T.C.
ANAYASA MAHKEMESİ

BİREYSEL BAŞVURU

SEÇME KARARLAR

2017/2

BİREYSEL BAŞVURU

SEÇME KARARLAR

2017/2

Ankara, 2018

©Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISBN : 978-605-2378-14-4

Baskı ve Tasarım
Epa-Mat Basım Yay. Prom. San. Tic. Ltd. Şti.
Ağaçişleri Sanayi Sitesi 1357. Sok. No:41
Yenimahalle/ANKARA
Tel : 0312 394 48 63-64
Faks : 0312 394 48 65
www.epamat.com.tr
epamat@hotmail.com
epamatbacilik@gmail.com

KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ HAKKI (MD. 19)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

FURKAN OMURTAG BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/18179)

Karar Tarihi: 25/10/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör Yrd.	:	Yusuf Enes KAYA
Başvurucu	:	Furkan OMURTAG
Vekili	:	Av. Sevil ARACI BEK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kendisine cinsel istismarda bulunan kişiyle aynı cezaevine konulması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığın korunması hakkının; tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak veeş değer hâkimlikçe yapılması, tutukluluğun haksız ve orantısız olması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 17/11/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir.Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurunun yapıldığı tarihte çocuk olan başvurucu, başka bir suçtan tutuklu olarak Ceyhan M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda bulunmaktayken 17/2/2014 tarihinde başka bir şahsın kendisine cinsel istismarda bulunduğundan bahisle şikâyetçi olmuştur. Bu olaydan sonra başvurucu 21/3/2014 tarihinde tahliye edilmiştir.

10. Ceyhan 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 10/3/2015 tarihli kararıyla başvurucunun şikâyetçi olduğu şahsın cinsel istismar suçundan 12 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Bu karar Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 8/10/2015 tarihli ilamıyla onanarak kesinleşmiştir.

11. Başvurucu, daha sonra Ceyhan Sulh Ceza Hâkimliğinin 19/9/2014 tarihli kararı ile hırsızlığa teşebbüs suçundan tutuklanmıştır. Tutuklama kararının gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Suça sürüklenen çocuğun üzerine atılı suçu işlediği yönündeki kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların mevcut olması, suça sürüklenen çocuğun davranışları, suça sürüklenen çocuğun kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların mevcut olması ve CMK'nın 109. maddesindeki adli kontrol uygulanmasının da şu andaki mevcut delil durumu itibari ile yetersiz kalacağı kanaatine varılarak suça sürüklenen çocuğun CMK 100. vd. maddeleri uyarınca tutuklanmasına..."*

12. Başvurucu 19/9/2014 ile 29/9/2014 tarihleri arasında Ceyhan M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna konulmuş; çocuk olması ve daha önce bulunmuş olduğu odada cinsel istismara uğramış olması nedenleriyle arkadaşları arasında rencide olacağı, psikolojisinin bozulacağı ve bu durumun kendisini etkileyeceği düşüncesiyle 29/9/2014 tarihinde Ankara Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna sevk edilmiştir.

13. Ankara Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda kaldığı süre içinde 29/9/2014 ile 23/10/2014 tarihleri arasında sadece B Blok 6 No.lu ünitede kaldığı, aynı Ceza İnfaz Kurumunda bulunan M.A.nın ise

6/10/2014 tarihinde Maltepe Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna naklinin gerçekleştirildiği, aynı Ceza İnfaz Kurumunda bulundukları süre zarfında da ayrı ayrı bloklarda ve ünitelerde tutuldukları anlaşılmıştır.

14. Başvurucunun tutuklama kararına itirazı Ceyhan Sulh Ceza Hâkimliğinin 25/9/2014 tarihli ve Osmaniye Sulh Ceza Hâkimliğinin 13/10/2014 tarihli kararlarıyla reddedilmiştir.

15.Ceyhan Cumhuriyet Başsavcılığının 26/9/2014 tarihli iddianamesi ile başvurucu hakkında mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlığa teşebbüs suçlarını işlediği iddiasıyla kamu davası açılmıştır.

16. Ceyhan 5. Asliye Ceza Mahkemesi E.2014/756 sayılı dosyada 26/9/2014 tarihinde tensip zaptını düzenleyerek başvurucunun tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir.

17. Başvurucunun bu karara yaptığı itiraz, Ceyhan Ağır Ceza Mahkemesinin 1/10/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

18. Ret kararı başvurucuya 16/10/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 17/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

19. Başvurucu, Ceyhan Asliye Ceza Mahkemesinin 23/10/2014 tarihli kararı ile tahliye edilmiştir.

20. Ceyhan 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 28/4/2015 tarihli kararıyla, bina eklentileri içinde muhafaza olunan eşya hakkında hırsızlık suçundan 6.600 TL, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan 2.000 TL, mala zarar verme suçundan 1.320 TL adli para cezası ile başvurucunun cezalandırılmasına karar verilmiştir.

21. Mala zarar verme suçu yönünden verilen hüküm miktar itibarıyla kesinleşmiştir. Diğer suçlardan kurulan hükümlerin temyiz incelemesi devam etmektedir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

22. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Tutuklama nedenleri"* kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; (2)

...

7. Hırsızlık (madde 141,142),

..."

23. 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun *"Tanımlar"* kenar başlıklı 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi,

.. .

İfade eder."

24. 5395 sayılı Kanun'un *"Adli kontrol"* kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"(1) Suça sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma veya kovuşturma

evrelerinde adlî kontrol tedbiri olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 109 uncu maddesinde sayılanlar ile aşağıdaki tedbirlerden bir ya da birkaçına karar verilebilir:

a) Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak.

b) Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek.

c) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak.

(2) Ancak bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir."

25. 5271 sayılı Kanun'un *"İtiraz usulü ve inceleme mercileri"* kenar başlıklı 268. maddesinin(3) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

a) (Değişik: 18/6/2014-6545/74 md.) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir."

26. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un *"Adli para cezasının infazı"* kenar başlıklı 106. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"Çocuklar hakkında hükmedilen adlî para cezasının ödenmemesi hâlinde, bu ceza hapse çevrilemez."

27. 16/5/2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun *"İnfaz hakimliğine şikâyet ve usulü"* kenar başlıklı 5. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlerin kanun, tüzük ve yönetmelik

hükümleri ile genelgelere aykırı olduğu gerekçesiyle bu işlem veya faaliyetlerin öğrenildiği tarihten itibaren onbeş gün, herhalde yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde şikâyet yoluyla infaz hakimliğine başvurulabilir.

Şikâyet, dilekçe ile doğrudan doğruya infaz hakimliğine yapılabileceği gibi; Cumhuriyet başsavcılığı veya ceza infaz kurumu ve tutukevi müdürlüğü aracılığıyla da yapılabilir. İnfaz hakimliği dışında yapılan başvurular hemen ve en geç üç gün içinde infaz hakimliğine gönderilir. Sözlü yapılan şikâyet, tutanağa bağlanır ve bir sureti başvurana verilir."

28. 4675 sayılı Kanun'un *"İnfaz hâkimliğince şikâyet üzerine verilen kararlar"* kenar başlıklı 6. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları şöyledir:

"İnfaz hâkiminin kararlarına karşı şikâyetçi veya ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından, tebliğden itibaren bir hafta içinde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre acele itiraz yoluna gidilebilir.

İtiraz, infaz hakimliğinin kurulduğu yer ağır ceza mahkemesine yapılır. İnfaz hâkimi aynı zamanda bu mahkemenin üyesi olduğu takdirde itirazla ilgili karara katılamaz."

B. Uluslararası Hukuk

29. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) çocukların korunmasına ilişkin uluslararası metinleri dikkate alarak çocukların tutuklanması tedbirinin son çare olarak düşünülmesi ve tutukluluk süresinin mümkün olduğunca kısa tutulması gerektiğini belirtmiştir (*Nart/Türkiye,* B. No: 20817/04, 6/5/2008, §§ 28-35; *Selçuk/Türkiye,* B. No: 21768/02, 10/1/2006, §§ 26-37; *Güveç/Türkiye,* B. No: 70337/01, 29/1/2009,§§ 106-110).

30. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin1. maddesi şöyledir:

"Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır."

31. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 1. fıkrası şöyledir:

"Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir."

32. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Taraf Devletler, aşağıdaki hususları sağlarlar:

b) Hiç bir çocuk yasa dışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır.

c) Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılacaktır."

33. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 40. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"1. Taraf Devletler, hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlal ettiği kabul edilen her çocuğun; çocuğun yaşı ve yeniden topluma kazandırılmasının ve toplumda yapıcı rol üstlenmesinin arzu edilir olduğu hususları göz önünde bulundurularak, taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkını kabul ederler.

...

3. Taraf Devletler, hakkında ceza yasasını ihlal ettiği ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlal ettiği kabul olunan çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını teşvik edecek ve özellikle şu konularda çaba göstereceklerdir:

...

b) Uygun bulunduğu ve istenilir olduğu takdirde, insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi koşulu ile bu tür çocuklar için adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin alınması.

4. Koruma tedbiri, yönlendirme ve gözetim kararları, danışmanlık, şartlı salıverme, bakım için yerleştirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin uygulanmasında, çocuklara durumları ve suçları ile orantılı ve kendi esenliklerine olacak biçimde muamele edilmesi sağlanacaktır."

34. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesinin 25/4/2007 tarihli ve 10 No.lu Genel Yorumu'nun ilgili kısımları şöyledir:

"23. Kanunla ihtilaf halindeki çocuklar, çocuğun toplumla yeniden bütünleşmesini ve toplumda yapıcı bir rol üstlenmesini destekleyecek şekillerde muamele görme hakkına sahiptir (ÇHS madde 40(1)). Bir çocuğun tutuklanması, gözaltına alınması veya hapsedilmesi ancak başvurulacak son çare olarak kullanılabilir (ÇHS madde 37 (b)). Bu nedenle, çocuk adaletine yönelik kapsamlı bir politikanın bir parçası olarak, çocukların esenliklerine uygun ve içinde bulundukları şartlara ve işledikleri suça orantılı bir şekilde muamele görmesini sağlamak için geniş bir etkili tedbirler dizisi geliştirmek ve uygulamak gereklidir. Özellikle, koruma tedbiri, yönlendirme ve gözetim kararları, danışmanlık, şartlı salıverme, bakım için yerleştirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin mevcut olması gerekmektedir (ÇHS madde 40 (4)).

...

28. Yetkili bir makam tarafından (çoğu zaman savcılık) adli kovuşturma başlatıldığında, adil ve hakkaniyetli yargılanma ilkeleri uygulanmalıdır... Aynı zamanda, çocuk adalet sistemi, kanunla ihtilaf halindeki çocuklar için sosyal ve/veya eğitsel tedbirlerin kullanılmasına yönelik ve özgürlükten yoksun bırakma ve özellikle mahkeme öncesi gözaltı tedbirlerinin kullanımını sadece son çare olarak başvurulabilecek tedbirler olarak katı bir şekilde sınırlamaya yönelik yeterli olanak sağlamalıdır. Kovuşturmanın yerleştirme düzenlemeleri aşamasında, özgürlükten yoksun bırakma sadece son çare olarak başvurulacak bir tedbir olarak ve uygun olan en kısa süreler için kullanılmalıdır (ÇHS madde 37 (b)). Bu, rehberlik ve gözetim kararları, denetimli serbestlik, toplum izleme veya gündüz bildirim merkezleri ve erken tahliye olasılıkları gibi düzenlemelerin azami düzeyde ve etkili bir şekilde kullanılmasına olanak vermek için Taraf Devletlerin iyi eğitilmiş denetimli serbestlik hizmetlerine sahip olması gerektiği anlamına gelmektedir.

...

71. Komite, bir suça verilen tepkinin her zaman sadece suçun ciddiyeti ve koşulları ile değil, aynı zamanda çocuğun yaşı, çocuğun daha az kusurlu olması ilkesi, çocuğun içinde bulunduğu şartlar ve ihtiyaçları ile ve toplumun çeşitli ve özellikle uzun vadeli ihtiyaçları ile orantılı olması gerektiğini vurgulamak ister. Sadece cezalandırıcı olan bir yaklaşım, ÇHS madde (40)1'de çocuk adaleti için sıralanan öncü ilkelere uygun değildir..."

35. 30/7/2012 tarihli ve CRC/C/TUR/CO/2- 3 sayılı "BM Çocuk Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Türkiye" isimli belgenin konuyla ilgili kısımları şöyledir:

"67. Komite, Taraf Devlete, çocuk adaleti sistemini; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin özellikle 37, 39 ve 40. maddelerinin yanı sıra, Çocuk Ceza Adaleti Yönetimi için Asgari Standart Kurallar (Pekin Kuralları), Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Yönlendirici İlkeler (Riyad İlkeleri), Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Havana Kuralları), Ceza Adaleti Sisteminde Çocuklara Yönelik Girişime Dair Viyana Yönlendirici İlkeleri ve Komite'nin çocuk adaleti sisteminde çocuğun halklarına ilişkin 10 No.lu Genel Yorumu (2007) gibi bu alanla ilgili diğer uluslararası standartlara tam olarak uygun hale getirmesini tavsiye eder. Komite bilhassa, Taraf Devleti:

a) Çocuk adalet sisteminde çalışan meslek elemanlarının sayısını artırmaya;

...

c) Tutuklu bulundurulan çocukların sayısının azaltılması amacıyla, çocukların söz konusu olduğu soruşturmaları ve dava sürecini hızlandırmaya;

d) Çocuklar hakkındaki tutuklama işlemine son çare olarak başvurulmasını ve çocuklar için alternatif tedbirler uygulanmasını sağlamak için acil tedbirler almaya;

...

davet etmektedir."

36. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin 27/6/2014 tarihinde kabul ettiği 2010 (2014) sayılı ve "Çocuk Dostu Adalet: Retorikten Gerçeğe" başlıklı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"6. Bilhassa, Meclis, üye Devletleri:

6.1. Bazı üye Devletlerde gerçekleştirilen pozitif uygulamaların ardından, kanunla ihtilaf halinde olan çocuklara yönelik olarak bu konuda özel olarak hazırlanmış kanunlar, usuller ve diğerlerinin yanı sıra bir Çocuk Ombudsmanı kurumu gibi kuruluşlar aracılığıyla özel bir çocuk adaleti sistemi kurmaya;

6.2. cezai ehliyet yaşını en az 14 olarak tayin etmeye ve daha genç suçlular hakkındaki resmi kovuşturmalara bir dizi uygun alternatif geliştirmeye;

6.3. ağır suçlar söz konusu olduğunda dahi, asgari cezai ehliyet yaşına istisnalar getirilmesini yasaklamaya;

6.4. çocuklar hakkındaki tutuklama işleminin en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulmasını sağlamaya ve bunları özellikle aşağıda belirtilen yollar aracılığıyla yapmaya:

6.4.1. tercihen asgari cezai ehliyet yaşından büyük olacak şekilde, çocuğun daha küçük olması halinde özgürlüğünden yoksun bırakılmasına izin verilmeyen bir yaş sınırı tayin edilmesi;

6.4.2. yargılama öncesi tutukluluğa ve dava sonrası hapis cezası hükümlerine karşı, aralarında eğitimsel tedbirlerin, toplumsal yaptırımların ve tedavi programlarının da yer aldığı, özgürlüğünden yoksun bırakma tedbiri içermeyen geniş bir dizi alternatif tedbir ve yaptırımlar geliştirilmesi;

6.4.3. çocuklara uygulanan her türlü müebbet hapis cezasının kaldırılması;

6.4.4. çocuk hakkında hükmedilecek cezalar için makul bir üst sınır belirlenmesi;

6.4.5. çocuğa uygulanabilecek özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlerin ve/veya yaptırımların düzenli olarak denetime tabi tutulması;

6.5. son çare olarak başvurulan özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin, özellikle uygun eğitim ve tedavi programları tesis edilmesi yoluyla, çocuğun rehabilitasyonunu ve topluma kazandırılmasını amaçlamasını sağlamaya;

6.6. adli yargılama yöntemine başvurulmaksızın çocuk suçlulara uygulanacak, insan hakları standartlarına saygılı ve diğerlerinin yanı sıra onarıcı adalet ilkelerine dayalı geniş bir dizi yönlendirici program geliştirmeye;

6.7. yalnızca çocuklar tarafından ifa edildiklerinde suç olarak nitelendirilen eylemler olan statü suçlarını suç olmaktan çıkarmaya;

6.8. çocuk haklarının bu bağlamda etkili bir şekilde uygulanmasını güvence altına almak amacıyla, çocuk adaleti yönetimine dâhil olan tüm aktörlerin bu konuda uygun eğitimi almalarını sağlamaya;

6.9. polis, sosyal hizmet uzmanı, psikiyatri hemşireleri ve gençlik çalışanlarının da aralarında yer aldığı çok yönlü bir ekibin çocuk suçlularca işlenen suçların soruşturmalarını kolaylaştırmasına ve bu çocuklara ve

ailelerine destek ve rehabilitasyon hizmetleri sağlamasına olanak tanımak gayesiyle, diğerlerinin yanı sıra, hızlı bir müdahale sistemi kurmak suretiyle çocuk suçluların tutuklanmasının önüne geçmeye;

...

davet eder."

37. Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları'nın (Pekin Kuralları) ilgili kısmı şöyledir:

"13. Tutuklu Yargılama

13.1 Yargılamanın tutuklu olarak yapılmasına en son çare olarak başvurulmalı ve süre mümkün olduğu kadar kısa tutulmalıdır.

13.2 Tutukluluk yerine mümkün olduğu kadar yakın gözetim, yoğun bakım veya bir aile yanına yahut eğitim kurumuna yerleştirme gibi alternatif önlemler getirilmelidir.

13.3 Tutuklu olarak yargılanmakta olan çocuklara Birleşmiş Milletler'ce kabul edilen hükümlülerin Islahı İçin Asgari Standart Kurallar'ın tanıdığı tüm haklar tanınmalıdır.

13.4 Tutuklu olarak yargılanmakta olan çocuklar yetişkin olan suçlulardan ayrı bir kurumda veya aynı kurum içinde ayrı bir bölümde tutulmalıdır.

13.5 Tutukluluk sırasında bütün çocuklar, yaşlarının, cinsiyetlerinin ve kişiliklerinin gerektirdiği bütün sosyal, kültürel, eğitim, psikolojik ve tıbbi yardım ve bakımlardan yararlandırılmalıdır.

...

17. Yargılamada ve Hükümde Uyulması Gereken İlkeler

17.1 Yargılama yapan makama aşağıda yazılı ilkeler kılavuzluk etmelidir:

(a) Verilecek ceza sadece suçun ağırlığı ve işleniş tarzıyla değil, çocuğun içinde bulunduğu koşullar ve ihtiyaçları ve hem de toplumun gereksinimleri ile de oranlı olmalıdır.

(b) Çocuğun kişisel özgürlüğüne getirilecek kısıtlamalar çok dikkatli bir incelemeden sonra konulmalı ve bu kısıtlamaların mümkün olduğu kadar az olmasına özen gösterilmelidir.

(c) Özgürlükten yoksun bırakma, suçun başka bir kişiye yönelik ciddı bir saldırı niteliğinde bulunması veya çocuğun ciddı suç işlemeyi itiyat haline getirmiş olması halleri dışında verilmemelidir.

(d) Çocuğun ıslah edilmesi ilkesi çocuklara ilişkin davalarda yol gösterici ilke olmalıdır.

17.2 Çocuklar hakkında idam cezası verilemez.

17.3 Çocuklar hiçbir halde fiziksel bir cezaya maruz bırakılmamalıdır.

17.4 Yetkili makamın her zaman için yargılamaya ara verme yetkisi olmalıdır."

38. Dışişleri bakan vekillerinin 24/9/2003 tarihli 853. toplantısında Avrupa Konseyi üye ülkelerine yönelik olarak kabul edilen, çocuk suçluluğuna ve çocuk yargılamasına dair yeni yolları konu alan Bakanlar Komitesi tavsiye kararının [Rec(2003)20] konuyla ilgili kısmı şöyledir:

"16. Çocuk şüpheliler tutukluluğu başvurulacak son çare olmalı, bu süre yargılamanın başlaması öncesinde altı aydan daha uzun olmamalıdır. Bu süre ancak soruşturmaya dahil olmamış bir yargıcın davaya ilişkin her türlü gecikmenin istisnai koşullardan kaynaklandığı hususunda tam bir kanaate sahip olması koşuluyla uzatılabilir.

17. İmkan varsa çocuk şüpheliler için tutukluluğunun alternatifi yollar izlenmeli, akrabalarının, koruyucu ailelerin yanına ya da destek alabilecekleri başka konaklama imkanları sağlanmalıdır. Tutukluluk hiçbir zaman bir ceza veya gözdağı metodu veya çocuk korumanın veya zihinsel sağlık tedbirlerinin yedeği olarak kullanılmamalıdır."

39. Bakan Delegeleri Komitesinin 17/9/1987 tarihli 410. oturumunda Bakanlar Komitesince kabul edilmiş olan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin çocuk suçluluğuna karşı toplumsal tepkiler hakkında üye devletlere R (87) 20 sayılı tavsiye kararının ilgili bölümleri şöyledir:

"Üye Devletlerin hükümlerine, gerekiyorsa, mevzuat ve uygulamalarını aşağıdaki amaçlarla yeniden gözden geçirmelerini tavsiye eder:

...

7. Daha büyük yaştaki çocuklarca işlenen çok ciddi suçlara ilişkin istisnai durumlar dışında, küçüklerin tutuklu yargılanmasından kaçınılması; bu gibi durumlarda ise, tutukluluk süresinin sınırlandırılması ve küçüklerin yetişkinlerden ayrı yerde tutulması; kural olarak tutuklama kararının, alternatif teklifler konusunda bir sosyal yardım bölümüne danışıldıktan sonra verilmesinin sağlanması ...”

40. Yaptırım veya tedbirlere maruz kalan çocuk suçlular için Avrupa kurallarına dair Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin CM/Rec(2008)11 sayılı ve 5/11/2008 tarihli tavsiye kararının ilgili bölümleri şöyledir:

“A. Temel ilkeler

...

5. Bir yaptırım ya da tedbir kararının alınması ya da uygulanmasında çocuğun yüksek yararı gözetilmeli, bunun sınırları işlenen suçun ağırlığı ile belirlenmeli (orantısallık ilkesi), ayrıca gerektiğinde psikolojik, psikiyatrik veya sosyal araştırma raporlarıyla belirlenmek üzere çocuğun yaşı, fiziksel ve zihinsel iyiliği, gelişimi, kapasitesi ve özel koşulları (kişileştirme ilkesi) dikkate alınmalıdır.

...

10. Bir çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılması tedbiri başvurulabilecek en son yoldur ve uygulanabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulur. Çocukların yargılama öncesi tutuklu bulundurulmalarının önüne geçilmesi için özel çaba sarf edilmelidir...”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

41. Mahkemenin 25/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

42. Başvurucu; daha önce kendisine cinsel istismarda bulunan kişi ile tutuklandıktan sonra aynı Ceza İnfaz Kurumuna konulduğunu, bu nedenle psikolojisinin bozulduğunu ileri sürmüştür.

43. Bakanlık görüşünde; başvurucunun kendisine cinsel istismarda bulunan kişi ile bir hafta süreyle aynı kurumda kaldığı ancak bu süre içinde hiçbir şekilde aynı ortamda bulunmadıkları, Cezaevi idaresinin başvurucunun özel durumunu gözetip bu kapsamda gerekli nakil işlemlerini yaptığıbelirtilmiştir.

44. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında yaşının küçüklüğü ve yaşadığı kötü olaylardan dolayı oluşan özel durumunun dikkate alınmadığını, kendisini istismar eden kişiyle aynı cezaevinde kaldığını düşünmesinin dahi yeterince kötü bir durum olduğunu ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

45. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Başvurucunun bireysel başvuru konusu şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve delilleri zamanında bu makamlara sunması, bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir(*İsmail Buğra İşlek*, B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 17).

46. Başvurucu, şikâyet ettiği hususa ilişkin olarak kaldığı Kurum Müdürlüğüne yazılı ya da sözlü olarak herhangi bir şikâyet başvurusunda bulunmamış; olay Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüklerince tespit edilerek bu konuda gerekli önlemler alınmıştır.

47. Ceza infaz kurumlarında barındırılan hükümlü ve tutukluların kurum uygulamalarına karşı öncelikle infaz hâkimliklerine şikâyet, infaz hâkimliği kararlarına karşı da ağır ceza mahkemelerine itiraz edebildikleri anlaşılmaktadır (bkz. §§ 27, 28). Ancak başvurucunun bu yollara başvurmadığı gözetildiğinde hukuk sisteminde mevcut yargısal yollar tüketilmeksizin bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır.

48. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Tutukluluğa İtiraz İncelemesinin Duruşmasız Olarak Yapıldığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

49. Başvurucu 1/10/2014 tarihli tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşma açılmadan evrak üzerinden yapıldığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

50. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen başvuru hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

b. Değerlendirme

51. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası şöyledir:

"Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir."

52. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası, yakalama veya tutuklama yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya uygunluğunun özünü oluşturan usule ve esasa ilişkin koşullar ile ilgili olarak yetkili bir yargı merciine başvurma hakkı tanımaktadır. Hürriyeti kısıtlanan kişinin şikâyetleri ile ilgili olarak yetkili yargı merciince yapılacak değerlendirmenin adli nitelik taşıması ve özgürlükten mahrum bırakılan kişilerin itirazları bakımından onlara uygun olan teminatları sağlaması gerekir. Ayrıca bu fıkra, tutukluluğun yasaya aykırı olup olmadığının hâkim önünde düzenlenen duruşmalarda etkili olarak incelenmesini talep etme ve tutukluluk hâlinin gerekli olup olmadığının yetkililer tarafından hızlı bir şekilde tespit edilmesini isteme hakkını da teminat altına almaktadır (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, §§ 64-66).

53. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca tutukluluğun devamına ilişkin olarak mahkemelerce verilen kararlara yapılan her itirazda

başvurucunun dinlenmesi gerekli olmamakla beraber tutuklu kişinin makul aralıklarla dinlenmeyi talep etme hakkı vardır. Tutukluluğunun gözden geçirilmesi esnasında yapılan incelemede "çelişmeli yargı" ve "silahların eşitliği" ilkelerine riayet edilmesi gerekir (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, § 68).

54. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında öngörülen kural dikkate alındığında hürriyeti kısıtlanan kişinin durumu hakkında kısa sürede karar verilmesi dâhil olmak üzere tutukluluk kararına karşı yapılan her itirazda duruşma yapılması ceza yargılaması sistemini işlemez hâle getirecektir. Bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan yargılama usulüne ilişkin yükümlülükler, duruşma yapmayı gerektirecek özel bir durum olmadığı sürece tutukluluğa karşı yapılacak her itiraz için duruşma yapılmasını gerektirmez *(Firas Aslan ve Hebat Aslan*, § 73).

55. Somut olayda başvurucu, Ceyhan Sulh Ceza Hâkimliğinin 19/9/2014 tarihli kararıyla tutuklanmıştır. Tutuklama kararı verildiği esnada başvurucu ve müdafii de hazır bulunmuştur. 26/9/2014 tarihinde başvurucunun tutukluluk hâlinin devamına karar verilmiştir. Bu karara yapılan itiraz, Ceyhan Ağır Ceza Mahkemesinin 1/10/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Bu nedenle Ceyhan SulhCeza Hâkimliğince 19/9/2014 tarihinde yapılan incelemeden on iki gün gibi makul bir süre sonra 1/10/2014 tarihinde Ceyhan Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde yapılan itiraz incelemesinde duruşma yapılması bir zorunluluk olarak kabul edilemez. Başvurucunun ve müdafiinin sözlü olarak dinlenmesinden sonra tutukluluğun devamına karar verildiği tarihten on ikigün sonra yapılan itiraz incelemesinin duruşmasız olmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasına bir aykırılık oluşturmayacağı açıktır.

56. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Tutukluluğa İtiraz İncelemesinin Başka bir Sulh Ceza Hâkimliğince Yapıldığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun iddiaları ve Bakanlık Görüşü

57. Başvurucu, tutukluluğuna yaptığı itirazın tutuklama kararı veren hâkimlikle eş değer konumda olan bir hâkimlikçe yapıldığını belirterek

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 13.maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

58. Bakanlık görüşünde; Osmaniye Sulh Ceza Hâkimliğince yapılan incelemenin etkisiz olduğunun söylenemeyeceği, bu Mahkemenin itiraz edilen kararı denetleyerek işin esası hakkında karar vermeye yetkisinin olduğu ileri sürülmüştür.

59. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında bu hususa ilişkin bir açıklamada bulunmamıştır.

b. Değerlendirme

60. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası, Anayasa'nın 40. maddesine (Sözleşme'nin 13. maddesi) göre özel hüküm (*lex specialis*) niteliğinde olduğundan başvurucunun bu şikâyetinin de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı çerçevesinde Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında incelenmesi gerekir.

61. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişiye tutuklanmasının yasallığı hakkında süratle karar verebilecek ve tutulması kanuni değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır. Anılan Anayasa ve Sözleşme hükümleri, esas olarak tutukluluğun yasallığına ilişkin itiraz başvurusu üzerine bir mahkeme nezdinde yürütülmekte olan davalardaki tahliye talepleri veya tutukluluğun uzatılması kararlarının incelenmesi açısından bir güvence oluşturmaktadır (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, § 30).

62. 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 48. maddesine göre kurulan sulh ceza hâkimliklerinin kararlarına karşı itirazların incelenmesi, 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendi gereğince aynı yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe aittir.

63. Anayasa Mahkemesi; sulh ceza hâkimlikleri tarafından verilen kararlara karşı itiraz merciinin yine sulh ceza hâkimlikleri olarak belirlenmesine ilişkin kanun hükmünün iptali istemini, sulh ceza hâkimliklerince verilen kararlara karşı yapılan itirazların yüksek görevli veya bir diğer mahkemece incelenmesini gerektiren anayasal bir norm bulunmadığını, bir il veya ilçenin adını taşıyan mahkemelerin

iş durumunun gerekli kıldığı hâllerde birden fazla kurulan "daire"nin yargılama faaliyetleri ve kanun yolu başvurularının incelenmesi yönünden aynı mahkeme olarak değerlendirilemeyeceğini, 5271 sayılı Kanun'un itiraz kanun yoluna ilişkin 268. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca itiraz mercii olarak belirlenen sulh ceza hâkimliklerinin itiraz edilen kararı denetleyerek işin esası hakkında karar verme yetkilerinin bulunduğunu, dolayısıyla öngörülen kanun yolunun etkili olduğunu gerekçe göstererek reddetmiştir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

64. Ceza yargılama usulündeki kanun yolunda temel ilke, cezai nitelikteki kararların ilk kararı veren mahkemeden bağımsız ve ayrı bir merci tarafından etkili bir şekilde denetlenmesi olup bu mercinin yüksek görevli veya üst düzeyde bir merci olması zorunlu değildir. 5271 sayılı Kanun'un itiraz kanun yoluna ilişkin 268. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca itiraz mercii olarak belirlenen sulh ceza hâkimliklerinin itiraz edilen kararı denetleyerek işin esası hakkında karar verme yetkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla öngörülen kanun yolunun etkili olduğu anlaşılmaktadır.

65. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

66. Başvurucu; tutuklanmasının hukuka aykırı ve orantısız olduğunu, cinsel istismara uğraması nedeniylepsikolojisinin ciddi şekilde bozulduğunu, çocuk yaşta olmasına rağmen özel durumunun hiçbir şekilde gözetilmediğini, yargılandığı davadaki suçlamanın tutuklanmasını gerektirir nitelikte olmadığını, tutukluluğunun devamına yaptığı itirazların sonuçsuz kaldığını, hukuki durumunun tutuklanmasını gerektirmeyecek nitelikte olmasına rağmen tahliyesinin sağlanmadığını,haksız yere tutuklu kaldığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

67. Bakanlık görüşünde; başvurucunun tutuklanmasına yönelik gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu, işlediği iddia edilen suç itibarıyla tutuklanmasında yasal bir engel olmadığı, suç işlediği yönünde kuvvetli şüphenin olduğu belirtilmiştir.

68. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında kendisinin kaçma ve delilleri karartma şüphesinin olmadığını, çocuk olduğu hususunun ve özel durumunun dikkate alınması gerektiğiniileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

i. Kabul Edilebilirlik Yönünden

69. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedenin de bulunmadığı anlaşılan tutukluluğun hukuki olmadığına ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Esas Yönünden

(1) Genel İlkeler

70. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konulduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

71. Ayrıca kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple müdahalenin somut başvuruya ilişkin olarak Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53, 54).

72. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi gerektiği

belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (*Murat Narman,* § 43; *Halas Aslan*, § 55).

73. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla ya da bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 57).

74. Buna göre, tutuklama ancak "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler" bakımından mümkündür. Bir başka anlatımla tutuklamanın ön koşulu, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunmasıdır. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olguların niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

75. Ayrıca Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında tutuklama kararının "kaçma" ya da "delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini" önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 58).

76. Diğer taraftan Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"tutuklamayı zorunlu kılan"* ibaresiyle de tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret edilmektedir (*Halas Aslan*, § 72).

77. Ölçülülük ilkesi; "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını; orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

78. Bu bağlamda dikkate alınacak hususlardan biri, tutuklama tedbirinin isnat edilen suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın

ağırlığı karşısında ölçülü olmasıdır. Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 72).

79. Ayrıca tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunun söylenebilmesi için tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin yeterli olmaması gerekir. Bu çerçevede -tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan- adli kontrol yükümlülüklerinin ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından yeterli olması hâlinde tutuklama tedbirine başvurulmamalıdır. Nitekim bu hususa 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (1) numaralı fıkrasında işaret edilmiştir (*Halas Aslan*, § 79).

80. Her somut olayda tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin olup olmadığının, tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığının ve tutuklama tedbirinin ölçülülüğünün takdiri öncelikle anılan tedbiri uygulayan yargı mercilerine aittir. Zira bu konuda, taraflarla ve delillerle doğrudan temas hâlinde olan yargı mercileri Anayasa Mahkemesine kıyasla daha iyi konumdadır.

81. Bununla birlikte yargı mercilerinin belirtilen hususlardaki takdir aralığını aşıp aşmadığı Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki denetimi, somut olayın koşulları dikkate alınarak özellikle tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama kararının gerekçeleri üzerinden yapılmalıdır (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 79). Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; tutuklamaya ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterileceği belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 75).

82. Son olarak çocuklar hakkında tutuklama tedbirinin uygulandığı durumlarda bunların yanı sıra yukarıda bahsedilen uluslararası sözleşmeler ve belgeler ışığında (bkz. §§ 30-40) tutuklamanın çocuklar bakımından en son başvurulacak yol olduğu, eğer tutukluluk bir zorunluluksa bunun mümkün olan en kısa sürede sonlandırılması gerektiği dikkate alınmalıdır. Ancak bu durum, çocuklar hakkında hiçbir şekilde tutuklama tedbirinin uygulanamayacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Bakanlar Komitesinin Avrupa Konseyine üye devletlere yönelik tavsiye kararında da belirtildiği

üzere(bkz. § 39) kısmen daha büyük yaştaki çocuklar tarafından işlenmiş olan çok ciddi suçlara ilişkin istisnai olaylarda tutuklama tedbirinin uygulanması gerekebilir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

83. Başvurucu, hırsızlığa teşebbüs suçunu işlediği iddiasıyla 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır. Bu itibarla başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama suretiyle yapılan müdahalenin kanuni bir temeli bulunmaktadır.

84. Başvurucunun tutuklanmasına konu olayda soruşturma mercilerinin tespitine göre başvurucu; olay tarihinde hırsızlık yapmak amacıyla üç katlı binanın bahçesine girmiş; evin bahçesinde bulunan tek odalı malzeme odasının kilidini adli emanete alınan su borusu anahtarı ile kırmış ve bu esnada görülmesi üzerine kaçarken yakalanmıştır. Dolayısıyla olayda kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu açıktır.

85. Başvurucunun kaçarken yakalandığı da dikkate alındığında başvurucunun tutuklanmasına karar veren Hâkimlikçe tutuklama nedeni olarak dayanılan kaçma şüphesine (bkz. § 11) ilişkin olgusal bir temelin bulunduğu anlaşılmaktadır.

86. Öte yandan başvurucu hakkındaki tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bir tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda başvurucunun suç tarihinde çocuk olduğunun ayrıca gözönüne alınması gerekir.

87. Somut olayda tutuklamaya karar verilirken tutuklama kararında başvurucunun çocuk olduğunun dikkate alındığına dair herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken uluslararası sözleşme ve belgelerde yer alan ilkelere riayet edildiği, bu bağlamda diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasının yetersizliğinden bahsedilirken başvurucunun yaşının dikkate alındığı söylenemeyecektir.

88. Öte yandan çocuklar hakkındaki tutuklamanın ancak çok ciddi suçlara ilişkin istisnai olaylarda mümkün olduğu dikkate alındığında

başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken tutuklamaya konu hırsızlığa teşebbüs suçunun somut olayın koşullarında ne denli ciddi bir suç olduğu ortaya konulamamıştır. Ayrıca başvurucuya isnat edilen suçun cezası itibarıyla da ağır bir suç olduğu söylenemez. Nitekim yapılan yargılama sonucunda da başvurucun üzerine atılı suçlardan adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. 5275 sayılı Kanun'un 106. maddesindeyer alan, çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde bu cezanın hapse çevrilemeyeceği şeklindeki hüküm (bkz. § 26) de dikkate alındığında somut olayda suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı açısındantutuklama kararı verilmesinin ölçülü olduğu kabul edilemez.

89. Açıklanannedenlerle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

90. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…"*

91. Başvurucu 500.000 TL maddi, 500.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

92. Somut olayda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

93. İhlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 18.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

94. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

95. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Kişinin maddi ve manevi varlığının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapıldığına ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksunolması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Tutukluluğa itiraz incelemesinin eş değer bir hâkimlikçe yapıldığına ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksunolması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 18.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Ceyhan 5. Asliye Ceza Mahkemesine (E.2014/756, K.2015/530) GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/10/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

AYHAN BİLGEN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/5974)

Karar Tarihi: 21/12/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Aydın ŞİMŞEK
Raportör Yrd.	:	Yusuf Enes KAYA
Başvurucu	:	Ayhan BİLGEN
Vekilleri	:	Av. Mehdi ÖZDEMİR
		Av. Mesut BEŞTAŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; milletvekili olan başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olmaması ve soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, tutuklama dolayısıyla milletvekilliği görevinin yerine getirilememesi nedeniyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 15/2/2017 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmuştur.

8. Birinci Bölüm tarafından 12/12/2017 tarihinde yapılan toplantıda niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

A. Genel Bilgiler

10. Suriye'nin Türkiye sınırında bulunan Ayn el-Arap (Kobani) kentinde -PKK'nın Suriye kolu olduğu kabul edilen- PYD ile DAEŞ

arasındaki çatışmalar, 2014 yılının Eylül ayı sonunda ve Ekim ayı başında yoğunlaşmıştır. Bu sırada PKK'nın üst düzey yöneticilerinden Murat Karayılan'a ait olduğu belirtilen bir sosyal medya hesabından 5/10/2014 tarihinde saat 00.07'de *"Gençleri kadınları 7 den 70 e herkesi Kobane'ye sahip çıkmaya onurumuzu namusumuzu korumaya metropolleri işgal etmeye çağırıyoruz."* şeklinde bir açıklamada bulunulmuştur (*Gülser Yıldırım (2)* [GK], B. No: 40170, 16/11/2017, § 21).

11. PKK güdümünde yayın yaptığı belirtilen bir internet haber sitesinde 6/10/2014 tarihinde "Komalen Ciwan Koordinasyonu" (PKK'nın gençlik yapılanması) adına bir açıklama yayımlanmıştır. Açıklamada *"Bilindiği üzere 23 gündür Kobani merkezli DAİŞ* (DAEŞ) *faşizmi son barbarlığıyla devam etmektedir. ... tüm kürt gençliği şehit Jiyan, şehit Gerilla ve şehit Militan yoldaşların ruhuyla zafere kadar Arin Mirkan* (Kobani'deki çatışmalar sırasında düzenlediği intihar saldırısında ölen PYD/YPG mensubu) *çizgisinde yürümeye çağırıyoruz. Kobani ile başlayan devrim dalgası tüm Kürdistan'a yayılmalı ve bu temelde Kürdistan gençliğini ayaklanması çağrısında bulunuyoruz."* ifadelerine yer verilmiştir. Aynı sitede yer alan ve "Kürdistan Kurumlar" adına yapıldığı belirtilen bir açıklamada ise *"Kobani'ye yönelik saldırılar bir katliam eşiğine gelmiş bulunmaktadır. Bütün dünya ve insanlık bu katliama kulaklarını kapamış gözlerini yummuştur. Kürdistan halkı olarak bu durumu kabul etmemiz mümkün değil. Bu nedenle bütün halkımız Suruç'a gidebilecekler hemen bir saniye zaman kaybetmeden gitmeli ve Kürdistan'ın her karış toprağı Kobani için ayağa kalkmalıdır. Kobani tüm dünyanın gözleri önünde bir katliam tehlikesi altında iken bizim yerimizde oturmamız, uyumamız, günlük yaşantımızı sürdürmemiz mümkün değildir. Tüm halkımızı yediden yetmişebulunduğu her yerde yaşamı IŞİD ve işbirlikçisi AKP'ye dar etmeye ve serhildanı en üst düzeyde genişleterek bu katliamcı çetelere karşı durmaya çağırıyoruz."* denilmiştir (*Gülser Yıldırım (2)*, § 22).

12. 6/10/2014 tarihinde Halkların Demokratik Partisi (HDP) Merkez Yürütme Kurulu (MYK) da aynı olaylara ilişkin bir toplantı yapmıştır. Toplantı sırasında HDP'nin sosyal medya hesabından *"HALKLARIMIZA ACİL ÇAĞRI! ŞUANDA TOPLANTI HALİNDE OLAN HDP MYK'DAN HALKLARIMIZA ACİL ÇAĞRI! Kobané'de durum son derece kritiktir. IŞİD* (DAEŞ) *saldırılarını ve AKP iktidarının Kobané'ye ambargo tutumunu protesto etmek üzere halklarımızı sokağa çıkmaya ve sokağa çıkmış olanlara destek vermeye çağırıyoruz"*, *"Kobané'de yaşanan katliam girişimine karşı 7 den 70 e bütün halklarımızı sokağa, alan tutmaya ve harekete geçmeye çağırıyoruz."* ve *"Bundan*

böyle her yer Kobane'dir. Kobane'deki kuşatma ve vahşi saldırganlık son bulana kadar SÜRESİZ DİRENİŞE çağırıyoruz." şeklinde açıklama ve çağrılar yapılmıştır (*Gülser Yıldırım (2)*, § 23).

13. Yukarıda belirtilen internet haber sitesinin 7/10/2014 tarihindeki yayınında *"KCK* (PKK'nın üst yapılanması) *Yürütme Konseyi Eş Başkanlığı: DAİŞ vahşetine karşı milyonları sokağa çağırarak, 'Kuzey halkımız IŞİD çetelerine, uzantılarına hiçbir yerde yaşam şansı tanımamalıdır.' dedi. KCK, tüm sokakları Kobani sokaklarına dönüştürmeye çağırdı. KCK Yürütme Konseyi Eş Başkanlığı yaptığı yazılı açıklamada; 'Çirkin ve sinsi katliam' karşısında kürt halkından mücadeleyi her yere, her zamana taşıyarak süreklileştirmesini isterken çetelere ve uzantılarına hiçbir yerde yaşam şansı tanınma*[ma]*sı gerektiğini kaydetti. KCK, özellikle 'bu saatten itibaren milyonlar sokaklara akmalı, sınır insan seline dönüşmelidir. Türk Devletinin ve kanlı çete IŞİD'in ortaklığı sonucu sınır hattı boşaltılarak Kobani direnişi desteksiz bırakılmak istenmektedir. Halkımız bu çirkin ve sinsi katliam karşısında başlattığı mücadeleyi her yere, her zamana taşıyarak süreklileştirmelidir. Kuzey halkımız IŞİD çetelerine, uzantılarına ve destekçilerine hiçbir yerde yaşam şansı tanımamalıdır. Tüm sokaklar Kobani sokaklarına dönüştürülmeli, tarihin bu eşsiz direnişine denk bir direniş gücü ve örgütlüğü geliştirilmelidir. Bu saatten itibaren milyonlar sokaklara akmalı, sınır insan seline dönüşmelidir. Her Kürt ve onurlu her insan, dostlar, duyarlı kesimler bu andan itibaren eyleme geçmelidir. An direniş eylemini geliştirme ve büyütme anıdır. Bu temelde tüm halkımızı, duyarlı kesimleri, dostlarımızı Kobani direnişini sahiplenerek yürütmeye, başta kürt gençleri ... olmak üzere tüm gençlerin Kobani'de özgürlük saflarına katılarak, direnişi yükseltmeye çağırıyoruz'.*[dedi]*"* şeklinde açıklamalar yer almıştır (*Gülser Yıldırım (2)*, § 24).

14. Aynı sitenin 8/10/2014 tarihli yayınında ise *"KCK: Milyonlar sokaklardan ve mücadele alanlarından çekilmemeli"* başlıklı açıklamaya yer verilmiştir. Yazıda *"halkımız bulunduğu her yerde direniş mücadelesini büyüterek süreklileştirmelidir. Halkımız haklı ve meşru mücadelesini zafere kadar yüksek bir kararlılıkla sürdürmelidir. Milyonlar sokaklardan ve mücadele alanından çekilmemelidir. Halkımız; mücadeleden atılacak her geri adımın önümüzdeki günler, aylar ve zamanlarda daha büyük bedellere mal olacağı bilinciyle hareket ederek, mücadelesini kesintisiz yükseltmelidir. Ve kendi öz savunmasını güçlendirerek 'her yer Kobani, her yer direniş-serhildan' anlayışı ile direnişini zafere taşımalıdır."* şeklinde ifadeler bulunmaktadır. Ayrıca sitede yer alan *"Komalen Ciwan: Kürdistan'da devlet namına bir şey*

kalmamalı" başlıklı yazıda *"Kürt gençlik hareketi Komalen Ciwan devrim halk savaşını her alanda güçlü yürütme çağrısında bulunarak, Devletin Kürdistan'da hiçbir meşruiyeti kalmamıştır, kalmamalıdır da, yasaklarla Kürdistan'ı zindana çevirmeye çalışan kararlarına karşı Kürdistan'ı onlar için zindana çevirmeli, mezar etmeli. Kürdistan'da devlet namına bir şey kalmamalıdır."*; *"Kürdistan Halk İnsiyatifi; sokağa çıkma yasağına uymayın"* başlıklı yazıda ise *"Kürdistan Halk İnsiyatifi yayınladığı bir açıklamayla Kürt halkı ve dostlarına Türkiye'nin Kuzey Kürdistan'da ilan ettiği sokağa çıkma yasağına uymamaları ve Kobani'deki saldırılara karşı Rojava ile dayanışma eylemlerini ve serhildanlarını sürdürmesini istedi."* şeklinde açıklamalar yer almaktadır (*Gülser Yıldırım (2)*, § 25).

15. Bu çağrılar üzerine Suriye'deki çatışmalar dolayısıyla tepkilerini dile getirdiğini ileri süren gruplar 6/10/2014 tarihinden itibaren Türkiye'nin birçok yerinde günlerce devam eden ve kamuoyunda "6-7 Ekim olayları" olarak adlandırılan şiddet eylemlerini gerçekleştirmiştir. Bu eylemler sırasında ülkenin pek çok yerinde kamu binalarına, banka şubelerine, işyerlerine, araçlara, güvenlik güçlerine ve sivillere taş, sopa, molotof kokteyli ve silahlarla saldırıda bulunulmuştur. Bu sırada kamu makamlarınca güvenliğin sağlanması için birçok şehirde eğitime ara verilmiş ve sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir (*Gülser Yıldırım (2)*, § 26).

16. Kamu makamlarının ve soruşturma mercilerinin tespitlerine göre (aralarında İstanbul, Ankara, İzmir, Adana, Mersin, Şanlıurfa, Van, Erzurum, Diyarbakır ve Gaziantep gibi büyük kentlerin de olduğu) 36 ayrı ilde gerçekleştirilen şiddet eylemleri sonucunda (2'si güvenlik görevlisi) 45 kişi hayatını kaybederken (331'i güvenlik görevlisi) 769 kişi yaralanmıştır. Ayrıca çatışmalar sırasında 5 örgüt mensubunun hayatını kaybettiği, 3 örgüt mensubunun ise yaralandığı belirtilmiştir. Öte yandan ülke genelinde gerçekleştirilen 2.389 şiddet eylemine 121.899 kişinin katıldığı, olaylarda (737'si güvenlik güçlerine ait olmak üzere) 1.881 aracın zarar gördüğü, (27'si kaymakamlık, 52'si emniyet, 283'ü okul, 73'ü siyasi parti, 12'si belediye binası olmak üzere) 2.558 binaya saldırıda bulunulduğu ve zarar verildiği tespit edilmiştir. Olaylara ilişkin olarak 4.291 şüpheli gözaltına alınmış, bunlardan 1.105'i hakkında tutuklama tedbiri uygulanmıştır (*Gülser Yıldırım (2)*, § 27).

B. Başvurucunun Tutuklanmasına İlişkin Süreç

17. Başvurucu 7/6/2015 ve 1/11/2015 tarihlerinde HDP'den Kars milletvekili seçilmiştir. Başvurucu hâlen milletvekilidir.

18. Başvurucu hakkında milletvekili olarak görev yaptığı dönemde işlediği iddia olunan suçlara ilişkin olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma yürütülmüştür. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz."* hükmü uyarınca yasama dokunulmazlığına sahip olan başvurucunun dokunulmazlığının kaldırılması istemiyle iki ayrı fezleke düzenlenmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) sunulmak üzere Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmiştir.

19. Bu fezlekelerde özetle başvurucunun kamuoyunda "6-7 Ekim olayları" olarak adlandırılan şiddet eylemlerini tahrik ve teşvik ettiği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda Kobani'de PKK terör örgütünün Suriye'deki uzantısı olduğu ifade edilen PYD/YPG ile DAEŞ arasındaki çatışmaların yoğunlaştığı dönemde PKK'nın yayın organlarında yapılan açıklamalarla halkın ayaklanmaya çağrıldığı -başvurucunun da üyesi olduğu- HDP MYK adına sosyal medya üzerinden yapılan açıklamayla da halkın sokağa ve direnişe davet edildiği, bu çağrılar üzerine ülkenin birçok yerinde binlerce kişi tarafından gerçekleştirilen büyük şiddet olaylarının yaşandığı belirtilmiştir (bkz. §§ 10-16).

20. 2014 yılının Ekim ayında yaşanan ve ülkenin büyük bir bölümünü etkileyen şiddet olayları ve sonrasında 2015 yılının Haziran ayından itibaren ülkede yaşanan terör saldırılarının artması (*Gülser Yıldırım (2)*, §§ 28-33) dolayısıyla siyasi çevrelerde ve kamuoyunda milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılması hususunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda değişiklik yapılmasını öngören kanun teklifi 12/4/2016 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulmuştur. Bu teklif; hâlihazırda Bakanlıkta, Başbakanlıkta, TBMM Başkanlığında, Anayasa ve Adalet Komisyonlarının üyelerinden kurulu Karma Komisyonda bulunan yasama dokunulmazlığı dosyalarıyla ilgili olarak Anayasa'da ve TBMM İçtüzüğü'nde öngörülen yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin usulün uygulanmamasını ve bu dosyaların gereğinin yapılması amacıyla yetkili mercilere iade edilmesini öngörmektedir.

21. TBMM Genel Kurulunda 20/5/2016 tarihinde kabul edilen 6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'ya eklenen geçici 20. madde ile *"Bu*

maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz./ Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir." hükmü getirilmiştir.

22. Anayasa değişikliği 8/6/2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Buna göre anılan maddenin TBMM tarafından kabul edildiği 20/5/2016 tarihi itibarıyla maddede sayılan mercilere intikal etmiş olan dosyalar hakkında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan yasama dokunulmazlığına ilişkin hüküm (bkz. § 18) uygulanmayacaktır. Ayrıca Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş gün içinde Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, TBMM Başkanlığında, Başbakanlık ve Bakanlıkta bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaların gereğinin yapılması amacıyla yetkili merciine iade edileceği öngörülmüştür.

23. Böylece Bakanlık verilerine göre Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) grubuna mensup 29 milletvekiline ait 50, Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) grubuna mensup 59 milletvekiline ait 215, Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) grubuna mensup 10 milletvekiline ait 23, HDP grubuna mensup 55 milletvekiline ait 518 ve 1 bağımsız milletvekiline ait 5 fezlekeyle ilgili olarak yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümler uygulanmamış ve bu dosyalar gereği için ilgili mercilere iade edilmiştir.

24. Bu kapsamda başvurucu hakkındaki iki ayrı fezlekeye konu olan soruşturma dosyaları da Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü aracılığıyla gereğinin takdir ve ifası için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca,anılan soruşturmalara ilişkin olarak Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının yetkili olduğundan bahisle yetkisizlik kararı verilmiştir.

25. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine Diyarbakır 3. Sulh Ceza Hâkimliği 27/1/2017 tarihinde, başvurucu hakkındaki soruşturma dosyasına ilişkin olarak *"soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği"* gerekçesiyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca müdafinin dosya içeriğini incelemesinin ve belgelerden örnek almasının kısıtlanmasına karar vermiştir.

26. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı 29/1/2017 tarihinde başvurucunun yakalanarak gözaltına alınmasına karar vermiştir. Aynı gün gözaltına alınan başvurucu, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına getirilmiş ve burada ifade vermiştir. İfade alma işlemi sırasında başvurucunun üç avukatı hazır bulunmuştur. İfade tutanağında, ifade alma işlemi öncesinde isnat edilen suçlamaların başvurucuya açıklandığı belirtilmiştir. Başvurucu ifadesinde *"... Siyasi kapsamda değerlendirilecek eylemlerin soruşturma konusu yapılmasının Anayasanın 90. maddesine aykırı olduğunu belirtmek istiyorum. Uluslararası sözleşmeler ve anlaşmalar iç hukukumuzun bir parçasıdır ve bütün bu mevzuat doğrultusunda milletvekillerinin yargılanmasının yasal bir prosedürü vardır. Dolayısıyla dokunulmazlığımın kaldırılması hukuki değildir. 6-8 Ekim olayları neticesinde meydana gelen ülkenin değişik yerlerindeki hadiselerin sebebiyetinin araştırılması için Mecliste araştırma komisyonu oluşturulması için müracaatta bulunmuştum. Mecliste bu talebimiz yerinde görülmeyerek reddedilmişti. Mecliste ki bu talebimizin reddinin suç teşkil ettiğini düşünüyorum. Ben partimin MYK üyesiydim. O tarihlerde milletvekili olmayan MYK üyesi arkadaşlarımızdan olayla ilgili ifade vermek amacıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına müracaat edenler olmuştu. Bildiğim kadarıyla bir kısmının ifadesi alınmış, bir kısmının da ifadesi alınmamıştı. Soruşturmanın bu kısmına ilişkin hukuki yürütülmediğine dair endişelerim vardır."* şeklinde beyanda bulunmuş ve suçlamalara karşı savunma yapmak istemediğini söylemiştir.

27. Başvurucunun müdafileri ise HDP MYK toplantısının örgütün çağrısı doğrultusunda yapıldığının doğru olmadığını, HDP MYK toplantısında herhangi bir suç çağrısının yapılmadığını, yazılı bir kararın alınmadığını, meydana gelen olaylar ile bu çağrılar arasında illiyet bağının kurulamayacağını, dokunulmazlığın devam ettiğini belirterek başvurucunun serbest bırakılmasını talep etmişlerdir.

28. Başvurucu29/1/2017 tarihinde tutuklanması istemiyle Diyarbakır 4.Sulh Ceza Hâkimliğine sevk edilmiştir. Tutuklama talep yazısında

HDP'ye ait olan sosyal medya hesabından atılan tweetlerin terör örgütünün çağrı ve talimatı ile atıldığı, bu suretle olay tarihinde HDP MYK üyesi olan başvurucunun terör örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olmak suretiyle üzerine atılı silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunduğu, müsnet suçun katalog suçlardan olduğu, dolayısıyla başvurucu yönünden tutuklama nedenlerinin bulunduğu belirtilmiştir.

29. Başvurucu, sorgu sırasında *"... söz konusu tweetler Türkiyenin tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre ifade özgürlüğü kapsamındadır, şok edici rahatsız edici açıklamalar bile AİHM kararında özgürlük kapsamında yer almaktadır, MYK toplantısı yapıldı bu konu değerlendirildi ancak böyle bir karar yok, Twitter paylaşımını kimin yaptığı da bilinmiyor, biz böyle bir karar da almadık,tweet atılması konusunda bir karar alınmadı ancak Kobani olayları tartışıldı,yazılı herhangi bir karar yok, biz böyle bir karar almadık, sadece tartışıldı, tweetler konusunda dediğim gibi böyle bir karar ve konuşmamız olmamıştır, kim tarafından atıldığını da bilmiyoruz, MYK da sadece Kobani olayları konusu tartışılmıştır, bu konuyla ilgili twett atma şeklinde herhangi bir karar alınmamıştır, MYK'nın böyle bir yazılı kararı da yoktur, bu twett'in kimin attığını ben bilmiyorum,halkı tahrik etme gibi bir niyetimiz de söz konusu değildir, sonraki olaylar ile MYK toplantısında tartıştığımız konuyla illiyet bağı da yoktur, biz daha sonradan Mecliste araştırma önergesi verdik ancak bu da kabul edilmedi, yaşanan olaylardan bizim bu nedenle herhangi bir sorumluluğumuz olamaz, KCK'nin açıklaması MYK toplantımızdan sonra atılan twettirlerdir ayrıca Murat Karayılan adına atılan twetti kimin attığını bilemeyiz sosyal medyada herkes istediği isim altında tweet atabilir bizim bunları takip etme imkanımız da yoktur ..."* şeklinde savunma yapmıştır.

30. Diyarbakır 4. Sulh Ceza Hâkimliği 29/1/2017 tarihli kararıyla başvurucunun tutuklanması talebinin reddine karar vermiştir. Bununla birlikte Hâkimlik tarafından, yurt dışına çıkmasının yasaklanması ve soruşturması tamamlanıncaya kadar en yakın polis karakoluna ayda bir kez imza atması yükümlülükleri uygulanmak suretiyle başvurucunun adli kontrol altına alınmasına karar verilmiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

> *"... şüpheli tarafından söz konusu twettin atılmasına katılma veya talimatı olduğuna dair, kendi beyanının aksini gösterir, herhangi bir beyyine olmadığı anlaşılmakla, bu aşamada tutukluğun ölçülü olmayacağı ancak meydana gelen*

olayların iç ve dış bağlantılarının olabileceği, soruşturmanın ve meydana gelen olaylar ile ilgili diğer dava ve soruşturmaların daha devam ettiği değerlendirildiğinde, şüphelinin adli kontrol hükümlerine tabi tutulmasının ölçülü olacağı tutuklamanın bir ceza değil tedbir olduğu dikkate alınarak C.Savcılığının şüphelinin tutuklanması hakkındaki talebinin reddine [karar verildi.]"

31. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tutuklama talebinin reddine ilişkin karara itiraz etmiştir. İtiraz yazısında; söz konusu tweetlerin HDP MYK'da alınan kararlar doğrultusunda HDP'nin resmî twitter hesabından paylaşıldığı, bu paylaşımın PKK yöneticilerinin sosyal medya hesapları üzerinden yaptıkları paylaşımlardan hemen sonra yapıldığı, başvurucunun ifade alma işlemi ve sorgusu sırasında söz konusu tweetlerin içeriğini kabul etmediğini söylemediği, bu yönde bir açıklamasının olduğuna dair herhangi bir beyan veya delilin de bulunmadığı, başvurucunun sorgudaki ifadesinde HDP MYK toplantısında Kobani olaylarının tartışıldığını ve toplantıya katıldığını beyan ettiği, dolayısıyla toplantıda bulunduğuna dair herhangi bir şüphenin olmadığı belirtilmiş; başvurucu hakkında tutuklamaya yönelik yakalama emri düzenlenmesine karar verilmesi talep edilmiştir.

32. Diyarbakır 5. Sulh Ceza Hâkimliği 30/1/2017 tarihinde itirazın kabulüne, başvurucu hakkındaki adli kontol kararının kaldırılmasına ve tutuklamaya yönelik yakalama emri çıkarılmasına karar vermiştir.

33. Başvurucu 31/1/2017 tarihinde Diyarbakır 5. Sulh Ceza Hâkimliği önünde hazır edilmiştir. Başvurucunun buradaki sorgusu sırasında da üç avukatı hazır bulunmuş; sorgu tutanağında, isnat edilen suçların başvurucuya okunup anlatıldığı belirtilmiştir. Başvurucu, ifadesinde *"... Bahsi geçen tarihte MYK toplantısı akşam saatlerinde yapılmıştı. Ancak dosyada mevcut ve tarafıma söylenen twettlerin atılış saati 10:51 ve 11:00 saatleridir. Bu saatlerde yapılmış bir MYK toplantısı yoktur. Ben o gün yapılan MYK toplantısına katılmadım. Televizyon programı vardı ona gitmiştim. Dolayısıyla o gün ki toplantıda yoktum. Atılan twettlerden de haberim yoktur. Böyle bir karar altında benim imzam da yoktur. Daha doğrusu bu yönde alınmış bir MYK kararı mevcut değildir. Böyle bir karar olmuş olsaydı rutin uygulama gereği MYK toplantısında alınan kararlar bize sunularak imzamız alınmaktadır. O gün böyle birşey de yaşanmadı. Ben o gün yapılan MYK toplantısına hiç bir şekilde katılmadım. Televizyon programı bittikten sonra toplantıya kaldığı yerden devam*

ederim diye düşündüm ancak ertesi gün Muş'taki program nedeniyle toplantıya gitmedim ve uçak ile Muş'a ertesi gün gittim, oradaki programa katıldım. Buna ilişkin belgeleri avukatlarım sunacaktır ... Tüm MYK toplantılarında o dönem yaşanan olaylar ayrıntılı bir şekilde genelde her toplantıda konuşulur ve görüşülürdü. Bana özelde bu tarihe ilişkin yapılan toplantıya ilişkin bir soru sorulmadı. Benim daha önceki beyanlarımda geçen toplantılardan kastım genelde o süreçte yapılan toplantılarda konuşulan konuya ilişkindir. Yoksa ben 6 Ekim 2014 tarihinde yapılan MYK toplantısında yer aldığıma dair bir beyanda bulunmadım." şeklinde anlatımda bulunmuştur. Başvurucunun müdafileri de benzer açıklamalarda bulunarak başvurucunun serbest bırakılmasını talep etmişlerdir.

34. Diyarbakır 5. Sulh Ceza Hâkimliği 31/1/2017 tarihinde başvurucunun silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmasına karar vermiştir. Tutuklama kararında, öncelikle "*6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na eklenen geçici 20. madde uyarınca atılı suçlar yönünden yasama dokunulmazlığının bulunmadığı ve bu nedenle soruşturma ve kovuşturma işlemi yapılabileceği*" şeklinde değerlendirme yapılmıştır.

35. Anılan kararda, başvurucuya isnat edilen eylemlere ilişkin olarak aşağıdaki değerlendirmelere yer verilmiştir.

> *"... Her ne kadar şüpheli savunmasında bu tarihte yapılan MYK toplantısında yer almadığını beyan etmiş ise de bundan önceki soruşturma dosyasındaki beyanlarında söz konusu toplantıda Kobani eylemlerinin konuşulduğunu ve görüşüldüğünü ancak tweet atmaya dönük bir karar alınmadığını kendisinin böyle bir kararın altında imzasının bulunmadığını beyan ettiğinin anlaşıldığı yine şüpheli müdafii tarafından sunulan belgelerde şüphelinin 07.10.2014 tarihinde Muş iline hava yolu ile seyahat ettiğine dair belge sunulmuş ise de söz konusu MYK toplantısının yapıldığı tarihin 06.10.2014 tarihi olduğu hususları nazara alındığında bu yöndeki şüpheli ve müdafii savunmasına itibar edilmemiş, Bu şekilde 6-10 Ekim 2014 olaylarının PKK-KCK Terör Örgütünün çağrıları ile şüphelinin üyesi olduğu parti MYK'sının çağrıları üzerine başladığı, HDP Genel Merkezine ait resmi twitter hesabındanMYK Toplantısının sonucu olarak söz konusu çağrıların yapıldığı, soruşturma dosyası içerisine bir haber sitesinin aslı gibidir yapılarak alınan 15 Ekim 2014 tarihli HDP Genel Başkanı Selahattin DEMİRTAŞ ile yapılan röportaj içeriğinde 'O eylem çağrısını yapan da ben değilim. Partimin MYK'sının kararıydı. Üstlenirim tabii ama o çağrıyı tek başıma yapmışım*

gibi benim üzerimden bir algı operasyonuna girişildi.' şeklinde beyanatının bulunduğunun anlaşıldığı,

Yukarıda belirtilen gerekçelerle şüphelinin üyesi olduğu ve katıldığı MYKtoplantısısırasında ve sonrasında yapılan çağrı neticesi gerçekleşen olaylar ile yapılan çağrının PKK-KCK Terör Örgütünün çağrıları ile aynı zamanda yapılması ile sonrasında yaşanan vehamet arz eden öldürme yaralama yağmalama olayları bir arada değerlendirildiğinde şüphelinin üzerine atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesi oluşturan somut deliller bulunduğu ... anlaşıldığından ... tutuklanmasına [karar verildi.]"

36. Başvurucu 2/2/2017 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiş, Diyarbakır 1. Sulh Ceza Hâkimliği 6/2/2017 tarihinde itirazın kesin olarak reddine karar vermiştir.

37. Başvurucu 15/2/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

38. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının 8/2/2017 tarihli iddianamesiylebaşvurucunun silahlı terör örgütüne üye olma, suç işlemeye tahrik etme, 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefet etme suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

39. İddianamede, başvurucu hakkında daha önce düzenlenen iki ayrı fezlekedeki olaylar (bkz. § 19) suçlamaya konu edilmiştir. Savcılık suçlamaya konu eylemlere ilişkin hukuki değerlendirmelerini ortaya koymuştur. Bu değerlendirmeler şöyledir:

"... Şüphelinin söylem ve eylemleri, bulunmuş olduğu konum, toplumun geniş halk kitlelerini PKK terör örgütünün emir ve talimatları doğrultusunda yönlendirme kabiliyeti nazara alınarak, eylemler bir bütün olarak silahlı terör örgütü üyeliği şeklinde nitelendirilmiştir.

PKK terör örgütü tarafından yapılan açıklama ve çağrı üzerine partinin karar organı olan MYK'da yapılan görüşme ve alınan karar üzerine partinin kurumsal twitter hesabından MYK kararı olarak açıklama yapılmış, akabinde binlerce insan sokağa dökülerek birçok menfureylem gerçekleştirmişlerdir. Şüpheli Ayhan BİLGEN her ne kadar suçlamayı kabul etmese bile,partinin MYK üyesi olduğundan karara iştirak etmiştir. Zira partinin Genel Başkanı Selahattin DEMİRTAŞ 30/11/2014 tarihinde haber7.com isimli haber sitesine

vermiş olduğu beyanatta özetle; 'O eylem çağrısını yapan da ben değilim. Partimin MYK'sının kararıydı. Üstlenirim tabi. Ama o çağrıyı tek başıma yapmışım gibi bir algı operasyonuna girişildi. Çünkü kitlelerin sempatisini kazanmıştım.' şeklinde ifadede bulunarak sorumluluğun tüm MYK üyelerine ait olduğunu söylemiştir. Dolayısıyla şüphelinin eylemi TCK'nın 214/1 ve 214/son yollamasıyla 2911 sayılı Yasanın 27. maddesi delaletiyle aynı Yasanın 34/1-2. (cümle) maddesinde yazılı bulunan suç tipine uymaktadır ..."

40. 17/2/2017 tarihinde iddianameyi kabul eden Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi, aynı tarihte -Ankara ağır ceza mahkemelerinin yetkili olduğu gerekçesiyle- yetkisizlik kararı vermiştir.

41. Dosyanın gönderildiği Ankara 13. Ağır Ceza Mahkemesi 17/3/2017 tarihinde karşı yetkisizlik kararı vermiş ve yetki uyuşmazlığının giderilmesi için dosyayı Yargıtay 5. Ceza Dairesine göndermiştir.

42. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 31/5/2017 tarihli ilamıyla Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesinin yetkisizlik kararının kaldırılmasına karar vermiştir. Bunun üzerine dava dosyası Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2017/658 sırasına kaydedilmiştir.

43. Davanın ilk duruşması 8/8/2017 tarihinde yapılmış ve Silivri Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu bulunan başvurucunun ifadesi, Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi vasıtasıyla alınmıştır. Başvurucu, ifadesinde *"... Şimdi katılmadığım bir MYK toplantısından dolayı yargılanıyor olmam galiba ispata ihtiyaç bırakmayacak bir durum ... müddeyi iddiasını ispatlamakla mükelleftir. Eğer bu evrensel bir ilke ise doğruysa ki doğrudur galiba bu toplantıya kim katılmış, nasıl karar alınmış, MYK kararları nasıl alınır nasıl uygulanır buna dair dosyaya bir şey koyması gerekiyor. Ben ... düzenli olarak MYK toplantılarına katılırım mazeretsiz katılmadığım bir toplantı yoktur. Ama aynı saatte bir TV programımla çakıştığı için MYK toplantısı da planlanan saatten geçe kaldığı için yani o gün parti meclisi toplantısı çok geç saatte bittiği için toplantı başlarken toplantıdan ayrılmak zorunda kaldım. Dolayısıyla da burada 6 aydır tutuklu kalmamın sebebi sadece MYK üyesi olmamdır ..."* şeklinde beyanda bulunmuştur.

44. Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi 8/9/2017 tarihinde resen yaptığı tutukluluk incelemesi sonucunda *"üzerine atılı bulunan suçun vasfının değişme ihtimali, sorgusunun yapılmış olması, tutuklulukta geçirdiği süre gözetildiğinde suçun vasfı değiştiğinde tutuklama tedbiri ölçülü ve orantılı*

olmayacağı" gerekçesiyle başvurucunun tahliyesine karar vermiştir. Başvurucu aynı gün serbest bırakılmıştır.

45. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tahliye kararına itiraz etmiştir. Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi 15/9/2017 tarihinde Başsavcılığın itirazını kabul ederek başvurucu hakkında yakalama emri çıkarılmasına karar vermiştir.

46. Başvurucu, anılan karara itiraz etmiş; itirazı değerlendiren Diyarbakır 7. Ağır Ceza Mahkemesi 27/9/2017 tarihli kararıyla yakalama emrinin kaldırılmasına kesin olarak karar vermiştir.

47. Dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemesinde derdesttir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

48. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama nedenleri"* kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

...”

49. 5271 sayılı Kanun’un *“Tutuklama kararı”* kenar başlıklı 101. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re’sen mahkemece karar verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adlî kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir.

(2) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

a) Kuvvetli suç şüphesini,

b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,

c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.”

50. 5271 sayılı Kanun’un *“Adlî kontrol”* kenar başlıklı 109. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (3) numaralı fıkrasının ilgili bölümleri şöyledir:

“(1) Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

…

(3) Adlî kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:

a) Yurt dışına çıkamamak.

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.

c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.

...

f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak.

g) Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adlî emanete teslim etmek.

...

j) Konutunu terk etmemek.

k) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.

l) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek."

51. 5271 sayılı Kanun'un *"Müdafiin dosyayı inceleme yetkisi"* kenar başlıklı 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili bölümü ile (3) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

"(2) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir. Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

...

(3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz."

(4) Müdafi, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir."

52. 6/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Silâhlı örgüt"* kenar başlıklı 314. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir."

53. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun *"Terör tanımı"* kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

54. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör suçlusu"* kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır."

55. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör suçları"* kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır."

56. 3713 sayılı Kanun'un *"Cezaların artırılması"* kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adlî para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabilir. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Metinleri

57. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Özgürlük ve güvenlik hakkı"* kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

...

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

..."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

58. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi uyarınca yalnızca bir ceza soruşturması veya kovuşturması çerçevesinde kişinin suç işlediğine dair

şüphenin bulunması hâlinde yetkili adli makamın huzuruna çıkarılması amacıyla tutuklanabileceği yönündeki içtihadını (*Jecius/Litvanya*, B. No: 34578/97, 31/7/2000, § 50; *Wloch/Polonya*, B. No: 27785/95, 19/10/2000, § 108) yakın dönemde verdiği *Buzadji/Moldova* ([BD], B. No: 23755/07, 5/7/2016) kararında geliştirmiştir. Buna göre ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin varlığı yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin bulunduğunun ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konulması gerekir.

59. AİHM'e göre ilk tutuklama için yeterli görülen makul şüphenin varlığı, elde edilen deliller ve somut olayın kendine özgü koşulları da dikkate alındığında olaylara dışarıdan bakan, tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olmalıdır. Toplanan deliller, objektif bir gözlemciye sunulduğunda şüpheli ya da sanığın atılı suçu işlemiş olabileceği yönünde gözlemcide kanaat oluşturmaya yeterli ise somut olayda makul şüphe vardır. Diğer bir ifade ile inandırıcı neden ya da makul şüphe, suçlanan kişinin üzerine atılı suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olay, olgu veya bilginin varlığını gerektirmektedir (*Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, B. No: 12244/86-12245/86-12383/86, 30/8/1990, § 32; *O'Hara/Birleşik Krallık*, B. No: 37555/97, 16/10/2001, § 34).

60. AİHM, tutukluluğu meşru kılan makul dört temel neden belirlemiştir: Sanığın duruşmaya çıkmama (kaçma) tehlikesi (*Stögmüller/Avusturya*, B. No: 1602/62, 10/11/1969, hukuki gerekçe bölümü § 15), sanığın serbest bırakıldıktan sonra adaletin iyi idaresine zarar verecek tarzda önlemler alabilecek olma tehlikesi (*Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27/6/1968, hukuki gerekçe bölümü § 14), tekrar suç işleme tehlikesi (*Matznetter/Avusturya*, B. No: 2178/64, 10/11/1969, hukuki gerekçe bölümü § 7) ve kamu düzenini bozma tehlikesidir (*Letellier/Fransa*, B. No: 12369/86, 26/6/1991, § 51).

61. Türk milletvekillerinin tutuklanması da AİHM kararlarına konu olmuştur. Bu bağlamda 20/10/1991 tarihinde yapılan Genel Seçim'de milletvekili seçilen ve milletvekili olarak görev yaparken TBMM tarafından dokunulmazlıkları kaldırılan Sırrı Sakık, Ahmet Türk, Mehmet Hatip Dicle, Leyla Zana, Mahmut Alınak ve Orhan Doğan devletin istiklalini ve birliğini bozmak veya devletin hâkimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmak ve PKK terör örgütüyle bağlantılı

olmakla suçlanmışlardır. Bu kişilerin anılan suçlara ilişkin soruşturma kapsamında 17/3/1994 tarihinde mahkemece tutuklanmaları üzerine yaptıkları başvuruda, diğer şikâyetlerin yanında suç işlendiğine dair makul bir şüphe bulunmadan tutuklandıkları (tutuklamaların hukuka uygun olmadığı) ileri sürülmüştür.

i. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) *Sakık ve diğerleri/ Türkiye* (B. No: 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94 ve 23883/94, 23/5/1996) kararında, başvurucuların bu iddialarına ilişkin olarak Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Anılan kararda, devletin birliği ve ülke bütünlüğünü bozma suçlamasıyla yasama dokunulmazlığı kaldırılan ve tutuklanan milletvekili başvurucuların Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin (DGM) 8/12/1994 tarihli kararıyla bölücülük propagandası yapma ve/veya silahlı örgüte üye olma suçlarından hüküm giydiklerine dikkat çekilmiş; tutuklamanın hukuki olmadığı iddiası reddedilirken aşağıdaki değerlendirmelere yer verilmiştir (bkz. §§ 54-58):

"54. Komisyon tutuklamanın hukukiliğiyle ilgili olarak, Sözleşme'nin, özünde iç hukuktaki düzenlemelere öncelikle atıfta bulunduğunu ve usule ilişkin bir mesele olarak iç hukukun birtakım maddi standartları haiz olması yükümlülüğü öngördüğünü; fakat bunun yanında herhangi bir özgürlükten yoksun bırakılmanın, Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyi keyfiliğe karşı koruma amacıyla uyumlu olması gerekliliğini hatırlatır.

55. Şüphenin derecesiyle ilgili olarak Komisyon, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi bağlamında yapılan gözaltı sırasındaki sorgulamanın konusunun, tutuklamanın dayandığı somut şüphelerin reddedilmesi ya da onaylanması suretiyle ceza soruşturmasının tamamlanması olduğunu hatırlatır. Makul şüphenin varlığı, söz konusu bireyin isnat edilen suçu işlediği hususunda objektif bir gözlemciyi ikna edecek bilgi veya olgunun bulunmasını gerekli kılar. Bununla birlikte neyin 'makul' sayılabileceği hususu somut olayın koşullarının tümüne bağlıdır.

56. Somut başvuruda, Komisyon öncelikle başvurucuların yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasıyla ilgili sürecin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında tutuklanmalarına ilişkin prosedürün bir parçası olmadığını ve başvurucuların, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılması sürecindeki

sakatlıkların Sözleşme'nin bu hükmü ile uyumlu olmadığı yönündeki şikâyetini not eder.

57. Başvurucuların suç işlediklerine dair makul şüphelerin varlığı konusunda ise Komisyon, başvurucuların devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçlamasıyla Ankara DGM Cumhuriyet Savcısının talimatıyla gözaltına alındıklarını belirtir. Yakalanmalarının ardından başvurucular devlet güvenlik mahkemelerinin görevine giren toplu suçların soruşturulması prosedürüne ilişkin Türk mevzuatına uygun olarak 12 ila 14 günlük sürelerde hâkim önüne çıkarılmışlardır. Başvurucuların yakalanması kararını veren savcı 21/6/1994 tarihli iddianame ile onları, Türk Ceza Kanunu'nun bazı hükümlerini ihlal etmekle suçlamıştır. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi 8/12/1994 tarihli kararla başvuruculardan Türk, Zana, Dicle ve Doğan'ın Türk topraklarının bir kısmını ayırmayı amaçlayan silahlı örgüt üyeliğinden, Sakık ve Alınak'ın ise bölücülük propagandası yapmaktan suçlu olduklarını söylemiştir.

58. Buna göre, Komisyon somut olayla ilgili olgular ışığında başvurucuların, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası anlamında suç işlediklerinden 'şüphelenilecek makul sebepler' temelinde 'yasal yollara uygun bir şekilde' tutuklanmış ve gözaltına alınmış olduklarının kabul edilebileceğini düşünmektedir."

ii. Başvurucular, Avrupa İnsan Hakları Divanı (Divan) önündeki incelemede Komisyonun vardığı sonucu kabul ettiklerini bildirmişlerdir. Divan da Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edilmediğinin açık olduğu sonucuna varmıştır (*Sakık ve diğerleri/Türkiye*, § 40).

62. AİHM, tutuklandıktan sonra milletvekili seçilen *Mustafa Ali Balbay* tarafından yapılan başvuruda, suç işlendiğine dair şüphe duyulması için makul sebepler bulunmadığı için tutuklamanın hukuki olmadığı yönündeki iddiayı incelerken başvurucuya yöneltilen suçlamalara (bir suç örgütünün hükûmeti şiddet kullanarak devirmek amacıyla faaliyetlerde bulunmakla suçlanan aktif üyelerinden biri olmak, özellikle basın ile söz konusu suç örgütü arasında koordinasyon görevini üstlenmek, ülkede kaotik bir durum yaratmak için bahsi geçen örgütün askerî üyelerinin talimatı altında faaliyet yürütmek, eski bir kuvvet komutanı askerin darbe günlüğünün bir bölümünü saklamak ve devletin gizli belge ve bilgilerini

yasa dışı şekilde elde etmek) dikkat çekmiş; başvurucunun ağır nitelikteki bu suçları işlediğine dair şüphelere dayanılarak telefon dinleme kayıtları, bazı suç ortaklarının ifadeleri, farklı aramalar sırasında el konulan belgeler gibi delillerin Savcılık tarafından yakalama öncesinde toplandığını belirtmiş ve yargılama sonucunda başvurucunun 35 yıl 4 ay hapis cezasına mahkûm edildiğine vurgu yapmıştır. AİHM, bu değerlendirmesi sonucunda ceza dosyasının başvuranın kovuşturulmasına neden olan suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek bilgiler içerdiği kanaatine vararak başvurucunun iddialarını açıkça dayanaktan yoksun görerek kabul edilemez bulmuştur (*Balbay/Türkiye* (k.k.), B. No: 666/11-73745/11, 3/3/2015, §§ 66-75).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

63. Mahkemenin 21/12/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Soruşturma Dosyasına Erişimin Kısıtlandığına İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

64.Başvurucu; gözaltı ve tutuklama süreçlerinde suçlamalara dair ayrıntılı şekilde bilgilendirilmediğini, soruşturma dosyasını inceleme talebinin kısıtlama kararı gerekçe gösterilerek kabul edilmediğini, soruşturma konusu suçların işlendiği iddia edilen tarihten uzun bir süre sonra -gözaltına alınmasının hemen öncesinde- verilen kısıtlama kararında neden soruşturmanın tehlikeye düşeceğinin açıklanmadığını, kısıtlama kararı dolayısıyla kendisine yönelik suçlamaları ve bunların delillerini öğrenemediğini ve suçlamalara cevap verme imkânı bulamadığını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre soruşturma mercilerinin bu tutumu "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkeleriylebağdaşmamaktadır. Zira bu durum kendisini Savcılık makamına göre dezavantajlı konuma getirmektedir. Başvurucu sonuç olarak tutuklamaya karşı etkili bir şekilde itirazda bulunma imkânından yoksun bırakıldığını ve savunma hakkının kısıtlandığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

65. Bakanlık görüşünde; öncelikle başvurucunun 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde düzenlenmiş olan tazminat yoluna başvurmadığı, bu yolun suçlamalar hakkında bilgilendirilmeyen kişilere

tazminat hakkı sağladığı belirtilmiştir. Bakanlık ayrıca başvurucunun kısıtlama kararını öğrendiği tarihten itibaren bu karara karşı itiraz hakkının bulunduğunu ancak bu yola başvurmadığını belirtmiştir. Öte yandan Bakanlık görüşünde, ifade alma işlemi sırasında hakkındaki suçlamaların başvurucuya anlatıldığı, başvurucunun hangi suçlardan hangi nedenlerle tutuklandığının tutuklama kararında açık bir şekilde belirtildiği vurgulanmış; buna göre başvurucunun suçlamalardan bilgi sahibi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

66. Bakanlık son olarak başvurucunun tutukluluğa itiraz dilekçesine atıf yapmak suretiyle hakkındaki iddiaları çürütme imkânına sahip olduğunu ifade etmiştir.

2. Değerlendirme

67. Anayasa'nın *"Kişi hürriyeti ve güvenliği"* kenar başlıklı 19. maddesinin sekizinci fıkrası şöyledir:

"Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir."

68. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Genel İlkeler

69. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası, yakalanan veya tutuklanan kişiye yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların hemen yazılı olarak bildirilmesini, yazılı bildirimin mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl; toplu suçlarda ise en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilmesini öngörmektedir (*Günay Dağ ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, § 168).

70. Diğer taraftan Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca; hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar

verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. Fıkrada öngörülen bu usulde, adil yargılanma hakkının bütün güvencelerini sağlamak mümkün değilse de iddia edilen tutmanın koşullarına uygun somut güvencelerin yargısal nitelikli bir kararla sağlanması gerekir (*Mehmet Haberal*, B.No: 2012/849, 4/12/2013, §§ 122, 123).

71. Bu bağlamda tutukluluk hâlinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkelerine riayet edilmelidir (*Hikmet Yayğın*, B. No: 2013/1279, 30/12/2014, § 30). Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usul hakları bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını, bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir (*Bülent Karataş*, B. No: 2013/6428, 26/6/2014, §§ 70, 71).

72. Özellikle üçüncü kişilerin temel haklarını korumak, kamu menfaatini gözetmek veya adli makamların soruşturma yaparken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak gibi amaçlarla soruşturma aşamasında bazı delillere erişim yönünden kısıtlama getirilmesi gerekebilir. Bu nedenle soruşturma evresinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasının demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olmadığı söylenemez. Ancak dosyaya erişim hakkına getirilecek kısıtlamanın kısıtlama kararıyla ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması, savunma hakkının yeterince kullanılmasını engelleyecek nitelikte bulunmaması gerekmektedir (AYM, E.2014/195, K.2015/116, 23/12/2015, § 107).

73. Yakalanan bir kişiye yakalanmasının temel maddi ve hukuki sebepleri teknik olmayan ve kişinin anlayabileceği basit bir dilde açıklanmalı; böylece kişi, uygun görürse hürriyetinden yoksun bırakılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında kanuna uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurma imkânına sahip olabilmelidir. Bununla birlikte Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası; yakalama veya tutuklama sırasında verilen bilgilerin

yakalanan veya tutuklanan kişiye isnat edilen suçların tam bir listesini içermesini, bir başka deyişle hakkındaki suçlamalara esas tüm delillerin bildirilmesini ya da açıklanmasını gerektirmemektedir (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 175).

74. İfadesi ya da savunması alınırken başvurucuya erişimi kısıtlanan belgelerin içeriğine ilişkin sorular sorulmuş veya başvurucunun tutukluluk kararına yönelik itirazında bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuş olması durumunda tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişiminin olduğunun, içerikleri hakkında yeterli bilgiye sahip bulunduğunun ve bu nedenle de tutukluluk hâlinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkânını elde ettiğinin kabulü gerekmektedir. Böyle bir durumda kişi, tutukluluğa temel teşkil eden belgelerin içeriği hakkında yeterli bilgiye sahiptir (*Hidayet Karaca* [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, § 107).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

75. Diyarbakır 3. Sulh Ceza Hâkimliği 27/1/2017 tarihinde 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca başvurucu hakkındaki soruşturma dosyasına ilişkin olarak *"soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği"* gerekçesiyle müdafiinin dosya içeriğini incelemesinin ve belgelerden örnek almasının kısıtlanmasına karar vermiştir.

76. Kısıtlama kararının daha sonra kaldırılıp kaldırılmadığı hususunda herhangi bir belge veya bilgi bulunmamakla birlikte Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesince iddianamenin kabul edildiği 17/2/2017 tarihi (bkz. § 40) itibarıyla kısıtlılık 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca kendiliğinden sona ermiş bulunmaktadır (bkz. § 51).

77. Başvurucuya yöneltilen suçlama, yasama dokunulmazlıklarıyla ilgili Anayasa değişikliği yapılmadan önce Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen fezlekelerde belirtilen eylemlere ilişkindir. Bu fezlekeler ve fezlekelere ekli soruşturma dosyalarının içeriğinin kısıtlama kararının öncesinde milletvekili olan başvurucunun veya müdafilerinin erişimine açık olmadığı yönünde herhangi tespit ya da iddia bulunmamaktadır.

78. Öte yandan Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan ifade alma işlemi sırasında başvurucuya, isnat edilen suçlamalara ilişkin açıklamalarda bulunulduğu ve sorular yöneltildiği görülmektedir. Bu

sorularda, suça konu edilen olaylarla ilgili bilgi ve delillere ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Başvurucunun suçlamalara ilişkin açıklama yapmadığı ifade alma işlemi sırasında müdafileri, suçlamaya konu olgulara yönelik savunmalarını dile getirmişlerdir (bkz. §§ 26, 27). Yine Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının tutuklama talep yazısında ve Diyarbakır 4. Sulh Ceza Hâkimliğince verilen tutuklama talebinin reddi kararına yönelik itiraz yazısında (bkz. §§ 28, 31) başvurucuya isnat edilen suçlamalara dair ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler bulunmaktadır. Ayrıca Diyarbakır 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından yapılan sorgu işlemi sırasında başvurucuya üzerine atılı suçlamaların anlatıldığı, başvurucunun da suçlama konusu olayların esasına yönelik savunmasını etraflıca ifade ettiği görülmektedir (bkz. § 33). Diyarbakır 5. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken de isnat konusu suçlarla ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur (bkz. § 35). Son olarak başvurucu tarafından verilen tutukluluğa itiraz dilekçesinde, suçlamalara ilişkin maddi olgulara da değinilmek suretiyle detaylı bir savunma yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla başvurucunun ve müdafilerinin isnat edilen suçlamalara ve tutukluluğa temel teşkil eden bilgilere erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır.

79. Bu itibarla suçlamalara dayanak olan temel unsurların ve tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esas olan bilgilerin başvurucuya veya müdafilerine bildirilmiş ve başvurucuya bunlara karşı savunma ve itirazlarını ileri sürme imkânı verilmiş olması dikkate alındığında kısa bir süre devam eden soruşturma aşamasında uygulanmış olan kısıtlılık kararı nedeniyle başvurucunun tutukluluğa karşı etkili bir şekilde itirazda bulunamadığının kabulü mümkün görülmemiştir.

80.Açıklanan nedenlerle başvurucunun kısıtlama kararı nedeniyle tutukluluğa etkili bir şekilde itirazda bulunamadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

81. Başvurucu; yasama dokunulmazlığından yararlanmasına rağmen hukuka aykırı bir şekilde tutuklandığını, olayda kuvvetli suç

şüphesinin veya suç işlediğine dair somut bir delilin olmadığını, suça konu paylaşımların yapıldığı gün gerçekleştirilen HDP MYK toplantısına katıldığına veya bu HDP MYK toplantısında suç işleme çağrısı yapıldığına yönelik bir karar alındığına ilişkin herhangi bir tespit veya araştırmanın soruşturma makamlarınca yapılmadığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

82. Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca kendisini suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye hiç kimsenin zorlanamayacağını ifade eden başvurucuya göre Savcılıkta ve sorgudaki ifadelerinde, twitter üzerinden yapılan suça konu açıklamaya karşı aleyhe bir hususu beyan etmediğinden bahisle tutuklanması anılan güvencenin ihlali sonucunu doğurmuştur.

83. Başvurucu, ayrıca tutuklama ve tutukluluğa itirazın reddi kararlarının gerekçeden yoksun olduğunu ifade etmiştir.

84. Öte yandan -adli kontrol tedbiri uygulanarak- serbest bırakılmasına ilişkin karara karşı Cumhuriyet savcısının itiraz yetkisinin bulunduğu yönünde özel bir düzenlemenin olmadığına dikkat çeken başvurucu, bu durumda Savcılığın anılan karara itirazda bulunmasının mümkün olmadığını, buna rağmen itiraz yolu (Savcılık yönünden) kapalı olan bir karara karşı yapılan başvuru neticesinde tutuklanmasına karar verildiğini, kararın bu bakımdan da hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir.

85. Başvurucu son olarak hakkındaki tutuklama tedbirinin suçların önlenmesi amacıyla değil HDP mensubu bir milletvekili olarak siyasi faaliyetlerini engelleme ve muhalefetin susturulması amacıyla uygulandığını belirtmiştir.

86. Bakanlık görüşünde; Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in tutukluluğa ilişkin benzer kararları hatırlatılarak başvurucu hakkındaki tutuklama kararında yer alan gerekçeler, iddianamede atılı suçlar ve mevcut deliller dikkate alındığında tutuklama anında başvurucunun suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu ifade edilmiştir.

87. Bakanlık özellikle "6-7 Ekim olayları"na atıf yaparak bu olayların tutuklama kararında kuvvetli şüphe nedenleri olarak gösterilmesinin delillerin takdirinde keyfîlik oluşturmadığını dile getirmiştir.

88. Başvurucuya isnat edilen eylemlerin tutuklama kararında ve iddianamede bireyselleştirildiğine dikkat çeken Bakanlığa göre başvurucunun suç işlediğinden şüphelenilmesi için inandırıcı nedenler bulunmadan tutuklandığı iddiası yerinde değildir.

89. Bakanlık sonuç olarak tutuklamanın hukuki olmadığı yönündeki şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olduğu görüşündedir.

2. Değerlendirme

90. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması"* kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

> *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

91. Anayasa'nın *"Kişi hürriyeti ve güvenliği"* kenar başlıklı 19. maddesinin birinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

> *"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.*
>
> *...*
>
> *Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."*

92. Başvurucunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

93. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan bu bölümdeki iddiaların kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

94. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

95. Ayrıca kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve tutuklama tedbirinin niteliğine uygun düşen; kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53, 54).

96. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (*Murat Narman*, § 43; *Halas Aslan*, § 55).

97. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 57).

98. Buna göre tutuklama ancak "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler" bakımından mümkündür. Bir başka anlatımla

tutuklamanın ön koşulu, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunmasıdır. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olguların niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

99. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun tüm delilleriyle birlikte ortaya konulması her zaman mümkün olmayabilir. Zira tutmanın bir amacı da kişi hakkındaki şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını ve/veya kovuşturmasını ilerletmektir (*Dursun Çiçek*, B. No: 2012/1108, 16/7/2014, § 87; *Halas Aslan*, § 76). Bu nedenle yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Bu bakımdan suç isnadına ve dolayısıyla tutuklamaya esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, § 73).

100. Bununla birlikte şüpheli veya sanığa isnat edilen eylemlerin ifade, basın ve sendika özgürlükleri ile siyasi faaliyette bulunma hakkı gibi demokratik toplum düzeni bakımından vazgeçilmez temel hak ve özgürlükler kapsamında olduğu hususunda ciddi iddiaların bulunduğu veya bu durumun somut olayın koşullarından anlaşılabildiği hâllerde tutuklamaya karar veren yargı mercilerinin kuvvetli suç şüphesini belirlerken daha özenli davranmaları gerekir. Buradaki özen yükümlülüğüne riayet edilip edilmediği Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir (*Gülser Yıldırım (2)*, § 116; bu yöndeki denetim sonucunda verilen ihlal kararı için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, §§ 72-78; kabul edilemezlik kararları için bkz. *Mustafa Ali Balbay*, § 73; *Hidayet Karaca*, § 93; *İzzettin Alpergin* [GK], B. No: 2013/385, 14/7/2015, § 46; *Mehmet Baransu (2)*, B. No: 2015/7231, 17/5/2016, §§ 124, 133, 142).

101. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, tutuklama kararının "kaçma" ya da "delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini" önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte anayasa koyucu, tutuklama nedenlerine ilişkin olarak "bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde"

ibaresine yer vermek suretiyle hem tutuklama nedenlerinin Anayasa'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığını belirtmiş hem de bunların dışında bir tutuklama nedeninin ancak kanunla düzenlenmesini mümkün kılmıştır (*Halas Aslan*, § 58).

102. Tutuklama nedenlerinin düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde tutuklama nedenleri sayılmıştır. Buna göre şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması, şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması hâllerinde tutuklama kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlara ilişkin bir listeye yer verilmiştir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 46; *Halas Aslan*, § 59). Bununla birlikte başlangıçtaki bir tutuklama için Anayasa ve Kanun'da öngörülen tutuklama nedenlerinin dayandığı tüm olguların somut olarak belirtilmesi -işin doğası gereği- her zaman mümkün olmayabilir (*Selçuk Özdemir* [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 68).

103. Diğer taraftan Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "tutuklamayı zorunlu kılan" ibaresiyle de tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret edilmektedir (*Halas Aslan*, § 72).

104. Ölçülülük ilkesi "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını; orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

105. Bu bağlamda dikkate alınacak hususlardan biri tutuklama tedbirinin isnat edilen suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı karşısında ölçülü olmasıdır. Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 100.

maddesinde; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 72; *Gülser Yıldırım (2)*, § 121).

106. Ayrıca tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunun söylenebilmesi için tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin yeterli olmaması gerekir. Bu çerçevede -tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan- adli kontrol yükümlülüklerinin ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından yeterli olması hâlinde tutuklama tedbirine başvurulmamalıdır. Nitekim bu hususa 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (1) numaralı fıkrasında işaret edilmiştir (*Halas Aslan*, § 79; *Gülser Yıldırım (2)*, § 122).

107. Her somut olayda tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin olup olmadığının, tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığının ve tutuklama tedbirinin ölçülülüğünün takdiri öncelikle anılan tedbiri uygulayan yargı mercilerine aittir. Zira bu konuda taraflarla ve delillerle doğrudan temas hâlinde olan yargı mercileri Anayasa Mahkemesine kıyasla daha iyi konumdadır (*Gülser Yıldırım (2)*, § 123).

108. Bununla birlikte yargı mercilerinin belirtilen hususlardaki takdir aralığını aşıp aşmadığı Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki denetimi, somut olayın koşulları dikkate alınarak özellikle tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama kararının gerekçeleri üzerinden yapılmalıdır (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 79; *Selçuk Özdemir*, § 76; *Gülser Yıldırım (2)*, § 124). Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, tutuklamaya ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterileceği belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 75; *Selçuk Özdemir*, § 67).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

109. Somut olayda öncelikle başvurucunun tutuklanmasının kanuni dayanağının olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Başvurucu, iki ayrı fezlekeye konu aynı eylem (bkz. § 19) nedeniyle PKK silahlı terör örgütünün üyesi olma suçundan 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır.

110. Diğer taraftan başvurucu, yasama dokunulmazlığından yararlanmasına rağmen hakkında tutuklama tedbirinin uygulandığını iddia etmektedir.

111. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde; seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekilinin "Meclisin kararı olmadıkça" tutulamayacağı, sorguya çekilemeyeceği, tutuklanamayacağı ve yargılanamayacağı belirtilmiştir.

112. Bununla birlikte 6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'ya eklenen geçici 20. maddeyle, bu maddenin TBMM tarafından kabul edildiği 20/5/2016 tarihi itibarıyla Bakanlığa, Başbakanlığa, TBMM Başkanlığına veya -Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu- Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş olan dosyalar hakkında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan yasama dokunulmazlığına ilişkin hükmün uygulanmayacağı düzenlenmiştir (bkz. § 21).

113. Başvurucunun da aralarında bulunduğu yetmiş milletvekili tarafından "dokunulmazlıkların kaldırılmasına dair TBMM kararı niteliğinde olduğu" ileri sürülerek anılan düzenlemenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa'nın 85. maddesi kapsamında yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin bir karar olmadığı, Anayasa değişikliği niteliğinde bulunduğu sonucuna ulaşmış; Anayasa değişikliklerinin iptali istemine dair usule uyulmadığından talebin reddine karar vermiştir (AYM, E.2016/54, K.2016/117, 3/6/2016, §§ 4-15).

114. Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı dikkate alındığında yapılan Anayasa değişikliği ile belirli aşamalardaki dosyalarla ilgili olarak yasama dokunulmazlığı yönünden bir istisna getirildiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun, hakkındaki tutuklama kararına konu suçların bu istisna kapsamında olmadığı yönünde bir iddiası bulunmamaktadır.

115. Nitekim Diyarbakır 5. Sulh Ceza Hâkimliğince de başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken "*6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na eklenen geçici 20. madde uyarınca atılı suçlar yönünden yasama dokunulmazlığının bulunmadığı ve bu nedenle soruşturma ve kovuşturma işlemi yapılabileceği*" değerlendirmesinde bulunulmuştur (bkz. § 34).

116. Dolayısıyla somut olayın koşullarında başvurucunun yasama dokunulmazlığı nedeniyle tutuklanamayacağı söylenemez. Bu yönüyle başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunmaktadır (Aynı yöndeki değerlendirme için bkz. *Gülser Yıldırım (2)*, § 132).

117. Kanuni dayanağı bulunduğu anlaşılan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığı ve ölçülülüğü incelenmeden önce tutuklamanın ön koşulu olan "suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti" bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir.

118. Başvurucunun tutuklanmasına karar veren Diyarbakır 5. Sulh Ceza Hâkimliği, tutuklama kararında "6-7 Ekim olayları" kapsamında HDP'nin sosyal medya hesabından HDP MYK adına yapılan çağrıları ve başvurucunun HDP MYK üyesi olmasını dikkate alarak PKK silahlı terör örgütü üyesi olma suçu yönünden kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu sonucuna varmıştır (bkz. § 35).

119. Anayasa Mahkemesi *Gülser Yıldırım (2)* kararında HDP MYK'sı adına yapılan çağrı (bkz. § 12) ile PKK tarafından yapılan çağrılar (bkz. §§ 10, 11-13, 14) arasında, yine bu çağrılar ile söz konusu şiddet olayları (bkz. §§ 15, 16) arasında illiyet bağı kurulmasının olgusal ve hukuki temellerinin olduğunun söylenebileceğini belirtmiştir. Mahkeme *Gülser Yıldırım* yönünden bu sonuca ulaşırken başvurucunun anılan çağrının iradesi dışında yapıldığını iddia etmediğine, aksine çağrıyı sahiplenecek şekilde beyanda bulunduğuna dikkat çekmiştir (*Gülser Yıldırım (2)*, §§ 136-139).

120. HDP'nin sosyal medya hesabından HDP MYK adına, halkın sokağa çıkması ve direnişe katılması yönünde çağrı yapıldığı ve başvurucunun HDP MYK üyesi olduğu hususlarında kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte -soruşturma makamlarınca başvurucunun aşamalardaki beyanları arasında suçlamaya konu HDP MYK toplantısına katılıp katılmadığı hususunda çelişki olduğu değerlendirilmişse de- başvurucu suça konu çağrının yapılması yönünde bir iradesinin olmadığını her aşamada ifade etmiştir. Başvurucu, bu ifadelerindekendisinin katıldığı herhangi bir toplantıda çağrı yapılması yönünde bir karar alınmadığını da istikrarlı bir şekilde söylemiştir (bkz. §§ 29, 33, 43).

121. Suça konu çağrının yapılmasının kararlaştırıldığı iddia edilen HDP MYK toplantısında çağrının yapılmasına karar verildiği sırada

başvurucunun da hazır bulunduğuna ve bu çağrının başvurucu tarafından sahiplenildiğine, dolayısıyla çağrının başvurucunun iradesi doğrultusunda yapıldığına dair soruşturma makamlarının somut olgulara dayalı bir tespiti bulunmamaktadır. Nitekim ilk kez tutuklamaya sevk edildiğinde başvurucunun tutuklanması talebini reddeden Diyarbakır 4. Sulh Ceza Hâkimliği de 29/1/2017 tarihli kararında benzer yönde gerekçelere yer vermiştir (bkz. § 30). Soruşturma makamlarının aksi yöndeki değerlendirmelerinin dayanağı olan haber metninde ise çağrı yapılmasına karar verildiği sırada başvurucunun HDP MYK toplantısında hazır bulunduğuna ilişkin bir ibare bulunmamaktadır (bkz. §§ 35, 39).

122. Bu itibarla eldeki belgelere göre somut olayda "suç işlendiğine dair kuvvetli belirti"nin soruşturma makamlarınca yeterince ortaya konulamadığı sonucuna varılmıştır.

123. Anayasa Mahkemesince varılan bu sonuç karşısında tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığının, tutuklamanın ölçülü olup olmadığının ve tutuklamanın hukuki olmadığına yönelik başvurucunun diğer iddialarının ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

124. Son olarak tutuklama süreci ve eldeki belgeler dikkate alındığında somut olayda başvurucunun Anayasa'da öngörülen amaç dışında siyasi saikle tutuklandığına ilişkin şikâyetinin yeterli temelinin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

125. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

126. Diğer taraftan başvurucu -Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarını emsal göstererek- tutuklanması nedeniyle seçilme hakkının doğrudan sonucu olan yasama faaliyetine katılmasının engellendiğini, siyaset yapamaz hâle geldiğini belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkıyla bağlantılı olarak seçilme hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun temel şikâyetiyle ilgili olarak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu nedenle somut olayın koşulları dikkate alınarak başvurucunun seçilme hakkının ihlal edildiği iddiasının ayrıca incelenmesi gerekli görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

127. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *"Kararlar"* kenar başlıklı 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir …*
>
> *(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

128. Başvurucu 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

129. Başvuruda, tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Başvurucu hakkındaki davada 8/9/2017 tarihinde başvurucunun tahliyesine karar verilmiş ve başvurucu aynı gün serbest bırakılmıştır (bkz. § 44). Dolayısıyla başvurucunun tutukluluk hâli sona ermiştir. Bu durumda tazminat dışında ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gereken bir hususun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

130. Başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 20.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

131. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.057,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 20.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 257,50 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.057,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin bilgi için Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2017/658)GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 21/12/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

ÖZEL VE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİNİ İSTEME HAKKI (MD. 20)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

BİRSEN BERRAK TÜZÜNATAÇ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/20364)

Karar Tarihi: 5/10/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Ayhan KILIÇ
Başvurucu	:	Birsen Berrak TÜZÜNATAÇ
Vekili	:	Av. Gökçe KILIÇ GÜLSARAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, evin terasında bulunulduğu sırada çekilen görüntülerin televizyonda yayımlanması nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının; buna ilişkin olarak açılan tazminat davasının uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 22/12/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu 1984 doğumlu olup İstanbul'da ikamet etmektedir. Başvurucu, birçok sinema filmi ve televizyon dizisinde rol almış bir sinema ve televizyon oyuncusudur.

9. Başvurucunun İstanbul ili Kabataş semtinde bulunan ve altı katlı bir apartmanın en üst katında yer alan evinin terasında/balkonunda çekilmiş görüntüleri 14/7/2010 tarihinde saat 23.00'te Fox TV isimli yayın kuruluşunun "Bizden Kaçmaz" adlı programında yayımlanmıştır. Görüntülerde başvurucunun, kendisi de ünlü bir komedyen ve sinema oyuncusu olan Ş.G. ile yakınlaştığı görülmektedir. Daha düşük bir kottan çekilmiş olması nedeniyle görüntülerde başvurucunun terasının veya evinin içi görünmemekte, sadece terasının bir köşesinin duvarı ve üzerindeki gökyüzü boşluğu görülebilmektedir. Görüntü çekimleri, başvurucu ile partnerinin terasın daha düşük bir kottan görülebilen köşesine geldikleri anları kapsamaktadır. Görüntüyü çeken kişilerin kendi aralarında yaptıkları, *"Saklanın abi gözükmeyin."* biçimindeki konuşmalarından çekimlerin gizli yapıldığı anlaşılmaktadır. Görüntülerin yayımlandığı televizyon programında "Ş.G. (Türkiye'nin R. İ.si) ile Berrak Tüzünataç'ın çok gizli aşk ilişkisinin ortaya çıkarıldığı" teması işlenmiştir.

10. Başvurucu 23/7/2010 tarihinde İstanbul 13. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Mahkeme) Fox TV isimli yayın kuruluşunun sahibi aleyhine tazminat davası açmıştır. Dava dilekçesinde, başvurucunun kamuoyunda tanınan bir sanatçı olduğu vurgulanarak evinin balkonundan yakınlaştırma yöntemi uygulanmak suretiyle çekilen mahrem görüntü ve fotoğraflarının yayımlanması nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiği belirtilmiştir. Dilekçede, başvurucunun gizlice ve rızası bulunmadan çekildiği açık olan mahrem görüntülerinin yayımlanmasının yegâne amacının programın izlenirliliğinin artırılması olduğu ve bunun kişilik haklarını zedelediği ifade edilmiştir. Yayın esnasında tasvip edilmesi mümkün bulunmayan ithamlarda bulunulduğu ileri sürülen dilekçede, bu yayınla toplumda başvurucu aleyhine olumsuz bir algı yaratıldığına dikkat çekilmiş ve bunun hukuka aykırı olduğu savunulmuştur. Dilekçede sonuç olarak yayın tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte 50.000 TL manevi tazminata karar verilmesi talep edilmiştir.

11. Mahkeme 7/2/2013 tarihli kararıyla davayı reddetmiştir. Kararın gerekçesinde başvurucunun sanat dünyasında tanınmış bir oyuncu olduğuna, yaşam tarzı ve şöhreti nedeniyle magazin basınının ilgisini cezbettiğine dikkat çekildikten sonra dava konusu yayının magazin ile ilgili olması nedeniyle konu ile ifade arasında düşünsel bağlılığın bulunduğu belirtilmiştir. Yayının eleştiri mahiyeti taşıdığına ve haberin gerçeği yansıttığına işaret eden Mahkeme, yayının başvurucunun onur ve itibarını zedeleyecek ifadeler içermediğini ve bu nedenle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca görüntünün başvurucunun evine gizlice girilerek değil kamuya açık olan sokaktan çekildiğinin altını çizmiştir. Mahkeme son olarak davalı tarafın, Ş.G.nin takibi sırasında tesadüfen olayın görüldüğü ve balkondaki kişilerin Ş.G. ve başvurucunun olduğunun anlaşılması üzerine çekime devam edildiği yolundaki savunmasının aksinin ispatlanamadığını vurgulamıştır.

12. Mahkeme kararı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin (Daire) 15/4/2014 tarihli kararıyla onanmış; karar düzeltme istemi de Dairenin 22/10/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Nihai karar 21/11/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

13. Başvurucu 22/12/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

14. 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi şöyledir:

"Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.

Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur."

15. 818 sayılı mülga Kanun'un 49. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir."

16. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi şöyledir:

"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

17. 6098 sayılı Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir."

18. 19/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesi şöyledir:

"Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir."

B. Uluslararası Hukuk

19. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kişisel şeref ve itibara yapılan müdahaleleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Özel ve aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı"* kenar başlıklı 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. AİHM'e göre kişisel itibarın korunması hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan özel yaşama saygı hakkının bir parçasıdır (*Pfeifer/Avusturya,* B. No: 12556/03, 15/11/2007, § 35; *Axel Springer AG/Almanya* [BD], B. No: 39954/08, 7/2/2012, § 83). Aynı şekilde gazete makalesinde hakaret içerdiği iddia edilen beyanlara karşı bir kimsenin itibarının korunması hakkı da (*White/İsveç,* B. No: 42435/02, 19/9/2006, §§ 19, 30), kişinin adı, soyadı ve fotoğrafı gibi kişilik haklarına dâhil olan unsurların yayımlanması suretiyle korunmadığı iddiası da (*Von Hannover/Almanya,* B. No: 59320/00, 24/6/2004, §§ 50-53) özel yaşam kapsamında görülmüştür. Bir kişinin görüntüsü o kişiyi emsallerinden ayırt eden ve kendine has karakteristik özellikleri ortaya çıkaran kişiliğinin temel niteliklerinden birini oluşturmaktadır. Bir kişi-

nin görüntüsünün korunması hakkı, kişisel gelişimin en önemli unsurlarındandır. Dolayısıyla bu hak bireylere görüntülerinin yayımlanmasını reddetme hakkını da içeren görüntünün kullanımını kontrol etme hakkını vermektedir (*Küchl/Avusturya,* B. No: 51151/06, 4/12/2012, § 58).

20.Sözleşme'nin 8. maddesinin olaya uygulanabilmesi için kişinin itibarına yapılan saldırının hem belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması hem de kişinin itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkından başvurucunun kişisel olarak yararlanmasına zarar verecek şekilde yapılmış olması gerekir. Ayrıca öngörülebilir şekilde kişinin kendi eylemleri sonucu ortaya çıkabilecek itibarının zedelenmesi olgusundan şikâyet etmek için Sözleşme'nin 8. maddesi ileri sürülemez (*Mater/Türkiye,* B. No: 54997/08, 16/7/2013, § 52).

21. Kamuya mal olmuş kişiler dahi bazı koşullarda özel yaşamlarının korunması ve özel yaşamlarına saygı gösterilmesi hususunda meşru beklentiye sahip olabilir (*Küchl/Avusturya,* § 59).

22. AİHM içtihatlarında sıklıkla vurgulandığı gibi ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan, toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturmaktadır. AİHM -Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. paragrafı saklı tutulmak üzere- ifade özgürlüğünün sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız ya da ilgisiz kabul edilen "bilgi"ve "fikirler" için değil incitici, şok edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğunu pek çok kararında yinelemiştir. AİHM'e göre ifade özgürlüğü; yokluğu hâlinde "demokratik bir toplum"dan söz edilemeyecek olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. 10. maddede güvence altına alınan bu hak, bazı istisnalara tabi ise de bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerekir (*Küchl/Avusturya,* § 60).

23. AİHM, demokratik bir toplumda basının oynadığı temel rolün altını birçok kez çizmiştir. Her ne kadar özellikle de başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıyla ilgili olarak bazı sınırları aşmaması gerekse de basının görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. Sadece basının bu bilgi ve fikirleri yayma görevi bulunmamakta, kamu da bunları alma hakkına sahip olmaktadır. Aksi takdirde basının hayati nitelik taşıyan "kamu gözetleyi-

ciliği" (*public watchdog*) rolünü oynaması mümkün olmaz (*Küchl/Avusturya,* § 61).

24. Basın özgürlüğü aynı zamanda belli bir dereceye kadar abartı ve hatta tahrikin korunmasını da kapsar. AİHM'e göre ne kendisi ne de derece mahkemeleri somut olayda hangi haber tekniğinin tercih edilmesi gerektiğine dair görüşünü basınınkinin yerine ikame edebilir (*Küchl/Avusturya,* § 62). Ancak sosyal görevini yerine getirebilmesi için basının özgür olması kadar sorumluluk bilinci ile hareket etmesi de şarttır (*Prager ve Oberschlick/Avusturya*, B. No: 15974/90, 26/4/1995, § 34). Bu özgürlük aynı zamanda ilgililerin meslek ahlakına saygı göstererek doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etmelerini de zorunlu kılmaktadır (*Bladet Tromso ve Stensaas/Norveç* [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, § 65).

25. İfade özgürlüğü fotoğrafların yayımlanmasını içerse de fotoğrafların bir kişi ya da ailesi hakkında çok kişisel ve hatta çok özel bilgiler içerebilmesi nedeniyle bu alan başkalarının hak ve şöhretlerinin korunması noktasında özel bir önem arz etmektedir (*Küchl/Avusturya,* § 63).

26. Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrası bağlamında "zorunluluk" sıfatı "acil bir sosyal ihtiyaç"ın varlığına işaret eder. Böyle bir ihtiyacın var olup olmadığının ve bunun giderilmesi için ne tür tedbirler alınması gerektiğinin değerlendirilmesinde ulusal otoriteler belli bir takdir marjına sahiptir. Bu takdir yetkisi sınırsız olmayıpgörevi sınırlamanın Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğüyle bağdaşıp bağdaşmadığı hakkında nihai hükmü vermek olan AİHM'in denetimine tabidir. AİHM'in denetim fonksiyonunu icra ederkenki görevi, bir bütün olarak davanın somut koşulları ışığında müdahaleye bakmak ve ulusal otoriteler tarafından müdahaleyi haklılaştırmak için gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını ve "izlenen amaçla orantılı" bulunup bulunmadığını belirlemektir (*Küchl/Avusturya,* § 64).

27. Ulusal otoritelerin "diğerlerinin haklarının ve itibarının korunması" ile ifade özgürlüğü bağlantılı davalarda Sözleşme tarafından garanti altına alınan ve bazı durumlarda birbiriyle çatışabilen iki değer, diğer bir ifadeyle Sözleşme'nin 10. maddesinde koruma altına alınan ifade özgürlüğü ile 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı arasında adil bir denge kurmaları gerekmektedir(*Küchl/Avusturya,* § 65).

28. AİHM, bu tür davalarda sonucun kural olarak başvurunun rahatsız edici makaleyi yayımlayan yayıncı tarafından Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında ya da makaleye konu olan kişi tarafından Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yapılıp yapılmadığına bağlı olarak değişmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. AİHM gerçekte her iki hakkın da eşit saygıyı hak ettiğine işaret etmekte ve buna göre takdir marjının her iki durumda da kural olarak aynı olması gerektiğinin altını çizmektedir (*Axel Springer AG/Almanya*, § 87). AİHM'e göre ulusal otoriteler tarafından AİHM içtihadında ortaya konan kriterlere uygun olarak bu iki hak arasında denge kurulduğu hâllerde AİHM'in kendi görüşünü ulusal mahkemelerin görüşü yerine ikame edebilmesi için daha güçlü gerekçeler ortaya koyması gerekir (*Axel Springer AG/Almanya*, § 88).

29. AİHM, *Küchl/Avusturya* kararında ifade özgürlüğünün özel hayata saygı hakkı ile dengelendiği hâllerde uygulanacak kriterleri *Von Hannover (No. 2)/Almanya* ve *Axel Springer AG/Almanya* kararlarına atıfla şöyle özetlemiştir(*Küchl/Avusturya,* § 67):

(i) Kamu yararına yönelik tartışmaya katkısı

(ii) İlgili kişinin kamu oyunda ne derecede bilinir olduğu ve haberin konusunun ne olduğu

(iii) İlgili kişinin önceki eylemleri

(iv) Bilginin edinildiği metot ve doğruluğu/fotoğrafın çekildiği koşullar

(v) Yayının içeriği, şekli ve sonuçları

30. Hedef alınan kişinin rol ve fonksiyonu ile haber, yazı, röportaj ve/veya fotoğrafa konu faaliyetin niteliği bir önceki kriterle bağlantılı önemli başka bir kriter oluşturmaktadır. Burada sıradan bireyler ile kamusal şahıs ya da siyasi kişilik olarak kamusal alanda hareket eden bireyleri ayırmak yerinde olur. Kamu tarafından tanınmayan bir kişi, kişisel itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkına ve özel hayata saygı hakkına ilişkin özel bir korumadan yararlanmayı talep edebilirken kamu tarafından tanınan bireyler için bu derecede bir koruma söz konusu değildir (*Minelli/İsviçre* (k.k.), B. No: 14991/02, 14/6/2005).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

31. Mahkemenin 5/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Özel Hayata Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

32. Başvurucu, kamuoyunda tanınan bir sanatçı olduğunu vurgulayarak evinin balkonundan yakınlaştırma yöntemi uygulanmak suretiyle çekilen mahrem görüntü ve fotoğraflarının yayımlanması nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini belirtmiştir. Başvurucu, gizlice ve rızası bulunmadan çekilen mahrem görüntülerinin yayımlanmasının tek amacının programın izlenilirliğinin artırılması olduğunu ve bunun kişilik haklarını örselediğini ifade etmiştir. Mahkemenin görüntülerin kamuya açık bir alanda çekildiğine yönelik değerlendirmesinin hatalı olduğunu savunan başvurucu, altı katlı binanın en üst katında yer alan balkonunun yoldan geçenler tarafından görülmesinin mümkün olmadığını ve evin çevresinin de ağaçlık olduğunu vurgulamış ve bu nedenle görüntülerin ancak yüksek bir yerden yakınlaştırma yöntemiyle çekilmiş olabileceğini ileri sürmüş, tanık beyanlarının da bunu doğruladığının altını çizmiştir. Başvurucu, kendisine ait olan ve topluma kapalı olan evinin balkonunda gizli çekim yoluyla elde edilen görüntülerin yayımlanmasının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini öne sürmüştür. Yargıtay içtihadına göre de terasın kamuya açık olmayan alanlardan olduğunu belirten başvurucu, gerek Mahkemenin gerekse Dairenin bu yöndeki iddialarını incelemediğinden yakınmıştır.

33. Başvurucu ayrıca bu görüntülerin basında yayımlanmasının tedbiren durdurulmasına ilişkin Şişli 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 15/7/2010 tarihli kararıyla, görüntülerin kişilik haklarını zedeleyici mahiyette olduğu hususunun kesin hükme bağlandığı hâlde Mahkemenin aksi kanaate ulaşmasının hukuka aykırı olduğu şikâyetinde bulunmuştur.

34. Başvurucu; basının haber verme ve toplumu ilgilendiren konularda yorum, eleştiri ve bilgilendirme yapma hakkına sahip olduğunu kabul etmekle birlikte eleştiri, yorum ve bilgilendirme yaparken başkalarının kişilik haklarını ihlal etmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Çekilen görüntülerin yayımlanması nedeniyle bir süre psikolojik çöküntü

yaşadığını ifade eden başvurucu, bu görüntülerin yayımlanmasının basın özgürlüğünün sınırlarını aştığını ve kişilik haklarını zedelediğini ileri sürmüştür. Başvurucu sonuç olarak adil yargılanma hakkı ile özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

2. Değerlendirme

35. Anayasa'nın *"Özel hayatın gizliliği"* kenar başlıklı 20. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

> *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*
>
> *...*
>
> *Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."*

36. Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

> *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*
>
> *Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.*

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

37. Anayasa'nın *"Basın hürriyeti"* kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır."

38. Anayasa'nın 5. maddesi şöyledir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, … Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

39. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun temel şikâyeti görüntülerinin yayımlanmasının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine yönelik olduğundan adil yargılanma hakkına ilişkin şikâyetinin de bir bütün olarak özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

40. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

41. Olayda başvurucunun rızası alınmadan elde edilen görüntüleri özel bir televizyon kanalında yayımlanmıştır. Başvurucuya ait görüntülerin özel bir televizyonda yayımlanması, başvurucu ile Fox TV isimli yayın kuruluşu arasındaki bir uyuşmazlık olup devlete atfedilebilecek herhangi bir fiil söz konusu değildir. Dolayısıyla somut olaydaki başvurunun Anayasa'nın 20. maddesiyle devlete yüklenen pozitif yükümülükler kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Genel İlkeler

42. Özel hayat kavramı, eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup bu koruma bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etse de diğer taraftan özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 31).

43. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır. Bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Ancak özel hayatın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireyin mahremiyetinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır (*Serap Tortuk,* § 33).

44. Bireyin mahrem alanının genişliği sosyal yaşam içindeki konumuna bağlı olarak değişebilmektedir. Kamuya mal olmuş politikacı, sanatçı ve sporcu gibi kişilerin mahrem alanları kamuoyunda bilinirlik derecelerine bağlı olarak daralabilmektedir.Normal bir birey bakımından mahrem alana dâhil kabul edilen bazı kişilik değerlerinin kamuya mal olmuş kişiler yönünden aleni yaşamın bir unsuru olarak görülmesi mümkündür. Zira bu kişiler sürekli gözönünde bulunduklarından bunların özel hayatlarının bir bölümü mahrem olmaktan çıkmış ve sosyal statülerinin

bir parçası hâline gelmiştir. Bu kişilerin sosyal statüleri gereği alenileşen kişilik değerlerinin mahrem alana dâhil görülmesi mümkün değildir.

45. Bireyi diğerlerinden ayırt eden ve onun kendine has özelliklerini taşıyan resim ve görüntüleri, kişilik değerlerinin bir parçasını oluşturmakta ve bu yönüyle özel hayata saygı hakkının kapsamına girmektedir. Bireyin resim ve görüntülerinin mahrem kalmasında ve başkalarının erişimine kapalı tutulmasında anayasal açıdan korunmaya değer hukuki yarar bulunmaktadır. Bu nedenle görüntü ve resimleri üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi kural olarak bireye ait olup kişinin rızası olmaksızın resim ve görüntülerinin çekilmesi, yayımlanması ve başka şekillerde kamusallaştırılması Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca özel yaşama saygı hakkına müdahale oluşturur.

46. Anayasa'nın 20. maddesinde güvenceye bağlanan özel hayata saygı hakkı devletin bu hakka müdahale etmesini kural olarak yasakladığı gibi devlete, bireyin özel hayatını üçüncü kişiler tarafından yapılacak müdahalelere karşı koruma pozitif yükümlülüğü yüklemektedir.

47. Kişilerin şeref ve itibarının korunması hakkının güvence altına alınmasını sağlayacak tedbirlerin seçiminde ve ifade hürriyetine yapılacak müdahalelerin kapsam ve gerekliliği hususunda kamu gücünü kullanan organların ve yargı makamlarının belli bir takdir payı bulunmaktadır. Buna karşın bu takdir payı, hem hukuki durumu hem de hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik kararları kapsayacak şekilde Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesince yapılacak denetim, derece mahkemelerinin yerine geçerek karar vermek değil yargı mercilerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların davanın tüm koşulları gözönüne alınarak anayasal hükümlerle uyumlu olup olmadığını tespit etmektir (*Zafer Bozbey*, B. No: 2014/6423, 21/9/2016, § 47).

48. Özel hayata üçüncü kişi tarafından yapılan müdahalenin bir temel hak ve özgürlüğün üçüncü kişiye tanıdığı yetkilerin kullanımı suretiyle gerçekleşmesi durumunda kamu otoritelerinden beklenen, her iki hak ve özgürlük arasında bir denge kurmaktır. Anayasa'da düzenlenen diğer bir hak ve özgürlüğün kullanımı yoluyla özel hayata saygı hakkına müdahale edildiği hâllerde peşinen özel hayata saygı hakkının daha öncelikli olduğu ve diğer hakkın görmezden gelinmesi gerektiği söylenemez. Bu durumda

kamu otoritelerininsomut olayın koşullarını, her iki hakkın kapsamı ve mahiyetini de gözönünde bulundurarak iki tarafın menfaatleri arasında makul bir denge kurması gerekir.

49. İfade özgürlüğü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Basın özgürlüğünü kapsayan ifade özgürlüğü, çeşitli araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama; bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. Aynı zamanda düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini de sağlar (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, § 27).

50. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "*söz, yazı, resim veya başka yollar*" olarak ifade edilmiş ve "*başka yollar*" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir. İfade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını doğrudan etkiler. Gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasının başlıca aracı olan basın da ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 30; *İlhan Cihaner (2)*, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 54).

51. Basın özgürlüğü, Anayasa'nın 28. ve 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Basın özgürlüğü gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar (AYM, E.1996/70, K.1997/53, 5/6/1997). Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanabilmesi, açıklanan düşünceye paydaş sağlanabilmesi, düşünceyi gerçekleştirme konusunda ilgililerin ikna edilebilmesi çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğü, demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (*İlhan Cihaner (2)*, § 56). Basın özgürlüğü, yalnızca düşünce ve kanaatlerin içeriğini değil iletilme biçimlerini de koruma altına almaktadır (*İlhan Cihaner (2)*, § 54).

52. Basın yayın kuruluşlarının kamuya mal olmuş kişilerle ilgili haber yapması ve bu haberin ilgili kişinin belli ölçüde özel hayatına ilişkin bulunması doğaldır. Ancak kamuya mal olmuş kişilerin de -daha dar da olsa- bir mahrem alanlarının bulunduğu ve bu kişilerin de özel yaşamlarına saygı gösterilmesini bekleme hakkına sahip oldukları unutulmamalı ve özel hayata saygı hakkı ile basın özgürlüğü arasında makul denge gözetilmelidir. Bu denge ihtiyacı, resim ve görüntü gibi kişiliğin önemli bir bileşenini teşkil eden değerler söz konusu olduğunda daha da önem taşımaktadır.

53. Özel hayata saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasında makul denge kurulurken haber, yorum veya yayının kamu yararına yönelik bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, ilgili kişinin kamuoyunda bilinirlilik derecesi ve haberin konusu, ilgili kişinin önceki eylemleri, bilginin edinildiği yöntem ve doğruluğu ile resim veya görüntünün çekildiği koşullar ve yayının içeriği, şekli ve sonuçları gözönünde bulundurulur (Detaylı açıklama için bkz. *İlhan Cihaner (2)*, §§ 66-73).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

54. Olayda başvurucunun evinin terasında/balkonunda çekilmiş görüntüleri 14/7/2010 tarihinde saat 23.00'te Fox TV isimli yayın kuruluşunun "Bizden Kaçmaz" adlı programında yayımlanmıştır. Başvurucunun görüntülerinin kişiliğinin bir parçası olarak özel hayatı kapsamında olduğu açıktır. Bu görüntülerin televizyon programında yayımlanması başvurucunun özel hayatına saygı hakkına müdahale oluşturmaktadır. Öte yandan buradaki müdahale basın özgürlüğü kapsamında kalan haber yapma ve eleştiri hakkının kullanımından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla başvurucunun özel yaşamına saygı hakkına yapılan müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığının tespiti bakımından müdahalede bulunulan özel hayata saygı hakkı ilemüdahale sebebi teşkil eden basın özgürlüğü arasında denge kurulup kurulmadığına bakılması gerekir.

55. Başvurucu, toplumda tanınan bir sinema ve televizyon oyuncusudur. Sanatçıların özel hayatlarının toplumun belli bir kesiminin merakını cezbettiği bilinen bir gerçektir. Bu yüzden sanatçıların özel yaşamlarının belli bir ölçüye kadar haber ve eleştiriye konu edilmesinin demokratik bir toplumda hoşgörüyle karşılanması gerekir. Sanatçının özel yaşamına

ilişkin olarak sağlanması gereken korumanın sıradan bir insana nazaran daha az olduğu hatırdan uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla toplumun bir kesiminde oluşan merak duygusunun tatmini amacıyla sanatçının özel yaşamının basın ve yayın araçları kanalıyla haberleştirilmesinde ve eleştiri konusu edilmesinde kamu yararı bulunduğu söylenebilir. Ancak bu durum, sanatçının özel yaşamının her türlü detayına kadar haberleştirilebileceği biçiminde anlaşılamaz. Sanatçının kamuya mal olması özel yaşamını Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı güvencesinin kapsamı dışına çıkarmaz. Bu noktada -somut olay bakımından- başvurucunun kendi eylem ve tutumu ile başvurucuya ait görüntülerin elde ediliş biçimi büyük önem taşımaktadır.

56. Bir kimseye ait görüntülerin üçüncü kişilere kapalı olan bir alana gizlice girilerek veya normal şartlarda üçüncü kişilerce görülmesi mümkün olmadığı hâlde gösterilen özel bir çaba ve uygulanan özel bir teknik sayesinde görülebilir hâle gelen açık alanlarda rıza dışı çekilmesi hâlinde basın özgürlüğünün sınırlarının aşıldığından ve özel hayata saygı hakkının zedelendiğinden söz edilebilir. Zira bu durumda görüntüler, sahibinin iradesine ve aldığı tedbirlere rağmen elde edilmiş olup görüntüsü elde edilen kişinin mahremiyetini koruma iradesinin varlığından kuşkuya düşülmesini gerektirecek hiçbir neden yoktur. Buna karşılık görüntülerin kamuya açık bir alanda çekilmesi hâlinde ilgilinin görüntü altına alınan anların mahrem kalmasını istediği hususunda tereddütler oluşabilir. Benzer şekilde özel bir alanda bile olsa bunların o özel alanın dışındaki üçüncü kişiler tarafından herhangi bir hususi çaba sarf edilmesine gerek duyulmaksızın görülebildiği hâllerde de aynı sonuca ulaşmak gerekir. Özetle basın özgürlüğü -kamuoyunda biliniyor olsa da- kişinin mahrem kalmasını istediği ve bu yönde asgari tedbirleri aldığı özel yaşamına ait görüntülerin üçüncü kişiler tarafından kayıt altına alınmasını ve yayımlanmasını mazur göstermez. Diğer bir ifadeyle kamuoyunda bilinir olmak, alenileşmesi istenmeyen özel yaşama ait anların kayıt altına alınarak yayımlanmasını -basın özgürlüğünün kullanımı gerekçesiyle bile olsa- haklılaştırmaz. Bu itibarla başvurucuya ait görüntülerin elde ediliş yöntemi irdelenmelidir.

57. Başvurucuya ait görüntüler, İstanbul ili Kabataş semtinde bulunan ve altı katlı bir apartmanın en üst katında yer alan evinin terasında/balkonunda bulunduğu ve Ş.G. ile yakınlaştığı esnada çekilmiştir. Balkon/teras, üçüncü kişilerin rıza dışı girişine kapalı olan konutun bir

parçası olsa da buralardaki yaşam faaliyetlerinin dışarıdan görülebilmesi nedeniyle mahremiyetin sınırlı kalabileceği ve bunların belli ölçüde alenileşebileceği izahtan varestedir. Bu nedenle mahremiyetini korumak isteyenlerin balkondaki yaşam aktivitelerini buna göre sınırlamaları beklenir. Kişinin başkaları tarafından görülebileceğini bilerek mahrem alanında kalması gereken aktivitelerini balkona taşıması durumunda bunların başkaları tarafından görülebildiğinden şikâyet etme hakkı söz konusu olamaz. Zira mahremiyetin korunması ve mahrem alana ilişkin hususların alenileşmesinin önlenmesi sorumluluğu öncelikle bireyin kendisine aittir.

58. Başvurucu, balkonunun yoldan geçenler tarafından görülmesinin mümkün olmadığını ve bu nedenle görüntülerin ancak yüksek bir yerden yakınlaştırma yöntemiyle çekilmiş olabileceğini ileri sürmüş; Mahkeme ise bu görüntülerin kamuya açık bir alan olan sokaktan çekildiği sonucuna ulaşmıştır. Dosyaya sunulan görüntü kaydı incelendiğinde görüntülerin başvurucunun balkonundan daha düşük bir kottan çekildiği ve balkonun aşağıdan görülebilen çok küçük bir alanını içerdiği görülmektedir. Bu durumda görüntülerin sokaktan çekildiği hususunda Mahkemece ulaşılan kanaatin aksi yönde bir sonuca ulaşılabilmesi için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Mahkemenin kabulüne göre başvurucunun balkonun bu köşesinde partneriyle yakınlaşmasının kameranın çekim yaptığı noktada bulunan insanlar tarafından özel bir çaba sarf edilmesine ihtiyaç duyulmadan görülebildiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun kendi rızasıyla balkonun dışarıdan görülebilen alanında, balkonu çevreleyen korkulukların dışına taşarak açık alandan herkesçe elde edilebilirliğine imkân verecek şekilde partneriyle yakınlaşmayı tercih ettiği gözetildiğinde mahreminin korunması hususunda yeteri kadar hassas davranmadığı ve üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmediği değerlendirilmektedir.

59. Belli bir hayran kitlesine sahip başvurucu ile Ş.G. arasında yaşananları muhabirin haber yapmaya değer görmesi anlaşılabilir bir durumdur. Görüntülerin kayıt altına alınması kişilik hakları yönünden hassasiyet taşısa da bunların başvurucunun dışarıya kapalı konutuna girilmeksizin kamunun kullanımına açık bir alandan (sokaktan) ve herkes tarafından görülebilen bir yerden çekilmiş olması ve görüntüsü çekilenlerin sanatçı kişiliği dikkate alındığında basın özgürlüğünün sınırları içinde kaldığı değerlendirilmektedir. Öte yandan görüntülerin içeriğine bakıldığında başvurucu ile Ş.G.nin yakınlaşmasından ibaret

olduğu ve ilgililer açısından kabul edilemez derecede rahatsızlığa yol açabilecek unsurlar içermediği görülmektedir.

60. Bu durumda yukarıdaki değerlendirmelerin tamamı ve yargı mercilerinin farklı çıkarları dengelerken sahip olduğu takdir payları da dikkate alındığında Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan pozitif yükümlülüklere uyulduğu ve başvurucununözel hayatının korunması hakkı ile davalının basın özgürlüğü arasında makul bir dengenin gözetildiği sonucuna varılmıştır.

61. Açıklanan nedenlerle özel hayata saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

62. Başvurucu, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

63. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılamanın süresi tespit edilirken, sürenin başlangıç tarihi olarak davanın ikame edildiği tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak -çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde- yargılamanın sona erdiği tarih, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul süre şikâyetiyle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 50, 52).

64. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (*Güher Ergun ve diğerleri*, §§ 41-45).

65. Anılan ilkeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında somut olayda dört yıl devam eden yargılama süresinin makul olduğu sonucuna varmak gerekir.

66. Açıklanan nedenle başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekmektedir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucunun üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 5/10/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

İFADE, SANAT VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ (MD. 26, 27, 28)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

AHMET TEMİZ BAŞVURUSU (6)

(Başvuru Numarası: 2014/10213)

Karar Tarihi: 1/2/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Recai AKYEL
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Ahmet TEMİZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan başvurucuya gönderilen günlük gazetenin bazı sayfalarının çıkarılarak verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 10/6/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvuru tarihi itibarıyla 40 yaşında olan başvurucu, devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya çalışma suçundan müebbet ağır hapis cezası ile hükümlüdür ve Ankara Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumunda bulunmaktadır.

9. Başvurucu, ulusal ölçekte yayımlanan Ülkede Özgür Gündem Gazetesinin (gazete) abonesidir. Adı geçen gazete 4 Nisan 2011 tarihinde yayına başlamış ise de 16 Ağustos 2016 tarihinde "*terör örgütü PKK'nın propagandasını yaparak örgütün yayın organı gibi hareket ettiği*" gerekçesi ile geçici olarak mahkeme kararı ile kapatılmıştır. 29/10/2016 tarihinde çıkarılan kanun hükmünde kararname ile gazetenin tamamen kapatılmasına karar verilmiştir. Gazetenin PKK yanlısı yayın yaptığı, PKK ve KCK terör örgütlerinin yöneticilerinin müstear isimlerle söz konusu gazetede yazılar yazdığı iddiaları çerçevesinde soruşturma ve kovuşturmalar bulunmaktadır.

10. Başvurucunun iddiasına göre başvuruya konu olaydan önce terör suçundan aynı Ceza İnfaz Kurumunda bulunan bir başka hükümlü, yetkili organların kararı ile şartlı tahliyeden yararlandırılmamıştır. Yine başvurucuya göre 108 tutuklu ve hükümlü infaz kurumuna dilekçe vererek söz konusu kararı ve kararın alınmasında sorumluluğu olduğu düşünülen birinci müdürü protesto etmiştir.

11. Gazetenin 14 Mayıs 2014 tarihli nüshasının birinci ve dokuzuncu sayfalarında söz konusu olaylara ilişkin bir haber yer almıştır. Gazetenin ilk sayfasında büyük harflerle "*Haddini Bil İsmail! Sincan 2 No.lu F Tipi Cezaevi Müdürü İsmail Güz, Cezası Biten Ali Sayan'ı Rehin Aldı*" başlığı ile verilen haberde, iddiaya göre cezası biten ve herhangi bir disiplin cezası olmayan Ali Sayan'ın şartla tahliye edilmediği ifade edilmiştir. Gazete, Ceza İnfaz Kurumu müdürünün tamamen keyfî olarak hareket ettiğini iddia etmektedir. Gazete haberine göre PKK'lı olan Sayan "tutsak"tır. Gazete, Sayan'ın Ceza İnfaz Kurumunda iyileştirme ve rehabilitasyon programlarına katılmaması ve eylemlerinden pişmanlık duymaması nedenlerinden tekrar örgüte katılma ihtimali bulunduğu kanaatiyle şartla tahliyeden yararlandırılmadığını da ileri sürmüştür.

12. Ankara 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Eğitim Kurulu (Eğitim Kurulu) anılan haberin yayımlandığı gazetenin ilgili kısmının başvurucuya verilmesini uygun görmemiştir. 9/5/2014

tarihli Kurul kararında; gazete haberinin infaz kurumunun kararlarını çarpıttığı, haberin gerçekle bağdaşmadığı ve başta İnfaz Kurumunun birinci müdürü olmak üzere kişileri ve kurumları hedef gösteren ifadelere yer verdiği belirtilmiştir.

13. Başvurucu, kararlara karşı Sincan İnfaz Hâkimliğine şikâyetçi olmuştur. Şikâyeti inceleyen Hâkimlik 16/5/2014 tarihli kararı ile başvurucunun şikâyetinin reddine karar vermiştir. Hâkimliğin gerekçesine göre, yapılan uygulama Ceza İnfaz Kurumu kurallarına uygun olup mevzuata ve hukuka aykırılık söz konusu değildir.

14. Başvurucu, Hâkimliğin ret kararına karşı itiraz yoluna başvurmuştur. İtirazı inceleyen Sincan 2. Ağır Ceza Mahkemesi 27/5/2014 tarihli kararında, İnfaz Hâkimliğinin kararının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle başvurucunun itirazını reddetmiştir. Başvurucu 10/6/2014 tarihinde bireysel başvuru yapmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

15. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun "*Süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı*" başlıklı 62. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

> *"(1) Hükümlü, mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla süreli ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanma hakkına sahiptir...*
>
> *(3) Kurum güvenliğini tehlikeye düşüren ... hiçbir yayın hükümlüye verilmez."*

16. 12/7/2005 tarihli ve Adalet Bakanı oluru ile yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nin "*Kuruma kabul edilmeyecek yayınlar*" başlıklı 11. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"...*
>
> *b) Mahkemelerce yasaklanmamış olsa bile, kurum güvenliğini tehlikeye düşürdüğü ... eğitim kurulu kararıyla tespit edilen, hiçbir yayın kuruma kabul edilmez."*

B. Uluslararası Hukuk

17.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesi şöyledir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar...

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, (...) için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

18. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) hükümlü ve tutukluların Sözleşme'de yer alan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahip olduğunu pek çok kararında yinelemiştir (*Hirst/Birleşik Krallık (No. 2)*, B. No: 74025/01, 6/10/2005, § 69). AİHM, hükümlü ve tutukluların ifade özgürlüğünün de Sözleşme kapsamında koruma altında olduğunu belirtmiştir (*Yankov/Bulgaristan*, B. No: 39084/97, 11/12/2003, özellikle §§ 126-145; *Tapkan ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 66400/01, 20/9/2007, § 68). AİHM ayrıca, hükümlü ve tutukluların ifade özgürlüğünün bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünü de içerdiğini vurgulamıştır. AİHM'e göre bir gazetenin bazı sayılarının ceza infaz kurumu idaresince hükümlü ve tutuklulara verilmemesi bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğüne yapılan bir müdahaledir (*Mesut Yurtsever ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 14946/08 ve 20/1/2015, §§ 101, 102).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

19. Mahkemenin 1/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

20. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Şerif Ay* (B. No: 2012/1181, 17/9/2013) kararında belirtilen ilkeler dikkate alınarak geçimini önemli ölçüde güçleştirmeksizinyargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurucunun açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

B. İhlal İddiası Yönünden

1. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu, abonesi olduğu gazetenin, bir haberin olduğu kısım çıkarılarak kendisine verilmesinin keyfî olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre haberde çarpıtma bulunmamakta, Ceza İnfaz Kurumunda yaşanan gerçek olaylaranlatılmaktadır. Başvurucu, tüm yaşananların sorumlusunun İnfaz Kurumunun birinci müdürü olduğunu ve Kurum idaresinin amacının yaşananları gizlemek olduğunu iddia etmektedir. Başvurucu, Anayasa'nın 2., 10., 26. ve 28. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

22. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddiasının, Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün görünümlerinden olan haber veya fikir alma özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

23. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...*
>
> *Bu hürriyetlerin kullanılması, ... kamu düzeni, kamu güvenliği, ... suçların önlenmesi, ... başkalarının ... haklarının, özel ve aile hayatlarının ... korunması ... gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir...*
>
> *Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."*

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

24. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

25. Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olan başvurucunun, abonesi olduğu gazetenin bir haberin olduğu bazı bölümlerinin çıkarılarak kendisine verilmesinin, haber veya fikir alma özgürlüğü ve dolayısıyla ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğu açıktır.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

26.Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

27. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

28. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen; kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma,demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

29. Müdahaleye dayanak olan 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

30. Gazetenin belirli bölümleri kişilerin hayatının korunması, infaz kurumunun düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ve suçun önlemesi amacıyla başvurucuya verilmemiştir. Anılan müdahalenin, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

31. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramı; ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesini gerektirmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51)

32. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Bu sebeple ifade özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; *Bekir Coşkun* §§ 53, 54; ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 96-98; *Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84; *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55;*Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72).

33. Mevcut başvurunun özelliklerinden biri başvurucunun yüksek güvenlikli bir ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunmasıdır. Hükümlü ve tutuklular, Anayasa'da korunan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahiptir (*Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri*, B. No: 2013/583, 10/12/2014, § 65; *Hüseyin Sürensoy*, B. No: 2013/749, 6/10/2015, § 44).

34. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında ifade özgürlüğüne herkesin sahip olduğu belirtilmiş, bunun sonucu olarak da Anayasa Mahkemesi pek çok kararında hükümlü ve tutukluların ifade özgürlüğünün de Anayasa'nın koruması altında olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme,

hükümlü ve tutukluların, süreli veya süresiz yayınlara ulaşabilmesinin, bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünün somut yansıması olarak ifade özgürlüğünün koruması altında bulunduğuna karar vermiştir (*Kamuran Reşit Bekir*, § 43; *Hüseyin Sürensoy*, § 44; *İbrahim Bilmez*, B. No: 2013/434, 26/2/2015, § 74).

35. Öte yandan cezaevinde bulunmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi cezaevinde güvenliğin ve düzenin korunmasına yönelik kabul edilebilir gerekliliklerin olması durumunda mahkûmların sahip olduğu haklara sınırlama getirilebilecektir. Ancak, bu durumda dahi hükümlü ve tutukluların haklarına yönelik yapılacak herhangi bir sınırlandırma ölçülü olmalıdır (*Kamuran Reşit Bekir*, § 44; *Hüseyin Sürensoy*, § 45). Bu bağlamda, mevcut başvuruya benzer olaylarda kamu gücünü kullanan organların ve mahkemelerin görevi somut olayın koşullarında hükümlü ve tutukluların ifade özgürlüğü ile ceza infaz kurumunun güvenliği, disiplini ve düzeninin sağlanması ihtiyacı arasında adil bir denge sağlamaktır.

36. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan idarenin ve derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin, ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gereklerine" ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Bekir Coşkun*, § 56; *Abdullah Öcalan*,§ 98; *Tansel Çölaşan* § 56).

37. Mevcut başvurudaki gibi ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerde söz konusu olan ceza infaz kurumunun güvenliği, disiplini ve düzeni ise derece mahkemelerinin dava konusu ifadelerin, cezaevinin asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı olarak haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içerip içermediğini değerlendirmeleri gerekir (*Bejdar Ro Amed*, B. No: 2013/7363, 16/4/2015, § 80; idare ve derece mahkemelerince söz konusu değerlendirmelerin yapılmaması nedeniyle ihlal sonucuna ulaşılan bir karar için bkz. *Kamuran Reşit Bekir*, § 73).

38. Anayasa Mahkemesi, bahsi geçen gazete haberi gibi metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddete teşvik edip etmediğinin belirlenmesi

için metinde kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldığının dikkate alınmasının uygun olacağını her zaman vurgulamıştır (*Abdullah Öcalan*,§ 108; *Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 100).

39. Başvuruya konu müdahaleden önce başvurucunun terör suçundan hükümlü olarak bulunduğu Ceza İnfaz Kurumunda bazı olaylar meydana gelmiştir. Başvurucunun terör suçundan hükümlü bir diğer arkadaşının şartla tahliye talebi idari ve yargısal makamlar tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine İnfaz Kurumunda bulunan diğer hükümlülerden 108'i dilekçe yazarak gelişmeleri kınamış ve Ceza İnfaz Kurumu birinci müdürünü gelişmelerden sorumlu tutmuştur. Bahsi geçen gazete haberinden önce Ceza İnfaz Kurumunda tansiyonun yüksek olduğu anlaşılmaktadır.

40. Ceza İnfaz Kurumunda olaylar devam ettiği sırada adı geçen gazetede agresif bir üslupla ve Ceza İnfaz Kurumu müdürü hedef alınarak bazı suçlamalara yer verilmiştir. Ülkenin bir bölümünde şiddet olaylarının yaşandığı bir sırada, PKK terör örgütü tarafından yönlendirildiği yönünde kuvvetli iddialar olan ve benzer sebeplerle hakkında pek çok soruşturma ve kovuşturma bulunan bir gazetede doğrudan bir idarecinin hedef alınmasının, Ceza İnfaz Kurumu idarecilerinde bir endişeye neden olduğunu kabul etmek gerekir. Üstelik haber, Türkçede tehdit olarak yorumlanmaya müsait emir kipi ve sözlerle verilmiştir.

41. Yazılı bir metnin, kişilerin ve ceza infaz kurumunun güvenliğine zarar verme ihtimalinin tespit edilmesinde, ilk elden bilgiye sahip ceza infaz kurumu yetkililerinin ve derece mahkemelerinin daha geniş takdir payı bulunduğunda şüphe yoktur (benzer durumlarda ceza infaz kurumu yetkililerinin takdir payına ilişkin değerlendirmeler için bkz. *Özkan Kart*, B. No: 2013/1821, 5/11/2014, § 51).

42. Anayasa Mahkemesinin rolü başvuruya konu müdahalenin, olguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayanılarak yapıldığının ve keyfî olmadığının denetlenmesini kapsar. Haberde yer alan meseleyle ilgili olarak aynı ceza infaz kurumunda daha önce bir dizi olayın yaşandığı gözetildiğinde, gazetenin üslubunun ve meseleyi ele alış tarzının terör suçlarından hükümlülerin bulunduğu infaz kurumu yetkililerini endişeye sevk etmesi anlaşılabilir bir durumdur.

43. Yapılan bireysel başvurularda, terörle mücadele ile ilgili zorluklar ve buna bağlı koşullar gözönüne alınmak durumundadır.

Olağan zamanlardan farklı olarak tansiyonun yükseldiği ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin söz konusu olduğu kimi durumlarda, idarece durumun gerektirdiği tedbirlerin alınması normal karşılanmalıdır. Bu bağlamda Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin hedef olmasını engellemek ve Ceza İnfaz Kurumunda güvenliği sağlamak amacıyla başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

44. Başvurucunun gazetede yer alan yalnızca bir habere erişimine müdahale edildiği gözetilmelidir. Başvurucunun gazetenin ilgili sayısının geri kalan kısmına veya sonraki sayılarına erişimine herhangi bir müdahalede bulunulmamıştır. Bu sebeple sınırlamanın, güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne en az müdahale eden ölçülü bir sınırlama niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.

45. Açıklanan gerekçelerle, gazetenin bazı sayfalarının çıkarılarak verilmemesi nedeniyle başvurucunun, Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü kapsamındaki haber veya fikir alma özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. İfade özgürlüğü kapsamındaki haber veya fikir alma özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan haber veya fikir alma özgürlüğünün İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE,

E. Geçici olarak muaf tutulan 206,10 TL harçtan ibaret yargılama giderinin, 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca başvurucudan TAHSİLİNE 1/2/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ORHAN PALA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/2983)

Karar Tarihi: 15/2/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Recai AKYEL
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Orhan PALA
Vekili	:	Av. Erdal Fatih ÇANAKÇİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru İnternet'te yayın yapan bir haber sitesinin genel yayın yönetmeninin yayımlanan bir haber nedeniyle cezalandırılmasının basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/3/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, *www.borsagundem.com* adlı İnternet sitesinin genel yayın yönetmeni ve sarı basın kartı sahibi bir gazetecidir.

10. Adı geçen site; Türk ve dünya borsalarının ve sermaye piyasalarının canlı olarak takibinin yapıldığı, sermaye piyasalarına ilişkin haberlerin geçtiği, çok sayıda gazeteci ve yazarın köşe yazılarının periyodik olarak yayımlandığı bir İnternet sitesidir.

11. 5/11/2012 tarihinde adı geçen İnternet sitesinde, İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında (İMKB) hisseleri işlem gören bir dizi şirketin hissedarları, yönetim kurulu üyeleri ve aynı zamanda bir aracı kurumun sahipleri olan iki kişi hakkında (müştekiler) bir haber yer almıştır. Söz konusu habere göre müştekiler geçmişte manipülasyon suçundan yargılanmış ve mahkûm olmuşlar ancak davanın zamanaşımına uğraması nedeniyle mahkûmiyet kararı kesinleşmemiştir. Haberde müştekilerin bu kez de İstanbul Asliye Ceza Mahkemesinde 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na muhalefet, dolandırıcılık, silahlı terör örgütüne silah sağlama, silahlı terör örgütüne üye olma, suç işlemek amacıyla örgüte üye olma ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarından yargılandıkları dile getirilmiştir. Haberin geri kalan bölümünde müştekilerin son zamanlarda satın aldıkları şirketler hakkında bilgiler verilmiş, bu kişilerin lüks içinde yaşadığı ve servetlerinin kaynağının merak edildiği iddia edilmiştir.

12. Haklarında düzenlenen iddianameye göre müştekiler; gerçekte 6362 sayılı Kanun'a muhalefet, manipülasyon, ticareti ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyecek yalan yanlış, mesnetsiz şekilde içeriden öğrenenlerin bilgi verme, haber yayma, yorum yapma suçlarını işlemek amacıyla örgüt kurma, örgüte üye olma ve örgüt üyesi olmamakla birlikte kurulan örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme suçlarından yargılanmaktadırlar.

13. Müştekiler; haberde yer alan bilgilerin doğru olmadığı, çarpıtıldığı ve bu sebeple itibarlarının zedelendiği, bu haber nedeniyle İMKB'ye kote edilmiş şirketlerinin hisselerinin değerinin azaldığı iddiası ile başvurucu

hakkında suç duyurusunda bulunmuşlardır. Hakaret ve fiyatları etkileme suçlarından cezalandırılması için Sulh Ceza Mahkemesine başvurucu hakkında ceza davası açılmıştır. İddianameye göre haberlerde yer alan ve müştekilerin yargılandığı ceza davası devam etmektedir ve başvurucunun asıl amacı müştekilere ait şirketlerin hisselerinin düşmesi için sürekli asılsız haber üretmektir. Yapılan haberler neticesinde müştekilere ait şirketin hisselerinin İMKB'deki değeri beklenmedik ve ani bir şekilde düşmüştür. Savcıya göre başvurucu "kendi veya birileri yararına" borsada lehe işlem sağlamaya yönelik hareket etmektedir. İddianameye göre haberde yer alan bilgiler nedeniyle müştekilere yönelik yayın yoluyla hakaret ve fiyatları etkileme suçları oluşmuştur.

14. Başvurucu, Ceza Mahkemesindeki savunmasında haberde yer alan bilgilerin doğru olduğunu belirttikten sonra müştekilerin geçmişte yargılandıkları davanın iddianamesini ibraz etmiştir. Başvurucu ayrıca, müştekilerin haber tarihinde yargılandıkları davaya ilişkin bilgilerin yer aldığı ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nden (UYAP) alındığını iddia ettiği bir evrakı Mahkemeye ibraz etmiştir. Başvurucu, haberde yer alan suçların tam olarak iddiname ile örtüşmese bile UYAP bilgileri ile aynı olduğunu ve bu durumun Mahkemece UYAP üzerinden araştırılabileceğini belirtmiştir.

15. Yapılan yargılama sonucunda başvurucunun hakaret suçundan iki kez 2 ay 27 gün hapis cezası ilecezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Başvurucu, diğer suçlamalardan beraat etmiştir. Mahkeme gerekçesinde, gerçekte silahlı terör örgütüne silah sağlama ve üye olma suçlarından yargılanmadıkları hâlde haberde bu suçların yer almış olmasının müştekilerin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre gazeteci olan başvurucu, doğru haber yapma yükümlülüğüne aykırı davranmıştır. Mahkeme, haberin geri kalanı hakkında bir değerlendirme yapmamıştır.

16. Sulh Ceza Mahkemesinin kararına karşı yapılan itiraz, Asliye Ceza Mahkemesinin 24/1/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Red kararı 7/2/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu 6/3/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

18. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Hakaret*" kenar başlıklı 125. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ... kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır...

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur."

19. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*" kenar başlıklı 231. maddesinin (8) numaralı fıkrası şöyledir:

"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur..."

B. Uluslararası Hukuk

20. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme)10. maddesi şöyledir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar...

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, (...) için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

21. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Castells/İspanya* ve *Colombani ve diğerleri/Fransa* (B. No: 11798/85, 23/4/1992, §§ 47, 48) başvurularında, şikâyet konusu beyanda bulunan kişinin aleyhine açılmış olan davaya yanıt verme konusunda aşılmaz güçlüklerle karşı karşıya bırakılması hakkındaki endişelerini dile getirmiştir. *Castells/İspanya* davasında, ulusal yargılamaları yürüten yüksek mahkemeye

göre millî kurumları karalamakla suçlanan bir kişinin gerçeği ispat hakkı bulunmamaktadır. AİHM, başvurucunun kendisi hakkında açılan söz konusu hakaret davasında gerçeği ispatlamasına ve iyi niyetini ortaya koymasına izin verilmediğine dikkat çekmiştir. AİHM'e göre başvurucu tarafından ileri sürülen olgusal iddiaların birçoğunun gerçekte olup olmadığı yerel mahkemelerin atacağı adımlarla ortaya çıkarılabilir ve başvurucu makul bir çerçevede iyi niyetini ortaya koymaya çalışabilir. AİHM, başvurucu hakkındaki mahkûmiyet kararının Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

22. AİHM, daha yakın tarihli *Colombani ve diğerleri/Fransa* (B. No: 51279/99, 25/6/2002, § 66) davasında hakaret suçundan yapılan yargılama sırasında gazeteci olan başvuruculara iddialarını gerekçelendirebilecek bir savunma yapma olanağı verilmemiş olmasını eleştirmiştir:

> *"... [M]evcut başvuruda başvurucuların suçlanmasının sebebi Fas Kralının itibarının ve haklarına zarar veren bu makaledir.Hakaret suçunu düzenleyen olağan hukuk kurallarının aksine, yabancı bir devlet başkanına hakaret suçlamasından kurtulabilmeleri için başvuruculara, iddialarını gerekçelendirebilecekleri bir savunma yapma olanağı verilmemişti. Başvuruculara savunma yapma olanağının tanınmaması, kişinin haklarının ve itibarının korunması ihtiyacı karşısında - söz konusu kişi bir devlet veya hükumet başkanı olsa dahi- orantısız bir önlem oluşturacaktır."*

23. AİHM, *Kasabova/Bulgaristan* (B. No: 22385/03, 19/7/2011, § 62) davasında bir hakaret davası sanığının ispat yükünü yerine getirirken bir beyanın doğruluğunu kanıtlayan savcı gibi hareket etmesinin beklenmemesi gerektiğini ortaya koymuştur:

> *"Nihai bir mahkumiyet kararı prensip olarak bir kişinin suç işlemiş olduğuna dair yadsınamaz bir kanıt oluşturur. Bununla birlikte, 6. maddenin 2. fıkrasında yer alan masumiyet karinesinin gereksinimleri göz önüne alınsa bile, hakaret davalarında suç teşkil eden davranış iddialarını kanıtlama biçimini bununla sınırlandırmak apaçık bir mantıksızlık olacaktır. Basında çıkan iddialar, ceza yargılamalarında öne sürülen iddialarla eşit mevkiye konulamazlar."*

24. AİHM, *Cumpane ve Mazare/Romanya* (B. No: 33348/96, 17/12/2004, §§ 114-119) davasında bir basın suçundan dolayı hapis cezası verilmesinin gazetecilerin ifade özgürlüğüyle ancak istisnai hâllerde bağdaşabileceğini,

bu hâllerin başında da -nefret söylemi ya da şiddete tahrik hâllerigibi- başka temel hakların ciddi biçimde zarar görmüş olduğu durumların geldiğini ifade etmiştir. AİHM'e göre "klasik hakaret davalarında" hapis cezası verilmesi doğası itibarıyla kaçınılmaz olarak "caydırıcı bir etki" (chilling effect) yaratmaktadır. AİHM'e göre yaptırım korkusundan kaynaklanan caydırıcı etkinin, gazetecilerin ifade özgürlüğü alanındaki faaliyetleri üzerindeki etkisi açıktır. Bu sebeple AİHM, başvurucuların ifade özgürlüğü hakkına yönelik müdahale haklı gerekçelere dayanıyor olsa bile Romanya mahkemeleri tarafından başvurucular hakkında hükmedilen cezai yaptırımın ve gazetecilikten bir yıl süreyle men cezasının niteliği ve ağırlığı bakımından güdülen meşru amaçla orantısız olduğuna kanaat getirmiş; bu nedenle de Sözleşme'nin 10. maddesine yönelik bir ihlal tespitinde bulunmuştur.

25. AİHM, daha yakın tarihli bir kararında(*Nıskasaarı ve diğerleri/ Finlandiya*, B. No: 37520/07, 6/10/2010, § 78) mevcut davaya benzer davalarda izlenmek üzere Sözleşme'ye tarafdevletlere daha açık bir yol göstermiştir:

> *"Mahkeme, bir yayın sonucunda maddi ya da manevi zarara uğramış bir kişinin yanlış bilgiler yayınlayan gazeteci aleyhine, en azından özel hukuk kapsamında bir dava açılabileceğini kabul edebilir.Bireyin zarar gördüğü kabul edilse bile Mahkeme, mevcut davadaki gibi ciddi cezai yaptırımlarla birlikte tazminat ödenmesini -mevcut davanın koşullarında- çekişme halindeki ifade özgürlüğünü de dikkate alarak orantısız bulmaktadır."*

V. İNCELEME VE GEREKÇE

26. Mahkemenin 15/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

27. Başvurucu, genel yayın yönetmeni olduğu İnternet sitesinde günlük ortalama yüz elli haber yapıldığını belirtmiştir. Başvurucu, başvuruya konu haberin de bir haber kaynağı tarafından UYAP dokümanı ile kendilerine iletildiğini, haber içeriğinin görünüşte doğru olduğunu ve okuyucuları aldatma kasıtlarının bulunmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu, UYAP verilerinin Mahkemece kontrol edilmemesini de eleştirmiş ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

28. Başvurucu, ayrıca haklarında haber yapılan müştekilerin halka açık şirketlerin aracı kurumların yöneticileri ve hissedarları olduğuna vurgu yapmıştır. Başvurucu; bu sebeple müştekiler hakkında açılan davaların kamuoyunu yakından ilgilendirdiğini, borsa ve sermaye piyasaları hakkında haber vebilgilerin yer aldığı bir İnternet sitesinde bu tür bir haber yapılmasının da kamunun yararına olduğunu, bu sebeplerle de ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, ihlalin tespiti ile yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

29. Bakanlık görüşünde ilk olarak Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in bazı kararları hatırlatılarak başvurucunun ifade ve basın özgürlüğü ile müştekilerin şeref ve itibarlarının korunması hakları arasında adil bir dengenin sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bakanlık görüşünde ayrıca başvuruya konu davada İlk Derece Mahkemesine ibrazedilen UYAP ekran görüntüsüne ilişkin kaydın vatandaşlara *vatandas.uyap.gov.tr* adresinden hizmet veren vatandaş portalı üzerinden alındığı değerlendirilmiştir. Bakanlık ayrıca bahsi geçen UYAP belgesinde yer alan bilgilerin doğruluğu ile ilgili incelemede "*dava türü bilgileri dışındaki bilgilerin mevcut güncel UYAP'ta bulunan dosya ile uyuştuğu, dava türü bilgilerinin ise uyuşmadığı ancak ekran görüntüsünün alındığı tarihte dosyada bu suçların da olduğunun*" değerlendirildiğini ifade etmiştir.

30. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru formundaki şikâyetleri tekrar etmiştir.

B. Değerlendirme

31. Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...*
>
> *Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…*
>
> *Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."*

32. Anayasa'nın "*Basın hürriyeti*" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

33. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu, haberin doğruluğuna ve iyi niyetine ilişkin olarak Derece Mahkemesine sunduğu delilin yeterince değerlendirilmeyerek cezalandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Mevcut başvurunun koşullarında başvurucunun, iddialarının bir dayanağı bulunup bulunmadığı konusunda çekişmeli yargılama yürütülmemiş olduğu yönündeki şikâyetinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği yönündeki şikâyeti ile birlikte incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

34. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

35. Başvurucunun, genel yayın yönetmeni olduğu İnternet sitesinde yayımlanan bir haber nedeniyle iki kez 2 ay 27 gün hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. O hâlde söz konusu Mahkeme kararı ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

36.Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

37. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

38. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma,demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(i) Kanunilik

39. 5237 sayılı Kanun'un 125. maddesinin, "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(ii) Meşru Amaç

40. Başvurucunun cezalandırılmasına ilişkin kararın "başkalarının şöhret veya haklarının" korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

(iii) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

41. Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kez "demokratik toplum düzeninin gerekleri" deyiminden ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, toplumsal bir ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Bekir Coşkun* [GK], B.No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını

değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir.

42. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; *Bekir Coşkun* §§ 53, 54. Ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 96-98; *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55;*Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72). Bu sebeple hükmedilen cezanın, müştekilerin maruz kaldığı düşünülen zararla makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olması gerekir.

43. İlk olarak başvurucu, başvuruya konu haberde yer alan bilgi ve yorumların tümünden değil yalnızca müştekilerin yargılandıkları ceza davasında isnat edilen suçların doğru olarak aktarılmamasından cezalandırılmıştır. Söz konusu haberde (bkz. § 11) şikâyetçilerin diğer bazı suçların yanı sıra silahlı terör örgütüne silah sağlama ve silahlı terör örgütüne üye olma suçlarından da yargılandıkları iddia edilmiştir. Buna karşılık gerçekte müştekiler, bu suçlardan değil diğer suçların yanı sıra suç örgütü kurmak ve üye olmaktan yargılanmaktadır (bkz. § 12).

44. Derece Mahkemeleri başvurucunun ifade ve basın özgürlüğü ile müştekilerin itibarlarının korunması hakkı arasında bir denge kurulmasıyla ilgilenmemiştir. İlk Derece Mahkemesi, haberdeki bazı bilgilerin gerçeğe uygun olmamasının müştekilerin itibarlarına saldırı oluşturması için yeterli olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi önündeki mesele daha ziyade başvurucunun genel yayın yönetmeni olduğu İnternet sitesindekihaberde yer alan bazı bilgilerin yanlış olmasından sorumlu olduğu yönündeki yerel mahkeme kararlarının, Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri ile güvence altına alınan bilgi verme özgürlüğüne aykırı olup olmadığı hususuyla ilgilidir.

45. İnternet haberciliğinin, basının temel işlevini yerine getirdiği sürece basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42). İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (*Bekir Coşkun*, §§ 34-36).

46. Buna karşın Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğü garanti etmemektedir. 26. maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü ifade özgürlüğünün kullanımına basın için de geçerli olan bazı "görev ve sorumluluklar" getirmektedir (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 22/2/2016, § 89; *R.V.Y. A.Ş.*, B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35).

47. Bu görev ve sorumluluklar, "başkalarının şöhret ve haklarının" zarar görme ihtimalinin bulunduğu ve özellikle adı verilen bir şahsın itibarının söz konusu olduğu durumlarda özel önem arz eder. Mevcut başvuruda olduğu gibi medyanın özel şahıslar hakkında hakaret nitelikli olduğu ileri sürülen olgusal beyanların doğruluğunu araştırma yükümlülüğünün derecesi tespit edilirken gözönüne alınması gereken koşullar şu şekilde sıralanabilir: Söz konusu olgusal beyanın niteliği ve derecesi, haber kaynaklarının söz konusu iddialar bakımından makul olarak güvenilir olup olmadığı ve gazetecilerin doğru ve güvenilir bilgiler sunmak için iyi niyet çerçevesinde hareket edip etmediğidir.

48. Basın özgürlüğü, ilgililerin meslek ahlakına saygı göstermelerini ve doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etmelerini zorunlukılmaktadır. Kötü niyetli olarak gerçeğin çarpıtılması bazen kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşabilir. Dolayısıyla haber verme görevi zorunlu olarak ödev ve sorumluluklar ve basın kuruluşlarının kendiliğinden uymaları gereken sınırlar içermektedir (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, §§ 42, 43; *Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 53, 54; *İlhan Cihaner (2)*, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, §§ 60, 61).Bu itibarla özel kişilere kara çalma niteliğindeki olgusal iddialar araştırılmamışsa ifade hürriyetinin izin verilen sınırlarının aşılmış olduğundan bahsedilebilir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

49. Aracı kurum ve borsada hisseleri işlem gören şirketlerin hissedarları ve yöneticileri olan müştekiler hakkında çok sayıda suçtan dolayı ceza davası açılmasının kamuoyunu yakından ilgilendiren bir haber olduğu açıktır. Üstelik isnat edilen bazı suç nitelemelerinin doğru olmadığı dışında haberde verilen bilgilere itiraz da edilmemiştir.

50. Başvurucu, haberde yer alan ve müştekilere isnat edilen suçları UYAP evrakına dayandırmış ve iyi niyetini göstermek için de belgeyi

dosyaya ibraz etmiştir. İlk Derece Mahkemesi, söz konusu belgenin gerçek olup olmadığını tespit etmek için herhangi bir işlem yapmamıştır. Dahası başvurucu, mantıklı olgusal bir dayanağı ibraz etmesine karşın İlk Derece Mahkemesi eldeki bu delili değerlendirmeyi de reddetmiştir. Bakanlık, eldeki belgenin gerçekten bir UYAP ekran görüntüsünün kopyası olduğunu ve UYAP verilerinin daha sonra güncellendiğini belirtmiştir. Başvurucu iddialarını resmî bir kayda dayandırmasına rağmen yeterince olgusal temeli olduğu anlaşılan haberdeki suçların kötü niyetle veya gerçekliğin değiştirilmesi suretiyle yanlış verildiği de kabul edilmemiştir.

51. Gazetecilerden bir beyanın doğruluğunu kanıtlamakla yükümlü savcı gibi hareket etmelerini beklemek aşırı yüksek bir ispat külfeti getirir ve böyle bir mükellefiyetsanık veya davalı olarak yargılandıkları davalarda hakkaniyete uygun düşmeyen sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. Bu sebeple somut davada başvurucunun bir gazeteci olarak yeterince sorumlu bir şekilde davrandığını kabul etmek gerekir.

52. Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında, kişiler hakkında yapılan haberler veya yorumlardan dolayı bir gazetecinin cezalandırılmasının basının kamu yararına ilişkin konuların tartışılmasına yönelik katkılarına ciddi şekilde engel oluşturacağını ve güçlü nedenler olmadan cezalandırılmaması gerektiğini kaydetmiştir(*Bekir Coşkun* § 58; *Ali Rıza Üçer (2)* [GK], B. No: 2013/8598, 2/7/2015, § 46).

53. Dahası bir basın suçundan dolayı hapis cezası verilmesinin gazetecinin ifade ve basın özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır. Böyle bir ceza ancak istisnai hâllerde kabul edilebilir. Bir yayın sonucu maddi ya da manevi zarara uğramış bir kimsenin, hakkında yanlış bilgiler yayımlayan gazeteci aleyhine en azından özel hukuk kapsamında bir tazminat davası açabileceği kabul edilse bile somut başvurudaki gibi klasik hakaret davalarında oldukça ağır olan hapis cezasının kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etki yarattığı kabul edilmelidir.

54. Öte yandan İlk Derece Mahkemesince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş ve başvurucu beş yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmıştır. Bir haber sitesinin genel yayın yönetmeni olan başvurucunun bu süre içinde cezasının infaz edilmesi riski her zaman vardır. Yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde kesintiye uğratıcı bir etkisi vardır ve sonunda kişi denetim süresini yeni bir

mahkûmiyet almadan geçirse bile kişinin bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunmaktadır. Sonuç olarak başvurucunun gelecekte cezasının infaz edilebilme olasılığının kendisinde stres ve cezalandırılma endişesi yarattığı kabul edilmelidir.

55. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

56. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

57. Başvurucu yeniden yargılama talebinde bulunmuş, tazminat talebinde bulunmamıştır.

58. Başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

59. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere (kapatılan) İstanbul Anadolu 19. Sulh Ceza Mahkemesinin dosyalarının devredildiği mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

60. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİROLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE

C. Kararın bir örneğinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere (kapatılan) İstanbul Anadolu 19. Sulh Ceza Mahkemesinin dosyalarının devredildiği mahkemeye GÖNDERİLMESİNE,

D. 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin/Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 15/2/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

HAKAN YİĞİT BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/3378)

Karar Tarihi: 5/7/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Hakan YİĞİT
Vekili	:	Av. Murat ÖZCAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir İnternet sitesinde sorumlu müdür olarak görev yapan başvurucunun yayımladığı haberde yer alan videonun haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle cezalandırılmasının ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 24/2/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, *memurlar.net* isimli İnternet sitesinde sorumlu müdür olarak görev yapmaktadır. *memurlar.net* 2001 yılından itibaren kamu görevlilerine yönelik haber yapan ve haber ajanslarının geçtiği haberleri yayımlayan bir İnternet sitesidir. Bağımsız ölçümleme şirketlerine göre bu site, Türkiye'nin en çok ziyaret edilen elli İnternet sitesinden biridir.

10. Başvuruya konu haberde geçen olayların başladığı 13/1/2014 tarihinden kısa bir süre önce 17/12/2013 ve 25/12/2013 tarihlerinde, İstanbul Cumhuriyet Savcılığının talimatıyla birçok kişinin gözaltına alındığı büyük bir operasyon başlatılmıştır. Aralarında siyasiler ve iş adamları gibi tanınmış kişilerin de bulunduğu pek çok kişi gözaltına alınmıştır. Gözaltına alınan kişilere rüşvet, görevi kötüye kullanma, ihaleye fesat karıştırma ve kaçakçılık gibi suçlamalar yöneltilmiştir. Hükûmet, söz konusu operasyonun devlet içinde örgütlenmiş, devletin imkânlarını kullanarak siyaseti dizayn etmeye çalışan ve Fethullah Fetullah Gülen'in liderliğini yaptığı gizli bir yapılanma tarafından yürütüldüğünü iddia etmiştir. Hükûmet, devleti ele geçirmek isteyen bir paralel yapıya vurgu yapmış ve bu yapı ile bağlantılı olduğu değerlendirilen çok sayıda bürokratı görevden almıştır. Bu tarihten sonra Fetullahçı Terör Örgütü/ Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) olarak isimlendirilen bu yapılanmaya karşı çok sayıda operasyon düzenlenmiştir. 15 Temmuz 2016 tarihinde bir grup asker kişi; Cumhurbaşkanı'na suikast, Türkiye Büyük Millet Meclisinin ve devlet binalarının bombalanması, sivil vatandaşlar ile güvenlik güçlerinden oluşan yüzlerce kişinin ölümü ve binlerce kişinin yaralanması ile neticelenen başarısız bir darbe girişiminde bulunmuştur. Darbe girişiminde bulunanların FETÖ/PDY mensupları olduğu ve kalkışmanın Fetullah Gülen'in talimatı ile gerçekleştirildiği yönünde kuvvetli iddialar ve deliller bulunmaktadır.

11. 17-25 Aralık soruşturmasının ardından aralarında Başbakan ve bazı bakanların olduğu birçok Hükûmet yetkilisine, bürokrata ve iş adamına ait olduğu iddia edilen ses kayıtları İnternet ortamında yayımlanmıştır. Bununla beraber Fetullah Gülen'e veya ona yakın kişilere ait olduğu iddia edilen ses kayıtları da İnternet'te yayılmaya başlamıştır.

12. 13/1/2014 tarihinde *youtube.com* İnternet sitesinde Fetullah Gülen'e ilişkin çeşitli ses kayıtları yukarıda zikredilen süreçle bağlantılı olarak yayımlanmıştır. Aynı ses kayıtları dünyanın en büyük ses kaydı arşiv sitesi olan *soundcloud.com* İnternet sitesinde de yayımlanmıştır. Başvurucunun verdiği bilgilere göre bahsi geçen ses kayıtlarının deşifre edilmiş versiyonları 1.500 civarında İnternet sitesinde yayımlanmış veya haber hâline getirilmiştir. 14/1/2014 tarihinde *memurlar.net* haber sitesi de bahsi geçen ses kayıtlarını *"Gülen'in En Büyük Abiyle Görüşmesi İnternete Düştü"* başlığıyla yayımlamıştır.

13. Bahsi geçen ses kaydı, Amerika Birleşik Devletleri'nde ikamet eden Fetullah Gülen ile İnternet sitesinin "en büyük abi" olarak nitelendirdiği ve açık kimlik bilgileri verilmeyen bir kişi arasında geçen telefon görüşmelerine ilişkindir. Görüşmede kimliği bilinmeyen kişi; Türkiye'nin önde gelen birçok bürokrat, siyasetçi ve iş adamı hakkında Fetullah Gülen'e -çoğu mahrem- bilgiler vermekte; daha sonra FETÖ/PDY olarak isimlendirilecek olan ve Fetullah Gülen'in liderliğini yaptığı grubun bu kişilerle ilişkileri hakkında Gülen'i bilgilendirmekte ve ondan talimat almaktadır.

14. Haberin yayımlanmasını müteakip 16/1/2014 tarihinde Fetullah Gülen, başvurucu ile birlikte haberi yayımlayan basın ve yayın kuruluşları hakkında kişilik haklarına hakaret ve haberleşmenin gizliliğini ihlal etmek suçlarından soruşturma başlatılması için şikâyette bulunmuştur.

15. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 17/3/2014 tarihinde, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etmek ve İnternet yayını yoluyla hakaret suçlarından başvurucunun cezalandırılması için hakkında kamu davası açmıştır. Savcılığa göre isnat edilen suç, haberleşme içeriğinin basın ve yayın organlarında yayımlanmasıyla oluşmaktadır ve haberleşmenin gizliliğini ihlal ve haberleşme içeriklerinin kaydedilmesi suçlarından bağımsız bir suç tipidir. Başsavcılık, haberleşme içeriğinin haberleşmenin tarafı olmayan kişi veya kişilerebildirilmesi ya da duyurulması ile suçun tamamlandığını ileri sürmüştür.

16. Yapılan ceza yargılamasında başvurucu, basın sorumluluğu ile hareket ettiklerini ve haberin basının haber yapma özgürlüğü kapsamında kaldığını ileri sürmüş; şikâyete konu kayıtların şikâyetçi vekilinin talebiyle bir gün sonra kaldırıldığını belirtmiştir.

17. Yapılan yargılama sonunda Ankara 24. Asliye Ceza Mahkemesinin 11/11/2014 tarihli kararı ile başvurucunun hakaret suçundan beraatine, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasınave hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, başvurucunun beş yıl denetim altında bulundurulmasına karar verilmiştir. Mahkemeye göre topluma mal edilmiş kişiler bile olsa kişiler arasındaki telefon konuşmalarının yazıya dökülerek herkesin öğrenebileceği şekilde yayımlanması suçun oluşması için yeterlidir.

18. Başvurucunun karara yaptığı itiraz, Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 16/1/2015 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Nihai karar 26/1/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

19. Başvurucu 24/2/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

20. 16/9/2014 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Haberleşmenin gizliliğini ihlal*" kenar başlıklı 132. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*
>
> *(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 2/7/2012-6352/79 md.) İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur."*

21. Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin basın ve yayın organlarında yayımlanarak ifşa edilmesine ilişkin içtihatlar henüz istikrar kazanmış görünmemektedir. Ülke çapında çeşitli iş kollarında faaliyeti olan ve kamuoyu tarafından bilinen şirketler grubunun üst düzey bir yöneticisi ile Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanı'nın şirketin devlete olan vergi borcu nedeniyle yaptıkları telefon görüşmesine ilişkin konuşma kaydının ulusal bir gazetede yayımlanmasına ilişkin davada Yargıtay, basının haber verme hakkına vurgu yapmıştır. Yargıtay kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Sanığın sorumlu yazı işleri müdürü olduğu gazetede yayımlanan haberin, daha önceden video paylaşım siteleri ile çeşitli haber sitelerinde paylaşılmış olması, bunun yanında haberin, tahkir edici ve direk suçlayıcı dil kullanılmadan verilmesi, yayımlanan konuşma dökümünün de, yorum katılmadan ve kaynak belirtilerek yayımlanmış olması, haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun olması, kamuya mal olmuş bir holdingin üst düzey yöneticisi olan katılan ile Maliye Bakanlığında Gelir İdaresi Başkanı olan üst düzey bürokrat ile yaptığı, miktarı yüksek bir vergi borcunun düşürülmesi ile ilgili olarak yapılan telefon görüşmesinin haberinin yapılmasında, bürokratın yürüttüğü kamu hizmetinin niteliği ve toplum içindeki konumu gereği, haberde kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunması, haberi yapılan konunun güncel olması, haberde kullanılan ifadelerin ve haberle beraber yayımlanan fotoğrafların, habere konu olayla fikri bağlantısının bulunması, sonuç olarak, haberin verilişinde ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemiş olması karşısında, yayımlanan haberin, basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kalması sebebiyle, katılanın, sanık tarafından haberleşmesinin gizliliğinin ihlal edildiğinin kabulünün mümkün olmadığı, ayrıca haberde yer alan sözlerin, katılanın küçük düşmesine yol açan değer yargısı içerecek, onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte de bulunmadığı, kullanılan üslupla konunun okuyucuya aktarılması sırasında, hukuka uygun çerçevenin dışına çıkılmadığı, dolayısıyla hakaret suçunun da unsurları itibariyle oluşmadığı anlaşıl[mıştır]..." (Yargıtay 12.HD, E. 2013/5626, K. 2013/26685, K.T. 25.11.2013)

22. Kamuoyunda "Ergenekon yargılamaları" olarak bilinen ve kamuoyunu uzun süre meşgul etmiş yargılamalar sırasında mahkemenin bir hâkimi ile bir avukat arasındaki görüşmelerin ulusal bir gazetede yayımlanmasının haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçunu oluşturduğunun ileri sürüldüğü bir davada da Yargıtay aynı içtihadını sürdürmüştür. Yargıtay kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun olması, kamuya mal olmuş katılanın, yargıyı etkileme suçlamasıyla yürütülen soruşturmada "şüpheli" sıfatını taşıyan biriyle, davanın başka bir mahkemeye gönderilmesi konusunda yaptığı konuşmalara ilişkin haberin yapılmasında, yürüttüğü kamu hizmetinin niteliği ve toplum içindeki konumu gereği, kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunması, haberi yapılan konunun güncel olması, haberde kullanılan ifadelerin ve haberle beraber yayımlanan fotoğrafın, habere konu olayla fikri bağlantısının bulunması, haberin verilişinde tahkir edici bir dil kullanılmayıp, ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemiş olması karşısında, yayımlanan haberin,

basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kalması sebebiyle, katılanın özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğinin kabulü mümkün olmadığı gibi, haberde yer alan sözlerin, katılanın küçük düşmesine yol açan değer yargısı içerecek, onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olmayıp, kullanılan üslupla konunun okuyucuya aktarılması sırasında, hukuka uygun çerçevenin dışına çıkılmadığı anlaşılmakla, katılanın hakarete uğradığından da söz edilemeyeceği anlaşılmakla tebliğnamede yer alan, "katılanın özel hayatı ile ilgili olan haberleşme içeriklerinin yasa hükümlerine aykırı olarak ele geçirilip yayınlanarak ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi suçu sübuta erdiği" gerekçesiyle beraat hükmünün bozulmasını öneren görüşe iştirak edilmemiştir." (Yargıtay 12. HD, E. 2013/8602, K. 2014/158, K.T. 13.1.2014)

23. Buna karşın tanınmış bir iş adamının Başbakan hakkındaki değerlendirmelerinin yer aldığı haberleşme içeriğinin yayımlanmasına ilişkin davada Yargıtay, iletişimin içeriğini yayımlayan derginin sorumlu yazı işleri müdürünün cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay bu kararında basının özel haberleşmenin içeriğini yayımlayıp yayımlayamayacağından hareket etmemiş, haberin veriliş tarzını ve sorumlu bir gazeteci gibi davranılmış olup olunmadığını değerlendirmiştir. Yargıtay kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dosya içeriği itibariyle haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun ve güncel olduğu, verilişinde de toplumsal ilgi bulunduğu kabul edilebilir ise de, derginin kapağı ve haberin bütünü göz önüne alındığında, T.C. Başbakanının kişisel ödemelerini yapmak amacıyla katılanda bir miktar parayı saklı tuttuğu açıklandıktan sonra, katılan hakkında bilinen anlamının dışına çıkılarak "Kasa" ibaresi kullanılıp, katılanın T.C. Başbakanının gizli kasası olacak derecede onunla kurduğu yakın ilişki sonucu firmasının sermayesini büyüttüğü belirtilerek, okuyucuda, katılanın bu ikili ilişkiler sayesinde usulsüz kazanımlar elde edip zenginleştiği algısı doğuracak ve kesin kanaat oluşturacak biçimde, " 'Kasa' (...), Tayyip Erdoğan'ın çok yakın dostu. Tatillerini birlikte geçirecek kadar samimi. ...ün sıfır sermayeyle girdiğini iddia ettiği tekstil sektöründe, özellikle AKP iktidarı döneminde hızla büyümesi dikkatlerden kaçmadı. Sermayesiz küçük bir şirketin Tayyip Erdoğan iktidarıyla birlikte dev bir boyut kazanması, akıllara bunun kaynağının ne olduğu sorusunu getiriyordu. Terzilikten tekstil devine dönüşen (...), Tayyip'in parasıyla mı zengingözüküyordu?"şeklinde,haberidahacazipkılmakamacıyla,hiçbir nesnel olguya dayanmayan değerlendirmelerde bulunularak, katılanın küçük

düşmesine yol açan değer yargısı içerecek, onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek, abartılı, saldırgan ve tahkir edici uslüp kullanılmakla ölçülülük ilkesinin ihlal edilmiş olması karşısında konunun okuyucuya aktarılması sırasında eylemi hukuka uygun kılan basının haber verme hakkı sınırlarının aşılması nedeniyle sanığın atılı hakaret suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, dosya kapsamına uygun düşmeyen yetersiz gerekçelerle, sanık hakkında beraat kararı verilmesi...[bozmayı gerektirmiştir]." (Yargıtay 12. CD, E. 2012/29133, K. 2013/26641, K.T. 25.11.2013)

B. Uluslararası Hukuk

24. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme)10. maddesi şöyledir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar...

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması,yasaylaöngörülen ve demokratik bir toplumda ... gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ... için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

25. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini yinelemektedir. AİHM'e göre 10. maddenin 2. paragrafı saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören, zararsız veya ilgisiz kabul edilen "bilgi" ve "fikirler" için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir; yokluğu hâlinde "demokratik bir toplum"dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu hakkın bazı istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

26.AİHM, demokratik bir toplumda basının oynadığı temel rolün birçok kez altını çizmiştir. AİHM'e göre basının -her ne kadar özellikle de

başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıyla ilgili olarak bazı sınırları aşmaması gerekse de- görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. AİHM, basının böyle konularda bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkının eklendiğini hatırlatmıştır. AİHM'e göre, bu görevi olmasa basın, vazgeçilmez kamusal "gözetleyici" (*watchdog*) rolünü oynayamaz (*Bladet Tromsø ve Stensaas*/Norveç [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59, 62;*Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka* [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004, § 71; *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, § 102).

27. AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2 numaralı fıkrasında yer alan *"gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanması"* ifadesini sır tutma yükümlülüğü olan bir kişinin aldığı gizli bir bilgiyi açıklamasını veya bu şekilde bir yükümlülük altında olmayan gazeteci gibi üçüncü bir kişinin elde ettiği gizli bir bilgiyi açıklamasını kapsayacak biçimde yorumlamıştır (*Stoll/İsviçre* [BD], B. No: 69698/01, 10/12/2007, § 61).

28. Eldeki başvuruya ışık tutacak kararlardan biri de AİHM'in bir radyo istasyonuna uygulanan yaptırımın Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiği yönündeki 19/12/2006 tarihli kararıdır. Radyo yayıncısı olan başvurucu *Radio Twist*, adalet bakanı ile başbakan yardımcısı arasındaki telefon görüşmesine ait kayıtları bir haber programında yayımlamaktan suçlu bulunmuştur. Haber programında, yayımlanan kayıtlarla birlikte bazı yorumlara da yer verilmiş ve söz konusu yorumlarda kayıtların en büyük ulusal sigorta şirketinin özelleştirilmesine ilişkin menfaati olan iki gurup arasındaki güç mücadelesine ilişkin olduğu belirtilmiştir. Adalet bakanı, yasa dışı olmasına rağmen telefon görüşmesinin yayımlanmasının kişilik haklarına zarar verdiği iddiasıyla *Radio Twist* aleyhine medeni dava açmıştır. Slovakya Mahkemesi, *Radio Twist*'in adalet bakanından yazılı olarak özür dilemesine ve özür metninin de on beş gün içinde radyodan yayımlanmasına karar vermiştir. Mahkeme, yayıncı şirketi de adalet bakanının şeref ve itibarında meydana gelen ve maddi olmayan zararlar nedeniyle tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Söz konusu Mahkeme kararında, cezanın yasa dışı bir şekilde kayda alınan ve özel hayatının bir parçası olan telefon görüşmeleri yayımlanan adalet bakanının kişisel haklarına yapılan gayrimeşru müdahalenin bir karşılığı olduğu belirtilmiştir. Buna karşın AİHM, Slovakya mahkemelerinin vardığı sonuca katılmamıştır. AİHM, hem telefon görüşmesinin ve haberin

sunumu sırasında yapılan yorumların içeriğinin hem de bağlamının tamamen politik olduğuna ve politikacıların özel hayatları ile bir ilgisi bulunmadığına dikkat çekmiştir. Dahası AİHM'e göre *Radio Twist* tarafından sunulan haberin gerçek olmadığı veya tahrif edilmiş bilgi barındırdığı da ileri sürülmemiştir. AİHM; başvurucu şirketin, onun çalışanlarının veya temsilcilerinin bu kayıttan sorumlu olduğunun veya gazetecilerin bu kayıtları elde ederken ya da yayımlarken ceza hukukunu ihlal ettiğinin hiçbir aşamada iddia edilmediğine de dikkat çekmiştir. AİHM,ilgili kayıtların ulusal düzeyde bir soruşturmaya konu edilmediğini de gözönünde bulundurmuştur. AİHM, devletin sahip olduğu şirketlerin yönetimi ve özelleştirilmesiyle ilgili soruların kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ve tanımı itibarıyla kamu yararına ilişkin olduğunu düşünmektedir. AİHM ayrıca, kayıtların yayımlanmasından sonra davacının Slovakya Anayasa Mahkemesine hâkim olarak seçildiğini ve itibarının lekelenmiş görünmediğini değerlendirmiştir. AİHM, üçüncü bir kişi tarafından elde edilmiş bir kaydı yayımlaması nedeniyle başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekli olduğunun yeterince ikna edici bir şekilde ortaya konulamadığına ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Radio Twist A.S. /Slovakya*, B. No: 62202/00, 19/12/2006).

29. Eldeki başvuruya benzer başvurulardan *Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 2)* (B. No: 13166/87, 26/11/1991, §§ 53, 54) kararında AİHM, ulusal istihbaratın gazeteciler tarafından açıklanması meselesini ele almıştır. Başvurucu *Sunday Times* gazetesi "*Spycather*" (Casus Avcısı) kitabıyla ilgili olarak *Observer* ve *Guardian* gazeteleri için mahkemece verilen tedbir kararının kendileri için de konmuş sayılacağını çünkü aynı kararın mahkemeye saygısızlık etmeme kavramı nedeniyle kendilerini de bağladığını düşünerek bir başvuru yapmıştır. Başvurucu, diğer şeylerin yanı sıra kitabın Amerika Birleşik Devletleri'nde basılmış olmasının davanın koşullarını radikal biçimde değiştirdiğini de iddia etmiştir. Bu başvuru, tedbir kararının yürürlükte olduğu 30/7/1987 ile 13/10/1987 tarihleri arasındaki dönemde yapılmış ve bu dönemde tedbir kararının yürürlükte olmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği ileri sürülmüştür. AİHM'e göre başvuru konusu kitabın Amerika Birleşik Devletleri'nde yayımlanmasından sonra söz konusu materyalin gizliliği kalmamıştır. AİHM, Sözleşme'nin amaçları ile bağlantılı olarak kitabın yayımlandığı 30/7/1987 tarihinde, kitaptaki materyallerin gizliliği ile elde edilmek istenen faydanın ortadan kalktığını tespit etmiştir. Bu sebeple AİHM'e

göre bu tarihten sonra gizliliğin korunması demokratik toplumda gerekli bir müdahale sayılamayacağından kitabın gazetelerde tefrika edilmesine ilişkin yasak bakımından ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kabul edilmelidir (*The Sunday Times (No. 2)).*

30. Yukarıdaki kararından farklı olarak AİHM, yayımlanana kadar kamuoyunun içeriğine vâkıf olmadığı gizli bilgilerin yayımlanması meselesini dikkatli bir şekilde ele almıştır. *Stoll/İsviçre* başvurusunda AİHM, ulusal menfaatlere ilişkin gizli bir raporun bir kısmını yayımlayan gazetecinin cezalandırılmasını Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Oysa başvurucudan hemen sonra raporun bir kısmı veya tamamı diğer basın yayın organlarında yayımlanmış ancakdiğer gazeteciler hakkında herhangi bir soruşturma açılmamıştır. AİHM Büyük Dairesi meseleyi ayrıntılı olarak ele almıştır. Zikredilen kararın Anayasa Mahkemesinin önündeki mevcut başvuruya ışık tutacak yanları şu şekilde özetlenebilir: İlk olarak İsviçre makamlarının aldığı tedbirin gerekliliğini değerlendirirken AİHM, mevcut iki kamu çıkarının dengelenmesini dikkate almıştır. Okuyucuların güncel bir konuda bilgilenme hakları ve devlet makamlarının yürütülmekte olan diplomatik pazarlıklardan kendi lehlerine ve tatmin edici bir sonuç elde etme hakları. İkinci olarak başvuruya konu yazı yayımlanana kadar kamuoyu söz konusu diplomatik rapor içeriğine vâkıf olmamıştır (§ 113). Üçüncü olarak Büyük Daire, raporun ifşasının ve söz konusu yazının yayımlanmasının -yazının yayımlandığı tarihte- İsviçre'nin ulusal menfaatlerine "hatırı sayılır derecede bir zarar" verme ihtimalinin var olduğunu tespit etmiştir (§ 130). Büyük Daire ayrıca başvurucu gazetecinin belgeyi elde etmek için hukuka aykırı davranıp davranmadığı ile de ilgilenmiştir (§ 144). Büyük Daire söz konusu belgenin sızmasından sorumlu personel ile gazetecinin eylemlerini birbirinden ayırmış ve yetkili organların belgenin sızmasına neden olan personelin yargılanması için bir soruşturma açabilecek durumda olduğuna dikkat çekmiştir(§ 143).

31. AİHM,*Sürek (2)/Türkiye* kararında (B. No: 24122/94, 8/7/1999, § 50) başka şeylerin yanı sıra başvuruya konu haber makalesinde ifşa edilen bilgilerin başka gazetelerde yayımlanmış olup olmadığı meselesine de eğilmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

> *"Ayrıca, haber makalesine dayanak teşkil eden basın açıklamasının zaten başka gazetelerde yayınlanmış olduğu ve suçlama konusu haberde söz konusu rapor kapsamına bir ekleme yapılmadığı tartışmasızdır. Ayrıca diğer*

gazetelerin anılan açıklamadan kaynaklanan yayından dolayı cezalandırılmış olduğu da belirtilmemiştir (bkz. Weber/İsviçre, B. No:11034/84, 22/05/1990 § 51). Mevcut davadaki haber makalesinin yayınlandığı tarihte bazı yanlış davranışlarda bulunan polis ve jandarma görevlilerini ifşa eden söz konusu bilgi zaten halka açıklanmıştır. Dolayısıyla, ilgili yetkililerin kimliklerinin korunmasına ilişkin amaç, önemli ölçüde ortadan kalkmış ve sınırlamanın engellemeyi amaçladığı zarar vuku bulmuş durumdadır (bkz. Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, B. No: 13585/88, 26/11/1991 §§ 69-70;Sunday Times (No. 2) /Birleşik Krallık, §§ 54-56)."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Mahkemenin 5/7/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

33. Başvurucu; Türkiye'nin en çok takip edilen haber sitelerinden birinin haber müdürü olduğunu, yayımladıkları ve başvuruya konu haberin kaynağı olan video ve ses kayıtlarının daha önce paylaşım sitelerinde ve yüzlerce İnternet sitesinde yayımlandığını,kendilerinin bu ses kayıtlarını haber yaptıklarını ifade etmiştir. Aynı ses kayıtlarını yayımlayan diğer basın ve yayın organlarının sorumluları hakkında ya Cumhuriyet başsavcılıklarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı ya da mahkemelerce beraat kararı verildiğini belirtmiş, bazı kararları Anayasa Mahkemesine ibraz etmiştir. Başvurucu, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

34. Bakanlık görüşünde Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin kararları hatırlatılmış, daha sonra başvuruya konu haberin kamusal faydasına değinilmiştir. Bakanlığa göre söz konusu haberde yer alan görüşmeler FETÖ/PDY terör örgütünün ve örgüt liderinin bürokrat atamalarına ve devlet tarafından yapılan ihalelere ilişkin planlarını ortaya koymakta, kamusal tartışmaya katkı sunmaktadır. Bakanlık bundan başka haberde yer alan konuşmaların gerçek dışı olduğunun veya çarpıtıldığının da iddia edilmediğine dikkat çekmiştir. Bakanlık görüşünde AİHM'in *Radio Twist A.S./Slovakya* kararındaki içtihadına vurgu yapılarak üçüncü bir kişi tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olsa bile bir bilginin sadece yayımlanmasının da

ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bakanlığa göre habere konu iletişim içeriklerinin daha önce küresel ve ulusal pek çok İnternet sitesinde ve haber mecrasında yayımlanmış olması da gözönünde tutulmalıdır.

35. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında önceki değerlendirmelerini tekrar ederek ihlal kararı verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

36. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının... özel... hayatlarının... korunması... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

37. Anayasa'nın "*Basın hürriyeti*" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

38. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

39. Başvurucunun genel yayın yönetmeni olduğu İnternet sitesinde yayımlanan bir haber nedeniyle 1 yıl 8 ay hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. O hâlde söz konusu Mahkeme kararı ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

40.Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

41. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma,demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

42. 5237 sayılı Kanun'un 132. maddesinin "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

43. Başvurucunun cezalandırılmasına ilişkin kararın "başkalarının... özel... hayatlarının" korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı kanaatine varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olma ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

44. İnternet haberciliğinin basının temel işlevini yerine getirdiği sürece basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda tereddüt yoktur (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42).

45. Anayasa Mahkemesi daha önce Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ile onun özel güvencelere bağlanmış şekli olan ve Anayasa'nın 28. maddesinde yer alan basın özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturduğunu pek çok kez ifade etmiştir (*Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 69; *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 34-36).

46. İfade ve basın özgürlükleri Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve tam olarak uyulması gereken bazı sınırlamalara tabidir. Söz konusu istisnaların her somut olayda ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gerekir.

47. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen *"demokratik toplum düzeninin gerekleri"* ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini de açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*,§ 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir.

48. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; *Bekir Coşkun*, §§ 53, 54; ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için

ayrıca bkz. *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55;*Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72). Bu sebeple hükmedilen cezanın müştekilerin maruz kaldığı düşünülen zararla makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olması gerekir.

49. Başvurucu, başvuruya konu haberde kişilerin özel haberleşmesinin ifşa edilmiş olmasından dolayı cezalandırılmıştır. Dahası ilk derece mahkemesi, iletişimin içeriğinin ve haberin veriliş tarzının şikâyetçiyi küçük düşürücü nitelikte olduğunu değerlendirmemiş vebaşvurucunun hakaret suçundan beraatine karar vermiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin önündeki mesele, daha ziyade başvurucunun genel yayın yönetmeni olduğu İnternet sitesindeki haberde müştekinin özel haberleşmesinin içeriğini yayımlamasının suç olduğu yönündeki yerel Mahkeme kararının Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri ile güvence altına alınan bilgi verme özgürlüğüne aykırı olup olmadığı hususuyla ilgilidir.

50. Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmemektedir. 26. maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımına basın için de geçerli olan bazı "görev ve sorumluluklar" getirmektedir (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 89; *R.V.Y. A.Ş.*, B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35). Bu görev ve sorumluluklar, başkalarının özel hayatlarının zarar görme ihtimalinin bulunduğu ve özellikle adı verilen bir şahsın itibarının söz konusu olduğu durumlarda özel önem arz eder.

51. Basının kendisi için konulmuş sınırlamalara uyması gerekmesine rağmen toplum ve devlet hayatını ilgilendiren meselelerde bilgi vermesinin bir demokrasinin düzgün bir şekilde işlemesinin sağlanmasına ilişkin temel görevi bağlamında bir zorunluluk olduğu da hatırda tutulmalıdır. Basının anılan bilgileri ve fikirleri bildirme zorunluluğunun yanı sıra halkın da bunları almaya hakkı vardır. Basın özgürlüğü kamuoyuna; siyasetçiler, yüksek bürokratlar, kanaat önderleri veya iş adamları gibi söz ve davranışları kamuoyunun ilgisinde olan kişilerin fikir ve tutumlarının keşfedilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturulması için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır (*İlhan Cihaner (2)*, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, §§ 56-58, 82; *Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 49-51, 61-63; *Nihat Özdemir* [GK], B. No: 2013/1997, 8/4/2015, §§ 45-47, 57-58).

52. Bununla birlikte somut olayda basın tarafından verilen bilgiler, kişilerin özel haberleşmesine ilişkindir. Anayasa'nın "*Herkes, haberleşme*

hürriyetine sahiptir. Haberleşmeningizliliği esastır." biçimindeki 22. maddesinin birinci fıkrasına göre kamuya mal olmuş kişiler de dâhil olmak üzere "herkes" haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliğine dokunulamaz.

53. Anayasa'nın 22. maddesinde özel olarak haberleşmeye "saygı" gösterilmesinden bahsedilmemiştir. İki sebepten haberleşme özgürlüğüne de "saygı gösterilmesini isteme" hakkının bulunduğu açıktır: Bunlardan ilki Anayasa'nın kişinin hakları ve ödevlerinin yer aldığı ikinci bölümünün (IV) numaralı *"özel hayatın gizliliği ve korunması"* alt bölümünde yer alan haberleşme hürriyeti, aynı alt bölümde ve 20. maddede yer alan *"özel hayatın gizliliği"* hakkının özel bir görünümüdür. Dolayısıyla Anayasa'nın 20. maddesinde *"Herkes, özel hayatına... saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir."* biçimindeki hüküm gereği herkesin haberleşme özgürlüğüne de "saygı gösterilmesini isteme" hakkı vardır. İkincisi ise Anayasa'ya göre haberleşmenin esasından olan gizlilik haberleşmeye "saygı gösterilmesini isteme" hakkını evleviyetle barındırır.

54. Anayasa'nın 22. maddesi, devleti yalnızca müdahaleden kaçınmaya zorlamakla kalmaz; Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde bu negatif yükümlülüğe ek olarak haberleşme özgürlüğüne etkili bir şekilde saygı gösterilmesi pozitif yükümlülüklerin de bulunmasını gerektirir. Bu yükümlülük, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler olsa biledevleti haberleşme özgürlüğüne saygıyı ve haberleşmenin gizliliğinin korunmasını sağlamaya yönelik tedbirleri almaya da zorlar. Bu anayasal zorunluluk nedeniyle kanun koyucu 5237 sayılı Kanun'un 132. maddesinde; özel kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesini, haberleşmenin kayda alınmasını ve içeriklerinin ifşa edilmesini suç olarak düzenlemiştir.

55. Eldeki başvuru, haberleşme içeriklerinin ifşa edildiği iddiasıyla başvurucunun cezalandırılmasına ilişkindir. İfşa etmek; gizli herhangi bir şeyi ortaya dökmek, açığa vurmak, yaymak anlamlarına gelmektedir. Haberleşme içeriğinin ilk kez açığa vurulmasının ve yayılmasının ceza hukuku anlamında ifşa olarak kabul edilmesi kolay olmakla birlikte daha önce yayımlanmış veya kamuoyunun bildiği bir içeriğin yeniden açığa çıkarılması, yayılması veya afişe edilmesi hâlinde eylemin "ifşa" olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalı bir meseledir.

56. Dolayısıyla haberleşme içeriğinin ilk kez ifşa edilmesiyle daha önce ifşa edilen iletişim içeriklerinin haberleştirilmesi arasında dikkatli bir ayrım yapılmalıdır. Haberleşme içeriği gibi özel hayata ilişkin her tür gizli bilgilerin önceden ifşa edilmiş olmasının daha sonra bunların haberleştirilmesini otomatik olarak suç olmaktan çıkardığını söylemek Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Bununla beraber ifade ve basın özgürlükleri bağlamında gizli bilgilerin içeriği bir kez bilinir hâle geldikten sonra bir gazeteciye uygulanan yaptırımların meşruiyetinin tartışmalı hâle geldiğini kabul etmek gerekir.

57. Somut olayda özel haberleşmeye müdahale, kamu gücünü kullanan organların birinden değil bir basın kuruluşundan gelmiştir. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"başkalarının özel hayatlarının korunması"* biçiminde ifade edilen meşru sınırlama amacı ile gazetecilerin bilginin serbest akışı ile iştigal etme hakkı arasında bir çatışma doğmuştur. Bu çatışmanın Anayasa tarafından özel olarak korunan haberleşme hakkına müdahale edildiği hâllerde daha belirgin hâle geldiği açıktır. Buna rağmen haberleşme içerikleri gibi hassas bilgilerin -yasa dışı yollardan elde edilmiş olsa bile- haberleştirilmesi gazetecileri otomatik olarak Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin sağladığı korumadan yoksun bırakmaz.

58. Mevcut başvuruya benzer başvurularda Anayasa Mahkemesince yapılması gereken, gazetecilerin basın özgürlüğü ile özel haberleşmesine müdahale edilen bireylerin haberleşme özgürlüğünü dengelemektir. Böyle bir dengeleme; her somut olayda haberleştirilen bilginin içeriğinin, haberleşmesine müdahale edilen kişilerin kimliklerinin, haberin kamusal tartışmalara yaptığı katkının ve somut olayın geçtiği bağlam da dâhil olmak üzere tüm koşulların birlikte değerlendirilmesi ile mümkündür.

59. Denetim yetkisinin uygulanması sırasında Anayasa Mahkemesi, haberleştirilen iletişimin içeriği ve bunların ifade edildiği bağlam da dâhil olmak üzere davayı bir bütün olarak ele alıp incelemelidir. İlk olarak müdahalenin "meşru amaçlar ile orantılı" ve ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşru gösterilmesi için belirtilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığı tespit edilmelidir. Bunu yaparken de Mahkeme, kamu gücünü kullanan organların ve derece mahkemelerinin Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri kapsamında bulunan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayalı oldukları konusunda olumlu kanaate varmalıdır.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

60. Bir haber portalının yayın yönetmeni olan başvurucu, başkalarının iletişim içeriklerini yayımlamaktan dolayı mahkûm edilmiştir. Başsavcılık, haberleşme içeriğinin haberleşmenin tarafı olmayan kişi veya kişilerebildirilmesi veya duyurulmasıyla suçun tamamlandığını ileri sürmüş; ilk derece mahkemesi de daha ileri bir değerlendirme yapmayarak kimin arasında geçerse geçsin kişiler arasındaki telefon konuşmalarının herkesin öğrenebileceği şekilde yayınlanmasının suçun oluşması için yeterli olduğuna karar vermiştir (bkz. §§ 15-17).

61. İlk derece mahkemesi, başvurucunun ifade ve basın özgürlükleri ile başkalarının şeref ve itibarlarının korunmasını isteme hakkı arasında denge kurmayarak bu iki hakkın çatıştığı bir durumda mutlak olarak ikincisine üstünlük tanımıştır. Anayasa Mahkemesince,ortaya konulan ilkeler çerçevesinde (bkz. §§ 57-59) dava bir bütün olarak ele alınarak kişilerin hak ve özgürlükleri arasında bir dengeleme yapılmadan ulaşılan sonucun Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri kapsamında bulunan ilkelere uygun olduğu kabul edilemez.

62. İlk olarak somut olayda başvurucu, kamuoyunca emekli bir vaiz olarak bilinen Fetullah Gülen'in daha önce küresel ölçekte yayın yapan, İnternet'te yayımlanan iletişim içeriklerini ifşa etmiş olmaktan mahkûm edilmiştir. Söz konusu haberleşme içerikleri gerek olayların geçtiği dönemde gerekse de 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrası süreçte (bkz. § 10) inkâr edilemez bir tanınmışlık derecesine sahip şikâyetçinin fikir ve tutumlarının, müştekinin başında olduğu gurubun siyasi, sosyal ve ekonomik alandaki faaliyetlerinin keşfedilmesi ve bunlara ilişkin kanaat oluşturulması işlevini görmüştür. Dolayısıyla konuşmanın yayımlanmasının kamuoyu gündeminin ilk sıralarında yer alan kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmamaktadır.

63. İkinci olarak müşteki, başvurucunun söz konusu haber içeriğini değiştirerek veya haber kapsamına bir ekleme yaparak gerçek dışı bir haber yaptığını da iddia etmemiştir. Derece mahkemeleri de kararlarında böyle bir değerlendirmede bulunmamıştır.

64. Üçüncü olarak ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet gerekçesinde bahse konu iletişim içeriklerinin ilk kez başvurucu tarafından yayımlanmamış olması da tartışılmamıştır. Nitekim ceza hukuku

bağlamında ve yukarıda zikredilen Yargıtay ilamları (bkz. §§21-23) gözönüne alındığında suçun unsuru olan "ifşanın" gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi, meselenin odak noktasını oluşturmaktadır (bkz. §§ 55, 56). Mevcut başvurudaki haberin yayımlandığı tarihte Fetullah Gülen'e ait haberleşme içeriklerini ifşa eden söz konusu bilgi zaten halka açıklanmıştır (bkz. § 12). Dolayısıyla ilgililerin iletişimlerinin korunmasına ilişkin amaç önemli ölçüde ortadan kalkmış ve sınırlamanın engellemeyi amaçladığı zarar vuku bulmuştur.

65. Son olarak diğer basın yayın organlarının anılan haberleşme içeriklerinin yayınından dolayı cezalandırılmış olduğu da belirtilmemiştir. Bunun aksine başvurucunun sunduğu belgelere göre aynı haber içeriklerini yayımlayan en az dört basın sorumlusu hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 21/3/2014 tarihli kararı ile kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Ayrıca söz konusu haberleşme içeriklerini yayımlayan diğer gazetecilerin anılan açıklamadan kaynaklanan yayından cezalandırılmış olduğu da ileri sürülmemiştir.

66. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında derece mahkemelerinin müştekinin haberleşme özgürlüğünü koruma amacının, başvuranın Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri kapsamındaki ifade ve basın özgürlüğü haklarına uygulanan sınırlamaların haklı çıkarılması için yeterli olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Derece mahkemelerince basın özgürlüğünün korunması ile özel hayatın bir unsuru olan haberleşme özgürlüğünün korunması arasında adil bir denge kurulmamıştır.

67. İlk derece mahkemesince başvurucu, 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmış ve daha sonra hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilerek başvurucu beş yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmıştır. Bir haber sitesinin genel yayın yönetmeni olan başvurucunun bu süre içinde cezasının infaz edilmesi riski her zaman vardır. Yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde caydırıcı bir etkisi vardır ve sonunda kişi denetim süresini yeni bir mahkûmiyet almadan geçirse bile kişinin bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunmaktadır (*Orhan Pala*, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 54).

68. Başka bir deyişle basının bir demokrasinin düzgün şekilde işlemesinin sağlanmasına ilişkin temel görevi dikkate alındığında başvurucunun cezalandırılmasının,basının kamu yararına olan

hususlarda açık tartışmaya olan katkısını yıldırabilecek nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla başvurucunun 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılması ve beş yıl denetim altına alınarak hükmün açıklanmasının ertelenmesi biçimindeki şikâyet konusu müdahale, müştekinin özel hayatının korunması şeklinde takip edilen amaç ile orantısızdır.

69. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve 28. maddesinde güvence altına alınanbasın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

70. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

71. Başvurucu, ihlalin tespiti ile yeniden yargılama kararı verilmesi ve 50.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Başvurucu, maddi tazminat talebinde bulunmamıştır.

72. Başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

73. Başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 24. Asliye Ceza Mahkemesinin 2014/493 Esas sayılı dava dosyasına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

74. Başvurucunun ifade ve basın özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 2.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

75. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.026,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin REDDİNE,

B. İfade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİROLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 24. Asliye Ceza Mahkemesinin 2014/493 Esas sayılı dava dosyasına GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucuya net 2.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

F. 226,90 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.026,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

G. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 5/7/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ENGİN KABADAŞ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/18587)

Karar Tarihi: 6/7/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Nuri NECİPOĞLU
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Engin KABADAŞ
Vekili	:	Av. Ahmet AKGÜL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, asker olan ve verdiği konferanslarda kullandığı ifadelerin siyasi faaliyette bulunmak suçunu oluşturduğundan bahisle cezalandırılan başvurucunun adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 25/11/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne karar verilmiştir.

5. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

6. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

8. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu, olayların geçtiği tarihlerde kurmay albay rütbesi ile Çankırı 28. Mekanize Piyade Tugay komutan yardımcılığı görevini yürütmektedir. Başvurucu 2007 yılının Kasım ve Aralık aylarında, üstlerinden aldığı emirler doğrultusunda Komutanlıkta görevli personel ve ailelerinin "bilgilendirilmesi" ve "bilinçlendirilmesi" amacıyla bir dizi konferans vermiştir. Askerî emirlerle tertip edilen ve bu sebeple katılımın zorunlu olduğu söz konusu konferanslar ağırlıklı olarak Atatürkçü düşünce sistemiyle ilgilidir.

11. 2011 yılının Nisan ayında, başvurucunun verdiği konferanslarda kaydedilen sesler ve slayt görüntüleri senkronize edilerek *dailymotion.com* İnternet sitesinde yayımlanmıştır. Daha sonra başka siteler de söz konusu kaydı yayımlamışlardır. Aynı yılın Haziran ayında Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askerî Savcılığı, siyasi faaliyette bulunmak suçundan cezalandırılması için başvurucu hakkında kamu davası açmıştır. 2012 yılının Nisan ayında Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askerî Mahkemesi, başvurucunun siyasi faaliyette bulunmak suçundan cezalandırılmasına karar vermiş fakat Askerî Yargıtay 2. Dairesi mahkûmiyet hükmünün usul yönünden bozulmasına karar vermiştir.

12. Bozma sonrası yapılan yargılamada başvurucu, ilk olarak *dailymotion.com* İnternet sitesinde ve daha sonra diğer bazı İnternet sitelerinde yayımlanan slayt görüntülerini inkâr etmiş; sesin ise kendisine ait olmakla birlikte kes-yapıştır yöntemiyle farklılaştırıldığını, delillerin hukuka uygun olmadığını ileri sürmüştür. Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askerî Mahkemesi 22/04/2014 tarihli kararı ile başvurucunun bir kez daha siyasi faaliyette bulunmak suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir. İlk derece mahkemesi,başvurucunun ilgili tarihlerde kullandığı bilgisayarındaki kayıtlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmış; konferansta kullanıldığı ileri sürülen slaytlarla aynı veya benzer içerikte kayıtlar tespit edilmiş; konferanslara katılan çok sayıda kişinin tanık sıfatıyla yeminli beyanları alınmıştır.

13. İlk derece mahkemesi ilk olarak İnternet sitelerinde yayımlanan kayıtların hükme esas alınamayacağına karar vermiştir. Mahkeme bununla birlikte çok sayıda tanık deliline ve başvurucunun olay tarihinde kullandığı kurum bilgisayarından elde edilen slayt görüntülerine dayanmıştır. Başvurucu söz konusu slayt görüntülerini kendisinin hazırlamadığını ileri sürmüş ise de ilk derece mahkemesi, dosyanın oluşturulma tarihi ile suç tarihinin uyumlu olduğunu tespit ederek başvurucunun itirazlarını reddetmiştir.

14. İlk derece mahkemesine göre başvurucu, askerî personel ve onların eşleri için tertip edilen bir dizi konferansta 2007 yılında yeni seçilmiş olan Cumhurbaşkanı Abdullah Gül ile o tarihlerdeki Hükûmet üyelerini veHükûmet politikalarını eleştirmiş; ülkenin genel politik seyrine ilişkin yorumlar yapmış; Hükûmetin irticai faaliyetler yaptığını ileri sürmüş ve bazı siyasetçilerin eşlerinin başörtülü olmasını eleştirmiştir. Mahkeme, başvurucunun konferanslar sırasındaki sunum ve sözleri ile dinleyicilerin siyasitercih ve görüşlerini etkilemeyi hedeflediğine ve bunun siyasi faaliyette bulunmak suçunu oluşturduğuna; başvurucunun 780 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

15. Askerî Yargıtay 2. Dairesi, temyiz itirazlarını reddederek ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. İlam başvurucuya 21/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 25/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

17. 22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun "*Siyasi faaliyetlerde bulunanlar*" kenar başlıklı 148. maddesi şöyledir:

"Askeri şahıslardan;

A) Siyasi bir partiye üye olmak için müracaat eden veya herhangi bir suretle siyasi partilere girenler,

B) Siyasi amaçla toplantı yapan veya aynı amaçla siyasi gösterilere katılanlar,

C) Siyasi amaçla nutuk söyleyen, demeç veren, yazı yazan veya telkinde bulunanlar,

D) Siyasi toplantılara resmi veya sivil kıyafetle katılanlar,

E) Herhangi bir sebeple yalnız veya toplu olarak siyasi mahiyette beyanname hazırlayan, hazırlanmış beyannameyi imzalayan, imzalatan veya yayın organlarına ulaştıran veya dağıtanlar,

Fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, bir aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Bu cürünler, seferberlikte işlenirse ceza iki misli olarak hükmolunur."

18. 4/1/1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 43. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları siyasi faaliyette bulunamaz..."

B. Uluslararası Hukuk

19. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Grigoriades/Yunanistan* (B. No:24348/94, 25/11/1997) kararında asker kişinin ifade özgürlüğü hakkında değerlendirmeler yapmıştır. AİHM, komutanına mektup yazarak ordu hakkında ağır eleştiri ve isnatlarda bulunan bir askerin orduyu aşağılamak suçundan cezalandırılmasını ifade özgürlüğüne müdahale saymış ve şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"44. Mahkeme uygulanabilir prensipleri, Vogt - Almanya kararında aşağıdaki şekilde belirtmiştir (bkz. Vogt/Almanya, B. No:17851/91, 26/09/1995,§ 52):

"(i) İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturup, toplumun ilerlemesi ve her bir bireyin gelişimi için temel koşullardan biridir. İfade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrasına tabi olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız görülen veya ilgilenmeye değmez bulunan "haber" ve "düşünceler" için değil, fakat aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olup, bunlar olmaksızın "demokratik toplum" olamaz. Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtildiği üzere, bu özgürlüğün istisnaları vardır; ancak bu istisnalar dar yorumlanmalı ve bir kısıtlama ihtiyacının bulunduğu inandırıcı bir şekilde

ortaya konmalıdır (bkz. 07.12.1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72,07/12/1976,§ 49; Lingens/Avusturya,B. No: 9815/82, 08/07/1986,§ 41 ve Jersild/Danimarka, B. No: 15890/89, 23.09.1994, § 37).

(ii) Sözleşme'nin 10(2). fıkrası kapsamındaki "gerekli" sıfatı, "toplumsal ihtiyaç baskısı"nın varlığını ima etmektedir. Sözleşmeci Devletler böyle bir ihtiyacın olup olmadığını değerlendirirken belli bir takdir alanına sahiptirler, ancak bu takdir alanı, hem ulusal mevzuata hem de bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş olsa bile, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsayan Avrupa denetimi ile birlikte el ele gitmektedir. Mahkeme, bundan dolayı, bir "sınırlamanın", 10. madde tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşır olup olmadığı konusunda son kararı vermeye yetkilidir.

(iii) Mahkeme bu denetim yetkisini kullanırken görevi, kendini yetkili ulusal makamların yerine almak olmayıp, ulusal makamların takdir yetkileri gereğince aldıkları kararları 10. maddeye göre incelemektir. Bu demek değildir ki denetim, davalı devletin takdir yetkisini makulce, özenle ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmekle sınırlıdır. Mahkeme'nin yapması gereken şey, şikayet konusu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak ve müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını belirlemektir (Sunday Times (No. 2) /Birleşik Krallık, B. No: 13166/87, 26/11/1991 § 50). Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların 10. maddede yer alan ilkelerle uyumlu olan standartları uyguladıklarına ve ayrıca maddi olayları kabul edilebilir bir şekilde takdir ederek karar verdiklerine ikna olmalıdır (bkz. Jersild/Danimarka, § 31).

45. Sözleşme'nin 10. maddesi, kışlanın kapısında durmaz. Bu madde, Sözleşmeci Devletlerin egemenlik alanı içinde bulunan diğer insanlara olduğu gibi asker kişilere de uygulanır. Bununla birlikte, Mahkeme'nin daha öncede belirttiği gibi, silah altındakilerin askeri disiplini zayıflatmalarını önlemek için düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan, bir ordunun gereği gibi görev yapabileceğini düşünmek mümkün olmadığı için, askeri disipline karşı gerçek bir tehdidin bulunması halinde, Sözleşmeci Devletler ifade özgürlüğüne kısıtlamalar koyabilmelidirler (bkz. Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/ Avusturya, B. No: 15153/89, 19/12/1994, § 36). Ancak ulusal makamlar, düşüncelerin ifadesi bir kurum olarak ordunun kendisine karşı yöneltilmiş olsa bile, ifade özgürlüğünün içini boşaltmak amacıyla bu tür kurallara dayanamazlar.

46. Bu davada başvurucu komutanına bir mektup göndermiş, bu mektubun silahlı kuvvetleri aşağıladığı kabul edilmiştir (bkz.§ 14). Başvurucunun komutanı bu nedenle konuyu daha ileriye götürmeye ve başvurucu hakkında Askeri Ceza Yasasının 74. maddesine göre dava açılmasına karar vermiştir (bkz. §16).

47. Mektubun Yunan Ordusu ile ilgili bazı sert ve kızgın ifadeler içerdiği doğrudur. Ancak Mahkeme söz konusu ifadelerin, askeri yaşama ve bir kurum olarak orduya yönelik genel ve uzunca bir eleştirel söylev şeklinde dile getirilmiş olduğunu kaydeder. Mektup başvurucu tarafından yayınlanmamış veya bir kopyasının bir subaya verilmesi dışında, daha geniş bir kitleye dağıtılmamış ve başka kimselerin de bu mektubu bildiği iddia edilmemiştir. Mektupta, mektubun gönderildiği kişiye veya başka bir kimseye yönelik bir aşağılama da yer almamıştır. Bu durum karşısında Mahkeme, mektubun askeri disiplin üzerinde objektif etkisinin önemsiz olduğunu kabul eder."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 6/7/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

21. Başvurucu, bir ses kayıt cihazına hukuka aykırı olarak kaydedilmiş sesinin vedaha önce bilgisayarında bulunan görüntülerin senkronize edilerek hazırlanan videonun İnternet'e servis edildiğini ifade etmiştir. Başvurucuya göre bu video hukuka aykırı olarak elde edilmiş delildir ve daha sonra elde edilen tüm deliller de "Zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur." ilkesi gereği hükme esas alınamayacak delillerdir. Bu sebeple başvurucu, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. İkinci olarak başvurucu, kullandığı sözlerden dolayı cezalandırılmasının ifade özgürlüğüne de aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

22. Bakanlık görüşünde, mesele ifade özgürlüğü kapsamında ele alınmıştır. Bakanlık görüşünde, kamu görevlilerinin ifade özgürlüklerinin bilhassa "ödevler" ve "sorumluluklar" kavramları etrafında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bakanlığa göre kamu görevlilerinin ifade özgürlüklerinin sınırlandırılmasında kamu gücünün belirli bir takdir payının bulunduğu kabul edilmelidir. Bakanlık, kamu görevlilerinin ve bilhassa askerî şahısların siyasi faaliyetlerine ilişkin

sınırlandırmaların ordunun disiplini ve tarafsız olması ile doğrudan bağlantılı olduğunu belirtmiştir. Bakanlığa göre 1632 sayılı Kanun'un siyasi ifade özgürlüğünü kısıtlaması, Türk Silahlı Kuvvetleri için hayati önemde olan tarafsızlığın sağlanması ile doğrudan bağlantılıdır. Bakanlık, somut başvuruda ordu disiplininin sağlanması ve kışlaya siyasetin girmemesi için başvurucunun cezalandırılmasının demokratik bir toplumda gerekli olduğunu, verilen cezanın da miktar itibarıyla ölçülü olduğunu savunmuştur.

23. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında önceki beyanlarını tekrar etmiştir. Başvurucu; bazı İnternet sitelerinde kendisi ile ilgili olduğu iddiasıyla sahte video kayıtlarının yayımlanmasından sonra hakkında soruşturma açıldığını, video kaydının hukuka aykırı olduğunun mahkemelerce de kabul edildiğini, daha sonra bu videonun yayımlanmasından sonra elde edilen ve dolayısıyla video delilinin "meyvesi" olan ve Mahkemenin dayandığı diğer delillerin de kanuna aykırı hâle geldiğini ileri sürmüştür. Başvurucuya göre Anayasa'nın 38. maddesinin son fıkrasında yer alan *"Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez."* hükmü göz ardı edilerek verilen ceza Anayasa'nın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkını ihlal etmiştir.

24. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında ayrıca, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsünü ve Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ-PDY) terör örgütüne atfedilen ve kamu oyunda oldukça iyi bilinen bazı yargılamaları hatırlatmıştır. Başvurucu, FETÖ-PDY terör örgütünün devlet kadrolarını ele geçirmek amacıyla kendilerinden olmayan kimseleri komplolar ve kumpaslarile tasfiye ettiklerini ifade etmiştir. Başvurucuya göre kendisine karşı açılan ve somut başvuruya konu ceza davası da kamuoyunda Ergenekon, Balyoz, Casusluk olarak isimlendirilen yargılamalar zincirinin bir parçasıdır. Başvurucu; söz konusu yargılamaların tıpkı eldeki başvuru gibi "orduya tuzak" kurulması amacıyla sahte dijital deliller oluşturularak başlatıldığını, mevcut ceza davası nedeniyle generalliğe yükseltilmediğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

25. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması... Cumhuriyetin temel nitelikleri[nin]... korunması... amaçlarıyla sınırlanabilir.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

26. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).Mevcut başvurunun koşullarında başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarının ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki şikâyeti ile birlikte incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

27. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

28. Başvurucu, verdiği konferanslarda dile getirdiği düşüncelerden dolayı 780 TL adli para cezası ile cezalandırılmıştır. O hâlde başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale söz konusudur.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

29. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

30. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen; kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma,demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

31. Müdahaleye dayanak olan 1632 sayılı Kanun'un 148. maddesinin (C) fıkrasının kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

32. Başvurucu, askerî personeller ile onların eşlerine siyasi amaçla konuşma yapması ve telkinde bulunması nedeniyle cezalandırılmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün "Cumhuriyet'in temel niteliklerinin korunması" amacıyla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Anayasa'nın *"Cumhuriyetin nitelikleri"* kenar başlıklı 2. maddesinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir hukuk devleti olduğu ifade edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti devletinin niteliklerinden olan demokrasinin korunmasının yollarından biri de seçimle iş başına gelmeyen kişilerin siyasal hayata müdahale etmelerinin ve siyasal karar alma yetkisini devralmalarının önlenmesidir. Demokratik sistemin istenmeyen müdahalelere karşı korunması amacıyla yasa koyucu tarafından bazı tedbirlerin alınması Anayasa'nın yukarıda zikredilen hükümlerinin bir gereğidir.

33. Asker-siyaset ilişkisi kamu düzeni ile doğrudan bağlantılıdır. Ordunun tarafsız şekilde asli fonksiyonlarına odaklanamaması ve ordunun kurumsal olarak veya ordu mensuplarının bireysel olarak siyasete müdahalesi demokratik toplum düzeninin bozulmasına, dolayısıyla kamu düzeninin zarar görmesine neden olacak niteliktedir. Bu itibarla mevcut başvuruda asker bir kişi olan başvurucunun asker sıfatıyla ve askerî olanakları kullanarak politikacılara yönelttiği eleştirilerine yapılan müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kamu düzeninin sağlanması meşru amacını taşıdığı sonucuna varılmıştır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

34. Anayasa Mahkemesi "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51; *Önder Balıkçı*, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 37). Derece mahkemelerinin böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir (*Önder Balıkçı*, § 37)

35. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir(AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; *Bekir Coşkun* §§ 53, 54; ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 96-98; *Tansel Çölaşan*, §§ 54-55; *Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72; *Önder Balıkçı*, § 38).

36. Anayasa'nın 26. maddesinin asli işlevi herkesin ifade özgürlüğünü korumaktır. Askerlerin dâhil olduğu kamu görevlileri de toplumun diğer bütün bireyleri gibi ifade özgürlüğünden yararlanır. Bununla beraber "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" biçimindeki Anayasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrası kişilerin temel hak ve hürriyetleri kullanırlarken sahip oldukları ödev ve sorumluluklara gönderme yapar. Ödev ve sorumluluklar, somut başvurudaki asker kişiler gibi kamu görevlilerinin yansızlık ve tarafsızlıklarını güvence altına almak için siyasi ifadelerinin ve faaliyetlerinin kısıtlanmasına ilişkin şikâyetlerde özellikle önem taşımaktadır.

37. Anayasa Mahkemesi, belirli kategorilere mensup devlet memurlarının ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile onların görüşlerinin "dengeli" ve "siyaseten yansız" olmasının sağlanması için

siyasi faaliyetlerden kaçınma yükümlülükleri arasında bir denge sağlanıp sağlanmadığını olayların bütünselliği içinde gözetecektir.

38. Bununla beraber Anayasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün Anayasa'da yer alması, ifade özgürlüğüne doğası gereği öngörülenden daha fazla sınırlama getirildiği şeklinde yorumlanamaz. Bu bağlamda Anayasa'nın 26. maddesinde herhangi bir zımni sınırlamaya yer verilmemiş olduğu akılda tutulmalıdır.

39. Bundan sonra Anayasa Mahkemesinin yapması gereken başvuruya konu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 52; *Tansel Çölaşan*, § 62) ve müdahaleyi haklı kılmak için derece mahkemelerince gösterilen gerekçelerin inandırıcı, bir başka deyişle "ilgili ve yeterli" olup olmadığını ve müdahalenin "ölçülü" olup olmadığını belirlemektir (*Nilgün Halloran*, § 39; *Bekir Coşkun,* §§ 24, 58; *Tansel Çölaşan*, § 52). Anayasa Mahkemesi bunu yaparken kamu gücünü kullanan organların ve derece mahkemelerinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesince ortaya konulan ilkelerle uyumlu olan standartları uyguladıklarına ve ayrıca maddi olayları kabul edilebilir bir şekilde takdir ederek karar verdiklerine ikna olmalıdır.

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

40. Olayların geçtiği tarihte kurmay albay rütbesinde olan başvurucu, üstlerinden aldığı emirler doğrultusunda askerî personele ve ailelerine Atatürkçü düşünce sistemini anlatmak amacıyla askerî birlikler içinde ve asker sıfatıyla bir dizi konferans vermiştir. Katılımın zorunlu olduğu hususunda bir itiraz bulunmamaktadır (bkz. § 10). Başvurucu, konferanslar sırasında Cumhurbaşkanı ve Hükûmet üyelerine yönelik eleştirilerde de bulunmuş ve derece mahkemelerince başvurucunun dinleyicilerin siyasi tercih ve görüşlerini etkilemeyi hedeflediğine ve bunun siyasi faaliyette bulunmak suçunu oluşturduğuna karar verilmiştir (bkz. § 13).

41. Başvurucu; mahkûmiyetine gerekçe yapılan isnatların gerçek dışı olduğunu, sahte bir videoya vebu hukuk dışı delili doğrulatmaya ilişkin kanıt niteliği taşımayan bulgulara dayanıldığını ve bunların kovuşturmada kullanılamayacağını ileri sürmüştür. Hukuk kurallarını yorumlamak ve uygulamak, delillerin kabul edilebilirliğini değerlendirmek derece mahkemelerinin görevidir. Anayasa Mahkemesi -açık bir keyfîlik olmadıkça- delilleri kendisi değerlendirip derece mahkemelerinin

olayların ne şekilde gerçekleştiğine dair kabulü yerine kendisi bir kabulde bulunamaz. Derece mahkemesi, usule ilişkin tüm güvenceleri sağlamış; başvurucuya aleyhindeki hususlara itiraz etme imkânını vermiş ve kararında başvurucunun itirazlarını ayrıntılı olarak karşılamıştır. Mahkeme, gerekçesini oluştururken de delilleri ayrıntılı olarak değerlendirmiştir. Başvurucunun video delilinin hukuka uygun olmadığı itirazına karşın ilk derece mahkemesi gerekçeli kararında söz konusu videonun hukuka aykırı delil olduğunu ve hükme esas alınamayacağını açıkça kabul etmiş (bkz. § 12) ve kararını bunun dışındaki delillere dayandırmıştır. Başvurucunun da video delili dışındaki delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğine ilişkin bir iddiası bulunmamaktadır. Bu kapsamda sonuç olarak somut olayda delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin değerlendirmesinde ilk derece mahkemesince oluşturulan kabulden farklı bir kabule varmayı gerektiren bir keyfîlik bulunduğu söylenemez. Dolayısıyla ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerin derece mahkemesinin somut olaylara ilişkin kabulü üzerinden yapılması gerekir.

42. İlk olarak önemle belirtilmelidir ki başvurucu, Atatürk ilke ve inkılaplarına ilişkin anlatımları nedeniyle cezalandırılmamıştır. Başvurucu olayların yaşandığı tarihte Hükûmette olan siyasetçilere ve güncel siyasi konulara ilişkin beyanları nedeniyle cezalandırılmıştır.

43. İkinci olarak mevcut başvuruya benzer başvurular Türkiye'deki asker-siyaset ilişkilerinin tarihinden bağımsız olarak değerlendirilemez. Osmanlı İmparatorluğu'ndan Türkiye Cumhuriyeti'ne uzanan süreçte, zaman zaman silahlı kuvvetler içinden çıkan bazı grupların ülke yönetimine ve siyasete ilgisi olmuştur. Asker veya sivil gurupların bu ilgisi demokratik siyaset üzerindeki vesayet olgusunu doğurmuştur. Bu uzun ve karmaşık süreçte ülkemizde demokrasinin tarihi, bir ölçüde bu az sayıdaki kişinin demokratik olmayan yöntemlerle yönetime gelmelerinin engellenmesi için siyasal kurumları yaratmanın, geliştirmenin ve korumanın tarihi olmuştur. Bu itibarla bilhassa askerî olanaklar ve asker sıfatı ile siyasi faaliyetlerde bulunanlar hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması açılması anlaşılabilir bir durumdur. Nitekim bu anlaşılabilir durum nedeniyle kanun koyucu daha 1930 tarihinde 1632 sayılı Kanun ile askerî şahısların siyasi faaliyette bulunmalarını suç olarak kabul etmiştir (bkz. § 17).

44. Üçüncü olarak albay rütbesinde bir subay olan başvurucu zoraki olarak orada bulunan dinleyicilere hitap etmektedir (bkz. § 10). Konuşandan başkasına özgürlük tanınmayan ve dinleyicilerin zorunlu olarak düşünce aşılama ya da fikir telkinine maruz kaldığı bir durumdadile getirdiği sözleri (bkz. § 13) ile başvurucu, siyaseten yansız davranma ve siyasi faaliyetlerden kaçınma yükümlülüklerine aykırı davranmıştır. Katılımın zorunlu ve katılımcıların emri altındaki askerîpersonel ve onların eşleri olduğu bir ortamda başvurucudan güncel siyasete ilişkin görüşlerini beyan etmek konusunda daha dikkatli olması beklenmektedir.

45. Sonuç olarak yukarıdaki hususlar dikkate alındığında ve somut olayın koşullarında yüksek rütbeli bir asker olan başvurucunun askerî tesislerde tertip edilen, askerî personel ve onların eşlerine yönelik katlımı zorunlu konferanslarda anılan tarihlerde ülkenin Cumhurbaşkanı'nı, Başbakanı'nı ve bazı bakanları eleştirmesinin siyasi söylem olarak kabul edilip cezalandırılmasının demokratik bir toplum düzeninde gerekli olduğu kabul edilmiştir. İlk derece mahkemesinin gerekçeleri, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahale için yeterli ve ilişkili sayılmalıdır. Verilen kararda, başvurucunun ifade özgürlüğü ile onun ödev ve sorumlulukları arasında adil bir denge kurulmuştur. Başvurucuya verilen ve nispeten düşük miktardaki 780 TL adli para cezasının Türkiye Cumhuriyeti'nin temel niteliklerinden olan demokratik düzenin korunması için gerekli ve ölçülü olmadığı söylenemez.

46. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 6/7/2017tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

BİZİM FM RADYO YAYINCILIĞI VE REKLAMCILIK A.Ş. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/11028)

Karar Tarihi: 18/10/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş.
Vekili	:	Av. Şükran TEZEL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, yayınlarına ara veren başvurucu radyonun yeniden yayına başlama talebinin kabul edilmemesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 3/7/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

7. İkinci Bölüm tarafından 20/7/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş veAnayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

A. Olayın Arka Planı

9. Ülkemizde ilk defa 1927 yılında bir Fransız şirketi tarafından İstanbul ve Ankara illerinde başlatılan radyo yayıncılığı daha sonra Telsiz Telefon Türk Anonim Şirketince yürütülmüştür. 1936 yılında Posta ve Telgraf Teşkilatına (PTT) devredilen radyo yayıncılığı 1940 yılında Matbuat Umum Müdürlüğüne, 1943 yılında Basın-Yayın Umum Müdürlüğüne ve 1949 yılında Basın-Yayın Turizm Genel Müdürlüğüne devredilmiştir. 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte radyo ve

televizyon yayınlarının yapılması görevi özerk bir kamu tüzel kişiliğine bırakılmıştır. Bu amaçla 1963 yılında Türkiye Radyo Televizyon Kurumu (TRT) kurulmuş; 1971 yılında yapılan anayasa değişikliği ile tarafsız bir kamu tüzel kişiliği şeklinde örgütlenen TRT, 1989 yılına kadar radyo yayıncılığını bir tekel olarak yürütmüştür.

10. 1989 yılından sonra özel şirketlerin de radyo yayıncılığına başlaması ile fiilî bir karmaşa dönemi başlamıştır. Anayasa'nın 133. maddesinin "*Radyo ve televizyon istasyonları, ancak devlet eli ile kurulur ve idareleri tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde düzenlenir.*" biçimindeki birinci fıkrası hükmüne rağmen hukuken TRTtekelinde olan radyo yayıncılığı birçok özel sektör ve kamu kuruluşu tarafından yapılmaya başlanmıştır. Ortaya çıkan bu fiilî durum karşısında özel radyolar uzun süre Anayasa'ya ve kanunlara aykırılık nedeniyle kapatılma tehlikesi yaşamış hatta bazı radyo istasyonları kapatılmıştır.

11. Anayasa'nın 133. maddesinin yukarıda anılan birinci fıkrası 1993 yılında "*Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir.*" biçiminde değiştirilmiştir. Anayasa Komisyonunun hazırladığı Anayasa değişikliğine ilişkin gerekçede radyo ve televizyon alanında çoğulculuğun sağlanması yükümlülüğüne ve ifade özgürlüğüne vurgu yapılmıştır. Gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir:

> *"Diğer yandan evrensel demokrasinin giderek kitle iletişim araçlarında çoğulculuk ve rekabet anlayışında, yön verdiği gözlenmektedir. Radyo ve Televizyon alanında devlet tekelini korumak çağın geldiği demokratik seviyede artık düşünce özgürlüğünün tarifi dışında kalmaktadır. Yazılı basında olduğu gibi, Radyo ve Televizyon alanında da çok sesliliğe geçmek zorunlu hale gelmiştir. Bu nedenle Anayasanın 133 üncü maddesinin yeniden düzenlenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Ülkemizde bu alanda ortaya çıkan fiili durum dikkate alınırsa bu zorunluluğun ne kadar acil olduğu da görülecektir. Bu düzenleme ile devlet tekeli kaldırılırken devlet gözetimi ilkesi getirilmektedir..."*

12. 13/4/1994 tarihli ve 3984 sayılı mülga Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile özel radyolar hukuki bir statü kazanmışlardır. 3984 sayılı mülga Kanun'un amacı, radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesine,

Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun (RTÜK) kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esas ve usulleri belirlemek olarak saptanmıştır. Kanun'un "*Görev ve yetkiler*" kenar başlıklı 8. maddesinin ilgili hükümleri şu şekildedir:

"Üst Kurulun görev ve yetkileri şunlardır: ...

b) Önşartları yerine getirmiş müracaatçı kuruluşlara, tarafsızlık ve hakkaniyet ölçüleri dahilinde yayın izni ve lisans vermek, 16 ncı maddeye uygun olarak ulusal, bölgesel ve yerel planlamalardaki kanal ve frekans bandlarının Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu eliyle kullanılan kanal ve frekans bandları dışında kalanların en az % 50'sinin zaman paylaşımlı ve bölgesel dengelere uygun biçimde kullanımını gözeterek kanal ve frekans bandları tahsis etmek...

f) Yurt içinden yayın yapacak kamu ve özel radyo-televizyon kuruluşlarının yayın izni ve lisans talebinde bulunabilmek için yerine getirmeleri gerekli önşartları ve standartları Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi İlkeleri gözönünde bulundurularak tespit etmek ve kamuoyuna duyurmak,

g) Kanal ve frekans bandı tahsisinde gerekli şartları ve tahsis hakkı alanların yayına geçme süresini ve radyo ve televizyon istasyonu kuranların ödeyecekleri yayın izni ve lisans ücretlerini ilgili yönetmeliklerle belirlemek...

p) Bu Kanun ve Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ilkelerine uygun biçimde çalışma ve faaliyetleri ile ilgili yönetmelik ve diğer düzenlemeleri hazırlamak."

13. 3984 sayılı mülga Kanun'un "*Kanal ve frekans bandı tahsisi yetkisi*" kenar başlıklı 16. maddesinde kamu ve özel radyo kuruluşlarına kanal ve frekans bandı tahsisi ile yayın izni lisansıverme yetkisinin RTÜK'e ait olduğu belirtilmiştir. Kural şöyledir:

"2813 Sayılı Telsiz Kanununun diğer hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kamu ve tüm özel radyo ve televizyon kuruluşlarına kanal ve frekans bandı tahsisi ile yayın izni ve lisansı vermek ve bu tahsis ve izni iptal etmek yetkisi, münhasıran Üst Kurula aittir."

14. 3984 sayılı mülga Kanun'un "*Kanal ve frekans bandı tahsisi*" kenar başlıklı 17. maddesinde ulusal kanal ve frekans bandı planlamasına ilişkin usul belirlenmiştir. Kural şöyledir:

"Ulusal kanal ve frekans bandı planlamasındaki kanal ve frekans bandlarının dörtte biri Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumuna tahsis edilir. Kanal sayısı üçten, frekans bandı sayısı dörtten az olamaz. Bu kanalların birinden Türkiye Büyük Millet Meclisi faaliyetleri yansıtılır. Hangi faaliyetlerin ne ölçüde yayınlanacağına Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı karar verir.

Geriye kalan ulusal, bölgesel ve yerel kanal ve frekans bandlarının yarısı tam gün üzerinden, diğer yarısı ise istek halinde zaman paylaşımlı ve gerekirse dönüşümlü olarak tahsis edilir.

Tahsis süresi beş yılı aşamaz."

15.3984 sayılı mülga Kanun'dan önce çok sayıda radyo kuruluşu, frekans kullanımı ve yayın içeriği yönünden denetimsiz olarak yayınlarını sürdürmekteydi. 3984 sayılı mülga Kanun ile radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesine ve RTÜK'ün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esas ve usuller belirlenmiştir. Bunlara ilave olarak geçici maddelerde Kanun'un yürürlüğünden önceki durum da dikkate alınmış ve Kanun yürürlüğe girmeden önce fiilen radyo ve televizyon yayıncılığına başlamış olan özel kuruluşların yeni hukuki duruma intibakına ve yeni uygulamaya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Kanun'un geçici 1. maddesinde RTÜK üyelerinin Kanun'un yayımlanmasından itibaren bir ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisince seçileceği, geçici 5. maddesinde üst kurulun oluşumunu takip eden en geç dört ay içinde öncelikle ihtiyaç duyduğu kanal ve frekans bantları planlamasını yaptıracağı belirtilmiştir. Frekansların tahsisleri yapılıncaya kadar geçecek sürede RTÜK ile radyo ve televizyon kuruluşlarının harekât tarzını belirlemek için 3984 sayılı Kanun'a eklenen geçici 6. madde şu şekildedir:

"Üst Kurul, kendi oluşumu ile yayın izni ve lisansı vermeye başlayacağı tarihe kadar geçecek süre zarfındaki radyo ve televizyon yayınları rejimini ayrıca ve öncelikle düzenler.

Bu süre zarfında kullanılmakta olan kanal ve frekanslar, kullananlar için herhangi bir suretle müktesep hak teşkil etmezler. Ancak, Üst Kurul yayın izni verip kendilerine kanal ve frekans bandı tahsis edilen Radyo ve televizyonlara; yayına geçmeleri için kendilerine verilen süre sonuna kadar 29 uncu maddenin son fıkrasının son cümlesi tatbik edilmez."

16. 10/3/1995 tarihli ve 22223 sayılı Resmî Gazete'deyayımlanarak yürürlüğe giren Radyove Televizyon Kuruluşlarına Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri ile Yayın Lisansı ve İzni Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 1. maddesinde Yönetmelik'in amacının "*elektro magnetik dalgalar, kablolar, optik kablolar veya bunların birleşik kullanımı yoluyla radyo veya televizyon yayını yapmak amacıyla program üretmek, nakletmek, yayınlamak veya dağıtmak üzere bir istasyon veya şebeke kurulması ve işletilmesi için izin verilmesine ilişkin kurallar ile Üst Kurula, yayın lisansı ve izni başvurusunda bulunan özel radyo ve televizyon kuruluşlarına kanal veya frekans tahsisi için gerekli şartları belirtmek ve bunlara ilişkin ihale usullerini düzenlemek*" olduğu belirtilmiştir. Aynı Yönetmelik'in 4. maddesinde, üst kurulun yasalara ve bu Yönetmelik'e uygun olmakkoşuluyla 3. maddede tanımlanan yayın hizmetlerinden birinin kurulabilmesi için "lisans" verebileceği belirtilmiştir. Yönetmelik'in 5. maddesinde ulusal, bölgesel ve yerel ölçüde yayın hizmeti vermek isteyen, 3984 sayılı Kanun'da ve ilgili yönetmeliklerde öngörülen özelliklere sahip olan kuruluşların yayın şebekesi veya istasyonu kurmak ve işletmek için bu Yönetmelik'te belirtilen şekilde üst kurula yazılı olarak başvurmaları gerektiği ifade edilmiştir. Yönetmelik'in 13. maddesinde, yayın lisansı için yapılan başvuruların değerlendirilme esasları ile yayın lisansı tahsis edilmesi ve izni verilmesine ilişkin usullere yer verilmiş; aynı maddenin (b) bendinde başvuruda bulunan kuruluşların sayısının birden fazla ve bu taleplere karşıtahsis edilebilecek kanal veya frekans sayısının bir veya birden fazla olması hâlinde kanal veya frekans tahsisi için bu Yönetmelik'te şartları belirlenen usul ve esaslara göre sıralama ihalesi yapılacağına dair yazılı bildirimin kuruluşlara tebliğ edilerek üst kurulca tespit edilecek gün, saat ve yerde sıralama ihalesi yapılacağı hükme bağlanmıştır. Yönetmelik'in 40. maddesinde, her ne sebeple olursa olsun lisans alınmadan hiçbir yeni istasyonun yayına geçmesine izin verilemeyeceği, aksi durumda istasyonun derhâl kapatılacağı hükme bağlanmıştır. Yönetmelik'e 3/2/1999 tarihinde ilave edilen ek 1. maddede, Yönetmelik'in 13. maddesinin (b) bendi kapsamına giren kuruluşlara kanal veya frekans tahsisini teminen üst kurulca ayrılmış bulunan yayın, kanal veya frekansları seçme önceliğinin açık teklif usulüyle sıralama ihalesi şeklinde yapılacağı; ek 2. maddede ihale komisyonunun oluşma usulü, ek 4. maddede ihalenin hangi usul ile yapılacağı, ek 5. maddede ihalenin onay süreci veya feshi usulü, ek 6. maddede lisans bedeli ödeme süresi düzenlenmiştir. "*Üst Kurul, ihaleyi yapıp yapmamaya; ihalenin herhangi bir aşamasında ihaleyi*

durdurmaya ve yapılan ihaleyi feshetmeye yetkilidir." biçimindeki ek 8. maddede ihale yetkisi düzenlenmiştir. Yönetmelik'in geçici 1. maddesinde, Yönetmelik'in yürürlüğe girdiğitarihte yayında bulunan radyo ve televizyon istasyonlarının yeri, kullandığı frekans kanalı, en yüksek yayın gücü ve yayın saatlerinin bir ay içinde üst kurula bildirileceği belirtilmiş; geçici 3. maddesinde ise yayın kuruluşlarının üst kurul tarafından lisans başvurusu yapılmasına ilişkin genel duyuruyu izleyen bir ay içinde bu Yönetmelik'inilgilihükümlerine uygunolarak lisans için başvurmak zorunda oldukları, bu süre içinde başvuruda bulunmayan kuruluşların istasyonlarının derhâl kapatılması esası getirilmiştir. Bahsi geçen Yönetmelik'in çeşitli maddeleri 3/2/1999, 10/4/2002, 22/1/2003, 12/10/2003, 6/1/2005, 2/3/2006, 24/2/2010 tarihlerinde değiştirilmiştir.

17. 3984 sayılı mülga Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ulusal radyo ve televizyon frekans planı hazırlanmış ve hazırlanan yönetmelikler çerçevesinde yayın lisansı ve yayın izni verilmek üzere başvurular alınmıştır. Neticede Kanun'un öngördüğü şartlara uygun olarak 1186 radyo kuruluşunun lisans başvuruları kabul edilmiş, bunların dışındaki radyo ve televizyonlar yayından men edilmiştir. Lisans başvurusu kabul edilen radyolar bu tarihten itibaren RTÜK'ün sıralama ihalesi yapmasını ve karasal yayın lisanslarının verilmesini beklemeye başlamışlardır.

18. Yukarıda zikredilen emredici kurallar gereği ve bilhassa Yönetmelik'in geçici 3. maddesine dayanılarak yasal düzenleme yapılmadan önce yayında olan kuruluşlara lisans verilebilmesi için 2/4/2001 tarihli ve 24361 sayılı Resmî Gazete'de "T1 Tipi Ulusal Televizyon Yayın Lisansı Almak Üzere Başvuran KuruluşlaraKanal Tahsisini Teminen Kanal Tahsisinde Esas Alınacak Sıralama İhalesi" duyurusu yayımlanmış ve buna ilişkin şartnamenin 2. maddesinde ihalenin ilgili mevzuat uyarınca ulusal düzeyde televizyon yayını yapmak için"T1tipi ulusal yayın lisansı" almaküzere 28/4/1995 tarihine kadar RTÜK'e başvuruda bulunan özel televizyon kuruluşlarını kapsadığı belirtilmiştir. Söz konusu şartnamenin iptali istemiyle açılan dava sonucunda Danıştay Onuncu Dairesinin 20/5/2002 tarihli kararıyla, davalı idarenin Kanun'un yürürlüğe girdiği 20/4/1994 tarihinden sonra kurulan yayıncı kuruluşların yayın lisansı başvurularını değerlendirmeye almamasının Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce fiilî durum oluşturarak yayına başlayan kuruluşlar lehine bir durumaneden olacağı gerekçesiyle şartname iptal edilmiştir.

19. Yukarıda zikredilen Danıştay kararından sonra Yönetmelik'e ek 11. madde eklenmiştir. Söz konusu ek madde ile Yönetmelik'ten önceki tarihte yayında olan kuruluşların da yayın lisansına başvurabileceği düzenlenmiştir. Kural şöyledir:

"1) Halen yayında olan ve mevcut lisans tipine uygun olarak yayın alanlarını genişletmek isteyen kuruluşlar;

2) 1995 yılında müracaatta bulunmuş ve o tarihte yayında olup, ancak yayınlarına daha sonra ara vermiş kuruluşlar;

3) 1995 yılında müracaatta bulunmuş olup, yayınlarına devam eden ve lisans tipini değiştirmek isteyen kuruluşlar;

4) 1995 yılında müracaatta bulunmuş, ancak hiç yayın faaliyetinde bulunmamış olan kuruluşlar;

5) 1995 yılında müracaatta bulunmuş, yayınlarına kendi istekleriyle ara vermiş olan ve lisans tipini değiştirmek isteyen kuruluşlar; Üst Kurul'a, Yayın Alanı, Lisans Tipi Değişikliği ve Yeniden Yayına Geçme Talepleri için ilân edilecek süre içerisinde başvuruda bulunabilirler.

Bu talepler, Üst Kurul'ca belirlenecek öncelik sıralamasına göre değerlendirilir. Taleplerin idarî ve teknik koşullara uygunluğunun belirlenmesini takiben, kuruluşlara talepleri yönünde yayına geçmelerini teminen 3984 sayılı Kanun'un Geçici 6 ncı maddesi doğrultusunda müktesep hak teşkil etmemek koşuluyla yazılı izin verilir."

20. Yönetmelik'e eklenen ek 13. maddede ise ilk kez radyo ve televizyon yayını yapmak üzere lisans müracaatı yapan kuruluşlar zikredilmiştir. Kural şöyledir:

"İlk kez radyo ve/veya televizyon yayını yapmak üzere lisans müracaatı yapan kuruluşların;

1) Müracaatları bu taleplere yönelik yapılacak ihalelere katılabilmelerini teminen kabul edilir.

2) Bu maksatla, dosyalarının tekemmül ettirilmesi sağlanır.

3) Ancak, bu tip müracaatta bulunan kuruluşlara ihaleleri kazanmaları halinde yayına geçmelerine izin verilir."

21. Ancak Yönetmelik'in ek 11. maddesinin (1), (2), (3), (4) ve (5) numaralı bentleri ile ek 13. maddesinin (3) numaralı bendinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay Onüçüncü Dairesi (Daire) 24/5/2005 tarihli kararı ile söz konusu kuralları iptal etmiştir. Danıştay kararında, dava konusu kuralların 3984 sayılı mülga Kanun'un geçici 5. ve 6. maddelerinde öngörülen radyo ve televizyon yayıncılığına başlamış olanların yeni hukuki duruma intibakını sağlama ve yayın izni ve lisansı vermeye başlanacak tarihe kadar geçecek süre içindeki radyo ve televizyon yayınlarını düzenleme amacını aşar nitelikte olduğuna karar verilmiştir. Daireye göre bazı yayıncı kuruluşlara ayrıcalık ve olanaklar tanınması öngörülerek yeni fiilî durumlar yaratılmış, bazı yayın kuruluşlarına da yapılacağı tarih belli olmayan ihaleye kadar izin vermemek suretiyle eşitsizliklere yol açılmıştır.

22. 1994 yılından itibaren uygulanan 3984 sayılı Kanun, 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile ilga edilmiştir. Yeni Kanun'da, karasal sayısal yayın ile ilgili net ve kesin bir yol haritasına yer verilmiştir. Zikredilen Kanun'un *"Frekans planlaması ve tahsis"* kenar başlıklı 26. maddesi, RTÜK'ün bu konudaki görevine işaret etmektedir. İlgili fıkralar şu şekildedir:

> *"(1) Üst Kurul, millî frekans planında karasal radyo ve televizyon yayınları için 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 36 ncı maddesine göre Üst Kurula tahsis edilen frekans bantları çerçevesinde televizyon kanal ve radyo frekans planlamalarını yapar veya yaptırır. Frekans planlarında ulusal, bölgesel ve yerel karasal yayın ağlarının sayıları ve türleri ile sayısal yayınlar için multipleks sayıları belirlenir....*
>
> *(4) Sıralama ihalesine, radyo ve televizyon yayın şirketi olarak kurulan, radyo ve televizyon yayıncılık alanında en az bir yıl faaliyette bulunan, ihale şartnamesinde belirtilen ön şartları yerine getiren ve Üst Kuruldan ihaleye girmek için yeterlilik belgesi alan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar katılabilir."*

23. Yukarıda zikredilen karasal kanal ve frekansların planlanması ile tahsisine ilişkin 26. maddenin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile radyo ve televizyon yayınları için ayrılmış frekans bantlarının planlanması ve plan1arın*

uygulanması görevi Üst Kurula verilmiştir. Bu düzenlemeye paralel olarak ve sayısal karasal yayınlara geçiş de dikkate alınarak, bu maddede planlama ve tahsis uygulaması düzenlenmiştir.

Radyo ve televizyon yayınlarının iletilmesi alanında karasal sayısal yayın teknolojisine geçiş ile frekansların daha etkin kullanımının yanı sıra, yayın kalitesinde yaşanacak artış, yayıncı kuruluşlar arasında rekabete daha elverişli bir ortam sağlayacak ve tüm bu gelişmeler sonucu oluşacak etkinlik artışı sayesinde, tüketiciler daha az maliyetle daha çok seçenek ve daha yüksek kalitede yayına ulaşabilecektir. Ayrıca, görsel yayıncılıkta çok seslilik ve haberleşme özgürlüğüne katkı sağlanarak kamu yararı tesis edilecektir."

24. 6112 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesine göre RTÜK'ün radyo ve televizyon alanında frekans planlamalarını Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapması gerekmektedir. Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten dört yıl sonra yani 3/3/2015'te analog karasal yayınların sona erdirileceği belirtilmiştir. Karasal radyo yayınları için sıralama ihalesi ise analog televizyon yayınlarının kapatılmasının ardından altı ay içinde yapılacaktır. Başka bir deyişle karasal radyo yayınlarının sıralama ihalesi için sontarih 3/9/2015 olarak belirlenmiştir. 6112 sayılı Kanun'un "*Kanal ve frekanslarla ilgili geçiş hükümleri*" kenar başlıklı yukarıda zikredilen geçici 4. maddesi şöyledir:

"(1) Üst Kurulca sıralama ihalesi yapılıp, karasal yayın lisansları verilene kadar geçecek süre içerisinde, sadece 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun geçici 6 ncı maddesi uyarınca karasal ortamda yayında olan radyo ve televizyon kuruluşları, Üst Kurulca yayın yapmalarına müsaade edilmiş olan yerleşim yerleri ile sınırlı olmak kaydıyla, yayınlarına devam ederler. Bu kuruluşlardan, 41 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen kanal ve frekans yıllık kullanım bedeli, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren tahsil edilir. Kanal ve frekans kullanım bedelini 42 nci maddeye göre ödemeyen veya karasal yayın lisansları için sıralama ihalesinin yapılmasının ardından tahsise hak kazanmayan kuruluşların karasal yayınları bir ay içinde Üst Kurulca durdurulur. Sıralama ihalesinde tahsise hak kazanan kuruluşların yayınları Üst Kurulca belirlenen takvimde, daha önce yayın yaptıkları kanal ve frekanslardan, tahsis edilen kanal, multipleks kapasitesi ve frekanslara taşınır.

(2) (Değişik: 10/9/2014 - 6552/136 md.) Sıralama ihalesinde karasal sayısal televizyon multipleks kapasitesi tahsisine hak kazanan kuruluşlardan

bir bölümüne, ihaledeki sıraları ve analog kanal kapasitesi dikkate alınarak en fazla iki yıl süreyle karasal sayısal yayının yanı sıra analog televizyon yayını yapmalarına da imkân tanınır. Tahsisi müteakip en geç iki yıllık süre sonunda analog karasal televizyon yayınları ülke genelinde tümüyle sonlandırılır ve analog karasal televizyon yayınları durdurulur. Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu da kendisine yapılan tahsisler çerçevesinde ve Üst Kurulca verilen süre içinde karasal radyo ve televizyon yayınlarını eski kullandığı kanal ve frekanslardan tahsis edilen kanal, mültipleks kapasitesi ve frekanslara taşır.

(3) Bu madde uyarınca Üst Kurulca yayınları durdurulan kuruluşların yayınlarına izinsiz olarak devam etmeleri durumunda bu kuruluşlar hakkında, 33 üncü maddenin birinci fıkrası uyarınca işlem yapılır.

(4) Karasal yayın lisanslarının verilmesinin ardından mevcut verici tesisleri özel medya hizmet sağlayıcılar tarafından kaldırılır veya tarafların mutabık kalacakları bir bedel karşılığında verici tesis ve işletim şirketine devredilir. Verici tesis ve işletim şirketi tarafından devralınmayan verici tesisleri Üst Kurulca yapılacak uyarının ardından üç ay içinde kaldırılır. Verilen süre içinde kaldırılmayan ve faaliyetine devam eden verici tesisleri Üst Kurulca mühürlenerek kapatılır.

(5) Frekans planları ve uygulama takvimi bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde hazırlanır.

(6) Üst Kurula tahsis edilen frekans bantları dışındaki frekans bantları, sayısal yayına geçişin tamamlanmasını takiben Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun talebi çerçevesinde Üst Kurul tarafından boşaltılır.

(7) (Ek: 10/9/2014 - 6552/136 md.) Ulusal karasal sayısal yayın lisansları verilinceye kadar, 26 ncı maddenin sekizinci fıkrasına göre kurulması gereken verici tesis ve işletim şirketi, bu maddenin birinci fıkrası kapsamında yayın izni verilmiş olan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar tarafından kurulabilir ve bu şirkete Üst Kurulca geçici yayın iletim yetkisi verilebilir."

25. 6112 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Madde kapsamında, 26 ncı maddede yapılması öngörülen karasal sayısal televizyon sıralama ihalesinin Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca tamamen sayısal yayıncılığa geçiş belli bir süreci gerektirdiğinden, üç yıllık süre ile analog

ve sayısal televizyon yayınlarının birlikte sürdürülmesi öngörülmektedir. Karasal radyo yayınlarına ilişkin sıralama ihalesi ise analog televizyon yayınlarının kapatılmasının ardından üç ay içinde yapılacaktır."

26. Yukarıda zikredilen 24/5/2005 tarihli Danıştay kararından sonra (bkz. § 21), gerek 3984 sayılı Kanun'un gerekse de 15/2/2011 tarihinde yürürlüğe giren 6112 sayılı Kanun'un emredici hükümlerine rağmen geçen zaman zarfında ön şartları yerine getirmiş müracaatçı kuruluşlara yayın izni ve lisans vermekle görevlendirilen RTÜK, usulüne uygun bir sıralama ihalesi gerçekleştirerek kanal veya frekans tahsisi yapamamıştır.

B. Radyo Sayıları

27. 3984 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1994 yılından bugüne kadar yıllara göre yerel, bölgesel ve ulusal düzeyde yayın yapan radyoların sayılarının ve eğer mümkünse radyo sayılarının hangi gerekçelerle değiştiğinin bildirilmesi RTÜK'ten istenmiştir. RTÜK tarafından;

i. 1995 yılında 36 kuruluşun ulusal radyo yayını yapmak üzere başvurusunun bulunduğu, 2017 yılında TRT ve kamu kurumları dâhil 45 kuruluşun ulusal radyo yayıncı statüsünde bulunduğu, bu kuruluşlardan dört tanesinin mahkeme kararları ve Üst Kurul kararları ile ulusal radyo (RI) statüsü kazandığı, 2017 yılı listesinde yer alan kuruluşlardan dördünün ise 27/7/2016 tarihli ve 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) kapsamında kapatılarak Tasarruf Mevduat Sigorta Fonuna (TMSF) devrolunduğu,

ii. 1995 yılında 104 kuruluşun bölgesel radyo lisans başvurusunun bulunduğu, bu kuruluşlardan beşinin tasfiye/terkin nedeniyle kapatıldığı, 2017 yılı itibarıyla 99 kuruluşun bölgesel radyo yayın lisans başvurusunun bulunduğu, bu kuruluşlardan üçünün 668 sayılı KHK kapsamında kapatılarak TMSF'ye devrolunduğu,

iii. 1995 yılında 1045 kuruluşun yerel radyo yayın lisansı başvurusunda bulunduğu, bu kuruluşlardan 110 tanesinin reklam gelirleri üst kurul payı yükümlülüğünü yerine getirmemeleri nedeniyle lisans başvurularının iptal edildiği, 2017 yılı itibarıyla 914 kuruluşun yerel radyo lisans başvurusunun bulunduğu ve bu kuruluşlardan 65

tanesinin terkin/tasfiye nedeniyle kapatıldığı, 20 tanesinin 668 sayılı KHK kapsamında kapatılarak TMSF'ye devrolunduğu,

iv. Yıllar itibarıyla kuruluş sayısı ile mahkeme kararları ve Üst Kurul kararlarıyla ulusal radyo (RI) statüsü kazanan kuruluş sayısının dışında aynı yöntemle bölgesel ve yerel radyo statüsü kazanan radyo sayısı bildirilemese de yayın izni verilmesi veya mevcut izinlerin genişletilmesi talepleri nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin toplam otuz mahkeme kararının bulunduğu bildirilmiştir.

C. Olaylar

28. Bizim FM ismiyle radyo yayıncılığı faaliyeti yürüten başvurucu, 1995 yılında almış olduğu yayın iznine dayanarak radyo yayını yapmaktayken daha sonra kendi isteği ile yayınlarına ara vermiştir. Başvurucu 22/8/2011 tarihli dilekçesi ile RTÜK İzinler ve Tahsisler Daire Başkanlığına başvurarak İstanbul ili Şile ilçesinde yerel radyo yayını yapabilmek için (R3) lisansı verilmesini talep etmiştir. İdare 23/9/2011 tarihli kararı ile başvurucu Şirketin yayın yapma talebini reddetmiştir. Başvurucunun sunduğu belgelerden ret gerekçesi anlaşılamamaktadır.

29. Başvurucu; anılan işlemin iptali istemiyle Ankara 17. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) dava açmıştır. Başvurucu, idarenin uzun bir süredir ihale yapması gerektiği hâlde ihaleyi yapmadığını, bu durumun geçici rejime dayalı olarak yayınlarına devam eden yayın kuruluşları ile ilk kez veya yeniden yayın yapmak isteyen ya da mevcut yayın alanlarını genişletmek isteyen yayın kuruluşları arasında eşitsizliğe yol açtığını ileri sürmüştür.

30. Mahkeme 29/3/2012 tarihli kararı ile davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme ret kararında, mevcut karasal radyo yayınları ile televizyonların kuruluş ve yayınlarına ilişkin düzenlemeler ihtiva eden ve biri diğerinin yerine yürürlüğe giren 1994 ve 2011 tarihli kanunlara dayanmıştır. İlk derece mahkemesi, 3984 sayılı Kanun'un geçici 6. maddesi ileusulüne uygun bir sıralama ihalesi yapılıp söz konusu Kanun'a uygun kanal ve frekans tahsisleri yapılıncaya kadar Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yayında olan kuruluşların müsaade edilen yerleşim yerleri ile sınırlı olarak yayınlarına devam etmelerine imkân tanındığını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca radyo yayınlarının hukuki bir zemine kavuştuğu 1994 yılından 6112 sayılı Kanun hükümlerinin yürürlüğe girdiği 2011 yılına

kadar geçen sürede usulüne uygun bir sıralama ihalesi yapılmadığını tespit etmiştir. Fakat 6112 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesi uyarınca -henüz sıralama ihalesi yapılmadığı için- 3984 sayılı mülga Kanun'un geçici 6. maddesi uyarınca karasal ortamda yayında olan radyo ve televizyon kuruluşlarının -RTÜK tarafından yayın yapmalarına müsaade edilmiş olan yerleşim yerleri ile sınırlı olmak kaydıyla- yayınlarına devam ettiklerini de tespit etmiştir. Buna karşılık Mahkemeye göre başvurucu, yayınlarını daha önce kendi isteğiyle durdurduğu için 3984 sayılı mülga Kanun'un geçici 6. maddesi kapsamından çıkmıştır. Bu gerekçelerle ilk derece mahkemesi, lisans verilmesi yönündeki talebin reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulmamıştır.

31. Temyiz üzerine Danıştay Onüçüncü Dairesi 28/12/2012 tarihli kararı ile ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

> *"... yasal düzenlemeler ve yargı kararları ile ... idarece usulune uygun bir sıralama ihalesi yapılıp kanuna uygun kanal ve frekans tahsisleri yapılıncaya kadar 3984 sayılı Kanun'un geçiş dönemine ilişkin hükümlerinin herkese eşit şekilde uygulanma zorunluluğu bulunmakta olup, Yönetmelikte sayılan diğer başvurular yanında, 1995 yılında yapılan başvuruya istinaden yayın yapan, ancak yayınlarına ara vermiş olup tekrar yayın yapmaya başlamak isteyen ... müracaatçı kuruluşların başvurularının da değerlendirilmesi gerekmektedir.*
>
> *Aksi yöndeki bir uygulamanın, sıralama ihalesini gerçekleştirerek bir an önce kanal ve frekans tahsislerini yapmakla yükümlü idare tarafından geçiş sürecinin devamına yol açılmak suretiyle fiili olarak yayınlarına devam eden yayın kuruluşları ile yayın yapmak isteyen kuruluşlar arasında eşitsiz uygulamaların doğmasına neden olacağı, hem de yapılacağı tarih belli olmayan ihale nedeniyle, yayın yapmak isteyen yayıncı kuruluşların yapmış oldukları başvuruların reddedilerek, yayın hakkının sınırlandırılmasına, dolayısıyla Anayasa'da güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile bu ilkenin uzantısı niteliğinde olan radyo ve televizyon istasyonları kurmanın ve işletmenin serbest olduğu hükümlerin ihlali anlamına geleceği açıktır...*
>
> *Bu durumda; 1995 yılında yaptığı başvuruya istinaden kendisine yayın izni verilen, ancak daha sonra yayınına ara veren "Bizim FM" logosuyla yayın yapan şirketin, ara verdiği yayınına tekrar devam etme istemiyle yaptığı başvurunun, 3984 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik uyarınca yayıncı*

kuruluşlarca yerine getirilmesi gereken idari, mali ve teknik şartlar yönünden ve Kanun'un Geçici 6. maddesi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekirken, hukuken haklı ve geçerli bir sebep olmaksızın, 6112 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi uyarınca 1995 yılında müracaatta bulunmakla birlikte yayınlarına ara veren kuruluşlara yeniden yayın izni verilmesinin olanaklı olmadığından bahisle reddine ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığından, davanın reddi yolunda verilen temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir."

32. Bozma kararına karşı davalı idarece yapılan karar düzeltme istemi, Dairenin 4/3/2014 tarihli ilamıyla kabul edilmiş ve ilk derece mahkemesi kararının onanmasına hükmedilmiştir. Daire, önceki kararından dönme gerekçesini göstermemiştir. Karar, başvurucuya 9/6/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

33. Başvurucu 3/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

34. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesi şöyledir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar.Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2.Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

35. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ifade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil

ettiğini yinelemektedir. Mahkeme *Oberschlück/Avusturya* ([GK], B. No: 11662/85, 23/5/1991, § 57) ve *Jersild/Danimarka* ([BD], B. No: 15890/89, 23/9/1994, § 31) kararlarında ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddenin sadece ifade edilen düşüncelerin ve bilginin esasını değil, bunların iletim biçimlerini de kapsadığını net bir biçimde ortaya koymuştur.

36. AİHM, basın özgürlüğünün bir alt şubesi olan görsel-işitsel medya özgürlüğüne uygulanacak ilkelerin benzer olduğunu vurgulamış ve bu alanda sağlanması gereken çoğulculuğa dikkat çekmiştir. AİHM, *Manole ve diğerleri/Moldova* (B. No: 13936/02, 17/9/2009) kararında görsel-işitsel medyada çoğulculuğa ilişkin genel kuralları zikretmiş ve ifade özgürlüğü alanında devletlerin pozitif koruma tedbirleri alma yükümlülüklerini hatırlatmıştır. Bahsi geçen kararın ilgili paragrafları şu şekildedir:

> *"95. Mevcut olayda, 10. maddeye riayet edilip edilmediğinin tespit edilmesi için, Mahkeme, aşağıdaki prensipleri dikkate almalıdır. Mahkeme, çoğulculuk olmadan demokrasi olamayacağına ilişkin temel gerçeğinden hareket etmektedir. Demokrasinin temel özelliklerinden biri, ülkede düzeni bozsalar bile, ülkenin karşılaştığı sorunları, şiddete başvurmadan, diyalog yoluyla çözme imkânı sağlamasıdır. Demokrasi, ifade özgürlüğünden beslenir. Bir devletin mevcut yönetim şeklini tartışıyor bile olsa, demokrasiye zarar vermemeleri koşuluyla, farklı politik projelerin önerilmesi ve tartışılmasına izin veriyor olması demokrasinin özündedir (Sosyalist Parti ve diğerleri/ Türkiye, 1998, 41, 45 ve 47. paragraf, Muhakeme ve Karar Raporları 1998-III).*

> *96. 10. maddenin 1. paragrafında öngörülen, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini ve ilerlemesinin en temel koşullarından birini oluşturmaktadır (Lingens/Avusturya, 8 Temmuz1986, paragraf 41, seri A no. 103). Basın ve diğer iletişim araçlarının özgürlüğü, halka, yönetenlerin fikir ve tavırlarını bilmek ve yargılamak için verilen en iyi araçlardır. Politik arenada tartışılan sorunlara ilişkin düşünceleri ve bilgileri ve kamu çıkarına ilişkin diğer bilgileri iletmek basının görevidir. Basının haber yayınlama görevine, halkın, haber alma hakkı eklenmektedir (bkz. örneğin, Handyside/Birleşik Krallık, p. 49, 7 Aralık 1976, seri A no. 24, ve adı geçen Lingens, p. 41-42).*

> *97. Radyo ve televizyon gibi, görsel işitsel iletişim araçları, bu bağlamda çok önemli bir rol oynamaktadırlar. Ses ve görüntü yoluyla mesaj verebilme*

güçlerinden dolayı, yazılı basına göre daha hızlı ve güçlü etkileri bulunmaktadır (Jersild/Danimarka, 23 Eylül 1994, p. 31, seri A no 298; Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka [Büyük Daire], no. 49017/99, p. 79, AİHM 2004-XI). İzleyici veya dinleyicilerin özel yaşamının tam ortasında eğlence kaynağı olan televizyon ve radyonun görevleri etkilerini arttırmaktadır (Murphy/İrlanda, no. 44179/98, p. 74, AİHM 2003- IX (parçalar)). Bununla birlikte, televizyon ve radyo, izole olmuş bölgelerde, diğer iletişim araçlarından daha çok erişilebilirdirler...

99. İfade özgürlüğünün gerçek ve etkili şekilde kullanılabilmesi sadece devletin her türlü müdahaleden kaçınması ödevine bağlı değildir ve hukuk ve uygulamada pozitif koruma tedbirleri almasını gerektirebilir (bkz. örneğin, Özgür Gündem/Türkiye, no. 23144/93, p. 42-46, AİHM 2000-III, Fuentes Bobo/İspanya, no. 39293/98, p.38, 29 Şubat 2000, ve Appleby ve diğerleri/Birleşik Krallık, no. 44306/98, p. 39-40, AİHM 2003-VI). 10. maddede söz konusu olan konunun önemi gözönüne alındığında, devletin, çoğulculuğun en yüksek güvencesi olması gerekmektedir(adı geçen Informationsverein Lentia ve diğerleri, p. 38 ; adı geçen VGT Verein gegen Tierfabriken, p. 44-47).

100. Mahkeme, görsel işitsel yayın alanında, bu prensiplerin, Devlet'e, bir taraftan, radyo ve televizyon aracılığıyla tarafsız ve doğru bilgiler aktarmasını ve ülkedeki siyasi fikir çeşitliliğini yansıtan fikir ve yorum çeşitliliğini güvence altına almasını diğer taraftan da habercilerin ve görsel işitsel medyayla ilgili diğer mesleklerin, bu bilgi ve yorumların iletilmesine karşı konulan engellere karşı korunmasını güvence altına alma yükümlülüğünü dayattığı kanaatindedir. Bu amaçların gerçekleştirilmesi gereken araçların seçimi yerel koşullara göre değişir ve Devlet'in takdir marjıyla ilgilidir..."

37. AİHM yukarıda alıntılanan kararda atıf yapılan *Özgür Gündem/Türkiye* kararında ifade özgürlüğü alanındaki devletin pozitif yükümlülüklerine bir kez daha vurgu yapmıştır. Mahkemenin kararının ilgili paragrafı şöyledir:

"43. Mahkeme, etkili bir demokrasinin işlemesinin önşartlarından biri olarak, ifade özgürlüğünün taşıdığı önemi bir kez daha hatırlatır. Gerçekte, bu özgürlüğün etkin bir şekilde kullanılması, sadece Devlet'in müdahale etmeme ödevine dayanmamaktadır, fakat bireyler arasındaki ilişkilerde bile koruma tedbirleri almayı gerektirebilmektir. (bkz. 26 Mart 1985 tarihli X ve Y Hollanda'ya Karşı Kararı, Dizi A. no. 91, para. 23). Pozitif bir sorumluluğun

var olup olmadığına karar verirken, bakış, Sözleşme'nin doğasında var olantoplumun genel çıkarları ile bireyin çıkarları arasında ulaşılmaya çalışılan dengeye yönelmelidir. Bu yükümlülüğün kapsamı, kaçınılmaz olarak, Sözleşmeci Devletlerde varolan çeşitliliğe, modern toplumların idare edilmesi ile ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar açısından yapılması gereken seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Ayrıca böyle bir yükümlülüğün, yetkililer için imkansız veya adil olmayan bir yük oluşturduğu şeklinde yorumlanmamalıdır (Rees/Birleşik Krallık, B. No: 9532/81, 17/10/1986, § 37; Osman/Birleşik Krallık,B. No: 23452/94,28/10/1998, § 116)."

38. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon), 1986 yılında verdiği bir kararında radyo ve televizyon istasyonu kurma ve işletmede ruhsat sistemine ilişkin şikâyetlerin 10. madde kapsamında kaldığını belirtmiş ve şu ifadelere de yer vermiştir:

"Devletlerin, ruhsat sistemlerine ilişkin olarak sınırsız bir takdir payı söz konusu değildir. Her ne kadar Sözleşme, yayın işletmecilerine bir ruhsat edinme hakkına ilişkin bir garanti vermemekteyse de bir ruhsat başvurusunun bir Devlet tarafından reddedilmesi açıkça keyfi ya da ayrımcı nitelikli ve Sözleşme'nin Başlangıç bölümündeki ilkelere ve Sözleşme'de güvence altına alınan haklara aykırı olmamalıdır.

Bu sebeple, yokluğu halinde demokratik bir toplumdan bahsedilemeyecek olan çoğulculuğa, hoşgörüye ve açık fikirliliğe saygılı olmayan bir ruhsat sistemi Sözleşme'nin 10. maddesinin birinci fıkrasının ihlaline neden olur (Alternatives Lokalradio, Radio Dreyeckland/İsviçre, B. No: 10746/84, 16/10/1986, yayın D.R. 49, ss. 139-140)."

39. AİHM, 1990 yılında verdiği başka bir kararında da ruhsat sisteminin Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen gerekliliklere tabi olduğunu belirtmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

"... Mahkeme, 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesinin, Sözleşme'nin 10. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesine karşılık gelen bir hüküm içermediğini saptamaktadır. 19. maddenin hazırlanması sürecinde gerçekleştirilen müzakerelere bakıldığında, böyle bir hükmün anılan maddeye eklenmesi önerisi getirildiği görülmektedir. Bu öneri, ruhsata bağlama sisteminin, bilgi yaymaktan çok, frekansların kullanımında karmaşayı önlemek için yayıncılığın teknik boyutuna ilişkin bulunduğu yönündeki görüşe dayanmaktaydı. Ancak söz konusu öneri,

böyle bir hükmün ifade özgürlüğünü engellemek amacıyla kullanılabileceği gerekçesiyle itiraza uğramış ve bu anlamda ruhsata bağlama meselesi 19. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "kamu düzeni"ne yapılan yollama ile zaten çözüme kavuşturulmuş olduğu için ayrıca böyle bir hükmün eklenmesinin gereksizliği karara bağlanmıştır... Bu durum, Sözleşmenin 10. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde öngörülen amacın Devletlerin, özellikle işin teknik boyutunda olmak üzere, kendi egemenlik alanlarındaki yayıncılığın nasıl örgütleneceğini ruhsat sistemi ile denetlemelerine cevaz verdiği hususunu netliğe kavuşturur. Ancak ruhsata bağlamaya ilişkin önlemler, 10. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen gerekliliklere tabidir ve birinci fıkranın amacı maddenin bir bütün olarak ele alınması ile ortaya çıkar (Groppera Radio AG ve diğerleri/İsviçre, B. No: 10890/84, 28/03/1990, § 61)."

40. *Informationsverein Lentia ve diğerleri/Avusturya* (B. No: 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89; 17207/90, 24/11/1993) kararında AİHM, radyo televizyon yayınlarına ilişkin Avusturya'daki düzenlemelere yönelik şikâyetler hakkında bir karar verme fırsatı bulmuştur. AİHM başvurucularla ilgili aşağıdaki olguları belirtmek suretiyle ihlal sonucuna ulaşmıştır.

i. İlk başvurucu Informationsverein Lentia, kapalı devre kablolu radyo ve televizyon sistemi kurmak ve işletmek için ruhsat talebiyle idareye başvurmuş fakat talep reddedilmiştir. Derece mahkemelerinin kararından sonra uyuşmazlığa bakan Anayasa Mahkemesi, ilgili yasanın ruhsat verme konusuna ilişkin hükümlerinin Sözleşme'nin 10. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi anlamında bir düzenleme getirdiğini, öngörülen sistemin tarafsızlığı ve görüşlerin çeşitliliğini güvence altına almayı amaçladığını ve başvuran herkese ruhsat verilmesinin bu sistemi etkisizleşeceğini belirtmiştir.

ii. İkinci başvurucu Bay Jörg Haider, Anayasa Mahkemesinin yorumu sonrasında yürürlükteki hukuk çerçevesinde gereksinim duyduğu ruhsatı elde etmenin olanaksız olduğundan hareketle özel bir radyo istasyonu kurma yönündeki projesinden vazgeçmiştir.

iii. Üçüncü başvurucu, AGORA isimli bir dernektir ve Avrupa Özgür Radyolar Federasyonunun bir üyesidir. Almanya ve Slovenya'da ticari nitelikte olmayan program yayıncılığı yapacak bir radyo istasyonu kurmak amacıyla ruhsat alma girişiminde bulunmuştur. Viyana'daki

yetkili makam bu talebi reddetmiş, Anayasa Mahkemesi de yukarıda belirtilen içtihadına dayanarak bu kararı onaylamıştır.

iv. Dördüncü başvurucu, Avusturya'ya yönelik ticari radyo yayıncılığı yapan bir İtalyan şirketinin ortağıdır ve Avusturya'da aynı faaliyetle iştigal etmek istemiş fakat yasal düzenleme ve mahkeme kararları ışığında ruhsat alamayacağı düşüncesiyle talepte bulunmamıştır.

v. Beşinci başvurucu, Radio Melody GMbH özel bir ticari şirkettir. Mahallî bir radyo istasyonu için frekans tahsisi talebinde bulunmuş, aynı şekilde bu talep reddedilmiş vekarar mahkeme tarafından onanmıştır.

vi. Dolayısıyla başvurucuların ortak sorunu radyo ve televizyon istasyonu kurmak ve işletmek için ruhsat alamamış ya da mevzuat ve içtihatlar ışığında ruhsat alamayacakları görüşüyle bir girişimde bulunmamış olmalarıdır.

vii. Şikâyetler, Komisyonca birleştirilmiş ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Daha sonra dava AİHM'e intikal etmiştir. AİHM, 10. madde bağlamında şu değerlendirmeleri yapmıştır:

"29. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinin konusu ve amacı ile bunun uygulanmasının kapsamının, kuralın bir bütün olarak ele alınması bağlamında ve özellikle de ruhsata ilişkin önlemler koşulunun tabi olmaya devam ettiği ikinci fıkrada belirtilen gerekliliklerle bağlantısı içerisinde mütalaa edilmesi gerektiğini yineler (bkz. Groppera Radio AG ve diğerleri / İsviçre, § 61; Autronic AG / İsviçre, B. No:12726/87, 22/05/1990, § 52). Bu nedenle dava konusu kuralların zikredilen 10. maddedeki hükme uyup uymadığının belirlenmesi gerekmektedir...

32. Mahkemenin daha önce karara bağlamış olduğu üzere [10. maddenin birinci fıkrasının] amacı, devletlerin kendi egemenlik alanlarında, özelikle teknik boyutu olmak üzere yayıncılığı bir lisans sistemi ile düzenleyebileceklerini açıklığa kavuşturmaktır (bkz. Groppera Radio AG ve diğerleri / İsviçre, § 61). Teknik boyutun önemi inkar edilemez ancak ruhsat talebinin kabul ya da reddedilmesi, öngörülen istasyonun niteliği ve amaçları, bu istasyonun ulusal, bölgesel ya da mahalli düzeyde potansiyel izleyicisi, belirli izleyici gruplarının

hakları ve ihtiyaçları ve uluslararası belgelerden kaynaklanan yükümlülükler gibi başka bazı mülahazalara bağlanabilir...

38. Bir demokratik toplumda, özellikle basın yoluyla, kamunun menfaati için bilgi ve görüşlerin yayılmasına -ki kamu bakımından bunların alınması bir haktır- hizmet eden bir ifade özgürlüğünün temel önemi Mahkeme tarafından sıklıkla vurgulanmıştır (bkz. Örneğin mutatis mutandis, Observer ve Guardian/ Birleşik Krallık, B. No:13585/88, 26/11/1991, § 59). Bu tür bir yükümlülüğün, Devletin nihai garantörü olduğu çoğulculuk ilkesine dayanmadıkça başarılı bir şekilde yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu tespit bilhassa programları çok geniş ölçekte yayınlanan görsel-işitsel (audio visual) medya bakımından geçerlidir.

39. ... Son on yıllardaki teknik gelişmelerin sonucu olarak, söz konusu kayıtlamalar günümüzde artık, sağlanabilecek frekansların ve kanalların sayısına ilişkin mülahazalar ile haklı çıkartılamaz..."

viii. Sonuç olarak AİHM, söz konusu müdahalelerin izlenen amaç ile orantısız ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gereksiz olduğunu saptayarak Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

41. Mahkemenin 18/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

42. Başvurucu radyo, 1995 yılında almış olduğu yayın iznine istinaden radyo yayını yapmaktayken kendi isteği ile yayınlarına ara verdiğini ancak yeniden yayına başlamak için yaptığı başvurunun idarece reddedildiğini belirtmiştir. Başvurucu, 1995 yılından başvuru tarihine kadar idarenin sıralama ihalesi yapmadığını ve ne zaman yapılacağının da belli olmadığını ifade etmiştir. Başvurucuya göre bu durum, fiilî olarak yayınlarına devam eden yayın kuruluşları ile yayın yapmak isteyen kuruluşlar arasında eşitsiz uygulamalara yol açmakta ve yayın yapma hakkını sınırlandırmaktadır. Başvurucu Anayasa'nın 2., 5., 10., 26., 36. ve 138. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmesini talep etmiştir.

43. Bakanlık görüşünde, AİHM kararları ve mevzuat hükümleri hatırlatıldıktan sonra mevcut hukuk düzeninde 1995 yılında müracaatta bulunan ve yayınlarına devam eden kuruluşların yayın alanlarını genişletmelerinin ve lisans tipini değiştirmelerinin mümkün olmadığı gibi yayınlarına ara veren ya da 1995 yılından sonra başvuruda bulunan kuruluşlara da RTÜK tarafından sıralama ihalesi yapılıncaya kadar yayın izni verilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

B. Değerlendirme

44. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın 26. maddesinin birinci ve dördüncü fıkraları şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz."

45. Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin ilgili bölümü ve üçüncü fıkrası şöyledir:

"Basın hürdür ..."

"Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır."

46. Anayasa'nın 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, … Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

47. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

Mevcut başvuruda RTÜK ile geçici yayın hakkı sahibi iken yayınlarına kendi isteğiyle ara veren başvurucu arasındaki temel anlaşmazlık, eski geçici lisansın başvurucuya yayınına ara verdikten sonra tekrar yayın hakkı verip vermediğine ilişkindir. Yayın izni verilmesine veya bu talebin reddedilmesine dair kamu makamlarınca alınan kararlar kitlesel medyanın ifade ve basın özgürlükleri ile ilişkilidir.

48. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde, ifade özgürlüğünün radyo yayınlarının izin sistemine bağlanmasına engel olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Buna karşın mevcut izin sisteminde izinsiz yayın yapan kuruluşlarla ilgili olanlar da dâhil olmak üzere alınan önlemler Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğü ve Anayasa'nın 28. maddesinde korunan basın özgürlüğü kapsamında geliştirilen standartlar çerçevesinde incelenmelidir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

49. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

50. Kitlesel medyanın ifade özgürlüğü Anayasa'nın 26. ve basın özgürlüğü Anayasa'nın 28-32. maddelerinde tam olarak korunmaktadır. İfade özgürlüğü yalnızca düşünce ve kanaatlerin içeriğini değil iletilme biçimlerini de koruma altına almaktadır. Nitekim Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (*Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 58). 26. maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde; ifade özgürlüğünün radyo, televizyon ve benzeri yollarla yapılan yayınların izin sistemine bağlanmasına engel olmadığı ifade edilerek radyo ve televizyon yayınlarının da 26. maddenin koruması altında olduğu belirtilmiştir. Radyo ve televizyon yayınlarının ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir

parçası olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır (*R.V.Y.A.Ş.*, B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 28).

51. Dolayısıyla radyo yayınları da dâhil olmak üzere medya özgürlüğüne uygulanacak ilkeler, basın özgürlüğüne uygulanan ilkeler ile benzerlik gösterecektir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında ifade ve basın özgürlüklerine ilişkin temel ilkeler ayrıntılı olarak belirtilmiştir (*Fatih Taş*, §§ 57-67, 80, 94; *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 30-38; *Ali Rıza Üçer (2)* [GK], B. No: 2013/8598, 2/7/2015, §§ 30-33; *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, §§ 33-39; *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 27- 55).

52. İfade özgürlüğü; insanınhaber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatler nedeniyle kınanmaması, bunları tek başına veya başkalarıyla birlikteyken çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, savunabilmesi, başkalarına anlatabilmesi, aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. İfade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını doğrudan etkiler. Gerçekten de düşüncenin açıklanmasının ve yayılmasının başlıca aracı olan basın, ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir. Basın özgürlüğü, Anayasa'nın 28 ila 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (*Fatih Taş*, § 64; *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 27).

53. Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. İfade özgürlüğünün sağlanamadığı bir siyasal sistemin demokrasi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu itibarla ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğü herkes için geçerli ve demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (AYM, E.1997/19, K.1997/66,23/10/1997; *Bekir Coşkun*, §§ 34-36; *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 28).

54. Yazılı, işitsel veya görsel basın; kamu gücünü kullanan organların siyasi kararlarını, eylemlerini ve ihmallerini sıkı bir denetime tabi tutarak ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırarak

demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemesini ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini güvence altına almaktadır (*R.V.Y. A.Ş.*, § 34; *Fatih Taş*, § 66; *İlhan Cihaner (2)*, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 63; *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 39; *Önder Balıkçı*, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 41). Bununla birlikte ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olan basın özgürlüğü, sadece basının haber verme ve yayma hakkını koruyan bir özgürlük değildir. Basın özgürlüğü, demokratik çoğulculuğun sağlanabilmesi açısından halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğüyle de doğrudan ilgilidir. Özellikle halkın kamuyu ilgilendiren tartışmalar kapsamındaki haber ve fikirlere ulaşmasına imkân tanınarak bu tür tartışmalara katılımının sağlanması demokratik çoğulculuk için vazgeçilmez niteliktedir (Gazete haberciliği için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 87; internet haberciliği için bkz. *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, §§ 34-37).

55. Radyo ve televizyon gibi işitsel ve görsel kitle iletişim araçları basılı eserlerden çok daha hızlı ve güçlü bir etkiye sahiptir. Zira ilk olarak bu araçlar haber ve fikirleri ses ve görüntü ile iletir ve bu, kişiler üzerinde çok daha etkindir. İkinci olarak bireyler kitle iletişim araçlarına basılı eserlere göre çok daha kolay erişebilmektedirler. Son olarak basılı eserlerin dağıtımı sınırlıdır. Buna karşılık kitle iletişim araçları toplumun tümüne doğrudan ulaşabilmekte ve etki edebilmektedir (*R.V.Y. A.Ş.*, § 31). Bu bağlamda radyo ve televizyon gibi işitsel ve görsel kitle iletişim araçları demokrasinin işleyişi için çok önemli bir rol oynamaktadır.

56. İfade ve basın özgürlükleri alanında devletin pozitif sorumluluğunun bulunduğu inkâr edilemez bir gerçektir (İfade özgürlüğü alanında devletin pozitif yükümlülüğüne işaret eden kararlar için bkz. *Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 32; *Ergün Poyraz (2)*, § 48; basın özgürlüğü alanında devletin pozitif yükümlülüğüne işaret eden bir karar için bkz. *Bekir Coşkun*, §§ 32, 46). Demokrasinin işlemesinin ön şartlarından biri olan ifade ve basın özgürlüklerinin etkin bir şekilde kullanılması sadece devletin müdahale etmeme görevine dayanmamaktadır. Bu özgürlükler, devletin bireyler arasındaki ilişkilerde bile hukuk alanında ve uygulamada koruma tedbirleri almasını gerektirebilmektir. İfade ve basın özgürlüklerinin önemi gözönüne alındığında devletin bu özgürlüklere en yüksek güvenceyi sağlaması gerekmektedir. Nitekim bu gerekliliğin bir ifadesi olarak Anayasa'nın 5. maddesinde, demokrasiyi korumak ve kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet

ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri olarak sayılmıştır. Daha özel olarak da Anayasa'nın 28. maddesinin üçüncü fıkrasında devlete, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu bağlamda son olarak Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "*yayımların izin sistemine bağlanması*" ve aynı maddenin dördüncü fıkrasında yer alan "*haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler*" ibareleri devlete -işin başta teknik boyutu olmak üzere- egemenlik alanındaki basın ve yayıncılığı organize etmesine ve ruhsat sistemi ile denetlemesine cevaz verdiği gibi bu alanda düzeni sağlayarak ifade ve basın özgürlüklerinin kullanılmasını zorlaştıran veya imkânsız hâle getiren mâniaları da bertaraf etme yükümlülüğü getirir.

57. Anayasa Mahkemesi, devletin bir alanda pozitif yükümlülüğünün olup olmadığına karar verirken toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında ulaşılmaya çalışılan dengeye önem verecektir. Devletin bu yükümlülüğü -kaçınılmaz olarak- devletin ve toplumun idare edilmesi ile ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar hakkındaki seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Bu sebeple pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde devletin takdir marjı da hesaba katılacaktır. Demokratik bir toplumda böyle bir yükümlülük, kamu gücünü kullanan organlar için imkânsız veya adil olmayan bir yük oluşturduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

58. Başvurucu, 1995 yılı öncesinde geçici yerel radyo lisansı ile yayın yapmaktayken bir süre yayınlarına ara verdiğini ancak daha sonra yeniden yayına başlamasına müsaade edilmediğini belirtmiştir. Eski geçici yayın lisansının başvurucuya yeniden yayın yapma hakkı verip vermediği meselesi Anayasa Mahkemesinin ilgi alanı dışındadır. Anayasa Mahkemesi, ister ilk kez isterse yeniden olsun başvurucunun yayın yapma isteğinin reddedilmesinin mevcut koşullarda ifade ve basın özgürlüklerinin ihlali anlamına gelip gelmediğine odaklanacaktır.

59. Türkiye'de özel radyo yayıncılığı anayasal ve kanuni engellere rağmen 1989 yılında başlamış, daha sonra 1993 yılında yapılan Anayasa

değişikliği (bkz. § 11) ve 1994 yılında getirilen 3984 sayılı mülga Kanun ile radyo yayıncılığına hukuki bir zemin sağlanmıştır (bkz. §§ 12-15). 3984 sayılı mülga Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yayında olan ve RTÜK tarafından belirlenen koşulları yerine getiren radyoların bir sıralama ihalesi yapılıncaya kadar yayınlarına devam etmelerine müsaade edilmiştir. Zikredilen Kanun'un ve daha sonra 2011 yılında yürürlüğe giren 6112 sayılı Kanun'un emredici hükümlerine (bkz. §§ 22-23) rağmen bugüne kadar idarece bir sıralama ihalesi yapılmamıştır. Türkiye'de hâlen karasal yayın yapan radyolar, 1995 öncesi yayına başlayan radyolar ile bu tarihten sonra idari kararlar veya mahkeme kararları ile yayına başlayan radyolardan oluşmaktadır (bkz. § 27). Başka bir deyişle 1995 yılından itibaren mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmiş sıralama ihalesi ile kanal ve frekans tahsisi yapılmış bir radyo yayına başlamamıştır (bkz. §§ 24-26).

60. 1993 yılında yapılan Anayasa değişikliğine ilişkin gerekçede devletin radyo ve televizyon alanında çoğulculuğun sağlanması yükümlülüğüne vurgu yapılmış ve söz konusu çoğulculuğun sağlanamadığı durumlarda demokrasiden bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir(bkz. § 11). Anayasa değişikliği ve kanuni düzenlemelerle oluşturulan hukuki durumun amacının ülkemizdeki ifade ve basın özgürlüklerinin geliştirilmesi olduğu açıktır. Dolayısıyla frekans tahsisine ilişkin geçici fiilî durumun sürekli ve kalıcı bir nitelik kazanmasının amaçlandığı söylenemez. 3984 sayılı mülga Kanun'da sıralama ihalesinin hangi tarihte yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim 2011 yılında yeni Kanun yürürlüğe girinceye kadar söz konusu ihale yapılmamıştır. 6112 sayılı Kanun'da ise frekans planlaması ve tahsis için açık hüküm yer almış ve karasal radyo yayınlarının sıralama ihalesi için son tarih olarak 3/9/2015 tarihi belirlenmiş (bkz. § 24) ancak bugüne kadar bu yönde bir adım atılmamıştır. Bu sebeple ilk kez veya mevcut başvuruda olduğu gibi yeniden yayın yapmak isteyen yayıncı kuruluşlar sıralama ihalesi yapılmadığı için yaklaşık yirmi dört yıldır beklemektedir.

61. 3984 sayılı mülga Kanun, geniş ifadeler kullanarak geçici rejimi sona erdirecek tarihi öngörmeyi imkânsız hâle getirmektedir (bkz. § 15). 2011 yılında yürürlüğe giren 6112 sayılı Kanun'da ise emredici hükümler bulunmasına rağmen geçici rejim sonlandırılmamıştır (bkz. § 24). Özel radyo yayınlarının başladığı 1995 yılından itibaren işlemeye başlayan geçiş döneminin devamına yol açılması, fiilî olarak yayınlarına devam eden yayın kuruluşları ile yayın yapmak isteyen kuruluşlar arasında

eşitsiz uygulamaların doğmasına neden olmuştur ve bu durumdevam etmektedir.

62. Ayrıca, yukarıdaki paragrafta zikredilen nedenlerle mevzuatın açık ve belirgin olmaktan yoksun olduğu ve bu durumun başvurucunun yayına başlaması için kendisine ne zaman radyo frekansı verileceğini yeterli derecede öngörmesine imkân vermediği kabul edilmelidir. 1993 yılından itibaren kanal ve frekans tahsisine ilişkin pek çok kanun ve yönetmelik değişikliği olmuştur. İlgili Yönetmelik maddeleri idare mahkemelerinde dava konusu olmuş ve iptal edilmiştir (bkz. §§ 16-21, 27). Bu belirsizliğin bir sonucu olarak 1993 yılından itibaren en az dört kuruluşun, mahkeme kararları ve Üst Kurul kararları ile ulusal radyo (RI) statüsü kazandığı bildirilmiştir (bkz. § 27). 1993 yılından itibaren yeni bir kuruluşun karasal radyo yayınına başlamasına hukuken olanak bulunmadığı, bu yöndeki talepler idare ve mahkemelerce reddedildiği hâlde bazı kuruluşların ulusal radyo statüsü kazanması hukuksal belirsizlikten kaynaklanmıştır. Söz konusu belirsizlik ve öngörülemezlik, devletin ifade özgürlüğünün sağlanmasına ilişkin yükümlülüğünün bir parçası olarak kabul edilmesi gereken frekansların düzenlenmesine ilişkin yükümlülüğünü ne zaman yerine getireceği konusundaki belirsizlikten de beslenmektedir. Dolayısıyla gerek ilgili kanun ve yönetmelik hükümleri gerekse idare ve mahkeme kararları bir bütün olarak öngörülebilirlik şartını yerine getirmemektedir.

63. Son olarak idare ve derece mahkemeleri, başvurucuya ve radyo yayını yapmak isteyen diğer kişilere kanunların uygulanmaması nedeniyle ortaya çıkan keyfîliğe karşı yeterli güvence sunamamışlardır.

64. Kabul etmek gerekir ki bu eksiklik, özellikle radyoculuk sektöründe rekabeti düşürme etkisi de göstermektedir. Nitekim yirmi dört yıl gibi oldukça uzun bir zaman ulusal medyanın çeşitliliğinin korunması yönünde tedbirlerin alınmamış olmasının demokratik bir toplumda yaşamsal önemdeki ifade ve basın özgürlüklerine zarar verdiği açıktır.

65. Radyo yayını yapmak amacıyla yapılan başvuruların sıralama ihalesi yapılamadığı için reddedilmesi, düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştiren yayın hakkını olumsuz olarak etkileyen yapısal bir sorundur. Özel radyo yayınına başlandığı ilk zamanlarda izin verme ve düzenlemeye ilişkin bazı hukuksal ve teknik zorlukların bulunduğu

kabul edilse bile idarenin değerlendirmelerinde ve derece mahkemelerinin kararlarında bu sorumluluğun devlete adil olmayan bir yük getirdiği ileri sürülmediği gibi frekans tahsisi için gerekenlerin yapılmamasını haklı çıkartacak başka bir gerekçe ileri sürülmüş değildir.

66. Tüm bu hususlar, devletin medyada etkili çoğulculuğu sağlamak ve medya organlarının basın ve haber verme özgürlüğünü güvence altına almak için gerekli yasal ve idari düzenleme yapma ve var olan mevzuatı etkili bir şekilde işletme yükümlülüğünü yerine getirmediğini ortaya koymaktadır.

67. Bu sebeplerle belirtmek gerekir ki sınırlı bir sayısı olan kanal ve frekansların, koşullarını yerine getiren kişiler arasında yayın yapmalarına olanak sağlayacak biçimde ve hakkaniyete uygun olarak tahsis edilmesi gerekir. Yukarıda zikredilen Anayasa kurallarının ve kanunların emredici hükümlerine rağmen karasal radyo yayıncılığı organize edilerek bu alanda frekansların hakkaniyete uygun bir yöntemle tahsislerinin sağlanması suretiyle düzen kurulmadığı takdirde söz konusu yapısal sorunun devam edeceği ve bunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde korunan ifade ve basın özgürlüklerinin devamlı ihlali anlamına geleceği açıktır.

68. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin ve basın özgürlüğüne ilişkin 28. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

69. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel

mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

70. Başvurucu, ihlalin tespiti ile yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

71. İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Söz konusu hakların ihlali, karasal radyo yayını için frekans tahsis edilmemesi şeklinde yapısal bir sorundan kaynaklanmaktadır. Derece mahkemelerince idari işlem niteliğinde karar verilemeyeceğinden ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır.

72. Anayasa Mahkemesi kararında gösterildiği şekilde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin ilgili kuruluş olan RTÜK'e gönderilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin işbu kararı yapısal bir ihlalin tespiti mahiyetinde ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması yönünde olduğundan münhasıran başvurucuya frekans tahsis edilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz.

73. Talepte bulunulmadığından tazminat hakkında bir karar verilmesine gerekbulunmamaktadır.

74. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİROLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ifade ve basın özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna GÖNDERİLMESİNE,

D. Hukuki yarar bulunmadığından yeniden yargılama yapılması talebinin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 18/10/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

KEMAL KILIÇDAROĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/1577)

Karar Tarihi: 25/10/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Kemal KILIÇDAROĞLU
Vekili	:	Av. Kazım DAĞDEVİREN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, siyasi parti liderinin parti grup toplantısında Başbakan'a karşı söylediği sözler nedeniyle tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/2/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

8. 2014/1737 sayılı başvurunun konu bakımından aynı nitelikte bulunmaları nedeniyle 2014/1577 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu -olayların geçtiği tarihte ve hâlen- Türkiye'nin en eski partisi olan Cumhuriyet Halk Partisinin (CHP) genel başkanıdır. CHP 2000'li yılların başından günümüze kadar Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) ana muhalefet partisidir. Başvurucu, Partisinin TBMM'deki grup toplantısında belirli periyotlarla gündeme dair görüşlerini açıklamaktadır. Başvuruya konu ifadeler yakın tarihli iki ayrı grup toplantısında irat edilmiştir. Grup toplantılarına genel olarak çok sayıda partili ve vatandaş da dinleyici olarak katılabilmektedir. Başvurucu, başvuruya konu konuşmalarda o tarihte görev yapan Hükûmeti ve başbakanlık görevinde bulunan Recep Tayyip Erdoğan'ı sert bir biçimde eleştirmiştir.

A. 31/1/2012 Tarihli Konuşmaya İlişkin Tazminat İşlemleri (B. No: 2014/1737)

11. Konuşmada özet olarak şu konulara değinilmiştir:

"- Özel yetkili mahkemeler çağdaş demokrasilerde değil, dikta rejimlerinde olur. Buradan 'bize bir şey olmaz' diyenlere sesleniyorum. Senin suçlu olup olmadığına bakılmaz. İktidar kafaya koyduysa, gece yarısı gelir, evin basılır, alırlar içeriye. Sen derdini anlatıncaya kadar zaten altı ay geçer.

- Tortum'da HES'e karşı çıkan, toprağını, ekmeğini ve Türkiye'yi savunan 86 yaşındaki Nafiye anayı karakola götüreceksiniz, sabaha kadar tutacaksınız, darbedeceksiniz, yerlerde sürükleyeceksiniz. Bunun adına da ileri demokrasi denecek. İleri demokrasi değil, postmodern darbedir bu"

- Tayyip Bey'in mahkemelerinden biri, grubumuzda misafirimiz olan HES direnişçisi 17 yaşındaki Leyla Yalçınkaya hakkında 'komşularıyla ve akrabalarıyla görüşmeme' kararı vermiş. 21. yüzyılda böyle bir karar izah edilemez.

- Buradan bütün insan hakları düşmanlarına, bütün adalet cellatlarına sesleniyorum; 135 milletvekili arkadaşımız Leyla'nın sesi olmak için buradayız.

Leyla konuşmayacaksa, CHP de konuşmayacak. Leyla'nın konuşması için mücadele edeceğiz. Gerekirse 135 CHP milletvekili 136 Leyla olacaktır. Ben bu onurlu mücadeleyi veren 17 yaşındaki Leyla'dan 86 yaşındaki Nafiye anneye kadar bütün Erzurumlu kadınların ellerinden öpüyorum. Onlara şükranlarımı, saygılarımı gönderiyorum.

- Sayın Başbakan Erzurumlu kadının genlerini bilmiyor. Bilmiyor ki Erzurumlu kadın, Nene Hatun, daha 20 yaşındayken, üç aylık çocuğunu emzirdikten sonra gidiyor, düşmanla mücadele ediyor.

- Şu anda Türkiye'de HES'e karşı çıktığı için yargılanan insan sayısı bin 26'dır. Bin 26 kişi hangi demokraside 'ben su istiyorum' diye mahkemelere götürülür. Siz buna demokrasi diyorsunuz. Demokrasi böyle olmaz. Demokrasi hak arama arayışıdır. İnsanlar konuşacaklar, haklarını arayacaklar. 86 yaşındaki Nafiye anayı karakola götürdün de boyun mu uzadı? Hayır. O bir insanlık ayıbıdır. Türk demokrasi tarihinin de kara bir lekesidir. Bunu kimsenin unutmaması gerekir.

- Vicdanı olan, dünya görüşü ne olursa olsun, vicdanına göre karar veren, hukukun üstünlüğüne inanan o doğrultuda çaba harcayan bütün yargıçlara sonsuz saygım var. Onlar bu ülkenin güvencesidir. Ama onlara bir sözüm var, korkmayacaksınız. 'Tavla pulu gibi bizi dağıtırlar' denildiği zaman 'Türkiye'nin bütün coğrafyasında adaletle görev yaparız' diyeceksiniz. Beni sürerler diye çekinmeyeceksiniz.

- Savcılar hırsızın peşinde, Bakanlar Kurulu da savcıların peşinde. Deniz Feneri denilen yüzyılın yolsuzluğu, yüzyılın hukuk skandalına dönüştü.

- Başbakan'ın dava arkadaşlarını, önce savcıların elinden aldılar, bununla da yetinmediler, içleri soğumadı, savcılar hakkında 11 yıla kadar hapis cezasıyla dava açtılar. Bu, hukuk camiasına açıkça gözdağı vermektir. İbreti alem için ayağınızı denk alın diyorlar. O dürüst savcılara, yargıçlara sesleniyorum; ayağınızı denk alın deseler de adalete, hukukun üstünlüğüne inancınızı sarsmayın, sarsmayın ki biz de size sonuna kadar güvenelim.

- Bu dava aynı zamanda Sayın Başbakan'ın yakın arkadaşlarının, hırsızlık, yolsuzluk yapma haklarını tescil eden davadır. Ey hırsızlar, yolsuzluk yapanlar, eğer başınıza bir şey gelmesini istemiyorsanız, hırsızlık ve yolsuzluk yapmadan önce Sayın Başbakan ile temasa geçin, irtibat kurun kimse size dokunamaz. Sayın Başbakan'ın iş yükü fazladır, ulaşamayabilirsiniz ikinci

adres veriyorum, köstebek bakana ulaşın yine rahat edersiniz. Artık savcı, polis, hakim size dokunamaz, dilediğiniz gibi yolsuzluk, hırsızlık yaparsınız.

- Başbakan Erdoğan'ın CHP takıntısı var. CHP'nin katsayı düzenlemesini Danıştaya götürdüğünü söylüyor. Danıştay'a CHP'nin değil de iki kişinin bireysel başvuru yaptığını bilmeyecek kadar cahil olamaz. Bu kadar cehalet bir Başbakana fazla gelir. Göz göre göre CHP başvurdu diyor, yani yalan söylüyor.

- Kardeşliğin, sevginin, birliğin dinini, fitne çıkararak, nefret üreterek, bölücülük yaparak kullanmak ancak Başbakan'a yakışır. İnsanları dindar ve dindar olmayanlar diye ayırıyor. Bu nesilden önceki nesil dinsiz miydi? Bir insanı 'dindardır', 'dindar değildir' diye ölçüyü, bu yetkiyi sana kim verdi?

- Bir toplumun fay hatları vardır, onun tetiklenmemesi lazım. Tetiklerseniz, toplumda deprem, ayrışma yaratırsınız. Bunun adı bölücülük, ülkeye ihanettir. Nerede mezhep, ırk, tarih fayı var, hemen Başbakan orada. Bu memleketi niye bölüyorsunuz? Bir siyasetçinin görevi, siyasi rant elde etmek değildir. Din üzerinden oy toplanmaz, oy topluyorsan o oyların tamamı haramdır sana.

- Şimdi kalkmışsın İslam dünyasında mezhep, ırk çatışması getiren siyasi planın Türkiye'de taşeronluğunu yapıyorsun, ayıptır sana. Yazıktır ülkeye.

- Sen bu milletin, fitre, zekat, sadaka, kurban derisi paralarıyla yolsuzluk yapan adamları adaletin elinden alacaksın, sonra 'dindar-dindar olmayan' diye vatandaşları ayıracaksın. Sen önce bu insanların, yoksul insanlara yardım için ödediği paraların hesabını sor. Sen, hesabını soranlara 'niye hesap soruyorsun' diye karşı çıkıyorsun'

- Irak'ta 1,5 milyon Müslüman öldürüldü, senin gıkın çıkmadı. Haksızlık karşısında susan dilsiz şeytandır' ilkesi Hazreti peygambere aittir. Kusura bakma Sayın Başbakan, sen dindar değilsin, din tüccarısın, dindar insanların inançlarını sömürensin. İstismar ettiğin dindar kesimi, senin insafından kurtaracak olan CHP'dir.

- Uludere'de öldürülen 34 vatandaşın katilinin kim olduğunun açıklanmasını isteyen Genel Başkan Kılıçdaroğlu, 'Yüreğin varsa çık millete anlat. Sen Türkiye Cumhuriyeti'nin çıkarlarını savunan, en son Başbakansın' dedi.

- [Van'daki depreme ve hala çadırlarda devam eden yaşama ilişkin olarak] Çadırların yüzde 99'u yazlık, çocuklar depremde değil, çadırda çıkan yangında

öldü. Koskoca Türkiye konteyner yapmaktan aciz mi? Acizlik bu ülkeyi yönetenlerde. Söz verdiler yalan çıktı. Hani herkes konteynerlere yerleştirilmiş olacaktı?"

12. Davacı Recep Tayyip Erdoğan, başvurucunun anılan konuşmasında kendisine hakaret ettiğini iddia ederek başvurucu hakkında manevi tazminat davası açmıştır. Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen davada başvurucunun şu sözleri dava konusu edilmiştir:

"Bakın değerli arkadaşlarım, bir başbakan düşünün, yüzde yüz haklı olduğunu düşünse; bile bir yakının mahkemesine müdahale etmez. Bir yakını o davada görüşülüyor diye yargıya müdahale etmez. Ahlakın ve insanlığın iflas ettiği bir duruma bakalım, Deniz Feneri davasına bakalım. Ahlak ve insanlık orada iflas etmiştir. Düşünün değerli arkadaşlarım, koskoca bir Türkiye Cumhuriyeti, koskoca bir devlet, bir Bakanlar Kurulu bütün görevini bırakmış savcılarla uğraşıyor. Nedir biliyor musunuz? Savcılar hırsızın peşinde, Bakanlar Kurulu da savcıların peşinde. (Alkışlar) Şimdi bakın, Almanya'da yargılandılar. Adamlar karar verdiler. İfadelerini aldılar, tutanaklar tutuldu, yargılama hukuk içinde yapıldı hakim dedi ki "Bunlar piyon asıl failler Türkiye'de." Şimdi geldiğimiz noktada gördük, asıl falller savcılar. Size ne kardeşim dava açarsınız? Bakın, burada hiçbir şey yoktur diye karar verseydiniz kiminiz ya Adalet Bakanlığına müsteşar olurdu ya da Yargıtaya üye olurdu veya özel kurullarda başkan veya yardımcı olurdu, terfi ederdiniz, size ne, adalet ne! (Alkışlar) Onun için çürüyen bir adaletle, adalet anlayışıyla karşı karşıyayız. Başbakanın dava arkadaşlarını önce savcıların elinden aldılar. Bununla da yetinmediler, içleri soğumadı, tuttular savcılar hakkında 11 yıla kadar hapis cezasıyla dava açtılar. Bu ne demektir biliyor musunuz değerli arkadaşlarım? Hukuk camiasına açıkça gözdağı vermek demektir. Bakın, bize karşı geldiler, ibreti alem için 11 yıl için dava açıyoruz mahkum edeceğiz bunları, ayağınızı denk alın diyorlar. Onun için o dürüst yargıçlara dürüst savcılara sesleniyorum: Ayağınızı denk alın deseler bile adalete ve hukukun üstünlüğüne inancınızı sarsmayın, sarsmayın ki biz de size sonuna kadar güvenmiş olalım (Alkışlar). Bu dava aynı zamanda Sayın Başbakanın yakın arkadaşlarının hırsızlık, yolsuzluk yapma haklarını tescil eden bir davadır, yani artık yapabilirsinizdemektir.

Değerli arkadaşlar, asrın, yani yüzyılın yolsuzluğu yüzyılın hukuk skandalına dönüştü. Buradan bütün hırsızlara ve bütün yolsuzluk yapanlara sesleniyorum: Ey hırsızlar, ey yolsuzluk yapanlar, eğer başına bir şey gelmesini

istemiyorsanız hırsızlık ve yolsuzluk yapmadan önce Sayın Başbakanla temasa geçin, irtibat kurun, kimse size dokunamaz.

Olabilir, Sayın Başbakanın iş yükü fazladır, ulaşamayabilirsiniz size ikinci adres veriyorum, köstebek bir bakan var, ona ulaşın, yine başınıza bir şey gelmez, rahat edersiniz siz. Artık ne savcı, ne polis ne hâkim size dokunamaz, siz dokunulmaz olursunuz; dilediğiniz gibi yolsuzluk yaparsınız, dilediğiniz gibi hırsızlık yaparsınız.

Değerli arkadaşlarım, Sayın Başbakanın biliyorsunuz klasik bir takıntısı vardır, CHP takıntısı var. Geçen gün yine Grupta bir konuşma yapmış. Diyor ki "İşte, en son katsayı düzenlemesini bir kez daha Danıştaya götürdüler. Siz bu imam hatiplerden neden rahatsız oluyorsunuz? Dindar bir nesil gelmesin diyorsunuz." Bunu söylüyor Başbakan.

Değerli arkadaşlarım;

Bir: Danıştaya Cumhuriyet Halk Partisinin değil de 2 kişinin bireysel başvuru yaptığını bilmeyecek kadar cahil olamaz Sayın Başbakan çünkü bu kadar cehalet bir başbakana fazla gelir.

İki: Göz göre göre "Cumhuriyet Halk Partisi başvurdu" diyor, yani yalan söylüyor. Bir Başbakana yalan söylemek yakışır mı? Yalan söylemek yakışır mı sana Başbakan? O koltukta oturuyorsun sen, yalan söylüyorsun sen açıkça Yalan söylemek, iftira atmak, bir Cumhuriyet Halk Partili olarak benim onuruma dokunuyor. Sen Başbakansın, danışmanların var, Cumhuriyet Halk Partisi kurumsal olarak böyle bir başvurmadı sen bilmiyor musun bunu? Biliyor, biliyor ama iftira atıyor. Yalan söylüyor. Yalan söylemek ancak sana yakışır zaten. Kardeşliğin, sevginin ve birliğin dinini, fitne çıkararak, nefret üreterek, bölücülük yaparak kullanmak ancak sana yakışır. Bakın, insanları "dindar ve dindar olmayanlar" diye ayırıyor. Şimdi Başbakana bir soru soruyorum: Sayın Başbakan diyorsun ki "Siz dindar olmayan bir nesil gelmesin istiyorsunuz." Peki, Sayın Başbakan, bu nesilden önceki nesil dinsiz miydi? Bir insanı dindardır, dindar değildir diye ölçüyü sana kim verdi? Bu yetkiyi sana kim verdi? O terazi senin elinde duruyor mu, durmuyor mu? Sen nasıl insanlara bakıp da sen dindarsın, sen dindar değilsin diye ayırabilirsin? Bu şirk değil midir? Allah'tan korkmuyor musun sen? Bu ülkede bölücülük yapıyorsun. Her insanın dini, her insanın inancı, her insanın giysisi kendi bileceği şeydir ve Cumhuriyet Halk Partisinin başının üstünde yeri vardır (Alkışlar). Bunu önce sen bil Başbakan.

Sayın Başbakana söylemek isterim. İmam Hatip Okulu Mezunları Derneği beni ziyarete geldi. Onlara 1934 yılında imam hatip mektebinden mezun olan bir öğrencinin diplomasını hediye ettim. 1934 yılında Cumhuriyet Halk Partisi iktidarda idi, imam hatip okullarını kuran Cumhuriyet Halk Partisidir. Diyanet İşleri Başkanlığını kuran Cumhuriyet Halk Partisidir, ilahiyat fakültelerini kuran Cumhuriyet Halk Partisidir, sen kime iftira atıyorsun. (Alkışlar)

Toplumun en fazla birlik ve beraberliğe ihtiyaç olduğu bir dönemde insanları niye ayırıyorsun? Yazık, günah değil mi? Bu ülkede yaşayan herkes kardeş değil mi? Herkes birbirine saygı göstermek durumunda değil mi? Cumhuriyet Halk Partisi imam hatip okullarını açarken niye açtı? İlahiyat fakültelerini açarken niye açtı? Diyanet İşleri Başkanlığını kurarken niye kurdu? Bu insanlar birinci elden, yetkin insanlar aracılığıyla dinlerini öğrensinler diye. Bunu biz yaptık sen değil, sen istismar ediyorsun, sen sömürüyorsun ama biz bugüne kadar çıkıp kimsenin diniyle, inancıyla oynamadık, lafımız olmadı; ayıptır, günahtır. Herkesin inancı kendisine aittir. Allah'a kimin yakın olduğunu kim bilebilir? Senin elinde böyle bir terazi mi var? Dindarlık taslıyorsun sen, senin dindarlıkla da bir ilgin yok. (Alkışlar) Bir toplumun fay hatları vardır, o fay hatlarının tetiklenmemesi lazımdır. Fay hatlarını tetiklerseniz toplumda deprem yaratırsınız, ayrışma yaratırsınız. Bunun adı bölücülüktür, ülkeye ihanettir. Bakın, nerede bir mezhep fayı var hemen Başbakan orada, nerede bir ırk fayı var, Başbakan orada, nerede bir tarihi fay var Başbakan orada. İnsaf ya, bu memleketi niye bölüyorsunuz arkadaşlar? Niye ayrıştırıyorsunuz insanları? İnsanlar birbirlerini seviyorlar, birbirlerine saygı gösteriyorlar. Herkesin inancı, herkesin kimliği bizim başımızın üstüne. Bir siyasetçinin görevi siyasi rant elde etmek değildir, din üzerinden oy toplanmaz, din üzerinden oy topluyorsan o oyların tamamı haramdır. (Alkışlar)

Bakın değerli arkadaşlarım, çevremize bir bakın. Çevremizde olup bitenlerin hâlâ farkında değil. Mezhep çatışmasının içine bütün İslam coğrafyası çekilmek isteniyor. Fitili Irak'ta atıldı, Suriye işin beşiğinde. Körfez ülkelerine gidecek. Bu coğrafyada birliği ve beraberliği, kardeşliği tesis etme misyonuna sahip tek ülke var, Mustafa Kemal'in Türkiye'si var. Sen o Türkiye'ye sahip çıkacaksın. (Alkışlar) Şimdi kalkmışsın İslam dünyasında mezhep çatışması, ırk çatışması getiren siyasi planın Türkiye'de taşeronluğunu yapıyorsun. Ayıptır sana. Yazıktır bu millete. Yazıktır bu ülkeye. Nasıl sen ayrımcılık yaparsın. İnsanlar arasında ayrımcılık olur mu? Allah'ın yarattığı en değerli varlık insan değil midir? İnsanı baş tacı etmek durumunda değil miyiz?

Değerli arkadaşlarım, işte bunların dindarlığı bu kadardır. Hiç ahlaksızlıkla dindarlık bir arada olur mu arkadaşlar? Ahlaksızlıkla dindarlık bir arada olur mu? (Alkışlar) "Ben güzel ahlakı tamamlamak için gönderildim" diyen Yüce Peygamber ahlakı yüceltmiştir. Bir insan hem ahlaksız hem dindar olacak, olmaz. Haram ile helal farkı gözetmeyen insandan dindar olmaz. Kul hakkı gözetmeyen insandan dindar olmaz, yetim hakkı yiyen insandan dindar olmaz, kamu malına, devletin malına el uzatan adamdan hiç dindar olmaz. (Alkışlar) Sen bu milletin fitreyle, zekâtla, sadakayla, kurban derisi, kurban parası verilen paralarla yolsuzluk yapan adamları adaletin elinden çekip alacaksın ve kalkacaksın diyeceksin ki "dindar, dindar olmayan" diye vatandaşları ayıracaksın. Sen önce bu insanların o dini inançları gereği yoksul insanlara yardım için ödediğin paraların hesabını bir sor bakalım. Sen, hesabını soran adamlara "Niye hesap soruyorsun?" diye karşı çıkıyorsun. (Alkışlar)

Irak'ta bir buçuk milyon Müslüman öldürüldü, senin gıkın bile çıkmadı, dilsizleştin sen. "Haksızlık karşısında duran şeytandır, dilsiz şeytandır." İlkesi bizim Peygamberimize aittir. Haksızlık karşısında senin dilin sustu. (Alkışlar) Kaddafi linç edilirken sesin çıkmadı, alkış yaptın burada. Sen kalkmışsın bir de bana ahlak dersi veriyorsun. O Kaddafi ki Kıbrıs Barış Harekâtında sırtıyla yardımları Türkiye'ye gönderen insandır. (Alkışlar) Kusura bakma Sayın Başbakan sen dindar falan değilsin. Sen din tüccarısın. Dindar insanların inançlarını sömüren bir insansın. (Alkışlar) İstismar ettiğin dindar kesimi senin insafından kurtarmak da Cumhuriyet Halk Partisinin boynunun borcudur. (Alkışlar)

Değerli arkadaşlarım, karşımıza ipin ucunu kaçırmış bir Başbakan var. Hükümet üyelerinin her birisi ayrı telden çalıyor. Halkın canını yakan sorunlarla hiç kimse ilgilenmiyor ama Başbakan din tüccarlığıyla işi götürmeye çalışıyor. Dış politikaya bakın, ne Irak'ta ne Suriye'de ne Kafkaslarda ne Balkanlarda bir manevra alanımız bile kalmadı. Dışişleri Bakanı Başbakanı boş havuza atıyor, havuza atarken bilmiyor ya, Türkiye'yi de sen havuza atıyorsun. Doğu Akdeniz'de petrol ve doğal gaz haklarımızı verdik. Neymiş? Obama demiş ki "Bizim şirket arıyor." "Emredersin" dediler, ses yok, gık yok. Hani sen Piri Reisi göndermiştin? Hani orada ararlarsa savaş açacaktın. Obama dedi, gık yok.

13. Davacı; başvurucunun konuşmasında kendisini hırsızlık ve yolsuzluk yapmak, hırsızlık ve yolsuzluk yapanları koruyup kollamak, cahillik, yalancılık, iftira atmak, fitne çıkarmak, bölücülük yapmak, din

tüccarlığı yapmak, din üzerinden oy toplamak, dindar değil ahlaksız olmak, haram ile helali gözetmemek, kul hakkı ve yetim hakkı yemek ve kamu malına el uzatmakla itham ettiğini ileri sürmüştür. Davacıya göre başvurucunun sözleri kendisinin şahsi haklarına saldırı niteliğindedir ve eleştiri sınırlarını aşmıştır.

14. Buna karşın başvurucu, bahse konu konuşmada o tarihlerde kamuoyunun gündeminde olan ve Deniz Feneri soruşturması olarak bilinen soruşturmanın savcılarının işten el çektirilmelerine duyduğu tepkiyi dile getirdiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, davacının toplumdaki inanç ve etnik kökene mensup insanları rencide eden konuşmalarına ve dış politikada izlenen etnik ve mezhep temelli politikalara dikkat çekmek için davacının birleştirici değil bölücü bir siyaset izlediğini ifade etmiştir. Başvurucu, davacının CHP'ye yönelik olarak *"İşte en son katsayı düzenlemesini bir kez daha Danıştay'a götürdüler, siz bu imam hatiplerden neden bu kadar rahatsız oluyorsunuz, dindar bir nesil gelmesin diyorsunuz."* sözlerinin doğru olmadığını ve konuşmasında bu sözleri eleştirdiğini ileri sürmüştür.

15. İlk derece mahkemesi davanın kabulüne karar vererek başvurucunun davacıya 5.000 TL tazminat ödemesine karar vermiştir. Mahkeme, konuşmada yer alan "*... Ey hırsızlar, ey yolsuzluk yapanlar, eğer başına bir şey gelmesini istemiyorsanız hırsızlık ve yolsuzluk yapmadan önce Sayın Başbakanla temasa geçin, irtibat kurun, kimse size dokunamaz., ... yalan söylüyor..., Yalan söylemek ancak sana yakışır zaten. Kardeşliğin, sevginin ve birliğin dinini, fitne çıkararak, nefret üreterek, bölücülük yaparak kullanmak ancak sana yakışır…, Sayın Başbakan sen dindar falan değilsin. Sen din tüccarısın. Dindar insanların inançlarını sömüren bir insansın.."* sözlerin altını çizmiştir. Mahkemeye göre, anılan sözlerde öz ile biçim dengesi bozulmuş; eleştiri sınırı aşılmıştır. Mahkemece, alıntılanan sözlerin davacıya yöneltilecek yorum ve değerlendirmelerde kullanılmasının gerekli olmadığı değerlendirilmiş ve eleştirilerin üslubu uygun bulunmamıştır. Mahkeme, alıntılanan sözlerin hukuka aykırı olduğu ve davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğu kanaatine varmıştır.

B. 7/2/2012 Tarihli Konuşmaya İlişkin Tazminat İşlemleri (B. No: 2014/1577)

16. Konuşmada özet olarak şu konulara değinilmiştir:

"-Sen, 34 kişinin başına bomba yağdırdın, sesin çıkmıyor, gıkın çıkmıyor. Korkuyorsun? Çünkü, sen yabancı istihbarat örgütlerinin oyuncağı oldun. Bu ortaya çıkmasın diye korkuyorsun.

-12 yaşındaki çocukları bombalayarak öldüreceksiniz, ondan sonra kalkacaksımz ahkam keseceksiniz... Recep Tayyip Erdoğan, dindar görünümlü bir din tüccarıdır. Erdoğan'ı dindar olarak görmek, bütün dindarlara yapılmış en büyük hakarettir.

-Bunların dindarlığı farklı dindarlık. Erdoğan ve yol arkadaşlarını kastediyorum. Deniz Feneri davasını, yolsuzlukları biliyoruz. Bunu da dindarlık adına yaptılar. İnsanları 'kurban parası' diye sömürdüler. Aldılar yediler. Bunun adı vicdansızlıktır, Bunlarda vicdan yok, ahlak da yok. Deniz Feneri'nde bağış, kurban paraları hangi yöntemle toplandıysa, Erdoğan da oyları aynı yöntemle, din tüccarlığı ile toplamak istiyor.

- Mavi Marmara konusunda racon kestin, kıyameti kopardın. Hani sen kıyameti koparmıştın? 'Gazze'ye yardım gemisi götüreceğim, buna Türk donanması eşlik edecek' dedin. Ben dedim ki yaparsan alnından öperim. Yaptın mı? Hayır, yapamaz. Niye yapamaz. Çünkü, egemen güçlerden talimat aldı, 'Sakın ha oraya gemi falan gönderme diye.' Ne dedi? 'Başüstüne' Sen misin bu ülkenin başbakanı, sana talimat verenler mi?

- Gazze'ye yardım götürecekmiş. Sen onu külahıma anlat benim. Sen sadece seçimlerde oyalmak için o insanların hayatını tehlikeye attın.

- Trikopis bile bu kadar İnönü'yle uğraşmadı. Pes yani.

- Auster, Irak'ta 1,5 milyon Müslüman katledildiği için Bush'u ve Cheney'i suçluyor. Atatürk'e büyük saygı duyuyor. Büyük ihtimalle Erdoğan ve arkadaşları bundan rahatsızlık duydu. GeIsen ne olur, gelmesen ne olur? Türkiye irtifa mı kaybeder" dedi. Türkiye zaten irtifa kaybetti. Dünyanın her tarafından eleştiriliyor.

- Paul Auster gelsin, Türkiye'ye Atatürk filminde oynasın' diyorlar. Aydınları bu kadar seviyesiz eleştiren insanlar ne yazık ki bu ülkede yönetim koltuklarındalar. O hakaretleri o ikisine aynen iade ediyorum."

- Recep Tayyip Erdoğan, Atatürk'ün Gençliğe Hitabesi'nin hangi cümlesinden rahatsız oluyorsan, çık milletin önünde söyle bakalım. O sadece Gençliğe Hitabe değildir, bağımsızlık savaşının manifestosudur, bildirgesidir.

Bağımsızlık savaşı veren bütün ulusların manifestosudur.

- Bu ülkede yaşayan 74 milyon insanın ortak bildirgesidir o. Nasıl siz bundan rahatsızlık duyarsızın? Meydan okuyorum Recep Tayyip Erdoğan, yüreğin varsa çık kaldır bakalım nasıl kaldıracaksın?

- Bunlar batının egemen güçlerinin taşeronluğuna soyundular. Bizim gençlerimizi koyun güden gençler olarak yetiştirmek istiyorlar. O gençlik bu ülkenin çimentosudur. Mustafa Kemal Atatürk ve arkadaşlarının verdiği ulusal bağımsızlık savaşının en büyük teminatıdır.

- Bunlar post modern diktatörlerdir. 'Ben Recep Tayyip Erdoğan hakkında olumsuz bir şey yazarsam başıma bir şey gelir mi?' ve 'Benim telefonlarım dinleniyor mu?' diye iki soru sorun kendinize. Yanıtınız 'Evet' ise bu ülkede demokrasi yoktur. Başbakan, 'Kılıçdaroğlu artık mercek altındasın. Adım adım aldığın nefes bile ülkede takip ediliyor' dedi. Pervasızlığa, densizliğe, ahlaksızlığa bakar mısınız?

- Wikileks belgelerinde, Başbakan ile Ergenekon savcılarının periyodik olarak her hafta görüştükleri yazılı. Bunlar, ABD Büyükelçiliğine özel rapor veren polis şeflerinden alınmış. Bağımsız bir ülkenin polis şefleri neden yabancı ülkenin büyükelçisine brifing verir? Erdoğan batının egemen güçlerinin Ortadoğu'daki taşeronudur. Bunu kriptolardan da anlıyoruz.

- Milletin kürsüsünde milletin sesi kesilir mi? Demokrasi mücadelesi vereceğiz. Bu ülkede gerçek demokrasi ve özgürlük gelinceye kadar mücadele edeceğiz ve bunun maliyetini şeref ve şanla karşılayacağız."

17. Davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu düşündüğü sözlerin geçtiği konuşmanın ilgili kısımları şöyledir:

"Değerli arkadaşlar, daha önce de söyledim, Recep Tayyip Erdoğan'ı dindar olarak görmek bütün dindarlara yapılmış en büyük hakarettir. (Alkışlar) Yine söylüyorum, Recep Tayyip Erdoğan dindar görünümlü bir din tüccarıdır, bunu da herkesin bilmesini isterim. (Alkışlar) Neden söylüyorum bunları? Irak'ta 1,5 milyon Müslüman katledilirken Recep Tayyip Erdoğan'ın sesi çıktı mı? Niye çıkmadı? Yüz binlerce Müslüman kadına tecavüz edilirken Recep Tayyip Erdoğan'ın sesi çıktı mı? Çıkmadı. Şimdi kalkmış dindarlık taslıyor bana. Senin dindarlığını değil, senin din tüccarlığını ben bu millete öğreteceğim. Sen din tüccarısın, ticaretin dindir senin. (Alkışlar) Dindar adam helal ile haram nedir bilir. Dindar adam kul hakkı yemez. Dindar adam

ahlaklı olur, yalan söylemez, iftira atmaz, fitnenin peşinde koşmaz dindar adam. Onun için vatan sevgisi vardır dindar adamda, insana saygı vardır dindar adamda, bölücülük olmaz dindar adamda, fitne olmaz dindar adamda. (Alkışlar) Dindar adam insanı sever, insana saygı duyar, onu Allah'ın yarattığı en değerli varlık olarak görür. Sen kırk yıl önce Allah'ın rahmetine kavuşmuş insanlarla oturmuş savaş ediyorsun. Değerli arkadaşlarım, bunların dindarlığı farklı bir dindarlık, yani AKP'lileri kastediyorum, yalnız hepsini değil, Recep Tayyip Erdoğan ve onun yol arkadaşlarını. Hepiniz biliyorsunuz, Deniz Feneri davasını hepimiz biliyoruz. Yolsuzlukları biliyoruz. Ne adına yaptılar bunu? Dindarlık adına yaptılar. O insanların en temiz duygularını sömürdüler, kurban parası diye sömürdüler, bağış diye sömürdüler, yoksullara yardım yapacağız diye sömürdüler. Ne yaptılar? Aldılar, yediler. Bunun adı vicdansızlıktır. Bunlarda vicdan yok, bunlarda ahlak da yok. (Alkışlar) Deniz Fenerinde bağış, kurban paraları hangi yöntemle toplandıysa, din tüccarlığı, Recep Tayyip Erdoğan da şimdi oyları din tüccarlığıyla toplamak istiyor, ikisi de aynı, yolu yöntemi aynı bunların değerli arkadaşlarım...

Değerli arkadaşlarım, arkasından, andımızdan rahatsız oldular. Neden rahatsız oluyorsun sen? Andımızın hangi cümlesi, hangi sözcüğü senin psikolojini bozuyor çık söyle bakalım. Arkasından, Atatürk'ün Gençliğe hitabesinden çık milletin önünde söyle bakalım. (Alkışlar) Atatürk'ün Gençliğe Hitabesine kafayı taktılar. Efendim, buna da itiraz etmeme başladılar. Recep Tayyip Erdoğan çık, Atatürk'ün Gençliğe Hitabesinden hangisinden, hangi kelimeden, hangi cümleden rahatsız oluyorsun çık milletin önünde söyle bakalım. (Alkışlar) Atatürk'ün Gençliğe Hitabesi sadece gençliğe hitabe değildir o, bir ulusal bağımsızlık savaşının bir manifestosudur o, o bil bildirgedir. Sadece bizim değil, bütün ulusların, bağımsızlık savaşı veren bütün ulusların manifestosudur, sen nasıl bundan rahatsızlık duyarsın. Değerli arkadaşlarım, Atatürk'ün Gençliğe Hitabesini korumak için sadece Cumhuriyet Halk Partili olmak da yetmez, bu ülkede yaşayan 74 milyon insanın ortak bildirgesidir o. (Alkışlar) O hitabe, bu milletin özüdür, nasıl siz bundan rahatsızlık duyarsınız. Ha, buradan söylüyorum, açıkça da meydan okuyorum, Recep Tayyip Erdoğan yüreğin varsa, becerebiliyorsan çık kaldır bakalım, nasıl kaldıracaksın? (Alkışlar) Dikkat edin, saldırılar bu ülkenin bağımsızlık sembollerine yapılıyor. Bu ülkenin ulusal kurtuluş savaşı sonunda elde ettiği değerlere saldırılar yapılıyor. Çok bilinçli saldırı bunlar. Halkımıza bunları anlatmalıyız, AKP'nin iki yüzünü anlatmalıyız, iki yüzlü politika güdüyorlar bunlar. Değerli arkadaşlar, bunlar Batının egemen güçlerinin taşeronluğuna

soyundular. Bizim gençleri, koyun güden gençler şeklinde yetiştirmek istiyorlar. O bağımsızlık mücadelesinden koparıp birilerinin değirmenine su taşıyan gençlik olsun diyorlar. O gençlik, bu ülkenin çimentosudur. O gençlik, Mustafa Kemal ve arkadaşlarının verdiği ulusal bağımsızlık savaşının en büyük teminatıdır. (Alkışlar) Unutulmaması gereken bir şey var: Cumhuriyetten bu yana çok mesafe aldık demokrasi konusunda, hukukun üstünlüğü konusunda, yargı bağımsızlığı konusunda, medya özgürlüğü konusunda pek çok mesafeler aldık, şimdi o kat ettiğimiz mesafeler tek tek elimizden alınmak isteniyor. Medya bağımsızlığı var mı? Yargı bağımsızlığı var mı? Demokrasi kalitesi var mı? Bunların hiçbirisi yok. Ne zaman yok? AKP iktidarıyla beraber parça parça elimizden alınmaya çalışılıyor. Onun için diyoruz bunlar post modem diktatörlerdir. Söylediğimizin temel nedenleri vardır. Değerli arkadaşlar, dikta rejiminde her şey güllük gülistanlık değil. Bana sorarlar belki, efendim dikta olduğunu nereden çıkarıyorsunuz, post modern dikta olduğunu? Buradan vatandaşlarıma soruyorum. Kendinize iki soru sorun. Sorulardan biri şu olsun: Ben, Recep Tayyip Erdoğan hakkında olumsuz bir şey yazarsam başıma bir şey gelir mi? İki, benim telefonlanm dinleniyor mu? Eğer bunlara hemen hayır diyorsanız sorun yok, hayır diyemiyorsanız bilin ki bu ülkede sağlıklı bir demokrasi yok. İşte temel neden bu, bu iki soru. Diyeceksiniz ki ya, iki soruya ne gerek var, zaten Başbakan geçen gün söyledi. Evet, genişletilmiş il başkanları toplantısında Başbakan şunu söylüyor: "Kılıçdaroğlu artık mercek altındasın, adım adım aldığın nefes bile ülkede takip ediliyor." Pervasızlığa bakar mısınız, densizliğe bakar mısınız, ahlaksızlığa bakar mısınız? (Alkışlar) Ana Muhalefet Partisi liderini izleyeceksin adım adım, takip ettireceksin, dinleyeceksin, bir de utanmadan çıkıp bunu millete ilan edeceksin, arkadan da diyeceksin ki "bu ülkede demokrasi var." Neden diyorum diktatör var? Diktatör yönetimi var, işte bunun için söylüyorum. Kendileri itiraf ettiler. Amaçları ne? Türkiye'ye korku salmak. Buradan söylüyorum: Recep Tayyip Erdoğan benim senden korkum yok, ama sana bir sorum var: Sende ahlak kalitesi kırıntısı var mı, yok mu çık onu söyle bakalım. (Alkışlar)"

18. Davacı Recep Tayyip Erdoğan, başvurucunun anılan konuşmasında kendisine hakaret ettiğini iddia ederek başvurucu hakkında manevi tazminat davası açmıştır. Davacıya göre başvurucu, kendisini "ahlaksızlık, utanmazlık ve erdemsizlikle; iftiracı, yalancı, yabancı istihbarat örgütlerinin oyuncağı olmak, Amerika ve İsrail'in oyuncağı olmak, ahlaktan uzak olmak, haysiyetsiz olmak, bölücülük yapmak ve dindar görünümlü bir din tüccarı olmak"la itham etmiştir.

Davacı, başvurucunun söz konusu ifadeleri kullanmadan da eleştiri yapmasının mümkün olduğunu ileri sürmüştür.

19. Başvurucu, savunmasında sözlerinin olayların ve konuşmanın bütünlüğü içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Başvurucuya göre davacı gerginlik yaratmayı, muhataplarını küçük düşürmeyi, husumet çıkarmayı ve aşağılamayı siyaset tarzı olarak benimsemiştir. Başvurucu, davacının daha önce kendisine karşı yönelttiği sert söyleme örnekler vermiştir. Başvurucu; davacının, kendisi hakkında *"Sen Alevi olduğun için mi Beşar Esad'ı destekliyorsun?"* diyerek değişik mezhepteki kişiler arasında tahrik ve ayrışmaya sebebiyet verdiğini ileri sürmüş; başvuruya konu konuşmadan önce Uludere'de ölenlerin taziyelerine gidenleri "morgun kapısında beklemekle", "ölü sevici olmakla" suçladığını ifade etmiştir. Başvurucu, siyasette sert üslubun terk edilmesi için çağrı yaptığını ancak teklifinin davacı tarafından reddedildiğini ileri sürmüştür.

20. Başvurucu; davacının dinî kavramları kullandığını, İslam dinini referans olarak gösterdiğini, dış ilişkilerde dahi dinsel bağın önemini vurguladığını, buna karşın Irak'ta yaşanan insanlık ayıbına karşı sessiz kaldığını düşündüğünü ifade etmiştir. Başvurucu; "*Recep Tayyip Erdoğan dindar görünümlü bir din tüccarıdır."* cümlesini Hükûmetin Irak politikasını eleştirmek maksatlı sarf ettiğini, bu cümlenin hakaret niteliğinde olmadığını belirtmiştir. Başvurucu, davacının kendisini takip ettirdiği sözleri üzerine söylediği *"Ahlaktan bu kadar uzak bir Başbakanı ilk kez görüyorum, densizliğe bakar mısınız, ahlaksızlığa bakar mısınız? Sende ahlak kalitesi, kırıntısı var mı, yok mu çık onu söyle bakalım."* şeklindeki sözlerin de ana muhalefet partisi liderinin dahi adım adım izlenmesinin bir ahlaksızlık olduğunu göstermek için söylediğini, hakaret amacının olmadığını ileri sürmüştür.

21. Dava, Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2012/124 Esas sayılı dosyasında görülmüştür. İlk derece mahkemesi davanın kabulüne karar vererek başvurucunun davacıya 5.000 TL tazminat ödemesine karar vermiştir. Mahkeme, konuşmada yer alan "*Recep Tayyip Erdoğan dindar görünümlü bir din tüccarıdır, ahlaktan bu kadar uzak bir Başbakanı ilk kez görüyorum, densizliğe bakar mısınız, ahlaksızlığa bakar mısınız? Sende ahlak kalitesi, kırıntısı var mı, yok mu çık onu söyle bakalım."* sözlerin altını çizmiştir. Mahkemeye göre, siyasal bir partinin genel başkanı olan başvurucu tarafından TBMM'de söylenen bu sözlerle eleştiri sınırı

aşılmıştır. Mahkeme; öz ile biçim dengesinin bozulduğunu, belirtilen sözlerin siyasi iktidara yönelik yorum ve değerlendirmeler sırasında gerekli olduğunun söylenemeyeceğini, eleştirilerin daha uygun üslup ve ifadeler ile yapılmasının olanaklı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, alıntılanan sözlerin hukuka aykırı olup davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğu kanaatine varmıştır.

C. Anayasa Mahkemesine Başvuru Süreci

22. İlk derece mahkemesinin kararları, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin aynı günde verdiği 11/12/2013 tarihli iki ayrı kararı ile onanmıştır. Nihai kararlar başvurucuya 8/1/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

23. Başvurucu 6/2/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Manevi Tazminat Talebinin Kanuni Dayanakları

24. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun *"İlke"* kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

> *"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*
>
> *Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."*

25. 4721 sayılı Kanun'un *"Davalar"* kenar başlıklı 25. maddesinin üçüncü fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

> *"Davacının, maddî ve manevî tazminat...istemde bulunma hakkı saklıdır."*

26. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun *"Kişilik hakkının zedelenmesi"* kenar başlıklı 58. maddesi şöyledir:

> *"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.*

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

2. Milletvekilinin Yasama Sorumsuzluğuna İlişkin Hukuk

27. Anayasa'nın "*Yasama dokunulmazlığı*" kenar başlıklı 83. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar."

28. Yargıtay, istikrarlı olarak yasama sorumsuzluğunun bulunduğu şartlarda başkalarının şahsiyet haklarına saldırı oluşturacak tarzda hakaret oluşturan sözler nedeniyle bir milletvekiline karşı manevi tazminat davası açılabileceğine ve bu tür tazminat talepleri nedeniyle yargılama yapılmasına yasama sorumsuzluğunun engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir:

"Anayasa'nın 83. maddesine göre TBMM üyeleri meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamaz iseler de; bu sorumsuzluk mutlak bir şekilde sınırsız değildir. Anayasa'nın bu ilkesinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilirken özellikle (kamu yararı-kişisel yarar dengesinin) iyi kurulması gerekmektedir. Meclis üyesi, sırf kişisel kinini tatmin için bir başkasının kişilik değerlerine saldırı teşkil edecek eylemlerde bulunmuş ise dokunulmazlıktan yararlandırılamaz.

Anayasanın 83. maddesinde yer alan düzenlemenin amacı, meclis üyelerinin yasamaya ilişkin olan yetkisini daha özgürce kullanmasını ve bu doğrultudaki çalışmalarını güvence altına almaktır. Madde ile güvence altına alınan ve dokunulmazlığı sağlanan, salt yasama faaliyeti ile sınırlı olan eylemlerdir. Bu faaliyetin sınırı dışına çıkılması durumunda, dokunulmazlığın korunmasına yönelik amaç ortadan kalkar. Bunun sonucu olarak da, dokunulmazlığın varlığına ilişkin savunmaya itibar edilemez. Davalının, davacıya yönelik olarak "satılmış adam" sözünü söylediği ileri sürülmüştür. Şu durumda, iddia olunduğu şekilde bir söz söylenip söylenmediğinin araştırılması ve sonucuna göre uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi gerekir.

Karar, açıklanan nedenle yerinde bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir." (4. HD, E.2008/5670, K.2009/228, KT.12/1/2009. Milletvekillerinin Meclis çalışmaları sırasında kullandığı sözler nedeniyle aleyhlerine açılan tazminat davalarında ileri sürülen yasama sorumsuzluğu itirazlarının reddedildiği daha yakın tarihli Yargıtay kararları için bkz. 4. HD, E.2014/16729, K.2015/14144, KT.3/12/2015; 4. HD, E.2014/4418, K.2015/748, KT.22/1/2015; 4. HD, E.2014/6283, K.2007/4541, KT.5/4/2007; 4. HD, E.2010/7907, K.2011/7797, KT.4/7/2011).

B. Uluslararası Hukuk

1. İfade Özgürlüğünün Demokratik Toplumdaki Önemi

29.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme)10. maddesi şöyledir:

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

30. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ifade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini yinelemektedir. AİHM'e göre 10. maddenin 2. paragrafı saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören, zararsız veya ilgisiz kabul edilen "bilgi" ve "fikirler" için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. İfade özgürlüğü, yokluğu hâlinde "demokratik bir toplum"dan söz

edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu hakkın bazı istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır (*Handyside/Birleşik Krallık,* B. No: 5493/72, 7/12/1976 § 49; *Von Hannover/Almanya (No. 2),* B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

2. İfade Özgürlüğü ve İtibarın Korunmasını İsteme Hakkı Arasındaki İlişki

31. AİHM, kamuya mal olmuş kişilerin şöhret ve itibarı ile ifade özgürlüğünün çatışması hâlinde 10. maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"başkalarının... haklarının korunması"* ifadesine müracaat etmektedir. AİHM Büyük Dairesi 7/2/2012 tarihinde verdiği iki kararda - *Von Hannover/Almanya (2)* [BD] *ve Axel Springer AG/Almanya* [BD] - ifade hürriyeti ve özel hayata saygı hakkının dengelenmesinde kullanılan ilkeleri sistematik olarak açıklamış ve uygulamıştır. Bunlar ifade özgürlüğüne konu açıklamanın kamu yararına ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı (*Von Hannover/Almanya (2),* § 109),ilgili kişinin tanınırlığı, toplumdaki rolü ve işlevi ile yazıya konu olan faaliyetin niteliği, haber veya makalenin konusu (*Von Hannover/Almanya (2),* § 110; *Von Hannover/Almanya,* B. No:59320/00, 24/09/2004, §§ 63-66; kamu tarafından tanınan kişiler için korumanın daha esnek olacağına ilişkin bir karar için bkz. *Minelli/İsviçre* (k.k.), B. No: 14991/02, 14/6/2005), ilgili kişinin daha önceki davranışları (*Von Hannover/Almanya (2),* § 111), yayının içeriği, şekli ve etkileri (*Von Hannover/Almanya (2),* § 112), bilgilerin elde edilme koşulları ve gerçekliği (Ax*el Springer AG/Almanya,* § 93; *Von Hannover/Almanya (2),* § 113) ve uygulanan yaptırımın niteliği (*Axel Springer AG/Almanya,* § 95).

3. Siyasetçilerin İfade Özgürlüklerinin ve İtibar Haklarının Korunması

32. Herkes için değerli olan ifade özgürlüğü; seçmenlerini temsil eden, onların kaygılarına işaret eden ve çıkarlarını savunan halk tarafından seçilmiş bir kimse için özellikle değerlidir. Sonuç olarak başvuran gibi muhalefet partisinden bir milletvekilinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler, AİHM'i daha sıkı bir denetim gerçekleştirmeye sevk etmektedir (*Jerusalem/Avusturya,* B. No: 26958/95, 27/2/2001, § 36).

33. AİHM, ifade özgürlüğü ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin çatışması hâlinde şöhret ve itibarı söz konusu olan kişi bir siyasetçi ise ilke olarak ifade özgürlüğü lehine bir değerlendirme yapmaktadır. AİHM, *Lingens/Avusturya* (B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 42) kararında politikacıların kendilerine yöneltilen ağır eleştirilere tahammül etmek durumunda olduğunu vurgulamıştır:

> *" ...Basın özgürlüğü, halka siyasal liderlerinin düşünce ve davranışlarını tanıma ve onlar hakkında fikir oluşturma imkanı verir. Daha genel olarak siyasal tartışma özgürlüğü Sözleşme'ye hakim olan demokratik toplum anlayışının tam da merkezinde yer alır.*
>
> *Bir siyasetçiyle ilgili eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahısla ilgili eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar. Siyasetçi kendisine yönelik eleştirilere karşı daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır..."*

34. AİHM; mevcut başvuruya benzer özellikleri olan *Pakdemirli/Türkiye* (B. No: 35839/97, 22/2/2005) kararında, bir siyasetçi olan başvurucunun bir başka siyaset adamını küçük düşürücü ifadeler kullandığı gerekçesiyle fahiş tutarda tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği yönündeki şikâyeti incelemiştir.

> i. Olayların geçtiği tarihte ana muhalefet partisinin genel başkan yardımcısı olan başvurucu Ekrem Pakdemirli, bir otoyolun hizmete açılması vesilesiyle açık havada düzenlenen bir basın toplantısında konuşma yapmıştır. Başvurucu, Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'i 1991 yılında ana muhalefet partisi genel başkanı iken Anavatan Partisinden (ANAP) iki bakanın milletvekili dokunulmazlığını kaldırdığı için eleştirmiştir. Başvurucunun konuşmasında bahsettiği tarihlerde otoyolların yapımına ayrılan ödeneği zimmetlerine geçirmekle suçlanan eski bakanlar Yüce Divana çıkarılmış ve haklarında beraat kararı verilmiştir.
>
> ii. 21/4/1995 tarihinde Demirel, şahsına ve Cumhurbaşkanlığı makamına karşı iftira ve hakarette bulunulduğu gerekçesiyle başvuran hakkında tazminat davası açmıştır. Davacı; başvuranın nezaketten yoksun, küçültücü, aşağılayıcı, hakaret dolu ve iftira niteliğinde sözler sarf ettiğini iddia etmiştir. Bu sözlere gerek yazılı gerekse görsel basın

geniş yer vermiştir. Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi, başvurucunun davacıya tazminat ödemesine karar vermiştir. Başvurucu, gecikme faizleri de eklenerek 7.925.780.000 TL (o dönemde yaklaşık 60.000 euro) tazminat ödemiştir. Söz konusu miktarın itibara yönelik müdahalelerde o tarihe kadar Türkiye'de verilmiş en yüksek miktar olduğu iddia edilmiştir.

iii. AİHM, o dönemde iki tarafın konumunun değerlendirilecek unsurlar arasında ilk sırada yer aldığını not etmiştir. Bir yanda milletvekili, eski bir bakan ve olaylardan önce iktidardaki partinin genel başkan yardımcısı olan başvurucu; diğer yanda ise daha önce ana muhalefet partisi lideri olan Cumhurbaşkanı Demirel vardır. İkinci olarak AİHM, davaya ait bütün olayların siyasi bağlamda yer aldığını tespit etmiştir.

iv. AİHM, politikacıların kendilerine yöneltilen ağır eleştirilere tahammül etmek durumunda olduğunu bir kez daha hatırlatmıştır:

"AİHM, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında kabul edilebilir eleştiri sınırlarının, halka mal olmuş bir kişi olarak hareket eden siyaset adamları için daha geniş olduğunu bir çok kez hatırlatmıştır. Siyasetçilerin fiil ve davranışları, kaçınılmaz olarak ve bilinçli bir şekilde, gazetecilerin olduğu kadar vatandaşların, hepsinden çok da siyasi rakibinin sıkı bir denetimine tabidir. Bir siyaset adamının, özellikle de kendisi eleştiriye yol açabilecek halka açık konuşmalar yaptığı zaman, daha fazla hoşgörü göstermesi gerekir. Elbette özel yaşamının dışındaki alanda bile siyaset adamının da itibarını koruma hakkı vardır. Bununla birlikte ifade özgürlüğüne getirilen istisnalar dar bir yorumu zorunlu kılmaktadır ve bu korumanın gerektirdikleri ile siyasi sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararlar denge içinde olmalıdır (bkz.Lingens/Avusturya, § 42; Oberschlıck/Avusturya (No:2), B. No:20834/92, 1/4/1997, § 29" (§ 45)

v. AİHM, başvurucunun kullanmış olduğu "*yalancı, iftiracı, Çankaya'nın şişmanı, dar kafalı, lastikleri patlasın, öbür dünyaya gidince Allah affetmez*" ifadelerinin siyasi bir eleştiri olmaktan çok bir "hakaret ve beddua tufanı" olduğunu ifade etmiştir. AİHM'e göre, ilgili kişiler ve konuşmanın çerçevesi politik alanda yer alsa ve polemik gibi görünse bile bu sözler belli ölçüde bir kişisel saldırı oluşturmaktadır. AİHM, başvurucunun kullandığı sözlerin siyasi bir tartışma içindeki bir görüş kapsamında çözümlenebilmesinin zor olduğunu ifade etmiştir.

vi. AİHM, ilk derece mahkemesi hâkiminin tazminat miktarını belirlerken kullandığı "tarafların sosyo-ekonomik durumu" ölçütünün tarafların birbirlerine karşı durumları arasında bir denge sağlamak için değil mümkün olan en yüksek tazminat tutarını belirlemek için kullandığını tespit etmiştir. İlk derece mahkemesi; başvuranın toplumdaki yerini, eğitim seviyesi ile üniversite profesörü olarak statüsünü ve bir ceza davasında cezalandırılmamış olmasını başvurucunun onun aleyhine işleyen etkenler olarak ele almıştır. AİHM, kararın keyfî bir biçimde verilmiş olduğu görüntüsünü veren bir diğer kaygı verici unsurun da mahkemenin değerlendirmelerinde -davacının şahsiyetine yönelik zararı dikkate almayarak- Cumhurbaşkanı'nın statüsünü aşırı ölçüde koruması olduğunu belirtmiştir.

vii. Sonuç olarak AİHM, derece mahkemelerinin tazminatı bir cezalandırma aracına dönüştürdükleri kanaatine ulaşmıştır. AİHM'e göre, verilen tazminat cezasının miktarı bu tür davalarda genellikle verilen tutarlarla ve söz konusu konuşmanın ağırlığıyla karşılaştırıldığında ulusal yasalarla gözetilen amaç ile makul bir orantılılık ilişkisi içinde değildir. AİHM, bu kadar büyük bir miktarda tazminat cezası verilmesinin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunun kabul edilemeyeceğine ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

35. AİHM, *Keller/Macaristan* (B. No: 33352/02, 4/4/2006) kabul edilemezlik kararında, bir siyasetçinin başka bir siyasetçiyi ağır sözlerle eleştirmesine ilişkin bir başvuruyu değerlendirmiştir.

i. Başvurucu, bir parlamenterdir. Başvurucu, parlamentonun bir oturumunda aşırı sağ gruplarla ilgili bir ulusal güvenlik soruşturmasının başarısızlığa uğraması hakkında bazı iddialarda bulunmuştur. Başvurucuya göre söz konusu başarısızlık, bir bakanın babasının bir zamanlar Naziler ile ilişkili aşırı bir sağ grubun üyesi olmasıyla ilgili olabilir. Başvurucu, bakanın ismini açıklamamıştır. Ertesi gün ulusal günlük bir gazetede yayımlanan makalede bakanın kimliğine ilişkin daha ayrıntılı bilgiler ve isminin baş harfleri (E.D.) verilmiştir. Bir süre sonra bir televizyon programında yapılan mülakatta başvurucu, parlamentoda ileri sürdüğü iddiaların gerçekten de E.D. ile ilgili olduğunu doğrulamıştır.

ii. Bakan E.D. kişilik haklarına müdahalede bulunduğu iddiası ile başvurucu hakkında dava açmıştır. İlk derece mahkemesi başvurucunun hiçbir delile dayanmadan yaptığı açıklamalar ile davacının şöhretine ve yaklaşan seçimler ışığında politik itibarına zarar verdiğine karar vermiştir. Başvurucunun 3.240 avro manevi tazminat ödemesine, masrafları başvurucuya ait olmak üzere kararın günlük bir gazetede ve televizyonda yayımlanmasına karar verilmiştir. Bölge mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını bazı değişikliklerle onamıştır.

iii. AİHM, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanuni dayanağının bulunduğuna, başkalarının şöhret ve haklarının korunması meşru amacı taşıdığına ikna olmuştur. "Demokratik bir toplumda gereklilik" kriteri ile ilgili olarak AİHM, başvurucunun iddialarının değer yargıları değil olgusal ve kanıta duyarlı iddialar olduğunu ve başvurucunun bu iddiaları kanıtlamakta başarısız olduğunu kabul etmiştir. AİHM, başvurucunun görevlerini kişisel sebeplerle kasten yerine getirmediği yönündeki iddialarının üst düzey bir kamu görevlisi olan müştekinin dürüstlüğüne olan kamu güvenine zarar verme kapasitesi olduğunu tespit etmiştir.

iv. AİHM; Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörüldüğü şekilde üçüncü kişilerin itibarının korunmasının siyasetçileri de kapsadığını, bir siyasetçinin başka bir siyasetçiyi eleştirdiği durumlarda ve özellikle söz konusu eleştirilerin parlamento gibi ayrıcalıklı bir alanda dile getirildiğinde geçerli olduğunu hatırlatmıştır. AİHM, başvurucunun davacının kim olduğuna ilişkin açıklamalarının televizyon programına yaptığı açıklamalardan sonra iyice belirginlik kazandığını belirtmiştir. Bu gibi üstü kapalı imalar parlamenter müzakerelerin dokunulmazlığından faydalanamaz.

v. AİHM, orantılılık konusunda da değerlendirmelerde bulunmuştur. AİHM, başvurucu hakkında ceza mahkemelerinde değil yalnızca hukuk mahkemelerinde dava açıldığını ve basında bir düzeltme yayımlaması ile başvurucunun aldığı brüt maaşın iki katından daha az bir tutarda manevi tazminata hükmedildiğini hatırlatmış;tazminatı müştekinin şöhret ve haklarının korunması meşru amacına ulaşmak için orantısız bulmamıştır.

4. Kamu Görevlilerinin İtibar Hakkının Korunması

36. AİHM yakın tarihli *Jalbă / Romanya* (B. No: 43912/10, 18/2/2014) kararında bir kamu görevlisinin itibarının yeterince korunmamış olması nedeniyle ihlal kararı vermiştir.

i.Başvurucu, Galati Belediye Başkanlığında teknik birimin başkanı olarak görev yapmaktadır. 11/4/2008 tarihinde yerel online bir gazete olan Antidotul'da gazeteci I.G. *"Belediye Başkanlığında iki kurnaz Galati'deki maxi-taxi mafyasını koruyor"* başlıklı bir makale yayımlamıştır. Bu başlık altında başvurucunun fotoğrafına şu ifadelerle birlikte yer verilmiştir: *"Enayiler Jalba'ya boşuna şikâyet ediyorlar."* Makale, başvurucunun daha önce Belediyede ulaştırma müdürü olduğu bilgisinin verilmesiyle başlamıştır. Daha sonra gazeteci, gerçek olduğunu iddia ederek bir dizi olay aktarmıştır. Gazeteciye göre başvurucunun halefinin oğlu, bölgede bulunan maxi-taxi ulaşım sağlayıcılarının en büyük şirketlerinden biri olan S. Şirketinde müdür olarak istihdam edilmiştir ve bu tesadüf değildir. Bunun amacı Şirketin yol güvenliğini ve kârlılığını garanti altına almaktır. Ayrıca başvurucunun bu tür sinsi işlerde yer alan eski bir tilki olduğu ve maxi-taxi güzergâhında faaliyet yapan birçok aracın sahibi olduğu belirtilmiştir. Son olarak başvurucunun ulaşım hizmetlerinin gelişimiyle değil banka hesaplarını doldurmakla meşgul olduğu gibi kimi iddialarda bulunulmuştur.

ii. Başvurucunun açtığı tazminat davası ilk derece mahkemesince kabul edilmesine rağmen bu karar, gazetede yer alan ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında yer aldığı gerekçesiyle Bölge Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Ayrıca başvurucunun iftira dolayısıyla ceza davası açılması gerektiği yönündeki şikâyeti de iftiranın ceza hukuku kapsamında suç olmaktan çıkarıldığı gerekçesiyle yerel savcılık tarafından kabul edilmemiştir.

iii. AİHM, olgu isnadı ve değer yargılarının ifade edilmesi arasında ayrım yapılması gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, Galati Bölge Mahkemesinden farklı olarak bu davadaki iddiaları değer yargısı olarak görmemiştir. AİHM, kamu görevlilerinin katlanmaları gereken eleştiri marjının sıradan vatandaşlara göre daha geniş olduğunu ancak bu olayda başvurucuya yönelik yolsuzluk ve hukuksuzluk iddialarının onun performansını etkileyebileceğini belirtmiştir.

Yargılamalar esnasında iddiaların doğruluğuna ilişkin bir kanıt sunulmamış, mahkemelerin de bu yönde bir tespiti olmamıştır. AİHM'e göre makaledeki ifadeler kabul edilebilir sınırları aşmıştır. AİHM, gazetecinin ifade özgürlüğünün başvurucunun itibarının korunmasına nazaran ağır basmasıyla ilgili olarak Bölge Mahkemesinin ileri sürdüğü gerekçelerin yetersiz olduğuna ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

37. AİHM Büyük Dairesi, *Janowski/Polonya* (B. No: 25716/94, 21/01/1999) kararında bir gazetecinin hakaret nedeniyle cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir.

i. Bir gazeteci olan başvurucu, şehir meydanında satış yapan sokak satıcılarının orayı terk edip başka bir yere gitmelerini isteyen belediye zabıtalarının yüzlerine karşı "aptal" ve "hödük" ifadelerini kullanmıştır. Başvuruyu ifade özgürlüğü çerçevesinde inceleyen AİHM,ilk olarak başvurucunun bu sözlerinin kamuoyunu ilgilendiren konularda yapılan açık bir tartışmanın parçası olmadığını ve basın özgürlüğü ile de bir ilişkisi olmadığını tespit etmiştir. AİHM'e göre olay sırasında başvurucu bir gazeteci değil sıradan bir bireydir. Başvurucu, hakkındaki cezanın resmî otoritelerin sansürü geri getirme denemesi ve gelecekte eleştiri özgürlüğü yönünden cesaret kırıcı olduğunu iddia etmiştir. AİHM, başvurucunun bu argümantasyonunu ikna edici bulmamıştır.

ii. AİHM, kamu gücünü kullanan memurlara yönelik kabul edilebilir eleştiri sınırının sıradan bireylere göre daha geniş olduğunu hatırlatmıştır. Ancak bu, memurların -politikacılar kadar geniş bir şekilde- her söz ve davranışını kamu denetimine açtığı anlamına gelmez. Memurlara politikacılarla eşit muamele edilebileceği de söylenemez. Memurların görevlerinde başarılı olmaları kamu güveninden faydalanmaları ile bağlantılıdır ve bu sebeple onların görevlerini yaptıkları sırada sözlü saldırılara karşı korunmalarını gerektirebilir.

iii. AİHM, başvurucunun hararetli bir tartışma sırasında vatandaşların faydasına olmayacak kaba bir dile başvurduğuna karar vermiştir. Bu dil ona nasıl cevap verileceğini bilen memurlara yöneltilmiş olmakla birlikte başvurucu, zabıta görevlilerini kamuya

açık bir alanda ve birçok kişinin önündeaşağılamıştır. AİHM, zabıta görevlilerinin eylemlerinin saldırgan ve kaba bir dil kullanmayı haklı göstermediğine karar vermiştir. AİHM, başvurucunun sözlerinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

38. Mahkemenin 25/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

39. Başvurucu;

i. İlk derece mahkemesinin başvuruya konu konuşmaya bütüncül yaklaşmadığını, konuşmadan birkaç cümle alarak karar verdiğini iddia etmiştir.Siyasetçilerin kendilerine yöneltilen en sert ve hatta incitici sözlere katlanmaları gerektiğini ileri sürmüştür. Başvurucuya göre siyasetçilere yönelik eleştiriler olmadan demokratik bir toplum söz konusu olamaz. Tazminat ödemeye mahkûm edilmesi nedeniyle Anayasa'nın 26. maddesinde koruma altında bulunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

ii. İlk derece mahkemesi kararının 4721 sayılı Kanun ile ilişkilendirilmemesinden şikâyetçi olmuştur. Ayrıca mahkûmiyet kararının AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları ile de ilişkilendirilmediğini ve bu sebeplerle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. TBMM çatısı altındaki sözlerinden dolayı kendisinin hiçbir sorumluluğunun söz konusu olamadığını, bir parti genel başkanının konuşmasından dolayı cezalandırılmasının Anayasa'nın 68. maddesinin *"Siyasî partiler, demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır."* biçimindeki ikinci fıkrasını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

iii. İhlalin tespiti ile tahsil edilen tazminat ve yargılama giderlerininkendisine ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

40. Bakanlık görüşünde;

i. Başvurucunun ifade özgürlüğü ile davacının şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkı arasında demokratik bir toplumun gerekleri

dikkate alınarak adil bir dengenin kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Bakanlık; devletin, bireyin manevi varlığının bir parçası olan itibarına keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bakanlık, siyasi kişilerin de özel hayatlarına saygı gösterilmesi ve özel hayatlarının korunması konusunda meşru bir beklentisinin olduğunu ifade etmiştir. Bakanlığa göre siyasal hayatta rol alan kişilere yöneltilen eleştiri daha geniş olmakla birlikte bu durum eleştiri sınırlarını aşarak hakaret içeren söz ve ifadelerin kullanılabileceği şeklinde asla yorumlanmamalıdır.

ii. Anayasa Mahkemesi ve AİHM'in ifade özgürlüğü ile itibar hakkının dengelendiği bir dizi kararı zikredilmiştir. Bakanlığa göre zikredilen kararlarda kişilerin şeref ve itibarına eleştiri sınırlarını aşan ve hakaret içeren sözlerle yapılan saldırılarda özel hayat hakkı korunmaya daha değer görülmüştür.

iii.Başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bakanlığa göre aleyhine hakaretamiz sözler söylenen kişi Türkiye Cumhuriyeti'nin Başbakanı'dır ve söylenen sözler eleştiri sınırlarını aşmakta ve davacının şöhret ve haysiyetine saldırı niteliği taşımaktadır. Başvurucu, muhalefet görevi çerçevesinde Hükûmet tarafından yürütülen politikaları sert bir üslupla eleştirmemiş; tüm toplum tarafından yüz kızartıcı bir eylem olarak bilinen hırsızlık suçunu, devletin Başbakanı'na atfetmiştir. Bakanlığa göre başvurucunun kullandığı sözlerin kamuoyunda ve uluslararası mecrada Başbakan'ın itibarını, saygınlığını ve güvenini zedeleme potansiyeli vardır ve Başbakan'a soyut ifadelerle hakaret edilmesinin siyasi tartışmalara bir faydası olduğu kabul edilemez. Bakanlık ayrıca, başvurucu aleyhine hükmedilen manevi tazminatın miktarının hedeflenen meşru amaçla orantılı olduğunu ileri sürmüştür.

iv. Başvurucunun şikâyeti yönünden açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

41. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında esas itibarıyla başvuru dilekçelerindeki iddialarını yinelemiştir. Başvurucu ilaveten Başbakan'ın üslubunun sert ve gerilim yüklü olduğunu, bunun karşılığında ona yönelik eleştirilerin de benzer nitelikte olmasının normal

kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca kendisinin konuşmasının Başbakan'ın o tarihteki konuşmalarına önemli ölçüde cevap olduğunu, Başbakan ile kendisinin konuşmalarının birbirlerinin devamı olarak gözönünde bulundurulması gerektiğini ve konuşma bütünlüğünün göz ardı edilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

42. İddianın değerlendirilmesinde esas alınacak Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...*
>
> *Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…*
>
> *Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."*

43. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan,* B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddialarının Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

44. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

45. Partisinin TBMM grup toplantısında kullandığı sözler nedeniyle başvurucunun 5.000 TL manevi tazminat ödemesine karar verilmiştir. Söz

konusu Mahkeme kararı ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

46. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

47. Yukarıda anılan müdahale Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

48. 4721 sayılı Kanun'un 24. ve 25. maddeleri ile 6098 sayılı Kanun'un 58. maddesinin "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

49. Başvurucunun tazminat ödemekle cezalandırılmasına ilişkin kararın "başkalarının şöhret veya haklarının korunması"na yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

(a) Kavram

50. Anayasa Mahkemesi "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır.

Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

51. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; *Bekir Coşkun*, §§ 53, 54; ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 96-98; *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55;*Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72). Bu sebeple hükmedilen tazminatın müştekinin maruz kaldığı düşünülen zararıyla makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olması gerekir.

52. Öte yandan Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. İfade özgürlüğü; siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır (*Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 37; *Önder Balıkçı*, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 40). Bu itibarla bir siyasetçinin kamuoyuna aktardığı görüşleri başkaları açısından "değersiz" veya "yararsız" görülse bile kişilerin subjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak ifade özgürlüğünün korumasındadır.

(b)Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanımında Ödev ve Sorumluluklar

53. Demokratik bir toplumda siyasetçilere diğer siyasetçileri, hükûmet mensuplarını ve kamu görevlilerini eleştirme ve onlar hakkında yorum yapma hakkı tanınmış olmakla birlikte Anayasa'nın 26. maddesi sınırsız bir ifade özgürlüğünü tamamen garanti etmemiştir. Somut başvuruyla bağlantılı olarak söylenecek olursa siyasetçilere yönelik eleştirilerin kişilerin itibarlarına zarar verir boyuta ulaşmaması gerekir. Bu, kişilerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kullanırken sahip oldukları ödev ve sorumluluklara gönderme yapan "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva*

eder." biçimindeki Anayasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrasından doğan bir zorunluluktur. Anayasa'nın 26. maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımına herkes için geçerli olan bazı "görev ve sorumluluklar" getirmektedir (Örnek kararlar için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 22/2/2016, § 89; *R.V.Y. A.Ş.,* B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35; *Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 67;*Önder Balıkçı,* § 43). Söz konusu sorumlulukların kapsamı, başvurucunun koşullarına ve ifade özgürlüğünü kullandığı vasıtalara göre değişir. Anayasa Mahkemesi, bir cezanın "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını incelerken meselenin bu yönünü görmezlikten gelmeyecektir.

(c) Başkalarının Şöhret veya Haklarının Korunması

54. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden ve bu bağlamda ifade özgürlüğünü kullananların uyması gereken görev ve sorumluluklardan biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır (*İlhan Cihaner (2),* B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 44). Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (*Nilgün Halloran,* B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; *Adnan Oktar (3),* B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; *Bekir Coşkun,* § 45; *Önder Balıkçı,* § 44). Bununla beraber elbette siyaset adamlarının da şöhretlerini koruma hakları vardır.

55. Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi; siyasetçilerin, kamuoyunca tanınan kişilerin ve kamusal yetki kullanan görevlilerin gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumunda olduklarını ve bunlara yönelik eleştirinin sınırlarının çok daha geniş olduğunu her zaman vurgulamıştır(Siyasetçilerle ilgili olarak bkz. *Ergün Poyraz (2),* § 58; kamusal yetki kullanan görevlilerle ilgili olarak bkz. *Nilgün Halloran,* § 45; tanınan bir Cumhuriyet başsavcısı ile ilgili olarak bkz. *İlhan Cihaner (2),* § 82; tanınan ve siyasete hazırlanan bir kamu görevlisi ile ilgili olarak bkz. *Önder Balıkçı,* § 42).

(d) İfade Özgürlüğü ile İtibarın Korunmasını İsteme Hakkı Arasında Adil Denge

56. Bu sebeplerle Anayasa Mahkemesi benzer başvurularda, aleyhine tazminata hükmedilmesi nedeniyle başvurucunun müdahale edilen ifade özgürlüğü ile başvurucunun konuşmasındaki iddialar ve ifadeler nedeniyle davacının müdahale edilen şeref ve itibar hakkının korunması arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirir (*Nilgün Halloran,* § 27; *İlhan Cihaner (2),* § 39). Bu, soyut bir değerlendirme değildir. Çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin, tarafların ünlülük derecelerinin ve ilgili kişilerin önceki davranışlarının, kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının değerlendirilmesi gerekir (*Nilgün Halloran,* § 41; *Ergün Poyraz (2),* § 56; *Kadir Sağdıç,* B. No: 2014/5369, 22/9/2016, §§ 58-66; *İlhan Cihaner,* §§ 66-73). Bunun için başvurucu tarafından söylenen sözlerin, yapılan konuşmanın tamamı ve söylendiği bağlamdan kopartılmaksızın olayın bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerekir (*Nilgün Halloran,* § 52; *Önder Balıkçı,* § 45).

57. Söz konusu değerlendirmelerde derece mahkemelerinin belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, bir "kısıtlama"nın ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususuna karar vermede yetki sahibi olan iç hukuktaki son mercidir.

58. Anayasa Mahkemesinin görevi, bu denetimi yerine getirirken derece mahkemelerinin yerini almak değildir fakat söz konusu yargı mercilerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Anayasa'nın 26. maddesi açısından doğruluğunu denetlemektir. Anayasa Mahkemesi, başvuru konusu olan müdahalenin "gözetilen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını ve bunu haklı göstermek için ulusal makamlar tarafından ortaya konan gerekçelerin "uygun ve yeterli" görünüp görünmediğini tespit edebilmek amacıyla söz konusu müdahaleyi davanın bütününe bakarak değerlendirecektir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

59. Eldeki başvurunun çözümlenmesinde gözönünde tutulması gereken ilk husushem başvurucu hem de davacının toplumsal konumlarıdır. Bir

yanda olayların meydana geldiği dönemde ve ana muhalefet görevinde bulunan Türkiye'nin en eski partisinin hâlen lideri olan başvurucu Kemal Kılıçdaroğlu, diğer yanda ise o dönemde başbakan ve günümüzde cumhurbaşkanı olan Recep Tayyip Erdoğan bulunmaktadır. Her iki isim de politik arenada oldukça aktif bir konuma sahiptir ve siyaseten çekişmeli ve uzun bir geçmişe sahiptirler.

60. Seçmenlerini temsil eden, onların taleplerini, endişelerini ve düşüncelerini politik alana aktaran ve çıkarlarını savunan, seçilmiş kimseler için ifade özgürlüğünün özellikle değerli olduğu açıktır. Bu sebeple müdahale eğer bir siyasetçinin ve özellikle ana muhalefet partisinin genel başkanının ifade özgürlüğüne yönelik ise başvuruların çok daha sıkı bir denetimden geçirilmesi gerekmektedir.

61. İlk olarak mevcut başvuru konusu olaylar halka mal olmuş kişiler olarak hareket eden siyaset adamları arasında geçtiği için kabul edilebilir eleştiri sınırları, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında daha geniştir. Bu tür eleştirilerin siyaset adamları için oyunun kurallarının bir parçası olduğu akılda tutulmalıdır. Bu sebeplerle eldeki başvuruya konu olayın tarafları olan siyasetçilerin sıradan insanlara göre daha fazla hoşgörü göstermeleri gerekir.

62. Gözönüne alınması gereken ikinci husus ise davaya ait olayların tamamının kişilerin hayatlarının diğer bireylere kapalı ve mahrem alanında değil siyasi alanda yer almasıdır. Başvurucu, başvuruya konu iki ayrı konuşmasında kapsamlı bir şekilde Türkiye'de ve dünyadaki gelişmeleri değerlendirmiş; Hükûmeti ve Başbakan'ı eleştirmiştir. Konuşmalarda ele alınan konuların politik meseleler olduğu ve konuşmalarının çerçevesinin baskın bir şekilde politik alanda kaldığı açıktır. Bu çerçevede bir siyasetçi olarak Recep Tayyip Erdoğan'ın söz ve davranışlarının siyasi rakiplerinden olan başvurucunun sıkı ve yakın denetimi altında olması tabiidir.

63. Bununla beraber başvurucunun Başbakan'la girdiği polemik sırasında kullandığı kimi sözlerin kişisel saldırı içerdiği kabul edilmelidir. Başvurucunun 31/1/2012 tarihli konuşması ile ilgili olarak ilk derece mahkemesinin cezalandırmaya esas kabul ettiği sözlerden bir kısmının Başbakan'ın hırsızları koruduğu iddiasının, bir kısmı Başbakan'ın bazı iddiaları bilerek çarpıttığı iddiasının sert bir biçimde ifadesi olarak kabul edilse bile soyut bir şekildeBaşbakan'ın "*fitne çıkart*[tığı]", "*nefret üret*[tiği]", "*bölücülük yap*[tığı]" biçimindeki kelimeler ile "*Sen dindar falan değilsin.*",

"Sen din tüccarısın.", *"Dindar insanların inançlarını sömüren bir insansın."* biçimindeki hitapların siyasi bir eleştiri olmaktan çok bir hakaret zinciri olduğu kabul edilmelidir.

64. Başvurucu 7/2/2012 tarihli konuşmasında ilk derece mahkemesinin cezalandırmaya temel aldığı sözlerden bir kısmını ve özellikle "*din tüccarı*" ifadesini Başbakan'ın kendisinin dinî mezhebi hakkındaki sözlerine tepki olarak söylediğini iddia etmiştir. Başvurucu, bu iddiasını soyut olarak ifade etmiş ve temellendirmemiştir. Başvurucu, davacıya yönelik olarak söylediği *"ahlaktan uzak"*, *"densiz"*, *"ahlaksız"*, "*Sende ahlak kalitesi, kırıntısı var mı, yok mu?"* şeklindeki sözleri ise partisinin 1/2/2012 tarihli TBMM grup toplantısında Başbakan'ın, "*Sayın Kılıçdaroğlu artık mercek altındasın. Adım adım aldığın nefes bile benim milletim tarafından takip ediliyor."* şeklindeki sözlerine tepki olarak söylediğini beyan etmiştir. Başbakan'ın anılan sözlerini başvurucunun "devlet olanakları ile kendisinin her hareketinin Başbakan tarafından takip ettirildiği" şeklinde yorumlaması aşırı bir yorum olarak değerlendirilmiştir.

65. Başvurucu, derece mahkemeleri önünde davacının kendisine karşı kullandığı bazı sözlere gönderme yapmıştır. Siyaset adamlarının birbirlerine karşı kullandıkları bu sözler açıkça polemik çıkarmaya, şiddetli tepkiler yaratmaya ve taraftarlarını konsolide etmeye yönelik siyaset üsluplarının bir parçası olarak kabul edilebilir. Ayrıca başvurucunun kullandığı dil, ona nasıl cevap verileceğini bilen bir siyasetçiye yöneltilmiştir. Üstelik odönemde başbakan olan davacının kendisine yöneltilen sözlere karşı cevap verme konusunda oldukça geniş imkânları da vardır. Yine de bunlar, derece mahkemelerinin başvurucunun çok sayıda kişinin ve televizyon kamerasının önündeki sözlerinin saldırgan veya kaba bir dil kullanıp kullanmadığını irdelemelerini engellemez.

66. Başvurucu, milletvekili olması nedeniyle TBMM çatısı altındaki sözlerinden dolayı hiçbir sorumluğunun bulunmadığını ileri sürmüştür. Yasama sorumsuzluğu Anayasa'nın 83. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, yasama sorumsuzluğunun amacının TBMM üyelerinin Meclis çalışmalarında görevlerini yaparken söyleyecekleri söz ve düşüncelerinden ve belirtecekleri oylarından dolayı "herhangi bir soruşturmaya uğramalarını önlemek" olduğunu daha önce açıklamıştır (AYM, E.1994/16, K.1994/35, 21/3/1994; AYM, E.1994/7, K.1994/26, 21/3/1994). Anayasa'nın 17. maddesinin *"Herkes yaşama, maddi*

ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." biçimindeki ilk fıkrası, devlete bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmeme ve üçüncü kişilerin saldırılarını önleme yükümlülüğü getirmiştir. Dolayısıyla yasama sorumsuzluğunun şartlarının geçerli olduğu bir zeminde ileri sürülen ve başkalarının şahsiyet haklarına saldırı niteliği bulunan sözler nedeniyle başvurucuya karşı hukuk davası yoluyla tazminat davası açılabileceğini kabul etmek gerekir (bkz. §§ 27, 28).

67. Bu gözlemler ışığında ilk derece mahkemesi hâkimini söz konusu hükmü vermeye sevk eden gerekçeler incelenmelidir. İlk derece mahkemesi, ilk olarak her iki kararında da başvurucunun konuşmaları içinde hangi sözlerin kişisel saldırı teşkil ettiğini açıkça belirtmiştir (bkz. §§ 15, 21). Mahkeme, kaba olarak değerlendirdiği sözlerle konuşmadaki diğer açıklamaları birbirinden ayırmış ve kişisel saldırı oluşturduğunu değerlendirdiği sözlere eğilerek bunların taraflar arasındaki politik diyalog sırasında konuşmanın bir parçası olarak kullanılmasının zorunlu olup olmadığı temelinden hareket etmiştir. Mahkeme, başvurucunun eleştirileri sırasında kullandığı sözler ile sözlerin konusu arasındaki düşünsel bağlılık anlamında "öz ve biçim dengesi"nin korunmadığını ve bu itibarla da bahsi geçen sözlerin davacıya karşı yöneltilecek yorum ve değerlendirmelerde kullanılmasının gerekli olmadığını tespit etmiştir. İlk derece mahkemesi olayın taraflarının siyasetçi olduğunu ve konuşmaların TBMM çatısı altında yapıldığını gözönünde bulundurmuş ve daha sonra başvurucunun "üslubunu" hukuka uygun bulmamıştır.

68. İlk derece mahkemesinin kararlarında, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ortaya konulan kriterleri herkesi tatmin edecek derecede ayrıntılı olarak ele aldığı söylenemez. Ancak Anayasa Mahkemesinin vardığı sonuçlarla birlikte karar değerlendirildiğinde Mahkemenin başkalarının şöhret veya haklarının korunması amacı temelinde başvurucu hakkında verilen mahkûmiyeti haklı göstermek için sunduğu gerekçeler uygun ve yeterli kabul edilmiş, tazminatın keyfî bir biçimde verildiği değerlendirilmemiştir.

69. Yukarıda anlatılanlar dikkate alındığında başvurucu, ifade özgürlüğünü kullanırken kendisi için de geçerli olan görev ve sorumluluklara uygun davranmamıştır. Öte yandan başvurucunun kullandığı sözleri siyasi eleştiri bağlamında söylediğine ilişkin savunması

başvuru konusu sözlerde yer alan "tahkiri" ortadan kaldırmadığı gibi davacının bu sözleri duyduğunda hissettiği olumsuz duyguları da hafifletmez (*Nilgün Halloran*, § 63). Bu itibarla mevcut davada dile getirilen kaba, aşağılayıcı, küçük düşürücü, abartılı kişisel saldırı içeren sözlerin -olayın tarafları ve konuşmanın çerçevesi politik alanda kalsa bile- kabul edilebilir sınırları aşması nedeniyle siyasi bir tartışma içindeki bir görüş olarak değerlendirilmesi zordur ve bu sözler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Başvurucunun tazminat ile cezalandırılmasının toplumsal ihtiyacı karşıladığı ve dolayısıyla "demokratik bir toplumda gerekli" olduğu kabul edilmiştir.

70. Başvurucu aleyhine hükmedilen cezanın gözetilen amaç ile makul bir orantılılık ilişkisi içinde olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Bu çerçevede başvurucu aleyhine ceza mahkemelerinde değil yalnızca hukuk mahkemelerinde dava açıldığının unutulmaması gerekir.

71. İlk derece mahkemesi, kararlarında tazminat miktarlarının takdir ve tayin ederken yalnızca "tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını" nazara aldığını belirtmiş;daha ayrıntılı bir değerlendirmeye yer vermemiştir. Başvurucu da ne hükme esas alınan dava dosyalarındaki bilgi ve belgeleri Anayasa Mahkemesine ibraz etmiş ne de tazminat miktarının aşırılığından şikâyetçi olmuştur. Bununla birlikte her bir dava için hükmedilen tazminat miktarının başvurucunun sahip olduğu ekonomik olanakları zora sokacak veya ortadan kaldıracak miktarda olmadığı değerlendirilmiştir. Dolayısıyla verilen tazminat cezasının miktarının -bu tür davalarda genellikle verilen tutarlar ve söz konusu konuşmanın ağırlığıyla karşılaştırıldığında- ulaşılmak istenen amaç ile orantısız olduğu değerlendirilmemiştir.

72. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/10/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ALİ KIDIK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5552)

Karar Tarihi: 26/10/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Ali KIDIK
Vekili	:	Av. Pınar DURSUN VARDAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir internet haber sitesinde yer alan köşe yazıları ile bazı haberlere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 24/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu 1989 yılından beri gazetecilik yapmaktadır ve *airporthaber.com* adlı internet sitesinin sahibi ve genel yayın yönetmenidir. Başvuru ayrıca söz konusu internet sitesinde düzenli aralıklarla köşe yazıları yazmaktadır. İnternet sitesi; ulusal ve uluslararası ölçekte havacılığa ilişkin haberlerin yapıldığı, köşe yazılarının yayımlandığı ve havacılık forumlarının yer aldığı bir internet mecrasıdır.

10. Bahse konu internet sitesinde 2014 yılının Nisan ayı içinde o sıralarda Türk Hava Kurumu (THK) başkanlığını yürüten O.Y. (müşteki) hakkında beş ayrı yazı yayımlanmıştır. Müştekinin başvurusu üzerine derece mahkemeleri başvuruya konu yazılara erişimin engellenmesine karar vermiştir.

11. THK, Türkiye'de havacılık sanayiini kurmak, askerî, sivil, sportif ve turistik havacılığın gelişmesini sağlamak için 16/2/1925 tarihinde Mustafa Kemal Atatürk'ün emri ile kurulmuş bir dernektir. Dernek, ilk kurulduğunda Türk Tayyare Cemiyeti adını taşımakta iken 1935 yılında şu anki adını almıştır. Dernek 5/8/1925 tarihinden itibaren "kamu yararına çalışan dernek" statüsündedir. Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu THK'nın manevi koruyucularındandır. Cumhurbaşkanı, başbakan, kuvvet komutanları, Ankara valisi Derneğin doğal üyeleri arasında bulunmaktadır.

12. Başvuruya konu ilk yazı başvurucu tarafından kaleme alınmış ve *"THK'yı Batırırsan 20 Tırnağımla Yakana Yapışırım"* başlığı ile 3/3/2014 tarihinde yayımlanmış bir köşe yazısıdır. Söz konusu yazıda başvurucu, yazının yayımlanmasından bir hafta önce müşteki ile bir görüşme yaptıklarını ifade etmiştir. Başvurucu, görüşme detayları hakkında daha fazla bilgi vermemiştir. Başvurucu, köşe yazısında THK'nın Türkiye merkezli bir havayolu şirketini İranlılardan satın almak istediğini ifade etmekte ve bu satın almanın Kurum için çok büyük hata olacağını ileri sürmektedir. Başvurucuya göre THK asli vazifelerine odaklanmalı ve daha profesyonel kişilerce yönetilmelidir.

13. Başvuruya konu ikinci yazı *"Bu Belge Şok Edecek"* başlıklı bir haberdir ve 10/3/2014 tarihinde yayımlanmıştır. Haberde, THK'nın borç

batağında olduğu iddia edilmiş ve Kurumun borçlarını gösteren bir belge yayımlanmıştır. Resmî olup olmadığı anlaşılamayan belgede Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası verilerine göre THK'nın 410 milyon TL borcu olduğu ileri sürülmektedir. Haberde ilave olarak THK'nın bir havayolu şirketini satın almak için yaptığı girişimler de anlatılmaktadır.

14. Başvuruya konu üçüncü yazı *"Ye Babam Ye! Ne Zaman Doyacaksınız"* başlığı ile 7/4/2014 tarihinde yayımlanan bir haberdir. Haberde müşteki oldukça ağır bir biçimde suçlanmıştır. Yazının ekinde yer alan bazı belgelere dayanılarak müştekinin, oğlunun arkadaşlarına ait bazı şirketlere haksız kazanç sağladığı ve yüklü miktardaki haksız kazancın buradan müştekinin oğluna ait başka bir şirkete aktarıldığı iddialarına yer verilmiştir.

15. Başvuruya konu dördüncü yazı *"Türk Hava Kurumu Uçurumun Eşiğinde"* başlığı ile 9/4/2014 tarihinde yayımlanmış bir başka haberdir. Doğrudan müştekiyi hedef alan yazıda müştekinin beş yıldır THK'nın başkanlığını yürüttüğü hatırlatılmıştır. Habere göre müşteki, aralarında kendi oğlunun da olduğu 110 yakınını ve akrabasını yüksek maaşlarla THK'ya ait şirketlerde istihdam ederek THK'yı büyük zarara uğratmıştır. Haberde müştekinin THK'yı büyük bir borç batağına sürüklediği, uçak yapacağını söyleyerek insanları kandırdığı ve bu arada ulusal bir havayolu şirketini satın aldığı iddia edilmiştir. Haberde, müştekinin oğlunun THK Üniversitesine yüksek maaşla yerleştirildiği iddia edildikten sonra müştekinin söz konusu iddiaları reddettiği de belirtilmiştir. Haberde, THK'nın 410 milyon lira borcu olduğunun belgeleriyle açıklandığı hatırlatılmış ve internet sitesine yeni iddiaların ulaştığı ifade edilmiştir. Başvurucu, internet sitesine ulaşan bilgilerin aynı zamanda THK yöneticilerine, savcılıklara ve ilgili resmî kurumlara da iletildiğini iddia etmiştir. Yazının geri kalanında, kimliği açıklanmayan kişiden internet sitesine gelen iddialar paylaşılmıştır. Söz konusu iddialara göre müştekinin oğlu ve bazı akrabaları işe gitmeden THK'dan çok yüksek maaş almakta, müştekinin akrabaları ve yakınları Kuruma ait işleri almaktadır. Haber yazısının sonunda bir tablo paylaşılmıştır. Toplam 111 kişinin isminin yer aldığı tabloda bu kişilerin THK'da ne iş yaptıkları ve müştekiye olan yakınlıkları gösterilmiştir.

16. Müşteki, yukarıda zikredilen yazıların kişilik haklarını ihlal ettiğini ileri sürerek yazıların yayımlandığı internet sayfalarının erişiminin engellenmesi talebinde bulunmuştur. Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesi

9/4/2014 tarihli kararı ile erişimin engellenmesine karar vermiştir. Mahkemenin gerekçesi aynen şöyledir:

"Dilekçe ve ekleri incelenmiş olup, talep edenin müvekkilinin aleyhinde bazı suçlamalara ve isnatlara yer verildiği görülmektedir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri de "suçluluğu kanıtlanana kadar herkes suçsuzdur" şeklinde ifade edilen masumiyet karinesidir. Talep edenin müvekkili aleyhinde isnat edilen suçlamalarla ilgili herhangi bir yargı kararı yayın içeriğine konulmuş değildir. İçeriği yayınlayan ya da yazanların kişisel görüşlerini yansıtmakta olan bu beyan ve ifadeler haber verme sınırını aşmakta ve hakaret boyutuna ulaşmaktadır. Zira bir kişiye "hırsız", "soyguncu" şeklinde nitelemelerde bulunulması haber olarak değerlendirilemez. Böyle ifadeler kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurur. Bu nedenle talep 5651 sayılı Yasanın 9. maddesinde belirtilen şartları taşıdığından kabulüne karar vermek gerekmiştir."

17. Başvurucu 14/4/2014 tarihinde yeni bir köşe yazısı kaleme almıştır. Doğrudan müştekinin hedef alındığı yazıda başvurucu, daha önce ileri sürdüğü iddiaları tekrar etmiş ve bunların yalanlanmadığını hatırlatmıştır. Başvurucu, söz konusu yazıda yeni bir iddiada bulunmuştur. Başvurucu, yerel seçim çalışmaları sırasında THK'ya ait bir jet uçağının ve bir helikopterin oldukça düşük fiyata bir partinin genel başkanına kiralandığını ileri sürmüştür. Başvurucu, bu kiralamadan dolayı THK'nın zarara uğratıldığını savunmuş ve müştekinin bahsi geçen siyasi partiden milletvekili yapılıp yapılmayacağını sormuştur.

18. Müşteki, son köşe yazısının yayımlandığı gün yine Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesine başvurmuştur. Müşteki, köşe yazısının kişilik haklarını ihlal ettiğini savunmuş ve yazının yayımlandığı internet sayfasının erişiminin engellenmesi talebinde bulunmuştur. Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesi 14/4/2014 tarihli kararı ile erişimin engellenmesine karar vermiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

"Bu ifadeler bir haber ya da kişisel görüş olmanın yanı sıra talepte bulunanı toplum nezdinde küçük düşürebilecek, henüz bir yargı kararı ile sabit olmamış suçlamalar ve isnatlar olduğundan talebin kabulüne karar vermek gerekmiştir."

19. Başvurucunun kararlara yaptığı itirazlar, Ankara 14. Asliye Ceza Mahkemesinin 16/4/2014 tarihli iki ayrı gerekçesiz kararı ile reddedilmiştir.

20.Başvurucu 24/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

21. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi HakkındaKanun'un *"İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi"* kenar başlıklı 9. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması

durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının (…) başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

B. Uluslararası Hukuk

1. İfade Özgürlüğünün Demokratik Toplumdaki Önemi

22. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini yinelemektedir. AİHM'e göre 10. maddenin ikinci paragrafı saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören ya da zararsız veya ilgisiz kabul edilen "bilgi" ve "fikirler" için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Bu, yokluğu hâlinde "demokratik bir toplum"dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu hakkın bazı istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

23. AİHM, demokratik bir toplumda basının oynadığı temel rolün altını birçok kez çizmiştir. AİHM'e göre -her ne kadar özellikle de başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıyla ilgili olarak bazı sınırları aşmaması gerekse de- basının görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. AİHM, basının

böyle konularda bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkının da eklendiğini hatırlatmıştır. AİHM'e göre bu görevi olmasaydı basın, vazgeçilmez kamusal "gözetleyici" rolünü oynayamazdı (*Bladet Tromsø ve Stensaas*/Norveç [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59, 62;*Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka* [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004, § 71; *Von Hannover/Almanya* (2) B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 102).

24. AİHM, *Radio France/Fransa* (B. No: 53984/00, 30/3/2004, § 37) davasında basın özgürlüğünün kapsamının demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak bir dereceye kadar abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir:

> *"Mahkeme "görev ve sorumluluklar"ın, ifade özgürlüğünün doğasından kaynaklandığını yineler. 10. madde tarafından kamusal yararlara ilişkin meselelerin aktarılması içingazetecilere sağlanan güvencenin şartı, gazetecilik etiğine uygun olarakonların kesin ve güvenilir bilgi sağlamak konusunda iyi niyet sahibi olmalarıdır (örneğin bkz.Bladet Tromsø and Stensaas/Norveç, § 65;Colombani ve diğerleri/FransaB. No: 51279/99,25/06/2002, §65). Ne var ki basın özgürlüğü belli dereceye kadar abartmaya hatta kışkırtmaya izin verir (bkz. özellikle, Bladet Tromsø and Stensaas/Norveç, § 59)..."*

2. İfade Özgürlüğü ile İtibarın Korunmasını İsteme Hakkı Arasındaki İlişki

25. AİHM, bir gazete makalesinde hakaret içerdiği iddia edilen beyanlara karşı bir kimsenin itibarının korunması hakkını özel yaşam kapsamında görmektedir (*White/İsveç*, B. No: 42435/02, 19/12/2006, §§19, 30). AİHM'e göre kamusal bir tartışma bağlamında ve yayımlanan yazılar nedeniyle eleştirilmiş olsa bile bir kişinin itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur (*Pfeifer/Avusturya*, B. No: 12556/03, 15/11/2007, § 35; *Axel Springer AG/Almanya*, B. No: 39954/08, 7/2/2012, § 83).

26. AİHM, kamuya mal olmuş kişilerin şöhret ve itibarı ile ifade özgürlüğünün çatışması hâlinde 10. maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan "*başkalarının... haklarının korunması*" ifadesine müracaat etmektedir. AİHM Büyük Dairesi 7/2/2012 tarihinde verdiği iki kararda -*Von Hannover/Almanya (2)* [BD] ve *Axel Springer AG/Almanya* [BD]- ifade hürriyeti ve özel hayata saygı hakkının dengelenmesinde kullanılan ilkeleri sistematik

olarak açıklamış ve uygulamıştır. Bunlar ifade özgürlüğüne konu açıklamanın kamu yararına ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı (*Von Hannover/Almanya (2)*, § 109);ilgili kişinin tanınırlığı, toplumdaki rolü ve işlevi ile yazıya konu olan faaliyetin niteliği, haber veya makalenin konusu (*Von Hannover/Almanya (2)*, § 110; *Von Hannover/Almanya*, B. No:59320/00, 24/09/2004, §§ 63-66; kamu tarafından tanınan kişiler için korumanın daha esnek olacağına ilişkin bir karar için bkz. *Minelli/İsviçre* (k.k.), B. No: 14991/02, 14/6/2005), ilgili kişinin daha önceki davranışları (*Von Hannover/Almanya (2)*, § 111), yayının içeriği, şekli ve etkileri (*Von Hannover/Almanya (2)*, § 112), bilgilerin elde edilme koşulları ve gerçekliği (*Axel Springer AG/Almanya*, § 93; *Von Hannover/Almanya (2)*, § 113) ve uygulanan yaptırımın niteliğidir (*Axel Springer AG/Almanya*, § 95).

3.Gazetecilere İddialarını Gerekçelendirebilecek Bir Savunma Yapma Olanağı Verilmesi Zorunluluğu

27. AİHM; *Castells/İspanya* ve *Colombani ve diğerleri/Fransa* başvurularında, şikâyet konusu beyanda bulunan kişinin aleyhine açılmış olan davaya yanıt verme konusunda aşılmaz güçlüklerle karşı karşıya bırakılması hakkındaki endişelerini dile getirmiştir. *Castells/İspanya* (B. No: 11798/85, 23/4/1992, §§ 47, 48) davasında, ulusal yargılamaları yürüten yüksek mahkemeye göre millî kurumları karalamakla suçlanan bir kişinin gerçeği ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır. AİHM, başvurucunun kendisi hakkında açılan söz konusu hakaret davasında gerçeği ispatlamasına ve iyi niyetini ortaya koymasına izin verilmediğine dikkat çekmiştir. AİHM'e göre başvurucu tarafından ileri sürülen olgusal iddiaların birçoğunun gerçekte olup olmadığı yerel mahkemelerin atacağı adımlarla ortaya çıkarılabilir ve başvurucu makul bir çerçevede iyi niyetini ortaya koymaya çalışabilir. AİHM, başvurucu hakkındaki mahkûmiyet kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme)10. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

28. AİHM; daha yakın tarihli *Colombani ve diğerleri/Fransa* (B. No: 51279/99, 25/6/2002, § 66) davasında hakaret suçundan yapılan yargılama sırasında, gazeteci olan başvuruculara iddialarını gerekçelendirebilecek bir savunma yapma olanağı verilmemiş olmasını eleştirmiştir:

> *"... [M]evcut başvuruda başvurucuların suçlanmasının sebebi Fas Kralının itibarına ve haklarına zarar veren bu makaledir. Hakaret suçunu*

düzenleyen olağan hukuk kurallarının aksine, yabancı bir devlet başkanına hakaret suçlamasından kurtulabilmeleri için başvuruculara, iddialarını gerekçelendirebilecekleri bir savunma yapma olanağı verilmemişti. Başvuruculara savunma yapma olanağının tanınmaması, kişinin haklarının ve itibarının korunması ihtiyacı karşısında - söz konusu kişi bir devlet veya hükumet başkanı olsa dahi- orantısız bir önlem oluşturacaktır."

4. Gazetecinin İspat Yükünün Sınırı

29. AİHM, *Kasabova/Bulgaristan* (B. No: 22385/03, 19/7/2011, § 62) davasında bir hakaret davası sanığının ispat yükünü yerine getirirken bir beyanın doğruluğunu kanıtlayan savcı gibi hareket etmesinin sanıktan beklenmemesi gerektiğini ortaya koymuştur:

"Nihai bir mahkumiyet kararı prensip olarak bir kişinin suç işlemiş olduğuna dair yadsınamaz bir kanıt oluşturur. Bununla birlikte, 6. maddenin 2. fıkrasında yer alan masumiyet karinesinin gereksinimleri gözönüne alınsa bile, hakaret davalarında suç teşkil eden davranış iddialarını kanıtlama biçimini bununla sınırlandırmak apaçık bir mantıksızlık olacaktır. Basında çıkan iddialar, ceza yargılamalarında öne sürülen iddialarla eşit mevkiye konulamazlar."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 26/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

31. Başvurucu;

i. Erişimi engellenen yazılarda suç teşkil edecek bir yön bulunmadığını, yazıların hakaret içermediğini, erişimin engellenmesini gerektirecek yasal koşulların oluşmadığını, yazılardaki haberlerin gerçek olduğunu, yayımlanmasında "kamu yararı" bulunan gerçek ve güncel haberlerin özle biçim arasında denge kurularak verildiğini ileri sürmüştür.

ii. Türk milleti için çok önemli olan böyle bir Kurumdaki yolsuzlukların kamuoyuna duyurulmasında üstün kamu yararı bulunduğunu, basının güncel olayları kamuya duyurma görevi

olduğunu, sadece haberi vermekle yetinmeyip değişik açılardan durum değerlendirmesi ve eleştiri yapılmasının basın özgürlüğünün bir parçası sayılması gerektiğini ifade etmiştir.

iii. Yazılarda yer alan iddiaların tamamının somut olduğunu ve belgelere dayandığını, derece mahkemelerinin şikâyet dilekçesinin verildiği gün hiçbir belge ve bilgiyi toplamadan karar verdiğini iddia etmiştir.

iv. Anayasa ile korunmuş olan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlalin tespitini talep etmiştir.

32. Bakanlık görüşünde, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplum için vazgeçilmez önemine karşın basının "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının korunması" için konulmuş olan sınırlamalara uyması gerektiği ifade edilmiştir. Bakanlığa göre 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi, devletin kişilerin şeref ve itibarlarını koruma pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak kabul edilmiş ve somut olayda derece mahkemeleri, müştekinin itibarına saldırı olduğunu tespit etmiştir. Bakanlık, internet sitesinin tamamına değil yalnızca belirli yazılara erişimin engellenmesi kararı verilmesinin de müdahalenin ölçülü olduğunu gösterdiğini belirtmiştir.

B. Değerlendirme

33. İddianın değerlendirilmesinde ifade ve basın özgürlüklerinin korunduğu Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri dayanak alınacaktır. Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

34. Anayasa'nın "*Basın hürriyeti*" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

36. Başvurucunun internet sitesinde yayımladığı yazılara erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararları ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

37. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

38. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük

ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

39. Kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 5651 sayılı Kanun 'un 9. maddesinin "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

40. Başvuruya konu haber ve köşe yazılarına erişimin engellenmesine ilişkin kararların "başkalarının şöhret veya haklarının korunması"na yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Kavramı

41. Anayasa Mahkemesi "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, toplumsal bir ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir.

(b) Ölçülülük

42. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir(AYM, E.2007/4,

K.2007/81, 18/10/2007; *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; *Bekir Coşkun* §§ 53, 54; ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 96-98; *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55;*Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72). Bu sebeple mevcut başvuruda hükmedilen erişimin engellenmesi tedbirinin müştekinin maruz kaldığı düşünülen zararıyla makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olması gerekir.

(c) İnternet Haberciliği ve Basın Özgürlüğü

43. İnternet haberciliğinin -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- basınözgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42; *Önder Balıkçı*, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 39; *Orhan Pala*, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 45). Basın yönünden düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilen internet özgürlüğü, internete erişenler yönünden ise Anayasa tarafından korunan ve ifade özgürlüğünün özünde yer alan haber veya fikir almak özgürlüğü olarak mütalaa edilmektedir.

44. İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğü herkes için geçerli ve demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (*Bekir Coşkun*, §§ 34-36). İfade ve basın özgürlüğü yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım araçlarını da ilgilendirmektedir. Dolayısıyla internet sitelerine veya internet sitelerinde yer alan haberlere erişimin engellenmesi biçiminde getirilen her türlü kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne dokunmaktadır. Basın özgürlüğünün kamuoyuna çeşitli fikir ve tutumların iletilmesi, bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması için en iyi araçlardan birini sağladığı unutulmamalıdır (*İlhan Cihaner (2)*, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 63).

(d) İfade Özgürlüğünün Kapsamı

45.Öte yandan Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. İfade özgürlüğü; siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır (*Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 37; *Önder Balıkçı*, § 40). Bu itibarla bir internet sitesinde yer alan köşe yazıları ve haberlerde yer alan bilgiler başkaları açısından "değersiz" veya "yararsız" görülse bile kişilerin

subjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak ifade özgürlüğünün korumasındadır.

46. İfade ve basın özgürlükleri mevcut başvurudaki gibi davalarda yalnızca bilgilerin iletilmesi hakkını değil aynı zamanda halkın tanınmış kişilere ilişkin bilgileri alma hakkını da güvence altına almaktadır. Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi siyasetçilerin, kamuoyunca tanınan kişilerin ve kamusal yetki kullanan görevlilerin gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumunda olduğunu ve bunlara yönelik eleştirinin sınırlarının çok daha geniş olduğunu her zaman vurgulamıştır (Siyasetçilerle ilgili olarak bkz. *Ergün Poyraz (2)*, § 58; kamusal yetki kullanan görevlilerle ilgili olarak bkz. *Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 45; tanınan bir Cumhuriyet başsavcısı ile ilgili olarak bkz. *İlhan Cihaner (2)*, § 82; tanınan ve siyasete hazırlanan bir kamu görevlisi ile ilgili olarak bkz. *Önder Balıkçı*, § 42).

(e) Basının Ödev ve Sorumlulukları

47. Demokratik bir toplumda basına, siyasetçileri ve kamu görevlilerini eleştirme ve onlar hakkında yorum yapma hakkı tanınmış olmakla birlikte Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmemiştir. Anayasa'nın 12. maddesinin "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" biçimindeki ikinci fıkrası, kişilerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kullanırken ödev ve sorumluluklarına da gönderme yapmaktadır. 26. maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımına basın için de geçerli olan bazı "görev ve sorumluluklar" getirmektedir (Basının görev ve sorumluluklarına ilişkin bkz. *Orhan Pala*, § 46; *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 22/2/2016, § 89; *R.V.Y. A.Ş.*, B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35; *Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 67; *Önder Balıkçı*, § 43).

48. Bu görev ve sorumluluklar "başkalarının şöhret ve hakları"nın zarar görme ihtimalinin bulunduğu ve özellikle adı verilen bir şahsın itibarının söz konusu olduğu durumlarda özel önem arz eder (*Orhan Pala*, § 47). Basın özgürlüğü, ilgililerin meslek ahlakına saygı göstermelerini, doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etmelerini zorunlu kılmaktadır. Kötü niyetli olarak gerçeğin çarpıtılması

kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşabilir. Dolayısıyla haber verme görevi zorunlu olarak ödev ve sorumluluklar ile basın kuruluşlarının kendiliğinden uymaları gereken sınırlar içermektedir (*Orhan Pala*, § 48; *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, §§ 42, 43; *Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 53, 54; *İlhan Cihaner (2)*, §§ 60, 61).

49. Söz konusu sorumlulukların kapsamı, başvurucunun koşullarına ve ifade özgürlüğünü kullandığı vasıtalara göre değişir. Anayasa Mahkemesi basın özgürlüğüne yapılan müdahalelerin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını incelerken meselenin bu yönünü görmezden gelmeyecektir.

(f) Bireyin Şeref ve İtibarının Korunması

50. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden ve bu bağlamda basının uyması gereken görev ve sorumluluklardan biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır (*İlhan Cihaner (2)*, § 44). Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfî olarak müdahale etmemekle ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (*Nilgün Halloran*, § 41; *Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; *Bekir Coşkun*, § 45; *Önder Balıkçı*, § 44).

51. Bu sebeplerle Anayasa Mahkemesi benzer başvurularda, içeriğe erişimin engellenmesi nedeniyle başvurucunun müdahale edilen ifade ve basın özgürlükleri ile internet sitesinde yayımlanan haber nedeniyle müdahale edilen şeref ve itibar hakkının korunması arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmiştir (*Nilgün Halloran*, § 27; *İlhan Cihaner (2)*, § 39). Bu soyut bir değerlendirme değildir.

(g) Çatışan Haklar Arasında Dengeleme

52. Çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterlerin bazıları şu şekilde sayılabilir:

i. Söz konusu yayının gerçek olup olmadığı

ii. Yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı

iii. Toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı

iv. Haber verilirken özle biçim arasındaki dengenin korunup korunmadığı

v. Haber veya makalenin yayımlanma şartları

vi. Haber veya makalenin konusu, bunlarda kullanılan ifadelerin türü, yayımın içeriği, şekli ve sonuçları

vii. Habere yönelik kısıtlamaların niteliği ve kapsamı

viii. Haberde yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği

ix. Hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları

x. Kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı

53. Anayasa Mahkemesi başvurunun koşullarına göre bazıları yukarıda sayılan kriterlerin gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğini denetler (*Nilgün Halloran*, § 41; *Ergün Poyraz (2)*, § 56; *Kadir Sağdıç*, §§ 58-66; *İlhan Cihaner*, §§ 66-73). Bunun için başvurucu tarafından yayımlanan yazıların tamamının -yayımlandığı bağlamdan kopartılmaksızın- olayın bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerekir (*Nilgün Halloran*, § 52; *Önder Balıkçı*, § 45).

(h) İfade Özgürlüğüne Yapılan Müdahalenin Gerekçesi

54. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, idarenin ve derece mahkemelerinin müdahaleye neden olan kararlarında dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Bekir Coşkun*, § 56; *Abdullah Öcalan*,§ 98; *Tansel Çölaşan* § 56; *Ahmet Temiz (6)*, § 34). İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir.

(2)5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

55. İnternet ortamında düşüncelerin açıklanması ve yayılması; basılı yayınlara oranla daha kolay, ucuz, hızlı ve yaygındır. İnternet sitelerine erişim de kolaydır. İnternet sitelerinin büyük miktarda veriyi muhafaza etme ve yayma imkânı vardır. Bu sebeplerle internet siteleri kamuoyunun güncel meselelere erişiminin iyileştirilmesine ve bilginin iletilmesinin kolaylaştırılmasına önemli derecede katkıda bulunmaktadır. Aynı sebeplerle internet ortamında yapılan yayınlarla bazı suçlar daha kolay işlenebilmekte, özellikle de kişilik hakları ve özel hayat hakları herkes tarafından kolay, maliyetsiz ve hızlı bir şekilde ihlal edilebilmektedir. Kanun koyucu; internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle genel dava veya savcılığa şikâyet usulünün yanında özel ve hızlı bazı usuller öngörmüştür.Söz konusu usullerden biri de 5651 sayılı Kanun ile getirilen ve sulh ceza hâkiminin çelişmeli olmayan bir usulle veya Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) başkanının daha sonra sulh ceza hâkiminin onayına sunulmak üzere verdiği içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarıdır.

56. 5651 sayılı Kanun'un *"Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi"* kenar başlıklı 8. maddesinde sulh ceza mahkemelerince verilen erişimin engellenmesi veya içeriğin çıkarılmasına dair kararların birer "koruma tedbiri kararı" olduğu açıkça belirtilmiştir. Aynı Kanun'un *"Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi"* kenar başlıklı 9/A maddesinde ise kararın bir "tedbir" olduğundan bahsedilmiştir. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu da 2/10/2014 tarihli kararında erişimin engellenmesine ilişkin kararların demokratik ülkelerde çocuk pornografisi, çocukların cinsel istismarı ve ırkçılık gibi ağır suçlar için konulan ve yargılama sürecinin bir parçası olarak uygulanan zorunlu ve istisnai bir yargısal tedbir olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'daki erişimin engellenmesi kararlarının cezai ve idari yaptırım niteliğinde olmayıp tedbir niteliğinde olduğuna işaret etmiştir (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014).

57. Koruma tedbirleri, uygulandığı an itibarıyla henüz hakkında hüküm verilmemiş kişilerin temel bir hakkını sınırlamaktadır. Bu nedenle tedbir

uygulandığı anda fiilin işlenip işlenmediği, işlendiyse şüpheli veya sanık tarafından işlenip işlenmediği veya gerçekleştirilen fiilin suç oluşturup oluşturmadığı, üçüncü kişilere tedbir uygulanmasını meşru gösteren olguların gerçek olup olmadığı henüz hukuki kesinliğe kavuşmamıştır. Bu kesinlik ancak hükmün kesinleşmesi ile ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla koruma tedbiri, tatbik edildiği anda hukuki kesinlik ölçüsünde bir haklılık içermez. Tedbirin hukuka uygun olup olmadığı, ancak tesis edilecek hükümde tedbirin dayandığı olgu ve hukuki kanaatin yerinde olduğunun ortaya konması ile mümkündür. Aksi takdirde tatbik edilen tedbirin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılacaktır.

58. Kişilik haklarının ihlal edildiği durumlarda başvurulan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre internet ortamında yapılan yayın nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de talep edebilmektedir. Zikredilen talebi alan hâkim, yirmi dört saat içinde talep hakkında duruşma yapmaksızın bir karar vermek zorundadır. Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl ve en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilmek zorundadır (bkz. § 22).

59. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde internet erişiminin engellenmesi kararından sonra failler hakkında adli soruşturma açılıp açılmayacağı belirsizdir. Kişilik haklarına müdahale nedeniyle soruşturma açıldığı takdirde soruşturma veya kovuşturmanın sonucuna göre yargı mercileri, erişimin engellenmesi tedbirinin akıbeti hakkında bir karar verebilir. Buna karşılık bir soruşturma açılmadığı takdirde erişimin engellenmesine ilişkin söz konusu tedbir internet kullanıcılarını engellenen içeriğe belirsiz bir süreyle erişmekten alıkoyacaktır.

60. Görüldüğü üzere erişimin engellenmesi talebi üzerine sulh ceza hâkimi, talep sahibinin sunduğu evrak üzerinden inceleme yapmaktadır. Dolayısıyla ilgili yayın organı ve sorumlular, yapılan başvurudan haberdar olmamaktadır. Dahası aleyhlerine erişimin engellenmesi talep edilen internet sitesinin ilgilileri, duruşma açılmayacağı için nizalı davalardaki gibi duruşmada hazır bulunamamaktadır. Hâkim de kararını yirmi dört saat içinde vermek zorunda olduğu için karşı tarafa tebligatta bulunup

diyeceklerini yazılı olarak sunmasını da karşı taraftan isteyememektedir. Karşı taraf da kendisini savunamamakta; hâkimin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşler hakkında bilgi sahibi olamamakta ve bunlar hakkında yorum yapamamaktadır.

61. 5651 sayılı Kanun'da öngörülen erişimin engellenmesi yolu çekişmesiz bir yargı yolu olduğundan, başka bir deyişle karşı taraf bulunmadığından karardan etkilenecek basın organının temsilcileri ile sorumlu kişiler silahların eşitliği ilkesinden faydalanamamakta; talepte bulunanın iddialarına karşı delil sunmak da dâhil olmak üzere savunmalarını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olamamaktadır.Özet olarak hâkim, kararını dosya üzerinden yani talepte bulunanın sunduğu bilgi ve belgelere göre vermekte; bu yargılamada karşı tarafın görüşleri alınamamaktadır.

62. Bu sebeplerle genel olarak koruma tedbirlerinin ve özel olarak da başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak bir görünüşte haklılık veya "ilk bakışta" *(prima facia)* haklılık olarak nitelendirilebilir. Başka bir deyişle mevcut başvuruya konu erişimin engellenmesi kararının dayanağı olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen sulh ceza hâkiminin yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın, karşı tarafı dinlemeksizin, delil toplamaksızın, talepte bulunan tarafından kendisine sunulan delillerle sınırlı bir inceleme sonunda erişimin engellenmesine karar vermesi usulünün istisnai olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu usul ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebilir. Bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir.

63. İlk bakışta ihlal doktrini, derece mahkemelerinin verecekleri internete erişimin yasaklanmasına ilişkin karara itirazda da uygulanır. Nitekim 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde bir internet sayfasına erişimin kısıtlanmasına ilişkin bir tedbire itiraz yöntemlerine dair özel bazı hükümler bulunmakla birlikte itiraz incelemesi sonucunda verilen karar, çelişmeli yargılama sonucu verilen ve uyuşmazlığı esastan çözen bir karar değil sulh ceza hâkiminin erişimin engellenmesi kararının *prima*

facie gerekliliği ile sınırlıdır. Böyle durumlarda "ilk bakışta ihlal doktrini" internet ortamında yapılan yayınlara karşı kişilik haklarının hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade hürriyeti arasında adil bir denge sağlayacaktır.

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

64. Üçüncü kişilerce kişilik haklarına yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma yolları öngörülmüştür. Kişilik haklarına internet ortamında yapılan bir yayınla saldırıda bulunulan kişi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usulle sulh ceza hâkimine başvurarak "ilk bakışta ihlal" durumu var ise hızlı bir koruma elde edebilir. Aynı kişi daha fazla tatmin elde etmek amacıyla diğer yollara da başvurabilir.Özel hukuk davaları yoluyla örneğin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerine dayanılarak müdahalenin önlenmesi, durdurulması veya devam eden müdahaleye son verilmesi, müdahalenin hukuka aykırılığının saptanması, mahkemenin alacağı kararın veya cevap ve düzeltme metninin yayımlanması ya da üçüncü kişilere bildirilmesi istenebilir; maddi veya manevi tazminat davaları açılabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan ve ciddi bir zararın doğacağı anlaşılan hâllerde tehlike veya zararın önlenmesi için hâkimden gereken tedbirlere karar vermesi istenebilir. Bu kapsamda talep edildiği takdirde 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan ya da gecikmesi durumunda önemli zarar oluşacağı hâllerde tehlike veya zararı önlemek için ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Bunlardan başka, basın yoluyla kişilik haklarına müdahalede bulunulan kişiaçıklamalarından dolayı sebepsiz yere zenginleşen kişi aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açabilir veya yayın nedeniyle elde ettiği kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine ödenmesini isteyebilir.

65. İnternet yolu ile kişilik haklarına yönelik bir saldırı ceza kanunlarına göre suç oluşturuyor ise müşteki yalnızca veya aynı zamanda failin cezalandırılmasını da isteyebilir ve bu durumda ceza soruşturması ve kovuşturması için Cumhuriyet savcılığına da başvurabilir. Zaten suç şikâyete tabi olmayan suçlardan ise Cumhuriyet savcısının resen soruşturma başlatması kanuni bir zorunluluktur. Bir ceza kovuşturması açıldığı takdirde 4/12/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza

Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre hâkim mahkûmiyet kararı verdiği takdirde güvenlik tedbirlerine de hükmedeceği için internet erişiminin engellenmesi tedbiri hakkında da bir karar verilmiş olacaktır.

66. Bundan başka 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmadığı gerekçesiyle istediği korumayı elde edemeyen kişi de kişilik haklarının korunması için genel hukuk yoluna her hâlde başvurabilir. Sulh ceza hâkiminin ilk bakışta ihlalin olduğuna veya olmadığına karar vermesi uyuşmazlığın tümüyle çözümlendiği anlamına gelmez. Zira *prima facie* verilmiş kararlar, hiçbir zaman normal bir dava için maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.

67. Bu kapsamda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usulde ortada ilk bakışta ihlal durumunun bulunmadığı hâllerde talep başka bir inceleme yapılmaksızın reddedilir. Genel mahkemelerde görülen davalarda ise talebin kabul edilebilmesi için ihlal iddiasının ispatlanması gerekir. Böyle durumlarda genel mahkemeler ilk bakışta ihlal bulunmadığını belirterek talebin reddine karar veremez. İhlalin olup olmadığı, bilirkişi dâhil mümkün olan bütün delillerle ispatlanmalıdır.

(4) İlkelerin Olaya Uygulanması

68. Yukarıda değinildiği gibi 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörüleninternet yayınına erişimin engellenmesi yolu ancak kişilik haklarına hukuka aykırı olarak müdahale edilen hâllerde başvurulan, bireyin şeref ve itibarına yönelik müdahaleleri gecikmeksizin bertaraf edebilmesi amacını taşıyan bir yoldur. İnternet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin amacı basın hürriyeti ile kişilik hakkı arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamak; bireylere haksız olarak zarar veren, onlar hakkında gerçek dışı bilgiler yayan, şeref ve itibarlarını ihlal eden internet sitelerinin ilgili yayınlarına ulaşılmasını engelleyerek kişilik haklarına devam etmekte olan ve ilk bakışta anlaşılan müdahaleyi durdurmaktır. O hâlde bu yol basın özgürlüğünün ve basın mensuplarının haber verme ve eleştiri haklarının özüne dokunmayacak, aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır.

69. Başvuruya konu haber ve köşe yazılarında; genel olarak THK'nın kötü yönetildiği, kurumu zarara uğratacak politikalar izlendiği ve bazı kişilere haksız kazanç sağlandığı iddia edilmiştir. Başvurucuya göre

THK kadroları müştekiye yakın kimseler tarafından doldurulmuştur. Başvuruya konu köşe yazısı ve haber yazılarında iddiaların dayanağı olarak bazı belgeler de paylaşılmıştır. Genel olarak müştekinin politikaları bir skandal olarak değerlendirilmiştir (bkz. §§ 13-16, 18).

70. İlk derece mahkemesi her iki kararında da müştekinin internet sitesinde yer alan yazılardaki iddialardan dolayı yargılanmadığını ifade etmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın bu iddiaların yayımlanmasının kişilik haklarının ihlalini oluşturacağını ifade etmiştir. Mahkeme, haber ve yazıların yazarın kişisel görüşlerini yansıttığını ve haber verme sınırını aştığını kabul etmiştir. İlk derece mahkemesi ikinci kararında ise yazıların "bir haber ya da kişisel görüş" olduğunu, bununla birlikte müştekiyi toplumda küçük düşürebilecek nitelikte olduğunu ifade etmiştir.

71. Bununla beraberbaşvurucunun gerçekleri değiştirerek veya haber kapsamına eklemeler yaparak gerçek dışı bir haber yaptığı, kötü niyetle hareket ettiği ve bilginin elde edilme yönteminin kabul edilemez olduğu iddia edilmemiş; derece mahkemeleri de kararlarında böyle bir değerlendirmede bulunmamıştır. Müştekinin THK başkanlığına ilişkin herhangi bir olumsuz haber yapılmasını istemediği anlaşılmaktadır. Belirtilmelidir ki başvuruya konu haberler ve köşe yazıları bireylerin subjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak (bkz. § 46) ifade özgürlüğünün korumasındadır.

72. Anayasa Mahkemesi *Orhan Pala* kararında, gazetecilerden bir beyanın doğruluğunu kanıtlamakla yükümlü savcı gibi hareket etmelerini beklemenin aşırı bir ispat külfeti getireceğini ve böyle bir mükellefiyetin onların sanık veya davalı olarak yargılandıkları davalarda hakkaniyete uygun düşmeyen sonuçlara ulaşılmasına neden olabileceğini ifade etmiştir (*Orhan Pala*, § 51).

73. Mevcut başvuruda ise ilk derece mahkemesi, başvuruya konu yazılarda müşteki aleyhine herhangi bir yargı kararının ortaya konulmamasını yazıların erişimine engellemenin gerekçesi yapmıştır. Başka bir deyişle mahkeme, aleyhe yargı kararı olmadanbir kimse hakkında iddialar içeren bir yayın yapılamayacağına karar vermiştir. Basın alanında haberlerin yapılmasında ve kanaatlerin açıklanmasında bu düzeyde bir kesinlik sınırının kabul edilmesinin ifade ve basın özgürlüklerinin tümüyle ortadan kaldırılması sonucunu doğuracağı açıktır (bkz. § 30).

74. THK'nın havacılık alanında Türkiye'nin en köklü ve en önemli kurumlarından biri olduğu açıktır. Başvurucunun sahibi ve genel yayın yönetmeni olduğu internet sitesinin özellikle havacılık alanına ilişkin yayın yaptığı gözönüne alındığında THK'ya ilişkin her tür gelişmenin başvurucunun ilgi alanında olduğuna kuşku yoktur. Başvurucunun THK'nın yönetilme biçimini ve Kurum başkanının politikalarını sansasyonel olaylar olarak yansıttığı ve gelişmeleri kabul edilemez bulduğu anlaşılmaktadır. İnternet sitesinden kendi bakış açısıyla müştekiye karşı oldukça ağır eleştiriler yöneltmiştir.

75. Söz konusu haberler ve köşe yazıları olayların geçtiği dönemde ve hâlen havacılık alanında faaliyet gösteren, Türkiye'nin önde gelen ve tanınmış bir kurumu ile ilgilidir. Aynı şekilde söz konusu yazıların inkâr edilemez bir tanınırlık derecesine sahip şikâyetçinin fikir ve tutumları ile havacılık alanındaki faaliyetlerinin keşfedilmesi ve bunlara ilişkin kanaat oluşturulması işlevini gördüğü açıktır. Bir haber veya yazının kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu haber veya makalenin yayımlanmasına o kadar çok boyun eğmesi gerekir (*İlhan Cihaner (2)*, § 74; *Kadir Sağdıç*, § 67).

76. Söz konusu internet yazılarının kısmen politik yönleri de bulunmakla birlikte esasında toplumun bağışlarıyla yaşatılan ve kamuya hizmet eden bir kurumla ilgili olduğu, dolayısıyla kamu menfaatine ilişkin bulunduğu ve bilgilendirme değerinin çok yüksek olduğu tartışmasızdır. Buradan çıkan sonuca göre haber ve yazılarda THK ve Kurum başkanı olan müşteki ile ilgili bazı iddiaların yayımlanmasının kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmamaktadır.

77. Bahse konu haber ve köşe yazılarında yer alan bazı cümlelerde müştekinin sert bir şekilde eleştirildiği hatta abartıya kaçıldığı kabul edilebilir. İlk olarak bu tür başvurularda basının yerine geçip belli bir durumda kullanılacak haber yapma şeklinin ne olacağını belirlemek yargı mercilerinin görevi değildir. İkinci olarak ise basın özgürlüğünün -demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak- bir dereceye kadar abartıya ve provoke etmeye izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir.

78. Haberin yayımlanmasının müştekinin hayatına kayda değer bir etkisinin olduğu gösterilmemiştir. Haberin onun özel hayatı ile ilgisinin olmadığı, kaba hakaret içermediği ve keyfî kişisel saldırı boyutuna

da ulaşmadığı gözetildiğinde geriye başvurucunun haberi verirken kullandığı polemik içeren agresif usulü kalmaktadır. Bu noktada ifade özgürlüğünün sadece haber ve fikirlerin içeriğini korumadığı, haber ve fikirlerin iletilme usulünü de koruduğu gözetilmelidir (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, §§ 41, 42; *Ergün Poyraz (2)*, § 77; *İlhan Cihaner (2)*, § 59, 86; *Kadir Sağdıç*, § 52, 76).

79. Müşteki, havacılık alanında faaliyet gösteren en büyük kurumlardan birinin başkanıdır. Müştekinin görüşlerini ilgililere iletmek bakımından kimi avantajları olduğu açıktır. Nitekim başvuruya konu yazılar yayımlanmadan önce başvurucu, gazeteci sıfatıyla müşteki ile bir araya gelmiş ve müştekiye iddiaları sormuştur. Dolayısıyla müştekiye yönelik eleştirinin sınırlarının sıradan insanlara göre daha geniş olduğunu kabul etmek gerekir. Halkın tanınmış kişilere ilişkin bilgileri alma hakkı da gözetildiğinde müştekinin eylemlerinin ve sözlerinin basın tarafından izleneceğini, hakkında haberler yapılacağını ve ağır eleştirilerde bulunulabileceğini öngörmesi, demokratik çoğulculuk açısından bunlara daha fazla tahammül etmesi gerekir (bkz. § 47).

80. Ceza kanunlarında yaptırıma bağlanan suçların internet ortamında işlenmesi hâlinde yaptırımsız bırakılması düşünülemez. Bu sebeple erişimin engellenmesi bazı hâllerde hukuk sistemi açısından bir zorunluluktur. Bununla beraber internetin sağladığı zemin bilgiye ulaşma, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve bilginin yayılması için vazgeçilmez niteliktedir. İnternet, kamusal sorunlara ilişkin tartışma ve eylemlere katılım konusunda asli vasıtaları barındırması, bireylerin ifade ve bilgi özgürlüğünü kullanmaları bakımından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri hâline gelmiştir.

81. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin inceleme sırasında Anayasa Mahkemesi bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanırken devletin müdahalesine uğrayacakları endişesi taşımalarının bireylerin bu hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanmalarını engellediği ve onların demokratik toplum düzeninin temellerini inşa etme fonksiyonunu geri dönülmez biçimde zedelediği tespitini yapmıştır. Anayasa Mahkemesi bahsi geçen kararda bireylerin interneti Anayasa'da tanımlanan birçok hak ve hürriyetin kullanılması noktasında araçsallaştırdığı, örneğin haberleşme özgürlüğünün, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü ile bu kapsamda haber veya fikir alma özgürlüğünün,

eğitim ve öğrenim hürriyetinin, haber alma hürriyetinin, iktisadi girişim hürriyetinin internet yoluyla kullanılabildiği tespitini yapmıştır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 166).

82. Dolayısıyla başta ifade ve basın özgürlüğü olmak üzere internet özgürlüğü ile bağlantılı diğer hak ve özgürlüklerin demokratik bir toplumdaki yaşamsal önemi (bkz.§ 45) nazara alındığında internet konusunda kamu gücünü kullanan makamların ve mahkemelerin çok hassas davranmaları gerektiği açıktır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014; internetin vazgeçilmez niteliğine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 116). İnternete erişimin engellenmesi tedbiri en son başvurulacak çare olmalıdır. İnternet ortamında bulunan zararlı içeriklerle, diğer başka usullerle mücadele etmek mümkünse ya da erişimin engellemesi ile korunan menfaate karşılık daha büyük bir zarar doğmuşsa böyle bir durumda erişimin engellenmesi kararı, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalini teşkil edecektir.

83. Türk hukuk sisteminde internet yolu ile kişilik haklarına müdahale edildiği durumlarda kişilik haklarının korunmasının yollarından biri olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiş ve somut başvuruda kullanılmış bulunan sulh ceza hâkimliklerindeki çekişmesiz yargı yolu, yukarıda zikredildiği gibi (bkz. §§ 56-64) karardan etkilenecek olan yayın organının ilgililerine yargılanma hukukunun usulüne ilişkin güvencelerinin kullandırılamadığı, dolayısıyla çatışan haklar arasında dengelemenin yapılmasının zorlaştığı bir yoldur. İçeriğe erişimin engellenmesi kararı, yapılmış bir haberin kişilerin şeref ve itibarlarına saldırı oluşturduğunu kamuya bildirme işlevine sahiptir. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır.

84. Üstelik somut olaydaki gibi daha sonra bir ceza soruşturması ve kovuşturması açılmayan ve dolayısıyla tedbir hakkında yeniden bir karar verilmeyen durumlarda kısıtlama sürekli hâle gelmektedir. Bu şekilde süresiz kısıtlamaların ifade ve basın özgürlüğü için büyük tehlikeler arz ettiği açıktır. Bu sebeplerle bireyin şeref ve itibarının korunması için hukuk düzenindeki diğer yollara göre oldukça dar bir alanda etkili bir yol olduğu kabul edilmelidir.

85. İlk derece mahkemesi, başvuruya konu haber ve yazıların müştekinin kişilik haklarına müdahale oluşturduğuna hükmetmiş ve 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca içeriğe erişimin engellenmesi kararını vermiştir. Fakat söz konusu haber nedeniyle müştekinin şeref ve itibarına hukuka aykırı olarak yapıldığına karar verilen müdahalenin çekişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikilmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacı derece mahkemesince ortaya konabilmiş değildir.

86. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından, koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çekişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da sahiptir.

87. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda şikâyet edilen internete erişimin engellenmesi kararı ile Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde koruma altında olan ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalenin daha ağır basan bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği sonucuna varılmıştır. Başvurucu hakkında verilen erişimin engellenmesi kararı için gösterilen gerekçeler yeterli kabul edilemez. Başvuru konusu internete erişimin engellenmesi kararı müştekinin itibarının korunması için demokratik bir toplumda gerekli değildir.

88. Demokratik bir hukuk devletinde -güdülen amaç ne olursa olsun- sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını ölçüsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olamaz. Somut olayda başvuruya konu haber ve yazılar belirsiz bir süre için engellenmiş görünmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu kısıtlamanın belirli bazı yazılara ilişkin olduğu ve sınırlı etkileri olduğu iddia edilse bile müdahalenin önemi azalmamaktadır. Bir soruşturma veya dava sonuçlanıncaya kadar kişilik haklarına yapılan müdahalenin geçici olarak durdurulması amacıyla bir internet yayınına erişimin engellenmesi kabul edilebilse bile somut olayın koşullarında ilgili ve yeterli gerekçe olmadan tedbir mahiyetinde alınan bir kararın süresiz olarak etki göstermesi ölçülü olarak da nitelendirilemez.

89. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınanbasın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

90. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

91. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesi talebinde bulunmuştur.

92. Başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğine (2014/355 ve 2014/320 Değişik İş) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

93. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğine (2014/355 ve 2014/320 Değişik İş sayılı dosyalar) GÖNDERİLMESİNE,

D. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 26/10/2017 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Başvuru konusu olayda, "erişimin engellenmesi" kararı anılan internet sitesinin tamamına değil, sadece başvurucunun haberine konu yaptığı şahısla ilgili iddia ve beyanlarına (haber ve köşe yazılarına) karşı getirilmiştir. 4.5.2007 tarih ve 5651 Sayılı Kanunun "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" başlıklı 9 uncu maddesi ile internet üzerinden yapılan her türlü yayın yoluyla kişilik hakları ihlâli iddiaları konusunda, bu yayınların muhatabı kişiler yönünden özel bir koruma sistemi öngörülmüş ve ilgilinin başvurusu üzerine, ilgili sulh Ceza hâkiminin kararı ile, koşullarının mevcut olması halinde bir tedbir mahiyetindeki "erişimin engellenmesi" kararı verilebileceği hüküm altına

alınmıştır. İtirazı kabil olan ve itirazın reddedilmesi halinde kesinlik kazanan bu kararın, kişi hak ve özgürlükleri bakımından öngörülen önemli bir koruma mekanizması olduğu, bireyin şeref ve itibarının korunması hakkı çerçevesinde ifade özgürlüğüne getirilmiş olan bu yasal sınırlama sebebinin, her somut olayda ilgili yargı organınca (sulh ceza hâkimince) değerlendirilip takdir edileceği, itiraza tâbi bu kararın kesinleşmesinin ancak anılan "tedbir" yönünden söz konusu olabileceği, "erişimin engellenmesi" kararına muhatap kişinin Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve diğer özel kanunların sağladığı imkândan istifade ile açacağı davalar (örneğin, müdahalenin men'i, tazminat, tespit vb.) yoluyla, internet yayınındaki iddialarının hukuki haklılığını öne sürebileceği (sürmesi gerektiği), bu davalarda haklılığının ortaya çıkması sonrasında "erişimin engellenmesi" kararı veren mercie başvurarak bu kararın kaldırılmasını sağlayabileceği, internet karşısında tamamen korumasız olan kişiler bakımından öngörülen yasal koruma sisteminin salt eleştirilmesi ve ihmali suretiyle bir ihlâl değerlendirmesi yapmanın, ifade özgürlüğünün bireyin şeref ve itibarına terci edilmesi gibi bir sonuca yol açacağı ve üçüncü kişileri internet yayınları karşısında hukuki himayeden yoksun bırakacağı, dolayısiyle sanki bir "yapısal sorun" varmış gibi bir kabulden hareketle henüz hukuki bir ihtilaf konusu olmayan veya hukuki anlamda sonuçlanmayan bir sorunun, daha başlangıçta bireysel başvuruya konu yapılmasının hukuka uygun düşmeyeceği ve başvuru yolları tüketilmeden yapılan bu müracaatın da esas yönünden incelenmesinin mümkün olmadığı kanaatine vardığımdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

İRFAN SANCI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/20168)

Karar Tarihi: 26/10/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	İrfan SANCI
Vekili	:	Av. Adem SAKAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; yayımladığı kitabın müstehcen içeriğe sahip olduğu iddiasıyla yargılanan başvurucunun, hakkındaki davanın ertelenerek denetim altına alınmasının ifade özgürlüğü ve bilim ve sanat özgürlüğü ile makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 25/12/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu; sosyal bilimler alanında telif ve tercüme, önemli kitaplar yayımlayan Sel Yayıncılığın müdürü ve ortaklarından biridir.

9. Adı geçen Yayınevi 2011 yılının Ocak ayında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) vatandaşı, roman ve deneme yazarı William S. Burroughs'un "Yumuşak Makine" isimli romanını basmıştır.

10. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Basın Bürosu söz konusu kitabı incelemeye almıştır. İnceleme sonucunda adı geçen kitabın yirmi ayrı yerinde detaylı bir biçimde eş cinsel ilişkilere yer verildiği, kitap üzerinde çocukların korunması için bir uyarının yer almadığı değerlendirilerek kitap, görüş alınmak üzere Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu Başkanlığına (Koruma Kurulu) gönderilmiştir.

11. 21/6/1927 tarihli ve 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu uyarınca oluşturulan Koruma Kurulunun görevi aynı Kanun'un 1. maddesinde belirtilmiştir. Kurala göre Koruma Kurulu, basılı eserlerin on sekiz yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde olumsuz tesir yapıp yapmayacağını değerlendirmektedir (bkz. § 20). Koruma Kurulu, çoğu çeşitli kamu kurumlarından seçilen kamu görevlisi on bir üyeden teşekkül etmektedir (bkz. § 21). Başvuruya konu "Yumuşak Makine" isimli romana ilişkin olarak Koruma Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucu hazırlanan 30/3/2011 tarihli raporun ilgili kısmı şöyledir:

> *"... b) Türk Ceza Kanununun 3/2/1986 tarihli ve 3266 sayılı Kanunla değişik 426, 427 ve 428 inci maddelerinde müstehcenlik suçu müeyyide altına alınmıştır. Müstehcenlik suçunda maddi unsurların teşekkülü için ön şart bu fiillerin halkın, ar ve haya duygularını incitmesi veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı olmasıdır.*
>
> *Görüldüğü gibi ön şart iki hususu kapsamaktadır. Birincisi halkın ar ve haya duygularını inciten nitelikte olmasıdır. Bu nitelik başlı başına yeterlidir. İkinci husus ise, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı nitelik taşımasıdır. Bu ikinci halde fiilin cinsel arzuları tahrik etmesi ve hem de bunun istismar edilmesi birlikte aranacaktır. Buradaki istismardan*

maksat, insanlardaki cinsi tecessüsü genel ahlaka aykırı şekilde davet edip, bundan bir menfaat amacı gütmektir.

Halkın ar ve haya duygularını, ortalama edep duygusu olarak anlamak ve bu halin takdirinde normal bir ahlak görüşünü esas almak gerekir. Müstehcen şeyin başta gelen vasfı, başkası üzerinde cinsi tahrik ve istismara yönelik olmasıdır...

İnceleme bölümünde de belirtildiği gibi yazar hiçbir değer sistemini dikkate almayan, disiplinsiz anti sosyal bir seks bağımlısı tipi ile şahsileştirdiği "yumuşak makine" isimli kitapta bir konu bütünlüğü olmadığı, gelişigüzel kaleme alınarak anlatım bütünlüğüne de riayet edilmediği, genelde argo ve amiyane tabirlerle kopuk anlatım tarzının benimsendiği, özellikle erkek erkeğe cinsel ilişkilerin zaman ve yer tasviriyle ar ve haya duygularını rencide edecek ölçüde anlatıldığı, zaman zaman tarihi mitolojik unsurların yaşam tarzlarından örnekler verilerek kişisel ve objektif olmayan gerçek dışı yorumlarda bulunulduğu anlaşılmaktadır.

Mezkur kitabın bu haliyle edebi eser niteliği taşımadığı, okuyucu haznesine ilavekatkısının olmayacağı (anlaşılmakta), kriminolojik açıdan da kitapta insanın bayağı, basit, adi ve zayıf yönlerinin işlenmesinin okuyucu üzerinde suça izin verici tavırları geliştirmektedir.

Bu nedenle; kitaptaki yazıların normal sınırlar içinde kaldığını ve toplumun sosyal normlarıyla çatışmadığını iddia etmek mümkün değildir. Zira insanlar ilkel hayatlarından bugüne kadar dünyanın her yerinde ve her toplumda cinsi uzuv bölgesini kapalı tutmayı ve cinsi münasebetlerin gizliliğini vazgeçilmez kural olarak uygulaya gelmişlerdir. Bu,toplumumuzda da böyledir. Toplumumuzun ahlak anlayışı ve kuralları ile örf ve adetleri cinsi münasebetlerin aşikarlığını kabul etmez. Toplumlar varlıklarını koruyabilmek ve toplum düzenini sağlayabilmek amacıyla sosyal normları oluşturmuşlardır. Basın yayın araç ve organları bizzat bu normlara uymak zorunda oldukları gibi, toplumu bu konuda yönlendirme, ikaz etme, hatırlatma görev ve sorumluluğu ile de yükümlüdürler. Bu görev ve sorumluluktoplumsal niteliktedir. Söz konusu kitapta yayınlanan yazıların bu toplumsal görev vesorumluluk ile bağdaştırılması mümkün değildir. Kitapta asıl ağırlığın cinselliğe yöneltilmiş olduğu, kitabın toplumun ahlak yapısıyla bağdaşmadığı ve halkın ar ve haya duygularını incittiği, genel ahlaka aykırı olduğu müşahede edilmektedir.

Ayrıca; müstehcen nitelikli bir kitabın öncelikle muzır olacağı muhakkaktır. Ancak bir aydan uzun süreli yayınlar kategorisinde değerlendirildiğinden 1117 sayılı Yasaya 3445 sayılı Kanunla ilave edilen Ek-2 inci madde kapsamına girmediği kanaatine varılmıştır...

İncelenen ve değerlendirilen "Yumuşak Makine" isimli kitapta yer alan yazıların; halkın ar ve haya duygularını incittiği, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı olduğu, Türk Ceza Kanununun 226 ncı maddesini ihlal ettiği, dolayısıyla müstehcen bulunduğu; kitabın süresiz yayın olması nedeniyle1117 sayılı Yasaya 3445 sayılı Kanunla ilave edilen Ek-2 inci madde kapsamına girmediği oy birliği ile mütalaa edilmiştir."

12. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 27/4/2011 tarihli iddianamesiyle, müstehcen yayınların yayımlanmasına aracılık etmek suçundan başvurucu ve kitabın tercüme edeni hakkında kamu davası açılmıştır. Savcı, iddianamede oldukça ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmuştur. İlk olarak savcı "Beat Kuşağı" olarak anılan edebî akımı analiz etmiş ve bu kuşağın İkinci Dünya Savaşı sonrası 1950'lerde ABD'de ortaya çıkan ve daha çok San Francisco, California ve New York kentlerindeki bohem sanatçı toplulukları çevresinde gelişen toplumsal ve edebî hareketin üyelerinin kendilerine "Beat" adını verdiklerine değinmiştir. İddianamede "Beatnik" adı yakıştırılan hareket yanlılarınıngeleneksel ya da "eski kafalı" dedikleri topluma duydukları yabancılığı sergilerken politikadan uzak kalarak toplumsal sorunlarla ilgilenmedikleri, uyuşturucu, caz müziği, cinsellik ya da Zen Budacılık yoluyla yoğun bir duyumsal uyanışa vararak kişisel kurtuluşu, arınmayı ve aydınlanmayı savundukları ifade edilmiştir. İddianamede; yazar William S. Burroughs'un bu kuşağın önde gelen üyelerinden biri olduğu, başvuruya konu kitabın da yazarın mensubu olduğu ve her türlü özgürlüğü savunan akımın düşüncelerinin bir sonucu olarak birçok tabuyu yıkmayı ve sonsuz bir özgürlüğü amaçladığı vurgulanmıştır.

13. İddianamede daha sonra başvuruya konu kitap hakkında değerlendirmelere yer verilmiş ve erotizmin suç olarak kabul edilemeyeceği, buna karşılık cinselliğin detaylarına, ilişkinin ayrıntılarına ve cinsel organlara yönelik anlatımların suç olarak kabul edildiği iddia edilmiştir. Savcıya göre toplumumuzun ahlaki standartlarının başka ülkelerden farklılık göstermesi ve toplumun genel ahlak yapısının korunması için bazı davranışların suç olarak tanzim edilmesi anlaşılabilir bir durumdur.

Ayrıca kanun koyucu; çocukların bedensel, zihinsel, ahlaki ve ruhsal yapılarının korunmasını da amaçlamıştır. İddianameye göre başvuruya konu romanın birçok yerinde cinsel organlara ve yaşanan eş cinsel ilişkilerin detaylarına yer verilerek erotizmden uzaklaşılmıştır. İddianamede son olarak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinin (7) numaralı fıkrasına göre çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla sanatsal ve edebî değeri olan eserler hakkında müstehcenlik suçundan soruşturma ve kovuşturma açılamayacağı belirtilmiş ancak başvuruya konu kitapta çocukları koruyucu hiçbir önlemin alınmadığı ifade edilmiştir. Eser sahibi sıfatı ile kitabı tercüme eden kişinin ve kitabı yayımlayan başvurucunun cezalandırılması talep edilmiştir.

14. Kitabı tercüme eden kişi savunmasında William S. Burroghs'un dünyada çok bilinen ve çok satan popüler bir yazar olduğunu, kitapta yer alan ve ahlaka aykırı gibi görünen kısımların tabuları yıkmak için kullanıldığını, kitaba salt ahlaksal gözle bakılmasının doğru olmadığını ifade etmiştir.

15. Başvurucu ise savunmasında kitabın bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini, birkaç cümle ya da paragrafı seçerek esere müstehcen denilemeyeceğini ifade etmiştir. Başvurucuya göre İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan ve "Beat Kuşağı" olarak adlandırılanbir akımın öncüsü olan yazar; her türlü baskıya ve kurala karşı çıkan, direnen bir akımınöncülerindendir ve bugüne değin birçok yazarı, müzisyeni, sinemacıyı ve sanatçıyı etkilemiştir. Başvurucu, söz konusu eserin edebiyat çevrelerinde kabul edilen "kes-yapıştır" (*cut-up*) tekniği ile yazıldığını ve bu nedenlekalıpların dışında bir yazar ve eserinden anlam bütünlüğü beklemenin mümkün olmadığını, elli yıl önce yazılan bir eserde kelime avına çıkmanın yerinde olmadığını ifade etmiştir.

16. İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesindeki yargılama sırasında biri ceza hukuku öğretim üyesi diğer ikisi İngiliz dili ve edebiyatı öğretim üyesi olmak üzere üç öğretim üyesi (Bilirkişi Heyeti) bilirkişi raporu hazırlamıştır. 25/6/2012 tarihli Bilirkişi Heyeti raporunun ilgili kısımları şöyledir:

> *"... Görüldüğü üzere, TCK 226'da müstehcenlik başlığı altında aslında, müstehcen ürünleri yayma suçu, çocuk pornografisi ve sado mazoşist pornografi veya hayvan pornografisi olmak üzere 3 ayrı suç kategorisi belirlenmiş olup*

müstehcen eserlerin basın yayın yolu ile yayılması fiili hem TCK 226/2'de hem de TCK 226/5'te ayrı ayrı düzenlenmiştir. Müstehcen ürünlerin basın yayın yoluyla yayılması fiiline ilişkin böyle ikili bir ayırıma gidilmesinin nedeni, müstehcenlik suçlarının gösterdiği özelliktir. Gerçekten yukarıda belirttiğimiz üzere, kanun koyucu müstehcen ürünleri yayma suçu ile bu ürünlerde çocukların ve sado-mazoşizmin veya hayvanların kullanılmasını birbirinden ayırmış ve ilk grubu basit müstehcenlik, ikinci grubu ise nitelikli müstehcenlik olarak belirlemiştir... İnceleme konumuzu oluşturan "Yumuşak Makine" isimli kitap içerik olarak, 'nitelikli müstehcenlik' olarak isimlendirilen çocuk pornografisi veya sado-mazoşit hayvan pornografisi gibi fiiller kapsamında yer almadığı için, bu kitabın yayınlanması fiilini, basit müstehcenliğin basın yayın yoluyla yayılması (TCK md. 226/2) fiili kapsamında irdelemek gerekmektedir...

TCK 226/7, müstehcenlik suçuna özgü bir genel hukuka uygunluk nedeni getirmiş olup, buna göre, bilimsel eserlerle, -çocuk pornografisi dışındaki- sanatsal ve edebi eserler müstehcenlik suçu kapsamına girmezler. Bu anlamda, buradaki hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı bulabilmesinin temel koşulu, bir eserin ne zaman bilimsel, edebi ve/veya sanatsal değeri olduğunun net bir biçimde ortaya konulmasıdır....

İçeriği müstehcen olduğu gerekçesiyle, dava konusu olan "Yumuşak Makine" (Soft Machine) adlı roman, dünyada "Beat Kuşağı" olarak bilinen Amerikan edebiyat akımının öncülerinden William S. Burroughs'un önemli bir edebi eseridir. Roman birçok dile çevrilmiştir ve üniversitelerde Amerikan Kültürü ve Edebiyatı Anabilim Dalında okunur... Savaşa, şiddete, maddiyatçılığa ve baskıcı rejim ile düşünce sistemlerine karşı olan özgürlükçü Beat Kuşağı sadece Amerika'yı değil, neredeyse tüm dünyayı etkilemiştir.

Ünlü Amerikan romancı Norman Mailer, Burroughs'un romanlarını okuduktan sonra yazarı bir dahi olarak tanımlamış; diğer bir ünlü Amerikan romancı Jack Kerouac ise Burroughs'u İngiliz edebiyatında köklü bir yeri olan Jonathan Swift'ten sonra gelen en büyük hicivci olarak nitelemiştir. Burroughs'un romanlarının edebi eser yapan, salt toplumsal eleştiri içerikli olmaları değildir. Kullandığı anlatım tekniği de büyük yankılar uyandırmıştır. Okuru Savaş sonrası dünyaya yabancılaştırmak ve içi boşalmış düşünce kalıplarından özgür kılmak amacıyla anlatım bütünlüğünü bozan "cut-up" (kes-yapıştır veya harmanla) adı verilen (post)-modern tekniği kullanmıştır. 1983 yılında saygın Amerikan Sanat ve Edebiyat Akademisi'ne ("American

Academy of Arts and Letters") üye olarak, kabul edilmesi, Amerikan edebiyatındaki önemli yerine işaret ederken, 1984 yılında da Fransa'nın prestijli Sanat ve Edebiyat Birliği'ne ("Ordre des Arts et des Lettres") kabul edilmesi, uluslararası öneminin ve ününün bir göstergesidir.

Burroughs'un Yumuşak Makine adlı romanı Nova Üçlemesinin ilkidir. Diğer iki roman Patlamış Bilet (The Ticket That Eksploded) ve Nova Ekspresidir (Nova Express).Yumuşak Makinede kes-yapıştır tekniği ile sıkça kullanılan cinsellik ögesi toplumsal eleştiri için birer araç olarak hizmet eder. "Kes-yapıştır" terimi bir metni veya birkaç metni parçalara bölüp sonra da parçaları yeni bir metin oluşturmak üzere harmanlamak için kullanılır. Ortaya çıkan yapıt bir tür kolajdır. 20. ve 21. yüzyıl şiir, resim, tiyatro ve sinema gibi alanlarda da kullanılan bu veya benzer teknik bir yandan paramparça olmuş savaş sonrası dünyayı anlatmak için seçilmiştir. Öte yandan, yazar anlatım bütünselliğini bozarak ve alt kültüre ait dili kullanarak zorlu bir okuma sürecinden geçen okuru geleneksel düşünce kalıplarına yabancılaştırıp düşüncelerini özgür kılmayı da hedeflemiştir. Burroughs, metnin veya metinlerin parçalanmasıyla farklı düşüncelerin özgür kalacağını düşünür. Ayrıca farklı harmanlanan metinler ile sözcüklerden toplumu iyileştiren yeni anlamların çıkabileceğine inanır...

Romandaki cinsellik ögesi Burroughs'un toplumsal eleştirisine hizmet eden bir başka önemli araçtır. Yazarın bu öğeyi okurun cinsel dürtülerini tahrik etmek amacıyla kullanıp kullanmadığını anlamak için cinsel eylemlerin dile getirildiği bölümlerin konu bütünlüğü içinde değerlendirilmesi gerekir. Romanda anlatılan dünyanın tükenmişliğine bakıldığında cinsellik, yenilenen yaşam enerjisini, makineleşmeye son veren duyumsal bir uyanış aracı, savaş ve nefretin kol gezdiği bir toplumda sevgi ve birliği simgeleyebilir. Burroughs'un gerçeküstü sanatçılar gibi farklı bir boyut, gerçeklik ve toplum arayışı içinde olduğu gerçeğini göz önünde bulundurduğumuzda, maddiyatçı dünyadan tinsel boyuta geçmeyi veya bir tür aşkınlığı mümkün kılan bir araç olarak da görülebilir. Pagan kültürlerde dini ayinlerde insanların cinsel ilişki esnasında gündelik yaşamın sınırlarının ötesine geçip tanrı/tanrıçayla birleştiklerine inanılırdı. Ancak Burroughs cinselliğin iyileştirici potansiyelini çağrıştırmakla beraber çoğu zaman iğrenç olarak betimlenen cinsel ilişkinin çürümüş bir düzenin parçası olduğuna işaret eder. Burroughs Naked Lunch adlı romanını savunduğu bir mektupta şöyle der: 'Semptomlar iğrenç olsa bile bir doktor bir hastalığın belirtileri ve semptomlarını betimlediği için eleştirilmez. Kanımca yazarın da bu özgürlüğü kullanma hakkı vardır.' Romanda sıkça anlatılan

cinsel ilişki, çoğu zaman kara mizah anlayışıyla okuru önce şoke eder, bir süre sonra da monoton, sıkıcı ve bezdirici bir hal alır. Burroughs, cinsel faaliyetleri bilinçli olarak karakterlerin cinsel organlarına indirgendikleri, gayri insani, sevgi ve estetikten yoksun, mekanik ve monoton bir eylem olarak sunar. ilişkinin ayrıntılarını kısa ve öz olarak sıraya dizer. Romanda cinselliği anlatış biçimi, insanın ne denli makineleştiğine işaret eder. Aynı zamanda gizli ajan karakterinin farklı zaman dilimlerinde karşılaştığı birçok kapitalist toplumun anlatıldığı göz önünde bulundurulduğunda, yazarın maddiyatçı insanların cinselliği de bir tüketim nesnesine indirgediklerine dikkat çektiği söylenebilir. Bunun da ötesinde, cinsel ilişkiyi bir sömürü ve hakimiyet kurma aracı olarak gösterir. Maya rahiplerinin zalim hükümdarlıklarına son vermek isteyen gizli ajan bir rahiple cinsel ilişkiye girer. Amacı iğrenç olarak betimlenen bedensel birleşme esnasında zihnini ve Maya kontrol sistemini de ele geçirmektir (Bkz. s.73-74). 'kendimi rahiplerden birine fahişe gibi sundum (Hayatımda katlandığım en iğrenç şeydi)- ... rahibin bedenini ele geçirdim, gizyazıların saklandığı ilacı kullandım, gizyazıların saklandığı odaya girdim ve kitapların fotoğrafını çektim. Şimdi kontrol makinasının ses ve imaj bantlarıyla donanmış olduğumdan makineyi sökebilecek durumdayım.' Aynı amaçla bir köleyle ilişkiye girer; birleşme esnasında kölenin zihnine Maya rahiplerini öldürme ve kitaplarını yok etme emrini yerleştirir. Dolayısıyla cinsellik politik alanda başkasını buyruğu altına almak, kontrol etmek ve kendi amacı doğrultusunda yönlendirmek için kullanılan bir araç olarak gösterilir.

Sonuç olarak Burroughs'un Yumuşak Makine adlı romanı bir edebiyat eseridir. Ünü Amerika'nın sınırlarını aşan yazarın okurun cinsel dürtülerini harekete geçirmek yerine toplumsal eleştiride bulunduğu, cinsellik öğesi ile edebiyat dünyasında büyük yankı uyandıran yenilikçi anlatım tekniği de bu amaca hizmet etmektedir...

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde; inceleme konumuzu oluşturan William S. Burroughs'a ait Yumuşak Makine isimli roman, bir edebiyat eseri olma Özelliği nedeniyle TCK'nın226/7'de müstehcenlik suçları için düzenmiş olan genel hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi gereken bir eserdir..."

17. Yukarıda zikredilen rapor düzenlendikten sonra 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun yürürlüğe

girmiştir. İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi, zikredilen Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca kovuşturmanın ertelenmesine ve başvurucu hakkında üç yıl denetimli serbestlik hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir. İlk derece mahkemesi kararı "Yargıtaya temyiz yolu açık olmak üzere" vermiştir. Başvurucunun kararı temyiz etmesi üzerine Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 16/9/2014 tarihli ilamıyla, ilk derece mahkemesi kararının temyiz kabiliyeti olmadığı gerekçesiyle dosyanın mahalline iadesine karar verilmiştir. Başvurucunun yapmış olduğu itiraz, İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/11/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Nihai karar, başvurucuya 27/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucu 25/12/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

19. 5237 sayılı Kanun'un *"Müstehcenlik"* kenar başlıklı 226. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten,

b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten,

c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden,

d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren,

e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan,

f) Bu ürünlerin reklamını yapan,

Kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(5) Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır...

(7) Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz."

20. 1117 sayılı Kanun'un 1. maddesi şöyledir:

"18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserler aşağıdaki maddelerde gösterilen sınırlamalara tabi tutulur."

21. 1117 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Mevkute veya mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin 1 inci maddede belirtilen sınırlamaya tabi tutulabilmesi için Başbakanlık bünyesinde oluşturulan yetkili kurulun, söz konusu eserlerin 18 yaşından küçükler için muzır olduğu hakkında bir karar vermesi gereklidir...

Kurul, basılmış eserlerin küçükler için muzır olup olmadığı hususunda yapacağı incelemede, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunundaki genel amaç ve temel ilkeleri gözönünde bulundurmak zorundadır.

Kurul, bu Kanunla kendisine verilen görevlere ilaveten, Türk Ceza Kanununun 426, 427 ve 428 inci maddelerinde tanımlanan suçlarla ilgili olarak yargı organlarına resmi bilirkişilik yapmakla görevlidir.

Kurul;

a) (Mülga: 14/7/2004 – 5218/2 md.)

b) Başbakanlık tarafından en az onbeş yıl kamu hizmeti yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye,

c) Adalet Bakanlığı tarafından idari nitelikte görevlerde bulunan hakim ve Cumhuriyet savcıları arasından seçilecek bir üye,

d) İçişleri Bakanlığı tarafından üst kademe yöneticileri arasından seçilecek bir üye,

e) Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından,Talim ve Terbiye Kurulu üyeleri arasından seçilecek iki üye,

f) Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tıp dalından seçilecek bir üye,

g) Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından, güzel sanatlar dalında ün yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye,

h) Yüksek Öğretim Kurulunun, sosyal bilimler dalında akademik kariyer yapmış ve en az doktor unvanını almış üniversite öğretim elemanları arasından seçeceği bir üye,

i) Diyanet İşleri Başkanı tarafından Din İşleri Yüksek Kurulu üyeleri arasından seçilecek bir üye,

j) Ankara, İstanbul ve İzmir Gazeteciler cemiyetlerinin tespit edecekleri birer basın mensubu aday arasından Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünce kura ile tespit edilecek bir üye,

k) Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca en az daire başkanı düzeyinde seçilecek bir üye,

Olmak üzere on bir üyeden teşekkül eder.

Kurul Başkanı, bu üyeler arasından Başbakanlık tarafından seçilir. Üyelerin görev süresi 3 yıldır...

Kurulun sekreterya hizmetleri Başbakanlık tarafından yerine getirilir..."

22. 1117 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...[K]urulca tetkik edilerek küçükler için muzır olduğuna karar verilmiş basılmış eserlerin sahiplerine, sorumlu müdürlerine ve telif hakkı sahiplerine, basılmış eserlerin küçüklerin maneviyatına muzır olduğu kurulca tebliğ edilir. Tebligat, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır.

Kurul bu kararı ilgililere derhal duyurmak için gerekli tedbirleri alır.

Tebligat üzerine eser sahipleri, telif hakkı sahipleri ve sorumlu müdürler, ellerinde mevcut eserlerin ön kapaklarına "Küçüklere zararlıdır" damga veya işaretini basmak zorundadırlar.

"Küçüklere zararlıdır" ibaresinin herkesin kolayca görüp okuyabileceği şekil ve büyüklükte yazılması zorunludur.

Bu suretle damgalanan eserler;

a) Açık sergilerde ve seyyar müvezziler tarafından satılamaz.

b) Dükkanlarda, cemakanlarda ve benzeri yerlerde teşhir edilemez.

c) Bir yerden bir yere teşhir maksadıyla açık bir surette nakledilemez ve müvezziler tarafından bunlar için sipariş kabul olunamaz.

d) Gazeteler, mecmualar, duvar ve el ilanları, radyo ve TV ile veya diğer suretlerle ilan edilemez, satışı için reklam ve propaganda yapılamaz.

e) Para mukabili veya parasız küçüklere gösterilemez, verilemez ve hiçbir suretle okul ve benzeri yerlere sokulamaz.

Bu tür eserler, ancak 18 yaşından büyük olanlara içi görülmeyen zarf veya poşet içinde satılabilir. Bu zarf ve poşetlerin üzerinde eserin ismi ile "Küçüklere zararlıdır" ibaresinden başka hiç bir yazı ve resim bulunamaz. Kurul kararının tebliğinden önce dağıtımı yapılmış olan bu kabil basılmış eserleri satış için ellerinde bulunduranlar da, Kurul kararlarının ilgililere duyurulma tarihinden itibaren, bu maddedeki sınırlamalara uymak zorundadırlar..".

23. 1117 sayılı Kanun'un 6. maddesi şöyledir:

"Fikri, içtimai, ilmi ve bedii kıymeti haiz olan eserler bu kanunun şumulünden hariçtir. "

24. 1117 sayılı Kanun'un 7. maddesi şöyledir:

"Kanunun 4 üncü maddesinin;

a) Birinci ve ikinci fıkrasına göre; kendilerine tebligat yapıldığı halde eserlerini damgasız olarak yayımlayan eserin sahipleri, sorumlu müdürleri ve telif hakkı sahipleri,

b) Dördüncü fıkrasına aykırı olarak, sınırlamaya tabi olan damgalı veya damgasız basılmış eserleri, fıkranın bentlerinde belirtilen şekillerde satan, teşhir eden, nakleden, sipariş kabul eden, ilan eden, gösteren, veren ve okullara sokanlar,

c) Beşinci ve sekizinci fıkralarına aykırı şekilde, zarf veya poşete koymadan veya beşinci fıkrada zikredilen evsafa aykırı zarf veya poşet içinde satanlar. İki milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Suçun tekerrürü halinde cezanın azami haddi uygulanır."

25. 1117 sayılı Kanun'un ek 2. maddesi şöyledir:

"Bir aydan az süreli mevkuteler ile eklerinde, sinema ve her türlü film afişlerinde, ilanlarda, fotoğraflarda, kabartma ve her türlü posterlerde, kartpostallarda ve takvimlerde 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak nitelikte yayın yapılamaz. Aksine davranan mevkute sahipleri ve bunların sorumlu müdürleri hakkında [mülga 13/03/1926 tarihli ve 765 sayılı] Türk Ceza Kanununun 426 ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki; sinema ve her türlü film afişlerini, ilanları, fotoğrafları, kabartma ve her türlü posterleri, kartpostalları, takvimleri basan, çoğaltan, satan ve alenen kullananlar hakkında Türk Ceza Kanununun 426 ncı maddesinin birinci fıkrasındaki ceza hükümleri uygulanır."

26. 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adlî para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a) Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine,

karar verilir.

(2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur."

27. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 26/2/2013 tarihli ilamı şöyledir:

"Suça konu kitapta hiçbir olay örgüsü içermeyen, sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan, insanları cinsel ilişkiden soğutacak şekilde cinsel ilişkilerbayağı ve adi bir dil kullanılarak anlatıldığı, tiksinti ve mide bulandırıcı ifadelere yer verildiği, anlatımların toplumun ar ve haya duygularına aykırıve cinsel arzuları tahrik ve istismar edecek mahiyette bulunduğu, eserdeki ifadeler müstehcen nitelikte oluphiçbir sanatsal ve edebi değeri bulunmadığı, soruşturma aşamasında iki kişilik bilirkişi heyetinden alınan 28.04.2009 tarihli ve yargılama aşamasında Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu tarafından düzenlenen 11.08.2010 tarihli raporların da bu yönde olduğu, yargılama aşamasında üç kişilik bilirkişi heyetinden alınan 12.03.2010 havale tarihli raporun ise genel ve soyut ifadeler kullanılarak hazırlandığı, kitabın edebi eser olduğuna ilişkin yetersiz ve maddi gerçeğe uymayan anlatımlar içerdiğinin anlaşılması karşısında, atılı suçunyasal unsurları oluştuğu gözetilmeden yazılı gerekçeyle beraatkarar verilmesi..." (Yargıtay 14. CD, E.2012/13055, K.2013/1873, 26/2/2013).

28. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 19/2/2013 tarihli ilamı şöyledir:

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü, kamu makamlarının bir müdahalesi ile karşılaşmadan kişilerin düşünce ve eserlerinin başkalarına ulaştırılmasını kapsar ise de, bu maddenin 2. fıkrası özgürlüklerin kullanılması sırasında bir sorumluluk duygusuyla hareket edilmesinin gereğini ve suçun ya da düzensizliğin önlenmesi ile genel sağlık ve ahlakın korunması amacıyla hukukun öngördüğü yasak ve yaptırımlara tâbi tutulabileceğini belirtmektedir.

TCK.nın 226/3-4 madde ve fıkralarındaki hükümlerle, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması yasaklanmış, hayvanlarla ya da doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar içeren yazılı, görsel ve sesli ürünlerin üretimi, satışa arzedilmesi, nakledilmesi, depolanması ve bulundurulması da yaptırıma bağlanmıştır.

Yargılamaya konu edilen kitapta hiçbir olay örgüsüne yer verilmeden sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan ifadelerle ters lezbiyen, doğal olmayan ve hayvanlarla yapılan cinsel ilişkilerin, çocuklar kullanılmak suretiyle bayağı bir dil kullanılarak anlatılması, ifadelerin toplumun ar ve haya duygularını incitici, cinsel arzuları tahrik ve istismar edecek şekilde, aynı zamanda kişilerin dışkılamaları dahi tiksinti verecek şekilde ifade edilmek suretiyle hiçbir sanatsal ve edebi değer katılmadan kurgulanmıştır.

Anneye, teyzeye, kardeşe, aynı cinse, hayvanlara yönelik cinsel sapkınlık düzeyine varan ifadeler içeren kitabın fransızcadan tercümesi ve yayınlanmasının demokratik bir toplumda çoğulculuğun, hoşgörünün, açık fikirliliğin gereği olan ifade özgürlüğü kapsamında kalan eylemler olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

AİHM'nin 07.12.1976 tarih ve 25 sıra nolu Hanyside-Birleşik Krallık kararında da müstehcenlik ve pornografik ifadeler içeren yayın sınırlarının nereye kadar uzanabileceği ve demokratik bir toplumda, genel ahlakın ve sağlığın korunmasına, suçların ve düzensizliğin önlenmesine ilişkin meşru bir amaca yönelik olarak yaptırımlarla kısıtlanabileceği ve bu kısıtlamanın AİHS'nin 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğünün ihlali anlamına gelmeyeceğinin açıkça belirtilmesi karşısında;

Soruşturma aşamasında iki kişilik bilirkişi heyetinden alınan 28.04.2009 tarihli ve yargılama aşamasında Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu tarafından düzenlenen 11.08.2010 tarihli raporlarda belirtilen, yargılamaya konu kitabın hiçbir sanatsal ve edebi değerinin bulunmadığı biçimindeki değerlendirmelere hangi nedenlerle itibar edilmediği açıklanmadan, 12.03.2010 tarihli genel ve soyut ifadeler kullanılarak hazırlanan bilirkişi raporuna itibar edilerek, sanıkların eylemlerin TCK.nın 37. maddesi göndermesiyle 226/5. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı maddenin 7. fıkrası uyarınca kitabın sanatsal ve edebi değeri olduğu gerekçesiyle beraatlere hükmolunması,..Kanuna aykırı[dır]" (Yargıtay 14. CD, E.2012/13056, K.2013/1527, 19/2/2013).

B. Uluslararası Hukuk

29. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesi şöyledir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar...

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda (...) ahlakın (...) korunması (...) için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

30. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini yinelemektedir. AİHM'e göre 10. maddenin 2. paragrafı saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız ya da ilgisiz kabul edilen "bilgi" ve "fikirler" için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Bu, yokluğu hâlinde "demokratik bir toplum"dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu hakkın bazı istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır (Benzer kararlar için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

31. AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan ahlakın niteliği konusunda bir ülke içinde dahi çeşitlilik olabileceğine, bu nedenle ahlakın gereklilikleri konusunda bir Avrupa konsensüsü bulunmadığına dikkat çekmiştir. AİHM, kendi toplumları ile doğrudan ilişki içinde olan kamusal makamların mahallî düzeyde ahlakın gerekliliklerini değerlendirirken uluslararası hâkimlerden daha iyi bir konumda olduklarını belirtmiştir (*Müller ve diğerleri/İsviçre*, B. No: 10737/84, 24/05/1988, § 36).

32. AİHM, bu tutumunu *Handyside/Birleşik Krallık* (B. No: 5493/72, 07/12/1976, § 48) kararında şu şekilde özetlemiştir:

"Sözleşmeci Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle (vital forces) doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları 'yasak' veya 'ceza'nın 'gerekliliği' hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki 'gerekli' (necessary) sıfatının, bir yandan 'zorunlu' (indispensable) sözcüğü ile anlamdaş olmadığını (krş. md.2(2)'deki "mutlaka gerekli", md.6(1)'deki "kesinlikle gerekli" ifadeleri ve md.15(1)'deki "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde" ifadesi, öte yandan 'kabuledilebilir', 'olağan' (krş. md.4(3)), 'yararlı' (krş. Birinci Protokolün 1. maddesi, Fransızca metin), 'makul' (krş. md.5(3) ve md.6(1)) veya 'arzu edilen' deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate almaktadır. Bununla beraber, bu bağlamda 'gereklilik' kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının (pressing social need) varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal makamlardır."

33. AİHM yukarıda zikredilen *Handyside/Birleşik Krallık* kararında; müstehcen olduğu iddia edilen bir kitabın toplatılması, müsaderesi ve imhasını ahlakın korunmasına uygun kabul etmiştir. AİHM, bu karara varırken ergenlik çağındaki çocukların korunması gerekliliğini esas almıştır. AİHM, bu konuda şu değerlendirmeleri yapmıştır:

"Quarter Sessions mahkemesinin de kabul ettiği gibi, kitap genellikle doğru ve çoğu kez kullanışlı olan, tamamıyla olaylara dayalı bilgileri kapsamaktadır. Ancak kitapta, özellikle öğrenciler hakkındaki kısmın (bk. yukarıda parag. 32) cinsellikle ilgili bölümünde ve "Kendi Başınıza" başlıklı pasajda, gelişmelerinin çok önemli bir aşamasında bulunan gençlerin zararlı olgunluk faaliyetlerine alışmaya ve hatta bazı suçları işlemeye teşvik edildikleri biçiminde yorumlayabilecekleri cümlelere ve paragraflara yer verilmektedir. Bu çerçevede Birleşik Krallık'ta ahlak ve eğitim konusunda görüşlerin çeşitlenmesine ve sürekli gelişmesine rağmen, yetkili İngiliz yargıçları takdir haklarını kullanırken, Ders Kitabı'nın o sırada onu okuyacak çocukların ve büyüme çağındaki gençlerin bir çoğunun ahlaki değerleri üzerinde zararlı etkileri olacağını düşünmekte haklıdırlar."(Handyside/Birleşik Krallık, § 52).

34. Yukarıda zikredilen ve insanlar ile hayvanlar arasında cinsel ilişkinin gösterildiği üç resmin sergilenmesi ve sergiye katılan diğer ressamların da bu resimleri halka gösterme imkânı vermeleri nedeniyle her bir başvurucuya 300 frank para cezası verilmesi ve resimlere el konulmasına ilişkin *Müller ve diğerleri/İsviçre* davasında AİHM, 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme söz konusu resimlerde, özellikle insanlar ve hayvanlar arasında cinsel ilişkilerin kaba bir tarzda gösterildiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca bu resimlerin serginin amacına uygun olarak sergi yerinde spontane bir şekilde yapıldığına, sergiyi düzenleyenlerin bir giriş ücreti veya yaş sınırı koymadıkları için de herkesin görebilmesine açık tutulduğuna işaret etmiştir. Mahkemeye göre resimler, sınırsız olarak herkese açık ve herkesin ilgisini çekecek surette sergilenmiştir. Resimlerin orijinallerini inceleyen AİHM, İsviçre mahkemelerinin cinselliğin en kaba biçimlerine vurgu yapan bu resimlerin "olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına büyük ölçüde muhalif" olduğu görüşüne varmalarında makul olmayan bir durumun bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. AİHM'e göre Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasının kendilerine bıraktığı takdir alanı gözönünde tutulduğunda İsviçre mahkemelerinin ahlakı korumak için başvuruculara müstehcen materyal yayımladıkları gerekçesiyle para cezası verilmesini "gerekli" görmekte haklı olduğu kanaatine ulaşmıştır (*Müller ve diğerleri/İsviçre,* §§ 35, 36).

35. Belirtilmesi gereken diğer bir karar ise *Akdaş/Türkiye* (B. No: 41056/04, 16/02/2010) kararıdır. Başvuran, bir yayınevinin editörüdür. Başvuran 1999 yılında, Fransız yazar Guillaume Apollinaire'in "Les Onze Mille Verges" isimli erotik romanının "On Bir Bin Kırbaç" başlığıyla Türkçeye çevrilmiş hâlini yayımlamıştır. Roman açık saçık cinsel münasebet sahnelerini sadomazoşizm, vampirizm ve pedofili vb. çeşitli yöntemlerle betimlemektedir. Başvuran, ağır para cezası ile cezalandırılmış; kitabın toplatılmasına ve imhasına karar verilmiştir. AİHM; yayıncıların da görev ve sorumlulukları olduğunu hatırlattıktan sonra eserin Fransa'da ilk yayın yılı olan 1907 yılından beri yüz yıllık bir zaman geçtiğini, birçok ülkede farklı dillere çevrilerek yayımlandığını, prestijli "La Pléiade" listesi içinde yer aldığını belirtmiştir. AİHM, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin kültürel, tarihî ve dinî farklılıkları olduğu kabulünün Avrupa edebî mirasının bir parçası olan esere halkın kendi dilinde ulaşmasına engel teşkil edemeyeceğini, yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda orantılı olmadığını ve toplumsal ihtiyaçları karşılamadığını belirterek ifade

özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararın ilgili kısımları şu şekildedir:

"24. Mahkeme, bir müdahalenin varlığı, bu müdahalenin kanun tarafından öngörülebilirliği ve somut olayda izlenilen amacın meşruluğu yani ahlakın korunması konusunda, taraflar arasında tartışma olmadığını gözlemlemektedir. Mahkeme, bu tespiti kabul etmektedir. Şu halde, başvuranın mahkûm edilmesinin ve kitabın bütün baskılarına el konulmasına yönelik tedbirin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında, demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

25. Mahkeme; öncelikle, ifade özgürlüğü konusundaki, özellikle sanat eserlerinin yayımlanması özgürlüğü ile ahlakı korumak amacıyla bu özgürlüğe getirilmesi gereken sınırlamalar konusundaki yerleşik içtihadını hatırlatmaktadır (bkz. diğerlerinin yanı sıra, Vereinigung Bildender Künstler (Avusturya Plastik Sanatçılar Birliği) / Avusturya, no. 68354/01, § 26, AİHM 2007- II ve Müller ve diğerleri / İsviçre, 24 Mayıs 1988, §§ 32-33, seri A no. 133).

26. Mahkeme, sanatçı ve sanatçının eserlerini sunanların/yayımlayanların, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlamalardan muaf olmadıklarını tekrar ifade etmektedir. İfade özgürlüğünden yararlanan her kim olursa olsun, esasen, bu fıkrada belirtildiği gibi, "görev ve sorumluluk" da üstlenirler; bu görev ve sorumluluğun kapsamı, duruma ve kullanılan yönteme bağlı olup, Mahkeme, bir cezanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını denetlerken, meselenin bu yönünü görmezlikten gelemez.

27. Somut olayda, başvuranın olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan Türk Ceza Kanununun 426. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak mahkûm edilmesiyle ahlakın korunmasının amaçlandığını tespit ederek, Mahkeme bugün de tıpkı Müller kararını (yukarıda anılan, § 35) verdiği tarihte olduğu gibi Sözleşmeci Devletlerin hukuksal ve sosyal düzenlerinde bu bağlamda tek tip bir nosyonun gereksiz yere arandığını yinelemektedir. Ahlakın gerekleri konusundaki görüşler, zamana ve yere göre değişmektedir ve Devletten, ülkelerindeki kültürel, dini, medeni ya da felsefi farklı toplulukların varlığını göz önünde bulundurması talep edilmektedir. Devlet yetkilileri, ülkelerindeki yaşamsal güçlerle doğrudan ve sürekli temas halinde olmaları sayesinde, bu gereklerin tam içeriğinin yanında bu gerekleri karşılamayı amaçlayan bir "sınırlama" veya "cezanın" "gerekliliği" hakkında

görüş bildirebilmek için, genellikle uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumdadırlar.

28. Mahkeme, mevcut davada, dünya çapında tanınmış bir yazar Guillaume Apollinaire'in eserinin söz konusu olduğunu gözlemlemektedir. Les onze mille verges başlıklı bu erotik roman, 1907 yılında Fransa'da ilk yayımlandığında çok açık saçık olduğu yargısıyla erotik içeriği nedeniyle olay yaratmıştır. Metin, daha sonra baskı ve internet üzerinde de birçok dilde yayımlanmış ve 1993 yılında "La Pléiade" koleksiyonuna dâhil edilmiştir.

29. Mahkeme, Avrupa hukuk alanında ahlaki kavramlara ilişkin nitelikleri göz önünde bulundurarak, konuyla ilgili olarak Devletlere, belli bir takdir yetkisi vermektedir. Mahkeme, mevcut davada, eserin Fransa'da ilk defa yayımlanmasından bu yana bir asırdan fazla bir süre geçmesini, çok sayıda ülkede çeşitli dillerde yayımlanmasını ve ayrıca Türkiye'de el konulmasından onlarca yıl önce "La Pléiade"a dâhil edilerek tasdik edilmesini göz ardı edemez.

30. Mahkeme, bu takdir yetkisinin kapsamının, başka bir ifadeyle Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin kültürel, tarihi ve dini özelliklerine verilen önemin/ değerin Avrupa Edebiyatı mirasında yer alan bir esere halkın belli bir dilde, mevcut durumda Türkçe olarak erişimine engel olmaya kadar gidemeyeceği kanaatine varmaktadır.

31. Bu unsurlar, Mahkeme'nin, olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan mevzuatın uygulanmasının, zorunlu sosyal bir ihtiyaca yanıt vermeyi amaçlamadığı sonucuna ulaşması için yeterlidir. Öte yandan, başvuranın mağdur olmasına neden olan ve eserin tüm baskılarına el konulmasına ve ağır para cezasından ibaret olan müdahalenin, hedeflenen meşru amaçla orantılı olduğu kabul edilemez. Dolayısıyla, bu müdahale, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında, demokratik bir toplumda gerekli değildir.

32. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

36. Mahkemenin 26/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. İfade Özgürlüğünün İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

37. Başvurucu, başvuruya konu kitabın bir sanat eseri olduğunu, hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken üç yıl denetime tabi tutulmasının ifade özgürlüğü ile çalışma özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüş; yeniden yargılama ve tazminat talebinde bulunmuştur.

2. Değerlendirme

38. Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... Kamu düzeni[nin] ... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

39. Anayasa'nın *"Bilim ve sanat hürriyeti"* kenar başlıklı 27. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir."

40. Anayasa'nın *"Basın hürriyeti"* kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…

Süreli veya süresiz yayınlar, ... genel ahlâkın korunması... bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir... "

41. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan,* B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun şikâyetlerinin ifade özgürlüğü,bilim ve sanat özgürlüğü, basın özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

42. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan ifade, sanat ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

43. Başvurucu, yayımladığı kitabın müstehcen içeriğe sahip olduğu iddiasıyla yargılanmış; hakkındaki dava bir hükme bağlanmayarak ertelenmiş ve başvurucu üç yıl denetim altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, daha önce yayımladığı kitaplardan dolayı hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesiyle yayınevi sahibi başvurucunun ifade, sanat ve basın özgürlüklerine müdahale edildiği sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi, kovuşturmanın ertelenmesi kararı ile yayınevi sahibi üzerinde kovuşturma tehdidinin devam ettiğini tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde caydırıcı etkisinin bulunduğuna işaret etmişve sonunda kişinin isnat edilen suçlardan aklanma ihtimali bulunsa bile bu etki altında ilerde düşüncelerini açıklamaktan veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi içtihadına göre, yayımladığı kitaplar nedeniyle henüz mahkûm edilmemiş olsa bile ertelenen kovuşturmanın gelecekte yeniden başlayabilme olasılığının başvuruculardа stres ve cezalandırılma endişesini devam ettireceği kanaatine varılarak başvurucuların ifade, sanat ve basın özgürlüklerine müdahalede bulunulduğu kabul edilmiştir (*Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §§ 69-79; sonraki bir karar için bkz. *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, B. No: 2013/568, 24/6/2015, §§ 46-49).

44. Mevcut başvurudaki koşullar ile anılan Anayasa Mahkemesi içtihatlarına konu başvurulardaki koşullar arasında esaslı bir farklılık bulunmamaktadır. O hâlde zikredilen Anayasa Mahkemesi içtihadında konulan ilkeler gözetildiğinde mevcut başvuruda, başvurucu hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmamasına rağmen söz konusu kitabın sanat eseri olmadığını ifade eden ve Yargıtay içtihatlarına göre gözönünde bulundurulması gereken resmî bir raporun varlığının, başvurucunun yaklaşık dört yıl süren soruşturma ve kovuşturmadan doğrudan etkilendiğinin, yayıncı olması nedeniyle ilerde de soruşturma ve kovuşturmaya maruz kalma riskinin bulunduğunun dikkate alınması gerekir. Bu sebeplerle başvurucu hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilerek üç yıl denetim altına alınmasının başvurucunun ifade, sanat ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahale olduğunun kabul edilmesi gerekir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

45. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

46. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın somut başvuruya ilişkin olarak Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan kanun tarafından öngörülme, 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

47. İlk olarak başvuruya konu olayda hangi kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirlemenin veya gelecekte hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını öngörmenin Anayasa Mahkemesinin görevi olmadığı ifade edilmelidir. Çocukların müstehcen yayınlardan korunmasına ilişkin hükümler 1117 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Adı

geçen Kanun'un 7. maddesinde ise edebî eserlerin 1117 sayılı Kanun kapsamında olmadığı hükme bağlanmıştır. 5237 sayılı Kanun'un 226. maddesinin (7) numaralı fıkrasında ise edebî eser olduğu değerlendirilen yayınların çocuklara ulaşmasının engellenmesi koşuluyla müstehcenlik suçunu oluşturmayacağı ifade edilmiş fakat "çocuklara ulaşmasının engellenmesi"nin usulüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla 226. maddenin (7) numaralı fıkrasının öngörülebilirliğine ilişkin bir tereddüt oluşsa bile bu tereddüdün mahkeme içtihatları ile giderilmesinin mümkün olduğu değerlendirildiğinden bu mesele üzerinde daha fazla değerlendirme yapılması gerekli görülmemiştir. Öte yandan kovuşturmanın ertelenmesine ilişkin kararın dayanağı olan 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesi ile 3713 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin"kanunilik" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

48. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sınırlama sebepleri arasında "genel ahlakın korunması" sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 28. maddesinin yedinci fıkrasında, genel ahlakın korunması açısından gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanun tarafından açıkça yetkili kılınan mercinin emri üzerine süreli veya süresiz bir yayına el konulabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa, ifade özgürlüğünün özel bir türü olan basın özgürlüğü alanında "genel ahlakın korunması" sebebini meşru bir sınırlama sebebi olarak kabul etmiştir. Bu mülahaza ile başvurucunun cezalandırılmasına ilişkin kararın genel ahlakın korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

49. Kitap basım ve yayımının -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- ifade özgürlüğü ve onun özel güvencelere bağlanmış şekli olan basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda tereddüt yoktur (*Fatih Taş*, §§ 58-61). Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kez Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ile

Anayasa'nın 28. maddesinde yer alan basın özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturduğunu ifade etmiştir (*Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 69; *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 34-36). İfade özgürlüğünün özel bir türü olan bilim ve sanat özgürlüğü de Anayasa'nın 27. maddesinde özel olarak korunmuştur.

50. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini de açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir.

51. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; *Bekir Coşkun*, §§ 53, 54; ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55;*Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72). Bu sebeple hükmedilen tedbirin kamunun maruz kaldığı düşünülen zararla makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olması gerekir.

52. Somut olayda müstehcen ifadelerin yer aldığı başvuruya konu kitabı yayımlaması nedeniyle başvurucu hakkında ceza davası açılmıştır. Cumhuriyet savcısı iddianamede eserin edebîniteliğini kabul etmiştir (bkz. §§ 11, 12). İlk derece mahkemesince hazırlatılan bilirkişi raporunda söz konusu kitabın edebî bir eser olduğuna ilişkin oldukça ayrıntılı değerlendirmeler yer almıştır (bkz. § 15). Anayasa Mahkemesi eserin edebî olup olmadığı yönünde ayrıca bir değerlendirme yapmayı gerekli görmemektedir. 5237 sayılı Kanun'un 226. maddesinin (7) numaralı fıkrasında edebî eserler hakkında çocukların korunmasına ilişkin tedbirlerin alınması koşuluyla müstehcenlik suçundan mahkûmiyet kararı

verilemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin önündeki mesele, daha ziyade başvurucunun çocukların korunmasına ilişkin herhangi bir tedbir almadan kitabı basması ve yayımlaması nedeniyle yargılanması ile hakkında üç yıllık denetim kararı verilmesi yönündeki yerel mahkeme kararının Anayasa'nın 26. maddesindeki ifade özgürlüğü, 27. maddesindeki bilim ve sanat özgürlüğü ve 28. maddesindeki basın özgürlüğüne aykırı olup olmadığı hususuyla ilgilidir.

53. Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddeleri tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğü garanti etmemektedir. İfade özgürlüğü Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ve genel ahlakın korunmasına ilişkin olarak da 28. maddenin beşinci fıkrasında (bkz. § 21) yer alan ve tam olarak uyulması gereken bazı istisnalara tabidir. Söz konusu istisnaların her somut olayda ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Bunlardan başka Anayasa'nın *"Ailenin korunması ve çocuk hakları"* kenar başlıklı 41. maddesinde "*Devlet... çocukların korunması... sağlamak için gerekli tedbirleri alır... Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.*" denilerek çocukların korunmasına ilişkin her türlü tedbirin alınmasından ve çocukların istismar ile her türlü şiddete karşı korunmasından devlet sorumlu tutulmuştur.

54. Bununla beraber "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" biçimindeki Anayasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrası kişilerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kullanırken sahip oldukları ödev ve sorumluluklara gönderme yapar. Diğer basın aracı yöneticileri ve basın mensupları gibi yayınevlerinin sorumlu kişileri deifade özgürlüğünü kullanmaları sırasında uymaları gereken bazı "görev ve sorumluluklara" sahiptir (Basının görev ve sorumluluklarına ilişkin bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 22/2/2016, § 89; *R.V.Y. A.Ş.*, B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35; *Fatih Taş*, § 67). Söz konusu sorumlulukların kapsamı, başvurucunun koşullarına ve ifade özgürlüğünü kullandığı vasıtalara göre değişir. Anayasa Mahkemesi, bir cezanın "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını incelerken meselenin bu yönünü görmezlikten gelmeyecektir.

55. Basının kendisi için konulmuş sınırlamalara uyması gerekli olmasına rağmen başvuruya konu romanın basılmasında olduğu gibi sanatın serbestçe açıklanması ve yayımlanması özgürlüğü Anayasa'nın

27. maddesinde özel olarak korunmuştur. Bu bağlamda Anayasa'nın 26. maddesi ve daha özel olarak da 27. maddesi, bilgi ve fikir edinme ve düşünceleri yayma kapsamında sanatsal ifade özgürlüğünü de içerir ve bu anayasal güvenceler her tür kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikrin açıklanmasına,yayılmasına, değiş ve tokuşuna katılma fırsatı yaratır. Mevcut başvuruya konu kitap gibi edebî eserleri yaratan, basan ve yayımlayan kişiler fikir ve görüşlerin yayılmasına önemli bir katkıda bulunmaktadır, dolayısıyla da sanatsal eserler demokratik bir toplum için büyük önem taşır. Bu nedenle devlet, sanat eserini yaratan kişilerin ifade özgürlüklerine gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü konusunda daha hassas davranmalıdır (*Fatih Taş*, § 104).

56. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, önceki kararlarında açıklanan ve yayılan bir düşüncenin içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından "değerli-değersiz" veya "yararlı-yararsız" biçiminde ayrıştırılmasının subjektif unsurlar ihtiva edeceği için bu özgürlüğün keyfî biçimde sınırlandırılması tehlikesini doğurabileceğine dikkat çekmiştir.İfade özgürlüğünün başkaları açısından "değersiz" veya "yararsız" görülen düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içerdiği akıldan çıkarılmamalıdır (*Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, § 42; *Önder Balıkçı*, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 40)

57. Öte yandan söz konusu kitabın kurgusal bir roman olduğu ve özgün tarzı gözetildiğinde Anayasa'nın 26. ve 27. maddelerinin yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına aldığı unutulmamalıdır (Kıyaslamak için bkz.*Fatih Taş,* § 105). Bir eserin sanatsal veya edebî değerinin bulunup bulunmadığının değerlendirmesinde yargı yerlerinin tam bir serbestiye sahip olduğu kabul edilemez. Yargı organlarının ifade özgürlüğü alanında yapacakları değerlendirmelerde ifadeler bağlamlarından koparılmadan incelenmelidir. Aksi bir tutum Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir.

58. Özellikle karmaşık ve muğlak bir olgu olan müstehcenlik söz konusu olduğunda -bu bütüncül yaklaşım ilkesinin bir gereği olarak- yargı erklerinin yapacakları değerlendirmelerde sanat alanının veya eserin özelliklerine, müstehcen olduğu değerlendirilen kısımların

ifade edildiği bağlama, yazarın kimliğine, yazılma zamanına, amacına, hitap ettiği kişilerin kimliklerine ve onların estetik anlayışlarına, eserin muhtemel etkilerine ve eserdeki diğer ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır (Terör propagandası olduğu iddia edilen bir gazete makalesi için bkz. *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, § 64; itibara zarar veren iddialar bulunduğu ileri sürülen bir kitap için bkz. *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, §§ 63, 66, 67; aynı suçlamanın yer aldığı bir gazete makalesi için bkz. *Tansel Çölaşan*, § 62; bir elektronik iletideki sözlerin olayların bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin karar için bkz. *Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 52).

59. Son olarak müstehcenlik suçu nedeniyle kanunda öngörülen yüksek cezalara rağmen kanunda bilimsel eserler bakımından mutlak biçimde, sanatsal veya edebî değeri bulunan eserler hakkında ise belli koşulların oluşması hâlinde sanığın cezalandırılmama ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla müstehcen olduğu iddia edilen eserin bu kapsamda bulunup bulunmadığı, bilimsel eserlerle sanatsal ve edebî değeri bulunan eserler arasındaki ayrım son derece önemli hâle gelmektedir. Yine sanatsal ve edebî değeri bulunan eserlerin çocuklara ulaşımının ne şekilde engelleneceği ve bunun nasıl denetleneceği konuları da ifade, sanat ve basın özgürlüğüne müdahalede bulunan kamu gücünü kullanan organların üzerinde durmaları gereken hususlardır.

60. Bundan sonra Anayasa Mahkemesinin yapması gereken; başvuruya konu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak, ifade özgürlüğüne getirilen müdahalenin "ölçülü" olup olmadığını ve müdahaleyi haklı kılmak için derece mahkemelerince gösterilen gerekçelerin inandırıcı, bir başka deyişle "ilgili ve yeterli" olup olmadığını belirlemektir (*Nilgün Halloran*, § 39; *Bekir Coşkun*, §§ 24, 58; *Tansel Çölaşan*, § 52). Anayasa Mahkemesi bunu yaparken kamu gücünü kullanan organların ve derece mahkemelerinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesince ortaya konulan ilkelerle uyumlu olan standartları uyguladıklarına ve ayrıca maddi olayları kabul edilebilir bir şekilde takdir ederek karar verdiklerine ikna olmalıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerince yapılan değerlendirmeleri ve kabul edilen gerekçeyi gözönünde bulunduracaktır.

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

61. İlk olarak başvuruya konu dava, Koruma Kurulu raporuna dayanılarak açılmıştır. Alıntılanan Yargıtay ilamları da incelendiğinde söz konusu Kurul raporlarının müstehcenlik davalarında önemli bir etkiye sahip olduğu anlaşılmaktadır (bkz. §§ 27, 28). 1117 sayılı Kanun'un 6. maddesi düşünsel, toplumsal, bilimsel, estetik değeri olan sanat eserlerini 1117 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkartarak kurulun denetim yetkisini kısıtlamış olmakla beraber Kanun'da hangi eserlerin düşünsel, toplumsal, bilimsel ya da estetik değere sahip olacağı hususunda bir belirleme yapmamıştır. Eserlerin esas niteliğini saptayacak ve eserin nevine göre değişen uzmanlar tarafından yapılan ön incelemeden geçmeksizin incelemenin bürokratların çoğunlukta olduğu on bir üyeli kurulca yapılması aslında düşünsel, toplumsal ya da sanat eseri olarak değerlendirilmesi gereken ilgili eser hakkında bu nitelikleri haiz olmadığı yönünde raporlar verilmesine neden olmaktadır. Bu şekilde içinde pedagog ve cinsel sağlık uzmanı dahi olmayan kişilerden oluşan kurulca 1117 sayılı Kanun kapsamına alınan eserler hakkında genel ve soyut ifadelerle hazırlanmış kararlarla muzır neşriyat kararı verilmesi, ifade ve basın özgürlükleri açısından olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir.

62. Mevcut olayda hem Koruma Kurulu hem İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı hem de Bilirkişi Heyeti söz konusu kitapta özellikle erkekler arası cinsel ilişkilerin açık ve ayrıntılı bir tarzda tasvir edildiğini kabul etmiş fakat gerek İstanbul Başsavcılığı gerekse Bilirkişi Heyeti kitabın bir edebî eser olduğunu ifade etmiştir (bkz. §§ 11, 12, 15). Bu sonucun ötesinde ihtilaf konusu yayını bizzat inceleyen (Benzer bir yaklaşım için bkz. *Öcalan*, §§ 25-36) Anayasa Mahkemesi, kitabı bir bütün olarak değerlendirmiş ve kitabın edebî değeri bulunduğu yönündeki İstanbul Başsavcılığının iddianamede dile getirdiği görüşler ile Bilirkişi Heyetinin hazırladığı raporda dile getirilen görüşlere katılmamak için bir sebep görmemiştir.

63. Başvuruya konu kitapta kişilerin sakınmalarına zaman bırakmayan resim veya çizim gibi tasvirlere yer verilmemiştir. Yazarın oldukça karmaşık anlatım tarzı da gözetildiğinde küçüklerin başvuruya konu kitabın içeriğine maruz kalmaları oldukça düşük bir ihtimaldir. Kitap herkese açık olarak satılmakla birlikte herkesin ilgisini çekebilecek surette de basılmamıştır.

64. Bununla birlikte başvuru konusu kitabın entelektüel ve sanatsal niteliğine rağmen toplumun tümüne uygun olmadığı ve zikredilen meseleler hakkında bilgi sahibi olmayanların duyarlılığını zedeleyecek ve onları incitecek nitelikte olduğunun değerlendirilebileceği kanısına varılmıştır. Konusu ve anlatımının niteliği dikkate alındığında söz konusu roman, toplumun belirli bir zümresini hedefleyen spesifik bir yayın olarak değerlendirilmiştir. Yayının nispeten dar bir toplumsal kesimi ilgilendiren edebî bir yayın olduğu ve müstehcen içeriği gözetildiğinde bazı grupların özellikle de reşit olmayanların bu yayına erişimini önlemek için -on sekiz yaşından küçüklere zararlı olduğunu ifade eden bir ibare veya işaret konulması gibi- alınacak önleyici tedbirlerin zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık gelebileceğini kabul etmek gerekir.

65. Dolayısıyla somut olayda eserin sanatsal ve edebî niteliği belirlendikten sonra derece mahkemelerince yapılması gereken değerlendirme, çocukların korunması için bir tedbir alınmasının gerekip gerekmediği ve alınan tedbirin uygun olup olmadığına yönelik olmalıdır. Oysa somut olayda gerek Koruma Kurulu ve Bilirkişi Heyeti raporlarında gerekse İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının iddianamesinde ve daha önceki benzer davalara ilişkin Yargıtay ilamlarında çocukların korunmasına ilişkin meseleye hiç eğilmeden yalnızca eserin sanatsal ve edebî niteliğine odaklanılmaktadır.

66. Somut olayda derece mahkemelerinin kararlarından hareketle başvuruya konu kitabın ne sebeple çocukların ahlakının korunmasına ilişkin hükümlere zarar verdiğini belirlemek mümkün olmamaktadır. Gerçekte ilk derece mahkemesi kararı, başvuruya konu kitabın içeriğinin çocukların korunması ilkesine uygunluğunu ayrıntılı şekilde incelemeye özen gösterdiğinin düşünülmesini sağlayacak herhangi bir unsur içermemektedir. İlk derece mahkemesi herhangi bir gerekçeye yer vermeden kovuşturmanın ertelenmesine ve başvurucunun üç yıl boyunca denetim altına alınmasına karar vermiştir. Anılan karara karşı başvurucu tarafından yapılan itirazı reddeden Asliye Ceza Mahkemesinin kararı da bu bağlamda herhangi bir ayrıntı veya gerekçe içermemektedir. Dolayısıyla verilen kararlar gerekçelendirilmediğinden başvuranın ifade özgürlüğünü sınırlamadan önce dikkate alınması gereken kriterlerin gerektiği gibi incelendiği kabul edilemeyecektir.

67. Bu nedenlerle içinde müstehcen unsurlar bulunduğu tespit edilen ancak bilimsel, sanatsal veya edebî değeri olduğu ileri sürülen eserlere ilişkin uyuşmazlıklarda önce kamu gücünü kullanan organlar ve daha sonra da derece mahkemelerinin, ihtilafa konu eserlerin bilimsel, sanatsal ve edebî değerini tespit etmesi gerekir. Söz konusu eserlerin bu nitelikleri haiz olduğu kabul edildiği takdirde bilimsel olduğu değerlendirilen eserler dışındakisanatsal ve edebî eserlerin gösterilmesi, yayımlanması, dağıtılması ve başkalarına verilmesi sırasında çocukların korunmasına ilişkin tedbirlerin alınıp alınmadığı, tedbir alınmış ise bu tedbirlerin ölçülü olup olmadığı değerlendirilmeli ve değelendirmenin sonucuna göre karar verilmelidir. Mevcut başvuruda başvuruya konu kitabın ne edebî nitelikte bir eser olup olmadığına de çocukların korunmasına ilişkin bir tedbir alınması gerekip gerekmediği değerlendirilmiştir. Mahkemelerin gerekçeleri ilgili ve yeterli değildir.

68. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade, sanat ile basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

M. Emin KUZ bu düşünceye katılmamıştır.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

69. Başvurucu, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

70. Anayasa'nın 36. ve 141. maddeleri bağlamında bir suç isnadına dayalı yargılamaların makul sürede karara bağlanması gerektiğine dair temel ilkeler Anayasa Mahkemesince daha önce incelenmiş ve bu konuda kararlar verilmiştir (*B.E.*, B. No: 2012/625, 9/1/2014; *Ersin Ceyhan*, B. No: 2013/695, 9/1/2014). Başvuru konusu olayda bu ilkelerden ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmamaktadır.

71. Ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken sürenin başlangıcı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi birtakım tedbirlerin uygulanması ya da kamu davasının açılması anıdır (*Ersin Ceyhan*, § 35). Somut başvuru açısından sürenin başlangıcının, başvurucu hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca

kamu davasının açıldığı 27/4/2011, sürenin sonunun ise suç isnadının nihai olarak karara bağlandığı 14/11/2014 olduğu anlaşılmıştır.

72. Başvuruya konu yargılama süreci incelendiğinde davanın iki dereceli bir yargılama sistemindeki toplam 3 yıl 9 aylık yargılama süresi dikkate alındığında başvurucunun haklarını ihlal edecek bir gecikmenin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

73. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

74. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri HakkındaKanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…*
>
> *(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

75. Başvurucu 20.000 TL tazminat talebinde bulunmuştur.

76. Başvurucunun ifade, sanat ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

77. Başvurucunun ifade, sanat ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesine (E.2011/228) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

78. Başvurucunun ifade, sanat ve basın özgürlüklerinin ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 3.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

79. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. İfade, sanat ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile onun özel birer türü olan bilim ve sanat özgürlüğü ve basın özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ifade, bilim ve sanat ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesine (E.2011/228) GÖNDERİLMESİNE,

D. Kararın bir örneğinin Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu Başkanlığına GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucuya net 3.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

F. 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

G. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına,

ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 26/10/2017 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvurucunun, hakkındaki davanın ertelenerek denetim altına alınmasının ifade özgürlüğü ile çalışma ve sözleşme özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin bireysel başvurusu ifade özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek kabul edilebilir bulunmuş ve bu özgürlüklerin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Somut olayda, başvurucu hakkında kamu davası açılmış ve İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi 5/7/2012 tarihli duruşmada 6352 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi uyarınca kovuşturmanın ertelenmesine karar vermiştir. Başvurucunun bu kararı temyiz etmesi üzerine Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 16/9/2014 tarihli kararıyla kovuşturmanın ertelenmesi kararının temyiz kabiliyeti olmadığı gerekçesiyle dosyanın iadesine ve İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/11/2014 tarihli kararıyla itirazın reddine karar verilmiştir (§ 17).

Başvuruya konu kararın itirazın reddi kararıyla kesinleştiği dikkate alınarak ve önceki kararlarımıza da uygun olarak başvurunun Mahkememizin zaman bakımından yetkisi kapsamında görüldüğü anlaşılmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere başvurucu, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıç tarihi olan 23/9/2012'den önce verilen ve temyizi kabil olmayan kovuşturmanın ertelenmesi kararına karşı yanlış kanun yoluna başvurarak temyiz talebinde bulunmuş; anılan kararın temyiz kabiliyetinin olmadığına ilişkin kararın zaman bakımından yetkimizin başlamasından yaklaşık iki yıl sonra 16/9/2014 tarihinde, itirazın reddi kararının da 14/11/2014 tarihinde verilmesi sebebiyle bireysel başvuruda bulunabilmiştir.

Bu itibarla çoğunluğun kabul edilebilirlik kararı, esasen ilk derece mahkemesinin kovuşturmanın ertelenmesine ilişkin 5/7/2012 tarihli

kararına karşı doğru kanun yolu olan itiraz yoluna başvurulsaydı muhtemelen 23/9/2012 tarihinden önce kesinleşebilecek ve Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi dışında kalacak mezkûr kararın, yanlış kanun yoluna gidilmesi sayesinde bireysel başvuruya konu edilebildiği anlamına gelmektedir. Bir başka ifadeyle çoğunluğun yorumu, avukatla temsil edilen ve aldığı hukukî yardımla doğru kanun yolunu bilecek durumda olan başvurucunun yanlış kanun yoluna başvurmasının, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması anlamında, o tarihlerde doğru kanun yoluna başvuranlara, yani itiraz kanun yoluna müracaat edenlere göre (uygulamada itiraz kanun yolu başvurularının temyize nazaran çok daha kısa sürede sonuçlandığı da dikkate alındığında) avantaj sağlayacak bir sonuç doğurmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında, yanlış kanun yollarına başvurulmasının başvurucuya bireysel başvuru bakımından, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi veya başvuru süresi itibariyle bir hak doğurmayacağı belirtilmiştir.

İncelenen başvuruda başvurucunun kovuşturmanın ertelenmesi kararına karşı temyiz talebinde bulunmasının, ilk derece mahkemesinin 5/7/2012 tarihli kararında temyiz yolunun açık olduğunun belirtilmesinden kaynaklandığı, dolayısıyla başvurucunun kanun yolu bakımından yanıltıldığı ileri sürülebilirse de, başvurucunun avukatla temsil edildiği, başvurulacak kanun yolu konusunda Kanundaki açık hüküm sebebiyle önceden bilinemeyecek şekilde hukukî bir belirsizlik de bulunmadığı (benzer bir değerlendirme için bkz. Hüseyin Günel, B. No: 2013/2491, 17/7/2014, §§ 47-49) ve ilk derece mahkemesinin yanlış yönlendirmesinin nihai olarak itiraz incelemesinin yapılamaması sonucunu da doğurmadığı dikkate alındığında, çoğunluğun bu konudaki genişletici yorumuna katılmak mümkün görünmemektedir.

Bu sebeplerle, başvurunun zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun kabul edilebilirlik kararına katılmıyorum.

Diğer taraftan, başvurunun esasına ilişkin incelemede yapılan değerlendirmelerin bir bölümüne ve bunlara bağlı olarak çoğunluğun ulaştığı ihlal sonucuna da aşağıdaki sebeplerle katılamıyorum.

Somut olayda ilk derece mahkemesi,konunun uzmanı olan öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi heyetine hazırlattığı 25/6/2012 tarihli rapordan yaklaşık bir hafta sonra yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi uyarınca 5/7/2012 tarihinde kovuşturmanın ertelenmesine karar vermiştir.

Anılan raporda, inceleme konusu romanın "bir edebiyat eseri olma özelliği nedeniyle" Türk Ceza Kanununun 226. maddesinin (7) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gereken bir eser olduğunun belirtilmesine rağmen, yukarıda da belirtildiği gibi 6352 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ve geçici 1. maddenin açık hükmü karşısında mahkemece davanın esası hakkında herhangi bir değerlendirme yapılamadan kovuşturmanın ertelenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Türk Ceza Kanununun 226. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, bu madde hükümlerinin edebî değeri olan eserler hakkında uygulanmayacağı hükme bağlanmaktadır. Bilirkişi raporunda, söz konusu romanın edebiyat eseri olması nedeniyle, belirtilen fıkrada müstehcenlik suçları için düzenlenmiş olan hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi gereken bir eser olduğunun belirtildiği dikkate alındığında, 6352 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş olmasaydı bu yönde bir karar verilmesi kuvvetle muhtemel olmasına rağmen, çoğunluğun ihlal kararında başvuru konusu romana ilişkin olarak Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulunun raporunda, iddianamede ve bilirkişi raporunda yer verilen tespitlerden hareketle değerlendirmeler yapılmaktadır.

Oysa kararda da belirtildiği gibi ilk derece mahkemesinin verdiği bir mahkûmiyet kararı veya söz konusu romanla ya da buna ilişkin bilirkişi raporuyla ilgili olarak henüz ortaya çıkmış bir değerlendirmesi veya tespiti bulunmamaktadır.

Bilindiği gibi, bir kişi hakkında iddianame düzenlenerek ceza davası açılması o kişinin suçlu bulunduğu anlamına gelmeyeceği gibi Cumhuriyet savcısının ceza davası açarken yaptığı yorum ve değerlendirmelerin denetimi de Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında değildir (Mustafa Ersen Erkal, B. No: 2013/4770, 16/4/2015, § 20).

Diğer taraftan, kovuşturmanın ertelenmesi kararı uyuşmazlığın esasını çözmeyen ve kişinin suç işleyip işlemediğiyle ilişkili olmayan, Kanunda

öngörülen sürenin dolmasıyla kamu davasının düşmesi sonucunu doğuran, usule ilişkin bir karardır (Mustafa Ersen Erkal, § 31).

Mahkememiz incelenen başvuruya benzer bireysel başvurularda daha önceihlal kararları vermişse de, ifade hürriyetinin ihlal edildiği yönündeki söz konusu kararlar, ilk derece mahkemelerinin verdiği mahkûmiyet kararlarının temyiz incelemesi sırasında 6352 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi sebebiyle verilen kovuşturmanın ertelenmesi kararları üzerine yapılan başvurularda ve ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararlarındaki değerlendirmeler üzerinden inceleme yapılarak verilmiştir. Bir başka anlatımla, önceki kararlarımızda, ilk derece mahkemelerinin kovuşturmanın ertelenmesi kararlarından önce verdikleri, ancak temyiz aşamasında 6352 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi sebebiyle kovuşturma ertelendiği için kesinleşmeyen ve infaz edilmeyen kararları üzerinden değerlendirme yapılarak, başvurucuların kesinleşmeyen mahkûmiyet kararları sebebiyle ortaya çıkan mahkûm edilme ihtimalinin, üç yıllık denetim süresi boyunca ifade hürriyetini sınırlayacağı belirtilmiş ve ihlal sonucuna varılmıştır.

Somut başvuruda ise henüz bir mahkûmiyet kararı veya ilk derece mahkemesinin önündeki kamu davasının esasına ilişkin olarak ortaya çıkmış bir iradesi söz konusu değildir. Bu itibarla, kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesi sebebiyle ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği yönündeki önceki kararlarımızdan farklı olarak, Bölümümüzün çoğunluğunu somut başvuruda ihlal sonucuna götüren değerlendirmeler başvuru konusu yargı kararına değil, yukarıda sözü edilen ve derece mahkemelerince hakkında henüz bir değerlendirme yapılmayan Koruma Kurulu raporunda,iddianamede ve bilirkişi raporunda yer verilen tespitlere dayanmaktadır.

Bu itibarla, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük incelemesi bakımından daha önceki kararlarımızda benimsenen ve bu kararda da tekrarlanan genel ilkelere katılmakla birlikte, çoğunluğun "İlkelerin Olaya Uygulanması" başlığı altında Cumhuriyet savcılığının iddianamesi ile Koruma Kurulunun ve bilirkişi heyetinin raporları üzerinden yapılan tespitlerine ve derece mahkemelerince yapılması gereken değerlendirmelere ilişkin görüşlerine; ayrıca yukarıda da aktarılan kararımızda belirtildiği üzere, kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesinin, 6352 sayılı Kanunun "yargı hizmetlerinin

hızlandırılması, ifade özgürlüğünün genişletilmesi ve bu kapsamda basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin davaların sonlandırılması amacına matuf olduğu" (Mustafa Ersan Erkal, § 29) dikkate alındığında ihlal kararına katılmayaimkân bulunmamaktadır.

Bu sebeplerle başvurunun kabul edilebilir bulunarak esasına geçilmesi ve ihlal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

M. Emin KUZ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

HALİL BAYIK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/20002)

Karar Tarihi: 30/11/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Halil BAYIK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan başvurucuya gönderilen bir dokümanın ceza infaz kurumu idaresince sakıncalı bulunarak verilmemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 17/12/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne karar verilmiştir.

5. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

6. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

8. İkinci Bölüm tarafından 21/11/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu; başvuru tarihinde, Türkçe adı Kürdistan İşçi Partisi olan silahlı terör örgütü PKK'ya silah sağlamak ve bu örgüte üye olmak suçundan Ankara 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda (Ceza İnfaz Kurumu) hükümlü olarak bulunmaktadır.

11. Ceza İnfaz Kurumu Eğitim Kurulu (Eğitim Kurulu)9/10/2014 tarihli kararıyla; başvurucuya gelen ve teksir kâğıdına oldukça iptidai bir şekilde basılmış, numaraları ve kapağı bulunmayan, yayımlayanı belli olmayan, sayfaları tel zımba ile birbirine tutturulmuş ve "Özgür Halk" ismi verilmiş olan dokümanın başvurucuya verilmemesine karar vermiştir. Eğitim Kurulu, adı geçen dokümanda ceza infaz kurumunda bulunan PKK lideri Abdullah Öcalan'ın ve PKK'nın yöneticilerinden

Duran Kalkan'ın terör örgütünü yüceltici açıklamalarına yer verildiğini; dokümanın kalan kısmında ise terör örgütünün silahlı unsurlarının ve ölen üyelerinin yüceltildiğini tespit etmiştir.

12. Eğitim Kurulu kararına karşı başvurucunun Sincan İnfaz Hâkimliğine (İnfaz Hâkimliği) yaptığı şikâyet, İnfaz Hâkimliğinin 22/10/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

> *"...Eğitim Kurulu kararına konu yazının da yasaklanmış bir kitaptan alındığı anlaşılmış olup Kanundaki düzenleme gözetildiğinde Eğitim Kurulu'nun kararında hukuka aykırılık sözkonusu değildir. Bu nedenle şikayetin reddine karar vermek gerekmiştir."*

13. Başvurucu, İnfaz Hâkimliğinin ret kararına karşı itiraz yoluna başvurmuştur. İtirazı inceleyen Sincan 2. Ağır Ceza Mahkemesi, İnfaz Hâkimliğinin kararının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle başvurucunun itirazının reddine karar vermiştir. Bu karar, başvurucuya19/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

14. Başvurucu 17/12/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

15. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "*Süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı*" kenar başlıklı 62. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

> *"(1) Hükümlü, mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla süreli ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanma hakkına sahiptir.*
>
> *...*
>
> *(3) Kurum güvenliğini tehlikeye düşüren ... hiçbir yayın hükümlüye verilmez."*

16. 12/7/2005 tarihli Adalet Bakanı oluru ile yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nin "*Kuruma kabul edilmeyecek yayınlar*" kenar başlıklı 11. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"b) Mahkemelerce yasaklanmamış olsa bile, kurum güvenliğini tehlikeye düşürdüğü ... eğitim kurulu kararıyla tespit edilen, hiçbir yayın kuruma kabul edilmez."

B. Uluslararası Hukuk

17. Mevcut başvurunun değerlendirilmesi sırasında gözönünde bulundurulan uluslararası hukuk kaynakları için bkz. *Ahmet Temiz (6)*, B. No: 2014/10213, 1/2/2017, §§ 17, 18.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

18. Mahkemenin 30/11/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

19. Başvurucu; başvuruya konu dokümanın kendisine verilmemesinin keyfî olduğunu, derece mahkemelerinin kararlarında ifade edildiği gibi mahkemeler tarafından verilmiş herhangi bir yasaklama kararı bulunmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu, Anayasa'nın 26. maddesininihlal edildiğini belirterek ihlalin tespit edilmesi talebinde bulunmuştur.

20. Bakanlık görüşünde, başvuruya konu dokümanda yer alan yazıların terör örgütü PKK'nın ve bu örgütün yöneticilerinin görüşlerini ilettiği ileri sürülmüştür. Bakanlık, ceza infaz kurumuna kapatılmış kişilerin bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüklerinin bulunduğunun tartışmasız olduğunu, bununla birlikte ceza infaz kurumlarında suçun önlenmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması amacıyla bu kişilerin bazı kısıtlamalara tabi tutulabileceklerini ifade etmiştir. Dolayısıyla Bakanlık, somut başvuruya ilişkin kısıtlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve hedeflenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu savunmaktadır.

B. Değerlendirme

21. Anayasa'nın 26. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet

resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması, ... kamu düzeni, kamu güvenliği, ... suçların önlenmesi, ... gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

22. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

23. Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olan başvurucuya gönderilen yazılı bir dokümanın ona verilmemesinin haber veya fikir alma özgürlüğü ve dolayısıyla ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğu kabul edilmiştir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

24. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

25. Sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen; kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

26. Müdahaleye dayanak olan 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

27. Başvuruya konu doküman İnfaz Kurumunun düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ve suçun önlemesi amacıyla başvurucuya verilmemiştir. Anılan müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Kavramı

28. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı; ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendini göstermesini gerektirmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

(b)Mahpusların İfade Özgürlüğü

29. Mevcut başvurunun özelliklerinden biri başvurucunun yüksek güvenlikli bir ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunmasıdır. Hükümlü ve tutuklular, Anayasa'da korunan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahiptir (*Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri*, B. No: 2013/583, 10/12/2014, § 65; *Hüseyin Sürensoy*, B. No: 2013/749, 6/10/2015, § 44; *Ahmet Temiz (6)*, § 33).

30. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, ifade özgürlüğüne herkesin sahip olduğu belirtilmiş; bunun sonucu olarak da Anayasa Mahkemesi pek çok kararında hükümlü ve tutukluların ifade özgürlüğünün de Anayasa'nın koruması altında olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi, hükümlü ve tutukluların süreli veya süresiz yayınlara ulaşabilmesinin bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünün somut yansıması olarak ifade özgürlüğünün koruması altında bulunduğuna karar vermiştir (*Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 43; *Hüseyin Sürensoy*, § 44; *İbrahim Bilmez*, B. No: 2013/434, 26/2/2015, § 74; *Ahmet Temiz (6)*, § 34).

(c) Terör ve İfade Özgürlüğü

31. Demokratik bir toplumda terörle mücadele politikaları başta ifade özgürlüğü olmak üzere insan haklarının korunması gereğine uyumlu olarak yürütülmelidir.Özellikle terörle bağlantılı hususlarda bilgi ve fikirlerin sağlıklı paylaşımı ancak ifade özgürlüğünün tam olarak korunması ile mümkün olabilecektir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi -Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadına atıfla- pek çok kararında ifade özgürlüğünün sadece devlet organları veya toplumun çoğunluğu tarafından memnuniyetle karşılanan veya zararsız, ilgilenmeye değmez ve önemsiz görülen "düşünceler" için değil çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin doğasında bulunan bir gereklilik olarak devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden saldırgan, şok edici, rahatsızlık veren haber ve düşünceler için de uygulanabilir olduğunu vurgulamıştır *(Bejdar Ro Amed*, B. No: 2013/7363, 16/4/2015, §§ 62, 63; *Kamuran Reşit Bekir,* §§ 45, 61).

32.İfade özgürlüğünün korunmasının önemli bireysel ve derin toplumsal sonuçları bulunmaktadır. Bu sebeple kişinin hakkı ile toplumun çıkarı arasında ve dolayısıyla terörle bağlantılı meselelerde kişinin temel ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendisini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında bir denge kurulması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte her durumda kamu gücünü kullanan organların, bilhassa siyasi fikirlerin değerlendirilmesi gerektiği durumlarda "terör" nitelendirmesinin kötüye kullanımına karşı dikkatli olmaları özgürlüklerin korunması açısından hayatidir.

33. Mevcut başvuruya benzer olaylarda kamu gücünü kullanan organların ve mahkemelerin görevi, somut olayın koşullarında hükümlü

ve tutukluların ifade özgürlüğü ile ceza infaz kurumunun güvenliğinin, disiplininin, düzeninin sağlanması ve mahkûmun ıslahı ihtiyacı arasında adil bir denge sağlanıp sağlanmadığını değerlendirmektir.

(d) Ceza İnfaz Kurumunun Güvenliği

34.Mevcut başvurudaki gibi ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerde söz konusu olan ceza infaz kurumunun güvenliği, disiplini ve düzeni ise derece mahkemelerinin dava konusu ifadelerin ceza infaz kurumunun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, kamu görevlilerini hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı olarak haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakaret oluşturan ifadeleri içerip içermediğini değerlendirmeleri gerekir (*Bejdar Ro Amed*, § 80; idare ve derece mahkemelerince söz konusu değerlendirmelerin yapılmaması nedeniyle ihlal sonucuna ulaşılan bir karar için bkz. *Kamuran Reşit Bekir*, § 73; derece mahkemelerince söz konusu değerlendirmelerin yapıldığının tespit edildiği bir karar için bkz. *Ahmet Temiz (6)*, §§ 39-44).

35. Ceza İnfaz Kurumu idarelerinin ve derece mahkemelerinin benzer davalarda terörle mücadele ile ilgili zorlukları ve buna bağlı koşulları gözönüne almaları gerekir. Olağan zamanlardan farklı olarak tansiyonun yükseldiği ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin söz konusu olduğu kimi durumlarda idarece durumun gerektirdiği tedbirlerin alınması normal karşılanmalıdır. Bu bağlamda ceza infaz kurumunda güvenliği sağlamak amacıyla ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin demokratik toplumda gerekli olduğu kabul edilebilir (*Ahmet Temiz (6)*, § 43).

(e) Mahkûmun Islahı

36. Bir hapis cezasının veya özgürlükten yoksun bırakan benzer bir yaptırımın amacı ve meşruiyeti toplumu suça karşı korumaktır. Böyle bir amaç, özgürlükten yoksun kaldığı dönemin -mümkün olduğu kadar- mahkûmun topluma geri döndüğü zaman hukuka saygı gösterme ve yaşamını kendi kendine sürdürebilme isteğini ve yeteneğini kazandırmak için kullanılmış olması hâlinde gerçekleşebilir. Dolayısıyla ceza infaz kurumlarındaki kimi zorunlulukların veya kısıtlamaların mahkûmların ıslahı ile de doğrudan bağlantısı olduğu açıktır. Islah ile bağlantılı olarak mahkûmların kendilerini geliştirici ve eğitici yeterli sayıda kitap, gazete,

dergi veya diğer yayınları okumaları, radyo dinlemeleri, konferansları, kurum idaresinin çıkardığı veya denetlediği benzeri araçları izlemeleri sağlanarak düzenli olarak bilgi ve haberlere erişmeleri sağlanmalıdır.

37. Buradan çıkan sonuca göre ceza infaz kurumuna kapatılmış bir suçlunun toplum içine döndüğü zaman hukuk içinde kalarak olağan toplumsal yaşamın bir parçası olmasına mâni olacağı, başka bir deyişle ıslahını güçleştireceği değerlendirilen bilgi ve haber kaynaklarına erişimi koşullara göre sınırlandırılabilir. Böyle bir değerlendirme için her mahkûmun toplumsal geçmişi ve suç sicili, entelektüel kapasitesi ve kabiliyeti, şahsi tabiatı, hapis cezasının süresi ve tahliye edildikten sonrası için beklentileri dikkate alınmalıdır.

(f) Takdir Payı

38. Terör örgütleriyle veya terör faaliyetleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenyazılı bir metnin kişilerin ve ceza infaz kurumunun güvenliğine zarar verme ihtimalinin tespit edilmesinde ilk elden bilgiye sahip ceza infaz kurumu yetkililerinin ve derece mahkemelerinin daha geniş takdir payı bulunduğunda şüphe yoktur (Benzer durumlarda ceza infaz kurumu yetkililerinin takdir payına ilişkin değerlendirmeler için bkz. *Özkan Kart,* B. No: 2013/1821, 5/11/2014, § 51; *Ahmet Temiz (6),* § 41).

39. Anayasa Mahkemesi, bahsi geçen doküman gibi yazılı metinlerin bütünüyle ele alındığında özel bir kişiye, kamu görevlilerine veya halkın belirli bir kesimine karşı şiddete teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için metinlerde kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldığının dikkate alınmasının uygun olacağını her zaman vurgulamıştır (*Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 100).

(g) Ölçülülük

40. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Bu sebeple ifade özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde; hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Kamuran Reşit Bekir*, §§ 44-63; *Bekir Coşkun*, §§ 53, 54; ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar

için ayrıca bkz. *Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84; *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55;*Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72).

41. Aynı şekilde orada bulunmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi ceza infaz kurumunda güvenliğin ve düzenin korunmasına yönelik kabul edilebilir gerekliliklerin olması durumunda mahkûmların sahip olduğu haklara sınırlama getirilmesi mümkün ise de böyle bir durumda dahi hükümlü ve tutukluların haklarına yönelik yapılacak herhangi bir sınırlandırmanın ölçülü olması gerekir (*Kamuran Reşit Bekir*, § 44; *Hüseyin Sürensoy*, § 45). Bu bağlamda ceza infaz kurumunlarındaki disiplin ve düzenin sebatla sürdürülmesi gerekmekle birlikte hapishane güvenliğinin ve topluluk yaşamının huzuru ile mahkûmun ıslahı için gerekli olandan daha fazla kısıtlama yapılamaz.

42. Bu bağlamda yayının tümüne mi yoksa bir kısmına mı müdahale edildiği ve eğer yayın süreli ise başvurucunun yayının sonraki sayılarına erişimine herhangi bir müdahalede bulunulup bulunulmadığı değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle sınırlamanın, güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne en az müdahale eden ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmelidir (*Ahmet Temiz (6)*, § 44).

(h) İfade Özgürlüğüne Yapılan Müdahalenin Gerekçesi

43. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan idarenin ve derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gereklerine" ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Bekir Coşkun*, § 56; *Tansel Çölaşan* § 56; *Ahmet Temiz (6)*, § 36). İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir.

(2) Derece Mahkemelerinin ve Kamu Gücünü Kullanan Diğer Organların Süreli veya Süresiz Bir Yayının Mahpusa Verilmemesi Biçimindeki Müdahalelerinde Gözetmeleri Gereken Hususlar

44. Anayasa Mahkemesinin rolü, başvuruya konu müdahalenin olguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayanılarak yapıldığının

ve keyfî olmadığının denetlenmesini kapsar. Dolayısıyla böyle bir denetim, derece mahkemelerinin ve kamu gücünü kullanan diğer organların müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığını ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya koyması ile bağlantılıdır (bkz. § 43).

45. Mevcut başvuruya benzer şikâyetlerde derece mahkemelerinin ve kamu gücünü kullanan diğer organların gerekçelerinin ilgili ve yeterli sayılabilmesi için kararlarda bulunması gereken ve benzer başvuruların koşullarına göre değişebilecek-bir kısmı yukarıda da sayılan (bkz. §§ 28-43)- unsurlar şu şekilde sıralanabilir:

i. Başvurucunun hangi suçtan dolayı hangi tür ceza infaz kurumunda bulunduğu ve başvurucunun bulunduğu ceza infaz kurumunun ve işlediği suçun söz konusu tedbirin alınmasında bir etkisinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir (bkz. § 34).

ii. Bir yayının tümünün veya bir kısmının mahkûma verilmemesi şeklindeki kısıtlamanın mahkûmun ıslahı ile bağlantısı var ise yayının içeriği ile mahkûmun ıslahı arasındaki ilişkinin tam olarak gösterilmesi gerekir (bkz. §§ 35-37).

iii. Her mahpusun toplumsal geçmişi ve suç sicili, entelektüel kapasitesi ve kabiliyeti, şahsi tabiatı, hapis cezasının süresi ve tahliye edildikten sonrası için beklentileri dikkate alınmalıdır (bkz. § 36).

iv. Bu bağlamda söz konusu yayınların terör suçlarından mahpus olan kişilerin iddia edilen mağduriyetlerin sorumlusu olarak gördükleri kişilere veya devlete karşı daha fazla şiddete yönelmelerine sebebiyet verip vermediği değerlendirilmelidir (bkz. § 36).

v. Mahpusa verilmeyen süreli veya süresiz yayının cinsi, içeriği, yayımlayanı ve sorunlu görülen kısımların hangileri olduğu belirtilmeli ve mahpusa verilmesi sakıncalı bulunan kısımların detaylı analizi yapılmalıdır.

vi. Böyle bir analizin yapılabilmesi için eğer söz konusu yayının terör örgütleriyle veya terör faaliyetlerinin meşru gösterilmesiyle bir ilişkisi varsa mahpusun ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında denge kurulmalıdır (bkz. § 32).

vii. Zikredilen dengelemenin yapılabilmesi için;

- Bütünüyle ele alındığında müdahaleye konu yayının özel bir kişiyi, kamu görevlilerini, halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterip göstermediğinin, onlara karşı şiddete teşvik edip etmediğinin (bkz. § 34),

- Bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakılıp bırakılmadığının, bireylere karşı nefreti alevlendirip alevlendirmediğinin (bkz. § 34),

- Yayında iletilen mesajda şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürülüp sürülmediğinin,

- Şiddetin yüceltilip yüceltilmediğinin, kişileri nefrete, intikam almaya, silahlı direnişe tahrik edip etmediğinin,

- Suçlamalara yer vererek veya nefret uyandırarak ülkenin bir kısmında veya tamamında daha fazla şiddete sebebiyet verip vermeyeceğinin,

- Söz konusu yayında yer alan ifadelerin ceza infaz kurumunun güvenliğini, disiplinini ve düzenini tehlikeye düşürüp düşürmediğinin,

- Terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı olarak haberleşmelerine neden olup olmadığının (bkz. § 34),

-Kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakaret oluşturan ifadeleri içerip içermediğinin (bkz. § 34),

- Yayın tarihinde veya mahpusa verilmesinin istendiği sırada ülkenin bir kısmında veya tamamında çatışmaların yoğunluk derecesi ile ceza infaz kurumu ve ülkedeki tansiyonun yükseklik derecesinin yayının mahpusa verilmesine etki edip etmediğinin (bkz. § 37),

- Karara konu sınırlayıcı tedbirin demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olup olmadığının ve tedbirin başvurulabilecek en son çare niteliğinde bulunup bulunmadığının (bkz. § 28),

- Son olarak sınırlamanın güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne en az müdahale eden ölçülü

bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının (bkz. §§ 40-42) yayının içeriğiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

viii. Derece mahkemelerinin ve kamu gücünü kullanan diğer organların söz konusu değerlendirmeleri yaparken olayın koşullarına göre uzman kişilerin görüşlerinden faydalanmaları; gerekirse konusunda uzman sosyal bilimciler, araştırmacılar ve akademisyenlerden rapor ve görüş almaları her zaman mümkündür. Böylece süreli veya süresiz bir yayının bir mahpusa verilmemesi şeklindeki müdahalenin kanunlar ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ortaya konan kriterlere uygunluğunun denetimi daha etkili yapılabilecektir.

46. Bir terör örgütünün şiddet eylemlerini öven, destekleyen ve haklılaştıran açıklamaların silahlı direnişe tahrik, şiddeti yüceltme veya kin ve düşmanlığın kışkırtılması olarak kabul edilmesi mümkündür. Bununla birlikte yalnızca bir terör örgütünün fikirlerini ve hedeflerini içerdiği, resmî politikaları ağır bir şekilde eleştirdiği veya terör örgütünün resmî politikalarla olan ihtilaflarını değerlendirdiği gerekçesiyle mahkûmlara verilmemesi -yukarıda bir kısmı gösterilen sebeplerden (bkz. §§ 28-45) bir veya daha fazlası da bulunmadığı takdirde- müdahaleyi haklı göstermez.

47. Mahpuslara verilmesi engellenen yayınlarda yer alan bilgi ve görüşlerin sadece kırıcı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağı yinelenmelidir (bkz. § 31).

(3) İlkelerin Olaya Uygulanması

48. Somut başvuruya ilişkin olayda dergi biçimindeki yazılı bir doküman Eğitim Kurulu tarafından içeriğinin Ceza İnfaz Kurumu güvenliği için tehlike oluşturabileceği gerekçesiyle terör örgütü üyeliği suçundan Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunan başvurucuya verilmemiştir. Eğitim Kurulunun kararına yapılan itirazı değerlendiren İnfaz Hâkimliği ve Ağır Ceza Mahkemesi ise dokümanda bulunan yazılardan bir kısmının mahkemelerce yasaklanmış yayınlardan alınmış olması nedeniyle itirazı reddetmiştir.

49. Eğitim Kurulu, doküman içeriğinin Ceza İnfaz Kurumu güvenliği için tehlike oluşturabileceğini ifade etmekle birlikte hangi yazının hangi surette Ceza İnfaz Kurumu güvenliğine zarar verebileceğini belirtmemiştir. Dahası derece mahkemeleri Eğitim Kurulunun gerekçesini hiçbir şekilde

gözönüne almamıştır. Eğitim Kurulunun kararından farklı olarak Mahkemeler, dokümanda yer alan yazılarınyasaklanmış yayınlardan alındığını kabul etmiş ancak hangi yazının hangi yayından alındığını ve söz konusu yazının hangi mahkemece yasaklandığını belirtmemişlerdir.

50. Somut olayda derece mahkemeleri, yukarıda sayılan hususları değerlendirmemiş, konu ile tamamen bağlantısız bir gerekçe ile itirazı reddetmiştir. Başka bir deyişle başvuruya konu dergi biçimindeki yazılı dokümanın başvurucuya verilmemesinin demokratik bir toplumda gerekli olduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilebilmiş değildir.

51. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

52. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

53. Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

54. Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. İşbu ihlal kararı başvuruya konu yayının başvurucuya verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. İlgili derece mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konulan kriterler ve gösterilen

yöntemle yeniden yargılama yaparak yargılamanın sonucuna göre bahse konu yayının başvurucuya verilmesine veya verilmemesine karar vermelidirler.

55. İfade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin -Anayasa Mahkemesinceortaya konulan kriterler ve gösterilen yöntemle- yeniden yargılama yapmak ve yargılamanın sonucuna göre yeni bir değerlendirme yaparak dokümanın başvurucuya verilip verilmemesi hakkında yeni bir karar vermek üzere Ankara Batı İnfaz Hâkimliğine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin dosya içerisinde bulunan başvuruya konu doküman ile birlikte ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara Batı İnfaz Hâkimliğine (E.2014/4960 ve K.2014/5014) GÖNDERİLMESİNE,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 30/11/2017 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY YAZISI

1. Anayasa'nın 26. maddesinin, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlarını belirleyen ikinci fıkrasında "Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması … amaçlarıyla sınırlanabilir" denilmiş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde ise ifade özgürlüğünün "… ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, … amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara" tabi tutulabileceği belirtilmiştir.

2. Başvurucunun şikayetine konu olan ve cezaevinde kendisine verilmeyen dokümanlar, cezaevi eğitim kurulunca sakıncalı bulunmuş, infaz hakimliği ve son aşamada bu kararı denetleyen Ağır Ceza mahkemesince de itirazlar reddedilmiştir.

3. İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, bahse konu yayınların Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde belirtilen sınırlandırma nedenleri kapsamındaki tehlikenin somut niteliği karşısında ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

4. PKK terör örgütü kurucusu ve lideri Abdullah Öcalan'ın 2013/409 sayılı bireysel başvuruya konu olan kitaplarında (2013/409, §§ 25-36), Türkiye Cumhuriyeti topraklarının da önemli bir bölümünü içeren bölge için önerdiği modelin mahiyeti ve buna ulaşmak için gerekirse PKK ve KCK tarafından, son otuz yılda görülenden de şiddetli bir mücadele yapılması tavsiye ve çağrısında bulunulduğu bilinmektedir.

5. Suriye'deki iç savaş şartlarında emperyalist hedefleri bulunan büyük devletlerin de yönlendirme, yardım ve manipülasyonlarıyla oluşturulmuş ve oluşturulmasına çalışılan, PKK'nın Suriye'deki kolu PYD/YPG hakimiyetindeki bölge ve sözde yönetimler, Irak Kürdistan Bölgesel Yönetimi'nin bağımsızlık referandumu teşebbüsü ve geleceğindeki belirsizlikler, PKK'nin ülkemizdeki terör faaliyetlerini sürdürmesi, birlikte değerlendirildiğinde Türkiye'ye yönelik tehditlerin halen bütün şiddetiyle hüküm sürdüğü açıktır.

6. Bu nedenle, cezaevindeki bir hükümlünün ifade özgürlüğü kapsamında erişebileceği her türlü mektup, kitap, yayın ve dokümanın yasaklanmasına yönelik müdahalenin ölçülülüğünün, sınırlandırılma nedenlerinin somut şartlara göre değerlendirilmesi suretiyle belirlenmesi gerekir.

7. Anayasa Mahkemesi Genel Kurul çoğunluğunca, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmış ise de; ihlal kararında, başvuruya konu dokümanın içerik yönünden cezaevine sokulabilir nitelikte olduğu tesbitine değil, başvurucuya verilmemesinin demokratik bir toplumda neden gerekli olduğuna dair ilgili ve yeterli bir gerekçe gösterilmemiş olması değerlendirmesine dayanılmıştır.

8. Bahse konu dokümanların nerelerinin ne şekilde sakıncalar doğurduğuna ilişkin ayrıntılı bir gerekçe belirlenmesinin, yasaklı kitaplardan alınan bölümleri hangi mahkemenin hangi tarih ve sayılı kararı ile yasaklandığının belirtilmesinin, kamu makamlarına ölçüsüz bir külfet, hatta imkansız bir görev yükleyeceği açıktır. Bu tür dokümanlarda aynı hususlara farklı yerlerde yer vermek, kitap adlarını değiştirmek veya hiç zikretmemek, sayfa numaralarını karıştırmak, farklı şekillerde fotokopi çekmek gibi yöntemlerle birbirinden şeklen farklı ancak içerik olarak benzer namütenahi sayıda doküman üretilebilecektir. Bunların her bir sayfası, paragrafı ve satırı üzerinde ayrıntılı bir inceleme yapılmasını beklemek, kabul edilebilir ve makul bir beklenti değildir. Dolayısıyla, yargı denetimini yapan İnfaz Hakimliğinin ve Ağır Ceza Mahkemesinin, cezaevi güvenliği için oluşturulabilecek tehlikeyi en iyi değerlendirebilecek durumda olan Eğitim Kurulu'nun kararına yapılan itirazı reddederken genel ve global bir gerekçeye yer vermiş olmalarında, demokratik bir toplumda gereklilik noktasından bir ihlal bulunmamaktadır. Belirtilen gerekçe, başvurucunun ve herkesin anlayabileceği kadar açıktır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca da dokümanların içeriği konusunda bir değerlendirme yapılmamış, İnfaz Hakimliğince yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmiş, ihlal kararının, dokümanların başvurucuya verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamayacağının altı çizilmiştir. Başka bir deyişle, ifade özgürlüğünün esasına ilişkin bir ihlal tesbit edilememiştir.

9. Yeniden yargılama, infaz hakimliğine ve itiraz mercii ağır ceza mahkemesine gereksiz bir külfet yükleyecek olmasına karşın,

başvurucunun korunmaya değer bir temel hakkının varlığından söz edilemeyeceği açıktır.

10. Bu nedenle, 2013/409 ve 2013/3614 sayılı başvurulara ilişkin karşıoy gerekçelerinde de yer alan hususlar çerçevesinde, başvurucunun ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLMEDİĞİNE karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle Genel Kurul görüşlerine katılmamaktayım.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

DERNEK HAKKI (MD. 33)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

HİNT ASEEL HAYVANLARI KORUMA VE GELİŞTİRME DERNEĞİ VE HİKMET NEĞUÇ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/4711)

Karar Tarihi: 22/2/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucular	:	1. Hint Aseel Hayvanları Koruma ve Geliştirme Derneği
		2. Hikmet NEĞUÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, derneğin kapatılması nedeniyle dernek hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/3/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu Hint Aseel Hayvanları Koruma ve Geliştirme Derneği (Dernek), Düzce ilinde faaliyet gösteren bir dernektir. Diğer başvurucu Hikmet Neğuç ise adı geçen derneğin kurucusu ve başkanıdır. Başvurucu Hikmet Neğuç kendi adına ve başkanı olduğu derneği temsilen başvuru yapmıştır.

10. Başvuru formunda ifade edildiğine göre Dernek Tüzüğü'nde, derneğin faaliyetlerinden birinin Hint Aseel horozları arasında müsabaka düzenlemek olduğu yer almaktadır. Başvurucunun beyanlarına göre başvuruya konu olaydan önce Dernekte yapılan izinsiz müsabaka ve gösteriler nedeniyle üyeler ve Dernek pek çok kez ceza soruşturması geçirmiştir.

11. Başvurucu Derneğin horoz müsabakası düzenlemek amacıyla yaptığı başvuru, 2012 yılının Nisan ayı içinde Doğa Koruma ve Millî Parklar Genel Müdürlüğü tarafından reddedilmiştir. Adı geçen Genel Müdürlüğün red kararında, horoz müsabakası adı altında hayvanların birbirleriyle dövüştürülmesinin 24/6/2004 tarihli ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nda suç olarak tanımlandığı ve ayrıca derneklerin kanunlarca yasaklanan bir fiili gerçekleştirmesinin de4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'na göre mümkün olmadığı belirtilmiştir.

12. Bahsi geçen karara rağmen başvurucu Derneğin, binasında horoz dövüşü yaptırmaya devam ettiği polis tarafından rapor edilmiştir. Polis 2013 yılının Şubat ayında bir ve Mart ayında iki ayrı rapor düzenlemiştir. Bu üç rapor üzerine Düzce Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurucu ve diğer üç arkadaşı hakkında 5253 sayılı Kanun'a muhalefet suçu nedeniyle ceza davası açılmıştır.

13. Düzce Asliye Ceza Mahkemesi 12/11/2013 tarihinde başvurucu ile birlikte üç arkadaşının ayrı ayrı on ay hapis ve 820 TL adli para cezası ile cezalandırılmalarına karar vermiştir. Sanıklara verilen cezalar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile ertelenmiştir. Mahkemeye göre sanıklar, pek çok kez Dernek binasında ring kurarak horoz dövüştürmüşler ve böylece 5199 sayılı Kanun'a aykırı hareket etmişlerdir.

Mahkeme, sanıkların eylemlerinin kanunlarda açıkça yasaklandığını ve eylemlerin suç teşkil ettiğini belirtmiş, ayrıca adı geçen Derneğin feshine karar vermiştir.

14. Başvurucunun itirazı Düzce Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiş ve red kararı 6/2/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvuru 6/3/2014 tarihinde yapılmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

15. 5253 sayılı Kanun'un "*Kurulması yasak olan dernekler ve yasak faaliyetler*" kenar başlıklı 30. maddesinin ilgili kısmışöyledir:

> *"Dernekler; ... b) Anayasa ve kanunlarla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla kurulamaz..."*

16. 5253 sayılı Kanun'un "*Ceza hükümleri*" kenar başlıklı 32. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"p) 30 uncu maddenin (b) bendinde belirtilen kurulması yasak dernekleri kuranlar ile bu bende aykırı harekette bulunan dernek yöneticileri fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli günden az olmamak üzere adlî para cezası ile cezalandırılır ve derneğin feshine de karar verilir."*

17.5199 sayılı Kanun'un "*Amaç*" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

> *"Bu Kanunun amacı; hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamaktır."*

18. 5199 sayılı Kanun'un "*Eğitim*" kenar başlıklı 11. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

> *"Hayvanları başka bir canlı hayvanla dövüştürmek yasaktır. Folklorik amaca yönelik, şiddet içermeyen geleneksel gösteriler, Bakanlığın uygun görüşü alınarak il hayvanları koruma kurullarından izin alınmak suretiyle düzenlenebilir."*

19. 5199 sayılı Kanun'un "*Yasaklar*" kenar başlıklı 14. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Hayvanlarla ilgili yasaklar şunlardır:

a) Hayvanlara kasıtlı olarak kötü davranmak, acımasız ve zalimce işlem yapmak, dövmek, aç ve susuz bırakmak, aşırı soğuğa ve sıcağa maruz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ve psikolojik acı çektirmek."

20. Yargıtay kararlarına göre hukukumuzda bir derneğin cezai olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Başka bir deyişle dernek üyelerinin işlemiş olduğu suçlardan dolayı dernek cezalandırılamaz. Bununla birlikte belli koşulların varlığı hâlinde derneklerin kapatılabilmesi mümkündür. Bir derneğin kapatılabilmesi, o derneğin suç sayılan eylemlerin kaynağı hâline geldiğinin süregelen ve birden çok eylemin varlığının saptanması hâlinde mümkündür. Ancak o takdirde dernek kurucularının asıl amacının dernek faaliyeti olmayıp dernek adı altında suç işlemeye veya ahlaka aykırı çalışmalar yapmaya yasal zemin hazırlamak olduğundan söz edilebilir. Bunun için isnat edilen eylemlerin davalı derneğin bir suçun kaynağı hâline geldiğini göstermeye yeterli kabul edilmesi gerekir (Yargıtay 2. HD, E.2009/494, K.2010/410, 24/02/2011; Yargıtay 18. HD, E.2012/4065, K.2012/4951, 3/05/2012; Yargıtay 7. HD, E.2011/21, K.2011/6226, 20/10/2011).

21. Yargıtay kararlarına göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (12) numaralı fıkrası gereğince itiraza tabi olup temyiz kabiliyeti bulunmadığı gibi asıl mahkûmiyete bağlı olarak verilen derneğin feshi kararının da müstakilen temyizi mümkün bulunmamaktadır (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.2011/5069, K.2012/901, 19/01/2012).

B. Uluslararası Hukuk

22. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*Toplantı ve Dernek kurma özgürlüğü*" kenar başlıklı 11. maddesi şöyledir:

"1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ... suç işlenmesinin önlenmesi,... için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz..."

23. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) feshedilen veya tescil edilmesi reddedilen bir derneğin, temsilcileri aracılığıyla feshi şikâyet eden bir başvuru yapma hakkına sahip olduğuna karar vermiştir (*Sındıcatul "păstorul Cel Bun"/ Romanya* [BD], B. No: 2330/09,9/7/2013, § 70).

24. Bu alanda AİHM'in içtihatlarında açıkça belirtilen genel ilkeler *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 19392/92, 30/01/1998) davasında aşağıdaki gibi özetlenmiştir:

"42. Mahkeme, özerk rolüne ve belli uygulama alanına karşın, 11. maddenin 10. madde ışığında değerlendirilmesi gerektiğini tekrarlar. Düşünce ve bu düşünceleri açıklama özgürlüğünün korunması 11. maddede güvence altına alınan toplanma ve dernek özgürlüklerinin amaçlarından birisidir (diğer kararlar arasında bakınız the Young, James ve Webster / Birleşik Krallık 13 Ağustos 1981 tarihli karar, Series A no. 44, s. 23, § 57 ve the Vogt / Almanya 26 Eylül 1995 tarihli karar, Series A no. 323, s. 30, § 64).

43. Bu, siyasi partilerin çoğulculuğu ve demokrasinin tam olarak işlemesindeki temel görevleri göz önünde tutulduğunda, siyasi partiler bakımından daha çok ilgilidir (bakınız yukarıda paragraf 25).

Mahkeme'nin birçok kez söylediği üzere, çoğulculuk yoksa demokrasi de yoktur. Bu nedenle, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, ikinci fıkradaki sınırlamalara tabi olarak, sadece hoş karşılanan veya zararsız veya ilgilenmeye değmeyen bir sorun olarak kabul edilen 'bilgi' ve 'fikirler' için değil, fakat rencide eden, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve fikirlere de uygulanır (diğer bazı kararlar arasında bakınız yukarıda belirtilen the Vogt kararı, s. 25, § 52). Faaliyetinin ifade özgürlüğünün kolektif kullanımının bir parçasını oluşturması, siyasi partilere Sözleşme'nin 10. ve 11. maddelerinin getirdiği korumadan bizzat yararlanma hakkı verir ...

45. Demokrasi hiç şüphesiz Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliğidir (bakınız yukarıda belirtilen Loizidou kararı, s. 27, § 75). ...

Ek olarak, Sözleşme'nin 8., 9., 10. ve 11. maddeleri, güvence altına aldıkları hakların kullanılmasına yönelik müdahalenin 'demokratik bir toplumda gerekli' olma ölçütü ile değerlendirilmesini gerektirir. Dolayısıyla,

bu haklardan herhangi birisine müdahaleyi haklı kılma yeterliliğinde olan tek gereklilik biçimi, 'demokratik toplum'dan kaynaklandığı iddia edilebilecek olandır. Demokrasinin böylece Sözleşme ile tasarlanmış ve dolayısıyla ve Sözleşme ile uyumlu olan tek siyasi model olduğu anlaşılmaktadır.

46. Sonuç olarak, 11. maddede düzenlenen istisnalar, siyasi partiler söz konusu olduğunda, dar yorumlanmalıdır; sadece ikna edici ve zorlayıcı nedenler bu partilerin dernek özgürlüğüne getirilen sınırlamaları haklı kılabilir. 11. maddenin 2. fıkrası anlamında bir gerekliliğin olup olmadığının değerlendirilmesinde, Sözleşmeci Devletler, hem hukuk, hem de, bağımsız mahkemeler tarafından verilenlerle birlikte bu hukuku uygulayan kararları içine alan, sıkı bir Avrupa denetimine tabi olarak, sadece sınırlı bir takdir marjına sahiptir. Mahkeme halihazırda, hakaret etmekten mahkum olan bir Parlamento Üyesi ile ilgili davada böyle bir denetimin gerekli olduğuna karar vermiştir (bakınız yukarıda belirtilen Castells kararı, s. 22–23, § 42); bu tür bir denetim bir siyasi parti tamamen feshedildiğinde ve liderleri gelecekte benzer biçimdeki herhangi bir faaliyeti yürütmekten yasaklandığında, her şeyden çok gereklidir.

47. Mahkeme denetimini yaparken, görevi, kendi görüşlerini ilgili ulusal makamların görüşlerinin yerine geçirmek değildir, fakat daha ziyade, bu takdir yetkisinin kullanılması kapsamında verilen kararları 11. madde kapsamında incelemektir. Bu, kendisini davalı Devlet'in takdirini makul, dikkatli ve iyi niyetli olarak kullanıp kullanmadığını açığa kavuşturmakla sınırlamak zorunda olduğu anlamına gelmez; şikayet edilen müdahaleye davanın ışığında bir bütün olarak bakmalı ve müdahalenin 'izlenen meşru amaçla orantılı' olup olmadığını ve ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin müdahaleyi haklı kılmak için 'ilgili ve yeterli' olup olmadığını saptamalıdır. Bu incelemeyi yaparken, Mahkeme ulusal makamların 11. maddede yer alan ilkelere uygun olarak standartları uyguladıklarına ve ayrıca, kararlarını ilgili olguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandırdıklarına bizzat ikna olmalıdır (aralarındaki farkları dikkate alarak bakınız 23 Eylül 1994 tarihli the Jersild - Danimarka kararı, Series A no. 298, s. 26, § 31)." (Tercüme, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek fonu)

25. AİHM, yukarıda zikredilen karardan başka ayrıca "demokratik bir toplumda gerekli" ifadesinde kullanılan "gereklilik" kavramının, müdahalenin "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca" cevap vermesi ve ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olması gerektiğini pek çok

kararında belirtmiştir (*Türkiye Sosyalist Partisi /Türkiye*, B. No: 26482/95, 12/11/2003, § 39; *Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP)/Türkiye*, B. No: 23885/94, 8/12/1999, § 43; *Refah Partisi/Türkiye*, B. No:41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 13/02/2003, § 104).

26. AİHM, örgütlenme özgürlüğüne ilişkin verdiği kararlarda bir siyasal parti ile siyasi olmayan bir dernek arasındaki önem bakımından farklılıklar bulunduğunu ve dernek hakkı üzerindeki sınırlama gerekliliğinin çok sıkı denetlenmesine sadece siyasi partilerin hak kazandığını belirtmiştir. AİHM, siyasi amaç ve etkiye sahip dernekler bakımından da denetim düzeyinin, böyle bir etkiye sahip olmayan derneklere göre farklı olacağını kabul etmiştir (*Vona/Macaristan*, B. No: 35943/10,9/7/2013, § 58).

27. İmzaya açılmamış bulunan 15/10/1978 tarihli Paris Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (Beyanname) ilgili kısımları şöyledir:

"1. Bütün hayvanlar yaşam önünde eşit doğarlar ve aynı var olma hakkına sahiptirler.

2. Bütün hayvanlar saygı görme hakkına sahiptir. Bu hakkı çiğneyerek onları sömüremezler. Bilgilerini hayvanların hizmetine sunmakla görevlidir. Bütün hayvanların insanca gözetilme, bakılma ve korunma hakları vardır.

3. Hiçbir hayvana kötü davranılamaz, acımasız ve zalimce eylem yapılamaz.

...

10. Hayvanlardan insanların eğlencesi olsun diye yararlanılamaz, hayvanların seyrettirilmesi ve hayvanlardan yararlanılan gösteriler hayvan onuruna aykırıdır.

11. Zorunluluk olmaksızın bir hayvanın öldürülmesi yaşama karşı suçtur."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 22/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

29. Başvurucular; 5253 sayılı Kanun hükümlerine göre Derneğin kurulduğunu, faaliyetleri arasında Hint Aseel horozları arasında

müsabaka düzenlemek de bulunduğunu belirtmişlerdir. Başvuruculara göre düzenledikleri müsabakaların polis tarafından engellenmesi, üyelere ve Derneğe cezalar verilmesi Anayasa'nın 33. maddesinde yer alan dernek hakkına aykırılık oluşturmaktadır. Başvurucular, ihlalin tespiti ile yeniden yargılama kararı verilmesini talep etmişlerdir.

30. Bakanlık görüşünde, demokrasilerde örgütlenme özgürlüğünün önemine ilk olarak değinilmiş; bununla birlikte bu özgürlüğün sınırsız bir hak niteliği taşımadığı hatırlatılmıştır. Bakanlık görüşünde, derneğin feshedilmesinin meşru ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ikinci olarak ifade edilmiştir. Başvurucu Dernekte dört kez horoz dövüşü yaptırıldığının tespit edildiği, iki kez Derneğe idari para cezası verildiği, orantılılık değerlendirmesinde bu hususun da gözönünde bulundurulması gerektiği Bakanlıkça belirtilmiştir.

31. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı Kanatlı Kümes Hayvanları Federasyonunun katkılarıyla basımı yapılan "Türkiye'de Yetiştirilen Asil Horozlar ve Horoz Müsabakaları" isimli kitabı sunmuştur.

B. Değerlendirme

32. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "*Dernek kurma hürriyeti*" kenar başlıklı 33. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

> *"Herkes, önceden izin almaksızındernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir...*
>
> *Dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.*
>
> *Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.*
>
> *Dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonulabilir..."*

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

33. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan

dernek hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

34. Dernek faaliyetleri nedeniyle başvurucu Hikmet Neğuç'un on ay hapis ve 820 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, Derneğin de feshine karar verilmiştir. Dolayısıyla başvurucuların dernek hakkına yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

35.Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

> *"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

36. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

37. Bu sebeple sınırlamanın; Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma,demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

38. 5253 Sayılı Kanun'un 32. maddesinin (p) bendinin "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

39. Yukarıda zikredilen ve müdahale teşkil eden kararın "suç işlenmesinin önlenmesi"ne yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

40. Anayasa Mahkemesi önündeki mesele, kanunun suç saydığı bir fiilin işlemesi nedeniyle bir derneğin kapatılmasının ve üyelerinin cezalandırılmasının demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığıdır.

41.Dernek hakkı; bireylerin kendi menfaatlerini korumak ve savunmak, ideallerini ve ihtiyaçlarını gerçekleştirmek için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğünün temeli, hiç kuşkusuz ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğü; düşünceyi korkmadan, engellenmeden açıklama ve yayma özgürlüğünün yanı sırabu düşünceler çerçevesinde örgütlenme, kişi toplulukları oluşturma ve bu çerçevede dernek hakkını da kapsamaktadır.

42. Bu itibarla örgütlenme özgürlüğü; bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Siyasi bir amacı olsun veya olmasın vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir "örgüt", devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir (Sendikalarla ilgili olarak bkz. *Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, §§ 31, 32).

43. Örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olan dernek hakkı; kişi açısından, dernek kurma özgürlüğünün yanı sıra derneğe üye olma, derneğin etkinliklerine katılma ve mensuplarının menfaatlerini korumak üzere faaliyetlerde bulunma gibi hakları da içermektedir. Dernekler ise belirli bir amacın gerçekleştirilmesi ya da izlenmesi için kişilerin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirdikleri örgütlenmiş ve tüzel kişilikle donatılmış kişi topluluklarıdır. Anayasa'nın 33. maddesi temel olarak dernek hakkının kullanılması sırasında kamu makamlarının keyfî müdahalelerine karşı korunmayı amaçlamaktadır.

44. Örgütlenme özgürlüğü ve onun bir alt türü olan dernek hakkı Anayasa kapsamında demokratik yaşamın ayrılmaz bir parçası olarak görüldüğünden bu hakka getirilecek sınırlandırmaların demokratik toplumda gerekli olup olmadığı sıkı denetim altındadır.

45. Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kez "demokratik toplum düzeninin gerekleri" deyiminden ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır (*Tayfun Cengiz*, §§ 50-56; ifade özgürlüğü bağlamında bkz. *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin, böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir.

46. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir(AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Tayfun Cengiz*, §§ 53, 54; ifade özgürlüğü bağlamında ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; *Bekir Coşkun* §§ 53, 54. *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 96-98; *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55;*Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72). Bu sebeple Anayasa'nın 33. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen "suç işlenmesinin önlenmesi" meşru amacını gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile dernek hakkı arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığına bakılması gerekir.

47. Yukarıda zikredilen dengenin sağlanabilmesi için önlenmek istenen suçun çeşidi ile öngörülen cezanın yanı sıra işlenmesi ile kamu düzen ve güvenliğine, hukuk devletine, kamu sağlığına ve çevreye, toplum barışına oluşturduğu zarar veya tehlikenin de gözönünde bulundurulması gerekir. İşlenen suç ile doğrudan kişi hak ve özgürlükleri zarar görmese bile toplumun yaşam koşullarını muhafaza ve güvenceye almak anayasal bir ödevdir. Bu yaşam koşullarından biri de içindeki canlılarla birlikte çevredir. Anayasa'nın "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" biçimindeki 56. maddesinin birinci fıkrası bu anayasal zorunluluğa vurgu yapmaktadır. Nitekim hayvanlar tam da bu sebeple yasalarca korunmaktadır. O hâlde denge, dernek hakkı ile diğer tarafta kamunun yararı ile bağlantılı olarak hayvanların korunması "gereği" arasında kurulmalıdır.

48. Hayvanların ahlaki statüsü konusundaki tartışmaların uzun bir geçmişi bulunmakla birlikte bu konuda tam bir uzlaşı sağlanamamıştır.

Hayvanlara "iyi" davranmak gereği, herkesin üzerinde anlaştığı ahlak kurallarından biridir. Zira pek çok hayvan türünün tıpkı insanoğlu gibi hissetme yetisine sahip olduğu bilinmektedir. Hayvanların pek çok çıkarı olabilir ancak hissetme yetisine sahip oldukları sürece en azından acı ve ıztıraptan kaçınmanın çıkarlarına olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu düşünce normatif hayvan hakları hukukunun temelini oluşturan ve kökleri 19. yüzyıla dayanan "insanca muamele ilkesi"nde ifadesini bulur. Bu ilke insanın çıkarlarının hayvanın çıkarlarına tercih edilebileceği ama bunun ancak zorunlu hâllerde yapılabileceği, dolayısıyla hayvanlara gereksiz yere acı çektirilmemesi gereğine işaret eder. Hayvanların ahlaki statüsünün varlığına ve niteliğine ilişkintartışmalar her geçen gün daha da yoğunlaşmaktadır. Buna karşın kendisine karşı güçlü itirazlar ileri sürülse de çağdaş demokrasilerde kabul edilen insanca muamele ilkesi sadece ahlaki değil aynı zamanda hukuki bir kuraldır. Nitekim hayvanları koruma yasaları hayvanların "gereksiz" yere acı çektirilmesini yasaklar.

49. Mevcut başvurulara benzer başvurularda gereklilik testinin yapılması sırasında gözönünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise "hayvan müsabakalarının" pek çok milletin kültürel mirasının bir parçası olduğu gibi Türk kültürünün de bir parçası olduğu gerçeğidir.

50. Son olarak hayvanları koruma yasalarının temelinde kötü muamelenin bizzat hayvanlara karşı bir haksızlık olduğuna ilişkin inancın bulunduğu hatırda tutulmalıdır. O hâlde hayvanların korunmasının söz konusu olduğu başvurularda gereklilik ve ölçülülük testlerini yaparken hayvanlara yapılan muamelelerden hayvanların etkilenme derecesinin de gözönüne alınması gerekmektedir.

51. Mevcut başvuruda yapılacak değerlendirmelerden biri de üyelerinin suç oluşturan eylemleri işlemesi hâlinde bir derneğin mahkeme kararı ile tamamen kapatılmasının olanaklı olup olmadığıdır. Kapatmanın dernek hakkına oldukça ağır bir müdahale olduğu açıktır. Bununla birlikte bir derneğin yönetilme biçimi veya araçları endişelere neden oluyorsa bu kısıtlanabilir bir özgürlüktür. Dolayısıyla belli koşulların varlığı hâlinde de derneklerin kapatılabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

52. Bir derneğin amaç veya faaliyetlerinin 5253 sayılı Kanun kapsamında cezalandırılabilir nitelikte olup olmadığı veya 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kapsamında derneğin

kapatılabilir nitelikte olup olmadığı örgüt üyelerinin niyet ve tutumlarına bağlıdır. Ceza Kanunu kapsamında sadece gerçek kişiler cezalandırılabilir çünkü suçlu olmak yalnızca gerçek kişilerde var olan ceza sorumluluğuna işaret eder. Buna karşın 5253 sayılı Kanun'un 32. maddesinin (p) fıkrasında açıkça belirtildiği üzere bir derneğin cezai açıdan sorumlu tutulabilmesi ve ceza mahkemesince kapatılabilmesi yasal olarak mümkündür. Aynı şekilde 4721 sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca derneğin amacı kanunlara ve ahlaka aykırı hâle gelirse savcının istemi üzerine mahkemece dernek feshedilebilir. Çünkü dernek, üyeleri ve temsil organlarıyla üyelerin her birinden ayrı olan ve kendi amacını geliştiren ve bağımsız hareket edebilen kolektif bir irade oluşturabilir. O hâlde bir derneğin kendi amacının veya bağımsız faaliyetlerinin sonucu olarak ceza kanunları ihlal edilirse dernekler kapatılabilir. Bu bağlamda belirleyici faktör, üyelerinin davranışlarının derneğe yüklenebilir olmasıdır. Başka bir deyişle dernekler ancak suç işlenmesinin odağı hâline gelmişse kapatılabilir. Burada derneğin niteliğinin, üyelerinin işlediği suçlarla şekillenip şekillenmediğine bakılmalıdır.

53. Anayasa'nın 33. maddesinin dördüncü fıkrası ile birlikte bağlantılı okunduğunda 5253 sayılı Kanun'un 30. maddesinin (b) fıkrası ve 32. maddesinin (p) fıkrasına dayandırılan bir derneğin kapatılması, derneğin bir üyesi veya görevlisinin hüküm giymesinden hukuken bağımsızdır. Zira bunun aksinin kabulü, derneğin kapatılması hâlinde diğer dernek üyelerinin, kurucuların yasaya aykırı tutumlarından ötürü cezalandırılmaları sonucunu verir ve böylece ceza sorumluluğunu kişisellikten çıkarmış olur (AYM, E.1973/3, K.1973/37, 18/12/1973, 19/12/1973, 20/12/1973). Bu sebeple mahkemeler yalnızca ceza kanunlarının ihlal edilip edilmediğini incelemez, aynı zamanda derneğin "suçun kaynağı" hâline gelip gelmediğini denetler. Zira ancak o takdirde dernek kurucularının ve üyelerinin asıl amacının dernek adı altında suç işlemeye yasal zemin hazırlamak olduğundan söz edilebilir.

54. Yukarıda zikredilen sebeplerle bir derneğin kapatılması kararı ceza hükümlerini ihlal etmiş kişilere ek ceza uygulamak şeklinde değerlendirilemez. Bu hükümlerin amacı, suç fiillerini planlayan veya işleyen bir örgütün kuruluşu ya da devam eden varlığı ile kamu güvenliğine ve kamu düzenine karşı oluşan belli bir tehdidi değerlendirmektir. Suç işlemek amacıyla kurulmuş veya kuruluş amacı suç işlemek olmamakla birlikte suçun odağı hâline gelmiş bu tür örgütler, kanunlarla korunmuş

menfaatlere karşı özel tehdit oluşturur. Bu tür örgütler sahip oldukları örgütlenmiş insan ve maddi kaynakları kullanarak ve özlerinde var olan motivasyonla suç oluşturan eylemleri kolaylaştırır ve destekler. Böyle bir örgütte suç işlemeye iştirak etmeyen diğer üyelerin ya sorumluluk duygusu giderek zayıflamakta ya da suç işlemeye karşı bireysel dirençleri azalmaktadır.Bu tür örgütlerin daha fazla suç işleme güdüsü yarattıkları kabul edilmelidir.

55. Bir derneğin kapatılması kararı mahkemelerin yetkisi içindedir. Bu bağlamda başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin dernek hakkını kısıtlama bakımından "demokratik bir toplumda gerekli" ve "ölçülülük ilkesi"ne uygun olduğunun inandırıcı bir şekilde ortaya konulup konulamadığı olacaktır.

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

56. Başvurucular, başvuruya konu olaylardan önce "horoz müsabakası" yaptırmak için yetkili makamlara başvurmuşlardır. Buna karşın idare, başvurucuların dile getirdikleri talebin 5199 sayılı Kanun uyarınca yasaklanmış olduğunu belirterek talebi reddetmiştir. Başvurucuların red kararının ardından "müsabaka" adı altında idarenin izin vermediği faaliyetleri yapmaya devam ettikleri anlaşılmaktadır.

57. Sanıklar yargılama boyunca Derneğin pek çok kez polis tarafından denetlendiğini ve kendilerine ceza verildiğini ifade etmişlerdir. Dahası başvurucu Hikmet Neğuç, başvuru dilekçesinde aynı yönde beyanlarına devam etmiştir. Dava dosyasında yer alan bilgiler de bu sonucu desteklemektedir. Dernek ve üyeler hakkında ceza davası açılmadan önceki kısa sürede üç kez Dernek binasında üyelerin horoz dövüşü yaptırdıkları polis tarafından tespit edilmiş ve raporlanmıştır. Buna karşın başvurucular, özet olarak polis baskınlarına neden olan faaliyetlerin kanunlarca yasaklanmış bulunan hayvan dövüştürmek olmadığını, faaliyetlerin hayvanlar arası yarışma olduğunu ileri sürmektedirler.

58. Anayasa Mahkemesinin görevi başvuruya konu olguların ceza hukuku anlamında bir değerlendirmesini yapmak değildir. Gerek polis raporlarında ve gerekse Derece Mahkemelerinin kararlarında başvurucuların faaliyetlerinin hayvan dövüştürmek olduğu kabul edilmiştir. Buna karşın başvurucular, zikrettikleri "müsabaka"nın ne tür

bir müsabaka olduğunu da Anayasa Mahkemesine gösterememişlerdir. Bu sebeplerle bahse konu Dernekte 5199 sayılı Kanun'da tarif edilen hayvan dövüşü yaptırıldığını kabul etmemek için hiçbir gerekçe bulunmamaktadır.

59. Başvurucu, kültürel mirasın bir parçası olması nedeniyle belirli koşullarda horoz müsabakalarına müsaade edilmesi gerektiğini hem Derece Mahkemelerinde ve hem de Anayasa Mahkemesinde talep etmiştir. Başvurucunun sunduğu kitapta, ülkemizde özel olarak horoz müsabakalarını düzenleyen mevzuat hükümlerinin bulunmadığı izah edildikten sonra "*Horoz müsabakalarının bugünkü şekliyle sürdürülmesine izin verilmesi seçeneğinin ise gerek kamuoyu gerekse hayvan sever ve bilimsel çevreler tarafından kabul görmesi zordur.*" (*Türkiye'de Yetiştirilen Asil Horozlar ve Horoz Müsabakaları*, s. 3) tespitine yer verilmiştir. Mevcut başvuru her tür denetim ve kontrol tedbirlerinin alındığı geleneksel bir spor müsabakasına izin verilip verilmemesine ilişkin olmayıp illegal ve denetimsiz bir şekilde horoz dövüşü yaptırıldığına karar verilen bir derneğin kapatılmasına ilişkindir.

60. Bu şartlar altında görünüşte başka amaçlarla kurulmuş olsa bile dernek faaliyetlerinin suçun işlenmesine hizmet eden ve suç işlenmesinin kolaylaştırıldığı bir zemin hâline geldiği ve asıl olarak "hayvanları koruma" amacı altında bahis veya başka nedenlerle hayvanların dövüştürülmesine hizmet ettiği, dolayısıyla da mevcut başvuruda ilk derece mahkemesinin derneğin 5199 sayılı Kanun'a aykırı eylemlerin odağı olduğuna yönelik değerlendirmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.

61. Öte yandan hayvan-insan ilişkileri konusunda görüş ayrılıkları ne olursa olsun hayvanlara sırf eğlenmek ya da zevk için acı çektirmenin ahlaken ve hukuken yanlış olduğu kabul edilmelidir. Hayvanlara bu şekilde acı çektirmenin gerekli olduğu iddia edilemez.

62. Oldukça sert bir tedbir olan bir derneğin kapatılmasının ve suç işleyen üyelerin cezalandırılmasının bu hakka zarar vermesi muhtemeldir. Bununla birlikte mevcut davanın koşullarında başvurucu Derneğin faaliyetlerinin ne genelde gözlemlendiği gibi ifade özgürlüğü ile ne de Anayasa'da korunan diğer haklarla bir ilgisi bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'da yer alan diğer haklara bir müdahale de söz konusu değildir.

63. Sonuç olarak Derece Mahkemelerinin konuyu ele almak için en makul olan yaptırımı seçtikleri kabul edilmiştir. Başvuruya konu suçun

kanunlarda öngörülen cezasını belirleme yetkisinin yasa koyucuya ait olduğu ve mahkemelerin bu konudaki takdir payı gözetildiğinde Derneğin kapatılmasının ve diğer başvurucuya verilen hapis cezasının ertelenerek onun belirli bir süre denetim altına alınmasının demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.

64. Yukarıdaki mülahazalar nedeniyle başvurucuların Anayasa'nın 33. maddesinde güvence altına alınan dernek hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Dernek hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 33. maddesinde güvence altına alınan dernekhakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 22/2/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ DÜZENLEME HAKKI (MD. 34)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

DİLAN ÖGÜZ CANAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/20411)

Karar Tarihi: 30/11/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Dilan ÖGÜZ CANAN
Vekili	:	Av. Hasan ALICI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, düzenlenen bir toplantıda slogan atıldığı ve pankart açıldığı iddiasıyla açılan kamu davasında kovuşturmanın ertelenmesi

kararı verilmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün; davanın uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 29/12/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

7. Birinci Bölüm tarafından 6/4/2017 tarihinde yapılan toplantıda verilecek kararın Bölümlerin önceden vermiş olduğu kararlarla çelişebileceği anlaşıldığından başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formunda ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, olayların geçtiği tarihte yirmi yaşındadır ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğrencidir.

10. 12/9/2008 tarihinde İstanbul Teknik Üniversitesi Kültür Merkezinin açılış merasimine Başbakan ve bazı üst düzey siyasetçiler ile devlet adamları katılmıştır. Açılış merasimi 12 Eylül 1980 tarihinde ordunun yönetime el koymasının yıl dönümüne denk gelmiştir. Aradan geçen otuz yılı aşkın süreye rağmen her yıl çeşitli anma toplantıları ve gösteriler ile 12 Eylül Darbesi çeşitli toplum kesimlerince hatırlanmaya ve kınanmaya devam edilmektedir.

11. Başvurucu ile birlikte başvuru evraklarından sayısı bilinemeyen bir grup öğrenci açılış töreni yapılan kültür merkezinin dışında toplanarak pankartlar taşımış ve sloganlar atmıştır. İddianameye göre protestocu grup ellerinde *"AKP dışarı"*, *"üniversiteler bizimdir, liboşa yobaza bırakmayız"*, *"12 Eylül çoçuğu doğum gününü başka yerde kutla"* şeklinde pankartlar taşımış ve sloganlar atmıştır. Bu ilk grup polisin uyarısı üzerine dağılmıştır.Kısa bir süre sonra, dağılan ilk gruptakilerle aynı kişiler olup olmadıkları tam olarak belirli olmayan yeni bir grup toplanmış ve slogan atmaya başlamıştır. İddianameye göre bu ikinci gruptakilerin ellerindeki pankartlarda *"235. yılda İTÜ'de dönüm noktası fotoğrafın sağındaki insan, İTÜ Açılış töreni baş konuşmacısı"*, *"Bir AKP Hükümeti filmi büyük işgal... AKP'nin üniversite işgalinin hikayesi"*, *"İTÜ medrese, Rektörlük AKP şubesi değildir"*, *"İTÜ öğrenci kollektifi"* yazmaktadır. İddianameye göre protestocu grup polisin dağılın uyarısına uymamış ve Üniversitenin özel güvenlik elemanlarının talebi üzerine polis gruba müdahale etmiştir.

12. Başvurucu; ilk derece mahkemesindeki savunmasında Kültür Merkezinin önünde iki ayrı grup tarafından gösteri yapıldığını, ilk grubun polis uyarısı üzerine dağılmasının ardından kendisinin de içinde olduğu ikinci grubun geldiğini fakat bir uyarı yapılmadan polis tarafından kendilerine müdahale edildiğini, gözaltına alınmalarının ardından gece 23.00 sıralarında serbest bırakıldıklarını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesine sunulan evraklarda başvurucunun gözaltına alındığına ilişkin bir bilgi yer almamaktadır.

13. Başvurucu ile birlikte toplam on sekiz kişi hakkında kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenlemek ve bunlara katılmak suçundan cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmıştır. Sarıyer 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 5/11/2010 tarihli kararıyla başvurucu ile birlikte tüm sanıkların 1 yıl 6 ay hapis ve 80 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş, Beyoğlu 1. Ağır Ceza Mahkemesi 7/11/2011 tarihli kararı ile ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır. Yapılan yargılama sonunda İstanbul 55. Asliye Ceza Mahkemesi 19/12/2013 tarihli kararıyla başvurucunun bir kez daha hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Başvurucunun yargılama aşamalarında savunmasının alınmadığı, bu hususun da savunma hakkının kısıtlanması sonucuna yol açabileceği değerlendirilerek İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi 12/2/2014 tarihli kararı ileilk derece mahkemesinin kararını bir kez daha kaldırmıştır.

14. Yeniden yapılan yargılama sonucunda İstanbul 55. Asliye Ceza Mahkemesinin 28/11/2014 tarihli kararıyla, eyleminin 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun kapsamında kaldığı gerekçesiyle başvurucu hakkında açılan ceza davasının ertelenmesine karar verilmiştir. Karar başvurucuya 28/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 29/12/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun *"Yasaklara aykırı hareket"* kenar başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

> *"Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanlar, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

17. 2911 sayılı Kanun'un *"Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri"* kenar başlıklı 23. maddesi şöyledir:

> *"a) 9 ve 10 uncu madde hükümlerine uygun biçimde bildirim verilmeden... veya toplantı veya yürüyüş için belirtilen gün ve saatten önce veya sonra;*
>
> *b) Ateşli silahlar veya havai fişek, molotof ve benzeri el yapımı olanlar dâhil patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, boğma teli veya zincir, demir bilye ve sapan gibi bereleyici ve boğucu araçlar veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddeler ile yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşınarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyilerek veya kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez ve sair unsurlarla örterek toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma ve kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşınarak veya bu nitelikte sloganlar söylenerek veya ses cihazları ile yayınlanarak,*

c) 7 nci madde hükümleri gözetilmeksizin,

d) 6 ve 10 uncu maddeler gereğince belirtilen yerler dışında,

e) 20 nci maddedeki yöntem ve şartlara ve 22 nci maddedeki yasak ve önlemlere uyulmaksızın,

f) 4 üncü madde ile Kanun kapsamı dışında bırakılan konularda kendi amaç, kural ve sınırları dışına çıkılarak,

g) Kanunların suç saydığı maksatlar için,

h) Bildirimde belirtilen amaç dışına çıkılarak,

i) Toplantı ve yürüyüşün 14, 15, 16, 17 ve 19 uncu maddelere dayanılarak yasaklanması veya ertelenmesi halinde tespit edilen erteleme veya yasaklama süresi sona ermeden,

j) 12 nci madde gereğince toplantının dağılmasına karar verilmesi hâlinde,

k) 21 inci madde hükmüne aykırı olarak,

l) 3 üncü maddenin 2 nci fıkrası hükmüne uyulmadan,

Yapılan toplantılar veya gösteri yürüyüşleri Kanuna aykırı sayılır."

18. 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının ilgili bölümü şöyledir:

"(1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adlî para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı...

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine..

karar verilir.

(2) Hakkında ... kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, ... düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur."

B. Uluslararası Hukuk

19. İlgili uluslararası hukuk kaynaklarının derli toplu verildiği bir karar için *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* (B. No: 2014/920, 25/5/2017, §§ 25-30) kararına bakılabilir.

20. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) mevcut başvuruya benzer *Oya Ataman/Türkiye* (B. No: 74552/01, 5/12/2006) kararında bir gösterinin sadece mevzuata uygun olmamasının barışçıl şekilde toplanma özgürlüğünün kullanılmasına müdahale edilmesini haklı kılmayacağına karar vermiştir. *Oya Ataman/Türkiye* kararına konu olayda İnsan Hakları Derneği üyesi bir avukat olan başvurucunun da içinde bulunduğu kırk elli kişilik bir grubun İstanbul Sultanahmet Parkı'nda F Tipi cezaevlerini protesto eden basın açıklaması ve devamında yarım saat süren gösteri yürüyüşüne, izinsiz gösteri yapıldığı ve kamu düzeninin bozulduğu gerekçesiyle polis müdahale etmiştir. AİHM, müdahaleyi orantısız bularak 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Söz konusu grubun trafikte karışıklık yaratması dışında kamu düzeni için tehlike oluşturduğunu gösteren bir delil bulunmadığını ve yetkililerin düzenlenen gösteriye son vermekte gösterdikleri sabırsızlığa anlam veremediğini belirten AİHM'e göre "*Göstericilerin şiddet içeren faaliyetlerde bulunmadığı hallerde, Sözleşmenin 11. maddesi tarafından güvence altına alınan özgürlüğün içeriğinin boşalmaması için, kamu makamlarının barışçıl toplanmalara belirli bir hoşgörüyle yaklaşmaları büyük önem taşımaktadır.*" (*Oya Ataman/Türkiye*,§ 42).

21. Ayrıca derhâl tepki gösterilmesi gereken kimi durumlarda kanunlarda öngörülen bildirim sürelerine uymak her zaman mümkün olmayabilmektedir. Hemen gerçekleştirilmediği takdirde güncelliğini yitirecek bu tür acele toplantılara ilişkin bir kararında (*Bukta ve diğerleri/ Macaristan*, B. No: 25691/04, 17/10/2007) AİHM, bu konuyu incelemiştir. Bir oteldeki resepsiyona katılacağı bildirilen başbakanı protesto etmek için barışçıl biçimde toplanan ancak yasal zorunluluk olan üç gün öncesinden bildirme koşuluna uymadıkları gerekçesiyle toplantıları dağıtılan başvurucuların toplantı özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yaptıkları başvuruyu inceleyen AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM'e göre "*politik bir olaya gösteri şeklinde derhal tepki verilmesinin haklı görülebileceği özel koşullarda, barışçıl toplanmaya katılanların yasadışı hareketleri olmadığı halde sadece ön bildirim yapılmamış olması nedeniyle toplantıyı yasaklamak,*

barışçıl toplanma hakkına orantısız bir kısıtlama oluşturur." (*Bukta ve diğerleri/ Macaristan*, § 36).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

22. Mahkemenin 30/11/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

23. Başvurucu; bir gösteriye katılması nedeniyle gözaltına alınması, uzun süren yargılama sürecinde iki kez mahkûm edilmesi ve sonuç olarak hakkında bir mahkûmiyet hükmü kurulmasa bile üç yıl denetim altına alınması nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının, ifade özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

24. Anayasa'nın "*Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı*" kenar başlıklı 34. maddesi şöyledir:

> *"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.*
>
> *Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.*
>
> *Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir."*

25. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun şikâyetinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

26. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

27. Başvurucunun protesto gösterisi yapan grupla birlikte gözaltına alınarak grubun dağıtılmasının toplanma hakkına yönelik bir müdahale olduğu açıktır. Bununla birlikte toplanma hakkının sadece kullanılması sırasında değil kullanılmasından sonraki muamelelerin de hak üzerinde "sınırlayıcı" etkisi gözetilmelidir. Başvurucu hakkında açılan kamu davası sonucunda ceza verilmemiş olsa bile başvurucunun üç yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınması toplanma hakkına yönelik bir müdahale kabul edilmelidir (Toplanma hakkına bu hakkın kullanımından sonra vaki müdahaleler için bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 47; toplantı hakkına bu hakkın kullanımı sırasında yapılan müdahaleler için bkz. *Osman Erbil*, B. No: 2013/2394, 25/3/2015, § 53; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, B. No: 2013/3936, 17/2/2016, § 72).

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

28. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 34. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

> *"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

29. Sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma,demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

30. 2911 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

31. Başvurucunun içinde bulunduğu gruba yönelik polis müdahalesinin ve başvurucu hakkındaki kovuşturmanın ertelenerek onun denetimli serbestlik altına alınmasına ilişkin kararın Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sebeplerden "kamu düzeninin korunması"na yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

32. Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kez "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır (Sendika hakkı bağlamında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 73; *Tayfun Cengiz*, § 56; *Adalet Mehtap Buluryer*, B. No: 2013/5447, 16/10/2014, §§ 103-105; grev hakkı bağlamında bkz. *Kristal-İş Sendikası* [GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015, § 70; ifade özgürlüğü bağlamında bkz. *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir.

33. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; sendika hakkı bağlamında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 73; *Tayfun Cengiz*, §§ 53-55; ifade

özgürlüğü bağlamında ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; *Bekir Coşkun* §§ 53, 54; *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55;*Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72). Bu sebeple Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçları gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile toplantı hakkı arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığına bakılması gerekir.

34. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, bireylerin ortak fikirlerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelebilme imkânını korumayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla bu hak, ifade özgürlüğünün özel bir biçimidir. İfade özgürlüğünün demokratik ve çoğulcu bir toplumdaki önemi, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı için de geçerlidir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 115; *Osman Erbil*, §§ 31, 45; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 72; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, § 66). O hâlde mevcut başvurunun Anayasa'nın 26. maddesinin ışığında ve 34. maddesi uyarınca incelenmesi gerekir.

(a) İfade Özgürlüğü

35. Anayasa Mahkemesi; Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, koruma altına alınan ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel dayanaklarından ve demokratik toplumun gelişiminin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin başlıca şartlarından birini oluşturduğunu her zaman vurgulamıştır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür bir tartışma ortamında ulaşılabilir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (İnternet ortamında ifade özgürlüğünün önemine ilişkin bkz. *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, §§ 25, 26, sanatsal ifade özgürlüğünün önemine ilişkin bkz. *Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §§ 66, 104; bir siyasetçinin basın açıklamasında ileri sürdüğü düşüncelere ilişkin bkz. *Mehmet Ali Aydın*, §§ 74, 84).

(b)Toplanma Hakkı

36. Anayasa'nın 34. maddesi; fikirlerin "silahsız ve saldırısız", başka bir ifade ile barışçıl bir şekilde ortaya konabilmesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını güvence altına almıştır. Kolektif bir

şekilde kullanılan ve düşüncelerini ifade etmek isteyen kişilere şiddeti dışlayan yöntemlerle düşüncelerini açıklama imkânı veren bu hak; çoğulcu demokrasilerin gelişmesinde zorunlu olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılmasını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla kendine özgü özerk işlevine ve uygulama alanına rağmen -ifade özgürlüğünde olduğu gibi- siyasi ve kamu yararını ilgilendiren meseleler söz konusu olduğunda toplantı hakkına yapılan müdahaleler daha dar yorumlanmalıdır (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 79; *Osman Erbil*, § 45; toplantı hakkı ile ifade özgürlüğünün birlikte ele alındığı değerlendirmeler için bkz. *Ali Rıza Özer ve diğerleri,* §§ 115-117).

37. Toplanma hakkı demokratik toplumun en temel değerleri arasında yer alır. Demokratik bir toplumda mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin toplantı ve diğer yasal araçlarla ifade edilebilmesi imkânı sunulmalıdır. Şiddet kullanma niyetinde olan kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösteriler barışçıl toplanma kavramı dışındadır. Dolayısıyla toplanma hakkının amacı, şiddete karışmayan ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan bireylerin haklarının korunmasıdır. Bunun dışında toplantının veya gösteri yürüyüşünün hangi amaçla yapıldığının bir önemi yoktur (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 80; *Ali Rıza Özer ve diğerleri,* §§ 117, 118; *Osman Erbil*, § 47; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, §§ 67, 68).

38. Şiddete teşvik ve demokrasinin ilkelerini ortadan kaldırma durumları dışında toplanma özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik önleyici nitelikli radikal tedbirler demokrasiye zarar verir. Bu nedenle barışçıl amaçlarla bir araya gelmiş kişilerin toplanma hakkını kullanırken kamu düzeni açısından tehlike oluşturmayan ve şiddet içermeyen davranışlarına devletin sabır ve hoşgörü göstermesi çoğulcu demokrasinin gereğidir.

39. Anayasa Mahkemesi, toplanma hakkının bildirim usulüne bağlanabileceğine daha önce karar vermiştir. Söz konusu bildirimin amacı toplantı, yürüyüş veya diğer gösterilerin düzgün bir şekilde yapılmasını güvence altına almak için yetkililere makul ve uygun tedbir alma imkânı sağlamak olduğu sürece genel olarak hakkın özüne dokunmaz. Derhâl tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlar hariç bildirim usulünün uygulanmasının amacı, toplanma hakkının etkin kullanılması imkânını sağlamaktır (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 81; *Osman*

Erbil, § 52; *Ali Rıza Özer ve diğerleri,* § 122; katılımcılar açısından derhâl tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlara ilişkin olarak ayrıca bkz. *Osman Erbil*, §§ 65, 67; *Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 119).

40. Buradan çıkan sonuca göre toplanma özgürlüğünün kullanımından kaynaklanan kamu düzenine yönelik tehditlerin gerçeklik değeri taşıması hâlinde yetkili makamların bu tehditleri bertaraf edecek tedbirleri alabilecekleri kabul edilmelidir. Alınan tedbirler, durumun özelliklerine ve gerekliliklerine göre değişiklik gösterebilir. Bu nedenle devletin bu konuda yapacağı düzenleme ve uygulamalarda belli bir takdir alanına sahip olduğunun kabulü gerekir.Alınan bu tedbirlere aykırı, barışçıl olmayan toplantılar düzenlenmesi, bu tür toplantılara katılınması veya bu tür toplantılarda suçlar işlenmesi hâlinde de cezalar verilebilir (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 81; toplanma hakkına kamu düzeninin bozulması nedeniyle yapılan bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğuna karar verildiği bir başvuru için bkz. *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, §§ 76-86).

41. Buna karşın bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasalarda belirtilen usullere tam olarak uyulmadan düzenlenmesi tek başına toplantı veya yürüyüşün barışçıl niteliğini ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde halka açık yerde yapılan her türlü gösterinin günlük hayatın akışında belirli derecede bir karışıklığa sebep olabileceği ve düşmanca tepkilere yol açabileceği gözönünde bulundurulmalıdır. Bu durumların varlığı toplanma hakkının ihlal edilmesini haklı gösteremez (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 119; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, § 69).

42. Bundan başka alınan tedbirlerin veya öngörülen cezaların barışçıl toplantı hakkına dolaylı olarak usulsüz sınırlamalara dönüşmesine müsaade edilemez. Güvence altına alınan toplanma hakkını kullanırken kamu güçlerinin keyfî müdahalelerine karşı da bireyin korunması gerekir (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 82; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, § 76).

(c) Ödev ve Sorumluluklar

43. "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" biçimindeki Anayasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrası kişilerin temel hak ve hürriyetleri kullanırlarken sahip oldukları ödev ve sorumluluklara gönderme yapar. Anayasa'nın

12. maddesi, hak ve özgürlükler ile ödev ve sorumluluklar arasında içsel olarak var olan bağlantıyı vurgulamaktadır. Ödev ve sorumluluklar, somut başvurudaki gibi ödev ve sorumluluğunu yerine getirmediği iddia edilen kimselerin bir temel hak veya özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin şikâyetlerinde özellikle önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi, kendisine yapılan şikâyetlerin çözümlenmesi sırasında bireylerin sahip oldukları ödev ve sorumlulukları gözönünde bulundurur. Bireylerin hak ve özgürlüklerinden tümüyle yararlanmalarının sahip oldukları hak ve özgürlüklerin gerektirdiği ödev ve sorumluluklara uygun davranmaları ile bağlantılı olduğunun kabul edilmesi gerekir.

44. Bundan sonra Anayasa Mahkemesinin yapması gereken, başvuruya konu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak, keyfî uygulamalardan ve usulsüz sınırlandırmalardan kaçınılması için barışçıl bir toplantıya katılanlara ceza vermek suretiyle yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunun makul gerekçelere dayanılarak gösterilip gösterilmediğini ve müdahalenin "ölçülü" olup olmadığını belirlemektir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

45. Anayasa Mahkemesi önündeki mesele, Başbakan ile birlikte siyasetçi, üst düzey bürokrat ve üniversite öğretim elemanlarından oluşan bir gruba yönelik tertip edilen protesto gösterisinin engellenmesi, söz konusu gösteriye katılan başvurucunun gözaltına alınması ve hakkında üç yıl denetimli serbestlik tedbiri uygulanması suretiyle yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığının belirlenmesidir.

46. 2911 sayılı Kanun'un 28. maddesinin barışçıl gösterilere dolaylı müdahale edilmesinde kullanılma riski bulunduğunu kabul etmek gerekir. Anılan kural ile Kanun'a aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerini düzenleyenlere, bunlara katılanlara veya bunları yönetenlere ceza verilmesi öngörülmüştür (bkz. § 16). 2911 sayılı Kanun'un *"Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri"* kenar başlıklı 23. maddesinde uzun bir liste hâlinde toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin hangi hâllerde "kanuna aykırı" olacağı sayılmıştır (bkz. § 17). İlk derece mahkemesinin kararlarından anlaşılabildiği kadarıyla başvuruya konu gösteri, Kanun'da yer alan usullere uygun biçimde bildirim verilmeden yapıldığı ve toplantının

dağıtılması gerektiği polis tarafından bildirildiği hâlde göstericilerin kendi rızaları ile dağılmadıkları için Kanun'a aykırıdır.

47. Bir suça ilişkin kanun maddesinin uygulanma koşullarının somut olayda bulunup bulunmadığı ve suçun unsurlarının neler olması gerektiği meselesi Anayasa Mahkemesinin ilgi alanı dışındadır. Buna karşın mevcut başvuruya benzer şekilde bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanların cezalandırılması gibi verilen bir ceza hükmünün anayasal bir hakka müdahale oluşturduğu durumlarda vaki müdahale, Anayasa Mahkemesinin ilgi alanındadır.

48. Bir kimse sırf bir toplantı ve gösteriye katılmış olması nedeniyle cezalandırılmış ve Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklere bir müdahalede bulunulduğunu kabul etmiş ise Anayasa Mahkemesinin bundan sonra denetleyeceği ilk husus yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşü nedeniyle kamu düzeninin bozulup bozulmadığı, bozulma tehlikesinin ortaya çıkıp çıkmadığı ya da kamu makamlarının bu yöndeki değerlendirmelerinin gerçeklik değeri taşıyıp taşımadığı olacaktır(*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 88).

49. İlk olarak Anayasa Mahkemesinin yalnızca usulüne uygun olarak tertip edilmemiş bir toplantının veya gösteri yürüyüşünün varlığını temel hak ve özgürlüklere müdahale için yeterli kabul edemeyeceği hatırlanmalıdır (bkz. § 43). Bu sebeple ilk derece mahkemesinin başvuruya konu gösterinin usulüne uygun bir şekilde bildirimde bulunulmadan yapıldığı yönündeki gerekçesi, tek başına ilgili ve yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez.

50. İlk derece mahkemesi, ikinci olarak polisin gösterinin sonlandırılmasını istemesine rağmen göstericilerin dağılmamalarını kanuna aykırı bulmuş ve hükmüne esas almıştır. Somut olayda gösterinin yapıldığı yere oldukça yakın bir yerde Başbakan ile birlikte başka bazı siyasetçiler ve devlet adamlarının bir açılış töreni için bulunmaları nedeniyle olağandan daha fazla güvenlik önlemi alınması anlaşılabilir bir durumdur. Üstelik olay günü 12 Eylül Darbesi'nin yıl dönümüdür ve olağan olarak ülke çapında pek çok toplantı veya gösteri yapılmaktadır. Askerî rejim zamanında yapılanlardan dolayı öfkelerini resmî kanallara yönlendirmek isteyen kimi aşırılık yanlısı gruplar da şiddet olaylarına sebebiyet verebilmekte, toplantı ve gösterileri barışçıl olmaktan

çıkarabilmektedir. Dolayısıyla böyle zamanlarda daha geniş güvenlik önlemlerinin alınması, onların daha sıkı gözetim altındabulundurulması ve göstericilerin kurallara uyması için daha titiz davranılması da kabul edilebilir uygulamalar olacaktır.

51. Bununla beraber -tekrar etmek gerekirse- eldekine benzer başvurularda, her hâlde toplanma hakkına müdahaleyi haklı kılacak olan, kamu düzeninin bozulduğunun veya bozulma tehlikesinin bulunduğunun gösterilmesi gerekir. Dolayısıyla olayların meydana geldiği sırada kamu düzeninin bozulduğunun veya bozulma tehlikesinin bulunduğunun ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilemediği, temel haklara müdahale teşkil eden her kamu gücü eylem ve işleminin temel hak ve özgürlükleri ihlal etme riski bulunmaktadır (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 89).

52. Mevcut başvuruya konu olan benzer bir toplantıya müdahalenin toplumsal bir ihtiyacı karşıladığı oranda demokratik bir toplumda gerekli olabileceği kabul edilebilir. Mevcut başvuruda; ne iddianamede ne de derece mahkemelerinin kararlarında söz konusu protesto gösterisinin bazı faaliyetlerin aksamasına neden olduğu, kamu düzenini bozduğu veya alınan güvenlik önlemlerini zaafa uğrattığı yönünde herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

53. Bazı özel nedenlerle bir toplantı veya gösteriye yapılacak müdahalelerin kamu düzeninin sağlanması için gerekli olduğunun ve cezaların kamu düzeninin bozulması veya bozulma tehlikesinin ortaya çıkması sebebiyle verildiğinin veya katılımcıların bu anayasalhaklarını kullanırlarken sahip oldukları hak ve özgürlüklerin gerektirdiği ödev ve sorumluluklara uygun davranmadıklarının yetkili mercilerce (polis raporlarında, iddianamelerde veya derece mahkemelerinin gerekçelerinde) gösterilmesi gerekir (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 92).

54. Mevcut başvuruda protesto gösterisi yapan iki grup olduğu, ilk grubun polis uyarısıyla dağılması üzerine ikincisinin toplandığı ve bu ikinci grubun herhangi bir uyarı olmaksızın dağıtıldığı anlaşılmaktadır. İddianame ve derece mahkemesi kararına göre dağıtılan ikinci grup ile polis uyarısı üzerine dağılan ilk grup farklı kimselerden oluşmaktadır. Üstelik başvurucunun içinde bulunduğu grubun gösterinin barışçıl

özelliğini ortadan kaldıracak bir davranışa girdiği de belirtilmemiştir (bkz. § 11).

55. Göstericilerin şiddet eylemlerine karışmadıkları durumlarda kamu makamlarının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına belirli bir ölçüye kadar müsamaha göstermesi gerekir. Barışçıl bir gösterinin veya basın açıklamasının ilke olarak cezai yaptırım tehdidine maruz bırakılmaması gerekir. Özellikle başvuruya konu olayda olduğu gibi protesto gösterisi üniversite kampüsünde gerçekleştirilmiş ve katılanlar da üniversite öğrencisi ise -üniversitelerin fikirlerin serbestçe ifade edildiği ve çarpıştığı yerlerin başında gelen yerler olması nedeniyle- gösterilecek müsamahanın çok daha fazla olması gerekir. Dahası söz konusu gösteri 12 Eylül Darbesi'nin yıl dönümünde yapılmıştır. Bu çok önemli olayın yıl dönümünde bireylerin ve grupların toplumsal ve siyasal meselelere ilişkin kanaatlerini toplantı ve gösteri yapmak gibi çeşitli araçlarla açıklamalarının engellenmesi demokratik toplumun temellerini tahrip eder.

56. Sonuç olarak mevcut başvuruda, Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçları gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile başvurucunun aynı maddenin birinci fıkrası kapsamındaki hakları arasında adil bir denge sağlanamamıştır. Gösterinin polis zoruyla dağıtılmasının, başvurucunun gözaltına alınmasının ve kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilerek başvurucunun üç yıl denetimli serbestlik altına alınmasının Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kamu düzeni meşru amacının sağlanması için gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

57. Buna göre Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Kadir ÖZKAYA ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

58. Başvurucu, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

59. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

60. Ceza yargılamasının süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirildiği veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi birtakım tedbirlerin uygulandığı tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak suç isnadına ilişkin nihai kararın verildiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır (*B.E.*, B. No: 2012/625, 9/1/2014, § 34)

61. Ceza yargılamasının süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (*B.E.*, § 29).

62. Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında somut olaydaki yaklaşık 6 yıl 3 aylık yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varmak gerekir.

63. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

64. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…*

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

65. Başvurucu, manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

66. Başvuruda, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

67. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 55. Asliye Ceza Mahkemesine (E. 2014/39) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

68. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının vemakul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 6.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

69. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. 1. Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Kadir ÖZKAYA ve Recai AKYEL'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. Kararın bir örneğinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 55. Asliye Ceza Mahkemesinin 2014/39 esas sayılı dava dosyasına GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 6.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 30/11/2017tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

1. 12.09.2008 tarihinde İstanbul Teknik Üniversitesi Süleyman Demirel Kültür Merkezinde, merkezin ve üniversitenin öğretim yılının açılışı için bir tören düzenlenmiştir. Törene üst düzey bazı devlet adamları ve siyasilerin yanı sıra Başbakan da katılmıştır.

2. Dosya içeriğinde yer alan belgelerden, internette bir forum sitesinde (olayın meydana geldiği) 12.09.2008 tarihinde İTÜ' nün açılış töreni olacağının, Başbakan'ın da buraya davet edildiğinin ve her yıl yapılanın aksine öğrencilerin bu yılki törene alınmayacağının duyurulduğu ve öğrencilerin o gün yapılması planlanan basın açıklamasına davet edildiği ve basın açıklamasının metnine yer verildiği ve başvurucunun haberdar olup olmadığı bilinmemekle beraber düzenlenen toplantıya katılanlardan bazılarının forum sitesinde yapılan duyurulardan haberdar oldukları anlaşılmıştır.

3. Törenin başladığı esnada, Kültür Merkezinin önünde ellerinde "AKP dışarı", "Üniversiteler bizimdir, liboşa, yobaza bırakmayız", "12

Eylül Çocuğu doğum gününü başka yerde kutla" şeklinde pankartlar bulunan ve benzer sloganlar atan bir grup toplanmıştır. Bu grup polisin uyarı ve müdahalesi üzerine dağılmış, ardından kısa bir süre sonra saat 10.40 sıralarında, dağıtılan ilk gruptakilerle aynı kişiler olup olmadıkları anlaşılamayan ve sloganlar atan yeni bir grup gelmiştir. Bu grubun elinde de "235. Yılda İTÜ'de dönüm noktası fotoğrafın sağındaki insan, İTÜ Açılış Töreni Baş Konuşmacısı, "Bir AKP Hükümeti Filmi, Büyük İşgal …. AKP'nin üniversite işgalinin hikayesi…", "İTÜ Medrese, Rektörlük AKP Şubesi değildir" şeklinde pankartlar bulunmaktadır.

4. Grup yürüyüş yapmamış, sadece belirtilen şekilde tören yapılan Merkezin önünde toplanmış, sloganlar atıp, basın açıklaması yapmıştır. Polis de gruba bir şiddet uygulamamış, dağılmaları uyarısında bulunmuş, dağılmamaları ve üniversitenin özel güvenlik elemanlarının talebi üzerine toplantının gerçekleştirilebilmesi için yerine getirilmesi gereken yasal gerekliliklerin yerine getirilmemiş olması ve ortaya çıkan güvenlik ve kamu düzeni kaygısı nedeniyle başvurucunun da aralarında yer aldığı on sekiz kişi hakkında, kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşü düzenleme ve bunlara katılma suçundan dolayı kamu davası açılması için işlem yapmıştır.

5. Yapılan yargılamalar sonucunda İstanbul 55. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 28/11/2014 tarihli kararıyla, eyleminin 02/07/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun kapsamında kaldığı gerekçesiyle başvurucu hakkında açılan ceza davasının ertelenmesine karar verilmiştir.

6. Başvurucu, özellikle ve özetle "düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü" nün yargılama konusu yapılmış olmasının verilen hükmün içeriğinden bağımsız olarak Anayasal haklarını ihlal ettiğini, ayrıca bir mahkûmiyet hükmü içermese bile isnat edilen suçun, "düşünce ve kanaati açıklama yöntemleri ile işlenmiş bir suç olarak kabul edildiğini, bunun da anayasal haklarını ihlâl ettiğini ileri sürmüştür.

7. Mahkememizce, başvurucunun makul sürede yargılanmasına ilişkin olanı dışındaki şikayetlerinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiş, bu görüşe tarafımızca da katılınmıştır.

8. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlâl edildiğine ilişkin iddia bağlamında yapılan inceleme sonucu, Mahkememizin çoğunluğunca, başvurucunun anılan hakkına yapılan müdahalelerin (polis müdahalesinin ve verilen mahkeme kararının) kanunilik ölçütünü taşıdığı, meşru bir amacının bulunduğu, bu yönlerden bir ihlâl olmadığı, ancak söz konusu müdahalenin kamu düzeninin sağlanması için gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

9. Aşağıda açıklayacağımız nedenlerle bu sonuca katılmıyoruz.

10. Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihadı ile uyumlu olarak toplanma hakkına müdahale edildiği durumlarda devlet kurumlarının olayların meydana geldiği sırada kamu düzeninin bozulduğunu veya bozulma tehlikesinin bulunduğunu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile göstermesi gerektiği kabul edilmiş ve mevcut olayda toplantı hakkına müdahalenin gerekçesinin yeterli gerekçe ile gösterilemediği sonucuna varılmıştır. Bizce Anayasa Mahkemesi sayın çoğunluğunca olayın koşulları eksik değerlendirilmiştir.

11. Dosya içeriğinden;

- Toplantıyı organize edenlerin üniversitenin açılış gününde yapılacak olan törenin hangi tarihte ve nerede yapılacağından ve yapılacak olan törene Başbakan'ın katılacağından önceden haberdar oldukları, ancak yetkili makamlara gösteri ve toplantıya ilişkin bir bildirimde bulunmadıkları

- Polis ve özellikle de üniversitenin özel güvenlik görevlilerince, gösterinin, gösteriye katılanların açtıkları pankartlar ve attıkları sloganlarla (pankart ve sloganların içeriği nedeniyle herhangi bir işlem yapılmamış olsa da) gerçekleştirilmekte olan törenin huzur ve sükûn içerisinde, güvenli bir ortamda gerçekleştirilmesini engelleyecek boyuta ulaştığının değerlendirildiği ve bu nedenle göstericilerin önce uyarıldığı, dağılmamaları üzerine de "yasal işlem başlatma" şeklinde müdahalede bulundukları,

- Polis tarafından toplantıya katılanlara şiddet uygulandığına ilişkin bir iddia ve tespitin bulunmadığı anlaşılmıştır.

12. Mevcut gösteri 12 Eylül Darbesi'nin yıl dönümünde yapılmıştır. Her yıl aynı tarihte bazı gruplarca barışçıl olmayan toplantı ve gösteriler

tertiplendiği herkesin malûmudur. İkinci olarak başvurucuların gösteri yaptığı yerde Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı bulunmaktadır ve bazı özel güvenlik koşulları nedeniyle Başbakanın güvenliği için alınan tedbirlerin biraz daha derinleştirilmesi, arttırılması gerekmiş olabilir.

13. Bir üniversitenin öğretim yılının ve Kültür Merkezinin açılışı gibi siyasal bir yönü bulunmayan bir törende, törenle ilgisi bulunmayan ve törenin huzur ve sükûnunu sağlamakla görevli güvenlik görevlilerine heran için huzur ve güveni bozabileceği kaygısını üst düzeyde hissettiren sloganların atıldığı, gerçekleştiriliş biçimi itibariyle de yasaya uygun olmadığı değerlendirilen bir gösteri toplantısı gerçekleştirilmiştir. Ayrıca tamamen barışçıl bir amaca matuf olup, barışçıl bir şekilde gerçekleştirilen açılış töreninin slogan atılmasıyla oluşan durumdan olumsuz bir şekilde etkilenmediği de söylenemez.

14. Olayda, güvenlik ihtiyacının üst seviyede olduğu bir zamanda, polis, gösteri yapan topluluğa, hem güvenliği hem de açılış töreninin huzur ve sükûn içerisinde yapılmasını teminen dağılmaları için önce uyarı yapmış, ancak Başbakanın programının devam ettiği sırada göstericiler yeniden bir araya gelmişlerdir. Başbakanın güvenliğini sağlamakla görevli polis de uyarıya rağmen yeniden bir araya gelen topluluğu tehlike olarak değerlendirmiş ve gösteriye müdahale etmiştir. Yaşandığı an itibariyle mevcut olayın koşullarını en iyi analiz edecek olanlar kolluk görevlileridir ve eldeki başvuruya yansıyan olay tutanaklarından, polisin, olayın meydana geldiği sırada kamu düzeninin bozulduğunu veya bozulma tehlikesinin bulunduğunu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterdiği sonuca ulaşılmaması için hiçbir neden bulunmamaktadır.

15. Dolayısıyla, somut olaya bu açıklamalar ışığında bakıldığında, tüm uyarılara rağmen dağılmayarak tehlike oluşturduğu değerlendirilen gösterinin polis zoruyla dağıtılmasının ve gösteriye katıldığı sabit olan başvurucu hakkında yasal işlem yapılmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığının söylenemeyeceği kanaatindeyiz.

16. Öte yandan, başvurucu herhangi bir ceza ile cezalandırılmamış, hakkında yapılan kovuşturmanın ertelenmesine karar verilmiş ve ertelenen kovuşturmanın verildiği tarihten itibaren 3 yıl içinde aynı kapsamda bir suç işlememesi hâlinde derdest davanın düşmesine, aynı süre içinde aynı kapsamda bir suç işlemesi hâlinde ise kovuşturmaya

devam olunacağına karar verilmiştir. Bir başka söyleyişle başvurucu herhangi bir ceza ile cezalandırılmamış, üç yıl süresince denetim altına alınmıştır. Bu sürenin sonunda da başvurucu hakkında herhangi bir işlem yapılmayacaktır. Nitekim söz konusu kararın verildiği tarihe (28.11.2014) göre üç yıllık süre işbu kararın (Anayasa Mahkemesi kararının) verildiği tarih (30.11.2017) itibarıyla dolmuş bulunmaktadır. Dosya içeriğinde aksine bir veri bulunmadığından söz konusu davanın 30.11.2017 tarihi itibarıyla düştüğü sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla anılan erteleme kararı nedeniyle başvurucu hakkında herhangi bir adli işlem yapılmamış olmaktadır. Hâl böyle olunca da söz konusu tedbirin gereksizliğinden ve ölçüsüzlüğünden söz edilemeyeceği kanaatine varılmaktadır.

17. Açıklanan nedenlerle somut olayda Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlâl edilmediğine karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, sayın çoğunluğun bu kısma ilişkin görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Kadir ÖZKAYA	Recai AKYEL

MÜLKİYET HAKKI (MD. 35)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

RECEP TARHAN VE AFİFE TARHAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/1546)

Karar Tarihi: 2/2/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
Raportör	:	Ayhan KILIÇ
Başvurucular	:	1. Recep TARHAN
		2. Afife TARHAN
Vekili	:	Av. Hüseyin ÇAKMAK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, iş yeri olarak kiraya verilen taşınmazın bulunduğu sokak yaya ve araç trafiğine kapatıldığı için kira gelirinin azalmış olması nedeniyle mülkiyet hakkının; Mahkeme ve Danıştay kararlarında kusursuz sorumluluk ilkesinin tartışılmamış olması nedeniyle de gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. 2014/1546 numaralı dosyaya ilişkin başvuru 6/2/2014, 2014/1609 numaralı dosyaya ilişkin başvuru ise 7/2/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Her iki başvuru arasında hukuki irtibat bulunması nedeniyle başvuruların birleştirilerek incelenmesine karar verilmiştir.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucular Recep Tarhan ve Afife Tarhan sırasıyla 1935 ve 1936 doğumlu olup Ankara'da ikamet etmektedirler.

A. Başvuru Konusu Olayın Arka Planına İlişkin Vakıalar

9. Başvurucuların müşterek maliki bulundukları taşınmazın kâin olduğu Ankara ili Çankaya ilçesi Mahatma Gandi Caddesi Kahraman Kadın Sokak, İsrail Büyükelçiliğinin güvenliğinin sağlanması amacıyla Ankara Ulaşım Koordinasyon Merkezinin (UKOME) 15/3/2001 tarihli kararıyla araç ve yaya trafiğine kapatılmıştır.

10. UKOME 10/7/2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca büyükşehir içindeki kara, deniz, su, göl ve demiryolu üzerindeki her türlü taşımacılık hizmetlerinin koordinasyon içinde yürütülmesi amacıyla büyükşehir belediyeleri bünyesinde kurulan bir idari birimdir. UKOME'nin temel görevi, anılan Kanun'la büyükşehir belediyesine verilen trafik hizmetlerini planlama, koordinasyon ve güzergâh belirlemesi, taksi, dolmuş ve servis araçlarının durak ve araç park yerleri ile sayısının tespit edilmesidir.

11. Bölge sakinlerinin başvurusu üzerine UKOME Genel Kurulu 17/6/2005 tarihli kararla başvurucuların taşınmazının bulunduğu Kahraman Kadın Sokak'taki engel ve bariyerlerin kaldırılmasının uygun olacağına karar vermiştir. Ancak bu karar uygulanmamıştır.

12. Başvurucular ve diğer iki bölge sakini, Ankara Valiliğine verdikleri dilekçeler ile UKOME'nin anılan kararının uygulanması için gereken işlemlerin yapılmasını talep etmişlerdir. Valilikçe bu talebe cevap verilmeyerek istemin zımnen reddedilmesi üzerine başvurucular tarafından talebin zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle Ankara 3. İdare Mahkemesinde dava açılmıştır. Mahkemece davanın reddi yolunda verilen 23/2/2007 tarihli karar, Danıştay Sekizinci Dairesince 21/10/2009 tarihinde onanmış; karar düzeltme istemi ise 20/1/2010 tarihinde reddedilmiştir.

13. Bu arada UKOME Genel Kurulunun 30/12/2005 tarihli toplantısında, İsrail Büyükelçiliğinin bulunduğu alanda güvenlik sorunu olup olmadığının Ankara Valiliğinden sorulması kararlaştırmıştır. Ankara Valiliğinin, engel ve bariyerlerin kaldırılmasının güvenlik açısından zaafiyet yaratacağı yolunda görüş bildirmesi üzerine UKOME Genel Kurulunca 26/5/2006 tarihinde, daha önce kaldırılması kararlaştırılan engel ve bariyerlerin mevcut yerinde bırakılmasına karar verilmiştir.

14. Başvuru dilekçesindeki anlatımlara göre anılan bölgede bulunan taşınmazlarını daha önce 3.000 TL aylık kira bedeli karşılığında kiraya veren başvurucular 1/12/2003 tarihinde sokağın bariyerlerle kapatılması üzerine kiracıyla uzlaşabilmek amacıyla kira bedelini 1.000 TL'ye indirmek zorunda kalmışlardır. Başvurucular 49 ay boyunca 1.000 TL olarak tahsil ettikleri kira bedelini 1/1/2008 tarihinden itibaren tekrar 3.000 TL olarak belirlemiş iseler de kiracının iş yapamaması nedeniyle 31/12/2008 tarihinde kira akdi sona erdirilerek taşınmaz, fiilen tahliye edilmiştir.

15. Başvurucular tarafından sunulan banka hesap dökümlerine göre başvurucuların anılan taşınmazın kiraya verilmesi karşılığında 2003 yılının Ocak-Kasım aylarında aylık 3.000 TL, 2003 yılının Aralık ayından sonra ve 2007 yılının sonuna kadar aylık 1.000 TL, 2008 yılının Ocak-Aralık döneminde tekrar aylık 3.000 TL kira geliri elde ettikleri görülmektedir.

B. İptal Davasına İlişkin Yargısal Süreç

16. Başvurucular UKOME'nin 26/5/2006 tarihli işlemi ve bu işlemin dayanağını oluşturan Valilik kararının iptali istemiyle Ankara 9. İdare Mahkemesinde dava açmışlardır. Mahkeme 31/3/2010 tarihli kararıyla işlemin iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf bulunduğu 1961 tarihli Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'nin 22. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca devletin yabancı misyon şeflerinin binalarının güvenliğini sağlama ve bu konuda gereken her türlü tedbiri alma yükümlülüğünün bulunduğu belirtildikten sonra somut olayda bölge sakinlerinin ulaşım gibi doğal bir gereksiniminin sürekli bir biçimde kısıtlanması sonucunu doğuracak olan sokağın bariyerle kapatılması tedbirinin, idarece detaylı bir araştırma ve inceleme yapılmadan ve kısıtlamayı haklı kılacak somut tespitlere dayanmadan salt potansiyel tehlikenin varlığından hareketle uygulanmasının hukuka aykırı olduğu vurgulanmıştır.

17. Davalı idarece temyiz edilen söz konusu karar, Danıştay Sekizinci Dairesinin 6/5/2011 tarihli kararıyla bozulmuştur. Daire, gerekçesinde İsrail Büyükelçiliğinin güvenliğinin sağlanması amacıyla alındığında tereddüt bulunmayan söz konusu tedbirlerin gerekliliğini ortaya koyacak ciddi birtakım olayların gerçekleşmesinin ve somut belirlemelerin yapılmasının hayatın olağan akışına ve diplomatik ilişkilerin doğasına aykırı düşeceğini ifade etmiştir.

18. İlk Derece Mahkemesince Daire kararına uyularak 2/10/2012 tarihli kararla ve aynı gerekçeyle davanın reddi yolunda hüküm tesis edilmiştir. Söz konusu karara karşı yapılan temyiz istemi 4/6/2013 tarihinde, karar düzeltme istemi de 6/11/2013 tarihinde reddedilmiş ve hüküm bu şekilde kesinleşmiştir.

19. Kararın düzeltilmesi isteminin reddine ilişkin karar 9/1/2014 tarihinde başvurucular vekiline tebliğ edilmiştir.

20. Başvurucular 7/2/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

C. Tam Yargı Davasına İlişkin Yargısal Süreç

21. Başvurucular 12/10/2010 tarihinde Ankara Valiliği ve Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı aleyhine 210.000 TL maddi, 5.000 TL de manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle Ankara 15. İdare Mahkemesi nezdinde tam yargı davası açmışlardır. Başvurucular dava dilekçesinde, taşınmazı kiraya verdikleri 2001 yılında emsal kira bedeli 6.000 TL olduğu hâlde UKOME kararı nedeniyle taşınmazlarını 3.000 TL'ye kiraya vermek zorunda kaldıklarını, 1/12/2003 tarihinden itibaren ise kirayı 1.000 TL'ye düşürdüklerini, kırk dokuz ay boyunca bu miktar üzerinden tahsil ettikleri kira bedeli 1/1/2008 tarihinden itibaren tekrar 3.000 TL olarak belirlenmiş ise de kiracının iş yapamaması nedeniyle 31/12/2008 tarihinde taşınmazın tahliye edildiğini belirtmiş ve 2010 yılı Ağustos ayına kadar taşınmazın boş kalması nedeniyle uğradıkları kayıpların da hesaba katılması suretiyle toplamda 210.000 TL maddi zararlarının bulunduğunu ileri sürmüşlerdir.

22. İlk Derece Mahkemesi 15/6/2011 tarihli kararıyla davanın reddine karar vermiştir. Kararda idarenin kusura dayalı sorumluluğu tartışılmıştır. Kararın gerekçesinde, idarenin kusur sorumluluğundan söz edilebilmesi

için hukuka aykırı işlem veya eyleminin bulunması gerektiği saptaması yapıldıktan sonra somut olayda zarara neden olduğu ileri sürülen idari işleminViyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'nin 22. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca devlete yüklenen yabancı misyon şeflerinin binalarının güvenliğini sağlama ve bu konuda gereken her türlü tedbiri alma ödevi kapsamında tesis edilmiş olması nedeniyle hukuka aykırılık koşulunun oluşmadığı belirtilerek tazminat isteminin reddi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme, kusursuz sorumluluk ilkelerinin olayda uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin herhangi bir tartışma yapmamıştır.

23. Başvurucular bu karara karşı Mahkemeye sundukları temyiz dilekçesinde, idarenin hukuki sorumluluğunun sadece kusur sorumluluğu sebebine dayanmadığı, idarenin kusursuz sorumluluk hâllerinin de bulunduğu, idarenin işlemi hukuka uygun olsa bile hakkaniyetin gerektirmesi durumunda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idarenin hukuki sorumluluğunun söz konusu olduğu belirtilmiş ve bu konuda örnek Danıştay içtihatlarına yer verilmiştir.

24. Temyiz talebini inceleyen Danıştay Sekizinci Dairesi 1/11/2012 tarihli kararıyla İlk Derece Mahkemesi kararının dayandığı gerekçenin usul ve yasaya uygun olduğu, bozulmasını gerektiren bir nedenin bulunmadığı yolundaki gerekçelerle temyiz istemini reddederek kararı onamıştır.

25. Başvurucuların aynı iddialarının öne sürüldüğü kararın düzeltilmesi istemi de aynı Dairenin 6/11/2013 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

26. Kararın düzeltilmesi isteminin reddine ilişkin Daire kararı 7/1/2014 tarihinde başvurucular vekiline tebliğ edilmiştir.

27. Başvurucular 6/2/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

28. Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm Türk hukukunda idarenin mali sorumluluğunun anayasal temelini oluşturmaktadır. İdarenin kamu hukukundan kaynaklanan mali sorumluluğunun, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası haricinde bir

yasal dayanağı bulunmamaktadır. Özel hukuktan farklı olarak -somut bazı konuları düzenleyen birkaç istisna dışında- idarenin idari nitelikteki işlem ve eylemlerinden doğan zararlara ilişkin mali sorumluluğunu düzenleyen genel bir kanun hükmü yoktur. İdarenin kamu hukuku alanından kaynaklanan mali sorumluluğunun çerçevesi ile hüküm ve esasları Anayasa'nın anılan hükmünden yola çıkılmak suretiyle Danıştay içtihatlarıyla belirlenmiştir.

29. Danıştay içtihatlarına göre idarenin mali sorumluluğu, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk şeklinde ikiye ayrılmakta; kusursuz sorumluluk da dayandığı sebebe göre tehlikeli faaliyetler, mesleki risk, sosyal risk ve fedakârlığın denkleştirilmesi biçiminde tasnif edilmektedir.

30. Kusur sorumluluğunda idarenin kusurlu bulunması (hizmet kusuru) sorumluluğun temel şartı iken kusursuz sorumluluk hâllerinde idarenin kusuru bulunmasa dahi -diğer koşulların gerçekleşmesi şartıyla- idarenin mali sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

31. Öte yandan kusursuz sorumluluk hâllerinden olan tehlikeli faaliyetler, mesleki risk ve sosyal risk ilkelerinde idari işlem veya eylemin hukuka aykırı olması, idarenin mali yönden sorumlu tutulabilmesi için zorunlu bir unsur olarak görülmekte iken yine bir kusursuz sorumluluk sebebi olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinde ise idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için işlemin hukuka aykırı olması gerekmemektedir.

32. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olarak da adlandırılanfedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, hakkaniyet ve nesafet düşüncesinden neşet etmektedir. İdarenin kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla hukuka uygun şekilde tesis ettiği işlem veya gerçekleştirdiği eylemlerden toplumun bir kesimi veya tamamı yarar görürken bunlardan kaynaklanan külfetin sadece bir kesime yüklenmesinin adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacağı kabul edilmektedir. Adalet ve hakkaniyet, idarenin kamuya yararlı işlem ve eylemlerinden doğan nimet ve külfetlerin topluma eşit bir şekilde pay edilmesini gerektirmektedir. Nimetlerinden tüm kamunun veya belli bir toplumsal kesimin yararlandığı kamusal faaliyetlerin külfetlerine sadece belli kişilerin katlanmasını beklemek sosyal adalet ve ölçülülük ilkelerini de zedeler.

33. Bu düşünceler temelinde haklılaştırılan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, Danıştay kararlarında idarenin hukuka uygun ancak bazı kişi veya kişilere aşırı külfet yükleyen işlem ve eylemlerinden doğan zararlara ilişkin tazminat taleplerinde sıklıkla başvurulan bir sorumluluk ilkesidir. Danıştay Sekizinci Dairesinin 8/2/2012 tarihli ve E.2010/4187, K.2012/429 sayılı kararında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine ilişkin şu tespitlerde bulunulmuştur:

> *"...fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi veya kamu külfetleri karşısında vatandaşların eşitliği ilkesi; idarenin, nimetleri tüm toplum tarafından paylaşılan hukuka uygun eylem ve işlemlerin külfetlerinin belli kişi veya kişilerin üzerine kalmamasını, uğranılan zararın idarenin bir kusuru olmasa bile tazmin edilmesini öngörmektedir. Kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarenin hukuka uygun eylemlerinden doğan zararı da tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır."*

34. Danıştay Sekizinci Dairesinin 8/2/2012 tarihli kararına konu olayda, davacıya ait taşınmaz üzerinde kurulu bulunan tesisin davalı idarece yürütülen yol yapım çalışmaları nedeniyle zarar gördüğünden bahisle dava açılmıştır. İlk Derece Mahkemesi, idarenin kara yollarındaki güvenlik ve konforu artıran çalışmaları nedeniyle oluşan zararlardan idarenin sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Daire şu gerekçesiyle kararı bozmuştur:

> *"... olayda da idare, kamu yararını gerçekleştirmek, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak için hizmet yürütmüş ve bir faaliyette bulunmuştur. İdarenin, bu hizmetinden tüm toplum yararlanacak olmasına karşın davacılar bir külfet altına sokulmuş ve kamu yararı lehine özel bir fedakarlığa katlanmak zorunda bırakılmıştır. Bu şekilde bozulan kamu külfetlerinin dağılımındaki dengenin bir denkleştirilme ile yeniden kurulması gerekir. Bu denkleştirme ise kamu yararını gerçekleştirmek için girişilen bu hizmet nedeniyle zarara uğramış olan davacıların zararlarının idarece tazmin edilmesi suretiyle gerçekleşecektir."*

35. Danıştay Sekizinci Dairesinin 10/6/2015 tarihli ve E.2014/8596, K.2015/5879 sayılı kararına konu olayda, davacının maliki olduğu taşınmaz üzerinde bulunan kuyuya Malatya Belediyesi çöp toplama sahasından atık su sızması nedeniyle kayısı bahçesinde ve kuyuda meydana gelen zararın tazminiistemiyle dava açılmıştır. İdare Mahkemesince zararın davalı idarenin hizmet kusurundan kaynaklanmadığı gerekçesiyle davanın

reddine karar verilmiştir. Daire, temyiz aşamasında kararı onamış ise de karar düzeltme safhasında 8/2/2012 tarihli kararında belirtiği ilkelere aynen yer verdikten sonra şu gerekçeyle kararı bozmuştur:

> *"Olayda, davalı Belediye, kamu yararını gerçekleştirmek, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak için hizmet yürütmüş ve bir faaliyette bulunmuştur. İdarenin bu hizmetinden toplumun geneli yararlandığı halde, hizmetin külfeti davacı üzerinde bırakılmış ve davacı kamu lehine özel bir fedakarlığa katlanmak zorunda bırakılmıştır. Bu şekilde bozulan kamu külfetlerinin dağılımındaki dengenin bir denkleştirilme ile yeniden kurulması gerekir. Bu denkleştirme ise kamu yararını gerçekleştirmek için girişilen bu hizmet nedeniyle zarara uğramış olan davacının zararının idarece tazmin edilmesi suretiyle gerçekleşecektir."*

36. Danıştay Sekizinci Dairesinin 4/6/2008 tarihli ve E.2008/2870, K.2008/4124 sayılı kararında, davacıya ait taşınmaz üzerinde bulunan binaların önünden geçen yolun yükseltilmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada davalı idare tarafından kamu yararına yönelik olarak yapılan yol düzenleme çalışmasından tüm toplumun yararlanması nedeniyle davacının uğramış olduğu zararın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde davalı idarece tazmininin gerektiği gerekçesiyle tazminata hükmeden İlk Derece Mahkemesi kararı onanmıştır.

37. Danıştay Onuncu Dairesi 27/4/2012 tarihli ve E.2009/15474, K.2012/1884 sayılı kararında, hayvancılıkla uğraşan davacının avlanması yasaklanan üç ayının saldırması sonucu bir büyükbaş hayvanının telef olması, üçünün yaralanması nedeniyle uğradığı zararın tazmini istemiyle açılan davayı, idarenin bir hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İlk Derece Mahkemesi kararını şu gerekçeyle bozmuştur:

> *"İdare Mahkemesince, davalı Bakanlığın yaban hayvanlarının fiillerinden sorumlu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, yukarıda aktarılan idarenin sorumluluğunun temel prensipleri uyarınca, davalı Bakanlığın, yaban hayvanlarını koruma görevi kapsamında boz ayıları mutlak koruma altına alması, diğer bir deyişle, insanların kendilerini ya da başka canlılar ile mallarını koruması bakımından herhangi bir istisna öngörmemesi halinde, kişilerin uğradıkları zararı kusursuz sorumluluk (fedakarlığın denkleştirilmesi) ilkesi uyarınca tazmin yükümlülüğü*

doğacaktır. Zira böyle bir durumda, çevrenin ve toplumun genel menfaatine yönelik idari faaliyetten doğan külfetin tek kişi üzerinde bırakılmaması, bu kişinin özel zararının topluma pay edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, İdare Mahkemesinin söz konusu gerekçesi yerinde görülmemektedir."

38. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) kararlarında da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi bir sorumluluk sebebi olarak işlenmiştir. İDDK 19/2/2015 tarihli ve E.2013/509, K.2015/454 sayılı kararında, davacıya ait taşınmazların davalı idarece yaptırılan bölünmüş yol inşaatı sırasında su kanalının yıkılması nedeniyle sulanamaması sonucu uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davayı, idarenin eyleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İlk Derece Mahkemesi kararını, idarenin kusurunun bulunup bulunmadığı hususu yeterince araştırılmadığı gibi ayrıca kusuru bulunmasa bile "kamu külfetleri karşısında eşitlik" ve "fedakârlığın denkleştirilmesi" ilkeleri çerçevesinde olayda idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunup bulunmadığının da araştırılmadığı gerekçesiyle bozmuştur. Anılan kararın gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir:

"Anayasanın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra, son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmış[tır]; ...

...

İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

...

İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır.

Kusursuz sorumluluk ise, kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağan dışı zararların idarece tazmini esasına dayanmakta olup; kusur sorumluluğuna oranla ikincil derecede bir sorumluluk türüdür. Başka bir anlatımla idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, idari faaliyet ile nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağan dışı zararları kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazminle yükümlüdür.

Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan "kamu külfetleri karşısında eşitlik" ya da diğer adıyla "fedakârlığın denkleştirilmesi" ilkesi, nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanılan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece, tazminini öngörmektedir. Risk sorumluluğundan farklı olarak burada, kazalardan kaynaklanmayan, diğer bir deyişle, arızi nitelikte olmayan, önceden öngörülebilen zararların tazmini söz konusudur. İdari faaliyetin doğal sonucu olan bu zarar, etki alanı bakımından sınırlı, özel ve olağan dışı nitelik arz etmektedir."

39. İDDK 29/4/2010 tarihli ve E.2009/901, K.2010/903 sayılı kararında devletin yasama faaliyetlerinden doğan zararların dahi kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerektiği içtihadında bulunmuştur. Anılan karara konu olayda, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu üyesi ve ikinci başkanı olarak görev yapan davacının kanunla görevine son verilmiştir. Söz konusu Kanun'un Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine davacı, görevine iadesi istemiyle idareye başvurmuştur. Talebin reddi üzerine iptal ve tam yargı davası açılmıştır. İDDK, davacının zamanında dava açmamış olması karşısında söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının davacının eski görevine atanması sonucunu doğurmayacağı gerekçesiyle idari işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmakla birlikte tazminat isteminin kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca kabulü gerektiğine hükmetmiştir. Anılan kararının gerekçesinin ilgili bölümü şu şekildedir:

"İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazmin edilmektedir.

İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.

Devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumsuzluğu esas olmakla birlikte; bazı durumlarda devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumluluğu kabul edilmelidir. Nitekim, süt mahsullerinin himayesi hakkında 29 Haziran 1934 günlü kanunun, yapay süt mahsullerinin imalini ve alım satımını yasaklaması dolayısıyla yapay krema üretimi ile uğraşan firmaların açtığı tazminat davasını inceleyen Fransız Danıştayı 14 Ocak 1938 günlü kararında, (R. Sarıca, İdari Kaza, 1949) kamu yararı gözetilerek yürürlüğe konulan yasa nedeniyle ortaya çıkan zararın Hazine tarafından karşılanması gerektiğine karar vermek suretiyle kusursuz sorumluluk ilkesinden bahisle yasama faaliyeti sonucu oluşan zararın idarece tazmini gerektiğine hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere, kamu yararı taşıdığı kabul edilen bir yasanın uygulanmasından dolayı kişilerin uğradıkları özel ve olağan dışı ağırlıktaki zararlarınyasada kural olmasa bile kamu külfetleri karşısında eşitlik kuralı uyarınca tazminine Fransız Danıştayı'nca daha 1938 yılında karar verilmiş bulunmaktadır."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

40. Mahkemenin 2/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucuların İddiaları

41. Başvurucular, iş yeri olarak kiraya verdikleri taşınmazlarının bulunduğu sokağın yaya ve araç trafiğine kapatılmış olması nedeniyle taşınmazdan elde edilen kira gelirinin azaldığını belirterek mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

42. Başvurucular, yabancı bir devlete ait büyükelçiliğin korunması amacıyla bir sokağın yaya ve araç trafiğine kapatılması sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamakla birlikte bu gerekçeyle bir tedbir alınmasının zorunlu olması durumunda da bunun sonuçlarının

hakkaniyetin denkleştirilmesi ilkesi uyarınca telafi edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

43. Başvurucular ayrıca Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası uyarınca idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararların kusur şartı aranmaksızın tazmin edilmesi gerektiği yolunda yargılama sürecinde iddiada bulundukları hâlde bu hususun gerek İlk Derece Mahkemesi gerekse Danıştay kararlarında tartışılmadığından yakınmışlardır.

44. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

2. Değerlendirme

45. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "*Mülkiyet hakkı*" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

> *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*
>
> *Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.*
>
> *Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."*

46. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

47. Başvurucuların, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası uyarınca idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararların kusur şartı aranmaksızın tazmin edilmesi gerektiği yolunda yargılama sürecinde iddiada bulundukları hâlde bu hususun gerek İlk Derece Mahkemesi gerekse Danıştay kararlarında tartışılmadığı yolundaki iddiasının mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğü unsuruyla ilişkili olması nedeniyle mülkiyet hakkı yönünden incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

48. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Mülkün Varlığı

49. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir."* denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda, mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkullerle bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir.

50. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı; mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hakkı -kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun- Anayasa'yla korunan mülkiyet kavramı içinde değildir. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda bir "ekonomik değer" veya icrası mümkün bir "alacağı" elde etmeye yönelik "meşru bir beklenti" Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir. Meşru beklenti; makul bir şekilde ortaya konmuş icra edilebilir bir alacağın doğurduğu, ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikteki bir beklentidir. Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece mülkiyet hakkı kapsamında ileri sürülebilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, §§ 36, 37).

51. İncelenen başvuruda şikâyet edilen husus, başvurucuların mülkiyetinde bulunan taşınmazın kamunun fiili dolayısıyla rayiç bedelin altında kiraya verilmesi nedeniyle olması gerekenden daha az kira geliri elde edilmesidir. Başvurucuların şikâyeti dar ve teknik anlamda bir alacak hakkına yönelik olmayıp mülkiyet hakkının malike tanıdığı semerelerden yararlanma yetkisine ilişkindir.

52. Bilindiği üzere mülkiyet hakkı malike mülkiyetinde bulunan şeyi kullanma, semerelerinden yararlanma ve o şey üzerinde tasarrufta bulunma yetkilerini tanımaktadır. Semere, mülkün amacına ve işlevine

uygun olarak kullanılması veya işletilmesi sonucu öz varlığına ek olarak oluşan ekonomik değeri; semereden yararlanma yetkisi ise bu ekonomik değerin malike ait olmasını ifade etmektedir. Semerelerden yararlanma, soyut bir yetki/hak olarak kendi başına bir ekonomik değer taşımakta olup bunun için fiilen bir ekonomik değer üretmesi gerekmemektedir. Diğer bir ifadeyle "şey"in ek değer üretme kapasitesinin kendisi dahi asıl eşya üzerinde kurulan mülkiyet hakkına mündemiçtir. Bu itibarla somut bir kira alacağına dönüşmemiş olsa bile başvurucuların mülkiyetinde bulunan taşınmazın, kamunun fiili nedeniyle gerçek bedeli üzerinden kiraya verilememesi dolayısıyla oluşan ekonomik kaybın mülk olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

ii. Müdahalenin Varlığı ve Türü

53. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla- sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme olanağı veren bir haktır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder.

54. Başvuru konusu olayda, başvurucuların mülkiyetinde bulunan ve iş yeri olarak kiraya verilen taşınmazın bulunduğu sokağın araç ve yaya trafiğine kapatılması nedeniyle taşınmaz, rayiç bedelin altında kiraya verilmiştir. Başvurucular bu sebeple olması gerekenden daha az kira geliri elde etmişlerdir. İdarenin fiili dolayısıyla başvurucuların daha az kira geliri elde etmek suretiyle ekonomik kayba uğramalarının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği açıktır.

55. Anayasa'nın 35. maddesi ve mülkiyet hakkına temas eden hükümler içeren kıyılara ilişkin 43., toprak mülkiyetine ilişkin 44., kamulaştırmayı düzenleyen 46., tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63., tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168., ormanlara ilişkin 169. ve 170. maddeleri ile müsadereye ilişkin 28. maddesinin sekizinci fıkrası, 30. maddesi, 38. maddesinin onuncu fıkrası dikkate alındığında Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında herkesin mülkiyet hakkına

sahip olduğu belirtilmek suretiyle "mülkten barışçıl yararlanma hakkı"na yer verilmiş; ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir.

56. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenmiş, aynı zamanda "mülkten yoksun bırakma"nın şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Öte yandan Anayasa'nın 46. maddesinde, taşınmaz mülkiyetinden yoksun bırakma yolu olan kamulaştırma usulü özel olarak düzenlenmiştir.

57. Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrasında mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Zira mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamaması, devletin mülkiyetin kullanımının toplum yararına uygun olarak düzenleyebilmesini gerektirmektedir. Bu durumda da devletin mülkiyetin kullanımını kontrol yetkisine sahip olduğunun kabulü zorunlu hâle gelmektedir. Ayrıca Anayasa'nın kıyılara ilişkin 43., toprak mülkiyetine ilişkin 44., tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63., tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168., ormanlara ilişkin 169. ve 170. maddeleri ile müsadereye ilişkin 28. maddesinin sekizinci fıkrası, 30. maddesi ve 38. maddesinin onuncu fıkrasında, devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir.

58. Mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir. Mülkten yoksun bırakma şeklindeki müdahalede mülkiyetin kaybı söz konusudur. Mülkiyetin kullanımının kontrolünde ise mülkiyet kaybedilmemekte ancak mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerin kullanım biçimi, toplum yararı gözetilerek belirlenmekte veya sınırlandırılmaktadır. Mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale ise genel nitelikte bir müdahale türü olup mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin kullanımının kontrolü mahiyetinde olmayan her türlü "karışma"nın mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında ele alınması gerekmektedir. Bununla birlikte özellikle kamu otoritelerinin doğrudan mülkün kullanımına yönelik olmayan ancak sonuçları itibarıyla mülkiyet hakkını etkileyen "karışma"ları mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında görülmelidir.

59. Başvuru konusu olaydaki uyuşmazlık, başvurucuların taşınmazının bulunduğu sokağın yaya ve araç trafiğine kapatılmış olmasından doğmaktadır. Taşınmazın bulunduğu sokağın yaya ve araç trafiğine kapatılmış olması doğrudan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına yönelik bir düzenleme olmayıp seyahat özgürlüğüne ilişkindir. Başvurucuların söz konusu mülkten elde ettikleri kira gelirinin azalmış olması, seyahat özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın dolaylı bir sonucudur. Dolayısıyla yapılan müdahalenin mülkiyetin kontrolü olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin "mülkten barışçıl yararlanma" biçimindeki birinci kural kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

iii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

60. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

61. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

> *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

62. Anılan madde uyarınca temel hak ve özgürlükler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun düşebilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir.

(1) Kanunilik

63. Somut olayda başvurucuların mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden, taşınmazın bulunduğu sokağın yaya ve araç trafiğine kapatılması önlemi, 4/9/1984 tarihli ve 3042 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak Türk hukukunun bir parçası hâline gelen 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 22. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "*Kabul eden Devlet, misyon binalarını herhangi bir tecavüz veya zarara karşı korumak ve misyonun huzurunun herhangi bir şekilde bozulması veya itibarının kırılmasını önlemek üzere her türlü tedbiri almak özel göreviyle yükümlüdür.*" biçimindeki hükme dayandırılmıştır. Derece Mahkemelerince de bu kurala dayanılarak tesis edilen idari işlem hukuka uygun bulunmuştur. Derece Mahkemelerinin bu tespitinin yerinde olmadığı sonucuna götürecek herhangi bir neden bulunmadığından müdahalenin kanuni dayanağının bulunduğu kanaatine varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

64. Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Türkiye Cumhuriyeti'nin uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüğünün gereği olarak yabancı misyonlara ait binaların güvenliğini sağlamaya yönelik tedbirler almasında kamu yararının bulunduğu açıktır. Dolayısıyla bu kapsamda alınan bir tedbir olduğu anlaşılan İsrail Büyükelçiliğinin bulunduğu sokağın yaya ve araç trafiğine kapatılmasının anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

65. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden doğmaktadır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki, ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014).

66. Ölçülülük ilkesi, "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2012/102, K.2012/207, 27/12/2012; E.2012/149, K.2013/63, 22/5/2013; E.2013/32, K.2013/112, 10/10/2013; E.2013/15, K.2013/131, 14/11/2013; E.2013/158, K.2014/68, 27/3/2014; E.2013/66, K.2014/49, 29/1/2014; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2015/43, K.2015/101, 12/11/2015; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 38).

67. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı devlete birtakım pozitif yükümlülükler de yüklemektedir. Pozitif yükümlülükler kural olarak özel hukuk kişilerince yapılan müdahalelere karşı anayasal koruma sağlamakla birlikte kamu otoritelerince gerçekleştirilen müdahalelerde de devletin özellikle usule ilişkin bazı pozitif yükümlülükleri söz konusu olabilir. Bunlar kamu tarafından gerçekleştirilen müdahalenin etkilerini giderici, diğer bir ifadeyle telafi edici yasal, idari ve fiilî tedbirleri kapsamaktadır.

68. Mülkiyet hakkına kamu otoriteleri tarafından müdahalede bulunulması durumunda bu müdahalenin malik üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçların mümkünse eski hâle döndürülmesini, mümkün değilse malikin zarar ve kayıplarının telafi edilmesini sağlayan idari veya yargısal birtakım hukuki mekanizmaların oluşturulması devletin pozitif yükümlülükleri gereği olduğu gibi söz konusu mekanizmaların var olup olmadığı hususu, aynı zamanda müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulacak bir unsurdur. Bu bağlamda düzeltici bir mekanizmanın hiç oluşturulmaması veya oluşturulan mekanizmanın müdahaleden önceki durumu tesis edici veya oluşan kayıpları giderici bir nitelik arz etmemesi durumunda müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

69. Somut olayda, İsrail Büyükelçiliğinin önünde bulunan sokağın yaya ve araç trafiğine kapatılmasının söz konusu Büyükelçiliğin güvenliğinin sağlanması amacına ulaşmaya elverişli olduğu açıktır.

70. Yolun yaya ve araç trafiğine açılmasının güvenlik zaafiyetine yol açıp açmayacağı ve söz konusu güvenlik kaygısının yolun yaya ve araç trafiğine kapatılmasını gerekli kılıp kılmadığının değerlendirilmesi öncelikli olarak ilgili kamu makamlarının yetkisindedir. Güvenlik hizmetinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülmesi yetkili idarelerin sorumluluğunda olup bu hizmetin en iyi biçimde yürütülebilmesi için ne tür tedbirlerin alınması gerektiği hakkında sorumlu ve yetkili otoriteler daha isabetli karar verebilecek konumdadırlar. Bu nedenle hangi tedbirin uygulanacağının belirlenmesi hususunda idarelerin belli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Ne var ki seçilen aracın gerekliliğine ilişkin olarak idarelerin haiz olduğu takdir yetkisi sınırsız değildir. Tercih edilen aracın müdahaleyi ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağırlaştırması durumunda Anayasa Mahkemesince müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna ulaşılması mümkündür. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu kapsamda yapacağı denetim, seçilen aracın isabet derecesine yönelik olmayıp hak ve özgürlükler üzerinde oluşturduğu müdahalenin ağırlığına dönüktür.

71. Başvuru konusu olayda sokağın bariyerle kapatılması yolundaki tedbirin, İsrail Büyükelçiliğinin güvenliğinin sağlanması amacıyla kıyaslandığında müdahaleyi bariz bir biçimde ağırlaştırdığı söylenemez. Dolayısıyla müdahalenin gerekliliği hususunda kamu makamlarınca yapılan değerlendirmenin aksi bir sonuca ulaşmayı gerektirecek bir neden bulunmamaktadır.

72. Somut olaydaki müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesi bakımından asıl önem taşıyan ölçüt orantılılıktır. Öngörülen tedbirin maliki olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez. Bu itibarla, uygulanan tedbirle başvuruculara aşırı ve orantısız bir yük yüklenip yüklenmediğinin tespiti gerekmektedir.

73. Başvurucular, iş yeri olarak kiraya verdikleri taşınmazın bulunduğu sokağın araç ve yaya trafiğine kapatılmasının, bu taşınmazın

normal koşullardaki rayiç bedeli üzerinden kiraya verilme potansiyelini önemli ölçüde zayıflattığını ileri sürmüş; tedbirin uygulanmaya başlandığı dönemden sonra elde edilen kira gelirinin 3.000 TL'den 1.000 TL'ye düştüğünü gösteren bazı banka dekontlarını başvuru dilekçesine eklemişlerdir. Taşınmazın kira gelirinin düştüğüne ilişkin olarak yetkili makamlar tarafından aksi bir itiraz öne sürülmediği gibi Derece Mahkemeleri tarafından da aksine bir tespitte bulunulmamıştır.

74. Kamu yararına dönük ve neticelerinden tüm toplumun yarar sağladığı kamusal müdahalerin olumsuz sonuçlarına belli sayıdaki kişi veya kişilerin katlanması, müdahaleyle ulaşılmak istenen kamu yararı ile bireylerin hakları arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi zedeleyebilir; bireye aşırı ve katlanılamaz bir külfet yüklenmesi sonucunu doğurabilir. Uygulanan önlemle hedeflenen olumlu sonuçlardan toplumun tümü yarar elde ettiğine göre bu önlemle hakkına müdahale edilen kişi veya kişilerin yüklendiği külfetin de tüm topluma pay edilerek kamu yararı ile bireylerin mülkiyet hakkının korunması arasındaki dengenin sağlanması gerekir. Aksi takdirde idarenin bir işlem veya eyleminin nimetlerinden toplumun tamamı yararlanırken bunlardan kaynaklanan külfete ise sadece belli kişi veya kişiler katlanmış olur. Diğer bir ifadeyle hakkına müdahale edilen kişi veya kişiler toplumun diğer bireylerinden daha fazla bir fedakârlığı göğüslemek mecburiyetine düçar olabilirler. Bu durum, fertlerin eşitliği temeline dayanan demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

75. Kira gelirinin düşmesi nedeniyle kiralanan taşınmazdan elde edilen ekonomik değerin azalmış olmasının başvuruculara külfet yüklediği ortadadır. Türkiye Cumhuriyeti devletinin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin bir gereği olarak uygulanan İsrail Büyükelçiliğinin bulunduğu sokağın araç ve yaya trafiğine kapatılması önlemiyle başvuruculara tahmil edilen bu yükün telafi edilmesi, orantılılık ilkesinin bir gereğidir. Ancak olayda İlk Derece Mahkemesince idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesine dayanılarak başvuruculara, zararın ve zararla fiil/işlem arasındaki illiyet bağının varlığını ispatlama fırsatı tanınmaksızın dava reddedilmiştir. Mahkemenin idarenin sorumluluğunu kusurunun bulunması şartıyla sınırlayan bu yorumu, başvuruculara yüklenen külfetin hafifletilerek dengelenmesini önlemiştir.

76. Oysa Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, kanuni dayanağı bulunan ve hukuka uygun olan müdahalelerde

dahi malikin menfaatini dengeleyici birtakım imkânların getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Malikin menfaatinin de korunması amacına matuf olan bu imkânlar -zorunlu bir unsur olmamakla beraber- somut olayın koşulları çerçevesinde tazminat ödenmesini içerebilmektedir. Tazminat ödenmesi gerekip gerekmediği, zararın ve müdahale teşkil eden önlem ile zarar arasında illiyet bağının varlığı hususunda edinilecek kanaate bağlı olarak derece mahkemesinin takdirinde olmakla birlikte tazminatın kusur şartına tabi kılınması, Anayasa'nın 35. maddesi mucibi olan orantılılık denetiminin yapılmasını daha baştan engellemiş olmaktadır.

77. Öte yandan "İlgili Hukuk" bölümünde detaylı olarak açıklandığı üzere (bkz. §§ 28-39) içtihat hukukuyla geliştirilen ve gerek İDDK tarafından gerekse Danıştay dava dairelerince uzun yıllardan beri uygulanan fedakârlığın denkleştirmesi ilkesi, başvurucuların mülkiyet hakkına müdahale sonucunu doğuran tedbirle ulaşılmak istenen kamusal yarar ile başvurucuların mülkiyet hakkı arasında makul bir denge kurulmasını sağlayıcı ve bu suretle başvuruculara yüklenen külfeti telafi edici nitelik ve yeterlilikte olduğu anlaşılmaktadır. Bu ilke uyarınca hukuka uygun olsa dahi ilgili idari işlem veya eylemden zarar görenlerin bu zararlarının -diğer koşulların da oluşması kaydıyla- fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde tazmini mümkündür. Ancak somut davada başvurucular tarafından ileri sürülmesine rağmen bu ilkenin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığı yolunda bir tartışma yapılmamıştır.

78. Sonuç olarak Mahkemenin, sokağın araç ve yaya trafiğine kapatılması nedeniyle meydana geldiği ileri sürülen zararın tazminine yönelik olarak açılan tazminat davasında zarar ve illiyet bağının varlığına yönelik bir inceleme yapılmasının idarenin kusurunun bulunması koşuluna bağlayan yorumu sebebiyle başvurucular, uğradıkları zararı ve idarenin fiiliyle zarar arasındaki illiyet bağının varlığını ispatlayarak tazminat elde etme ve bu suretle yüklendikleri külfeti dengeleme imkânından mahrum kalmışlardır. Başvurucuların toplumun tümünün menfaatine olan bu tedbirden doğan külfete tahammül gösterme mecburiyetiyle karşı karşıya bırakılmaları, kamu yararı amacı ile malikin mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken makul dengenin malik aleyhine bozulması sonucunu doğurmakta ve mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi orantısız kılmaktadır.

79. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Başvurucuların Diğer İddiaları

80. Yukarıda ulaşılan ihlal sonucu dikkate alındığında başvurucuların diğer iddialarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

81. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…*
>
> *(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

82. Başvurucular ihlalin tespiti ile kira gelirinin düşmesi nedeniyle uğradıkları 210.000 TL maddi zararın ve idareye ödenen 17.200 TL vekâlet ücretinin dava ve ödeme tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi veya yeniden yargılama yapılmak üzere kararın yerel mahkemeye gönderilmesi talebinde bulunmuşlardır.

83. Başvurucuların mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

84. Mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamasında hukuki yarar bulunduğundan ihlal kararının bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 15. İdare Mahkemesinegönderilmesine karar verilmesi gerekir.

85. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 412,20 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.212,20 TL yargılama giderinin başvuruculara müşterek olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuların diğer iddialarının İNCELENMESİNE GEREK BULUNMADIĞINA,

D. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 15. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

E. 412,20 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.212,20 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREK OLARAK ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 2/2/2017tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ANO İNŞAAT VE TİCARET LTD. ŞTİ. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/2267)

Karar Tarihi: 21/12/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Özgür DUMAN
Başvurucu	:	ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.
Vekili	:	Av. Özgün ÖZTUNÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, mahkemece hükmedilen alacağın değer kaybına uğratılarak ödenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının; yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/2/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

8. Birinci Bölüm tarafından 5/12/2017 tarihinde yapılan toplantıda niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

A. Uyuşmazlığın Arka Planı

10. Başvurucu, inşaat işleri ile iştigal etmek üzere 1970 yılında Ankara'da kurulmuş bir ticaret şirketidir.

11. Başvurucu Şirket ile Devlet Su İşleri (DSİ) Genel Müdürlüğü arasında 9/5/1977 tarihinde "Karacaören Barajı ve Hidroelektrik Santral

(HES) Tesisleri" inşaatı için sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşme doğrultusunda başvurucu tarafından 1977 yılında Karacaören Barajı'nın inşaatına başlanmıştır.

12. İnşaatın devamı sırasında 14/3/1980 tarihinde ek bir sözleşme daha akdedilmiş ancak başvurucunun talebi ve idarenin de uygun görmesi üzerine 9/6/1988 tarihinde inşaat işi tasfiye edilerek sonlandırılmıştır. İşin sonlandırılması üzerine idare tarafından yapılan işlerin masrafları için kesin hesap çıkarılmış, başvurucu Şirket ise 24/10/1989 tarihinde bu kesin hesaba itiraz etmiştir.

B. Alacak Davası Süreci

13. Başvurucu, tasfiye ile sonuçlanan inşaat yapım işi çerçevesinde yapılan işlerinin hak edişi olarak 500 TL (Eski TL ile 500.000.000 TL olup bundan böyle tutarlar yalnızca yeni TL ile gösterilecektir.) tutarındaki alacağın tahsili istemiyle 10/10/1990 tarihinde Ankara 7. Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır.

14. Mahkeme 27/12/1993 tarihinde davanın kabulüne karar vermiş, Yargıtay ise 18/11/1994 tarihinde hükmün bozulmasına karar vermiştir. Bozma ilamı sonrası başvurucu 16/3/1995 tarihinde 86.680,47 TL daha alacağıntahsili istemine ilişkin olarak ek bir dava açmış, bu ek dava aynı dava ile birleştirilerek yargılamaya devam olunmuştur. Başvurucu, ek dava dilekçesiyle ayrıca sözleşme kapsamında yararına hükmedilen alacağın DSİ'den geç tahsil edilmesi nedeniyle uğradığı munzam zararın tazminini de talep etmiştir. Ancak Mahkeme 15/12/1998 tarihli duruşmada munzam zararın tazminine ilişkin istem yönünden davanın tefrikine karar vermiştir.

15. Mahkeme 15/12/1998 tarihinde davanın kısmen kabulüne karar vermiş ancak bu hüküm de Yargıtay tarafından 20/5/1999 tarihinde tazminatın hatalı hesaplandığı gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkemenin 12/9/2000 tarihli hükmü de Yargıtayca yine hatalı hesaplama nedeniyle 6/2/2001 tarihinde bozulmuştur. Mahkemenin 5/7/2001 tarihli davanın kısmen kabulüne ilişkin hükmü ise Yargıtay 15. Hukuk Dairesince 27/12/2001 tarihinde usul yönünden bozulmuştur.

16. Nihayet Mahkeme 19/4/2002 tarihinde davanın kısmen kabulü ile daha önce kesinleşmiş bulunan 58.926,87 TL'nin DSİ'den alınarak

başvurucuya verilmesine karar vermiştir. Karar ile bu tutarın 2.780,82 TL'lik kısmına 9/6/1988 tarihinden itibaren, kalan 56.056,05 TL'lik kısmına ise dava tarihinden itibaren reeskont faizi işletilmesine hükmedilmiştir. Mahkeme ayrıca, başvurucu yararına 16/3/1995 tarihinden itibaren işletilecek reeskont faizi ile birlikte 13.936,09 alacağın daha DSİ'den tahsiline ancak miktardan 9.894,27 TL KDV (katma değer vergisi) düşülmesine karar vermiştir.

17. Bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiş, Dairenin 6/6/2002 tarihli ilamıyla hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir. Daire, bozma dışında kalan miktara ilişkin karar verilirken asıl dava ile birleşen davadaki miktarların ayrılmadan karar verilmesinin doğru olmadığını belirtmiştir. Daire, bu gerekçeyle hüküm fıkrasındaki rakamları çıkararak hükmü düzeltmiştir. Buna göre asıl davada 486,69 TL'nin dava tarihi olan 10/10/1990 tarihinden itibaren değişen oranlı reeskont faizi, birleşen davada ise 58.440,18 TL'nin 2.870,82 TL'lik bölümüne 9/6/1988 tarihinden, 55.569,36 TL'lik bölümüne ise birleşen dava tarihi olan 16/3/1995 tarihinden itibaren değişen oranlı reeskont faizi uygulanmak suretiyle davalı idareden alınarak başvurucuya verilmesine karar verilmiştir.

18. Başvurucuya Mahkeme ilamı doğrultusunda 23/9/2002 tarihinde 62.968,69 TL asıl alacak ve 348.027,70 TL faiz olmak üzere toplam 410.996,39 TL tutarında ödeme yapılmıştır.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Süreci

19. Başvurucu 4/12/2002 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu, açmış olduğu alacak davasında yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, uzayan hukuki süreç sonunda sözleşmedeki tutarın ödenmesinin geciktiğini ve bu tutarın düşük bir faiz oranıyla ödenmesi nedeniyle mali yönden kayba uğradığını belirterek mülkiyet hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

20. AİHM, 7/10/2008 tarihinde mülkiyet hakkının ihlali iddiası yönünden iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurunun kısmi olarak kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (*Naci Balkar (Baltutan) ve Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti./Türkiye* (k.k.), B. No: 9522/03, 7/10/2008). AİHM kararında, ilke olarak alacağın geç ödenmesinden kaynaklanan zararın

enflasyon oranı ile müsavi faiz ödenerek telafi edilebileceği belirtilmiştir. Buna karşın AİHM, başvurucunun gecikme dolayısıyla ödenen faizi aşan zararlarının 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde öngörülen iç hukuk yolunu kullanabileceğine dikkat çekmiştir. Aynı kararda AİHM, başvurucunun makul sürede yargılanma hakkına ilişkin şikâyetinin incelenmesini ise sonraya bırakmıştır.

21. AİHM, 6/10/2009 tarihinde ise başvurucunun makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Baltutan ve Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti./Türkiye,* B. No: 9522/03, 6/10/2009).

D. Başvuruya Konu Munzam Zararın Tazmini Davası Süreci

22. Başvurucunun sözleşme kapsamında yararına hükmedilen alacağının DSİ'den geç tahsil edilmesi nedeniyle uğradığı munzam zararın tazmini istemiyle 16/3/1995 tarihinde açtığı dava 15/12/1998 tarihinde tefrik edilerek aynı Mahkemede yargılamaya devam olunmuştur.

23. Başvurucu, tefrik edilen bu davada munzam zarar tazminatı olarak 500 TL'ninreeskont faiziyle birlikte davalı idareden tahsilini talep etmiştir. Başvurucu, bu yargılama devam ederken 17/2/2005 tarihinde Ankara 8. Asliye Hukuk Mahkemesinde yine munzam zarara dayalı tazminat istemine ilişkin DSİ aleyhine bir dava daha açmıştır. Bu dava, aralarındaki bağlantı nedeniyle Ankara 7. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen dava ile birleştirilmiştir. Başvurucu, birleştirilen bu davada ise toplam 1.010.000 TL tutarında tazminat talebinde bulunmuştur.

24. Mahkeme; hukukçu, mali müşavir ve inşaat alanlarında uzman üç kişiden oluşturulan Bilirkişi Kurulundan 1/12/2004 tarihinde rapor almıştır. Bilirkişi Kurulu raporunda, tüketici fiyatlarına göre alacağın geç ödenmesi nedeniyle başvurucunun uğradığı zarar ve kur, mevduat faizleri ile tüketici fiyatları ortalamasına göre uğradığı zarar ayrı ayrı gösterilmiştir. Rapora göre enflasyon oranlarına göre başvurucunun zararı 7.848.069 TL olup başvurucunun ortalama munzam zararı ise 16.917.638 TL'dir. Raporda ayrıca değişik ölçütlere göre munzam zarar hesabı da yapılmıştır. Bu doğrultuda taraflar arasındaki ek sözleşmelere göre, alacağın zamanında tahsil edilememesi nedeniyle faal olunmamasına ve başvurucunun bu süreçte taşınır ve taşınmaz mallarını satmış olmasına göre ayrı ayrı hesaplamalar yapılmıştır.

25. Mahkeme 20/4/2005 tarihinde asıl davanın kabulü ile 500 TL'nin işin tasfiye tarihi olan 9/6/1988 tarihine kadar yasal faiziyle birlikte davalı idareden alınarak başvurucuya verilmesine karar vermiştir. Mahkeme, birleşen davanın ise zamanaşımı nedeniyle reddine karar vermiştir.

26. Dairenin 21/6/2007 tarihli ilamıyla hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Bozma ilamında, munzam zararın ancak asıl alacağın faiziyle birlikte ödendiğinin 22/9/2002 tarihinde tespit edilebileceği belirtilerek eser sözleşmelerindeki beş yıllık zamanaşımı süresine göre davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesinin doğru olmadığı belirtilmiştir. Daire ayrıca 818 sayılı mülga Kanun'un 105. maddesine göre, alacaklının uğradığı zararın geçmiş günler faizinden fazla olduğu takdirde borçlunun -kendisine bir kusur yüklenmedikçe- zararı karşılamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Daireye göre somut olayda çözümlenmesi gereken sorun, başvurucunun tahsil ettiği temerrüt faizini aşan bir zararının oluşup oluşmadığıdır. Daire, başvurucu Şirketin munzam zararı somut delillerle ispat etmesi gerektiğini kabul etmiştir. Daire; buna örnek olarak başvurucunun alacağını tahsil edememekten ötürü yüksek faizle borç para aldığını, alacaklı olduğu parayı zamanında alsaydı yabancı para ile ödemek zorunda olduğu borcunu geçen süre içinde gerçekleşen bu fark nedeniyle daha yüksek kurdan ödemek zorunda kaldığını, illiyet bağını da içerecek şekilde kanıtlamak durumunda olduğunu bozma ilamında belirtmiştir. Daire, somut olay bakımından ise bu ilkelere dayalı bir inceleme yapılmadığını kabul etmiş ve yeni bir bilirkişi incelemesi yapılarak başvurucunun varsa munzam zararın tespit edilmesi için hükmü bozmuştur.

27. Mahkeme, bozma ilamına uymuş ve yeni bir bilirkişi raporu almıştır. 16/7/2010 tarihli bilirkişi raporunda özetle;

i. Munzam zarar miktarının bozma ilamı doğrultusunda hesaplanması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre ise idare ile yapılan işle illiyet bağı kanıtlanmak kaydıyla sadece başvurucu aleyhine yapılan icra takipleri nedeniyle ödemek zorunda kalınan faiz ve sair giderleri ile birlikte üçüncü kişilerden alınan daha yüksek faizle borç para alınması sonucu ödenen fazla faiz veya zarar miktarın munzam zarar olarak talep edilebileceği vurgulanmıştır.

ii. Başvurucu tarafından munzam zararın hesaplanmasına esas olacak şekilde sunulan listelerde yer alan icra takiplerine ilişkin

dosyaların kâğıt fabrikasına gönderildiği, dosya asılları veya örneklerinin temininin ise mümkün olmadığı tespitine yer verilmiştir.

iii. Dolayısıyla başvurucu Şirketin maruz kaldığı icra takipleri sebebiyle ödediği faiz ve icra giderlerinin toplam tutarının icra takip dosyaları ibraz edilmediğinden ve dava dosyası ile eklerinde davacı Şirket tarafından icra dairelerine yapılan ödemelerle ilgili belgeler de bulunmadığından hesaplama yapılamadığı ifade edilmiştir.

iv. Bilirkişi Kurulu sonuç olarak ise Yargıtay bozma ilamında öngörülen inceleme yöntemine göre başvurucuların munzam zararlarının bulunmadığı kanaatini bildirmiştir.

v. İtiraz üzerine alınan ek raporda ise başvurucunun idareyle yaptığı işle bağlantılı olarak üçüncü şahıslara 9/6/1988 tarihinden sonra ödediği 3.379,11 TL tutarındaki faiz dışında somut delillere dayalı bir munzam zararı olduğunu kanıtlayamadığı belirtilmiştir.

28. Bilirkişi raporunu hükme esas alan Mahkeme 28/12/2011 tarihinde asıl ve birleşen davaların reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...Dava, munzam zarara ilişkin olup, uyulan bozma ilamında belirtildiği üzere davacının yaptığı baraj inşaatının tasfiyesine ilişkin olarak düzenlenen 09.06.1988 tarihli tutanakta tasfiye nedeniyle davacı şirkete masraf ve hiç bir tazminat ödenmeyeceğinin ifade edilmiş olmasına göre 8/505 sayılı kararname hükümleri doğrultusunda munzam zarar hesap ve talebinin mümkün bulunmadığı anlaşılmakla birlikte davacının alınan bilirkişi raporlarına göre kendi hükmi şahsiyeti nedeniyle davacı şirket aleyhine yapılan icra takipleri nedeniyle davacı şirketin defterlerinin ve temlikleri ile takip dosyalarına göre davacı şirketin aynı iş döneminde yüklendiği diğer işlerinin akıbeti de araştırılarak uğradığı zarara etkisinin bulunup bulunmadığı yönünde ***alınan bilirkişi raporlarına göre davacının yaptığı iş nedeniyle davacıya ödenen temerrüt faizlerinden fazla munzam zararının ispatlanmadığı anlaşılmakla,*** *alınan rapor ve ek raporların kapsamına göre de davacıya ödenen faizlerden fazla munzam zarar hesaplanmasına esas alınabilecek faizin yani zararın tespit edilememesine nazaran mahkememizin 1999/22 Esas sayılı dosyasında evvelce hükmedilen 500 TL'lik munzam zararında bulunmadığı sonucuna varıldığından esas davanın ve birleşen dosyadaki munzam zarara*

dair kalemleri ihtiva eden davanın reddine karar vermenin doğru olacağı sonuç ve kanısına varılmış[tır]... "

29. Temyiz edilen hüküm, Dairenin 25/12/2012 tarihli ilamıyla onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme istemi de aynı Dairenin 26/12/2013 tarihli ilamıyla reddedilmiştir.

30. Nihai karar, başvurucu vekiline 27/1/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

31. Başvurucu 20/2/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

32. 818 sayılı mülga Kanun'un *"Munzam zarar"* kenar başlıklı 105. maddesi şöyledir:

"Alacaklının düçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiç bir kusur isnat edilemiyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir.

Bu munzam zarar derhal takdir olunabilirse hakim, esasa dair karar verir iken bu zararın miktarınıdahi tayin edebilir."

33. Bu Kanun'u ilga eden 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun *"Aşkın zarar"* kenar başlıklı 122. maddesi şöyledir:

"Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür.

Temerrüt faizini aşan zarar miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hâkim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder."

34. 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un *"Temerrüt faizi"* kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"(Değişik : 15/12/1999 - 4489/2 md.) Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz."

2. Yargıtay İçtihadı

35. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12/5/2016 tarihli ve E.2016/1049, K.2016/2737 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Munzam zarar nedeniyle alacak istemine ilişkin olarak; dava tarihine göre uygulanması gereken mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu 105. maddesinde munzam zarar düzenlenmiştir. (Maddenin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı 122. maddedir.) Anılan 105. (6098 sayılı TBK 122)madde uyarınca alacaklının uğradığı zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu takdirde borçlu kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini kanıtlamadıkça bu zararı ödemekle mükelleftir.

Yasa koyucu para borcunun geç ödenmesi halinde bir zararın mevcut olduğunu kural olarak benimsemiştir. Bu zararın karşılanması iki bölümde düşünülmüştür. Birinci bölüm kanıtlanmadan ödenmesi talep edilecek zarar miktarıdır ki bu temerrüt faizidir. Diğer bir deyişle temerrüt faizi miktarınca alacaklının zarara uğradığı yasal bir karine olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında davacının herhangi bir karineden istifade etmek olanağı yasal olarak mevcut değildir.

Dava konusu somut olaydaki çözümlenmesi gereken hukuki sorun; temerrüt faizini aşan bir zararın mevcut olup olmadığıdır. Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat

yükünden kurtarmaz. Zira; davacı para alacağını zamanında alması halinde ne şekilde kullanacağını kanıtlaması gerekir. Ayrıca alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazlaolduğunuispatetmekzorundadır. Soyutenflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlaması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemeden dolayı zarar gördüğü keyfiyetidir. Örneğin alacağını zamanında tahsil edememekten ötürü, başkasına olan borcunu ödemek için daha yüksek oranda faizle borç aldığını, alacaklı olduğu parayı zamanında alsa idi yabancı para ile ödemek durumunda olduğu borcunu, geçen süre içinde gerçekleşen bu fark sebebiyle daha yüksek kurdan ödemek zorunda kaldığını kanıtlamak durumundadır. Ülkede yaşanan ekonomik kriz nedeniyle paranın döviz karşısında hızlı değer kaybı, yüksek enflasyon gibi genel afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen umumi ekonomik konjonktürel olgular BK'nın 105. (TBK. 122.) maddesinde sözü edilen munzam zararın varlığını göstermez.

..."

36. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 31/10/2007 tarihli ve E.2007/11-668, K.2007/798 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Davamızın konusu olan munzam zarar ise, Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde hükmüne göre alacaklı, geç ödeme sebebiyle az yukarıda açıklanan geçmiş günler için öngörülen faizle karşılanamayacak bir zarara uğramış ise, borçlu geç ödemeden dolayı kendisinin hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı karşılamak zorundadır.

O halde, Borçlar Kanunu'nun 103. maddesinde öngörülen faizi aşan zararın ödenebilmesi için, uğranılan zararın varlığı ile miktarının kanıtlanması gerekir. Bu zarar kanıtlandığı takdirde borçlu, ancak kendisinin geç ödemeden dolayı hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmesi halinde bu zararın ödenmesi yükümlülüğünden kurtulabilir.

Bu konuda kanıtlanması gereken, muayyen paranın gününde ödenmemesinden doğan zarardır.

Diğer bir deyimle alacaklı davacı, fiilen uğradığı zararın ne olduğunu ve miktarını kanıtlamak durumundadır. Doğaldır ki bu zarar, paranın zamanında ödenmemesinden dolayı mahrum kalınan "muhtemel kâr" yada "farz edilen gelir" değildir. Bu zarar, davacının öz varlığından, ekonomik ve sosyal faaliyetlerinden, toplum içerisindeki statüsünden, başına gelen olaylardan kaynaklanan, somut olgular nedeniyle uğramış olduğu fiili zarardır.

Hal böyle olunca, iddia olunan zararı doğuran somut vakıanın ve bu nedenle uğranılan zararın kanıtlanması gerektiği, duraksama yaratmayacak kadar açık bir olgudur.

Hemen ifade etmek gerekir ki, faiz oranları Borçlar Kanunu ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile düzenlenmiştir.

Yasa koyucu, bir para borcunun gününde ödenmemesinden dolayı alacaklının zarara uğrayacağını kabul edip, bu zararın, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik konjonktürü dikkate alarak belli bir oranda olacağını benimsemiştir.

Nitekim, Borçlar Kanunu'nun 103. maddesine göre temerrüt faizi oranı % 5 iken, 4.12.1984 gün ve 3095 sayılı Yasa ile bu oranın %30'a çıkarılması ve yine 3095 sayılı Yasa'da 15.12.1999 gün ve 4489 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu Merkez Bankasının kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont faiz oranı esas alınarak, değişen faiz oranlarının benimsenmesi bunun kanıtıdır.

Bu noktada, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik olumsuzluklar (enflasyon, yüksek faiz, para değerindeki devamlı düşüş) dikkate alınarak, yasa hükmüyle geçmiş günler faizine ilişkin düzenleme yapılmış iken, aynı olguların, Borçlar Kanunu'nun 105.maddesinde öngörülen munzam zararın bilinen kanıtları olarak gösterilip, bunların doğurduğu olumsuzluklar, gerçek zarar olarak gösterilemez.

Aksinin kabulü halinde yasa koyucunun bu olumsuzlukların karşılığına dair saptamasının hiçbir anlamı kalmayacağı açıktır.

Yasa koyucu tüm bu ekonomik olumsuzlukları değerlendirip, bunların tevlid edeceği zarar dolayısıyla tazminat oranını Anayasa'dan aldığı yasa yapma yetkisine dayanarak belirlemiş iken, zımnen bu takdirin yerinde olmadığı ileri sürülüp, aynı ekonomik göstergelere dayanılarak tazmin edilecek zararın geçmiş günler faizinden fazla olduğu kabul edilemez.

Yetkili mercii kararını vermiş, yasayla hükmünü vaz etmiştir. Uğranılan zarar, yetkili merciin belirlediğinden fazla ve bu nedenle 105. maddeye dayanılarak munzam zarar istenecek ise, artık o merciin, zararın oranını belirlemek için kullandığı, dikkate aldığı, değerlendirdiği ölçülere ve bunların 'maruf ve meşhur' oldukları olgusuna değil, davaya özgü, somut vakıalara dayanılması gerekir. Bunlar da, elverişli ve geçerli delillerle kanıtlanmalıdır.

Burada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 238. maddesinin yarattığı istisna uygulanamaz. Zira kanıtlanacak olgular anılan maddede sözü edilen "maruf ve meşhur" olan enflasyon, para değerindeki düşüş yada mevduat faiz oranları değil, az yukarıda açıklandığı gibi geç ödeme ile davacının maruz kaldığı zararı tevlid eden vakıalar ve bu vakıalar nedeniyle uğranılan fiili zarardır. Örneğin, alacağını gününde alamayan alacaklının, aynı gün vadesi gelmiş bir borcunu ödemek için, borçlunun ödediği geçmiş günler faizi yerine bunun üzerindeki bir faizle borçlanması, yada alacaklısına daha yüksek oranda faiz ödemek durumunda kalması; dövizle ödemeyi kabul ettiği borcu için, alacağını gününde tahsil edememesi nedeniyle sonraki günlerde daha yüksek kurdan döviz satın almak zorunda kalması gibi maddi olgularla kanıtlanan zarar söz konusudur.

Denilebilir ki, Borçlar Kanun'un 105. maddesinde öngörülen munzam zararın, Borçlar Kanunu'nun 103. maddesi ve 3095 sayılı Kanun ile saptanan faiz oranının dayanağı olan ekonomik olumsuzluklara dayandırılması ve herkesçe bilinenin kanıtlanmasına gerek olmadığı sonucuna varılması mümkün değildir.

Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde karşılanması öngörülen faizi aşan zararın, genel ekonomik olumsuzlukların (ülkede cari enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri) dışında, davacının durumuna özgü, somut vakıalarla ispatlanması gerekir.

Zararın varlığı ileri sürülerek somut olgular ile kanıtlandıktan sonra, zararın miktarının belirlenmesinde, yukarıda açıklandığı gibi, zamanında ödeme yapılmadığı için alınmak zorunda kalınan borca ödenen yüksek faiz oranının, mal varlığında meydana gelen azalmanın veya dövize ödenen yüksek kurun ve ülkede cari diğer ekonomik göstergelerin dikkate alınacağı tabiidir.

Görülmekte olan davada az yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, somut vakıalara dayanılarak bir zararın gerçekleştiği ileri sürülüp, kanıtlanmadığından, Borçlar Kanunu'nun 105. maddesi gereğince tazminata hükmedilemeyeceği kuşkusuzdur."

37. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13/6/2012 tarihli ve E.2011/18-730, K.2012/373 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Öncelikle, munzam zararın hukuki tanımı ve kapsamı üzerinde durulmasında yarar vardır.

Munzam zarar, borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının malvarlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla, temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğu kurallarına bağlı bir zarar şeklinde tanımlanabilir.

BK'nun 105. maddesi, kaynağı ne olursa olsun, temerrüt faiz yürütülebilir nitelikte olmak koşuluyla bütün para borçlarında uygulanma olanağına sahiptir. Borcun dayanağı haksız fiil, sözleşme, nedensiz zenginleşme, kanun, vekaletsiz iş görme olabilir.

Bu bağlamda belirtilmelidir ki, munzam zarar borcunun hukuki sebebi, asıl alacağın temerrüde uğraması ile oluşan hukuka aykırılıktır.

O nedenle, borçlunun munzam zararı tazmin yükümlülüğü (BK.md.105), asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar geçen zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur. Munzam zarar, bu hukuki niteliği ve karakteri itibariyle, asıl alacak ve faizleri yönünden icra takibinde bulunulması veya dava açılmasıyla sona ermeyeceği gibi, icra takibi veya dava açılması sırasında asıl alacak ve temerrüt faizi yanında talep edilmemiş olması halinde dahi takip veya davanın konusuna dahil bir borç olarak da kabul edilemez. Hal böyle olunca, asıl alacağın faizi ile birlikte tahsiline yönelik icra takibinde veya davada munzam zarar hakkının saklı tutulduğunu gösteren bir ihtirazi kayıt dermeyanına da gerek bulunmamaktadır. Ayrı bir dava ile zamanaşımı süresi içinde her zaman istenmesi mümkündür.

Munzam zarar sorumluluğu, kusur sorumluluğuna dayanmakta olup, buradaki kusur borçlunun temerrüde düşmekteki kusurudur.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Davacıların kayden malik oldukları .... taşınmazın davalı idare tarafından 29.12.1977 tarihinde kamulaştırıldığı; komisyonca takdir edilen 5.881.439-

TL kamulaştırma bedelinin noter tebligatında bankaya bloke edileceğinin bildirildiği; anılan bedelin ödenmemesi üzerine davacılar vekili, ... parsel sayılı taşınmazın kamulaştırma bedelinin müvekkillerine ödenmesi için davalı idareye ihtarname gönderdiği, anılan ihtarnamenin idareye 13.4.1981 tarihinde tebliğ edildiği; 13.4.1981 tarihinde tebliğ edilen ihtarnameye rağmen kamulaştırma bedeli ödenmediğinden davacılar tarafından davalı idare aleyhine 12.10.1990 tarihinde açılan ve ... Mahkemesinin ... tarih ve ... sayılı kesinleşen hükmü ile de '....bankaya yatırılmış ihtilafsız bedel olan 5.881.439 TL'nin davalıya çekilen ihtarnamenin tebliğ tarihi olan 13.4.1981 tarihinden itibaren 4.12.1984 tarihine kadar % 5, 4.12.1984 tarihinden 31.12.1997 tarihine kadar % 30, 1.1.1998 tarihinden itibaren % 50 yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsili ile davacılara hisseleri nisbetinde ödenmesine, fazla talebin reddine....' karar verildiği; halen de kamulaştırma bedelinin davacılara ödenmediği, dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Ayrıca dosyada bulunan 20.05.2009 tarihli bilirkişi kurulu raporunda ise, dava tarihi (17.05.2004) itibariyle kamulaştırma bedelinin 5,88 TL olduğu,belirtilen bu kamulaştırma bedelinin 13.04.1981ila 17.05.2004 dava tarihi arasında işleyen yasal faiz tutarının ise, 44,95 TL olduğu bildirilmiştir.

Nihayet .... Bankası'nın 13.5.1992 tarihli cevabında 837 parsele ait kamulaştırma bedelinin (5.881.439-TL) 2.4.1979 tarihinde bankalarına yattığını ancak henüz mal sahipleri olan....a ödeme yapılmadığı bildirilmiştir.

Şu durum karşısında, alacaklının davasında dayandığı maddi olgulara uygulanması zorunlu görülen HUMK. md. 238/2 ve Medeni Kanun md.7 anlamında belirlenen delillerle alacaklı zararının kanıtlandığına ilişkin karinenin vücut bulduğu ve böylece davacının zararını isbat yükünü yerine getirdiğini kabul etmek gerekir. Bu aşamadan sonra sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun; somut olayın özellikleri nedeni ile ya alacaklının bir zarara uğramadığını, ya da borcunu zamanında ifa etmiş olsa idi dahi alacaklının borç konusu miktarı değeri düşmeyecek bir biçimde değerlendiremeyeceğini ispat etmesi gündeme gelebilir.

Bunların yanında, 20.10.1898 tarih ve K:3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda 'para her zaman kullanılması mümkün ve temettü getiren bir meta olduğundan geç ödenmesi halinde zararın vücudu muhakkaktır' şeklindeki kararı da gözetmek gerekmektedir.

Somut olay itibariyle, davacıların kamulaştırılan taşınmazlarının bedelini aradan geçen uzun süreye rağmen henüz tahsil etmemiş bulunmaları, bu bedelin dava tarihindeki satın alma gücü dikkate alındığında, zararlarını kanıtlamış olduklarının kabulü gerekir. Belirtilen bu gerekçeyle yerel mahkemenin direnmesi yerindedir.

...”

38. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7/2/2007 tarihli ve E.2007/11-55, K.2007/53 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“Dava, BK.’nun 105/1. maddesi hükmüne dayanılarak açılan alacağın geç tahsil edilmesi nedeniyle geçmiş günler faizi ile karşılanmadığı iddia edilen munzam zararın tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, munzam zararın oluşumunun somutlaştırılmadığı gibi zararın varlığı ve niceliğinin kanıtlanamadığı sonucuna varılarak davanın reddine karar verilmiştir.

BK.’nun 105/1. maddesi hükmünce alacaklının uğradığı zarar geçmiş günler faizinden fazla ise, borçlu kusursuzluğunu ispat etmedikçe bu zararı tazminle yükümlüdür. Asıl borçtan bağımsız olan bu zararın BK. ‘nun 125. maddesinde düzenlenen (10) yıllık zamanaşımı süresi içerisinde borçludan istenilmesi mümkündür. Davacının davalı aleyhine daha önce açtığı dava sonunda, davacıya ait hisse senetlerinin talimatı dışında satılmasından dolayı bunların 25.01.1994 tarihindeki toplam piyasa değeri (11.422.280.000) TL’nin 03.10.1994 tarihinden itibaren reeskont faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiş, kararın kesinleşmesinin ardından davadan yaklaşık (9) yıl sonra ilama bağlı alacak 02.07.2003 tarihinde (81.688.000.000) TL. olarak tahsil edilmiştir.

Dava dilekçesinde, işadamı olan davacının alacağına zamanında kavuşması halinde en güvenceli yatırım aracı olan Devlet İç Borçlanma Senetleri (DİBS) ‘nde değerlendireceğini, Devlet İç Borçlanma Senedi ‘ne uygulanan en yüksek faizli getiri ile tahsilen edilen miktar arasındaki farkın munzam zarar oluşturduğundan söz edilerek talepte bulunmuştur.

Asıl alacak davasında davacı talebini paraya dönüştürmüş, hisse senetlerinin değerinin faiziyle tahsilini istemiştir. O dava sonunda da, davacıya ait hisse senetlerinin aynen teslimine değil, yetkisiz satış tarihindeki değerinin faiziyle birlikte tahsiline karar verilmiştir.

Davacı, ilk davada alacağını para olarak somutlaştırdığına göre, davalı borçlunun temerrüde düştüğü tarihten ödemenin yapıldığı güne kadar geçen süre içerisinde, her yıl itibari ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranı, bu oranın eşya fiyatlarına yansıma durumu, mevduat ve devlet tahvillerine verilen faiz oranları, TL. karşısında döviz kurlarına ilişkin değişiklik tabloları araştırılıp saptanmak, bu alanda uzman bilirkişi görüşünden de yararlanılarak değinilen zaman dilimi içerisindeki para değerinin düşmesi, alım gücünün azalması nedeniyle davacının uğradığı zararın açıklanan ölçütlere göre hesaplanacak unsurlar toplanıp ortalamaları bulunduktan sonra ortaya çıkacak rakamın Devlet İç Borçlanma Senedi'ne göre önceden bilirkişilerce hesaplanan miktardan az çıkması halinde o meblağın, aksi taktirde davacının ıslahla belirginleştirdiği meblağ temel veri alınarak alacağın tazminat niteliğinde olduğu ve bu zararın oluşumunda ülkenin sosyo-ekonomik realitesinin etkili olması nedeniyle bütün kişi ve kuruluşların etkilenmesinin kaçınılmaz olduğu gözetilerek gerek duyulduğunda BK. 'nun 43. maddesi çerçevesinde değerlendirme yapıldıktan sonra davacının munzam zararının hüküm altına alınması gerekirken, tacir olan davacının alacağına zamanında kavuşması halinde yatırım veya başkaca nema getirici alanda değerlendireceği yolundaki hayatın olağan akışına özgü olgular ve davalının kusursuzluğunu ispat edemediği gözden kaçırılarak davanın reddi doğru olmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

...

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

..."

B. Uluslararası Hukuk

39. AİHM, istikrarlı olarak kamu makamlarınca yapılacak ödemelerin gecikmesini faiz ödemeleriyle ilişkilendirmektedir. AİHM'in çeşitli kararlarında, makul olmayan bir gecikme nedeniyle tazminatın değer kaybettiği durumlarda bu tazminatın yeterli olamayacağı belirtilmiştir (*Angelov/Bulgaristan*, B. No: 44076/98, 22/4/2004, § 39). Nitekim böyle

başvurularda AİHM, esas itibarıyla kamu makamlarının geçen süre nedeniyle ödenmesi gereken tutardaki değer kayıplarını telafi etmek için gecikme faizi ödeyip ödemediğini dikkate almaktadır. Kısacası AİHM; mülkiyet hakkı kapsamında faiz ödemesini, esasen devletin borçlu olduğu tutar ile alacaklı tarafından nihai olarak alınan tutar arasındaki enflasyon nedeniyle oluşan değer kayıplarını giderme yükümlülüğüyle ilişkilendirmektedir (*Akkuş/Türkiye*, B. No: 19263/92, 9/7/1997, § 29).

40. Devlet tarafından ödenecek bir bedelin enflasyon karşısındaki değer kayıplarında AİHM, ikili bir ayrıma gitmekte; mahkemelerce belirlenmiş bir para alacağının ödenmemesi hâlinde daha katı bir tutum sergileyerek %5'e kadar değer kayıplarını hesaplama faktörlerindeki değişkenlerle ilgili kabul etmektedir (*Arabacı/Türkiye* (k.k.), B. No: 65714/01, 7/3/2002). Çünkü ödemelerin geç yapılması, mahkeme kararlarının icra edilmesi ile ilgili bir sorun olarak görülmektedir. Mahkemelerde geçen yargılama süresindeki enflasyon nedeniyle kamulaştırma bedelinin değer kaybı yönünden ise meydana gelen farkın tazminatın belirlenmesi yönteminden kaynaklandığı ve bu konuda kamusal makamların belirli bir takdir yetkisinin olduğu da gözetilip bu farkın başvurucular açısından aşırı bir yük getirip getirmediği incelenerek karar verilmektedir (*Aka/Türkiye*, B. No: 19639/92, 23/9/1998, §§ 41-51; *Güleç ve Armut/Türkiye* (k.k.), B. No: 25969/09, 16/11/2010).

41. AİHM'in *Eko-Elda Avee/Yunanistan* (B. No: 10162/02, 09/03/2006, §§ 23-31) kararında; haksız olarak tahsil edilen verginin 5 yıl 5 ay sonra faizsiz olarak iade edilmesi, belli bir meblağdan yararlanma hakkı uzun süre engellenen başvurucunun mali durumunda önemli bir zarara yol açması nedeniyle ölçülü görülmemiş ve mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir.

42. Yine benzer şekilde *Sefine Baş/Türkiye* (B. No: 49548/99, 24/06/2008, §§ 58-64) kararında da tazminatın değer kaybına uğratılarak ödendiğine ilişkin şikâyet incelenmiştir. Başvuruya konu olayda, idare mahkemesince başvurucunun 15/9/2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere dul aylığına hak kazandığı kabul edilmiştir. AİHM öncelikle, idare mahkemesinin kararının talep edilebilir bir "alacak" oluşturduğu ve bu nedenle başvurucunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında mülkiyet oluşturan bir hakkının mevcut olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, Emekli Sandığına

başvurduğu tarihten itibaren geçerli olacak şekilde geriye dönük olarak bu hakkın başvurucuya tanındığını vurgulamıştır. Bununla birlikte AİHM, başvurucuya salt bu hakkın tanınmış olmasının başvurucunun mağdur sıfatını ortadan kaldırmadığını kabul etmiştir. AİHM'e göre, mağdur sıfatının ortadan kalkması için ileri sürülen ihlalin hem zamanı hem de mağdurun bu hakkı kullanamadığı süre gözönüne alınarak telafi yoluna gidilmesi gerekmektedir. Mahkeme bu çerçevede başvurucunun banka hesabına yatırılan paranın yargılamada geçen süre içinde uğradığı maddi kaybın sonuçlarını gidermeye yetmediğini belirtmiştir. AİHM, geçen sürenin yalnızca devlete yarar sağladığını ve ilgili dönemde Türkiye'de paranın hızla değer kaybettiğini gözönüne alarak başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

43. Ayrıca AİHM; *Kat İnşaat Ticaret Kollektif Şirketi-İsmet Kamış ve Ortakları/Türkiye* ((k.k.), B. No: 74495/01, 31/1/2006) kararında, ilke olarak alacağın geç ödenmesinden doğan bir zararın varlığının ileri sürüldüğü durumlarda enflasyon oranı esas alınarak faiz ödenmesi suretiyle zararın giderilebileceğini kabul etmiştir. Aynı ilkeye, benzer şekilde ve bu karara atıfla daha önce değinilen *Naci Balkar (Baltutan) ve Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti./Türkiye* kararında da yer verilmiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

44. Mahkemenin 21/12/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

45. Başvurucu; ilk olarak munzam zarara dayanak olarak gösterdiği icra dosyalarının bir kısmının kâğıt fabrikasına gönderildiği, bir kısmının ise sel baskını nedeniyle kaybolduğu ve bulunamadığının tespit edildiğini belirtmiştir. Başvurucuya göre kamu makamları delillerinin korunması hususunda ihmal göstermiş ve bu ihmal yüzünden kendisi zarara uğramıştır. Başvurucu ayrıca, alacağı için açtığı davada yargılamanın uzun sürdüğünü ve belirtilen sürede de ülkedeki yüksek enflasyon nedeniyle geç kavuştuğu alacağının değer kaybına uğradığını ifade etmiştir. Başvurucu, mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla AİHM'e başvurduğunu ve AİHM kararında alacağın değer kaybına uğratılmadan ödenmesi için

enflasyon oranlarının dikkate alınması gerektiğinin açıkça belirtildiğini beyan etmiştir. Başvurucu, buna rağmen derece mahkemelerince AİHM kararı dikkate alınmadan munzam zararın ispat edilemediği gerekçesine dayanılarak davanın reddedildiğinden yakınmaktadır. Başvurucu sonuç olarak bu gerekçelerle adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

46. Bakanlık görüşünde, Yargıtayın munzam zararın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin iki farklı uygulamasının mevcut olduğu belirtilmiştir. Buna göre Yargıtayın bazı kararlarında munzam zararın somut olarak ispat edilmesi gerektiği kabul edilmiş, bazı kararlarında ise enflasyonist ortamda alacaklının parasının değerini sabit tutmasının karine olarak kabul edilmesi gerektiği açıklanmıştır. Bakanlık, somut olayda derece mahkemelerinin ilk görüş doğrultusunda uyuşmazlığa çözüm getirdiklerini belirtmiştir. Bakanlık, AİHM'in kamulaştırma bedeline gecikme faizi uygulanmasına rağmen enflasyon oranının daha yüksek olması nedeniyle aradaki farkın başvurucuya ödenmesi gerektiği yönündeki *Aka/Türkiye* kararına atıfta bulunmuş ve karar verilirken bu hususların dikkate alınmasının Anayasa Mahkemesinin takdirinde olduğunu bildirmiştir.

47. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru formundaki iddialarını yinelemiştir.

2. Değerlendirme

48. Anayasa'nın 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

49. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu, mülkiyet hakkının ihlali iddiası yanında munzam zararın tazminine ilişkin davada delil olarak dayandığı icra dosyalarının bulunamaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte başvurucunun temel şikâyeti, alacağının

değer kaybına uğratılarak ödendiğine ilişkindir. Bu sebeple başvurucunun makul sürede yargılanma hakkı dışındaki bütün iddialarının mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

50. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

M. Emin KUZ ve Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

b. Esas Yönünden

i. Mülkün Varlığı

51. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (*Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri*, B. No: 2013/1178, 5/11/2015, § 54).

52. Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikrî hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

53. Somut olayda başvurucu ile DSİ arasında 9/5/1977 tarihinde baraj yapım inşaatı sözleşmesi düzenlenmiş ve bu sözleşme doğrultusunda başvurucu, inşaatın yapımına girişmiştir. Ancak 9/6/1988 tarihinde başvurucu ve DSİ tarafından bu işin tasfiyesi kararlaştırılmıştır. Tasfiye neticesinde DSİ, başvurucunun bu sürede yaptığı işler için kesin bir hesap çıkarmış ancak başvurucu bu kesin hesaba itiraz ederek 10/10/1990 tarihinde alacak davası açmıştır. Sonuç olarak yapılan yargılama neticesinde 19/4/2002 tarihinde başvurucunun 62.969,69 TL alacağı olduğuna hükmedilmiş ve bu hüküm Yargıtayca düzeltilip onanarak 6/6/2002 tarihinde kesinleşmiştir (bkz. §§ 13-18). Bu alacak başvurucuya 23/9/2002 tarihinde ödenmiştir.

54. Başvuru konusu olayda başvurucu, anılan Mahkeme kararıyla hükmedilen alacağının mülk teşkil ettiğini ve bu alacağın ise davanın açıldığı 1990 yılından ödemenin yapıldığı 2002 yılına kadar devam eden dönemdeki yüksek enflasyon sebebiyle değer kaybına uğradığını belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucunun daha sonra açtığı munzam zararın tazmini davası ise mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu belirttiği söz konusu alacağının değer kaybına uğratılması nedeniyle oluşan zararının giderimine ilişkindir. Dolayısıyla mülkün varlığı munzam zararın mevcut olup olmadığı ile ilgili olarak değil başvurucunun şikâyetine konu asıl alacağı dikkate alınarak belirlenmelidir.Bu bağlamda Mahkeme kararıyla nihai olarak tespit edilmiş olan söz konusu alacağın belirli ve icra edilebilir niteliği gereği mülkiyet hakkı kapsamında olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Buna göre munzam zararın tazminine ilişkin sürecin ise mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen alacağın değer kaybına uğratılıp uğratılmadığıyla bağlantılı olarak ölçülülük bağlamında incelenmesi gerekir.

55. Dolayısıyla Mahkeme kararıyla tespit edilen söz konusu alacak yönünden başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülkiyet hakkının mevcut olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

ii. Müdahalenin Varlığı ve Türü

56. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle "mülkten barışçıl yararlanma hakkı"na yer verilmiş, ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenerek aynı zamanda "mülkten yoksun bırakma"nın şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin

düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, §§ 55-58).

57. Başvuru konusu olayda, başvurucunun alacağının değer kaybına uğratılarak ödenmesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur. Başvurucunun alacağına geç kavuşmuş olmasının mülkiyetinden yoksun bırakılması niteliği taşımadığı ve müdahalenin mülkiyetin kontrolü veya düzenlenmesi amacıyla da yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin "mülkiyetten barışçıl yararlanma" ilkesine ilişkin birinci kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

iii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

58. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Anılan madde uyarınca temel hak ve özgürlükler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir(*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

(1) Kanunilik

59. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında; mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği belirtilmek suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi gereği ifade edilmiştir. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi de "hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği"ni temel bir ilke olarak benimsemiştir (*Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 69). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine göre mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt, kanuna dayalı olma ölçütüdür.

60. Öteyandankanununvarlığıkadarkanunmetnininveuygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 56).

61. Somut olayda derece mahkemelerince, bir kamu kurumu olan DSİ'den tahsiline karar verilen başvurucunun alacağına değişen oranlı reeskont faizi uygulanmıştır. Bu uygulamanın dayanağı ise 3095 sayılı Kanun'un 2. maddesi hükmüdür. Bununla birlikte başvurucunun yararına hükmedilen alacağın faizini aşan bir zararı olduğu iddiası bulunmaktadır. Başvurucunun bu iddia doğrultusunda 818 sayılı mülga Kanun'un 105. maddesi(6098 sayılı Kanun'un 122. maddesi) çerçevesinde açtığı munzam zararın tazmini davası ise Mahkemece reddedilmiş ve Yargıtayca onanan bu hüküm, karar düzeltme istemi de reddedilerek kesinleşmiştir (bkz. §§ 22-29).

62. 818 sayılı mülga Kanun'un 105. maddesi ile 6098 sayılı Kanun'un 122. maddeleri kapsamında, aşkın zarar (munzam zarar) düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı temerrüt faizini aşan bir zarara uğramışsa, bir başka deyişle alacaklının uğradığı zarar geçmiş günler faizinden fazlaysa borçlu kusursuzluğunu ispat etmedikçe bu zararı tazminle yükümlü kılınmıştır.

63. Ancak Bakanlığın da belirttiği üzere munzam zarara ilişkin olarak Yargıtayın birbirinden farklı iki uygulamasının mevcut olduğu görülmektedir. Yargıtayın kimi kararlarında 6098 sayılı Kanun'un 122. maddesi (818 sayılı mülga Kanun'un 105. maddesi) gereğince, para borcunun geç ödenmesinden dolayı alacaklının temerrüde uğrayan alacağın ödenmemesi sebebiyle temerrüt faizini aşan zararı bulunduğunu somut delillerle kanıtlaması gerektiği kabul edilmiştir. Bu kararlara göre yüksek enflasyon, döviz kurundaki artış, piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu alacaklıyı munzam zararın gerçekleştiğini ispat yükünden kurtarmaz (bkz. §§ 35, 36). İkinci görüş doğrultusundaki Yargıtay uygulamalarına göre ise munzam zarardan kaynaklanan tazminat borcunun doğması için aranan kusur, borçlunun temerrüde düşmesindeki kusurudur. Zararın doğmasına yol açan bir kusur ilişkisi aranmaz ve tartışılmaz. Bu kararlara göre enflasyonist ortamda bireyin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için bir çaba ve girişimde bulunması, en azından vadeli mevduat veya kurları devamlı

yükselen döviz yatırımlarında değerlendirilmesi olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine uygun düşen bir karine olarak kabul edilmelidir. Bu karinenin aksini yani kusursuzluğunu ve sorumsuzluğunu kanıtlama ödevinin borçluya düştüğü kabul edilmiştir (bkz. §§ 37, 38).

64. Anayasa Mahkemesinin görevi bireysel başvurunun ikincilliği gereği sınırlı olup açık bir keyfîlik olmadığı veya bariz bir takdir hatası içermediği sürece Anayasa Mahkemesinin hukuk kurallarının yorumlanması ve delillerin değerlendirilmesi bakımından derece mahkemelerinin takdir yetkisine müdahalesi söz konusu olamaz. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin munzam zarara ilişkin hukuk kurallarını yorumlamak veya başvurucunun buna ilişkin iddia ve delillerini değerlendirmek gibi bir görevi de bulunmamaktadır.

65. Bununla birlikte bireysel başvuru bakımından önem taşıyan husus, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen koşulları taşıyıp taşımadığıdır. Buna göre müdahalenin kanuna dayalı olup meşru bir amacı içermesi yanında ayrıca ölçülü de olması gerekmektedir. Somut olayda da müdahalenin niteliğini dikkate alan Anayasa Mahkemesi, hukukun uygulanmasına dair kamusal makamların yaklaşımının Anayasa'nın 35. maddesindeki gerekliliklerî karşılayıp karşılamadığı konusunda müdahalenin takip edilen meşru amacı gerçekleştirmede başarılı olup olmadığını sorgulayarak sonuca varacaktır (Benzer yöndeki yaklaşım için bkz. *Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, § 52).

(2) Meşru Amaç

66. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmektedir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması imkânı vererek bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır (*Nusrat Külah*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, § 53).

67. Kamu yararı, doğası gereği geniş bir kavramdır. Yasama ve yürütme organları toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak neyin kamu yararına olduğunu belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Kamu

yararı konusunda bir uyuşmazlığın çıkması hâlinde ise uzmanlaşmış ilk derece mahkemelerinin ve temyiz yargılaması yapan mahkemelerin uyuşmazlığı çözmek konusunda daha iyi konumda olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde -kararların açıkça dayanaktan yoksun olduğu ya da kararlarda açık bir keyfîlik bulunduğu anlaşılmadıkça- yetkili kamu organlarının kamu yararının tespiti konusundaki takdirine müdahalesi söz konusu olamaz. Müdahalenin kamu yararına uygun olmadığını ispat yükümlülüğü, bunu iddia edene aittir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri,* B. No: 2013/817, 19/12/2013, §§ 34-36).

68. Aksinin kararlaştırılmadığı durumlara ilişkin kanuni ve temerrüt faiz oranlarının belirlenmiş olması, ekonomik yaşamın düzenli bir şekilde işlemesi açısından önem taşımaktadır. Bu bakımdan somut olayda başvurucunun alacağına temerrüt faizine ilişkin kanun hükümleri çerçevesinde faiz işletilmesinin kamu yararına dayalı meşru bir amacı içerdiği değerlendirilmektedir.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

69.Ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvurucunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır (*Arif Güven*, § 58). Müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken Anayasa Mahkemesi; bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini ve diğer taraftan müdahalenin niteliğini, başvurucunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını da gözönünde tutarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (*Arif Güven*, § 60).

70. Ekonomilerde bir değişim vasıtası olan para; çeşitli ticari, sınai, zirai vs. faaliyetlerde kullanılmakla sahibine kazanç, kira, nema gibi yararlar sağlayan ekonomik bir değerdir. Paranın sahibi dışındaki kişi ve kuruluşlarca kullanılması, sahibinin bu ekonomik değerden mahrum bırakılması sonucunu doğurması yanında enflasyon etkisinde olan ekonomilerde değerini yani alım gücünü enflasyon oranına bağlı olarak yitirmesine neden olur.

71. Enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi, Hazine bonosu ve devlet tahvili faiz oranlarının sabit yasal ve temerrüt

faiz oranlarının çok üstünde gerçekleşmesi; borçlunun yararlanması, alacaklının ise zarara uğraması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle borçlu borcunu süresinde ödememekte, yargı yoluna başvurulduğunda da yargı süresini uzatma gayreti göstermekte; böylece yargı mercilerindeki dava ve takipler çoğalmakta, yargıya güven azalmakta, kendiliğinden hak almak düşüncesi yaygınlaşarak kamu düzeni bozulmakta, kişi ve toplum güvenliği sarsılmaktadır (AYM, E.1997/34, K.1998/79, 15/12/1998).

72. Mülkiyet hakkı kapsamında alacağın geç ödenmesi durumunda arada geçen sürede enflasyon nedeniyle paranın değerinde oluşan hissedilir aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkânı da bulunmamaktadır. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır (AYM, E.2008/58, K.2011/37, 10/2/2011).

73. Anayasa Mahkemesi; kanun koyucunun bir hak olarak öngördüğü veya kamu borcu hâline gelmiş ödemelerin geç yapılması nedeniyle mağdur olunduğu iddiasıyla yapılan başvurularda, alacakta veya hakka konu bedelde meydana gelen değer aşınmalarının başvurucular üzerinde orantısız bir yük oluşturması hâlinde mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*; *Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş.*, B. No: 2013/28, 25/2/2015). Anayasa Mahkemesi ayrıca, mahkemelerce hükmedilen tazminatın yargılamada geçen süre nedeniyle enflasyon karşısında değer kaybettiğinin tespit edildiği bir başvuruda da ölçülülük yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Abdulhalim Bozboğa*, B. No: 2013/6880, 23/3/2016). Bunun yanında sosyal güvenlik ödemeleri kapsamında mahkeme kararıyla hükmedilen emekli ikramiyesinin değer kaybına uğratılarak ödenmesinin başvurucuya aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklemesi nedeniyle de mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir (*Ferda Yeşiltepe* [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017).

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

74. Başvurucunun baraj inşaatı sözleşmesi çerçevesinde alacağının tahsili istemiyle açtığı dava Mahkemece 19/4/2002 tarihinde kısmen kabul edilmiş, temyiz üzerine hüküm Yargıtay 15. Hukuk Dairesince 6/6/2002 tarihinde onanmıştır. Buna göre derece mahkemelerince, başvurucunun baraj inşaatı sözleşmesi çerçevesinde yaptığı işlerin karşılığı olarak

62.969,69 TL alacağının DSİ'den tahsili gerektiği kabul edilmiştir. Ancak başvurucunun bu alacağının tespit edilmiş olması tek başına mağdur sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Başvurucunun mağdur sıfatının ortadan kaldırılabilmesi için ileri sürülen ihlalin hem zamanı hem de mağdurun bu hakkı kullanamadığı süre gözönüne alınarak telafi yoluna gidilmesi gerekmektedir.

75. Somut olayda başvurucuya 62.969,69 TL asıl alacağı yanında 348.027,70 TL tutarında faiz ödemesi yapılmıştır. Bununla birlikte başvurucu, alacağına geç kavuştuğundan ve bu süreçte ülkede yaşanan enflasyonist ortamda alacağının değer kaybettiğinden yakınmaktadır.

76. Yukarıda da değinildiği üzere Anayasa Mahkemesinin daha önce gerek norm denetimi kapsamında gerekse de bireysel başvuru kapsamında verdiği çeşitli kararlarında alacakların da mülkiyet hakkı kapsamında olduğu, devlet tarafından alacakların geç ödenmesi hâlinde enflasyon oranları altında olmayan bir faiz ödenmesinin gerek bireyin hakları gerekse de kamu düzeni bakımından önem taşıdığı belirtilmiştir (bkz. §§ 71-73). Anayasa Mahkemesi bu bağlamda kişilerin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen alacaklarının kamu kurumlarınca makul olmayan bir sebeple geç ödenmesi yüzünden değer kaybına uğratılmasının mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığını kabul etmiştir (bkz. § 73).

77. Başvuru konusu olayda derece mahkemelerince, başvurucunun alacağı yönünden dört ayrı kalemde farklı temerrüt tarihleri esasları tespit edilmiş; buna göre başvurucunun 486,69 TL tutarındaki alacağının 10/10/1990 tarihi, 2.870,82 TL tutarındaki alacağının 9/6/1988 tarihi, 55.569,36 TL tutarındaki alacağının 16/3/1995 tarihi ve KDV düşüldükten sonra kalan 4.041,82 TL tutarındaki alacağının ise yine 16/3/1995 tarihi esas alınarak hak kazanıldığı belirlenmiştir. Başvurucuya bu alacaklarının toplamı olan 62.968,91 TL ise 348.027,70 TL tutarında işlemiş faiz ile birlikte 23/9/2002 tarihinde ödenebilmiştir.

78. Merkez Bankası verilerine göre enflasyonda meydana gelen artış oranları şöyledir:

- Haziran/1988 - Eylül/2002 : %203.613 (1988 yılı Haziran ayındaki 100 TL'nin 2002 yılı Eylül ayındaki gerçek karşılığı 203.512,50 TL'dir.).

- Ekim/1990 - Eylül/2002 : %60.427 (1990 yılı Ekim ayındaki 100 TL'nin 2002 yılı Eylül ayındaki gerçek karşılığı 60.326,70 TL'dir.).

- Mart/1995 - Eylül/2002 : %4.392 (1995 yılı Mart ayındaki 100 TL'nin 2002 yılı Eylül ayındaki gerçek karşılığı 4.291,59 TL'dir.).

79. Buna karşılık başvurucunun mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen toplam 62.968,91 TL tutarındaki alacağı için aynı dönemde başvurucuya 348.027,70 TL tutarında faiz ödemesi yapılmıştır. Bu verilere göre, ödenen faiz tutarına rağmen aynı dönemde enflasyonun yaklaşık kümülatif olarak %13.254 oranında arttığı, diğer bir deyişle başvurucunun alacağı %1'inden bile daha az bir miktara düştükten sonra enflasyon karşısında bu alacağın önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği görülmektedir. Nitekim Mahkemece alınan bilirkişi raporunda da başvurucunun alacağının enflasyon karşısında değer kaybetmiş olduğunun açıkça belirtildiği görülmektedir (bkz. § 24).

80. Diğer taraftan kural olarak kişilerin kamudan olan alacaklarının herhangi bir yargısal sürece veya icra takibine gerek olmadan ödenmesi beklenir. Somut olayda ise başvurucunun alacağının geç ödenmesinin makul bir gerekçesi mevcut olmadığı gibi, derece mahkemelerinin geriye dönük olarak tespit ettiği başvurucunun alacağını kamu makamlarının ancak yapılan yargılama sonucu ödeyebildiği ve yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle yine kamu makamlarının yarar sağlamış olduğu anlaşılmaktadır.

81. Sonuç olarak başvurucunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklendiği kanaatine varılmıştır. Bu tespite rağmen derece mahkemelerinin başvurucunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamunun yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu değerlendirilmiştir.

82. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

M. Emin KUZ ve Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

83. Başvurucu, munzam zararının tazminine ilişkin olarak açtığı davanın uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

84. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

85. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılamanın süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak davanın ikame edildiği tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak -çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde- yargılamanın sona erdiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 50, 52).

86. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu, başvurucunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (*Güher Ergun ve diğerleri*, §§ 41-45).

87. Başvurucu munzam zararın tazminine ilişkin davayı 16/3/1995 tarihinde açmış olup davanın Yargıtayca karar düzeltme talebinin reddedildiği 26/12/2013 tarihinde sona erdiği anlaşılmaktadır.

88. Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında somut olaydaki yaklaşık 18 yıl 9 aylık yargılamanın süresinin makul olmadığı sonucuna varmak gerekir.

89. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

90. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…*
>
> *(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

91. Başvurucu, maddi tazminat ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi taleplerinde bulunmuştur.

92. Başvuruda, mülkiyet ve makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

93. Mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 7. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

94. Başvurucunun makul sürede yargılanma hakkının ihlaline karar verilmekle birlikte başvurucu manevi tazminat talebinde bulunmamıştır. Başvurucunun maddi tazminat talebinin ise mülkiyet hakkının ihlali iddiası ile ilgili olup bu hakkın ihlali yönünden yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesinin yeterli bir giderim sağladığı gözetilerek makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğinin tespiti ile yetinilmesi gerekir.

95. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA M. Emin KUZ ve Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. 1. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE M. Emin KUZ ve Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 7. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2008/145, K.2011/544) GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA OYBİRLİĞİYLE,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 21/12/2017 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvurucunun, munzam zararının tazminine karar verilmesi talebiyle açtığı davanın reddedilmesi üzerine yaptığı bireysel başvuruda, mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin iddiası kabul edilebilir bulunmuş ve anılan hakkın ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kararın gerekçesinde, başvurucunun baraj inşaatı sözleşmesi çerçevesinde alacağının tahsili talebiyle açtığı davanın kısmen kabul edildiği ve Yargıtayca onandığı, ancak mağdur sıfatının ortadan kalkması için alacağı ile faiz ödemesinin yanında enflasyonist ortamda oluşan değer kaybının da karşılanması gerektiği ve sonuç olarak başvurucunun alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödenmesi sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği belirtilmektedir (§§ 74-82).

Böylece kararda başvurunun konusu, mahkemece hükmedilen alacağın değer kaybına uğratılarak ödenmesi sebebiyle mülkiyet hakkının ihlali şeklinde özetlenmekte ise de, kararda atıf yapılan önceki ihlal kararlarımızdan farklı olarak, somut olayda derece mahkemelerince hükmedilen ve kesinleşen alacağa ilişkin kararın icrası safhasında gecikilmesi ve bu sebeple alacağın değer kaybına uğratılarak ödenmesi söz konusu olmadığı gibi derece mahkemelerince kabul edilen bir davanın konusu olan miktarın hesaplanmasında mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası da (örnek olarak bkz. Ferda Yeşiltepe [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017) söz konusu değildir.

Kararda da belirtildiği üzere başvuru, başvurucunun açtığı davada lehine hükmedilen alacağa faiz uygulanmasının da zararını karşılamaması sebebiyle Borçlar Kanununa göre sonradan açtığı "munzam zararının tazmini davası"nın reddedilmesine ilişkindir (§ 61).

Başvurucunun, munzam zararının tazmini talebiyle başvuruya konu tazminat davasını açtığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanununun "Munzam zarar" başlıklı 105. maddesi ile ilk derece mahkemesince başvuru konusu tazminat davasının reddedildiği tarihte yürürlükte olan ve 818 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmış bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 122. maddesinin birinci fıkralarında, alacaklının uğradığı zararın geçmiş günler faizinden fazla olması hâlinde

borçlunun hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe bu zararı da tazmin etmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmaktadır.

Başvuruya konu munzam zararın tazminine ilişkin davanın öncesinde, başvurucu şirketin bir baraj ve hidroelektrik santrali inşaatı için sözleşme imzalamasınarağmen, yine başvurucunun talebiyle işin tasfiye edilerek sonlandırıldığı, yapılan işlerin masrafları için çıkarılan kesin hesaba başvurucu şirketçe itiraz edilerek açılan davanın kısmen kabulüne ve asıl alacakla buna uygulanan faizin ödenmesine hükmedildiği (§§ 11-18), 2002 yılında yapılan ödemelerin başvurucu tarafından yeterli görülmemesi sebebiyle2005 yılında açılan ve daha önceki tazminat davası ile birleştirilen tazminat davasının ise "… baraj inşaatının tasfiyesine ilişkin olarak düzenlenen 09.06.1988 tarihli tutanakta tasfiye nedeniyle davacı şirkete (başvurucuya) masraf ve hiçbir tazminat ödenmeyeceğinin ifade edilmiş" olduğu ve bilirkişi raporlarına göre başvurucunun asıl davada hükmedilen alacağa uygulanan (ve karardan dokuz yıl önce alacakla birlikte ödenen) faiz dışında munzam zararının bulunmadığı gerekçesiyle 2011 yılında davanın reddine karar verildiği, bu kararın Yargıtayca onanarak ve karar düzeltme talebi reddedilerek kesinleştiği anlaşılmaktadır (§§ 23-29).

Başka bir anlatımla, olayda, söz konusu taahhüdünü yerine getiremeyen başvurucu şirketin, kendi talebi üzerineidare ile mutabakat sağlamasına ve söz konusu mutabakatta, sözleşmelerle üstlendiği yükümlülüklerden ve sorumluluklardan kurtulmak maksadıyla hiçbir tazminat ve masraf ödenmemesini kabul etmesine rağmen, o güne kadar yaptığı işlerin masrafları için açtığı alacak davasında hükmedilen alacak miktarına yürütülen faizi yeterli bulmayarak munzam zarar iddiasıyla tazminat talep ettiği görülmektedir.

Kabul edilebilirlik ve ihlal sonucuna varılırken, munzam zararın tazmini talebinin, kısmen kabulüne karar verilen alacak davasındaki hükmün devamı niteliğinde değerlendirildiği anlaşılmakta ise de, söz konusu davanın bir alacak davası değil tazminat davası olduğu dikkate alındığında, başvurucunun -yukarıda belirtildiği gibi- inşaat işinin tasfiye edilerek sonlandırılmasını talep ederken sözleşme ile üstlendiği taahhütten ve bunu yerine getirememesinden doğan hukukî sorumluluktan kurtulabilmek için tazminat talep etmeyeceğini taahhüt etmesinin ve sözleşme hukukunun gereği olarak başvurucunun derece mahkemelerince esas alınan tazminat talep etmeyeceğine dair irade beyanının gözardı edilmesinin isabetli olmadığı düşünülmektedir.

İlk derece mahkemesinin, öncelikle başvurucunun tazminat talep etmeyeceğini taahhüt etmiş olması ve munzam zararın da bu kapsamda bulunması sebebiyle davalı idarenin bu yöndeki savunmasını yeterli gördüğü ve başvuruya konu tazminat davasını reddettiği anlaşılmaktadır (§ 28).

Bilindiği gibi bireysel başvurunun ikincil olma özelliği sebebiyle Anayasa Mahkemesinin görevinin sınırlı olduğu ve hukuk kurallarının yorumlanması ve delillerin değerlendirilmesi bakımından açık bir keyfilik veya bariz bir takdir hatası bulunmadıkça derece mahkemelerinin takdir yetkisine müdahalesinin söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir. Bu ilke, kararımızda da tekrarlanmakla birlikte (§ 64), derece mahkemelerinin Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinin yorumlanması ve delillerin değerlendirilmesi suretiyle tazminat davasını reddetmesinde açık bir keyfilik veya bariz bir takdir hatası olduğu yönünde bir tespitte de bulunulmadan, başvurucunun şikâyetinin kabul edilebilir olduğu belirtilmektedir.

Başka bir ifadeyle, derece mahkemeleri, Borçlar Kanununun munzam zararın giderilmesine ilişkin hükmünün tazminat davasını gerektirdiği, başvurucu şirketin ise inşaat işinin tasfiye edilerek sonlandırılması talebinin idarece kabul edilmesi karşılığında bu tazminat talebinden vazgeçtiğini dikkate alarak davayı reddettiği hâlde, Mahkememiz çoğunluğu -derece mahkemelerinin hukuk kurallarının bu yorumunda ve başvurucu şirketle idare arasında imzalanan tutanağın değerlendirilmesinde açık bir keyfilik veya bariz bir takdir hatası bulunduğunu da belirlemeden- başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını kabul edilebilir bulmaktadır.

Diğer taraftan kararda, ilk derece mahkemesince 2004 yılında "bilirkişi raporunda da başvurucunun alacağının enflasyon karşısında değer kaybetmiş olduğunun açıkça belirtildiği" ifade edilmekle birlikte (§§ 24, 79), aynı mahkemece 2010 yılında alınan sonraki bilirkişi raporunda da davacının (başvurucu şirketin) yaptığı iş nedeniyle hesaplanan alacakları üzerinden kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla munzam zararının ispatlanamadığı belirtilmektedir (§§ 27, 28). İki farklı bilirkişi raporundan hangisinin hükme esas alınması gerektiğine ilişkin takdir yetkisi, delillerin değerlendirilmesi konusunda yetkili olduğu kararda da kabul edilen derece mahkemelerine aittir.

Kısaca, yukarıda belirtilen ve kararda da tekrarlanan genel ilkemizle bağdaşmayan mezkûr tespitlere katılmaya imkân bulunmamaktadır. Belirtilen sebeplerle, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddia bakımından kabul edilebilirlik ve ihlal sonucunakatılmakla birlikte, derece mahkemesi kararlarının bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içermediği ve mülkiyet hakkına ilişkin olarak başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun kabul edilebilirlik yönündeki kararına katılmıyoruz.

Yine yukarıda açıklanan sebeplerle, derece mahkemelerinin "başvurucunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği" yönündeki kararını "katı yorum" olarak nitelendiren ve başvurucu şirketin yerine getirmeyi taahhüt ettiği inşaat işinin tamamlanmadan sonlandırılmasını sağlayan tasfiye anlaşmasındaki şartlar ile başvurucunun hangi hukukî sorumluluklardan kurtulmak için tazminat talep etmemeyi kabul ettiğini dikkate almadan "kamunun yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu"nu belirten değerlendirmelerde de (§ 81), bu gerekçelerle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin tespitte de isabet olmadığı düşünülmektedir.

Bu itibarla, incelenen başvuruda, başvurucu şirketin inşaat sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülüklerden ve bunları yerine getirememesi karşılığında ortaya çıkacak sorumluluklardan kurtulmak için tazminat talep etmemeyi kabul ettiği ve yaptığı işler karşılığında tahakkuk eden alacaklarının geç ödenmesine ilişkin temerrüt faizinin dışında bir alacağının da bulunmadığı anlaşıldığından, başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında kurulması gereken adil dengenin korunduğu, başvurucuya aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklenmediği düşüncesiyle çoğunluğun ihlal kararına da katılmıyoruz.

Üye	Üye
M. Emin KUZ	Kadir ÖZKAYA

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

SÜLEYMAN OKTAY URAS VE SEVTAP URAS BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/11994)

Karar Tarihi: 9/3/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Ayhan KILIÇ
Başvurucular	:	1. Süleyman Oktay URAS
		2. Sevtap URAS

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, yol şartıyla belediyeye terk edildikten sonra imar planında değişiklik yapılarak konut alanına dönüştürülen ve başka bir parsel ile birleştirilen taşınmazın önceki maliklerine iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 15/7/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Beşiktaş Belediye Başkanlığınca (Belediye) gönderilen belgeler ile Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kayıtlarına göre ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucular Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras 1954 doğumlu olup İstanbul ili Beşiktaş ilçesinde ikamet etmektedirler.

A. Uyuşmazlığın Arka Planı

8. Başvurucuların iddiasına göre 1990 yılında satın almak suretiyle mülk edindikleri ve 26/10/1955 tarihinde imar parseli vasfı kazanmış olan İstanbul ili Beşiktaş ilçesi Dikilitaş Mahallesi'nde kâin 56 pafta 25 ada ve 37 parsel numaralı taşınmazın üzerinde bulunan üç katlı yapının yenilenmesi amacıyla Belediyeye başvurmaları üzerine Belediye tarafından taşınmazın toplam 154.54 m²sinin yol yapılmak üzere bedelsiz olarak Belediyeye terk edilmesi şart koşulmuştur. Beşiktaş Belediyesi İmar Planlama Müdürlüğünce düzenlenen 7/3/1991 onay tarihli "İmar Durumu" belgesinde *"(A) işaretli kısım yola terk edilmedikçe uygulama yapılamaz."* notu yer almaktadır. Yine aynı Müdürlük tarafından düzenlenen 1/7/1992 tarihli inşaat istikamet rölevesine de *"(A) işaretli alan yola terkedilecektir."* notu düşülmüştür.

9. Taşınmazın imar istikameti önünde kalan 154.54 m²lik kısmının 18/8/1992 tarihinde Beşiktaş 8. Noterliğince düzenlenen taahhütnameyle yol olarak bedelsiz bir şekilde Belediyeye terk edilmesi başvurucular tarafından taahhüt edilmiştir. Taşınmazın terki taahhüt edilen kısmının 74,50 m²si doğu cephesinde, 80 m²si güney cephesinde konumlanmaktadır.

10. Beşiktaş Belediye Encümeninin 27/8/1992 tarihli kararıyla anılan taahhütnameye istinaden taşınmazın imar istikameti önünde kalan 154.54 m²lik kısmının yol olarak terk edilmesi kararlaştırılmıştır.

11. Beşiktaş 2. Bölge Tapu Sicil Müdürlüğünce 16/9/1992 tarihinde taşınmazın 154.54 m²lik kısmı yol olarak sicilden terkin edilmiştir.

12. Başvurucular taşınmazın geri kalan bölümü için 7/10/1992 onay tarihli inşaat ruhsatı almış ve bu bölümün üzerinde beş katlı bina inşa etmişlerdir.

13. Hisar Veraset ve Harçlar Vergi Dairesi Müdürlüğünce, taşınmazın devri işlemlerindeki usulsüzlükler nedeniyle başvurucular adına cezalı tapu tahsis harcı tarh ettirilmiş ve başvurucular tarafından anılan vergi, zam ve cezalarıyla birlikte toplam 565.960.000 TL olarak 2/11/2002 tarihinde ödenmiştir.

14. Beşiktaş Belediyesince 16/7/2005 tarihinde 1/5000 ölçekli nazım imar planında, 9/8/2007 tarihinde ise 1/1000 ölçekli uygulama imar planında değişiklik yapılarak başvurucuların taşınmazının önünde (güney cephesinde) "sokak" olarak ayrılan 80 m²lik bölüm "konut alanı"na dönüştürülmüştür. Belediye tarafından bu 80 m²lik kısım komşu 36 numaralı parselle birleştirilmiştir.

B. Birleştirme İşlemine Karşı Açılan İptal Davasına İlişkin Yargısal Süreç

15. Başvurucular tarafından 17/12/2009 tarihinde Belediyeye başvuruda bulunularak taşınmazın kendilerine iadesi ve kendi parseli olan 37 numaralı parselle birleştirilmesi talep edilmiştir. Belediye tarafından anılan talep 7/1/2010 tarihli yazıyla reddedilmiştir.

16. Başvurucular, söz konusu 80 m²lik kısma ilişkin plan değişikliğinin ve bu kısmın komşu 36 numaralı parselle birleştirilmesine dair işlemin iptali ile taşınmazın kendilerine iadesi istemiyle 26/2/2010 tarihinde İstanbul 6. İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi) dava açmışlardır. İdare Mahkemesi 23/9/2011 tarihli kararla anılan davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar vermiştir. Bahsi geçen karar Danıştay 6. Dairesinin 21/2/2013 tarihli kararıyla bozulmuştur.

17. Bozma kararına uyan İdare Mahkemesince işin esasına geçilerek keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Bilirkişi Heyeti tarafından İdare Mahkemesine sunulan 5/3/2015 tarihli raporda, yol şartıyla bedelsiz olarak Belediyeye terk edilen taşınmazın imar planlarıyla kamu kullanımından çıkarılması durumunda iadesinin gündeme gelebileceği belirtilmiş ancak iadenin bedelsiz olmasını öngören hiçbir mevzuat hükmünün bulunmadığı ve dolayısıyla tevhit işleminin mevzuata aykırı olmadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte konut alanına dönüştürülen taşınmazın 36 numaralı parsel yerine 37 numaralı parselle birleştirilerek eski malike satılması usulünün benimsenmesinin hakkaniyete ve adalete daha uygun düşeceği görüşü açıklanmıştır.

18. Bireysel başvurunun yapıldığı tarihten sonra İdare Mahkemesince 29/1/2016 tarihinde verilen kararla bilirkişi raporu doğrultusunda taşınmazın 36 numaralı parselle birleştirilmesine ilişkin işlem iptal edilmiştir. İdare Mahkemesi, taşınmazın iadesine karar verilmesinin idari

yargı yetkisinin dışında kaldığı gerekçesiyle bu istemin reddine karar vermiştir.

19. Anılan karar Belediye tarafından 8/4/2016 tarihinde, başvurucular tarafından ise 13/4/2016 tarihinde temyiz edilmiş olup tarafların temyiz talepleri henüz karara bağlanmamıştır.

C. Tapu İptali ve Tescil Davasına İlişkin Yargısal Süreç

20. Başvurucular 3/9/2010 tarihinde İstanbul 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Mahkeme), taşınmazın konut alanına dönüştürülerek 36 numaralı parselle birleştirilen 80 m²lik bölümünün belediye adına olan tapu kaydının iptali ile 1/2 hisseleri oranında adlarına tesciline ve ayrıca müdahalenin menine karar verilmesi istemiyle dava açmışlardır.

21. Mahkeme 5/4/2012 tarihinde olay yerinde bilirkişilerle birlikte keşif yapmıştır. Bilirkişiler tarafından düzenlenen raporda, rıza gösterilerek Belediyeye terk edilen taşınmazın yol fonksiyonunun değişmesinin iadesini gerektirmediği belirtilmiş ancak ihtilaf konusu80 m²lik bölümün 36 numaralı komşu parselle birleştirilmesinin, başvuruculara ait taşınmazın bu yola çıkışının ve bu yönde pencerelerinin bulunması nedeniyle başvurucuları zarara uğratacağı görüşü açıklanmıştır.

22. Mahkemece 24/1/2013 tarihinde verilen kararla dava reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde yerleşik yargı içtihatlarına atıfta bulunularak 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca düzenleme ortaklık payı olarak bir defaya mahsus alınan yol, yeşil alan, benzeri kamu hizmet ve tesisleri için ayrılan yerler ile özel parselasyon sonucu malikinin muvafakatıyla kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı ifade edilmiş ve bu nedenle taşınmazın bedelsiz olarak başvurucular adına tescilinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Kararda ayrıca, Belediye tarafından konan tevhit şartının ise tamamen idari işlem niteliğinde olduğu hatırlatılmıştır.

23. Anılan karara karşı yapılan temyiz istemi Yargıtay 5. Hukuk Dairesince (Daire) 12/11/2013 tarihli kararla reddedilerek Mahkeme kararı onanmıştır. Karar düzeltme istemi de aynı Dairenin 26/5/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

24. Kararın düzeltilmesi isteminin reddine ilişkin karar 9/7/2014 tarihinde başvuruculara tebliğ edilmiştir.

25. Başvurucular 15/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat Hükümleri

26. 2942 sayılı Kanun'un *"İmar mevzuatı uygulanan veya özel parselasyon yapılan yerler"* kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

> *"İmar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden düzenleme ortaklık payı karşılığı olarak bir defaya mahsus alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerlerle, özel parselasyon sonunda malikinin muvafakatı ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez."*

27. 3/5/1985 tarihli 3194 sayılı İmar Kanunu'nun *"Arazi ve arsa düzenlemesi"* kenar başlıklı 18. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

> *"İmar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakatı aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re'sen tescil işlemlerini yaptırmaya belediyeler yetkilidir. Sözü edilen yerler belediye ve mücavir alan dışında ise yukarıda belirtilen yetkiler valilikçe kullanılır.*
>
> *Belediyeler veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında "düzenleme ortaklık payı" olarak düşülebilir. Ancak, bu maddeye göre alınacak düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde kırkını [olay tarihinde "yüzde otuzbeşini"] geçemez.*
>
> *...*

Bu fıkra hükümlerine göre, herhangi bir parselden bir defadan fazla düzenleme ortaklık payı alınmaz. ...

….”

28. 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun 244. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Vahip, aşağıdaki hallerden biri vukuunda elden yaptığı hibeden veya tenfiz ettiği taahhüdünden rücu ve mevhubunlehin elinde halen ne kalmış ise onun iadesini dava edebilir.

...

3 – Mevhubunleh, hibeyi takyit eden mükellefiyeti haklı bir sebep olmaksızın icra etmezse.”

2. Anayasa Mahkemesi Kararı

29. Anayasa Mahkemesinin 22/12/1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun, köy ve belediye sınırları içinde kapanmış yollarla yol fazlalarının köy veya belediye namına tescil olunmasını öngören 21. maddesine ilişkin olarak verilen 12/1/2012 tarihli ve E.2011/23, K.2012/3 sayılı kararının ilgili bölümü şöyledir:

“...2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 21. maddesi köy ve belediye sınırları içinde kapanmış yollarla yol fazlalarının köy veya belediye namına tescil olunmasını öngörmektedir. Bu hüküm gereğince plan değişikliği ya da benzeri nedenlerle bir yolun kapanması ya da bazı bölümlerinin yol olmaktan çıkarılması durumunda bu şekilde açığa çıkan taşınmazların belediye ya da köy sınırları içinde bulunması halinde bu tüzelkişilikler adına tescil edilmesi gerekmektedir.

...

Yollar zaman içinde gelişen ihtiyaçlara bağlı olarak imar planlarında değişiklik yapılması suretiyle kapatılabileceği gibi bazı yol parçalarının açığa çıkması da ihtimal dâhilindedir. Kapanan ya da açığa çıkan yol veya yol parçaları kamu malı niteliğini kaybederek idarenin özel malı haline geleceğinden kamu mallarına ilişkin koruma ortadan kalkar. Bu nedenle itiraz konusu kural böylece açığa çıkan taşınmazların tapu sicilinin sağladığı güvenceden yararlanabilmesi için tapu siciline tescilini öngörmektedir. İdare

yeni bir kararla bu taşınmazları kamu yararına tahsis ederek kamu malına da dönüştürebilir. Aynı şekilde İmar Kanunu'nun 18. maddesi gereği parsellerin yeniden düzenlenmesinde eski yol parçalarını özel kişilerin arsaları ile birleştirebilir. Eğer yeniden kamu yararına tahsis edilmezse, idare özel hukuk rejimi çerçevesinde bu mallara tasarruf eder, gerekirse satabilir.

...

Diğer taraftan kamu malları devletin mülkiyeti altındadır. İtiraz yoluna başvuran mahkeme her ne kadar yolların kaynağı itibariyle özel mülkiyet konusu taşınmaz olma ihtimalini dikkate alarak malik tarafından rızaen yola terk edilen alanların idarenin bir kararı ile yol olmaktan çıkarılarak idarenin özel malı haline getirilmesinin Anayasanın 35. maddesine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüşse de, yollar kaynağı itibariyle özel mülkiyetteki taşınmazlara dayansa bile bunlar çeşitli usullerle kamu malı haline getirilmiş olabilirler. Kamulaştırma, düzenleme ortaklık payı ayrılması gibi usuller özel mülkiyetteki taşınmazların yol yapılmasında başvurulacak temel usullerdir. Bu hallerde malik taşınmazın karşılığını ya kamulaştırma bedeli, tazminat ya da geri kalan taşınmazlarının değer artışı yoluyla elde etmiş ve taşınmazın mülkiyeti kamuya geçmiştir. Malikin rızasıyla yola terk etmesi de kaynaklardan birisi olmakla birlikte bu durumda bir bağışlama söz konusu olup hukukumuzda bağışlamanın şarta bağlı olarak yapılması mümkündür. Eğer malik bağışladığı taşınmazın yol dışında başka bir amaç için kullanılmasını istemiyorsa şarta bağlı bağışlama yapma imkânına sahiptir. Bu yönüyle itiraz konusu kuralın mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği söylenemez."

3. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi Kararları

30. Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 26/10/2011 tarihli ve E.2011/9797, K.2012/17339 sayılı kararının ilgili bölümü şöyledir:

"Dava, imar izni almak için belediyeye müracaat edildiğinde, belediye hizmet alanı yapılmak üzere şartsız ve bedelsiz devredilen taşınmazın bilahare üçüncü kişilere kiralanması nedeniyle tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekilince temyiz edilmiştir.

Diğer parsellerde imar izni almak için, dava konusu taşınmazbelediye hizmet alanı yapılmak üzere şartsız ve bedelsiz olarak hibe edilmiştir. Kamulaştırma Kanununun 35. maddesi "İmar mevzuatı gereğince düzenlenmeye tabi

tutulan taşınmazlardan düzenleme ortaklık payı karşılığı olarak bir defaya mahsus alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerlerle, özel parselasyon sonunda malikin muvafakatı ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski maliki tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez" hükmü uyarınca, kamuya terk edilen yerlere ilişkin mülkiyet iddasında bulunulamayacağı gibi, belediyenin kendisine hibe edilmek suretiyle terkin edilen bu yeri bir başka şahsa kiraya vermiş olması da sonucu etkileyici bir tasarruf olmadığından, davanın bu gerekçelerle reddedilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi bozma nedeni yapılmamıştır."

31. Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 14/2/2012 tarihli ve E.2011/15258, K.2012/2057 sayılı kararının ilgili bölümü şöyledir:

"Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyada bulunan kanıt ve belgelerden; davacı şirketin kurucu ortaklarından O. A. ve A. D.'nun murisleri ilk tapu maliklerinden Süleyman Aliç'in taşınmazdaki payını küçük küçük hisseler halinde üçüncü şahıslara sattığı ve bu sırada yollarınkamuya terk edildiği, o tarihten bu yana da oluşan yolların aynı şekilde kullanılmaya devam edildiği anlaşılmıştır.

Kamulaştırma Kanununun 35. maddesi uyarınca, özel parselasyon sonunda malikin muvafakatiyle kamu hizmet ve tesislerine ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez."

32. Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 18/6/2012 tarihli ve E.2012/7091, K.2012/13152 sayılı kararının ilgili bölümü şöyledir:

"Dava, imar ruhsatı almak için rızası ile kamuya terk ettiği yerin bilahare konut alanı olarak düzenlenmesi nedeniyle tapu iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Kamulaştırma Kanununun 35. maddesi uyarınca 'İmar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden Düzenleme Ortaklık Payı olarak bir defaya mahsus alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerlerle özel parselasyon sonunda malikin muvafakatı ile kamu hizmet

ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez.'

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacıimar ruhsatı almak için bu yeri kendi rızası ile bedelsiz terk ettiğinden, bu kısım daha sonra idare tarafından başka amaçlara tahsis edilse ve imar niteliği değişse bile eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunamayacağı gibi karşılığı da istenemez."

B. Uluslararası Hukuk

33. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) *Karaman/Türkiye* (B. No: 6489/03, 15/1/2008) kararında, sağlık merkezi yapılması şartıyla belediyeye bağışlanan taşınmazın bir kısmının şarta aykırı olarak kamu hizmetine tahsis edilmeyerek üçüncü kişilere satılmasını mülkiyet hakkı yönünden değerlendirmiş ve bu husustaki ilkeleri ortaya koymuştur. Anılan karara konu olayda, başvurucular sağlık tesisi yapılması amacıyla taşınmazlarını belediyeye terk etmiş ancak belediye tarafından daha sonra bu taşınmaz üç parsele bölünerek parsellerden biri satılmıştır. Başvurucular tarafından açılan davada Asliye Hukuk Mahkemesi 818 sayılı Kanun'un 244. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendine dayanarak şarta aykırı olarak yapılan satışın geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Ancak kararı temyizen inceleyen Yargıtay tarafından 2942 sayılı Kanun'un, imar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden malikinin muvafakatı ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı yolundaki 35. maddesi hükmü gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur (*Karaman/Türkiye*, §§ 5-13).

34. AİHM, idareye devir anında ortaya konulan şarta aykırı bir şekilde kullanılan taşınmaza ilişkin olarak malikin geri alım hakkının bulunmadığını saptayan Yargıtay kararının, taşınmazın kısmen de olsa kamu hizmetine tahsis edilmiş olduğu düşüncesiyle haklılaştırılamayacağını belirtmiştir (*Karaman/Türkiye*, § 32). AİHM, Yargıtayın kamu hizmetine tahsis edilmemiş olsalar bile mülkiyetin el değiştirmiş olması nedeniyle önceki malikin mülkiyet veya tazminat iddiasında bulunamaması sonucunu doğuran 2942 sayılı Kanun'un 35. maddesine ilişkin yorumunun kamu yararının gerekleri ile bireysel hakların korunmasının gereklilikleri arasındaki dengeyi bozduğu kanaatine varmıştır (*Karaman/Türkiye*, § 33). AİHM, sonuç olarak 2942

sayılı Kanun'un 35. maddesine ilişkin uygulamanın (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesiyle uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır (*Karaman/Türkiye,* § 34).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

35. Mahkemenin 9/3/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiği İddiası Yönünden

1. Başvurucuların İddiaları

36. Başvurucular, yol şartıyla Belediyeye terk edildikten sonra imar planında değişiklik yapılarak konut alanına dönüştürülen ve başka bir parsel ile birleştirilen taşınmazın önceki maliklerine iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

37. Başvurucular, 1990 yılında satın almak suretiyle mülk edindikleri taşınmazın üzerinde bulunan üç katlı yapının yenilenmesi amacıyla Belediyeye başvurmaları üzerine Belediye tarafından şart koşulması nedeniyle taşınmazın toplam 154.54 m²sinin yol yapılmak üzere bedelsiz olarak Belediyeye terk edildiğini belirtmişlerdir.

38. Başvurucular, yol yapılmak koşuluyla ve baskı sonucu Belediyeye terk edilen taşınmazın 2007 yılında yapılan imar planı değişikliğiyle yol vasfı ortadan kaldırılarak konut alanına dönüştürülen güney cephesindeki 80 m²lik bölümünün kendilerine iade edilmemesinin mülkiyet hakkının gaspı anlamına geldiğini ifade etmişlerdir. Taşınmazın 26/10/1955 tarihinde yapılan parselasyon sırasında imar parseli vasfını kazandığını belirten başvurucular, Mahkemenin 2942 sayılı Kanun'un 35. maddesine dayanarak davayı reddetmiş olmasını anlamakta güçlük çektiklerini belirtmişlerdir. Başvuruculara göre zora dayalı olarak yapılan Belediyeye terk işleminin düzenleme ortaklık payı olarak yorumlanması mümkün değildir. İlgili mevzuata göre belli bir usul ve amaçla yapılması gereken düzenleme ortaklık payı uygulamasının sadece bir parselde tatbik edilmesi olanaksızdır.

39. Başvurucular ayrıca, iadesi gereken 80 m²lik bölümün komşu 36 numaralı parselle birleştirilmesi nedeniyle kendi taşınmazları zarar göreceği gibi, 36 numaralı parsel malikinin de haksız yere zenginleşeceğinden şikâyet etmişlerdir.

2. Değerlendirme

40. Anayasa'nın "*Mülkiyet hakkı*" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

i. Birleştirme İşlemine İlişkin Şikâyet Yönünden

41. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında bireysel başvuruda bulunulmadan önce ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan olağan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar (*Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, §§ 19, 20; *Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 26).

42. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle genel yargı mercilerinde, olağan yasa yolları ile çözüme kavuşturulması esastır. Bireysel başvuru yoluna, iddia edilen hak ihlallerinin bu olağan denetim mekanizması içinde giderilememesi durumunda başvurulabilir (*Bayram Gök*, B. No: 2012/946, 26/3/2013, § 18).

43. Somut olayda, başvurucular tarafından 17/12/2009 tarihinde Belediyeye başvuruda bulunularak taşınmazın kendilerine iadesi ve kendi parseli olan 37 numaralı parselle birleştirilmesi talep edilmiştir. Belediye tarafından anılan talep 7/1/2010 tarihli yazıyla reddedilmiştir. Başvurucular, söz konusu 80 m²lik kısma ilişkin plan değişikliğinin ve bu kısmın komşu 36 numaralı parselle birleştirilmesine dair işlemin iptali ile taşınmazın kendilerine iadesi istemiyle 26/2/2010 tarihinde İdare Mahkemesinde dava açmışlardır. İdare Mahkemesi 23/9/2011 tarihli kararla anılan davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar vermiştir.

Bu karar Danıştay 6. Dairesinin 21/2/2013 tarihli kararıyla bozulmuştur. Bozma kararına uyan İdare Mahkemesince 29/1/2016 tarihinde verilen kararla, taşınmazın 36 numaralı parselle birleştirilmesine ilişkin işlem iptal edilmiştir. Söz konusu karar Belediye tarafından 8/4/2016 tarihinde, başvurucular tarafından ise 13/4/2016 tarihinde temyiz edilmiş olup tarafların temyiz talepleri henüz karara bağlanmamıştır.

44. Başvurucular tarafından ihtilaf konusu taşınmazın 36 numaralı parselle birleştirilmesi işlemine karşı İdare Mahkemesinde açılan davada verilen karar taraflarca temyiz edilmiş olup temyiz başvurusu henüz karara bağlanmadığından birleştirme işlemine ilişkin şikâyet yönünden başvuru yollarının tüketildiğinden söz edilemez.

45. Açıklanan nedenlerle birleştirme nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının yetkili Derece Mahkemeleri önünde tanınan başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru konusu yapıldığı anlaşıldığından başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Taşınmazın İade Edilmemesi Yönünden

46. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan, taşınmazın iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Mülkün Varlığı

47. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*" denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda, mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü hak ve alacaklar da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2006, § 60).

48. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı; mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hakkı, kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun Anayasa'yla korunan mülkiyet kavramı içinde değildir. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda bir "ekonomik değer" veya icrası mümkün bir "alacağı" elde etmeye yönelik "meşru bir beklenti" Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir. Meşru beklenti, makul bir şekilde ortaya konmuş icra edilebilir bir alacağın doğurduğu, ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikteki bir beklentidir. Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece mülkiyet hakkı kapsamında ileri sürülebilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, §§ 36, 37).

49. Olayda taşınmazın ihtilaf konusu 80 m²lik kısmı başvurucular tarafından 18/8/1992 tarihinde Beşiktaş 8. Noterliğince düzenlenen taahhütnameyle yol olarak bedelsiz bir şekilde Belediyeye terk edilmesi taahhüt edilmiş ve Beşiktaş 2. Bölge Tapu Sicil Müdürlüğünce de 16/9/1992 tarihinde başvurucular adına olan sicil kaydı terkin edilmiştir. Dolayısıyla taşınmazın ihtilaflı 80 m²lik kısmının başvurucuların mülkiyetinde bulunmadığı açıktır.

50. Başvurucular tarafından iade iradesinin açıklandığı tarih olan Belediyeye başvuruda bulunulduğu 24/12/2009 gününde yürürlükte bulunan 818 sayılı mülga Kanun'un 244. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi uyarınca bağışlayan, şartlı bağışlarda bağışlananın haklı bir sebep olmaksızın şartın gereğini yerine getirmemesi durumunda hibe edilen şeyi geri isteyebilir. Bu hükmün bağışlananın kamu kurumu olması durumunda uygunlanmayacağını öngören herhangi bir kural bulunmamaktadır. Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin yukarıda alıntılanan 12/1/2012 tarihli ve E.2011/23, K.2012/3 sayılı kararının gerekçesinden anılan hükmün kamuya yapılan hibelerde de uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin anılan kararında, köy ve belediye sınırları içinde kapanmış yollarla yol fazlalarının köy veya belediye namına tescil olunmasını öngören 2644 sayılı Kanun'un 21. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı tespiti yapılırken rıza gösterilerek yola terk edilen taşınmazların durumu da değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi,

hukukumuzda bağışlamanın şarta bağlı olarak yapılmasının da mümkün olduğunu hatırlatmış ve malikin bağışladığı taşınmazın yol dışında başka bir amaç için kullanılmasını istememesi durumunda şarta bağlı bağışlama yapma imkânına sahip olduğunu ifade etmiştir. Gerekçede dolaylı olarak hibeye ilişkin borçlar hukuku hükümlerine atıf yapılmıştır. Gerekçede yapılan açıklamaların aksi ile yorumundan, yol şartı ile bağışlanan taşınmazların yol dışındaki bir amaçla kullanılması durumunda bağışlayanın iade hakkının doğacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

51. Somut olayda, ihtilaf konusu taşınmaz yol şartıyla Belediyeye terk edilmiş (bağışlanmış), ancak Belediye tarafından konut alanına dönüştürülmüştür. Bu durumda şartın gereğinin yerine getirilmediği açıktır. Dolayısıyla başvurucuların, yol olarak kullanılmayan taşınmazın iadesi hususunda 818 sayılı mülga Kanun'un sözü edilen hükmüne dayanan meşru beklentileri bulunmaktadır.

52. Bu itibarla taşınmazın iadesi isteminin Anayasa'nın 35. maddesindeki güvence kapsamına girdiği sonucuna ulaşılmaktadır.

ii. Müdahalenin Varlığı ve Türü

53. Mülkiyet hakkına müdahale, devletin yasal, idari ve adli fiil veya işlemleriyle Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının kullanım alanının daraltılmasıdır. Bu nedenle mülkiyet hakkına müdahaleden söz edilebilmesi, kural olarak kamunun aktif bir fiilinin varlığını gerektirmektedir.

54. Başvuru konusu olayda, yol şartıyla belediyeye terk edildikten sonra imar planında değişiklik yapılarak konut alanına dönüştürülen taşınmaz, iade hususunda meşru beklenti sahibi olan önceki maliklere iade edilmemiştir. İdarenin fiilinin "iade etmeme" biçiminde tanımlanması, pozitif bir edimin yerine getirilmediği izlenimi oluştursa da buradaki "iade etmeme" şeklindeki pasif eylem, uyuşmazlığın devletin pozitif yükümlülüklerini ilgilendirdiğini ima etmemektedir. Pasif kalmak biçiminde beliren bir davranışın da fiil olarak nitelenmesi mümkündür. Dolayısıyla idarenin eylemsizliğinin söz konusu olduğu her durumda pozitif bir yükümlülüğün yerine getirilmediği sonucuna ulaşmak mümkün değildir.

55. İdarenin yapması gereken bir şeyi yapmamasının ne zaman pozitif yükümlülük ne zaman negatif yükümlülük kapsamında inceleneceğinin

tespitinde başvurulacak ölçüt, idarenin "yapma" yükümünün mülkiyet hakkının üçüncü kişiler tarafından gelebilecek müdahalelere karşı korunmasına veya üçüncü kişiler ya da kamu tarafından mülkiyet hakkının ihlali hâlinde ihlalin sonuçlarının giderilmesine yönelik olup olmadığıdır. Şayet idarenin "yapma" ödevi mülkün korunması veya ihlalin sonuçlarının giderilmesi (düzeltme) kapsamında idareye yüklenen bir edim niteliği taşıyorsa bu hâlde idarenin "yapmama"biçiminde tezahür eden fiilinin pozitif yükümlülükler kapsamında ele alınması gerekir. Buna karşılık, şikâyet edilen pasif eylem, idarenin koruma ve düzeltme yükümlülükleri kapsamında ifası gereken bir görevin yerine getirilmemesi niteliğinde değilse bu takdirde idarenin yapması gereken bir şeyi yapmamasının, negatif yükümlülükler kapsamında incelenmesi lazım gelmektedir.

56. Somut olayda taşınmazın başvuruculara iade edilmesi ödevi, mülkiyet hakkının üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunmasına veya üçüncü kişilerin ya da kamunun müdahalesinin sonuçlarının giderilmesine yönelik bir edim değildir. Bu nedenle bu edimin ifa edilmemesinin pozitif yükümlülükler kapsamında değil, negatif yükümlülükler kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

57. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla- sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme olanağı veren bir haktır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 53). Ayrıca "meşru beklenti" teşkil eden mülk edinme beklentilerini zedeleyici kamu işlem ve eylemleri de mülkiyet hakkına müdahale oluşturur.

58. Somut olayda, yol şartıyla Belediyeye terk edildikten sonra imar planında değişiklik yapılarak konut alanına dönüştürülen taşınmazın iadesi yolunda meşru beklenti sahibi olan önceki maliklerine iade edilmemesi mülkiyet hakkına müdahale oluşturmaktadır.

59. Anayasa'nın 35. maddesi ve mülkiyet hakkına temas eden hükümler içeren kıyılara ilişkin 43., toprak mülkiyetine ilişkin 44., kamulaştırmayı

düzenleyen 46., tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63., tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168., ormanlara ilişkin 169. ve 170. maddeleri ile müsadereye ilişkin 28. maddesinin sekizinci fıkrası, 30. maddesi, 38. maddesinin onuncu fıkrası dikkate alındığında Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle "mülkten barışçıl yararlanma hakkı"na yer verilmiş, ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 55).

60. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenmekle aynı zamanda "mülkten yoksun bırakma"nın şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Öte yandan Anayasa'nın 46. maddesinde taşınmaz mülkiyetinden yoksun bırakma yolu olan kamulaştırma usulü özel olarak düzenlenmiştir(*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 56).

61. Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrasında mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Zira mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamaması, devletin mülkiyetin kullanımının toplum yararına uygun olarak düzenleyebilmesini gerektirmektedir. Bu durumda da devletin "mülkiyetin kullanımını kontrol" yetkisine sahip olduğunun kabulü zorunlu hâle gelmektedir. Ayrıca Anayasa'nın kıyılara ilişkin 43., toprak mülkiyetine ilişkin 44., tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63., tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168., ormanlara ilişkin 169. ve 170. maddeleri ile müsadereye ilişkin 28. maddesinin sekizinci fıkrası, 30. maddesi ve 38. maddesinin onuncu fıkrasında devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 57).

62. Mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir. Mülkten yoksun bırakma şeklindeki müdahalede mülkiyetin kaybı söz konusudur. Mülkiyetin kullanımının kontrolünde ise mülkiyet kaybedilmemekte ancak mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerin kullanım biçimi, toplum yararı gözetilerek belirlenmekte veya sınırlandırılmaktadır. Mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale ise genel nitelikte bir müdahale türü

olup mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin kullanımının kontrolü mahiyetinde olmayan her türlü müdahalenin mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında ele alınması gerekmektedir. Bununla birlikte özellikle kamu otoritelerinin doğrudan mülkün kullanımına yönelik olmayan ancak sonuçları itibarıyla mülkiyet hakkını etkileyen müdahaleler mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında görülmelidir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 58).

63. Somut olayda, başvurucular hukuken taşınmazın maliki olmayıp malik olacakları yolunda meşru bir beklentiye sahiptir. Belediye tarafından, başvurucuların yol yapımı şartıyla bağışladığı taşınmazın şarta uygun bir şekilde yol olarak kullanılmayıp konut alanına dönüştürülmesinin mülkten yoksun bırakma olarak değil mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

iii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

64. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

65. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

> *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

66. Anılan madde uyarınca temel hak ve özgürlükler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun düşebilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir.

(1) Kanunilik

67. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'ya uygun düşebilmesi için Anayasa'nın 35. maddesi ile 13. maddesindeki düzenlemelere uygun olarak yapılması gerekmektedir. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği belirtilmek suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi gereği ifade edilmiştir. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi de *"hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini"* temel bir ilke olarak benimsemiştir (*Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 69).

68. Olayda başvurucular tarafından, konut alanına dönüştürülen 80 m²lik taşınmazın iadesi amacıyla açılan tapu kaydının iptali ve tescil davası, 2942 sayılı Kanun'un 35. maddesine dayanılarak reddedilmiştir. Dolayısıyla başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin 2942 sayılı Kanun'un 35. maddesine dayandığı anlaşılmaktadır.

69. 2942 sayılı Kanun'un 35. maddesinde, imar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden düzenleme ortaklık payı karşılığı olarak bir defaya mahsus alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerlerle özel parselasyon sonunda malikinin muvafakatıyla kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı ve karşılığının istenemeyeceği hükme bağlanmıştır.

70. Anılan hükmün, düzenleme ortaklık payı (DOP) olarak ayrılan yerler ile malikinin muvafakatıyla kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerlerin öngörüldükleri amaca uygun olarakyol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesisleri için kullanılmayıp özel mülkiyete dönüştürülmesi durumunda uygulanıp uygulanmayacağına yönelik açık bir ifade bulunmamaktadır. Bununla birlikte somut olaydaMahkeme, söz konusu hükmün DOP olarak kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere ayrılan veya malikin rızasıyla kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere kamuya terk edilen taşınmazların kamu yararı dışında amaçlarla kullanılması durumunda da uygulanacağı sonucuna ulaşmıştır. Buna göre kamu hizmetlerinde kullanılması şartıyla bağışlanan taşınmazların kamu hizmetinde kullanılmaması hâlinde bile malikin taşınmazı geri

alma hakkı bulunmamaktadır. Mahkemenin bu yorumunun Yargıtay içtihatlarıyla da uyumlu olduğu anlaşılmaktadır (bkz. §§ 30-32).

71. Hukuk kurallarının ne şekilde yorumlanacağı ve birden fazla biçimde yorumlanmasının mümkün olduğu durumlarda bunlardan hangisinin benimseneceği derece mahkemelerinin yetkisinde olan bir husustur. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında inceleme yaparken kural olarak derece mahkemelerince uygulanan hukuk kurallarının nasıl yorumlanması gerektiği hususunda derece mahkemelerinin yerine geçerek karar vermesi bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesinin görevi, derece mahkemelerince benimsenen yorumun etkilerini incelemek ve bunların hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini saptamaktır. Dolayısıyla Mahkemenin 2942 sayılı Kanun'un Yargıtay içtihatlarıyla uyumlu olduğu anlaşılan yorumuna dayanılarak başvurucuların iade istemi reddedildiğinden mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuni dayanağının bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

(2) Meşru Amaç

72. Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Toplum yararı, ortak çıkar, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla ifade edilen ve bireysel çıkardan farklı onun üstünde ortak bir yarar olan kamu yararı Anayasa'nın 35. maddesinin mülkiyet hakkı açısından öngördüğü özel sınırlandırma sebebi olup genel yarar ve toplumsal yarar gibi ifadeleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır (AYM, E.1999/46, K.2000/25, 20/09/2000).

73. Özellikle mülkiyetten yoksun bırakmayı düzenleyen kanunlar gibi sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasını belirleyen düzenlemeler konusunda yasama organının geniş bir takdir yetkisinin olması doğaldır. Kural olarak kamu makamları ekonomik veya toplumsal bir politikayı hayata geçirmek amacıyla mülkiyet hakkına müdahale etmişlerse burada meşru bir kamu yararı amacının bulunduğunu varsaymak gerekir. Kamu yararı konusunda bir uyuşmazlığın çıkması hâlinde ise örneğin kamulaştırma gibi hususlarda uzmanlaşmış ilk derece ve temyiz yargılaması yapan mahkemelerin uyuşmazlığı çözmek konusunda daha iyi konumda oldukları açıktır. Bu nedenle müdahalenin kamu yararına uygun olmadığını ispat yükümlülüğü bunu iddia edene aittir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri,* § 35).

74. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Makul bir temelden açıkça yoksun olan düzenlemelerin ve uygulamaların ise kamu yararının tespitine ilişkin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir (*Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, § 29).

75. Bağışlanan taşınmazın yol olarak tahsis edilmesinin kamu yararına yönelik olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak 16/7/2005 tarihinde 1/5000 ölçekli nazım imar planında, 9/8/2007 tarihinde ise 1/1000 ölçekli uygulama imar planında yapılan değişiklikle taşınmazın "yol" olan tahsis amacı "konut alanı" biçiminde değiştirilmiştir. Taşınmazın tahsis amacının değiştirilmiş olması tek başına kamu yararının varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Zira bir taşınmazın konut alanı olarak kullanımı durumunda da Belediye (kamu) ekonomik menfaat elde edeceğinden belli ölçüde kamu yararı bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu ikinci durumda (şartın yerine getirilmemiş olması dolayısıyla) malikin, taşınmazın kendisine iade edileceği hususunda meşru bir beklentiye sahip olduğu gözden uzak tutulmamalıdır (bkz. §§ 45-60). Bu husus dikkate alındığında, konut alanına dönüştürülen taşınmazın malike iadesi durumunda elde edilecek bireysel yarar karşısında Belediyenin mülkiyetinde kalması hâlinde elde edilecek kamusal yararın önemi ve ağırlığı hususunda ciddi kuşkular oluşmaktadır. Bu nedenle meşru amacın varlığının aşağıda müdahalenin ölçülülüğüyle birlikte ele alınmasının daha uygun olacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

76. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden doğmaktadır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki, ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin, somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014).

77. Ölçülülük ilkesi, "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2012/102, K.2012/207, 27/12/2012; E.2012/149, K.2013/63, 22/5/2013; E.2013/32, K.2013/112, 10/10/2013; E.2013/15, K.2013/131, 14/11/2013; E.2013/158, K.2014/68, 27/3/2014; E.2013/66, K.2014/19, 29/1/2014; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2015/43, K.2015/101, 12/11/2015; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 38).

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

78. Somut olayın, elverişlilik ve gereklilik kriterlerinin tartışılmasını gerektiren bir yönü bulunmamaktadır. Asıl tartışılması gereken husus, müdahalenin orantılı olup olmadığıdır.

79. Ölçülülüğün üçüncü alt ilkesi olan orantılılık, kamu yararının korunması ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengenin sağlanmasını gerektirmektedir. Öngörülen tedbirin, maliki olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez. Bu itibarla, uygulanan tedbirle başvuruculara aşırı ve orantısız bir yük yüklenip yüklenmediğinin tespiti gerekmektedir.

80. Olayda başvurucular, maliki bulundukları taşınmazı yol yapılması şartıyla Belediyeye bağışlamış ancak Belediye tarafından yapılan imar planı değişiklikleriyle taşınmaz, konut alanına dönüştürülmek suretiyle bağış vaadi sözleşmesinde belirtilen mükellefiyet ihlal edilmiştir. Bu mükellefiyetin ihlali başvurucular acısından taşınmazın iadesi yönünde meşru bir beklenti yaratmıştır. Meşru beklentinin doğması, taşınmazın her durumda mutlak surette başvuruculara iadesini gerektirmemekle birlikte somut olayın koşulları gözetilerek başvuruculara iadesinin gerekip gerekmediği hususunda ölçülülük ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme

yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Oysa incelenen başvuruda Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca yapılan ölçülülük değerlendirmesi yönünden hukuki sorunun; 2942 sayılı Kanun'un 35. maddesi hükmünün, malikin rızasıyla kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere kamuya terk edilen taşınmazların kamu yararı dışındaki amaçlarla kullanılması durumunda dahi taşınmazın malike iadesine engel teşkil ettiği biçimindeki yerleşik yargısal içtihattan kaynaklandığı görülmektedir.

81. Başvuru konusu olayda iade hakkının ortadan kaldırılmasının başvuruculara önemli bir külfet yüklediği tartışmasızdır. Buna karşılık Belediye, kamu yararı amacıyla yol yapılmak üzere bağışlanan taşınmazdan önemli ekonomik yarar elde etmektedir. Yol şartıyla bağışlanan taşınmazın konut alanına dönüştürülerek bundan elde edilecek ekonomik menfaatin Belediyeye ait olması devlete güven ilkesini zedeleyici sonuçlar doğurmaktadır. Öte yandan, Belediyenin konut alanına dönüştürdüğü taşınmazdan ekonomik çıkar sağlamasıyla elde edilecek kamu yararı, taşınmazın malike iade edilmemesi nedeniyle malikin yüklendiği külfete kıyasen çok hafif kalmaktadır. Diğer bir deyişle konut alanına dönüştürülen taşınmazın eski malikine iade edilmeyerek Belediyenin özel mülkü hâline getirilmesi, amme menfaatlerinin gözetilmesindeki kamusal yarar ile bireyin mülkiyet hakkının korunmasındaki bireysel yarar arasında kurulması gereken makul dengenin malik aleyhine orantısız bir biçimde zedelenmesine yol açmaktadır. Bu durumda, başvurucuların mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğundan söz edilemez.

82. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Diğer İddialar

83. Başvurucular, iptal tarihi ile iade tarihi arasındaki dönem için makul bir kira bedeli ödenmesine, taşınmazın doğu cephesinde kalan 74.4 m^2lik bölümü için hisseleri oranında ayrı ayrı 93.125 TL nin yasal faiziyle birlikte ödenmesine ve Maliye Bakanlığına ödenen toplam 565.960.000 TL tapu tahsis harcı ile buna bağlı zam ve cezaların hisseleri oranında ödenmesine karar verilmesi isteminde bulunmuşlardır. Başvurucuların bu tazminat taleplerinin dayanağı olan olgulara ilişkin herhangi bir şikâyeti bulunmadığından bu istemlerin incelenmesine gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

84. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

85. Başvurucular, ihlalin tespiti ile taşınmazın bedelsiz olarak iadesine ve adlarına tescil edilmesine karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır.

86. Başvuruda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

87. Mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 4. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

88. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Birleştirme işlemi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Taşınmazın iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Taşınmazın iade edilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuların diğer iddialarının İNCELENMESİNE GEREK GÖRÜLMEDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 4. Asliye Hukuk Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREK OLARAK ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 9/3/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

YASEMİN BALCI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/8881)

Karar Tarihi: 25/7/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Ayhan KILIÇ
Başvurucu	:	Yasemin BALCI
Vekili	:	Av. Serkan CENGİZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, adli tıp uzmanınca Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine bilirkişi sıfatıyla gerçekleştirilen otopsiler karşılığında ödenen ücretin yetersiz görülmesi nedeniyle mülkiyet hakkı ve angarya yasağının; buna ilişkin yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/6/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmiştir.

7. Bakanlık görüşü başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını ibraz etmiştir.

8. Birinci Bölüm tarafından 6/7/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu 1963 doğumlu olup Muğla'da ikamet etmektedir. Başvurucu, olay tarihinde Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalında adli tıp uzmanı olarak görev yapan bir öğretim üyesidir.

A.Uyuşmazlığın Arka Planı

11. Osmangazi Üniversitesi Rektörlüğü (Üniversite) ile Bakanlık arasında 2/11/2001 tarihinde, Eskişehir Adli Tıp Şube Müdürlüğünün faaliyetleriyle ilgili otopsilerin Osmangazi Üniversitesi Eğitim Araştırma ve Uygulama Hastanesi morgunda yapılmasını öngören bir protokol imzalanmıştır. Anılan protokolde, resmî bilirkişilik görevi yürüten Adli Tıp Şube Müdürlüklerinin daha verimli bir şekilde çalışmasının temin edilmesi, hazırlanacak olan raporların bilimsel bir çerçevede düzenlenmesinin sağlanması ve Üniversitenin personel, araç ve gereçlerinden yararlanılması, diğer taraftan tıp fakültesi öğrencilerine adli tıp öğrenimini sağlama yönünde Üniversiteye materyal temini, Üniversite öğrencileri ve adli tıp uzmanlarının yetiştirilmesi amacı ile bu iş birliğinin öngörüldüğü ifade edilmiştir.

12. Sözü edilen protokolde otopsiyi yapan adli tıp uzmanlarına ücret ödenmesini öngören herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle Üniversitede görev yapan adli tıp uzmanlarınca gerçekleştirilen otopsiler karşılığında önceleri herhangi bir ücret ödemesi yapılmamıştır. Ancak Bakanlığın 20/6/2003 tarihli yazısıyla, üniversite öğretim görevlisi adli tıp uzmanlarından ikinci görevli olarak ataması yapılmayanlara, otopsilerde harcadıkları emek ve mesaiye karşılık 4/4/1929 tarihli ve 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 77. maddesi uyarınca ücret takdir edilmesinin uygun olacağının bildirilmesi üzerine bu tarihten sonra gerçekleştirilen otopsiler karşılığında otopsiyi yapan adli tıp uzmanlarına bilirkişi ücreti ödenmeye başlanmıştır.

13. Başvurucu, protokolün yürürlüğe girdiği 2/11/2001 ile 20/6/2003 tarihleri arasında Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığının (Başsavcılık) talebi üzerine toplam yüz dört otopsi (altmış sekizini tek başına, otuz altısını başka adli tıp uzmanlarıyla birlikte) gerçekleştirmiştir.

B. Başvurucunun Açtığı Birinci Dava

14. Başvurucu 22/6/2006 tarihinde Başsavcılığa başvurarak toplam yüz dört otopsi için ücret takdir edilmesi isteminde bulunmuştur. Başsavcılık cevap vermeyerek talebi zımnen reddetmiştir. Başvurucu 25/9/2006 tarihinde Eskişehir İdare Mahkemesinde (Mahkeme) yüz dört otopsi için yasal faiziyle birlikte ücret takdir edilmesi istemiyle Bakanlık aleyhine dava açmıştır. Mahkeme 12/10/2006 tarihinde süre aşımı gerekçesiyle

davayı reddetmiştir. Ancak Danıştay Onuncu Dairesi 22/1/2010 tarihli kararıyla Mahkeme kararını bozmuştur.

15. Bozma kararına uyan Mahkeme (Mahkeme sayısının artması nedeniyle Eskişehir 1. İdare Mahkemesi olmuştur.) 31/12/2010 tarihli kararıyla davayı kabul ederek 2/11/2001 ile 20/6/2003 tarihleri arasında adli tıp uzmanı olarak katıldığı otopsi işlemleri için hesaplanacak bilirkişi ücretinin başvuru tarihi olan 22/6/2006 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davalı idareden alınarak davacıya ödenmesine hükmetmiştir.

16. Bu karar üzerine Başsavcılık tarafından başvurucuya 20/4/2011 tarihinde 265,83 TL ve 21/4/2011 tarihinde yargılama gideri olarak 108,60 TL ödemede bulunulmuştur. Ödemeyi yetersiz bulan başvurucu 25/4/2011 tarihinde Başsavcılığa başvurmuş ve otopsi ücretlerine ilişkin olarak Türk Tabipler Birliği Eskişehir-Bilecik Tabip Odası, Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi, Türk Veteriner Hekimler Eskişehir-Bilecik Odası ve Adli Bilimciler Derneğinden alınan veriler dikkate alınarak hesaplanan (150 TL X 104= 15.600 TL) 15.600 TL'nin ödenmesi isteminde bulunmuştur. Bu talep üzerine Başsavcılık 5/5/2011 tarihinde 499,31 TL daha ödeme yapmıştır.

C. Başvurucunun Açtığı İkinci Dava

17. Başvurucu, 15.600 TL olan talebinin geri kalan kısmının ödenmesinin zımnen reddedildiğini kabul ederek 8/7/2011 tarihli dilekçe ile aynı Mahkemede tam yargı davası açmıştır. Başvurucu, rayiç meblağın bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle tespit edilerek tarafına ödenmesi talebinde bulunmuştur.

18. Mahkeme 14/7/2011 tarihli kararla, talep edilen tazminat miktarının gösterilmemesi nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar vermiştir.

19. Başvurucu 22/8/2011 tarihli dilekçe ile davayı yenilemiştir. Dilekçede talep edilen tazminat miktarı olarak 15.600 TL'den bakiye kalan 14.835 TL gösterilmiştir.

20. Mahkeme 28/3/2013 tarihli kararıyla davayı reddetmiştir. Kararın gerekçesinde 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 72. maddesi uyarınca bilirkişiye, inceleme ve seyahat gideri ile

çalışmasıyla orantılı ücret ödenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Mahkeme ayrıca 14/4/1982 tarihli ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 26. maddesinde, üniversite öğretim üyesi adli tıp uzmanlarının asıl görevleri ile ilişkileri kesilmemek şartıyla Adli Tıp Kurumunda görevlendirilebilecekleri hükmünün yer aldığını hatırlatmıştır. Gerekçede, otopsi ücretinin bilirkişiyi görevlendirip dinleyen makam tarafından tayin ve takdir olunacağı belirtilmiş ve somut olayda, ilgili Başsavcılık tarafından 5271 sayılı Kanun'un 72. maddesi uyarınca takdir edilen tutarın üzerinde ödeme yapılmasına imkân bulunmadığı ifade edilmiştir.

21. Bu karara yapılan itiraz, Eskişehir Bölge İdare Mahkemesinin 24/12/2013 tarihli kararıyla reddedilerek karar onanmış; karar düzeltme istemi de aynı Bölge İdare Mahkemesinin 29/4/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

22.Nihai karar 15/5/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

23.Başvurucu 6/6/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

24. Olay tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı mülga Kanun'un 46. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

> *"Usulü dairesinde çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu masraflar ile beraber beşbin liradan onbin liraya kadar hafif para cezasına mahküm edilirler."*

25. 1412 sayılı mülga Kanun'un 66. maddesinin ilk iki fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

> *"Çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin rey ve mütalaasının alınmasına karar verilir....Bilirkişinin tayini ve üçten fazla olmamak üzere adedinin tespiti hakime aittir.*
>
> *Hazırlık soruşturmasında, gecikmede sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da bu yetkiyi haizdir."*

26. 1412 sayılı mülga Kanun'un 68. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Muayyen hususlarda rey ve mütalaa beyaniyle resmen tavzif edilmiş olanlar yahut tetkikatın icrası için bilinmesi muktazi fen veya sanatla iştigali meslek edinenler veya meslek edinmeğe resmen mezun olanlar ehlihibre tayin edildikleri takdirde kendilerine verilen vazifeyi yapmağa mecburdurlar."

27. 1412 sayılı mülga Kanun'un 70. maddesi şöyledir:

"Rey vermekle mükellef olduğu ve usulü dairesinde çağrıldığı halde gelmeyen veya gelip de yeminden, rey ve mütalaa beyanından çekinen bilirkişiler hakkında tanıklara ilişkin hükümler uygulanır."

28. 1412 sayılı mülga Kanun'un 77. maddesi şöyledir:

"Ehlihibre tarifeye göre kaybettiği vakit için alacağı tazminattan başka tetkikat ve seyahat masraflarını ve çalışmasiyle uygun ücretini alır."

29. 1412 sayılı mülga Kanun'un 79. maddesinin ilk üç fıkrası şöyledir:

"Bir ölünün adli muayenesi tabip huzuru ile yapılır. Adli muayenede ölünün tıbbi kimliği, ölüm zamanı ve ölüm sebebini tayin için harici bulgular tespit edilir.

Otopsi, hakim ve tehirinde zarar umulan hallerde Cumhuriyet savcısı huzurunda biri adli tabip veya patalog olmak şartı ile iki hekim tarafından yapılır.

Zaruret halinde bu işlem bir hekim tarafından da yapılabilir. Ancak zaruret halinin otopsi raporuna açıkça yazılması gerekir."

30. 2659 sayılı Kanun'un 26. maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan hâlinin ilgili bölümü şöyledir:

"Adlî Tıp Kurumu Başkanı, Başkan Yardımcısı, İhtisas Kurulu Başkanları ve İhtisas Kurulu üyeleri, Adalet Bakanının inhası üzerine, uzman elemanlar veya üniversitelerin ilgili fakülte öğretim üyeleri veya yardımcıları arasından üçlü kararname ile,

Adlî Tıp İhtisas Daire Başkanları, Şube Müdürleri, Adlî Tabibler, Uzmanlar, Raportörler, Kimyagerler, Psikologlar, Eczacılar, Biyolog ve Diş Tabipleri, Balistik, Grafoloji ve silah muayene uzmanları, astronomlar, asistanlar, Trafik uzmanları, Adlî Tıp Kurumu Başkanının teklifi üzerine Adalet Bakanlığınca,

Birinci ve ikinci fıkra dışında kalan personelin atamaları Kurum Başkanlığınca,

Yapılır.

Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen görevlere üniversitelerin ilgili fakülte öğretim üye ve yardımcıları, asıl görevleri ile ilişkileri kesilmemek şartıyla atanabilirler.

...”

31. Olay tarihinde yürürlükte bulunan, 14/2/1984 tarihli ve 18312 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 1. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

“Bu yönetmelikte, ... kurum dışından görevlendirilecek bilirkişilere ödenecek ücretin tesbitine dair esaslara; ihtisas daireleri şubelerinde görevlendirilecek personelin niteliklerine, çalışma usul ve esaslarına; yüksek öğretim kurumları veya birimlerinde tetkik edilecek adli tıp ile ilgili işlere, ihtisas dairelerinde uzman ve eleman yetiştirilmesinin esaslarına ilişkin hükümler ile Adli Tıp Kurumu Kanununun uygulanmasına dair diğer hususlar düzenlenmiştir.”

32. Yönetmelik'in 17. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

“a) Adli Tıp Şube Müdürlüğünde görevli tüm personel, Bakanlıkça vazife hudutları tayin ve tesbit edilen mahallerde kaza çevresi içindeki mahkemeler, sorgu hakimleri ve Cumhuriyet savcıları tarafından adlî tıpla ilgili olmak üzere lüzum gösterilecek otopsi, muayene ye keşifleri, icabında mahalline de gitmek suretiyle yaparak bu hususta rapor vermek ve vukubulacak davet üzerine sözlü mütalâalarını bildirmekle görevlidirler.

...

c) Adli tabiplerin bulundukları vazife hudutları dahilinde otopsisi gereken ölülerin otopsileri, dış muayeneleri, adlî tabipçe yapıldıktan sonra o mahalde Adli Tıp Kurumu veya Grup Başkanlığındaki morg dairelerinde yapılır.

d) Şayet vazife gördükleri mahalde morg ihtisas dairesi yok ise adli tabipler, otopsisi gereken cesetlerin harici muayenelerini yaptıktan sonra bulundukları yerde mevcut resmi sağlık müesseselerinin fenni ve tıbbî vasıta ve mahallerinden istifade ederler.

...

f) Adlî tıp uzmanları resmi tatil günlerinde nöbetli bilirkişi olarak Cumhuriyet savcıları ile beraber görev yapabilir. Bilirkişilik görevi ile görevlendirilen adli tıp uzmanına mesaisine karşılık Cumhuriyet savcılığınca suç üstünden, tabip odalarından sorularak bir ücret tensip edilir.

...

1) 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 38 inci maddesi gereğince resmi bilirkişi olarak görevlendirilecek olan adli tıpla ilgili bölüm veya birimdeki uzman elemanlar bulundukları şehirlerdeki adlî hadiselerden dolayı resmi bilirkişi sayılırlar.

..."

33. Yönetmelik'in 21. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Yükseköğretim kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adlî tıp olaylarında ve diğer adlî olaylarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmî bilirkişi sayılırlar."

B. Uluslararası Hukuk

34.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 4. maddesi şöyledir:

"1. Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz

2. Hiç kimse zorla çalıştırılamaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.

3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında "zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma" sayılmaz:

a) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş;

b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet;

c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet;

d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet."

35. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin "zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma"yı yasaklayan 4. maddesinin ikinci fıkrasının demokratik toplumun temel değerlerinden birini düzenlediğini belirtmektedir. AİHM, diğer birçok maddi hükmün aksine Sözleşme'nin 4. maddesinin herhangi bir istisnaya yer vermediğini ve bu maddede düzenlenen hakkın ulusal güvenliği tehdit eden olağanüstü durumlarda dahi Sözleşme'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasına göre askıya alınmasına izin verilen haklardan olmadığını vurgulamaktadır (*Zarb Adami/Malta*, B. No: 17209/02, 20/6/2006, § 43).

36. AİHM, başvurucunun yapmakla yükümlü tutulduğu hizmetin "zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma" yasağı kapsamına girip girmediğini tespit ederken 4. maddede altı çizilen amaçların ışığında somut olayın tüm koşullarını dikkate almaktadır. AİHM, "zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma" kavramının kapsamadığı hususların belirlenmesinde ikinci ve üçüncü fıkraların bir bütün olarak gözetilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Üçüncü fıkranın ikinci fıkranın yorumlanmasında yardımcı bir işlev gördüğünün altını çizen AİHM, üçüncü fıkranın "olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet"i "zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma"nın kapsamı dışına çıkaran (d) bendinin özel bir öneminin bulunduğunu değerlendirmektedir (*Steindel/Almanya* (k.k.), B. No: 29878/07, 14/9/2010).

37. AİHM, bir stajyer avukatın ücret almadan hukuki yardım sunma yükümlülüğüne ilişkin *Van Der Mussele/Belçika* (B. No: 8919/80, 23/11/1983) kararında, "zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma"ya ilişkin içtihadının temel ilkelerini ortaya koymuştur. Karara konu olayda stajyer avukat olan başvurucu; hırsızlık, uyuşturucu bulundurmak ve oturma hakkı elde etmek için sahte isim kullanmakla suçlanan Gambiya vatandaşı bir sanığı savunmak için baro tarafından görevlendirilmiştir. Başvurucunun stajının bitmesi üzerine zorunlu müdafilik görevinin sona erdiği ancak sanığın ekonomik imkânlarının yetersizliği nedeniyle kendisine herhangi bir ücret ödenmeyeceği gibi yaptığı masrafların da telafi edilmeyeceği başvurucuya bildirilmiştir (*Van Der Mussele/Belçika*, §§ 10-12).

38. AİHM, Sözleşme'nin 4. maddesinin "zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma" kavramını tanımlamadığına dikkat çektikten sonra

bu kavramların anlamlandırılması ve kapsamının belirlenmesi için -neredeyse Avrupa Konseyine üye tüm devletlerce kabul edilen- 29 Numaralı Cebri ve Mecburi Çalıştırma Hakkında ILO Sözleşmesi'ne (29 No.lu Sözleşme) müracaat etmiştir (*Van Der Mussele/Belçika*, § 32). 29 No.lu Sözleşme'nin 2. maddesinde "cebri veya mecburi çalıştırma" ifadesinin herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetleri ifade edeceği hükme bağlanmıştır.

39. AİHM "zorla çalıştırma" (*forced labour*) kavramının maddi ya da manevi zorlamayı (cebri) akla getirdiğine işaret etmiş ve somut olayda maddi ve manevi cebir uygulanmasının söz konusu olmadığını ifade etmiştir. "Zorunlu çalışma" (*compulsory labour*) kavramına ilişkin olarak ise AİHM, bunun herhangi bir yasal yükümlülük ve zorunluluğa delalet etmediğinin altını çizmiştir. AİHM'e göre sırf taraflardan birinin diğerine çalışma edimi yüklemesi ve edim yükümlüsünün bağıtladığı bu edimini yerine getirmemesi durumunda müeyyideye maruz kalması, serbest iradeyle akdedilen bir sözleşmenin gereği olan çalışma yükümlülüğünün Sözleşme'nin 4. maddesi kapsamında görülmesini gerektirmez. Bu anlamda AİHM ilk olarak 29 No.lu Sözleşme'de yapılan tanımda yer alan "*ceza tehdidi altında*" ibaresine vurgu yapmıştır. Buna göre zorla çalıştırmanın ceza tehdidi altında yapılması gerekmektedir. İkinci olarak Mahkeme "*kişinin tam isteği olmadan*" ibaresinden hareketle bu çalışmanın kişinin iradesine rağmen olması gerektiğini belirtmiştir (*Van Der Mussele/Belçika,* § 34).

40. AİHM öncelikle başvurucunun ceza tehdidi altında çalışıp çalışmadığını irdelemiştir. AİHM, başvurucunun kendisine verilen görevi reddetmesi durumunda cezai karakter taşıyan bir yaptırıma maruz kalmasa da stajyerlik kaydının düşürülebileceğine ve bunun sonucu olarak baro levhasına yazılma imkânını yitirebileceğine dikkat çekmiştir. AİHM'e göre bu ihtimal dahi ceza tehdidinin varlığı sonucuna ulaşılabilmesi bakımından yeterlidir (*Van Der Mussele/Belçika,* § 35).

41. AİHM bundan sonra başvurucunun rızasının bulunup bulunmadığını ele almıştır. AİHM'e göre stajyer avukatın bu tür bir çalışmaya tabi tutulacağının ve yaptığı masrafların da telafi edilmeyeceğinin öngörülebilir olması ve kendi iradesiyle stajyer avukatlık listesine kaydolması, Sözleşme'nin 4. maddesi anlamında "zorunlu çalışma"nın bulunmadığı sonucuna ulaşılabilmesi bakımından yeterli

olmayıp diğer koşulların da gözönünde bulundurulması gerekir (*Van Der Mussele/Belçika*, § 36). AİHM, 29 No.lu Sözleşme'de yapılan tanımı esas almakla birlikte kişinin iradesinin bulunup bulunmadığının Sözleşme'nin kendi bağlamı içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda AİHM, uzmanlık gerektiren bir mesleği yapabilme koşulu olarak öncesinde bazı hizmetleri yapma yükümlülüğü getirildiği hâllerde zorunlu kılınan hizmetin gelecekte elde edilecek avantajlara nazaran aşırı ve orantısız bir külfet yüklemesi durumunda bu hizmetin önceden gönüllü olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılamayacağını belirtmiştir. AİHM'e göre bu durum, ilgili uzmanlık alanıyla ilgisi bulunmayan hizmetler için de söz konusudur (*Van Der Mussele/Belçika*, § 37).

42. AİHM, belirli bir meslek mensubunun üyelerinin üzerine düşen görevler bakımından nelerin normal sayılabileceğinin değerlendirilmesi için standartlar geliştirmiştir. Bu standartlar verilen hizmetlerin söz konusu kişinin normal mesleki faaliyetlerinin sınırları dışında kalıp kalmadığını, hizmetin ücretli olup olmadığını veya başka bir telafi edici faktör içerip içermediğini, yükümlülüğün bir sosyal dayanışma anlayışı üzerine kurulup kurulmadığını ve yüklenen yükün orantısız olup olmadığını dikkate alır (*Van Der Mussele/Belçika*, § 39; *Graziani-Veiss/Avusturya*, B. No: 31950/06, 18/10/2011, § 39; bir doktorun acil servise katılma göreviyle ilgili olarak bkz. *Steindel/Almanya*).

43. AİHM, somut olayda başvurucunun yapmakla yükümlü kılındığı hizmetlerin avukatların normal faaliyetlerinin kapsamı dışına çıkmadığını tespit etmiş; münhasıran avukatlara tanınan hukuki yardımda bulunma hakkı gibi tazmin edici birtakım avantajlara sahip olduğunu vurgulamış; söz konusu hizmetlerin profesyonel eğitimine katkı sağladığının, itibar ve tecrübesini artırdığının altını çizmiş; başvurucuya yüklenen bu yükümlülüğün, ilgili sanığın Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen savunma hakkının güvenceye bağlanmasını temin eden bir araç mahiyetinde olduğunu ve bunun sosyal dayanışma anlayışına dayandığını saptamış; son olarak başvurucuya yüklenen külfetin de aşırı ve ölçüsüz olmadığı kanaatine ulaşmıştır (*Van Der Mussele/Belçika*, § 39).

44. AİHM, başvurucuya ücret ödenmemesinin ve yaptığı masrafların telafi edilmemesinin ölçüsüz bir külfet yükleyip yüklemediğini deayrıca değerlendirmiştir. Bu bağlamda AİHM, Belçika hukukunun yoksul kişileri savunmak üzere görevlendirilen avukat ve stajyer avukatlara

kamu bütçesinden ücret ödenmesi yolunda evrildiğine dikkat çekmiştir. AİHM'e göre ilgili tarihteki hukuka göre başvurucuya ücret ödenmemesi ve başvurucunun yaptığı masrafların telafi edilmemesi, başvurucu aleyhine belli ölçüde dezavantaj oluşturmuş ise de bu dezavantaj avantajlarını da beraberinde getirmiş ve aşırı olduğuna dair bir işaret bulunmamıştır. Başvurucu orantısız bir çalışma yükü altına girmemiş ve yaptığı masraflar da göreceli olarak küçük kalmıştır. AİHM sonuç olarak "zorunlu çalışma"nın söz konusu olmadığı kanaatine varmıştır (*Van Der Mussele/Belçika,* § 40).

45. AİHM *Graziani-Veiss/Avusturya* davasında, bir akıl hastasına vasi olarak atanan avukatın iradesinin bulunup bulunmadığını değerlendirirken Avusturya yasalarına göre avukatların ücretsiz olarak vasilik yapmalarını zorunlu kılan yasanın varlığını dikkate alarak bu kişinin avukat olmakla ileride vasi olmaya zorlanacağını bildiğinin altını çizmiş fakat tek başına bu unsurun varlığının başvurucuya yüklenen zorunlu hizmetin zorla çalıştırma olmadığı sonucuna ulaşmaya yetmediğini ifade etmiştir (*Graziani-Veiss/Avusturya,* § 40). AİHM, avukattan istenen hizmetin önceden kabul edilmiş sayılamayacak kadar aşırı bir külfet yüklememesi ve mesleğin ileride sağlayacağı getirilerle orantısız olmaması gerektiğini vurgulamıştır (*Van Der Mussele/Belçika,* § 37). AİHM ayrıca vasilik görevinin mecburi olmasının bu görevin ücretsiz olması gerektiği anlamına gelmeyeceğinin altını çizmekle birlikte avukatlık ve noterlik gibi meslek gruplarının yargısal makamlar önünde tarafları temsil etme gibi ayrıcalıklarının bulunduğunu belirterek -vasiliğin vasiye yüklediği yükün aşırı ve orantısız olmaması koşuluyla- bu gibi meslek grupları yönünden ücretsiz olmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir. AİHM, somut olayda avukata yüklenen vasilik görevlerinin aşırı ve orantısız olmadığını saptayarak 4. madde yönünden herhangi bir ihlalin bulunmadığına hükmetmiştir (*Graziani-Veiss/Avusturya,* §§ 41, 42).

46. AİHM *Steindel/Almanya* kararında, acil serviste çalışma zorunluluğu getirilen ve özel muayenehanesinde mesleğini yürüten göz doktorunun "zorunlu çalışma" yasağı şikâyetini incelemiştir. AİHM, acil serviste çalışma zorunluluğunun başvurucunun profesyonel faaliyetinin kapsamı dışında olmadığını not etmiştir. AİHM, başvurucunun genel sağlık sigortası kapsamında ücretlendirilen bir alanda çalışmamasının, sunduğu hizmetin değiştiği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca acil servisin, bu seçeneği kullanmamayı seçmesine rağmen başvuranı kural olarak muayene

saatleri dışında kendi hastaları için hazır bulunma yükümlülüğünden kurtarmasını onun yararına bir başka telafi edici unsur olarak görmüştür. Dahası başvurucunun itiraz ettiği yükümlülük, tüm faal doktorları gece ve hafta sonları boyunca hazır bulunma yükümlülüğünden kurtarmak ve bu zamanlarda tıbbi hizmetlerin kullanılabilir olmasını sağlamak için geliştirilen bir planın parçası olup mesleki ve sivil dayanışma konsepti üzerine kurulmuştur ve bu yükümlülükle acil durumların bertaraf edilmesi amaçlanmıştır. Tüm bunları bir arada değerlendiren AİHM, başvurucuya yüklenen külfetin ölçüsüz olmadığını belirtmiştir. AİHM ayrıca, başvurucunun acil servis hizmetinin üç ayda altı gün olduğunu ve geri kalan zamanın başvurucunun kendi hastalarıyla ilgilenebilmesi için yeterli bulunduğunu, kaldı ki acil servis hizmetinde iken bile özel hastalarının ona danışmakta serbest olduklarını ifade ederek başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna ulaşmıştır.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

47. Mahkemenin 25/7/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Zorla Çalıştırma ve Angarya Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

a. Başvurucunun İddiaları

48. Başvurucu 2/11/2001 ile 20/6/2003 tarihleri arasında Başsavcılığın talebi üzerine bilirkişi sıfatıyla toplam yüz dört otopsi gerçekleştirdiğini ancak karşılığında hiçbir ücret almadığını belirtmiştir. Kanunlar gereği Başsavcılığın bilirkişilik yapması talebini reddetmesinin mümkün olmadığını vurgulayan başvurucu, ücret ödenmemesinin angarya niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, açtığı dava sonucu yasal faiziyle birlikte bilirkişi ücreti takdir edilmesi gerektiğine Mahkemece hükmedildiği hâlde Cumhuriyet savcısınca takdir edilen ücretin çok düşük olduğundan yakınmıştır. Toplam 765,14 TL ödeme yapıldığını hatırlatan başvurucu, bunun otopsi başına 7,36 TL'ye tekabül ettiğinden şikâyet etmiştir. Türk Tabipler Birliği Eskişehir-Bilecik Tabip Odası, Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi,Türk Veteriner Hekimler Eskişehir-Bilecik

Odası ve Adli Bilimciler Derneğinden alınan verilerden en düşüğü dikkate alındığında bir otopsi için ortalama 150 TL (toplam 15.600 TL) ücrete hak kazandığını belirten başvurucu, bakiye tutarın tazmini istemiyle açtığı ikinci davanın da keyfî bir kararla reddedildiğini belirtmiştir. Başvurucu, sonuç olarak Başsavcılığın talebi üzerine gerçekleştirdiği otopsiler karşılığında yetersiz ücret ödenmesinin zorla çalıştırma ve angarya yasağına aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

49. Başvurucu 2011 yılında gerçekleştirdiği bazı otopsiler için Cumhuriyet savcısı tarafından 150 TL takdir edildiğini gösteren bazı belgeleri bireysel başvuru dilekçesine eklemiştir.

b. Bakanlık Görüşü

50. Bakanlık görüş yazısında, öncelikle başvurunun kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği savunulmuştur. Bakanlığa göre Mahkemenin 31/12/2010 tarihli kararı uyarınca Başsavcılık tarafından başvurucuya ücret takdir edilip ödeme yapılmış ve başvurucunun mağduriyeti giderilmiştir. Dolayısıyla başvurucunun mağdur sıfatı bulunmamaktadır.

51. Bakanlık, başvurunun adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bakanlık; Üniversite ile yapılan protokolün tıp öğrencileri ile araştırma görevlilerinin modern anlamda adli tıp eğitimi alması, gerekli materyallerden yararlanması ve pratik yapabilmesi amacıyla yapıldığını ileri sürmüştür. Bakanlık ayrıca, otopsilerin Eskişehir Adli Tıp Şube Müdürlüğü personeli ile Tıp Fakültesi personeli olup da Adli Tıp Şube Müdürlüğü uzman kadrolarına ikinci görev olarak atanan adli tıp uzmanı akademisyenler tarafından gerçekleştirildiğini ifade etmiştir.

52. Bakanlık, 1412 sayılı mülga Kanun uyarınca ödenmesi gereken bilirkişi ücretinin Mahkemenin 31/12/2010 tarihli kararından sonra Başsavcılık tarafından takdir edilerek ödendiğinin altını çizmiştir. Bakanlık, Mahkemece karara bağlanan uyuşmazlığın bilirkişiye müracaat edilmesini gerektiren teknik bir yönünün bulunmadığını dile getirmiştir. Bakanlık sonuç olarak Mahkeme kararının bariz takdir hatası ve açık bir keyfîlik içermediğine işaret ederek adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde bu hususların gözönünde bulundurulması gerektiği görüşünü bildirmiştir.

2. Değerlendirme

53. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın 18. maddesi şu şekildedir:

"Hiç kimse zorla çalıştırılamaz. Angarya yasaktır.

Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz."

54. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Mahkeme kararının keyfî olduğu yolundaki iddianın zorla çalışma ve angarya yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

55. Bakanlık yazısında, Mahkemenin 31/12/2010 tarihli kararı uyarınca Başsavcılık tarafından başvurucuya ücret takdir edilip ödeme yapıldığı ve başvurucunun mağduriyetinin giderildiği belirtilmiştir.

56. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkese Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla medeni haklara sahip gerçek ve tüzel kişiler bireysel başvuru ehliyetine sahiptir (*Büğdüz Köyü Muhtarlığı*, B. No: 2012/22, 25/12/2012, § 24).

57. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinde, kimlerin bireysel başvuru yapabileceği sayılmış olup anılan maddenin (1) numaralı fıkrasına göre bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. Bu ön koşullar başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı başvurucunun "güncel bir hakkının ihlal edilmesi", bu ihlalden dolayı kişinin "kişisel olarak" ve

"doğrudan" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurucunun kendisinin "mağdur" olduğunu ileri sürmesi şeklindedir (*Onur Doğanay*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 42).

58. Mağdur sıfatının ortadan kalkması özellikle ihlal edildiği ileri sürülen hakkın niteliği ve ihlali tespit eden kararın gerekçesi ile bu kararın ardından ilgili açısından uğranılan zararların varlığını devam edip etmediğine bağlı bulunmaktadır. Başvurucuya sunulan telafi imkânının uygun ve yeterli olup olmadığı kararı, söz konusu anayasal temel hak ve özgürlüğün ihlalinin niteliği gözönünde bulundurularak dava koşullarının tamamının değerlendirilmesi sonucunda verilebilecektir. Bu çerçevede bir başvurucunun mağdur sıfatı, Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet ettiği durum için aynı zamanda idari veya yargısal bir kararla kendisine ödenmesine karar verilen tazminata da bağlı olabilecektir(*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 84).

59. Başvurucunun şikâyet ettiği hususa ilişkin olarak yetkili idari ve yargısal merciler tarafından ihlal tespiti yapılarak başvurucunun uğradığı zararın tazminine hükmedildiği ve hükmedilen tazminatın da zararın giderilmesi bakımından yeterli görüldüğü durumlarda, somut olayın koşulları çerçevesinde mağdur statüsünün sona erdiğinden söz edilebilir.

60. Somut olayda Mahkemenin 31/12/2010 tarihli kararıyla başvurucuya bilirkişi ücreti ödenmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bu karar üzerine Başsavcılık tarafından başvurucuya toplam 765,14 TL ödeme yapılmıştır. Ancak başvurucu, bu miktarın 15.600 TL olması gerektiğini ileri sürmüştür. Başvurucu bu iddiasını Türk Tabipler Birliği Eskişehir-Bilecik Tabip Odası, Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi, Türk Veteriner Hekimler Eskişehir-Bilecik Odası ve Adli Bilimciler Derneğinden alınan verilere dayandırmıştır. Başvurucuya ödenen tutar ile başvurucunun iddia ettiği ücret arasında ciddi bir farkın bulunması ve başvurucunun iddia ettiği tutarın ilgili meslek kuruluşlarından alınan verilere dayanılarak hesaplanmış olması nedenleriyle tam tatminin sağlanıp sağlanmadığı hususunda ciddi kuşkular oluşmuştur. Bu nedenle başvurucunun mağdur sıfatının devam ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

61. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan zorla çalıştırma ve angarya yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Zorla Çalıştırma ve Angarya Yasağının Kapsamı ve Genel İlkeler

62. Anayasa'nın 18. maddesinin birinci fıkrasında hiç kimsenin zorla çalıştırılamayacağı belirtilmiş, angarya yasaklanmış; ikinci fıkrasında ise zorla çalıştırma kapsamında olmayan hâller sayılmıştır. Buna göre;

-Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar,

- Olağanüstü hâllerde vatandaşlardan istenecek hizmetler,

- Ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları zorla çalıştırma sayılmaz.

63. Zorla çalıştırmaya ilişkin ne Anayasa'da ne de gerekçesinde bir tanım bulunmaktadır. Ancak "zorla çalıştırma" kavramının sözel anlamından yola çıkıldığında çalıştırılmanın zora (cebre) dayalı olması gerektiği anlaşılmaktadır. Zor, eylemin iradiliğini ortadan kaldıran dışsal bir unsur olup daha üstün bir iradenin buyurmasının varlığına işaret eder. Zor kullanımından söz edilebilmesi için buyuran iradenin buyurulan iradeyi edilgenleştirmesi gerekir. Dolayısıyla zora dayalı çalıştırma, bir kimsenin serbest iradesi bulunmadan çalıştırılmasıdır. Öte yandan zor (cebir) kavramı, yaptırım tehdidinin varlığını şart kılar. Esasında bir buyurmanın zorakilik vasfını kazanması, yaptırım tehdidi ile desteklenmiş olması sayesindedir. Yaptırım tehdidi içermeyen buyurmalar, zora dayalı olma vasfını taşımaz. Bu durumda yaptırım tehdidini içermeyen buyurmaya dayalı çalıştırmanın zoraki/cebri olduğunun kabulü imkânsızdır. Sonuç olarak zorla çalıştırmanın kişinin iradesi dışında ve yaptırım tehdidi altında çalıştırılması biçiminde tanımlanması mümkündür.

64. Nitekim 29 No.lu Sözleşme'nin 2. maddesinde zorla çalıştırma *"herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetler"* biçiminde tanımlanmıştır. Bu Sözleşme'ye göre de zorla çalıştırmadan söz edilebilmesi için kişinin ceza tehdidi altında ve rızası bulunmaksızın çalıştırılması gerekmektedir.

65. Yaptırım kavramıyla sadece ceza hukukundaki dar ve teknik anlamdaki ceza değil her türlü adli, idari ve hukuki yaptırımlar kastedilmektedir. Bu bağlamda hürriyeti bağlayıcı cezalar ile adli ve idari

para cezaları ve diğer idari yaptırımların yanında tazminat ve cezai şart gibi hukuki yaptırımlar da zorla çalıştırma tanımında yer alan yaptırım kavramına dâhildir. Olayın somut koşulları çerçevesinde kişinin işini kaybetme korkusunun dahi bir yaptırım tehdidi olarak yorumlanması mümkündür. Ancak hizmetin yerine getirilmesinin bunu zorunlu kılan bir hukuksal yükümlülüğün varlığına dayanması tek başına söz konusu hizmetin zorla çalıştırma veya angarya olduğu sonucuna ulaşılabilmesi bakımından yeterli değildir. Bu noktada hizmet yükümlüsünün rızasının varlığı büyük önem kazanmaktadır. İlgilinin kendi rızasıyla kabullendiği bir hizmetin yerine getirilmesi hususunda yasal zorunluluk bulunması bu hizmeti zorla çalıştırma veya angarya hâline getirmez. Zira bu hâlde kanunda öngörülen çalışma zorunluluğu, ilgilinin serbest iradesiyle bir sözleşme akdetmiş olması veya bir statüye girmiş bulunmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

66. Bu bakımdan olağan görev kapsamında tanımlanan veya açıkça tanımlanmasa bile öngörülebilen işlerde rızanınbulunduğu varsayılabilir. Bu bağlamda gerek statü hukukuna gerekse akdi hukuka tabi olarak çalışan kişilere öngörülemeyen ve öngörülmesi de mümkün olmayan bir iş veya görev yüklenmedikçe rızanın bulunmadığı öne sürülemez.

67. Bunun yanında alanında uzman olan kişilerin mesleklerini icra edebilme yetkisi kazanabilmesi için veya mesleklerinin icrası sırasında sosyal dayanışma anlayışının bir gereği olarak birtakım hizmetlerle yükümlü kılınmaları, uzmanlık alanlarıyla ilgili olmak ve aşırı külfet yüklememek kaydıyla zorla çalışma veya angarya olarak değerlendirilemez. Ancak bu şekilde çalışma zorunluluğu getirilen (uzman) kişiye ölçüsüz bir külfet yüklenmesi durumunda Anayasa'nın 18. maddesinin sınırlarının aşıldığı sonucuna ulaşılabilir. Bu kişilere ölçüsüz bir külfet yüklenip yüklenmediğinin tespitinde bunlara ücret ve benzeri menfaatlerin sağlanıp sağlanmadığı ve yapılması zorunlu kılınan hizmetin bunların mesleki gelişim ve kariyerlerine bir katkısının bulunup bulunmadığı hususları gözönünde bulundurulmalıdır.

68. Anayasa'nın 18. maddesinde, Sözleşme'nin 4. maddesi ile 29 No.lu Sözleşme'nin 2. maddesinden farklı olarak "zorla (cebri) çalıştırma" ve "zorunlu çalışma" yerine "zorla çalıştırma" ve "angarya" kavramlarına yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde angarya, kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılması olarak tanımlanmıştır. Anayasa

Mahkemesinin çeşitli kararlarında da angarya, bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma biçiminde tarif edilmiştir. Anayasa Mahkemesince yapılan bu tanım, angaryanın geleneksel konseptiyle uyarlıdır. Zira angarya tarihsel süreç içinde bir kimsenin emeğinden karşılıksız yararlanmanın yanında başkasına ait bir taşınır veya taşınmaz malın -özellikle cezalandırma aracı olarak- bedelsiz bir şekilde kullanılması ve bunların her türlü semerelerinden yararlanılması durumunu da kapsayacak şekilde anlamlandırılmıştır. Ancak anayasal sistemimiz içinde mal varlığı hakları mülkiyet hakkı kapsamında ayrıca ve özel olarak koruma gördüğünden mallardan karşılıksız yararlanma olgusunun angarya yasağı kapsamında değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 18. maddesinde sözü edilen angarya kavramının sadece emekten karşılıksız yararlanma durumunu kapsadığının kabulü gerekir.

69. Angaryada da zorla çalıştırmada olduğu gibi kişinin ceza tehdidi altında ve iradesi dışında çalıştırılması söz konusudur. Ancak angaryada zorla çalıştırmadan farklı olarak çalıştırılana ücret de ödenmemekte veya bariz bir şekilde düşük ücret ödenmektedir. Buna göre "zorla çalıştırma" ile "angarya" arasındaki fark, yaptırım tehdidiyle desteklenen irade dışı çalıştırma karşılığında ücret ödenip ödenmeyeceği hususundadır. İrade dışı çalıştırmada ücret ödeniyorsa "zorla çalıştırmadan", ücret ödenmiyor veya ödenen ücret bariz bir şekilde düşük ise "angarya"dan söz edilebilir.

70. Zorla çalıştırma ve angarya yasağı mutlak bir hak olup sınırlandırılması mümkün değildir. Anayasa'nın 18. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan durumlar, birer sınırlama sebebi olmayıp zorla çalıştırma ve angarya yasağının kapsamı dışında bırakılan hâlleri ifade etmektedir. Bu itibarla (1) hükümlü ve tutukluların şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlü veya tutuklu bulundukları süreler içinde çalıştırılması, (2) vatandaşların olağanüstü hâllerde çalıştırılması, (3) vatandaşların ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevinin bir gereği olarak bedenî ve fikrî emeklerinden yararlanılması müdahale/sınırlandırma olarakgörülemez. Anayasa koyucu tarafından bu hâller hakkın norm alanı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla somut olaylarda bu üç durumun varlığıyla ilgili olarak yapılacak bir inceleme müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik değil çalıştırmanın hakkın/yasağın kapsamı dışında kalıp kalmadığına ilişkin olacaktır.

71. Bununla birlikte "zorla çalıştırma ve angarya yasağı" kapsamına giren çalıştırmalar ile "ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları"nın birbirinden ayrılması her zaman kolay olamayabilmektedir. Zira vatandaşlık ödevinin gerektirdiği çalışmaların zora dayalı olması mümkündür. Anayasa koyucu bunları, kişinin vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu ülkesine sadakatin bir gereği olarak ifası gereken ödevler biçiminde değerlendirmiş ve zorunlu çalışma kapsamında görmemiştir. Ancak bu durumda dahi kişiye vatandaşlık ödevinin gerektirdiğinden daha fazla ve ölçüsüz bir külfet yüklenmesi hâlinde öngörülen çalışmanın zorla çalıştırma veya angarya olarak görülmesi mümkündür. Kişiye yüklenen külfetin ölçülü olup olmadığı değerlendirilirken ülkenin içinde bulunduğu ihtiyacının mahiyeti, öngörülen vatandaşlık ödevinin niteliği, bedenî veya fikrî çalışma yükümlüsüne sağlanan avantajlarbirlikte gözönünde bulundurulur.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

72. Somut başvuruda (olay tarihinde) Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalında adli tıp uzmanı öğretim görevlisi olarak görev yapan başvurucu, Başsavcılığın talebi üzerine bilirkişi sıfatıyla yüz dört otopsi gerçekleştirmiştir. Bu otopsiler, Üniversite ile Bakanlık arasında 2/11/2001 tarihinde yapılan protokol uyarınca Osmangazi Üniversitesi Eğitim Araştırma ve Uygulama Hastanesi morgunda yapılmış ise de Eskişehir Adli Tıp Şube Müdürlüğünün faaliyetleri kapsamında icra edilmiştir. Anılan protokolde otopsi yapan adli tıp uzmanlarına ücret ödenmesini öngören herhangi bir hükme yer verilmemiş olması nedeniyle 20/6/2003 tarihine kadar, otopsiyi gerçekleştiren Üniversite bünyesindeki adli tıp uzmanı akademisyenlere herhangi bir bilirkişi ücreti takdir edilmemiş, ancak Bakanlığın 20/6/2003 tarihli yazısından sonra Cumhuriyet savcılarınca ücret takdir edilmeye başlanmıştır. Başvurucunun şikâyet konusu ettiği otopsilerin tamamı ücret ödemesinin yapılmadığı 2/11/2001 ile 20/6/2003 tarihleri arasında icra edilmiştir.

73. Olay tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı mülga Kanun'un 68. maddesinin birinci fıkrası uyarınca belli hususlarda resmî olarak rey ve mütalaa vermekle görevlendirilmiş olanlar ve yargılamanın icrası için bilinmesi gereken fen veya sanatla uğraşmayı meslek edinenler veya meslek

edinmeye hukuken yetkili olanlar, bilirkişi tayin edildikleri takdirde bilirkişilik yapmaya mecburdur. Aynı Kanun'un 70. maddesinde, görüş sunmakla yükümlü bulunan ve usulüne uygun olarak çağrıldığı hâlde gelmeyen veya gelip de görüş açıklamaktan kaçınan bilirkişiler hakkında tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Kanun'un 46. maddesi gereğince usulüne uygun olarak çağrılıp da gelmeyen tanıklar gelmemelerinin sebep olduğu masraflar ile beraber para cezasına mahkûm edilir. Dolayısıyla mütalaa vermekle yükümlü bulunan bilirkişi, görüş vermeye gitmemesi veya görüş vermeyi reddetmesi hâlinde para cezası ile tecziye edilecektir.

74. Başvurucu, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalında adli tıp uzmanı olarak görev yapmaktadır. Başvurucunun mesleği gereği otopsi yapmayı bilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle başvurucunun otopsi yapmayı bilmeden mesleğini icra edebileceği düşünülemez. Dolayısıyla başvurucu, otopsi gereken bir soruşturma veya kovuşturma sırasında otopsi yapılması amacıyla savcı veya hâkim tarafından bilirkişi olarak görevlendirilmesi durumunda bu görevi ifa etmek mecburiyetindedir. Ayrıca başvurucu, bu görevi reddetmesi durumunda para cezası yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır.

75. Ancak somut başvurucunun bilirkişilik yapma mecburiyetinin zora dayalı olduğunun söylenebilmesi için olayın bütün koşullarının gözönünde bulundurulması ve özellikle sosyal dayanışma amacının bulunup bulunmadığının dikkate alınması gerekir. Başvurucu, Üniversitede görev yapan adli tıp uzmanı bir akademisyen olup Bakanlık ile Üniversite arasında akdedilen protokol hükümleri uyarınca ihtilaf konusu otopsileri gerçekleştirmiştir. Söz konusu protokol, Eskişehir Adli Tıp Şube Müdürlüğünce yürütülmesi gereken resmî bilirkişilik görevinin Üniversitenin imkân, araç ve personeli kullanılmak suretiyle Üniversite morgunun kullanılmasını öngörmekte; ayrıca adli tıp öğrenimini sağlama yönünde de Üniversiteye materyal temini ile Üniversite öğrencileri ve adli tıp uzmanlarının yetiştirilmesi amacı da taşımaktadır.

76. Bilirkişilik, yargısal uyuşmazlıkların çözümünde önem taşıyan ancak teknik bilgi gerektiren vakıaların, ilgili alanda uzman olan kişilerin görüş ve kanaatlerine başvurulması suretiyle anlaşılması ve aydınlatılması amacına yönelik olarak oluşturulan ve mahkemelere yardımcı olma işlevi gören bir kurumdur. Bilirkişiler, yargılama esnasında teknik konulara

ilişkin olarak sahip oldukları uzmanlık bilgisine dayanarak mahkemelere görüş ve kanaatlerini bildirmek suretiyle hâkime yardımcı olmaktadır. Dolayısıyla bilirkişilik kurumununyargılama sürecinin önemli bir bileşeni olduğu söylenebilir.

77. Adli tıp hizmetleri 2659 sayılı Kanun ile kurulan Adli Tıp Kurumu ve bu Kuruma bağlı şube müdürlüklerince yerine getirilmektedir. Adli Tıp Kurumu kural olarak bu görevi, bünyesinde istihdam ettiği adli tıp uzmanları aracılığıyla ifa etmektedir. Ancak somut olayda Eskişehir Adli Tıp Şube Müdürlüğünde ortaya çıkan ihtiyaç nedeniyle anılan Müdürlükçe yapılması gereken otopsilerin Osmangazi Üniversitesinde görevli personel tarafından ve Üniversite hastanesinin altyapısı kullanılarak yapılması öngörülmüştür. Otopsi raporlarının sağlıklı bir şekilde ve bilimsel esaslara uygun olarak ehil kişiler tarafından düzenlenmesinin adil ve isabetli kararlar verilebilmesi, dolayısıyla adil bir yargılama yapılabilmesi bakımından büyük bir önemi haiz olduğu izahtan varestedir. Bu nedenleEskişehir Şube Müdürlüğündeki ihtiyacın varlığı da gözetildiğinde bu Müdürlüğe verilen otopsi yapma ödevinin Üniversitede görevli adli tıp uzmanları tarafından ifa edilmesinin bir sosyal dayanışma işlevi gördüğü değerlendirilmektedir.

78. Öte yandan başvurucu, uzmanlık alanı dışında bir hizmetin ifasıyla yükümlü tutulmadığı gibi otopsi hizmetinin Üniversite hastanesi morgunda ve Üniversitede görevli öğretim üyeleri tarafından yapılması, gerek akademisyenlerin mesleki gelişimine gerekse adli tıp eğitimi alan öğrencilerin yetişmesine katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla başvurucunun mesleki manada birtakım avantajlar elde ettiği anlaşılmaktadır. Ayrıca başvurucunun görev yaptığı Üniversite hastanesi morgunda yapılan otopsilerin kendisine aşırı bir külfet yüklediğine dair de bir kanaat edinilememiştir.

79. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde başvurucu tarafından icra edilen otopsilerin zorla çalıştırma veya angarya oluşturmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda başvurucu tarafından yerine getirilen otopsi yapma hizmetinin "ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları" kapsamında olup olmadığının incelenmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

80. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 18. maddesinde güvenceye bağlanan zorla çalıştırma ve angarya yasağının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Rıdvan GÜLEÇ ve YusufŞevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

B. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

81.Başvurucu, takdir edilen bilirkişilik ücretinin yetersiz olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

82. Bakanlık bu konuda görüş bildirmemiştir.

2. Değerlendirme

83. Anayasa'nın *"Mülkiyet hakkı"* kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

84. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Mülkün Varlığı

85. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir."* denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen

her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda, mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

86. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı; mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hakkı -kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun- Anayasa'yla korunan mülkiyet kavramı içinde değildir. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda bir "ekonomik değer" veya icrası mümkün bir "alacağı" elde etmeye yönelik "meşru bir beklenti" Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir. Meşru beklenti, makul bir şekilde ortaya konmuş icra edilebilir bir alacağın doğurduğu, ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikteki bir beklentidir. Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece mülkiyet hakkı kapsamında ileri sürülebilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, §§ 36, 37).

87. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, § 38). Somut olayda başvurucuya ödenen bilirkişi ücretinin yetersiz görülmesinden şikâyet edilmektedir. Eksik ödendiği ifade edilen 14.835 TL bilirkişilik ücretinin fiilen başvurucunun mülkiyetine geçmediği ve dolayısıyla bu tutar yönünden mevcut mülkün var olmadığı açıktır. Bununla birlikte 1412 sayılı mülga Kanun'un 77. maddesinde, bilirkişiye çalışmasına uygun ücret ödenmesi gerektiği açık bir biçimde ifade edilmiştir. Bu açık kanun hükmünün başvurucuya, çalışmasına uygun ücret ödenmesini gerektirdiği açıktır. Nitekim Mahkeme tarafından da bu hükme istinaden başvurucuya bilirkişilik ücreti takdir edilmesi gerektiği yolunda hükümkurulmuştur. Dolayısıyla başvurucunun emeğiyle orantılı bilirkişilik ücreti alacağı yolunda meşru beklentisinin bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

ii. Müdahalenin Varlığı ve Türü

88. Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle "mülkten barışçıl yararlanma hakkı"na yer verilmiş; ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. "Mülkten yoksun bırakma" ve "mülkiyetin kontrolü" mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir. Mülkten yoksun bırakma şeklindeki müdahalede mülkiyetin kaybı söz konusudur. Mülkiyetin kullanımının kontrolünde ise mülkiyet kaybedilmemekte ancak mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerin kullanım biçimi, toplum yararı gözetilerek belirlenmekte veya sınırlandırılmaktadır. Mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale ise genel nitelikte bir müdahale türü olup mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin kullanımının kontrolü mahiyetinde olmayan her türlü müdahalenin mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında ele alınması gerekmektedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, §§ 55-58).

89. Somut olayda başvurucu, bilirkişi ücreti elde edeceğine yönelik meşru bir beklentiye sahiptir. Meşru beklenti oluşturan bilirkişi ücretinin ödenmemesi, mülke erişimin engellenmesi mahiyeti taşımakta ve bunun mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

iii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

90. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

> *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

91. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın

Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun düşebilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir(*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

(1) Kanunilik

92. Somut olayda Cumhuriyet savcısı tarafından takdir edilen bilirkişi ücretinin düşük olduğundan yakınılmaktadır. 1412 sayılı mülga Kanun'un 77. maddesinde bilirkişinin çalışmasıyla uygun ücretini alacağı hükme bağlanmış ancak bu miktarın belirlenmesi soruşturma ve kovuşturma makamlarının takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının takdir hakkı kullanmasının yasal dayanağının bulunduğu anlaşılmaktadır.

(2) Meşru Amaç

93. Bilirkişi ücretinin 765,14 TL olarak takdir edilmesinde kamu yararı dışında bir amacın varlığı tespit edilemediğinden meşru amacın bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

(3) Ölçülülük

94. Ölçülülük ilkesi "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2012/102, K.2012/207, 27/12/2012; E.2012/149, K.2013/63, 22/5/2013; E.2013/32, K.2013/112, 10/10/2013; E.2013/15, K.2013/131, 14/11/2013; E.2013/158, K.2014/68, 27/3/2014; E.2013/66, K.2014/19, 29/1/2014; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2015/43, K.2015/101, 12/11/2015; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

95. 1412 sayılı mülga Kanun'un 77. maddesi, bilirkişi lehine hükmedilecek ücretin bilirkişinin çalışmasına uygun olması gerektiğini

kurala bağlamaktadır. Bu durumda bilirkişi lehine takdir edilen ücretin bilirkişinin harcadığı emek ile müsavi olmaması durumunda mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantısız olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bununla birlikte bilirkişiye ödenecek ücretin miktarının takdiri, öncelikle soruşturma ve kovuşturma makamlarına aittir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki yetkisi sınırlı olup soruşturma ve kovuşturma makamlarının bilirkişi ücretinin belirlenmesi hususundaki takdirini denetlemesi kural olarak mümkün değildir. Ancak soruşturma ve kovuşturma makamlarının takdirinin bariz hata veya açık bir keyfîlik içermesi durumunda Anayasa Mahkemesinin denetim hakkı saklıdır. Takdir ettiği bilirkişi ücretinin emsallerine nazaran açık bir şekilde düşük olması hâlinde bariz takdir hatasının bulunduğu sonucuna ulaşılabilir.

96. Somut olayda Başsavcılık tarafından bilirkişi olarak görevlendirilen başvurucunun 2/11/2001 ile 20/6/2003 tarihleri arasında gerçekleştirdiği yüz dört otopsi karşılığında başvurucuya herhangi bir ücret ödenmemiştir. Başvurucu tarafından 25/9/2006 tarihinde açılan dava Mahkemece kabul edilerek 2/11/2001 ile 20/6/2003 tarihleri arasında adli tıp uzmanı olarak katıldığı otopsi işlemleri için hesaplanacak bilirkişi ücretinin başvuru tarihi olan 22/6/2006 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davalı idareden alınarak davacıya ödenmesine hükmedilmesi üzerine Başsavcılık başvurucuya 20/4/2011, 21/4/2011 ve 5/5/2011 tarihlerinde toplam 765,14 TL ödeme yapmıştır. Bu tutar otopsi başına 7,36 TL'ye tekabül etmektedir. Oysa başvurucu tarafından başvuru dilekçesine eklenen ve ilgili meslek odalarınca hazırlanan tarifelerde otopsi ücretinin bunun çok üzerinde olduğu görülmektedir. Ayrıca müzekkereyle sorulması üzerine Adli Tıp Kurumunca 7/6/2017 tarihli ve 6696 sayılı yazıyla gönderilen 2011 yılı fiyat listesinden otopsi ücretinin 390 TL olduğu anlaşılmaktadır. Bu tarife ve listenin mutlak bir bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte bir adli tıp uzmanının otopsi için sarf ettiği emeğin maddi değeri hakkında fikir verebilecek mahiyettedir. Nitekim başvurucu tarafından bireysel başvuru dilekçesine eklenen belgelerden, başvurucunun 2011 yılında gerçekleştirdiği bazı otopsiler için Cumhuriyet savcısınca otopsi başına 150 TL takdir edildiği görülmektedir. Buna göre başvurucu lehine hükmedilen otopsi başına 7,36 TL'nin emsallerine nazaran oldukça düşük olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

97. Başvurucu lehine hükmedilen bilirkişi ücretinin hangi gerekçeye dayanılarak bu şekilde takdir edildiğine ilişkin dosya kapsamında

herhangi bir bilgi ve belgeye rastlanmamıştır. Otopsilerin 2/11/2001 ile 20/6/2003 tarihleri arasında gerçekleştirildiği gözetilerek ücret takdiri yapıldığı düşünülebilse de yaklaşık sekiz ila on yıl gecikmeli olarak ödenen ücretin 2001, 2002 ve 2003 yılı rayiçleri esas alınarak takdir edilmesi adalet ve hakkaniyetle bağdaşmaz. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun bir hak olarak öngördüğü veya kamu borcu hâline gelmiş ödemelerin geç yapılması nedeniyle mağdur olunduğu iddiasıyla yapılan başvurularda kamu kurumlarının fazla tahsil ettikleri tarih ile ödeme tarihi arasında geçen sürede alacakta veya hakka konu bedelde meydana gelen değer aşınmalarının başvurucular üzerinde orantısız bir yük oluşturması hâlinde ihlal kararları vermiştir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013; *Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş.*, B. No: 2013/28, 25/2/2015; *Abdulhalim Bozboğa*, B. No: 2013/6880, 23/3/2016). Bu nedenle ücretin fiilen ödendiği yılın rayici esas alınarak bir kıyaslama yapılması hakkaniyete uygun olacaktır. Buna göre de değinilen tarife ve fiyat listesi ile başvurucuya 2011 yılında gerçekleştirdiği otopsiler için takdir edilen ücrete göre bariz bir şekilde düşük olduğu anlaşılan ücretin başvurucunun emek ve mesaisini karşılayacak mahiyette olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığı kanaatine varılmıştır.

98. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

99. Başvurucu, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

100. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin idari yargılamanın süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak davanın ikame edildiği tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak -çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde- yargılamanın sona erdiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır (*Selahattin Akyıl,* B. No: 2012/1198, 7/11/2013, §§ 45, 47).

101. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin idari yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın

karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (*Selahattin Akyıl,* § 41).

102. Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında somut olaydaki yaklaşık 2 yıl 9 ay 21 günlük yargılama süresinin makul olduğu sonucuna varmak gerekir. Bu durumda açık bir ihlalin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

103. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

D. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

104. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…*
>
> *(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

105. Başvurucu, 20.000 TL maddi ve 20.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

106. Somut olayda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

107. Mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Eskişehir 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

108. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Zorla çalıştırılma ve angarya yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

3. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. 1. Anayasa'nın 18. maddesinde güvence altına alınan zorla çalıştırma ve angarya yasağının İHLAL EDİLMEDİĞİNE Zühtü ARSLAN, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Rıdvan GÜLEÇ ve YusufŞevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Eskişehir 1. İdare Mahkemesine (E.2011/1131) GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNEOYBİRLİĞİYLE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA OYBİRLİĞİYLE,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/7/2017 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, gerçekleştirdiği otopsiler karşılığında kendisine önce hiçbir ücret ödenmemesinin, açtığı dava üzerine de yetersiz ücret ödenmesinin zorla çalıştırma ve angarya yasağına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkememiz çoğunluğu zorla çalıştırma ve angarya yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

2. Anayasa'nın "Zorla çalıştırma yasağı" kenar başlıklı 18. maddesi şöyledir: "*Hiç kimse zorla çalıştırılamaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.*"

3. Çoğunluk kararının, bizim de katıldığımız, "Zorla Çalıştırma ve Angarya Yasağının Kapsamı ve Genel İlkeler" başlıklı kısmında belirtildiği üzere,yapılan iş karşılığında ücret ödenmiyor ya da bariz şekilde düşük ücret ödeniyorsa angarya gündeme gelebilmektedir. Hiç kuşkusuz alanında uzman olan kişilerin mesleklerini icra yetkisi kazanabilmesi veya mesleklerinin icrası sırasında sosyal dayanışma anlayışının bir gereği olarak birtakım hizmetlerle yükümlü kılınmaları, uzmanlık alanlarıyla ilgili olmak ve aşırı külfet yüklememek şartıyla zorla çalıştırma ve angarya olarak kabul edilemez (§ 67). Başka bir ifadeyle bir çalışma yükümlülüğünün angarya olarak nitelendirilmesi için, son kertede, diğer şartların yanında, ilgili kişiye aşırı ve ölçüsüz bir külfet de yüklemesi gerekmektedir (§ 71).

4. Somut olaya bakıldığında, 2/11/2001 ile 20/6/2003 tarihleri arasında Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine adli tıp uzmanı olarak toplam yüz dört otopsi yapan başvurucuya önce hiçbir ücret ödenmediği, açılan dava sonucu da söz konusu dönemler için toplam 765, 14 TL bilirkişi ücreti ödendiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle başvurucuya sonradan otopsi başına 7,36 TL düşecek şekilde bir ödeme yapılmıştır. Başvurucu ise Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi ve Türk Tabipler Birliği Eskişehir-Bilecik Tabip Odası gibi ilgili meslek kuruluşlarından alınan tarifelerden en düşüğü dikkate alındığında bile bir otopsi için ortalama 150 TL (toplam 15.600 TL) ödenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

5. Mahkememiz çoğunluğu başvurucuya yüklenen yükümlülüğün, uzmanlık alanıyla ilgili olması, başvurucunun mesleki anlamda yetişmesine katkı yapması ve kendisine aşırı bir külfet yüklememesi nedeniyle zorla çalıştırma ve angarya yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır (§§ 78-79). Başvurucu tarafından gerçekleştirilen otopsilerin bu konuda uzman olan başvurucunun uzmanlık alanıyla ilgili olduğu ve mesleki gelişimine katkı sağladığı tartışmasızdır. Bu anlamda otopsi yapmanın mesleki gelişim bakımından sağladığı avantajların başvurucuya yüklenen külfeti bir ölçüde hafiflettiği söylenebilir. Ancak, bu durum başvurucuya orantısız bir külfet yüklenmediği sonucuna ulaşılabilmesi için yeterli değildir. Başvurucuya yüklenen külfetin orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde, otopsilerin sayısının ve başvurucuya ücret ödenip ödenmediği hususunun da dikkate alınması gerekmektedir.

6. Başvurucu yaklaşık yirmi aylık süre zarfında tek başına veya diğer adli tıp uzmanlarıyla birlikte toplam 104 adet otopsi gerçekleştirmiştir. Nispeten kısa denebilecek bir zaman aralığında bu sayıda otopsinin yapılmış olmasının, sağlanan mesleki avantajların değerini önemli ölçüde azalttığı ve artık otopsiyi, mesleki yarar ve tecrübe elde edilebilecek bir faaliyet olmaktan uzaklaştırarak bedensel ve zihni olarak yorucu bir uğraşıya dönüştürdüğü söylenebilir. Başvurucunun gerçekleştirdiği otopsilerin sayısal anlamda çokluğunun gözden uzak tutulmaması gerekir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Steindel/Almanya* kararında, özel muayenehanesinde mesleğini yürüten göz doktoruna acil serviste çalışma zorunluluğu getirilmesinin "zorunlu çalışma" olarak nitelenemeyeceği sonucuna ulaşırken başvurucunun acil servis hizmetinin sadece üç ayda altı gün olmasını da dikkate almıştır (*Steindel/Almanya* (k.k.), B.No: 29878/07, 14/9/2010).

7. Anayasa'da bilirkişilik hizmeti karşılığında her durumda ücret ödenmesini zorunlu kılan bir hüküm bulunmadığından otopsi yapan adli tıp uzmanı bilirkişiye ücret ödenmesinin anayasal bir mecburiyeti ifade etmediği açıktır. Ancak bir bilirkişilik faaliyeti olarak görülen otopsinin mevzuatımızda ücrete tabi tutulduğu bilinmektedir. Nitekim olay tarihinde yürürlükte olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 77. maddesine göre "Ehlihibre tarifeye göre kaybettiği vakit için alacağı tazminattan başka tetkikat ve seyahat masraflarını ve çalışmasiyle uygun ücretini alır." Ayrıca, 14/2/1984 tarihli ve 18312 sayılı

Resmi Gazete'de yayımlanan ve olay tarihinde yürürlükte bulunan Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 17. maddesinin (f) bendine göre "Bilirkişilik görevi ile görevlendirilen adli tıp uzmanına mesaisine karşılık Cumhuriyet savcılığınca suç üstünden, tabip odalarından sorularak bir ücret tensip edilir." Öte yandan otopsi yapmak üniversitede görevli adli tıp uzmanı bir akademisyenin uzmanlık alanıyla ilgili olsa da bunun uzmanlığın zorunlu bir sonucu olduğuna, dolayısıyla bu hizmet nedeniyle kişiye ayrıca ücret ödenmeyeceğine dair bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

8. Türk hukukunda bilirkişiliğin ücret karşılığı yapılan hizmet olarak düzenlendiği dikkate alındığında başvurucuya 2001-2003 yılları arasında gerçekleştirdiği otopsiler karşılığında ücret ödenmemesi, bilahare 2006 yılında açtığı dava sonucunda otopsi başına 7,36 TL düşecek şekilde bir ödemenin yapılması, otopsi yapma yükümlülüğü getirilmek suretiyle başvurucuya yüklenen külfeti, aynı hizmeti sunan diğer adli tıp uzmanı bilirkişilere nazaran ağırlaştırmıştır.

9. Gerçekten de yapılan otopsiler karşılığı sonradan başvurucuya yapılan ödemelerin oldukça düşük olduğu görülmektedir. Adli Tıp Kurumunca 7/6/2017 tarihli ve 6696 sayılı yazıyla gönderilen 2011 yılı fiyat listesinden otopsi ücretinin 390 TL olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca başvurucu tarafından bireysel başvuru dilekçesine eklenen belgelerden, başvurucunun 2011 yılında gerçekleştirdiği bazı otopsiler için Cumhuriyet savcısı tarafından otopsi başına 150 TL takdir edildiği görülmektedir. Buna göre başvurucu lehine hükmedilen otopsi başı 7,36 TL'nin emsallerine nazaran oldukça düşük olduğu aşikârdır.

10. Öte yandan otopsilerin 2/11/2001 ile 20/6/2003 tarihleri arasında gerçekleştirildiği gözetilerek ücret takdiri yapıldığı düşünülse de yaklaşık sekiz ila on yıl gecikmeli olarak ödenen ücretin 2001, 2002 ve 2003 yılı rayiçleri esas alınarak takdir edilmesi adalet ve hakkaniyetle de bağdaşmaz. Nitekim Mahkememiz tam da bu gerekçelerle başvurucuya yüklenen külfetin ölçüsüz olduğuna, ödenen ücretin "emek ve mesaisini karşılayacak mahiyette olmadığına", bu nedenle mülkiyet hakkına yapılan bu ölçüsüz müdahalenin ihlal teşkil ettiğine oybirliğiyle karar vermiştir (§§ 97-98).

11. Diğer taraftan başvuruya konu çalışma süresi yaklaşık yirmi ay gibi nispeten uzun bir süre devam etmiş, bu süre içinde başvurucu nispeten fazla sayılabilecek sayıda toplam 104 adet otopsi gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla başvurucunun uzun süre devam eden ve çok sayıda otopsi yapılmasını içerecek şekilde çalışma yapmaya zorlanması, bu çalışmasının karşılığı olarak kendisine yıllar sonra ve emsallerine göre bariz bir şekilde düşük ücret ödenmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, başvurucuya otopsi hizmeti nedeniyle yüklenen külfetin ölçüsüz olduğu, bu nedenle somut olayda başvurucu tarafından yapılan bilirkişilik görevinin angarya niteliği kazandığı anlaşılmaktadır.

12. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 18. maddesinde güvenceye alınan angarya yasağının ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği görüşüyle çoğunluğun bu konudaki kararına katılmıyoruz.

Başkan	Üye	Üye
Zühtü ARSLAN	Recep KÖMÜRCÜ	Muammer TOPAL

Üye	Üye
M. Emin KUZ	Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye	Üye
Rıdvan GÜLEÇ	Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY

Başvurucu, 20/6/2003 tarihinden sonra Bakanlık uyarısınca ücret takdiri kapsamına alınan ancak bu tarihten öncesi yaklaşık 20 aylık dönemde 104 adet otopsi inceleme ve raporlamaları için yaptığı bilirkişilik hizmeti karşılığında kendisine hiçbir ücret ödenmemesi karşısında takip ettiği hukuki süreç sonucu neticeten otopsi başına takdiren ödenen (yedi lira otuz beş kuruş)un Anayasal haklarını ihlal ettiğini şikayet etmektedir.

Mahkememiz Genel Kurul'u Anayasamızın 18. ve AİHS'nin 4. maddesi kapsamında yaptığı değerlendirme sonucunda dokuza sekiz oy çokluğu

ile başvurucunun bu konudaki iddiasının Anayasanın 18. maddesinde yer alan zorla çalıştırma ve angarya yasağının ihlal etmediğine karar vermiştir.

Karar gerekçesinden özetle; otopsinin başvurucunun mesleki faaliyeti kapsamında olup bilirkişiliğinden yararlanılmasının doğal olduğunu, ifa edilen görevin Bakanlık ile üniversite arası akdedilmiş protokol gereği sosyal ve meslek mensubu yetiştirme, dayanışma amacı taşıdığını, Bilirkişiye getirilmiş aşırı bir külfet kanaatinin oluşmadığı yanı sıra kendisine de bir takım avantajlar sağladığı gerekçeleri ile zorla çalıştırma ve angarya yasağının ihlal edilmediği kararına vardıkları anlaşılmaktadır.

Somut olaya ilişkin bu gerekçelerle sınırlı (75-80 paragraf arası) karar değerlendirildiğinde öncelikle başvurucu gibi konumda bulunanlara, yaptırılan işin amacının sosyal bir proje olduğu ve bilirkişinin de görevi kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde, çalışmanın angarya kapsamına girmeyeceği hatta vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları kapsamında olup olmadığının bile değerlendirilmesine gerek bulunmadığı sonucunun çıkarıldığı görülmektedir.

Çoğunluk görüşünde ifade bulan (78. paragraf) başvurucuya sağlanmış bir takım mesleki avantajların neler olduğu ya da işin külfet olmakla birlikte neden aşırı görülmediğine ilişkin kanaatlerinin nasıl olduğuna ilişkin hiçbir belirlilik ya da ölçüt kararda yer almamaktadır.

O halde bu konumdaki herkes, kendisine ücret bile ödenmeden bilirkişilik yaptırılıp çalıştırılsa Anayasanın 18. maddesinin sağladığı güvencelerinden yararlanamayacaktır.

Ayrıca, başvurucuya ödenen resmi ücretin adilliği ya da hakkaniyete uygunluğunun kararda değerlendirilmediği gibi, kararda başvurucuya neticede yapılan işin karşılığı olarak Eskişehir 1. İdare Mahkemesi 2010/624, 2010/1120 sayılı mahkeme kararı ile bir ödeme yapılmasına karar verildiği ve miktarın yetersizliğine ilişkin ikinci davanın ise ücret takdirinin Cumhuriyet savcısına ait olup üstünde ödeme yapılamayacağı nedeniyle reddedildiği gözden uzak tutulamaz.

Angaryanın kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılması, zorakiliğin yaptırım tehdidinden ileri gelmesi, Anayasa Mahkemesi kararlarında da angaryanın kişi çalışmasından karşılıksız yararlanma şeklinde tanımlandığı açıktır.

Yaptırımla meşru zemin oluşturulmuş tehdidin normatif bir düzendeki varlığı dışında kişinin işini kaybetme korkusunu bile kapsadığı izahtan varestedir.

Angarya ve zorla çalıştırılma yasağına ilişkin hak, AİHS ve Anayasanın ilgili maddelerinde demokratik toplumun temel değerlerinden sayılmış ve maddenin düzenlendiği güvencelerin olağanüstü hallerde bile sınırlandırılamayacağı kabul edilmiştir.

Zorla çalışma ve angarya yasağı kapsamında sayılmayan hallerden olan vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları zora dayalı olabileceği kabul edilse de ,bu durum bile kişiye ödevin yüklediğinden fazla ve ölçüsüz bir külfet getirdiği hallerde öngörülen çalışma, artık angarya ve zorla çalıştırma olarak değerlendirilebilmektedir.

O halde yapılan çalışmayı angarya görmemek için oluşacak kanaatin, görevi ifa edene sağladığı mutlak/nesnel avantajların nelerden oluştuğuna ilişkin açık ifadesi ile külfetin getirdiği yükün ve yerine getirilen yükümlülüğün haksız, bunaltıcı, meşakkatli, gereksiz, sıkıntı verici, usandırıcı vb. faktörler yönünden nasıl hangisi/leri kapsamında ölçülülük testine tabii tutulduğu da ifadesini bulmalıdır. Ancak kararda böyle bir değerlendirme yapılmamıştır.

Somut olay koşulları incelendiğinde;

Başvurucu Akademisyendir. Eskişehir Üniversitesi Tıp Fakültesi Ana Bilim Dalında Adli Tıp uzmanı öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır. Görev alanı Bakanlığın, üniversite ile yaptığı sözleşme kapsamındaki gibi çalıştığı üniversitede öğrencilerine adli tıp eğitimi verme ve bu konuda uzman yetiştirme yönündedir. Taraflar arasında bu sözleşme olsada/olmasada üniversite imkanları ile bu görev onun asli görevidir ve yapılagelmektedir.

Anılan Üniversite/Bakanlık arası protokolün başvurucuya resmi bir görev yüklediği ve adının bilirkişilik olduğu ve bu hizmetin CMK'ya göre yapacağı işle orantılı bir ücreti karşılığı olacağı, görevini yapmadığı takdirde de yine aynı yasaya göre bir ceza yaptırımı tehdidi karşısında bulunduğu da açıktır. Yani zorla çalıştırma/Angarya yasağının zorakilik (Cebir) unsuru, meşru zeminde vardır.

Başvurucuya yüklenen görevin üniversite imkanlarından materyal olarak yararlanmak, öğreti pratiğine katkı sağlamak gibi sosyal yararları bulunduğu söylenebilir. Yapılan çalışmada (otopsi) kişi iradesinin , görev alanı ve çalıştığı kurum kimliği nedeniyle öngörülebilir olduğunu da kabul edilebiliriz. Ancak yapılan işin telafi edici faktörü sayılabilecek, otopsi yükünün ücretsiz olacağı ve bunun kişi iradesine sunulduğuna, ulaştırıldığına kabulüne dairde bir bilgi ve belge ise bulunmamaktadır. O halde yapılan bilirkişilik görevinin karşılıksız olduğu öngörülemez.

Ayrıca görev alanı zaten Adli Tıp uzmanlığı olan başvurucunun, mesleki faaliyet kapsamında ve her gün ana bilim dalı görev alanı içinde anılan Bakanlık/Üniversite protokolü olmasa da Adli Tıp konusunda öğrenci yetiştirme, eğitim verme, araştırma görevi ile yetkili olduğu düşünüldüğünde, yaptırılmış otopsilerin nesnel olarak kendisine nasıl bir avantajı olduğu yönünde bir açıklama, görevin yüklediği külfetin orantısal değerlendirmesi için zorunludur. Yani, sağlandığı söylenen nimetin külfete oranla yüksek yararlarının nelerden oluştuğu izaha muhtaçtır.

Bu kapsamda, Adli bir olayın çözümü için aciliyet kapsamında, başvurucunun mesleki faaliyet alanına da uygun otopsi görevinde, yüksek kamu yararı olduğu doğru ise de, norm düzeyinde bir ceza tehdidi altında ifa edilen görevin zaten var olan mesleksel faaliyet yanında yaklaşık 20 ayda 104 adet gibi azımsanmayacak sayıda olduğu, bütün bunlar gözetildiğinde adalet adına hizmet üreten kişi sıfatı ile görevin bunaltıcılığı, ağır mesuliyeti ve meşakkatli olmadığı ise söylenemeyecektir. Yerine getirilen hizmetin başvurucunun zaten uzmanlık alanı kapsamında olup şahsında telafi edici ekstra bir yararda getirdiği kanaatine ulaşmak zor olduğundan, yasanında emredici kurallarına aykırı, ücretsiz yada külfeti karşılamayacak düşük ücretli bilirkişiliğin kabul edilemeyeceği, başvurucuya mahkeme kararı ile öngörülmüş otopsi başı 7.35 TL'ninde makul, hakkaniyetli ve adil olduğu söylenemeyecektir. Bu halde;

Başvurucuya vatandaşlık ve mesleki faaliyet görevi alanı dışında yüklenen ölçüsüz külfetin angarya olduğu ve Anayasanın 18. maddesinde sağlanan güvenceden yararlanılmadığı kanaatiyle ihlal kararı verilmesi gerekirken oluşan çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

AHMET UĞUR BALKANER BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/15237)

Karar Tarihi: 25/7/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Ayhan KILIÇ
Başvurucu	:	Ahmet Uğur BALKANER
Vekili	:	Av. Serbülent BAYKAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen bankadan kullandığı kredileri ödemeyen şirketin kamu alacağına dönüşen bu borcundan, kanuni temsilcinin sorumlu tutulması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 5/9/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını sunmuştur.

8. Birinci Bölüm tarafından 19/7/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu 1956 doğumlu olup Ankara'da ikamet etmektedir.

11.Başvurucu 17/9/1996 ile 17/12/1999 tarihleri arasında Derby Lastik Fabrikaları Anonim Şirketinin (Şirket) yönetim kurulu üyeliği görevinde bulunmuştur. Şirket, 21/12/1999 tarihinde Tasarruf Mevduatı Sigorta

Fonuna (TMSF) devredilen Yurtbank Anonim Şirketinin (Yurtbank) %10 hisseli ortağıdır. Ayrıca Şirketin %99 oranında hissesi Yurtbankın hâkim ortağı olan Balkaner Grubuna aittir. Başvurucu 31/12/1998 ile 21/12/1999 tarihleri arasında Yurtbankın da yönetim kurulu üyeliği görevini yürütmüştür.

12. Yurtbank 21/12/1999 tarihinde TMSF'ye devredilmiştir. Yurtbank hakkında bankalar yeminli murakıplarınca düzenlenen 7/3/2000 tarihli raporda; Yurtbankın Balkaner Grubuna ait yirmi üç şirkete dolaylı ve doğrudan yüklü miktarda kredi kullandırdığı, bunların geri ödenmediği ifade edilmiştir. Raporda, Yurtbankın hâkim ortaklarından olan Balkaner Grubunun Banka kaynaklarını Bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde kendi yararına kullandığı ve bu suretle Bankayı zarara uğrattığı tespiti yapılmıştır. Raporda ayrıca, neden olunan zararın başvurucunun yönetim kurulu üyeliğini yaptığı Şirketin de aralarında bulunduğu Balkaner Grubu şirketleri ile bu şirketlerin hâkim ortaklarından tahsili gerektiği görüşü açıklanmıştır.

13. Şirket tarafından 30/4/1994, 30/8/1994 ve 24/4/1995 tarihlerinde Yaşarbank Anonim Şirketinden (Yaşarbank), sırasıyla 45.871,46 TL, 7.000.000 ABD doları ve 3.500 TL kredi kullanılmıştır. Ancak bu krediler geri ödenmemiş olup 2/8/2000 tarihinde katedilmiştir.

14. Yaşarbank 21/12/1999 tarihinde aynı Bakanlar Kurulu kararnamesiyle Yurtbank ile birlikte TMSF'ye devredilmiştir. Şirketin Yaşarbanktan kullandığı krediler 10/8/2001 tarihli sözleşme ile TMSF'ye devir ve temlik edilmiştir. TMSF tarafından 12/6/2006 ve 3/9/2007 tarihlerinde Şirketle tasfiye protokolleri imzalanmış ise de borcun ödenmemesi nedeniyle borçtan sorumlu olanlar aleyhine takibe geçilmesi kararlaştırılmıştır. Bu arada TMSF'nin 9/6/2005 tarihli kararıyla Şirketin yönetim ve denetim kurulları ile temettü hariç ortaklık haklarına el konulmuştur.

15. Başvurucu adına 20/5/2008 tarihinde, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca 37.200.326,54 TL tutarlı ödeme emri düzenlenmiştir.

16. Başvurucu tarafından 30/12/2009 tarihinde İstanbul 8. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) ödeme emrinin iptali istemiyle dava açılmıştır. Mahkemece 30/4/2010 tarihli kararla, dava dilekçesinin usulüne uygun düzenlenmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

17. Başvurucu 31/5/2010 tarihinde, usulüne uygun düzenlediği yeni bir dilekçe ile davayı yenilemiştir. Dava dilekçesinde diğer iddiaların yanında başvurucunun, borcun doğduğu dönemde Şirketin kanuni temsilcisi olmadığından sorumluluğunun bulunmadığı öne sürülmüştür.

18. Mahkemece 16/11/2011 tarihli kararla dava reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde 18/6/1999 tarihli ve 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin (3) numaralı fıkrasına atıfta bulunulmuştur. Bankacılık izni kaldırılan Bankanın alacaklarının "fon alacağı" sayılacağının hatırlatıldığı kararda; Banka kaynaklarının hâkim ortaklara, bunların eş ve çocukları ile hısımlarına ya da bunlar adına hareket eden gerçek ve tüzel kişilere aktarıldığının tespiti hâlinde bu alacakların 6183 sayılı Kanun uyarınca takip edileceği vurgulandıktan sonra somut olayda, Yurtbank kaynaklarının Bankanın hâkim ortaklarına ait şirketlere aktarıldığının tespit edildiği ifade edilmiştir. Mahkeme ayrıca Yurtbankın Şirketten olan kredi alacağının TMSF'ye devredilmesiyle kamu alacağına dönüştüğünün altını çizmiştir. Kararda 4/6/2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine eklenen ve Şirketten tahsil edilemeyen kamu alacağından alacağın doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci olanların müteselsilen sorumlu tutulmalarını öngören beşinci fıkraya dayanılarak başvurucunun Şirketin ödenmeyen borçlarından sorumlu olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kararda, Yaşarbanktan kullanılan ancak geri ödenmeyen kredilere yönelik herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

19. Başvurucu bu karara karşı temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz dilekçesinde, 5766 sayılıKanun'un 4. maddesi ile 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde yapılan değişikliklerin, değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan davalara da uygulanmasını öngören 5766 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 28/4/2011 tarihli ve E.2009/39, K.2011/68 sayılı kararı ile iptal edildiği belirtilerek 5766 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin geçmişe yürütülmesinin yasal dayanağının kalmadığı ifade edilmiştir. Başvurucu ayrıca, doğmasında kusurunun bulunmadığı bir borçtan sorumlu tutulamayacağını ileri sürmüştür.

20. Temyiz istemini inceleyen Danıştay Onüçüncü Dairesinin (Daire) 17/10/2012 tarihli ara kararıyla, kredinin kaynağına ilişkin bilgi ve belgeler ile murakıp ve teftiş raporu istenmiştir. TMSF tarafından ara karara

cevap yazısında verilen Yaşarbanka ilişkin bilgi ve belgeler de Daireye sunulmuştur.

21. Gönderilen bilgi ve belgeleri inceledikten sonra Daire 3/10/2012 tarihli kararıyla Mahkeme kararını onamıştır. Onama kararında, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin beşinci fıkrasının yanında, 5766 sayılı Kanun'la 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na eklenen geçici 26. maddenin ikinci fıkrasına da dayanılmıştır. Daire, Banka kaynaklarının kredikullanılmak suretiyle edinilmesi hâlinde kaynağın kullanıldığı tarihten itibaren borcun devam ettiği dönem boyunca kaynağı kullanan Şirketin kanuni temsilcisi sıfatını haiz kişilerin kamu alacağına dönüşen bu borçtan sorumlu olacağı görüşünü ifade etmiştir. Daire, Şirket tarafından Yaşarbanktan kullanılan kredilerin ödenmesi gereken tarihlerde başvurucunun kanuni temsilci olması nedeniyle ödenmeyen kredilerden sorumlu bulunduğu kanaatine ulaşmıştır.

22.Karar düzeltme istemi Dairenin 29/5/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Nihai karar 12/8/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

23.Başvurucu 5/9/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

24. El koyma tarihinde yürürlükte bulunan 4389 sayılı mülga Kanun'un *"Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonu"* kenar başlıklı 15. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

> *"…*
>
> *7 a) Fon, alacağının tahsili bakımından yarar görmesi halinde ve Fona borçlu olup olmadıklarına bakılmaksızın; hisseleri kısmen veya tamamen kendisine intikal eden bir bankanın ... gerçek ve tüzel kişi ortaklarının yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulundurdukları şirketlerin ortaklarının, bu şirketlerde sahip oldukları hisselerinin tamamına ve/veya bir kısmına ilişkin temettü hariç, ortaklık hakları ile bu şirketlerin yönetim ve denetimini devralmaya ve şirket ana sözleşmesinde belirlenen yönetim, müdürler ve denetim kurulu üyelerinin sayılarıyla bağlı kalmaksızın ve imtiyazlı hisselere dayanılarak atanıp*

atanmadıklarına bakılmaksızın görevden almak ve/veya üye sayısını artırmak ve/veya eksiltmek suretiyle bu kurullara üye atamaya yetkilidir.

... Fon, bu bentte sayılan gerçek veya tüzel kişilere ait şirket hisselerinin ve/veya ... diğer tüm hak ve varlıklarının ... satışını gerçekleştirmeye ve bu satışlardan elde edilen tutarları Fon alacaklarına mahsup etmeye veya şirketlerin kamu borçları ve/veya Sosyal Sigortalar Kurumuna borçları ile sair borçlarını ödemede kullanmaya ... yetkilidirler. … Fon alacaklarının tahsilini teminen 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerler ile ... diğer tüm hak ve varlıkları bir araya getirerek ticari ve iktisadi bütünlük oluşturarak alıcısına geçişini sağlayacak şekilde satışına, ... Fon Kurulu yetkilidir. …

..."

25. 4389 sayılı mülga Kanun'un *"Hazine alacağı"* kenar başlıklı 15/a maddesinin birinci fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Fon alacaklarından; yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri … kaldırılan … bankaların yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak elinde bulunduran ortaklarının … her ne ad altında olursa olsun kendilerine ait yurt içi ve yurt dışı şirket, finans kuruluşu, off-shore bankalara aktardıkları banka kaynakları … veya bankaların hakim ortaklarının … iştiraklerine ve bağlı şirketlerine ayni bankanın el değiştiren ortaklarının birbirlerine verdiği krediler …, bankanın yönetim ve denetim döneminde yeterli ticari faaliyeti olmaksızın kaynak aktarımı amacıyla kurulmuş şirketlere verilen krediler …, bankalarının off-shore bankalarındaki yargı kararları nedeniyle ödedikleri mevduatları ve off-shore bankaların bankaya izinli veya izinsiz aktardığı off-shore mevduatlar, … başkaca bir işleme gerek olmaksızın Hazine alacağı haline gelmiş sayılır. …"

26. 5411 sayılı Kanun'un geçici 11. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Bu Kanunun yayımı tarihinden önce, 26.12.2003 tarihine kadar temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri … kaldırılarak tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankalar hakkında başlatılan işlemler sonuçlanıncaya ve her türlü Fon alacakları tahsil edilinceye kadar bu Kanunla yürürlükten

kaldırılan 4389 sayılı Kanunun 14, 15, 15/a, 16, … maddeleri, … hükümlerinin uygulanmasına devam edilir."

27. 5411 sayılı Kanun'a 5766 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen geçici 26. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"...

Temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilişkili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılarak tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankalar hakkında başlatılan işlemler sonuçlanıncaya ve her türlü Fon alacakları tahsil edilinceye kadar, yönetim ve denetimi Fon tarafından devralınan banka ve şirketlerin eski yöneticileri hakkında 6183 sayılı Kanunun 35 inci maddesi ile mükerrer 35 inci maddesinin uygulanmasında, ilgili kanun ve mevzuat veya ana sözleşmeleri uyarınca temsile yetkilendirilmiş veya tüzel kişilerin yetkili organlarınca temsil yetkisi verilmiş kişi veya kişiler ile tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerden,

a) Fon bankalarının; yönetim ve denetimine sahip olduğu iştiraklerinden, hâkim ortağı olan tüzel kişilerden, gerçek ve tüzel kişi hâkim ortaklarının hâkim ortak olduğu şirketlerden, bu kişiler adına hareket eden veya onlar hesabına kendi adına para, mal veya hak edinen şirketlerden olan Fon alacaklarında, banka kaynağının kullanıldığı/kullandırıldığı tarihten itibaren borcun devam ettiği dönem boyunca,

b) Fon bankalarının kurumsal kredilerinden kaynaklanan Fon alacaklarında, kredinin kat edildiği tarihten itibaren borcun devam ettiği dönem boyunca,

...

kanuni temsilci sıfatını haiz kişiler kanuni temsilci olarak addedilir."

28. 6183 sayılı Kanun'un *"Kanuni temsilcilerin sorumluluğu"* kenar başlıklı mükerrer 35. maddesinin Anayasa Mahkemesince kısmen iptal edilmeden önceki hâlinin ilgili bölümü şöyledir:

"Tüzel kişiler[in] ... mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ... şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.

...

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/4 md.) Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulur.

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/4 md.) Kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan hükümler, bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmaz."

29. 5766 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesinin 28/4/2011 tarihli ve E.2009/39, K.2011/68 sayılı kararıyla iptal edilen geçici 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunla 6183 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ve eklenen hükümler, hükümlerin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tahsil edilmemiş bulunan amme alacakları hakkında da uygulanır. "

30. Anayasa Mahkemesinin 28/4/2011 tarihli ve E.2009/39, K.2011/68 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"5766 sayılı Kanunla 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da genel olarak şirket ortakları ve kanuni temsilcilerin, kamu borcu nedeni ile sorumluluklarını arttıran, genişleten ve müteselsil sorumluluk esası getiren düzenlemeler yapılmıştır. Kanun'un geçici 1. maddesi ile Kanunla getirilen hükümlerin Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tahsil edilmemiş bulunan amme alacakları hakkında da uygulanması öngörülmüştür.

5766 sayılı Kanun'un ...; 4. maddesi ile de kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlere amme alacağının ödenmesinde müteselsilen sorumluluk esası getirilmiş ve Vergi Usul Kanunu kapsamındaki amme alacaklarının takibinin bu şahıslar hakkında 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasına engel oluşturmayacağı hüküm altına alınmıştır. ...

5766 sayılı Kanun'un gerekçesinde, 6183 sayılı Kanun'un mevcut hükümlerinin uygulamasına ilişkin yargı kararları dikkate alınarak uygulamaya açıklık getiren düzenlemelere yer verildiği, öngörülen değişiklikler ile 6183 sayılı Kanunun temel felsefesi korunarak amme alacaklarının daha süratle tahsiline imkan verilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ve temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği yasaların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Bu nedenle 'Kanunların geriye yürümezliği ilkesi' uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir kanun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz.

Kamu alacaklarının tahsilinde, geriye yürümenin söz konusu olup olmadığının saptanabilmesi için alacağı doğuran olayın ne zaman meydana geldiğinin tespiti gerekir. Genel olarak kamu alacağı alacak konusu olayın meydana gelmesi veya hukuki durumun oluşması ile doğmaktadır. Dolayısıyla kamu alacağını doğuran olayın meydana geldiği veya hukuki durumun oluştuğu tarihte yürürlükte olan kanunun bu alacak için uygulanması gerekir.

İtiraz konusu geçici 1. maddeyle 5766 sayılı Kanun'la 6183 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ve eklenen hükümlerin Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte henüz tahsil edilmemiş, ancak daha önceki bir dönemde doğmuş ve ödenmesi gereken hale gelmiş kamu alacaklarına da uygulanması öngörülmek suretiyle Kanun hükümleri geriye yürütülmüş olmaktadır. Buna göre, amme alacağının sorumluluğunun tespitinde alacağı doğuran olayın gerçekleştiği zaman değil, Kanunun yürürlük tarihi itibariyle borcun halen tahsil edilmemiş olması esas alınmıştır.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde gerekli kaynağın elde edilmesi adına vergi ve diğer kamu alacaklarının takip ve tahsili için hukuki düzenlemeler ve ayrıcalıklı yetkilerle kolaylık ve hızlılık sağlanmasının doğal olduğu kabul edilmekle birlikte bu konuda bireylerin hakları ve hukukun genel ilkelerinin de göz önünde bulundurulması hukuk devletinin bir gereğidir.

Kanunun değişmeden önceki hükümlerine göre şirket ortağı olan veya hisse devri yolu ile ortaklığı bırakan şahıslar ile kanuni temsilcilerin faaliyetlerini

ve konumlarını o tarihte yürürlükte olan kurallara göre sahip oldukları ve üstlendikleri sorumluluk çerçevesinde belirlemeleri doğaldır. Bu şahıslardan sonraki yıllarda getirilecek sorumluluğa göre konumlarını belirlemeleri ve ticari faaliyetlerini sürdürmeleri beklenemez.

Düzenlemeden beklenen kamu yararının, kamu alacaklarında ilgililerinin sorumluluklarını arttırarak ve müteselsil sorumluluk getirerek daha hızlı ve daha yüksek oranda tahsilâtın sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşı bireylerin, 5766 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce doğmuş ve ödenmesi gereken kamu alacağından sorumlu oldukları dönemde öngörülmeyen sorumluluklar ile yükümlü tutulmaları, diğer bir anlatımla geçmişe yönelik sorumluluklarının arttırılması bireylerin hukuka olan güven duygusunu zedeler ve hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmaz.

5766 sayılı Kanun'da esas olarak bir kamu alacağı ile ilgili bireylerin sorumluluklarını arttıran ve müteselsil sorumluluk getiren düzenlemelerin, Kanunun geçici 1. maddesi ile yürürlük tarihi itibari ile tahsil edilmemiş alacaklara da uygulanması hukuk kurallarının geriye yürütülmesi anlamına gelmekte ve Anayasada yer alan hukuk devleti kapsamındaki hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. "

31. Anayasa Mahkemesinin 19/3/2015 tarihli ve E.2014/144, K.2015/29 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...

A- Kanun'un Mükerrer 35. Maddesine 5766 Sayılı Kanun'un 4. Maddesiyle Eklenen Beşinci Fıkranın İncelenmesi

...

İtiraz konusu kuralın getiriliş amacının; amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olması hâlinde bu şahısların sorumluluk uygulamasının, amme alacaklarının düzenlendikleri kanunlardaki kanuni ödeme sürelerinde veya özel ödeme sürelerinde farklı şahısların olması hâlini de kapsadığı görülmektedir.

Kanun koyucu, amme alacağını güvenceye almak bakımından sorumluluğun yaygınlaştırılması yoluna gidebileceği gibi müteselsil sorumluluk da öngörebilir. Ancak amme alacağının doğduğu veya ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin farklı kişiler olabileceği gerçeği

göz önüne alındığında, kural ile getirilen düzenleme vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilcilerin, sonradan kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen bir eylemden müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmaktadır. Adalet ve hakkaniyet ilkeleri karşısında, bireyin bu şekilde belirsiz ve güvencesiz bir biçimde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle, başkalarının eylem veya ihmali sonucu oluşacak sorumluluğa ortak olması adalet ve hakkaniyetle bağdaşmaz. Dolayısıyla, itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

...

B- Kanun'un Mükerrer 35. Maddesine 5766 Sayılı Kanun'un 4. Maddesiyle Eklenen Altıncı Fıkranın İncelenmesi

...

İtiraz konusu kuralda, kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerin bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı öngörülmektedir.

Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları hâlinde bu şahısların amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulacağını düzenleyen kuralın iptaline yönelik yukarıda yer alan gerekçeler, kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerin bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını öngören kural bakımından da aynen geçerlidir.

Hukuk devletinde kanunlarla kişilerin ekonomik, sosyal ve hukuki yaşam alanlarına yöneltilen müdahaleler öngörülebilmeli ve geleceğe dönük planlar buna göre yapılabilmelidir. Belirlilik ilkesi, vergi ve diğer kamu alacakları açısından miktar, tarh ve tahsil zamanı ile biçimi gibi vergi ve diğer alacakların esaslı unsurlarının önceden belli ve kesin olmasını gerektirir.

213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, kanuni temsilciler için kabul edilen sorumluluk, kusura dayalı sorumluluktur. Buradaki kusur, vergilendirmeye dair ödevlerin ihlal edilmesidir. Buna göre, 213 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca kanuni temsilcilerin sorumlu tutulabilmesi için vergilendirme

ödevlerini yerine getirmemiş olması gerekmektedir. İtiraz konusu kuraldan kaynaklanan sorumluluk ise kusursuz sorumluluk esasına dayanmakta olup kamu alacağının borçlu şirketten tahsil edilememesinde kanuni temsilcilerin kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulmasına neden olmaktadır.

213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, kanuni temsilcilerin sorumluluklarına ilişkin hükümlerin düzenlenmiş olması, bu Kanun kapsamındaki amme alacaklarının takibinin itiraz konusu kurala göre yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla itiraz konusu kural nedeniyle, 213 sayılı Kanun kapsamına giren amme alacakları da dâhil olmak üzere tüm amme alacakları için takip yapılması mümkündür. Bu durumda her iki kanunun aynı maddi olaya uygulanabilmesi nedeniyle, iki ayrı kanuni düzenlemeden hangisinin uygulanacağı konusunda belirsizlik oluşmaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kural, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

32. Danıştay Onüçüncü Dairesinin 2/6/2009 tarihli ve E.2007/11994, K.2009/5995 sayılı kararının ilgili bölümü şöyledir:

"6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35.maddesinde, tüzel kişilerleküçüklerin ve kısıtlılarınvakıflar vecemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığındantamamenveyakısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılankamu alacaklarının, kanuni temsilcilerinin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göretahsil edileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu hükme göre, asıl borçlu olan tüzel kişilik takip edilerek tahsil yolları araştırıldıktan sonra kamu alacağının tahsil edilemeyeceği anlaşılırsa, ancak buaşamada alacağıntüzel kişiliğin kanunî temsilcisinden tahsili yoluna gidilebilecektir.

Uyuşmazlık konusu olayda, T.C. Merkez Bankası Antalya Şubesi'nin 07.03.2000 tarih ve 6800 sayılı yazısı ile sözü edilen alacağın tahsilinin davalı idareden istenmesi üzerinedavacının anılan şirketinkanuni temsilcisi olduğundan bahisle sözü edilen alacağın şirketten tahsil imkânı bulunmadığı ileri sürülerek borcun tamamı için davacı adına 07.09.2005 tarihli ödeme emri düzenlenmiştir.

Kamu alacağının konusunu oluşturan kur farkı ve gecikme cezasının kesinleşmesi sonrası 6183 sayılı Kanun'un 37. maddesine uygun olarak davacı şirkete tebliği ile tahakkuk etmiş olduğundan bu tarihten sonra şirketten tahsil imkânı araştırılarak tahsil edilemeyeceği anlaşılan alacağın 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca kanuni temsilcinin mal varlığından tahsil edilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, sözü edilen kamu alacağının tahakkuk ettiği tarih tespit edilerek, kamu alacağının tahakkuk ettiği bu tarihte davacının anılan şirketin kanunî temsilcisi olup olmadığı araştırılmaksızın kamu alacağına ilişkin dönemlerde şirketi temsil yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle uyuşmazlık konusu ödeme emrini iptal eden idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir."

B. Uluslararası Hukuk

33. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Yaşarbankın bankacılık işlemleri yapma izninin kaldırılarak TMSF'ye devredilmesine ilişkin 21/12/1999 tarihli Bakanlar Kurulu kararının şikâyet konusu olduğu bir başvuruyu incelemiştir (*Yaşar Holding A. Ş./Türkiye*, B. No: 48642/07, 4/4/2017). AİHM; mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin yasal dayanağının bulunmasının yeterli olmadığına, söz konusu yasanın aynı zamanda hukuk devleti ilkesiyle uyarlı ve keyfîliğe karşı güvenceler içeren bir kalitede olması gerektiğine ilişkin genel "yasallık" ilkesini hatırlatmıştır (*Yaşar Holding A. Ş./Türkiye*, § 91). AİHM ayrıca, mülkten yoksun bırakmanın dayanağını oluşturan yasal normun yeterli düzeyde erişilebilir, kesin ve öngörürebilir olması gerektiğini anımsatmıştır (*Yaşar Holding A. Ş./Türkiye*, § 92).

34. AİHM, Yaşarbankın TMSF'ye devrine ilişkin 21/12/1999 tarihli Bakanlar Kurulu kararının dayanağını oluşturan 4389 sayılı Kanun'un 14. maddesinin beşinci fıkrasının, devir işleminden iki gün önce 19/12/1999 tarihinde yürürlüğe giren 4491 sayılı Kanun'la değiştirildiğine işaret ederek bunun mülkiyetten mahrum bırakan müdahalenin yasal dayanağının öngörülebilirliğini etkileyip etkilemediğini ele almıştır (*Yaşar Holding A. Ş./Türkiye*, § 96). AİHM, 4389 sayılı Kanun'un 14. maddesinin beşinci fıkrasının ilk hâlinin sadece bankacılık işlemleri yapma yetkisinin kaldırılmasına ve buna bağlı olarak bankanın yönetim ve denetimine el konulmasına imkân tanıdığına, buna karşılık bankanın hisselerinin TMSF'ye geçirilmesine hiçbir şekilde yetki vermediğine, tasfiye süreci

boyunca hisselerin sahiplerinin mülkiyetinde kalmaya devam ettiğine dikkati çekmiştir (*Yaşar Holding A. Ş./Türkiye*, §§ 97-99). AİHM, 4491 sayılı Kanun'la yapılan ve 19/12/1999 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle banka hisselerinin de TMSF'ye devrine olanak sağlandığına vurgu yaparak önceki düzenlemede var olmayan hisse devir yetkisinin, buna imkân sağlayan düzenlemenin yürürlüğe girmesinden iki gün sonra uygulanmış olmasının başvurucu açısından öngörülebir olmadığı sonucuna ulaşmıştır (*Yaşar Holding A. Ş./Türkiye*, § 101).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

35. Mahkemenin 25/7/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

1. Başvurucunun İddiaları

36. Başvurucu 21/12/1999 tarihinde TMSF'ye devredilen Yaşarbankın alacaklarının temlik tarihinin 10/8/2001 olduğunu ve Şirketin borcunun bu tarihten sonra kamu alacağına dönüştüğünü belirtmiştir. Başvurucu, Şirketin Yurtbanka kredi borcu bulunmadığı hâlde ilk derece mahkemesinin Yurtbank yönünden değerlendirme yaptığını, Yaşarbank ile olan ilişkisine ise hiçbir şekilde değinmediğini ifade etmiştir. Başvurucu, Yaşarbankla hiçbir ilişkisinin bulunmadığını öne sürmüştür. 17/9/1996ile 17/12/1999 tarihleri arasındaki dönemle sınırlı olarak Şirketin yönetim kurulu üyesi olduğunu hatırlatan başvurucu, borcun kamu alacağına dönüştüğü tarihte yönetim kurulu üyesi olmaması nedeniyle borçtan sorumlu tutulamayacağını savunmuştur.

37.Başvurucuya göre6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca ödeme tarihindeki kanuni temsilci kamu alacağının ödenmemesinden sorumlu olup kendisi 17/12/1999 tarihinde kanuni temsilcilik görevinden ayrıldığından 10/8/2001 tarihinde kamu alacağına dönüşen borçtan dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Başvurucu, 5766 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine eklenen fıkranın uygulanmamış olması durumunda sadece kredinin ödenmesi gereken tarihteki kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebileceği, borcun kendisinden tahsilinin mümkün olamayacağı görüşünü savunmuştur. Başvurucu; 5766 sayılı Kanun'un geçici 1.

maddesiyle, bu hükmün, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tahsil edilmemiş bulunan amme alacakları hakkında da uygulanması öngörülerek geriye yürütüldüğü şikâyetinde bulunmuştur. Başvurucu, sonradan yürürlüğü giren kanunun geçmişe yürütülmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden yakınmıştır. Sözü edilen geçici 1. maddenin Anayasa Mahkemesince iptal edildiğini anımsatan başvurucu, bu hükmün geçmişe yürütülmesinin mülkiyet hakkını ve hukuk devleti ilkesini zedelediğini ileri sürmüştür.

38. Başvurucu, 5411 sayılı Kanun'a 5766 sayılı Kanun'la eklenen geçici 26. maddenin olayda uygulanmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Başvurucu, ayrıca Yaşarbanka ilişkin murakıp raporları getirtilip incelenmeden karar verilmiş olması nedeniyle eksik incelemeye dayalı hüküm kurulduğundan yakınmaktadır.

2. Bakanlık Görüşü

39. Bakanlık görüş yazısında başvurucunun; banka hesabına uygulanan 18/2/2010 tarihli haciz işleminin iptali istemiyle idari yargıda iptal davası açmadığı, düzenlenen sıra cetveline karşı da adli yargıda şikâyet ve itiraz yollarına başvurmadığı belirtilmiştir.

40. Bakanlık; adil yargılanma hakkına ilişkin şikâyet yönünden, temyiz aşamasında verilen ara kararıyla TMSF'den gerekli bilgi ve belgelerin getirtilerek incelendiğini ve kararın bu belgeler incelendikten sonra verildiğini ifade etmiştir.

41. Bakanlık; mülkiyet hakkı yönünden, başvurucu adına düzenlenen ödeme emrine karşı dava açıldığını, bu dava sonucu verilen karara karşı kanun yollarına başvurulduğunu ve neticede ödeme emrinin hukuka uygun olduğunun anlaşıldığını belirterek esas incelemede bu hususların gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı görüşünü bildirmiştir.

B. Değerlendirme

42. Anayasa'nın 35. maddesi şöyledir:

> *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*
>
> *Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.*
>
> *Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."*

43. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu, mülkiyet hakkının ihlali iddiasının yanında ayrıca adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Ancak başvurucunun sorumlu olmadığını belirttiği bir borcu ödemek durumunda kaldığı yönündeki şikâyetinin mülkiyet hakkına ilişkin olduğu, dolayısıyla başvurucunun bu yöndeki iddialarının mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

44. Açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek bir neden de bulunmayan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

45. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*" denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

46. Somut olayda kanuni temsilcisi bulunduğu Şirkete ait kamu alacağının başvurucudan tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmiştir. Ödeme emri, içeriğindeki kamu alacağının borçlu tarafından ödenmesi buyruğunu havi bir idari işlemdir.Ödeme emrinin konusu, ihtiva ettiği kamu alacağının borçlu tarafından ödenmesi buyruğudur. Ödeme emri düzenlenmesindeki amaç, içerdiği alacağın borçlunun mal varlığından -mümkünse rızasıyla değilse cebren- tahsil edilmesi/alınmasıdır. Dolayısıyla ödeme emrinin borçlunun mal varlığını etkileyen/azaltan bir işlem olduğu anlaşılmaktadır. Borçlunun mal varlığındaki eksilmenin mülk teşkil edeceği açıktır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

47. 37.200.326,54 TL kamu alacağının borçlulardan tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmesi mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir.

48. Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle "mülkten barışçıl yararlanma hakkı"na yer verilmiş; ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. "Mülkten yoksun bırakma" ve "mülkiyetin kontrolü", mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir. Mülkten yoksun bırakma şeklindeki müdahalede mülkiyetin kaybı söz konusudur. Mülkiyetin kullanımının kontrolünde ise mülkiyet kaybedilmemekte ancak mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerin kullanım biçimi, toplum yararı gözetilerek belirlenmekte veya sınırlandırılmaktadır. Mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale ise genel nitelikte bir müdahale türü olup mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin kullanımının kontrolü mahiyetinde olmayan her türlü müdahalenin mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında ele alınması gerekmektedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, §§ 55-58).

49. Başvurucu, kanuni temsilcisi bulunduğu Şirketin ödenmeyen kamu borçlarından sorumlu tutulmaktadır. Kanuni temsilcinin, yönettiği şirkete ait borçlardan sorumlu tutulmasına yönelik düzenleme yapılması şirketi daha özenle yönetmesini ve şirketin kamusal yükümlülüklerini kanunlarda gösterilen usul ve esaslara uygun olarak ve zamanında yerine getirmesini temin etme amacı taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle kanuni temsilciye mali sorumluluk yüklenmesiyle güdülen gaye, ekonomik ve ticari alanın başat aktörlerinden olan ticari şirketlerin faaliyetlerini düzenlemek ve kontrol etmektir. Bu nedenle Şirketin kamu borçlarının kanuni temsilciden tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmesi suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, mülkiyetin kontrolü biçimindeki üçüncü kural kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

50. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede

bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

51. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

> *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

52. Anılan madde uyarınca temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun düşebilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir(*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

i. Kanunilik

53. Şirkete ait kamu alacağının başvurucudan tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin kanuni dayanağı olarak 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi gösterilmiştir. Ayrıca yargılama sırasında derece mahkemelerince de bu kurala dayanılarak uyuşmazlık çözümlenmiştir. Derece mahkemelerinin ödeme emrinin hukuka aykırı olduğu yolunda bir tespiti de bulunmadığından müdahalenin kanuni dayanağının bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Başvurucunun, sözü edilen kuralda yapılan değişikliğin geçmişe yürütülerek uygulandığına ilişkin şikâyetinin ölçülülük denetimi sırasında incelenmesi uygun görülmüştür.

ii. Meşru Amaç

54. Olayda Şirketin 37.200.326,54 TL kamu borcunun kanuni temsilci olan başvurucudan tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmiştir. Müdahaleyle ulaşılmak istenen amacın kamu alacağının tahsil imkânının artırılması olduğu söylenebilir. Kamu alacağının tahsilinin güvenceye bağlanması ve tahsil imkânının artırılmasında kamu yararının bulunduğu tartışmasızdır

(AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015; E.2012/87, K.2014/41, 27/2/2014; E.2014/144, K.2015/29, 19/3/2015; E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013; E.1992/29, K.1993/23, 24/6/1993). Bu itibarla kamu alacağının tahsili amacıyla Şirketin kanuni temsilcisi olanbaşvurucunun sorumluluğuna gidilmesinde kamu yararının bulunduğu ve bunun anayasal açıdan meşru bir temele dayandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

iii. Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

55. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden doğmaktadır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014).

56. Ölçülülük ilkesi "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Öngörülen tedbirin, ulaşılmak istenen kamu yararı karşısında maliki olağandışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2012/102, K.2012/207, 27/12/2012; E.2012/149, K.2013/63, 22/5/2013; E.2013/32, K.2013/112, 10/10/2013; E.2013/15, K.2013/131, 14/11/2013; E.2013/158, K.2014/68, 27/3/2014; E.2013/66, K.2014/19, 29/1/2014; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2015/43, K.2015/101, 12/11/2015; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

57. Kanun koyucu, amme alacağını güvenceye almak ve tahsil imkânını artırmak bakımından sorumluluğun yaygınlaştırılması yoluna gidebileceği gibi müteselsil sorumluluk da öngörebilir (AYM, E.2014/144, K.2015/29, 19/3/2015).

58. Maddi bir varlığı bulunmayan ve hukuk düzenince tüzel kişilik vasfı tanınan ticari şirketlerin hukuki iş ve işlemleri; bunlar adına, bunların yönetim ve idaresinden sorumlu gerçek kişiler tarafından yapılır. Şirketin kanuni temsilcisi sayılan bu gerçek kişiler, temsil ettikleri tüzel kişiliğin hukuki işlemlerini yürütmek, personelini ve mal varlığını idare etmek, yatırım ve faaliyetlerinin yönünü tayin etmek, iktisadi ve mali durumunun gerektirdiği tedbirleri almak gibi imkân ve kudreti haizdir. Bununla bağlantılı olarak şirketin kamusal ödevlerini ifa etmek ve kamuya olan borçlarını kanuni süreleri içinde ödemek de kanuni temsilcinin temel ödevleri arasındadır. Kanuni temsilci, kamu alacağının doğmasına yol açan işlem veya fiilin nihai sorumluluğunu taşıyan kişi olup sahip olduğu imkân ve gücü kullanarak alacağı doğuran işlem veya fiilin ortaya çıkmasını önleyebilecek veya doğan kamu alacağının ödenmesini temin edebilecek en etkin konumdaki şirket personelidir. Bu nedenle ticari şirketleri yöneten ve şirketi temsilen iş ve işlemler yapan kanuni temsilcilerin, şirketten tahsil imkânı bulunamayan kamu alacaklarının müteselsil sorumluluk esasına göre ödemekle yükümlü kılınması yolunda yasal düzenleme yapılması mümkündür. Kanuni temsilciye tanınan yetki ve yüklenen ödevler gözetildiğinde ödenmeyen kamu borçlarından müteselsilen sorumlu tutulmasının kural olarak kanuni temsilciye aşırı ve olağanın dışında bir külfet yüklemediği anlaşılmaktadır.

59. Bununla birlikte kanuni temsilciye bu sıfatın tanıdığı kudret ve imkânların ötesinde bir sorumluluk yüklenmemelidir. Kanuni temsilcinin kanunda tanınan yetkiler çerçevesinde müdahale etme ve engelleme imkânına sahip olmadığı ve özellikle şirketin faaliyetleri üzerinde hâkimiyet kurmasına olanak bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen birtakım fiil ve işlemlerden doğan kamu alacaklarının ödenmesinden sorumlu tutulması, -somut olayın koşulları çerçevesinde- kanuni temsilciye orantısız bir külfet yüklenmesi sonucunu doğurabilir.

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

60. Somut olayda elverişlilik ve gereklilik ilkeleri yönünden tartışılmayı gerektirecek bir yön bulunmamaktadır. Asıl üzerinde durulması gereken,

müdahalenin orantılı olup olmadığıdır. Bu nedenle uygulanan tedbirle başvuruculara aşırı ve orantısız bir yük yüklenip yüklenmediğinin tespiti gerekmektedir.

61. Başvurucunun 17/9/1996 ile 17/12/1999 tarihleri arasında yönetim kurulu üyeliği görevinde bulunduğu Şirket tarafından Yaşarbanktan 30/4/1994, 30/8/1994 ve 24/4/1995 tarihlerinde sırasıyla 45.871,46 TL, 7.000.000 ABD doları ve 3.500 TL kredi kullanılmıştır. Ancak bu krediler geri ödenmemiş olup 2/8/2000 tarihinde katedilmiştir. Yaşarbankın 21/12/1999 tarihinde TMSF'ye devri nedeniyle Şirketin Yaşarbanktan kullandığı krediler 10/8/2001 tarihli sözleşme ile TMSF'ye devir ve temlik edilmiş, Yaşarbanka ait alacak bu tarihte kamu alacağına dönüşmüştür. Balkaner Grubu ile imzalanan protokollere rağmen borcun ödenmemesi üzerine başvurucu adına 20/5/2008 tarihinde 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca 37.200.326,54 TL tutarlı ödeme emri düzenlenmiştir.

62. Başvurucunun sorumlu tutulduğu kamu alacağını doğuran olay 30/4/1994, 30/8/1994 ve 24/4/1995 tarihlerinde Yaşarbanktan kredi kullanılmasıdır. Başvurucu, kredinin kullanıldığı tarihlerde Şirketin kanuni temsilcisi değildir. Bununla birlikte Daire kararından da anlaşıldığı üzere başvurucu, kredinin ödeme tarihinde Şirketin kanuni temsilcisidir. Yaşarbanktan kullanılan kredinin Şirketi temsilen ve Şirket mal varlığından temin edilen kaynakla ödenmesi kanuni temsilcinin yasal ödevidir. Bu ödevin ifa edilmemiş olması durumunda başvurucunun sorumluluğundan söz edilebilir. Ancak kanuni temsilcinin Şirkete ait kredi borcunu ödemekle yükümlü olması, bu borcu kendi mal varlığından ödemesi gerektiği anlamına gelmez. Bu hususta kanuni temsilciye düşen ödev, Şirket borcunu Şirketin mal varlığından temin ederek ödemektir. Şirketin borcu karşılayacak miktarda mal varlığı yoksa -aciz durumuna düşmesine fiil ve işlemleriyle katkıda bulunmuş olması gibi istisnai hâller haricinde- eylemi borcu ödememekten ibaret olan kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilmesi adalet ve hakkaniyet ölçüsünü zedeleyebilir.

63. Somut olayda başvurucunun, kanuni temsilci olarak görev yaptığı 17/9/1996 ile 17/12/1999 tarihleri arasında Şirketin mal varlığının önceki dönemde çekilen kredilerin ödenmesine yetecek düzeyde olmadığı yönünde bir iddiası bulunmamaktadır. Dosyadan da buna ilişkin bir veri elde edilememektedir. Öte yandan başvurucunun Yurtbankın hâkim ortaklarından olan Balkaner ailesinin bir mensubu olduğu ve Yurtbankın yönetiminde de görev yaptığı görülmektedir. 7/3/2000 tarihli

murakıp raporundan Yurtbankın Balkaner Grubuna ait yirmi üç şirkete dolaylı ve doğrudan yüklü miktarda kredi kullandırdığı ve bunların geri ödenmediği anlaşılmaktadır. Bu hususlar da gözetildiğinde Şirketin kredi borcunu ödeme sorumluluğunu yerine getirmeyen kanuni temsilcisinin (başvurucunun) bu borçtan kaynaklanan kamu alacağından sorumlu tutulmasının başvurucuya aşırı ve orantısız bir külfet yüklemediği değerlendirilmektedir.

64. Başvurucu, sonradan yürürlüğe giren kanunun geçmişe yürütülmesi suretiyle sorumluluğunun artırıldığını ileri sürmektedir. Başvurucu adına düzenlenen ödeme emrinin dayanağını teşkil eden 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin birinci fıkrası, Şirket borçlarının kamu alacağına dönüştüğü tarihten önce de yürürlükte bulunmaktadır. 5766 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine eklenen beşinci fıkranın amacı, bu hükmün yorumuna ilişkin olarak özellikle Danıştayın vergisel kamu alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklara bakmakla görevli daireleri arasında ortaya çıkan yorum farklılıklarını gidermektir. Anılan beşinci fıkrayla, kanuni temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen birinci fıkraya ilişkin değişiklik yapılmamaktadır. Değişiklik, maddenin yorumuna ilişkindir. Farklı yorumların giderilmesi amacıyla yapılan bir yasal düzenlemenin tek başına başvurucunun sorumluluğunu ağırlaştırdığı sonucuna ulaşılamaz.

65. 5766 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine eklenen beşinci fıkranın, Anayasa Mahkemesinin 19/3/2015 tarihli ve E.2014/144, K.2015/29 sayılı kararıyla iptal edilmiş olmasından hareket edilerek doğrudan bu kurala dayanılarak düzenlenen ödeme emrinin hak ihlaline yol açtığı yargısına varılamaz. Bu hususta bir değerlendirme yapılabilmesi için Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesi ile somut olayın koşulları da gözönünde bulundurulmalıdır. Anayasa Mahkemesi, vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilcilerin sonradan görevde olmadığı, müdahale şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen bir eylemden müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucunu doğurduğu gerekçesiyle ek beşinci fıkrayı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bireyin (kanuni temsilcinin) bu şekilde belirsiz ve güvencesiz bir biçimde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle başkalarının eylem veya ihmali sonucu oluşacak sorumluluğa ortak olmasının adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacağını vurgulamıştır.

66. Somut olayda başvurucu, kanuni temsilcilik görevinin sona erdiği tarihten sonra gerçekleşen ve bu nedenle müdahale şansının bulunmadığı bir eylemden değil aksine kendi döneminde ödenmesi gereken kredi borcunun ödenmemiş olmasından sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla somut olayın koşulları dikkate alındığında 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine eklenen beşinci fıkranın iptal edilmiş olmasının başvurucunun durumunu etkileyen bir yönünün bulunmadığı kanaatine varılmaktadır.

67. Başvurucu, Şirketin Yurtbanka kredi borcu bulunmadığı hâlde ilk derece mahkemesinin Yurtbank yönünden değerlendirme yaptığından, Yaşarbank ile olan ilişkisine ise hiçbir şekilde değinmediğinden yakınmıştır. Mahkeme kararında başvurucunun sorumlu tutulduğu ve gerçekte Yaşarbanktan kullanılan kredilerin Yurtbanktan kullanılmış gibi değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Daire tarafından verilen ara kararıyla Yaşarbanktan kullanılan krediye ilişkin bilgi ve belgeler ile Yaşarbankla ilgili murakıp ve teftiş raporu istenerek gerekli inceleme temyiz aşamasında yapılmıştır. Daire sonuç olarak başvurucunun, Şirket tarafından Yaşarbanktan kullanılan kredilerin ödenmesi gereken tarihlerde kanuni temsilci olması nedeniyle ödenmeyen kredilerden sorumlu bulunduğu kanaatine ulaşmıştır. Dolayısıyla ilk derece mahkemesince eksik bırakılan husus Daire tarafından giderilmiştir.

68. Öte yandan AİHM'in Yaşarbankın bankacılık işlemleri yapma izninin kaldırılarak TMSF'ye devredilmesine ilişkin 21/12/1999 tarihli Bakanlar Kurulu kararının şikâyet konusu edildiği ve hissedarlardan biri olan Yaşar Holding A.Ş. tarafından yapılan başvuruda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmış bulunmasının somut başvuruyu etkileyen bir yönü bulunmamaktadır (bkz. §§ 33, 34). Öncelikle söz konusu kararın Büyük Daireye sevk edildiği ve buna ilişkin sürecin henüz tamamlanmadığı belirtilmelidir. Ayrıca anılan kararda AİHM'in ihlal neticesine varmış olmasının nedeni, 4389 sayılı Kanun'un 14. maddesinin beşinci fıkrasının ilk hâlinde bulunmayan banka hisselerinin TMSF'ye devir yetkisinin, bunu getiren yasal değişikliğin (4491 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin) yürürlüğe girmesinden iki gün sonra uygulanmış olmasıdır. AİHM, banka hisselerinin TMSF'ye devrine imkân sağlayan düzenlemenin yürürlüğe girmesinden iki gün sonra uygulanmış olmasının başvurucu açısından öngörülebilir olmadığı kanaatine varmıştır. AİHM'in ihlal tespiti, Banka hisselerinin TMSF'ye devredilmiş olması yönünden olup

4389 sayılı Kanun'un 14. maddesinin beşinci fıkrasının ilk hâlinde de yer alan, (Yaşarbankın) bankacılık işlemleri yapma yetkisinin kaldırılması ve buna bağlı olarak Bankanın yönetim ve denetimine el konulması hususları bakımından herhangi bir ihlal tespiti yapılmamıştır. Başvurucu adına düzenlenen ödeme emri, Yaşarbankın kamu alacağına dönüşen kredi alacaklarının tahsili amacına yöneliktir. Yaşarbankın hisselerinin TMSF'ye devredilmiş olmasının Banka alacağının tahsil edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmadığı açıktır. Dolayısıyla sözü edilen kararın başvurucu adına düzenlenen ödeme emrine bir etkisinin bulunmadığı kanaatine varılmaktadır.

69. Sonuç olarak başvurucunun kanuni temsilcisi bulunduğu Şirkete ait kredi borcunu ödeme yükümlülüğünü ifa etmemesinden doğan ve Şirket kaynaklarından tahsil edilemeyen 37.200.326,54 TL kamu alacağından sorumlu tutulmasının başvurucuya aşırı ve orantısız bir külfet yüklemediği ve bu suretle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi başvurucu aleyhine bozmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

70. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI.HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/7/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

FERDA YEŞİLTEPE BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/7621)

Karar Tarihi: 25/7/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Özgür DUMAN
Başvurucu	:	Ferda YEŞİLTEPE
Vekili	:	Av. Mehmet Nur TERZİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, emeklilik ikramiyesinin güncellenerek ödenmesine ilişkin yargı kararının uygulanmaması nedeniyle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 28/5/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

7. Birinci Bölüm tarafından 19/7/2017 tarihinde yapılan toplantıda, verilecek kararın Bölümlerin önceden vermiş olduğu kararlarla çelişebileceği anlaşıldığından başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvurunun Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu 1968-1982 yılları arasında Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünde, 1986-1988 yılları arasında da Gençlik ve Spor İzmir İl Müdürlüğünde T.C. Emekli Sandığına tabi memur olarak görev yapmıştır. Başvurucu ayrıca 1982-1986 yılları arasında ve 1988 yılında özel sektörde çeşitli şirketlerde Sosyal Sigortalar Kurumuna (SSK) tabi olarak çalışmıştır. SSK tarafından başvurucuya 1/10/1988 tarihi itibarıyla yaşlılık aylığı bağlanmıştır.

10. Anayasa Mahkemesi 5/2/2009 tarihli ve E.2005/40, K.2009/17 sayılı kararı ile 24/5/1983 tarihli ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesinde yer alan *"Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve"* ibaresini, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Bu karar 5/6/2009 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış olup 5/6/2010 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

11. Başvurucu 22/6/2010 tarihli dilekçesiyle Sosyal Güvenlik Kurumundan (SGK), Emekli Sandığına tabi olarak çalıştığı dönemler için kendisine emekli ikramiyesi ödenmesini talep etmiştir. SGK, 20/7/2010 tarihli yazıyla başvurucunun talebini reddetmiştir. Bu yazıda Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürüyemeyeceği belirtilmiştir. SGK ayrıca kanun koyucu tarafından bu konuda yapılan yeni düzenlemeye işaret etmiştir. 19/9/2010 tarihli ve 5997 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinin birinci fıkrası *"Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve..."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yürürlük tarihi ise 5997 sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca 1/6/2010 tarihi olarak belirlenmiştir. SGK'ya göre söz konusu iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce yeni bir düzenleme yapılmış olduğundan emeklilik ikramiyesinin ödenmesi imkânı bulunmamaktadır.

12. Başvurucu 21/2/2011 tarihinde Ankara 16. İdare Mahkemesinde (Mahkeme), talebinin reddine ilişkin idari işlemin iptali ve bahse konu emekli ikramiyesinin yasal faiziyle birlikte kendisine ödenmesi istemiyle dava açmıştır. Mahkeme 28/11/2012 tarihinde davanın kabulü ile dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Mahkemece, emekli aylığının bağlandığı tarihte yürürlükte bulunan katsayılar dikkate alınarak hesaplanacak emekli ikramiyesi tutarının başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı SGK tarafından başvurucuya ödenmesine karar verilmiştir. Mahkeme, uğradığı zararın belirtilen şekilde hesaplanacak emekli ikramiyesi tutarı olduğu gerekçesiyle başvurucunun ödeme tarihindeki katsayılar dikkate alınarak ödenmesi yönündeki isteminin reddine karar vermiştir.

13. Kararın gerekçesinde, Anayasa Mahkemesinin iptal kararına atıfta bulunulmuştur. Mahkeme, SGK yazısında belirtilen 5997 sayılı Kanun'un

14. maddesi ile getirilen düzenlemenin de Anayasa Mahkemesinin 12/5/2011 tarihli ve E.2010/81, K.2011/78 sayılı kararı ile iptal edildiğini belirtmiştir. Öte yandan kararda, yargılama devam ederken yapılan 17/1/2012 tarihli ve 6270 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme de tartışılmıştır. Bu Kanun'un 1. maddesi ile 5434 sayılı Kanun'un 89. maddesi değiştirilmiş ve hizmet birleştirilmesi suretiyle emekli aylığı bağlananlara 5434 sayılı Kanun'a tabi çalışmalarının, kıdem tazminatına hak kazanma şartlarına uygun sona ermiş olması kaydıyla emekli ikramiyesi ödenmesi öngörülmüştür. Ayrıca 6270 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 5434 sayılı Kanun'a eklenen geçici 223. maddeye göre bu maddenin yürürlük tarihinden önce birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara varsa açtıkları davadan vazgeçmeleri ve bu Kanun'un 89. maddesindeki şartların bulunması kaydıyla emekli ikramiyesi ödeneceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeleri yorumlayan Mahkeme, 6270 sayılı Kanun'da 26/1/2012 tarihinden öncehizmet birleştirilmesi suretiyle emekli olan iştirakçiler hakkında bu kuralların uygulanacağı yönünde açık bir düzenleme bulunmadığını ifade etmiştir. Mahkeme bu sebeple uyuşmazlığın 6270 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan kanuni düzenlemeye göre çözümlenebileceği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu çerçevede, farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmetleri birleştirilmek suretiyle aylık bağlanan ancak Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılmadığı için kendisine emekli aylığı bağlanmayan başvurucunun hukuksal durumunu, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarını gözeterek yorumladığını açıklamıştır.Mahkemeye göre başvurucuya, belirtilen hizmet süreleri ve emekli aylıklarının bağlandığı tarihte yürürlükte bulunan katsayılar dikkate alınarak emekli ikramiyesi ödenmelidir.

14. Taraflarca karara itiraz edilmiştir. Başvurucu, karara karşı iki yönden itirazda bulunmuş; ilk olarak emekli ikramiyesi tutarının güncellenerek ödenmesine karar verilmesi gerektiğini belirtmiş, ikinci olarak SGK lehine hükmedilen vekâlet ücretine itiraz etmiştir. Buna karşılık SGK, kararın esas yönünden bozularak kaldırılmasını talep etmiştir. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurulunun (Kurul) 24/12/2013 tarihli kararı ile davalı SGK'nın itirazları reddedilmiş, başvurucunun itirazları ise kısmen kabul edilmiştir. Kurul, itiraza konu kararın iptal ve kabule ilişkin kısımlarının usul ve kanuna uygun olduğu gerekçesiyle onanmasına karar vermiştir. Başvurucunun itirazları yönünden ise

kararın ikramiye tutarının güncellenerek ödenmesi yönündeki istemin reddine ilişkin kısmının reddine ve buna dayalı olarak SGK lehine vekâlet ücreti ödenmesine ilişkin hüküm bölümünün kaldırılmasına karar verilmiştir. Kararda, başvurucunun emekli ikramiyesinin güncellenerek ödenmesi yönündeki talebinin esas tazminat isteminin dışında farklı bir talep olarak değerlendirilemeyeceğine vurgu yapılmıştır. Kurula göre bu konuda Mahkemece ayrı bir hüküm kurulması ve buna dayalı olarak SGK lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi usul hükümlerine uygun değildir.

15. Başvurucu 6/3/2014 tarihinde SGK'ya başvuruda bulunarak lehine sonuçlandığını belirttiği Mahkeme kararının uygulanması ve bu karar çerçevesinde emekli ikramiyesinin güncellenerek ödenmesi talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine SGK 7/5/2014 tarihinde başvurucuyu bir yazı ile bilgilendirmiştir. Bu yazıda, başvurucuya birleştirilen hizmet süreleri üzerinden 1/10/1988 tarihinden itibaren aylık bağlandığı ifade edilmiştir. SGK ayrıca emekli aylığının bağlandığı tarihte geçerli katsayılar esas alınarak 2,27 TL ikramiye ve idareye başvuru tarihi esas alınarak 0,54 TL yasal faiz hesaplandığını belirterek hesaplanan bu tutarların 8/3/2013 tarihinde tahakkuk ettirilerek ödendiğini bildirmiştir.

16. Başvurucu 28/5/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

17. 2829 sayılı Kanun'un *"Emekli ikramiyesi"* kenar başlıklı 12. maddesinin Anayasa Mahkemesince kısmen iptal edilmeden önceki birinci fıkrası şöyledir:

> ***"Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve*** *kendilerine bu Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerinin toplamı üzerinden, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir."*

18. Anayasa Mahkemesinin 5/2/2009 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 5/2/2009 tarihli ve E.2005/40, K.2009/17 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...

Yukarıdaki düzenlemelere göre, farklı sosyal güvenlik kurumlarındaki hizmet sürelerinin birleştirilmesiyle 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi gereğince son yedi yıllık hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olması nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumunca aylık bağlanması halinde, aynı veya farklı kamu kuruluşlarında, gerek Emekli Sandığına, gerekse Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi olarak geçmiş olsun, anılan kamu kuruluşlarında geçen toplam hizmet süreleri üzerinden son kamu kuruluşu işveren tarafından ilgiliye kıdem tazminatı ödendiği; son yedi yıllık hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan Emekli Sandığınca aylık bağlanması halinde ise son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılmayan ilgiliye, emekli ikramiyesi ödenmediği, yalnızca kamuda işçi olarak geçen süreye karşılık kıdem tazminatı ödendiği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, bir yıldan fazla 5434 sayılı Yasa kapsamında görev yaptıktan sonra kamu dışında bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olarak çalışmalarını tamamlayıp 2829 sayılı Yasa'nın 8. Maddesi uyarınca yaşlılık aylığı bağlananlara da, son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılma koşulunu taşımadıklarından Emekli Sandığına tabi olarak yaptıkları çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemektedir.

...

2829 sayılı Yasa'da benimsenen sistemle, farklı sosyal güvenlik kuruluşlarındaki hizmet süreleri birleştirilerek emekli olanlara yaşlılık aylığı bağlandığı halde, itiraz konusu ibareyle son defa bağlı olunan sosyal güvenlik kurumuna göre ayırım yapılarak Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılmayanlara, 5434 sayılı Yasa'ya tabi çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemesi, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, adil sonuçlar doğurmadığından 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Bu nedenle itiraz konusu ibare, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

...

VIII- SONUÇ

A- 24.5.1983 günlü, 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesinin birinci

fıkrasında yer alan 'Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve ...' ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- İptal edilen ibarenin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

5.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi."

19. 5434 sayılı Kanun'un 5997 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 89. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Hizmet sürelerinin tamamı bu Kanun ve/veya 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun geçici 4 üncü maddesi kapsamında geçenlerden emekli, adi malûllük veya vazife malûllüğü aylığı bağlanan veyahut toptan ödeme yapılan asker ve sivil tüm iştirakçilere, her tam fiili hizmet yılı için aylık bağlamaya esas tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir. ***Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve*** *kendilerine mülga 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara ise, bu Kanuna tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden bu madde hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir. Mülga 2829 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü fıkrasının son cümlesinin bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz."*

20. 5997 sayılı Kanun'un 19. maddesi şöyledir:

"8 inci, 10 uncu ve 11 inci maddeler 1/10/2008 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde, 12 nci madde ile 5510 sayılı Kanuna eklenen geçici 27 nci madde 1/4/2002 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde, 14 üncü madde 1/6/2010 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde, diğer maddeleri ise yayımı tarihinde yürürlüğe girer."

21. Anayasa Mahkemesinin 9/7/2011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 12/5/2011 tarihli ve E.2010/81, K.2011/78 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...

İptali istenilen kuralın gerekçesinde, düzenlemenin 2829 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; 'Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden ayrılan ve ...' ibaresinin Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmesi sonucunda oluşan hukuki boşluğun doldurulması amacıyla yapıldığı belirtilmiştir.

2829 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasına göre emekli ikramiyesi ödenebilmesi için; son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılmış olmak ve kendilerine 2829 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanmış olmak koşullarını taşımak gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 5.2.2009 günlü, E.2005/40, K.2009/17 sayılı kararıyla; söz konusu kuralla, bir yıldan fazla 5434 sayılı Kanun kapsamında görev yaptıktan sonra kamu dışında bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olarak çalışmalarını tamamlayıp 2829 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca yaşlılık aylığı bağlananlara, son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılma koşulunu taşımadıklarından Emekli Sandığına tabi olarak yaptıkları çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemesi, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 'iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine' karar vermesi ve kararın 5.6.2009 günlü, 27249 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanması nedeniyle iptal hükmü 5.6.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği hükümle eldeki davada iptali istenilen hükümler arasında ilk bakışta farklılık varmış gibi görünse de, farklılık 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden kaynaklanan mevzuat değişikliğine dayanmaktadır. 5510 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesinde 5434 sayılı Kanun'a ilişkin geçiş hükümleri yer almaktadır. Her iki kural kapsamına giren kimseler son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve kendilerine 2829 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlardır. İptali istenilen kuralda 5510 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerin de eklenmiş olması kapsamı değiştirmemektedir. Her iki kural gereğince kapsamdaki kişilere 5434 sayılı Kanun'un 89. maddesi gereğince Emekli Sandığı Kanunu'na tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden her tam fiili hizmet yılı için aylık bağlamaya esas tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak ödenmektedir.

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin K.2009/17 sayılı kararıyla iptal ettiği kural ile eldeki davada iptali istenilen kural kapsam ve içerik yönünden aynı niteliktedir. Bu nedenle iptali istenilen kural Anayasa'nın 153. maddesine aykırı olarak yasalaşmıştır. İptali gerekir.

...

VI- SONUÇ

16.6.2010 günlü, 5997 sayılı Bazı Kanunlarda ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle, 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesinin ***'Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve'*** *bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 12.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi."*

22. 6270 sayılı Kanun ile anılan 89. madde aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir:

"Hizmet sürelerinin tamamı bu Kanun ve/veya 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun geçici 4 üncü maddesi kapsamında geçenlerden emekli, adi malullük veya vazife malullüğü aylığı bağlanan veyahut toptan ödeme yapılan asker ve sivil tüm iştirakçilere, her tam fiili hizmet yılı için aylık bağlamaya esas tutarın bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir.

Birinci fıkra kapsamına girmemekle birlikte, bu Kanun ve/veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamında hizmeti bulunanlardan mülga 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden emeklilik, yaşlılık ya da malullük aylığı bağlananlara ise; bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerine tabi olarak bu Kanuna tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda geçen çalışmalarının, 25/8/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesinde belirtilen kıdem tazminatına hak kazanma şartlarına uygun olarak sona ermiş olması şartıyla emekli ikramiyesi ödenir.

İkinci fıkra uyarınca ödenecek emekli ikramiyesi, bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamına giren görevlerde geçen

her tam fiili hizmet yılı ile sınırlı olarak bu görevlerden ayrıldıkları tarihteki emeklilik keseneğine esas aylık tutarı üzerinden ve aylığın başlangıç tarihindeki katsayılar dikkate alınarak ödenir. Mülga 2829 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü fıkrasının son cümlesinin bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz.

Yukarıdaki fıkralara göre verilecek emekli ikramiyesinin hesabında 30 fiili hizmet yılından fazla süreler ile mülga 2829 sayılı Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara ödenecek emeklilik ikramiyesinin hesabında bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerine tabi olarak bu Kanuna tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda geçen ve 1475 sayılı Kanunun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona eren geçmiş hizmet süreleri ve her ne suretle olursa olsun evvelce iş sonu tazminatı veya bu mahiyette olmakla birlikte başka bir adla tazminat ödenen süreleri ile kıdem tazminatı ya da emekli ikramiyesi ödenmiş olan süreleri dikkate alınmaz. Ancak, mülga 2829 sayılı Kanun hükümleri uygulanmış olmakla birlikte, bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamında hizmetleri arasında başka bir sigortalılık hali kapsamında çalışması bulunmayanların emekli ikramiyesine esas fiili hizmet sürelerinin hesabında, 1475 sayılı Kanunun 14 üncü maddesindeki şartlar aranmaz.

...”

23. 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortacılar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 106. maddesi ile ilga edilen 2829 sayılı Kanun’un 8. maddesi şöyledir:

“Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir.

Ancak, malullük, ölüm, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa göre yaş haddinden re’sen emekli olma, süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları kurumun kanunla değiştirilmesi hallerinde ilgililere hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır.”

24. Emekli ikramiyesinin güncel katsayılar üzerinden ödenmesi taleplerinin kabulüne ilişkin ilk derece mahkemesi kararı ise Danıştay

Onbirinci Dairesinin 27/2/2013 tarihli ve E.2011/6625, K.2013/1987 sayılı kararıyla aşağıdaki gerekçeye dayanılarak bozulmuştur:

"…5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesine göre emekli ikramiyesi ilgiliye bağlanan emekli aylığı esas alınarak belirlenmektedir. Emeklilik, memuriyet statüsünün değişmesine neden olan ayrı bir statü olduğundan, bu statünün başlangıcı da aylığın bağlandığı tarih olduğu gibi emekli aylığı da, ödenecek ikramiyenin bir unsuru ve ölçüsü olup, emekli aylığı belirlendikten sonra buna göre ikramiye ödenmektedir. Bu nedenle; davacının yoksun kaldığı ikramiye farkı, diğer bir anlatımla uğranılan zarar emekli aylığının bağlandığı tarih itibariyle oluştuğuna göre, tazmini gereken zararın da, zarara neden olan bu işlemin tesis olunduğu tarihteki hukuksal duruma göre hesaplanması gerekeceği tabiidir.

Bu itibarla; yukarıda değinilen açıklamalar ve yasal mevzuat hükümleri gereğince, davacıya ödenmesi gereken emekli ikramiyesinin ödeme tarihindeki güncel tutarlar üzerinden hesaplanarak ödenmesi yönündeki istemin herhangi bir yasal dayanağı bulunmadığından reddi gerekmekte iken, kabulü yolunda verilen Mahkeme kararında isabet bulunmadığı sonucuna varılmıştır."

B. Uluslararası Hukuk

25. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde kararların icrasından açıkça bahsedilmemekle birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak yargı kararlarının icra edilmesi hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının; yargı kararlarının uygulanmasını korumaksızın, davacılara sağlanan yargılama sürecinin adil, kamuya açık ve hızlı olması gibi usule ilişkin güvenceleri ayrıntılı şekilde tanımladığının düşünülemeyeceğini belirtmiştir *(Hornsby/Yunanistan*, B. No: 18357/91, 19/3/1997, § 40).

26. AİHM, kesinleşmiş ve bağlayıcı bir yargı kararının lehine karar verilen tarafın zarar görmesine rağmen infaz edilmemesi durumunda

Sözleşme'nin 6. maddesinin teminat altına aldığı mahkemeye erişim hakkının bir anlam ifade etmeyeceğini vurgulamaktadır. Hangi yargı makamı verirse versin hükmün infaz edilmesi 6. madde kapsamında "dava"nın tamamlayıcı unsuru olarak değerlendirilmelidir (*Burdov/Rusya,* B. No: 59498/00, 7/5/2002, § 34).

27. Davaya taraf olan kişinin etkin korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması, idarenin kendisi hakkında verilebilecek nihai yargı kararlarına uymasını gerektirmektedir. İdare; yargı kararını uygulamayı reddediyor, ihmal ediyor ya da onu uygulamayı geciktiriyorsa bu durumda davada taraf olan kişinin davanın safahatı süresince yararlandığı Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen teminatlar her türlü varlık nedenini kaybetmektedir (*Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye,* B. No: 6334/05, 23/10/2012, § 115).

28. Öte yandan AİHM, istikrarlı olarak kamu makamlarınca yapılacak geri ödemelerin gecikmesini faiz ödemeleriyle ilişkilendirmektedir. Mahkemenin çeşitli kararlarında makul olmayan bir gecikme gibi nedenlerle tazminatın değer kaybettiği durumlarda bu tazminatın yeterliliğinin azalacağı belirtilmiştir (*Angelov/Bulgaristan*, B. No: 44076/98, 22/4/2004, § 39; *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão ve diğerleri*, B. No: 29813/96-30229/96, § 54). Nitekim böyle başvurularda AİHM, esas itibarıyla kamu makamlarının, geçen süre nedeniyle ödenmesi gereken tutardaki değer kayıplarını telafi etmek için gecikme faizi ödeyip ödemediğini dikkate almaktadır. Kısacası AİHM, mülkiyet hakkı kapsamında faiz ödemesini, esasen devletin borçlu olduğu tutar ile alacaklı tarafından nihai olarak alınan tutar arasındaki enflasyon nedeniyle oluşan değer kayıplarını giderme yükümlülüğüyle ilişkilendirmektedir (*Akkuş/Türkiye*, B. No: 19263/92, 9/7/1997, § 29).

29. Devlet tarafından ödenecek bir bedelin enflasyon karşısındaki değer kayıplarında AİHM, ikili bir ayrıma gitmektedir. Mahkemelerce belirlenmiş bir para alacağının ödenmemesi hâlinde daha katı bir tutum sergileyerek %5'e kadar değer kayıplarını hesaplama faktörlerindeki değişkenlerle ilgili kabul etmektedir (*Arabacı/Türkiye* (k.k.), B. No: 65714/01, 7/3/2002; *Akkuş/Türkiye*, §§ 24-31). Çünkü burada ödemelerin geç yapılması, mahkeme kararlarının icra edilmesi ile ilgili bir sorundur. Mahkemelerde geçen yargılama süresindeki enflasyon nedeniyle kamulaştırma bedelinin değer kaybı yönünden ise meydana gelen farkın tazminatın belirlenmesi yönteminden kaynaklandığı ve bu konuda kamusal makamların belirli bir

takdir yetkisinin olduğu da gözetilerek bu farkın başvurucular açısından aşırı bir yük getirip getirmediği incelenerek karar verilmektedir (*Aka/Türkiye*, B. No: 19639/92, 23/9/1998, §§ 41-51; *Güleç ve Armut/Türkiye* (k.k.), B. No: 25969/09, 16/11/2010).

30. AİHM'in *Eko-Elda Avee/Yunanistan* (B. No: 10162/02, 09/03/2006, §§ 23-31) kararında haksız olarak tahsil edilen verginin 5 yıl 5 ay sonra faizsiz olarak iade edilmesinin, belli bir meblağdan yararlanma hakkı uzun süre engellenen başvurucunun mali durumunda önemli bir zarara yol açması nedeniyle ölçülü görülmemiş ve mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir.

31. *Sefine Baş/Türkiye* (B. No: 49548/99, 24/06/2008, §§ 58-64)kararında ise tazminatın faiz ödenmemesi nedeniyle değer kaybına ilişkin şikâyetler incelenmiştir. Başvuruya konu olayda idare mahkemesince, başvurucunun 15/9/2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere dul aylığına hak kazandığı kabul edilmiştir. AİHM öncelikle idare mahkemesinin kararının talep edilebilir bir "alacak" oluşturduğu ve bu nedenle başvurucununSözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında mülkiyet oluşturan bir hakkının mevcut olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca bu hakkın başvurucuya Emekli Sandığına başvurduğu tarihten itibaren geçerli olacak şekilde geriye dönük olarak tanındığını vurgulamıştır. Bununla birlikte AİHM, başvurucuya salt bu hakkın tanınmış olmasının başvurucunun mağdur sıfatını ortadan kaldırmadığını kabul etmiştir. AİHM'e göre mağdur sıfatının ortadan kalkabilmesi için ileri sürülen ihlalin hem zamanında hem de mağdurun bu hakkı kullanamadığı süre gözönüne alınarak telafi yoluna gidilmesi gerekmektedir. AİHM bu çerçevede, idare mahkemesinin yaklaşık 200 aya yayılan Nisan 1987-Aralık 2003 tarihleri arasındaki dönemdeki dul aylıklarına ilişkin oluşan zararı dikkate almadığını tespit etmiştir. AİHM söz konusu dönem için başvurucunun banka hesabına yatırılan paranın ise aynı dönemdeki enflasyon oranları karşısında uğranılan maddi kaybın sonuçlarını gidermeye yetmediğini belirtmiştir. AİHM, geçen sürenin yalnızca devlete yarar sağladığını ve ilgili dönemde Türkiye'de paranın hızla değer kaybettiğini gözönünde bulundurarak başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Mahkemenin 25/7/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Yargı Kararının Yerine Getirilmesi Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

33. Başvurucu farklı sosyal güvenlik kurumlarındaki hizmet süreleri birleştirilmekle beraber kendisine emekli ikramiyesi ödenmemesi üzerine SGK'ya yaptığı başvurunun reddedildiğini ifade etmiştir. Başvurucu; bunun üzerine açtığı davada ise Mahkemece dava konusu işlemin iptaline karar verildiğini, karara yaptığı itirazın Bölge İdare Mahkemesince kabul edildiğini ve bu karara göre emekli ikramiyesinin güncellenerek kendisine ödenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak başvurucuya göre SGK, bu kararı yok saymış ve ilk derece mahkemesinin kararı doğrultusunda eksik ikramiye ödemesi yapmıştır. Başvurucu, bu sebeple adil yargılanma hakkı kapsamında yargı kararının icra edilmesi hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

34. Anayasa'nın *"Hak arama hürriyeti"* kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

> *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."*

35. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası; herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilmesini, bunun doğal sonucu olarak da iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkını güvence altına almıştır. Anılan maddeyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bu bağlamda yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunu ve mahkeme kararlarının değiştirilemeyeceği ile uygulanmasının geciktirilemeyeceğini ifade eden Anayasa'nın 138. maddesinin adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır (*Mustafa Demirtaş*, B. No: 2013/2002, 30/12/2014, § 58).

36. Anayasa'nın 138. maddesinde mahkeme kararlarına uyma, bu kararları değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama ve yürütme organları ile idare makamları lehine herhangi bir istisna kuralına yer verilmemiştir. Yargı kararlarının ilgili kamu otoritelerince zamanında yerine getirilmediği bir devlette, bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri tam anlamıyla kullanabilmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla devlet, yargı kararlarının zamanında yerine getirilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemekle ve bu yolla bireylerin kamu otoritelerine ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür. Bu sebeple hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir devlette, bireylerin kamu otoritesi ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında yerine getirilmeyerek sonuçsuz bırakılması kabul edilemez (*Arman Mazman*, B. No: 2013/1752, 26/6/2014, § 61).

37. Kesin hükme saygı, uluslararası hukuk düzenine özgü hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul görmektedir. Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında düzenlenen yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması yükümlülüğü, hukukun genel ilkelerinden biri olarak da kabul edilen kesin hükme saygı ilkesinin de bir gereğidir. Çünkü bir hukuk sisteminde yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm zarar gören taraflardan biri açısından işlevsiz duruma getirilmişse adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır (*Arman Mazman*, § 65).

38. Başvuru konusu olayda başvurucu, emekli ikramiyesinin ödenmesi talebinin SGK tarafından reddedilmesi üzerine bu idari işlemin iptali ve emekli ikramiyesinin ödenmesi istemiyle dava açmıştır. Mahkeme 28/11/2012 tarihinde davanın kabulüne ve dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, emekli aylığının bağlandığı tarihte yürürlükte olan katsayılar dikkate alınarak hesaplanacak emekli ikramiyesinin başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme, başvurucunun ödeme tarihindeki katsayılar esas alınarak ödeme yapılması yönündeki talebini ise açık olarak reddetmiştir.

39. Başvurucunun itirazlarını kabul eden Bölge İdare Mahkemesi ise kararın ikramiye tutarının güncellenerek ödenmesi yönündeki istemin reddine ilişkin kısmının reddine ve buna dayalı olarak SGK lehine vekâlet ücreti ödenmesine ilişkin hüküm bölümünün kaldırılmasına karar vermiştir. Ancak bu kararın, başvurucunun iddia ettiğinin aksine emekli ikramiyesinin ödeme tarihindeki katsayılara göre ödenmesi yönünde başvurucu yararına bir sonucu içermediği görülmektedir. Bölge İdare Mahkemesinin kararında başvurucunun emekli ikramiyesinin güncellenerek ödenmesi yönündeki talebinin esas tazminat isteminin dışında farklı bir talep olarak değerlendirilemeyeceği açık olarak belirtilmiştir. Kurula göre bu konuda Mahkemece ayrı bir hüküm kurulması ve buna dayalı olarak SGK lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi usul hükümlerine uygun değildir. Nitekim Bölge İdare Mahkemesince, emekli aylığının bağlandığı tarihte yürürlükte olan katsayılar dikkate alınarak hesaplanacak emekli ikramiyesinin başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte başvurucuya ödenmesi yönündeki hüküm bölümü kaldırılmamıştır. Diğer bir deyişle Bölge İdare Mahkemesi, asıl tazminat talebini değerlendirerek bu şekilde hüküm kurulmasının yeterli olduğunu, ayrıca kısmi redde ve vekâlet ücretine yol açacak şekilde hüküm verilemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Bölge İdare Mahkemesi kararının başvurucunun belirttiği gibi emekli ikramiyesinin ödeme tarihindeki katsayılara göre ödenmesi yönünde bir hüküm ve gerekçe içermediği açıktır.

40. Somut olayda SGK tarafından da başvurucunun açtığı davada verilen bu kararların gözetilerek başvurucuya makul bir süre içinde ödeme yapıldığı görülmektedir. Başvurucunun ödemenin yapılmadığına ilişkin bir şikâyeti ise bulunmamaktadır. Öte yandan başvuru konusu yargı kararının SGK tarafından eksik veya yanlış uygulanması gibi bir durumun da söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilmesi hakkı yönünden açık ve görünür bir ihlal bulunmamaktadır.

41. Açıklanan gerekçelerle yargı kararının yerine getirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

42. Başvurucu, emekli ikramiyesinin ödeme tarihindeki katsayılar esas alınarak ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucuya göre ikramiye ödemesinde ödeme tarihlerinin değil de emekli aylığının bağlandığı tarihin esas alınması alacağın değer kaybetmesine yol açmaktadır.

2. Değerlendirme

43. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın 35. maddesi şöyledir:

> *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*
>
> *Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.*
>
> *Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."*

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

44. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Mülkün Varlığı

45. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*" denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

46. Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı; mevcut mal, mülk ve ekonomik değerleri koruyan bir temel haktır. Kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hakkı, bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun mülkiyet kavramı içinde değildir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, § 36). Ayrıca gelecekte elde edileceği iddia edilen bir gelirin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir (*Sultan Tokay ve diğerleri*, B. No: 2013/1122, 26/6/2014, § 42). Buna karşılık mülkiyet hakkı, bireylere bir tür sosyal güvenlik ödemesi alma hakkı içermemekle birlikte yürürlükteki mevzuatta önceden prim ödeme şartıyla veya şartsız olarak sosyal yardım alma hakkı şeklinde bir ödeme yapılması öngörülmüş ise yargısal içtihatlara paralel olarak ilgili mevzuatın aradığı şartları yerine getiren bireyin mülkiyet hakkı kapsamına giren bir menfaatinin doğduğu kabul edilmelidir (*Hüseyin Remzi Polge*, B. No: 2013/2166, 25/6/2015, § 36). Ayrıca mülkiyet hakkının belli şartlar altında ortadan kaldırılması, onun en azından ortadan kaldırılıncaya kadar "mülk" olarak kabul edilmesine engel teşkil etmez (*Bülent Akgül*, B. No: 2013/3391, 16/9/2015, § 56).

47. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında da belirtildiği gibi memur statüsü ile emekli statüsü arasında organik bir bağ bulunduğundan memur statüsünde yapılan değişiklikler doğal olarak emekli statüsünde de etkisini göstermektedir. Bu nedenle memurun sosyal güvenlik haklarından biri olarak emeklilik de Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen memurların ve diğer kamu görevlilerinin "diğer özlük işleri" kapsamında aynı kanuni güvence içindedir (AYM, 15/12/2006, E.2006/111, K.2006/112). Öte yandan somut olayda, başvurucunun "emekli ikramiyesi alacağının" mevcut olduğu, derece mahkemelerince kabul edilmiştir. Başvurucunun bu alacağının Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülkiyet hakkı kapsamında "mülk" teşkil ettiği kuşkusuzdur (*Sefine Baş/Türkiye*, § 58; *Stran Yunan Rafinerileri ve Stratis Andreadis*, B. No: 13427/87, 9/12/1994, §§ 58-62.; *Hüseyin Remzi Polge*, §§ 22-53).

ii. Müdahalenin Varlığı ve Türü

48. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme olanağı veren bir haktır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817,

19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 53).

49. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle "mülkten barışçıl yararlanma hakkı"na yer verilmiş, ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenmekle aynı zamanda "mülkten yoksun bırakma"nın şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, §§ 55-58).

50. Başvuru konusu olayda derece mahkemelerinin de tespit ettiği üzere başvurucuya emekli ikramiyesinin ödenmemesinin mülkiyet hakkına müdahale olduğu açıktır.

51. Başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale, mülkiyetten yoksun bırakma sonucuna yol açmamaktadır. Müdahalenin mülkiyetin kontrolü veya düzenlenmesi gibi bir amacı da bulunmamaktadır. Bu durumda mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen alacağın enflasyon karşısında değer kaybına uğratılarak ödenmesi şeklindeki müdahalenin, "mülkiyetten barışçıl yararlanma"ya ilişkin birinci kural çerçevesinde incelenmesi gerekir. Esasen somut olayın koşulları altında her üç müdahale türü yönünden de aynı ilkelerin uygulanması gerektiği de açıktır.

iii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

52. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla

sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

53. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

54. Anılan madde uyarınca temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

(1) Kanunilik

55. Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine göre mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt, kanuna dayalı olma ölçütüdür. Somut olayda başvurucuya emekli aylığı ödenmemesinin 2829 sayılı Kanun'un 12. maddesi ve 5434 sayılı Kanun'un, 5997 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değişik 89. maddesinin birinci fıkrasına dayandığı anlaşılmaktadır.

56. Anayasa Mahkemesi 5/2/2009 tarihli ve E.2005/40, K. 2009/17 sayılı kararı ile 2829 sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer alan *"Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve"* ibaresini, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptal etmiştir. Bu defa 5434 sayılı Kanun'un 5997 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değişik 89. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve..."* şeklindeki düzenleme de Anayasa Mahkemesinin 12/5/2011 tarihli ve E.2010/81, K.2011/78 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

57. Nitekim başvurucunun açtığı davada derece mahkemeleri de Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararlarına değinmiş ve uyuşmazlığın 6270 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan kanuni düzenlemeye göre çözümlenebileceği sonucuna varmışlardır. Mahkeme bu düzenlemelere göre başvurucuya belirtilen hizmet süreleri ve emekli aylıklarının bağlandığı tarihte yürürlükte bulunan katsayılar dikkate alınarak emekli ikramiyesi ödenmesi gerektiğinden hareketle davanın kabulüne ve dava konusu ödememe işleminin iptaline karar vermiştir. Bölge İdare Mahkemesi de SGK'nın itirazlarını reddetmiş ve bu yönüyle hükmü onamıştır.

58. Yukarıda da değinildiği üzere derece mahkemelerince hükmedilen söz konusu ikramiye alacağının SGK tarafından başvurucuya ödendiği anlaşılmaktadır (bkz. § 15). Ancak başvurucuya bu alacağın ödenmiş olması tek başına başvurucunun mağdur sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Başvurucunun mağdur sıfatının ortadan kalkabilmesi için ileri sürülen ihlalin hem zamanında hem de mağdurun bu hakkı kullanamadığı süre gözönüne alınarak telafi yoluna gidilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla müdahalenin niteliğini dikkate alan Anayasa Mahkemesi, hukukun uygulanmasına dair kamusal makamların yaklaşımının Anayasa'nın 35. maddesindeki gereklilikleri karşılayıp karşılamadığı konusunda müdahalenin takip edilen meşru amacı gerçekleştirmede başarılı olup olmadığını ve ölçülülüğünü sorgulayarak sonuca varacaktır.

(2) Meşru Amaç

59. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı, kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunması gerekmektedir.

60. Kamu yararı, doğası gereği geniş bir kavramdır. Yasama ve yürütme organları toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak neyin kamu yararına olduğunu belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Kamu yararı konusunda bir uyuşmazlığın çıkması hâlinde ise uzmanlaşmış ilk derece ve temyiz yargılaması yapan mahkemelerin uyuşmazlığı çözme konusunda daha iyi konumda oldukları açıktır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde kararların açıkça dayanaktan yoksun veya keyfî olduğu anlaşılmadıkça yetkili kamu organlarının kamu yararı tespiti

konusundaki takdirine müdahalesi söz konusu olamaz. Müdahalenin kamu yararına uygun olmadığını ispat yükümlülüğü, bunu iddia edene aittir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, §§ 34-36).

61. Sosyal güvenlik hakkınınyer aldığı Anayasa'nın 60. maddesinde *"Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar"* denilmektedir. Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak kişilerin yaşlılık, hastalık, malûllük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır (AYM, E.2006/111, K.2006/112, 15/12/2006).

62. Sosyal güvenlik ödeme ve yardımlarının devletin mali imkânlarının yeterliliği ve adil ölçüler ile sınırlı olduğu dikkate alındığında açıkça kamu yararı amacı güttüğünden müdahalenin meşru amacı bulunmaktadır.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

63. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülkiyet haklarına getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması ve ulaşılmak istenen kamu yararı ile bireyin sınırlandırılan hakkı arasında adil bir dengenin kurulması gerekir. Bu adil denge, mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle bireye şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfetin yüklenmesi durumunda bozulmuş olur.

64. Bir mülkün devir tarihindeki bedelinin daha sonra ödenmesi durumunda arada geçen sürede enflasyon nedeniyle paranın değerinde oluşan hissedilir aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanma imkânı da bulunmamaktadır. Bu şekilde, kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır (AYM, E.2008/58, K.2011/37, 10/2/2011).

65. Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun bir hak olarak öngördüğü veya kamu borcu hâline gelmiş ödemelerin geç yapılması nedeniyle

mağdur olunduğu iddiasıyla yapılan başvurularda, kamu kurumlarının fazla tahsil ettikleri tarih ile ödeme tarihi arasında geçen sürede alacakta veya hakka konu bedelde meydana gelen değer aşınmalarının başvurucular üzerinde orantısız bir yük oluşturması hâlinde ihlal kararları vermiştir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri,* B. No: 2013/817, 19/12/2013; *Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş.*, B. No: 2013/28, 25/2/2015). Anayasa Mahkemesi ayrıca mahkemelerce hükmedilen tazminatın yargılamada geçen süre nedeniyle enflasyon karşısında değer kaybettiği bir başvuruda da ölçülülük yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Abdulhalim Bozboğa*, B. No: 2013/6880, 23/3/2016).

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

66. Başvurucu, hak ettiği emekli ikramiyesinin güncel katsayılar yerine emekli olduğu tarihteki katsayılar üzerinden hesaplanması nedeniyle mağdur olduğundan yakınmaktadır. Başvurucunun bu şikâyetini, Anayasa Mahkemesi *Hüseyin Remzi Polge* başvurusunda da incelemiş ve emekli ikramiyesinin ödeme tarihindeki memur maaş katsayısı üzerinden hesaplanarak ödenmesine imkân veren bir düzenleme olmadığı gibi bu yönde bir uygulama veya yerleşik bir içtihadın da bulunmadığı tespit edilmiştir (§ 51).

67. Somut olayda Mahkeme, başvurucuya emekli aylığının bağlandığı tarihteki katsayılara göre ödenecek emekli ikramiyesi için başvuru tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesine karar vermiştir. SGK da bu karara göre yapılan hesaplama çerçevesinde, 1/10/1988 tarihinde aylık bağlandığını gözeterek başvurucunun emekli ikramiyesini 2,27 TL olarak hesaplamıştır.

68. Sosyal güvenlik gibi teknik ve karmaşık bir alanda kanunların nasıl yorumlanarak uygulanacağını belirlemek ilgili uzman mahkemelerin, itiraz ve temyiz ile görevli mahkemelerin yetki ve sorumluluğundadır. Başvuru konusu olayla benzer birçok dava ilgili kişilerce mahkemeler önüne götürülmüş ve mahkemeler Anayasa Mahkemesinin iptal kararları sonrasında ilgililer için emekli ikramiyesi ödenmesi hakkı doğduğuna ancak ödemelerin kanun gereği emekliye ayrılma tarihindeki katsayılar üzerinden yapılmasına karar vermişler ve ödeme tarihindeki katsayılar üzerinden ödeme yapılması ve/veya güncelleme taleplerini reddetmişlerdir (*Hüseyin Remzi Polge,* § 49).

69. Dolayısıyla derece mahkemelerinin emekli ikramiyesinin, aylık bağlandığı tarihteki memur maaş katsayısı üzerinden hesaplanarak ödenmesi yönündeki yorumunun keyfî ve öngörülemez nitelikte olduğu söylenemez.

70. Bununla birlikte müdahalenin ölçülü olup olmadığının, başvurucunun "emekli ikramiyesi alacağının" değer kaybına uğratıldığı yönündeki şikâyetinin de dikkate alınarak değerlendirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır (bkz. §§ 27-30; *Hüseyin Remzi Polge*, §§ 22-53).

71. SGK tarafından başvurucuya 1/10/1988 tarihinde yaşlılık aylığı tahsis edilmiştir. Derece mahkemeleri de bu tarihi esas alarak emekli ikramiyesinin başvurucuya ödenmesine karar vermişlerdir. Dolayısıyla yapılan yargılama neticesinde geriye dönük olarak başvurucunun emekli ikramiyesinin mevcut olduğunun tespit edildiği görülmektedir. Nitekim Danıştay içtihatlarında da emekliliğin, memuriyet statüsünün değişmesine neden olan ayrı bir statü olması sebebiyle bu statünün başlangıcının da aylığın bağlandığı tarih olduğu, emekli aylığının da ödenecek ikramiyenin bir unsuru ve ölçüsü olup emekli aylığı belirlendikten sonra buna göre ikramiye ödendiği belirtilmiştir. Danıştay; emekli aylığının bağlandığı tarih itibarıyla hak kazanılan yoksun kalınan ikramiye farkı yönünden tazmini gereken zararın, zarara neden olan bu işlemin tesis olunduğu tarihteki hukuksal duruma göre hesaplanması gerektiğini kabul etmektedir (bkz. § 24). Ancak derece mahkemelerince başvuru tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesine karar verilmiştir. Bu sebeple SGK tarafından başvurucuya 0,54 TL faiz ödemesi yapılmıştır. Başvurucunun uzun bir süre idareye müracaat etmediği söylenebilirse de bu müracaatın ancak Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararları sonucunda mümkün olabildiği de dikkate alınmalıdır.

72. Merkez Bankası verilerine göre emekli ikramiyesine hak kazanıldığı 1988 yılı Ekim ayındaki 100 TL'nin, ödemenin yapıldığı 2013 yılı Mart ayı itibarıyla enflasyon karşısında değer kaybı giderilmiş karşılığı 456.899 TL'dir. Bu durumda, başvurucuya ödenmesi gereken 2,27 TL tutarındaki emekli ikramiyesi alacağının 2013 yılı Mart ayı itibarıyla Merkez Bankası verileri kullanılarak enflasyon karşısında değer kaybının giderilmiş karşılığı 10.372 TL'dir.

73. Dolayısıyla yukarıdaki verilere göre başvurucunun mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen 2,27 TL tutarındaki alacağının

değer kaybını telafi edecek fark 10.369,73 TL'dir. Buna karşılık derece mahkemelerince başvurucunun alacağına 22/6/2010 tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesine karar verilmiş olup bu doğrultuda başvurucuya yalnızca 0,54 TL tutarında faiz ödemesi yapıldığı görülmektedir. Buna göre başvurucuya yapılan faiz ödemesine rağmen alacağının ödenmesine kadar olan dönemde enflasyonda meydana gelen artış % 456.792 oranında olmuştur.

74. Başvurucuya emekli ikramiyesi ödenmemesi suretiyle yapılan müdahale yönünden derece mahkemelerince Anayasa Mahkemesinin iptal kararları da gözetilerek emekli ikramiyesinin başvurucuya ödenmesine karar verilmiştir. SGK tarafından da yargılama neticesinde hükmedilen emekli ikramiyesinin başvurucuya ödendiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan başvurucunun mağduriyeti giderilmiş durumdadır. Öte yandan başvurucunun ikramiye hesabında ödeme tarihindeki katsayıların esas alınması talebinin somut bir temele dayalı olmadığı, hesaplama yöntemi ve esasları bakımından takdir hakkının derece mahkemelerine ait olduğu değerlendirilmiştir. Bununla birlikte yargılama makamlarının başvurucunun emekli aylığının bağlandığı 1/10/1988 tarihi itibarıyla emekli ikramiyesine hak kazandığını tespit ettikleri görülmektedir. Nitekim ikramiyenin hesabı da bu tarihteki katsayılara göre yapılmıştır. Ancak başvurucunun bu ikramiye alacağına SGK'ya başvurduğu 22/6/2010 tarihinden itibaren yasal faiz işletilmiş olup bu faiz ödemesinin ise başvurucunun alacağında enflasyon nedeniyle meydana gelen değer kaybını karşılamadığı ortadadır.

75. Sonuç olarak başvurucunun emekli ikramiyesine hak kazandığı tarihten ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen yirmi beş yıllık süredeki enflasyon oranları dikkate alındığında mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen söz konusu alacağın değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşılmaktadır. Belirtilen değer kaybının miktarı gözetildiğinde müdahaleyle başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağandışı bir külfet yüklendiği, bu sebeple söz konusu müdahalenin kamunun yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengeyi başvurucu aleyhine bozduğu sonucuna varılmıştır.

76. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

77. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1)Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

78. Başvurucu, 33.000 TL maddi ve 5.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

79. Başvuruda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

80. Mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle başvurucunun uğradığı zarar miktarı, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen alacağının uğradığı değer kaybı bedelidir. Bu değer kaybı bedelinin ise 10.369,73 TL olduğu yukarıda belirtilmiştir (bkz. §§ 70, 71). Belirtilen tutardan yapılan 0,54 TL tutarında faiz ödemesi de mahsup edildiğinde maddi zararları karşılığında başvurucuya net 10.369,19 TL maddi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

81. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Yargı kararının yerine getirilmesi hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 10.369,19 TL maddi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Ankara 16. İdare Mahkemesine (E.2011/408, K.2012/2033) GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/7/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

TORSAN ORMAN SAN. VE TİC. LTD. ŞTİ. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/13677)

Karar Tarihi: 20/9/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Özgür DUMAN
Başvurucu	:	Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti.
Vekili	:	Av. Cüneyit GÖĞÜŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, akaryakıt istasyonunda yapılan denetimler sonucu teknik düzenlemelere uygun olmadığı tespit edilen sıvılaştırılmış petrol gazının değeri kadar paranın müsaderesine karar verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 7/8/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

A. Başvuruya Konu Uyuşmazlığın Arka Planı

9. Başvurucu, Tüysüz Belediyesi Subatağı Mevkii Toprakkale/ Osmaniye adresinde LPG dağıtıcı lisansı ile akaryakıt istasyonu işleten bir şirkettir.

10. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından yapılan denetimler kapsamında 3/12/2012 tarihinde başvurucu Şirkete ait tesisten petrol gazı (LGP) numunesi alınarak analiz için Ortadoğu Teknik Üniversitesi (ODTÜ) Petrol Araştırma Merkezine gönderilmiştir.

11. ODTÜ Petrol Araştırma Merkezi tarafından düzenlenen analiz raporunda, alınan numunenin teknik düzenlemelere aykırı nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Bunun üzerine Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu (Kurul) tarafından 17/1/2013 tarihinde başvurucunun savunmasının alınmasına karar verilmiştir. Başvurucunun savunması ve Denetim Daire Başkanlığının görüşlerini değerlendiren Kurul 2/3/2005 tarihli ve 5307 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı altı bendi uyarınca 12/11/2013 tarihinde başvurucu hakkında 339.814 TL tutarında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.Kurul ayrıca 5307 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca başvurucunun LPG dağıtıcı lisansının iptaline ve denetim tarihi itibarıyla numune alınan tankta bulunan ürün miktarı esas alınarak müsadere işlemlerinin başlatılmasına karar vermiştir.

B. İdari Dava ve Yürütmenin Durdurulması Süreci

12. Başvurucu, lisansın iptalinin ve numune alınan tankta bulunan ürünün müsaderesinin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla EPDK aleyhine 18/2/2014 tarihinde Ankara 18. İdare Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Başvurucu ayrıca, dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulması talebinde de bulunmuştur.

13. Mahkeme 16/9/2014 tarihinde, hukuka açıkça aykırı olup uygulanması hâlinde telafisi güç zararlar doğuracağı gerekçesiyle dava konusu işlemin lisans iptaline ilişkin kısmının yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Mahkeme, ürün müsadere işlemlerinin başlatılmasına yönelik kısmın yürütmesinin durdurulması talebini ise reddetmiştir. Kararın gerekçesinde, 5307 sayılı Kanun'a aykırı olarak bir soruşturma yapılmadan lisansın iptal edilmesinin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Yine gerekçede, dava konusu işlemin davalı idarece numune alınan tankta bulunan ürünün müsaderesine ilişkin sürecin başlatılmasına yönelik idari işlemin ise hukuka aykırı olmadığı açıklanmıştır.

14. EPDK tarafından yürütmenin durdurulması kararına itiraz edilmiş, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurulu 16/4/2014 tarihinde itirazın reddine karar vermiştir.

C. Müsadere Süreci

15. EPDK 3/12/2012 tarihli numune alma tutanağında belirtilen LPG'nin değeri kadar paranın başvurucudan müsadere edilmesi istemiyle 8/1/2014 tarihinde (kapatılan) Osmaniye 1. Sulh Ceza Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Dilekçede, yapılan laboratuvar analizlerine göre numunesi alınan LPG'nin teknik kriterlere aykırı olduğu belirtilmiştir. EPDK ayrıca -muhafaza altına alınmadığından- mevcut olmadığı için ürünün değeri kadar paranın müsaderesi gerektiğini ifade etmiştir.

16. Mahkeme, numune alma tutanağında belirtilen miktardaki LPG'nin piyasa değeri hususunda uzman bir bilirkişiden rapor almıştır. Makine uzmanı teknik bilirkişi 25/2/2014 tarihli raporunda, numunesi alınan tanktaki ürünün toplam miktarının yirmi ton ve bu ürünün piyasa rayiç değerinin ise 74.000 TL olduğu kanaatini bildirmiştir.

17. Mahkeme, tarafları duruşmaya çağırmış; 1/4/2014 tarihli duruşmaya katılan başvurucu Şirket vekili istemin reddine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme, aynı duruşmada müsadere talebinin reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, fiilin kabahat niteliğinde olduğundan 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre müsadere kararı verilemeyeceği belirtilmiştir.

18. EPDK 24/4/2014 tarihinde karara itirazda bulunmuştur. İtirazı değerlendiren Osmaniye 3. Asliye Ceza Mahkemesi 7/5/2014 tarihinde

itirazın kabulüne, itiraza konu kararın kaldırılmasına ve idari yaptırıma konu LPG'nin değeri kadar paranın müsaderesine karar vermiştir. Mahkeme, başvurucu Şirketin işlettiği istasyondan alınan numunenin analiz raporuna göre teknik düzenlemelere aykırı olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, bu nitelikteki LPG'nin 5307 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre müsadere edilmesinin zorunlu olduğunu ancak ürün elden çıkarıldığı için 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ürünün değerinin müsadere edilebileceğini belirtmiştir.

19. Bu defa başvurucu, karara itiraz etmiş; Osmaniye 1. Ağır Ceza Mahkemesinin17/6/2014 tarihli kararıyla itirazın reddine karar verilmiştir.

20. Nihai karar başvurucu vekiline 8/7/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

21. Başvurucu 7/8/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

D. Başvuru Tarihinden Sonra Yaşanan Gelişmeler

22. Ankara 18. İdare Mahkemesi 26/12/2014 tarihinde davanın kısmen kabulüne ve kısmen reddine karar vermiştir. Mahkeme, dava konusu işlemin lisans iptaline ilişkin kısmının iptaline; numune alınan tankta bulunan ürünün müsaderesine ilişkin kısmının ise incelenmeksizin reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde 5307 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olarak soruşturma açılmadan EPDK tarafından lisansın iptal edilmesinin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Kararda ayrıca, numune alınan tankta bulunan ürünün müsaderesine ceza mahkemesince karar verildiğinden idari davaya konu edilebilecek bir idari işlem bulunmadığı ifade edilmiştir.

23. Karar, davalı EPDK tarafından temyiz edilmiş olup Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nden (UYAP) yapılan sorgulamaya göre Danıştay tarafından temyiz incelemesinin devam ettiği görülmektedir.

24. Başvurucu, Osmaniye 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 17/6/2014 tarihli kararının kanun yararına bozulmasını talep etmiş ise de Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünce, kanun yararına bozma yoluna gidilmediği hususu 19/11/2014 tarihinde bildirilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

25. 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesi şöyledir:

"Mahkumiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabından husule gelen eşya fiilde methali olmıyan kimselere ait olmamak şartiyle mahkemece zabıt ve müsadere olunur.

Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile mutlaka zabıt ve müsadere olunur.

..."

26. 5307 sayılı Kanun'un *"Yaptırımlar"* kenar başlıklı 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Lisans sahibi kişiler hakkında bu Kanuna, bu Kanuna göre yürürlüğe konulmuş yönetmeliklere, Kurumun yazılı talimatlarına veya lisanslarına kayıtlı hususların herhangi birine riayet edilmediği takdirde, Kurum tarafından ön araştırma veya soruşturma başlatılır. Ayrıca, ilgiliye onbeş gün içerisinde aykırılıkların giderilmesi, aksi halde bahse konu piyasa faaliyetlerinin geçici bir süre için durdurulabileceği veya doğrudan doğruya iptal yaptırımının uygulanacağı ihbar edilir. Bu ihbara rağmen onbeşgünlük sürenin bitiminde aykırılıklar giderilmezse, Kurum piyasa faaliyetini otuzgünden az, yüzseksen günden çok olmamak üzere geçici olarak durdurur. Geçici durdurma süresince, tehlikeli eylemin veya kötüniyetin veya herhangi bir zararın oluşmasının önlenmesi ile faaliyetin durdurulmasına neden olan durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin faaliyetler dışında hiçbir piyasa faaliyeti yapılamaz. Lisans iptalleri Kurumca yapılacak soruşturma neticesine göre karara bağlanır.

(Değişik ikinci fıkra: 4/6/2016-6719/12 md.) Kaçak veya menşei belli olmayan LPG ile piyasa faaliyetinde bulunan lisans sahiplerinin lisansı iptal edilir. Teknik düzenlemelere uygun olmayan LPG'yi piyasa faaliyetine konu etme fiilini, lisans süresince, aynı lisansla üç defa işleyen lisans sahiplerinin

lisansı iptal edilir. Teknik düzenlemelere uygun olmayan LPG, mahkeme kararı ile müsadere edilir. Bu LPG'yi ikmal edenler zararı üç ay içinde tazmin etmekle yükümlüdür."

27. 31/3/2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 2. maddesi şöyledir:

"(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz."

28. 5237 sayılı Kanun'un *"Eşya müsaderesi"* kenar başlıklı 54. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/11 md.) Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.

..."

29. 5237 sayılı Kanun'un *"Kazanç müsaderesi"* kenar başlıklı 55. maddesi şöyledir:

"(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.

(2) Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.

(3) (Ek: 26/6/2009 – 5918/2 md.) Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir."

30. 5328 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun *"Mülkiyetin kamuya geçirilmesi"* kenar başlıklı 18. maddesi şöyledir:

"(1) Kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine, ancak kanunda açık hüküm bulunan hallerde karar verilebilir.

(2) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, eşyanın;

a) Kullanılmaz hale getirilmesi,

b) Niteliğinin değiştirilmesi,

c) Ancak belli bir surette kullanılması,

Koşullarından birinin yerine getirilmesine bağlı olarak belli bir süre geciktirilebilir. Belirlenen süre zarfında koşulun yerine getirilmemesi halinde eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.

(3) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar kesinleşinceye kadar ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından eşyaya elkonulabileceği gibi; eşya, kişilerin muhafazasına da bırakılabilir.

(4) Eşyanın mülkiyeti, kanunda açık hüküm bulunan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşuna, aksi takdirde Devlete geçer.

(5) Eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebilmesi için fail hakkında idarî para cezası veya başka bir idarî yaptırım kararı verilmiş olması şart değildir.

(6) Kaim değerin mülkiyetinin kamuya geçirilmesine de karar verilebilir.

(7) Mülkiyeti kamuya geçirilen eşya, başka suretle değerlendirilmesi mümkün olmazsa imha edilir.

(8) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde yerine getirilir."

31. 4/11/2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesi şöyledir:

"Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır."

32. 10/5/2006 tarihli ve 26164 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in (Yönetmelik) 15. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

"(Değişik:RG-3/1/2013-28517) Test ve analiz sonuçlarının ilgili teknik düzenlemeye aykırı çıkması ve lisans sahibinin olaya ilişkin olarak yapacağı savunmanın Kurulca yetersiz görülmesi halinde, geçici mühürleme yapılarak Kanun uyarınca mahkemeden müsadere kararı alınmasını teminen Kurumca ilgili mahkemeye başvuruda bulunulur. Numune alınmasından müsadere kararının verilmesine kadar geçecek süre zarfında numune alınan ürünün ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması hâlinde, ilgili mahkemeden numune alma tutanağında belirtilen ürün miktarının değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilmesi talep edilir. Bu durum, Kanunun 16 ve 17 nci maddelerinde öngörülen idari para cezası ve/veya idari yaptırımların uygulanmasına engel teşkil etmez."

2. Yargıtay İçtihatları

33. Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 20/10/2005 tarihli ve E.2015/11262, K.2015/5880 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi ile 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi gereğince 'bu kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı' ve aynı Kanun'un 2. maddesinde 'kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı' öngörülmüş olup, sanığın eylemine ait suç tanımları 556 sayılı KHK'de gösterildiği ve Anayasa Mahkemesinin 03.01.2008 gün 2005/15 - 2008/2 sayılı iptal kararı gerekçesinde kanunsuz suç ve ceza konulamayacağı, KHK ile suç ve ceza getirilemeyeceği yer aldığından sanığın eylemi suç tarihi itibariyle suç olmaktan çıkarılmakla, bizatihi müsadereye tabi olmayan suça konu eşyanın da iadesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin müsaderesine karar verilmesi,

Kanuna aykırı [dır]...."

34. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 26/2/2014 tarihli ve E.2013/8221, K.2014/2991 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Dosya kapsamına göre, 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinde, 'Diğer kanunların 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1. kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümlerinin, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılıncaya kadar ve en geç 31/12/2008 tarihine kadar uygulanacağı' belirtilmiş olup, 1380 sayılı Kanun'un 36/i maddesinde öngörülen müsadere tedbirinin, 01/01/2009 tarihinden itibaren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırı olduğu ve 01/01/2009 tarihinden sonra uygulanma imkanı kalmadığı cihetle, somut olayda, kabahat niteliğindeki trol ile su ürünleri istihsali eyleminde kullanılan istihsal vasıtaları ile ilgili olarak 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu'nda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun ruhu ve mantığına uygun biçimde 'mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri' öngörülmesi şeklinde açık bir yasal değişiklik ve düzenleme yapılıncaya kadar 1380 sayılı Kanun'un 36/i maddesindeki müsadere tedbirinin uygulanması hukuken kabil olmadığından

müsadere talebinin reddine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesindeisabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla Türk Milleti adına gereği görüşülüp düşünüldü;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden İstanbul 23. Sulh Ceza Mahkemesinin 27.11.2012 gün ve 2012/254 değişik iş sayılı kararının CMK. nın 309/4-d maddesi uyarınca BOZULMASINA [karar verildi]..."

35. Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 5/11/2015 tarihli ve E.2015/174, K.2015/6678 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"13/3/2005tarih ve25754 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazlan (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 02/07/2012 tarih ve 6352 Sayılı Kanun'un 68. maddesiyledeğişik 18. maddesinin üçüncü fıkrasında "İdari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılır." hükmü ile 5307 sayılı Kanun kapsamında verilen idari yaptırım kararlarına karşıitirazların idari yargı yerinde çözümleneceği hususunun düzenlendiği,aynı Kanun'un 17. maddesininikinci fıkrasındayer alan "Kaçak veya menşei belli olmayan veya teknik düzenlemelere uygun olmayan LPG ile piyasa faaliyetinde bulunan lisans sahiplerinin lisansı iptal edilir. Teknik düzenlemelere uygun olmayan LPG mahkeme kararı ile müsadere edilir. Bu LPG'yi ikmal edenler zararı tazmin etmekle yükümlüdür." şeklindeki hüküm uyarınca da,idari yaptırım kararına bağlı olarak mahkemeden idariyaptırım konusu olan LPG hakkında müsadere kararının isteneceğinin düzenlenmesinekarşınkararın hangi mahkemece(adli veya idari) verileceğihususunda bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Yine, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "başvuru yolu" yolu başlıklı 27. maddesinin 8. fıkrasında yer alan "İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür." şeklindeki düzenleme uyarıncaidari yaptırım kararı verilen işlem kapsamında idari yargının görev alanına giren kararların verilmesi

halindeidari yaptırım kararınailişkin hukuka aykırılık iddialarının idari yargı merciinde çözümlenmesiamaçlanmıştır.

Açıklanan nedenlerle, idari yaptırıma bağlıve idari tedbir niteliğinde bulunanmülkiyetin kamuya geçirilmesi anlamındaki müsadere hususundaidari yargımerciince bir karar verilmesinin gerekmesi karşısında görevsizlik kararı verilmesihususundakanun yararına bozmayoluna gelinip gelinmeyeceğinin takdiri için dosyanın Adalet Bakanlığına sunulmak üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE ... karar verildi."

36. Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 29/5/2017 tarihli ve E.2016/5906, K.2017/5064 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Açıklanan nedenlerle, idari yaptırıma bağlı ve idari tedbir niteliğinde bulunanmülkiyetin kamuya geçirilmesi anlamındaki müsadere hususundaidari yargımerciince bir karar verilmesinin gerekmesi karşısında görevsizlik kararı verilmesine yönelik itirazın kabulüne karar verilmesi gerekirken, işin esasına geçilmek suretiyle itirazın kabulü ile anılan kararın kaldırılmasına karar verilmesinde,

2- Kabule göre de, konuya ilişkin mevzuat hükümleri ile birlikte somut dosyanın tetkikinde;

... kabahat niteliğindeki eylemler bakımından 5326 sayılı Kanun'un genel kanun niteliğinde olduğu ve kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının, ancak kanunla belirlenebileceği, somut dosyada mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve dolayısıyla kaim değerin mülkiyetinin kamuya geçirilebilmesi düşünülebilse de, bu konuda 5307 sayılı Kanun ile herhangi bir kanuni düzenleme yapılmadığından veSıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 15/6. maddesinde yer alan düzenlemenin kanunun aradığı usul ve şartlardaki yasal düzenleme yerine geçmeyeceğinden yapılan itirazın reddi yerine kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın kanun yararına bozulması isteminde bulunulmakla;

Gereği görüşülüp düşünüldü;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, Osmaniye 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 07/05/2014 tarihli ve 2014/185 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309/4-a maddesi uyarıncabozulmasına ... karar verildi."

B. Uluslararası Hukuk

37. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün "*Mülkiyetin korunması*" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

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

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

38. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) idari bir işlem veya ceza yargılaması neticesine bağlı olup olmadığına bakılmaksızın bir yaptırım olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucuna yol açan müdahalelere ilişkin genel yaklaşımı; bu yaptırımın -mülkten yoksun bırakmayı içerse dahi- Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı kapsamında "mülkiyetin kullanımının kontrolü" olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir (Konu ile ilgili çok sayıdaki karar arasından bkz. *AGOSI/Birleşik Krallık*, B. No: 9118/80, 24/10/1986, §§ 49-51; *Phillips/Birleşik Krallık*, B. No: 41087/98, 5/7/2001, § 51; *Ismayilov/Rusya*, B. No: 30352/03, 6/11/2008, §§ 28-30).

39. AİHM'e göre mülkiyet hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin anılan maddesinin ilk ve en önemli koşulu, kamu makamları tarafından mülkiyet hakkına yapılan herhangi bir müdahalenin hukuka dayalı olması gerekliliğidir (*Iatridis/Yunanistan* [BD], B. No: 31107/96, 25/3/1999, § 58). Bu maddenin birinci paragrafının ikinci cümlesi devletlere yalnızca "hukukun öngördüğü koşullar" dâhilinde mülkiyetten yoksun bırakma yetkisi vermiş; ikinci paragraf ise devletlere ancak hukuk kuralları uygulanarak mülkiyeti kamu yararına kontrol etme yetkisi tanımıştır (*Iatridis/Yunanistan*, § 58). AİHM, hukuka dayalı olma ilkesini yalnızca

bu maddede yer alan hükümlerden çıkarmamaktadır. Kararlarda sıklıkla demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesinin Sözleşme'nin bütün maddeleri için geçerli olduğu ifade edilmektedir.

40. AİHM'e göre hukukilik ilkesi, müdahalenin ilk olarak iç hukukta bir temelinin olması gerektiği anlamına gelmektedir (*Shchokin/Ukrayna*, B. No: 23759/03-37943/06, 14/10/2010, § 51). Mahkeme, Sözleşme'de geçen "hukuk" ya da "hukuka aykırı" terimlerinin sadece iç hukuka atıfta bulunmakla kalmayıp aynı zamanda hukukun üstünlüğü ile ilgili olduğunu belirtmektedir. Buna göre uygulanan iç hukuktaki düzenlemelerin hukukun üstünlüğü ilkesiyle de uyumlu olması gerektiği ifade edilmektedir (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 67). Hukuka dayalı olma ilkesi, ayrıca iç hukukta uygulanan kanun hükümlerinin yeterli derecede erişilebilir, belirli ve öngörülebilir olmasını da içermektedir (*Beyeler/İtalya* [BD], B. No: 33202/96, 5/1/2000, § 109; *Hentrich/Fransa*, B. No: 13616/88, 22/9/1994, § 42; *Spaček, s.r.o./Çek Cumhuriyeti*, B. No: 26449/95, 9/11/1999, §§ 56-61).

41. AİHM, müsadere ve el koymanın iç hukukta herhangi bir temele dayanmadığının tespiti durumunda başka hiçbir ölçütün incelenmesine gerek olmadan mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir. *Frizen/Rusya* (B. No: 58254/00, 24/3/2005) kararınakonu olayda, başvurucunun muhasebeci olarak çalıştığı şirket aracılığıyla satın aldığı araca başvurucunun eşi ile bu şirketin diğer ortağı hakkındaki yolsuzluk isnadı kapsamında el konulmuş, yapılan yargılama neticesinde bu aracın müsaderesine karar verilmiştir. AİHM, ulusal makamlarca başvurucunun aracının müsadere edilmesi yönünde bir kamu yararı değerlendirmesi yapıldığını tespit etmiş ancak bu makamların müsadere kararı için hukuki bir temel göstermediklerini belirtmiştir. Buna göre müsadere kararını veren yerel mahkemeler gerek başvurucunun kocasına karşı yürütülen ceza yargılaması sırasında gerekse başvurucunun başlattığı yargılama sürecinde müsadere ile ilgili herhangi bir kanun hükmü göstermemişlerdir. Mahkeme, iç hukukun uygulanmasını denetleme konusundaki gücünün sınırlı olduğunu ve öncelikle ulusal makamların hukuku uygulamak ve yorumlamakla görevli olduğunu hatırlatmıştır. Ancak somut başvuruda ulusal makamların başvurucunun mülkünün müsaderesinin dayanağını oluşturan mevzuat hükmü gösterme konusundaki süregelen başarısızlığını dikkate alan

AİHM, başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukuka dayalı olmadığını tespit etmiştir (*Frizen/Rusya*, §§ 32-37).

42. Bu konuda *Varvara/İtalya* (B. No: 17475/09, 29/10/2013) ve *Sud Fondi SRL ve diğerleri/İtalya* (B. No: 75909/01, 20/1/2009) kararları da örnek gösterilebilir. *Sud Fondi SRL ve diğerleri/İtalya* başvurusunda başvurucular, bir ormanın yakınında binalar inşa ettirmek üzere belediyeye başvurmuşlardır. Belediye bu imar ıslah planını onaylamış ve binaların yapılması için gerekli izinleri vermiştir. Ancak bakanlık kararıyla bu orman sonradan koruma altına alınmış ve bu bölgede yapılaşma bakanlık iznine bağlanmıştır. Bunun üzerine başvurucu tarafından yaptırılan yapıların izinsiz olduğu gerekçesiyle ceza soruşturması başlatılmış ancak yapılan yargılama neticesinde zamanaşımı nedeniyle dava düşürülmüştür. Bununla birlikte derece mahkemeleri, kanuna aykırı oldukları gerekçesiyle bu alanda yapılan binaların belediye yararına müsadere edilmesine karar vermiştir. AİHM; başvuruyu önce Sözleşme'nin 7. maddesi bağlamında incelemiş ve başvurucuya keyfî olarak müsadere yoluyla ceza verildiğini, bunun ise suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyle bağdaşmadığını tespit etmiştir (*Sud Fondi SRL ve diğerleri/İtalya,* §§ 105-118). Mahkeme ayrıca mülkiyet hakkı yönünden de inceleme yapmıştır. Buna göre müsadere kararının Sözleşme'nin anlamı kapsamında kanuni bir dayanağının bulunmadığı ve başvurucuların keyfî olarak cezalandırıldığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu gerekçeyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin de hukuka dayalı olmadığını ve keyfî olduğunu kabul etmiştir. Ancak şikâyet edilen müdahalenin ağırlığını dikkate alan AİHM, ölçülülük yönünden de değerlendirme yaparak mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir (*Sud Fondi SRL ve diğerleri/İtalya,* §§ 130-142). Aynı olayla ilgili daha sonraki bir tarihte verilen *Varvara/İtalya* kararında da aynı sonuca varılmış ancak kararda ayrıca bir ölçülülük incelemesi yapılmayacağı belirtilmiştir (*Varvara/İtalya,* §§ 83-85).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

43. Mahkemenin 20/9/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

44. Başvurucu ilk olarak idari yargı yerinde açmış olduğu davada müsaderenin dayanağı olan idari işlemin yürütmesinin durdurulmasına

karar verildiğine dikkat çekmektedir. Başvurucuya göre bu karar yok sayılarak LPG bedelinin müsadere edilmesi Anayasa'ya aykırıdır. Başvurucu ikinci olarak ise ithalatçı firmanın söz konusu LPG'nin tüm teknik verilere uygun olduğunu resmî bir rapor ile tespit ettirdiğini ve hiçbir dağıtıcı şirketin ithalatçı firmadan aldığı LPG'ye müdahale etme imkânına sahip olmadığını ifade etmektedir. Başvurucu ayrıca, teknik düzenlemelere aykırı olduğu gerekçesiyle sahibi olduğu istasyondan numune alınan LPG'nin bedelinin müsaderesine karar verilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir. Başvurucu, sonuç olarak bu gerekçelerle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

45. Bakanlık görüşünde, yargı kararının yerine getirilmesini isteme hakkının ancak bu kararın nihai bir karar olması durumunda mümkün olduğu ve somut olayda da uygulanması istenilen kararın yürütmenin durdurulması istemine ilişkin bir karar olduğu belirtilmiştir.

B. Değerlendirme

46. Anayasa'nın *"Mülkiyet hakkı"* kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

47. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de başvurucunun şikâyetlerinin özü; sahibi olduğunu belirttiği LPG'nin kaim değerinin müsaderesi hakkındadır. Dolayısıyla şikâyetin konusu başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleye ilişkin olduğundan başvurucunun bütün şikâyetlerinin mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

48. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

49. Anayasa'nın 35. maddesi kapsamındaki mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvurucu, böyle bir hakkın varlığını kanıtlamak zorundadır (*Cemile Ünlü*, B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 26; *İhsan Vurucuoğlu*, B. No: 2013/539, 16/5/2013, § 31). Somut olayda başvuruya konu müsadere edilen LPG'nin kaim değeri olan para tutarının başvurucunun mal varlığına dâhil olduğundan mülk teşkil ettiği kuşkusuzdur.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

50. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle "mülkten barışçıl yararlanma hakkı"na yer verilmiş, ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenerek aynı zamanda "mülkten yoksun bırakma"nın şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, §§ 55-58).

51. Somut olayda teknik düzenlemelere aykırı olduğu gerekçesiyle başvurucunun sahibi olduğu akaryakıt istasyonunda numunesi alınan tanktaki LPG'nin değeri kadar para tutarının "müsaderesi"ne karar verilmiştir. Buna göre müsadere yoluyla başvurucunun mülkünden yoksun bırakılmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur. Müdahalenin türünün ise yol açtığı sonuçlar yanında ayrıca amacı da gözetilerek belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla esas itibarıyla mülkün toplum yararına aykırı olarak kullanılmasının

önlenmesi kontrol edilerek düzenlendiğine göre başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin mülkiyetin kullanımının kontrolüne veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekir (Konu ile ilgili çok sayıdaki karar arasından bkz. *Bekir Yazıcı* [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, §§ 54-58; *Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 42-48).

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

i. Genel İlkeler

52. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

53. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir(*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

54. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği belirtilmek suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi gereği ifade edilmiştir. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi de *"hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği"*ni temel bir ilke olarak benimsemiştir (*Ali Ekber Akyol ve diğerleri*, B. No: 2015/17451, 16/2/2017, § 51).

55. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması gerektiği hüküm altına alınırken Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi mülkiyetten yoksun bırakmanın kamu yararıyla, yasada öngörülen

koşullarla ve uluslararası sözleşmelere uygun olarak yapılabileceğini öngörmektedir. Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamaktadır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 31).

56. Hak ve özgürlüklerin, bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfî müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir. Bununla beraber kanunla düzenleme zorunluluğu, hakka yapılacak müdahalenin uygulanmasının kanun çerçevesini aşmayacak şekilde tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelge gibi yürütme organının çıkardığı ikincil düzenlemelerle yapılmasına mani değildir (*Tahsin Erdoğan*, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60).

57. Anayasa ve Sözleşme'de yer alan ve yukarıda da yer verilen üçüncü kurallar, devlete mülkiyetin kullanımı veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi vermektedir. Mülkiyetten yoksun bırakmaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme veya kontrol yetkisinin kullanımında da kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük ilkelerinin gereklerinin karşılanması kural olarak aranmaktadır. Buna göre mülkiyet hakkının düzenlenmesi veya kontrolü yetkisi de kamu yararı amacıyla ve kanunla kullanılmalıdır (*Orhan Yüksel* [GK], B. No: 2013/604, 10/12/2015, §§ 57, 58).

58. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44). Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunun öngörülebileceği kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

59. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi; hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerin de bu güven duygusunu zedeleyici

yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

60. Başvuru konusu olayda başvurucunun akaryakıt istasyonunda EPDK tarafından yapılan denetimler kapsamında 3/12/2012 tarihinde akaryakıttan numune alınmıştır. Alınan numunenin laboratuvarda yapılan analizleri sonucu teknik düzenlemelere aykırı olduğu saptanmıştır.

61. Başvurucu öncelikle idari yargı yerinde açmış olduğu davada idari işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği hâlde bu kararın yok sayılarak müsadere kararı verildiğinden yakınmaktadır. Başvurucu, lisansın iptali ve müsadere işlemlerinin başlatılmasına ilişkin EPDK işlemine karşı 18/2/2014 tarihinde Ankara 18. İdare Mahkemesinde yürütmenin durdurulması ve iptal istemiyle dava açmıştır. Ancak Mahkeme 16/9/2014 tarihinde yalnızca lisansın iptali işleminin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiş, müsadere işlemlerinin başlatılması yönünden ise işlemin hukuka uygun olduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir. Yapılan yargılama neticesinde Mahkeme 26/12/2014 tarihinde, dava konusu işlemin lisans iptaline ilişkin kısmının iptaline; numune alınan tankta bulunan ürünün (değerinin) müsaderesine ilişkin kısmının ise incelenmeksizin reddine karar vermiştir.İdare Mahkemesi, lisans iptali işlemini 5307 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasındaki *"...Lisans iptalleri Kurumca yapılacak soruşturma neticesine göre karara bağlanır."* hükmü kapsamında incelemiştir. Buna göre soruşturma açılmadan lisansın iptal edilmesi kanuna aykırı görüldüğünden bu idari işlemin iptaline karar verilmiştir (bkz. § 13). Böyle bir düzenlemeye ise aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan müsadereye ilişkin hükümde yer verilmemiş, bu maddede müsadereye mahkemece karar verileceği belirtilmiştir. Bu itibarla başvurucunun iddia ettiğinin aksine İdare Mahkemesinin yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının müsadere işlemine ilişkin olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla müsadere ile ilgili olmadığı açıkça görüldüğünden İdare Mahkemesi kararlarının yok sayılarak müsadere kararı verildiği yönündeki başvurucunun şikâyetinin temelsiz olduğu anlaşılmaktadır.

62. Başvurucu ikinci olarak ithalatçı firmanın söz konusu LPG'nin tüm teknik verilere uygun olduğunu resmî bir rapor ile tespit ettirdiğini ve hiçbir dağıtıcı şirketin ithalatçı firmadan aldıkları LPG'ye müdahale etme imkânına sahip olmadığını ifade etmiş ve bu hususların ceza mahkemesince göz ardı edilerek müsadere kararı verildiğini belirtmiştir. Ancak bireysel başvuru bakımından Anayasa Mahkemesinin görevi başvuruya konu olguların ceza hukuku veya idare hukuku anlamında bir değerlendirmesini yapmak değildir.

63. Başvurucu bunların yanında müsadere kararının hukuka aykırı olduğunu da ileri sürmektedir. Anayasa Mahkemesinin hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik şikâyetleri bakımından görevi sınırlı olup Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfîlik içeren durumlar dışında derece mahkemelerinin hukuk kurallarını uygulama ve yorumlama bakımından takdir yetkisine karışamaz. Ancak yukarıda da değinildiği üzere somut olayda müsadere yoluyla başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin mevcut olduğu kuşkusuzdur (bkz. § 50). Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ise Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen koşullara uygun olması zorunludur. Bunun için ise öncelikle müdahalenin belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanuni temelinin bulunması gerekmektedir. Diğer bir deyişle somut başvuru bakımından Anayasa Mahkemesi, öncelikle mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden müsadere tedbirinin belirtilen şekilde kanuni bir dayanağının olup olmadığını tespit etmek durumundadır.

64. Müsadere kararında 5307 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Teknik düzenlemelere uygun olmayan LPG, mahkeme kararı ile müsadere edilir."* hükmüne dayanıldığı anlaşılmaktadır. Bu maddede yalnızca LPG'nin müsadere edileceği belirtilmekle birlikte Asliye Ceza Mahkemesi ayrıca 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ürünün kaim değerinin de müsaderesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir.

65. 765 sayılı mülga Kanun'un 1. maddesiyle suçlar cürüm ve kabahat olarak ikiye ayrılmış, 11. maddede cürüm ve kabahatler için öngörülen cezalar düzenlenmiştir. Bu Kanun'un 36. maddesinde ise cürüm ve kabahatler yönünden müsadere kararı verilebileceği belirtilmiştir. Ancak 5252 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 765 sayılı Kanun yürürlükten

kaldırılmıştır. 5237 sayılı Kanun ile suçlar ve karşılığı ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiş, 30/3/2015 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile de *"karşılığında idarî yaptırım uygulanmasının öngörüldüğü haksızlık"* olarak nitelendirilen kabahatler ve idari yaptırımlar hükme bağlanmıştır.

66. 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinde bir güvenlik tedbiri olarak eşya müsaderesi, 55. maddede ise kazanç müsaderesi düzenlenmiştir. Buna göre 54. maddenin (1) numaralı fıkrasında kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere edileceği belirtilmiştir. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında ise birinci fıkra kapsamına giren eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması hâlinde bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verileceği hüküm altına alınmıştır. Öte yandan 5326 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine ancak kanunda açık hüküm bulunan hâllerde karar verilebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin (6) numaralı fıkrasına göre kaim değerinin mülkiyetinin kamuya geçirilmesine de karar verilebilir. Dolayısıyla 1/6/2005 tarihinden sonra suçlar için "müsadere" hükümleri, kabahatler için ise "mülkiyetin kamuya geçirilmesi" hükümleri uygulanmaktadır.

67. 5307 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrasında ise teknik düzenlemelere uygun olmayan LPG'nin mahkeme kararı ile müsadere edileceği hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun'da *"teknik düzenlemelere uygun LPG bulundurmama"* fiili bir suç olarak düzenlenmemiş, anılan fıkrada -üç defa işlenmesi koşuluyla- lisans iptali yaptırımını gerektiren idari bir kabahat olarak tanzim edilmiştir.

68. Yargıtayın konuya ilişkin bazı kararlarında, 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi ve 5237 sayılı Kanun'un 2. ile 5. maddeleri gereğince özel nitelikli kanunlardaki suç teşkil etmeyen fiiller nedeniyle müsadereye ilişkin hükümlerin 31/12/2008 tarihinden sonra uygulanamayacağı kabul edilmiştir (bkz. § 34). Bu kararlarda 5237 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağının düzenlendiği belirtilmiştir. Yargıtaya göre 5307 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrasında suç olarak düzenlenmediği anlaşılan fiil

nedeniyle müsadere uygulanması 5237 sayılı Kanun'un genel hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtay bununla birlikte 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi gereği, diğer kanunların 5237 sayılı Kanun'un birinci kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümlerinin ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılıncaya ve en geç 31/12/2008 tarihine kadar uygulanacağını vurgulamıştır.

69. Somut olayda, başvuruya konu fiilin (3/12/2012) ve müsadereye ilişkin karar tarihinin (7/5/2014) belirtilen tarihten sonra olduğu görülmektedir. Bu itibarla yukarıda değinilen Yargıtay kararlarına göre müsadere işleminin dayanağı olarak gösterilen 5307 sayılı Kanun'un anılan hükmünün 5237 sayılı Kanun'un genel hükümlerine aykırılık taşıdığı ve buna rağmen anılan hükümde herhangi bir değişikliğin de bugüne kadar yapılmadığı görülmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki suç olarak düzenlenmemekle birlikte kamu yararı gerekçesine dayalı olarak kanuna aykırı fiiller nedeniyle eşyanın veya kaim değerin müsadere edilmesi öngörülebilir. Bu konu, kanun koyucununtakdir yetkisi kapsamında olduğu gibi özel bir kanunda düzenlenen hükmün genel nitelikli kanun hükümlerine aykırı olup olmadığı hususu, tek başına anayasal bakımdan bir önem de taşımamaktadır.

70. Buna karşın somut olayda olduğu gibi 5307 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan müsadereye ilişkin Yargıtayın daha yeni tarihli bazı kararlarında ise fiilin kabahate dönüştüğü ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi anlamındaki müsadere yönünden idari mercilerin ve idari yargı yerinin görevli olduğu kabul edilmiştir (bkz. § 35).

71. Buna göre özel ceza içeren kanunlardaki suç teşkil etmeyen fiiller nedeniyle müsadereye ilişkin kanun hükümleri bakımından Yargıtayın bu hükümlerin artık uygulanamayacağı yönünde içtihatları bulunduğu gibi bu fiillerin kabahate dönüştürüldüğü gerekçesiyle mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönünde daha yeni tarihli içtihatları da bulunmaktadır. Dolayısıyla belirtilen Yargıtay içtihatları çerçevesinde başvuru konusu olayda, suç konusu olmayıp sadece müsadereye tabi bulunan eşyanın müsaderesine ilişkin 5271 sayılı Kanun'un 259. maddesi hükümlerinin uygulanmasının da söz konusu olmadığı görülmektedir.

72. Somut olay bakımından ise Yargıtayın konuya ilişkin her iki içtihadının da uygulanmadığı görülmektedir. Derece mahkemeleri, geçiş hükümleri gereği fiil tarihi itibarıyla müsadereye ilişkin hükmün

uygulanamayacağına dair Yargıtay içtihadını dikkate almamıştır. Bunun yanında derece mahkemelerince, fiilin kabahate dönüştüğünden idari usulün uygulanabileceği yönündeki Yargıtay içtihadı da gözönüne alınmamıştır. Bu durumda kabahate dönüştürüldüğü kabul edilsin veya edilmesin suç isnadı kapsamında müsadere usulünün uygulanmayacağına dair Yargıtay içtihadına rağmen belirtilen şekilde karar verilmesinin öngörülebilir olmadığı ortadadır.

73. Olayda, LPG'nin kendisi değil kaim bedelinin müsaderesine karar verilmiştir. 5307 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrasında ise yalnızca LPG'nin müsadere edileceği açık olarak belirtilmiş olup bu düzenlemede ürünün kaim değerinin müsaderesine ilişkin kurala yer verilmemiştir. Asliye Ceza Mahkemesi ise LPG'nin kaim bedelinin 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre müsadere edilebileceği sonucuna varmıştır. Ancak belirtilen hükümde yalnızca aynı maddenin birinci fıkrasında sayılan *"kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan"* veya *"suçun işlenmesine tahsis edilen"* ya da *"suçtan meydana gelen eşyanın"* kaim değerinin müsaderesine imkân tanınmıştır. Bu durumda bir suç olarak düzenlenmediği açık olan *"teknik düzenlemelere aykırı LPG bulundurma"* fiili yönünden LPG'nin kaim değerinin müsaderesine ilişkin açık, belirli ve öngörülebilir bir kanun hükmünün bulunduğu söylenemez.

74. Öte yandan Yönetmelik'in 15. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, teknik düzenlemelere aykırı LPG'nin veya kaim değerinin müsadere edileceği belirtilmiştir. Ancak Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin ancak mutlak manada şeklî bir kanuna dayanması gerektiği açık olarak belirtilmiştir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.*, § 47; *Mehmet Eray Celepgil ve diğerleri*, B. No: 2014/612, 1/2/2017, § 48). Dolayısıyla belirtilen düzenleyici işlemin tek başına müdahalenin kanuniliği unsurunu sağlamayacağı kuşkusuzdur.

75. Nitekim Yargıtay da kaim değerin mülkiyetinin kamuya geçirilebilmesi ile ilgili olarak 5307 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme yapılmadığını tespit etmiş ve anılan yönetmelikte yer alan düzenlemenin ise kanuni düzenleme yerine geçmeyeceğini kabul ederek bu hususu kanun yararına bozma kapsamında görmüştür (bkz. § 36).

76. Sonuç olarak 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi, 5237 sayılı Kanun'un 2. ve 5. maddeleri ile konuya ilişkin Yargıtayın içtihatları

birlikte dikkate alındığında başvuruya konu olayda teknik düzenlemelere aykırı olduğu gerekçesiyle LPG'nin kaim bedelinin müsaderesinin açık, belirli ve öngörülebilir bir kanun hükmüne dayanmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen kanunilik ilkesini ihlal ettiği kanaatine varılmıştır.

77. Müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı tespit edildiğinden Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen diğer unsurlar olan meşru amaç ve ölçülülük kriterlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

78. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

79. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

80. Başvurucu, müsadere kararının kaldırılması ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

81. Başvuruda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

82. Mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın

bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Osmaniye 3. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

83. Yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın yetkili yargı merciine gönderilmesine karar verilmesinin ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından başvurucunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

84. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Osmaniye 3. Asliye Ceza Mahkemesine (2014/183 Değişik İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına ve ilgisi nedeniyle Enerji Piyasası Düzenleme Kurumuna GÖNDERİLMESİNE 20/9/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

HANİFE ENSAROĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/14195)

Karar Tarihi: 20/9/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Özgür DUMAN
Başvurucu	:	Hanife ENSAROĞLU
Vekili	:	Av. Yasin ŞAMLI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, suçta kullanıldığı şüphesiyle el konulan otobüsün iyi niyetli üçüncü kişiye ait olduğu tespit edilmekle müsaderesine yer olmadığına karar verilmesine rağmen uğranılan zararların karşılanmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 8/8/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu 34 EY 3480 plaka numaralı 2007 model Mercedes Travego marka bir yolcu otobüsünü 11/7/2007 tarihinde M.B. Finansal Kiralama T.A.Ş.den "finansal kiralama" yoluyla kiralamıştır. Başvurucu, bu otobüsü 8/4/2008 tarihinde Ö.O. Turizm Ltd. Şti.ne kiralamıştır. Kira sözleşmesi kapsamında aylık belirli bir meblağın ödenmesi karşılığında söz konusu otobüs, adı geçen Şirketin kullanımına bırakılmıştır. Bu Şirket de otobüsü uluslararası yolcu taşıma işinde kullanmıştır.

A. Araca El Konulması ve Ceza Davası Süreci

9. Yolcu taşımacılığı faaliyeti kapsamında kullanılan otobüs 28/4/2009 tarihinde saat 22.35'te Bulgaristan'dan Türkiye'ye giriş yapmak üzere yirmi bir yolcusuyla Edirne Kapıkule Gümrük Sahasına gelmiştir. Gümrük tescil işlemleri sonrasında otobüste kızılötesi ışın (x-ray) ile araç taraması yapılmıştır. Gümrük görevlilerinin şüphelenmesiüzerine otobüste detaylı arama yapılmış ve bu arama neticesinde otobüsün orta kapısı altında merdiven basamağına denk gelen yerde özel olarak sonradan yapıldığı anlaşılan küçük bir bölme içinde 507.350 euro, 80.000 ABD doları ve 2.277 gram hurda altın tespit edilmiş olup bu döviz ve altınlar ile otobüse el konulmuştur. Edirne Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine Edirne 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 29/4/2009 tarihli kararıyla el koyma işleminin onaylanmasına karar verilmiştir.

10. Cumhuriyet Başsavcılığınca, el konulan dövizler ile ilgili soruşturma tefrik edilerek ayrılmış; otobüste bulunan altınların ithaliyle ilgili düzenlenen 7/5/2009 tarihli iddianame ile aracın şoförleri K.K., B.B. ve K.A.nın eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ithal etmek suçundan 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile 4. maddesinin ikinci fıkrası hükümleri uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmalarına karar verilmesi kamu adına talep olunmuştur. İddianamede ayrıca Ö.O. Turizm Ltd. Şti. malen sorumlu olarak gösterilmiş ve el konulan otobüsün suçta kullanıldığı gerekçesiyle 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi talep edilmiştir.

11. Edirne 1. Asliye Ceza Mahkemesince (Mahkeme) iddianamenin kabulü ile görülmeye başlanan yargılama sırasında malen sorumlu sıfatıyla başvurucu da duruşmaya çağrılmış, başvurucu 3/6/2009 tarihli ilk oturumda avukatı ile birlikte beyanlarda bulunmuştur. Başvurucu, bu otobüsü finansal kiralama sözleşmesi kapsamında zilyedi olduğunu ve Ö.O. Turizm Ltd. Şti.ne kiraladığını beyan etmiştir. Başvurucu bu otobüsün uluslararası yolcu taşıma işinde kullanıldığını bildiğini ancak kaçakçılıkta kullanıldığını bilmediğini ifade etmiştir.

12. Başvurucu adına vekili 10/9/2009 tarihinde yapılan üçüncü oturumda, el konulan otobüsün yargılama sonuçlanıncaya kadar teminatsız olarak iade edilmesini talep etmiştir. Mahkeme aynı oturumda araçta özel bir bölmenin bulunmasını gerekçe göstererek aracın -kasko değeri, bu değerin bulunmaması durumunda rayiç değeri üzerinden nakdi teminat veya banka teminat mektubunun yatırılması kaydıyla- yargılama sonuna kadar olmak üzere iadesine karar vermiştir.

13. Mahkeme 3/12/2009 tarihinde sanıkların eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ithal etme suçundan 5607 sayılı Kanun'un3. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 4. maddesinin ikinci fıkrası hükümleri uyarınca ayrı ayrı 1 yıl 6 ay hapis cezası ve 10.940 TL adli para cezası ile cezalandırılmalarına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, el konulan altınların 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre müsaderesine karar vermiştir. Mahkeme, el konulan otobüsün ise nakilde kullanılmakla birlikte iyi niyetli üçüncü kişi konumunda kabul ettiği M.B. Finansal Kiralama T.A.Ş. ve finansal kiracısı başvurucuya ait olduğu gerekçesiyle müsaderesine yer olmadığına karar vermiştir. Ayrıca karar kesinleştiğinde otobüsün sahibine teslimine, teminatla iade edilmiş olması hâlinde teminatın iadesine, tasfiye işlemine tabi tutulmuş olması hâlinde ise tasfiye bedelinin karar kesinleştiğinde sahibine iadesine karar vermiştir.

14. Başvurucu, dosya Yargıtaya gönderilmeden önce aracın teminatsız olarak iadesini talep etmiş; Mahkeme 31/12/2009 tarihinde bu talebi kısmen kabul etmiş ve otobüsün kasko değeri olan 364.131 TL teminat karşılığında vetrafik siciline -aracın devredilemeyeceğine dair şerh konulmak kaydıyla- teslimine karar vermiştir. Başvurucu 19/1/2010 tarihinde bu karara itiraz etmiş, Edirne 1. Ağır Ceza Mahkemesinin aynı tarihli kararıyla itirazın reddine karar verilmiştir.

15. Gümrük Müsteşarlığı, malen sorumlu sıfatıyla Ö.O. Turizm Ltd. Şti. ile başvurucu kararı temyiz etmişlerdir. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 16/2/2011 tarihli ilamıyla başvurucunun temyiz istemi süre yönünden reddedilmiştir. Sanıklar K.K. ve B.B.nin temyiz itirazları yönünden ise bu sanıkların mahkûmiyetlerine yeter somut bir delil bulunmadığından beraatlerine karar verilmesi gerektiği belirtilerek hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Sanık K.A. yönünden ise talebe rağmen 5237 sayılı Kanun'un 51., 52. ve 61. maddelerinin tartışılmaması, ayrıca kabule göre de yargılama giderlerinin ayrı ayrı yükletilmemesi nedenleriyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

16. Malen sorumlu sıfatıyla M.B. Finansal Kiralama T.A.Ş. adına vekili 26/4/2011 tarihinde aracın yargılama sonuçlanıncaya kadar olmak üzere teminatsız iade edilmesini talep etmiştir. Mahkeme ise 27/4/2011 tarihinde, kasko değeri olan 364.131 TL teminat karşılığında ve trafik siciline devredilemeyeceğine dair şerh konulmak kaydıyla sahibine otobüsün teslimine karar vermiştir.

17. Bozma ilamına uyan Mahkeme 16/6/2011 tarihinde sanıklar K.K. ve B.B.nin beraatlerine, sanık K.A.nın ise 5607 sayılı Kanun'un3. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre 10 ay hapis ve 6.080 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, hapis cezasının 5237 sayılı Kanun'un 51. madddesi uyarınca ertelenmesine karar vermiştir. Mahkeme, el konulan altınların 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca müsaderesine karar vermiştir. El konulan otobüsün ise 5607 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümleri gereğince müsaderesine yer olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, otobüsün mülkiyetinin M.B. Finansal Kiralama T.A.Ş.ye ait olduğunu, finansal kiracısının ise başvurucu olduğunu tespit etmiştir. Mahkemeye göre malik Şirket ve finansal kiracı başvurucu, iyi niyetli üçüncü kişi konumundadır. Bu sebeple anılan kanun maddeleri gereğince otobüsün müsadere edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Ayrıca otobüsün karar kesinleştiğinde iade edileceği belirtilmiştir.

18. Hüküm temyiz edilmeksizin 30/6/2011 tarihinde kesinleşmiştir. Mahkeme 1/7/2011 tarihinde otobüsün karar gereği sahibine iade edilmesi için Edirne Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğüne yazı göndermiştir. Otobüs, anılan karar ve yazı doğrultusunda gümrük makamlarınca 2011 yılı Temmuz ayında başvurucuya teslim edilmiştir.

B. Tazminat Davası Süreci

19. Başvurucu el koyma nedeniyle uğradığı zararların tazmini istemiyle 2/3/2012 tarihinde İstanbul Anadolu 2. Ağır Ceza Mahkemesinde Maliye Hazinesi aleyhine tazminat davası açmıştır. Dava dilekçesinde, otobüse el konulduğu tarihten iade edilen tarihe kadar kazanç kaybı olarak 405.000 TL; yıpranma bedeli olarak 10.000 TL maddi tazminat ve 425.000 TL de manevi tazminat talebinde bulunulmuştur.

20. Mahkeme, hesap konusunda uzman bir bilirkişiden rapor aldırmıştır. 3/9/2012 tarihli hesap bilirkişisi raporunda, başvurucunun aracına el konulması nedeniyle uğradığı kazanç kaybının 221.003,99 TL olduğu belirtilmiştir.

21. Mahkeme 26/2/2013 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararda, otobüsün suçta kullanıldığı ve araçta orijinalinde bulunmayan gizli bir bölme oluşturulduğuna dikkat çekilmiştir. Mahkemeye göre 5607 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kaçak eşyanın suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış tertibat içinde saklanmış veya taşınmış olması el koymayı gerektirmektedir. Mahkeme, bu şekilde el konulan otobüsün aynı Kanun'un 10. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca ancak kasko değeri kadar teminat yatırılmak kaydıyla sahibine iade edilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme sonuç olarak emredici nitelikteki anılan Kanun hükümleri dikkate alındığında el koyma işleminin hukuka uygun olduğu gerekçesiyle tazminata hükmedilemeyeceği kanaatine varmıştır.

22. Başvurucu, kararı temyiz etmiş; Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 16/5/2014 tarihli ilamıyla hükmün onanmasına karar verilmiştir. Onama ilamında da araçta özel bir gizli bölmenin mevcut olduğuna dikkat çekilerek dava konusu el koymanın haksız bir el koyma niteliğinde olmadığına vurgu yapılmıştır. Daire, bu aracın yargılama sırasında kasko değeri kadar teminat karşılığında ve trafik kaydına şerh konularak iadesine karar verildiğini de belirtmiştir. Ayrıca Daireye göre başvurucu, el koyma işlemi nedeniyle uğradığını iddia ettiği maddi ve manevi zararları, aracını kendisinden habersiz şekilde suçta kullanan kişilerden talep de edebilir. Onama ilamında, el koyma nedeniyle tazminata ilişkin 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesindeki

koşulların oluşmadığı gerekçesiyle temyiz edilen hükümde bir isabetsizlik bulunmadığı belirtilmiştir.

23. Nihai karar, başvurucu vekiline 22/7/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

24. Başvurucu 8/8/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

25. 5607 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Eşyanın, gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması halinde, verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılır."

26. 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanunda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara, Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre elkonulur.

(2) 13 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına girmesi, Türkiye'de sicile kayıtlı olmaması ya da soruşturma ve kovuşturma devam ederken, kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halinde, elkonulan araç alıkonulur. Sahibinin aracın değeri kadar teminatı alıkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde gümrük idaresine teslim etmesi halinde, araç sahibine iade edilir. Aksi takdirde, tasfiye idaresi tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur. Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden taşıtın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır.

(3) İkinci fıkra hükmünün uygulanmasındaki değerden, kara taşıtlarında kasko değeri; deniz taşıtlarında, tekne ve makine sigortasına esas teşkil eden değer; sigortasız taşıtlar ile hava ve demiryolu taşıtlarında ise piyasa değeri anlaşılır."

27. 5607 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunda tanımlanan suçlarla ilgili olarak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümleri uygulanır. Ancak kaçak eşya taşımasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir:

a) Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması.

b) Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması.

c) Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması"

28. 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir."

29. 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur."

30. 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

" Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

...

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen

...

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler."

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Sözleşmeler

31. Suçtan gelir elde edilmesinin önlenmesi amacıyla suç gelirlerinin müsadere edilerek aklanmasının önlenmesi ve ayrıca bu amaçla uluslararası iş birliğinin sağlanmasına yönelik olarak Avrupa Konseyi tarafından 8/11/1990 tarihinde Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Zapt Edilmesi ve Müsadere Edilmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi kabul edilmiştir. Strazburg Konvansiyonu olarak bilinen bu sözleşme, Türkiye tarafından 27/9/2001 tarihinde imzalanmış ve onaylanması 16/6/2004 tarihli ve 5191 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. Strazburg Konvansiyonu'nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Taraf olan her devlet, suç vasıtaları ile gelirlerini veya bu gelirlere eşdeğer malların zoralımını gerçekleştirmek için gerekli olan yasal ve diğer tedbirleri alacaktır."

32. Strazburg Konvansiyonu'nun 11. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bir cezaî kovuşturma veya bir zoralım işlemi başlatan diğer bir Tarafın talebi ile bir Taraf Devlet, daha sonra bir zoralım talebine konu oluşturabilecek veya böyle bir talebi karşılayabilecek herhangi bir malla ilgili olarak, bu mal üzerinde herhangi bir işlemi, devir veya elden çıkarılmasını engellemek amacıyla bloke etmek ve el koymak gibi gerekli geçici önlemleri alacaktır."

33. Strazburg Konvansiyonu, uluslararası gelişmeler doğrultusunda yeniden gözden geçirilerek güncellenmiş ve bu kapsamda hazırlanan Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi 16/5/2005 tarihinde imzaya açılmıştır.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

34. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) suç isnadına bağlı olarak yapılan el koyma işlemlerini, Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. AİHM'e göre kamu makamlarınca kişilerin mülküne el konulması mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir. Mahkeme, bu suretle yapılan müdahalenin mülkiyetin kullanılmasının kontrolüne ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerektiği görüşündedir (*Raimondo/İtalya*, B. No: 12954/87, 22/2/1994, § 27; *Andrews/Birleşik Krallık* (k.k.), B. No: 49584/99, 26/9/2002; *Adamczyk/Polonya* (k.k.), B. No: 28551/04, 7/11/2006; *JGK Statyba Ltd ve Guselnikovas/Litvanya*, B. No: 3330/12, 5/11/2013, § 117). Buna göre el koyma işlemiyle başvurucu, mülkünden tamamıyla yoksun bırakılmamakta; başvurucunun mülkünden yararlanması veya tasarrufta bulunması geçici olarak sınırlandırılmaktadır. AİHM ayrıca el koyma işleminin -kimi durumlarda- muhtemel bir müsadere kararının uygulanmasını güvence altına almaya yönelik olarak geçici bir tedbir şeklinde uygulandığına da dikkat çekmektedir (*Rafig Aliyev/Azerbaycan*, B. No: 45875/06, 6/12/2011, § 118).

35. AİHM, el koyma yoluyla yapılan müdahalenin öncelikle iç hukukta yeterli bir temelinin olması ve kamu yararına dayalı meşru bir amacı içermesi gerektiğini kabul etmektedir (*Ali Esen/Türkiye*, B. No: 74522/01, 24/7/2007, § 32). Nitekim *Viktor Konovalov/Rusya* (B. No: 43626/02, 24/5/2007) kararında, iç hukukta bu konuda bir düzenleme bulunmadığı hâlde el konulan aracın nihai karar beklenmeden satılması suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında hukuka dayalı olma gerekliliğini karşılamadığı sonucuna varılmıştır (*Viktor Konovalov/Rusya,* §§ 38-47). Bununla birlikte Mahkeme, el koyma yönünden kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisi olduğunu kabul etmektedir (*Dzinic/Hırvatistan*, B. No: 38359/13, 17/5/2016, § 68). AİHM ayrıca, muhtemel bir müsadere için el koyma tedbirinin uygulanmasının kamu yararına dayalı olup meşru bir amacı da içerdiğini sıklıkla içtihatlarında belirtmektedir (*Borzhonov/Rusya*, B. No: 18274/04, 22/1/2009, § 58; *East West Alliance Limited/Ukrayna*, B. No: 19336/04, 23/1/2014, § 187).

36. AİHM'e göre mülkün kamu yararına kullanılmasının kontrolü kapsamında mülke el konulması hususunda devletlerin geniş birtakdir yetkisi bulunmakla birlikte bu yetkinin tanınması, kişilerin mülkünden geçici süreyle de olsa yoksun bırakılması gibi ağır bir sonuca da yol açmaktadır.Bu nedenle başvurucunun mülkiyet hakkına el koyma suretiyle yapılan müdahalenin keyfî veya öngörülemez olmaması için

bazı usule ilişkin güvenceler öngörülmelidir. AİHM, özellikle el koyma ve müsadere yoluyla yapılan müdahaleler yönünden verdiği kararlarında keyfî müdahalelerden korunmak amacıyla mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bu önlemlerin kanun dışı veya keyfî ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının kişilere tanınması güvencesinin sağlanması gerektiğini belirtmektedir. Bu değerlendirme ise uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır (*AGOSI/Birleşik Krallık*, B. No: 9118/80, 24/10/1986, § 60; *Saccoccia/Avusturya*, B. No: 69917/01, 18/12/2008,§ 89; el koyma ile ilgili kararlar için bkz. *Dzinic/Hırvatistan*,§ 68; *Borzhonov/Rusya*, §§ 60, 61).

37. Bunun yanında AİHM, müsadere gibi el koymanın da orantılı olması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim *Dzinic/Hırvatistan* kararında, el koyma tedbirinin muhtemel bir müsadereyi güvence altına almak için uygulandığını gözeten AİHM, başvurucunun mülküne el konulması tedbirinin meşru olsa da el konulan mülkün değeri ile karşılaştırılmaksızın uygulanmasını adil dengenin gerekliliklerine uygun olmadığını kabul ederek sonuca varmıştır (*Dzinic/Hırvatistan*, §§ 67-82).

38. AİHM bu kapsamda başvurucunun davranışları ile kanuna aykırı eylem arasındaki illiyet bağının kamu makamlarınca makul bir şekilde değerlendirilmesini de başka bir güvence ölçütü olarak değerlendirmektedir. Bununla birlikte AİHM; kamu yararının gerektirdiği bazı durumlarda böyle bir ilişkinin, mevcut olmasa dahi el koyma ve müsaderenin uygulanabileceği gerçeğini yadsımamaktadır. Ancak böyle bir durumda yani el koyma ve müsaderenin muhakkak uygulanması gerektiği kabul edildiği takdirde özellikle iyi niyetli üçüncü kişiler yönünden eşyanın belirli koşullar dâhilinde iadesi veya bu mümkün olamıyorsa eşya sahibinin zararının tazminine yönelik bir iç hukuk yolunun mevcut olması ölçülüğün unsurlarından biri olarak değerlendirilmektedir (*AGOSI/Birleşik Krallık*, §§ 57-61; *Vasilevski/Makedonya*, B. No: 22653/08, 28/4/2016, §§ 56-60; *Sulejmani/Makedonya*, B. No: 74681/11, 28/4/2016 , §§ 40-44). AİHM bu ilkenin beraat eden mülk sahipleri yönünden de uygulanacağını belirtmektedir (*Jucys/Litvany*a, B. No: 5457/03, 8/1/2008, § 36).

39. AİHM, el koyma ve müsadere yoluyla yapılan müdahalelerin sonuçlarını da kararlarında tartışmaktadır. Buna göre Mahkeme, her

el koyma ve müsaderenin muhakkak bir zarara yol açtığını kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, el koyma ve müsaderenin Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine göre adil olabilmesi için mülkün sahibinin güncel zararının kaçınılmaz olandan daha fazla olmaması gerektiğini sıklıkla vurgulamaktadır (*Raimondo/İtalya*, § 33; *Borzhonov/Rusya*, § 61; *Jucys/Litvanya*, § 36). Bu bağlamda *Borzhonov/Rusya* kararında, yapılan kanun değişikliğiyle el konulan otobüsün sahibine iadesi gerektiği hâlde kamu makamlarının altı yıl boyunca hareketsiz kalması kaçınılmaz olandan daha ağır bir zarar olarak görülmüştür (*Borzhonov/Rusya*, §§ 61-63). *East/West Alliance Limited/Ukraine* kararında, başvurucunun mülkünden on yıl boyunca yoksun kalmasına yol açan el atma tedbirinin mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale olduğu sonucuna varılmıştır (*East/West Alliance Limited/Ukraine,* §§ 166-218). *Jucys/Litvanya* kararında ise el koyma tedbirinin yaklaşık 8,5 yıl sürdüğüne vurgu yapılarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvurucuya aşırı ve orantısız bir külfet yüklediği belirtilmiştir(*Jucys/Litvanya,* §§ 34-39).

40. AİHM, iade edilmekle birlikte ceza soruşturmasında eşyaya el konulması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını *Ali Esen/Türkiye* kararında ölçülülük yönünden tartışarak sonuca varmıştır. Bu başvuruda başvurucu, daha önce sahte kimlik bilgileri kullanılarak ve sahte bir senetle satıldığı iddia edilen bir aracı satın almıştır. Ceza soruşturması sırasında 20/9/1999 tarihinde araca el konmuş, aracı daha önce sahtecilik yoluyla satan bir kişi hakkında resmî evrakta sahtecilik suçundan iddianame düzenlenerek ceza davası açılmıştır. Yargılama devam ederken 19/9/2002 tarihinde aracın teminatsız olarak başvurucuya iadesine karar verilmiştir. AİHM, kovuşturma sürecinin tamamlanması beklenmeden aracın teminatsız olarak iade edildiğine vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre özellikle aracın mülkiyeti konusunda uyuşmazlığın olduğu durumlarda kanun dışı kullanımı önlemek amacıyla araca el konulması meşru bir amaçtır. AİHM, devletlerin bu alandaki geniş takdir yetkileri de dikkate alındığında başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, takip edilen meşru amaç ile karşılaştırıldığında ölçüsüz olmadığı sonucuna varmış; başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir (*Ali Esen/Türkiye,* §§ 27-36). Diğer taraftan *Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye* (B. No: 40998/98, 13/12/2007) kararında ise el konulan gemi ve bu gemideki yüklere, iade edildikleri tarihe kadar yaklaşık bir yıl boyunca keyfî olarak el konulduğunun ceza

yargılamasında tespit edildiği gerekçesine dayalı olarak el koyma ile başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz ve adil dengeyi bozucu nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır *(Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye,* §§ 97-103). Son olarak *Venditelli/İtalya* (B. No: 14804/89, 18/7/1994) kararında, bir suç isnadı kapsamında başvurucunun taşınmazına konulan tedbirin hükümden sonra gerek de kalmadığı hâlde on bir ay daha uygulanmaya devam edilmesi ölçüsüz bir müdahale olarak görülmüştür (*Venditelli/İtalya,* §§ 31-40).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

41. Mahkemenin 20/9/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

42. Başvurucu, kiraladığı aracına gizli bölme yapılarak yurda hurda altın sokulmaya çalışıldığı gerekçesiyle ceza soruşturması sırasında araca el konulduğunu ancak aracın maliki olan kendisinin iyi niyetli üçüncü kişi konumunda olduğunun yargılama makamlarınca da kabul edildiğini ifade etmiştir. Başvurucu, yargılama sonunda da aracın müsadaresine karar verilmediğini belirtmiştir. Başvurucuya göre iyi niyetli üçüncü kişilere ait araçların müsaderesi 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin birinci fıkrası uyarınca mümkün olmadığından yapılan el koyma işlemi hukuka aykırıdır. Başvurucu ayrıca bu tespitlere ve aracın kaydında devredilemeyeceğine dair şerh de konulmuş olmasına rağmen yargılama sırasında yediemin olarak dahi aracın teslim edilmediğinden yakınmıştır. Başvurucu, sonuç olarak el koyma işlemi nedeniyle aracını yaklaşık yirmi yedi aydır kullanamadığından kazanç kaybına uğradığını belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

43. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın 35. maddesi şöyledir:

> *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*
>
> *Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.*
>
> *Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."*

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

44. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

45. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır. Bu nedenle öncelikle başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca korunmayı gerektiren mülkiyete ilişkin bir menfaate sahip olup olmadığı noktasındaki hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir (*Cemile Ünlü*, B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 26; *İhsan Vurucuoğlu*, B. No: 2013/539, 16/5/2013, § 31).

46. Mülkiyet hakkı, özel hukukta veya idari yargıda kabul edilen mülkiyet hakkı kavramlarından farklı bir anlam ve kapsama sahip olup bu alanlarda kabul edilen mülkiyet hakkı, yasal düzenlemeler ile yargı içtihatlarından bağımsız olarak özerk bir yorum ile ele alınmalıdır (*Hüseyin Remzi Polge*, B. No: 2013/2166, 25/6/2015, § 31).

47. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*" denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikrî hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

48. Başvuruya konu ceza soruşturması sırasında el konulan otobüsün ekonomik bir değer ifade eden taşınır mallardan olduğu kuşkusuzdur. Bu otobüsün mülkiyeti, M.B. Finansal Kiralama T.A.Ş.'ye ait olup başvurucunun ise aracın finansal kiracısı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla araca el koyma ve teslim tarihleri itibarıyla başvurucu bu aracın maliki değildir.

Bununla birlikte uyuşmazlık konusu dönemde yürürlükte olan 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı mülgaFinansal Kiralama Kanunu'nun 13. maddesine göre kiracı, sözleşme süresince finansal kiralama konusu malın zilyedi olup sözleşmenin amacına uygun olarak her türlü faydayı elde etmek hakkına sahiptir. Benzer şekilde bu Kanun'u ilga eden 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 24. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da kiracı sözleşme süresince finansal kiralama konusu malın zilyedi olup sözleşmenin amacına uygun olarak kiracının her türlü faydayı elde etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

49. Bu durumda başvurucu, finansal kiralama sözleşmesinin devam ettiği sürece sözleşmeye konu otobüs üzerinde amaca uygun olarak her türlü faydayı elde etme hakkına sahiptir. Buna göre otobüsün zilyedi olan başvurucunun finansal kiralama sözleşmesi çerçevesinde elde ettiği hakkın mal varlığına dâhil olabilecek ekonomik bir değer ifade ettiği de dikkate alındığında başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülkiyet hakkının mevcut olduğunda tereddüt bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

50. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla- sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma ve tasarruf etme, onun ürünlerinden yararlanma olanağı verir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 53).

51. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle "mülkten barışçıl yararlanma hakkı"na yer verilmiş, ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenerek aynı zamanda "mülkten yoksun bırakma"nın şartlarının genel çerçevesi de

çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir. Mülkten yoksun bırakma şeklindeki müdahalede mülkiyetin kaybı söz konusudur. Mülkiyetin kullanımının kontrolünde ise mülkiyet kaybedilmemekte; ancak mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerin kullanım biçimi, toplum yararı gözetilerek belirlenmekte veya sınırlandırılmaktadır. Mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale ise genel nitelikte bir müdahale türü olup mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin kullanımının kontrolü mahiyetinde olmayan her türlü müdahalenin mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında ele alınması gerekmektedir. Bununla birlikte özellikle kamu otoritelerinin doğrudan mülkün kullanımına yönelik olmayan ancak sonuçları itibarıyla mülkiyet hakkını etkileyen müdahaleler mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında görülmelidir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, §§ 55-58).

52. El koyma tedbiri, suç isnadı kapsamında uygulanan geçici bir koruma tedbiri mahiyetindedir. Başvurucunun geçici bir süreyle de olsa mülkünden yoksun bırakılmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur. Müdahalenin türünün ise yol açtığı sonuçlar yanında amacı da gözetilerek belirlenmesi gerekmektedir. Somut olayda "el koyma tedbiri"nin uygulanmasıyla başvurucu, mülkünden bütünüyle yoksun bırakılmış değildir. Başvurucunun finansal kiracı sıfatıyla zilyedi olduğu otobüsüne hurda altınların gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın yurda sokulması eyleminde nakil aracı olarak kullanıldığı gerekçesiyle el konulmuştur. Dolayısıyla esas itibarıyla toplum yararına aykırı olarak suçta kullanılmasının önlenmesi amacıyla mülkün kontrolü söz konusu olduğuna göre başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin mülkiyetin kullanımının kontrolüne veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

53. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

54. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Anılan madde uyarınca temel hak ve özgürlükler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir(*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

i. Kanunilik

55. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44).

56. Somut olayda başvuruya konu el koyma tedbiri, 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi hükmü kapsamında uygulanmıştır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre anılan Kanun'da tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca sicile şerh verilmek suretiyle el konulur. Olayda ise aracın yalnızca siciline şerh verilmemiş, fiilen de araca el konmuştur. Fiilen araca el koymanın dayanağının ise 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesinin ikinci fıkrası olduğu anlaşılmaktadır. Bu madde hükmüne göre anılan Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında, kaçak

eşyanın suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içinde saklanmış veya taşınmış olması durumunda nakil aracına fiilen el konur. Söz konusu Kanun hükümlerinin açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir mahiyette olduğu dikkate alındığında başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuna dayandığı kuşkusuzdur.

ii. Meşru Amaç

57. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmektedir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması imkânı vermekle, bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır (*Nusrat Külah*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, § 53).

58. 5607 sayılı Kanun'a göre kaçakçılık ülkeye ithali ya da ülkeden ihracı yasak olan veya ithal ve ihracı gümrük işlemlerine tabi olan bir eşyayı gümrük işlemleri yaptırılmadan ithal veya ihraç etmek, bu eşyayı ülke içinde satmak veya satın almaktır.

59. Günümüzde uluslararası ticaretin giderek artması ve serbestleşmesi toplum ve çevre sağlığını olumsuz yönde etkileyen, ülke ekonomisi ve güvenliğini tehdit eden her türlü kaçakçılık faaliyetlerindeki artışı da beraberinde getirmiştir. Ülke ticaretinin ve güvenliğinin korunması ve kontrolü ile haksız rekabetin önlenmesi amacıyla kaçakçılıkla mücadele etmek için ülkeler tarafından hukuki düzenlemelerle gerekli önlemler alındığı gibi bu türden fiillerle mücadelede etkinliğin artırılması maksadıyla uluslararası anlaşmalar da yapılmaktadır. Bu yüzden kaçakçılıkla mücadelede etkinliğin artırılması gayesiyle "kaçak eşya"nın müsadere edilmesinin kamu yararı amacı taşıdığı değerlendirilmektedir (*Bekir Yazıcı* [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, § 64).

60. Öte yandan müsadereyle suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan meydana gelen eşyanın mahkûmiyete rağmen suçlunun elinde bırakılmaması, suçtan gelir elde edilmemesi, ayrıca suçla ilgili veya bizatihi suç teşkil eden eşyanın ülke ekonomisi, kamu düzeni ve güvenliği ile toplum ve çevre sağlığı bakımından arz ettiği tehlikelerin

önlenmesi amaçlanmıştır. Böylece suçla mücadelede caydırıcılığın sağlanması, yeni suçların işlenmesinin önüne geçilmesi ve suça konu tehlike arz eden mülkün kullanılmasının ve dolaşımının engellenmesi hedeflenmektedir (*Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu*, B. No: 2014/5167, 28/9/2016, § 69).

61. Somut olayda otobüse fiilen de el konulması yönündeki tedbirin otobüsün yeniden suçta kullanılmasının önlenmesi, caydırıcılığın sağlanması ve muhtemel bir müsaderenin sonuçsuz kalmaması için gerekli görüldüğü anlaşılmaktadır. Nitekim 5607 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, kaçak eşyanın suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içinde saklanmış veya taşınmış olması durumunda nakil aracının müsadere edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu Kanun'un 10. maddesinin ikinci fıkrasında ise böyle bir durumun varlığı hâlinde el konulan aracın alıkonulacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla suçta kullanıldığı anlaşılan otobüse fiilen de el konulmasının belirtilen şekilde kamu yararına dayalı meşru bir amacı bulunmaktadır.

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

62. Son olarak kamu makamlarınca başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenilen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

63. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden doğmaktadır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki, ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması, kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014).

64. Ölçülülük ilkesi, "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin

ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 38).

65. Ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvurucunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır (*Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, § 58). Müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken Anayasa Mahkemesi, bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini ve diğer taraftan müdahalenin niteliğini, başvurucunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını da gözönünde bulundurarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (*Arif Güven*, § 60).

66. Müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin bireyin menfaatleri ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengeyi bozmaması için öncelikle suça veya kabahate konu eşyanın malikinin davranışı ile kanunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağının olması ve "iyi niyetli" eşya malikine müsadere edilen veya mülkiyeti kamuya geçirilen eşyaları -tehlikeli olmaması kaydıyla- geri kazanabilme olanağının tanınması veya iyi niyetli malikin bu nedenle oluşan zararının tazmin edilmesi gerekmektedir (*Bekir Yazıcı*, §§ 31-80).

67. Mülkiyet hakkını sınırlandıran bir tedbirin uygulanmasının Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine göre ölçülü olabilmesi için bu tedbirin öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye elverişli olması ve bu tedbirin uygulanması dışında aynı amacı gerçekleştirmeye yarar daha elverişli başka bir aracın da bulunmaması gerekmektedir. Bunun yanında söz konusu tedbir -gerek kapsamı gerekse de süresi itibarıyla- orantılı olarak uygulanmalıdır. Ayrıca kamu yararı amacı doğrultusunda mülkle ilgili olarak bu ve benzeri tedbirlerin uygulanmasının zarara yol açması ise kaçınılmazdır. Ancak bu zararın kaçınılmaz olandan ağır veya aşırı sonuçlara da yol açmaması ya da oluşması durumunda böyle bir zararın kamu makamlarınca makul bir sürede, uygun bir yöntem ve vasıtalarla

gideriminin sağlanması gerekmektedir. Buna göre kamu makamlarının kanuna dayalı olarak ve ilgili kamu yararı amacı doğrultusunda mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirler uygulaması ve bu tedbirlerin belirli bir süre de devam etmesi ancak bireyin haklarının korunmasının gerekliliklerine uyulduğu takdirde ölçülü görülebilir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

68. Öncelikle başvurucuya el koyma ve müsadere kararlarına karşı iddia ve savunmalarını etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınıp tanınmadığı değerlendirilmelidir. İddianamede malen sorumlu sıfatıyla yer almasa da başvurucunun kovuşturma sırasında Edirne 1. Asliye Ceza Mahkemesinde görülen yargılamaya katılma olanağı bulduğu görülmektedir. Başvurucu 3/6/2009 tarihli ilk oturumda avukatı ile birlikte beyanlarda bulunmuş, savunma ve itirazlarını sunabilmiştir. Ayrıca yargılama sırasında çok defa aracın iadesini talep edebilmiş, Mahkeme de bu talepleri teminat karşılığında kabul etmiştir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına el koyma suretiyle yapılan müdahaleye karşı başvurucunun etkin bir biçimde itiraz edebilme olanağı bulduğu ortadadır.

69. İkinci olarak mülkiyet hakkının ihlali iddiasına konu otobüsün kaçakçılık suçunda kullanıldığı derece mahkemelerince tespit edilmiş bir olgudur. Üstelik izinsiz olarak yurda sokulmaya çalışılan hurda altınların bu otobüsün içinde, sonradan oluşturulmuş gizli bir bölmede yakalandığı da belirlenmiştir. Nitekim başvurucu da bu olguları inkâr etmemektedir.

70. Başvurucunun temel şikâyeti, kendisinin iyi niyetli üçüncü kişi konumunda olması nedeniyle kanun gereği müsadere edilmesi mümkün olmamasına rağmen aracına el konularak yargılama boyunca bu aracın iade edilmemesine ilişkindir.

71. Gerçekten de araca el konulmasına neden olan eylemle ilgili olarak başvurucu hakkında herhangi bir suç isnadında bulunulmamıştır. Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianamede, aracı başvurucudan kiralayan Şirket malen sorumlu olarak gösterilmiş ve aracın şoförleri hakkında cezalandırma talebinde bulunulmuştur. Mahkeme de başvurucuyu malen sorumlu sıfatıyla yargılamaya dâhil etmiş ve yargılama neticesinde yalnızca bu şoförlerden birinin mahkûmiyetine karar vermiştir. Başvurucu, yargılama sırasında finansal kiracısı olduğu otobüsü bir şirkete kiraladığını ve bu kira sözleşmesi

çerçevesinde otobüsün yolcu taşımacılığında kullanıldığını bildiğini ancak kaçakçılıkta kullanıldığını ise bilmediğini savunmuştur. Mahkeme de başvurucunun bu savunmasına itibar etmiş, gerek bozma ilamı öncesi verdiği 3/12/2009 tarihli gerekse de bozma ilamı sonrası 16/6/2011 tarihli kararlarında başvurucunun otobüsün finansal kiracısı olup somut olay bakımından iyi niyetli üçüncü kişi konumunda olduğunu kabul etmiştir. Başvurucunun açtığı tazminat davasında da derece mahkemeleri, mülk sahibi başvurucunun somut olay bakımından iyi niyetli üçüncü kişi durumunda olduğunu kabul etmiştir.

72. Bu tespitlere rağmen el konulan otobüs, ceza davasında başvurucuya iade edilmemiştir. Başvurucunun ve finansal kiralama Şirketinin iadeye ilişkin talepleri ise Edirne 1. Asliye Ceza Mahkemesince aracın kasko değeri kadar teminatın yatırılması şartına bağlanmıştır. Mahkeme, bu işlemi 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasına dayandırmıştır. Anılan Kanun'un 10. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (4) numaralı fıkrası hükümlerine göre el koyma, kural olarak aracın siciline şerh verilmek suretiyle yapılabilir. Bununla birlikte 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirli durumlarda el konulan aracın alıkonulabilmesine de olanak tanınmıştır. Böyle bir durum ise üç koşuldan birinin gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bunlardan ilki, aracın anılan Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi kapsamında olmasıdır. İkincisi, aracın Türkiye'de sicile kayıtlı olmamasıdır. Üçüncüsü ise soruşturma veya kovuşturma devam ederken aracın yeniden suçta kullanılmasıdır. Öte yandan 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasında bu durumlardan birinin gerçekleşmesi hâlinde mülk sahibine aracın değeri kadar teminat yatırılması için otuz günlük süre verileceği, aksi takdirde aracın derhâl tasfiye edileceği düzenlenmiştir.

73. Somut olayda otobüsün içinde kaçakçılık suçunun gerçekleştirilmesini kolaylaştırmak ve gizlemek için özel bir bölme oluşturulduğundan söz konusu aracın bu Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi kapsamında olduğu tespit edilmiştir. Ancak 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (1) numaralı fıkrasında suçta kullanılsa dahi iyi niyetli üçüncü kişilere ait eşyaların müsadere edilmemesi öngörülmüştür. Olayda yargılama makamlarınca ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında eşyanın sanıklar dışındaki üçüncü kişilere ait olduğu gözetilerek teminat yatırılması için eşya sahiplerine süre

verilmesi ve otobüsün 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre tasfiye edilmesi yoluna gidilmemiştir. Bunun yerine aracın alıkonulmasına devam edilmiş, başvurucunun iade talebi ise teminat şartına bağlanmıştır.

74. Yukarıda da değinildiği üzere suçta kullanılan veya suça konu eşyalara el konulması; bu eşyaların yeniden suçta kullanılmalarının önüne geçilmesi, caydırıcılığın sağlanması ve muhtemel bir müsaderenin sonuçsuz kalmasını önlemek gibi amaçlar taşımaktadır.El koyma ve müsadere tedbirlerinin suçla mücadelede en etkili araçlardan biri olduğu ve kamu makamlarının bu alanda geniş bir takdir yetkilerinin mevcut olduğu da kuşkusuzdur. Bununla birlikte kamu makamlarının söz konusu tedbirleri alırken kişilerin mülkiyet haklarının korunmasını da gözetmeleri gerekmektedir. El koyma tedbirinin uygulanması, kişilerin geçici süreyle de olsa mülkünden yoksun bırakılması gibi ağır bir sonuca yol açmaktadır. Nitekim somut olayda başvurucunun otobüsüne yaklaşık 2 yıl 3 ay boyunca fiilen el konulmuştur. Finansal kiralama sözleşmesi çerçevesinde otobüs üzerinde her türlü faydayı elde etme hakkına sahip olan başvurucu, bu olay öncesinde otobüsünü kiralamak suretiyle ekonomik bir menfaat elde etmekte iken el koyma işlemi nedeniyle belirtilen süre boyunca bu menfaatten yoksun kalmıştır.

75. Sonradan iyi niyetli üçüncü kişilere ait olduğu anlaşılsa dahi özellikle suçta kullanılan veya suça konu eşyanın mülkiyetinin ihtilaflı olduğu durumlarda el koyma tedbirinin uygulanması ve bu tedbirin makul bir süre devam etmesi de anlaşılabilir bir durumdur. El koyma tedbirinin içerdiği kamu yararı amacı dikkate alındığında bazı durumlarda böyle bir tedbirin uygulanması gerekli de olabilir. Eşyanın suçta kullanılıp kullanılmadığı veya suça konu olup olmadığı, mülkiyetinin kime ait olduğu, malikin iyi niyetli üçüncü kişi olup olmadığı ve eşyanın müsaderesinin gerekip gerekmediği gibi hususların bütün açıklığıyla ortaya konması belirli bir süreç gerektirebilir. Böyle durumlarda başvurucunun açtığı tazminat davasında Yargıtayca belirtildiği üzere malikin eşyayı izinsiz kullanan maliklere dava açabilmesi yeterli de görülebilir. Ancak sanıklara karşı açılabilecek böyle bir tazminat davasının kamu makamlarının hatalı tutum ve işlemlerinden kaynaklanan sorumluluk hâllerini kapsamadığı açıktır. Somut olay bakımından başvurucunun, müsadere gerekmediği hâlde kamu makamlarınca el koyma tedbirinin uygulandığından yakındığı gözetilmelidir.

76. Başvuru konusu olayda Edirne 1. Asliye Ceza Mahkemesi 3/12/2009 tarihli mahkûmiyet hükmüyle suçta kullanılan otobüsün iyi niyetli üçüncü kişiye ait olduğunu kabul etmiş ve bu otobüsün müsadere edilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Yargıtayın 16/2/2011 tarihli bozma ilamından anlaşıldığı üzere bu karar müsadere yönünden yalnızca lehe temyiz edilmiş, Yargıtay da hükmün bu bölümünü bozma sebebi yapmamıştır. Dolayısıyla bu aracın suçta kullanılmakla birlikte iyi niyetli üçüncü kişi konumundaki finansal kiralama Şirketi ile finansal kiracı sıfatıyla başvurucuya ait olduğu en azından belirtilen ilk hüküm tarihi itibarıyla açıklığa kavuşmuştur. Buna rağmen Ceza Mahkemesi, otobüs üzerindeki fiilî el koyma tedbirini devam ettirmiştir. Hâlbuki 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki *"suçta kullanılan eşyaların iyi niyetli üçüncü kişilere ait olduğunun anlaşılması durumunda müsadere edilmeyeceği"* yönündeki hükmü gözeten Mahkeme 16/6/2011 tarihli kararıyla ilk hükmü tekrar ederek el konulan otobüsün müsaderesine yer olmadığına karar vermiştir. Ancak Ceza Mahkemesi bu tespite rağmen yine eşyayı hemen iade etmemiş, bunun yerine hüküm kesinleştiğinde eşyanın iadesine karar vermiştir.

77. Kamu makamları mülkiyet hakkına müdahale ederken Anayasa'nın 35. maddesi gereğince takip edilen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye en uygun ve elverişli aracı seçmek durumundadır. Somut olayda, el konulan otobüsün trafik siciline şerh konulmasının mümkün olmasına rağmen bu otobüsün iyi niyetli üçüncü kişi konumundaki finansal kiralama Şirketi ile kiracısı olan başvurucuya ait olduğu anlaşıldıktan sonra dahi el koyma tedbirinin fiilî olarak uygulanmasına devam edilmiştir. El konulan otobüsün fiilen alıkonulması yerine trafik siciline şerh konulmasının niçin yetersiz kaldığı ise derece mahkemelerinin kararlarından anlaşılamamaktadır. Ayrıca kamu makamlarınca, el koyma tedbirinin fiilen uygulanmasına devam edilmesini gerektirir makul ve haklı bir gerekçe de ortaya konulamamıştır. Nitekim kanun koyucunun asıl tercihinin de el koyma tedbirinin yalnızca aracın sicil kaydına şerh konularak uygulanması yönünde olduğu açıktır. Buna göre sadeceistisnai durumlar ile sınırlı olarak el koyma tedbirinin fiilen de uygulanması öngörülmüştür. Olayda Ceza Mahkemesi ise 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki hükmü iyi niyetli üçüncü kişilerin eşyalarını da kapsar şekilde yorumlamış ve bu maddede belirtilen prosedürü de uygulamadığı hâlde 2 yıl 3 ay boyunca otobüsü başvurucuya

iade etmemiştir. Başvurucunun açtığı tazminat davasında da yargılama makamları aynı katı yorumu devam ettirmiştir. İyi niyetli üçüncü kişiye ait olduğu tespit edilmekle müsaderesi gerekmediği hâlde yargılama sonuna kadar otobüse fiilen el konulmasının hukuka uygun olduğu ve bu gerekçeyle uğranılan zararın tazmininin gerekmediği yönündeki derece mahkemelerinin yorumu ise el koyma tedbiri nedeniyle uğranılan zararın kaçınılmaz olandan daha fazla olmasına yol açmıştır.

78. Sonuç olarak el konulan otobüsün müsadere edilemeyeceğinin anlaşılmasına ve başvurucunun finansal kiracısı olduğu otobüsün sicil kaydına şerh konulmak suretiyle daha az zarara yol açabilecek bir yolun da varlığına rağmen yargılama sonuna kadar otobüse fiilen alıkonulması şeklindeki müdahalenin ölçülülük anlamında gereklilik ölçütünü sağlamadığı anlaşılmaktadır. Bunun yanında el konulan otobüsün derece mahkemelerince iyi niyetli üçüncü kişi konumundaki finansal kiralama Şirketi ile kiracısı olan başvurucuya ait olduğu tespit edildiği ve ortada tedbirin devamını gerektirir makul ve haklı bir gerekçe de bulunmadığı hâlde el koyma tedbirinin fiilî olarak uygulanmasına devam edilmesi ve iade hükmünün infazı kesinleşme şartına bağlanarak mülkiyetin kısıtlanma süresinin uzamasına neden olunması orantılı da değildir. Bu durumda tedbirin uygulanmasında meşru bir amacın mevcut olduğu ve bu alanda kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisinin de bulunduğu kabul edilmekle birlikte somut olay bağlamında başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle başvurucuya şahsi olarak aşırı ve orantısız bir külfet yüklenmiştir. Dolayısıyla başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu sonucuna varılmıştır.

79. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

80. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…*

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

81. Başvurucu, ihlallerin tespiti ile tazminat taleplerinde bulunmuştur.

82. Başvuruda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

83. Mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul Anadolu 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

84. Yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın yetkili yargı merciine gönderilmesine karar verilmesinin ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından başvurucunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

85. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul Anadolu 2. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2012/111, K.2013/52) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun diğer taleplerinin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 20/9/2017tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

İRFAN ÖZTEKİN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/19140)

Karar Tarihi: 5/12/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Hicabi DURSUN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Özgür DUMAN
Başvurucu	:	İrfan ÖZTEKİN
Vekili	:	Av. Aladdin İRAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ilköğretim okulunun ek bina inşaatı sırasında konuta zarar verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 27/11/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

A. Başvuruya Konu Uyuşmazlığın Arka Planı

8. Batman ili Kozluk ilçesine bağlı Yukarı Güneşli Mahallesi'nde bulunan 216 ada 9 parsel sayılı taşınmaz tapuda "kârgir ev ve avlusu" vasfıyla başvurucu adına kayıtlıdır. Bu taşınmaz üzerinde başvurucu tarafından yaptırılmış tütün ambarı, tandır, hayvan barınağı ve konuttan oluşan bir yapı bulunmaktadır. Yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi alınmadan kullanılan bu yapı için 1/1/1983 tarihinde elektrik aboneliği ihdas edilmiş olup Kozluk Belediyesi (Belediye) tarafından su aboneliği de tesis edilmiştir. Ayrıca taşınmaz üzerinde on beş yaşlarında otuz beş adet çeşitli meyve ağacı da bulunmaktadır.

9. Batman ili Kozluk ilçesi Yatılı Bölge İlköğretim Okulu ek bina inşaatınıntemel kazısı sırasında 1/7/2005 tarihinde heyelan (toprak kayması) meydana gelmiştir. Bu toprak kayması sonucu kara yolu, yolun üstünde yer alan konutlar ve içme suyu şebekesi olumsuz etkilenmiş; başvurucunun taşınmazı üzerindeki bina da ağır hasar görmüş ve bütünüyle kullanılamaz hâle gelmiştir.

10. Heyelanın meydana geldiği mahalde yapılan inceleme sonucu Bayındırlık ve İskân Müdürü, Devlet Su İşleri Şube Müdürü, Karayolları 9. Bölge Müdürü, Kozluk Belediye Başkanı, Millî Eğitim Müdürü ve jeoloji mühendisleri tarafından 4/7/2005 tarihli bir tutanak düzenlenmiştir. Bu tutanakta; okul inşaatının temeli açıldıktan sonra zeminde hareketlilik meydana geldiği, bu hareketlilik sonucu yol ve yolun üstündeki üç evde kayma ve çatlaklar oluştuğu ifade edilmiştir.

11. Karayolları Bölge Müdürlüğünce Belediye Başkanlığına gönderilen 18/7/2005 tarihli yazıda, Bayındırlık Batman İl Müdürlüğünce yaptırılan yatılı bölge okulu temel kazısının kontrolsüz olarak yapılması sonucu yolda göçmeler şeklinde heyelan olduğu ve yol üstünde bulunan evlerde büyük oranda çatlaklar meydana geldiğinin tespit edildiği belirtilmiştir.

12. Başvurucu, zararının tespiti istemiyle Kozluk Sulh Hukuk Mahkemesinden delil tespiti talebinde bulunmuştur. Mahkeme 1/8/2005 tarihinde taşınmazın başında inşaat, jeoloji ve ziraat mühendislerinden oluşturulan bir bilirkişi kurulu ile birlikte keşif yapmıştır.İnşaat ve jeoloji uzmanı teknik bilirkişilerin hazırladığı raporda; başvurucunun taşınmazındaki yapıda heyelan ve yamaç hareketleri nedeniyle çatlaklar oluştuğu ve yapının tamamen kullanılamaz durumda olduğu, heyelan

ve yamaç hareketliliğine ise yatılı bölge okulu inşaatının sebep olduğu belirtilmiştir. Raporda, zarar gören binanın değerinin 44.000 TL olduğu açıklanmıştır. Ziraat uzmanı teknik bilirkişinin raporunda ise taşınmaz üzerindeki meyve ağaçlarının henüz zarar görmediği ancak heyelanın devam ettiği, heyelan tehlikesi altındaki meyve ağaçlarının değerinin ise 4.018 TL olduğu belirtilmiştir.

B. Ceza Davası Süreci

13. Olay ile ilgili olarak Kozluk Cumhuriyet Başsavcılığınca ceza soruşturması başlatılmış ve yürütülen soruşturma neticesinde taksirle bina çökmesine ve toprak kaymasına sebep olma suçundan Ç.K. ve S.İ.nin cezalandırılmaları istemiyle iddianame düzenlenmiştir. İddianamenin kabulüyle Kozluk Sulh Ceza Mahkemesinde görülen yargılama sırasında istinabe yoluyla inşaat, jeoloji ve hukuk alanlarında uzman üç kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınmıştır. Bilirkişi Kurulunun 13/9/2007 tarihli raporunda; inşaatın zemin durumunun zemin etüt raporunda belirtilmesine rağmen yüklenici tarafından temel derin kazı hafriyatı yapılırken gerekli önlemlerin alınmadığı, bu hasardan yüklenici firma, Belediye ve idarenin sorumlu olduğu belirtilmiştir.

14. Mahkeme 3/5/2011 tarihinde sanıkların beraatine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; sanık Ç.K. yönünden suçun işlendiğinin sabit olmaması, sanık S.İ. yönünden ise taksire dayanan bir kusurun bulunmadığı belirtilmiştir.

15. Başvurucunun da aralarında olduğu katılan vekili tarafından hüküm temyiz edilmiştir. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 19/11/2012 tarihli ilamıyla, eksik araştırmaya dayalı olarak verildiği gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

16. Bozma ilamına uyan Mahkeme, yeniden bilirkişi raporu almış ve bu raporu hükme esas alarak sanıkların atılı suçu işledikleri sonucuna varmış, 16/4/2013 tarihinde sanıklar hakkında verilen mahkûmiyet hükümlerinin açıklanmalarının geri bırakılmasına karar vermiştir. Karar, itiraz edilmeksizin kesinleşmiştir.

C. Tam Yargı Davası Süreci

17. Başvurucu, 17/10/2005 tarihinde Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ile Milli Eğitim Bakanlığı aleyhine Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinde

tam yargı davası açmıştır. Dava dilekçesinde, okul inşaatı sırasında taşınmaz üzerindeki konut ve bahçeye zarar verildiği belirtilerek 49.018 TL tutarındaki maddi zararın tazmin edilmesi talep edilmiştir. Başvurucu ayrıca evin oturulamaz durumda olması nedeniyle 1.000 TL kira bedelinin tazmini talebinde de bulunmuştur.

18. Mahkemenin husumette yanılgı olduğu yönündeki ara kararı sonrası Batman Valiliği ve Belediye davaya dâhil edilerek yargılamaya devam olunmuştur.

19. Mahkeme 29/6/2009 tarihli kararı ile davanın kısmen kabulüyle delil tespiti dosyasında ziraî zarar (Taşınmaz üzerindeki ağaç ve ziraî ürünler yönünden) olarak tespit edilen 4.018,32 TL tutarındaki tazminatın idareye başvuru tarihi olan 16/9/2005 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davalı Batman Valiliğinden alınarak davacıya ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme, diğer tazminat istemleri ile Belediye aleyhine açılan davanın ise reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, zarar gören konuta ait yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesinin bulunmadığı tespitine yer verilmiştir. Mahkemeye göre kanuna aykırı olan inşa edilen ve yıktırılması gereken başvurucuya ait evde okul inşaatı çalışmaları sırasında meydana gelen toprak kayması sonucu doğan zararın tazminine olanak bulunmamaktadır. Mahkeme, olay nedeniyle başvurucunun zirai ürünlerindeki zararın ise okul yapım faaliyetini yürüten Valilikçe karşılanması gerektiğini belirtmiş, bu kısım yönünden davanın kabulü gerektiği sonucuna varmıştır. Kararın karşı oy yazısında; zarara uğrayan yapının başvurucuya ait olduğu, elektrik ve su aboneliklerinin bulunduğu ve senelerce başvurucu ile ailesi tarafından kullanıldığı belirtilmiştir. Bu yazıda ayrıca yapının her zaman ruhsata bağlanabilmesinin mümkün olduğuna dikkat çekilmiş, zararın bütünüyle başvurucuya yükletilmesinin hakkaniyetli olmadığı ifade edilmiştir.

20. Başvurucu kararı temyiz etmiş, Danıştay Onuncu Dairesinin 4/4/2013 tarihli ilamıyla hükmün onanmasına karar verilmiştir. Karşıoy yazısında, başvurucunun maliki olduğu taşınmazda yapı ruhsatı ile yapı kullanma izin belgesi bulunmamakla birlikte her türlü belediye hizmetlerinden faydalandığı belirtilmiş; ayrıca davalı idarenin hizmet kusuru ve başvurucunun iskân ruhsatı bulunmayan binada oturması nedeniyle oluşan kusur durumunun birlikte değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gerektiği görüşü açıklanmıştır.

21. Başvurucunun karar düzeltme istemi de aynı Dairenin 26/6/2014 tarihli ilamıyla yine oyçokluğuyla reddedilmiştir.

22. Nihai karar başvurucu vekiline 1/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

23. Başvurucu 27/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

24. 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun *"Yapı ruhsatiyesi"* kenar başlıklı 21. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunun kapsamına giren bütün yapılar için 26 ncı maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatiyesi alınması mecburidir."

25. 3194 sayılı Kanun'un *"Ruhsat alma şartları"* kenar başlıklı 22. maddesi şöyledir:

"Yapı ruhsatiyesi almak için belediye, valilik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir.

Belediyeler veya valiliklerce ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatiyesi verilir.

Eksik veya yanlış olduğu takdirde; müracaat tarihinden itibaren onbeş gün içinde müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazı ile bildirilir. Eksik ve yanlışlar giderildikten sonra yapılacak müracaattan itibaren en geç onbeş gün içinde yapı ruhsatiyesi verilir."

26. 3194 sayılı Kanun'un *"Yapı kullanma izni"* kenar başlıklı 30. maddesi şöyledir:

"Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat

ruhsatını veren belediye, valilik bürolarından; 27 nci maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir.

Belediyeler, valilikler mal sahiplerinin müracaatlarını en geç otuz gün içinde neticelendirmek mecburiyetindedir. Aksi halde bu müddetin sonunda yapının tamamının veya biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılır.

Bu maddeye göre verilen izin yapı sahibini kanuna, ruhsat ve eklerine riayetsizlikten doğacak mesuliyetten kurtarmayacağı gibi her türlü vergi, resim ve harç ödeme mükellefiyetinden de kurtarmaz."

27. 3194 sayılı Kanun'un *"Kullanma izni alınmamış yapılar"* kenar başlıklı 31. maddesi şöyledir:

"İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir. Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir."

28. 3194 sayılı Kanun'un *"Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılar"* kenar başlıklı 32. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.

Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshasıda muhtara bırakılır.

Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mühürün kaldırılmasını ister.

Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir.

Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir."

B. Uluslararası Hukuk

29. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında, mülkiyet hakkının kapsamı konusunda, mevzuat hükümlerinden ve derece mahkemelerinin bunlara ilişkin yorumundan bağımsız olarak "özerk bir yorum" esas alınmaktadır (*Depalle/Fransa* [BD], B. No: 34044/02, 29/3/2010, § 62; *Anheuser-Busch Inc./Portekiz* [BD], B. No: 73049/01, 11/1/2007, § 63; *Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 124; *Broniowski/Polonya* [BD], B. No: 31443/96, 22/6/2004, § 129).

30. AİHM, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının ancak müdahalenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin anlamı kapsamında bir "mülk" ile ilişkili olması durumunda ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Buna göre alacak haklarını da içeren mevcut mülk veya mal varlığı yanında mülkiyet hakkının elde edilebileceği yönündeki en azından bir "meşru beklenti" de mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilir (*Kopecký/Slovakya* [BD], B. No: 44912/98, 28/9/2004,§ 35; *Lihtenştayn Prensi Hans-Adam II/Almanya* [BD], B. No: 42527/98, 12/7/2001, § 83; meşru beklenti kavramının ilk defa geliştirildiği kararlar için bkz. *Pine Valley Developments Ltd ve diğerleri/İrlanda,* B. No: 12742/87, 29/11/1991, § 51; *Stretch/Birleşik Krallık*, B. No: 44277/98, 24/6/2003, § 35; *Pressos Compania Naviera S.A. ve diğerleri/Belçika*, B. No: 17849/91, 20/11/1995, § 31).

31. *Öneryıldız/Türkiye* kararına konu olayda, Ümraniye çöplüğünde meydana gelen metan gazı patlaması sonucu gerçekleşen toprak kayması dolayısıyla başvurucuya ait gecekondu zarar görmüştür. AİHM, başvurucunun konutunun bulunduğu taşınmazın Hazineye ait olduğunu ve bir gün bu taşınmazı devralma beklentisinin mülk teşkil etmediğini kabul etmiştir. Ancak AİHM, 1988 yılında ruhsatsız olarak inşa edilmesinden 1993 yılında meydana gelen kazaya kadar belediye makamlarınca anılan taşınmazda bulunan gecekondunun yıktırılmadığına dikkat çekmiştir. Kararda, yetkili makamların başvurucu ve yakın akrabalarının bu evde, oluşturdukları toplum ve aile çevresinde hiç rahatsız edilmeden yaşamasına izin verildiği, üstelik başvurucudan

emlak vergisi alındığı ve ücret karşılığında kamu hizmetlerinden yararlanmalarının sağlandığı belirtilmiştir. AİHM bu sebeple yetkili makamların başvurucu ve akrabalarının, meskenleri ve taşınır mallarında mülkiyet hakkına ilişkin bir menfaate *(proprietary interest)* sahip olduğunun fiilî *(de facto)* olarak kabul edildiği tespitinde bulunmuştur. AİHM, imar uygulamaları bakımından belirli bir takdir yetkisi olduğunu, ancak bu takdir hakkının zamanında, uygun ve hepsinden önemlisi tutarlı bir şekilde harekete geçme yükümlülüğünü sona erdirmeyeceğini belirtmiştir. AİHM'e göre somut olayda bu yükümlülüğe uyulmadığı gibi kaçak yapıları engellemeye yönelik kanunların uygulanmasında oluşturulan belirsizliğin, başvurucunun meskenine ilişkin durumun bir gece içerisinde değişebileceğini sanmasına neden olması mümkün değildir. AİHM, başvurucunun meskenine yönelik mülkiyet hakkına ilişkin menfaatinin, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk cümlesi çerçevesinde önemli bir menfaat ve dolayısıyla bir "mülk" oluşturduğu sonucuna varmıştır (*Öneryıldız/Türkiye,* §§ 124-129).

32. *Öneryıldız/Türkiye* kararında başvuru, mülkiyetten barışçıl yararlanmaya ilişkin birinci kural ve mülkiyet hakkına ilişkin devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde incelenmiştir. AİHM, somut olayda olguların ve ilgili mevzuatın karmaşık olduğunu tespit etmiş ve başvurucunun da devletin yaptığı bir şey nedeniyle değil hiçbir şey yapmaması nedeniyle şikâyetçi olduğunu vurgulamıştır (*Öneryıldız/Türkiye,* §§ 133, 134). AİHM bu sebeple somut olayda bir müdahalenin söz konusu olmadığı ancak devletin başvurucunun mülkiyet hakkı kapsamındaki menfaatini korumak için üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM netice olarak başvurucunun konutunun yıkılmasının önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmadığı kanaatiyle mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir(*Öneryıldız/Türkiye,* §§ 133-138).

33. *Keriman Tekin ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 22035/10, 15/11/2016) kararına konu olay, 1997 yılında yaptırılan başvuruculara ait konutun bir okul inşaatı sırasında zarar görmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Bu olayda derece mahkemeleri konutun ruhsatsız olduğu gerekçesiyle tazminat taleplerini reddetmişlerdir. *Öneryıldız/Türkiye* kararına atıfla, ruhsatsız olarak yapılmış olsa da kamu makamlarınca bu yapının yıktırılmadığı veya yıkımı yönünde bir işleme de girişilmediğine dikkat çekilerek, tapuya tescil edilen konut yönünden

başvurucuların Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin birinci paragrafında ifade edilen anlamda mülk teşkil edebilecek menfaatlerinin olduğu belirtilmiştir (*Keriman Tekin ve diğerleri/Türkiye,* §§ 40-47). AİHM başvuruyu genel ilke niteliğindeki mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına ilişkin birinci kural çerçevesinde incelemiş (*Keriman Tekin ve diğerleri/Türkiye,* §§ 52, 55), müdahalenin kanuni dayanağının çevreyi korumak yönünde bir meşru amacı içerdiğini kabul etmiştir (*Keriman Tekin ve diğerleri/Türkiye,* §§ 68-69). Ancak AİHM'e göre somut olayın koşullarında oluşan maddi zarara rağmen başvurucuların tazminat taleplerinin reddedilmesi, başvurucuların mülkiyet hakkı kapsamındaki menfaatleri ile kamunun yararı arasındaki adil dengeyi bozmuş ve başvuruculara aşırı ve olağandışı bir külfet yüklenmesine yol açmıştır. AİHM bu gerekçelerle başvurucuların mülkiyet haklarının ihlaline karar vermiştir (*Keriman Tekin ve diğerleri/Türkiye,* §§ 70-71).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

34. Mahkemenin 5/12/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

35. Başvurucu mülkiyeti kendisine ait olan taşınmazın tapu kaydında konutunun da tescil edilmiş olduğunu, ayrıca imar planında öncesinde bu taşınmazın konut alanında kaldığını, dolayısıyla konutunun ruhsata bağlanabilecek yapılardan olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, Kozluk ilçesinde imar ve şehircilik açısından kamusal hiçbir uygulama yapılmadığını ve bu ilçedeki yapıların %99'unun yapı ruhsatının mevcut olmadığını ifade etmiştir. Başvurucu, yapının zarar görmesi durumunda ruhsatsız dahi olsa oluşan zararın kusuru olan idare tarafından tazmin edilmemesinin AİHM kararlarına aykırılık teşkil ettiğini vurgulamıştır. Başvurucu, ruhsatsız olsa da taşınmazı üzerindeki yapıya elektrik ve su bağlandığını, belediye hizmetlerinden yararlandığını ve idare tarafından yürütülen kontrolsüz temel kazı faaliyeti nedeniyle evinin zarar gördüğüne dikkat çekmiştir. Başvurucu bütün bunlara rağmen meydana gelen zararın tamamına katlanmasının beklenilmesinin idarenin yürüttüğü hizmetlerden sorumlu olması gerektiği kuralına aykırılık teşkil ettiğini belirtmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

36. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

37. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

i. Genel İlkeler

38. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (*Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri*, B. No: 2013/1178, 5/11/2015, §§ 49-54). Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*" denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda, mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların yanı sıra, icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

39. Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı; mevcut mal, mülk ve ekonomik değerleri koruyan bir temel haktır. Kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hakkı, bu konudaki menfaati

ne kadar güçlü olursa olsun mülkiyet kavramı içinde değildir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, § 36).

40. Kamu malı niteliğindeki taşınmazlar (arazi) üzerinde şehir planlaması ile ilgili düzenlemelere aykırı olarak inşa edilen yapıların kullanılmasından kaynaklanan ekonomik menfaatin bazı durumlarda Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülk teşkil etmesi mümkündür. Bu bakımdan şehir planlaması ile ilgili düzenlemelere aykırı şekilde inşa edilmiş olması sebebiyle idari makamlarca her an yıkımı mümkün bulunmasına rağmen bu yönde bir girişimde bulunulmaması ve önlem alınmaması, uzunca bir süre bu duruma sessiz kalınması ve esasen yapı sebebiyle vergi tahsil etmek veya yapının kamu hizmetlerinden yararlandırılması suretiyle bu alanlarda sosyal ortam ve aile ortamının oluşturulmasına izin verilmesi hâlinde inşa edilen yapının kullanılmasından kaynaklanan ekonomik değerin Anayasa'nın 35. maddesi çerçevesinde önemli bir mal varlığı değeri dolayısıyla bir "mülk" oluşturduğunun kabul edilmesi gerekir (*Nazif Kılıç*, B. No: 2014/5162, 15/6/2016, § 35).

41. Anayasa Mahkemesi *Nazif Kılıç* kararında, gecekondunun başvurucu tarafından yaptırıldığı ve uzun bir zamandan bu yana kullanıldığına dikkat çekmiştir. Kararda, kaçak olarak inşa edildiği anlaşılan gecekondunun yıkımı ve izinsiz dikilen ağaçların sökülmesi için gerekli imkânlara sahip olan idarenin uzun bir süre girişimde bulunulmadığı gibi belediyecilik hizmetleri sunulması suretiyle bu alanda sosyal ortam ve aile çevresinin kurulmasına müsaade edilmesi karşısında yıkılan gecekondu ve sökülen ağaçların kullanımının başvurucu yönünden önemli bir ekonomik menfaat teşkil ettiği, bu yönden başvurucunun mülkiyet hakkının bulunduğu kabul edilmiştir (*Nazif Kılıç*,§ 40).

42. *Ayşe Öztürk* (B. No: 2013/6670, 10/6/2015, § 85) kararında ise tapu tahsis belgesi bulunan taşınmaz üzerindeki konutun tazminat ödenmeksizin yıktırılmasına ilişkindir. Bu kararda da tapu tahsis belgesi ile başvurucuya tahsis edilen arazi üzerinde başvurucu tarafından bina yapıldığı ve uzun süredir kullanıldığı, Maliye Hazinesi tarafından bina yapılmasına veya kullanılmasına engel olunmadığı gibi binaya ilişkin emlak vergilerinin de tahsil edildiğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi, arazi üzerindeki binanın başvurucu tarafından yapılarak kullanıldığı ve Maliye Hazinesinin herhangi bir itirazının olmadığı dikkate alındığında bina üzerinde başvurucunun mülkiyet hakkının bulunduğunu kabul etmiştir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

43. Başvuru konusu olayda, uyuşmazlık konusu binanın bulunduğu taşınmaz tapuda başvurucu adına kayıtlıdır. Yatılı Bölge İlköğretim Okulu ek bina inşaatının yapılan temel kazısı sırasında 1/7/2005 tarihinde bir toprak kayması meydana gelmiş olup toprak kayması nedeniyle başvurucunun taşınmazı üzerindeki meyve ağaçları ve başvurucu tarafından yaptırılan bina zarar görmüştür. Başvurucunun zarar gördüğü belirtilen meyve ağaçlarına yönelik tazminat istemi derece mahkemelerince kabul edilmiş olup başvurucunun bu yönden bir şikâyeti bulunmamaktadır. Başvurucunun yaptırdığı bina da toprak kayması sonucu kullanılamaz hâle gelmiş ancak başvurucunun zarar gören binası için tazminat istemi reddedilmiştir. Derece mahkemelerinin davanın reddine ilişkin temel gerekçeleri, binanın yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesinin bulunmamasına dayanmaktadır. Gerçekten de başvurucunun da kabul ettiği üzere zarar gören söz konusu binanın yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi bulunmamaktadır. Başvurucu da bu hususu kabul etmektedir.

44. Bununla birlikte başvurucu, bu yapıyı kendisinin yaptırdığını ve 1982 yılında elektrik bağlanan, su aboneliği yaptırılan bu binada toprak kaymasının olduğu 2005 yılına kadar hiçbir engelleme ile karşılaşmadan ailesi ile birlikte burada yaşadığını, tüm belediye hizmetlerinden yararlandığını iddia etmiştir. Başvuru formu ekinde sunulan bilgi ve belgeler incelendiğinde başvurucu ile Belediye arasında akdedilen "2524" sayılı su abonman kaydının mevcut olduğu ve bu binaya 1/1/1983 tarihinde elektrik aboneliği bağlanmış olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim taşınmazda 2005 yılı itibarıyla on beş yaşlarında çok sayıda meyve ağacı da bulunmaktadır. Ayrıca taşınmazın tapu kaydındaki vasfı da "kargir ev ve avlusu" olarak tescillidir. Yine başvurucu tarafından sunulan imar durum haritasında da taşınmaz üzerinde mevcut yapının gösterilmiş olduğu görülmektedir. Bu bakımdan söz konusu yapının başvurucu tarafından yaptırıldığı ve uzun bir zamandan bu yana kullanıldığı tartışmasızdır.

45. Çağdaş şehircilik ilkeleri çerçevesinde plânlama ve imar uygulamaları yapma bakımından kamu makamlarının geniş takdir yetkileri mevcut olmakla birlikte, kamu makamlarının bu takdir yetkilerini zamanında, makul ve tutarlı bir biçimde kullanmaları gerekmektedir. Somut olayda ise kaçak olarak inşa edildiği anlaşılan bu

yapının yıkımı için gerekli imkânlara sahip bulunan idarece uzun bir süre girişimde bulunulmadığı gibi belediyecilik hizmetleri sunulması suretiyle en azından 1983 yılından toprak kaymasının yaşandığı 2005 yılına kadar yaklaşık yirmi iki yıl boyunca bu binada sosyal ortam ve aile çevresinin kurulmasına müsaade edildiği anlaşılmaktadır. Bu kadar uzun bir süre boyunca söz konusu binada yaşayan başvurucu ve ailesi yönünden, binanın kullanımının önemli bir ekonomik menfaat teşkil ettiği kuşkusuzdur. Kamu makamlarının belirsizliğe yol açan edilgen tutumu karşısında başvurucunun, bu durumun bir anda değişebileceğini öngörmesi de beklenemez. Üstelik 3194 sayılı Kanun'un 32. maddesine göre belediyenin ihtarı üzerine yapının imara uygun hâle getirilmesi de söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla bu kadar uzun bir süre boyunca söz konusu binanın kullanımının başvurucu bakımından önemli bir ekonomik menfaat teşkil ettiği ve bu yönden başvurucunun mülkiyet hakkının bulunduğu kabul edilmiştir.

b. Müdahalenin Varlığı

46. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle "mülkten barışçıl yararlanma hakkı"na yer verilmiş, ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenmekle, aynı zamanda "mülkten yoksun bırakma"nın şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, §§ 55-58).

47. Başvurucuya ait yapı, Valilik tarafından yürütülen bir okul inşaatı sırasında meydana gelen toprak kayması sonucu zarar görmüştür. Dolayısıyla kamu makamlarının doğrudan yürütmekte olduğu bir

faaliyet sırasında verildiği anlaşılan bir zarar söz konusu olduğuna göre somut olay bağlamında başvurucunun mülkiyet hakkına bir müdahalenin söz konusu olduğu açıktır. Başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan bu müdahale mülkiyetten yoksun bırakma niteliği taşımadığı gibi mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolü veya düzenlenmesi gibi bir amacı da içermemektedir. Dolayısıyla müdahalenin "mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına saygı"ya ilişkin birinci kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

48. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

49. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Anılan madde uyarınca temel hak ve özgürlükler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir(*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

(1) Kanunilik

50. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği belirtilmek suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi gereği ifade edilmiştir. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13.

maddesi de *"hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini"* temel bir ilke olarak benimsemiştir (*Ali Ekber Akyol ve diğerleri*, B. No: 2015/17451, 16/2/2017, § 51).

51. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt hukuka dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44). Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

52. Somut olayda derece mahkemeleri, başvurucunun zarar gören binaya ilişkin tazminat talebini 3194 sayılı Kanun'un 21. ve 30. maddelerine aykırı olarak yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi bulunmadığı gerekçesiyle reddetmişlerdir. Derece mahkemelerine göre 3194 sayılı Kanun'un 32. maddesine göre ruhsatsız yapıların yıkılması kanunî bir zorunluluk olup bu sebeple idarenin başvurucunun zararını tazmin etmesine olanak bulunmamaktadır. Ancak anılan madde incelendiğinde, ruhsata aykırı yapılara ilişkin bir idari usulün öngörüldüğü görülmektedir. Buna göreruhsata aykırılığın öncelikle idare tarafından tespit edilmesi ve ilgiliye bildirilmesi gerekmektedir. Bunun ardından ise yapı sahibinin en çok bir ay içinde yapısını ruhsata uygun hâle getirmesi veya ruhsat alabilmesi mümkün kılınmıştır.Başvuru konusu olayda ise Belediye, böyle bir imara aykırılık tespiti yapmadığı gibi başvurucuya bu yönde bir bildirimde de bulunmamıştır. Üstelik tapuda bu taşınmaz üzerinde bir konutun mevcut olduğu tescilli olup imar durum haritasında dahi bu yapının gösterildiği görülmektedir. Dolayısıyla Belediyenin bu binanın varlığından haberdar olmaması söz konusu değildir. Ancak buna rağmen Belediye, yaklaşık yirmi iki yıl boyunca söz konusu binanın ruhsata uygun hâle getirilmesi ve bunun yapılmaması hâlinde ise yıktırılması için herhangi bir girişimde bulunmamıştır. Bu durumda ruhsatsız binanın durumu değerlendirilirken gerek kamu makamlarının söz konusu edilgen tutumu ve gerekse de kanunda öngörülen yapı sahibine binayı ruhsata tabi tutma olanağı tanıyan idari prosedür gözönünde tutulmalıdır.

53. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik şikâyetleri bakımından görevi, bireysel başvurunun ikincillik doğası gereği sınırlı olup bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık keyfîlik içeren durumlar dışında derece mahkemelerinin hukuk kurallarını uygulama ve yorumlama bakımından takdir yetkisine karışamayacağı daha önceki kararlarda da açıklanmıştır (*Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 42). Somut olayda da müdahalenin niteliğini dikkate alan Anayasa Mahkemesi, hukukun uygulanmasına dair kamusal makamların yaklaşımının Anayasa'nın 35. maddesindeki gereklilikleri karşılayıp karşılamadığı konusunda müdahalenin takip edilen meşru amacı gerçekleştirmede başarılı olup olmadığını ve ölçülü olup olmadığını sorgulayarak sonuca varacaktır.

(2) Meşru Amaç

54. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmektedir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması imkânı vermekle, bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır (*Nusrat Külah*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, § 53).

55. Kamu yararı, doğası gereği geniş bir kavramdır. Yasama ve yürütme organları toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak neyin kamu yararına olduğunu belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Kamu yararı konusunda bir uyuşmazlığın çıkması hâlinde ise uzmanlaşmış ilk derece ve temyiz yargılaması yapan mahkemelerin uyuşmazlığı çözmek konusunda daha iyi konumda oldukları açıktır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde kararların açıkça dayanaktan yoksun veya keyfî olduğu anlaşılmadıkça yetkili kamu organlarının kamu yararı tespiti konusundaki takdirine müdahalesi söz konusu olamaz. Müdahalenin kamu yararına uygun olmadığını ispat yükümlülüğü, bunu iddia edene aittir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, §§ 34-36).

56. Anayasa'nın 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu düzenlenmiş; çevreyi geliştirmenin,

çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin devlet ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir. İnşa edilecek yapıların imar mevzuatına uygun olarak yapılmasının sağlanması ve bu kapsamda ilgili mevzuat hükümleri uyarınca ruhsat alınmadan yapılabileceği açıkça düzenlenen yapılar hariç diğer yapıların ruhsata bağlanması suretiyle yapılaşmanın fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun olarak teşekkülü, sağlıklı, güvenli, kaliteli ve ekonomik yaşam çevrelerinin oluşturulması bakımından önem teşkil etmektedir. Bu bakımdan yapılaşmanın fen, sağlık ve çevre şartlarına uygunluğunun sağlanmasında ve buna ilişkin düzenlemelerde kamu yararı bulunduğu kabul edilmelidir (*Osman Yücel*, B. No: 2014/4874, 15/6/2016, §§ 82-84). Somut olay bakımından da derece mahkemelerince yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi bulunmadığı gerekçesiyle tazminat isteminin reddedilmesinin kamu yararına dayalı meşru bir amacı içerdiği değerlendirilmektedir.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

57. Son olarak kamu makamlarınca başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenilen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

58. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden doğmaktadır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki, ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin, somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014).

59. Ölçülülük ilkesi, "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen

amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 38).

60. Ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvurucunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır (*Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, § 58). Müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken Anayasa Mahkemesi, bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini ve diğer taraftan müdahalenin niteliğini, başvurucunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını da gözönünde tutarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (*Arif Güven*, § 60).

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

61. Başvurucuya ait taşınmaz üzerinde inşa edilen bina, uzun yıllar başvurucu tarafından yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi alınmaksızın konut olarak kullanılmıştır. 1/7/2005 tarihinde Valilik tarafından yaptırılan Yatılı Bölge İlköğretim Okulunun temel kazı faaliyetleri sırasında alanda toprak kayması yaşanmıştır. Başvurucu, konutunun bu inşaat çalışması nedeniyle zarar gördüğünü ileri sürmüştür. Kamu makamlarınca düzenlenen rapor ve tutanaklarda, başvurucunun iddiasını doğrular biçimde, binanın belirtilen inşaat faaliyetinin neden olduğu toprak kayması sonucu zarar gördüğü belirtilmiştir (bkz. §§ 10-11). Başvurucu olay ile ilgili olarak delil tespiti isteminde bulunmuş ve bilirkişi kurulu raporunda da başvurucuya ait binanın kullanılamaz hâle geldiği ve bu zarara ise Valilikçe yürütülen inşaat faaliyetinin sebep olduğu belirtilmiştir (bkz. § 12). Nihayet derece mahkemeleri de başvurucunun konutunda zararın meydana geldiği ve bu zarara ise idarenin gözetimindeki inşaat faaliyeti yüzünden oluşan toprak kaymasının yol açtığını kabul etmişlerdir (bkz. §§ 19-20). Nitekim derece mahkemeleri, başvurucunun aynı taşınmaz üzerindeki meyve ağaçlarında meydana gelen zarar nedeniyle maddi tazminat istemini kabul etmişlerdir. Dolayısıyla belirtilen olgulara göre başvurucunun taşınmazının esas itibarıyla idarenin inşaat faaliyeti yüzünden oluşan toprak kayması sonucu zarar gördüğü açıkça belirlidir.

62. Başvurucu uğradığı zararın tazmini istemiyle başvurduğu idari ve yargısal yollardan olumlu bir sonuç alamamıştır. Başvurucunun açtığı tam yargı davasında ilk derece mahkemesi, kanuna aykırı olarak inşa edilen ve yıktırılması gereken yapı sebebiyle başvurucunun tazminat talep edemeyeceği sonucuna varmıştır. Başvurucunun bu karara karşı yaptığı temyiz ve karar düzeltme talepleri de Danıştay tarafından reddedilerek hüküm kesinleşmiştir. Bununla birlikte, kamusal makamların tutum ve davranışlarının hiç irdelenmediğive dikkate alınmadığı görülmektedir.

63. Kamu makamlarının şehir planlama ve imar uygulamaları çerçevesinde geniş takdir yetkileri bulunmaktadır. Ancak, kamu makamlarının bu takdir yetkilerini kullanırken bireylerin mülkiyet haklarının korunması için zamanında, makul ve tutarlı bir biçimde hareket etmeleri beklenmektedir. Somut olayda ise kamu makamları ruhsatı bulunmayan binanın bu durumu tespit ve gerekli idari işlemleri başlatma konusunda edilgen bir tutum takınmışlardır. Bunun aksine, 3194 sayılı Kanun'un 31. maddesine aykırı olarak binanın belediyecilik hizmetlerinden yararlanmasına izin verilmiş, başvurucu ve ailesi en az yirmi iki yıldan beri bu binayı konut olarak kullanmışlardır. Bunun yanında, taşınmazın tapu kaydındaki vasfının bu yapı dikkate alınarak tescil edilmiş olduğu da görülmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere başvurucu ve ailesinin, sosyal bir çevre oluşturdukları bu bina yönünden mülkiyet hakkı kapsamında ekonomik menfaatleri oluşmuş olup kamu makamlarının belirtilen binanın yıkımına ilişkin bu kadar uzun süre boyunca devam eden edilgen tutumlarının bir anda değişmesini öngörmeleri de beklenemez (bkz. § 45).

64. Ayrıca, Belediye tarafından 3194 sayılı Kanun'un 32. maddesinde öngörülen idari usulün uygulanmadığına özellikle dikkat çekmek gerekir. Buna göre her ne kadar derece mahkemeleri binanın zaten kanuna aykırı olduğu için yıkılması gerektiğini kabul etmişlerse de anılan kanun maddesine göre böyle bir yıkım zorunluluğunun mevcut olmayabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim bu hüküm ile yapı sahibine tebliğden itibaren en geç bir ay içinde yapı ruhsatı alabilme imkânı tanınmaktadır. Belirtilen süre içinde yapının ruhsata uygun hâle gelmemesi veya yapı ruhsatı alınamaması durumunda ancak yıkım mümkün olabilmektedir.

65. Bunun da ötesinde binanın yapı kullanma izin belgesi veya yapı ruhsatının bulunup bulunmaması, başvurucunun konutunda idarenin kusuruyla zarara yol açıldığı olgusunu değiştirmemektedir. İdarenin ve

derece mahkemelerinin de kabul ettiği üzere kamu makamlarının gözetimi ve denetimi altında yürütülen bir inşaat faaliyeti sırasında yaşanan toprak kayması sonucu başvurucunun konutunda zarar meydana gelmiştir. Konuya ilişkin bilirkişi kurulu raporunda, inşaat faaliyeti sırasında gerekli jeolojik inceleme ve etütlerin yapılarak buna uygun tedbirlerin alınmaması sonucu toprak kaymasının yaşandığı belirtilmiştir (bkz. § 13). Buna karşın somut olayda öncesinde binanın ruhsata uygun hâle getirilmesine ilişkin usul de uygulanmadığına göre binanın her durumda zaten yıkılacağı gerekçesiyle tazminat talebinin reddedilmesi, idarenin de kusuruna rağmen bütün zarara tek başına başvurucunun katlanması sonucuna yol açmaktadır.

66. Başvuru konusu olayda idarenin yürüttüğü inşaat faaliyeti nedeniyle oluşan toprak kayması sonucu başvurucunun konutunda meydana gelen zararın tazmin edilmesi yönündeki başvurucunun talebi, binanın ruhsatının bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Dolayısıyla, idarenin kusuru nedeniyle başvurucunun konutu zarar görmüş, ancak buna rağmen başvurucuya hiçbir tazminat ödenmemiştir. Buna göre derece mahkemelerinin olayın gelişiminde kamu makamlarının tutum ve yaklaşımlarını gözetmeyen bu katı yaklaşımının, başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağandışı bir külfet yüklediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, başvurucunun mülkiyet hakkının korunması ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

67. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

68. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya

ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

69. Başvurucu maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

70. Başvuruda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

71. Mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

72. Başvurucunun mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesinin yeterli giderimi sağladığı değerlendirildiğinden tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

73. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 1. İdare Mahkemesine (E.2005/1047, K.2009/1283) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 5/12/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

ADİL YARGILANMA HAKKI
(MD. 36)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

UFUK RİFAT ÇOBANOĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/6971)

Karar Tarihi: 1/2/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Recai AKYEL
Raportör	:	Akif YILDIRIM
Başvurucu	:	Ufuk Rifat ÇOBANOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, iddianamenin düzenlenmesinden sonra ortaya çıkan esaslı değişikliklerin başvurucuya bildirilmemesi ve savunma yapması için gerekli zamanın tanınmaması nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/5/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu başka bir suçtan Bursa ilindeki bir ceza infaz kurumunda bulunmaktayken hakkında Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığının 23/11/2009 tarihli iddianamesi ilekredi kartının kötüye kullanılması suçundan kamu davası açılmıştır. İddianamede, önceden başvurucuyla aynı şirkette çalışan şikâyetçinin rızası olmaksızın kredi kartının birçok kez kullanıldığı iddia edilmiştir.

10. Başvurucu hakkındaki yargılamaya, Kadıköy 8. Asliye Ceza Mahkemesinde başlanmış; anılan Mahkemenin 24/11/2010 tarihli duruşmasında, başvurucunun savunmasının ve iddianamede belirtilmeyen tekerrür hükümlerinin uygulanması ihtimaline binaen ek savunmasının istinabe suretiyle Bursa Nöbetçi Asliye Ceza Mahkemesince alınmasına karar verilmiştir.

11. Bu arada Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) 13/12/2010 tarihinde, Kadıköy 8. Asliye Ceza Mahkemesinin faaliyetinin durdurulmasına ve dava dosyalarının Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesine devrine karar vermiştir. Başvuruya konu dosya 21/12/2010 tarihinde Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesine devredilmiştir.

12. Anılan istinabe talebi doğrultusunda Bursa 8. Asliye Ceza Mahkemesince 28/1/2011 tarihinde yapılan duruşmada, başvurucuya iddianame ve ekleri ile Kadıköy 8. Asliye Ceza Mahkemesinin yazısı okunmuş; savunma yapmak için duruşmaya ara verilmesini talep etme hakkı dışındaki yasal hakları hatırlatılarak savunması alınmıştır. İstinabe Mahkemesince duruşma öncesinde başvurucuya iddianame tebliğ edilmemiştir.

13. Başvurucu, tekerrür hükümlerinin aleyhine uygulanması ihtimaline binaen ek savunmasının sorulması üzerine bu konudaki savunmasını hazırlamak için uygun bir süre verilmesini talep etmiştir. Talep edilen süre, istinabe Mahkemesince verilmemiştir. Başvurucu ayrıca yargılamasının hangi mahkemenin kaç numaralı dava dosyasında yapıldığı ile duruşmasının ne zamana ertelendiği hususlarında bilgi verilmesini istemiştir. İstinabe Mahkemesi, Kadıköy 8. Asliye Ceza Mahkemesinin

E.2009/6 dosyasında yargılandığını ve duruşmanın 24/3/2011 tarihine ertelendiğini başvurucuya bildirmiştir.

14. Bu arada başvurucu 22/3/2011 tarihinde, Kadıköy 8. Asliye Ceza Mahkemesine bulunduğu Ceza İnfaz Kurumu aracılığıyla dilekçe göndererek avukat tutmak ve savunma yapmak için süre talebinde bulunmuştur. Anılan dilekçe -Ceza İnfaz Kurumu kayıtlarında olmasına karşın- dosya içinde bulunamamıştır.

15. Başvuruya konu dava, Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 2010/575 esasına kaydedilerek yargılamaya bu Mahkemece devam olunmuştur. Anılan Mahkemece başvurucunun ek savunmasının alınması ve yargılamayı yapan mahkemenin değiştiğinin başvurucuya bildirilmesi yönünde herhangi bir işlem yapılmamıştır.

16. Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 24/3/2011 tarihli duruşması başvurucunun yokluğunda yapılmıştır. Mahkemece, istinabe yazısının başvurucunun savunmasının ve ek savunmasının alınması suretiyle ikmalen iade edildiğinden bahisle iddia makamının esas hakkındaki mütalaası alınmıştır. Esas hakkındaki mütalaada, başvurucunun müsnet suçtan cezalandırılması ile birlikte -iddianamede belirtilmediği ve savunması alınmadığı hâlde- tekerrür hükümlerinin uygulanması da talep edilmiştir. Aynı tarihli duruşmada, başvurucunun müsnet suçtan cezalandırılmasına ve tekerrür hükümlerinin uygulanmasına karar verilmiştir.

17. Başvurucunun temyizi üzerine anılan karar, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 24/3/2014 tarihli ilamıyla onanmıştır.

18. Başvurucu, anılan ilamdan 9/5/2014 tarihinde haberdar olmuştur.

19. Başvurucu 12/5/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

20. 17/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"İddianamenin sanığa tebliği ve sanığın çağrılması"* kenar başlıklı 176. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) İddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur.

(...)

(4) Yukarıdaki fıkralar gereğince, çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir."

21. 5271 sayılı Kanun'un *"Ara verme"* kenar başlıklı 190. maddesi şöyledir:

"(1) Duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir. Ancak, zorunlu hâllerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir.

(2) 176 ncı maddede belirlenen süreye uyulmamış ise duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu sanığa hatırlatılır."

22. 5271 sayılı Kanun'un *"Ara verme"* kenar başlıklı 196. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili kısmı söyledir:

"Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir. (...) Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur."

23. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 17/2/2016 tarihli ve E.2015/10137, K.2016/1379 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"[D]uruşma gününü bildiren çağrı kağıdı ile birlikte iddianamenin suça sürüklenen çocuklara tebliğ edilmemesi suretiyle kendilerine yüklenen suçu öğrenme hakkından yoksun bırakılmaları; 02.06.2015 ve 07.07.2015 tarihli oturumlarda, 5271 sayılı Kanunun 190. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca suça sürüklenen çocuklara verilmesini isteme hakları hatırlatılmayarak, savunmalarını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakları ellerinden alınarak savunma haklarının kısıtlanması suretiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6, Anayasanın 36, CMK'nın 176 ve 190. maddelerine muhalefet edilmesi [bozmayı gerektirmiştir.]"

24. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 21/4/2016 tarihli ve E.2015/4672, K.2016/2330 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"CMK'nın 174. maddesinde, iddianamenin ve soruşturma evraklarının mahkemeye verildikten itibaren 15 gün süreyle incelenmesi gerektiği, 176.

maddesinin 4. fıkrasında ise (iddianame örneği içeren) çağrı kağıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerektiği -yani savunmanın hazırlanması için en az bir hafta süre verilmesinin zorunlu olduğu- düzenlenmiştir.

AİHS'nin 6/3 (b) maddesine göre hakkında suç isnadı olan kimse "savunmasını tamamlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak" hakkına sahiptir. Bu bendin ihlali silahların eşitliği bakımından da ihlale neden olabilmektedir.

AİHM'ce duruşmaların başlamasından iki hafta önce 17.000 sayfalık dava dosyasını edinebilmeleri, silahların eşitliği ilkesiyle birlikte 6/3 (b) maddesinin de ihlali olarak nitelendirilmiştir.

Tüm bu açıklamalardan, düzenlenen iddianamenin mahkemece onbeş gün içinde incelenebilecek, sanık yönünden ise okunup bir hafta içinde savunma hazırlanabilecek bir hacme sahip olması gerektiği, ancak davanın kapsamına göre savunma süresinin artırılabileceği sonucuna varılabilecektir. AİHM'nin içtihatlarında ise binlerce sayfalık iddianameler için ihlal bulunduğu kabul edilmiştir.

Bu kadar uzun ve çok sayıda eki olan bir iddianame karşısında, sanık ya da müdafiine iddianameyi okuyup, delilleri inceleyip, buna göre etraflıca bir savunma hazırlamakolanağı verilmemesi, adil yargılanma hakkının ihlali olarak görülmüştür."

B. Uluslararası Hukuk

1. İlgili Sözleşme

25. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (3) numaralı fıkrasının (b) bendi şöyledir:

"1. Herkes davasının, … cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak, … görülmesini isteme hakkına sahiptir.

…

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

...

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;"

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

26. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendi kapsamında yeterli bir savunmanın hazırlanmasının bunun için gerekli kolaylık ve zamana sahip olma yönünde iki unsurunun olduğuna dikkat çektikten sonra, zaman unsurunun soyut olarak değerlendirilmesinin olanaklı olmadığına, her davanın koşullarına göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. AİHM, savunmanın hazırlanması için gerekli zamanın uzunluğunu değerlendirirken yalnızca davanın karmaşıklığını dikkate almamakta, tüm zamanını ilgili davaya hasretmesini gerektirecek şekilde çalışma programını değiştirmesi beklenemeyecek olan savunmayı hazırlayan müdafiin mutad iş yükünün de dikkate alınacağı hususuna ayrıca dikkat çekmektedir. Ancak davanın özellikleri bunu gerektiriyorsa savunma avukatının çalışma programının hangi kısmında yoğunlaşacağı hususunda bir ölçüde değişiklik yapmasının beklenmesinin de makul olduğunu belirtmektedir (*Mattick/Almanya*, B. No: 62116/00, 31/3/2005). Sanığa savunmasını hazırlaması için yeterli bir sürenin tanınıp tanınmadığı hususu değerlendirilirken yargılamanın niteliğine olduğu kadar davanın karmaşıklığına ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğuna da özel bir önem verilmesi gerekir (*Gregacevic/Hırvatistan*, B. No: 58331/09, 10/07/2012, § 51).

27. AİHM'e göre sanık, savunmasını uygun bir şekilde hazırlama ve hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın, yargılamanın sonucunu etkileyebilecek şekilde ilgili olan tüm hususlarda davayı gören mahkemenin önüne savunmasını ortaya koyabilme olanağına sahip olmalıdır (*Gregacevic/Hırvatistan*,§ 51). AİHM, savunma için gerekli kolaylıklara sahip olmanın, kendisine bir suç isnat olunan herkesin savunmasını hazırlayabilmesi için yargılama süresi boyunca yapılan soruşturmaların sonuçlarından haberdar olma olanağını içerdiğini belirtmekte; şüpheliye/sanığa sağlanacak kolaylıkların savunma için yardımcı olan veya olabilecek olanaklarla sınırlı olduğuna vurgu yapmaktadır (*Padin Gestoso/İspanya* (k. k.), B. No: 39519/98, 8/12/1998). Sanığa sağlanan zamanın ve kolaylıkların

yeterli olup olmadığı hususu, her bir davaya özgü koşullara göre değerlendirilmelidir (*Huseyn ve diğerleri/Azerbaycan*, B. No: 35485/05.... 36085/05, 26/7/2011,§ 175).

28. Diğer yandan AİHM, yargılama sürecinde ortaya çıkan ve mahkemenin kararını esaslı bir şekilde değiştirebilecek hususlarda/ olaylarda savunma için ek sürenin tanınması gerektiğini ifade etmektedir (*Miminoshvili/Rusya*, B. No: 20197/03, 28/6/2011, § 141). Bu tür "olaylar", iddianamede yapılan değişiklikleri (*Pelissier ve Sassi/Fransa* [BD], B. No: 25444/94, 25/3/1999, § 62), iddia makamının yeni deliller sunmasını (*G.B./Fransa,* B. No:44069/98, §§ 60-62) veya yargılama esnasında bilirkişi görüşündeki ani ve esaslı değişiklikleri (*G.B./Fransa,* §§ 69, 70) içerebilir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

29. Mahkemenin 1/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Savunma İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

30. Başvurucu; ek savunmasını hazırlamak için süre talep ettiği hâlde bu yönde bir süre verilmemesi ve hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanması, ayrıca yargılamayı yapan Mahkemenin karar aşamasında değişmesine rağmen kendisine bu konuda herhangi bir bildirimde bulunulmaması nedenleriyle savunma hakkının kısıtlandığını, böylece adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

31. Bakanlık; AİHM ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarına atıfla suçlamanın niteliğinin sonradan değişmesi durumunda sanığa ek savunma hakkının tanınması ve bu durumda savunmasını hazırlaması için yeterli zaman ve kolaylıkların sağlanması gerektiğini, somut olayda tekerrür hükümlerinin uygulanmasının duruşmada ilk defa ortaya çıkan bir husus olmadığını, başvurucunun diğer iddialarını ise yeterince temellendirmediğini bildirmiştir.

32. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru formunda belirttiği iddialarını tekrar etmiştir.

2. Değerlendirme

33. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın 36. maddesinin(1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde .... savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

34. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeninin de bulunmadığı anlaşılan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

35. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes "savunma" ve "adil yargılanma" hakkına sahiptir. Savunma hakkının sağladığı "güvenceler", esasen adil yargılanma hakkı içinde yer almaktadır. Savunma hakkı, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden ve adil yargılanma hakkının önemli güvencelerinden biri olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde ayrıca ifade edilmiştir.

36. Ceza yargılamasında savunma hakkının güvence altına alınması, demokratik toplumun temel ilkelerindendir (*Erol Aydeğer*, B. No: 2013/4784, 7/3/2014, § 32).İddiaya karşı savunma imkânı tanınmadığı sürece adil muhakeme yapılması mümkün değildir. Savunma hakkı tanınmadan kişilerin cezalandırılması, Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet karinesine de uygun değildir.

37. Suç isnadı altındaki kişiye savunma hakkının şeklen değil gerçek anlamda sağlanması gerekir. Bunun için suç isnadı altındaki kişi, savunma için yeterli imkâna yani gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmalıdır.Bu itibarla anılan güvencenin adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğine dâhil ve bu hakkın doğal sonucu olduğu ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan, Anayasa'nın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil

edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde, bir suç ile itham edilen herkesin savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı düzenlenmiştir.

38. Anayasa Mahkemesi de savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının, Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen "adil yargılanma" kavramı dışında "meşru vasıta ve yollardan yararlanmak" kavramının da kapsamında olduğunubelirtmiştir (AYM, E.1992/8, K.1992/39, 16/6/1992).

39. "Gerekli zaman"a ve "gerekli kolaylıklar"a sahip olma hakları, uygulamada çoğunlukla iç içe geçmiş durumdadır. İstisnai bazı durumlarda savunma için gerekli imkânlar sağlandığı hâlde gerekli zaman verilmemiş olabilir.

40. Suç isnadı altında bulunan kişiye, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkına uygun bir şekilde savunmasını hazırlayıp mahkeme önünde dile getirebilmesi ve böylece yargılamaların sonucunu etkileyebilmesi için gerekli zamanın verilmesi gerekir. Gerekli zaman verilmeyen şüphelinin/sanığın, hakkındaki isnatları değerlendirip bunlara karşı savunma ve delil araştırması yapması mümkün değildir.Dolayısıyla savunma için gerekli zamana sahip olma, kişiyi acele yapılan yargılamalara karşı korumaktadır.

41. Anayasa'nın 36. maddesinde herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de bu hakkın hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların dadoğasından ve Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan ilke ve haklardan kaynaklanan bazı nesnel sınırları bulunmaktadır. Bu, Anayasa'nın bütünlüğü ilkesinin bir sonucudur. Böyle durumlarda hakkın nesnel sınırları ile çatışan diğer hak ve ilkeler dikkate alınmalı, bir dengeleme yapılmalıdır.

42. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer bir güvence de makul sürede yargılanma hakkıdır. Öte yandan Anayasa'nın 141. maddesinde yargı organlarına davaları"mümkün olan süratle" sonuçlandırma görevi verilmiştir. Bunun için devletin davayı makul sürede bitirme ve savunma için gerekli süreyi sağlama pozitif yükümlülükleri arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu kapsamda bir taraftan suç isnadı

altındaki kişiye savunma için yeterli zamanın yargılamayı adil olmaktan çıkarmayacak şekilde tanınması, diğer taraftan tanınacak zamanın yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılmasını olumsuz etkileyecek uzunlukta olmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle yargılama, savunma için gerekli zamana sahip olma hakkını zedeleyecek şekilde aceleye getirilmemeli; anılan hakkın gerçek anlamda kullanılmasını mümkün kılacak bir süratlesonuçlandırılmalıdır.

43. "Gerekli zaman" yargılanan kişinin, hakkındaki iddiaları öğrendikten sonra savunma için zorunlu hazırlıkları yapabileceği süreyi ifade etmektedir. Sürenin yeterli olup olmadığı, yargılama faaliyetinin bütünü gözönüne alınarak değerlendirilmelidir. Sürenin kısalığı bu konuda tek başına esas alınamaz, verilen sürelerin savunma hakkını olumsuz yönde etkileyip etkilemediği de incelenmelidir. Her şüphelinin/sanığın savunma için gerek duyacağı süre diğerinden farklıdır. Anılan süre somut olayın özelliklerine, davanın niteliğine, dava konusunun karmaşık olup olmadığına, sanığın içinde bulunduğu duruma (tutukluluk/hükümlülük gibi) ve yargılamanın aşamasına göre değişebilir. Sanığın öncesinde müdafi yardımından faydalanması da sürenin yeterliliği hususunda gözetilebilir. Diğer yandan sanığın yargılama sürecindeki tutumlarından (doğru adres bildirilmemesi gibi) süre yetersiz gelmişse Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalinden söz edilmeyebilir.

44. Sadece iddianamede belirtilen suçlamalarla ilgili olarak savunma yapmak için gerekli zaman ve kolaylıkların sağlanması yargılamanın adil olmasını sağlamayabilir. İddianameden sonra ortaya çıkan ve yargılama konusu edilen yeni suçlamalar ve mahkemenin vereceği hükmü esaslı bir şekilde değiştirebilecek yeni durumlar ile iddianamedeki suçlamanın değişmesi yönünden de suç isnadı altındaki kişiye gerekli zaman ve kolaylıkların sağlanması icap eder.

45. Savunma için "gerekli kolaylık" kavramı ise şüpheliye/sanığa savunma için yardımcı olacak veya olabilecek zorunlu olan imkânları ifade etmekte ve "silahların eşitliği"ni sağlamayı amaçlamaktadır. Suç isnadı altındaki kişiye sağlanması zorunlu kolaylıklar, savunma için "gerekli" olanlardır. Bu kolaylıklardan biri, kişinin savunmasını planlayarak mahkeme önünde en uygun ve etkili şekilde yapılabilmesini mümkün kılacak bilgilere ulaşmasına ve böylece yargılamanın sonucunu etkileyebilmesine imkan verilmesidir. Kişinin beraat etmesini veya

cezasının azaltılmasını sağlayabilecek delil niteliğindeki belgelere erişimine ve müdafiyle görüşmesine izin verilmesi, gerekçeli kararın tebliğ edilmesi ve yargılama esnasında esaslı değişikliklerden haberdar edilmesi sağlanacak diğer kolaylıklardır. Bu hak yönünden de somut olayın özelliklerinin belirleyiciliği büyük öneme sahiptir. Değerlendirme, yargılamanın bütünlüğü gözetilerek yapılmalıdır.

46. Savunma için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkı mutlak değildir. İstisnai hâllerde sınırlandırılması mümkündür. Özellikle üçüncü şahısların temel haklarını korumak, kamu menfaatini gözetmek veya adli makamların soruşturma yaparken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak gibi amaçlarla bu tedbirlere başvurulmasının zorunlu olduğuna kanaat getirildikten sonra soruşturma evresinde bazı delillere erişim yönünden kısıtlama getirilebilir. Ancak sanığın dava dosyasına erişimine getirilecek kısıtlamanın duruşma öncesinde delillerin sanığa ulaştırılmasını ve kovuşturma evresinde sanığın müdafii aracılığıyla deliller üzerine görüş sunmasını engellememesi gerekir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi; kısıtlamaya yönelik bu tür tedbirlerin uygulanmasına ilişkin kararlarda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin gözetilip gözetilmediğini, savunmanın menfaatlerinin korunması için yeterli güvenceler sağlanıp sağlanmadığını inceler.

47. Daha önce erişilemeyen bilgi ve belgelere yargılamanın sonraki aşamalarında ulaşılmış ve bunlara karşı iddia ve itirazlar dile getirilerek kısıtlama telafi edilmiş ise savunma hakkı ihlal edilmiş sayılmaz. Anayasa Mahkemesi bir kararında; dosyadaki gizlilik kararına rağmen olay yerinin ve zamanının anlaşılabildiği, buna ilişkin savunma yapıldığı, gizlilik kararının delil toplatılmasının talep edilmesine engel olmadığı ve iddianamenin kabulü kararıyla dosyaya erişimin kısıtlanmasına ilişkin kararının kendiliğinden ortadan kalktığı gerekçesiyle anılan hakkın ihlal edildiği iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur (*Ersin Ekmekçi ve Sinan Ekmekçi*, B. No: 2013/6068, 18/11/2015, §§ 66-68).

48. Savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı, suçu öğrenme (isnadın bildirilmesi) hakkı ile de doğrudan ilişkilidir. Sanığa veya müdafiine savunma için gerekli hazırlıkları yapmaları amacıyla iddianamenin tebliğiyle duruşma günü arasında yeterli bir sürenin verilmesi gerekir. Aynı şekilde suçun hukuki vasıflandırmasının değişmesi hâlinde de savunmanın yeniden hazırlanması için gerekli

zaman ve kolaylıklar sağlanmalıdır. Nitekim bu anayasal gereklilikler ilgili usul kurallarında da belirtilmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 176. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre sanığa, suçlamaların maddi ve hukuki dayanaklarını bildiren iddianamenin tebliği ile savunma arasında en az bir haftalık sürenin bulunması gerekmektedir. Ayrıca 5271 sayılı Kanun'un 226. maddesi uyarınca sanığın ek savunmasının alınması gerektiği durumlarda istemi hâlinde sanığa veya müdafiine ek savunmasını hazırlamak için süre verilmesi bir zorunluluktur.

49. Bireysel başvuru incelemelerinde de ölçü norm, Anayasa'dır; kanuna uygunluk denetimi yapılmamaktadır. Bu nedenle kanunlarda belirtilen sürelere uyulmaması tek başına Anayasa'ya aykırılık sonucunu doğurmaz. Verilen sürenin ve sağlanan kolaylıkların Anayasa'nın 36. maddesi açısından yeterli/gerekli olup olmadığının değerlendirilmesinde yargılamanın bütünlüğü içinde somut davanın kendine özgü koşulları dikkate alınmalıdır.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

50. Somut olayda, yargılamayı yürüten Mahkemenin yargı çevresi dışında bir cezaevinde olması nedeniyle başvurucunun savunması istinabe suretiyle alınmıştır. Başvurucu, yargılamasının hangi mahkemenin kaç numaralı dava dosyasında yapıldığı ile duruşmasının ne zamana ertelendiği hususlarında bilgi verilmesini istemiştir. İstinabe Mahkemesi, esas yargılamayı yapan mahkemenin Kadıköy 8. Asliye Ceza Mahkemesi olduğunu ve duruşmanın 24/3/2011 tarihine ertelendiğini bildirmiştir. İstinabe duruşmasında, başvurucuya öncesinde tebliğ edilmeyen iddianame de okunmuştur.

51. Başvurucu, hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanma ihtimaline karşı savunma yapmak için süre talep etmiştir. Başvurucu, Cezaevi kayıtlarında rastlanan ancak Mahkemeye ulaşmayan dilekçesiyle de savunma yapmak ve avukat tutmak için duruşmanın ertelenmesiniistemiştir.

52. İstinabe talebinden sonra esaslı bir gelişme meydan gelmiş; başvurucunun yargılandığı Mahkeme, HSYK tarafından kapatılarak dosyanın başka bir mahkemeye devrine karar verilmiştir. Başvurucu, yargılamanın karar aşamasında gerçekleşen esaslı bir gelişmeden (Mahkemenin kapatılmasından) haberdar edilmemiş; savunmasını

planlayıp dosyanın devredildiği mahkeme önünde de yapabilme imkânından yararlandırılmamıştır. Cezaevinde olan başvurucunun özel durumu nazara alınmamıştır.

53. Diğer yandan savunma için gerekli hazırlıkları yapması amacıyla iddianame başvurucuya (sanığa) -duruşma gününden önce tebliğ edilmediği hâlde- duruşmaya ara verilmesini isteyebileceği hatırlatılmamış; başvurucunun beyanları aynı duruşmada tespit olunmuştur. Başvurucunun süre talebinden feragat ettiğine dair bir bilgi/kayıt da bulunmamaktadır. Tekerrüre ilişkin yeni durum karşısında da başvurucunun avukata danışabilmesine fırsat verilmemiştir. Buna karşın mahkûmiyet kararında, iddianamede belirtilmeyen tekerrür hükümleri de yer almıştır. Yargılama bir bütün olarak değerlendirildiğinde -somut olayın özel koşullarında- başvurucunun savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

54. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan savunma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Diğer İhlal İddiaları

55. Başvurucu, müdafi yardımından faydalanma ve iddia tanıklarını sorguya çekme haklarının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

56. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 47. maddesinin (3),48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca bireysel başvuruda,kamu gücünün neden olduğu iddia edilen ihlale dair olayların tarih sırasına göre özeti yapılmalı; bireysel başvuru kapsamındaki hakların ne şekilde ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır (*Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19, 20).

57. Somut olayda başvurucu, ihlal iddialarını soyut ve genel ifadelerle ileri sürmüş; ihlallere ilişkin delillerini sunma ve açıklamalarda bulunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Dolayısıyla başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların kanıtlanamadığı sonucuna ulaşılmıştır.

58. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

59. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir …

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

60. Başvurucu, yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

61. Adil yargılanma hakkı kapsamında savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

62. Adil yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

63. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Adil yargılanma hakkı kapsamında savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkına ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer ihlal iddialarının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğininadil yargılanma hakkı kapsamında savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla yeniden yargılama yapılmak üzere Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesine (E.2010/575, K.2011/435) GÖNDERİLMESİNE,

D. 206,10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 1/2/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ALİ KEMAL TEKİN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/875)

Karar Tarihi: 2/2/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
Raportör	:	Akif YILDIRIM
Başvurucu	:	Ali Kemal TEKİN
Vekili	:	Av. Mustafa Umut YALÇIN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1.Başvuru, isnadın sebebinin ve niteliğinin zamanında bildirilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 14/1/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAYLAR ve OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu 1979 doğumlu olup olayların gerçekleştiği tarihte Umman'daki birüniversitede çalışmaktadır. Beyanına göre Arapçayı yeterli düzeyde bilmemektedir.

10. Başvurucunun boşanma davası devam ederken müşterek çocuklarının velayeti Mahkemece başvurucunun eşine verilmiştir.

11. Başvurucunun müşterek çocuğunu alarak Umman'a gitmesi üzerine eşi tarafından başvurucu şikâyet edilmiş ve Malatya Cumhuriyet Başsavcılığının 3/11/2010 tarihli iddianamesiyle çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarından başvurucunun cezalandırılması için Malatya 2. Sulh Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır.

12. Başvurucunun savunmasının alınması için Umman'a istinabe (adli yardımlaşma) evrakı düzenlenmiş ve başvurucunun savunması Umman Sultanlığı adli makamlarınca 17/10/2012 tarihinde alınmıştır. Başvurucunun savunması İngilizce bilen tercüman eşliğinde alınmıştır. Başvurucunun iddiasına göre ana dilde (Türkçe) tercüme talebi reddedilmiştir.

13. Umman Sultanlığı adli makamınca iddianamenin savunması öncesinde başvurucuya tebliğ edildiğine veya ifadesi sırasında okunduğuna dair bir kayıt bulunmamaktadır. Suçlamanın dayanağı olan ceza normu (suçlamanın niteliği) ise başvurucuya sözlü olarak bildirilmiştir.

14. Başvurucu istinabe suretiyle alınan savunmasında eşi ile çocuğun kendisine verilmesi hususunda anlaştığını, annenin rızası ile çocuğu teslim aldığını, onu kaçırmadığını, Türkiye'ye gidip ayrıca savunma yapacağını beyan etmiş; savunma için süre talep etmemiştir.

15. Malatya 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 22/1/2013 tarihli kararı ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarından başvurucunun 1.500 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Mahkûmiyet kararında, anılan savunmanın dışında başka delillere de dayanılmıştır.

16. Temyiz üzerine karar, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 9/10/2013 tarihli ilamı ile onanmıştır.

17. Başvurucu, anılan ilamdan 2/1/2014 tarihinde haberdar olduğunu beyan etmiştir.

18. Başvurucu 14/1/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

19.17/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"İddianamenin sanığa tebliği ve sanığın çağrılması"* kenar başlıklı 176. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) İddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur.

(...)

(4) Yukarıdaki fıkralar gereğince, çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir."

20. 5271 sayılı Kanun'un *"Ara verme"* kenar başlıklı 190. maddesi şöyledir:

"(1) Duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir. Ancak, zorunlu hâllerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir.

(2) 176 ncı maddede belirlenen süreye uyulmamış ise duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu sanığa hatırlatılır."

21.5271 sayılı Kanun'un *"Ara verme"* kenar başlıklı 190. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili kısmı söyledir:

"Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir. (...) Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur."

2. İlgili Yargı Kararları

22. Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 2/3/2016 tarihli ve E.2015/16928, K.2016/3932 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Sanığa, CMK'nın 176/1. maddesi uyarınca iddianame tebliğ edilmeden ve aynı Kanunun 190/2. madde ve fıkrası gereğince iddianamenin okunmasından önce duruşmaya ara verilmesini isteyebileceği hususu da hatırlatılmadan hükümlülük kararı verilerek savunma hakkının kısıtlanması [bozmayı gerektirmiştir.]"

23.Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 10/12/2015 tarihli ve E.2015/4957, K.2015/33241 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"İddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliği olunur (CMK 176/1). (...) Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa neden ibaret olduğunu bildirmesi istenir; müdafii de sanıkla birlikte davet olunur. (...) CMK 176/3). Yukarıdaki fıkralar gereğince, çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir (CMK 176/4). 176. maddede belirlenen süreye uyulmamış ise duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu sanığa hatırlatılır (CMK 190/2).

Sanık, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkına sahiptir (AİHS 6/3-b)

Somut olayda, iddianame ve çağrı kâğıdı tutuklu olan sanığa tebliğ edilmemiş ve CMK'nın 176. maddesinin 2. fıkrası gereğince herhangi bir işlem yapılmamıştır. Sanık 04.10.2013 tarihli duruşmaya getirtilmiş, iddianame okunarak savunması sorulmuş, ancak CMK'nın 190. maddesinin 2. fıkrası uyarınca duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu hatırlatılmamıştır. Sanıkrahatsızlığı ve yakınlarından vefat edenlerin bulunması nedeniyle avukatları ile görüşemediğini, ayrıca suçlama hakkında bilgisinin bulunmadığını belirterek, savunmasını yapmak üzere süre verilmesini istemiştir. Sanığın müdafileri de savunma için süre verilmesi talebinde bulunmuşlardır. Sanığın ve müdafilerinin bu talebi Mahkeme tarafından, aynı tarihli oturumda, dava zamanaşımının 29.12.2015 tarihinde dolacağı ve sanığın şimdiye kadar savunmasını hazırlayacak durumda olduğu gerekçesiyle reddedilmiş ve sanığın sorgusu yapılmamıştır.

Böylece, AİHS'nin ve CMK'nın belirtilen hükümlerine aykırı hareket edilerek, sanığın savunma hakkı kısıtlanmıştır."

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

24.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (3) numaralı fıkrasının (a) bendi şöyledir:

"1. Herkes davasının, … cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak … görülmesini isteme hakkına sahiptir.

…

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek"

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

25. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin şüphelinin/sanığın yalnızca işlediği iddia olunan fiil ile bu fiilin kendisine isnat edilmesinin nedenleri hakkında bilgilendirilmesini değil fiilin ne şekilde vasıflandırıldığı hususunda da detaylı bir şekilde bilgilendirilmesi hakkını güvence altına aldığına vurgu yapmaktadır (*Penev/Bulgaristan*, B. No: 20494/04, 7/1/2010, § 33).

26.Mahkeme, ceza davalarında şüpheliye/sanığa karşı yapılan suçlamayla ilgili detaylı bilgilendirme yapılmasına ve sonuç olarak derece mahkemesinin benimsediği vasıflandırmanın yargılama sürecinin adil olmasının temini için temel bir ön koşul teşkil ettiğine karar vermiştir (*Penev/Bulgaristan*, § 34).

27. Suç isnadı altındaki kimseye, kendisine yöneltilen suçlamaların ağırlığını tamamen anlayabilmesi ve bu doğrultuda kapsamlı bir savunma hazırlayabilmesi için bilginin detaylı sağlanması gerekmektedir. Ancak "detaylı" bilginin kapsamı her davanın kendine özgü koşullarına bağlı

olarak değişiklik gösterebilir. Bu bağlamda isnadın bildirilmesine ilişkin 6. maddenin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinin, suç isnadı altında bulunan herkese savunmasını hazırlayabilmesi için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı tanıyan (b) bendi ile ilişkili bir şekilde ve daha genel olarak 6. maddenin (1) numaralı fıkrasında düzenlenen adil yargılanma hakkı ışığında değerlendirilmesi gerekir (*Mattoccia/İtalya,* B.No: 23969/94, § 60).

28. Şüphelinin/sanığın, aleyhine yapılan suçlamanın sebebi ve türü hakkında bilgilendirilme yöntemine ilişkin herhangi bir özel ve şekli şart öngörülmemektedir (*Pélissier ve Sassi/Fransa* [BD], B. No: 25444/94,25/3/1999, § 53).

29. AİHM, *Brozicek/İtalya* (B. No: 10964/84, 19/12/1989, § 41) davasında İtalyan olmayan ve İtalya'da ikamet etmeyen başvurucunun İtalyanca bilmediği için yazının içeriğini anlamakta güçlük çektiğini İtalyan adli makamlarına çok açık bir şekilde bildirdiği hâlde İtalyan adli makamlarının, başvurucunun aslında aleyhindeki isnatları bildiren mektubun anlamını tebligattan anlayabilecek kadar İtalyanca bildiğini kanıtlayamamaları durumunda bu bilgilerin çevirisini sunması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme, *Kamasinski/Avusturya* (B. No: 9783/82, 19/12/1989, § 81) davasında savunma hazırlamak için yeterli olacaksa suç isnadına ilişkin bilginin iddianamenin sözlü bir tercümesi ile de aktarılabileceği sonucuna varmıştır.

30. AİHM, ayrıca suç isnadı altındaki kimseye yöneltilen suçlamada ve suçlamanın "gerekçesinde" yapılabilecek tüm değişikliklerin usulüne uygun olarak eksiksiz bir şekilde haberdar edilmesi, bunlara karşı girişimde bulunabilmesi ve yeni durum temelinde savunmasını hazırlayabilmesi için yeterli zaman ve imkân tanınması gerektiği kanaatindedir (*Mattoccia/İtalya*, § 61). Çünkü Sözleşme'nin 6. maddesinin (a) bendi ile suç isnadı altında bulunan kişinin "savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma" hakkına ilişkin (b) bendi birbiriyle bağlantılıdır (*Pélissier ve Sassi/Fransa*, §§ 51-54)

31. Süpheli/sanık, isnatla ilgili olarak yargılamaya başlanmadan veya en azından hâkim önüne çıkmadan önce savunmasını hazırlamaya yetecek kadar sürede bilgilendirilmelidir (*Chichlian ve Ekindjian/Fransa*, B. No: 10959/84, 16/3/1989 tarihli Komisyon raporu, § 49).

3. Adli Yardımlaşma Sözleşmesi

32.Türkiye Cumhuriyeti ile Umman Sultanlığı Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması'nın (Resmî Gazete, Sayı: 27588) ilgili maddeleri şöyledir:

*"**Madde 25***

1) Akit Taraflar, ceza alanında birbirlerine karşılıklı olarak adli yardımda bulunmayı taahhüt ederler.

2) Ceza alanında adli yardımlaşma özellikle belgelerin tevdii, arama, delil teşkil eden belge ve eşyalara el konulması ve teslimi, bilirkişi incelemesi, sanıkların ve tanıkların sorgulanması, bilirkişilerin dinlenmesi ve keşif yapılması gibi usul işlerinin yerine getirilmesini kapsar.

Madde 27

1) Bir adli yardım talebinin yerine getirilmesi için istenilen makam kendi Devletinde yürürlükte bulunan kanuni hükümleri uygulayacaktır. Bununla birlikte, istenilen makam isteyen makamın talebi üzerine, istenilen Tarafın kanunlarına aykırı olmadığı ölçüde diğer Akit Tarafın usul hükümlerini uygulayabilir.

Madde 29

1) Tebliği istenilen belgeler, istenilen Taraf dilinde yapılmış veya resmen tasdik edilmiş tercümelerle birlikte gönderildiği takdirde, istenilen makamca tebligat kendi Devletinin bu konuyu düzenleyen kanuni hükümlerine uygun şekilde yapılacaktır. Aksi takdirde istenilen makam bu belgeyi muhatabına ancak muvafakat etmesi halinde tebliğ edecektir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 2/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. İsnadı (Suçu) Öğrenme Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

34. Başvurucu; adli yardımlaşma yoluyla savunması alınmadan önce iddianamenin kendisine tebliğ edilmediğini ve savunması sırasında da okunmadığını, ifadesinin alınırken Türkçe bilen tercüman yerine İngilizce bilen bir tercümanın hazır bulundurulduğunu, bu nedenle suçlamanın

niteliği ve nedenleri hakkında kendisine ayrıntılı bilgi verilmediğini, böylece adil yargılanma hakkı kapsamında savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

35. Bakanlık AİHM kararlarına atıfla isnadın bildirilmediği bir yargılamanın adil olamayacağını, bildirimin sanığın "anladığı dilde" yazılı/sözlü yapılabileceğini, isnadın ana dil dışındaki bir dilde bildirilmesinin gerektiği hâllerde adil bir yargılama için bildirimin yazılı yapılmasının gerekebileceğini, somut olayda başvurucunun Arapça bilmediği için tercüman yardımından yararlandırıldığını, hakkındaki isnadı anladığını ve savunma yaptığını bildirmiştir.

36. Başvurucu, başvuru formunda belirttiği iddialarını Bakanlık görüşüne karşı beyanında tekrar etmiştir.

2. Değerlendirme

37. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddialarının adil yargılanma hakkı kapsamındaki isnadıöğrenme hakkı yönünden incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

38. Anayasa'nın 36. maddesinin(1) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."*

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

39. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

40. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes "savunma" ve "adil yargılanma" hakkına sahiptir. Savunma hakkının sağladığı "güvenceler" esasen adil yargılanma hakkı içinde yer almaktadır. Savunma hakkı,

hukuk devleti ilkesinin gereklerinden ve adil yargılanma hakkının önemli güvencelerinden biri olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde ayrıca ifade edilmiştir.

41. Ceza yargılamasında savunma haklarının güvence altına alınması, demokratik toplumun temel ilkelerindendir (*Erol Aydeğer*, B. No: 2013/4784, 7/3/2014, § 32).Savunma, ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesini sağlamaktadır. İddiaya karşı savunma tanınmadığı sürece silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun muhakeme yapılması ve maddi gerçeğe ulaşılması da mümkün değildir.

42. Suç isnadı altındaki kişiye savunma hakkının şeklen değil gerçek anlamda sağlanması gerekir. Bunun için suç isnadı altında bulunan kişiye, savunmasını hazırlayıp mahkeme önünde dile getirebilmesi ve böylece yargılamanın sonucunu etkileyebilmesi için isnadın bildirilmesi gerekmektedir. Hakkındaki isnadı bilmeyen kimsenin savunma yapması mümkün değildir. Dolayısıyla isnadın bildirilmediği bir yargılamanın adil olduğundan söz edilemez. Bu itibarla adil yargılanma hakkının isnadın bildirilmesine ilişkin güvenceyi de kapsadığı anlaşılmaktadır. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde, bir suç ile itham edilen herkesin kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkı düzenlenmiştir.

43. İsnat, sanığın savunma yapabilmesi için bildirilmektedir. Bunun için bildirimde, sanığın hangi fiil ile suçlandığının ve hangi suçu işlediğinin açıklanması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle sanık, isnadın sebebinden ve niteliğinden haberdar edilmelidir. Sanığın hangi fiili nerede ve ne zaman işlediği (yüklenen suçu oluşturan olay/olaylar) "isnadın sebebini" oluşturur. Bunların soyut olarak değil sanığın savunma hazırlayabilmesine yeterli düzeyde ve ayrıntılı olarak açıklanması gerekir. Böylelikle sanık, davaya konu fiili nerede ve ne zaman işlemekle suçlandığını bileceğinden savunmasını buna göre yapabilecektir. Fiilin hukuki yönden vasıflandırılması ise "isnadın niteliği"dir. Suçlamanın niteliği hakkındaki bilgi de savunma yapmaya yeterli düzeyde olmalı ve bildirimde sanığın işlemekle suçlandığı fiilin hangi normu ihlal ettiği belirtilmelidir.

Yargılama sırasında fiilin hukuki niteliğinin değişmesi durumunda da sanık bu değişiklikten haberdar edilmelidir. Böylelikle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak yargılamanın adilliği de sağlanmış olur.

44. Anayasa'nın 36. maddesinde, isnadın bildirim şekline ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bildirim, yazılı veya sözlü yapılabilir. Maddi ve hukuki olguların karmaşık ve anlaşılmasının zor olması durumunda bildirimin yazılı yapılması yargılamanın adilliğinin temini için gerekebilir. Ceza muhakemesinde bildirim, genellikle iddianamenin tebliği suretiyle yapılmaktadır. İdianamenin tebliğ edilmesiyle sanığın, yazılı bir biçimde suçlamaların maddi ve hukuki temelinden resmî olarak haberdar olduğu kabul edilmektedir.

45. İsnadın, sanığın "anladığı dilde" bildirilmesi gerekir. Aksi durumda isnadın bildirilmesi bir anlam ifade etmez. Mahkemenin dilini "anlayan" ve "konuşan" bir sanığa başka bir dilde isnadın bildirilmesi gerekmez. İsnadın ana dilde bildirilme zorunluğu da bulunmamaktadır. İsnadı anlayabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen fakat birden fazla dil bilen sanığa isnadın hangi dilde bildirileceğine sanık değil derece mahkemeleri karar verecektir. Buna karşın yetkili yargısal mercilerin -özen yükümlülükleri gereği- Türkçe bilmeyen sanıklara sunulan tercümenin yeterlilik düzeyini değerlendirme zorunluluğu vardır. Bazı durumlarda bildirimin sanıkların tercüme talep ettikleri dilde yapılması, yargılamanın adilliği açısından gerekebilir. Bu hâlde dahi esaslı belgeler dışında tüm dava dosyasının sanığın anladığı dile çevrilmesi zorunlu değildir.

46. Sanığın, hakkındaki isnadı bir an önce öğrenmesi ve buna göre savunma yapması için isnadın sanığa zamanında bildirilmesi gerekir. Bunun için isnat, kovuşturmaya başlanmadan veya sanığın mahkeme önüne çıkmasından önce savunma hazırlamaya olanak verecek bir sürede bildirilmelidir. Bu bakımdan isnadıöğrenme hakkı, savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı ile ilişkilidir. Sanığa veya müdafiine -savunma için gerekli hazırlıkları yapmaları amacıyla- isnadın bildirilmesiyle (iddianamenin tebliğiyle) duruşma günü arasında yeterli bir sürenin verilmesi gerekir. Aynı şekilde suçun hukuki niteliğinin değişmesi hâlinde de savunmanın yeniden hazırlanması için gerekli zaman ve kolaylıklar sağlanmalıdır. Nitekim bu anayasal gereklilikler, ilgili usul kurallarında da somutlaştırılmaya çalışılmıştır. 5271 sayılı

Kanun'un 176. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre suçlamaların maddi ve hukuki dayanaklarını sanığa bildiren iddianamenin tebliği ile savunma arasında en az bir haftalık sürenin bulunması gerekmektedir. Ayrıca 5271 sayılı Kanun'un 226. maddesi uyarınca sanık -suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça- iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez. Aynı maddede, ek savunma verilmesini gerektiren hâllerde istem üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre verilmesi bir zorunluluk olarak öngörülmüştür.

47. Diğer yandan adil yargılanma hakkına yönelik dile getirilen müdahale iddiaları, yargılama sürecinin ileriki aşamalarında telafi edilmişse adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş sayılmaz. Müdahale iddiasının Anayasa'nın 36. maddesi açısından değerlendirilmesinde yargılamanın bütünlüğü içinde somut davanın kendine özgü koşulları dikkate alınmalıdır. İsnada konu olayın sadeliği/karmaşıklığı, başvurucunun kendisine yüklenen suçu oluşturan olaylardan önceden haberdar olup olmadığı vesonradan başvurucuya savunma fırsatı verilip verilmediği dikkate alınabilecek hususlardandır.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

48. Somut olayda yabancı bir ülkede bulunması nedeniyle başvurucunun savunması, uluslararası istinabe suretiyle (adli yardımlaşma yoluyla) alınmıştır. İstinabe duruşmasında, başvurucuya öncesinde tebliğ edilmeyen iddianame okunmamış ancak suçlamanın dayanağı olan ceza normu sözlü olarak bildirilmiştir. İsnat olunan suçu oluşturan olayların ne olduğu (isnadın sebebi) ise başvurucuya sorulan sorular yoluyla anlaşılmıştır. Başvurucu, iddianemenin tebliği edilmemesinden şikâyetçi olmuşsa da isnadın yazılı şekilde bildirilme zorunluluğu bulunmamaktadır.

49. Başvurucuya suçlamanın dayanağı olan ceza normu ve yüklenen suçu oluşturan olay, anladığı dil olan İngilizce tercüme yoluyla bildirilmiştir. Başvurucu, ana dilde tercüme yerine İngilizce tercüme yapılmasından şikâyetçi olmuş ise de isnadın ana dilde değil sanığın "anladığı dilde" bildirilme zorunluluğu bulunmaktadır. Başvurucunun İngilizceyi yeterli düzeyde bilmediğine dair iddiası da bulunmamaktadır.

50. Başvurucuya yüklenen suçu oluşturan maddi olaylar ve bunların hukuki niteliği, başvurucunun yetkili makam önüne çıkmasından önce savunma hazırlamasına imkân tanıyacak bir zamanlamayla bildirilmemiştir. Ancak başvurucu hakkında çıkarılan yakalama emri iki yıla yakın bir sürede infaz edilmemiştir. Başvurucunun annesi de iştirak eden olarak aynı davada yargılanmaktadır. Ayrıca başvurucu sahte noter muvafakatnamesi düzenleme suçu nedeniyle başka bir davada da yargılanmaktadır. Dolayısıyla başvurucu, isnat konusu olaydan ilk defa savunmasının alınması esnasında haberdar olmamıştır.

51. Başvurucu istinabe suretiyle alınan savunmasında da eşi ile çocuğun kendisine verilmesi hususunda anlaştığını, annenin rızası ile çocuğu teslim aldığını ve onu kaçırmadığını beyan etmiştir. Dolayısıyla başvurucu suçlamaları inkâr ederek savunma yapma fırsatı elde etmiştir. Başvurucu, savunma için süre talep etmemiş; Türkiye'ye gidip ayrıca savunma yapacağını belirtmiştir. Suçlamanın başvrucunun öncesinde haberdar olduğu bir eyleme ilişkin olduğu, olayın karmaşık nitelikte olmadığı ve başvurucunun temyiz aşamasında müdafi yardımından yararlandığı görülmüştür. Bu itibarla yargılama bir bütün olarak değerlendirildiğinde -somut olayın özel koşullarında- başvurucunun suçu (isnadın sebebini) öğrenme hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

52. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan suçu (isnadın sebebini) öğrenme hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

B. Diğer İhlal İddiaları

53. Başvurucu savunmasının usule uygun şekilde alınmadığını, savunmasını alan Umman Sultanlığı adli makamının mahkeme sıfatını taşımadığını, bu makamca elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet kararı verildiğini, Yargıtay tarafından da bu eksiklikler değerlendirilmeden karar verildiğini belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

54. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda

incelenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda ilke olarak mahkemeler önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ileuyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun adil olup olmaması bireysel başvurukonusu olamaz. Ancak bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfîlik içeren tespit ve sonuçlar bu kapsamda değildir (*Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 42).

55. Somut olayda Mahkemece, sanık savunmasına, sahteliği Adli Tıp Kurumu raporuyla belirlenmiş muvafakatnameye, katılan beyanına ve başvurucu hakkında sahtecilik suçundan açılmış dava dosyasına dayanılmak suretiyle başvurucunun çocuğun kaçırılması suçundan cezalandırılmasına karar verilmiştir. Diğer bir ifadeyle mahkûmiyet hükmü belirleyici olarak sanık savunması dışındaki delillere dayandırılmıştır. Başvurucunun anılan iddialarının esas itibarıyla Derece Mahkemelerince verilen kararların ve delillerin değerlendirilmesinde isabet bulunmadığına, dolayısıyla kararın sonucuna ilişkin olduğu görülmektedir. Yapılan yargılamada, Mahkemenin ve Yargıtayın kararında bariz takdir hatası veya açık bir keyfîlik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilmemiştir.

56. Başvurucu ayrıca kendisine müdafi atanmadığını, müdafi yardımından yararlandırılmadan elde edilen delillerin mahkûmiyete esas alındığını, bu sebeplerle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

57. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun uyarınca başvurucunun başvuru konusu olaylara ilişkin iddialarını açıklama, dayanılan Anayasa hükmünün ihlal edildiğine dair hukuki iddialarını kanıtlama, bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeleri ve delilleri sunma yükümlülüğü bulunmaktadır (*Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19, 20).

58. Başvuruya konu ihlal iddiasıyla ilgili deliller sunarak olaya ilişkin iddialarını kanıtlama yükümlülüğü başvurucuya ait olmasına rağmen müdafi talebinde bulunulduğuna dair Anayasa Mahkemesine bir delil sunulmamıştır. Dolayısıyla başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların kanıtlanamadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kaldı ki başvurucu kanun yolu aşamasında seçtiği müdafinin yardımından da yararlanmıştır.

59. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki suçu öğrenme hakkına ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Diğer ihlal iddialarının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında suçu öğrenme hakkınınİHLAL EDİLMEDİĞİNE Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Yapılan yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin bilgi için Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 2/2/2017 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY

Başvuru, isnadın sebebinin ve niteliğinin zamanında bildirilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Mahkememiz Birinci Bölümü, başvurucunun yukarıdaki iddiası hakkında 2.2.2017 tarihli toplantıda verdiği kararıyla başvurucuya yüklenen suçu oluşturan maddi olaylar ve bunların hukuki niteliğinin, başvurucunun yetkili makam önüne çıkmasından önce savunma hazırlamasına imkân tanıyacak bir zamanlamayla bildirilmediğini kabul etmiştir. Ancak başvurucu hakkında çıkarılan yakalama emrinin iki yıla yakın bir sürede infaz edilmediği, başvurucunun annesinin de iştirak eden sıfatıyla aynı davada yargılanmakta olduğu, başvurucunun sahte noter muvafakatnamesi düzenleme suçu nedeniyle başka bir davada da yargılandığı, dolayısıyla başvurucunun isnat konusu olaydan ilk defa savunmasının alınması esnasında haberdar olmadığı ve savunma yapma fırsatı elde ettiği gerekçeleriyle başvurucunun suçu (isnadın sebebini) öğrenme hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sanığın, hakkındaki isnadı bir an önce öğrenmesi ve buna göre savunma yapması için isnadın sanığa zamanında bildirilmesi gerekir. Bu Devletin adil yargılanma hakkı bakımından bir pozitif yükümlülüğüdür. Anılan yükümlülük, suçu öğrenme hakkının sağladığı güvencelerden biridir. Bunun için isnat, kovuşturmaya başlanmadan veya sanığın mahkeme önüne çıkmasından önce savunma hazırlamaya olanak verecek bir sürede bildirilmelidir. Bu hak, talebe bağlı olarak kullanılabilecek bir hak değildir.

Öte yandan, "isnat" ile "isnada konu olay" birbirinden farklı kavramları ifade etmektedir. İlkinde, kamusal makamların eylemi "suç isnadı" olarak vasıflandırması ve hangi fiilin işlendiğinin somutlaştırılması söz konusudur. Diğer kavram ise çerçevesi kamusal makamlarca çizilmemiş, hayatın akışındaki bir yaşanmışlığı ifade etmektedir. Kişinin yaşanmış bir olaydan önceden haberdar olması, isnattan haberdar olduğu anlamına gelmez. Yukarıda belirtilen hak, isnattan zamanında haberdar olmayı düzenlemektedir. Bu sebeplerle başvurucunun isnat konusu olaydan savunmasının alınmasından önce haberdar olduğu görüşüne katılmak olanaklı değildir.

Kişinin yakınlarının aynı davada sanık olması da Devleti suçu (isnadı) bildirme yükümlülüğünden kurtarmaz. Mahkememiz, annesinin de iştirak eden sıfatıyla aynı davada yargılanmakta olmasını da başvurucunun isnat konusu olaydan önceden haberdar olduğuna gerekçe yapmıştır. "Annesi (suça iştirak ettiği iddia edilen), sanığa (başvurucuya) isnadı bildirmiştir" imasını taşıyan bu saptamanın anılan hakkın sağladığı güvencelerle bağdaşmadığı açıktır. Bu yaklaşım, varsayımdan ibarettir.

Başvurucuya yüklenen suçu oluşturan maddi olaylar (isnadın sebebi)başvurucunun yetkili makam önüne çıkmasından önce savunma hazırlamasına olanak verecek bir sürede ve etraflıca bildirilmemiştir. İsnadın nedeni (yüklenen suçu oluşturan olaylar), başvurucuya savunma sırasında sorulan sorular yoluyla (dolaylı olarak) ortaya çıkmıştır. İsnadın sebebinin yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğu bulunmamaktaysa da bu durum, sözlü bildirimin etraflıca yapılmasına engel değildir.

Başvurucu isnadın sebebinden (hangi fiili işlemekle suçlandığından) ilk defa savunmasının alınması esnasında haberdar olmuştur. İstinabe yolu ile savunması alınmadan önce, başvurucuya ifadesini esas

mahkemesinde vermek isteyip istemediği sorulmamış; yabancı bir ülkede olan başvurucunun öznel durumu nazara alınmamıştır. Savunma hakkına yönelik müdahalenin telafi edilmesi için özen gösterilmemiştir. Bu bağlamda, iddianame başvurucuya (sanığa) duruşma gününden önce tebliğ edilmediği halde duruşmaya ara verilmesini isteyebileceği de hatırlatılmamıştır.

Açıklanan gerekçelerle; başvurucunun suçu (isnadın sebebini)öğrenme hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığımdan, başvurunun bu kısmı yönünden karar sonucuna katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ALİ ÖNAL BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/11798)

Karar Tarihi: 25/5/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Muammer TOPAL
		M.Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Abuzer YAZICIOĞLU
Başvurucu	:	Ali ÖNAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarından yürütülen yargılama sonucunda karar sonucunu etkileyecek esaslı iddiaların tartışılmaması nedeniyle adil yargılanma ve gerekçeli karar haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 15/7/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen başvuru hakkında görüş sunulmayacağını bildirmiştir.

7. Birinci Bölüm tarafından yapılan toplantıda, başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere dosyanın Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

9. 1968 doğumlu olan başvurucu, olay tarihinde Antalya'da serbest avukatlık mesleğini icra etmektedir.

10. Başvurucu; yanında çalışan ve şikâyet konusu davada birlikte yargılandığı A.D.nin babası M.D.nin vekili olarak lehtarı A.D., cirantası M.D., borçlusu M.G. (katılan), tanzim tarihi 11/2/2009, ödeme tarihi 2/3/2009 ve bedeli 150.000 avro olan emre yazılı senedi (bono) 5/3/2010 tarihinde Serik 1. İcra Dairesinin E.2010/1129 sayılı takip dosyasında M.G. aleyhine icraya koymuştur.

11. İcra takibi kesinleşip haciz işlemleri başladıktan sonra M.G. tarafından Serik 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin E.2010/204 sayılı

dosyasında menfi tespit davası açılmıştır. Derdest olan davada icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmemesine ilişkin tedbir kararı bulunmaktadır.

12. M.G. 19/3/2010 tarihli dilekçe ile başvurucu ve bonoda ismi bulunan A.D. ve M.D. aleyhine Antalya Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyette bulunmuştur. M.G., şikâyet dilekçesinde olayları özetle şöyle açıklamaktadır: Kendisinden 1.450.000 avro alarak taşınmaz alım satım işleminde kendisini dolandıran damadı F.A. ve F.A.nın yanındaki kişilere karşı yardımcı olması için emlakçı B.A. ile birlikte avukata (başvurucu) gittiğini ve vekâlet konusunda 150.000 avroya anlaştıklarını belirtmektedir. M.G., başvurucunun kendisine 150.000 avro vekâlet ücreti ile isminin yazdığı ve matbu yazıların yer aldığı sözleşmeyi (Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi) imzalattığını, talep etmesine rağmen bu sözleşmeden örnek vermediklerini ve bunun dışında herhangi bir senet imzalamadığını ileri sürmekte; başvurucuya 9.000 İsviçre frangı peşin ödeme yaparak avukatlık bürosundan ayrıldığını, yurt dışına çıktıktan sonra başvurucunun telefonla arayarak kendisinden para istediğini ve farklı kişilerin hesaplarına 50.000 TL, 50.000 TL ve 30.000 TL olmak üzere üç kez para gönderdiğini vurgulamaktadır. Daha sonra yurt dışından aradığında avukatın telefonlara çıkmadığını, aynı büroda çalışan diğer avukatlardan S.B. ile görüştüğünü, talebi üzerine dilekçe ekinde sunduğu fotokopi belgelerin S.B. tarafından kendisine fakslandığını ve belge asıllarının kendisinde olmadığını da eklemektedir. Fakslanan belgeleri başka avukatlara gösterip bilgi aldığında başvurucuya olan güvenini kaybettiğini, sonrasında avukatın işleri takip etmediğini ve sürekli para istediğini de görünce 22/2/2010 tarihinde avukatı azlettiğini belirtmektedir. Azilden sonra daha önce imzaladığı 150.000 avro bedelli sözleşme metninin alt kısmında bulunan imzanın üstünün bono gibi düzenlenerek hakkında icra takibi başlatıldığını, icra takibi başlatan kişi ve bonodaki alacaklı ile herhangi bir hukuki ilişkisinin olmadığını, bonoda alacaklı gözüken A.D.yi başvurucunun yanında gördüğünü ve kendisine avukatın fedaisi (koruma) olarak tanıtıldığını beyan etmektedir. Damadı F.A. tarafından dolandırılmak suretiyle kendisine satılan taşınmazın satılması için başvurucudan yardım istemediğini ve taşınmazı satmayı da düşünmediğini, "Dava-Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi" olarak düzenlenen ve imzalatılan belgenin alt kısmına daha sonra bono formatı eklenerek sahte kıymetli evrak oluşturulmak suretiyle hakkında icra takibi başlatan kişilerden şikâyetçi olduğunu ileri sürmektedir.

13. Başvurucu, iddialarla ilgili olarak yazılı ve sözlü beyanlarında özetle şunları ifade etmiştir: M.G.nin B.A. ile birlikte büroya geldiğini ve damadı F.A.nın kendisini dolandırdığını belirterek yardımcı olmasını istediğini beyan etmektedir. M.G.nin vekâlet vermeyi 150.000 avro bedelle kabul etmesi üzerine vekâletname düzenlendiğini ve M.G.nin 30.000 TL peşin ücret ödediğini fakat ücret sözleşmesi düzenlemediklerini vurgulamaktadır. Ayrıca kendisinin, M.G.nin dolandırılarak satın aldığı taşınmazı satmak istediğini belirtmesi üzerine satın almak için yatırım amaçlı taşınmaz arayan ve yanında çalışan A.D. ile görüşmelerini sağladığını, tarafların taşınmazın 300.000 avro bedelle satışında anlaştıklarını ve A.D.nin 150.000 avro peşin ödeme yaptığını belirtmektedir. Taşınmazın tüm bedeli ödenmediğinden tapuda devir işleminin yapılmadığını fakat peşin ödenen bedelle ilgili senet düzenlenmesinin en doğru yöntem olduğunu taraflara açıkladığını ve kabul etmeleri üzerine keşidecisi M.G. olan 150.000 avro bedelli bonoyu tarafların huzurunda kendisinin düzenlediğini ve M.G.nin imzaladığını açıklamaktadır. Belirlenen tarihte tapunun devredilmemesi üzerine A.D.nin bonoyu babası M.D.ye ciro ettiğini ve bu sırada M.G tarafından azledilmiş olduğundan M.D.nin vekili sıfatıyla Serik 1. İcra Dairesinin E.2010/1129 sayılı dosyasında bonoyu takibe koyduğunu belirtmektedir. M.G.nin ileri sürdüğü "Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi" isimli bir belge düzenlenmesinin söz konusu olmadığını, M.G. adına takip ettiği davalarla ilgili ödeme yapılmaması ve M.G. tarafından azledilmesi nedeniyle vekâlet ücretinin tahsili amacıyla M.G. aleyhine Serik 1. İcra Dairesinin E.2010/1767 sayılı dosyasında takip başlattığını, suçlamaların doğru olmadığını beyan etmektedir.

14. Soruşturmayı yürüten Serik Cumhuriyet Savcılığı şüpheli, şikâyetçi ve tanık beyanlarını tespit etmiş; icra takip dosyasını, takibe konu bonoyu ve Asliye Hukuk Mahkemesindeki menfi tespit dava dosyası ile birlikte takibe konu edilen suça konu bono ile ilgili Adli Tıp Fizik İhtisas Dairesinin raporunu incelemiş ve başvurucu hakkında son soruşturma açılmasını talep etmiştir. Alanya 1. Ağır Ceza Mahkemesi 27/12/2011 tarihli ve E.2011/200, K.2011/333 sayılı kararı ile resmî belgede sahtecilik, nitelikli dolandırıcılık ve görevi kötüye kullanma suçlarından Manavgat 1. Ağır Ceza Mahkemesinde son soruşturma açılmasına karar vermiştir.

15. Dosyadaki diğer sanıklar A.D. ve M.D., başvurucunun savunmalarını teyit eden beyanlarda bulunmuşlardır. Tanık S.B.,

katılan M.G.nin başvurucuya vekâlet verdiğini fakat aralarında "Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi" imzalandığına ilişkin bilgisinin olmadığını, sanık A.D. ile katılan M.G. arasında taşınmaz alım satımı olduğunu, bono düzenlendiğini başvurucudan duyduğunu, katılana herhangi bir belge fakslamadığını beyan etmiştir. Diğer tanıklar emlak işleriyle uğraşan B.A., avukat G.Ö. ve İcra Müdürü O.Ü. beyanlarında "Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi" ve suça konu bono ile ilgili açıklama yapmamakla birlikte diğer hususlarda başvurucu beyanlarını teyit eden açıklamalar yapmışlardır.

16. İlk Derece Mahkemesi 24/4/2013 tarihli kararı ile sanıkların resmî belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 37., 204/1, 62., 44., 158/1-d-son., 35/2. ve 62. maddeleri gereğince cezalandırılmalarına karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili bölümleri şöyledir:

"…

Yukarıda yazılı hususlardan anlaşılacağı üzere, yargılama konusu olay; katılan (borçlu) aleyhine icra takibi yapılmasına esas olan ve sahte olduğu iddia olunan 150.000 avro tutarındaki senet dolayısıyla, sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık ve sanık Ali Önal açısından ayrıca görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin bulunmaktadır.

Bu durumda öncelikle, Serik 1. İcra Dairesinin 2010/1129 sayılı dosyası üzerinden takibe konulan 150.000 avro tutarındaki, 11/02/2009 tanzim ve 02/03/2009 ödeme tarihli senedin sahte olup olmadığının tespiti gerekmektedir.

…

Genel olarak, hukuksal açıdan önem arz eden ve belgeyi meydana getiren kişinin belirli bir beyanını içeren yazı şeklinde tanımlanabilecek olan belgeden söz edilebilmesi için, anlaşılabilir bir içerik ve irade beyanını içermesi, düzenleyenin belli olması (bazı belgeler açısından ayrıca düzenleyenin el yazısı ya da imzasının bulunması), hukuki bir kıymet taşıyan belli bir içeriğinin bulunması gerekmektedir. Bir kişinin düzenlediği belgeye başka bir kişinin adını yazması ve imzalaması durumunda olduğu gibi, düzenleyenin hile ya da başka bir şekilde iradesi sakatlanmak suretiyle, gerçek iradesine aykırı olarak belge düzenlemesinin sağlanması halinde de ortada bir belgenin bulunduğu açıktır, ancak bu belge sahtedir.

Somut olay kısaca yapılan bu açıklamalar çerçevesinde değerlendirildiğinde; sanık A.D. tarafından taşınmazın satımı konusunda 300.000 avro üzerinde anlaştıkları, babası olan sanık M.D.'dan borç olarak almış olduğu 150.000 avronun katılana verildiği ve bu nedenle suça konu senedin alındığı ileri sürülmüş ve bu savunma diğer sanıklar tarafından da doğrulanmış ise de, ekonomik ve sosyal durumları dosyaya yansıyan ve ortalama 1.500 TL aylık ücretle çalışan sanık A.D. ve borç aldığı ileri sürülen sanık M.D. tarafından, katılana verildiği iddia olunan ve adı geçen sanıkların ekonomik ve sosyal durumları açısındanyüksek miktar sayılabilecek 150.000 avronun ne şekilde temin edilerek ödendiğine, kalan 150.000 avronun ne şekilde ödeneceğine dair, akla ve hukuka uygun somut bilgi ve belge ibraz edilememiştir. Bu miktarda bir paranın, ekonomik ve sosyal durumları çok yüksek olmayan sanıklar A.D. ve M.D. tarafından nakit olarak elde tutulması, yatırım amacıyla taşınmaz alımında kullanılması ve kaynağının açıklanamaması hayatın olağan akışına uygun değildir. Her ne kadar tapulu taşınmazlarda haricen yapılan sözleşmeler geçerli değil ise de, parası ödenmesine rağmen herhangi bir nedenle taşınmazın tapuda devrinin sağlanmaması ya da sağlanamaması ihtimaline binaen, tapuda devri sağlamak ya da uğranılan zararı tazmin etmek amacıyla, toplam 300.000 avro tutarındaki bir alım-satım için sözleşme düzenlenmemiş olması da hayatın olağan akışına uygun değildir. Yapılan bu tespitler ve dosya kapsamındaki delillere göre, Mahkememizce, katılan ile sanık A.D. arasında taşınmaz alım satımına dair anlaşmanın olmadığı ve sanık A.D. tarafından katılana 150.000 avro ödenmediği, buna rağmen ödenen bu paraya ilişkin olduğu iddia olunan senedin düzenlendiği, dolayısıyla suça konu senedin katılanın gerçek iradesini yansıtmadığı, senedin düzenlenişi sırasında kullanılan hile ya da sonradan yapılan değişikliklerle, katılanın gerçek iradesini yansıtmayan senet oluşturulduğu ve bunun sonucu olarak takibe ve suça konu senedin sahte olduğu kanaatine varılmıştır.

Sanık A.D.'ın alacaklı olarak geçtiği senedin sahte olduğu bu şekilde kabul edildikten sonra, diğer sanıkların suça katılıp katılmadıklarının, suçun sanıklar tarafından birlikte işlenip işlenmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Suça konu senet, sanık A.D. tarafından sanık M.D.'a ciro edilmiş, sanık M.D. tarafından da vekil aracılığıyla icraya konulmuştur. Ayrıca sanık M.D. oğluna borç para verdiğini, geri ödenmemesi nedeniyle senedin kendisine ciro edildiğini ve kendisi tarafından icraya konulduğunu savunmalarında ileri sürmüştür. Adı geçen sanıkların baba oğul olmaları ve senedin içeriği dikkate alındığında, sanık A.D. tarafından ciro edilen senedin

hangi şartlarda oluşturulduğundan bilgisinin bulunmadığı ileri sürülemez. Kaldı ki, sanık M.D., oğluna borç para verdiğini ileri sürmüş ise de, bu husus ispat edilememiş olup, aşamalardaki savunmaları, baba-oğul ilişkisi, senedin kendisine ciro edilmesini kabul ederek icraya koymuş olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanık M.D.'ın senedin sahte olduğunu bildiği ve bu şekilde kullandığı, dolayısıyla yüklenen suçu sanık A.D. ile birlikte fikir ve eylem birliği içinde işlediği sonucuna varılmıştır. Sanık Ali Önal ise, suça konu senetteki yazıların kendisi tarafından yazıldığını kabul etmiş, aşamalardaki savunmalarında, katılan ile sanık A.D. arasındaki taşınmaz alışverişine kendisinin aracılık ettiğini, sanık A.'nin 150.000 avroyu katılana verdiğini, bunun karşılığında kendisinin önerisi üzerine senet düzenlendiğini ileri sürmüş, daha sonra sanık M.D.'a ciro edilen senedi vekil olarak icraya koymuştur. Senetteki yazıların sanık Ali Önal tarafından yazılmış oluşu, senedin oluşumuna ilişkin açıklamaları, sanık A.D.'ın çalışanı olması, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Fizik İhtisas Dairesi tarafından düzenlenen13/07/2011 tarih ve 4190 nolu bilirkişi raporunda, suça konu senetteki; ödeyecek adresi, tanzim ve ödeme tarihi ile alacaklı ismi yazılarının diğer yazılardan farklı fiziki evsaftaki bir kalemle yazılmış olduklarının belirtilmiş oluşu, 02/04/2010 tarihli Uzm.Dr. B.K. imzalı rapor içeriği ve katılanın iddiaları birlikte değerlendirildiğinde, sanık Ali Önal'ın da suça konu senedin sahte olduğunu bildiği, diğer sanıklar ile fikir ve eylem birliği içinde yüklenen suçu işlediği kanaatine varılmıştır.

Aslı üzerinde inceleme yapılan senedin, düzenleyenin gerçek iradesini yansıtmaması nedeniyle sahte olduğu bu şekilde kabul edildikten sonra, bu senedin katılan tarafından düzenlendiği iddia olunan ancak sanık Ali Önal tarafından kabul edilmeyen "Dava Vekalet Ücret Sözleşmesi - Yetki Belgesi" başlıklı belgenin alt kısmının koparılarak oluşturulup oluşturulmadığı hususunun da sonuca etkisi bulunmamaktadır. İradeyi sakatlayan fiilin senedin düzenlenmesi aşamasında gerçekleştirilmesi ya da herhangi bir belge düzenlendikten sonra, düzenleyenin gerçek iradesine aykırı olarak bu belgenin senet haline getirilmesi durumunda, her iki halde de düzenleyenin gerçek iradesini yansıtmaması nedeniyle senedin sahte olduğunun kabul edilmesi gerekmekte olup, sahtecilik suçunun oluşumu açısından bu fiiller arasında bir ayırım yapmak doğru değildir. Bu noktada, fotokopi belge üzerinde inceleme yapılamayacağı ve bu şekilde yapılan inceleme sonuçlarına itibar edilemeyeceği yolundaki savunmaların da hukuki değeri bulunmamaktadır. Bununla birlikte, katılanın aşamalardaki anlatımları, Adli Tıp Kurumu Fizik

İhtisas Dairesi'nin raporunun içeriği, suça konu senet ile Dava Vekalet Ücret Sözleşmesi - Yetki Belgesi başlıklı belgenin birebir örtüşmesi ve bütün dosya kapsamına göre, suça konu senedin, Dava Vekalet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi başlıklı belgeden koparılarak senet haline getirildiği mahkememizce de kabul edilmektedir.

Serik 1. İcra Dairesinin 2010/1129 sayılı dosyası üzerinden takibe konulan ve aslı üzerinde inceleme yapılan 150.000 avro tutarındaki, 11/02/2009 tanzim ve 02/03/2009 ödeme tarihli senedin sahte olduğu ve sanıkların sahtecilik suçunu bu şekilde birlikte işledikleri kabul edildikten sonra, bu senedin icraya konularak tahsile çalışılmasının, sahtecilik suçundan başka ayrıca nitelikli dolandırıcılık suçunu da oluşturacağı değerlendirilmiştir. Zira, sahte belge kullanılarak, mağdurun zararına, failin veya üçüncü kişinin lehine menfaat temin edilmesi halinde, belgedeki sahteciliğin, dolandırıcılık suçunun hileli hareketini oluşturduğu kabul edilmektedir."

17. Başvurucu; suçlamaları kabul etmediğini, delillerin hatalı değerlendirildiğini, fotokopi belge üzerinde yapılan yetersiz inceleme ile karar verildiğini ve tanık beyanlarının dikkate alınmadığını ileri sürerek kararı temyiz etmiştir.

18. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, ilk olarak dosyadaki beyanlar ve toplanan bilgi ve belgeler karşısında maddi gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak biçimde belirlenebilmesi bakımından belge asıllarının bulunup bulunmadığının tespit edilip sonucuna göre aldatma yeteneği değerlendirilerek sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi, ikinci olarak taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi belirlemeye yönelik tanık anlatımlarından hangisinin hangi nedenle üstün tutulduğu, sanık savunmalarının aksinin ne şekilde kanıtlandığının kararda tartışılmadan yazılı şekilde eksik soruşturma ile karar verilmesi, üçüncü olarak iştirak iradesinin değerlendirilmesinde sanık Ali Önal'ın eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 37. maddesi yanında aynı Kanun'un 39. maddesi kapsamında değerlendirilmediği gerekçeleriyle bozma yönünde mütalaada bulunmuştur.

19. Yargıtay 15. Ceza Dairesi (Daire) 27/5/2015 tarihli kararı ile İlk Derece Mahkemesinin gerekçeleri ile uyumlu gerekçeleri tekrar ederek onama kararı vermiştir. Karar, başvurucu tarafından 15/6/2015 tarihinde öğrenilmiştir.

20. Başvurucunun 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 308. maddesi kapsamındaki talebini de değerlendiren Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, şu gerekçelerle Daire kararına itiraz etmiştir:

"…

Katılanın ve davanın temel dayanağını dosyada aslı bulunmayan Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi başlıklı belge fotokopisi oluşturmaktadır.

…

Katılanın (Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi) başlıklı belgeyi sanık Ali Önal'ın yanında çalışan avukat S.B.'nin kendilerine faksladığını beyan etmesine rağmen, avukat S.B. Cumhuriyet Savcılığında ve Mahkemedeki beyanlarında; katılan ile avukat Ali Önal arasında yazılı bir dava vekalet ücret sözleşmesi yapılıp yapılmadığını bilmediğini, Dava Vekalet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi başlıklı sözleşmenin nasıl ve kimin tarafından hazırlandığını bilmediğini, kendisi tarafından da katılana fakslanmadığını beyan etmiştir.

Beyanlara göre katılan, Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi başlıklı belgenin varlığını iddia etmesine rağmen sanık Ali Önal ve katılan tanığı Av. S.B. belgenin düzenlendiği olgusunu inkâr etmektedirler.

Davaya konu bu belgenin düzenlenmesi ile ilgili de katılanın aşamalardaki beyanları da birbiriyle örtüşmemektedir.

…

Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi başlıklı belgenin aslının bulunmaması ve onaysız fotokopi olması nedeniyle hükme esas teşkil edemeyeceği açıktır. Konuya ilişkin Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

…

Katılan, Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi başlıklı belgenin 17/4/2009 tarihinde 0242 …07 nolu fakstan kendilerine ulaştığını beyan etmesine rağmen sanık Avukat Ali Önal'ı 22/2/2010 tarihinde azletmesi, faks gelmesinden 1 ay sonra da (15/5/2009) oğlunun Ali Önal'ı vekil tayin etmesi müşteki iddialarının somut bir dayanağının bulunmadığını göstermektedir.

Öte yandan katılana faks çekilen 0242 …07 nolu hattın K.D. isimli bir işyerine ait olduğu, sanık Ali Önal'a ait büroya ait olmadığı Türk Telekom Müdürlüğünün 30/6/2010 tarih ve 7563 sayılı yazıları ile sabittir.

Dosyada mevcut 17/4/2013 tarihli Belge İnceleme ve Sahtecilik Uzmanı H.Ş.'nin teknik uzman mütalaasına göre: örnek olarak sunulan belgeler üzerinde yapılan incelemede, başka belge veya belgelerin bölümlerinden çeşitli yöntemlerle bir araya getirilerek, sahte belge oluşturulabileceği, bu belgeye başka belgelerde yer alan o belgeyi yazan sahibi tarafından yazıların bilgisayar teknikleri ile monte edilerek yeni bir metin, kelime, cümle oluşturabilen bir belgenin üretilmesinin mümkün bulunduğu, mütalaa edilmektedir.

Katılan tarafından CMK'nun 67. maddesi uyarınca dosyaya sunulmuş olan 2/4/2010 tarihli uzman B.K. imzalı rapor incelemesi faks-fotokopi belge üzerinden yapıldığı için hükme esas alınamayacağının açık olduğu.

…

Tüm bu deliller ışığında … sanıkların mahkumiyetlerine yeterli her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden müsnet suçlardan beraatlarına karar verilmesi ve bu nedenle hükmün bozulması gerektiğini düşünmekteyiz."

21. İlgili Daire 1/7/2015 tarihli kararı ile itiraz incelemesinin Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) tarafından yapılması yönünde karar vermiştir.

22. YCGK 4/10/2016 tarihli kararı ile Daire kararını benimseyerek oyçokluğu ile itirazın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanıkların üzerine atılı nitelikli dolandırıcılık suçuna teşebbüs ve resmi belgede sahtecilik suçunun sabit olup olmadığının belirlenmesine ilişkin ise de Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi uyarınca öncelikle, sanıklar A.D. ve M.D.'nin ekonomik ve sosyal durumlarının tespit edilmemesi nedeniyle eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

İncelenen dosya kapsamından; … Bu açıklamalar ışığında ön sorun ele alındığında;

1.500 Lira aylık gelirle sanık Ali Önal'ın yanında işçi olarak çalışan sanık A.D.'nin katılana taşınmaz bedelinin yarısı olarak elden verdiğini iddia ettiği 150.000 avro'yu, babası olan ve çevresinden alacaklarını toplayan diğer sanık M.D.'den aldığını savunması; sanık M.D.'nin ise bu miktarın kişisel birikimi olduğunu beyan etmesine karşın, banka hesabı bulunmayan sanık M.D.'nin alacaklı olduğu kişilere, tahsil ettiği alacaklara veya yüksek bir meblağ olan 150.000 avro tutarında olduğunu iddia ettiği kişisel birikimine dair hukuki bir açıklama getirememesi karşısında; dosya kapsamından orta düzey gelire sahip olduğu anlaşılan sanıklar M.D ve A.D.'nin mali ve ekonomik durumlarına ilişkin ayrıca bir araştırma yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

…

Ön sorunun bu şekilde çözümlenmesinden sonra mevcut delillere göre sanıkların üzerine atılı suçların sabit olup olmadığı hususundaki uyuşmazlık konusu ele alındığında;

Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Fizik İhtisas Dairesi Adli Belge İnceleme Şubesi, Uzm. Dr. B.K. ile Z.O. ve M.K. tarafından düzenlenen raporlarda; katılanın anlatımlarını destekler mahiyette, sanık Ali Önal'ın bizzat yazdığını kabul ettiği senetteki ödeyecek adresi, tanzim ve ödeme tarihi ile alacaklı ismi yazılarının diğer yazılardan farklı fiziki evsaftaki bir kalemle yazıldığı, senette bulunan miktar ve rakam yazıları, ödeyecek ismi ve imzası ile "Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi" fotokopisinin alt kısmında bulunan yazılar ve imzanın tetabuk halinde oldukları, inceleme konusu senedin üst kenarının forme kesim olmadığı kanaatinin bildirilmesi; banka hesabı bulunmayan sanık M.D.'nin alacaklı olduğu kişilere, tahsil ettiği alacaklara veya gelir düzeyine göre yüksek bir meblağ olan 150.000 avro tutarında olduğunu iddia ettiği kişisel birikimine ve taşınmaz bedelinin geriye kalan 150.000 avrosunun ne şekilde ödeneceğine dair somut delil sunamaması ve hayatın olağan akışına aykırı şekilde bedeli 300.000 avro olan gayrımenkulün alım-satımına dair herhangi bir sözleşme yapılmamış olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanık savunmalarının suçtan kurtulmaya yönelik olduğu anlaşılmış olup,

Avukatlık yapan sanık Ali Önal'ın, katılanın vekilliğini üstlendikten sonra aralarında düzenledikleri ve alt kısmında kambiyo senedi bulunan "Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi" başlıklı belgenin müvekkil kısmını "M… G…", ücreti vekâlet kısmını "150.000 avro (yüzellibin avro)", belgenin alt kısmında bulunan kambiyo senedinin bedel bölümlerini yazı ve

rakamla "150.000 avro", ödeyecek kısmını "M… G…" şeklinde doldurup katılana imzalattıktan sonra, katılan tarafından vekillikten azledilmesi üzerine diğer sanıklarla fikir ve eylem birliği içinde belgenin alt kısmında bulunan kambiyo senedini kopartıp katılanın iradesi ile uyuşmayan bağımsız bir senet haline getirerek 11/2/2009 tanzim ve 2/3/2009 vade tarihlerini, ayrıca alacaklı kısmını da yanında çalışan sanık A.D'nin ismini yazıp senedin sanık A.D.'nin babası olan diğer sanık M.D.'ye cirolanmasını sağlayıp söz konusu senede istinaden Serik İcra Müdürlüğünün 2010/1129 sayılı dosyası üzerinden alacaklı M.D. vekili sıfatıyla, katılan aleyhine haksız takip başlatması şeklinde gerçekleşen olayda; sanıkların iştirak halinde resmi belgede sahtecilik ve teşebbüs aşamasında kalan nitelikli dolandırıcılık suçlarını işlediklerinin kabulü gerekmektedir."

23. Ön soruna ilişkin olarak azınlıkta kalan üyeler şu gerekçelerle çoğunluk görüşüne katılmamışlardır:

"… Yerel mahkeme sanıkların mali ve ekonomik durumuna ilişkin resmi bir araştırma içine girmeden, sanıkların 150.000 avroya sahip oldukları yönündeki savunmalarına itibar etmeyerek mahkumiyet hükmü kurmuştur. Gerekçe bu yönüyle yeterli ve doğru değildir. Bu nedenle sanıkların mali ve ekonomik durumlarının araştırılmasının gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun ön soruna ilişkin değerlendirmesine katılmak mümkün olmamış[tır]."

24. Suçun sabit olup olmadığı sorununa ilişkin olarak azınlıkta kalan üyeler şu gerekçelerle çoğunluğun görüşüne katılmamışlardır:

"Ceza Muhakemesinin amacı, iddia ve savunma ile bağlı kalınmadan hukuken geçerli kanıtlarla hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır.

…

Açıklanan nedenlerle; kararlaştırılan vekâlet ücreti olarak sadece bedel hanesi rakamla doldurulup, diğer kısımları boş bırakılmış şekilde katılan tarafından imzalanarak verilen senede, alacaklı olarak kendi adı yerine bürosunda çalışan A.D.'nin adını yazan, A.D. tarafından M.D.'ye ciro edilen senedi bir kısım vekâlet ücretini tahsil ettiği haldede M.D. vekili sıfatıyla 150.000 avro bedel üzerinden icra takibine koyan sanık Ali Önal'ın eylemleri 5237 sayılı TCK'nın 209/1, 156. maddelerine … uyduğundan itirazın bu değişik gerekçeyle [itirazın] kabul edilmesi [gerekmektedir]."

25. Başvuru tarihi itibarıyla başvurucu, Antalya Barosunun 30/4/2013 tarihli kararına istinaden meslekten yasaklanmış durumdadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

26. 5237 sayılı Kanun'un 157. maddesi şöyledir:

"Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir."

27. 5237 sayılı Kanun'un 158. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi ve ilgili kısmı şöyledir:

"Dolandırıcılık suçunun;

…

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle,

…

İşlenmesi halinde, iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur…"

28. 5237 sayılı Kanun'un 204. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

29. 5271 sayılı Kanun'un 217. maddesi şöyledir:

"(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe taktir edilir.

(2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir."

B. İlgili Yargı Kararları

30. Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 2/11/2015 tarihli ve E.2013/24607, K.2015/30422sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.10.2003 gün ve 232/250 sayılı kararında açıklandığı üzere, onaysız fotokopi niteliğinde olup suret belge özelliği taşımayan belgenin hukuki sonuç doğurmaya elverişli nitelikte olmadığı ve aldatıcılık niteliği bulunmadığı, suça konu üretim yeri muayene raporlarının aslı veya onaylı bir suretinin ele geçmediği, fotokopi belge üzerinden yapılan bilirkişi incelemesinin hükme esas alınamayacağı ve yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden beraatı yerine yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine hükmolunması, … yasaya aykırı, … olduğundan hükmün bu sebepten … bozulmasına, … [karar verildi]."

31. Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 30/1/2013 tarihli ve E.2012/21080, K.2013/1661sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Suça konu sahteliği iddia edilen makbuz ile mahkumiyet hükmüne esas alınan 07/05/2007 tarihli bilirkişi raporunun aslı veya onaylı örneği getirtilmeden onaysız fotokopi ile yetinilerek karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CMK'nun 169 ve 209/1 maddelerine aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiş[tir]."

32. Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 27/5/2014 tarihli ve E.2012/19599, K.2014/10276sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Sanığın boş olarak katılan tarafından imzalanan suça konu belgeyi, sonrasında doldurup, yazı ile yazılan kısımda tahrifat yaparak bono olarak icra takibine koyması şeklindeki eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 209/1. maddesinde düzenlenen açığa imzanın kötüye kullanılması suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin suç vasfında yanılgıya düşerek yazılı şekilde resmi belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulması, … yasaya aykırı, … olduğundan hükmün bu sebepten … bozulmasına, ... [karar verildi]."

33. Yargıtay 21. Ceza Dairesinin 23/12/2015 tarihli ve E.2015/4693, K.2015/6603sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"… resmi belgede sahtecilik suçundan kurulan hükümler yönünden yapılan incelemede; 24.03.1989 gün ve 1988/1-1989/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında açıklanan "açığa imzalı ve yazısız bir kağıda

sahibinin zararına olarak hukuki hüküm ifade eden bir muamele yazıldığı ve yazdırıldığı iddiasının HUMK'nun ayrık tuttuğu durumlar dışında tanıkla ispat edilemeyeceği, yazılı delille ispatının gerektiği" yönündeki "yazılı delille ispat" kuralı, kararda da belirtildiği üzere açığa imzayı atan tarafından önceden ve rızaya dayalı olarak faile teslim edilmiş olan belgenin fail tarafından verilme nedenine aykırı olarak doldurulmasını düzenleyen ve 765 sayılı TCK'nun 509. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemenin 5237 sayılı TCK'daki karşılığı olan 209/1. maddedeki şikayete tabi suç yönündendir. Ayrıntısı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 01.05.2001 gün ve 2001/6-70-2001/77 sayılı kararında belirtildiği üzere, imza sahibinin tevdi ettiği kişinin kâğıdın zilyetliğinden vazgeçerek bunu yazdırması halinde kağıdın yeni zilyedi açısından "esasen kendisine tevdi ve teslim olunmayan kağıdı bertakrip (hukuka aykırı) ele geçirme" keyfiyeti gerçekleşmiş olacağından eylem 765 sayılı TCK'nun 509. maddesinin 2. fıkrasının 5237 sayılı Kanundaki karşılığı olan 209/2. maddedeki suçu oluşturacak, açığa imza atandan aldığı kağıdı faile verenin eylemi de "bertakrip ele geçiren failin fiiline iştirak"olacaktır. Dolayısıyla İçtihadı Birleştirme Kararından hareketle 5237 sayılı TCK'nun 209. maddesinin 1. fıkrası için aranan "yazılı delille ispat" kuralının aksine "hukuka aykırı ele geçirme" olgusunun ispatı tanık dahil her türlü delille mümkün olduğu cihetle;

… atılı resmi belgede sahtecilik suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu ve bu nedenle her iki sanık hakkında mahkumiyet yerine dosya kapsamına uymayan yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde beraate hükmedilmesi, … yasaya aykırı, … olduğundan hükmün bu sebepten … bozulmasına, … [karar verildi]."

C. Uluslararası Hukuk

1. İlgili Sözleşme

34. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesi şöyledir:

"Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, … kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. …"

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

35. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM); bir yargılamada hak ve özgürlüklerin gerçek anlamda korunabilmesi için davaya bakan mahkemelerin tarafların dayanaklarını, iddialarını ve delillerini etkili bir biçimde inceleme görevi olduğunu belirtmektedir (*Dulaurans/Fransa,* B. No: 34553/97, 21/3/2000, § 33). AİHM; mahkemelerin davaya yaklaşma yönteminin başvurucuların iddialarına yanıt vermekten ve temel şikâyetlerini incelemekten kaçınmaya neden olduğunu tespit ettiği durumları, davanın hakkaniyete uygun bir biçimde incelenme hakkı yönünden Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali olarak nitelendirmektedir (*Kuznetsov/Rusya*, B. No: 184/02, 11/4/2007, §§ 84, 85).

36. AİHM; ayrıca derece mahkemelerinin, kararların yapısı ve içeriği ile ilgili olarak özellikle delillerin kabulü ve değerlendirilmesinde geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu pek çok kararında yinelemiştir (*Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 21363/93, 21364/93, 21427/93 ve 22056/93, 23/4/1997, § 50; *Barbera Messegue ve Jabardo/İspanya*, B. No: 10590/83, 6/12/1988, § 68). Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunu doğuracak derecede ve keyfî olmadıkça belirli bir kanıt türünün (tanık beyanı, bilirkişi raporu veya uzman mütalaası) kabul edilebilir olup olmadığına, değerlendirme şekline veya aslında başvurucunun suçlu olup olmadığına karar vermenin ilk derece mahkemelerinin görevi olduğunu vurgulamaktadır (*Garcia Ruiz/İspanya*, B. No: 30544/96, 21/1/1996, § 28; *S.N./İsveç*, B. No: 34209/96, 2/7/2002, § 44).

37. Bunun yanı sıra AİHM; derece mahkemelerinin kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda olmamakla birlikte somut davanın özelliğine göre esas sorunları incelemiş olduğunu, açık ya da zımni anlaşılabilir bir şekilde gerekçeli kararında yer almasına önem vermektedir (*Boldea/Romanya*, B. No: 19997/02, 15/2/2007, § 30; *Hiro Balani/İspanya*, B. No: 18064/91, 9/12/1994, § 27). Zira mahkemelerin, tarafların temyiz hakkını kullanabilmeleri için gerekli olan "kararlarını hukuken geçerli hangi temele dayandırdıklarını yeterince açıklama" yükümlülüğü altında bulunduklarını belirtmektedir (*Hadjıanastassıou/Yunanistan*, B. No: 12945/87, 16/12/1992, § 33).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

38. Mahkemenin 25/5/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Gerekçeli Karar Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

39. Başvurucu; yargılamada toplanan deliller ve delillere karşı ileri sürülen itiraz ve karşı delillerin adalet gereksinimini giderecek ölçüde ve nitelikte tartışılamadığını, yeterli ve makul gerekçe oluşturulmadığını, sadece katılan tarafın iddialarına değer verildiğini ve savunma delillerine itibar edilmeme nedeninin makul gerekçelerle açıklanmadığını, bu nedenlerle gerekçeli karar hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yeniden yargılama talebinde bulunmuştur.

40. Bakanlık, benzer konularla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin 2014/6419 sayılı bireysel başvuru (*Mürsel Bayrak* başvurusu) dosyasında bildirilen görüşleri tekrar ettiğini ve yeniden görüş bildirmeye gerek görülmediğini bildirmiştir.

2. Değerlendirme

41. Anayasa'nın *"Hak arama hürriyeti"* kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

> *"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."*

42. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddialarının adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkı yönünden incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

43. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı

fıkrası uyarınca bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16).

44. Ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolu temyiz aşaması olup temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı itiraz yolu, 5271 sayılı Kanun'un 308. maddesi gereğince Yargıtay Cumhuriyet başsavcısına tanınmıştır. Dolayısıyla başvurucunun itiraz yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır (*Mehmet Mercan*, B. No: 2013/2001, 16/5/2013, § 18). Fakat bireysel başvuru, yasal süresinde yapıldıktan sonra ya da başvuruyla birlikte karar düzeltme yoluna gidildiğinde ve bu başvuru bireysel başvuru incelemesi bitirilmeden neticelenip Anayasa Mahkemesinin haberdar edilmesi durumunda başvuru yollarının tüketilmemiş olmasından söz edilemez (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 64).

45. Somut olayda ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 5271 sayılı Kanun'un 308. maddesi uyarınca gerçekleşen talebi, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca incelenerek reddedilmiştir. Olağanüstü bir kanun yolu olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisinin -somut olayın özel koşullarında- geldiği aşama dikkate alındığında etkili bir yol olarak görülmesi gerekir. Dolayısıyla bireysel başvuruda süre aşımının bulunmadığının kabul edilmesi gerekir.

46. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

47. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin

düzenlemenin gerekçesinde Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce güvence altına alındığı hususuna atıfta bulunularak adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim AİHM'in birçok kararında, gerekçeli karar hakkınınSözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında yer aldığı belirtilmiştir.Dolayısıyla gerekçeli karar hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

48. Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında da "*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*" denilerek mahkemelere kararlarını gerekçeli yazma yükümlülüğü yüklenmiştir. Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği anılan Anayasa kuralı da gerekçeli karar hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulmalıdır.

49. Gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamakta; tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini toplumun öğrenmesinin sağlanması için de gerekli olmaktadır. (*Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §§ 31, 34).

50. Mahkemelerin anılan yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Ancak derece mahkemeleri, kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda değilseler de (*Yasemin Ekşi*, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 56) davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğu gerekçeli karardan anlaşılmalıdır.

51. Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir (*Sencer Başat ve diğerleri*, § 35).

52. Aksi bir tutumla mahkemenin, davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında "ilgili ve yeterli bir yanıt" vermemesi

veya yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların cevapsız bırakılmış olması hak ihlaline neden olabilecektir (*Sencer Başat ve diğerleri*, § 39).

53. Öte yandan temyiz merciinin yargılamayı yapan mahkemenin kararını uygun bulması hâlinde bunu ya aynı gerekçeyi kullanarak ya da bir atıfla kararına yansıtması yeterlidir. Burada önemli olan husus, temyiz merciinin bir şekilde temyizde dile getirilmiş ana unsurları incelediğini, derece mahkemesinin kararını inceleyerek onadığını ya da bozduğunu göstermesidir (*Yasemin Ekşi,* § 57).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

54. Başvurucu hakkında açılan ceza davasında, başvurucunun vekil sıfatıyla icra takibine koyduğu bononun sahte olarak tanzim edildiği ve icraya konularak haksız menfaat temin edilmek istendiği iddiasıyla resmî belgede sahtecilik, nitelikli dolandırıcılık ve görevi kötüye kullanma suçlarından yargılanması talep edilmiştir. Suça konu bonoda keşideci gözüken M.G.nin başka bir belgeye (Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi) attığı imzadan yararlanılmak suretiyle ve imza sahibinin iradesi dışında resmî belgenin oluşturulduğu ileri sürülmüştür.

55. Somut olayda, suça konu edilen 150.000 avro bedelli bonodaki imzanın katılana ait olmadığına ilişkin herhangi bir iddia bulunmamaktadır. Başvurucu anılan bononun, katılanla sanık A.D. arasındaki taşınmaz alım satım işlemine dayalı tapu devir işleminden önce katılana peşin ödenen 150.000 avro bedelin güvencesi olarak düzenlendiğini, içeriğini avukat olarak kendisinin yazdığını ve katılana imzalattığını, bunun dışında katılanla aralarında vekâlet ücret sözleşmesi düzenlemediklerini savunmaktadır. Katılan ise taşınmaz alım satım işlemini kabul etmemekte fakat vekâlet yetkisi verdiği başvurucu ile 150.000 avro ücretle anlaştığını ve sadece buna ilişkin "Dava Vekâlet Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi" başlıklı belgeyi imzaladığını belirtmektedir. Tanıklar B.A., G.Ö. ve S.B. beyanlarında, katılanın taşınmaz satma iradesinin varlığına ve bu satış işlemine başvurucunun yardımcı olduğuna ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır.

56. Uyuşmazlık konusu olayla ilgili olarak Serik 1. İcra Dairesinin E.2010/1129 sayılı dosyasında takibe konulmuş 150.000 avro bedelli bono ile katılan tarafından fotokopi olarak ibraz edilmiş "Dava Vekâlet

Ücret Sözleşmesi-Yetki Belgesi" isimli belge dışında yazılı bir delil bulunmamaktadır. Yine sanıkların taşınmaz alım satımına ilişkin savunmalarına karşın katılanın vekâlet sözleşmesi dışında başka bir anlaşma olmadığına ilişkin iddiaları, tarafların ve tanıkların beyanlarına yansımıştır. Mahkeme, sanık savunmalarında ileri sürülen fakat katılanın kabul etmediği taşınmaz alım satım işleminin alıcı A.D.nin ekonomik durumuna göre hayatın olağan akışına uygun olmadığından bahisle katılanın beyanlarına itibar ederek alım satım işleminin bulunmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Buna bağlı olarak icra takibine konulan bononun katılanın gerçek iradesini yansıtmadığını değerlendirerek sahtecilik suçunun oluştuğunu kabul etmektedir. Ayrıca Mahkeme, suçun kabul ve nitelendirmesinde bono ile fotokopi belgeyi karşılaştıran ve zaten sanığın savunmalarında açıkladığı hususları teyit eden 13/7/2011 tarihli adli tıp raporunu esas almadığını fakat adli tıp raporundaki tespitlerin katılanın iddialarını desteklediğini vurgulamaktadır.

57. Yargılama makamları, yargılamanın taraflarınca ileri sürülen iddiaları ve gösterdikleri delilleri gereği gibi incelemek zorundadır. Bununla birlikte belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir. Bir yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında olmayıp Mahkemenin görevi başvuru konusu yargılamanın bir bütün olarak temel hak ve özgürlükler bağlamında adil olup olmadığının değerlendirilmesidir (*Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga*, B. No: 2014/5909, 25/3/2015, § 45).

58. Başvurucu, icra takibine konulan bonoda herhangi bir usulsüzlük olmamasına rağmen bononun katılan tarafından faks/fotokopi olarak ibraz edilen fakat aslı bulunmayan ve yerleşik Yargıtay uygulamalarında sahteciliğin tespitinde yeterli kabul edilmeyen belge ile karşılaştırılması sonucu düzenlenen bilirkişi raporunun esas alınmasının hatalı olduğunu tüm savunmalarında ve itirazlarında ileri sürmüştür. Bu kapsamda açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun tartışılmadığı, diğer sanıklar A.D. ve M.D.nin ekonomik ve sosyal durumunun suçun unsurlarının tespitinde bir öneminin bulunmadığı vurgulanmıştır.

59. Başvurucunun savunma, itiraz ve temyiz dilekçeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesi ve itiraznamesi incelendiğinde

yukarıdaki iddiaların ısrarlı bir şekilde Yargıtay önünde de ileri sürüldüğü ancak taşınmaz satışına ilişkin tanık beyanlarına değer verilmemesine ve açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun oluşabileceğine ilişkin iddianın Derece Mahkemesi kararında karşılanmadığı anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, belirtilen iddiaların somut başvuruya konu yargılama açısından esaslı unsur teşkil edip etmediğini ve gerekçeli karar hakkına ilişkin ilkeler çerçevesinde Mahkeme kararında yer verilmeyen ya da eksik bırakılan hususların bir hak ihlali derecesine ulaşıp ulaşmadığını değerlendirecektir.

60. İlk Derece Mahkemesi tarafından esasa ilişkin değerlendirmeler yapılırken suça konu bononun düzenlenme sebebi tartışılmış ve iki nedenle bononun keşidecinin iradesi dışında doldurulduğu kabul edilmiştir. İlk olarak A.D. ve M.D.nin ekonomik ve sosyal durumunun 300.000 avro bedelli bir taşınmazı satın almaya yeterli olmadığı, ikinci olarak 150.000 avro peşinat ödenen tapu harici satış işleminde herhangi bir geçerliliği olmasa da "alım satım sözleşmesi" düzenlenmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, dolayısıyla A.D. ile M.G. arasında taşınmaz alım satımına dair sözleşme olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır (bkz. § 15). Öte yandan İlk Derece Mahkemesi, başvurucunun çalışanı tarafından M.G.ye fakslandığı ileri sürülen fotokopi belge ile suça konu bononun karşılaştırmasını yapan adli tıp raporundaki bulguların Mahkemece de kabul edildiğini fakatbir önceki değerlendirmelerle ulaşılan suçun sabit kabul edilmesi sonucuna bunun herhangi bir etkisinin olmadığını vurgulamaktadır.

61. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, suça konu bonodaki imzanın M.G.ye ait olması, imza atılma sebebi olarak vekâlet sözleşmesi veya taşınmaz satışı sözleşmesi gibi farklı iddia ve savunmalar ileri sürülmesi karşısında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğname ve itiraznamesi ile YCGK kararının karşıoy görüşlerinde yer alan hususların gerekçeli kararda açıklıkla tartışılmasını başvuruya konu yargılama açısından esaslı bir unsur olarak değerlendirmektedir.

62. Başvurucuya isnat edilen eylemler, başvurucunun araştırılmasını ısrarla talep ettiği konular ve İlk Derece Mahkemesinin mahkûmiyet hükmünü kurduğu hususlar dikkate alındığında başvurucunun taşınmaz satışına ilişkin tanık beyanları ve açığa imzanın kötüye kullanılması ile ilgili taleplerinin hangi nedenlerle kabul edilmediğinin Derece Mahkemesi

kararlarında açıklanmaması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının unsurlarından olan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Burhan ÜSTÜN, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

63. Başvurucu, hakkında mahkûmiyet kararı ile sonuçlanan dava sonunda temyize gönderilen dosyanın eksiklik ikmali gerekçesiyle üç kez iade edildiğini ve temyiz süresinin gereksiz yere uzatıldığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

64. Başvurucunun makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili şikâyetleri; yargılamanın sonucu ile ilgili olmaması, verilen kararın niteliği ne olursa olsun devletin yargılamaları makul sürede sonuçlandırma yükümlülüğünün bulunması dikkate alınarak ayrı başlık altında incelenmiştir.

65. Anayasa'nın 36. ve 141. maddeleri bağlamında bir suç isnadına dayalı yargılamaların makul sürede karara bağlanması gerektiğine dair temel ilkeler Anayasa Mahkemesince daha önce incelenmiş ve bu konuda kararlar verilmiştir (*B.E.*, B. No: 2012/625, 9/1/2014; *Ersin Ceyhan*, B. No: 2013/695, 9/1/2014; *Güher Ergun ve diğerleri*, §§ 41-45). Başvuru konusu olayda bu ilkelerden ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmamaktadır.

66. Başvurucuya bir suçun isnat edildiği (başvurucunun savunma yaptığı) 21/6/2011 tarihi ile suç isnadının nihai olarak karara bağlandığı 27/5/2015 tarihi arasında geçen süre yaklaşık 3 yıl 11 ay 6 gündür.

67. Başvuruya konu yargılama süresi incelendiğinde davanın iki dereceli bir yargılama sisteminde toplam 3 yıl 11 ay 6 gün sürdüğü, yargılama süresinin bütünü dikkate alındığında başvurucunun haklarını ihlal edecek bir gecikme olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

68. Açıklanan nedenlerle makul sürede yargılanma hakkına yönelik bir ihlal olmadığının açık olduğu anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. Diğer İhlal İddiaları

69. Başvurucu; yargılama sürecinde birleştirilen dosyada daha önceden dinlenmiş tanıkların yeniden dinlenmesine fırsat verilmediğini, belirlenmiş duruşma tarihinden farklı zamanda celse açılarak sanığın yokluğunda işlem yapıldığını, yetersiz delillere dayanılarak ve dosyadaki deliller arasında bulunan çelişkiler giderilmeden mahkûmiyet kararı verilerek mağdur edildiğini ve Mahkemenin kabulünün bir kısım tanık anlatımı ile uyumlu olmadığını, bu nedenlerle çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi, masumiyet karinesi ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

70. Başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği yönündeki yukarıdaki tespit dikkate alındığında Anayasa'nın 17., 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan haklarına ilişkin diğer şikâyetlerinin kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrıca karar verilmesine gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.

D. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

71. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…*
>
> *(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

72. Başvurucu, yeniden yargılama yapılması ile 5.000.000 TL manevi tazminat taleplerinde bulunmuştur.

73. Başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

74. Gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Manavgat 1. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

75. Başvurucunun adil yargılanma hakkına yönelik başvuru açısından ihlal tespitinin yeterli tatmin sağladığı değerlendirildiğinden adil yargılanma hakkına yapılan müdahale nedeniyle tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

76. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A.1. Gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle* KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

3. Diğer ihlal iddiaları hakkında karar verilmesine GEREK OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE, Burhan ÜSTÜN, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Manavgat 1. Ağır Ceza Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/5/2017 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

A. BAŞVURU KONUSU

Sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından dolayı mahkum edilen başvuranın dilekçesinde; mahkumiyet kararında delillere karşı ileri sürülen itirazlar yeterince tartışılmadan, savunmalara ve lehe olan delillere itibar edilmeme nedenleri açıklanmadan karar verilerek gerekçeli karar hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür.

Başvurucu ve diğer sanıklar hakkında ; belgede sahtecilik ve bu yolla dolandırıcılık iddialarıyla TCK'nın 204/1, 158/1-d. ve başvurucu sanık A.Ü. hakkında ayrıca TCK'nın 257/2. maddeleri ile cezalandırılmaları talebi ile kamu davası açılmıştır. Mahkeme,sahtecilik eyleminin TCK'nın 204/1. maddesine uyduğuna, TCK'nın 44. maddesi gereği 257. madde yerine daha ağır nitelikteki 204/1. madde ile cezalandırmanın gerektiğine karar vermiş ve ayrıca nitelikli dolandırıcılık suçuna teşebbüs nedeniyle 158/1-d maddesiyle ceza vermiştir.

Maddi olayla ilgili iki tarafın iddiaları özetle şöyledir:

Katılan; bir hukuk davası açılması için avukat olan sanıkla 150.000 Euro bedelli vekalet sözleşmesi imzaladığını, istemesine karşın sözleşme suretinin kendisine verilmediğini, bir miktar vekalet ücretini de ödediğini, sözleşme suretini telefonla görüştüğü bürodaki bir avukatın faksla kendine gönderdiğini, bir yıl kadar sonra avukatı 22.2.2010 tarihinde azlettiğini, azilden bir ay sonra, hakkında sanık avukat tarafından 150.000 Euro bedelli bir icra takibi yapıldığını, takibin dayanağı olarak gösterilen bononun, vekalet sözleşmesinin altındaki imzasının olduğu bölüm bono gibi doldurularak elde edildiğini anladığı için sahtecilik iddiasında

bulunduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, senedin icraya konulmasından bir ay sonra da sanık avukat tarafından vekalet sözleşmesinden ödenmeyen kısım için icra takibi başlatılmıştır.

Sanık ise; katılanın avukatı olmayı kabul ettiğini, vekalet ücreti olarak 150.000 Euro üzerinde anlaştıklarını ancak yazılı sözleşme yapılmadığını, bir kısım vekalet ücretinin de ödendiğini, fakat daha sonra katılanın taşınmazını satmak istemesi üzerine, bürosunda görevli diğer sanık AD.'nin taşınmazı 300.000 Euro'ya satın aldığını ve 150.000 Euro ödediğini, kalan kısmı tapu devri sırasında ödeyeceğini, yaptığı ilk ödemeye güvence olmak üzere katılanın AD'ye, icraya konu bonoyu imzalayıp verdiğini, ancak katılanın daha sonra tapuda devirdenkaçınması nedeniyle AD'nin ödediği parayı geri almak istediğini, bonoyu babası MD'ye ciro ettiğini, kendisinin de MD'nin avukatı olarak, bono'daki tanzim tarihi, alacaklı adı, ödeyecek yer gibi eksik kısımları bizzat doldurup icraya koyduğunu savunmuştur.

Görüldüğü gibi taraflar, icraya ve suça konu bononun oluşturulma sebebi konusunda iki farklı iddiada bulunmuştur. Katılan, vekalet sözleşmesindeki imzasının bulunduğu kısmın bono haline getirilip (sahte olarak bono üretilip) icra takibine konulduğunu iddia etmiştir. Sanık ise, ortada gerçek bir senet olduğunu, senedin alacaklısının çalışanı AD. olduğunu, eksik kısımlarını da kendisinin doldurduğunu açıklamıştır. İki tarafın uzlaştığı tek husus, icraya konulan belgedeki imzanın katılana ait olduğu ve vekalet sözleşmesi bedelinin 150.000 Euro olduğudur. Ayrıca varlığı ileri sürülen taşınmaz satışı ile ilgili yazılı bir satış sözleşmesi de yapılmamıştır.

İlk derece mahkemesi sahtecilik eylemini şu gerekçelerle kabul etmiştir:

"Aslı üzerinde inceleme yapılan senedin, düzenleyenin gerçek iradesini yansıtmaması nedeniyle sahte olduğu bu şekilde kabul edildikten sonra, bu senedin katılan tarafından düzenlendiği iddia olunan, ancak sanık A.Ö. tarafından kabul edilmeyen (Dava Vekalet Ücret Sözleşmesi – Yetki Belgesi) başlıklı belgenin alt kısmının koparılarak oluşturulup oluşturulmadığı hususunun da sonuca etkisi bulunmamaktadır. İradeyi sakatlayan fiilin senedin düzenlenmesi aşamasında gerçekleştirilmesi ya da her hangi bir belge düzenlendikten sonra, düzenleyenin gerçek iradesine aykırı olarak bu belgenin senet haline getirilmesi durumunda, her iki halde de düzenleyenin gerçek iradesini yansıtmaması nedeniyle senedin sahte olduğunun kabul

edilmesi gerekmekte olup, sahtecilik suçunun oluşumu açısından bu fiiller arasında bir ayrım yapmak doğru değildir."

B. BAŞVURUNUN KAPSAMI VE ÇOĞUNLUK KARARI

Başvuran tarafından ilk derece mahkemesinin gerekçesine yönelik olarak şu dört ihlal nedeni gösterilmiştir: 1- Varlığı mahkemece kabul edilen vekalet sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasında ve kendisi ile diğer sanıklar arasında nasıl bir hukuki ilişki bulunduğunun açıklanmadığı, 2- vekalet sözleşmesi imzalanmadığını ileri sürmelerine rağmen, faks belge üzerinde yapılan incelemeye itibar edildiği halde, kendilerince sunulan aksi yöndeki bilirkişi raporunun dikkate alınmaması ve raporlar arasındaki çelişkinin tartışılmaması, 3- bonodaki yazıların kendisine ait olduğunu baştan beri açıkladığı halde sahteciliğin ne şekilde oluştuğu açıklanmadan hüküm kurulması, 4- Sanık Mehmet Daban'ın uzun yıllar müteahhitlik yaptığı, kira geliri olduğu halde, ekonomik durumuna ilişkin araştırma yapılmadan karar verilmesi.

Başvuran ayrıca Yargıtay kararıyla ilgili olarak da; 1- karşı delillerinin incelenmeksizin, yerel mahkeme kararı aynen benimsenerek onama kararı verilmesi, 2- fotokopi faks belgeye dayanılmakla, CMK'nın 217. maddesine aykırı olarak kanuna aykırı delile dayanılamayacağı kuralının ihlal edildiği, gerekçelerine dayanmıştır.

Başvurucununilerisürdüğühususlar–biridışında-ilkderecemahkemesi ve Yargıtay kararında yer alan gerekçelerde değerlendirildiğinden, Anayasa Mahkemesi çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.

Mahkememiz çoğunluğu yalnızca iki konuda savunmanın itirazlarının gerekçede yeterince tartışılmaması nedeniyle gerekçenin yetersiz olduğunu kabul ederek ihlal kararı vermiş bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla; 1- taşınmaz satışına ilişkin tanık beyanlarının hangi nedenle kabul edilmediğinin gerekçede açıklanmaması, 2- eylemin açığa imzanın kötüye kullanılması suçunu oluşturacağına ilişkin savunmanın kabul edilmeme nedeninin gerekçede açıklanmaması, iddialarıdır.

C. KARŞIOY NEDENLERİ

Başvurucu tarafından belirtilen konularda derece mahkemelerinin gerekçelerinin yeterli bulunduğu görüşüyle karşı oy kullandığımızdan, aşağıda bu vicdani kanıya ulaşma nedenlerimiz sırasıyla açıklanacaktır.

1- Gerekçede, taşınmaz satışına ilişkin tanık anlatımlarının hangi nedenle kabul edilmediğine ilişkin açıklama olmadığı iddiası:

Mahkememiz çoğunluğu tarafından gerekçesizlik nedeni olarak gösterilen bu husus başvuru dilekçesinde yer almamaktadır. Başvuru dilekçesinde "Genel Olarak" başlığı altında ileri sürdükleri iddia ve delillerin hakkaniyetli tartışılmadığından bahisle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğinden söz edilmiş ise de, "Manavgat 1. Ağır Ceza Mahkemesi Önündeki Yargılama Aşamasında Gerçekleşen Hak İhlalleri" başlığı altında somutlaştırılan ihlal nedenleri arasında, lehe olan tanık anlatımlarının hangi nedenle kabul edilmediğine ilişkin gerekçe gösterilmediğinden söz edilmemektedir.Başvuruda açıkça belirtilmeyen bir olgunun gerekçeli karar hakkının ihlaline dayanak olarak gösterilemeyeceği düşüncesindeyiz.

Kaldı ki ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında, gerek savunma tanıklarının anlatımları ve gerekse diğer sanıkların taşınmaz satışına ilişkin savunmalarına yer verilmiş, fakat diğer deliller karşısında suçtan kurtulmaya yönelik savunma ve anlatımlara itibar edilmediği açıklanmıştır.

2- Eylemin açığa imzanın kötüye kullanılması suçunu oluşturacağına ilişkin savunmanın kabul edilmeme nedeninin gerekçede açıklanmadığı iddiası :

Bir ceza mahkemesi kararında gerekçeli karar hakkı yönünden asıl yükümlülük, beraat veya mahkumiyete ilişkin gerekçenin yeterli biçimde var olmasıdır. Ceza yargılamasında mahkeme iddianamedeki suç nitelemesiyle bağlı değildir. Suç niteliğinin iddianamede belirtilenden başka olduğunun kabul edilmesi durumunda, mahkeme suç vasfının değiştiğine ilişkin bu kabulünün gerekçelerini açıklamalıdır. Aynı şekilde, iddianamede oluştuğu iddia edilen suç tipinin unsurlarının ne şekilde gerçekleştiğinin açıklanması da gerekçeli karar hakkının gereklerindendir. Buna karşın,eylemin resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturduğuna ilişkin olarak açıklanan gerekçe karşısında, diğer bir suçun neden oluşmadığını açıklamasını beklemek mantıken doğru olmayacaktır. Çünkü bir fiil eğer kanundaki bir suç tipine uymaktaysa, mantıken diğer suç tiplerine girmeyecektir. Bunun istisnası içtima halleridir ki, kararda 257. madde dolayısıyla 44. madde uygulanarak bu

husus açıklanmıştır. Bu bakımdan, derece mahkemesinin, fiilin neden diğer bir suçu oluşturmadığını açıklaması gerekli değildir.

Esasen bu konu hukukilik denetimiyle ilgili olup, kanun yolunda denetlenmektedir. Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay, hukukilik denetiminde suç nitelemesinin fiile uyduğunu gördüğünde, derece mahkemesi gerekçesini uygun bulduğunu belirtmekle yetinir. Aksi durumda, hukukilik denetiminde fiil, derece mahkemesinden farklı biçimde nitelenirse, bu konudaki gerekçe açıklanır.

İncelenen olayda derece mahkemesi; "Aslı üzerinde inceleme yapılan senedin, düzenleyenin gerçek iradesini yansıtmaması nedeniyle sahte olduğu… İradeyi sakatlayan fiilin senedin düzenlenmesi aşamasında gerçekleştirilmesi ya da her hangi bir belge düzenlendikten sonra, düzenleyenin gerçek iradesine aykırı olarak bu belgenin senet haline getirilmesi durumunda, her iki halde de düzenleyenin gerçek iradesini yansıtmaması nedeniyle senedin sahte olduğunun kabul edilmesi gerekmekte olup, sahtecilik suçunun oluşumu açısından bu fiiller arasında bir ayrım yapmak doğru değildir." ifadeleri ve kararda aktarılan diğer gerekçelerle, eylemin resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir.

Yargıtay da sanığın, beraat yönündeki savunmasına ek olarak suç tipinin 209. maddeye uyması gerektiğine yönelik savunmasını değerlendirmiş, bir üye Genel Kurulda bu görüşü savunmuş olmasına karşın, Genel Kurul çoğunluğu derece mahkemesinin nitelemesini kabul etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında, karşı oy gerekçesi de yer almaktadır. Derece mahkemesinin, suç vasfının TCK'nın 204/1. maddesine uygun olduğuna dair ayrıntılı gerekçesi karşısında, bunun neden 209. maddeye uymadığını açıklama gereği de bulunmamaktadır.

Bireysel başvuru bakımından, delillerin değerlendirilmesi vesuçun nitelenmesiyle ilgili hususlar derece mahkemelerinin yetkisi kapsamındadır. Bu konular sadece, kanunun yorumunda keyfilik veya açık bariz takdir hatası varsa AYM tarafından denetlenebilir. İncelenen olayda, Yargıtay özel dairesi tarafından onaylanan ve Ceza Genel Kurulu tarafından tekrar denetlenerek uygun bulunan suç vasfında keyfi yorum veya takdir hatası olduğunu gösterir bir bulgu da görülememiştir. Bu nedenle başvuru hakkında gerekçeli karar hakkının ihlal edilmediği kararı verilmelidir.

Açıklanan hukuki nedenler dolayısıyla Mahkememiz çoğunluğunun, gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine yönelik görüşüne iştirak edemiyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Burhan ÜSTÜN	Nuri NECİPOĞLU	Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvurucunun, hakkında açılan dava neticesinde 24/4/2013 tarihinde resmi belgede sahtecilik ve teşebbüs aşamasında kalan nitelikli dolandırıcılık ve görevi kötüye kullanma suçları nedeniyle yapılan yargılamalar sonucu Türk Ceza Kanununun ilgili maddesi uyarınca hapis ve para cezası ile tecziye edildiği, cezanın delillerin hatalı değerlendirildiği ve fotokopi belge üzerinde yapılan yetersiz inceleme ile verildiği iddiaları ile temyiz edilen kararın Yargıtay 15. Ceza Dairesi tarafından 27/5/2015 tarihinde onandığı anlaşılmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı eksik soruşturma yapılarak değerlendirildiğini düşündüğü karara itiraz etmiş, ilgili daire itiraz incelemesinin Yargıtay Ceza Genel Kurulunda yapılmasına karar vermiş ve kurulun ise 4/10/2016 tarihinde oy çokluğu ile itirazın reddine karar verdiği ve cezanın kesinleştiği görülmüştür.

Mahkememiz başvuru hakkında yaptığı değerlendirmede, bir davaya ilişkin delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgisine karar verme yetkisinin esasen derece mahkemesine ait olduğunu, delil sunma ve inceleme yöntemlerinin adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği Anayasa Mahkemesinin görevi olmadığının kabulünden sonra, yargılamanın bir bütün halinde adilliğinin denetlenebileceğini ifade etmektedir.

Derece mahkemesinin delil değerlendirmesi ile ulaştığı sonuç ise başvurucunun suçlu olup olmadığı kararını oluşturmaktadır.

Mahkememizce yargılamanın adilliği denetlenirken temel hak ve özgürlükleri koruma çabasının içinde dava dosyası özelinde yer alan tüm iddiaların, derecatta nasıl nitelendiği, inceleme ve karşılanma biçimi, önem yükü, gerekçede yer alıp almamasının gerekliliği gibi tüm hususların da bu kapsamda gözden geçirilmesine gerek duyulan bir ihtiyaç halini almaktadır.

Kısaca delilleri yorum yetkisi derece mahkemelerinin, yorumu hak ve özgürlüklerin koruduğu temel ilkeler yönünden denetleme yetkisi ise Anayasa Mahkemesi'nindir.

Başvuru dosyası özelinde, toplanan deliller ve delillere karşı ileri sürülen itiraz ve karşı delillerin yeterli düzeyde tartışılmadığı, savunma delillerine itibar edilmeme nedeninin makul gerekçesi olmadığı nedeniyle yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Mahkememizin yaptığı değerlendirmede, adil yargılanmanın unsurlarından gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ulaşan çoğunluk görüşünü yansıtan kararın 62. paragrafında,

1-Başvurucunun taşınmaz satışına ilişkin tanık beyanları ile,

2-Açığa imzanın kötüye kullanılması ile ilgili taleplerinin gerekçeli kararda açıklanmaması hususu,

İhlal nedenleri olarak belirlenip bu iki hususa özgülediği anlaşılmaktadır.

Ancak, buna rağmen ihlal gerekçesini oluşturan 62. paragrafın ilk cümlesinin başında, başvurucuya isnat edilen eylem, ısrarcı olduğu talep konuları ve ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmü hususları dikkate alındığına işaret edilerek yukarıda sayılan iki nedenin ihlale esas alınmış olduğu görülmektedir.

O halde, dosya kapsamında bunları hatırlamak ve bunların kararda nasıl karşılandığına açıklama gerektiğinde öncelikle; Başvurucuya isnat edilen eylemler, resmi belgede sahtecilik ve teşebbüs aşamasında kalmış nitelikli dolandırıcılık ile görevi kötüye kullanma suçlarıdır. İkinci olarak Başvurucunun ısrarla araştırmasını talep ettiği konular ise, suçlamaya esas senet aslının dosyaya sunulma isteği ile birleştirilen dava dosyalarında başvurulan tanıkların tekrar dinleme ve onları sorgulama hakkını kullanma hakkı gözükmekte olup, üçüncü olarak da ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünü nasıl kurduğuna baktığımızda, mahkemenin gerekçesinde, hukuksal açıdan önem arz eden belgeden ne anlaşılması gerektiği ve dava konusu olaydaki belgenin bu anlamdaki niteliği, savunma tanıklarının ifadeleri, yüksek meblağlı alım satım miktarında alıcı tarafın ödendiği ileri sürülen rakamın ekonomik durum, kaynak ve ödeme bilgilerinden yoksunluğu, yüksek meblağlı alım satım

için sözleşme düzeninin yokluğu, senedin gerçek irade mahsulü olmadığı yönündeki kanaatin nasıl oluştuğu, senet alacaklısı ile ciranta arasında baba oğul ilişkisinin varlığı ve senedin sebebi ve yansıma açıklamalarının inandırıcılığı, senedi düzenleyen başvurucunun, katılan tarafın kendisini Avukatlığından azlinden sonra icraya konu edilmesi, senedin yetki belgesinden koparılarak elde edilişinin sonuca etkisi, sahtecilik suçunun fiile yansıması, suçun unsurları ve sübut nedenleri, sanıkların fikri ve eylem birliktelikleri içinde oldukları yönünde kanaat oluşmasına yardımcı olacak sayısız hukuki gerekçe ve nitelemeleri kararına gerekçe yaptığı ve hükmün oluşmasında tartıştığı anlaşılmaktadır.

Budurumda kararımızda ihlal konusu oluşturan iki sebepten tanık beyanları ve açığa imzanın kötüye kullanışı ile ilgili tüm delil değerlendirilmelerinin tartışıldığı başvurucu ötesinde diğer sanıklar yönünden de oluşan eylem ve fikir birlikteliklerinin ifade edilmeye çalışıldığı gerekçeden anlaşılmaktadır.

Kaldı ki; Kararımızda ihlal nedeninin öznel sebeplerinden sayılmasa da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılık itirazının özünde yer alan özellikli hallerden kabul edilebilecek "Dava vekalet ücret sözleşmesi-yetki belgesi" adlı belgenin aslının bulunmaması ve onaysız fotokopi olması ve bunu hükme esas alınamayacağı nedeniyle hükmün bozulması gerektiği kanaatinin de, ilk derece karar gerekçesinde olduğu gibi Yargıtay Ceza genel Kurul kararında, oluşa göre yaptıkları değerlendirmede, öncelikle başvurucu yanında çalışan senet lehdarı oğul ile ciranta babanın yaptığı ve yapacağı ödemeyi izah edecek hukuki açıklama yoksunluğu ve hiç banka hesaplarının olmaması ve orta düzey bir standartta bulunmaları nedeniyle ayrıca bunlara ilişkin mali ve ekonomik durum araştırması yapmaya gerek olmadığı değerlendirmesiyle, olayda kullanılan senedin mücerret sebebini oluşturan alım satımın gerçek olup olmadığına ilişkin bir açıklama ve senet aslına gitmeye gerek kalmadan oluşa göre gerekçe getirildiği gözlemlenmektedir.

Sanıklara atılı suçun sabitliği hususunda ise; alınan bilirkişi raporlarında inceleme konusu senedin üst kenarının formel kesim olmadığı, başvurucunun bizzat yazdığını kabul ettiği senetteki adres, tanzim, ödeme tarihi ile alacaklı ismi yazılarının diğer yazılardan farklı fiziki evsaftaki kalemle yazıldığı senette bulunan miktar ve rakam yazıları,ödeyecek isim ve imzası ile " Dava vekalet ücret sözleşmesi-

Yetki belgesi" fotokopisinin alt kısmında bulunan yazılar ve imzanın tetabuk halinde olması, alıcı sanıkların borçlarının geri kalanını nasıl ödeyeceklerinin delil ile somutlaştırılamaması, alım satım sözleşmesinin bulunmaması nedeniyle sanık savunmalarına neden itibar edilmediği ve oluşan suçun ve konusu senedin hangi fikir birliği ile oluşturulduğu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazın reddi kararında bütün açıklığı ile anlatılmış, ihlal nedeni oluşturduğu belirlenen hususlar ise bu mahiyeti ile gerekçeli kararlarda keyfilikten uzak sübuta varmaya yeterli düzeyde gerekçede yer almış ve savunulmuştur.

Derece mahkemeleri kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda olmamakla birlikte özellikle Mahkememizce ihlal sonucuna gerekçe edilen hususlar yönünden somut davanın özelliğine göre suç delillerini olay bazında, eylemlerle özdeşleştirerek açıklamış ve hukuki neticeye nasıl ulaştığını anlatmıştır. Kararın hukuken geçerli olduğu temele ilişkin yeterince açıklama var iken derece mahkemesi yerine geçerek delil değerlendiren, özelliklede kararda ihlal nedeni olarak sayılan hususları aydınlatan gerekçeli karar karşısında adil yargılanma hakkının ihlal edildiği şeklindeki yedi muhalefete karşı sekiz kabul oyu ile oluşan çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ve Anayasa Mahkemesinin (AYM) müstakar içtihatlarına göre, bireysel başvurunun ikincil niteliği gereği, temel hak ihlali iddialarında derece mahkemelerinin kanun maddelerine ilişkin yorumları, suçun vasıf ve mahiyeti, delillerin değerlendirilmesi ile takdiri indirim-artırım nedenlerinin uygulanması gibi hususlarda, temel hak ihlali iddiasını inceleyen mahkeme, temyiz mercii gibi davranarak inceleme yapamaz ve hüküm kuramaz. Bunun tek istisnası, başvuru konusu yargılamada açıkça keyfilik veya bariz bir takdir hatasının mevcudiyetidir.

Başvuruya konu olayda da derece mahkemelerinin farklı yorumlar benimsedikleri, farklı sonuçlara ulaştıkları görülmekte ise de bunların her hangi birinde açık bir keyfilik veya bariz bir takdir hatası bulunmamaktadır.

Buna göre AYM'nin tüm dosya içeriğini esastan değerlendirerek, yargılamanın nihai sonucundan farklı bir sonuca varması ve ihlal kararı vermesi, bireysel başvurunun mahiyetine ve amacına aykırıdır.

2. İhlal hükmü, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği yolundadır. Ancak AİHM ve AYM'nin müstakar içtihatlarına göre, gerekçeli kararda savunmanın tüm iddia ve itirazlarının ayrı ayrı cevaplandırılması zorunlu olmayıp, mahkemece sonuca varılmasına dayanak olan olgu ve delillerin yeterli açıklıkla ortaya konması yeterlidir. Diğer hususların zımnen reddedildiği gerekçeli karar metninden açıkça anlaşılabildiği ve gerekçeli karada bariz bir takdir hatası da saptanmadığı takdirde, adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez.

Başvuruya konu olayda, mahkemenin gerekçeli kararında suçun vasıf ve mahiyeti ile sübuta esas delillerin açıkça belirtildiği, böylece hükmün yeterli gerekçeyi içerdiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvurucu; yargılamada toplanan delillere karşıileri sürülen itiraz ve karşı delillerin adalet gereksinimini giderecek ölçü ve nitelikte tartışılmadığını, yeterli ve makul gerekçe oluşturulmadığını, sadece katılan tarafın iddialarına değer verildiğini ve savunma delillerine itibar edilmeme nedeninin makul gerekçelerle açıklanmadığını, bu nedenlerle gerekçeli karar hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkememiz çoğunluğu Başvurucuya isnat edilen eylemler, başvurucunun araştırılmasını ısrarla talep ettiği konular ve İlk Derece

Mahkemesinin mahkumiyet hükmünü kurduğu hususlar dikkate alındığında, başvurucunun taşınmaz satışına ilişkin tanık beyanları ve açığa imzanın kötüye kullanılması ile ilgili taleplerinin hangi nedenlerle kabul edilmediğini derece mahkemesi kararlarında açıklanmaması nedeniyle Anayasa'nın 36. Maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının unsurlarından olan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Karara bağlanan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun çoğunluğu tarafından ihlal sonucuna ulaşılan gerekçeli karar hakkına ilişkin Mahkemenin yerleşik ve istikrarlı içtihadı özü itibarıyla şu hususlardan oluşmaktadır:

1. Mahkemelerin kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme yükümlülükleri vardır.

2. Mahkemelerin gerekçe gösterme yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği davanın niteliğine ve koşullarına göre değişir.

3. Kanun yolu incelemesi yapan mercinin, yargılamayı yapan mahkemeyle aynı sonuca ulaşması ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararına yansıtması yeterlidir.

Başvurunun bu ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesi için ayrıca adil yargılanma hakkının niteliğine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi kararlarında sıkça tekrarlanan şu ilkenin belirtilmesi gerekmektedir:

Adil yargılanma hakkı; bireylere, dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetletme imkânı verir. Bu nedenle bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvurucunun, yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşler hakkında bilgi sahibi olamadığına veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine veya kararın gerekçesiz olduğu gibi mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık

keyfîliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir (bir çok karar arasından bk. Abdullah Akyüz [GK], B. No: 2013/9352, 2/7/2015, § 39; Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26)

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesine ilişkin olarak Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasına dayanan yerleşik içtihadı ise şöyledir:

İlke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfîlik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular açıkça keyfîlik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesince incelenemez (bir çok karar arasından bk. Abdullah Akyüz [GK], B. No: 2013/9352, 2/7/2015, § 38; Deniz Seki, B. No: 2014/5170, 25/6/2015, § 62)

Somut başvuruyu anılan ilkeler ve içtihat doğrultusunda değerlendirdiğimizde; başvuru konusu ceza davasında, İlk Derece Mahkemesinin kararında ulaşılan mahkûmiyet sonucu bakımından yeterli gerekçenin olduğu (§ 16), Yargıtay 15. Ceza Dairesinin de, İlk Derece Mahkemesinin gerekçesine atıf yapmakla yetinmeyerek, delilleri ve hukuk kurallarını tartışarak hükmü onadığı görülmektedir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise "sanıkların mahkûmiyetlerine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden, müsnet suçlardan beraatlerine karar verilmesi ve bu nedenle hükmün bozulması gerektiği" görüşüyle Yargıtay 15. Ceza Dairesinin kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun oy çokluğuyla aldığı kararda delillere ve hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bir gerekçe (§ 22) bulunmaktadır.

Bu kapsamda İlk Derece Mahkemesinin, Yargıtay Ceza Dairesinin ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararlarında yer alan ve sırasıyla birbirini teyit eden sübuta ilişkin kabul ve bunun hukuki nitelendirmesi,

sadece mahkûmiyet kararının değil aynı zamanda fiilin neden başka bir suçu oluşturmadığının ve buna ilişkin görüşlerin benimsenmemesinin de gerekçesini oluşturmaktadır.

Başvuru konusu mahkûmiyet kararında gerekçe bakımından bir eksiklik tespit edebilmek, ancak davanın kanun yolu incelemesini yapan mercilerin yetkisinde olan delil değerlendirmesi ve ceza hukuku kurallarının yorumlanması yoluyla mümkün olabilir. Bir mahkûmiyet kararının gerekçesini oluşturan delillerin kesinliğinin ve inandırıcılığının takdiri ile kanunun ilgili hükümlerinin yorumlanmasının derece mahkemelerinin yetkisinde olduğu açıktır. Bireysel başvuruda bu kapsamda bir değerlendirme yapılmasını gerektirebilecek istisna durumunun (bariz takdir hatası/keyfîlik) olduğu yönünde sayın çoğunluk tarafından bir değerlendirme de yapılmış değildir.

Sonuç olarak, adil yargılanma hakkına ve bireysel başvurunun niteliğine ilişkin ilkeler ile somut başvurunun belirtilen koşulları dikkate alındığında gerekçeli karar hakkı kapsamında ihlal sonucuna ulaşmak için bir neden bulunmadığı düşüncesiyle çoğunluğa katılmadım.21.06.2017

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarından yapılan yargılama sonunda verilen kararda esaslı iddiaların tartışılmaması sebebiyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kararın gerekçesinde, "başvurucuya isnat edilen eylemler, başvurucunun araştırılmasını ısrarla talep ettiği konular ve ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünü kurduğu hususlar dikkate alındığında, başvurucunun taşınmaz satışına ilişkin tanık beyanları ve açığa imzanın kötüye kullanılması ile ilgili taleplerinin hanginedenlerle kabul edilmediğinin derece mahkemesi kararlarında açıklanmaması nedeniyle" gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği belirtilmiştir.

Bilindiği gibi, Anayasadaki hakların etkili bir şekilde korunması için, mahkemelerin tarafların dayanaklarını, iddialarını ve delillerini etkili bir şekilde incelemeleri gerekmekte, ancak başvurucunun bazı iddialarına kararda cevap verilmemiş olması her zaman gerekçeli karar hakkının ihlali sonucunu doğurmamaktadır. Başka bir anlatımla, mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olmakla birlikte, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya kararda ayrıntılı olarak cevap verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmamakta; bir kararda tam olarak hangi hususların bulunması gerektiği ve gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı, davanın ve kararın niteliğine ve şartlarına göre değişebilmektedir.

Diğer kararlarımızda olduğu gibi bu kararda da gerekçeli karar hakkına ilişkin değerlendirmede bu genel ilkeler tekrarlanmaktadır. Ancak ilkelerin olaya uygulanmasıyla ilgili paragraflarda yapılan değerlendirmelerin, derece mahkemelerine ait olan "delillerin değerlendirilmesi ve hukuk kurallarının yorumlanması yetkisine" ilişkin olarak önceki kararlarımızda belirlenen ve yukarıda kısaca belirtilen ilkelerimizle bağdaşmadığıdüşünülmektedir.

İhlal kararının gerekçesinde, ilk derece mahkemesi tarafından esasa ilişkin değerlendirmeler yapılırken suça konu bononun düzenlenme sebebinin tartışılarak başvurucu dışındaki iki sanığın ekonomik ve sosyal durumlarının 300.000 Avro bedelli bir taşınmazı satın almaya yeterli olmadığı ve 150.000 Avro peşinat ödenen tapu harici satış işleminde "alım satım sözleşmesi" düzenlenmemesinin hayatın olağan akışına uygun bulunmadığı, dolayısıyla ilgililer arasında taşınmaz alım satımına dair sözleşme olmadığı sonucuna varıldığı, bu iki nedenle bononun keşidecinin iradesi dışında doldurulduğunun kabul edildiği; diğer taraftan da faksla gönderildiği ileri sürülen fotokopi belge ile suça konu bononun incelenmesine ilişkin Adlî Tıp raporundaki bulguların mahkemece kabul edildiğinin anlaşıldığı belirtilerek, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğname ve itiraznamesiyle Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararının karşıoy görüşlerinde yer alan hususların gerekçeli kararda açıklıkla tartışılmasının başvuruya konu yargılama açısından esaslıbir unsur olarak değerlendirildiği belirtilmektedir (§§ 60-61).

AİHM kararlarında olduğu gibi Anayasa Mahkemesinin kararlarında da, derece mahkemelerinin kararların yapısı ve içeriği ile ilgili olarak geniş

bir takdir yetkisine sahip bulundukları, taraflarca ileri sürülen delillerin kabulü ve değerlendirilmesinin öncelikle derece mahkemelerinin görevi olduğu, bu sebeple açıkça keyfî olmadıkça, belirli bir kanıt türünün kabul edilebilir olup olmadığına, değerlendirme şekline veya aslında başvurucunun suçlu olup olmadığına karar vermenin Anayasa Mahkemesinin görevi olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre, maddî olay ve olguların kanıtlanması bakımından hangi delillere ihtiyaç duyulduğu, tanık delili de dahil olmak üzere bir delilin gerekli olup olmadığının ve bildirilen tanıkların dinlenilmek üzere çağrılmasının uygun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi derece mahkemelerinin takdir yetkisi içindedir.

Aynı şekilde, mahkemelerin, kararlarını hangi temele dayandırdıklarını açık olarak belirtmekle yükümlü oldukları, ancak bu yükümlülüğün, yukarıda belirtildiği üzere, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı olarak cevap verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamayacağı da bilinmektedir.

Çoğunluğun ihlal sonucuna ulaşırken öncelikle "başvurucunun taşınmaz satışına ilişkin tanık beyanları … ile ilgili taleplerinin hangi nedenlerle kabul edilmediğinin derece mahkemesi kararlarında açıklanmamasına" dayandığı görülmekte ise de, derece mahkemelerinin gerekçelerinde, taşınmazı satın aldığı ileri sürülen sanığın başvurucunun yanında 1500 TL aylık ücretle işçi olarak çalışması, taşınmaz bedelinin yarısı olarak elden verildiği ileri sürülen 150.000 Avroyu borç verdiği belirtilen babasının(diğer sanığın) da banka hesabının bulunmaması, alacaklı olduğu kişilere, tahsil ettiği alacaklara ve yüksek bir meblağ olan söz konusu miktarda kişisel birikimi olduğuna ilişkin hukukî bir açıklama getirememesi karşısında, anılan sanıkların ekonomik ve sosyal durumlarına ilişkin bir kanaate ulaşıldığı ve tanık dinlenmesi de dahil olmak üzere ayrıca bir araştırma yapılmasına gerek görülmediği anlaşılmaktadır.

Başka bir anlatımla, somut olayda derece mahkemelerinin gerekçelerinde, sahte olduğu iddia edilen senedin, buna ilişkin olarak Adlî Tıp Kurumu tarafından hazırlanan bilirkişi raporunun, sanıkların savunmaları ile tanık ifadelerinin sanıkların malî durumlarının ve banka hesaplarının, icra dosyalarının, sanıklar ile müdahil arasındaki hukukî ilişkilerin değerlendirildiği ve iddia edilen eylemle sonuç arasında uygun

illiyet bağının kurulduğu, dolayısıyla başvurucunun taşınmaz satışı konusundaki tanık beyanları ile ilgili taleplerinin hangi nedenlerle kabul edilmediğinin açık olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan, Mahkememiz çoğunluğunun ulaştığı ihlal görüşünün gerekçeleri arasında başvurucunun "açığa imzanın kötüye kullanılması ile ilgili taleplerinin hangi nedenlerle kabul edilmediğinin derece mahkemesi kararlarında açıklanma(dığı)"kabulüne yer verilmekte ise de, karşıoy gerekçeleri de kararın bir parçası olduğundan bu hususun gerekçede dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı iddiasının isabetli olmadığı düşünülmektedir. Anılan karşıoy gerekçesinden, bu hususların Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından tartışılmasına rağmen, çoğunluk tarafından kabul görmediği ve azınlıkta kalan üyeler tarafından karşıoy görüşü olarak dile getirildiği anlaşılmaktadır.

Karşıoy gerekçelerinde belirtilen bütün hususlara gerekçeli kararda mutlaka yer verilmesi ve bunlara niçin itibar edilmediğinin açıklanması gerektiği söylenemez. Kaldı ki gerek ilk derece mahkemesinin gerekse Yargıtayın gerekçelerinde suçun sabit olup olmadığı konusunda yapılan inceleme ve değerlendirmeler ile senedin sahteliği ve başvurucunun diğer sanıklarla iştirak hâlinde resmî belgede sahtecilik ve teşebbüs aşamasında kalan dolandırıcılık suçlarını işlediği konusunda yer verilen ayrıntılı gerekçeler, anılan fiilin "açığa imzanın kötüye kullanılması" suçu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda ilâve açıklamalar yapılmasını da gereksiz hâle getirmektedir. Başka bir ifadeyle, derece mahkemelerinin gerekçelerinde yer alan açıklamalar, anılan fiilin "açığa imzanın kötüye kullanılması" olarak değerlendirilemeyeceğini de zımnî olarak ortaya koymaktadır. Aksinin kabulü, suça konu fiilin nitelendirilmesi konusunda yetkili olan derece mahkemelerinin gerekçeli kararlarında hükme götüren gerekçelerin yanında sanıkların suçun tavsifine ilişkin her türlü iddiasının da tartışılarak, fiilin hangi suçu veya suçları oluşturmadığının da ayrıntılı şekilde açıklanması gerektiği anlamına gelir. Derece mahkemelerinin bazı suçlara ilişkin kararlarının gerekçelerinde bu tür açıklamalar yapmalarının kararlarını zenginleştireceği açık olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in gerekçeli karar hakkı konusunda belirlediği ilkelerin bu ilave açıklamalara da gerekçeli kararda yer verilmesini gerektirmediği bilinmektedir.

Sonuç olarak, incelenen başvuruya konu ilk derece mahkemesinin

gerekçeli kararında, davanın sonucuna etkili olabilecek iddia ve savunmaların aktarılarak tartışıldığı, davanın sonucuna etkili olay, olgu ve argümanların ayrıntılı bir şekilde açıklanarak bunlarla hüküm arasındaki bağlantının gösterildiği ve kurulan hükmün hangi sebeplere ve hukukî düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak nitelikte bir gerekçenin bulunduğu görülmektedir.

Diğer taraftan, ilke kararlarımıza göre kanun yolu incelemesi yapan merciin ilk derece mahkemesi ile aynı sonuca ulaşması hâlinde bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıf yaparak kararına yansıtması, kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterli iken Yargıtay 15. Ceza Dairesinin "ilk derece mahkemesinin gerekçeleri ile uyumlu gerekçeleri tekrar ederek onama kararı ver(diği)" (§ 19); Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun da ilke kararlarımızda aranandan çok daha ayrıntılı gerekçelerle (§ 22) itirazın reddine karar verdiği anlaşılmaktadır.

Böylece anılan üç yargı kararında da kararların hangi temele dayandırıldığının açık olarak belirtildiği, başvurucunun mahkûmiyet kararının sebeplerini öğrenmesini sağlayacak, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün içerik ve kapsamı ile bu hükme varılırken nelerin dikkate alındığını ve alınmadığını gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta bir gerekçe bölümünün bulunduğu ve anılan kararlarda yer verilen gerekçelerin davanın şartları dikkate alındığında makul ve yeterli olduğu düşünülmektedir.

Bu sebeplerle gerekçeli karar hakkının ihlal edilmediğini düşündüğümden, çoğunluğun ihlal kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

YAŞAR ÇOBAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/6673)

Karar Tarihi: 25/7/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Ayhan KILIÇ
Başvurucu	:	Yaşar ÇOBAN
Vekili	:	Av. Muammer HAPİL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1.Başvuru, tapu siciline güvenilerek satın alınan taşınmazın kadastro çalışması sonucu Hazine adına tespit ve tescili sebebiyle uğranılan zararın tazmin edilmesi istemiyle açılan davanın zamanaşımı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/5/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Bakanlık görüşü, başvurucuya tebliğ edilmiştir.

8.Birinci Bölüm tarafından 6/7/2017 tarihinde yapılan toplantıda niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve 2013/1178 numaralı bireysel başvuru dosyasında yer alan bilgi ve belgelere göre olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu 1949 doğumlu olup Antalya ili Serik ilçesinde ikamet etmektedir.

A. Başvuru Konusu Uyuşmazlığın Arka Planı

11. Antalya ili merkez Zeytinköy'de (Çamköy) bulunan, Nisan 1320 ve Nisan 1325 tarihli kayıtlara göre 2.000 dönüm (1.838.000 m²) büyüklüğünde olan taşınmaza ilişkin olarak Antalya Sulh Hukuk Mahkemesinde açılan ve Hazinenin taraf olmadığı izaleişüyu davasında Mahkemece 11/1/1940 tarihli kararla taşınmazın büyüklüğü artırılarak tapu kayıtlarının kapsadığı alan 22.201.202 m² olarak belirlenmiş ve hisseleri oranında sahipleri taşınmazın adına tesciline karar verilmiştir.

12. 22.012.202 m² büyüklüğündeki taşınmaz, Antalya Satış Memurluğunun 1944/2 sayılı satış dosyası ve açık arttırma suretiyle 13/4/1944 tarihli tapu kaydıyla K.K. ve H.Ü.ye satılmıştır.

13. Bahsedilen taşınmaz 1946 yılında, 18/2/1937 tarihli ve 3116 sayılı mülga Orman Kanunu'na göre yapılan orman tahdidinde orman sınırları içinde kalmıştır.

14. Başvurucuya ait olduğu iddia edilen taşınmazı da kapsayan bölge 1964 yılında yapılan orman tapulaması (kadastrosu) sırasında orman sınırı içinde bulunduğundan tapulama dışı bırakılmıştır.

15. 1975 yılında Orman Kadastro Komisyonunca 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 2. maddesi uygulamasıyla (2/B olarak adlandırılan uygulama) taşınmazın bulunduğu saha, Hazine adına orman dışına çıkarılarak 4 numaralı orman kadastro parseli içinde kalmıştır. Bu uygulamaya herhangi bir itirazda bulunulmaması üzerine uygulama 20/10/1976 tarihinde kesinleşmiştir.

16. Bu arada K.K. ve H.Ü. 1965 yılında taşınmazı ifraz ettirmiş ve muhtelif kişilere satmışlardır. Taşınmazın 5.000 m²lik bölümü 21/3/1974 tarihli tapu kaydıyla fundalık olarak başvurucuya satılmıştır.

17. 1980 yılında yapılan kadastro çalışmasında başvurucunun da hissesinin bulunduğunu iddia ettiği taşınmaz, makilik niteliğiyle 229 numaralı parsel olarak Maliye Hazinesi adına tespit edilmiştir. Kadastro çalışmaları sırasında bu tapu kaydının yaklaşık 3.931.926 m² civarı bir alana uygulandığı saptanmıştır. Tapulama Komisyonuna yapılan itirazlar 2/6/1981 tarihli Komisyon kararıyla reddedilmiştir.

B. Diğer Tapu Malikleri Tarafından Açılan Kadastro Tespitine İtiraz Davası

18. Çamköy 229 numaralı parselde mülkiyet iddiasında bulunan ve itirazları reddedilen çok sayıda kişi 6/12/1982 tarihinde Antalya Tapulama Hâkimliğine dava açmıştır. Ancak başvurucu bu davada taraf olmadığı gibi mülkiyet iddiasıyla başka bir dava da açmamıştır. Mahkeme 2/3/1984 tarihli kararıyla Hazine adına tespit işlemini iptal etmiştir. Gerekçede, 1964 yılında yapılan ve kesinleşen tapulama dışı bırakma işleminin de bir tapulama olduğu vurgulanmış ve 1980 yılında ikinci defa yapılan kadastro çalışmasının da *"Bir yerde iki defa tapulama yapılamaz."* ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Kararda ayrıca taşınmazın 1976 yılında 6831 sayılı Kanun'un 2. maddesi uygulamasıyla orman rejimi dışına çıkarıldığının altı çizilmiştir.

19. Kararın temyizi üzerine incelemeyi yapan Yargıtay 16. Hukuk Dairesi 13/7/1988 tarihli kararıyla, hükümden sonra yürürlüğe giren ve elde bulunan davalara da uygulanacağı öngörülen 21/6/1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu ile yeni bir sisteme geçildiği, Kanun'un öngördüğü sicilleri oluşturabilmek için kadastro yapılması gerektiği ve tapulama dışı bırakılan yerlerde tekrar kadastro yapılmayacağına dair bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

20. Bozma sonrası Antalya Kadastro Mahkemesi 23/9/1994 tarihli kararıyla 229 numaralı parselin yüz ölçümünün 9.226.601 m² olarak düzeltilmesine, teknik bilirkişilerce hazırlanan krokide A, B, C, D harfleriyle gösterilen toplam 5.202.698 m²lik bölümün Hazine adına; kalan 4.023.903 m²lik yerin ise krokide müstakil harflerle gösterilen tapu malikleri adına hisseleri nispetinde tespitine karar vermiştir.

21. Bahsedilen karar da temyiz edilmiş ve Yargıtay 16. Hukuk Dairesinin 28/6/1995 tarihli kararıyla ilk derece mahkemesinin Hazine adına tespite ilişkin hüküm fıkrası onanmış; kişiler adına tespite ilişkin hüküm fıkrası ise bozulmuştur. Kararın gerekçesinde 1964 yılında yapılan orman tahdidi ve 1976 yılında yapılan orman dışına çıkarma işlemi konusunda bir tartışma bulunmadığı, tartışmanın orman dışına çıkarılan alanın zilyetlikle kazanılıp kazanılamayacağına ve bir kısım davanın dayanak olarak aldığı tapu kayıtlarının taşınmazın bu kısmını kapsayıp kapsamadığına ilişkin olduğu hatırlatılmıştır. Gerekçenin devamında

orman dışına çıkarılmadan tespit tarihine kadar yirmi yıllık süre geçmediğinden zilyetliğe dayanarak dava açanların temyiz istemlerinin reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda, 6831 sayılı Kanun'un 2/B maddesinde *"Orman sınırları dışına çıkarılacak yer, sınırlaması itirazsız kesinleşmiş tapulu arazi ise mülkiyet tekrar sahiplerine geçer."* hükmü gereği orman tahdidinin itirazsız kesinleşip kesinleşmediğinin ve davacıların dayandıkları tapu kayıtlarının revizyon görüp görmediğinin araştırılması gerektiği, tapu kayıtlarının uyması hâlinde miktarı kadar arazinin kayıt maliklerine verilebileceği ifade edilmiştir.

22. İlk derece mahkemesi, bozma kararına uyduğunu belirtmiş ancak 10/6/1997 tarihli kararıyla 229 sayılı parselin kesinleşmeyen 4.023.903 m²lik bölümünün -haritasında bağımsız parseller olarak gösterilmek suretiyle- payları oranında tapu malikleri adına tesciline karar vermiştir.

23. Kararın temyizi üzerine incelemeyi yapan Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 7/7/1998 tarihli kararıyla bozma kararının uygulamasının yapılmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını tekrar bozmuştur.

24. İlk derece mahkemesi 2/12/1999 tarihli kararıyla bozma kararına direnmiştir.

25. Direnme kararını inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) 27/6/2001 tarihli kararıyla direnme kararında hüküm fıkrası oluşturulmadığı gerekçesiyle direnme kararını bozmuştur.

26. İlk derece mahkemesi 11/4/2002 tarihli kararıyla tekrar direnme kararı vermiştir.

27. Direnme kararını inceleyen Yargıtay HGK 12/11/2003 tarihli kararıyla Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin görüşünü haklı bularak ikinci direnme kararını da bozmuştur.

28. Bu kez bozma kararına uyan ilk derece mahkemesi 25/4/2005 tarihli kararıyla taşınmazın yüz ölçümünün düzeltilerek tespit edilmesi için Hazine adına tesciline karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, davacıların dayandığı Nisan 1320 ve Nisan 1325 tarihli kayıtların paylı olması nedeniyle Antalya Sulh Hukuk Mahkemesinin 11/1/1940 tarihli kararıyla izaleişüyu davasında Mahkeme kararında tapu kayıtlarının kapsadığı alanın 22.201.202 m² olduğunun belirlendiği hatırlatılmış; dayanak tapu kayıtlarının miktarının ise çok düşük olduğu ve kök

tapu kayıtlarının değişebilir sınırlı olduğu vurgulanmıştır. Gerekçede, miktarın artırılması talebi ve miktarın düzeltilerek tapuya tesciline ilişkin karar bulunmadığı belirtilerek 13/4/1944 tarihli tescilin yolsuz olduğu saptamasında bulunulmuş ve bu nedenle dayanılan tapu kaydının ihdas tarihindeki miktarı olan 1.838.000 m²nin esas alınması gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme, tapunun yüz ölçümü 1.838.000 m² olduğu hâlde tapu maliklerine 3.931.926 m² yer verildiği kanaatini açıklamıştır. Mahkeme; davacılara verilen yer ile dayanak tapunun yüz ölçümü arasında fark olduğunu, tapunun revizyon gördüğü parsellerin sınırlarının değişebilir nitelikte bulunduğunu ve 1975 yılında Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılmış arazinin zilyetlikle kazanılmasının mümkün olmadığını belirterek netice itibarıyla taşınmazın Hazine adına tescili gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

29. Kararın temyizi üzerine incelemeyi yapan Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 30/11/2006 tarihli kararıyla ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

30. Başvurucuların murisinin karar düzeltme talebi, Yargıtay aynı Dairesinin 1/7/2008 tarihli kararıyla reddedilmiş ve karar bu tarihte kesinleşmiştir.

C. Başvurucu Tarafından Açılan Tazminat Davası

31. Kadastro tespitine itiraz olarak açılan davanın tarafı bulunmayan başvurucu, yukarıda değinilen kararın kesinleşmesinden sonra tapu siciline güvenerek aldığı taşınmazın Hazine adına kaydı nedeniyle zarara uğradığını ileri sürmek suretiyle 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1007. maddesine dayanarak 26/6/2009 tarihinde Antalya 7. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Mahkeme) tazminat davası açmıştır.

32. Mahkeme 8/5/2012 tarihli kararıyla davayı reddetmiştir. Mahkeme, Kadastro Mahkemesi kararına atıfta bulunarak başvurucunun satın aldığı tapu kayıtlarının 229 numaralı parsele ait olduğu iddiasının Kadastro Mahkemesince reddedildiğini hatırlatmıştır. Mahkeme; tapu maliklerine, dayanılan tapu kayıtlarının miktarından daha fazla yer verildiğini ve davacılar adına mevcut kayıtların 229 numaralı parsel dışında çok sayıda parsele revizyon gördüğünü ifade etmiştir. Mahkeme, dava dilekçesinde belirtilen hususların tapu kaydının yanlış tutulmasından kaynaklanmadığı

sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme ayrıca başvurucunun kadastro öncesi satın aldığı tapu kayıtları hangi kadastral parsellere uygulanmış ise yasal süresi içinde o parsellerin tespit malikleri aleyhine talepte bulunabileceği hususunu kararında işlemiştir.

33. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 5. Hukuk Dairesi (Daire) 17/6/2013 tarihli kararıyla Mahkeme kararını farklı bir gerekçeyle onamıştır. Daire, 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi uyarınca devletin kusursuz sorumluluğu nedeniyle açılacak tazminat davalarının 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi gereğince on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğunu belirtmiştir. Başvurucunun 1980 yılında Hazine adına yapılan tespite karşı Kadastro Mahkemesinde açılan davanın tarafı olmadığını anımsatan Daire, davanın on yıllık zamanaşımı süresi içinde açılmadığını tespit etmiş ve bu gerekçeyle Mahkeme kararının sonucu itibarıyla doğru olduğunu ifade etmiştir.

34. Başvurucunun karar düzeltme talebi, Dairenin 6/3/2014 tarihli ilamıyla reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir.

35. Nihai karar başvurucuya 11/4/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

36. Başvurucu 6/5/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

37. 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi şöyledir:

"Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur.

Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder.

Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür."

38.Dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı mülga Kanun'un 125. maddesi şöyledir:

"Bu kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde, her dava on senelik müruru zamana tabidir."

39. Yargıtay HGK'nın 18/11/2009 tarihli ve E.2009/4-383, K.2009/517 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Bu aşamada, kadastro işlemlerinden doğan zararın, tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

...

Davaya konu somut olayda, yapılan kadastro işlemine süresi içinde Hazine adına itiraz etmekle yükümlü olan görevliler üzerlerine düşen görevlerini yapmamışlardır. Tapu işlemleri kadastro tespiti işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden işlemler olduğundan ve tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan T.M.K. 1007 anlamında Devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

Burada Devletin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumluluk tapu siciline bağlı çıkarların ve ayni hakların yanlış tescili sonucu değişmesi yada yitirilmesi ile bu haklardan yoksun kalınması temeline dayanır. Çünkü sicillerin doğru tutulmasını üstlenen ve taahhüt eden Devlet, gerçeğe aykırı ve dayanaksız kayıtlardan doğan zararları da ödemekle yükümlüdür. Bu itibarla, kadastro görevlilerinin dayanaksız yada gerçek hukuksal duruma uymayan kayıtlar düzenlemelerini ve taşınmazın niteliğinde yanlışlıklar yapmalarını da aynı kapsamda düşünmek gerekir.

...

Sonuç itibariyle; davacının, Devletin kusursuz sorumluluğundan kaynaklanan bir zararının oluştuğu ve bu zararın tazminini Devletten isteyebileceği, Devletin kadastro işlemlerinden kaynaklanan sorumluluğunun da TMK'nun 1007.maddesi kapsamında olması gerektiği, bu nedenle görülmekte olan davanın adli yargıda bakılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

..."

40. Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 18/12/2012 tarihli ve E.2012/7876, K.2012/14598 sayılı kararının ilgili bölümü şöyledir:

"...

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2009 gün ve 2009/4 - 383 E., 2009/517 K.; 16.06.2010 gün ve 2010/4 - 349 E. 2010/318 Ksayılı kararlarında davurgulandığı gibi; Tapu işlemleri kadastro tesbit işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden işlemler olduğundan ve tapu kütüğününün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlardayapılan hatalardan T.M.K. m. 1007 anlamında Devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir. BuradaDevletin sorumluluğu, kusursuz sorumluluktur.Bu işlemler nedeniyle zarar görenler,Medenî Kanunun 1007. maddesi gereğince, zararlarınıntazmini için Borçlar Kanununun 146. maddesi gereğince 10 yıllıkzamanaşımı süresinde, Hazine aleyhine adlî yargıda dava açabilirler.

...

... T.M.K.nun 1007. maddesine dayanılarak açılan davalar için ayrıca zamanaşımı öngörülmediğinden, 6098 sayılıBorçlar Kanunun 146. (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunun 125. maddesindeki) 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması söz konusu olacaktır.

..."

B. Uluslararası Hukuk

41. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin birinci fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Herkes, medeni hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilmesi için ... kanun tarafından kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı merciinde makul bir süre içinde adil ve kamuya açık bir şekilde yargılanma hakkına sahiptir. "

42. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası açık bir biçimde mahkeme veya yargı merciine erişim hakkından söz etmese de maddede kullanılan terimler bir bütün olarak dikkate alındığında anılan fıkranın mahkemeye erişim hakkını da garanti altına aldığı sonucuna ulaşıldığını belirtmiştir (*Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21/2/1975, §§ 28-36). AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına içkindir. Bu çıkarsama, Sözleşmeci devletlere yeni yükümlülük yükleyen genişletici bir yorum olmayıp 6. maddenin 1. fıkrasının birinci cümlesinin lafzının Sözleşme'nin amaç ve hedefleri ile hukukun genel prensiplerinin birlikte

okunmasına dayanmaktadır. Sonuç olarakSözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası, herkesin medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili iddialarını mahkeme önüne getirme hakkına sahip olmasını kapsamaktadır (*Golder/Birleşik Krallık*, § 36).

43. AİHM, adil yargılanmanın bir unsurunu teşkil eden mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, doğası gereği devletin düzenleme yapmasını gerektiren bu hakkın belli ölçüde sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Ancak AİHM, bu sınırlamaların kişinin mahkemeye erişimini, hakkın özünü zedeleyecek şekilde ve genişlikte kısıtlamaması, ayrıca zayıflatmaması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM'e göre meşru bir amaç taşımayan ya da uygulanan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi gözetmeyen sınırlamalar Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasıyla uyumlu olmaz (*Sefer Yılmaz ve Meryem Yılmaz/Türkiye*, B. No: 611/12, 17/11/2015, § 59; *Eşim/Türkiye*, B. No: 59601/09, 17/9/2013, § 19; *Edificaciones March Gallego S.A./İspanya*, B. No: 28028/95, 19/2/1998, § 34).

44. AİHM, dava hakkını süre sınırına bağlayan iç hukuk hükümlerinin yorumlanmasının öncelikli olarak kamu otoritelerinin ve özellikle mahkemelerin görevi olduğunu belirtmekte ve AİHM'in rolünün bu yorumun etkilerinin Sözleşme'yle uyumlu olup olmadığının tespitiyle sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Süre sınırı getiren kuralların iyi adalet yönetiminin güvence altına alınması amacına dayandığına işaret eden AİHM, bu kuralların veya bunların uygulanmasının ilgililerin ulaşılabilir başvuru yollarına müracaatlarını engelleyecek mahiyette olmaması gerektiğini değerlendirmektedir. AİHM, bu bağlamda her bir olayın somut başvuru yolunun özellikleri ışığında ve Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının amaç ve hedefleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmektedir (*Eşim/Türkiye*, § 20).

45. AİHM, bu ilkeler uyarınca mahkemelerin dava açılabilmesi için öngörülen yasal yükümlülükleri uygularken hem yargılama adaletinin zayıflamasına yol açacak düzeyde aşırı şekilcilikten hem de kanunlarda öngörülen usule ilişkin gereklilikleri abes hâle getirecek seviyede aşırı esneklikten kaçınması gerektiğini belirtmektedir. AİHM, kuralların belirliliği ve iyi adalet yönetimini sağlama amacına hizmet etme işlevlerini yitirmesi hâlinde ve ilgililerin davalarının esasının yetkili

mahkeme tarafından karara bağlanmasını önleyecek birtakım bariyerler oluşturma fonksiyonu görmesi durumunda mahkemeye erişim hakkının zedeleneceğini ifade etmektedir (*Eşim/Türkiye*, § 21).

46. AİHM hem kıyılar hem de ormanlarla ilgili kararlarında, kadastro tespiti ya da satın alma yoluyla tapulu taşınmazları edinen kişilerin tapularının kıyı kenar çizgisi ya da orman alanı içinde kaldığı gerekçesiyle ve herhangi bir tazminat ödenmeksizin iptal edilmesini Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlali olarak nitelendirmiştir. AİHM bu kararlarında çevrenin korunmasına ilişkin kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkının korunması arasında makul bir dengenin bulunması gerektiğini belirterek karşılığı ödenmeksizin mülkiyet hakkına müdahale edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır (*N.A. ve diğerleri*/Türkiye, B. No: 37451/97, 11/10/2005, § 41).

47.AİHM; bir başvurucunun tazminat ödenmeksizin taşınmazının elinden alınması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak Yargıtay HGK'nın Kasım 2009 tarihinde daha önceki içtihadında değişikliğe gittiğini, AİHM'in bu konudaki içtihatlarına dayanarak tapu kayıtlarındaki yanlış kayıtlardan kaynaklanan ayni hak veya menfaatleri kaybolmuş ya da kısıtlanmış olanların tapu kayıtlarındaki düzensizliklerden dolayı devleti sorumlu tutabileceğine hükmettiğini, tazminat miktarının söz konusu arazinin kullanılma şekli, niteliği ve değeri temelinde muhtemel getirisi ve emsal değerlerin dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğine dikkat çektiğini, bu başvuru yolunun düzenli olarak kullanılmakta olduğunu, ulusal mahkemelerin AİHM'in içtihatlarını ve Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine dayanarak ilgili mevzuat hükümlerini uyguladıklarını, başvurucunun tapu belgesinin iptali yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren on yıl içinde tazminat talebinde bulunabileceğini belirterek iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir (*Altunay/Türkiye* (k.k.), B. No: 42936/07, 17/4/2012, §§ 36-38).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

48. Mahkemenin 25/7/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

1. Başvurucunun İddiaları

49. Başvurucu, tapu siciline güvenerek satın aldığı taşınmazın kadastro çalışması sırasında Hazine adına tespiti ve bu sebeple uğradığı zararın tazmini için açtığı davanın da zamanaşımı gerekçesiyle reddedilmesi sonucu mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, Yargıtay içtihadına atıfla Hazine adına yapılan tespite karşı dava açılması durumunda tespitin davanın nihai kararla sonuçlanmasından sonra on yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağını ve Yargıtay HGK'nın 1985 tarihli kararına yollamada bulunarak tespite karşı açılan davada taraf olunmasa bile zamanaşımı süresinin kararın kesinleşmesinden sonra işlemeye başlayacağını savunmuştur.

2. Bakanlık Görüşü

50. Bakanlık görüşünde, 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi uyarınca tapu kütüğünün oluşum aşamasında kadastro işlemlerindeki hatalardan doğan zararların kusursuz sorumluluk hükümlerine göre devlet tarafından tazmininin gerektiği ancak buna ilişkin davanın zamanaşımı süresi içinde açılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bakanlığa göre 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 154. maddesi uyarınca dava açılması zamanaşımı süresini kesmekte ise de somut olayda başvurucu tarafından kadastro tespitine karşı itiraz davası açılmamıştır. Başvurucu, diğer kişiler tarafından açılan davanın tarafı değildir. Bu nedenle başvurucu yönünden zamanaşımı kesilmemiştir.

B. Değerlendirme

51.Anayasa'nın 36. maddesi şöyledir:

> *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."*

52. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu tarafından 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi uyarınca

devletin kusursuz sorumluluğu nedeniyle açılan tazminat davasının esası incelenerek dava reddedilmiş ise de Daire tarafından on yıllık zamanaşımı gerekçesine dayanılarak Mahkeme kararı onanmıştır. Bu durumda davanın reddi zamanaşımı gerekçesine dayandırıldığından başvurunun mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

53. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı ve Hakkın Kapsamı

54. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme, bunun doğal sonucu olarak da iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına "adil yargılanma hakkı" ibaresinin eklenmesine ilişkin 14. maddesinin gerekçesinde *"değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı[nın] metne dahil"* edildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ibaresinin eklenmesinin amacının Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkını anayasal güvence altına almak olduğu anlaşılmaktadır.

55. Mahkemeye erişim hakkı, Sözleşme'nin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının güvenceleri arasında yer almaktadır (*Ahmet Yıldırım*, B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 28; *Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 51; *Ş.Ç.*, B. No: 2012/1061, 21/11/2013, § 28; *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım*, B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 41).

56.Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir (AYM, E.2014/76,K.2014/142, 11/9/2014).

57. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı ve uyuşmazlık kapsamında bir talebi mahkeme önüne taşıyabilmek ve bunların etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir (AYM, E.2013/40, K.2013/139, 28/11/2013).

58. Dava konusu edilen uyuşmazlığın esasının incelenmesini engelleyen yasal düzenleme veya uygulama, mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil edebilir. Somut olayda başvurucu tarafından açılan davanın on yıllık zamanaşımının dolması nedeniyle reddine karar verilmiştir. Davanın süre aşımı yönünden reddedilmesi nedeniyle uyuşmazlığın esasının incelenememiş olmasının mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil ettiği açıktır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

59. Anayasa'nın 36. maddesinde, mahkemeye erişim hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir (AYM, E.2010/83, K.2012/169, 1/11/2012; E.2012/108, K.2013/64, 22/5/2013; E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015; *Hüseyin Dayan*, B. No: 2013/5033, 13/4/2016, § 46). Ancak mahkemeye erişim hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

60. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

> *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

61. Anılan madde uyarınca temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Ancak bu sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine

aykırı olamaz. Bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına ilişkin sınırlandırmaların da kanuna dayanması, hakkın özünü zedeleyecek şekilde hakkı kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, demokratik toplum düzeninde gerekli bulunması ve ölçülü olması gerekir (*Serkan Acar*, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38; *İbrahim Can Kişi*, B. No: 2012/1052, 23/7/2014, § 36).

i. Kanunilik

62. Başvuru konusu olayda dava, 818 sayılı mülga Kanun'un 125. maddesine dayanılarak süre aşımından reddedilmiştir. Anılan maddeye göre 818 sayılı mülga Kanun'da başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava on senelik müruru zamana tabidir. Dolayısıyla müdahalenin kanuni dayanağının bulunduğu anlaşılmaktadır.

ii. Meşru Amaç

63. Hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında olması hukuk devletinin unsurları olan hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkı ile hukuki güvenlik ve istikrar gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir (AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015). Dava açılmasının belli bir süre koşuluna bağlanmasının hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması ile mahkemeye erişim hakkı arasındamakul bir denge kurulması amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple dava hakkının on yıllık süre koşuluyla sınırlandırılmasının meşru bir amaca yönelik olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

64. Ölçülülük ilkesi "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012;

E.2012/102, K.2012/207, 27/12/2012; E.2012/149, K.2013/63, 22/5/2013; E.2013/32, K.2013/112, 10/10/2013; E.2013/15, K.2013/131, 14/11/2013; E.2013/158, K.2014/68, 27/3/2014; E.2013/66, K.2014/19, 29/1/2014; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2015/43, K.2015/101, 12/11/2015; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

65. Hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması bakımından dava açma hakkının belli bir süreyle sınırlandırılması tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal etmemekte ise de öngörülen sürenin makul olması, diğer bir ifadeyle haktan yararlanılmayı imkânsız kılacak veya aşırı derecede zorlaştıracak derecede kısa olmaması gerekir. Dava açma süresininmakul olup olmadığı değerlendirilirken dava ile elde edilecek hakkın niteliği, davanın konusu ve kişinin dava hakkının doğduğunu öğrenme imkânına sahip olup olmadığı gibi hususlar gözönünde bulundurulmalıdır. Öngörülen sürenin; dava açmak için gerekli araştırma ve hazırlıkların yapılmasına, gerekiyorsa hukuki ve teknik yardım alınmasına yetecek ve hakkın önemiyle orantılı bir uzunlukta olmaması durumunda ölçüsüz olduğu söylenebilir.

66. Dava açma süresinin işlemeye başladığı an da mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğü bağlamında büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda dava açma süresinin, hak sahibinin henüz dava hakkının doğduğundan haberdar olmadığı ve somut koşullar çerçevesinde haberdar olduğunun kabulünü haklı kılan nedenlerin bulunmadığı bir dönemde işlemeye başlaması dava hakkının varlığını anlamsız kılabileceğinden ölçülülük ilkesini zedeleyebilir.

67. Öte yandan mahkemeler, dava açma süresi öngören kanun hükümlerini yorumlarken sınırlamanın istisna olduğu ilkesini gözeterek aşırı şekilcilikten kaçınmalı ve yorum kurallarının imkân verdiği ölçüde davayı ayakta tutma yolunda bir yaklaşım benimsemelidir. Bununla birlikte mahkemelerin sürenin varlık sebebini anlamsız kılma pahasına yorum kurallarının sınırlarını zorlayarak kanunda öngörülen dava açma süresini bertaraf etmesi hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin zedelenmesine neden olabilir. Bu nedenle süreye ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki hassas denge gözetilmelidir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

68. Başvurucu tarafından 26/6/2009 tarihinde açılan dava 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi uyarınca devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğu ilkesine dayandırılmıştır. Yargıtayın 18/11/2009 tarihinden önceki içtihadı, devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunun tapu kütüğünün oluşumu sırasında yapılan hataları kapsamadığı yolunda olmuştur. Bununla birlikte Yargıtay HGK'nın 18/11/2009 tarihli kararından sonra Yargıtay içtihadı değişmiştir. Anılan kararda 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesinde öngörülen sorumluluğun kadastro görevlilerinin dayanaksız ya da gerçek hukuksal duruma uymayan kayıtlar düzenlemelerini ve taşınmazın niteliğinde yanlışlıklar yapmalarını da kapsadığı belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Daireleri de bu tarihten sonra Yargıtay HGK'nın bu içtihadı doğrultusunda karar vermiştir. Nitekim AİHM de Yargıtay HGK'nın bu içtihadından sonra yeni bir iç hukuk yolu oluştuğunu kabul ederek kabul edilemezlik kararları vermiştir (bkz. §§ 45, 46). Anayasa Mahkemesi de daha önceki kararlarında Yargıtay içtihadına dayanarak 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesinde öngörülen tazminat yolunun kadastro tespiti aşamalarındaki işlemlerden doğan zararların telafisi yönünden de etkili olduğu sonucuna ulaşmıştır (*Nazmiye Akman*, B. No: 2013/1012, 16/4/2013, § 25; *Ahmet Hilmi Serter*, B. No: 2014/10954, 17/11/2016, §§ 41, 42; *Hatice Avcı ve diğerleri*, B. No: 2014/9788, 22/9/2016, §§ 74-76).

69. Yargıtay, 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi uyarınca açılacak tazminat davalarının 818 sayılı mülga Kanun'un 125. maddesi gereğince on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğunu kabul etmektedir (bkz. § 39). Buna göre kadastro tespiti nedeniyle mülkiyet kaybının kesinleştiği tarihten itibaren on yıl içinde tazminat davasının açılması gerekmektedir.

70. Somut olayda Daire, başvurucunun 1980 yılında Hazine adına yapılan tespite karşı dava açmadığını ve dolayısıyla kadastro tespitinin davacı yönünden kesinleştiğini belirterek 26/6/2009 tarihinde açılan davada zamanaşımı süresinin geçtiğine ve bu nedenle davanın reddi gerektiğine hükmetmiştir.

71. Başvurucunun 1980 tarihli kadastro tespitine karşı dava açmadığı hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Dolayısıyla Daire kararı gözetildiğinde başvurucunun en son 1990 yılında dava açmış

olması gerekmektedir. Ancak anılan tarihteki Yargıtay içtihadı 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesinin tapu kütüğünün oluşumu sırasında yapılan hataları kapsamadığı biçimindedir. Diğer bir ifadeyle o tarihteki içtihat itibarıyla 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesinde düzenlenen sorumluluk davası, başvurucunun tazminat iddiasını incelemeye ve gerekirse başvurucu lehine tazminata hükmedilmesine elverişli bir yol değildir. Bu dava, Yargıtay HGK'nın 18/11/2009 tarihli içtihadından sonra başvurucunun tazminat talebinin incelenmesi bakımından etkili ve elverişli hâle gelmiştir.

72. Dairenin 18/11/2009 tarihinde oluşan bu hukuki yol için zamanaşımı süresinin 1980 yılından itibaren işlemeye başladığı yolundaki kabulü, 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesinde öngörülen dava yolunu başvurucu açısından anlamsız hâle getirmiştir. 18/11/2009 tarihinden önce başvurucunun talebi yönünden etkisiz olduğu açık olan bir yolun başvurucu tarafından 1990 yılından önce tüketilmesinin beklenmesi başvurucuya aşırı bir külfet yüklenmesi sonucunu doğurmuştur. Zira bu yol, başvurucunun talebi yönünden 18/11/2009 tarihinden sonra etkili hâle gelmiştir.

73. Dairenin bu yorumu, aşırı şekilci ve katı olup 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresi dolmuş başvurularda başvurucular yönünden 4721sayılı Kanun'un 1007. maddesi kapsamındaki tazminat yolunu etkisizleştirmektedir. Sonradan oluşan bir hukuk yoluna ilişkin zamanaşımı süresinin kişinin bu yola başvurmasını kesin olarak imkânsız hâle getirecek bir tarihte başlayacağının kabulü, sınırlamanın istisna olduğu ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte 818 sayılı mülga Kanun'un 125. maddesi gereğince on yıllık zamanaşımı süresinin hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması amacına matuf olduğu gözetildiğinde bu sürenin tamamen göz ardı edilmemesi gerektiği de açıktır. Başvurucunun dava açma hakkını kullanabilmesindeki bireysel yarar ile hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin sağlanmasındaki kamu yararı arasında dava açmanın süreye bağlanmış olmasını anlamsız kılmayacak şekilde bir denge kurulmalıdır. Bu denge kurma çabasının, on yıllık zamanaşımı süresinin bu hukuki yolun oluştuğu 18/11/2009 tarihinden itibaren yeniden işleyeme başlayacağının kabulünü zorunlu kılmadığının altı çizilmelidir. Aksi takdirde zamanaşımı süresinin öngörülmesi anlamsız hâle gelecek ve kamu yararı ile bireysel yarar arasında gözetilmesi gereken denge kamu yararı aleyhine bozulmuş olacaktır. Önemli olan husus, 18/11/2009

tarihinden önce zamanaşımı süresi dolmuş bulunanlar yönünden 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi kapsamında dava açılabilmesine imkân tanınmış olmasıdır. Bu durumda 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresi dolan başvurucuların dava açabilmelerini mümkün kılacak makul bir süre öngörülmesi, kamu yararı ile bireylerin mülkiyet hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulabilmesi bakımından yeterli olup bu sürenin ne kadar olacağının takdirinin derece mahkemelerine ve özellikle içtihat mahkemesi konumunda olan Yargıtaya ait olduğu kuşkusuzdur.

74. Sonuç olarak başvurucunun talebi yönünden 18/11/2009 tarihinde etkili hâle gelen hukuk yolunun bu tarihten önce tüketilmesi gerektiği gerekçesiyle reddedilmesi suretiyle başvurucuya yüklenen külfet, kamu yararı ile bireyin mahkemeye erişim hakkı arasında kurulması gereken adil dengeyi başvurucu aleyhine bozmuş ve mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi orantısız kılmıştır.

75. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

76. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…*
>
> *(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

77. Başvurucu, taşınmaz bedeli için 520.000 TL, aleyhine hükmedilen vekâlet ücreti için 31.650 TL tazminat talebinde bulunmuştur.

78. Başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

79. Başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Yargıtay 5. Hukuk Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

80. Yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmesi nedeniyle başvurucunun tazminat isteminin reddi gerekir.

81. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Yargıtay 5. Hukuk Dairesine (E.2013/8759) GÖNDERİLMESİNE,

D. Tazminat talebinin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Antalya 7. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2009/252) GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/7/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

EĞİTİM HAKKI (MD. 42)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ÖZCAN ÖZSOY BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5881)

Karar Tarihi: 15/2/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Recai AKYEL
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Özcan ÖZSOY
Vekili	:	Av. Ramazan DEMİR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, öğrencisi olduğu üniversite yönetimine verdiği dilekçede dile getirdiği görüşlerden dolayı disiplin cezası verilen ve bu sebeple okula devam edemeyen başvurucunun uğradığı zararın giderilmemesinin eğitim hakkını; derece mahkemelerindeki yargılamaların uzun sürmesinin ise makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 7/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu 35 yaşındadır ve İstanbul Barosuna kayıtlı serbest avukat olarak çalışmaktadır.

10. 2002 yılının Mart ayında, pek çok üniversitede öğrenciler, okul yönetimlerine Kürtçenin seçmeli ders olarak okutulması için eş zamanlı olarak dilekçeler vermişlerdir. Başvurucu da öğrencisi olduğu İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yönetimine benzer mahiyette bir dilekçe vermiştir.

11. İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Kürtçenin seçmeli dersler kapsamında okutulması talebini içeren bir metni imzalayarak Üniversite yönetimine verdikleri gerekçesiyleçok sayıda öğrenci hakkında soruşturma başlatmıştır. Üniversite yönetimine göre dilekçeler, matbu bir metni içeren, değişik tarihlerde Türkiye'deki tüm üniversite rektörlüklerine verilen metinlerle aynıdır ve dilekçeler Kürt kimliğinin tanınması yönünde PKK terör örgütünce düzenlenmiş bir kampanya çerçevesinde verilmiştir.

12. Üniversite yönetimine göre dilekçe metninde yer alan ifadeler bir ceza soruşturmasına yol açacak nitelikte olmasa bile yasa dışı bir örgütün düzenlediği bir kampanyaya destek verme anlamı taşıdığından 13/1/1985 tarihli ve 18634 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 10. maddesinin (e) bendi kapsamında kanun dışı kuruluşlara yardımda bulunma disiplin suçunu oluşturmaktadır. Bundan başka Üniversite yönetimine göre Kürtçenin seçmeli ders olarak okutulması talebi, aynı Yönetmelik'in 9. maddesinin (d) bendine göre dil ve ırk açısından kutuplaşmalara yol açıcı faaliyet niteliğindedir.

13. Üniversite yönetimi başvurucunun savunmasını almıştır. Başvurucu; yasa dışı bir örgütün kampanyasının kendisini ilgilendirmediğini, dilekçe içeriğini bireysel olarak desteklediğini ifade etmiştir. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının 7/3/2002 tarihli kararı ile başvurucuya yükseköğretim kurumundan çıkarma disiplin cezası verilmiştir.

14. Başvurucunun yürütmenin durdurulması talepleri reddedilmiş ancak İstanbulİdare Mahkemesi 31/12/2004 tarihinde disiplin cezasını hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Başvurucu bu tarihten sonra okuluna devam edebilmiştir. Mahkeme kararında, Anayasa'nın 74. maddesinin Türk vatandaşlarına kendi menfaatleri veya kamu menfaatlerine ilişkin konularda yetkili makamlara başvuruda bulunabilme hakkı tanıdığı hatırlatılmıştır.Mahkeme ayrıca 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 4.maddesinin (a) bendine göre yükseköğretimin amacının öğrencileri hür ve bilimsel düşünce gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı, beden, zihin, ruh, ahlak ve duygu bakımından dengeli ve sağlıklı bir şekilde gelişmiş, yurt kalkınmasına ve ihtiyaçlarına cevap verecek, aynı zamanda kendi geçim ve mutluluğunu sağlayacak bir mesleğin bilgi, beceri, davranış ve genel kültürüne sahip vatandaşlar olarak yetiştirmek olduğunu ifade etmiştir. Buna göre başvuranların seçmeli Kürtçe dersi için yetkili makamlara başvurmalarının, Yönetmelik'in 9. maddesinin (d) bendi uyarınca dil, ırk, din ve mezhep açısından kutuplaşmalara yol açıcı faaliyetlerde bulunmak şeklinde yorumlanması yükseköğretimin amacına ters düşmektedir. Mahkeme, 14/10/1983 tarihli ve 2923 sayılı Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi ile Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkında Kanun ile Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullanacakları değişik dil ve lehçeleri öğrenmelerine fırsat vermek amacıyla özel kurslar açılabileceğine izin verildiğini hatırlatmıştır. İstanbul İdare Mahkemesinin kararı, Danıştayca 21/1/2008 tarihinde onanarak kesinleşmiştir.

15. Başvurucu, hukuka aykırı bir işlemle üç yıla yakın bir süre eğitim ve öğrenim olanağının elinden alındığını ileri sürerek maddi ve manevi zararının tazmin edilmesi için Üniversite yönetimine başvurmuş, talebinin reddedilmesi üzerine İdare Mahkemesinde 29/5/2008 tarihinde tam yargı davası açmıştır.

16. İstanbul İdare Mahkemesi 20/3/2009 tarihli kararı ile davayı reddetmiştir. Mahkemeye göre davaya konu idari işlemde idarenin tazminat sorumluluğuna yol açacak ölçüde önemli bir hukuki yanlışlık ve ağır bir kusur bulunmamaktadır.

17. Danıştay 4/12/2012 tarihli ilamı ile başvurucunun temyiz istemini reddetmiştir. Başvurucunun karar düzelme istemi de 30/12/2013 tarihli ilam ile reddedilmiştir. Nihai karar 7/3/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18.Başvuru 7/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

19. 2547 sayılı Kanun'un "*Öğrencilerin disiplin işleri*" kenar başlıklı 54. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Soruşturma, yetkiler ve cezalar:

a. Yükseköğretim kurumları içinde veya dışında ... anarşik veya ideolojik olaylara katılan veya bu olayları tahrik ve teşvik eden öğrencilere; eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca ... yükseköğretim kurumundan çıkarma cezaları verilir.

..."

20. Yönetmelik'in "*Yükseköğretim Kurumundan Çıkarma Cezasını Gerektiren Disiplin Suçları*" kenar başlıklı 10. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:...

e) Kanun dışı kuruluşlara üye olmak, bu kuruluşlar adına faaliyet yapmak veya yardımda bulunmak..."

21. Yönetmelik'in "*Yükseköğretim Kurumundan Bir veya İki Yarıyıl İçin Uzaklaştırma Cezasını GerektirenDisiplin Suçları*" kenar başlıklı 9. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Yükseköğretim kurumundan bir veya iki yarıyıl için uzaklaştırmayı gerektiren fiil ve haller şunlardır:

...

d) Dil, ırk, din ve mezhep açısından kutuplaşmalara yol açıcı faaliyetlerde bulunmak,

..."

B. Uluslararası Hukuk

22. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ilgili kısmı söyledir:

"Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz."

23. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Leyla Şahin/Türkiye* ([BD], B. No: 44774/98, 10/11/2005, §§ 152-156) kararında eğitim hakkına ilişkin başvurularda izleyeceği ilkeleri ortaya koymuştur. AİHM'e göre Sözleşme'nin eki 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesinde öngörüldüğü şekliyle eğitim hakkı, Sözleşmeci devletlerin yargı yetkisi altında bulunan herkese "mevcut belirli eğitim kurumlarına giriş hakkı" tanımaktadır. Mahkemeye göre "hiç kimse..." ifadesi, eğitim hakkının kullanılmasında tüm vatandaşlara eşit muamele edilmesi ilkesini zımnen içermektedir. AİHM; önemine rağmen bu hakkın mutlak olmadığını, doğası gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğini ve zımnen kabul edilen bazı kısıtlamalara tabi olabileceğini kaydetmiştir. AİHM, eğitim kurumlarını düzenleyen kuralların toplumun ihtiyaç ve kaynakları ile eğitimin farklı düzeylerine has özelliklere göre zaman ve mekânda değişiklik gösterebileceğini, dolayısıyla ulusal makamların bu konuda belli bir takdir payından yararlandığını belirtmiştir. Buna karşın getirilen kısıtlamaların söz konusu hakkı -özünü zedeleyecek ve etkinliğinden yoksun bırakacak düzeyde azaltmamasını temin etmek amacıyla- AİHM, bu kısıtlamaların ilgili kişiler açısından öngörülebilir olduğuna ve meşru bir amaç güttüğüne ikna olması gerektiğine işaret etmiştir. AİHM'e göre başvurulan yollar ile güdülen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunduğu takdirde, bu türden bir kısıtlama 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi ile uyumlu olacaktır.

24. AİHM, yukarıda zikredilen *Leyla Şahin* kararında eğitim hakkına ilişkin kısıtlamaların Sözleşme'de ve protokollerde benimsenen diğer haklarla da çatışmaması ve Sözleşme ve protokollerdeki hükümlerin bir bütün olarak düşünülmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Dolayısıyla AİHM'e göre 1 No.lu ek Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesi, gerektiğinde Sözleşme'nin özellikle 8., 9. ve 10. maddelerinin ışığı altında ele alınmalıdır.

25. AİHM, aynı kararda eğitim hakkının ilkesel olarak eğitim kurumlarının iç düzenlemelerine uyulmasını sağlamak üzere okuldan

geçici ya da daimî olarak uzaklaştırma cezası dâhil disiplin önlemlerine başvurulmasını hariç tutmadığını da açıklamıştır. AİHM'e göre disiplin cezası uygulaması, öğrencilerin kişiliklerinin ve zihinsel yetilerinin geliştirilip biçimlendirilmesi dâhil olmak üzere bir okulun kuruluşunda var olan hedefe ulaşmaya çalıştığı sürecin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir.

26. AİHM, daha eski kararlarında da eğitim hakkının esas itibarıyla iç kurallara uymak amacıyla bir eğitim kurumundan uzaklaştırma veya çıkarma da dâhil olmak üzere disiplin tedbirlerine başvurmayı engellemediğine işaret etmiştir (*Yanaşık/Türkiye* (k.k.), B. No: 14524/89, 6/1/1993; *Sulak/Türkiye* (k.k.), B. No: 24515/94, 17/1/1996).

27. AİHM, Anayasa Mahkemesine yapılan mevcut başvuruya benzer bir başvuruda yukarıda zikredilen ilkeleri uygulama olanağı bulmuştur (*İrfan Temel ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 36458/02, 3/3/2009). Başvuranlar, Kürtçenin seçmeli ders kapsamına alınması için başvuruda bulunmaları nedeniyle disiplin yaptırımı uygulanmasının ve bir yıl süreyle eğitim haklarından yoksun bırakılmalarının haksız ve orantısız olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM, başvurucuların taleplerinin meşru ve demokratik bir talep olduğunu belirttikten sonra başvuranların şiddete başvurmadıklarını, üniversitedeki asayiş ve düzeni bozmadıklarını veya bozma girişiminde bulunmadıklarını tespit etmiştir. AİHM, başvuranların ifade özgürlüğü haklarını kullanmaları nedeniyle üniversiteden bir veya iki dönem süreyle uzaklaştırılmalarının makul veya orantılı olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

28. AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin kapsamına giren bilgi ve fikirleri şöyle tanımlamıştır:

"*İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullarından biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. 10. maddenin 2. paragrafı saklı kalmak üzere, ifade özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen "haber" ve "fikirler" için değil, fakat ayrıca devlete veya toplumun bir kısmına ters düşen, şoke eden ya da üzüntüye sevk edenler için de geçerlidir. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplumdan söz edilemez.*" (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

29. Mahkemenin 15/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Eğitim Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

30. Başvurucu, Fakülte yönetimineKürtçenin seçmeli ders kapsamına alınması için başvuruda bulunması nedeniyle disiplin yaptırımı uygulanması ve daha sonra maddi ve manevi zararlarının giderilmesi için açtığı davanın reddedilmesi nedeniyle şikâyetçi olmuş, söz konusu yaptırımın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ve eyleminin suç olarak yorumlanamayacağını belirtmiştir. Başvurucu, yerel Mahkemelerin disiplin kararlarına ilişkin yürütmenin durdurulması taleplerini reddetmesi nedeniyle eğitim hakkından yoksun bırakıldığını ve Anayasa'nın 5., 14., 15. ve 42. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

31. Bakanlık görüşünde AİHM kararlarına atıfla eğitim hakkının bazı sınırlamalara tabi olabileceğini ancak söz konusu kısıtlamaların hakkın özüne zarar veremeyeceğini ve etkililiğini ortadan kaldıramayacağını belirtmiştir. Bakanlığın görüşüne göre eğitim hakkına ilişkin sınırlamalar Anayasa'da öngörülen diğer haklarla çelişmemelidir.

32. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru dilekçesini tekrar etmiştir.

2. Değerlendirme

33. Anayasa'nın "*Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi*" kenar başlıklı 42. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.*
>
> *Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir...*
>
> *Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz..."*

34. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki

tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun şikâyetlerinin eğitim hakkının ihlal edildiği iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir (*Selçuk Taşdemir* [GK], B. No: 2013/7860, 3/3/2016, § 47).

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan eğitim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

36. Başvurucu, üniversiteye giriş sınavından aldığı sonuca göre tercih ettiği bölümde eğitim görmek için üniversiteye kabul edilmiştir. Yükseköğretim kurumundan çıkarma disiplin cezası ile cezalandırılması sonucu başvurucunun başka bir okula devam etme olanağı bulunmamaktadır. Eğitim hakkının belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişimin sağlanmasını güvence altına aldığı (*Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri*, B. No: 2013/583, 10/12/2014, § 68) gözetildiğinde başvurucunun üç yıla yakın bir süre okula devam edememiş olması eğitim hakkına yönelik bir müdahaledir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

37. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

> *"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

38. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 42. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

39. Bu sebeple sınırlamanın, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme,

Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma,demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

40. Başvurucu, Anayasa'nın 13. maddesi ile 42. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan müdahalenin kanunla yapılması şartına aykırılık bulunduğunu iddia etmiştir. Başvurucu, yalnızca Yönetmelik hükmüne dayanarak eğitim hakkından yoksun bırakıldığını iddia etmektedir. Bakanlık bu konuda görüş belirtmemiştir.

41. Yükseköğretim öğrencilerinin disiplin işlemlerine ilişkin soruşturma usulleri, yetkiler ve cezalar 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinde düzenlenmiştir. Başvurucuya verilen yükseköğretim kurumundan çıkarma disiplin cezası da aynı maddede yer almaktadır. Yönetmelik'in 10. maddesi de söz konusu Kanun hükmüne dayanarak çıkarılmıştır. Başvurunun sonucuna ve mevcut başvurunun koşullarına göre yukarıda zikredilen kuralların yeterince "öngörülebilir" olup olmadığı konusunda daha ileri bir değerlendirme yapılması gerekli görülmemiştir. Yapılan değerlendirmeler neticesinde 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (a) bendi ile Yönetmelik'in 10. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

42. Başvurucunun disiplin cezası ile cezalandırılmasının PKK terör örgütünün faaliyetleri ile mücadele kapsamında devlet tarafından belirlenen amaçların ve faaliyetlerin uzantısı niteliğinde olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

43. Anayasa'nın 42. maddesinin "*Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.*" biçimindeki dördüncü fıkrasına göre eğitim ve öğretim özgürlüğü, Anayasa'nın temel felsefesinin ve ilkelerinin korunması amacıyla sınırlanabilir. Hiç şüphesiz Anayasa'nın temel felsefesi, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı demokrasidir. Siyasi amaçlarına ulaşmak için şiddeti yöntem olarak benimseyen terör örgütlerinin faaliyetlerinin Anayasa'nın benimsediği demokratik anayasal düzen ile tezat teşkil ettiği ve dolayısıyla Anayasa'ya sadakat borcu ile bağdaşmadığı açıktır. Bu sebeple

müdahalenin, Anayasa'nın 42. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

44. İlk olarak İdare Mahkemesi başvurucunun dilekçesinde yer alan görüşlerinin vebu görüşlerin aktarılış biçiminin Yönetmelik'in 9/d maddesi uyarınca dil, ırk, din ve mezhep açısından kutuplaşmalara yol açıcı faaliyetlerde bulunmak şeklinde yorumlanamayacağına karar vermiştir. Başvurucu, Kürtçenin öğretilmesinin gerekliliğini ve bu konudaki bireysel ve toplumsal ihtiyacı ortaya koyan ve Kürtçenin seçmeli ders kapsamına alınmasını talep eden dilekçeyi Üniversitenin yönetim makamlarına vermesi nedeniyle disiplin cezasına maruz kalmıştır. Bu bağlamda ne Üniversite yönetimi ne de Derece Mahkemeleri başvurucunun şiddete başvurduğunu, Üniversitedeki asayiş ve düzeni bozduğunu iddia etmiştir. O hâlde mevcut başvurunun Anayasa'nın 26. maddesi ışığında ve 42. maddesi uyarınca incelenmesi gerekir.

45. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (İfade özgürlüğü bağlamında bkz. *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

46. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Bu sebeple ifade özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Bekir Coşkun* §§ 53, 54; ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 96-98; *Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84; *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55;*Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72).

47. Bu bağlamda Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel dayanaklarından ve demokratik toplumun gelişimininveher bireyin kendini gerçekleştirmesinin başlıca şartlarından birini oluşturur. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (*Yaman Akdeniz ve diğerleri*, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 25).

48. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya önemsiz görülen "bilgi" veya "fikirler" için değil aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız edenler için de geçerli olduğunu belirten AİHM kararındaki (bkz. § 27) görüşlere de atıf yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu tür düşüncelerin demokratik bir toplum için şart olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereklerinden olduğunu teyit etmiştir (*Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 94; *Bejdar Ro Amed*, B. No: 2013/7363, 16/4/2015, § 63; *Abdullah Öcalan*,§ 95).

49. Demokratik bir toplumda insan haklarının sağlamlaşması ve devamı için eğitim hakkının vazgeçilmez ve temel bir katkısı olduğu da aşikârdır (Demokratik bir toplumda eğitim hakkının önemine ilişkin açıklamalar için bkz. *Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri*, § 66). Taşıdığı öneme karşın eğitim hakkı mutlak ve sınırsız bir hak değildir, niteliği gereği bazı düzenlemelere tabidir. Şüphesiz eğitim kurumlarını düzenleyen kurallar, toplumun ihtiyaç ve kaynakları ile eğitimin farklı düzeylerine has özelliklere göre değişiklik gösterebilir. Bu nedenle devletin bu konuda yapacağı düzenleme ve uygulamalarda belli bir takdir alanına sahip olduğunun kabulü gerekir (*Ünal Yıldırım*, B. No: 2013/6776, 5/11/2014, § 42 ; *Savaş Yıldırım*, B. No: 2013/6258, 10/6/2015, § 42). Bu sebeple eğitim hakkı, esas itibarıyla kurallara uyulmasını sağlamak amacıyla bir eğitim kurumundan uzaklaştırma veya çıkarma da dâhil olmak üzere disiplin tedbirlerine başvurmayı engellemez. Şüphesiz disiplin cezaları, gerek öğrencilerin gelişiminin gerekse de bir okulun amaçlarına ulaşmasını sağlayacak araçların önemli bir parçasıdır. Ancak bu tip tedbirlere başvurmanın demokratik toplum düzeninin gereklerinden olduğu açıkça ortaya konmalı ve uygulama, Anayasa'da yer alan diğer haklarla ters düşmemelidir.

50. Somut başvuruda başvurucu, ifade özgürlüğünü kullanması nedeniyle yükseköğretim kurumundan çıkarılmıştır. Davanın koşulları ışığında ve yukarıda belirtilen nedenlerle böylesine bir disiplin yaptırımının uygulanmasının demokratik toplum düzeninde gerekli olduğu söylenemez. Nitekim İdare Mahkemesi de başvurucunun eylemini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek (bkz. § 14) işlemi hukuka aykırı bulmuş ve iptal etmiştir.

51. Söz konusu yaptırımın Derece Mahkemeleri tarafından iptal edilmesine rağmen iptal tarihine kadar başvurucu altı dönem kaybetmiştir. Başvurucunun tazminat talepleri ise okul yönetimi ve Mahkemelerce, idarenin tazminat sorumluluğuna yol açacak ölçüde önemli bir hukuki yanlışlık ve ağır bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Dolayısıyla başvurucu daha sonra okuluna dönebilmiş olsa bile maddi ve manevi zararları telafi edilmediğinden başvurucunun mağduriyeti devam etmiş; iç hukuktaki yargılamanın sonucu da başvurucunun mağduriyetini telafi edememiştir.

52. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun, Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünü kullanması nedeniyle üniversiteden uzaklaştırılmasının Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının ihlali niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

53. Başvurucu, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

54. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

55. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin idari yargılamanın süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak davanın ikame edildiği tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak -çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde- yargılamanın sona erdiği, yargılaması

devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır (*Selahattin Akyıl,* B. No: 2012/1198, 7/11/2013, §§ 45, 47).

56. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin idari yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (*Selahattin Akyıl,* § 41).

57. Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında somut olaydaki yaklaşık 5 yıl 8 aylık yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varmak gerekir.

58. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

59. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…*
>
> *(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

60. Başvurucu 50.000 TL maddi ve 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

61. Başvurucunun eğitim hakkının ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

62. İhlal nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle 6.000 TL ve eğitim hakkının ihlali nedeniyle 24.000 TL olmak üzere toplam net 30.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

63. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

64. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Eğitim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının İHLALEDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuyamakul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle 6.000 TL ve eğitim hakkının ihlali nedeniyle 24.000 TL olmak üzere toplam net 30.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE ,

D. 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin İstanbul 6. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 15/2/2017tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

SENDİKA HAKKI (MD. 51)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

EĞİTİM VE BİLİM EMEKÇİLERİ SENDİKASI (EĞİTİM SEN)
VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/920)

Karar Tarihi: 25/5/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucular	:	1. Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM SEN)
		2. Telat KOÇ
		3. Gülhan OKTAY ÇELİK
Vekili	:	Av. Bedia BORAN BULUT

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir sendikanın düzenlediği basın açıklamaları nedeniyle üyelerine ve sendikaya idari para cezası kesilmesinin sendika hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 22/1/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

7. Birinci Bölüm tarafından 4/5/2017 tarihinde yapılan toplantıda, verilecek kararın Bölümlerin önceden vermiş olduğu kararlarla çelişebileceği anlaşıldığından başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Eğitim İşkolu Kamu Görevlileri Sendikası (EĞİTİM İŞ) ile Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikasının (EĞİT SEN) 23 Ocak 1995'te birleşerek oluşturduğu başvurucu Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikasının (EĞİTİM SEN/Sendika) Türkiye'nin 81 ilinde 100 şubesi ve 114 binden fazla üyesi bulunmaktadır. Sendika; eğitim sektöründe çalışanların ekonomik, sosyal, demokratik, kültürel haklarının korunması ve geliştirmesi ile özgür ve demokratik bir çalışma yaşamının oluşturulması iddiasıyla çalışmalarını sürdürmektedir.

10. Başvurucu Sendikaya göre gerçekleştirdikleri sendikal etkinlikler nedeniyle üyeleri, başvuru tarihinden önceki iki yılda pek çok kez 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamında idari para cezaları ile cezalandırılmışlardır.

11. Başvurucu Telat Koç, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Coğrafya Bölümünde öğretim üyesidir ve adı geçen Sendikanın Çanakkale şube başkanıdır.

12. İçişleri Bakanlığının 2/11/2012 tarihli genelgesi ile kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması amacıyla Valiliklerden basın açıklaması ve toplantı yapılamayacak yerlerin belirlenmesi istenmiştir. Çanakkale Valiliğinin 20/12/2012 tarihli kararı ile basın açıklaması yapılamayacak yerler belirlenmiş ve duyurulmuştur. Söz konusu kararın ilgili kısmı şöyledir:

> *"Başta Valilik binası olmak üzere, Askeri Birlikler, Adliye Binası, MİT Başkanlığı, İl Emniyet Müdürlüğü, Ceza ve İnfaz Kurumları, ibadethaneler ile ilköğretim ve orta dereceli eğitim-öğretim veren kurumların binaları ve müştemilatları içerisinde ve bina kapı girişlerinde basın açıklaması yapılamayacak, bina ve bahçeleri çevreleyen yaya kaldırımları üzerinde araç ve yaya trafiğini aksatmayacak şekilde basın açıklaması yapılabilecektir. Sağlık hizmeti veren kurumların poliklinikleri ile acil servis içerisi ile girişlerinin kapanacağı şekilde basın açıklaması yapılamaz... "*

13. EĞİTİM SEN'in bağlı olduğuKamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu (KESK), 3/6/2013 tarihli kararı ile 4 Haziran 2013 ve 5 Haziran 2013 tarihlerinde iki günlük iş bırakma eylemi kararı almıştır. EĞİTİM SEN Merkez YürütmeKurulu, sözü edilen etkinliğin amacını kamuoyuna duyurmak için tüm illerde basın açıklaması yapılmasına karar vermiştir. Karar gereği Sendikanın örgütlü olduğu tüm iş yerlerinde, iş bırakma öncesi iş bırakma eyleminin amacını açıklayan basın açıklaması yapılmış ve sonrasında basın açıklaması yapanlar iş yerlerinden ayrılmıştır.

14. Başvurucu Sendika üyesi yirmi bir kişi de Çanakkale Hüseyin Akif TerzioğluGüzel Sanatlar ve Spor Lisesinin bahçesinde basın açıklaması yapmış ve iş yerinden ayrılarak iş bırakma eylemine başlamışlardır. Basın açıklamasına kolluk güçleri veya idare tarafından müdahale edilmemiştir. Başvurucular da Sendikanın bütün illerde yaptığı basın açıklamaları nedeniyle de adli veya idari bir engelle karşılaşılmadığını belirtmişlerdir.

A. Başvurucu Telat Koç Yönünden

15. Sözü edilen basın açıklamasına bizzat katıldığı ve başvurucu Sendikanın il temsilcisi olduğu için başvurucu Telat Koç hakkında iki ayrı polis raporu düzenlenmiştir. Polis raporuna göre basın açıklamasına katılanlar, adı geçen lisenin okul kapısını kapatacak şekilde bahçede basın açıklaması yapmıştır. Zikredilen rapora göre başvuruya konu basın açıklamasının yapıldığı Hüseyin Akif Terzioğlu Güzel Sanatlar ve Spor Lisesi de basın açıklamasının yapılamayacağı yerlerden biri olarak belirlenmiştir.

16.İl Emniyet Müdürlüğü 6/8/2013 tarihinde başvurucu Telat Koç'un ve 2/10/2013 tarihinde başvurucu Sendikanın önceden ilan edilmiş olmasına rağmen söz konusu yerde basın açıklaması yapması nedeniyle yetkili mercilerin verdiği emirlere uymama kabahatinden 182 TL idari para cezası ile cezalandırılmalarına karar vermiştir.

17.6/8/2013 tarihli idari yaptırım kararına karşı yapılan başvuru, Çanakkale 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 29/11/2013 tarihli kararı ile kabul edilmiş ve ceza kesin olarak kaldırılmıştır. Söz konusu kararda Mahkeme, anılan basın açıklamasının barışçıl özelliğine vurgu yapmıştır. Mahkeme, basın açıklamasının herhangi bir şekilde şiddet içermediğine ve şiddete çağrı yapmadığına dikkat çekmiş; bu şekliyle yapılan bir basın açıklamasına ceza verilmesinin ifade özgürlüğüne aykırı olacağını belirtmiştir.

B. Başvurucu Sendika Yönünden

18. Sendikaya yönelik 2/10/2013 tarihliidari yaptırım kararına karşı Sendika temsilcisi Telat Koç tarafından yapılan başvuru ise Çanakkale 3. Sulh Ceza Mahkemesinin 2/12/2013 tarihli kararı ile reddedilmiştir. İlk Derece Mahkemesine göre idarece yapılan işlem usul ve yasaya uygundur. Ret kararı başvurucuya 25/12/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

19.Başvuru formunda münhasıran yukarıda bahsedilen olay zikredilmiş ise de aynı dönemde ülke genelinde başvurucu Sendikanın üyeleri hakkında kolluk güçlerince idari yaptırım kararları verilmiştir. Başvurucunun başvuru formunda zikretmediği fakat dosyaya ibraz ettiği Mahkeme kararlarından söz konusu idari para cezalarının bir kısmının Mahkemelerce kaldırıldığı, bir kısmı için ise itirazların reddedildiği anlaşılmaktadır.

C. Başvurucu Gülhan Oktay Yönünden

20.Başvuruculardan Gülhan Oktay ise Batman ilinde öğretmen olarak çalışmaktadır ve adı geçen Sendikanın üyesidir. Sendikanın Batman Şubesinin 8/5/2013 tarihinde Batman İl Millî Eğitim Müdürlüğü binası önünde ek ders ücretlerinin gecikmeli olarak ödenmesi sorununa ilişkin olarak yaptığı basın açıklamasınaGülhan Oktay da katılmıştır. Başvurucu, 5326 sayılı Kanun uyarınca 182 TL idari para cezası ile cezalandırıldığını ve bu karara karşı yaptığı başvurunun Batman 2. Sulh Ceza Mahkemesince reddedildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi 17/2/2014 tarihli yazısı ile başvuruculardan Gülhan Oktay'a ilişkin ceza tutanakları ile diğer belgeleri istemiştir. Başvurucu vekili çok sayıda Sendika üyesine ilişkin belge göndermiş ise de Gülhan Oktay'a ilişkin belgeleri göndermemiştir.

21. Başvurucular 22/1/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

22. 5326 sayılı Kanun'un *"Emre aykırı davranış"* kenar başlıklı 32. maddesinin ilgili hükümleri şöyledir:

"(1) Yetkili makamlar tarafından adlî işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.

(2) Bu madde, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir..."

23. 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"A) Vali...

C) İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteaallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindendir.

Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır. Bu hususta alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymıyanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır."

24.5442 sayılı Kanun'un 66. maddesi şöyledir:

"İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülat gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. (Ek cümle: 27/3/2015 - 6638/16 md.) Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."

B. Uluslararası Hukuk

25. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü"* kenar başlıklı 11. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz..."

26. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) pek çok kararında Sözleşme'nin 11. maddesinde korunan toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ile 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğü arasındaki bağlantıya dikkat çekmiştir (*Öllinger/Avusturya*, B. No: 76900/01, 29/6/2006, § 38; *Ezelin/Fransa*, B. No: 11800/85, 26/4/1991, § 37). AİHM, *Öllinger/Avusturya* kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"Başvurunun özelliği ve otonom yapısına karşın 11. madde, 10. madde ışığında ele alınmalıdır. 11. maddede yer almış olan toplantı ve dernek kurma

özgürlüğünün amaçlarından biri fikirlerin korunması ve onların açıklanması özgürlüğüdür (bkz. Stankov ve the United Macedonian Organisation Ilinden/ Bulgaristan, B. No: 29221/95 ve 29225/95, 02/10/2001, § 85). Dolayısıyla 10. maddenin ikinci fıkrası altında ifade özgürlüğünün siyasi ve kamu yararını ilgilendiren konularda sınırlandırılmasının daha dar kapsamda olduğunungözetilmesi gerekir (bkz. Stankov ve the United Macedonian Organisation Ilinden/ Bulgaristan, § 88; aynı zamanda bkz. Scharsach ve News Verlagsgesellschaft/ Austria, B. No: 39394/98, 13/11/2003, § 30)"

27. AİHM, demokratik bir toplumda mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle savunulan fikirlerin toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla kendisini ifade edebilmesi imkânının sunulması gerektiğini ifade etmiştir (*Gün ve diğerleri /Türkiye,* B. No: 8029/07, 18/6/2013, § 70).

"76. Toplantı özgürlüğü ile bu özgürlük kapsamında düşüncelerini ifade etme hakkı, demokratik bir toplumun temel değerlerini oluşturmaktadır. Demokrasinin özünde açık bir tartışma ortamıyla sorunları çözebilme gücü yer almaktadır. Şiddete teşvik vedemokrasinin ilkelerini reddetme durumları dışında toplantı ve ifade özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik önleyici nitelikli radikal tedbirler -yetkililere göre kullanılan ifadeler ve bakış açıları şaşırtıcı ve kabul edilemez görünebilir; ayrıca söz konusu gereklilikler yasa dışı da olabilir- demokrasiye zarar vermekte ve hatta sık sık demokrasinin varlığını tehlikeye atmaktadır. Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, kurulu düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirler; toplantı özgürlüğü uygulanırken diğer yasal araçlarla da kendini ifade edebilme imkânı sunmalıdır (Güneri ve diğerleri/ Türkiye, B. No. 42853/98, 43609/98 ve 44291/98, 12/7/2005, § 70)."

28. Diğer taraftan AİHM; Sözleşme'nin 11. maddesinin sadece barışçıl toplantı hakkını korumadığını, aynı zamanda devletlere bu hakka dolaylı olarak usulsüz sınırlamalar getirilmesinden kaçınılması yükümlülüğü yüklediğini de ortaya koymuştur (*Gün ve diğerleri/Türkiye,* § 72).

"72. Dolayısıyla, devletler yalnızca barışçıl toplantı hakkını korumakla değil aynı zamanda bu hakka dolaylı olarak usulsüz sınırlamalar getirilmesinden kaçınmakla da yükümlüdürler. AİHM, öte yandan 11. maddenin esasen bireyi, güvence altına alınan haklarını kullanırken kamu güçlerinin keyfi müdahalelerine karşı korumayı hedeflediğini, üstelik bu hakların etkin şekilde

kullanılmasını sağlamak amacıyla pozitif yükümlülükler de doğurabileceğini yeniden belirtmektedir (ayrıca bkz. Djavit An / Türkiye, B. No. 20652/92, 20/02/2003, §57)."

29. AİHM, "sınırlama" kavramının sadece hakkın kullanılmasından önceki bazı önleyici tedbirleri değil hakkın kullanılması sırasında veya kullanıldıktan sonra yapılan muameleleri de kapsadığına karar vermiştir (*Ezelin/Fransa*, § 39).

30.AİHM, 11. madde kapsamında yer alan sendika hakkının çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini ifade ettiğini ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak değil örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olduğunu belirtmiştir (*Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika*, B. No: 4464/70, 27/10/1975, § 38).

"Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 11. maddesinin birinci fıkrasında geçen 'çıkarlarını korumak için' deyimi, Sözleşme'nin, sendikal faaliyet yolu ile sendika üyelerinin mesleki mefeatlerini koruma özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Sözleşmeci Devletler bu sendikal faaliyetlere hem izin vermeli hem de imkan tanımalıdır..." (Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika, § 39).

31. AİHM, eldeki başvuruya benzer başvurulardan olan *Akarsubaşı/Türkiye* (B. No: 7039611, 25/7/2015) başvurusunu 23/5/2015 tarihinde karara bağlamıştır. Devlet memuru ve Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu üyesi olan başvurucu, Adana Adliyesi önünde EĞİTİM SEN tarafından düzenlenen gösteriye katılmıştır. Burada bir basın açıklaması okunmuş ve göstericiler, söz konusu basın açıklaması çerçevesinde kendi kurumlarında kreş yapılmasını talep etmişlerdir. Emniyet Müdürü; başvuranı, daha önce basın açıklaması yapılamayacak yerlere ilişkin olarak verilmiş Valilik kararını ihlal edecek şekilde Adliye Sarayının giriş merdivenleri önünde yapılan bu basın açıklamasına katıldığı gerekçesiyle 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesine dayanarak 143 TL para cezasıyla cezalandırmıştır. Başvurucunun itirazları Mahkemece reddedilmiştir. AİHM; devletlerin yalnızca barışçıl toplantı hakkını korumakla değil aynı zamanda bu hakka, yasaya aykırı nitelikte dolaylı sınırlamalar getirmekten kaçınmakla da yükümlü olduklarını hatırlatmıştır. AİHM, basın açıklamasının barışçıl özelliğine vurgu yapmış ve AİHM'e göre kamu makamlarının barışçıl biçimde yapılan

bir gösteriye karşılık vermeleri gerektiğinde başvuranın barışçıl şekilde gösteri yapma hakkı ile yerel makamların kamu düzenini koruma hakkı arasındaki dengeyi sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. AİHM, İlk Derece Mahkemesinin söz konusu dengelemeyi yapmadığı gibi gösterinin amacını ve barışçıl niteliğini de değerlendirmediğine dikkat çekmiştir. AİHM'e göre başvurana yalnızca basın açıklamasının okunması gereken bir gösteriye katıldığı gerekçesiyle para cezası verilmesi, bir sendikaya üye olan herkesi cezalandırılma korkusuyla Sözleşme'nin 11. maddesi ile güvence altına alınan toplantı ve gösteri yapma hakkını kullanmaktan caydırabilecek niteliktedir. AİHM, 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesinin imkân verdiği müdahalenin "zorlayıcı bir sosyal gereksinim''e karşılık geldiğinin ilgili ve yeterli gerekçe ile gösterilemediği ve Sözleşme'nin 11. maddesi anlamında "demokratik bir toplumda gerekli" olarak görülemeyeceği sonucuna varmıştır.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Mahkemenin 25/5/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruculların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

33. Başvurucular, yaptıkları basın açıklaması nedeniyle idari para cezası ile cezalandırılmalarının gösteri ve toplantı yapma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvuruculara göre yapılan sendikal toplantılar ve basın açıklamaları ceza hukuku anlamında suç olmadığı için idarece eylemler 5326 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilerek kendilerine keyfî cezalar verilmektedir. Başvurucular verilen bu cezaların öngörülemez nitelikte olduğunu düşünmektedirler. Başvurucular, yapılan basın açıklamalarının ne kamu düzenini ne de kamu güvenliğini tehdit ettiği kanaatindedirler.

34. Başvuruculara göre, verilen idari cezalara karşı yapılan itirazları pek çokmahkeme kabul ederken kendi itirazları gerekçesiz bir şekilde reddedilmiştir. Başvurucular, mahkemelerin gerekçesiz kararları nedeniyle adil yargılanma haklarının da ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, ihlalin tespiti ile maddi tazminata ve idari para cezasını veren idarenin kendilerinden özür dilemesine karar verilmesini talep etmişlerdir.

35. Bakanlık görüşünde toplanma özgürlüğünün hem toplantıları düzenleyenler hem de bu toplantılara katılanlar yönünden geçerli olduğu, devletin bu hakkı sadece korumakla değil aynı zamanda makul olmayan kısıtlamalar getirmekten de kaçınmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bakanlık görüşünde ayrıca, başvuruya konu Valilik emirlerinin toplantı ve gösterilere katılanlar ile vatandaşların güvenliğinin kamu düzeninin sağlanması amacı taşıdığı, bu emre aykırı davranış gösteren başvuruculara verilen para cezalarının ise cüzi bir miktar olması nedeniyle "önemli bir zarar düzeyine ulaşmadığı" savunulmuştur.

36. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında başvuru dilekçesindeki görüşlerini tekrar etmişlerdir.

B. Değerlendirme

37. Anayasa'nın "*Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı*" kenar başlıklı 34. maddesi şöyledir:

> *"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.*
>
> *Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.*
>
> *Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir."*

38. Anayasa'nın "*Sendika kurma hakkı*" kenar başlıklı 51. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

> *"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.*
>
> *Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.*

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir…"

39. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucular Telat Koç ve Gülhan Oktay'ın soyut olan ve bir sebebe dayanmayan gerekçeli karar haklarının ihlal edildiği yönündeki şikâyetlerinin bir bütün olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

40. Başvurucu Sendikanın örgütlü olduğu tüm iş yerlerinde iş bırakma öncesi, iş bırakma eyleminin amacını açıklayan basın açıklaması yapılmış ve Sendika üyeleri iş yerlerinden ayrılmışlardır. Başvurucu Sendikayla ilgili olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında kalan bir sendikal faaliyeti nedeniyle idari para cezasına hükmedilmiştir. Bu nedenle başvurucu Sendikanın şikâyetlerinin sendika kurma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Telat Koç'un Başvurusuna İlişkin Olarak

41. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 46. maddesine göre Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması için başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamusal eylem veya işlemden başvurucunun kişisel olarak ve doğrudan etkilenmiş olması gerekir (*Onur Doğanay*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, §§ 42-45).

42. Somut olayda başvurucunun idari yaptırım kararına karşı yaptığı başvurunun İlk Derece Mahkemesince kabul edildiği ve idari yaptırım kararının kaldırıldığı, dolayısıyla başvurucunun ihlale neden olduğunu ileri sürdüğü kamusal işlem veya eylemden kişisel olarak etkilenmediği anlaşılmaktadır.

43. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Gülhan Oktay'ın Başvurusuna İlişkin Olarak

44. 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3),48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca bireysel başvuruda,kamu gücünün neden olduğu iddia edilen ihlale dair olayların tarih sırasına göre özeti yapılmalı; bireysel başvuru kapsamındaki hakların ne şekilde ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır (*Veli Özdemir,* B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19, 20).

45. Somut olayda başvurucuya, dayandığı delilleri ibraz etmesi için bildirim yapılmış ancak başvurucu, ihlal iddiasına ilişkin delillerini sunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Dolayısıyla başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların temellendirilemediği sonucuna ulaşılmıştır (bkz. § 20).

46. Açıklanan nedenlerle Gülhan Oktay'ın başvurusunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. EĞİTİM SEN'in Başvurusuna İlişkin Olarak

47. Başvurucu Sendikanın başvurusu açıkça dayanaktan yoksun değildir ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmamaktadır. Başvurucunun sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

48. Sendika hakkının sadece kullanılması sırasında değil kullanılmasından sonraki işlemlerin de hak üzerinde "sınırlayıcı" etkisi bulunmaktadır (Toplantı hakkı bağlamındaki bir karar için bkz. *Osman Erbil*, B. No: 2013/2394, 25/3/2015, § 53). Bu sebeple başvurucu Sendikanın organize ettiği ve üyelerinin katıldığı basın açıklamasına polis herhangi bir müdahalede bulunmamış olsa bile daha sonra başvurucu Sendikanın idari para cezası ile cezalandırılmasının sendika hakkına yönelik bir müdahale olduğu kabul edilmelidir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

49. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

50. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 51. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

51. Bu itibarla sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma,demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

52. Başvurucu, Anayasa'nın 13. maddesi ile 51. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan müdahalenin kanunla yapılması şartına aykırılık bulunduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre 5326 sayılı Kanun'un "*Emre aykırılık*" kenar başlıklı 32. madde metni öngörülebilir olmayıp yorum gerektirmektedir ve idari makamlar bu hükme dayanarak keyfî bir şekilde cezalandırma yoluna gitmektedir. Bakanlık bu konuda görüş belirtmemiştir.

(1) Genel İlkeler

53. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığıdır. Anayasa'nın 34. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabul edilebilmesi için müdahalenin "kanuni" bir dayanağının bulunması zorunludur (Kanunilik şartına başka bağlamlarda dikkat çeken kararlar için bkz. *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 82; *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36; *Hayriye Özdemir*, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, §§ 56-61).

54. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütü ilk olarak şeklîbir kanunun varlığını gerekli kılar. Bir yasama işlemi olarak kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisinin iradesinin ürünüdür ve Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Bu anlayış temel hak ve özgürlükler alanında önemli bir güvence ortaya çıkartır.

55. Fakat kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır. Bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın "erişilebilirliği"ni ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden "belirliliği"ni garanti altına alır.

56. Belirlilik, bir kuralın keyfîliğe yol açmayacak bir içerikte olmasını ifade eder. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekir. Bir kanuni düzenlemede, hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu durumda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaklı hâle gelebilir. Böylece hukuk güvenliği sağlanarak kamu gücünü kullanan organların keyfî davranışlarının önüne geçilmiş olur (*Hayriye Özdemir*, §§ 56, 57).

57. Mevcut başvuruda 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesinin idareye sınırsız bir yetki verdiği, idarenin takdir yetkisinin kapsamı ile bunun uygulanış biçimini gereken açıklıkla belirtmediği ileri sürülmüştür.

58. İlk olarak Anayasa'nın 8. maddesi uyarıncakanun ile düzenlenebilecek konularda yasama organının asli kuralları koymakla yetinerek tali ve uygulayıcı kuralları idari düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Başka bir ifadeyle Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine de bırakılabilir (*Tuğba Arslan*, §§ 85-87).

59. Temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının keyfîliğe izin vermeyen öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu vardır. İdareye keyfî uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasa'ya aykırı olabilecektir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanılarak yürütme organınca

alınacak önlemler objektif nitelik taşımalı ve idareye keyfî uygulamalara sebep olacak geniş takdir yetkisi vermemelidir (AYM, E.1984/14, K.1985/7, 13/6/1985; *Tuğba Arslan*, § 89).

60. Hukuksal durumların takdirindeki belirsizlik, temel haklar alanında getirilen güvencelerin işlevsiz hâle gelmesine neden olur. Zira ilgili kanuni düzenlemenin hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağını ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağını belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya koymaması durumunda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaksız hâle gelebilecektir (*Hayriye Özdemir*, § 57).

61. Bununla birlikte bir kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi, bu nedenle hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi veya kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Ayrıca ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir (*Hayriye Özdemir*, § 58).

62. Aksi bir durumda Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfî davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı sonucuna varılacaktır(*Tuğba Arslan*, § 91).

63. Müdahaleye temel alınan kanun hükmünün yorumlanması Anayasa Mahkemesinin görevi olmamakla birlikte başta yargısal organlar olmak üzere kamusal makamların ilgili yasa hükmünün uygulanmasında Anayasa'ya uygun bir yorum tarzını benimsemeleri gerekmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin görevi, söz konusu yorum ve uygulamanın Anayasa'ya uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır (*Hayriye Özdemir*, § 61).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

64. Somut olay yukarıda zikredilen ilkeler çerçevesinde değerlendirilmelidir. İlk olarak 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesi

Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılmıştır ve şeklî yönden kanun olduğu yönünde bir kuşku bulunmamaktadır. İkinci olarak ise Anayasa'nın 89. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen kanunlar Cumhurbaşkanınca Resmî Gazete'de yayımlandığından başvuruya konu kuralın erişilebilirliği yönünden de bir sorun olduğu söylenemez. Son olarak zikredilen kuralın öngörülebilirliğinin değerlendirilmesi gerekir.

65. 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesine göre yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket etmek kabahat sayılmıştır. Bu kabahatin karşılığında idari para cezası öngörülmektedir. Bu cezaya, emri veren makam tarafından karar verilir.

66. Anayasa Mahkemesi, 1973 yılında, 01/03/1926 tarih ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesinde düzenlenen ve "Salahiyettar Mercilerin Emirlerine İtaatsizlik" üst başlığında yer alan ve mevcut Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinde yer alan kural ile büyük benzerlik gösteren kuralın Anayasa'ya aykırılığını değerlendirme fırsatı bulmuştur. Bahsi geçen kararda, yasama organının, kanun yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurularak ayrıntılı kuralları da saptamak yetkisi olmakla birlikte sık sık değişen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında bu organın, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra acil olaylarda Hükümete veya kimi makamlara tedbir almak yetkisi bırakmasının da yasama yetkisini kullanmak olduğu değerlendirilmesi yapılmış ve kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir (bkz. AYM, E. 1973/12, K. 1973/24, K.T. 7/6/1973). Anayasa Mahkemesi daha yeni tarihli bir kararında da 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananların hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacağına ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırılık iddiasını benzer gerekçelerle reddetmiştir (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 184). Mahkeme, öğretide suçun cezasını ve konusunu açıkça tanımlamış olmasına rağmen suça vücut verecek somut fiilin ne olduğunu belirtmeyerek

bunu idareye bırakan kanun hükümlerine "*çerçeve kanun*" veya "*açık ceza hükmü*" dendiğini ve söz konusu kuralın da bu hükümlerden olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında açık ceza hükmü düzenlemelerinin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir (10.12.1962 tarihli ve E. 1962/198, K. 1962/111 sayılı; 28.3.1963 tarihli ve E.1963/4, K.1963/71 sayılı; E.2001/143, K.2004/11 sayılı; 1.11.2012 tarihli ve E.2011/64, K.2012/168 sayılı kararlar). Mahkeme "*açık ceza hükmü*"nün, Anayasa'ya uygun kabul edilebilmesi için suç konusunun ve müeyyidesinin tereddüte yer bırakmayacak şekilde kanunda açıkça belirtilmesi ve kişilerin belirlenen somut suç fiilini önceden bilmelerini sağlayacak kanuni güvencenin sağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre ancak bu şekilde, suçu belirleyen kuralın erişilebilir ve öngörülebilir olması sağlanabilir (bkz. AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 180-187).

67. 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre kanunların, bazı kabahatlerin kapsam ve şartlarını belirleyerek içeriğini idarenin genel ve düzenleyici işlemlerine bırakabilmesi mümkündür. Başka bir deyişle kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, miktarı zikredilen kuralda açıkça belirli olmakla birlikte hangi konularda ve hangi mercilerin emir yayımlayabilecekleri başka kanunlara bırakılmıştır. 5442 sayılı Kanun'un 11. maddesi; il valilerine il sınırları içinde huzurun, güvenliğin ve kamu esenliğinin sağlanması için gereken karar ve tedbirleri alma yetkisi vermiştir. Aynı Kanun'un 66. maddesine göre ise alınan bu kararlar usulen tebliğ veya ilan olunur; bu tedbir veya kararlara aykırı davrananlar, mahallî mülki amir tarafından 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır.

68. Somut başvuruya konu olayda Çanakkale Valiliği 20/12/2012 tarihli kararı ile 5442 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak eğitim ve öğretim kurumlarının bina ve müştemilatları içinde basın açıklaması yapılamayacağına karar vermiş, bu kararı tüm resmî ve sivil kuruluşlara ilan ve tebliğ etmiştir. Sendikanın şube başkanı olan başvurucu, söz konusu emirden haberdar olmadığını da ileri sürmemiştir. Valiliğin söz konusu emrine aykırı davranışın kabahat oluşturacağı ve 5326 sayılı Kanun uyarınca bu kabahatin cezalandırılacağı ise açıktır.

69. Yukarıda zikredilen sebeplerle 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesinin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmü olduğu ve "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

70. Başvurucunun idari para cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin kararın Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sebeplerden "kamu düzeni"nin korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

71. Anayasa Mahkemesi önündeki mesele, bir ortaöğretim kurumunun binasında ve müştemilatında yapılan basın açıklamasına müdahale edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığıdır.

72. Yukarıda belirtildiği gibi (bkz. § 40) başvurucu Sendikayla ilgili olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında kalan bir sendikal faaliyet nedeniyle idari para cezasına hükmedilmiştir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı bireylerin ortak fikirlerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelebilme imkânını korumayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla bu hak, Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerinde düzenlenen ifade özgürlüğünün özel bir biçimidir. Bu sebeple ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki önemi, bu hak için de geçerlidir. O hâlde mevcut başvurunun Anayasa'nın 26. ve 34. maddelerinin ışığında ve 51. maddesi uyarınca incelenmesi gerekir.

73. Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kez "demokratik toplum düzeninin gerekleri" deyiminden ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır (*Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 56; *Adalet Mehtap Buluryer*, B. No: 2013/5447, 16/10/2014, §§ 103-105; Kristal-İş Sendikası [GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015, § 70; ifade özgürlüğü bağlamında bkz. *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin, böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir.

74. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; sendika hakkı bağlamında ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için bkz. *Tayfun Cengiz*, §§ 53-55; ifade özgürlüğü bağlamında ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; *Bekir Coşkun* §§ 53, 54; *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 96-98; *Tansel Çölaşan*, §§ 54, 55;*Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72). Bu sebeple Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçları gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile sendika hakkı arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığına bakılması gerekir. Bu testin yapılabilmesi için ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı da gözönünde bulundurulmalıdır.

Sendika Hakkı

75. Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir "örgüt", devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir. İstihdam alanında kendi üyelerinin menfaatlerinin korunmasını amaçlayan örgütler olan sendikalar, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasını oluşturur (Örgütlenme özgürlüğüne ilişkin açıklamalar için bkz. *Tayfun Cengiz*, §§ 30-32; *Selda Demir Taze*, B. No: 2014/7668, 10/6/2015, §§ 29, 30).

76. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında, genel olarak örgütlenme özgürlüğünün ve özel olarak da sendika hakkının Anayasa'da benimsenen temel değerlerden biri olan demokrasiyi somutlaştıran özgürlükler arasında yer aldığını ve demokratik toplumun temel değerlerinden birini oluşturduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesine göre sendikaların sendikal faaliyet çerçevesinde ifade edilen görüşlerin dile getirilme biçimi de -yetkili makamların gözünde kabul edilemez olsa dahi- sendika hakkından faydalanır.Anayasa Mahkemesi demokrasinin esasının meselelerin halka açık olarak tartışılması ve çözümlenmesi yeteneği oluşturduğunu belirtmiş; sendika hakkını kullanan bireylerin de ifade

özgürlüğü alanına benzer şekilde çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi demokratik toplumun temel ilkelerinin korumasından yararlanacağını ifade etmiştir (*Tayfun Cengiz*, § 52; *Selda Demir Taze*, §§ 48, 49).

İfade Özgürlüğü

77. Bu bağlamda Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel dayanaklarından ve demokratik toplumun gelişiminin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin başlıca şartlarından birini oluşturur. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (*Yaman Akdeniz ve diğerleri*, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 25).

78. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya önemsiz görülen "bilgi" veya "fikirler" için değil aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız edenler için de geçerli olduğunu belirten AİHM kararındaki (bkz. § 27) görüşlere de atıf yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu tür düşüncelerin demokratik bir toplum için şart olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereklerinden olduğunu teyit etmiştir (*Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 94; *Bejdar Ro Amed*, B. No: 2013/7363, 16/4/2015, § 63; *Abdullah Öcalan*,§ 95).

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı

79. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, çoğulcu demokrasilerin gelişmesinde zorunlu olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılmasını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla kendine özgü özerk işlevine ve uygulama alanına rağmen ifade özgürlüğünde olduğu gibi siyasi ve kamu yararını ilgilendiren meseleler söz konusu olduğunda toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahaleler daha dar yorumlanmalıdır (*Osman Erbil*, B. No: 2013/2394, 25/3/2015, § 45).

80. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı demokratik toplumun en temel değerleri arasında yer alır. Demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi

savunulan siyasi fikirleri toplantı ve diğer yasal araçlarla ifade edilebilmesi imkânı sunulmalıdır. Bu sebeple şiddete teşvik ve demokrasinin ilkelerini ortadan kaldırma durumları dışında toplantı özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik önleyici nitelikli radikal tedbirler demokrasiye zarar verir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 117; *Osman Erbil*, § 47).

81. Barışçıl amaçlarla bir araya gelmiş kişilerin toplantı hakkını kullanırken kamu düzeni açısından tehlike oluşturmayan ve şiddet içermeyen davranışlarına devletin sabır ve hoşgörü göstermesi çoğulcu demokrasinin gereğidir. Buna karşılık toplanma özgürlüğünün kullanımından kaynaklanan kamu düzenine yönelik tehditlerin gerçeklik değeri taşıması hâlinde yetkili makamlar bu tehditleri bertaraf edecek tedbirleri alabilirler. Alınan bu tedbirlere aykırı toplantılar düzenlenmesi, bu tür toplantılara katılınması veya bu tür toplantılarda suçlar işlenmesi hâlinde de cezalar verilebilir.

82. Buna karşın alınan tedbirler veya öngörülen cezaların barışçıl toplantı hakkına dolaylı olarak usulsüz sınırlamalara dönüşmesine müsaade edilemez. Birey güvence altına alınan toplanma hakkını kullanırken kamu güçlerinin keyfî müdahalelerine karşı da bireyin korunması gerekir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 118).

83. Bu nedenlerle keyfî uygulamalardan ve usulsüz sınırlandırmalardan kaçınılması için sendikal faaliyet kapsamında olan veya başka saiklerle gerçekleştirilen barışçıl bir toplantıya, tedbir almak veya alınan tedbirlere aykırı davrananlara ceza vermek suretiyle yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunun makul gerekçelere dayanılarak gösterilmesi gerekir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

84. Somut olayda Çanakkale Valiliği, başka bazı yerlerin yanında ilköğretim ve orta dereceli eğitim öğretim veren kurumların binaları ve müştemilatlarında basın açıklaması yapılmaması yönünde emir vermiştir (bkz. § 12). Çanakkale Valiliğinin emri bir bütün olarak değerlendirildiğinde basın açıklaması yapılamayacak yerler olarak istihbarat binası, emniyet binası ve cezaevleri gibi sınırlı bazı yerlerin sayıldığı görülmektedir. Dolayısıyla mevcut davada başvuranın cezalandırılmasına temel alınan hukuki çerçeveyi, genel bir yasaklama tedbiri olarak değerlendirmek mümkün değildir.

85. Öte yandan devlet, ilk ve orta dereceli eğitim kurumlarına devam eden çocukları ve eğitimin düzenini koruyacak tedbirleri almak zorundadır. Eğitim kurumlarını düzenleyen kurallar, toplumun ihtiyaç ve kaynakları ile eğitimin farklı düzeylerine has özelliklere göre değişiklik gösterebilir. Bu nedenle devletin bu konuda yapacağı düzenleme ve uygulamalarda belli bir takdir alanına sahip olduğunun kabulü gerekir.

86. Eğitim ve öğretimin devam ettiği bir zamanda okul binası ve müştemilatında eğitim öğretim amacı dışında toplantı ve gösteri yapılmasının çocuklar üzerinde tedirginlik yaratabileceği veya eğitim düzenini bozabileceği kabul edilebilir. Bu sebeple mevcut başvuruya konu olan benzer bir toplantıya müdahalenin toplumsal bir ihtiyacı karşıladığı oranda demokratik bir toplumda gerekli olabileceğini kabul etmek gerekir. Buna karşılık mevcut başvuruda yer alan polis raporunda, söz konusu basın açıklamasının öngörülebilir sonucu olarak bazı faaliyetlerin aksamasına neden olduğu veya kamu düzenini bozduğu yönünde herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

87. Son olarak 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesinde yer alan "*emre itaatsizlik*" kabahatinin barışçıl gösterilere dolaylı müdahale edilmesinde kullanılma riski bulunduğunu kabul etmek gerekir. 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesi uyarınca yetkili merciler tarafından verilen emrin amacı kamu güvenliğinin, kamu düzeninin veya genel sağlığın korunması olmalıdır. Emre aykırı davranışın cezalandırılabilmesi için kanunda öngörülen kabahatin uygulanma koşullarının somut olayda bulunup bulunmadığı ve kabahatin unsurlarının neler olması gerektiği meselesi Anayasa Mahkemesinin ilgi alanının dışındadır. Buna karşılık yetkili mercinin verdiği emir ya da bu emre aykırı davranışın cezalandırılması anayasal bir hakka müdahale oluşturursa bu müdahale, Anayasa Mahkemesinin ilgi alanında olacaktır.

88. Bir kimse sırf emre aykırı davranmış olması nedeniyle cezalandırılmış ve Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklere bir müdahalede bulunulduğunu kabul etmiş ise bundan sonra denetleyeceği ilk husus emre aykırılık nedeniyle kamu düzeninin bozulup bozulmadığı, bozulma tehlikesinin bulunup bulunmadığı ya da böyle bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığı olacaktır.

89. Anayasa Mahkemesi yalnızca usulüne uygun olarak verilmiş bir emre aykırı davranışın varlığını temel hak ve özgürlüklere müdahale

için yeterli kabul edemez. Temel hakka müdahaleyi haklı kılacak olan ve emrin amacı olan kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın bozulduğunun veya bozulma tehlikesinin bulunduğunun da gösterilmesi gerekir. Kamu düzeninin bozulduğunun ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilemediği, temel haklara müdahalenin gerçekleştiği her kamu gücü eylem ve işlemi temel hak ve özgürlükleri ihlal edebilir.

90. Nitekim somut olayda İdare ve Derece Mahkemeleri; başvurucu Sendika üyelerinin okul bahçesinde yaptıkları basın açıklamasının eğitimi aksattığını, öğrencileri korkuttuğunu, rahatsız ettiğini, kamu düzenini bozduğunu veya bozma tehlikesi ortaya çıkardığını ileri sürmemişlerdir. Aksine basın açıklamasına kolluk güçleri veya idare tarafından bir müdahale yapılması gereği duyulmamış, başvurucu hakkındaki idari para cezası basın açıklamasından sonra kolluk güçleri tarafından düzenlenmiştir. Nitekim Telat Koç hakkında verilen idari para cezası, anılan basın açıklamasının barışçıl özelliğine vurgu yapan İlk Derece Mahkemesince kaldırılmıştır. Mahkeme, basın açıklamasının şiddet içermediğini belirtmiştir (bkz. § 17).

91. Mevcut başvuruda olduğu gibi göstericilerin şiddet eylemlerine karışmadıkları durumlarda kamu makamlarının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına belirli bir ölçüye kadar müsamaha göstermesi gerekir. Barışçıl bir gösterinin veya basın açıklamasının ilke olarak cezai yaptırım tehdidine maruz bırakılmaması gerekir.

92. Gösterinin veya basın açıklamasının yerinin özgüllüğü gibi özel nedenlerle bu hakka sınırlama getirildiği durumlarda göstericilere -yetkili mercilerin emirleri uyarınca- yapılacak müdahalelerin kamu düzeninin sağlanması için gerekli olduğunun ve cezaların kamu düzeninin bozulması veya bozulma tehlikesinin ortaya çıkması sebebiyle verildiğinin kamu gücünü kullanan yetkili mercilerin kararlarında (örneğin ceza tutanağını düzenleyen polis raporlarında veya derece mahkemelerinin gerekçelerinde) gösterilmesi gerekir.

93. Sonuç olarak mevcut başvuruda, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçları gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile başvurucu Sendikanın aynı madde kapsamındaki hakları arasında adil bir denge sağlanamamıştır. Başvurucuya verilen idari para cezasının Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca eğitim kurumundaki düzenin sağlanması için gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

94. Buna göre Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Kadir Özkaya ve Recai Akyel bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

95. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

96. Başvurucu Sendika, maddi tazminat olarak para cezasının iadesine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

97. Başvuruda sendika hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

98. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucu Sendikanın uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

99. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.90 TL harç ve1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,90 TL yargılama giderinin başvurucu Sendikaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1.Başvurucu Telat KOÇ'un başvurusunun *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Başvurucu Gülhan OKTAY'ın başvurusunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

3. Başvurucu EĞİTİM SEN'in sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurusunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Kadir ÖZKAYA ve Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA

C. Başvurucu Sendikanın tazminat ve diğer taleplerinin REDDİNE,

D. 206.90 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucuların Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F.Kararın bir örneğinin Çanakkale 3. Sulh Ceza Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/5/2017tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Olayda, başvurucu Sendikaca, örgütlü oldukları tüm iş yerlerinde gerçekleştirilecek olan iş bırakma eylemi öncesi, iş yerlerinde, eylemin amacını açıklayan basın açıklaması yapılması kararlaştırılmış, alınan karar uyarınca da Sendikanın bazı mensuplarınca, valilikçe açıklama yapılması yasaklanan bir yerde basın açıklaması yapılmış olması nedeniyle Sendika adına para cezası uygulanmış, buna yapılan itirazın reddedilmesi üzerine de, eylemlerinin Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkı kapsamında olduğu, bu eylemin kabahat olarak nitelendirilemeyeceği, kaldı ki eylemle kamu düzeninin ve güvenliğinin bozulmadığı, tehdit edilmediği, şiddet içermediği ve adli ceza gerektiren bir eylem olmadığı ileri sürülerek, adlarına idari para cezası uygulanması ve buna yapılan itirazın reddedilmesiyle sendika haklarının ihlal edildiği ileri sürülerek ihlal kararı verilmesi istenilmiştir.

Başvurunun incelenmesinde, başvuran Sendikanın sendikal hakkına bir müdahalede bulunulduğu, müdahalede kanunilik ve meşru amaç unsuru açısından bir sorun bulunmadığı, mevcut başvuru açısından Mahkememizin önündeki sorunun bir ortaöğretim kurumunun binasında ve müştemilatında yapılan basın açıklamasına idari para cezası uygulanması suretiyle gerçekleştirilen müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığı hususunun olduğu oybirliği ile kabul edilmiştir.

Mahkememiz çoğunluğunca Sendikanın cezalandırılmasına temel alınan hukuki çerçeve genel bir yasaklama tedbiri olarak değerlendirilmemiş; devletin, ilk ve orta dereceli eğitim kurumlarına devam eden çocukları ve eğitimin düzenini koruyacak tedbirleri almak zorunda olduğu, eğitim kurumlarını düzenleyen kuralların, toplumun ihtiyaç ve kaynakları ile eğitimin farklı düzeylerine has özelliklere göre değişiklik gösterebileceği, devletin bu konuda yapacağı düzenleme ve uygulamalarda belli bir takdir alanına sahip olduğu, eğitim ve öğretim devam ederken okul binası ve müştemilatında bu amacın dışında toplantı ve gösteri yapılmasının çocuklar üzerinde tedirginlik yaratabileceği veya eğitim düzenini bozabileceği ve mevcut başvuruya konu olan benzer bir toplantıya müdahalenin, toplumsal bir ihtiyacı karşıladığı oranda demokratik bir toplumda gerekli olabileceği kabul edilmiş, ancak dosyada yer alan polis raporunda söz konusu basın açıklamasının öngörülebilir olarak bazı faaliyetlerin aksamasına neden olduğu veya kamu düzenini bozduğu yönünde herhangi bir değerlendirme yapılmadığına vurgu yapılmıştır. Bu tespitlerin ardından, Anayasa Mahkemesi'nin yalnızca usulüne uygun olarak verilmiş bir emre aykırı davranışın varlığını temel hak ve özgürlüklere müdahale için yeterli kabul edemeyeceği, temel hakka müdahaleyi haklı kılacak olan ve emrin amacı olan kamu güvenliğinin, kamu düzeninin veya genel sağlığın bozulduğunun veya bozulma tehlikesinin bulunduğunun gösterilmesi gerektiği, kamu düzeninin bozulduğunun ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilemediği durumlarda, temel haklara müdahaleyi gerçekleştiren her kamu gücü eylem ve işleminin temel hak ve özgürlükleri ihlal edebileceği, somut olayda da derece mahkemeleri ve idare tarafından, başvurucu Sendika üyelerinin okul bahçesinde yaptıkları basın açıklamasının eğitimi aksattığının, öğrencileri korkuttuğunun, rahatsız ettiğinin, kamu düzenini bozduğunun veya bozma tehlikesini ortaya çıkardığının ileri

sürülmediği belirtilerek mevcut başvuruda olduğu gibi göstericilerin şiddet eylemlerine karışmadıkları durumlarda kamu makamlarının, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına belirli bir ölçüye kadar müsamaha göstermesi, barışçıl bir gösterinin veya basın açıklamasının ilke olarak cezai yaptırım tehdidine maruz bırakılmaması gerektiği, mevcut başvuruda, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçları gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile başvurucu Sendikanın aynı madde kapsamındaki hakları arasında adil bir denge sağlanamadığı ve başvurucuya verilen idari para cezasının Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca eğitim kurumundaki düzenin sağlanması için gerekli olmadığından bahisle başvurucunun sendika hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Çoğunluk görüşüne dayalı kararın "(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük" başlığı ve "Genel İlkeler", " Sendika Hakkı", "İfade Özgürlüğü" ve "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı" alt başlıkları altında yapılan açıklamalara tarafımızca da aynen katılınmakla birlikte bu ilkelerin somut olay açısından değerlendirilmesine ilişkin görüşlere ve Mahkememizin kıymetli çoğunluğunca ulaşılan ihlal sonucuna aşağıda açıklanan sebeplerle iştirak edilememiştir.

Anayasa'nın 34. maddesinde; herkesin, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahip olduğu, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği belirtilmiştir. Anayasa'nın "Sendika kurma hakkı" kenar başlıklı 51. maddesinin ilgili fıkralarında da; çalışanların ve işverenlerin, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahip oldukları, hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı, sendika kurma hakkının ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabileceği, sendika kurma hakkının

kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği öngörülmüştür.

Buna göre kamu düzeninin korunması amacıyla sendika hakkı sınırlandırılabilecektir.

Anayasa'nın 13. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin, yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı kurala bağlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü" kenar başlıklı 11. maddesinde de, herkesin barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahip olduğu, bu hakkın, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerdiği, bu hakların kullanılmasının, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamayacağı öngörülmüştür.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinde; il sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteaallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanmasının ve önleyici kolluk yetkisinin valinin ödev ve görevlerinden olduğu, bunları sağlamak için gereken karar ve tedbirleri alacağı, bu hususta alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66. madde hükmünün uygulanacağı; 66. maddede, il genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülat gösterenlerin veya riayet etmeyenlerin, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesi hükmü uyarınca cezalandırılacakları, ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananların, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacakları kurala bağlanmıştır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Emre aykırı davranış" kenar başlıklı 32. maddesinde de; yetkili makamlar tarafından adlî işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye (yüz Türk Lirası) idarî para cezası verileceği ve bu cezaya emri veren makam tarafından karar verileceği hükmü yer almaktadır.

1 Haziran 2005 tarihine kadar yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, suç olarak nitelendirilen eylemler, cürümler ve kabahatler olarak ikiye ayırılmakta, suç niteliğini haiz bir eylemin kabahat mı, yoksa cürüm mü olduğu, kanunda gösterilen cezalara göre belirlenmekte (örneğin bir eyleme uygulanacak ceza ağır hapis veya hapis cezası ise cürüm olarak; uygulanacak ceza hafif hapis cezası ise kabahat olarak nitelendirilmekte) iken, herhangi bir fiile karşı hukuksal bir değerin korunması için cezai nitelikte olmayan bir yaptırımın yeterli olabildiği bir noktada söz konusu fiilin kabahat olarak biçimlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşlerin baskın hâle gelmesiyle, Türk Ceza sisteminde değişiklikler yapılmış, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kabahatlerin bir kısmı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç (cürüm) olarak öngörülmüş, hakkında idari yaptırım uygulanmasının yeterli olacağı değerlendirilen bir kısmı ise 5326 sayılı Kanun ile kabahat olarak nitelendirilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 1. maddesinde, bu Kanunda yer alan düzenlemelerin toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla getirildiği ifade edilmiş ve 2. maddesinde "kabahat" kavramı, kanunun, karşılığında yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık olarak tanımlanmıştır.

Bilindiği üzere kabahatler hukuku kurallarıyla devlet, toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla, bireylere, yapma veya yapmama şeklindeki davranış yükümlülüklerini tek yanlı olarak dikte etmekte ve bunların ihlal edilmesi halinde yaptırım uygulanacağını söylemektedir. Kabahatler hukukunda bir davranışın yaptırıma bağlanmasının nedeni, söz konusu davranışın bir normu ihlal etmiş olmasıdır. Bu bağlamda, sonucuna bağlı olmaksızın, salt bir normun ihlal edilmiş olmasının yaptırıma bağlanmasının nedeni ise normun ihlal edilmesiyle ortaya çıkma olasılığı bulunan ve toplum düzenini bozabilecek veya tehdit edebilecek nitelikteki fiillerin meydana gelmesinin önlenmesidir. Örneğin, trafikte kırmızı ışıkta geçilmesi halinde can veya mal kaybına yol açılabileceği gibi, hiçbir kamusal zarar

da doğmayabilir. Buna rağmen, trafikte kırmızı ışıkta geçmenin yaptırıma bağlanmasının nedeni, kırmızı ışıkta geçme nedeniyle neden olunabilecek kazaların önlenmesidir. Dolayısıyla bir kısım eylem veya eylemsizlik halleri kabahat olarak nitelendirilip yaptırıma bağlanırken, eylemle veya eylemsizlikle, her durumda toplum düzeninin bozulmuş olması değil, toplum düzeninin bozulma ihtimalinin gerçekleşmesinin önüne geçilmek istenmesi gerekçesi bulunmaktadır. Yani, kimi zaman bir eylem veya eylemsizlik, kamu düzeninin bozulma ihtimalini (tehlikesini) önlemek amacıyla kabahat olarak düzenlenmektedir. Buradaki kamusal yararı, söz konusu tehlikenin ortaya çıkması ihtimalinin önlenmesi hususu oluşturmaktadır.

Olayda da, belirtilen bu hukuksal çerçeve içinde Çanakkale Valiliğinin 20/12/2012 tarihli kararı ile cami, hastane, kışla gibi yerlerle birlikte eğitim ve öğretim kurumlarının bina ve müştemilatı içinde basın açıklaması yapılamayacağına karar verilmiş, bu karar tüm resmi ve sivil kuruluşlara ilan ve tebliğ edilmiştir. Başvurucu Sendika tarafından da söz konusu emirden haberdar olunmadığı ve söz konusu emirle yasaklanan bir yerde (okul binası girişinde) basın açıklaması yapılmadığı ileri sürülmemiştir. Dolayısıyla bahçe içerisinde okul binası girişinde basın açıklaması yapılmasının kabahat oluşturduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Devletler, barışçıl toplanma hakkını sadece korumakla değil, aynı zamanda bu hakkın kullanılmasına makul olmayan dolaylı kısıtlamalar getirmekten kaçınmakla da yükümlüdürler. Bununla birlikte, asayişin sağlanması veya korunması için, yani bir anlamda hem gösteriye katılan ve hem de gösteri ile ilgi ve bağlantısı olmayan kişilerin güvenliğini de sağlamak ve kamu düzenini korumak için toplantı düzenlemeyi bildirim yahut yer sınırlaması gibi şekil şartlarına bağlayabilirler.

Olayda Çanakkale Valiliğince sadece sendikalara yönelik bir emir çıkarılmadığı gibi, sendikaların sendikal faaliyetlerinin veya basın açıklaması yapmalarının kısıtlanması veya yasaklanması amacıyla da emir çıkarılmamıştır. Ayrıca sendikal faaliyetlerin veya basın açıklamalarının içerikleri ile ilgili olarak da bir emir çıkarılmamıştır. Para cezası da bu nedenlere bağlı olarak uygulanmamıştır. Para cezası, başvurucu Sendikanın toplantı ve gösteri hakkını (basın açıklamasını) Valilikçe yasaklanan yerde yapmak suretiyle kamu düzenini bozduğundan bahisle uygulanmıştır.

Çıkarılan emir başka yerlerin yanında ilköğretim ve orta dereceli eğitim - öğretim veren kurumların binaları ve müştemilatında basın açıklaması yapılmaması yönündedir. Çanakkale Valiliğinin emri bir bütün olarak değerlendirildiğinde basın açıklaması yapılamayacak yerler olarak istihbarat binası, emniyet binası ve cezaevleri gibi sınırlı bazı yerlerin sayıldığı görülmektedir. Dolayısıyla çoğunluk görüşünde de belirtildiği üzere mevcut başvuruda başvuranın cezalandırılmasına temel alınan hukuki çerçeveyi, genel bir yasaklama tedbiri olarak değerlendirmek mümkün değildir.

Öte yandan yine çoğunluk görüşünde de belirtildiği üzere, devlet, ilk ve orta dereceli eğitim kurumlarına devam eden çocukları ve eğitimin düzenini koruyacak tedbirleri almak zorundadır. Eğitim kurumlarını düzenleyen kurallar, toplumun ihtiyaç ve kaynakları ile eğitimin farklı düzeylerine has özelliklere göre değişiklik gösterebilir. Bu nedenle devletin bu konuda yapacağı düzenleme ve uygulamalarda bir takdir alanına sahip olduğunun kabulü gerekir.Eğitim ve öğretimin devam ettiği bir zamanda okul binası ve müştemilatında eğitim öğretim amacı dışında toplantı ve gösteri yapılmasının çocuklar üzerinde tedirginlik meydana getirebilmesi veya eğitim düzenini bozabilmesi oldukça yüksek bir olasılıktır.

Dolayısıyla, göstericileri şiddet eylemlerine karışmamış da olsa, eylem barışçıl nitelikte de olsa, eylem neticesinde kamu düzeninde somut bir bozulma meydana gelmemiş de olsa, eğitim ve öğrenim hakkının ifa edildiği eğitim mekanlarında sadece basın açıklamasının yapılmasıyla, bu eylemin çocuk veya genç öğrenciler üzerinde tedirginlik meydana getirmesinin veya eğitim düzenini bozma ihtimalinin önlenmesi şeklinde ifade edilebilecek olan kamusal yararın korunmasına (toplumsal bir ihyacın karşılanmasına) ilişkin emir (bu emirle tesis edilmiş olan kamu düzeni) ihlal edilmiş olacağından, emrin şeklen bile olsa ihlal edilmesiyle birlikte kamu düzeninin bozulduğunun kabulü gerekir. Bunun dışında eylemle kamu düzeninin bozulduğunun ayrıca somut olarak gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Aksinin kabulü halinde, kırmızı ışıkta geçilmesi halinde eğer bir kaza meydana gelmemiş ise kamu düzeni bir zarara uğramamış olacağından yaptırım da uygulanmaması gerekecektir.

Bu nedenle, Anayasa ile yasakoyucuya, yasalarla da idareye eğitim ve öğrenim hakkının ifa edildiği eğitim mekânlarında basın açıklaması

yapılmasını yasaklama yetkisi verilmiş olmasının ve bu yasağa uyulmamasının da idari para cezası ile cezalandırılması gereken bir kabahat olarak nitelendirilmiş olmasının, toplumsal bir ihtiyacı karşılamadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı söylenemeyeceği gibi, mevcut başvuruda yer alan polis raporunda, söz konusu basın açıklamasının öngörülebilir olarak bazı faaliyetlerin aksamasına neden olduğu veya kamu düzenini bozduğu yönünde herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiş olması nedeniyle de başvurucu adına para cezası uygulanmasının toplumsal bir ihtiyacı karşılamadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı söylenemeyecektir *(Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce, eldeki başvuruya benzer sayılabilecek Akarsubaşı/Türkiye başvurusunda ihlal kararı verilmiş ise de, söz konusu başvuru ile elimizdeki başvuru arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. O olayda, usulüne uygun şekilde basın açıklaması yapılamayacak yerlere ilişkin verilmiş valilik emrini ihlal edecek şekilde, (eğitim kurumunda değil) Adliye Sarayının giriş merdivenleri önünde bir sendika tarafından düzenlenen vekurumlarında kreş yapılması talebini içeren bir basın açıklaması okunan gösteriye sadece katılan (gösterinin düzenlenmesinde bir dahli bulunmayan ve basın açıklamasını okumayan) Devlet memuru ve aynı zamanda sendika konfederasyonu üyesi olan bir kişi adına, 5326 sayılı Kabahatler Kanun'un 32. maddesine dayanılarak idari para cezası uygulanmış ve buna yapılan itiraz reddedilmiştir. İtirazın reddedilmesi üzerine yapılan başvuruda AİHM, devletlerin yalnızca barışçıl toplantı hakkını korumakla değil, aynı zamanda bu hakka, yasaya aykırı nitelikte dolaylı sınırlamalar getirmekten kaçınmakla da yükümlü olduklarını hatırlatıp, basın açıklamasının barışçıl özelliğine vurgu yapmış ve kamu makamlarının barışçıl biçimde yapılan bir gösteriye karşılık vermeleri gerektiğinde, barışçıl şekilde gösteri yapma hakkı ile yerel makamların kamu düzenini koruma hakkı arasındaki dengeyi sağlamakla yükümlü olduğunu belirterek, ilk derece mahkemesinin söz konusu dengelemeyi yapmadığına, gösterinin amacını ve barışçıl niteliğini de değerlendirmediğine dikkat çekmiş, başvurana yalnızca basın açıklamasının okunması gereken bir gösteriye katıldığı gerekçesiyle para cezası verilmesinin, bir sendikaya üye olan herkesi, cezalandırılma korkusuyla, Sözleşme'nin 11. maddesi ile güvence altına alınan toplantı ve gösteri yapma hakkını kullanmaktan caydırabilecek nitelikte olduğu sonucuna varmış ve olayda 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesinin imkân verdiği müdahalenin "zorlayıcı bir sosyal gereksinime" karşılık geldiğinin ilgili ve yeterli gerekçe ile gösterilemediği gerekçesiyle başvurucuya uygulanan para cezasının Sözleşme'nin 11. maddesi anlamında "demokratik bir toplumda gerekli" olarak görülemeyeceği sonucuna varmıştır.).*

Hal böyle olunca, başvurucu Sendika adına uygulanan para cezasının (sendika hakkına yapılan müdahalenin)ölçülü olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Olayda başvurucu Sendika adına, eğitim ve öğrenim hakkının ifa edildiği eğitim mekânlarında basın açıklaması yapılmasıyla çocuk öğrenciler üzerinde meydana gelebilecek tedirginliklerin ve eğitim düzeninin bozulması ihtimalinin gerçekleşme ihtimalinin bertaraf edilmesi şeklinde ifade edilebilecek olan kamusal yararın korunmasına ilişkin emrin ihlal edilmiş olması nedeniyle 6/8/2013 tarihinde 182 lira tutarında "önemli bir zarar" olarak nitelendirilemeyecek bir idari para cezası uygulanmıştır. İhlal edilen emirle korunmak istenen kamusal yarar ile ceza miktarı kıyaslandığında, cezanın ölçüsüz olduğu söylenemeyecektir.

Belirtilen duruma göre, mevcut başvuruda, başvurucuya verilen idari para cezasının, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca eğitim kurumundaki düzenin sağlanması için gerekli olduğu ve anılan fıkrada belirtilen meşru amaçları gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile başvurucu Sendikanın aynı madde kapsamındaki hakları arasında sağlanması gereken dengeyi bozmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bu nedenle, Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerektiği görüşüyle Mahkememizin sayın çoğunluğunun aksi yöndeki görüşüne iştirak edilememiştir.

Üye	Üye
Kadir ÖZKAYA	Recai AKYEL

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ANIL PINAR VE ÖMER BİLGE BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/15627)

Karar Tarihi: 5/10/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Ayhan KILIÇ
Başvurucular	:	1. Anıl PINAR
		2. Ömer BİLGE
Vekili	:	Av. Özgür METİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru sendikal gerekçelerle iş sözleşmesi feshedildiği hâlde sendikal tazminat talebinin reddedilmesi nedeniyle sendika hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 17/9/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvurular, başvuru formları ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. 2014/15628 numaralı bireysel başvuru dosyası, aralarında konu yönünden hukuki irtibat bulunması nedeniyle 2014/15627 numaralı

bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmiş ve 2014/15628 numaralı bireysel başvuru dosyası kapatılmış, inceleme 2014/15627 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yürütülmüştür.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur. Bakanlık görüşü başvurucuya tebliğ edilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucular Anıl Pınar ve Ömer Bilge sırasıyla 1990 ve 1981 doğumlu olup Manisa'da ikamet etmektedirler.

10. Başvurucular S.P.E.O. A.Ş.de (Şirket) çalışmakta iken 7/2/2013 tarihinde 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. ve 18. maddeleri uyarınca "performans düşüklüğü" gerekçesiyle başvurucuların iş sözleşmeleri feshedilmiştir.

11. Başvurucular 5/3/2013 tarihinde feshin sedikal nedenlerle yapıldığının tespiti ile sendikal tazminata hükmedilmesi isteminiiçeren dilekçelerle Manisa 1. İş Mahkemesinde (ilk derece mahkemesi) davalar açmışlardır. Dava dilekçelerinde, başvurucuların iş sözleşmelerinin sendikal faaliyette bulunmaları nedeniyle feshedildiği ileri sürülmüştür. Başvurucular, Şirketin Düzce'de bulunan işyerinde toplu sözleşme yapma yetkisi elde eden Türkiye Petrol Kimya Lastik İşçileri Sendikasının (Petrol-İş) Manisa'da bulunan işyerinde de örgütlenme çalışmalarına başladığını ve kendilerinin de bu çalışmalarda aktif rol aldığını belirtmişlerdir. Petrol-İş'in mesai saatleri dışında yaptığı toplantılara katıldıklarını ifade eden başvurucular, Şirketin bundan haberdar olması üzerine "performans düşüklüğü" bahanesiyle iş akitlerine son verdiğini vurgulamışlardır. Başvurucular, Şirketin 25/12/2012 tarihinden itibaren Manisa'da bulunan işletmesinden sendikal faaliyette bulunmaları nedeniyle kırktan fazla çalışanı işten çıkardığını ileri sürmüş ve açılan davaların işçiler lehine sonuçlandığının altını çizmişlerdir. Başvurucular, Şirketin Düzce'deki işyerinde Petrol-İş'in toplu sözleşme yapma yetkisi elde ettiği tarihten sonra bu kadar çok çalışanın birden işten çıkarılmasının feshin sendikal nedenlerle yapıldığının kanıtı olduğunu ifade etmişlerdir.

12. Mahkeme 28/3/2014 tarihli kararlarıyla davaları kabul etmiş ve feshin sendikal sebeplere dayanması nedeniyle 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca başvuruculara bir yıllık brüt ücretleri tutarında sendikal tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Kararların gerekçesinde, öncelikle başvurucuların performanslarının düştüğünün işveren tarafından ispatlanamadığı tespiti yapılmıştır. Mahkeme; 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verileceğini hatırlattıktan sonra başvurucuların sendikal faaliyet nedeniyle işten çıkarılıp çıkarılmadıklarını irdelemiştir. Mahkeme, dinlenen tanıkların başvurucuların sendikaya üye olmayı düşündükleri için işten atıldıklarını ve hatta işveren vekilinin mevcut sendika üyelerinden istifa etmek isteyenlerin noter masraflarını karşılayacakları yolunda vaatte bulunduğunu beyan ettikleri saptamasında bulunmuştur. Mahkeme, konuyla ilgili Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulunca düzenlenen 7/8/2013 tarihli raporda, işveren vekili S.K.nin işçilere sendikal baskı uyguladığı kanaatinin açıklandığına dikkat çekmiştir. Mahkeme; Şirketin Düzce'deki işyerinde Petrol-İş'in toplu iş sözleşmesi yetkisi aldığının sabit olduğunu vurguladıktan sonra 2013 yılının ilk ayından sonra işten çıkarılan ve yeni işe alınan işçilerin sayısında artış olduğuna, aylık çalışan toplam işçi ortalamasında değişiklik olmadığına, toplamda 1151 işçinin işten çıkarılmasından sonra işyerinde çalışan sendikalı işçinin kalmadığına işaret etmiştir. Bütün bu hususları birlikte değerlendiren Mahkeme, başvurucuların sendikaya üye olmalarının engellenmesi amacıyla işten çıkarıldıkları sonucuna ulaşmıştır.

13. Mahkeme kararlarının bu kısmı Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin (Daire) 28/5/2014 tarihli kararlarıyla bozulmuş ve başvuruculara bir yıllık brüt ücretleri tutarında sendikal tazminat ödenmesine ilişkin hüküm fıkrası ortadan kaldırılmıştır. Daire, iş sözleşmesinin feshinin haklı sebebe dayanmadığı yolunda Mahkemenin ulaştığı kanaati yerinde bulsa da başvuranların iş sözleşmelerinin sendikal faaliyet nedeniyle feshedildiğinin yeterli ve inandırıcı delillerle ispatlanamadığı görüşünü açıklamıştır.

14. Nihai kararlar 18/8/2014 tarihinde başvurucular vekiline tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucular 17/9/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 6356 sayılı Kanun'un "*Sendika özgürlüğünün güvencesi*" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"(1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayrım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

(4) İşverenin (…) yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (…), 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.

(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.

(8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.

(9) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır."

B. Uluslararası Hukuk

17.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 11. maddesi şöyledir:

"1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir."

18. Örgütlenme özgürlüğü bireylere siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını topluluk hâlinde gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak değil örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olarak görülmektedir (*Belçika Ulusal Polis Sendikası/ Belçika*, B. No: 4464/70, 27/10/1975, § 38).

19. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) örgütlenme özgürlüğünün ondan yararlanılmaya ilişkin olarak belli ölçüde tercih özgürlüğüne sahip olmayı ima ettiğini, hem pozitif bir yetki olarak örgüt kurma ve örgüte üye olmayı hem de negatif bir yetki olarak herhangi bir örgüte üye olmaya zorlanmamayı içerdiğini belirtmektedir. Somut bir örgüte üye olmaya zorlanmanın her zaman için Sözleşme'ye aykırı düşmeyebileceğini vurgulayan AİHM, 11. maddede güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün özünü zedeleyen bu şekilde bir zorunluluğun -somut olayın koşulları çerçevesinde- bu özgürlüğe bir müdahale oluşturabileceğini ifade etmektedir (*Geotech Kancev GMBH/Almanya*, B. No: 23646/09, 2/6/2016, § 51).

20. AİHM, sendika hakkının Sözleşme'nin 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenen örgütlenme özgürlüğünün özel bir biçimini temsil ettiğini vurgulamaktadır. AİHM'e göre Sözleşme'nin 11. maddesinin (1) numaralı fıkrası sendika üyelerinin mesleki çıkarlarını, taraf devletlerin yönetim ve gelişimine hem izin vermek hem de olanak sağlamak zorunda olduğu sendikal faaliyetler aracılığıyla koruma özgürlüğünü güvence altına alır. Sendika, üyelerinin menfaatlerinin korunması için çabalama hususunda serbest olmalıdır. Sendika üyeleri, menfaatlerinin korunabilmesi bakımından üyesi bulundukları sendikanın dinlenilmesi hakkına sahiptir. Ancak Sözleşme'nin 11. maddesi herhangi bir somut muamele biçimi öngörmeyip sendikaların dinlenilme hakkının korunmasında kullanılacak aracın seçimi hususundaki takdiri taraf devletlere bırakır (*Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve diğerleri/Slovakya*, B. No: 11828/08, 25/9/2012, § 54).

21. AİHM, Sözleşme'nin 11. maddesinin temel amacının kamu otoritelerinin bireyin güvence altına alınan haklardan yararlanmasına yönelik keyfî müdahalelerine karşı korumak olduğunu vurgulamaktadır. Buna ek olarak AİHM'e göre 11. madde, bu haklardan etkili bir şekilde yararlanmayı güvence altına almak biçiminde bir pozitif yükümlülük içerir (*Pastorul Cel Bun Sendikası/Romanya* [BD], B. No: 2330/09, 9/7/2013, § 131). Ancak bir başvuru, ister başvurucuların 11. maddeyle güvenceye bağlanan haklarının korunması için devletin makul ve uygun tedbirler alma pozitif yükümlülüğü ister kamu otoritelerince yapılan müdahalenin maddenin ikinci fıkrası anlamında haklı bir temele dayanıp dayanmadığı bağlamında incelensin uygulanacak ilkeler aynıdır (*Pastorul Cel Bun Sendikası/Romanya*, § 59). Her iki durumda da bireyin menfaati ile toplumun

menfaatleri arasında denge kurulması gerektiği hatırdan çıkarılmamalıdır (*Pastorul Cel Bun Sendikası/Romanya*, § 132).

22. AİHM, 11. maddede düzenlenen örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak sendika hakkının güvenceye bağlanmasına ilişkin alınacak tedbirlerin tespiti hususunda devletin takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmekte ve devlet tarafından bu çerçevede alınan tedbirleri bir bütün hâlinde değerlendirmektedir. AİHM'e göre, çalışanlar veya işçiler yaptırıma veya ayrımcılığa maruz kalmadan bir sendikaya üye olma hususunda serbest olmalıdırlar (*Danilenkov ve diğerleri/Rusya*, B. No: 67336/01, 30/7/2009, § 123).

23. AİHM, sendikadaki görevleri herhangi bir nedenle sona eren sendika üyelerinin eski işlerine dönme hakkının Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında korunmayacağı sonucuna varmıştır (*Ceyhan/Türkiye* (k.k.), B. No: 46330/99, 4/10/2005). Ancak AİHM haksız işten çıkarmalar nedeniyle hükmedilecek tazminatın işverenler bakımından caydırıcı bir nitelik taşıyacak yeterlilikte olması gerekliliğine işaret etmektedir (*Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye*, B. No: 35009/05, 4/4/2017, § 56).

24. AİHM *Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye* kararında, işverenin sendika üyeliğinden ayrılma tehdidine boyun eğmeyerek sendika üyeliğini sürdüren kırk işçinin iş akdinin ekonomik nedenler ve mesleki yetersizlikler gerekçe gösterilerek feshedilmiş olmasını sendika özgürlüğü yönünden incelemiştir. Anılan karara konu olayda mahkemeler 2004 yılı Temmuz ile Aralık ayları arasında verdikleri kararlarda işçilerin sendika üyeliği sebebiyle işten çıkarıldığı sonucuna ulaşmış ve işçilerin işe iadelerine ya da bir yıllık brüt aylıklarına denk tazminatın işveren tarafından işçilere ödenmesine hükmetmiştir. İşveren, tazminat ödeme seçeneğini tercih ederek işçileri işe başlatmamış ve netice olarak davalı işverene ait işyerinde başvurucu sendika üyesi hiçbir işçi kalmamıştır (*Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye*, §§ 17-22). AİHM; işçilerin ödenen tazminatın yeterliliğini, sendika hakkının kullanımına yönelik işveren tarafından yapılacak müdahalelerde caydırıcılık özelliğine sahip olup olmadığı bakımından incelemiştir. Söz konusu başvuruda başvuran sendika, tazminatın caydırıcı bir nitelik taşımaması nedeniyle işverenin işe iade yerine tazminat ödeme seçeneğini tercih ettiğinden ve bunun sonucunda toplu görüşme ve toplu sözleşme yapma yetkisini elde edemediğinden şikâyet etmiştir (*Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye*, § 48). AİHM, işverenin tazminat ödeme seçeneğini tercih

etmesi nedeniyle sendikasızlaşma sürecinin yaşandığını ve sonuç olarak sendikanın o işyerinde üyesinin kalmadığını vurgulamıştır (*Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye*, § 54). AİHM bu kaybın sendika yönünden sendikal faaliyetlerinin özünü zedeleyen bir sınırlama mahiyetinde olduğunu tespit etmiş ve ulusal mahkemelerin müdahalenin ölçülülüğüyle ilgili daha detaylı gerekçeler sunmalarını gerektirdiğine işaret etmiştir. AİHM, somut olayda derece mahkemesinin haksız işten çıkarma için kanun tarafından müsaade edilen asgari tutarda tazminata hükmederken-örneğin işten çıkarılan işçinin aldığı ücretin düşüklüğünü ve işveren şirketin ekonomik gücünün büyüklüğünü dikkate almak suretiyle- tutarın önleyici etkisi üzerinde titiz bir inceleme yaptığına dair hiçbir işaretin bulunmadığını belirtmiştir (*Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye*, § 55). AİHM, işverenin işten çıkarılan işçilerin işe iadelerini reddetmesinin ve işverenin çalışanları haksız yere işten çıkarmasının önlenmesi bakımından yetersiz miktarda tazminata hükmetmesinin derece mahkemelerince yorumlandığı biçimiyle kanuna aykırı olmadığını not etmiştir. AİHM ilgili kanunun -derece mahkemesince uygulandığı şekliyle- başvurucu sendikanın çalışanları üyeliğe ikna etme hakkını toplu işten çıkarma yoluyla bertaraf eden işveren için caydırıcı etki doğuracak yeterlilikte bir ceza empoze etmediği sonucuna ulaşmıştır. AİHM'e göre sonuç olarak somut olayda ne yasama ne de mahkeme, başvuran sendikanın çalışanları sendikaya üye olmaya ikna etme ve bu suretle toplu görüşme imkânı elde etme hakkının kullanımının güvenceye bağlanması pozitif yükümlülüğünü ifa etmiştir. Bu nedenle başvurucu sendika ile işverenin yarışan menfaatleri arasında makul denge kuralamamıştır (*Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye*, § 56).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

25. Mahkemenin 5/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

26.Başvurucular, henüz sendika üyesi olmasalar da Petrol-İş tarafından yapılan ve sendika üyeliğini teşvik mahiyeti taşıyan toplantı ve faaliyetlere katılımları nedeniyle iş sözleşmelerinin feshedildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, Şirketin Düzce'de bulunan işyerinde toplu sözleşme yapma yetkisi elde eden Petrol-İş'in, Manisa'da bulunan işyerinde de örgütlenme çalışmalarına başladığını ve kendilerinin de bu çalışmalarda

aktif rol aldığını belirtmişlerdir. Petrol-İş'in mesai saatleri dışında yaptığı toplantılara katıldıklarını ifade eden başvurucular, Şirketin bundan haberdar olması üzerine Manisa'da bulunan işletmesinde kendileriyle birlikte yirmiden fazla işçinin "performans düşüklüğü" bahanesiyle iş akdine son verdiğini vurgulamışlardır. Sonraki süreçte toplam beş yüzden fazla sendika üyesi işçinin işten çıkarıldığının altını çizen başvurucular, bireysel başvuru tarihi itibarıyla karara bağlanmış dosyaların tümünde işçilerin işe iadesine ve sendikal tazminata hükmedildiğini belirtmişlerdir.

27. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulunca düzenlenen raporda, işveren vekili S.K.nin işçilere sendikal baskı uyguladığı kanaatinin açıklandığına dikkat çeken başvurucular bu sebeple işverene idari para cezası uygulandığını ve ayrıca işyeri yöneticisi K.Y. hakkında açılan ceza davası sonucunda K.Y.nin sendikal faaliyeti engelleme suçunu işlediği sonucuna ulaşıldığını ancak hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakıldığını ifade etmişlerdir. Başvurucular, Şirketin Düzce'deki işyerinde Petrol-İş'in toplu sözleşme yapma yetkisi elde ettiği tarihten sonra çok sayıda işçinin birden işten çıkarılmasının feshin sendikal nedenlerle yapıldığının kanıtı olduğunu vurgulamışlardır. Başvurucular sonuç olarak sendika özgürlüğünün ihlal edildiğinden yakınmışlardır.

28. Başvurucular, işten çıkarılan işçiler tarafından tazminat ve sendikal tazminat talepli olarak açılan davaların işçiler lehine sonuçlandığı ve bunların Daire tarafından onandığı hâlde kendileri de dâhil olmak üzere üç kişiye ilişkin kararın iş sözleşmesinin sendikal faaliyet nedeniyle feshedildiğinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle bozulduğundan şikâyet etmiş ve bu durumun eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ifade etmişlerdir.

29. Bakanlık görüşünde, AİHM'in *Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye* kararında sendikaların çalışanları sendika üyeliğine ikna etmeye çalışma özgürlüğüne işaret ettiği hatırlatılmıştır. Ancak Bakanlık, somut olayda delilleri değerlendirme yetkisini elinde bulunduran derece mahkemelerinin başvuruların sendikal faaliyet nedeniyle işten çıkarılmaları hususunda somut ve yeterli delil bulunmadığı kanaatine ulaştıklarına dikkat çekmiştir. Bakanlık, derece mahkemesinin ulaştığı sonucun bariz takdir hatası ve açık bir keyfîlik içermediği görüşünü ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

30. Anayasa'nın "*Sendika kurma hakkı*" kenar başlıklı 51. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir…"

31. Başvurucular tarafından öne sürülen iddiaların bir bütün olarak sendika hakkı çerçevesinde incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

32. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

33. Somut olayda özel bir şirkette çalışan başvurucuların iş akdinin sendikal faaliyette bulundukları gerekçesiyle feshedildiği iddia edilmektedir. İş sözleşmelerinin feshi işveren ile başvurucular arasındaki bir uyuşmazlık olup bu duruma devletin herhangi bir müdahalesi söz konusu değildir. Dolayısıyla somut olaydaki başvurunun Anayasa'nın 51. maddesiyle devlete yüklenen pozitif yükümülükler kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Genel İlkeler

34. Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini

korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük bireylere siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını topluluk hâlinde gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir (AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

35. Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı, öncelikle çalışanların istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmalarını koruma altına almaktadır. Sendika kurma hakkı, çalışanların sendika üyeliği sebebiyle yaptırıma uğramamasını teminat altına almaktadır. Öte yandan bu teminat, sendikaya üye olma iradesinin oluşumu aşamasındaki faaliyetleri de kapsamaktadır. Bu açıdan sendikaya üye olma hakkı, üye olma sürecindeki aktivitelerin de güvence altına alınmasını gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle sendikaya üye olma güvencesi, henüz sendikaya üye olunmadığı hâlde sendika tarafından gerçekleştirilen "ikna" çalışmalarıyla ilgili faaliyetlere katılımı da içermekte ve bu faaliyetlere katılım nedeniyle yaptırım veya ayrımcılığa düçar olmayı dışlamaktadır. Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında *"Çalışanlar[ın] ... sendikalar ve üst kuruluşlar[a]... serbestçe üye olma ... haklarına sahip"* olduklarının belirtilmesinin anlamı da budur. Sendikaya üye olma hakkı bu hususta bir tercihte bulunabilme yetkisini içermektedir. Bu tercih, işçi sendikasının çalışanı bilgilendirme ve iknaya yönelik çalışmalarda bulunmasına bağlı olarak farklı yönlerde biçimlenebilmektedir. Bu itibarla sendikaya üye olma hakkı bu hususta bilgilendirilme ve ikna edilebilme serbestisini de kapsamaktadır.

36. Anayasa'nın 51. maddesinde düzenlenen sendika hakkı, bu hakka yönelik kamu gücü tarafından gerçekleştirilen müdahalelerin yanı sıra kimi durumlarda özel hukuk kişilerince yapılan müdahalelere karşı da anayasal koruma sağlamaktadır. Dolayısıyla sendika hakkı devlete, müdahalede bulunmama biçimindeki negatif yükümlülüğün yanı sıra üçüncü kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı ilgiliye koruma sağlama şeklindeki birtakım pozitif yükümlülükler de yüklemektedir.

37. Sendika hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler, devletin koruyucu ve düzeltici önlemler almasını gerektirebilmektedir. Sendika hakkının korunması pozitif yükümlülüğü devlete, üçüncü

kişilerin ve özellikle işverenin çalışanların sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma haklarını kullanmayı engelleyici davranışlarından kaçınmasına yönelik ve sırf bu haklarından yararlandıkları gerekçesiyle yaptırıma tabi tutulmalarını, ayrımcılığa maruz kalmalarını önleyici tedbirler alma ödevi yüklemektedir. Bu çerçevede alınacak tedbirlerin üçüncü kişilerin ve özellikle işverenin çalışanların sendika hakkına müdahalede bulunmaları bakımından caydırıcı nitelik taşıması gerekir. Öte yandan üçüncü kişiler tarafından sendika hakkına müdahale edilmesi durumunda müdahaleye karşı itirazların öne sürülebileceği ve müdahalenin sonuçlarının giderilmesi açısından gerçek ve etkili koruma temin edecek hukuksal mekanizmaların oluşturulması gerekiyorsa tazminat ve benzeri giderimler için dava açma imkânının getirilmesi devletin pozitif yükümlülüklerindendir.

38. Alınacak koruyucu ve düzeltici tedbirlerin türü ve niteliği konusunda Anayasa'da herhangi bir sınırlama bulunmayıp bunların tespiti konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu tedbirlerin yerindeliğinin denetimi Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında olmakla birlikte sendika hakkının güvenceye bağlanması bakımından yeterli ve elverişli olup olmaması yönüyle bu tedbirler Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Bu bağlamda devletin çalışanları üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı koruyucu ve müdahale olması durumunda da düzeltici önlem almaması veya alınan önlemlerin yetersiz ve caydırıcı bir karakter taşımaması durumunda pozitif yükümlülüğün ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilir.

39. Anayasa'nın 51. maddesi bağlamında yapılan şikâyetlerde özel kişiler tarafından sendika hakkına yönelik müdahalenin varlığı hâlinde derece mahkemelerinin kararlarının müdahaleyi haklı kılacak "konuyla ilgili ve yeterli gerekçe" içerip içermediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

40. Somut olayda uyuşmazlık, başvurucuların iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshedilip feshedilmediğine ilişkindir.

41. Başvurucuların iş akitleri performans düşüklüğü gerekçesiyle feshedilmiş ise de ilk derece mahkemesi, başvurucuların çalışma performanslarının düşük olduğu vakıasını işverenin ispatlayamadığı

sonucuna ulaşmış ve ilk derece mahkemesince edinilen bu kanaat Daire tarafından da paylaşılmıştır. Buna karşılık ilk derece mahkemesi başvurucuların sendikal nedenlerle işten çıkarıldıkları yargısına vardığı hâlde Daire, başvurucuların iş akitlerinin sendikal nedenlerle feshedildiğinin ispatlanamadığı neticesine vasıl olmuştur.

42. Öncelikle belirtilmelidir ki Anayasa'nın 51. maddesi kapsamındaki güvenceler sadece sendikaya üye olunmasından sonrasını değil henüz sendikaya üye olunmadan önce üyelik iradesinin oluşum aşamasını, diğer bir ifadeyle üyelik tercihinin şekillenmesine ilişkin süreci de kapsamaktadır (bkz. § 35). Dolayısıyla sendikaya üye olmak amacıyla işçi sendikası tarafından yapılan bilgilendirme ve ikna çalışmalarına katılım nedeniyle iş akdinin feshedilmesi durumunda sendika hakkına işveren tarafından müdahale edilmiş olur. Bu durumda da pozitif yükümlülükler kapsamında devletin tedbir alma gereği ortaya çıkar.

43. 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (3) numaralı fıkrasında işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları ya da sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılmaları veya farklı işleme tabi tutulmaları yasaklanmış; (4) numaralı fıkrasında, işverenin buna aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedileceği belirtilmiş; (5) numaralı fıkrasında sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin dava açma hakkına sahip olduğu ve iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verileceği kurala bağlanmıştır. Dolayısıyla kanun koyucunun, işçilerin sendikaya üye olma nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmasına ve iş akitlerinin feshedilmesinin önlenmesine yönelikyasal düzeyde çeşitli tedbirler aldığı anlaşılmaktadır.

44. Bu başvuru yönünden önem taşıyan husus, başvurucuların sendikal nedenlerle işten çıkarıldıkları gerekçesiyle açtıkları davalarda devletin pozitif yükümlülüğünün gerektirdiği şekilde yargısal bir inceleme yapılıp yapılmadığının ve özellikle derece mahkemesi kararlarının "konuyla ilgili ve yeterli gerekçe" içerip içermediğinin tespitidir.

45. Mahkemenin; tanık beyanlarına, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulunca düzenlenen rapora ve Şirketin toplam

1151 işçiyi işten çıkarmış olmasına dayandığı görülmektedir. Mahkeme tarafından dinlenen tanıklar, başvurucuların sendikaya üye olmayı düşündükleri için işten atıldıklarını ve hatta mevcut sendika üyelerinden istifa etmek isteyenlerin noter masraflarını karşılayacakları yolunda işveren adına vekilinin vaatte bulunduğunu beyan etmişlerdir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulunca düzenlenen 7/8/2013 tarihli raporda, işveren vekili S.K.nin işçilere sendikal baskı uyguladığı tespiti yer almaktadır. Şirketin Düzce'deki işyerinde Petrol-İş'in toplu iş sözleşmesi yetkisi elde etmesinden sonra Manisa'daki işyerinden toplamda 1151 işçinin işten çıkarıldığı ve bunun sonucunda işyerinde çalışan sendikalı işçinin kalmadığı hususu da sabittir. Mahkeme, tüm bu hususları değerlendirerek başvurucuların sendikaya üye olmalarının engellenmesi amacıyla işten çıkarıldıkları sonucuna ulaşmıştır.

46. Daire, başvuranların iş sözleşmelerinin sendikal faaliyet nedeniyle feshedildiğinin yeterli ve inandırıcı delillerle ispatlanamadığını belirterek Mahkeme kararını bozmuştur. Daire, Mahkeme tarafından hükme esas alınan olgulara (tanık beyanları, müfettiş raporundaki tespitler ve çok sayıda işçinin işten çıkarılması ile işyerinde sendikalı işçinin kalmamış olması) yönelik herhangi bir değerlendirme yapmadığı gibi Mahkemenin değerlendirmesine ilişkin somut bir eleştiri de getirmemiştir.

47. Bireysel başvuruya konu uyuşmazlıklarla ilgili delillerin ve maddi olguların değerlendirilmesi derece mahkemelerinin takdirinde olup kural olarak derece mahkemelerinin bu husustaki takdiri Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi dışındadır. Ancak derece mahkemelerinin bu husustaki değerlendirmelerinin bariz takdir hatası ve açık bir keyfîlik içermesi durumunda Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi saklıdır. Somut olayda Mahkemece ilgili delil ve olguların değerlendirilmesi sonucu edinilen ve detaylı olarak gerekçelendirilen kanaate dayanan hüküm, Daire tarafından gerekçesiz bir şekilde bozulmuştur. Devletin pozitif yükümlülükleri, işveren tarafından yapılan müdahaleye ilişkin olarak usule ilişkin güvenceler kapsamında oluşturulan yargısal mekanizmaların etkili bir şekilde işletilmesini ve derece mahkemelerin konuyla ilgili ve yeterli gerekçe ortaya koymasını gerektirmektedir. Mahkemenin yeterli ve ikna edici olduğu anlaşılan değerlendirmesine karşın Dairenin gerekçesiz bir şekilde kararı bozmuş olması nedeniyle usule ilişkin pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

48. Bu durumda Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

49. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

50. Başvurucular, ayrı ayrı 15.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

51. Başvuruda sendika hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

52. Başvurucuların sendika hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Yargıtay 22. Hukuk Dairesine (E.2014/11296 ve E.2014/11297) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

53. Sendika hakkına yönelik başvuru açısından ihlal tespitinin başvuruculara yeterli tatmin sağladığı değerlendirildiğinden sendika hakkına yapılan müdahale nedeniyle tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

54. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 412,20 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.212,20 TL yargılama giderinin başvuruculara müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin sendika hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Yargıtay 22. Hukuk Dairesine (E.2014/11296 ve E.2014/11297) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuların tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 412,20 TL harç ve1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.212,20 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucuların Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 5/10/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ABDULVAHAP CAN VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/3793)

Karar Tarihi: 8/11/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Ayhan KILIÇ
Başvurucular	:	1. Abdulvahap CAN
		2.Ender Onur KÜNTEŞ
Vekili	:	Av. Asuman TOKGÖZ SUCU
		3. İdris SOLMAZ
Vekili	:	Av. Bedia BORAN BULUT
		4. Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası
Vekilleri	:	1. Av. Asuman TOKGÖZ SUCU
		2. Av. Bedia BORAN BULUT

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, sendikal faaliyet çerçevesinde afiş asıldığı için idari para cezası uygulanması nedeniyle sendika hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuruculardan Abdulvahap Can ve Ender Onur Künteş 19/3/2014 tarihinde, İdris Solmaz ise 14/4/2014 tarihinde başvuru yapmıştır.

3. Başvurular, başvuru formları ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. 2014/5128 numaralı bireysel başvuru dosyasının aralarında konu yönünden hukuki irtibat bulunması nedeniyle 2014/3793 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine, 2014/5128 numaralı bireysel başvuru dosyasının kapatılmasına ve incelemenin 2014/3793 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yürütülmesine karar verilmiştir.

5.Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

6. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

8. Başvurucular, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

10. Başvuruculardan Abdulvahap Can, Ender Onur Künteş ve İdris Solmaz sırasıyla 1964, 1987 ve 1978 doğumlu olup Batman'da ikamet etmektedir. Diğer başvurucu Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM SEN) ise eğitim iş kolunda çalışanların ekonomik, sosyal, demokratik, kültürel haklarının korunması ve geliştirilmesi ile özgür ve demokratik bir çalışma yaşamının oluşturulması iddiasıyla çalışmalarını sürdüren bir sendikadır. Gerçek kişi başvurucular, kamuda öğretmen olarak görev yapmakta olup EĞİTİM SEN Batman Şubesi üyesi ve yöneticisidirler.

11. EĞİTİM SEN Batman Şubesinin Kurdi Der adlı dernek ve Barış ve Demokrasi Partisi (BDP) Batman İl Örgütü ile birlikte 2013-2014 eğitim ve öğretim yılı başında ana dilde eğitim çerçevesinde yaptığı etkinlikler kapsamında Batman şehir merkezindeki çeşitli yerlerde bulunan ve N.R.B. Ltd. Şti.nin işletiminde bulunan on beş bilboarda (ilan panosu) "ana dilde eğitim" temalı afişler astığı tespit edilmiştir. Afişler, BDP Batman İl Başkanlığı ile N.R.B. Ltd. Şti. arasında akdedilen kira sözleşmesine istinaden asılmıştır. Söz konusu sözleşme hükümlerine göre BDP 8/9/2013 ile 15/9/2013 tarihleri arasında bir hafta boyunca on beş ilan panosunu toplam 1.770 TL karşılığında kullanma hakkına sahip olmuştur.

12. 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca Batman Valiliğinin 9/9/2013 tarihli işlemiyle EĞİTİM SEN üyesi ve şube yöneticisi olan gerçek kişi başvurucuların her birine ayrı ayrı 1.500 TL idari para cezası uygulanmıştır. Başvurucular, toplam sekiz yöneticiye aynı şekilde idari para cezası uygulandığını belirtmişlerdir.

13. Başvurucular idari para cezalarına karşı (kapatılan) Batman 1. Sulh Ceza Mahkemesinde (Mahkeme) ayrı ayrı itiraz yoluna başvurmuşlardır. İtiraz dilekçelerinde, tutanağın polis tarafından tek taraflı olarak düzenlenmesi nedeniyle bu tutanağa istinaden uygulanan idari para cezasının hukuka aykırı olduğu savunulmuştur. Başvurucular, sadece EĞİTİM SEN Batman Şubesi, Kurdi Der ve BDP Batman İl Örgütü olarak kiralanan ilan panolarına afiş astıklarını, bunun dışındaki alanlara afiş asmadıklarını belirtmişlerdir. Afiş asmaktan şahıs olarak sorumlu tutulmalarının mümkün olmadığını ifade eden başvurucular, kaç afiş asıldığının ve bunun kim tarafından tespit edildiğinin belli olmadığının altını çizmişlerdir. Başvurucular, sendikal faaliyet teşkil eden bu eylem nedeniyle idari para cezası uygulanmasının ve bu cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak tayin edilmesinin cezayı Sendikaya yönelik bir baskı aracına dönüştürdüğünden yakınmışlardır. Afiş asma eyleminin tek olduğunu savunan başvurucular, sekiz kişiye ceza uygulanmasının keyfî olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, afiş içeriğinin sendikal faaliyet kapsamında olduğunu ve ceza verilmek suretiyle sendikal faaliyetin engellendiğini belirtmişlerdir.

14. Mahkeme, bilboardları işleten N.R.B. Ltd. Şti. yetkilisi B.D.nin beyanına başvurmuştur. B.D. beyanında, söz konusu afişleri BDP İl Yönetimi Üyesi M.Ö. ile akdettiği sözleşmeye istinaden astıklarını ifade etmiştir.

15. Mahkeme, idari para cezalarına yapılan itirazları 17/1/2014 tarihli kararlarla kesin olarak reddetmiştir. Kararların gerekçelerinde, N.R.B. Ltd. Şti. yetkilisi B.D.nin beyanıyla N.R.B. Ltd. Şti. ile BDP arasında yapılan sözleşmeye atıfta bulunulduktan sonra on beş ilan panosunun BDP İl Yönetimi tarafından kiralandığı kanaati açıklanmıştır. Mahkeme; afişlerde imzası bulunan BDP Batman İl Örgütü, Kurdi Der ve EĞİTİM SEN organizasyonunda 16/9/2013 tarihinde afiş içeriğinde belirtildiği gibi yetkili makama herhangi bir bildirimde bulunulmadan kanuna aykırı yürüyüş gerçekleştirildiğini belirtmiş ve bu nedenle afişlerde imzaları

bulunan kuruluşların yöneticilerine 5236 sayılı Kanun'un 42. maddesi ile 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca uygulanan idari para cezasının hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır.

16. Kararlar başvuruculardan Abdulvahap Can'a 21/2/2014, Ender Onur Künteş'e ise 18/2/2014 tarihlerinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu İdris Solmaz, kararın kendisine 17/2/2014 tarihinde tebliğ edildiğini belirtmiştir. Dosyada bulunan tebliğ mazbatasından ise kararın 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca 21/2/2014 tarihinde kapıya yapıştırılmak suretiyleİdris Solmaz'a tebliğ edildiği anlaşılmaktadır.

17. Başvuruculardan Abdulvahap Can ve Ender Onur Künteş 19/3/2014 tarihinde, İdris Solmaz ise 14/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur. EĞİTİM SEN her iki başvuruya da iştirak etmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

18. 5326 sayılı Kanun'un *"Afiş asma"* kenar başlıklı 42. maddesinin ilgili hükümleri şöyledir:

> *"(1) ... cadde veya sokak kenarlarındaki kamuya ait ... alanlara, rızası olmaksızın özel kişilere ait alanlara bez, kâğıt ve benzeri afiş ... asan kişiye, yüz Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Aynı içerikteki afiş ve ilânlar, tek fiil sayılır.*
>
> *(2) Birinci fıkra hükmü, yetkili makamlardan alınan açık ve yazılı izne dayalı olarak asılan afiş ve ilânlar açısından uygulanmaz. ...*
>
> *...*
>
> *(4) Bu kabahatler dolayısıyla idarî para cezasına, kolluk veya belediye zabıta görevlileri karar verir.*
>
> *..."*

B. Uluslararası Hukuk

19. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü*" kenar başlıklı 11. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz..."

20. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) pek çok kararında Sözleşme'nin 11. maddesinde korunan toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ile 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğü arasındaki bağlantıya dikkat çekmiştir (*Öllinger/Avusturya*, B. No: 76900/01, 29/6/2006, § 38; *Ezelin/Fransa*, B. No: 11800/85, 26/4/1991, § 37). AİHM, *Öllinger/ Avusturya* kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"Başvurunun özelliği ve otonom yapısına karşın 11. madde, 10. madde ışığında ele alınmalıdır. 11. maddede yer almış olan toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün amaçlarından biri fikirlerin korunması ve onların açıklanması özgürlüğüdür (bkz. Stankov ve the United Macedonian Organisation Ilinden/ Bulgaristan, B. No: 29221/95 ve 29225/95, 02/10/2001, § 85). Dolayısıyla 10. maddenin ikinci fıkrası altında ifade özgürlüğünün siyasi ve kamu yararını ilgilendiren konularda sınırlandırılmasının daha dar kapsamda olduğunungözetilmesi gerekir (bkz. Stankov ve the United Macedonian Organisation Ilinden/ Bulgaristan, § 88; aynı zamanda bkz. Scharsach ve News Verlagsgesellschaft/ Austria, B. No: 39394/98, 13/11/2003, § 30)"

21.AİHM, 11. madde kapsamında yer alan sendika hakkının çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini ifade ettiğini ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak değil örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olduğunu belirtmiştir (*Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika*, B. No: 4464/70, 27/10/1975, § 38).

"Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 11. maddesinin birinci fıkrasında geçen 'çıkarlarını korumak için' deyimi, Sözleşme'nin, sendikal faaliyet yolu ile sendika üyelerinin mesleki menfaatlerini koruma özgürlüğünü güvence altına

almaktadır. Sözleşmeci Devletler bu sendikal faaliyetlere hem izin vermeli hem de imkan tanımalıdır..." (Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika, § 39).

22. AİHM'in *Şişman ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 1305/05, 27/9/2011) kararına konu olayda, Büro Emekçileri Sendikasının ilgili şube yöneticileri hakkında Alemdar ve Tepecik Vergi Dairesi Müdürlüklerinde Sendikaya tahsis edilen panonun dışına 1 Mayıs gösterilerine ilişkin afiş asılması nedeniyle disiplin soruşturması açılmıştır. Soruşturma, afişlerin yasaklı olduğu ve görüntü kirliliğine neden olduğu suçlamasına dayandırılmıştır. Soruşturmada, Sendikaya tahsis edilen panelin dışında afiş asılmasını yasaklayan herhangi bir hükme atıfta bulunulmamıştır. Soruşturma sonucunda başvuruculara uyarma cezası verilmiştir (*Şişman ve diğerleri/Türkiye*, §§ 6-12). AİHM, başvurucuların örgütlenme özgürlüğüne müdahale teşkil eden tedbirin (uyarma cezası) meşru bir amaca dayanıp dayanmadığı hususunda kuşkularının bulunduğunu ifade etmiş ancak bu meseleyi "demokratik toplum için gereklilik" koşuluyla birlikte ele almayı uygun görmüştür (*Şişman ve diğerleri/Türkiye*, § 28).

23. AİHM, başvurucuların üye oldukları Sendika tarafından 1 Mayıs İşçi Bayramı'nı kutlamak amacıyla hazırlanan afişleri işyerinde bulunan duvara astıkları içinuyarma cezası ile cezalandırıldıklarına dikkat çekmiştir (*Şişman ve diğerleri/Türkiye*, § 31). AİHM'e göre Alemdar ve Tepecik Vergi Dairesi Müdürlüklerinin başvuruculara erişilebilir bir sendika bilgi paneli tahsis ettiği kabul edilse bile başvurucuların işyerinin tamamına afiş asmak suretiyle görüntü kirliliğine yol açan davranışları söz konusu olmamıştır. İhtilaf konusu afişlerin asılması, çalışanlar arasında dayanışmanın sağlanmasının bir aracı olarak görülen 1 Mayıs İşçi Bayramı'nın organize edilmesi hususunda sendika üyeleriyle iletişim kurulabilmesi, sendikal haklardan tam bir bağımsızlıkla ve gerçek manada yararlanılabilmesi amacıyla üyelerin işyerinin duvarını geçici bir süre için kullanması ile sınırlı kalmıştır (*Şişman ve diğerleri/Türkiye*, § 32). Fiilin barışçıl niteliğini dikkate alan AİHM, söz konusu afişlerin gerek metinlerinde gerekse resimlerinde yasa dışı ya da kamuyu rahatsız eden herhangi bir içerik olmadığını vurgulamıştır (*Şişman ve diğerleri/Türkiye*, § 33). AİHM örgütlenme özgürlüğünün demokratik toplumda taşıdığı önem açısından bireyin -sendikal faaliyetin yöntemi hakkında- seçim yapma imkânının ortadan kaldırılması veya bireye yarar sağlamayacak derecede azaltılması hâlinde bu özgürlükten yararlanıldığından söz edilemeyeceğini hatırlattıktan sonra somut olayda tartışma konusu

yaptırımın -hafif olsa da- sendika üyelerinin sendikal faaliyetleri özgürce icra etmesi bakımından caydırıcı bir etkiye sahip olduğu tespitinde bulunmuştur (*Şişman ve diğerleri/Türkiye,* § 34). AİHM sonuç olarak başvuruculara verilen uyarma cezasının demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı kanaatini açıklamıştır (*Şişman ve diğerleri/Türkiye,* § 35).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 8/11/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

25.Başvurucular, EĞİTİM SEN üye ve yöneticilerinin gerçekleştirdikleri sendikal faaliyetler nedeniyle son iki yılda idari para cezası yaptırımına maruz kaldıklarını belirtmişlerdir. Başvurucular 2911 sayılı Kanun kapsamına giren herhangi bir fiil işlemedikleri ve bu konuda idarenin de bir iddiası bulunmadığı hâlde Mahkeme kararının gerekçesinde kendilerinin kanuna aykırı yürüyüş gerçekleştirdiklerinin ifade edilmiş olmasından yakınmışlardır. Başvurucular izinsiz afiş asmak fiilini de işlemediklerini zira afişlerin özel bir şirketten kiralanan ilan panolarında yer aldığını, dolayısıyla afiş asma fiili izinsiz sayılamayacağından 5326 sayılı Kanun'un 42. maddesindeki kabahatin oluşmadığını savunmuşlardır. Başvurucular ayrıca 5326 sayılı Kanun'un 42. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca aynı içerikteki afişlerin asılması tek bir fiil sayıldığı hâlde Mahkemece bu hükmün dikkate alınmadığından şikâyet etmişlerdir. Başvuruculara göre Mahkemenin itirazı reddetmesinin asıl nedeni afişlerin asılması olmayıp afişin ana dilde eğitim hakkı temalı içeriğinden duyulan rahatsızlıktır. Ana dilde eğitim hakkının savunulmasının hukuka aykırı olmadığının ve suç teşkil etmediğinin altını çizen başvurucular, ana dilde eğitim hakkını savunmanın EĞİTİM SEN Tüzüğü'nde belirtilen amaçlar arasında yer aldığını ifade etmişlerdir.

26. Başvurucular idari para cezasına dayanak teşkil eden tutanağın usulüne uygun düzenlenmediğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruculara göre tutanağın, bilgileri dâhilinde olmaksızın kolluk güçleri tarafından tek taraflı olarak tutulmuş olması tutanağı hukuka aykırı hâle getirmiştir.

27. Başvurucular somut olaydaki afiş asma fiilinin bir an için suç teşkil ettiği düşünülse bile her bir yönetici için ayrı ayrı idari para cezasına

hükmedilmesinin ve sebebi açıklanmadan alt sınırdan uzaklaşılmasının keyfî davranıldığının göstergesi olduğunu belirtmişlerdir. Başvurucular, suç teşkil etmediği tespit edilen fiillerin zorlama yorumlarla kabahat teşkil ettiği sonucuna yargı kararlarıyla ulaşılmak suretiyle idari para cezası yaptırımına tabi tutulmanın sendikal faaliyetlerin cezalandırılması ve çalışanların caydırılması amacı taşıdığını ifade etmişlerdir. Bu cezaların sistematik bir uygulamaya dönüştüğünü savunan başvurucular, Mahkemenin hiçbir gerekçe göstermeden açılan davayı reddettiğine işaret etmişlerdir. Başvurucular sonuç olarak sendika hakkının, ifade özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

28. Bakanlık görüşünde, müdahalenin kanuni dayanağının 5326 sayılı Kanun'un 42. maddesi olduğu belirtilmiştir. Müdahalenin amacının başvurucuların cezalandırılması değil kamu düzeninin sağlanması olduğunu vurgulayan Bakanlık, müdahalenin meşru bir amaç taşıdığı görüşünü savunmuştur. Bakanlık, AİHM'in *İsviçre Raelien Suisse Hareketi/ İsviçre* ([BD], B. No: 16354/06, 13/72012) kararına atıfta bulunarak afiş asmanın peyzajın korunması amacıyla izne bağlanabileceğinin altını çizmiştir. Afiş asma eyleminin izne bağlanması hususunda kamu makamlarının takdir yetkisi bulunduğuna işaret eden Bakanlık, verilen adli para cezasının miktarı ve adli sicile işlenmemesi hususları gözetildiğinde müdahalenin demokratik toplum düzeni bakımından gerekli ve ölçülü olduğunu ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

1. Başvurucu İdris Solmaz Yönünden

29. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 64. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereği bireysel başvurunun başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.

30. Somut olayda başvurucunun idari para cezasına karşı yaptığı itiraz, Mahkemenin 17/1/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Başvurucu, kararın 17/2/2014 tarihinde tebliğ edildiğini belirtmiştir. Dosyada bulunan

tebliğ mazbatasından ise kararın başvurucuya 7201 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca 21/2/2014 tarihinde kapıya yapıştırılmak suretiyle tebliğ edildiği anlaşılmıştır. Bu durumda Mahkeme kararının 21/2/2014 tarihinde başvurucuya tebliğinden itibaren işlemeye başlayan otuz günlük süre geçtikten sonra 14/4/2014 tarihinde yapılan başvurunun süresinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

31. Açıklanan nedenlerle İdris Solmaz'ın başvurusunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *süre aşımı* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Diğer Başvurucular Yönünden

32. Anayasa'nın "*Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı*" kenar başlıklı 34. maddesi şöyledir:

"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir."

33. Anayasa'nın "*Sendika kurma hakkı*" kenar başlıklı 51. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir…"

34. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucuların ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve eşitlik ilkesine ilişkin şikâyetlerinin bir bütün olarak sendika hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

36. Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir (AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

37. Sendika hakkı, çalışanların ve çalıştıranların sadece istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmaları yolunda bir hakla sınırlı kalmamakta; aynı zamanda oluşturdukları tüzel kişiliklerin varlığının ve bu tüzel kişiliklerin kendine özgü faaliyetlerinin de garanti altına alınmasını içermektedir. Üyelerinin ekonomik, sosyal ve kültürel ortak menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının serbestçe sendikal faaliyetlerde bulunabilmesi, bu kapsamda iş uyuşmazlığı çıkarması, toplu görüşme ve toplu sözleşme yapması, grev ve lokavt kararı vermesi ve uygulaması da sendika hakkının gereklerindendir (AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

38. Sendika hakkı, sendika üyesinin gerek sendikaya üye olması gerekse mensubu bulunduğu sendikanın faaliyetlerine katılması nedeniyle yaptırıma uğramamasını da güvence altına almaktadır. Bu durumda bir çalışanın herhangi bir sendikaya üye olması veya mensubu bulunduğu sendikanın faaliyetlerine katılması sebebiyle yaptırıma maruz kalması, sendika hakkına müdahale oluşturabilir.

39. Somut olayda izinsiz afiş asıldığı gerekçesiyle EĞİTİM SEN Batman Şubesi yöneticisi olan gerçek kişi başvurucuların her birine 5326 sayılı Kanun'un 42. maddesi uyarınca 1.500 TL idari para cezası uygulanmıştır. İhtilaf konusu afişler, EĞİTİM SEN Batman Şubesinin Kurdi Der ve BDP Batman İl Örgütü ile birlikte 2013-2014 eğitim ve öğretim yılı başında ana dilde eğitim çerçevesinde yaptığı etkinlikler kapsamında asılmıştır. Dolayısıyla afiş asma fiilinin sendikal faaliyet kapsamında kaldığı anlaşılmıştır. Bu durumda sendikal faaliyet kapsamında kaldığı tespit edilen afiş asma fiili nedeniyle başvuruculara idari para cezası uygulanmasının sendika hakkına müdahale teşkil ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

40. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

41. Sendika hakkı mutlak olmayıp Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ölçütlere uygun olarak hakkın sınırlandırılması mümkündür. Buna göre sendika hakkına yapılan müdahalenin ihlal oluşturmaması için kanun tarafından öngörülmesi, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanması, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekir.

(1) Kanunilik

42. Somut olayda başvuruculara uygulanan idari para cezasının kanuni dayanağı olarak 5326 sayılı Kanun'un 42. maddesi gösterilmiştir. Mahkeme tarafından da bu maddeye dayanılarak denetim yapılmıştır.

Dolayısıyla başvuruculara uygulanan idari para cezasının kanuni dayanağının bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

(2) Meşru Amaç

43. Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında; sendika kurma hakkının ancak millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle sınırlanabileceği belirtilmiştir.

44. 5326 sayılı Kanun'un 42. maddesine ilişkin gerekçede "[toplumun] *tüm bireylerinin kullanımına tahsis edilmiş bulunan meydan ve parklara, cadde veya sokak kenarlarındaki kamuya ait duvar veya alanlara ... bez, kağıt ve benzeri afiş veya ilân asılması*[nın]*" "görüntü kirliliği*" oluşturduğundan söz edilmiştir. Bu durumda yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın kamuya ait alanlarda afiş asılmasının yasaklanmasının görüntü kirliliğinin önlenmesi amacına dayandığı anlaşılmaktadır. Bunun da Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "kamu düzeninin korunması" amacı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla başvurucular adına uygulanan idari para cezasının kamu düzeninin korunması amacına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

45. Anayasa Mahkemesi "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır (*Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 56; *Adalet Mehtap Buluryer*, B. No: 2013/5447, 16/10/2014, §§ 103-105; *Kristal-İş Sendikası* [GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015, § 70; ifade özgürlüğü bağlamında bkz. *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede derece mahkemelerinin belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, B. No: 2014/620, 25/5/2017, § 73).

46. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında genel olarak örgütlenme özgürlüğünün ve özel olarak da sendika hakkının Anayasa'da benimsenen temel değerlerden biri olan siyasal demokrasiyi somutlaştıran özgürlükler arasında yer aldığını ve demokratik toplumun temel değerlerinden birini oluşturduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesine göre sendikal faaliyet çerçevesinde ifade edilen görüşlerin dile getirilme biçimi de -yetkili makamların gözünde kabul edilemez olsa dahi- sendika hakkından faydalanır. Anayasa Mahkemesi demokrasinin esasının, meselelerin halka açık olarak tartışılması ve çözümlenmesi yeteneği oluşturduğunu belirtmiş ve sendika hakkını kullanan bireylerin de ifade özgürlüğü alanına benzer şekilde çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi demokratik toplumun temel ilkelerinin korumasından yararlanacağını ifade etmiştir (*Tayfun Cengiz*, § 52; *Selda Demir Taze*, §§ 48, 49).

47. Bu bağlamda Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel dayanaklarından ve demokratik toplumun gelişiminin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin başlıca şartlarından birini oluşturur. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (*Yaman Akdeniz ve diğerleri*, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 25).

48. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya önemsiz görülen "bilgi" veya "fikirler" için değil aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız edenler için de geçerli olduğunu belirten AİHM kararındaki görüşlere de atıf yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu tür düşüncelerin demokratik bir toplum için şart olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereklerinden olduğunu teyit etmiştir (*Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 94; *Bejdar Ro Amed*, B. No: 2013/7363, 16/4/2015, § 63; *Abdullah Öcalan*,§ 95).

49.Kanun koyucunun gerek Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sebeplerle gerekse Anayasa'nın diğer maddelerinde devlete yüklenen ödev ve yükümlülüklerin ifası amacıyla sendikal haklardan yararlanılmasını bazı kayıt ve koşullara bağlaması mümkündür. Ayrıca bu kayıt ve koşullara uyulmasını teminen bunların

ihlalinin yaptırıma tabi kılınması da olanaklıdır. Sendikal faaliyetlerin icra edilmesinin birtakım usule ilişkin koşullara bağlanması ve bunların ihlali hâlinde yaptırım uygulanması tek başına sendika hakkını ihlal etmez. Bununla getirilen tedbirin ve bu tedbirin ihlali hâlinde öngörülen yaptırımın sendika hakkının özünü zedelememesi, demokratik bir toplumda gerekli görülmesi ve ölçülü olması gerekmektedir.

50. Kamu otoritelerinin sendikal faaliyet kapsamında gerçekleştirilen görüş veya fikir açıklamalarına yaptırım uygulanmak suretiyle yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunun makul gerekçelere dayanılarak gösterilmesi gerekir (Benzer yöndeki karar için bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 83).

51. Öte yandan Anayasa'nın 51. maddesi bağlamında yapılan şikâyetlerde kamu makamları tarafından sendika hakkına yönelik müdahalenin varlığı hâlinde derece mahkemelerinin kararlarının müdahaleyi haklı kılacak "konuyla ilgili ve yeterli gerekçe" içerip içermediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

52. Somut olayda izinsiz afiş astıkları gerekçesiyle başvurucuların her birine 1.500 TL idari para cezası verilmiştir. Başvurucular tarafından icra edilen afiş asma fiilinin EĞİTİM SEN ve diğer bileşenler tarafından yürütülen ana dilde eğitime ilişkin etkinlikler kapsamında gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Afiş içeriklerinin suç teşkil ettiğine ilişkin olarak kamu makamlarının ne bir tespiti ne de bu yönde bir iddiası bulunmaktadır.

53. Ana dilde eğitim temalı ve herhangi bir suç unsuru içermeyen afiş asılmasının bir düşünce açıklaması mahiyetinde olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır. Olayda afiş asma biçiminde tezahür eden fikir açıklaması, sendikal faaliyet çerçevesinde icra edildiğinden Anayasa'da düzenlenen sendika özgürlüğü ve ifade özgürlüğüne ilişkin güvencelerden yararlanır. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere (bkz. § 49) afiş asma yoluyla düşünce açıklanmasının anayasal güvencelerden yararlanması, afiş asmanın bazı ön biçim koşullarına bağlanmasına engel teşkil etmez. Hakkın kullanımını imkânsız veya hakkın tanınmasını anlamsız hâle getirmedikçe afiş asmanın ön biçim koşullarına bağlanması sendika hakkının ihlaline yol açmaz.

54. Kanun koyucu 5326 sayılı Kanun'un 42. maddesinde kamuya ait alanlarda afiş asılmasını yetkili makamın, özel alanlarda ise malikinin iznine bağlı kılmış ve izin koşulu yerine getirilmeden afiş asılmasını idari para cezası yaptırımına tabi tutmuştur. Kanun'un gerekçesinden, kamuya ait alanlarda afiş asmanın yetkili makamın iznine tabi kılınmasının görüntü kirliliğinin engellenmesi amacına dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Görüntü kirliliğinin önlenmesi gayesiyle kamuya ait alanlarda afiş asmanın izne bağlanmasının gerekli bir tedbir olmadığı söylenemez. Bu konuda kanun koyucunun takdir yetkisini haiz olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle sendikal faaliyet kapsamında bile olsa başvuruculardan bu koşulun yerine getirilmesinin beklenmesi makul karşılanmalıdır. Sırf afiş asmanın izin şartına bağlanmış olması nedeniyle başvurucuların sendika hakkının ihlal edildiği düşünülemez. Bununla beraber demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük testi bakımından izin şartının ihlaline karşılık yaptırım uygulanıp uygulanmadığı, uygulanan yaptırımın mahiyeti ve ağırlığı ile kamu otoritelerinin keyfî davranıp davranmadığı ve hukuka aykırılık iddialarının öne sürülebileceği yargısal mekanizmaların var olup olmadığı hususları önem taşımaktadır.

55. Tek başına izin koşulunun ihlal edilmiş olması, yaptırım uygulanmasının haklılaştırılması bakımından yeterli görülmeyebilir. Bu noktada izinsiz afiş asılması nedeniyle kamu düzeninin bozulup bozulmadığı veya bozulma tehlikesinin bulunup bulunmadığı ya da böyle bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığı ehemmiyet arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle izin şartının getiriliş amacı olan "kamu düzeni"nin bozulduğunun veya bozulma tehlikesi bulunduğunun da ortaya konması gerekir. Kamu düzeninin bozulduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilmeden yaptırım uygulanması hâlinde sendika özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilir (Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, §§ 88, 89).

56. Somut olayda idarenin ya da Mahkemenin asılan afişlerin kamu düzenini bozduğuna veya bu nedenle kamu düzeninin bozulma tehlikesinin ortaya çıktığına ilişkin bir tespiti ve değerlendirmesi bulunmamaktadır.

57. Öte yandan başvuruculara verilen idari para cezasının dayanağı olan tutanaklarda izinsiz afiş asılmasından söz edilmiş ise de başvurucular, izinsiz afiş asma fiilinin gerçekleşmediğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, afişlerin N.R.B. Ltd. Şti. tarafından işletilen ve BDP

Batman İl Örgütünce kiralanan ilan panolarına asıldığını ve bu nedenle afiş asmanın izinsiz sayılamayacağını belirtmişlerdir. Başvurucular, bu iddialarını Mahkemede de öne sürmüş ancak Mahkeme tarafından bu iddiaya ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

58. Bireysel başvuruya konu olaylarda kabahatin oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi, bu konudaki delil ve olgular ile hukuk kurallarının yorumlanması derece mahkemelerinin takdirindedir. Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin bu husustaki takdirine müdahale etmesi bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz. Ancak taraflarca öne sürülen ve kabahatin oluşumuyla ilgili önem taşıdığı değerlendirilen iddiaların karşılanıp karşılanmadığı, bu hususta tatmin edici açıklamaların yapılıp yapılmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin yetkisindedir.

59. 5326 sayılı Kanun'un 42. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, cadde veya sokak kenarlarındaki kamuya ait alanlara, rızası olmaksızın özel kişilere ait alanlara bez, kâğıt ve benzeri afiş asan kişiye idari para cezası verileceği hükme bağlanmış; (2) numaralı fıkrasında ise birinci fıkra hükmünün yetkili makamlardan alınan açık ve yazılı izne dayalı olarak asılan afiş açısından uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna göre kamuya ait alanlarda yetkili makamın açık ve yazılı izni, özel kişilere ait alanlarda ise malikin rızası (izin) olmaksızın afiş asılmasının 5326 sayılı Kanun'un 42. maddesinde düzenlenen "afiş asma" kabahatine vücut verdiği anlaşılmaktadır. Somut olayda afişler N.R.B. Ltd. Şti. tarafından işletilen ilan panolarına asılmıştır. Başvurucular tarafından bu ilan panoları dışındaki yerlere afiş asıldığına ilişkin herhangi bir bilgi ve belge bireysel başvuru dosyasında bulunmamaktadır. Söz konusu ilan panolarının BDP Batman İl Örgütünce N.R.B. Ltd. Şti.nden kiralandığı sabittir. İlan panolarının etkinliğe katılan paydaşlardan biri tarafından kiralanmış olduğu gözetildiğinde afişlerin değinilen ilan panolarına asılması hususunda özel şirketin rızasının bulunmadığı söylenemez. Özel şirket tarafından işletilen ilan panolarına afiş asılabilmesi için ayrıca yetkili kamu makamlarından izin alınması gerekip gerekmediğinin ve bu yetkili makamın kim olduğunun tespitinin "afiş asma" kabahatinin oluşumu bakımından büyük önem taşıdığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin kabahatin oluşumu açısından özellik arz eden bu olguyu araştırma ve başvurucuların buna ilişkin iddialarını karşılama yükümlülüğü bulunmaktadır. Oysa Mahkemenin bu yönde bir araştırma ve değerlendirme yapmadığı görülmektedir.

60. Mahkeme; afiş içeriğinde belirtildiği gibi afişlerde imzası bulunan BDP Batman İl Örgütü, Kurdi Der ve EĞİTİM SEN organizasyonunda 16/9/2013 tarihinde yetkili makama herhangi bir bildirimde bulunmadan kanuna aykırı yürüyüş gerçekleştirildiği ve bu nedenle afişlerde imzaları bulunan kuruluşların yöneticilerine 5236 sayılı Kanun'un 42. maddesi ile 2911 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca uygulanan idari para cezasının hukuka uygun olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Başvuruculara uygulanan idari para cezasının sebebi 5236 sayılı Kanun'un 42. maddesinde düzenlenen "afiş asma" kabahatinin işlenmiş olmasıdır. Başvuru konusu cezanın 2911 sayılı Kanun'un 27. maddesinde düzenlenen "kışkırtma yasağı"na aykırı davranılması veya kanuna aykırı gösteri yürüyüşü düzenlenmesi sebebiyle uygulandığına dair idarenin bir iddiası ve tespiti söz konusu değildir. Başvuruculara isnat edilen fiille bir ilgisinin bulunmadığı açık olan bu değerlendirme hariç tutulduğunda geriye kalan gerekçenin de idari para cezasının hukuki gerekçelerinin ortaya konması hususunda doyurucu olmaktan uzak olduğu görülmektedir.

61. Sonuç olarak suç unsuru içermeyen ve özel bir şirketten kiralanan ilan panolarına sendikal faaliyet çerçevesinde asılan afişlerin kamu düzenini bozduğu veya kamu düzeninin bozulması tehlikesine yol açtığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapılmadan, suçun oluştuğuna ilişkin ilgili ve yeterli gerekçe ortaya konulmadan idari para cezası uygulanmasının -somut olayın koşulları gözetildiğinde- demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Dahası bu koşullar çerçevesinde başvuruculara verilen idari para cezasının sendikal faaliyette bulunulması bakımından caydırıcı bir etki doğurabileceği de gözlemlenmektedir.

62. Bu durumda Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

c. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

63. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…*

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

64. Başvurucular, maddi tazminat olarak para cezasının iadesine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

65. Başvuruda sendika hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

66. Başvurucuların sendika hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere (kapatılan) Batman 1. Sulh Ceza Mahkemesine (E.2013/1364 ve E.2013/1365) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

67. Yeniden yargılama yapılmasına hükmedildiğinden ayrıca tazminata hükmedilmesine gerek görülmemiştir.

68. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvuruculara müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. İdris Solmaz yönünden başvurunun *süre aşımı* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Abdulvahap Can, Ender Onur Künteş ve EĞİTİM SEN yönünden sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin sendika hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere (kapatılan)

Batman 1. Sulh Ceza Mahkemesinin (E.2013/1364 ve E.2013/1365) yerine bakan mahkemeye GÖNDERİLMESİNE,

D. 1.İdris Solmaz tarafından yapılan yargılama giderlerinin üzerinde BIRAKILMASINA,

2. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin Abdulvahap Can, Ender Onur Künteş ve EĞİTİM SEN'e MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucuların Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 8/11/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

9 786052 378144