi yetkiyi kısıtlamaktan çok kolaylaştırmak amacına hizmet etmektedir. Bu önlemlerin tekrar mahkemeye yollarını bulmalarına kadar bu sadece bir zaman meselesiydi. Şimdilerde, mahkemeden hiçbir yerde verilmemiş yetkileri bulmaması istenmektedir...1950’lerin sonuna doğru, Warren Mahkemesi, modern Amerikan düşüncesine göre modern, günümüze kadar süren üçüncü bir yargısal eylemcilik şekline başladı. Eylemciliğin çoğu tamamen aktif bir mahkemeye sonuç verdi: uzun süreden beri görmezden gelinen hakları buldu ve korudu. Fakat mahkemedeki modern liberaller sayılarak verilmiş haklarımız arasında da yer almayan hakları buluyorlardı.³⁰ Aynı zamanda

²⁹ United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938). *Carolene Products davasının ardındaki siyasetin etkileyici eleştirisi için bkz. Geoffrey P. Miller, The True Story of Carolene Products*, 1987 Sup. Ct. Rev. 397 (1987).

³⁰ Tabii ki bu konuda Mahkemenin en tartışmalı kararı 1973 tarihli kütaj kararıdır, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Konuyu kısaca Roger Pilon, *Alito and Abortion*, Wall Street Journal, Nov. 28, 2005, at A16’da tartıştım.

mülkiyet, sözleşme gibi açıkça verilmiş hakları görmezden gelerek verilmiş yetkiler doktrinini de görmezden geliyorlardı. Bu tescilli siyasi içtihatlar devam ettikçe, 1960'ların sonlarında başlayan ve yargısal kısıtlama³¹ anlamına gelen muhafazakâr bir tepkiye yol açtı. Fakat çoğu muhafazakârlar eleştirilerini liberal haklar eylemselliğine yöneltti. Yeniden yapılanma mahkemeleriyle barışarak mahkemenin sayılarak verilmiş haklar doktrininin içini boşaltıp siyasi erklere ve özellikle federe devletlere yargısal anlamda hürmet gösterme çağrısında ve sadece anayasada belirtilen hakları korumaya yönelik çağrıda bulundular. 9. değişikliği, 14. değişiklikteki ayrıcalıkları ve bağımsızlıklar ile 5. ve 14. değişikliklerdeki kanunilik klozu (yasaya uygun olma)nun maddi yansımalarını görmezden geldiler. Dikkate almadılar.

Uygulamada her ne kadar her iki kamp da güce(yetkiye) uymaya saygı duymaya eğilimindeydi ise de liberal hukukçular değişik şekilde anlaşılan “kişisel hakları” korumaya yöneldiler, mülkiyet hakları ile ekonomik özgürlükleri siyasi erklerin müşfik merhametlerine terk ettiler. Muhafazakâr hukukçular, aksine, çoğunlukçu tiranlığa maruz kalmış pek çok kişisel hakları içeren verilmiş hakları bırakarak mülkiyet haklarını ve az veya çok ekonomik özgürlükleri korumaya yöneldiler.

160

Bu iki kamp savaşırken 1970'lerin sonunda benim de dâhil olduğum üçüncü bir klasik liberal (özgürlükçü) düşünce okulu ortaya çıktı.³² Bu okul, yanlış yeniden yapılaşma içtihatlarından kaynaklanan hem liberal yargısal eylemciliği hem de muhafazakâr kısıtlamayı eleştirir. Bu okula göre, mahkemeler, eylemci veya kısıtlayıcı olduklarından daha ziyade hukuku (yasayı) kavrayıp kavrayamadıkları, uygulayabilip uygulayamadıklarıyla, sadece verilmiş yetkileri tanımayı, sayılmamış ve sayılmamış tüm haklarımızı aynı şekilde³³ korumakla ilgilenmelidirler.

³¹ Bu konuda en etkili fikfin olduğu sunum için bkz. Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (1990).

³² Bkz. örneğin, Bernard H. Siegan, *Economic Liberties and the Constitution* (1980); Roger Pilon, *On the Foundations of Justice*, 17 *Intercollegiate Rev.* 3 (Fall/Winter 1981).

³³ Rehnquist Mahkemesi yıllar içinde sayılmış yetkiler doktrinini canlandırmak için geçici bazı girişimlerde bulunmuştur. Örn bkz. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). Fakat *Gonzales v. Raich*, 125 S. Ct. 2195 (2005) ile bu girişim durdu. Bkz. *Douglas W. Kmiec, Gonzales v. Raich: Wickard v. Filburn Displaced*, 2004-2005 *Cato Sup. Ct. Rev.* 71.

Tabii ki hâkimlerin yapması gereken şey budur. Bunu yapabilmek için, meselenin temel teorisini, anayasasının birinci ilkelerini, özümsemelidirler. Bu çok nadir bir anlayıştır günümüzde, çünkü doğal haklar kökenimizden çok uzak olan “anayasa hukuku”nda bulunuyoruz.

C. Yüksek Mahkemenin Mülkiyet Haklarını Ele Alışı

O kısa hikâyenin belirlediği gibi bugün Amerika’da büyük ölçüde siyaset hukuku gölgede bırakmıştır. Sınırlı devlet anayasasını görmezden gelerek ve bazen aşağılayarak, siyasette terakki taraftarları geliştirildi genişlemeci demokratik hükümet yetkisiyle.³⁴

Siyasi baskı altında yeniden yapılaşma mahkemesi, anayasayı köklü şekilde yeniden okuyarak gündemi anayasallaştırdı. Sonuç olarak günümüzde devlet(hükümet) sanal olarak hayatın her unsurunu ihlal etmiştir (müdahil olmuştur). Bu yönetmelikler veya vergilendirmeye kitlesel olarak yeniden dağıtmayı, bazılarını bazılarının menfaati için zorlamayı gerektirmektedir. Kısacası, günümüzde kamu politikası özgürlük dâhil, mülkiyeti yeniden dağıtarak malları temin etmekten ziyade hakları korumakla ilgilenmektedir. Modern Yüksek mahkemenin düzenleyici yeniden dağıtma görüşü ile ilgili şüphe olmasın diye 1985’te mahkemenin doğrudan konuyla ilgili düşüncesine burada yer veriyorum:

“Ticari ve diğer insan ilişkilerinin düzenlenmesinde Kongre devamlı bir surette bazıları için diğerlerinin yararlandığı külfetler yaratmaktadır. Örneğin, Kongre en düşük ücretler, kontrol fiyatları veya daha önce olmayan hareket sebepleri yaratmaktadır. Hükümetin düzenleme yetkisinin önceliğini belirttikten sonra, mevzuatın bir kişinin mallarını başkasının menfaati için kullanmasını gerektiren mevzuat için gelir klozunun, ihlal edildiği söylenemez.”³⁵

³⁴ Aslında 1900lerin başında Ulus, modern solun bir enstrümanı haline gelmeden önce, klasik liberalizmin ölümüne yas tutuyordu. “The Eclipse of Liberalism,” başlıklı editoryal notta editör Avrupa’yı araştırdıktan sonra Amerika’da da “son olaylar ne kadar zemin kaybedildiğini gösteriyor. Bağımsızlığın ilanı şevk uyandırmıyor: o utanç verici tevil edilmesi gereken (örtbas edilmesi gereken) bir araçtır. Anayasa’nın içine sığmadığı söyleniyor.” The Nation, Aug. 9, 1900, at 105.

³⁵ Connolly v. Pension Benefit Guaranty Corp., 475 U.S. 211, 223 (1985). 1936’daki mahkemenin vergilendirme aracılığıyla doğrudan yeniden dağıtma görüşüne aykırı olarak: “Bir vergi, genel anlamıyla ve Anayasa’da kullandığı gibi, devleti desteklemek için zorla alınan bir şeyi ifade eder. Bu kelime hiçbir zaman bir grubun parasının başka bir grubun menfaati için istimal edilmesi anlamına gelmemiştir. United States v. Butler, 297 U.S. 1, 61 (1936).

Ana çizgileriyle belirtmek gerekirse, sistematik olarak, nasıl modern yüksek mahkeme kararları mülkiyet haklarını sıradan algılanmasıyla sınırlandırarak altını oymuştur. Burada şimdi mülkiyeti etkileyen hükümetin eylemini içeren dört temel senaryodan, hakları ihlal eden ve etmeyen eylemleri ayırarak bahsedeceğim. Sonra bunlardan sonuncusunu alıp dört versiyonunu hakları ihlal edenleri ve etmeyenleri ayırarak belirteceğim. Sonuçta mahkemenin mülkiyet haklarına ilişkin içtihatlarıyla ilgili birkaç usuli konudan bahsedeceğim. Böyle bir çatı, önceden sorunları belirtmek, bize ilk prensiplerde yer alan ve davada çok açık olmayan konunun teorisini verir.³⁶ Birinci senaryoda, hükümet malvarlığı değerlerinin düşmesine yol açacak şekilde davranır fakat hiçbir hakkı ihlal etmez. Bir kamu okulunu veya bir askeri üssü kapatır ve yerel emlak fiyatları buna bağlı olarak düşer veya eski otoyoldan biraz daha uzakta yeni bir otoyol inşa eder, eski yol üzerindeki ticaret akışını azaltır. Bu tür durumlarda mal sahipleri çoğu kez hükümetin gelir klotuna göre kendilerine tazminat ödeme borcu olduğu fikrindedir. Çünkü eylemi mülklerinin değerini almıştır. Fakat hükümet özgürce ve açıkça olarak sahip oldukları hiçbir şeyi almış değildir. Mülk içindeki değer sahibi değildirler. Ortada sözleşmeye dayalı ve hükümete karşı dayanacakları bir hak olmadığından bir hak söz konusu değildir, bu yüzden hükümet tazminat ödemekle yükümlü değildir. İkinci senaryoda hükümet temel polis gücü aracılığıyla bir düzenleme yaparak özel ve kamusal anlamda başkalarına büyük riskler ve sıkıntılar verilmesini yasaklar. Yine burada da emlakın değeri buna bağlı olarak dalgalanacaktır. Fakat yine hiçbir hak ihlal edilmemiştir. Hiçbir tazminat gerekmez; bu yüzden malikler sınırlanmıştır, hatta mallarının değeri düzenlemelerle azaltılmış olsa bile. Çünkü bu tür tasarruflara katılma hakları yoktur. Bu yüzden hükümet (devlet) onlara ait olan hiçbir şeyi almış değildir. Aslında başkalarının mülkiyet haklarını korumaktadır- mülkiyeti müdahalesiz kullanım hakkını. Burada dikkatli olmalıyız. Tabii ki düzenlenen eylemin başkaları için zararlı veya riskli olduğu ve polis yetkisi altında düzenlemeye tabidir. Fakat devlet maliklerin kayıpları için onlara tazminat ödemekle yükümlü değildir.

Üçüncü senaryo klasik düzenleyici alma şeklindedir: maliklerin mallarında meşru kullanım hakkı olduğu ve düzenlemelerle kamuya çeşitli malları

³⁶ Vakıf için hazırladığım çok daha geniş olan tebliğimde bu özetle yer alan konularla ilgili pek çok davayı inceledim. Bkz başlığa ilişkin not. Yine de daha detaylı bilgi için bkz. Richard A. Epstein, Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain (1985).

alma yetkisi verdiği hallerde dengeleyici bir yarar olmadan değerini azaltmaktadır. Alma klozu tam olarak anlaşılmakta ve uygulanmaktadır ki, kayba karşılık olmak üzere muhik bir tazminatı gerektirir.³⁷ Burada devlet yanlış kullanımın yasaklanmasından ziyade doğru(haklı) kullanımın yasaklanmasını düzenlemektedir: ikinci senaryoda olduğu gibi başkalarına zarar vermenin önlenmesini değil. Fakat kamuya çeşitli malları almayı güzel manzaraları, tarihi korumalı yerleri, tarımsal kaynakları, yabani hayat alanları gibi maliki sınırlayarak elde edilen mallardır. Düzenlemeler malikin mülkünü kullanmasını yasaklamaktadır. Aksi halde devletin kamu için bu tür malları almasına yetki verilirse tabii ki o da öyle yapar. Fakat böyle bir hareket bir malikin sınırlandırılması şeklinde ise alma klozu uygulanmalı ve hükümet aldığı şeyin karşılığını vermelidir. Bunun yapılmadığı hallerde hükümet kamuya bu malları bütçe dışında sunar ve maliyet tamamen sadece malikin üzerinde kalır ve kamu bunlardan maliyetsiz yararlanır. Bu tür kamulaştırmaların açıkça engellenmesi amacıyla ilk planda Alma Klozu anayasada yer aldı.³⁸ Maalesef, her gün düzenleyici işlemlere karşı maliklerin (el koyma, kamulaştırma) açtıkları davalarda Amerikan hukukunun bugünkü işleyiş şekli böyle değildir. Hemen neredeyse tüm davalarda malikler zorlu bir mücadele ile karşı karşıya kalırlar ve genelde ad hoc bir kurum olan hukuka karşı savaşırlar. Devletin tazminat yükümlülüğünün olmadığını savunanlar mülkiyetin alınmamış olduğunu iddia ederler.(düzenleyici almalarda) Fakat bu itiraz hukukun hiçbir yerinde olmayan bir mülkiyet tanımına dayanır. Mülkiyet çeşitli mallara ayrılabilir. Çoğu durumlarda, düzenlemeler oldukça geniştir ki malik boş bir mülkiyet hakkına sahip olmaktadır. Ufak tefek önemsiz kayıpların dışında ve herkese eşit yarar sağlamak üzere düzenlemelerin herkesi eşit şekilde sınırlandırdığı hallerdeki kayıplar haricinde, malikin haklarını sınırlayarak elde ettiği kamu malları için ödeme yapmak zorundadır ki tıpkı özel bir şahsın maliki sınırlandırdığı hallerde olduğu gibi. Kamunun, sadece despotik kamulaştırma yetkisine dayanarak o mal-

³⁷ Düzenleyici gelirlere ilişkin Amerikan Hukuku'nun detayları için bkz. Eagle, *supra* note 14.

³⁸ 1960'ta mahkeme bu ilkeyi: "Beşinci değişiklik muhik bir tazminat olmaksızın özel mülkiyetin alınmaması garantisi hükümetin bazı insanların tek başına kamu yükümlülüklerine katlanmaya zorlanmasının engellemek üzere, hakkaniyet ve adaletle, ihdas edildiği tüm kamuoyunca unutulmamalıdır." Şeklinde ifade etmiştir. *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40, 49 (1960).

ları alması artık yeter. Hırsızlığa yol açan bu durum bütün Amerika'da bu gün yaşanmaktadır.

O halde düzenleyici alımların sadece düzenlemeden ibaret olduğunu düşünmek bir hatadır. Bunlar tüm mülkün istimlâk edilmeden düzenleme aracılığıyla alınmasıdır. Aslında bunlar tersinden hüküm altına alma yoluyla dava edilmektedir. Böyle bir durumda malik ya mülkünü geri almak için tersinden dava açar böylece tazminat alabilir ya da mülkiyet hakkını muhafaza etmek ve düzenleyici kısıtlamalardan kaynaklanan kayıplar için dava açabilir. Her iki durumda istimlâk ve istimlâk etme yetkisi düzenleme olarak gösteri yapmaktadır. Hatta devlet mülkü bir seferde istimlak etmez, düzenlemelerle alınan kullanımı istimlak eder. Bu bizi dördüncü senaryoya götürür, devletin tüm mülkiyeti alması, tam anlamıyla kamulaştırma. Bunlar genellikle kamulaştırma yetkisi davaları olarak adlandırılırlar. Fakat bu bir şekilde yanlıcıdır. Az önce ifade edildiği gibi düzenleyici alımlar kamulaştırma yetkisi içermemektedir. Bu davalarda genel olarak malike tazminat önerip mülkiyet hakkını almayı ve maliki mülkünden uzaklaştırmayı araştırır. Düzenleyici alımların aksine, devletin tazminat ödeme yükümlülüğü değil tazminatın adil olup olmadığı sorundur. Daha ziyade kamusal kullanım öne çıkmaktadır. Alımlar klozu hükümeti kamusal kullanım için ve adil(muhik)bir tazminat karşılığında özel mülkiyeti almaya yetkilendirmektedir. Burada tekrar İlerlemeciler(Terakkiciler)in ajandasının hükümetin büyüyebileceği şekilde mahkemeler kamusal kullanımın tanımını genişletmek arzusundadır. Doğrudan veya kamulaştırma yetkisinin özel kurumlara devredilmesi suretiyle hükümet kamuya faydalı olduğu söylenen projeler için özel mülkiyeti alır. Mahkemeler “kamusal kullanım” ı “kamusal fayda” olarak telif ederek genişlettiler. Açıkça bu iki terim birbiriyle eş anlamlı değildir. Biri hükümeti sınırlandırırken diğeri onun önünü açar, işini kolaylaştırır. Çünkü sanal olarak her proje belli oranda kamuya yararlıdır.

Tam kamulaştırma başlıca dört şekilde (kapsam, içerik) veya mantıksal çerçevede karşımıza çıkar. Birincisinde, açık bir kamusal kullanım için özel mülkiyet alınır ve mülkiyet hakkı devlete geçer. Örneğin; askeri üs, kamusal yol, okul veya başka bir kamusal hizmet için yapılması. Adil bir tazminatın ödendiği varsayımıyla bu alımlar anayasal olarak geçerlidir Çünkü kamusal kullanım sınırlaması açıkça tatmin edilmiştir (sağlanmıştır)

İkinci durum daha karmaşıktır fakat en az diğerleri kadar haklı bir mazerete dayanır. Bu durum, özel mülkiyetin elektrik, gaz, telefon, demiryolu,

kablo, su, kanalizasyon hatları gibi endüstri ağları için alınarak devlete değil başka bir özel şahsa veya kuruma devredilmesi söz konusudur. Kamulaştırma yetkisi kullanılmaksızın klasik direnme problemi ortaya çıkabilir bu durumlarda. Son parselin sahibi fahiş fiyat isteyebilir. Özel mülkiyette olan ve özel olarak işletildiği halde bile kamusal kullanım kısıtlaması burada gerçekleşmiştir. Çünkü sonuç kullanım tüm kamuya ayırım yapılmaksızın ve genelde düzenlenen fiyatlar karşılığında sunulur. Bu tür davalarda muvazaaya dikkat edilmelidir. Kamusal kullanımın delaletiyle kamusal mülkiyete ilişkin pek çok problem izale edilmektedir. Kamuya özel mülkiyete eşlik eden ekonomik verimliliğin faydalarından yararlanma imkânı sunar.

Aksine, üçüncü ve dördüncü durumlarda kamulaştırma yetkisinin kullanımını sorunludur. Yıllar içerisinde Amerika'da federal parayla gelişen şehirler dâhil pek çok şehir, şehir yenilemeciliği, kenar semtlerin yıkılarak yeniden inşa edilmesi faaliyetlerine katıldı. Çirkin kentsel alanın azaltılması uğruna mülkiyet hakkını özel bir kişiden alıp başka bir kişiye verdi. Eğer gerçek çirkin kentsel alan gibi bir şey varsa bunu yaratan kullanımlar devletin genel polis gücüyle menedilebilir. Tapunun(mülkiyet) devredilmesine gerek yoktur.

Fakat çirkin kentsel alanın azaltılması, kamusal kullanımın anlamlandırılmasını genişletiyorsa, -kamulaştırma yetkinin kullanılmasıyla ilgili dördüncü durum-, ekonomik gelişme de anlamını hayli genişletir. Yine burada mülkiyet hakkı, özel taraflardan başka özel taraflara sıklıkla devlet benzeri kurumlara, şehir planlamacısı (geliştirici/müteahhitler), veya bir ticari ortaklığa, devredilir. Alt düzey iskân alanları ve ticari mülkiyet, endüstriler dâhil olmak üzere üst düzey mülkiyete çevrilmektedir. İş temin ederek, vergi tabanını artırarak, turizmi geliştirerek ve diğer kamu yararları daima bu tür projeler için talep edilir. Fakat gerçek faydalar nadiren gerçekleştirilir. Ne burada ne de çirkin kentsel alanın azaltılmasındaki direnmeler gerçek bir sorundur. Ne de neticedeki nihai kullanımlar ayrımcılığa dayanmaksızın kamuya açık olması kamusal yararın kamulaştırılması kadar gerçek değildir. (İkinci durumda tartışılmıştı)

Bu tür ekonomik kamulaştırmalar kamusal kullanım standardını karşılamaktan çok uzak, daha çok mülkiyetin genelde daha fakir ve politikayla daha az bağlantılı halk kesimlerinden daha zengin (müreffeh) ve politikayla daha çok bağlantılı maliklerin kabul edecekleri fiyatlardan ziyade

mülkiyeti daha ucuza almak isteyen insanlara mülkiyetin çıplak olarak (açıkça) devredilmesidir.

Sonuç olarak, eğer mülkiyet hakkının kötüye gitmesi yeterli değil ise, maddi hakları koruyacak usuli haklar da bozulmuştur. Modern düzenleyici devlet ve mülkiyet haklarının ikinci sınıf statüye indirilmesinden önceki aşamada, genelde birisi birine ait mülkiyet hakkını kullanmıştı. Eğer devlet veya komşular itiraz ettiğinde, ihtiyati tedbir veya tazminat için bir dava açılabilirdi: fakat karine kullananın tarafındaydı, ispat külfeti şikâyet edenin üzerindeydi ve itiraz edilen kullanımın bir şekilde şikâyetçinin haklarını ihlal ettiği için hukuka aykırı (haksız) olduğunu ispat etmeliydi. Bugün Amerikan şehirlerinde uygulanan şehrin bölgelere ayrılması ve arazinin diğer kullanım planlama şekilleri nedeniyle bu karine tersine çevrilmiştir. Haklar ancak izinle kullanılabilir ve genelde hükümetten alınan çeşitli seviyelerdeki izinlerle gerçekleşir bu. İnsan haklarıyla ve mülkiyet haklarıyla çelişir bir şekilde izinden bahseden insanlara hoşgörü göstermeyeceğiz fakat en küçük değişiklikleri yapabilmeleri için hükümetten izin almaları gerekecek.

166

Bu sadece sorunun başlangıcı, çünkü bu izni alabilmesinden önce malikin mülkünü geliştirmesi veya kullanımını değiştirmesinden önce gereklidir. Bu durum sıklıkla yıllar süren usuli bir kâbustur. Yüksek mahkemenin “olgunlaşma testi” tüm idari çareler tamamlanana kadar davaları federal mahkemenin dışında tutmaktadır. Fakat bu çarelerin tüketilmesi anlaşılmaz ve sürekli değişen ve her türlü değişikliğe karşı olan yerel idareler tarafından ortaya konan engellerin temizlenmesi anlamına gelmektedir. Mahkemenin testine göre bir kurum kesin olarak reddedilmedikçe dava edilemez. Malik kesin (nihai) bir ret elde eder etmez, eğer finansal ve duygusal olarak tükenmemişse o zaman, devlet mahkemesine giderek tazminat aramaya gitmelidir mülkiyetinin alınmasından dolayı. Fakat yanlışlıkla inkâr edilmişse (reddedilmişse) tazminatı devlet mahkemesi tarafından, federal mahkemenin davayı esastan incelemesi hakkının reddedildiğini öğrenecektir.³⁹ (federal Full Faith and Credit Act’a göre) bu sadece bir mülkiyet hakkı sahibinin bugün Amerika’da karşılaştığı usuli problemlerin özetidir.

³⁹ 28 U.S.C. § 1738 (2006Yargısal işlemler, Birleşik Devletlerde, bölgelerinde ve tüm mülkündeki her bir mahkemede, yasa veya o devletin mahkemelerindeki kullanımından kaynaklandığı şekliyle aynı itimat ve itibara sahip olmalıdır.)

III. AVRUPA ÜZERİNDE KISA YANSIMALAR

Bu yüzden doğal ve pozitif hukukla donanmış mülkiyet haklarını korumak amacındaki Amerikan Yüksek Mahkemesi birtakım karmaşık işler yapmayı başardı. Mahkemeler daha azı hedef alırlarsa hedeflediklerinden de azını yaparlar. Henüz bu modern Avrupa için böyle değil. Benim Avrupa’da mülkiyet haklarının korunmasına AİHM veya Avrupa Birliği Adalet Divanı’na korunmasına ilişkin bilgim oldukça sınırlı olmasına rağmen, izlenimim pozitif hukuk problem olsa bile daha iyi bir korumanın gelişmekte olduğu yönündedir.

AİHS 1950’lerin başlarında tasarlandığı zaman insan hakları arasında mülkiyet haklarının yer alıp almayacağı dâhil olması fikrine karşı çıkan sosyalist grupla ve dâhil olmaması halinde pek çok millileştirme projelerine engel olacağından endişe eden İngiliz temsilciler arasında çok tartışılmıştı. Sonunda, 1 numaralı protokolün 1. maddesi olarak mülkiyet kızı 20 Mart 1952 yılında 14 Avrupa Konseyi üyesi tarafından imzalandı. 31 Temmuz 2007 itibariyle 1 numaralı protokol 46 üyeli Avrupa Konseyinin 43 üyesinde yürürlüktedir.⁴⁰

Mahkemelerin çalıştığı pozitif hukuk dikkate alındığında mülkiyet haklarının korunmasının bu ülkelerde hala tam olarak sağlanamaması şaşırtıcıdır. Özellikle 1 numaralı protokolün 1. maddesi:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Hiç kimse, kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine aykırı olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılamaz. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez” şeklindedir.

Bu anlatımdan üç kural içerdiği anlaşılmaktadır. Birinci kural mülkiyet hakkına saygıyı ifade eder ki genel, açıklayıcı veya geniş kapsamlı bir kural olarak tanımlanmıştır. İkinci kural, belirli istisnai durumlar dışında mülkiyet hakkından mahrum edilemezliği içermektedir. Bu şartlar üçün-

⁴⁰ Bu tarihin tartışması için bkz. Yves Haeck, *The Genesis of the Property Clause under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights*, in *Property Rights and Human Rights* 163 (H. Vandenberghe ed., 2006).

cü kural ile genişletilmiştir ki bu da devletlere mülkiyetin kullanımını genel çıkar doğrultusunda kullanma yetkisi tanımaktadır.

Yorumcular mahkemelerin davaları bu üç kural ışığında çözmeye çalıştıklarını ifade etmiş olmalarına rağmen, özellikle iki ve üçüncü kural, bu kurallar tamamen ayrı veya bağlantısız değildir.⁴¹

Bu doğru gibi gözükmektedir: “özel mülkiyet adil bir tazminat olmaksızın kamu kullanımı için alınamaz” şeklindeki Amerikan basit kuralına kıyasla, Avrupa’nın bu üç kuralı Amerikan kuralını oldukça yakından takip etmiştir. Henüz farklılıklar öğreticidir.

Başlayacak olursak, Amerikan Alım Klozu, Avrupa’nın birinci kuralı gibi açıkça özel mülkiyeti tanıyarak başlamaktadır. Birinci kuralın yaptığından farklı olarak mülkiyete saygı ifadesine açık bir yollama yapmaz ve hakkı sınırlandırmaz ise de bu sınırlandırma Common law geçmişini delaletiyle, *Amerikan hakkı*’nda çok açıktır.

İkinci kural Alma Klozunun özünü yansıtır: hiç kimse mülkiyet hakkından yoksun bırakılamaz, mülkiyeti alınamaz, belirli şartlar hariç. Dildeki farklar çok önemli değil. Amerikan Alma Klozu, en azından prensipte, hükümet alımlarına iki sınırlama getirmektedir: mülkiyet sadece bir kamusal kullanım için alınabilir ve bu test aşılmışsa malike adil bir tazminat ödenmelidir. Aksine, Avrupa’nın ikinci kuralı daha az koruma getirmektedir. Malikler, kamusal kullanım kavramından çok daha geniş olan kamunun menfaati nedeniyle mülkiyetinden mahrum edilebilir. Adil bir tazminattan da bahsedilmemiştir. Bunun yerine mahrumiyetler kanunla belirlenen şartlara ve milletlerarası hukukun genel ilkelerine tabidir. Teorik olarak, tabii ki, kanun ve o prensipler adil tazminatı kapsayabilir ve genelde de öyle yaparlar. Fakat bu Sözleşmenin temel kanununda yer almazken Amerikan temel kanununda yer alır, Amerikan anayasasında. Aslında Sözleşmenin hazırlanmasında uluslararası hukuka atıf yapılması yerel yatırımcıları yabancı millileştirmelere karşı korumak amacıyla yapıldığı, vatandaşları kendi devletinden kaynaklanacak mülkiyet yoksulluklarına karşı koruma amacında olmadığı gözükmektedir. Bunun yapılması demokratik sürece bırakılmıştır. Bu her zaman azınlıkların hakkı da

⁴¹ Örneğin bkz. H. Vandenberghe, *La Privation de Propriété*, in *Property and Human Rights*, *supra* note 7, 31.

olan mülkiyetin korunmasının en emin yolu değildir. Fakat eğer ikinci kural o nedenlerden ötürü sorunluysa, üçüncü kural daha çok problemlidir hala. İkinci kural mahrumiyetlere veya alımlara ilişkin iken üçüncü kural kullanımın alımına taalluk eder ki daha önce düzenleyici alımlar bahsinde inceledik. Fakat burada, Amerikan kuralının aksine, birinin mülkiyetini kullanması açıkça genel yararla sınırlandırılmıştır. Emin olmak gerekirse, Amerikan hukuku bu sınırlandırmayı ad hoc bir şekilde yapmıştır. Fakat bu Alma Klozunun hükümete getirdiği kısıtlamalara açıkça aykırıdır. Common law hukuk sisteminde malikler sadece mülklerine dair haklara sahip değildir aynı zamanda o mülkiyetten kaynaklanan ve başkalarının haklarıyla da uyumlu olan kullanma haklarına da sahiptirler.

Nihai nitelendirme genel yarara eşit olarak algılanmalıdır. Fakat bunun için sonraki öncekinin bir fonksiyonu olmalıdır.

Haklar öncelikle tanımlanmalıdır. Özel hukuktaki gibi sadece pozitif hukuka, iradeye göre hatta demokratik isteğe göre değil, gerekçe ilkelerine ve gerekli siyasi prensiplere göre yapılmalıdır. Böylece, “genel menfaat” bu rasyonel sürecin neticesi veya çıktısı olabilir, siyasi sürecin bağımsız olarak amaçladığı bir şey olmaz. Aksine, “genel yarar” pozitivist rejimlerde olduğu gibi sadece kamu hukukunun bir fonksiyonu olarak tanımlanırsa kullanım hakları bağımsız değişken olamaz. Kamu politikası prensibin yerini alır. Kamu yararı özel yararın yerini alır.

169

Maalesef, günümüz Avrupa rejimleri genelde doğal hukukun değil pozitif hukukun ürünleridir, birilerinden alıp diğerlerine verir. Bu yüzden bir mahkemenin kullanım üzerindeki kısıtlamaların genel menfaate aykırı olduğuna karar vermesi şaşırtıcı olurdu. Bu yüzden *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*⁴² davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üçüncü kurala dayanan bölgesel arazi kullanımı ile ilgili bir kararı arazinin değerinin maddi olarak azaltılmış olmasına rağmen haklı bularak onadı. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*,⁴³ davasında yıllardır süren devlet kamulaştırılmasında malikin arazisini kullanması veya satmasını uzlaştırarak malikin durumunu üçüncü değil birinci kurala uygun buldu. Mahkeme, toplumun genel menfaat talebiyle bireyin temel hakları arasında adil bir dengenin kurulup kurulamayacağını belirlemeye çalış-

⁴² 37 29 Nov. 1991, Series A No. 222, § 56.

⁴³ 23 Sept. 1982, Series A.

tı.⁴⁴ Dört yıl sonra benzer bir davada Mahkeme “ilgili kişinin bireysel ve aşırı bir yükümlülüğe katlanmak durumunda kalması halinde zorunlu dengenin bulunamayacağını” ekledi.⁴⁵

Diğer davalar da şaşırtıcı görünebilecek sonuçlara yol açtılar. *Matheus v. France*⁴⁶ davasında bir malikin kiracısını mahkeme kararı ile tahliye etmek istemesinde yetkililerin polis yardımı talebini reddetmelerini şikâyet etmişti. Yine birinci kural kapsamında değerlendirerek “mülkiyet hakkının pozitif koruma önlemlerini gerektirebileceğine, özellikle başvuranın (haklı) meşru olarak bekleyebileceği önlemlerle mülkiyet hakkını etkili olarak kullanması arasında doğrudan bir ilişkinin bulunduğu hallerde” mahkeme bunu kabul etmiştir.⁴⁷ Fakat hukuka aykırı olarak inşa edilmiş bir duvarın yıkılmasına ilişkin kesin bir mahkeme kararının yetkililerce infaz edilmemesini içeren yeni tarihli başka bir kararında Mahkeme duvarın malikinin aleyhine olarak şikâyetçi maliklerin manzaralarında ve mülkiyet değerlerinde zilyetlikleri olduğuna ve duvarın yıkılması gerektiğine karar vermiştir.⁴⁸ Sözleşmesel anlaşmaların olmadığı hallerde zilyetlikler şüphelidir. Bu sınırlı örnek ve analizden bazı gözlemlerde bulunmama izin verin. Birincisi, birinci protokolün üç ayrı kural oluşturduğunu görmek davaların analizlerinde yapaylıklara yol açıyor. Birinci ilke dikkate alındığında mülkiyetin söz konusu olup olmadığını bilmek ister. Eğer öyleyse hükümet bu kararı alır mı, alırsa bu hareket hükümetin diğerlerinin haklarını koruma yetkisinin esnek olmayan anlamı karşısında haklı gösterilebilir mi; gösterilemezse alım bir kamu kullanımı için midir ve malike muhik (adil) bir tazminat ödenmiş midir. Birinci protokolün dili özellikle üç farklı kural şeklinde anlaşılmaktadır ve bu şekilde bir analize müsait değildir. Üstelik ikinci olarak, mahkemeyi bazen doğru anlamasına bazen de anlamamasına neden olan mahkemeye maddi olarak fazla saha bırakan oldukça gevşek bir kavram. Üçüncüsü, dil o kadar siyasi ve değerlendirme terimleriyle yüklü ki yargısal kanun yapmaya, Amerika’daki adıyla yargısal eylemselciliğe neden oluyor. (yargısal aktivizm).

⁴⁴ *Id.* §69.

⁴⁵ *James and Others v. United Kingdom*, 21 Feb. 1986, Series A No.98, § 50.

⁴⁶ No. 62740/00, 31 March 2005.

⁴⁷ *Id.* at §§ 68-69.

⁴⁸ *Fotopoulou v. Greece*, No. 66725/01, § 33, 18 Nov. 2004.

Hâkimler bunu doğru anlarsa bu kötü bir şey olmayabilir: fakat hukukun üstünlüğü doğru nedenlerle bunun doğru anlaşılmasını gerektirir ve sağlıklı bir otorite bunu gerektirir. Dördüncü, kurumsal perspektiften, Avrupa Topluluklarının kendine özgü kurumsal yapısı nedeniyle mahkeme bunu doğru algılıyor olabilir. ABD Yüksek Mahkemesi'nin aksine ki federal hükümetin üçüncü erkidir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa devletlerinin hiçbirinin bir organı değildir. Bu ona ulusal mahkemelerin sahip olmadığı ölçüde bir bağımsızlık ve iyiye olduğu kadar kötüye kullanma potansiyeli sağlar.

Nihayet, çok önemli olduğu şüphesiz, fikirlerin iklimlerinin değişkenliği küçümsenemez. 1950'lerdeki sosyalizm güçlerinin mülkiyet haklarının insan hakları olarak muamele görmesini engellemek için çalışan güçleri bugün her yerde vardır. Emin olmak gerekirse, kendi gündemlerini sayısız yollarla bastırmaktadırlar, küçük ve büyük. Bu gün hiçbir ciddi insan demokratik kapitalizmin dışında hiçbir şeyin hem adalet ve zenginlik getirdiğini, sistemin kuruluşunun mülkiyetten ve bireysel mülkiyetten başka bir şey olduğunu düşünmez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dâhil hiç kimse düşünce iklimindeki bu kaymadan muaf değildir.

V. SONUÇ

171

Dilin kendi sınırları olduğu için ilkeye verilen yetkiler ile mevcut özgürlükler arasında ilkeli bir denge sağlamak amacıyla olan bir anayasa bu amacı gerçekleştirmek için bir yere kadar gidebilir. Bu yüzden belgede de belirtildiği gibi hâkimlerin anayasal dili önlerine getirilen davalara ve ihtilaflara uygularken dilin arkasındaki daha geniş teori ve o teorinin gerektirdiği ilkeleri gözetecek şekilde yapmaları çok önemlidir. Ümit ederim ki ABD yüksek mahkemesinin mülkiyet haklarını ele almasına ilişkin tartışmada göstermişimdir, biz Amerikalılar Anayasamızın garanti alma-ya çalışmış olduğu ilkeler konusunda her zamankinden daha az muhafazakârız. Özellikle Polis yetkisi doğal haklar teorisinde köklerinden öyle uzaklaştırıldı ve sadece siyasi gücü elinde bulunduranların iradelerinin bir yansıması oldu. Amerikan hukuk sisteminde Kümülatif etki kamu hukukunun büyüyen vücudu gibidir. Pek çok dava özel hukukun mülkiyet ve sözleşmesini gölgede bırakarak onu ikincil role indirger. (baskın çıkar) Avrupa çerçevesine bu kısa bakışta, pek çok benzer şeyler fark ettim, fakat durum biraz değişken görünüyor. Çünkü hem anayasal hem de hukuksal kapsamlar daha fazla değişken. Bu nedenle mülkiyet haklarının anayasal korunmasının nereye gittiğini bilmek zor. Fakat hem Avrupa

hem de Amerika'da son on yıllarda düşünce iklimindeki bireysel özgürlüklere ve sınırlı anayasal devletlere yönelik değişimlerden ümitlenilebilir. O değişimlerin devam ettirmek sürekli dikkat gerektirir. Thomas Jefferson'ın hatırlattığı gibi aksi takdirde bireysel özgürlükler, sorumluluklar ve onura ilişkin öneriler açıktır.