BİREYSEL BAŞVURU

SEÇME KARARLAR

2018/2

Ankara, 2019

©Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISBN : 978-605-2378-28-1

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

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

NURBANİ FİKRİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/2502)

Karar Tarihi: 11/10/2018

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan y. : Serdar ÖZGÜLDÜR

Üyeler : Serruh KALELİ

Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Raportörler : Ayhan KILIÇ

Şermin BİRTANE

Elif ÇELİKDEMİR ANKITCI

Başvurucu : Nurbani FİKRİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, görevlendirme işlemi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/2/2014 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 görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu, Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı (İdare) İstanbul Bölge Müdürlüğünde devlet memuru statüsünde çalışmakta iken 7/11/2001 tarihinde aynı Müdürlüğe bağlı Yakuplu beldesi sınırları içinde bulunan Ambarlı Liman Başkanlığına geçici olarak görevlendirilmiştir.

9. Başvurucu anılan işleme karşı yargı yoluna başvurmamıştır. Öte yandanbaşvurucu, birlikte yaşadığı annesinin ağır hasta olmasını gerekçe göstererek geçici görevlendirmenin sona erdirilmesi talebiyle 13/11/2001, 11/4/2003 ve 1/10/2003 tarihlerindeİdareye başvuruda bulunmuştur. Anılan başvurular sonrasında İdare 11/10/2003 tarihinde başvurucunun geçici görevlendirmesini iptal etmiştir.

10. Başvurucunun amiri; işyerindeki asansörde kendisi de varken başvurucunun hızlı ve kaba bir şekilde asansörden inerek koştuğu, daha önce de buna benzer şekilde kasıtlı davranışlarının bulunduğu iddialarıyla başvurucu hakkında şikâyette bulunmuştur. İdare tarafından anılan şikâyet ile ilgili olarak başvurucunun savunması alınmıştır. Yapılan inceleme sonucunda devlet memuruna yakışmayan tutum ve davranışlarda bulunduğu belirtilerek 6/2/2006 tarihli yazı ile başvurucu ikaz edilmiştir. İdare ayrıca 7/2/2006 tarihli işlemle başvurucuyu tekrar Ambarlı Liman Başkanlığındagörevlendirmiştir.

A. İptal Davasına İlişkin Süreç

11. Başvurucu 7/2/2006 tarihli görevlendirmenin iptali istemiyle dava açmıştır. İstanbul 2. İdare Mahkemesi 9/4/2007 tarihli kararıyla idari işlemi iptal etmiştir. Kararın gerekçesinde, başvurucunun geçici görevlendirmesinde süre bulunmaması nedeniyle işlemin hukuka aykırı olduğu vurgulanmıştır. Kararda ayrıca yasal süresi içinde karara *itiraz* edilebileceği belirtilmiştir.

12. Başvurucunun annesi 15/12/2008 tarihinde -yargılama devam ederken- vefat etmiştir.

13. İlk derece mahkemesi kararı, İdare tarafından temyiz edilmiştir. Danıştay Beşinci Dairesi (Daire) 14/9/2009 tarihli kararıyla Mahkeme kararının bozulmasına oyçokluğuyla hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde, dava konusu işlemin geçici görevlendirme değil kurum içinde görevlendirilen birimin değiştirilmesi mahiyetinde olduğu vurgulanmıştır. Karara muhalif kalan iki üye; derece mahkemesi kararının itiraza tabi kararlardan olduğu, bu nedenle Dairenin bu karara ilişkin olarak temyiz incelemesi yapamayacağı görüşünü savunmuştur.

14. Başvurucunun karar düzeltme talebi Dairenin 4/7/2011 tarihli kararıyla oyçokluğuylareddedilmiştir.

15. Bozma kararına uyan Mahkeme 4/11/2011 tarihli kararıyla davayı oyçokluğu ile reddetmiştir. Kararda; başvurucunun 20/9/2005 tarihinde görev yerinin değiştirilmesi talebinde bulunduğu, Ambarlı Liman Başkanlığında personel azlığı nedeniylebaşvurucunun hizmetine ihtiyaç duyulduğu ve devlet memuruna yakışmayan tutum ve davranışlardan dolayı başvurucunun 6/2/2006 tarihinde ikaz edildiği hususları vurgulanarak *ihtiyaç ve hizmet gereği* tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

16. Muhalefet gerekçesinde başvurucunun ikaz edildiği olayla ilgili usulüne uygun açılmış ve yürütülmüş bir soruşturma mevcut olmadığı gibi ikazına ilişkin hususların da görev değişikliğini gerektirir nitelikte bulunmadığı ifade edilmiştir. Muhalefet gerekçesinde ayrıca başvurucunun hizmetine ihtiyaç bulunduğu hususunda somut bir verinin ortaya konulamadığı vurgulanmış ve İdarenin takdir hakkını kamu yararı ve hizmet gereklerini göz ardı ederek kullandığı görüşü açıklanmıştır.

17. Başvurucunun temyiz talebi Dairenin 19/12/2012 tarihli kararıyla, karar düzeltme talebi ise 28/11/2013 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Nihai karar, başvurucuya 5/2/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucu 26/2/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. Tam Yargı Davasına İlişkin Süreç

19. Mahkemenin geçici görevlendirmenin iptaline dair9/4/2007 tarihli kararındansonra başvurucu, hukuka aykırı olarak üst üste iki kez Ambarlı

Liman Başkanlığında görevlendirilmesinde İdarenin hizmet kusurunun bulunduğunu ileri sürerek İdare aleyhine tam yargı davası açmıştır.

20. İstanbul 2. İdare Mahkemesi 28/1/2009 tarihli kararıyla davayı kısmen kabul ederek başvurucu lehine 1.000 TL tazminata hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde, İdarenin başvurucunun annesinin hayati derecedeki sağlık sorunlarını bilmesine karşın -hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla saptanan bir işlemle- başvurucuyu ikinci kez görevlendirmesinin hizmet kusuru teşkil ettiğinin altı çizilmiştir. Kararda, temyiz yolunun açık olduğu belirtilmiştir.

21. Anılan karar, İdare tarafından temyiz edilmiştir. Daire 24/6/2009 tarihli kararıyla ilk derece mahkemesi kararının itirazen Bölge İdare Mahkemesince incelenmesi gerektiği gerekçesiyle karara yönelik temyiz istemini görev yönünden reddetmiştir.

22. İlk derece mahkemesi kararını itirazen inceleyen İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, kararı hukuka uygun bularak 20/10/2010 tarihinde itirazı reddetmiştir.

C. Geçici Görev Gündeliği ve Yol Masraflarına İlişkin Yargısal Süreç

23. Başvurucu Ambarlı Liman Başkanlığında görevlendirilmesi nedeniyle kendisine geçici görev gündeliği (harcırah) ödenmediğini ve yol masraflarının karşılanmadığını iddia ederek maddi zararlarının tarafına ödenmesi talebiyle 7/2/2006 tarihinde Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına başvurmuştur. Söz konusu Bakanlık 2/10/2006 tarihinde başvurucunun talebini reddetmiştir.

24. Başvurucu, anılan işlemin iptali ile yoksun kaldığı parasal hakların tahsiliistemiyle İstanbul 7. İdare Mahkemesine dava açmıştır. İdare Mahkemesi 28/2/2013 tarihli kararıyla, başvurucunun fiilen göreve başladığı 16/2/2006 tarihi ile görevinin sona erdiği 4/8/2006 tarihi arasındaki görev yeri değişikliği nedeniyle hak ettiği harcırahın başvurucuya ödenmesine hükmetmiştir.

25. Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, İdare Mahkemesi kararını temyiz etmiştir. Daire 13/2/2014 tarihinde ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

26. Bireysel başvurudan sonra Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının karar düzeltme talebi Daire tarafından 18/12/2014 tarihinde reddedilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

27. 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 72. maddesine 6/2/2014 tarihinde 6518 sayılı Kanun'la eklenen beşinci fıkra şöyledir:

"İlgili mevzuatı uyarınca verilecek rapora göre kendisi, eşi veya birinci derece kan hısımlığı bulunan bakmakla yükümlü olduğu aile fertleri engelli olan memurların engellilik durumundan kaynaklanan yer değiştirme taleplerinin karşılanması için düzenlemeler yapılır."

B. Uluslararası Hukuk

28. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin(Sözleşme) *"Özel ve aile hayatına saygı hakkı"* kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

29. Mahkemenin 11/10/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

30. Başvurucu;

i. İşyerindeki asansörde yaşandığı iddia edilen ve idari incelemeye konu olanolay nedeniyle ikaz edilmesinden hemen sonra (ertesi gün) Ambarlı Liman Başkanlığına geçici olarak ikinci kez görevlendirildiğini, bu yerin ikametgâhına uzak olması nedeniyle yatağa bağımlı olan annesinin bakımıyla ilgilenemediğini, daha önce 2001 yılında da aynı yere görevlendirildiğini ancak annesinin sağlık mazereti nedeniyle görevlendirilmesinin iptal edildiğini ifade etmiştir.

ii. İkinci defa yapılan görevlendirmenin iptali amacıyla açtığı davanın Mahkeme tarafından önce kabul edilmesine rağmen Danıştayınbozma kararına uyularak hatalı bir niteleme sonucu reddedildiğini, öte yandan görevlendirmeye dair günlük harcırah ve yol bedelinin tazmini istemli davası ilegörevlendirmenin hukuka aykırı olması nedeniyle açtığı tazminat davasının kabul edildiğini ifade etmiştir. Hukuka aykırı görevlendirmenin iptal edilmemesi nedeniyle bakımını yapamadığı annesinin vefat ettiğini vurgulayarak aile hayatına saygı ve yaşam hakları ile kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

iii. Danıştay Beşinci Dairesince, tam yargı davasında verilen karara yönelik temyiz istemi, kararın iptal davasında verilen karar ile birlikte bölge idare mahkemesinde itirazen incelenmesi gerektiği gerekçesiyle görev yönünden reddedildiği halde iptal davasında verilen karara yönelik temyiz istemi ise esastan incelenerek iptal kararının bozulması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

iv. Daha sonrasında İdare tarafından ikametgâhından 1.300 km uzaklıktaki İskenderun'a görevlendirildiğini, İdareye defalarca sağlık mazereti nedeniyle tayin talebinde bulunmasına rağmen talebinin yanıtsız kaldığını, annesinin yanı sıra babasının da rahatsızlığı sebebiyle tayin talebinin kabul görmemesi sonucu İdarenin zorlamasıyla aylarca ücretsiz izne ayrılmak zorunda kaldığını belirterek Anayasa'da güvence altına alınan birçok hakkının defalarca ihlal edildiğini beyan etmiştir.

B. Değerlendirme

31. 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."

32. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

33. Anayasa'nın 41. maddesi şöyledir:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

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).

35. Aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 41. maddesinin ise -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında gözönünde bulundurulması gerekmektedir (*Murat Atılgan,* B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36). Bu kapsamda şikâyet, başvurucunun vefat eden annesinin yaşamının son günlerinde -geçici olarak görevlendirilmesi nedeniyle- bakımını sağlayamamasına ilişkin olduğundan başvuru, Anayasa'nın 20. maddesinde güvenceye alınan aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınmıştır.

36. Başvurucunun adil yargılanmaya ilişkin şikâyetleri, aile hayatı kapsamında derece mahkemelerinin kararlarının ilgili ve yeterli gerekçeye sahip olup olmadığı yönünden inceleneceğindenadil yargılanma hakkı bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır.

37. Diğer taraftan başvurucunun sağlık mazereti nedeniyle atama taleplerinin yanıtsız bırakılması, aylıksız izin almaya zorlanması veya İskenderun'a atamasının yapılmasına yönelik şikâyetlerinin (bkz. § 30/iv) tamamı, başvuruya konu geçici görevlendirme ve buna ilişkin yargı süreci dışında kalan hususlardır. Başvurucunun bu şikâyetlerle ilgili ayrıca bireysel başvuruda bulunduğu Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nde (UYAP) yapılan araştırmadan anlaşılmaktadır. Açıklanan gerekçelerle söz konusu şikâyetler inceleme kapsamına alınmamıştır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

38. Başvurucu tarafından açılan tam yargı davasında başvurucunun görevlendirme işleminin hukuka aykırı olduğu tespitinin yapılması ve başvurucu lehine 1.000 TL tazminata hükmedilmiş olması başvurucunun mağdur sıfatının devam edip etmediği hususunun tartışılmasını zorunlu hâle getirmiştir.

39. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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 sürmesidir (*Onur Doğanay*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 42).

40. Mağdur sıfatının ortadan kalkması, özellikle ihlal edildiği ileri sürülen hakkın niteliği ve ihlali tespit eden kararın gerekçesi ile bu kararın ardından ilgili açısından uğradığı zararların varlığını devam ettirip ettirmediğine bağlı bulunmaktadır (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 84). 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*, § 84).

41. 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 (*Abdulkerim Çakmak ve diğerleri*, B. No: 2014/1964, 23/2/2017, § 40).

42. Somut olayda başvurucunun açtığı tam yargı davasında görevlendirme işleminin hukuka aykırı olduğu tespit edilmiş ise de bu karar üzerine başvurucunun görevlendirmesi sona ermemiştir. Bu karardan sonra kesinleşen iptal davasına ilişkin kararda aksi sonuca ulaşılarak görevlendirme işleminin hukuka uygun olduğu hükmüne varılmıştır. Bu ikinci karar nedeniyle başvurucunun görevlendirme işlemi hukuk âleminde varlığını sürdürmüştür. Öte yandan derece mahkemesi tarafından başvurucu lehine bir miktar tazminata hükmedildiği görülmüşse de bu meselenin kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediği ve ihlal tespiti durumunda hükmedilen miktarın yeterli giderimi sağlayıp sağlamadığı hususuyla yakından ilişkili olması nedeniyle esas incelenmesi sırasında ele alınması gerekeceğinden bir miktar tazminat ödenmiş olmasının tek başına başvurucunun mağdur statüsünü ortadan kaldırdığı söylenemeyecektir. Tüm bu sebeplerle başvurucunun mağdur statüsünün devam ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

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

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

44. Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olup *bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi* kavramı, özel

hayata saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alınmaktadır. Bu yönü ile değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir. Bireyin temas kurabileceği kişilerin kapsamına aile fertlerinin de dâhil olduğu hususunda kuşku yoktur ve aile ilişkilerinin normal bir şekilde sürdürülebilmesi, aile fertlerinin birbiriyle zaman geçirebilmesi de özel hayata saygı hakkının konusu kapsamındadır (*Taner Alır,* B. No: 2014/14400, 21/11/2017, § 21).

45. Aile yaşamının temel unsuru, aile ilişkilerinin normal bir şekilde gelişebilmesi ve bu bağlamda aile fertlerinin birlikte yaşama hakkıdır. Bu hakkın kapsamının aile yaşamına saygı yükümlülüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir (*Murat Atılgan,* § 24; *Marcus Frank Cerny,*§ 38).

46. Kişinin kamu görevlisi olması, kendisine sağladığı birtakım ayrıcalıklar ve avantajların yanında birtakım külfet ve sorumluluklara katlanmayı, diğer kişilerin tabi olmadığı birtakım sınırlamalara tabi olmayı gerektirmektedir. Kişi, kamu görevine kendi isteği ile girmekle bu statünün gerektirdiği ayrıcalıklardan yararlanmayı ve külfetlere katlanmayı kabul etmiş sayılmakta olup kamu hizmetinin kendine has özellikleri, bu avantaj ve sınırlamaları zorunlu kılmaktadır (*İhsan Asutay,* B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 38).

47. Kamu hizmetinin niteliği gereği bazı kamu görevlilerinin belirli aralıklarla başka yerlere, bazen de başka kurumlara atanmaları zorunlu olabilir. Bu konuda idareye belirli bir takdir alanı tanınması gerektiği tabiidir. Bu bağlamda kişilerin birtakım mazeretler çerçevesinde başka yere atanma konusunda talep hakları var ise de atamaya ilişkin mazeretlerini dikkate alarak talepleri değerlendirip karara bağlayacak olan idaredir. İdarenin kendi mevzuatı çerçevesinde, ifa edilen kamu hizmetinin gereklerini, insan kaynaklarının verimli kullanılmasını, teşkilat yapısının elverişliliğini ve benzeri faktörleri dikkate alması kaçınılmazdır. Zira kamu hizmetinin sağlıklı ve kesintisiz bir şekilde yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri almak, ilgili idarenin öncelikli görevi ve sorumluluğudur (*İhsan Asutay,* § 39).

48. Bununla birlikte pozitif yükümlülükler kapsamında, kamu görevlilerinin atanması veya nakil işlemlerinde gözetilen kamusal yarar ile

bireyin aile hayatına saygı hakkından yararlanmasındaki bireysel çıkar arasında makul bir dengenin kurulması gereklidir. Elbette ki her atama veya görevlendirme işleminde olayın kendine özgü koşullarının gözetilmesi gerekir. Ancak devletin söz konusu dengeyi sağlayamaması durumunda aile hayatına saygı hakkının özünün zedelenebileceği gözden kaçırılmamalıdır.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

49. Başvurucu, İdarenin İstanbul Bölge Müdürlüğünde memur olarak çalışmakta iken 2001 yılında Ambarlı Liman Başkanlığına geçici olarak görevlendirilmiştir. Annesinin hastalığından dolayı yatağa bağımlı olması nedeniyle birkaç kezgörevlendirmesinin iptal edilmesini talep etmesi üzerine İdare, başvurucunun mazeretini haklı görerek görevlendirmesini iptal etmiştir. Bu tarihten itibaren aynı görev bölgesinde çalışan başvurucu, amirinin kendisinden şikâyetçi olmasına yol açan ve kendisinin ikaz edilmesiyle sonuçlanan olayın yaşanmasından hemen sonra yeniden Ambarlı Liman Başkanlığında görevlendirilmiştir.

50. Başvurucunun görevlendirme işlemine karşı görevlendirildiği bölgenin ikametgâhına uzaklığı nedeniyle hasta annesinin bakımıyla ilgilenemediği iddiasıyla açtığı iptal davasında Mahkeme, görevlendirmeye süre sınırı konulmaması nedeniyle idari işlemin iptaline hükmetmiş ise de Danıştay, söz konusu işlemin *geçici görevlendirme* değil *atama* olduğunu belirterek anılan kararın bozulmasına karar vermiştir. Danıştayın bozma kararına uyularak yeniden yapılan yargılamada Mahkeme hizmet ihtiyacı bulunduğunu, başvurucunun yer değişikliği talebinin olduğunu ve daha önce ikaz edildiğini de dikkate alarak atama işlemi olarak nitelendirdiği idari işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

51. Başvurucunun görev yerinin değiştirilmesine ilişkin idari işlemin niteliğini belirlemek Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında değildir. Anayasa Mahkemesinin görevi, başvurucunun görev yerinin değiştirilmesine ilişkin işlemin anayasal haklarını ihlal edip etmediğini denetlemektir. Anayasa Mahkemesi bu hususstaki denetimini büyük ölçüde derece mahkemelerinin gerekçeleri üzerinden yapacaktır.

52. Derece mahkemelerinin gerekçeleri gözetildiğinde başvurucunun görev yerinin değiştirilmesinin (1) hizmetine ihtiyaç duyulması (2) devlet memuruna yakışmayan tutum ve davranışlarda bulunması (hizmet gereği) nedenlerine dayandığı anlaşılmaktadır.

53. Kamu hizmetlerinin sürekliliğini ve aksamadan yürütülmesini temin etmek idarenin anayasal yükümlülüklerindendir. İdare, bu yükümlülüğünü memurlar ve diğer kamu görevlileri aracılığıyla yerine getirir. İdarenin bu yükümlülüğünü ifa etmek amacıyla kamu görevlilerinin çalıştığı yer ve alanların değiştirilmesine ilişkin tasarruflarda bulunması tabiidir. Bu açıdan -kamu hizmetleri yürütülürken- bazı alanlarda ve yerlerde ortaya çıkan personel ihtiyacının giderilmesi veya hizmetin daha iyi yürütülmesinin sağlanması amacıyla naklen atama veya geçici görevlendirme yoluyla kamu görevlilerinin görev yerinin değiştirilmesi hususunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bununla birliktekamu görevlilerinin görev yerlerinin değiştirilmesindeki takdir yetkisi kullanılırken Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler de dikkate alınmalı, naklen atama işlemine tabi tutulan kamu görevlisinin menfaatleri ile idarenin ihtiyaçları arasında makul bir denge gözetilmelidir. Bu hassas dengenin kurulup kurulmadığının denetiminde derece mahkemelerinin ortaya koyduğu gerekçeler büyük önem taşımaktadır.

54. Başvurucunun annesinin ağır hasta olduğuna dair sağlık raporlarının İdareye sunduğu, dolayısıyla başvurucunun sağlık mazereti hakkında İdarenin bilgisi olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim 7/11/2001 tarihinde aynı yerde geçici olarak görevlendirilen başvurucunun bu mazereti İdare tarafından kabul edilerek 11/10/2003 tarihinde başvurucunun geçici görevlendirmesi iptal edilmiştir.

55. Başvurucunun, hasta ve bakıma muhtaç annesine bakabilmesinin ve onun gündelik ihtiyaçlarını giderebilmesinin kolaylaştırılması, bu hususstaki hukuki ve fiilî engellerin ortadan kaldırılması, aile hayatına saygı hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerin bir gereğidir. Bu bağlamda başvurucunun görev yerinin değiştirilmesine ilişkin tasarruflarda bulunulurken devletin bu yükümlülüğüne de yeterli ölçüde ağırlık verilmesi gerekir. Bununla beraber bu yükümlülük başvurucunun görev yerinin hiçbir

koşulda değiştirilemeyeceği anlamına asla gelmemektedir. Bu noktada idare tarafından ortaya konulan gerekçeler ve derece mahkemelerinin bu gerekçeler ile ilgili değerlendirmeleri ehemmiyet arz etmektedir. Derece mahkemelerinin kararlarında bireye düşen fedakârlığın ağırlığının gözönünde bulundurulması ve gözetilen kamu yararının gerekleri ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda somut olayda, görevlendirme işleminin başvurucunun aile hayatı üzerinde meydana getirdiği olumsuz etkiler ile kamu hizmetinin etkin sunulması bağlamında kamu düzeninin ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik genel yarar arasında adil bir bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir.

56. Başvurucunun görev yerinin değiştirilmesinin gerekçelerinden biri, amirine karşı devlet memuruna yakışmayan tutum ve davranışlarda bulunduğu iddiasıdır. Görevlendirme işlemine karşı açılan iptal davasında derece mahkemesince başvurucunun daha önce *devlet memuruna yakışmayan tutum ve davranışlarda bulunması* nedeniyle yazılı ikaz edildiği hususu da gözönünde bulundurularak dava reddedilmiştir. Ancak iptal davasına bakan derece mahkemesince başvurucunun annesinin sağlık mazeretine yönelik olarak hiçbir değerlendirme, açıklama ve tartışmada bulunulmadığı, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiaları hakkında ilgili ve yeterli gerekçe ortaya konulmadığı anlaşılmıştır.

57. Bunun yanı sıra başvurucu iptal davasına ilişkin yargılama sürecinde tam yargı davasının lehine sonuçlanmış olduğunu ve tarafına tazminat verilmesine hükmedildiğini bildirmiş olmasına rağmen derece mahkemesinin karar gerekçesinde bu hususa yönelik de hiç bir inceleme yapılmamış olduğu anlaşılmaktadır.Gerçekten olayda başvurucunun -annesinin sağlığıyla ilgili mazeretine rağmen- başka bir yere görevlendirilmesine ilişkin işlem, bu işleme karşı açılan iptal davasında hukuka uygun kabul edilirken bu işlem dolayısıyla açılan tam yargı davasında ise hukuka aykırı bulunmuştur. İptal davasına bakan mahkemenin tam yargı davasının sonucundan bilgisi bulunmasına karşın bu konuda hiçbir tartışma yapmadığı ve bir gerekçe ortaya koymadığı vurgulanmalıdır. Tüm bu nedenlerle derece mahkemesi karar gerekçesinin

görevlendirme işlemiyle güdülen kamu yararı meşru amacı ile başvurucunun aile hayatına saygı hakkı arasında adil denge kurulmasına yönelik ilgili ve yeterli unsurlara sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bireysel başvuruya konu olaydaaile hayatına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin kamu makamlarınca yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

58. Bu ihlal tespitinden sonra başvurucuya ödenmiş olan 1.000 TL tazminat miktarının ihlali gidermede yeterli olup olmadığı da incelenmelidir. Somut olayda başvurucunun görevlendirilmesine ilişkin işlem hukuk aleminde varlığını sürdürmekte olup yargı süreci devam ederken annesinin vefat ettiği dikkate alındığında derece mahkemesince hükmedilen 1.000 TL tazminat miktarının başvurucunun annesine bakım yükümlülüğünü yerine getirememesi nedeniyle duyduğu elem ve ıztırabı gidermede yeterli olmadığı kanaatine varılmıştır.

59. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 20 . maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

60. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1)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.*"

61. Başvurucu 50.000 TL maddi, 100.000 TL manevi olmak üzere 150.000 TL tazminat talebinde bulunmuştur.

62. Başvuruda, aile hayatına saygı hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

63. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

64. Anayasa Mahkemesi *Mehmet Doğan* kararında bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi

için temel kuralın, mümkün olduğunca *eski hâle getirme*nin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması olduğunu vurgulamıştır (*Mehmet Doğan,* § 55).

65. Somut olay bağlamında ihlalin tespit edilmesinin başvurucunun uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağı açıktır. Dolayısıyla *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için aile hayatına saygı hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 20.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

66. 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.

67. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harçtanoluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

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

D. 206,10 TLyargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve 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 İstanbul 2. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE (4/11/2011 tarihli ve E.2011/1945, K.2011/2212 sayılı kararla ilgilidir.),

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 11/10/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

DİN ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN KARARLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

B.S. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/8491)

Karar Tarihi: 18/7/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

M. Emin KUZ

Rıdvan GÜLEÇ

Raportör : Recep KAPLAN

Başvurucu : B.S.

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, dinî inanç gereği başörtüsü kullanılması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarılmanın din özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 13/5/2015 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 bildirmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. 1967 doğumlu olan başvurucu,çalışma hayatına 1984 yılında başlamıştır.

A. Başvurucuya Yönelik Disiplin Cezaları

9. Başvurucuya Maliye Bakanlığı Ankara Defterdarlığında memur olarak görev yaptığı dönemde, başörtüsü kullandığı gerekçesiyle;

i. 26/7/1993 tarihinde uyarma,

ii. 8/9/1993 tarihinde kınama,

iii. 23/5/1998 tarihinde uyarma,

iv. 8/5/2000 tarihinde uyarma,

v. 28/8/2000 tarihinde kınama,

vi. 4/11/2002 tarihinde uyarma disiplin cezaları ile 1998 ve 2000 yıllarında olumsuz sicil notu verilmiştir.

10. Başvurucunun başörtüsü kullanmaya devam etmesi üzerine Maliye Bakanlığınca (İdare) 21/6/2001 tarihinde, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin (a) alt bendinde yer alan *"İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükün ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak"* şeklindeki fiili işlediği gerekçesiyle devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

11. Bu cezaya karşı açılan davada anılan ceza, başvurucunun sözlü savunmasının alınmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. İlk derece mahkemesinin iptal kararına karşı İdarenin yaptığı temyiz başvurusu Danıştay tarafından kabul edilmiş, bozma kararından sonra ilk derece mahkemesi bozmaya uymuş ve davayı reddetmiştir. Başvurucunun davanın

reddi kararına yaptığı temyiz ve karar düzeltme başvuruları da reddedilmiştir.

12. İlk derece mahkemesinin bahsi geçen iptal kararından sonra yukarıda belirtilen yargısal süreç devam ederken mahkemenin iptal kararında gösterilen usul eksikliklikleri giderilerek 5/9/2002 tarihinde başvurucuya tekrar devlet memurluğundan çıkarma cezasıverilmiştir. Anılan işlemin gerekçesi şu şekilde belirlenmiştir:

"Vergi Dairesi Müdürlüğü Yoklama Memuru ..'in; Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin 5/a maddesinde, bu Yönetmelik kapsamında yer alan kurumlarda çalışan bayan memurların '... görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış ...' olacağı hükmüne aykırı davranışlarda bulunması nedeniyle uyarma ve kınama cezası ile cezalandırılmasına rağmen aynı davranışları sürdürdüğü anlaşılmıştır.

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda, ...'in; görev mahallinde başını açmamasının mevzuatı bilmemesinden değil benimsememesinden kaynaklandığı, türbanını çıkarmamakta ısrarlı olduğu kanaatine varılmıştır...

...

İlgilinin geçmiş yıllara ait sicillerinin Kurulumuzca incelenmesinden; 1997 ve 1999 yılı sicil notunun orta, 1998 yılı sicil notunun da olumsuz olduğu anlaşılmış olup; 657 sayılı Kanunun 125/3. maddesinde yer alan koşulun oluşmaması nedeniyle ilgili lehine değerlendirilememiştir.

Bu nedenle; Ankara Defterdarlığı Ulusite Vergi Dairesi Müdürlüğü Yoklama Memuru ...'in işlemiş olduğu fiil nedeniyle, 657 sayılı Kanunun 125/E-a maddesi uyarınca 'devlet memurluğundan çıkarma' cezası ile cezalandırılmasına ... karar verilmiştir."

13. Bu cezaya karşı açılan davada Ankara 6. İdare Mahkemesi ceza işlemini aşağıdaki gerekçelerle hukuka uygun bulmuş ve davayı reddetmiştir:

"25/10/1982 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 'Kamu Kurum ve kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik'in 'Amaç, Kapsam ve Deyimler' başlıklı 1.maddesinde; 'Bu Yönetmelik, kamu personelinin Atatürk devrim ve ilkelerine uygun, uygar, aşırılığa kaçmayacak şekilde sade bir kılık ve kıyafette olmalarını, kılık ve kıyafette birlik ve bütünlük içinde bulunmalarını sağlamayı amaçlamaktadır.' denilmektedir. Yönetmeliğin Ana İlkeler başlıklı 4.maddesi ise; 'Kurum ve kuruluşlarda görevli memur, sözleşmeli personel ile hizmetler ve işçilerin giyimlerinde sadelik temizlik ve hizmete uygunluk esastır.' hükmü getirilmiştir. Yine Yönetmeliğin 5.maddesi (a) bendinde; kadın personelin kılık ve kıyafette uyacakları hususlar belirtilmiştir. Buna göre "'...görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya.... denilmektedir.' 16. maddede ise; 'Bu yönetmeliğe aykırı hareket edenlere 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin cezalarına ilişkin hükümleri uygulanır.' hükmü getirilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, ... Maliye Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun 5.9.2002 günlü ... kararıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-(a). maddesi uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırıldığı ve bu işlemin iptali istemiyle dava açtığı anlaşılmıştır.

...

Bu durumda, dava dosyasına ibraz edilen soruşturma raporu ile tüm bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi sonucunda, davacının üzerine atılı disiplin suçunu işlediği sonucuna varıldığından ... eylemine uyan 657 sayılı Yasa'nın 125/E-(a). maddesi uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde mevzuata aykırılık bulunmamıştır.

Davacının ileri sürdüğü diğer iddialar ise, anılan işlemi kusurlandıracak nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın REDDİNE,... karar verildi."

14. Temyiz üzerine anılan karar Danıştay 12. Dairesinin 11/4/2006 tarihli veE. 2003/5513, K. 2006/1348 sayılı kararı ile onanmıştır. Başvurucu, onama kararına karşı karar düzeltme başvurusunda bulunmuştur.

15. Başvurucunun karar düzeltme başvurusu Danıştay tarafından 28/5/2008 tarihinde aşağıdaki gerekçelerle reddedilmiştir:

"... 5525 sayılı ... Yasa uyarınca davaya devam edilmesi talebinde bulunulmuş ise de; davacıya isnat olunan eylem niteliği itibariyle 5525 sayılı Yasa kapsamında olmadığından davacının istemi uygun görülmemiş ve anılan Yasa gereği işin esası görüşülmüştür.

.. Düzeltilmesi istenen karar kanun ve usule uygun olup, düzeltmeyi gerektiren bir sebep de bulunmadığından düzeltme isteminin reddine ... karar verildi."

16. Başvurucunun yaptığı karar düzeltme başvurusu inceleme aşamasındayken Danıştayın karar düzeltmeye ilişkin ret kararında atıf yaptığı 22/6/2006 tarihli ve 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun4/7/2006 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

17. Anılan Kanun'un disiplin affının kapsamını ve disiplin cezalarına karşı açılan davaları düzenleyen 1.ve 2. maddeleri şöyledir:

"Disiplin affının kapsamı

MADDE 1 - Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit veya nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçlar veya istimal ve istihlâk kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçları sebebiyle görevleriyle sürekli olarak ilişik kesilmesi sonucunu doğuran disiplin cezaları ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 68 inci maddesinin ikinci fıkrasının (e) ve (f) bentlerine göre verilmiş yer değiştirme cezaları ve 69 uncu maddesine göre verilmiş meslekten çıkarma cezaları ile emniyet hizmetleri sınıfına dahil personel ile çarşı ve mahalle bekçileri hakkında verilen meslekten çıkarma cezaları hariç olmak üzere; kanun, tüzük ve yönetmelikler gereğince memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bu görevlerde bulunmuş olanlar hakkında 23/4/1999 tarihinden 14/2/2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş disiplin cezaları bütün sonuçları ile affedilmiştir.

23/4/1999 tarihinden 14/2/2005 tarihine kadar işlenen ve af kapsamına giren disiplin cezalarının verilmesini gerektiren fiillerden dolayı, ilgililer hakkında disiplin soruşturma ve kovuşturması yapılmaz; devam etmekte olan disiplin soruşturma ve kovuşturmaları işlemden kaldırılır; kesinleşmiş olan disiplin cezaları uygulanmaz.

Disiplin cezaları affedilenlerin sicil dosyalarındaki bu disiplin cezalarına dair kayıtlar, ilgililerin müracaatı aranmaksızın hükümsüz kalır ve dosyalarından çıkarılır.

Disiplin cezalarının affı ilgililere geçmiş süreler için özlük hakları ve parasal yönden herhangi bir talep hakkı vermez.

Disiplin cezalarına karşı açılan davalar

MADDE 2 - Bu Kanun kapsamına giren ve 23/4/1999 tarihinden 14/2/2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş olan disiplin cezalarına karşı bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce idarî yargı mercilerine başvurmuş olanlardan, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde dosyanın bulunduğu yargı merciine müracaat etmek suretiyle davaya devam etmek istediklerini bildirmeyenlerin davaları hakkında, görülmekte olan davalarda davayı gören mahkemece, karar temyiz edilmiş ise Danıştayca, karar verilmesine yer olmadığına ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına karar verilir, vekâlet ücretine hükmedilmez.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde davaya devam etmek istediklerini bildirenlerin davalarının görülmesine devam olunur. Ancak, davanın davacının aleyhine sonuçlanması halinde bu Kanunla getirilen af hükümleri uygulanır."

B. Başvurucunun 5525 sayılı Kanun Hükümlerinden Yararlanma Talebinin Reddi

18. Başvurucu, yukarıdaki davadan ayrı olarak 5525 sayılı Kanun'dan faydalandırılarak görevine tekrar atanma istemiyle 31/7/2006 tarihinde Maliye Bakanlığına başvurmuştur.

19. Başvurucunun görevine yeniden atanması yönündeki talebi Maliye Bakanlığınca *"açıktan personel alımı yapılmadığı"* gerekçesiyle 8/9/2006 tarihinde reddedilmiştir.

20. Anılan ret işlemine ve bu işlemin dayanağı olan 19/7/2006 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 2006/1 sayılı *"Disiplin Cezalarının Affı"* konulu Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı Genelgesi'ne karşı başvurucu tarafından açılan dava Danıştay 12. Dairesinin 21/4/2010 tarihli veE. 2007/5348, K. 2010/2207 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Ret gerekçesi şöyledir:

"...Davacının iddiaları dava konusu Genelgenin 3/b maddesinin 2. paragrafına ilişkin olduğundan iptali istenilen düzenlemenin sadece bu maddeye ilişkin olduğu kabul edilerek uyuşmazlık bu madde ile sınırlı olarak incelenmiştir.

...

2006/1 sayılı ...Genelgesinin 3/b maddesinin 2. paragrafında; "657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci maddesinin (E) bendinde sayılan fiil ve hallerden dolayı veya tüzük ve yönetmelikleri gereği görevlerine son verilen personelin işledikleri fiil ve hallerin 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde sayılan suçlardan olmaması durumunda yeniden göreve alınmalarına mani hal ortadan kaldırılmış olmakla birlikte, Devlet memurluğundan ya da meslekten çıkarılanlar ile sözleşmesi feshedilenlerin herhangi bir kuruma müracaatları halinde, yeniden göreve alınmaları; durumlarına uygun boş kadro veya pozisyon olması, hizmetlerine ihtiyaç duyulması ve bu kadro ve pozisyonlara ait nitelikleri taşımaları kaydıyla, İlgili mevzuat ve açıktan atama prosedürü çerçevesinde kamu kurum ve kuruluşlarının takdirinde bulunmaktadır." düzenlemesi yer almıştır.

5525 sayılı ... Yasa ile; meslekten çıkarılmasına neden olan fiili nedeniyle almış olduğu disiplin cezası, 5525 sayılı Yasa kapsamında bulunan kişilerin memuriyetle doğrudan irtibatlarının kurulduğundan ve idarenin de bu durumdaki kişileri göreve başlatma konusunda mutlak bir zorunluluk içinde bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, davacıyı doğrudan göreve başlatma hususunda bağlı yetki içinde bulunmayan idarenin, davacının göreve iade istemini açıktan atama koşulları içinde değerlendireceği ve personel ihtiyacı, kadro durumu, hizmet gereklerini

gözönünde tutarak bir karar vereceği açık olup, bu duruma göre, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının Genelgesinin 3/b maddesinin dava konusu 2. paragrafı hükmünde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacının 5525 sayılı Yasadan faydalanarak görevine yeniden atanma talebinin reddine dair, Maliye Bakanlığının ... işlemine gelince;

...

Yukarıda yer verilen gerekçe ile hukuka uygun bulunan 2006/1 sayılı Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı Genelgesinin 3/b maddesinin dava konusu 2. paragrafı hükmü uyarınca, davacının Devlet memurluğuna geri dönme istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde de hukukî isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun davanın reddine ... karar verildi."

21. Anılan karara karşı başvurucunun temyiz başvurusu 12/11/2012 tarihinde, karar düzeltme başvurusu ise 24/11/2014 tarihinde yukarıda yer verilen gerekçeler benimsenerek reddedilmiştir. Karar düzeltme başvurusunun reddine dair karar başvurucuya 14/4/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

22. Başvurucu 13/5/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

23. Başvurucu, bireysel başvuru yaptıktan sonra verdiği 23/5/2018 tarihli dilekçesinde 5525 sayılı Kanun'dan yararlanarak 1/12/2008 tarihinde Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığında göreve başladığını, bu Bakanlıkta çok ciddi gayret sarf ederek hiç alışık olmadığı işleri öğrenmek zorunda kaldığını, burada çalıştığı dönemde Maliye Bakanlığı personeline kıyasla daha düşük bir maaş aldığını ve 16/2/2016 tarihinde emekli olduğunu belirtmiştir.

C. Türkiye'de Devlet Memurlarına Yönelik Başörtüsü Yasağının Tarihsel Süreci

24. Cumhuriyet tarihinde kadın devlet memurlarının başörtüsü kullanımının yasaklanması konusunda hüküm içeren ilk düzenlemenin2/9/1925 tarihli ve 2413 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul

edilen Bilumum Devlet Memurlarının Kıyafetleri Hakkında Kararname olduğu görülmektedir.

25. Anılan Kararname'nin ilk hâli şöyledir:

"1- Ordu ve donanma mensuplarıyla ilmiye sınıfına mensup olanlardan ve hükkam gibi kıyafetleri devletçe sureti mahsusade tayin edilmiş bulunanlardan maada bilumum devlet memurlarının kıyafetleri, dünya yüzündeki medeni milletlerin müşterek ve umumi kıyafetlerinin aynıdır. Yani gündüz ve gecenin muhtelif vaziyetlerine ve resmi merasime göre giyilmek üzere muhtelif elbiseler ve şapkalardır.

2- Binalar dahilinde başı açık bulunmak kaidedir. Selam teatisi baş işareti ile olur.

3- Binalar haricinde selam teatisi şapka ile olur.

4- Alelumum halk ordu ve donanma ile ilmiye sınıfına mensup ve hükkam için olduğu gibi kanunu mahsus ile tayin edilmiş elbiseleri giyemezler, fakat devlet memurlarının kıyafetleri bilumum sınıf ve halk tarafından aynen veya hali mesailerine mutabık kabul olunabilir."

8/10/2013 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararıylayukarıdaki (2) numaralı bendin *"Binalar dahilinde başı açık bulunmak kaidedir"* şeklindeki birinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

26. Yukarıdaki düzenlemeye ilave olarak 1981 yılında okullarda görev yapan devlet memurlarının başörtüsü kullanması bakımından özel bir düzenleme yapılmıştır. Bu çerçevede; anılan Kararname'ye, 3/12/1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun'un 6. maddesine ve bu maddeye göre çıkarılan 3/2/1935 tarihli ve 2/1958 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemiyeceğine Dair Kanunun Tatbik Suretini Gösterir Nizamname'ye dayanılarak 7/12/1981 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı ile Diğer Bakanlıklara Bağlı Okullardaki Görevlilerle Öğrencilerin Kılık Kıyafetlerine İlişkin Yönetmelik çıkarılmıştır. 27/11/2012 tarihinde yürürlükten kaldırılan bu Yönetmelik'in 7. maddesinin ilk hâlindeki düzenlemeye göre okullarda görevli kadın yönetici, öğretmen, eğitime yardımcı görevliler ve memurlarınbaşlarının açık olması ve kurum içinde başlarını örtmemeleri gerekmektedir. Bu Yönetmelik'te 26/11/1982 tarihli Bakanlar Kurulu Kararıyla yapılan

değişiklikle okullarda görevli kadın yönetici, öğretmen, eğitime yardımcı görevliler ve memurların kılık ve kıyafetlerinde 25/10/1982 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik esaslarına uyacakları belirtilmiştir.

27. Ancak yukarıda yer verilen farklı düzenlemelere karşın 1980'li yıllardan yakın tarihlere kadar devlet memurlarına yönelik başörtüsü yasağında dayanak alınan asli düzenlemelerin;

i. 657 sayılı Kanun'a -12/5/1982 tarihli ve 2670 sayılı Kanun'la- eklenen ek 19. madde ve

ii. 25/10/1982 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik'in (Yönetmelik) 5. maddesi olduğu görülmektedir.

28. 657 sayılı Kanun'un ek 19. maddesinegöre devlet memurları; kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak zorundadır. Yönetmelik'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre ise Yönetmelik kapsamına giren kadın personelin görev mahallinde başı daima açık olacaktır. Yönetmelik; genel ve katma bütçeli kurumlar, mahallî idareler, döner sermayeli kuruluşlar ve kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların iştirakleri ve müesseselerinde çalışan her sınıf ve derecedeki memurlar, sözleşmeli ve geçici görevle çalışan personel ile işçileri kapsama almaktadır. Yönetmelik'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde 3/1/2002 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik'le değişiklik yapılmış olmakla birlikte kadın personelin görev mahallinde başının daima açık olacağına ilişkin düzenlemede bir değişiklik yapılmamıştır.

29. Yönetmelik'te yer verilen, kadınların başının görev yerinde daima açık olacağına dair hükme uymamanın yaptırımı 657 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde -duruma göre değişen- disiplin cezaları olarak belirlenmiştir.

30. Mevzuatta bu şekilde düzenlemelere yer verilmiş olmakla birlikte kamuoyunda "28 Şubat süreci" olarak bilinen süreçten önce devlet

memurlarına yönelik olarak -istisnai sayılabilecek sınırlı durumlar dışında- başörtüsü yasağının uygulanmadığı görülmektedir.

31. Anılan süreçle birlikte başörtüsü yasağı devlet memurları bakımından uygulanmaya başlanmış ve yasağa uymayan memurlar duruma göre uyarmadan başlayıp -başvuru konusu olayda olduğu gibi- devlet memurluğundan çıkarmaya kadar varan disiplin cezalarına muhatap olmuşlardır.

32. Başörtüsü yasağı zaman içinde genişletilmiş, bazı devlet memurlarının çalışma saatleri ve yerleri dışında da başlarının açık olması istenmiştir. Nitekim öğretmenlerle ilgili bir davayı değerlendiren Danıştay, öğretmenlerin okula geliş ve gidişleri sırasında da olsa ilgili yasal düzenlemelerde belirtilen kılık kıyafet hükümlerine uymak zorunda olduğuna karar vermiştir (Danıştay İkinci Dairesinin 26/10/2005 tarihli ve E.2004/4051, K.2005/3366 sayılı kararı).

33. 8/10/2013 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik'le, Yönetmelik'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin birinci paragrafında yer alan *"Kadınlar;"* ibaresinden sonra gelen *"Elbise, pantolon, etek temiz, düzgün, ütülü ve sade, ayakkabılar ve/veya çizmeler sade ve normal topuklu, boyalı, görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış, tırnaklar normal kesilmiş olur."* şeklindeki birinci cümle yürürlükten kaldırılmıştır.

34. Hâlihazırda kadın devlet memurları için başörtüsü kullanmak serbesttir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kanun

35. 657 sayılı Kanun'un *"Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller"* kenar başlıklı 125. maddesinin ilgili kısımları -olay tarihinde yürürlükte olduğu şekliyle- şöyledir:

"Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

A-Uyarma : Memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir.

Uyarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

...

g) Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak,

...

B - Kınama : Memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir.

...

E - Devlet memurluğundan çıkarma : Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır.

Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a) İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükün ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak

...

Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır..."

36. 657 sayılı Kanun'un *"Kıyafet mecburiyeti"* kenar başlıklı ek 19. maddesi için bkz. § 28.

37. 5525 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri için bkz. § 18.

2. Yönetmelik

38. Yönetmelik'in 5. ve 16. maddelerinin ilgili kısımları için bkz. § 14.

B. Uluslararası Hukuk

39. Din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin uluslararası hukuk kaynaklarının derli toplu verildiği bir karar için bkz. *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, §§ 51-94.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

40. Mahkemenin 18/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

41. Başvurucu, maruz kaldığı bütün disiplin yaptırımlarının ve aleyhine verilen mahkeme kararlarının dinî inancının bir gereği olarak görevi esnasında da başörtüsü kullanmasından kaynaklandığını ve bu nedenle anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

42. Bakanlık görüşünde;

i. Anayasa'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin din özgürlüğüne ilişkinhükümleri ile Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) konuyla ilgili içtihadı hatırlatılmıştır.

ii. Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin din özgürlüğüne ilişkinhükümlerine ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin bu konudaki genel görüşlerine yer verilmiştir.

iii. Ülkemizde kadın devlet memurları için başörtüsü yasağına son veren hukuki düzenlemeler açıklanmıştır.

iv. Somut başvuruda, ilgili uluslararası hukuk metinleri, AİHM kararları, BM insan hakları mekanizmalarının yorumları ve Anayasa Mahkemesinin konuya dair içtihatları çerçevesinde hukukun üstünlüğü ilkesi esas alınarak demokratik toplumun gereklilikleri doğrultusunda hak ve özgürlüklere öncelik verecek şekilde bir karar alınması gerektiği belirtilmiştir.

v. Başörtüsünün kamu düzenini ilgilendiren bir boyutunun olmadığı, toplumsal barış ve düzen açısından bir tehdit olmadığı ve dolayısıyla başvurucunun hakkında uygulanan başörtüsü yasağının bir sonucu olarak devlet memurluğundan çıkarılma disiplin cezası ile cezalandırılmasının onun din özgürlüğünü ihlal ettiği ifade edilmiştir.

vi. Başvurucuya yönelik cezaya ilişkin kararda 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde belirtilen *"İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükün ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak*" eylemlerden hangisinin somut olayda başvurucu özelinde gerçekleştiğinin belirtilmediğine ve başvurucunun başörtüsü kullanmasının çalıştığı kurumun veya kamunun hangi menfaatleri ile çatıştığı veya hangi menfaatleri ağır ve telafisi güç şekilde ihlal ettiği konusunda bir açıklamada bulunulmadığına dikkat çekilmiştir.

vii. Başvurucunun açtığı davalarda verilen idari yargı kararlarının gerekçelerinin, başvurucunun din ve vicdan özgürlüğüne yönelik müdahalenin meşru amaç taşıyıp taşımadığı ve demokratik toplumda gerekli ve orantılı olup olmadığının tespiti bakımından yapılacak değerlendirmeler açısından ilgili ve yeterli olmadığı belirtilmiştir.

B. Değerlendirme

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 şikâyetlerinin din özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Mevcut başvuru, bir devlet memurunun dinî inancı gereği başörtüsü kullanması konusuyla ilgili olduğu için bu incelemede Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 13., 14., 68., 81., 103., 136. ve 174. maddelerinde yer alan laiklik ilkesi ile devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddesinin de dikkate alınması gerekir.

44. Anayasa'nın *"Din ve vicdan hürriyeti"* kenar başlıklı 24. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı ile ikinci, üçüncü ve beşinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, ... dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

...

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

45. Başvuru konusu olayda başvurucuya dinî inancı gereği başörtüsü kullanması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. Başvurucunun bu cezaya karşı açtığı dava nihai olarak başvurucunun karar düzeltme başvurusunun Danıştay tarafından 28/5/2008 tarihinde reddi ile başvurucu aleyhine sonuçlanmıştır. Bu yargısal süreç Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin dışında kalmaktadır.

46. Öte yandan başvurucunun devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı açtığı dava henüz sonuçlanmadan disiplin affına ilişkin 5525 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş ve başvurucu, mağduriyeti için giderim imkânı sunan bu Kanun'dan yararlanma talebiyle İdareye başvurmuş ancak başvurucunun bu talebi reddedilmiştir. Başvurucunun bu ret işlemine karşı açtığı dava da aleyhine sonuçlanmıştır.

47. Başvurucunun disiplin affına ilişkin 5525 sayılı Kanun'dan yararlandırılmamasına ilişkin işleme karşı açtığı dava, başvurucuya dinî inancı gereğibaşörtüsü kullanması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesi şeklindeki müdahalenin sonuçlarının giderilmesiyle ilgilidir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, başvurucuya dinî inancı gereği başörtüsü kullanması nedeniyle devlet memurluğundan

çıkarma cezası verilmesi şeklindeki müdahalenin din özgürlüğünü ihlal ettiğine dair şikâyetin zaman bakımından yetkisi içinde kaldığı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi bu şikâyet kapsamında yapacağı incelemede yalnızca başvurunun somut koşulları çerçevesinde olmak üzere başvurucunun devlet memurluğundan çıkarılmasına ilişkin idari işleme karşı açtığı davaya ilişkin süreci de gözönünde bulunduracaktır (başka bir bağlamda benzer değerlendirmeler için bkz. *Z. A.*, B. No: 2013/2928, 18/10/2017, §§50, 72).

48. Öte yandan başvurucu 5525 sayılı Kanun'dan yararlanarak 1/12/2008 tarihinde Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığında göreve başlamıştır. Bununla beraber başvurucunun devlet memurluğundan çıkarıldığı 2001 yılından Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığında göreve başladığı 2008 yılı sonuna kadar olan dönemde maruz kaldığı mağduriyetin giderildiği konusunda başvuru dosyasında bir bilgi bulunmadığı gibi Bakanlık görüşünde de bu yönde bir iddia ileri sürülmemiştir. Dolayısıyla başvurucunun bu karar tarihi itibarıyla mağdurluk statüsüne sahip olduğunun kabulü gerekir.

49. Bu kapsamda açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan din hürriyetinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Din Özgürlüğünün Demokratik Bir Toplumdaki Önemi

50. Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca din özgürlüğü Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarındandır (*Tuğba Arslan*, § 51; *Esra Nur Özbey*, B. No: 2013/7443, 20/5/2015, § 43).

51. Din özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri olmasının kökeninde dinin hem bir dine bağlı olan bireyler tarafından hayatı anlama ve anlamlandırmada başvurdukları temel kaynaklardan biri olması hem de toplumsal yaşamın şekillenmesinde önemli bir işlev görmesi bulunmaktadır. Bu işlev sebebiyle uluslararası düzlemde dinlerin

özgürlükler karşısındaki konumlarından bağımsız olarak bireylerin belli ölçüler içinde din özgürlüğüne sahip olduğu kabul edilmiştir. Diğer özgürlükler gibi din özgürlüğü de uzun ve zorlu bir sürecin sonucunda belli yasal ve anayasal güvencelere sahip kılınmıştır. Nitekim din özgürlüğü, evrensel ve bölgesel düzeyde insan haklarına ilişkin uluslararası bildiri ve sözleşmelerin birçoğunda korunan bir haktır (*Tuğba Arslan*, § 52; *Esra Nur Özbey*, § 44).

52. Anayasa'nın 24. maddesinin koruduğu hakkın vazgeçilmez olması, din özgürlüğünün hukukun üstünlüğüne dayanan, etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati öneme sahip olması nedeniyledir. Öte yandan din özgürlüğü ancak tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışı ile temellendirilen bir demokraside korunabilir (*Tuğba Arslan*, § 53; *Esra Nur Özbey*, § 45).

b. Din Özgürlüğü Kapsamında Din veya İnancı Açığa Vurma Hakkı

53. Din özgürlüğü bağlamında *"tanıma"* devlet-birey ilişkilerinde devletin tüm din veya inanç gruplarının varlığını eşit şekilde kabul etmesini gerektirir. Devletin çoğulcu bir tanıma siyaseti, bir yandan devleti toplumda herkese karşı eşit mesafede durmaya zorlarken öte yandan devletin herhangi bir dini ya da ideolojiyi resmen benimsemesine izin vermez. Çoğulculuk ise herkesin kendi kimliğiyle, kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla mümkündür. Farklılıkların ve farklı olanların tanınmadığı, tehditler karşısında korunmadığı bir yerde çoğulculuktan bahsedilemez. Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini *yanlış* kabul etme yetkisine sahip değildir. Bu bağlamda Anayasa'da yer alan sınırlama sebepleri bulunmadıkça farklılıkların bir arada yaşatılması, çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gitmese de çoğulculuğun bir gereğidir. Din özgürlüğünü koruyan üçüncü anlayış ise bireylerin din ve vicdan özgürlüğünün eşit düzeyde korunmasının teminatı olan laiklikten doğan tarafsızlıktır (*Tuğba Arslan*, § 54; *Esra Nur Özbey*, § 46).

54. Anayasa'nın 24. maddesiyle anlam ve kapsamı belirlenen din ve vicdan özgürlüğü, herkesin *"din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü", "din ve inancını değiştirme özgürlüğünü"*, kişilerin diledikleri inanç ve kanıya sahip olmalarını, herhangi bir inanç ve kanaate sahip olmamalarını güvenceye almaktadır (AYM, E.1997/62, K.1998/52, 16/9/1998). Başka bir anlatımla kişiler dinî veya vicdani kanaatlerini açıklamaya ve herhangi bir tarzda ibadet etmeye, dinî uygulamaya ve ayine katılmaya zorlanamayacakları gibi ibadetleri ve dinî uygulamaları ile açıklamış oldukları dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz, suçlanamaz ve başka türlü davranmaya zorlanamazlar (*Tuğba Arslan*, § 55; *Esra Nur Özbey*, § 47).

55. Anayasa'nın 24. maddesi; kişinin herhangi bir inanca sahip olmasını veya olmamasını, inancını serbestçe değiştirebilmesini, inancını açıklamaya zorlanamamasını, bunlardan dolayı kınanamamasını ve baskı altına alınamamasını güvence altına alarak din özgürlüğünün içsel alanını, aynı şekilde öğretim, uygulama, tek başına veya topluca ibadet ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açığa vurma hakkı ile de din özgürlüğünün dışsal alanını tanıyıp koruma altına almıştır (*Tuğba Arslan*, § 57; *Esra Nur Özbey*, § 48).

c. Laiklik İlkesi ile Din veya İnancını Açığa Vurma Hakkı Arasındaki İlişki

56. Kişinin dinini seçme hakkı ile din, inanç ve düşüncelerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlanamaması, bunlardan dolayı kınanamaması, baskı altında tutulamaması ile devletin belirli bir dini veya inancı kişilere dayatmamasını ifade eden din özgürlüğünün içsel alanı demokratik, laik bir hukuk devletinde kanun koyucunun her türlü etkisinin dışındadır. Bu durum 24. maddenin gerekçesinde *"...dini inanç ve kanaat hürriyeti, niteliği gereği hiçbir sınırlamaya tabi tutulamayacaktır. Bu husus 15. maddede açıkça belirtilmiştir."* ifadesi ile açıklanmıştır. Gerçekten de Anayasa'nın 15. maddesinde savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde dahi kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı açıkça belirtilmiştir (*Tuğba Arslan*,§ 58; *Esra Nur Özbey*, § 50).

57. Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 13., 14., 68., 81., 103., 136. ve 174. maddelerinde yer alan laiklik ilkesi ise devletin dinî inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Laiklik, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsetmemekte; onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dinî konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir. Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin ve toplulukların sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir (AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012; *Tuğba Arslan*, §§ 133-135; *Esra Nur Özbey*, § 84).

58. Farklı dinî inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar laik devletin koruması altındadır. Nitekim Anayasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde yapılan tanıma göre *"Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen lâiklik, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dinî inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmaması anlamına gelir."* Devlet, din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşebileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır (AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012; *Tuğba Arslan*, § 137; *Esra Nur Özbey*, § 85).

59. Bu anlamda laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, bireylerin din özgürlüğüne zorunlu nedenler olmadıkça müdahale edilmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin din özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir. Laikliğin devlete yüklediği pozitif yükümlülüğün kaynağı, Anayasa'nın 5. ve 24. maddeleridir. Anayasa'nın 5. maddesine göre devletin temel amaç ve görevlerinden biri *"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."* (*Tuğba Arslan*, § 138; *Esra Nur Özbey*, § 86).

60. Laiklik demokratik sistemin korunması açısından gerekli ve vazgeçilmez bir ilke olmakla birlikte din özgürlüğü de demokratik toplumların temellerinden biridir ve çoğulcu laiklik anlayışı, dinin, toplumsal görünürlüğüne imkân tanıyarak ve dinî konulardaki bireysel tercihleri devletin müdahalesi dışında ancak koruması altında tutarak din özgürlüğünün güvencesi hâline gelir (*Tuğba Arslan*, § 139).

61. Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir. Çoğulcu laiklik anlayışının kabul edildiği toplumlarda inanç, düşünce ve hayat tarzları birbirleriyle çatışan insanların barışçıl bir aradalığını ve toplumda her türlü inancın kendisini ifade edebileceği çoğulcu bir ortamı sağlama olanağı vardır. Bu olanaklar değerlendirilmeden çoğulculuğu ve toplumsal çeşitliliği, toplumsal birliği tehdit eden bir unsur olarak görmek demokrasi ile bağdaşmayan monolitik bir toplum anlayışını doğurur (*Tuğba Arslan*, § 140).

d. Laiklik İlkesi Gerekçe Gösterilerek Din Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi

62. Diğer yandan laiklik gerekçesinin din özgürlüğüne yönelik müdahale bakımından meşru bir sebep olarak ileri sürülebilmesi için müdahalenin makul bir temelinin bulunması, bu kapsamda müdahaleye maruz kalan kişinin davranış, tutum ya da eylemlerinin laiklik ilkesini ihlal ettiğine dair yeterli kanıt ileri sürülmesi ve laiklik gerekçesinin delillendirilmesi gerekir (*Tuğba Arslan*, § 141).

63. Laiklik gerekçesinin makul bir temeli olduğundan bahsedilebilmesi için dinî bir gereklilik olarak kullanıldığı belirtilen başörtüsünün saldırgan ya da başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı, tahrik edici, kendi inancını zorla dayatma amacı bulunduğunun veya toplumsal işleyişi tahrip ettiğinin, birtakım karışıklıklara ve düzensizliklere neden olduğunun gösterilebilmesi gerekir (*Tuğba Arslan*, § 142).

64. Bir dinin herhangi bir dışa vurum davranışının tek anlamının laik devlete dinî bir meydan okuma olduğu şeklindeki bir yorum ise bu dinin mensuplarının kendi eylemlerini tanımlama kapasitesini yok saymak

anlamına gelir. Anayasa'da güvence altına alınan herhangi bir hakka yönelik sınırlandırmanın meşru kabul edilebilmesi, kaygılar ve varsayımlarla değil yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve hukuki olarak şüphe götürmeyecek nedenlerin ortaya konulması ile mümkün olabilir. Bu sebeple doğru yargılama ilkesi gereğince bir din veya inancın dışa vurum davranışının laikliğin çoğulcu anlamına aykırı olduğunu somut delillerle kanıtlama yükümlülüğü başvurucuya değil bu gerekçeyle sınırlandırma yapan devlete düşer. Hukuk, *olanı* esas alır ve kuşkuya ve gelecekteki olasılıklara göre karar verilemez (*Tuğba Arslan*, § 143).

65. Son olarak -başvuru konusu olayı ilgilendiren yönüyle- başörtüsünün *laiklik karşıtı* bir *dinî ve siyasal simge* olduğu varsayımının ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi, başörtüsü kullananların kullanmayanlar üzerinde yaratabileceği etkilerin değerlendirilmesinde kolaylık sağlar. Anayasa'nın 26. maddesi bağlamında, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş yalnızca ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda devlet otoritelerinin müdahalelerinde daha geniş bir takdir marjına sahip oldukları kabul edilmiştir (*Cemal Halis*, B. No: 2014/118, 13/7/2016, § 30). O hâlde başörtüsü kullanarak dinin açıklanmasının yasaklanabilmesi için başkalarının hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının engellendiğini gösteren çok önemli gerekçelere dayanılması gerekir (*Tuğba Arslan*, § 144).

e. Kamu Hizmetlerinde Lâiklik İlkesine Yönelik İstisnalar

66. Öte yandan -başvuru konusu olayı ilgilendiren yönüyle- kamu hizmetlerinde laiklik ilkesinin de istisnası olmayan mutlak bir ilke olduğundan söz edilemez. Devlet, toplumu oluşturan bireylerin yaygın ve müşterek dinsel ihtiyaçlarını gözeten düzenlemeler yapabilir. Nitekim ülkemizde 17/3/1981 tarihli ve 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun ile dinî bayram olan Ramazan Bayramı ve Kurban Bayramı genel tatil günleri olarak kabul edilmiş ve bu günlerde resmî daire ve kuruluşların da tatil edilmesi kabul edilmiştir.

67. Bu kapsamda kamu görevlilerinin -yapmakta oldukları görevin kendine has koşulları gözetilmeksizin- inançları gereği başörtüsü kullanmalarına izin verilmesinin kategorik olarak kamu hizmetlerinde laiklik ilkesine aykırı olduğu yönündeki argümanlar kabul edilemez. Tam tersine çoğulcu laiklik anlayışının kabul edildiği toplumlarda inanç, düşünce ve hayat tarzları birbirleriyle çatışan insanların barışçıl bir aradalığını ve toplumda her türlü inancın kendisini ifade edebileceği çoğulcu bir ortamı sağlama imkanı olduğunu gözetmeden (*Tuğba Arslan*, § 140) kamu görevlilerinin başörtüsü gibi toplumsal çeşitliliği yansıtan bir dini açığa vurma vasıtasını kullanmasını toplumsal birliği tehdit eden bir unsur olarak görmek demokrasi ile ve çoğulcu laiklik anlayışı ile bağdaşmaz. Bu nedenle devletin kamu görevlilerinin başörtüsü kullanarak dinlerini açıklama haklarına müdahalede bulunabilmesi için oldukça ikna edici gerekçelere dayanması gerekir.

68. Anayasa'nın 24. maddesi bir din veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen her davranışı korumaz ve kamusal alanda bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını her durumda garanti etmez. Bununla birlikte kişinin dinini ve inancını açığa vurma özgürlüğü sadece Anayasa'nın 24. maddesinin beşinci fıkrasında belirtilen nedenlerle ve Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullarda sınırlanabilir (*Tuğba Arslan*, § 59; *Esra Nur Özbey*, § 51).

69. Bu genel açıklamalardan sonra ilk olarak başvuru sahibinin Anayasa'nın 24. maddesi tarafından korunan hakkına yönelik bir müdahalenin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Başvurucunun Anayasa'nın 24. maddesi tarafından korunan bir hakkına müdahalenin varlığının tespit edilmesi hâlinde bu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında kanunla öngörülme, meşru bir amaca matuf olma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk şartlarını sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmelidir.

f. Müdahalenin Varlığı

70. Başvurucu, dinî inancının gereği olarak başörtüsü kullanması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmıştır.

71. Anayasa Mahkemesi *Tuğba Arslan* (§§ 74, 76) ve *Esra Nur Özbey* (§ 62) kararlarında kadınların İslam dininin bir emri olduğu inancıyla

başörtüsü kullanmasının Anayasa'nın 24. maddesinin olağan anlamının kapsamında değerlendirilebilecek bir konu olduğunu ve dinî inanç gereği başörtüsü kullanma hakkının yeri ve tarzı konusunda sınırlama getiren kamu gücü işlem ve eylemlerinin kişinin dinini açığa vurma hakkına bir müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir.

72. Mevcut başvuruda anılan tespitten ayrılmayı gerektiren bir yön bulunmamaktadır. Somut olayda başvurucuya dinî inancı gereği başörtüsü kullanması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesi başvurucunun dinini açığa vurma hakkına bir müdahale teşkil etmektedir.

g. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

73. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 24. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

74. 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.*"

75. Bu sebeple müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma vedemokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

(1) Genel İlkeler

76. Temel hak ya da özgürlüklere bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığıdır. Anayasa'nın 24. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabul edilebilmesi için müdahalenin *kanuni* bir dayanağının bulunması zorunludur (*Tuğba Arslan,* § 82).

77. 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 (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 54).

78. 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 (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri,* § 55).

79. 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 mümkün hâle gelebilir. Böylece hukuk güvenliği sağlanarak kamu gücünü kullanan organların keyfî davranışlarının önüne geçilmiş olur (*Hayriye Özdemir*, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, §§ 56, 57).

80. Öte yandan Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca kanun 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).

81. 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).

82. 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).

83. 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).

84. 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).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

85. Başvuru konusu olayda başvurucuya yönelik başörtüsü yasağı Yönetmelik'in 5. maddesindeki -olay tarihinde yürürlükte olan- *"Kadınlar; … görev mahallinde baş daima açık… olur."* şeklindeki düzenlemeye dayandırılmıştır. Anılan Yönetmelik'in 17. maddesine göre bu Yönetmelik 2413 sayılı Kararname (bkz. § 25), 2596 sayılı Kanun'un 6. maddesi ve bu maddeye göre çıkarılan 2/1958 sayılı Nizamname hükümleri uyarınca çıkarılmıştır. Yönetmelik'in dayandırıldığı mevzuat hükümlerine

bakıldığında 2596 sayılı Kanun'un 6. maddesinin *"Bu kanunun tatbik suretini gösterir bir nizamname yapılır"* şeklinde bir hüküm içerdiği görülmektedir. Bu maddede atıf yapılan 2/1958 sayılı Nizamname ise devlet memurlarının kılık kıyafetiyle ilgili değildir. 2413 sayılı Kararname'nin başvuru konusu olay tarihinde yürürlükte bulunduğu şeklinde devlet memurlarının binalar dâhilinde başı açık olacakları belirtilmekle birlikte bu kural da Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan *"kanunilik şartı"*nı taşıyan bir kural olarak kabul edilemez.

86. Yönetmelik'in 16. maddesinde yer alan *"Bu Yönetmeliğe aykırı hareket edenlere 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun disiplin cezalarına ilişkin hükümler uygulanır"* ve 657 sayılı Kanun'un ek 19. maddesinde yer alan *"Devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetindedirler"* şeklindeki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde Yönetmelik'teki düzenlemenin bir dayanağının da 657 sayılı Kanun'un ek 19. maddesi olduğu söylenebilir.

87. Ancak ek 19. maddenin yürütme ve idareye devlet memurlarının kılık ve kıyafetlerini belirleme konusunda oldukça kapsamlı bir yetki verdiği ve bu yetkinin sınırı konusunda herhangi bir hüküm içermediği dikkate alındığında başvurucuya yönelik müdahalenin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığı konusunda ciddi tereddütler söz konusudur.

88. Anayasa Mahkemesi bu başvuruda, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu konusunda aşağıda yaptığı değerlendirmeleri nazara alarak müdahalenin kanuniliği konusunda nihai bir sonuca varmayı gerekli görmemektedir.

ii. Meşru Amaç

89. Anayasa'nın 24. maddesiyle koruma altına alınan dinini veya inancını açığa vurma hakkının kısıtlanması konusunda Anayasa'da açıkça belirtilmiş bir meşru amaçlar listesi bulunmamaktadır. Başvurucuya yönelik devlet memurluğundan çıkarma cezasına ilişkin idari işlemlere ve derece mahkemelerinin kararlarına bakıldığında başvurucuya yönelik müdahalenin Anayasa'nın 24. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan *"Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din*

kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz" şeklindeki hükümden hareketle kamu düzeninin korunmasına yönelik meşru amaçlar çerçevesinde yapıldığı görülmektedir.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve Din Özgürlüğü

90. Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca din özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki önemi için bkz. § 54-56.

(b) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

91. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde *"demokratik toplum düzeninin gereklerineaykırı olmama"* ve *"ölçülülük ilkesine aykırı olmama"* biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (ifade özgürlüğü bağlamında bkz. *Bekir Coşkun,* B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 53-55; Mehmet Ali Aydın, B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 70-72; AYM, E.2018/69, K.2018/47, 31/5/2018 § 15;AYM, E.2017/130, K.2017/165, 29/11/2017§ 18).

92. Din özgürlüğü üzerindeki sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veyaulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde

ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (ifade özgürlüğü bağlamında bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, § 51).

93. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin din özgürlüğü ile Anayasa'nın ilgili maddelerinde bu özgürlüğün kısıtlanması konusunda yer verilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurmaktır (ifade özgürlüğü bağlamında bkz. *Bekir Coşkun*, § 44, 47, 48; *Hakan Yiğit,* B. No: 2015/3378, 5/7/2017,§§ 58, 61, 66).

94. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvurulan sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengeninkurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. Kamu gücünü kullanan organların din özgürlüğüne müdahale ederken din özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (ifade özgürlüğü bağlamında bazı farklılıklarla birlikte bkz. bkz. *Bekir Coşkun, §§ 57; Tansel Çölaşan,* §§ 46, 49, 50*; Hakan Yiğit,* §§ 59, 68).

95. Buna göre din özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya dazorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

96. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, derece mahkemelerinin müdahaleye neden olan kararlarında

dayandıkları gerekçelerin din özgürlüğünü kısıtlama bakımından *demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun* olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır. Din özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 24. maddesini ihlal edecektir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

97. Başvurucunun, dini inancı gereği başörtüsü kullanması nedeniyle verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı açtığı dava ile disiplin affına ilişkin 5525 sayılı Kanun'dan yararlandırılmamasına ilişkin işleme karşı açtığı dava arasında sıkı bir bağlantı vardır. Her iki dava da başvurucuya dinî inancı gereğibaşörtüsü kullanması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesi şeklindeki müdahalenin sonuçlarının giderilmesiyle ilgilidir.

98. Bununla birlikte, idarenin başvurucuya ceza verdiği işlemin gerekçeleri ve derece mahkemelerinin bu işlemi hukuka uygun bulmagerekçeleri ancak başvurucunun devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı açtığı davadan anlaşılabilmektedir.Bu nedenle Anayasa Mahkemesi başvurucunun din özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmayacağına yönelik değerlendirmelerini başvurucunun devlet memurluğundan çıkarılmasına ilişkin idari işleme karşı açtığı davadaki karar gerekçeleri üzerinden yapacaktır.

99. Başvuru konusu olayda, başvurucuya başörtüsü kullanması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. Bu kararı alan İdare, başörtüsü kullanan başvurucunun başını açmamasının mevzuatı bilmemesinden değil benimsememesinden kaynaklandığı ve başörtüsünü çıkarmamakta ısrarlı olduğu tespitini yaptıktan sonra bu fiilin 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin (a) alt bendinde yer alan *"İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükün ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak"* hükmü kapsamında kaldığı kanaatine ulaşmıştır.

100. Devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı açılan davaları inceleyen derece mahkemeleri ise cezanın verilmesinde dayanak alınan Yönetmelik'in bazı maddelerini hatırlattıktan sonra ayrıca bir değerlendirme yapmaksızın başvurucuya verilen cezanın hukuka uygun olduğunu belirtmiştir.

101. İdarenin ve derece mahkemelerinin bir kamu görevlisinin sırf başörtüsü kullanmış olmasının kamu düzenini bozduğu şeklinde kategorik bir varsayımdan hareket ettikleri anlaşılmaktadır.

102. Somut olayda ne İdarenin ne de derece mahkemelerinin kararlarında başvurucunun başörtüsü kullanmasının saldırgan, başkalarının inançlarına müdahale eden nitelikte, baskıcı ve/veya tahrik edici olduğu ya da kendi inancını zorla dayatma amacı bulunduğu veya kurumsal işleyişi tahrip ettiği, birtakım karışıklıklara ve düzensizliklere neden olduğu gösterilmiştir. Kamu makamları sadece başvurucunun başörtüsünü çıkarmamakta ısrarlı olduğu yönünde bir tespitte bulunmuşlar, ancak başvurucunun bu ısrarının ne gibi olumsuzluklara yol açtığı/açabileceği yönünde bir değerlendirmeye yer vermemişlerdir. Bu nedenle başvurucunun dinini açığa vurma hakkına yapılan müdahalenin kamu düzeninin korunması için hangi zorunlu toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği anlaşılamamaktadır.

102. Ayrıca başvuru konusu olay tarihinde yürürlükte bulunan ilgili mevzuattaki yaptırımı esasen kınama disiplin cezası olarak belirlenmiş olan başörtüsü kullanma şeklindeki hareketin İdare ve derece mahkemelerince, nasıl devlet memurluğundan çıkarılmayı gerektiren *"İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükün ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak"* fiili kapsamında değerlendirildiğinin anlaşılması da zordur.

103. Öte yandan başvurucuya başörtüsü kullanması nedeniyle verilendevlet memurluğundan çıkarma cezası bir devlet memuruna uygulanabilecek en ağır disiplin yaptırımıdır. Başvurucuya maddi ve manevi olarak çok ağır külfetler yükleyen bu cezanın orantılı olduğundan da söz edilemez.

104. Sonuç olarak başvuruya konu müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı ve kamu düzeninin korunmasına yönelik meşru amaçlar ile makul bir orantılılık ilişkisi içinde olduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilebilmiş değildir. Bu nedenle başvuruya konu müdahale demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale değildir.

105. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

106. 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."

107. 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre esas inceleme kapsamında, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve varsa ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı belirlenmektedir. Aynı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ise ihlal kararı verilmesi hâlinde, gerekli görüldüğü takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Buna göre ihlal sonucuna varıldığında ilgili temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verilmesinin yanında *"ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi"*, diğer bir ifadeyle *"ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedil[mesi]"* de gerekir.

108. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir.

109. Başvurucu; ihlalin tespiti ile birlikte devlet memurluğundan çıkarılması sonucunda mahrum kaldığı maddi menfaatler ve bu işleme karşı açtığı yargılamalara dair masraflarla ilgili olarak 400.000 TL maddi, bireysel ve ailevi olarak çok ciddi ızdıraba düştüğü gerekçesiyle de100.000 TL manevi tazminatın devlet memurluğundan çıkarılma işleminin ilk tesis edildiği tarihten itibaren hesaplanacak faizi ile birlikle ödenmesi talebinde bulunmuştur.

110. Anayasa Mahkemesi başvurucunun, dinî inancı gereği başörtüsü kullanması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun din özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

111. Başvurucu 5525 sayılı Kanun'dan yararlanarak başka bir kurumda göreve başlatılmış ve bu karar tarihi itibarıyla emekli olmuş olduğundan din özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yoktur.

112. Başvurucuya din özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında net 20.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

113. 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.

114. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

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

B. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Başvurucuya din özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında net 20.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 226,10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. 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,

G. Kararın bir örneğinin bilgi için Ankara 6. İdare Mahkemesine (E.2002/1677, K.2003/952) ve Danıştay 12. Dairesine (E. 2007/5348, K. 2010/2207) GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 18/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

SARA AKGÜL BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/269)

Karar Tarihi: 22/11/2018

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	**:** Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	**:** Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	**:** Engin YILDIRIM
Üyeler	**:** Serdar ÖZGÜLDÜR
	Serruh KALELİ
	Recep KÖMÜRCÜ
	Hicabi DURSUN
	Celal Mümtaz AKINCI
	Muammer TOPAL
	M. Emin KUZ
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Kadir ÖZKAYA
	Rıdvan GÜLEÇ
	Recai AKYEL
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	**:** Recep KAPLAN
Başvurucu	**:** Sara AKGÜL
Vekili	**:** Av. Fatih CANBAY

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, başörtüsü yasağından dolayı üniversiteden ilişiği kesilen öğrencinin almış olduğu bursları iade etmek zorunda kalmasının din özgürlüğünü ve eğitim hakkını ihlal ettiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 2/1/2015 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 bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

8. Birinci Bölüm tarafından 31/10/2018 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 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:

A. Başvuru Konusu Olay

10. 1982 doğumlu olan başvurucu 2000 yılında Boğaziçi Üniversitesi (Üniversite) Fen Bilgisi Öğretmenliği Bölümüne kayıt yaptırmıştır. Başvurucu 2000 ile 2005 yılları arasında Millî Eğitim Bakanlığından (MEB) mecburi hizmet karşılığı burs almıştır. Başvurucu, bu bursla ilgili olarak 1/11/2000 tarihli bir taahhütname imzalamış ve taahhütnamedeki yükümlülüklerini ihlal etmesi hâlinde Bakanlıkça yapılacak bütün masrafları yasal faiziyle birlikte tazmin etmeyi kabul etmiştir.

11. Üniversitenin kayıtlarında başvurucu, 2000-2001 akademik yılında dil hazırlık sınıfı, 2001-2002 akademik yılında 1. sınıf, 2002-2003 akademik

yılında 2. sınıf, 2003-2004 akademik yılında 3. sınıf, 2004-2005, 2005-2006 akademik yılları ile 2006-2007 akademik yılının 1. yarıyılında 4. sınıf öğrencisi olarak görünmektedir. Üniversitenin Eğitim Fakültesi Yönetim Kurulunun 11/9/2007 tarihli kararı ile4. sınıf öğrencisi iken kaydını yenilemediği gerekçesiyle başvurucunun Üniversiteden ilişiği kesilmiştir.

12. Başvurucu, 2004 yılından önce okuluna devam ederken herhangi bir sorunla karşılaşmadığı hâlde 2004 yılından sonra Üniversite kapısında -Çevik Kuvvet polisleri ve polis panzerlerinin bulunduğu bir ortamda- kendisinden başını açmasının istendiğini belirtmektedir. Başvurucu bu şartlarda başörtülü olarak derslere ve sınavlara girmesine izin verilmediğinden eğitimine devam edemediğini, devamsızlık sorunu oluştuğunu ve bu sebeple Üniversiteden atıldığını ifade etmektedir.

13. Derece mahkemelerinin kararlarındaki tespitlere göre başvurucu, öğrenimi süresince herhangi bir disiplin cezası almamış ve ilişik kesme işlemine karşı dava açmamıştır.

14. Başvurucu, kamuoyunda Af Kanunu olarak bilinen 22/10/2008 tarihli ve 5806 sayılı Kanun uyarınca Üniversiteye 12/2/2009 yılında tekrar kaydını yaptırarak 2012 yılında Üniversiteden mezun olmuştur.

15. MEB tarafından, başvurucunun aldığı bursla ilgili 1/11/2000 tarihli taahhüdünü Üniversiteden ilişiğinin kesilmesi nedeniyle ihlal ettiğinden bahisle 4.972,50 TL tutarındaki miktarı geri ödemesi gerektiği yönünde 13/11/2012 tarihli işlem tesis edilmiştir. Başvurucunun bu işleme itirazı MEB tarafından 25/12/2012 tarihinde reddedilmiştir. Başvurucu, haciz tehdidinden dolayı ödemelere başlamak zorunda kaldığını ifade etmektedir.

16. Başvurucu, bursun geri istenmesi işlemine karşı;

i. Öğrenciliği sorunsuz ve başarılı bir şekilde devam etmekte iken anayasal haklara açıkça aykırı bir şekilde başörtülü olarak derslere ve sınavlara girmesine izin verilmediğinden devamsızlık sorunu oluştuğunu ve bu sebeple okuldan atıldığını,

ii. Başörtüsü yasağının hukuki hiçbir dayanağının bulunmadığını ve bu yasağın kendisine uygulanmasıyla Anayasa tarafından korunan eğitim hakkının elinden alındığını,

iii. Devamsızlığına sebep olan olayların kendi kusur veya ihmalinden kaynaklanmadığını, anayasal özgürlüklerine yönelik hukuka aykırı kısıtlama ortadan kalktığı anda okuluna dönerek 2012 yılında mezun olduğunu, bu nedenle kendi durumunun ilgili Danıştay içtihatları da nazara alınarak mücbir sebep kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini,

iv. 5/6/1989 tarihli ve 3580 sayılı Öğretmen ve Eğitim Uzmanı Yetiştiren Yükseköğretim Kurumlarında Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Kanun'da ve burs olarak ödenen miktarın geri istenmesi işlemine dayanak olan taahhütnamede bahsi geçen *öğretim kurumunu terk etme* fiilini asla işlemediğini,

belirterek iptal davası açmıştır.

17. Başvurucunun açtığı davada İstanbul 1. İdare Mahkemesi 27/9/2013 tarihinde aşağıdaki gerekçelerle anılan işlemi iptal etmiştir:

"...Dava dosyasının incelenmesinden, Boğaziçi Üniversitesi Fen Bilgisi Öğretmenliği Bölümünde burslu olarak eğitim gören davacının, başörtülü öğrencilerin derslere alınmaması nedeniyle eğitimine devam edemediği ve bu kapsamda üniversite ile ilişiğinin kesildiği, sonrasında 2012 yılında yürürlüğe giren Af Kanunu uyarınca eğitimine kaldığı yerden devam ederek mezun olduğu, öte yandan, davacının söz konusu burs çerçevesinde Milli Eğitim Bakanlığı'na verdiği taahhütnamede yükümlülüklerini ihlal halinde Bakanlıkça yapılacak bütün masrafları yasal faiziyle birlikte tazmin etmeyi kabul ettiği, ... taahhüdün ihlal edildiğinden bahisle 4.972,50 TL ödenmesi gerektiğine ilişkin işleme karşı davacının yaptığı itirazın ... reddinin ve söz konusu miktarın davacıdan en kısa sürede tahsil edilmesinin ... istenilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, her ne kadar yukarıda metni verilen mevzuat hükümleri uyarınca iki yarıyıldan fazla dönem kaybetmesi halinde öğrencinin burs hakkının sona erdiği, bu doğrultuda davacının bu hükmü ve dolayısıyla Milli Eğitim Bakanlığı'na verdiği taahhütname hükümlerini ihlal ettiği sabit olsa da, davacının inanç özgürlüğü kapsamında taktığı başörtüsü nedeniyle, hukuka ve Anayasaya aykırı olarak eğitiminin Üniversite

yönetimince engellendiği, bu nedenle eğitimine devam etmeme sebebinin davacının bir Anayasal hak olan inanç özgürlüğünün engellenmesi olduğu, bu nedenle davacının, eğitimine devam etmemesinin kendi kusurundan kaynaklanmadığı, dolayısıyla eğitimine devam etmediğinden bahisle mevzuat uyarınca doğan parasal sorumluluğun davacıya yükletilmesinde hukuka ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk bulunmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamıştır."

18. İdarenin itirazı üzerine İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 28/4/2014 tarihinde aşağıdaki gerekçelerle idarenin itirazını yerinde bularak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve davayı reddetmiştir:

"...Mahkememizin 18.03.2014 tarihli ara kararıyla, Boğaziçi Üniversitesi Rektörlüğü'nden davacının, öğrenimine ne zaman başladığını, ne zaman mezun olduğunu ve bu süre zarfında ilişiğinin kesilip kesilmediğini, ilişik kesilmişse bu işleme karşı dava açılıp açılmadığını gösteren bilgi ve belgelerin onaylı örneklerinin (öğrenci belgeleri, fakülte disiplin kurulu kararları, mahkeme kararları vs.) istenilmesine karar verilmiş, Rektörlükçe verilen cevabi yazıda, davacının 2000/2001 akademik yılında üniversiteye kaydını yaptırdığı, 2004/2005, 2005/2006akademik yılları ve 2006/2007 akademik yılı 1. yarıyılında 4. sınıf öğrencisi olduğu, 4. Sınıf öğrencisi iken kayıt yenilenmemesi nedeniyle 11.09.2007 tarihli fakülte yönetim kurulu kararı ile üniversiteden ilişiğinin kesildiği, ancak 2008 yılında çıkarılan 5806 sayılı Kanun uyarıncatekrar kaydını yaptırarak 2012 yılında mezun olduğu, ayrıca öğrenim süresi içinde disiplin cezası almadığı ve üniversiteden ilişiğinin kesilmesine ilişkin işleme karşı dava açıldığı yönünde ellerinde bir belge-bilgi bulunmadığı belirtilmiştir.

Öğrenim süresi içinde herhangi bir disiplin cezası almadığı anlaşılan davacının, 2004-2007 yılları arasındaki dönem kayıplarına ilişkin işlemlere ve/veya üniversiteden ilişiğinin kesilmesine dair işleme karşı dava açma hakkını kullanmadığı, dolayısıyla davacının dönem kaybetmesinin, kendisi dışındaki zorlayıcı sebeplerden kaynaklandığı ve haklılığına dair delil gösteremediği, buna göre, iki yarı yıldan fazla dönem kaybettiği sabit olan davacının, bursluluk halinin sona ermesi

nedeniyle hakkında tazminat kovuşturulması yapılmasında hukuka ve mevzuat hükümlerine aykırılık bulunmadığından, okula devam edememesinin davacının kendi kusurundan kaynaklanmadığı kanaatiyle dava konusu işlemleri iptal edenmahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare itirazının kabulüne, dava konusu işlemin iptali yolundaki İstanbul 1. İdare Mahkemesi Hakimliği'nin ... kararının bozulmasına, davanın reddine, ... karar verildi.

19. Başvurucunun bu karara karşı yaptığı karar düzeltme başvurusu İstanbul Bölge İdare Mahkemesince 23/10/2014 tarihinde reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 3/12/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

20. Başvurucu 2/1/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

21. Başvurucu; 2000 yılında Üniversitenin Eğitim Fakültesi Fen Bilgisi Öğretmenliği Bölümüne 3580 sayılı Kanun kapsamında burslu olarak kayıt yaptırdığını, 2004 yılından itibaren ise başörtülü öğrencilerin derslere alınmaması nedeniyle eğitimine devam edemediğini, 2004-2005, 2005-2006akademik yılları ile 2006-2007 akademik yılının 1. yarıyılında 4. sınıf öğrencisi olarak göründüğünü, başörtülü olarak derslere ve sınavlara girmesine izin verilmediğinden devamsızlık sorunu oluştuğunu ve bu sebeple okuldan atıldığını iddia etmiştir.

22. Bu iddialara karşı Üniversite tarafından verilen 14/6/2018 tarihli cevapta başvurucunun 2004-2007 yılları arasında başörtülü öğrencilerin ders ve sınavlara alınmaması nedeniyle öğrenimine devam edemediğine dair iddiasının geçerli olmadığı, Üniversite yetkili kurulları tarafından bu yönde bir karar alınmadığı gibi fiilî bir uygulamanın da bulunmadığı belirtilmiştir. Üniversite konuya ilişkin bazı bilgi ve belgeler ile Eğitim Fakültesi Dekanlığının açıklamasını yazı ekinde sunmuştur. Yazıda, başvurucunun almış olduğu derslerin hiçbirinde herhangi bir öğrencinin derslere devamının kılık kıyafet nedeniyle engellenmesinin söz konusu olmadığı ve başvurucunun başarısız olduğu derslere ek olarak kendi talebi ile aldığı sağlık ve/veya ekonomik mazeretlerine dayalı izinleri ve kayıt yaptırmamaktan dolayı ilişiğinin kesilmesi gibi nedenlerden dolayı eğitim süresinin uzadığı belirtilmiştir.

23. Başvurucu bu beyanlara ilişkin cevabında; Üniversitenin iddialarının kesinlikle doğru olmadığını ve Üniversitede 2004-2007 yılları arasında -özellikle kendisinin öğrencisi olduğu Eğitim Fakültesi Fen Bilgisi Öğretmenliği Bölümünde- başörtüsü yasağının uygulandığını belirterek öğrenci olduğu 2000'li yılların başında Üniversitede başörtüsü yasağının uygulandığını gösteren gazete nüshalarını delil olarak sunmuş; MEB'in bursun geri istenmesi bağlamında kendisine karşı açmış olduğu bir alacak davasında dinlenen ve kendi lehine olan F.Z.K.B. ve S.Y. isimli tanıkların beyanlarının dikkate alınmasını istemiştir.

24. Başvurucunun sunduğu gazete nüshalarından biri ulusal yayın yapan Millî Gazete'nin 28/9/2002 tarihli nüshasıdır. Anılan nüshada manşetten *"Gözünüz Kör mü?"* başlığıyla verilen haberde *"Boğaziçi Üniversitesi'nde başörtülü öğrenciler okula sokulmayıp eğitim hakları gasbedildi"* şeklinde ifadeler yer almıştır. Haberin devamında başörtülü öğrencilere işgalci muamelesi yapılarak ceza verildiğine ilişkin görüş ve eleştirilere yer verilmiştir.

25. Başvurucunun delil olarak eklediği gazete nüshalarından bir diğeri ise ulusal yayın yapan Tercüman gazetesinin 8/12/2004 tarihli nüshasıdır. Anılan nüshanın 15. sayfasında *"Başörtüsüne Özgürlük"* başlığıyla verilen haberde başvurucunun ve başvurucunun tanık olarak gösterdiği kişilerden S.Y. isimli kişinin de aralarında bulunduğu üniversitelerdeki başörtüsü yasağı dolayısıyla mağdur olmuş on kişinin kurduğu *"Başörtüsüne Özgürlük Girişimi"*nin kuruluş amacına ve faaliyetlerine değinilmiştir.

26. Başvurucunun dikkate alınmasını talep ettiği deliller arasında MEB'in başvurucuya karşı açtığı alacak davasına bakan İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesinin E. 2015/115 sayılı dosyasının 14/6/2016 tarihli duruşmasına ait tutanakta, F.Z.K.B. ve S.Y. isimli kişilerin tanık olarak beyanları yer almaktadır. Anılan tutanağa göre her iki tanık da kendilerinin de başvurucuyla birlikte aynı Üniversitede aynı dönemde öğrenci olduklarını, hem başvurucunun hem de kendilerinin başörtüsü yasağından etkilendiklerini, bu yasağın güvenlik görevlileri marifetiyle uygulandığını, Üniversiteye alınmadıklarını ve eğitimlerine ara vermek durumunda kaldıklarını belirtmişlerdir.

B. Türkiye'de Yükseköğretim Öğrencilerine Yönelik Başörtüsü Yasağının Tarihsel Süreci

27. Yükseköğretim öğrencilerine yönelik başörtüsü yasağı, Türkiye'de 1960'lı yıllardan bu yana üzerinde en çok tartışma yaşanan konulardan biri olmuştur. Bu bağlamda yükseköğretimdeki başörtüsü yasağının kronolojisi 1960'lı yıllardan başlatılabilir. Ancak meselenin hukuki düzenlemelere konu olması 1980'li yıllardan sonradır.

28. Yükseköğretim öğrencilerine yönelik başörtüsü yasağını getiren ilk düzenleyici işlemin 7/12/1981 tarihli ve 17537 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan mülga Millî Eğitim Bakanlığı ile Diğer Bakanlıklara Bağlı Okullardaki Görevlilerle Öğrencilerin Kılık Kıyafetlerine İlişkin Yönetmelik olduğu bilinmektedir.

29. Anılan Yönetmeliğin MEB'e bağlı yüksekokullarda eğitim gören kız öğrencilerin uymaları gereken giyim kurallarını düzenleyen hükmüne göre kız öğrencilerin *"...baş[ı] açık, saçlar[ı] düzgün taranmış veya toplanmış olur. Kurum içinde baş örtülmez."*

30. 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte yükseköğretim öğrencilerinin kılık ve kıyafetlerine ilişkin düzenlemeler Yükseköğretim Kurulu (YÖK) tarafından yapılmaya başlanmıştır.

31. YÖK'ün 20/12/1982 tarihli Genelgesi'nde *"Yabancı uyruklu öğrenciler de dahil olmak üzere, bütün kız ve erkek öğrencilerin, ... başı açık olacak ve kurum içinde baş örtmeyecektir"* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

32.YÖK'ün 10/5/1984 tarihli Genelgesi'nde *"20 Aralık 1982 tarihli genelge ile ilgili olarak yapılan görüşmelerde, yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören kız öğrencilerin başlarının açık olması esası yer almış olmasına rağmen, bazı yükseköğretim kurumlarında, sayıları az da olsa bazı kız öğrencilerin müessese içinde başörtüsü kullandıkları konusu üzerinde durarak bu durumun etkin bir surette önlenmesi gerektiği; ancak modern bir şekilde 'türban' kullanılabileceği görüşü"* benimsenmiştir.

33. 13/3/1985 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nde 8/1/1987 tarihli Resmî

Gazete'de yayımlanan değişiklikle yapılan düzenlemede *"Yükseköğretim Kurumlarının dershane, laboratuar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak"* yasaklanmış ve bu yasağa aykırı hareket edenler için *kınama disiplin cezası* öngörülmüştür.

34. Aynı Yönetmelik'te 4/12/1988 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan değişiklikle kılık kıyafetle ilgili yukarıdaki düzenleme *"Yüksek öğretim kurumlarının dershane, laboratuar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak (Dini inanç nedeniyle boyun ve saçlar, örtü veya türbanla kapatılabilir)"* şekline dönüştürülmüştür.

35. 1988 yılında 2547 sayılı Kanun'a bir madde eklenerek *"Yükseköğretim kurumlarında, dershane, laboratuar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir."* hükmü getirilmiştir. Bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından *laik bir devlette yasal düzenlemelerin din kurallarına göre yapılamayacağı* gerekçesiyle iptal edilmiştir (AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989).

36. 7/7/1989 tarihinde Danıştay, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin dinî inanç nedeniyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılabilmesine imkân veren hükmünü iptal etmiştir.

37. 28/12/1989 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan değişiklikle Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nde değişiklik yapılarak kılık kıyafet konusunda yukarıda yer verilen düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır.

38. İptal kararından sonra 1990 yılında 2547 sayılı Kanun'a *"Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir."* şeklindeki ek 17. madde hükmü eklenmiştir. Düzenlemenin iptal istemi reddedilmiş ancak Anayasa Mahkemesinin karar gerekçesinde, 7/3/1989 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına atıfla, *"yükseköğretim kurumlarındaki kılık kıyafet serbestisinin", "dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması"*nı ve" *dinsel nitelikli giysileri kapsamadığı"* saptanmıştır (AYM, E.1990/36, K.1991/8, 9/4/1991).

39. 1990'lı yılların ortasından itibaren ve özellikle 28/6/1996 tarihinde Necmettin Erbakan'ın başbakanlığında kurulan 54. Hükûmetle birlikte başörtüsü konusu ülke gündeminde tekrar yoğun bir biçimde tartışılmaya başlanmıştır.

40. İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü 23/2/1998 tarihinde başörtülü öğrencilerin üniversiteye alınmaması talimatı veren bir Genelge çıkarmıştır. Genelge'de aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

> *"Anayasa, yasa, yönetmelikler, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Üniversite Yönetim Kurulu Kararları doğrultusunda, (yabancı uyruklu öğrenciler dahil) bayan öğrencilerin başları bağlı olarak (başörtülü olarak), ... ders, staj ve uygulamalara alınmamaları gerekmektedir. Bu nedenle öğrencilere ait yoklama listelerine, başları bağlı veya sakallı öğrencilerin numara ve adı yazılmamalı, numaraları ve adları listede olmadığı halde pratik ve dershaneye girip orada bulunmakta ısrar eden öğrenciler uyarılmalı ve dershaneden çıkmıyorsa, isim ve numaraları alınarak, dersin yapılmayacağı kendilerine bildirilmeli ve dershaneden çıkmamakta direniyorlarsa, öğretim üyesi tarafından tutanakla durum saptanarak, dersin engellendiği belirtilmeli ve ders yapılmayarak, durum öğrenciler hakkında cezai işlem yapılmak üzere ilgili Anabilim Dalı, Bölüm ve Dekanlığa / Müdürlüğe ivedi olarak bildirilmelidir. "*

41. Anılan Genelge'nin iptal edilmesi için dava açılmış ve nihai olarak İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin 19/8/1998 tarihli ret kararıyla Genelge'nin hukuka aykırılığı iddiası reddedilmiştir.

42. YÖK, İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin anılan kararını 7/9/1998 tarihli Genelge ile tüm üniversitelere göndermiştir. Genelge'nin ilgili kısmı şöyledir:

> *"...kadın öğrencilerin başörtü[l]ü ... olarak ders, staj ve uygulamalara alınmamaları yolunda İstanbul Üniversitesi Rektörlüğünün 23.02.1998 tarihli işleminin ... aleyhine ... açılan davada ... tesis edilen işlemlerin hukuka ve mevzuata uygun olduğuna karar verilmiştir. Söz konusu kararın bir örneği yazımız ekinde gönderilmekte olup, bilgilerinizi ve gereğini rica ederim."*

43. YÖK'ün bu Genelgesi sonrası İstanbul Üniversitesindeki başörtüsü yasağı kısa bir süre içinde diğer üniversitelerde de uygulanmaya başlanmıştır.

44. Öte yandan üniversitelerdeki başörtüsü yasağı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) *Leyla Şahin/Türkiye* ([BD], B. No: 44774/98, 10/11/2005) kararına da konu olmuştur:

i. *Leyla Şahin/Türkiye* kararına konu olayda İstanbul Üniversitesinde Tıp Fakültesi öğrencisi olan başvurucu 12/3/1998 tarihinde, başörtüsü kullanması sebebiyle onkoloji yazılı sınavına alınmamıştır. Bu olayı müteakip tarihlerde de başvurucunun çeşitli derslere kaydı yapılmamış ve bazı sınavlara katılmasına izin verilmemiştir. Başvurucu, bu olaylar çerçevesinde ilgili disiplin hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle uyarma cezasına muhatap olmuş ve bir dönem okuldan uzaklaştırılmıştır. Başvurucunun bu işlemlere karşı açtığı davalar reddedilmiş ve başvurucu, Türkiye'de eğitimini yarıda bırakarak Viyana Üniversitesine kayıt yaptırmıştır (*Leyla Şahin/Türkiye*, §§ 14-28).

ii. Başvurucu, başörtülü olarak üniversiteye devam etmesine izin verilmemesinin din özgürlüğü ile eğitim hakkına haksız bir müdahale teşkil ettiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur.

iii. AİHM, bu başvuruda din özgürlüğü bağlamında yaptığı değerlendirmede 2547 sayılı Kanun'un ek 17. maddesini yorumlayan Anayasa Mahkemesinin 9/4/1991 tarihli kararını ve Danıştayın başörtüsü yasağı hususundaki yerleşik içtihadını dikkate alarak 2547 sayılı Kanun'un ek 17. maddesinin müdahalenin hukuken öngörülmüş olması koşulunu karşıladığı sonucuna varmıştır. AİHM ayrıca, başvurucunun din özgürlüğüne yönelik müdahalenin başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunmasına yönelik meşru amaçlar taşıdığını belirtmiştir (*Leyla Şahin/Türkiye*, §§ 84-99).

iv. AİHM din özgürlüğü bağlamında müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği konusunda değerlendirmelerini yaparken Anayasa Mahkemesinin 7/3/1989 tarihli kararında laiklik ilkesinin kişiyi devlet tarafından yapılan keyfî müdahalelere karşı korumaya ve aşırı hareketlerden gelen baskılara karşı korumaya da hizmet ettiği

yönündeki yorumunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) temelinde bulunan değerlerle uyum içinde bulunduğunu belirtmiştir. AİHM; bu bağlamda laiklik ilkesine saygılı olmayan bir tutumun, mutlaka kişinin dinini açıklama özgürlüğü kapsamında kaldığının kabul edilmesinin gerekmediği ve Sözleşme'nin 9. maddesinin korumasına sahip olmadığı sonucuna varmıştır. AİHM başörtüsü sorununun değerlendirilmesinde dinsel bir zorunluluk gereği kullanıldığı algısı bulunan ya da böyle olduğu iddia edilen başörtüsü gibi bir simgeyi kullanmanın başörtüsü takmayı tercih etmeyenler üzerindeki etkisinin de hatırda tutulması gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, Türkiye'de kendi dinî sembollerini ve dinî kurallar üzerine inşa edilmiş bir toplum fikrini tüm topluma empoze etmeye çalışan radikal siyasi hareketlerin bulunduğunu da not ettiğini ve taraf devletlerin kendi tarihi tecrübeleri temelinde ve Sözleşme'ye uygun olarak bu tür siyasi hareketlere karşı tutum takınabileceğini belirtmiştir. AİHM, laiklik ilkesinin üniversitelerde dinî semboller kullanma yasağının temelinde yatan en önemli sebep olduğu; çoğulculuk, diğerlerinin haklarına saygı ve bilhassa kadın ve erkeğin hukuk önünde eşitliği değerlerinin öğretildiği ve uygulandığı böyle bir ortamda yetkili otoritelerin kurumun laik yapısını korumayı arzu etmelerinin ve dolayısıyla başörtüsü de dâhil olmak üzere dinî giysilere izin verilmesini söz konusu değerlere aykırı görmelerinin anlaşılabilir bir durum olduğu kanaatine varmıştır (*Leyla Şahin/Türkiye*, §§ 113-116).

v. AİHM, ilave olarak müdahalenin orantılılığı noktasında eğitim organizasyonunun kısıtlılıkları çerçevesindeki limitler dâhilinde Türk üniversitelerinde Müslüman öğrencilerin İslam inancının alışılagelmiş ibadet şekilleriyle ibadet ederek dinlerini açığa vurma konusunda serbest oldukları ve İstanbul Üniversitesi tarafından kabul edilen 9/7/1998 tarihli kararda Üniversite yerleşkesinde diğer dinî giysi çeşitlerinin de yasaklanmış olduğu tespitinde bulunmuştur. AİHM, somut olay bağlamında 1994 yılında İstanbul Üniversitesinde öğrenciler için başörtüsü kullanımına izin verilip verilmemesi konusu gündeme geldiğinde tıp dersleri bakımından rektör yardımcısının kıyafet konusundaki kuralların gerekçelerini öğrencilere hatırlattığını ve Üniversitenin her yerinde başörtüsü kullanımına izin verilmesi

yönündeki taleplerin yanlış anlaşıldığını belirterek tıp derslerine uygulanabilir olan kamu düzeni sınırlamaları çerçevesinde mevzuata ve yüksek mahkeme içtihatlarına uygun olan kurallara uymalarını istediğini belirtmiştir (*Leyla Şahin/Türkiye*, §§ 117-119).

vi. AİHM'e göre Anayasa Mahkemesi ve Danıştay da başörtüsü yasağı konusunda yerleşik bir içtihat oluşturmayı başarmıştır. AİHM; bu konuda karar alma süreçleri boyunca Üniversite yetkililerinin ilgililerle sürekli bir diyalog içinde, başörtüsü kullanan öğrencilerin Üniversiteye erişimlerine mani olmayacak biçimde, aynı zamanda düzenin muhafaza edilmesini garanti altına alacak ve özellikle ilgili dersin doğasının zorunlu kıldığı gerekliliklere uyulacak biçimde, gelişen durumlara adapte olma çabasında olduklarına işaret etmiştir (*Leyla Şahin/Türkiye*, § 120).

vii. AİHM bu bağlamda başvurucunun kıyafet kurallarına uymama fiilinin hiçbir disiplin yaptırımına tabi tutulmamış olmasının hiçbir kuralın mevcut olmadığı anlamına geldiği yönündeki iddiasını kabul etmemiştir. AİHM; iç kurallara uyumun nasıl sağlanacağı noktasında bir görüş belirtmenin kendi işi olmadığını, eğitim topluluğuyla olan doğrudan ve devamlı ilişkileri bakımından Üniversite yetkililerinin ilke olarak yerel gereksinimleri ve koşulları veya belli bir dersin gerekliliklerini değerlendirmek noktasında kendisine nazaran daha iyi bir konumda olduklarını ifade etmiştir. AİHM, başvuru konusu olaydaki düzenlemelerin meşru bir amaç taşıdığını tespit ettiği bir durumda orantılılık ölçütünü bir kurumun *iç kurallar* kavramını anlamsız hâle getirecek biçimde uygulayamayacağını belirtmiştir. AİHM'e göre Sözleşme'nin 9. maddesi, dinî bir inanç tarafından yönlendirilecek şekilde davranma hakkını her zaman garanti etmez ve bu şekilde davrananlara makul şekilde gerekçelendirilmiş olan kurallara riayet etmeme hakkı tanımaz (*Leyla Şahin/Türkiye*, § 121).

viii. AİHM yukarıdaki gerekçelerle müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği konusunda Sözleşme'ye taraf olan devletlerin takdir payını gözönüne alıp müdahalenin güdülen amaçla orantılı ve ilke olarak haklı olduğunu tespit etmiş ve hak ihlali olmadığına karar vermiştir (*Leyla Şahin/Türkiye*, § 122).

ix. AİHM eğitim hakkı kapsamındaki değerlendirmelerinde ise din özgürlüğü bağlamında ulaştığı sonuçları dikkate alarak müdahalenin hukuken öngörülmüş olduğunu, başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunmasına yönelik meşru amaçlar taşıdığını belirtmiştir. AİHM müdahalenin orantılılığı konusunda müdahalenin öğrencilerin alışılagelmiş ibadet şekilleri çerçevesinde yüklenen görevleri ifa etmelerini aksatmadığını, iç kuralların uygulamasına ilişkin karar verme sürecinin mümkün olduğu ölçüde değerlendirmeye alınan çeşitli menfaatleri dengeleme gereğini yerine getirdiğini ve Üniversite yetkililerinin sağduyulu bir şekilde başörtüsü kullanan öğrencileri geri çevirmekten kaçınma ve aynı zamanda başkalarının haklarını ve eğitim sisteminin menfaatlerini koruma konusundaki sorumluluklarını aynı anda yerine getirebilecekleri bir yol arama çabasında olduklarını tespit etmiştir. AİHM son olarak söz konusu sürece başörtülü öğrencilerin menfaatlerini korumaya elverişli -ilgili düzenlemelerin kanuna uygun olması gerekliliği ve yargısal denetim şeklinde- güvencelerin eşlik ettiğini belirlemiştir. AİHM'e göre ayrıca, tıp öğrencisi olan başvurucunun İstanbul Üniversitesinin dinî kıyafetlerin giyilebileceği alanları sınırlandıran 23/2/1998 tarihli Genelgesinden habersiz olduğunu veya bu sınırlamaların uygulamaya konulma nedenleri hususunda yeterince bilgilendirilmediğini düşünmek gerçekçi değildir. AİHM'e göre başvurucu, bu Genelge tarihinden sonra başörtüsü kullanmayı sürdürdüğü takdirde -daha sonra gerçekleştiği üzere- derslere ve sınavlara alınmama riski bulunduğunu makul bir biçimde öngörebilirdi (*Leyla Şahin/Türkiye*, §§ 158-160).

x. AİHM sonuç olarak başvurucuya yönelik müdahalenin eğitim hakkının özünü zedelemediği ve Sözleşme'de güvence altına alınan diğer haklarla da çatışmadığı kanaatine ulaşmış ve hak ihlali olmadığı yönünde karar vermiştir (*Leyla Şahin/Türkiye*, §§ 161, 162).

45. 1995 yılından başlayarak 2011 yılının sonlarına kadar devam eden süreçte üniversite öğrencilerine yönelik başörtüsü yasağı uygulamasına ilişkin pek çok gelişme yaşanmıştır. Bu gelişmeler ulusal basında da geniş ölçüde yer almıştır. Söz konusu gelişmelerin önemli görülenlerinin bir kısmı şöyledir:

i. Üniversitelerde başörtülü öğrencilerin derslere, sınavlara hatta üniversite yerleşkelerine alınmaması, üniversite yerleşkelerine veya dersliklere girmek isteyen başörtülü öğrencilerin kolluk görevlilerince zaman zaman şiddet kullanılarak engellenmesi

ii. Bir şekilde derslere ya da sınavlara giren başörtülü öğrencilerin numara ve adlarının devam çizelgelerine yazılmaması, bu öğrencilerin dersten atılması, direnen öğrencilere disiplin soruşturması açılarak ceza verilmesi

iii. Üniversitelere kayıt esnasında verilen başörtülü fotoğrafların kabul edilmemesi ve bu nedenle başörtülü öğrencilerin üniversitelere kayıtlarının yapılmaması

iv. Başörtülü öğrencilere öğrenci kimliklerinin verilmemesi

v. Başörtülü öğrencilere başlarını açmaları yönünde telkinlerde bulunmak üzere *''ikna odaları''* kurulması

vi. Başörtülü kız öğrencilerin eylemlerine destek veren diğer öğrencilere de disiplin cezası verilmesi

vii. Okul birincisi olan başörtülü öğrencilere başarı belgesi verilmemesi

viii. Üniversite yönetimlerince öğrencilere başörtüsü kullanmayacaklarına dair taahüttname imzalatılması

ix. Bazı üniversitelerde başörtülü öğrencilerin peruk, şapka, bere, bone vb. takarak üniversiteye devam etmesine izin verilmesi şeklindeki uygulamanın sonraki dönemlerde YÖK Genelgesi ile yasaklanması

x. Üniversitelerin çıkardıkları yönetmelik, genelge vb. idari düzenlemelerde kız öğrenciler için başı açık olma şartının getirilmesi

xi. Açıköğretim sınavlarına başörtülü öğrencilerin alınmaması, sınava bu şekilde giren öğrencilere sıfır puan verilmesi

xii. Diğer fakülteler yanında ilahiyat fakültelerinde de başörtüsü yasağının uygulanması

xiii. Mezun olan başörtülü öğrencilere başı açık fotoğraf vermedikleri için diplomalarının verilmemesi

xiv. Üniversiteye giriş sınavı için başı açık fotoğraf sunma zorunluluğunun olması ve başörtülü öğrencilerin üniversiteye giriş sınavlarına alınmaması

xv. Üniversite yıllığında başörtülü fotoğrafı bulunan öğrencilere soruşturma açılması

xvi. Başörtülü öğrencilerin üniversitelerin yemekhane, kütüphane gibi hizmetlerinden yararlanmasının ve sempozyum, konferans, panel vb. bilimsel etkinliklere katılımlarının engellenmesi

xvii. Başörtülü öğrencilere müsamaha gösteren üniversite yöneticisi ve akademisyenlere yönelik soruşturmalar açılması

46. Üniversiteler yukarıdaki işlemlerine genel olarak Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 yıllarında aldığı kararları ve bunlara ilave olarak sonraki dönemlerde AİHM'in *Leyla Şahin/Türkiye* kararını dayanak almışlardır.

47. Öte yandan üniversitelerdeki başörtüsü yasağını sonlandırmak üzere 9/2/2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına *"bütün işlemlerinde"* ibaresinden sonra gelmek üzere *"ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında"* ibaresi; 2. maddesi ile de Anayasa'nın 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere "*Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.*" biçimindeki fıkra eklenmiştir.

48. Anılan Kanun'un genel gerekçesi ile Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerindeki değişiklik gerekçeleri şu şekildedir:

"GENEL GEREKÇE

Anayasanın 10 uncu ve 42 nci maddelerinde yapılması öngörülen değişiklikler, yükseköğretim hizmetlerinden kişilerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak, herhangi bir nedenle ayrımcılığa tabi

tutulmadan yararlanmasının önündeki engelleri kaldırmayı amaçlamaktadır. Devletin temel amaç ve görevlerinden biri de kişinin temel hak ve hürriyetlerini, hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaktır.

Yükseköğretim kuramlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır. Buna rağmen, ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir. Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde "fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür" nesillerin yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğrenim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasanın 10 uncu ve 42 nci maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur.

MADDE GEREKÇELERİ

Madde 1- Kanun önünde eşitlik, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez ilkelerinden biridir. Bu ilkeyi uygularken Devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri vardır. Devlet organları ve idarî makamlar, hiçbir sebeple bireyler arasında ayrımcılık yapamayacağı gibi, bu yöndeki ayrımcılık girişimlerini de önlemekle yükümlüdürler.

Nitekim, Anayasanın 5 inci maddesine göre "kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" Devletin temel amaç ve görevleri arasındadır. Devlet bu temel görevini yerine getirirken, herkesin kamu hizmetlerinden eşit bir şekilde yararlanmasını sağlamaya yönelik her türlü tedbiri almak zorundadır. Tüm idare makamları gibi üniversiteler de

yükseköğretim hizmeti sunarlarken dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep, giyim, kuşam ve benzeri sebeplerle bu hizmetten yararlanan kişiler arasında ayrımcılık yapamazlar.

Madde 2- Eğitim ve öğrenim hakkı, kişilerin en temel ve vazgeçilmez haklarından biridir. Bu nedenle bu hakkın sınırlandırılması ancak kanunun açıkça belirttiği istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Nitekim Anayasanın 13. maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin "özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla" sınırlanabileceği belirtilmektedir. Kanunun açıkça yasaklamadığı bir fiil, tutum veya davranıştan dolayı idare hiç kimseyi eğitim ve öğrenim hakkından mahrum bırakamaz. Buna rağmen ülkemizde bazı kişilerin kanunda açıkça yazılı olmayan sebeplerden dolayı yükseköğrenim hakkından mahrum bırakıldıkları da bir gerçektir. İşte bu nedenle yapılan değişikliğin amacı, münhasıran yükseköğretim hizmetlerinden yararlanan vatandaşlar arasında eşitliği sağlamak ve yükseköğretim kurumlarında öğrenim hakkından mahrum edilen kişilerin bu hak mahrumiyetini ortadan kaldırmaktır."

49. Anayasa Mahkemesi 5/6/2008 tarihli kararıyla (E.2008/16, K.2008/116) aşağıdaki gerekçelere dayanarak söz konusu değişiklikleri iptal etmiştir:

"a) Teklif edilebilirlik yönünden

...

Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibariyle doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak

değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin, 5735 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu inceleyebileceğinin ve söz konusu maddelerin Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmadığı, aykırı olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.

...

b) İçerik yönünden

...

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın 1. ve 2. maddeleri Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

..."

50. YÖK'ün İstanbul Üniversitesine gönderdiği Temmuz 2010 tarihli yazıda *"Kurallara aykırı davrandığı veya disiplin suçu işlediği düşünülen öğrenciler hakkında öğretim elemanı tarafından yapılacak işlem, durumun bir tutanağa bağlanarak varsa ispata yarar evrakın tutanağa eklenmesi suretiyle disiplin yönünden gerekli işlemi yapmak üzere ilgili dekanlığa/müdürlüğe iletmekten ibarettir. Bu nedenle derse katılmak isteyen öğrenciyi derse almayarak, dersten çıkararak veya derse girmiş öğrenciyi yok göstererek kanun ve yönetmeliklerde yer almayan bir yaptırım uygulayan öğretim elemanının bu fiilinin disiplin suçu teşkil edeceği açıktır."* şeklinde bir değerlendirmeye yer verilerek başörtülü öğrencilerin derslere ve sınavlara girmesinin engellenmemesi istenmiştir. Bu yazıya karşın kimi üniversiteler başörtüsü yasağı konusundaki hukuki durumun belirsizliğini gerekçe göstererek başörtülü öğrencilerin derslere girmesini engellemeye devam etmişlerdir. İlgili dönemdeki YÖK Başkanı anılan yazı dolayısıyla ceza soruşturmasına muhatap olmuştur.

51. Yaşanan süreçte başörtüsü yasağı nedeniyle derslere ve sınavlara giremeyen pek çok öğrencinin devamsızlık gerekçesiyle veya üniversite yerleşkelerine alınmadıklarından kayıtlarını yenileyemedikleri için üniversiteden ilişiği kesilmiştir.

52. Üniversite öğrencilerine yönelik başörtüsü yasağına karşı açılan davaları derece mahkemeleri genel olarak ilgili dönemde yerleşik içtihat hâline gelen gerekçelerle reddetmiştir. Bu gerekçeler Danıştay 8. Dairesinin19/12/2000 tarihli ve E. 1999/2224, K. 2000/8338 sayılı kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

"...Uyuşmazlık ,kılıkkıyafet kurallarına uymayan davacının derslere ve sınavlara alınmamasına ilişkin davalı idare işleminden doğmuştur.

1982 Anayasasının Başlangıç bölümünde, Atatürk İlke ve Devrimlerine bağlılık velaiklik ilke olarak benimsenmiş; 2. maddesinde de, Türkiye Cumhuriyetinin, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan

demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Anayasanın 42. maddesinde, bu ilkelerin eğitim ve öğretimde degeçerli olduğu kurala bağlanmış, eğitim ve öğretim hürriyetinin Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir.

Anayasada yer alan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin genel nitelikte iradesini yansıtan bu hükümlere parelel olarak 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 4. maddesinde; yükseköğretimin amacının öğrencileri Atatürk İnkılapları ve İlkeleri doğrultusunda, Atatürk milliyetçiliğine bağlı vatandaşlar olarak yetiştirmek olduğu açıklanmış, Kanunun 5. maddesinde de öğrencilere bu ilkeler doğrultusunda Atatürk Milliyetçiliğine bağlı hizmet bilincinin kazandırılması, yükseköğretimin "ana ilkeleri" arasında sayılmıştır.

Diğer taraftan uyuşmazlık konusu somut olay ile ilgili yasal düzenlemelerebakıldığında; 2547 sayılı Yasaya 3670 sayılı Yasa ile eklenen Ek: 17. maddede, yürürlükteki yasalara aykırı olmamak koşulu ile Yükseköğretim Kurumlarında kılık kıyafet serbesttir," kuralı getirilmiştir. Görüldüğü gibi, yasada yer alan "serbest" sözcüğü burada mutlak anlamda bir serbestliği değil, "yürürlükteki yasalara aykırı olmama" koşuluyla birlikte hüküm ifade eden "koşullu serbestliği" içermektedir. Bu şekilde sınırları çizilen kılık-kıyafet serbestliğinin, başta Anayasa olmak üzere diğer yasalardaki yansımalarının hangi çerçeve içerisinde yer aldığına bakmak gerektiğinden Yükseköğretim Kurumlarında öğrencilerin kılık ve kıyafetinin Anayasanın 174. maddesiyle güvence altına alınan devrim yasalarına, T.C. Anayasanın ilke ve kurallarına, Cumhuriyetin özgün niteliklerine, diğer taraftan yükseköğretimin, 2547 sayılı Yasanın 4. maddesiyle belirlenmiş olan amaçlarına aykırı olmaması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Bu açıdan 3511 sayılı Yasanın 2. maddesiyle 2547 sayılı Yasaya eklenen Ek 16. maddede yer alan "Yükseköğretim Kurumlarında, dersane laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarda çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç nedeniyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbesttir" kuralının 2. cümlesinin, Anayasaya aykırılığı savıyla açılan davada, Anayasa Mahkemesi, dava konusu kuralı 7.3.1989 gün, 1989/12 sayılı kararı ile iptal etmiş ve

gerekçesinde de, "çağdaş bir görünüm taşımayan başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysinin Türk devriminin ilkelerine aykırı olduğu, Anayasanın 174. maddesi kapsamındaki devrim yasalarının amaç, erek ve içeriklerinin öngördüğü nitelikleri gözardı ederek dinsel inanç gereğine dayalı bir düzenleme getiren dava konusu kural Anayasaya aykırıdır." denilmek suretiyle başörtüsü veya türbanlı olarak yükseköğretim kurumlarında bulunmayı serbest bırakan kuralların Anayasaya aykırı olduğu saptanmış bulunmaktadır.

Yine benzer biçimde, 3670 sayılı Yasanın 12. maddesiyle getirilen yasa kuralının Anayasaya aykırılığı savı ile açılan davada da; Anayasa Mahkemesi; "Anayasa Mahkemesinin 7.3.1989 günlü 1989/12 sayılı kararına aykırı olmayan ve Yükseköğretim Kurumlarında çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık kıyafetin serbest bırakılmasını öngörmeyen, ancak yürürlükteki yasalara aykırı olmamak kaydıyla kılık ve kıyafette serbestlik tanıyan ek: 17. maddenin Anayasaya aykırı olmadığı" yolundaki kararı ile de bir önceki kararındaki boyun ve saçların başörtüsü ve türbanla kapatılması durumunun kılık kıyafet serbestisi dışında tutulması gerektiği yolundaki görüşünü tekrar etmiştir.

Öte yandan; 2547 sayılı Yasanın 13. ve 16. maddelerinde Rektör ve Dekanın eğitim, öğretim ve bilimsel araştırma ve yayım faaliyetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesinde ve sonuçlarının alınmasında birinci derecede sorumluluklarının bulunduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla bu yetki ve sorumluluk çerçevesinde idareler, faaliyet alanlarıyla ilgili olarak düzenleme yapma yetkisine sahip olduklarından, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumununda kamu düzeninin korunması, eğitim ve öğretimde güven huzur bozan eylemlerin etkili bir biçimde önlenmesi için, hukuk devleti ve laiklik ilkesi ile adalet ve hakkaniyet ölçütleri de gözetilmek suretiyle düzenlemede bulunmasını engelleyen bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Bu yetki kapsamında, davalı üniversitenin Anayasa'ya, laiklik ilkesine ve yükseköğretimin amacına aykırı olan, eğitim ve öğretimin huzur ve güvenliğini bozan durumların giderilmesi amacıyla öğretim ve eğitimin zorunlu koşullarına uygun olarak, yaptığı düzenlemelerle yaptırımlar getirmesi, eğitim kurumunun gözetim ve denetimiyle ilgili vazgeçilmez bir yetki kullanımıdır. Bir dizi önlemler

içeren söz konusu genelge, temyize konu mahkeme kararında değinilen disiplin suçlarının önlenmesi, üniversitedeki huzurun sağlanması ve eğitimin aksaksız sürdürülmesi işlevine de sahiptir.Tüm bu özellikler, dava konusu genelgenin, eğitim özgürlüğünü sınırlama olarak değerlendirilemeyeceğinde kuşku bulunmadığını gösterdiği gibi; anılan öğrenim özgürlüğünün gerçek anlamıyla ve esenlik içinde uygulanmasına yönelik olduğunda da duraksamaya yer bırakmamaktadır.

Bu açıdan, yükseköğrenim kurumlarının dersliklerinde ve eğitimle ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden ve yüksek öğretimde karışıklık ve karmaşa yaratan ve huzur bozan durumlardan uzak kalınması zorunluluğu gözetildiğinden laik eğitim kuralına ve Yükseköğretim ilke ve amacına, yükseköğrenim düzeninin sağlanmasına aykırılık teşkil eden eylemlerin önlenmesi idarenin görevidir.

Belirtilen bu durumlar karşısında, üniversitelerde aklın ve bilimin öncülük ettiği, tek tür eğitim düzeni içinde duygu ve görüş birliğini sağlamaya yönelik, özgür düşünceli, özgür vicdanlı, ulusal değerlere saygılı, çağdaş görüşlü ve çağdaş görünümlü insan yetiştirme amacına aykırılık teşkil etmeyen dava konusu işlemde hukuka ve ilgili mevzuata aykırılık bulunmamaktadır."

53. 2011 yılından sonraki dönemde üniversiteden üniversiteye değişen uygulamalara rastlanılmış olmakla birlikte başörtüsü yasağı üniversite yönetimlerince -üniversite öğrencilerinin kılık kıyafetlerine ilişkin mevzuatta herhangi bir değişiklik olmamasına karşın- zaman içinde tamamen sona erdirilmiştir.

54. Öte yandan Anayasa Mahkemesi avukatlara yönelik başörtüsü yasağının kanuniliği konusunu *Tuğba Arslan* kararında ([GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, §§ 98-100) değerlendirmiştir. Bu başvuruda, avukat olan ve ilgili mahkemece hakkında başörtülü olarak duruşmada görev yapamayacağı yönünde karar alınan başvurucu, başörtülü şekilde duruşmalara girilmesini engelleyen herhangi bir kuralın bulunmadığını, dolayısıyla Anayasa'nın 24. maddesinde koruma altına alınan din özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, bu kararında gerek AİHM'in *Leyla Şahin* kararının ve gerekse de AİHM'in

dayandığı Türkiye'de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı hâline gelen Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli kararlarının Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan *kanunilik şartı*nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemeyeceğini tespit etmiş; başvuruda din özgürlüğünün ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

55. Anayasa Mahkemesi devlet memurlarına yönelik başörtüsü yasağını değerlendirdiği *B.S.* kararında ise (B. No: 2015/8491,18/7/2018, §§ 87, 88) dinî inancı gereği başörtüsü kullanması nedeniyle başvurucuya devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesi şeklindeki başvurucunun dinini açığa vurma hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığı konusunda ciddi tereddütler söz konusu olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme bununla birlikte bu başvuru bakımından müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu konusunda yaptığı değerlendirmeleri nazara alarak müdahalenin kanuniliği konusunda nihai bir sonuca varmayı gerekli görmemiştir. Mahkeme bu başvuruda, başvuruya konu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı kanaatine ulaşmış ve başvurucunun din özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

56. Hâlihazırda üniversite öğrencilerinin kılık ve kıyafeti konusunda yürürlükte olan tek hukuki düzenleme 2547 sayılı Kanun'un *"Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir"* hükmünü içeren ek 17. maddesidir.

C. Boğaziçi Üniversitesinde Başörtüsü Yasağına İlişkin Uygulama

57. Boğaziçi Üniversitesince, Üniversite yetkili kurulları tarafından başörtüsü yasağı konusunda bir karar alınmadığı gibi fiilî bir uygulamanın da olmadığı belirtilmiştir (bkz. § 22). Ancak yapılan incelemeler sonucu tespit edilen bazı resmî belgelerde yer alan bilgiler Boğaziçi Üniversitesinde başörtüsü yasağının uygulandığını göstermektedir.

i. İlgili dönemdeki Rektör tarafından imzalanmış olan 13/11/1998 tarihli ve 225 sayılı -derslere başörtüsü ile giren Yabancı Diller Yüksekokulu öğrencisi H.U.nun muhatabı olduğu- yazıda, dinî inanç sebebiyle başın örtülmesinin disiplin suçu oluşturduğu ve H.U.nun

başörtüsü takma fiilini tekrarlaması hâlinde ilgili mevzuat çerçevesinde kendisine ceza verileceği bildirilmiştir.

ii. Üniversitenin Hukuk Müşaviri tarafından imzalanan 10/10/2001 tarihli ve 169 sayılı F.Z.K. isimli öğrenciye muhatap yazıda, Üniversitede uygulanan başörtüsü yasağı uygulamasının yargı kararlarına, İstanbul Valiliği ve YÖK Genelgelerine ve Üniversite Yönetim Kurulunun aldığı karara uygun olduğu belirtilmiştir.

iii. Üniversitenin Kayıt İşleri Şube Müdürü tarafından imzalanan 6/5/2002 tarihli ve 585 sayılı yazıda, yukarıda belirtilen H.U. isimli öğrenciye başörtüsü kullanması nedeniyle iki yarıyıl üniversiteden uzaklaştırma cezası verildiği belirtilmiştir.

iv. İlgili dönemdeki Rektör S.T. tarafından imzalanan 15/9/2003 tarihli, Boğaziçi Üniversitesi öğrencilerinin muhatap olduğu yazıda, başörtülü olarak Üniversiteye ve derslere girilmesine kesinlikle izin verilmeyeceği; başörtülü olarak derslere girilmesi hâlinde ilgili mevzuat çerçevesinde ceza verileceği bildirilmiştir.

58. Bu çerçevede başörtüsü yasağının 2000'li yılların başından itibaren Boğaziçi Üniversitesinde uygulanmaya başlandığı görülmektedir. Anılan yasağın Üniversitede en azından 2009 yılına kadar devam ettiğine ve birçok protesto gösterisine konu olduğuna dair ulusal basında çok sayıda habere rastlamak mümkündür.

59. Bu haberlerden başvuru dosyasında yer alanlardan bir kısmı şu şekildedir: Yeni Şafak gazetesinin 11/10/2001 tarihli nüshasında yer alan *"Başörtülüler Giremez"* başlıklı haber; Akit gazetesinin 12/10/2001 tarihli nüshasında yer alan "*Boğaziçi'nde Rektör Değişti, Yasak Başladı*" başlıklı haber; Sabah gazetesinin 10/4/2002 tarihli nüshasında yer alan "*Rektörün Türban TEPKİSİ*" başlıklı haber; Yeni Şafak gazetesinin 28/9/2002 tarihli nüshasında yer alan "*Boğaziçililer de Yasağı Kınadı*" başlıklı haber; Yeni Şafak gazetesinin 19/5/2004 tarihli nüshasında yer alan "*Başörtüsü Dilekçesine 1 Yıldır Cevap Bekliyorlar*" başlıklı haber; Milliyet gazetesinin 15/10/2008 tarihli nüshasında yer alan "*Boğaziçi'nde Yine Türban Krizi Çıktı*" başlıklı haber.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kanun

60. 3580 sayılı Kanun'un *"Amaç"* kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun amacı, öğretmenlik mesleğini ve eğitim uzmanlığını cazip hale getirerek eğitimin kalitesini yükseltmek; öğretmen ve eğitim uzmanı yetiştiren yükseköğretim kurumlarına talebi artırmak için Milli Eğitim Bakanlığı adına mecburi hizmet karşılığı parasız yatılı veya burslu öğrenci okutmak ve bunlarla ilgili usul ve esasları düzenlemektir."

61. 3580 sayılı Kanun'un *"Sorumluluk"* kenar başlıklı 12. maddesi şöyledir:

"Parasız yatılı veya burslu okuma hakkını kaybeden veya öğrenim kurumunu terk edenlere Bakanlıkça yapılmış masraflar, faizi ile birlikte tahsil olunur. Yüklenme senedi hükümleri saklıdır."

2. Yönetmelik

62. 3/1/1990 tarihli ve 20391 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Öğretmen ve Eğitim Uzmanı Yetiştiren Yüksek Öğretim Kurumlarında Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Yönetmelik'in (Yönetmelik) *"Parasız yatılılık ve bursluluğun sona ermesi"* kenar başlıklı 17. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Aşağıdaki hallerde parasız yatılı veya burslu okuma hakkı sona erer.

a) Devam ettiği öğretim kurumundan kaydı silinmiş olmak,

.....

h) Öğretim süresince iki yarıyıldan fazla dönem kaybetmek."

63. Yönetmelik'in *"Yükümlülük"* kenar başlıklı 18. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Sağlık sebebi dışında parasız yatılılık veya bursluluk hakkını kaybedenler ... hakkında tazminat kovuşturması yapılır."

3. Başvurucu Tarafından İmzalanan Taahhütname

64. Başvurucunun almış olduğu bursla ilgili olarak imzaladığı 1/11/2000 tarihli taahhütnamenin ilgili kısmı şöyledir:

"'Milli Eğitim Bakanlığı hesabına Fen Bilgisi Öğretmenliği Hazırlık öğrenimi yapmak üzere girdiğim öğretim kurumu ile ilgili kanuna, tüzük ve yönetmeliklere öğrenim planına göre öğrenim yapacağımı aşağıda yazılı hususlarla birlikte şimdiden kabul ve taahhüt ederim.'

1. Kendi isteğimle öğrenimi bıraktığım,

...

3. Okumakta olduğum okuldan, ... Yönetmelikte kabul edilmeyen sıhhi sebeplerle veya başka sebeplerle ayrıldığım,

4. Kanun, tüzük, yönetmeliklerde ve öğrenim planında yazılı sertifika veya devamsızlığım yahut cezalı bulunmam sebebiyle giremediğim veya girip de başaramadığım ve diplomamı alamadığım,

... takdirde;

'Milli Eğitim Bakanlığının benim için yapmış olduğu bütün masrafların her biri için tediye sarf tarihinden itibaren (yıl sonu hesaplan dikkate alınmak kaydıyla) tahakkuk ettirilecek %50 kanuni faizi vesair ve kanuni ödemelerle birlikte, ilgili kurum veya Hazine emrine hüküm istihsaline hacet kalmaksızın nakden ve defaten tediye edeceğimi şimdiden kabul ve taahhüt ederim.'"

B. Uluslararası Hukuk

1. Din Özgürlüğü

65. Din özgürlüğüne ilişkin uluslararası hukuk kaynakları için bkz. *Tuğba Arslan*, §§ 51-94.

66. Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Komitesi (Komite) yakın tarihli bir kararında Türk üniversitelerindeki başörtüsü yasağı konusunu incelemiştir (*Şeyma Türkan/Türkiye*, B. No: 2274/2013, 17/7/2018).

i. Bu karara konu olayda; 1987 doğumlu bir Türk vatandaşı olan başvurucu, 2006 yılında -üniversiteye giriş sınavında uygulanan başörtüsü yasağı nedeniyle- dinî inancı gereği kullandığı başörtüsü üzerine taktığı perukla üniversite giriş sınavına girmiştir. Üniversite giriş sınavına ilişkin kurallar başörtülü olarak sınava girmeye izin vermediğinden başvurucu böyle bir tercihte bulunmuştur. Sınavı kazanan başvurucu 2006 yılında Sütçü İmam Üniversitesine -başörtüsü yasağı nedeniyle- başörtüsü üzerine taktığı perukla kayıt yaptırmaya gitmiş ancak yetkililer Rektörün talimatını gerekçe göstererek başvurucudan peruğu çıkarmasını istemişlerdir. Başvurucunun peruğu çıkarmayı reddetmesi üzerine kaydı yapılmamıştır (*Şeyma Türkan/Türkiye*, §§ 2.1, 2.2).

ii. Başvurucu kayıt yapılmamasına ilişkin işleme karşı Gaziantep 2. İdare Mahkemesinde dava açmıştır. Bu dava ve davada verilen karara karşı yapılan temyiz başvurusu reddedilmiştir (*Şeyma Türkan/Türkiye*, §§ 2.4-2.8.).

iii. Başvurucu, bu karara karşı Komite'ye yaptığı başvuruda BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin (MSHS) 2. (ayrımcılık yasağı), 3. (cinsiyet eşitliği), 14. (adil yargılanma hakkı), 18. (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), 25. (siyasi haklar) ve 26. (hukuk önünde eşitlik) maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür (*Şeyma Türkan/Türkiye*, § 3.1).

iv. Başvurucu 18. madde bakımından din özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanun tarafından öngörülmediğini ve başörtüsünü yasaklayan bir hukuksal düzenlemenin bulunmadığını belirtmiştir. Üniversiteye kaydının engellenmesinin 18. madde kapsamında meşru bir amacının da bulunmadığını belirten başvurucu, başörtüsü üzerine peruk takmasının kamu güvenliğine, sağlığına, düzenine veya ahlaka karşı bir tehdit oluşturmadığını ve kendisinin başkalarının haklarını ihlal etmekle de suçlanamayacağını ifade etmiştir (*Şeyma Türkan/Türkiye*, § 3.2.).

v. Başvurucu ilave olarak devletin kendisine cinsiyet ve din temelinde ayrımcılık yaptığını ileri sürmüştür. İktidardan ve ordudan etkilenen ve Anayasa Mahkemesi kararlarını dayanak alan yargı

makamlarının da kendisini korumakta başarısız olduğunu belirten başvurucu, bu nedenle MSHS'nin 2., 3., 25. ve 26. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir (*Şeyma Türkan/Türkiye*, § 3.3.).

vi. Başvurucu, Üniversite tarafından idare mahkemesine sunulan bazı belgelerin duruşma öncesinde kendisine ulaştırılmamış olmasıyla MSHS'nin 14. maddesi bağlamında savunma hakkının ihlal edildiğini, ayrıca MSHS'nin ihlal edildiğine ilişkin iddialarına derece mahkemelerince bir cevap verilmediğini ve yargılamanın makul süreyi aştığını belirtmiştir (*Şeyma Türkan/Türkiye*, § 3.4.).

vii. Türkiye Cumhuriyeti Devleti adına başvurucunun iddialarına karşı bildirilen görüşte, başvurucuya yönelik uygulamanın -başvuru konusu olay dönemindeki- ilgili mevzuata ve bağlayıcı nitelikte olan Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun olduğu belirtilmiştir. Anılan görüşte 2011 ve 2012 yıllarında yapılan mevzuat değişiklikleriyle; başvurucununkine benzer sebeplerle eğitimine ara vermek durumunda kalan kimselere eğitimlerine devam etme imkânı sağlandığı ve bu kapsamda başvurucunun da eğitimine devam etme imkânına kavuştuğu ifade edilmiştir. Görüşte bu kapsamda başvurucunun haklarına yönelik bir ihlal olmadığı, bir ihlal olduğu kabul edilse dahi başvurucunun hakkı iade edildiğinden ve başvurucunun iddiaları mevzuattaki değişiklikler nedeniyle temelsiz hâle geldiğinden başvurunun kabul edilemez bulunması gerektiği ileri sürülmüştür (*Şeyma Türkan/Türkiye*, §§ 4.1., 4.2.).

viii. Komite başvuruyu kısmen kabul edilebilir bulmuş ve din özgürlüğü, hukuk önünde eşitlik ve cinsiyet eşitliği bağlamında esas incelemesi yapmıştır.

ix. Komite din özgürlüğü bağlamında başvurucunun dinî inançları gereği başörtüsü üzerine peruk takması nedeniyle Üniversiteye kaydının yapılmamasının başvurucunun din özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varmıştır (*Şeyma Türkan/Türkiye*, § 7.3.).

x. Müdahalenin hukuken öngörülmüş olması koşulu bakımından başvurucunun başörtüsü ya da peruk takmanın mevzuat tarafından yasaklanmadığı yönündeki iddiasını ve Türkiye Cumhuriyeti devletinin

müdahalenin kanuni bir temeli bulunduğu yönündeki iddialarını not ettiğini belirten Komite, müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı bakımından yaptığı değerlendirmeyi nazara alarak müdahalenin hukuken öngörülmüş olması koşulu bakımından bir çözüme ulaşmak durumunda olmadığını belirtmiştir (*Şeyma Türkan/Türkiye*, § 7.5.).

xi. Müdahalenin 18. maddede öngörülen kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını veya ahlakı veya başkalarının temel hak ve özgürlüklerini koruma amaçlarını nasıl karşıladığı ile orantılılığı ve gerekliliği konusunda Türkiye Cumhuriyeti Devletinin herhangi bir açıklamada bulunmadığını belirten Komite, -amacı konusunda anlaşılabilir bir gerekçe bulunmayan- bu şekildeki genel bir kısıtlamanın Üniversiteye kayıt hakkını kaybeden başvurucuyu orantısız bir biçimde etkilediği sonucuna varmıştır. Komite bu nedenle başvuru konusu olayda başvurucunun din özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (*Şeyma Türkan/Türkiye*, § 7.6.).

xii. Kadınların kamusal alanlarda giyimine ilişkin düzenlemelerin MSHS'ce koruma altına alınan ayrımcılık yasağı da dahil olmak üzere pek çok hakkı ihlal edebileceğini hatırlatan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin başvuruya konu müdahalenin -meşru amaçların gerçekleştirilmesi noktasında- hangi makul ve nesnel kriterlere dayandığı konusunda bir açıklamada bulunmadığını değerlendiren Komite bu nedenle MSHS'nin hukuk önünde eşitlik ve din özgürlüğü ile bağlantılı olarak cinsiyet eşitliğiyle ilgili hükümlerinin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Şeyma Türkan/Türkiye*, § 7.8.).

2. Eğitim Hakkı

67. Eğitim hakkına ilişkin uluslararası hukuk kaynakları için bkz. *Özcan Özsoy*, B. No: 2014/5881, 15/2/2017, §§ 22-26.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

68. Mahkemenin 22/11/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Din Özgürlüğünün İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

69. Başvurucu, başını dinî inancı sebebi ile örttüğünü ifade etmiştir. Başvurucu, Üniversite kapısında Çevik Kuvvet polislerinin ve polis panzerlerinin bulunduğu bir ortamda başının açılmasının istendiğini, bu talebi reddetmesi nedeniyle okula alınmadığını, eğitimine devam edemediğini belirtmiş; bu sebeplerle din özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu; ayrıca Bölge İdare Mahkemesinin Türkiye'de başörtüsü yasağı sorunu hiç yaşanmamış gibi bu hususa ilişkin delilleri toplamadan, Boğaziçi Üniversitesinin de aralarında bulunduğu ilgili kurumlara başvuruya konu olayın yaşandığı dönemlerde başörtüsü yasağı olup olmadığını sormadan, öğrencilerin Üniversiteye girişlerinin Çevik Kuvvet ekiplerince engellenip engellenmediğini araştırmadan, eksik inceleme yaparak karar vermesinin adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

70. Bakanlık görüşünde;

i. Anayasa'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin din özgürlüğüne ilişkin hükümleri ile Anayasa Mahkemesi ve AİHM'in konuyla ilgili içtihadı hatırlatılmıştır.

ii. MSHS'nin din özgürlüğüne ilişkin hükümlerine ve Komitenin bu konudaki genel görüşlerine yer verilmiştir.

iii. Somut başvuruda ilgili uluslararası hukuk metinleri, AİHM kararları, BM insan hakları mekanizmalarının yorumları ve Anayasa Mahkemesinin konuya dair içtihatları çerçevesinde hukukun üstünlüğü ilkesi esas alınarak demokratik toplumun gereklilikleri doğrultusunda hak ve özgürlüklere öncelik verecek şekilde bir karar alınması gerektiği belirtilmiştir.

iv. Ülkemizde üniversite öğrencilerine ve kamu görevlilerine yönelik başörtüsü yasağına son veren hukuki düzenlemeler açıklanmıştır.

v. Başvurucunun okula devam edememesinin, dolayısıyla kayıt yenileyememesinin temelinde yatan esas hususun başvurucunun

başörtüsü kullanması olduğu ve bunun neticesi olarak da iki yarıyıldan fazla dönem kaybederek taahhüdünü ihlal ettiği gerekçesiyle hakkında tazminat kovuşturması başlatıldığı konusunda bir ihtilaf bulunmadığı ifade edilmiştir. Bakanlığa göre başvurucunun okula devam edememesi kendisinden değil tamamen dış faktörlerden kaynaklanan sebeplere dayalıdır.

vi. Başvurucunun açtığı davada verilen Bölge İdare Mahkemesi kararının gerekçelerinin başvurucunun din özgürlüğüne yönelik müdahalenin meşru amaç taşıyıp taşımadığı, demokratik toplumda gerekli ve orantılı olup olmadığının tespiti bakımından yapılacak değerlendirmeler açısından ilgili ve yeterli olmadığı belirtilmiştir.

vii. Başörtüsünün kamu düzenini ilgilendiren bir boyutunun olmadığı, toplumsal barış ve düzen açısından bir tehdit olmadığı, dolayısıyla başvurucunun hakkında uygulanan başörtüsü yasağının bir sonucu olarak öğrenimine devam edememesinin ve bunun neticesinde de, kendisine burs olarak verilen paranın geri alınmak istenmesinin onun din özgürlüğünü ihlal ettiği ifade edilmiştir.

2. Değerlendirme

71. 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 adil yargılanma hakkına dair şikâyetlerinin bir bütün olarak din özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Ayrıca üniversite öğrencilerinin başörtüsü kullanması ile laiklik arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi için mevcut başvuru bakımından yapılacak incelemede Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 13., 14., 68., 81., 103., 136. ve 174. maddelerinde yer alan laiklik ilkesinin de dikkate alınması gerekir.

72. Anayasa'nın *"Din ve vicdan hürriyeti"* kenar başlıklı 24. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

...

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

73. Başvurucu, burs olarak almış olduğu meblağın geri istenmesi işlemine karşı açılan davada başörtülü olarak derslere ve sınavlara katılmasına izin verilmemesinin ve bu sebeplerle Üniversiteden ilişiğinin kesilmesinin din özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğu yönündeki iddialarını dile getirmiştir.

74. Başvuru konusu olayda Üniversitenin 11/9/2007 tarihli kararı ile başvurucunun Üniversiteden ilişiği kesilmiştir. Derece mahkemelerinin kararlarındaki tespitlere göre başvurucu ilişik kesme işlemine karşı dava açmamıştır (bkz. §§ 11, 13). Bu çerçevede başvurucunun ilişiğinin kesilmesine ilişkin süreç Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin dışında kalmaktadır.

75. Ancak başvurucunun almış olduğu bursu geri ödemesinin kendisinden istenmesi Üniversiteden ilişiğinin kesilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Başvurucuya göre ilişik kesme işlemi başörtüsü yasağından kaynaklanmıştır. Derece mahkemeleri de bursun geri verilmesine gerekçe olan *öğrenim kurumunu terk etme* fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin tahkikatlarını yaparken -başvurucunun ilişik kesme işleminin gerekçesi olduğunu ileri sürdüğü- başörtüsü yasağının başvurucuya uygulanıp uygulanmadığına ilişkin değerlendirmelerde bulunmuşlardır.

76. Bu kapsamda başvurucunun bursla ilgili ödemelerin kendisinden geri istenmesine ilişkin işleme karşı açtığı dava, başvurucunun başörtüsü yasağından dolayı Üniversiteye devam edememesi nedeniyle ilişiğinin kesilmesi şeklinde gerçekleştiğini ileri sürdüğü müdahalenin sonuçlarıyla ilgilidir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, başvurucunun dinî inancı gereği başörtüsü kullanması nedeniyle Üniversiteden ilişiğinin kesilmesi şeklindeki müdahalenin din özgürlüğünü ihlal ettiğine dair şikâyetinin zaman bakımından yetkisi içinde kaldığı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi bu şikâyet kapsamında yapacağı incelemede yalnızca başvurunun somut koşulları çerçevesinde olmak üzere başvurucunun Üniversiteden ilişiğinin kesilmesine ilişkin süreci de gözönünde bulunduracaktır (aynı bağlamdaki değerlendirmeler için bkz. *B.S.,* § 47; başka bir bağlamda benzer değerlendirmeler için bkz. *Z. A.*, B. No: 2013/2928, 18/10/2017, §§50, 72).

77. Bu kapsamda açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan din özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Din Özgürlüğünün Demokratik Bir Toplumdaki Önemi

78. Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca din özgürlüğü Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarındandır (*Tuğba Arslan*, § 51; *Esra Nur Özbey*, B. No: 2013/7443, 20/5/2015, § 43).

79. Din özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri olmasının kökeninde dinin hem ona bağlı olan bireyler tarafından hayatı anlama ve anlamlandırmada başvurdukları temel kaynaklardan biri olması hem de toplumsal yaşamın şekillenmesinde önemli bir işlev görmesi bulunmaktadır. Bu işlev sebebiyle uluslararası düzlemde dinlerin özgürlükler karşısındaki konumlarından bağımsız olarak bireylerin belli ölçüler içinde din özgürlüğüne sahip olduğu kabul edilmiştir. Diğer özgürlükler gibi din özgürlüğü de uzun ve zorlu bir sürecin sonucunda belli yasal ve anayasal güvencelere sahip kılınmıştır. Nitekim din özgürlüğü, evrensel ve bölgesel düzeyde insan haklarına ilişkin uluslararası bildiri ve

sözleşmelerin birçoğunda korunan bir haktır (*Tuğba Arslan*, § 52; *Esra Nur Özbey*, § 44).

80. Anayasa'nın 24. maddesinin koruduğu hakkın vazgeçilmez olması; din özgürlüğünün hukukun üstünlüğüne dayanan, etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati öneme sahip olması nedeniyledir. Öte yandan din özgürlüğü ancak tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışı ile temellendirilen bir demokraside korunabilir (*Tuğba Arslan*, § 53; *Esra Nur Özbey*, § 45).

ii. Din Özgürlüğü Kapsamında Din veya İnancı Açığa Vurma Hakkı

81. Din özgürlüğü bağlamında *tanıma* devlet birey ilişkilerinde devletin tüm din veya inanç gruplarının varlığını eşit şekilde kabul etmesini gerektirir. Devletin çoğulcu bir tanıma siyaseti, bir yandan devleti toplumda herkese karşı eşit mesafede durmaya zorlarken öte yandan devletin herhangi bir dini ya da ideolojiyi resmen benimsemesine izin vermez. Çoğulculuk ise herkesin kendi kimliğiyle, kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla mümkündür. Farklılıkların ve farklı olanların tanınmadığı, tehditler karşısında korunmadığı bir yerde çoğulculuktan bahsedilemez. Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini *yanlış* olarak kabul etme yetkisine sahip değildir. Bu bağlamda Anayasa'da yer alan sınırlama sebepleri bulunmadıkça farklılıkların bir arada yaşatılması, çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gitmese de çoğulculuğun bir gereğidir. Din özgürlüğünü koruyan üçüncü anlayış ise bireylerin din ve vicdan özgürlüğünün eşit düzeyde korunmasının teminatı olan laiklikten doğan tarafsızlıktır (*Tuğba Arslan*, § 54; *Esra Nur Özbey*, § 46).

82. Anayasa'nın 24. maddesiyle anlam ve kapsamı belirlenen din özgürlüğü herkesin *"din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü"* güvenceye almaktadır (AYM, E.1997/62, K.1998/52, 16/9/1998). Bu bağlamda Anayasa'nın 24. maddesi; kişinin herhangi bir inanca sahip olmasını veya olmamasını, inancını açıklamaya zorlanamamasını, bunlardan dolayı kınanamamasını ve baskı altına alınamamasını güvence altına alarak

din özgürlüğünün içsel alanını, aynı şekilde öğretim, uygulama, tek başına veya topluca ibadet ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açığa vurma hakkı ile de din özgürlüğünün dışsal alanını tanıyıp koruma altına almıştır (*Tuğba Arslan*, §§ 55, 57; *Esra Nur Özbey*, §§ 47, 48).

83. Anayasa'nın 24. maddesi bir din veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen her davranışı korumaz ve kamusal alanda bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını her durumda garanti etmez. Bununla birlikte kişinin dinini ve inancını açığa vurma özgürlüğü Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullarda sınırlanabilir (*Tuğba Arslan*, § 59; *Esra Nur Özbey*, § 51).

iii. Laiklik İlkesi ile Din veya İnancı Açığa Vurma Hakkı Arasındaki İlişki

84. Kişinin dinini seçme hakkı ile din, inanç ve düşüncelerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlanamaması, bunlardan dolayı kınanamaması, baskı altında tutulamaması ile devletin belirli bir dini veya inancı kişilere dayatmamasını ifade eden din özgürlüğünün içsel alanı demokratik, laik bir hukuk devletinde kanun koyucunun her türlü etkisinin dışındadır. Bu durum 24. maddenin gerekçesinde *"...dini inanç ve kanaat hürriyeti, niteliği gereği hiçbir sınırlamaya tabi tutulamayacaktır. Bu husus 15. maddede açıkça belirtilmiştir"* ifadesi ile açıklanmıştır. Gerçekten de Anayasa'nın 15. maddesinde savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde dahi kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı açıkça belirtilmiştir (*Tuğba Arslan*,§ 58; *Esra Nur Özbey*, § 50).

85. Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 13., 14., 68., 81., 103., 136. ve 174. maddelerinde yer alan laiklik ilkesi ise devletin dinî inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Laiklik, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsetmemekte; onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dinî konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında, ancak koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din özgürlüğünün güvencesidir (AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012; *Tuğba Arslan*, §§ 133-135; *Esra Nur Özbey*, § 84).

86. Farklı dinî inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar laik devletin koruması altındadır. Nitekim Anayasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde yapılan tanıma göre *"Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen lâiklik, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dinî inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmaması anlamına gelir."* Devlet, din özgürlüğünün gerçekleşebileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır (AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012; *Tuğba Arslan*, § 137; *Esra Nur Özbey*, § 85).

87. Bu anlamda laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, bireylerin din özgürlüğüne zorunlu nedenler olmadıkça müdahale edilmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin din özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir. Laikliğin devlete yüklediği pozitif yükümlülüğün kaynağı, Anayasa'nın 5. ve 24. maddeleridir. Anayasa'nın 5. maddesine göre devletin temel amaç ve görevlerinden biri *"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."* (*Tuğba Arslan*, § 138; *Esra Nur Özbey*, § 86).

88. Bu kapsamda çoğulcu laiklik anlayışı, dinin, toplumsal görünürlüğüne imkân tanıyarak ve dini konulardaki bireysel tercihleri devletin müdahalesi dışında, ancak koruması altında tutarak din özgürlüğünün güvencesi hâline gelir. Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri bir ortamı sağlamaktır. Bu bağlamda çoğulculuğu ve toplumsal çeşitliliği, toplumsal birliği tehdit eden bir unsur olarak görmek demokrasi ile bağdaşmayan monolitik bir toplum anlayışını doğurur (*Tuğba Arslan*, §§ 139, 140).

iv. Laiklik İlkesi Gerekçe Gösterilerek Din Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi

89. Diğer yandan laiklik gerekçesinin din özgürlüğüne yönelik müdahale bakımından meşru bir sebep olarak ileri sürülebilmesi için müdahalenin makul bir temelinin bulunması, bu kapsamda müdahaleye maruz kalan kişinin davranış, tutum ya da eylemlerinin laiklik ilkesini ihlal ettiğine dair yeterli kanıt ileri sürülmesi ve laiklik gerekçesinin delillendirilmesi gerekir (*Tuğba Arslan*, § 141).

90. Bu anlamda laikliğin sınırlama sebebi olduğundan bahsedilebilmesi için dinî bir gereklilik olarak kullanıldığı belirtilen başörtüsünün saldırgan ya da başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı, tahrik edici, kendi inancını zorla dayatma amacı bulunduğunun veya toplumsal işleyişi tahrip ettiğinin, birtakım karışıklıklara ve düzensizliklere neden olduğunun gösterilebilmesi gerekir (*Tuğba Arslan*, § 142).

91. Bir dinin herhangi bir dışa vurum davranışının tek anlamının laik devlete dinî bir meydan okuma olduğu şeklindeki yorum ise bu dinin mensuplarının kendi eylemlerini tanımlama kapasitesini yok saymak anlamına gelir. Anayasa'da güvence altına alınan herhangi bir temel hakka yönelik sınırlandırmanın meşru kabul edilebilmesi, kaygılar ve varsayımlarla değil yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve hukuki olarak şüphe götürmeyecek nedenlerin ortaya konulması ile mümkün olabilir. Bu sebeple doğru yargılama ilkesi gereğince bir din veya inancın dışa vurum davranışının laikliğin çoğulcu anlamına aykırı olduğunu somut delillerle kanıtlama yükümlülüğü başvurucuya değil bu gerekçeyle sınırlandırma yapan devlete düşer. Hukuk, *olanı* esas alır; kuşkuya ve gelecekteki olasılıklara göre karar verilemez (*Tuğba Arslan*, § 143).

92. Son olarak-başvuru konusu olayı ilgilendiren yönüyle-başörtüsünün *laiklik karşıtı* bir *dinî ve siyasî simge* olduğu varsayımının ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi, başörtüsü kullananların kullanmayanlar üzerinde yaratabileceği etkilerin değerlendirilmesinde kolaylık sağlar. Anayasa'nın 26. maddesi bağlamında, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş; yalnızca ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya

çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda devlet otoritelerinin müdahalelerinde daha geniş bir takdir marjına sahip oldukları kabul edilmiştir (*Cemal Halis*, B. No: 2014/118, 13/7/2016, § 30). O hâlde başörtüsü kullanarak dinin açıklanmasının yasaklanabilmesi için başkalarının hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının engellendiğini gösteren çok önemli gerekçelere dayanılması gerekir (*Tuğba Arslan*, § 144).

v. Müdahalenin Varlığı

93. Başvurucu, kendisine başörtüsü yasağının uygulandığını iddia etmiş, ilk derece mahkemesi de başvurucuya başörtüsü yasağının uygulandığını kabul etmiştir. Bölge İdare Mahkemesi ise başvurucunun dönem kaybının başörtüsü yasağından kaynaklandığını ispatlayamadığı yönünde bir kanaate varmıştır. Ancak Bölge İdare Mahkemesi bu kanaate ulaşırken sadece Üniversitenin başvurucunun ilişiğinin kayıt yenilenmemesi nedeniyle kesildiği, öğrenim süresi içinde herhangi bir disiplin cezası almadığı ve ilişiğinin kesilmesine dair işleme karşı dava açma hakkını kullanmadığı yönünde sunduğu bilgilere dayanmıştır.

94. Anayasa Mahkemesi başvurucunun eğitimine devam edemediği dönemde öğrencisi olduğu Üniversitede başörtüsü yasağının uygulanmakta olmasını ve başörtülü öğrencilerin Üniversiteye ve derslere alınmadıklarını (bkz. §§ 24, 57, 59), başvurucunun başvuru konusu olay tarihinde üniversitelerdeki başörtüsü yasağı dolayısıyla mağdur olmuş kişilerin kurduğu *"Başörtüsüne Özgürlük Girişimi"*nin kurucuları arasında olmasını (bkz. § 25), anılan dönemde ülke genelinde üniversite öğrencilerine yönelik başörtüsü yasağı nedeniyle binlerce öğrencinin üniversitelere, ders ve sınavlara giremediklerini, başvurucunun derece mahkemelerindeki yargılamalar esnasında -istikrarlı bir biçimde- başörtüsü yasağına maruz kaldığını ileri sürmüş olmasını ve ilk derece mahkemesinin başvurucu lehindeki değerlendirmelerini bir bütün olarak ele aldığında başörtüsü yasağının başvurucuya uygulandığı kanaatine ulaşmaktadır. Başvurucunun Üniversiteden ilişiğinin kayıt yenilemediği gerekçesiyle kesilmiş olması bu değerlendirmeler bakımından farklı bir kanaate ulaşmayı gerektirmez. Başörtülü öğrencilerin üniversite kampüslerine dahi alınmadıkları şeklindeki ülke gerçeklerinden (bkz. § 45) hareket

edildiğinde başvurucunun kayıt yenilememe nedeninin Üniversite kampüsüne alınmamasından (bu yöndeki Boğaziçi Üniversitesi Rektörlüğü talimatı için bkz. § 57) kaynaklanmadığını kabul etmek için çok ciddi gerekçelerin olması gerekir.

95. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi bu aşamadan sonraki değerlendirmelerini başvurucuya başörtüsü yasağının uygulandığı yönündeki kabulü üzerinden yapacaktır.

96. Anayasa Mahkemesi *Tuğba Arslan* (bkz. §§ 74, 76) ve *Esra Nur Özbey* (bkz. § 62) kararlarında kadınların İslam dininin bir emri olduğu inancıyla başörtüsü kullanmasının Anayasa'nın 24. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bir konu olduğunu ve dinî inanç gereği başörtüsü kullanma hakkının yeri ve tarzı konusunda sınırlama getiren kamu gücü işlem ve eylemlerinin kişinin dinini açığa vurma hakkına bir müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir.

97. Mevcut başvuruda anılan tespitten ayrılmayı gerektiren bir yön bulunmamaktadır. Somut olayda başvurucunun dinî inancı gereği taktığı başörtüsüne sınırlama getiren kamu gücü işlem ve eylemleri başvurucunun dinini açığa vurma hakkına bir müdahale teşkil etmektedir.

vi. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

98. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 24. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

99. 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.*"

100. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriterlerini sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

101. Temel hak ya da özgürlüklere bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığıdır. Anayasa'nın 24. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabul edilebilmesi için müdahalenin *kanuni* bir dayanağının bulunması zorunludur (*Tuğba Arslan,* § 82).

102. Bu kapsamda ilk olarak başvuru konusu müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir.

(1) Genel İlkeler

103. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütü ilk olarak şeklî bir 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 oluşturur (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 54).

104. 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* ve *öngörülebilirliği* ile *kesinliğini* ifade eden *belirliliğ*ini garanti altına alır (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri,* § 55).

105. 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 mümkün hâle gelebilir. Böylece hukuk güvenliği sağlanarak kamu gücünü kullanan organların keyfî davranışlarının önüne geçilmiş olur (*Hayriye Özdemir*, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, §§ 56, 57).

106. Öte yandan Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca kanun 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).

107. 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).

108. 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 imkânsız hâle gelebilecektir (*Hayriye Özdemir*, § 57).

109. 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).

110. 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).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

111. Başvuru konusu olayda başvurucunun başörtüsü ile Üniversiteye devam etme talebi, kamu gücünü kullanan makamlar tarafından Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli kararları ile AİHM'in *Leyla Şahin/Türkiye* kararına ve bu kararlara dayanılarak çıkarılan bazı idari düzenleyici işlemlere istinaden engellenmiştir.

112. Yukarıda zikredilen ilkeler çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde başvurucunun din ve inanç özgürlüğünü sınırlandıran, 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 anlaşılmaktadır.

113. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuni dayanağa ihtiyaç vardır. Öğrencilerin üniversite eğitimlerini *başları açık* olarak sürdürmeleri gerektiğine dair kanuni bir sınırlama bulunmamaktadır. Gerek AİHM'in *Leyla Şahin* kararı ve gerekse de AİHM'in dayandığı ve Türkiye'de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı hâline gelen Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli kararları, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan *kanunilik şartı*nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemez.

114. Bu kapsamda somut olayda başvurucunun başörtüsü kullanması nedeniyle Üniversiteye devam etmesini engelleme şeklinde gerçekleşen din özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.

115. Müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı tespit edildiğinden din özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin varlığı hâlinde bulunması gereken ve Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen (bkz. §§ 77-79), Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen meşru amaçlardan biri kapsamında olma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk gibi kriterlere riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

116. Belirtilen nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Eğitim Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

117. Başvurucu, başörtüsü yasağı nedeniyle Üniversiteye devam edememiş olmasından dolayı almış olduğu bursun geri istenmesinin eğitim hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

118. Bakanlık görüşünde bu iddiaya ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

2. Değerlendirme

119. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz."

120. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında eğitim hakkının ilk, orta ve yükseköğrenim seviyelerini kapsadığına (*Hikmet Balabanoğlu*, B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 28; *İhsan Asutay*, B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 34), belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına etkili bir biçimde erişimin sağlanmasını güvence altına aldığına (*Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri*, B. No: 2013/583, 10/12/2014, § 68) ve kamu otoritelerine bireyin eğitim ve öğrenim almasını engellememe şeklinde bir negatif ödev yüklediğine (*Adem Öğüt ve diğerleri,* B. No: 2014/20527, 22/11/2017, § 44; *Yüksel Baran,* B. No: 2012/782, 26/6/2014, § 36) karar vermiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

121. 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

122. Demokratik bir toplumda eğitim hakkının vazgeçilmez bir önemi olduğu aşikârdır (bkz. *Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri*, § 66). Taşıdığı öneme karşın eğitim hakkı mutlak ve sınırsız bir hak olmayıp 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).

123. Bu kapsamda 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 gelişimini gerekse de bir okulun amaçlarına ulaşmasını sağlayacak araçların önemli bir parçasıdır. Ancak bu tip tedbirlere başvurmanın demokratik toplum düzeninin gereklerinden olduğu açıkça ortaya konulmalı ve uygulama, Anayasa'da yer alan diğer haklarla ters düşmemelidir (*Özcan Özsoy*, B. No: 2014/5881, 15/2/2017, § 49).

124. Eğitim hakkının belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişimin sağlanmasını güvence altına aldığı gözetildiğinde başvurucunun başörtüsü yasağı nedeniyle Üniversiteye devam edememiş olması eğitim hakkına yönelik bir müdahaledir.

125. Eğitim hakkına yönelik müdahale konusunda din özgürlüğü bağlamındaki şikâyetler bakımından müdahalenin kanunilik koşulunun sağlanmaması nedeniyle hak ihlali sonucuna varıldığı (bkz. § 114) dikkate alınarak başvurucunun Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının da ihlal edildiği neticesine ulaşılmıştır.

126. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 24. maddesinde korunan din özgürlüğünü kullanması nedeniyle Üniversiteye devam edememiş olmasının Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının ihlali niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir.

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 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."

128. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir (Detaylı açıklamalar için bkz. *Mehmet Doğan,* §§ 57-60).

129. Başvurucu, ihlalin tespiti ile yeniden yargılamaya hükmedilmesi ve 20.000 TL manevi tazminat ödenmesi talebinde bulunmuştur.

130. Anayasa Mahkemesi başvurucuya yönelik başörtüsü yasağı şeklindeki müdahale kanunilik koşulunu sağlamadığından başvurucunun din özgürlüğü ile eğitim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Somut başvuruda ihlalin başvurucuya yönelik başörtüsü yasağını dikkate almadan verilen mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

131. Bu durumda din özgürlüğünün ve eğitim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece

mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

132. Başvurucuya din özgürlüğü ve eğitim hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında net 20.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

133. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Din özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Eğitim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin din özgürlüğü ile eğitim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul Bölge İdare Mahkemesine (E.2014/2936, K.2014/8537) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya din özgürlüğü ile eğitim hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında net 20.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

E. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve 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,

H. Kararın birer örneğinin Millî Eğitim Bakanlığına, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına ve Boğaziçi Üniversitesi Rektörlüğüne GÖNDERİLMESİNE 22/11/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MURAT KALKAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/21904)

Karar Tarihi: 11/12/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Rıdvan GÜLEÇ

Raportör Yrd. : Ceren Sedef EREN

Başvurucu : Murat KALKAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, tutukluluk sırasında bir din görevlisiyle görüşme isteğinin kabul edilmemesi nedeniyle din özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 25/4/2017 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 bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Başvurucunun Şikâyetine İlişkin Olaylar

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

9. Başvurucu, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ve Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanmasına (FETÖ/PDY) üye olma suçlarından 17/7/2016 tarihinde tutuklanmıştır. Başvurucu, başvuru tarihinde Osmaniye 1 No.lu T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda (İnfaz Kurumu) anılan suçlardan tutuklu olarak bulunmaktadır.

10. Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün (Genel Müdürlük) 28/7/2016 tarihliyazısı ile ceza infaz kurumlarında FETÖ/PDY ile ilgili suçlardan tutuklu olarak bulunanların ikinci bir talimata kadar bir din adamıyla görüşmeden yararlanma imkânlarının durdurulması uygun görülmüştür.

11. Genel Müdürlüğün söz konusu yazısı uyarınca İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulu (Kurul) tarafından 9/8/2016 tarihinde, kurum güvenliği, asayişi ve işleyişi dikkate alınarak diğer terör örgütü üyeleriyle haberleşmelerinin engellenmesi amacıyla FETÖ/PDY üyeliğinden tutuklu bulunanların ikinci bir talimata kadar bir din adamıyla görüşmeden yararlanma imkânlarının durdurulmasına karar verilmiştir.

12. Başvurucu, tutuklu olarak bulunduğu süre içinde İslam dininin Hanefi mezhebine mensup bir din adamıyla görüşmek, iletişim kurmak ya da onlarca ziyaret edilmek istediğini Kurum idaresine ilettiğini belirtmiştir. Başvurucu; söz konusu taleplerinin 9/8/2016 tarihli Kurul kararı gerekçe gösterilerek sözlü olarak reddedildiğini, taleplerinin reddine dair yazılı karar isteğinin de idarece kabul edilmediğini ifade etmiştir.

13. Başvurucu söz konusu talebinin sözlü olarak reddedilmesi üzerine 13/3/2017 tarihinde Osmaniye İnfaz Hâkimliğine (Hâkimlik) şikâyette bulunmuştur. Başvurucu şikâyet dilekçesinde, Anayasa'nın 24. maddesi uyarınca dinini daha iyi öğrenebilmek için öncelikle Hanefi mezhebine mensup bir din adamıyla görüşmek istediğini belirtmiştir.

14. Hâkimlik 14/3/2017 tarihinde şikâyeti reddetmiştir. Hâkimlik, FETÖ/PDY ilgili suçlardan tutuklu bulunanların sayıca fazla olduğunu, mevzuat gereği bir, üç ve yedi kişilik odalara yerleştirildiklerini, bu kapsamda Kurumda güvenlik ve asayişin sağlanması amacıyla gerek aynı suç grubuna mensup hükümlü ve tutuklular gerekse diğer hükümlü ve tutuklularla yan yana getirilmemesi adına ikinci bir talimata kadar başvurucunun din adamı ile görüştürülme talebinin reddine karar verildiğini belirtmiştir.

15. Başvurucu, Hâkimliğin ret kararına itiraz etmiştir. Osmaniye 2. Ağır Ceza Mahkemesi 4/4/2017 tarihinde itirazı reddetmiştir. Mahkeme şikâyet konusu uygulamanın Kurumun güvenlik, asayiş ve işleyişi dikkate alınarak FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyelerinin birbirleriyle haberleşmelerinin engellenmesi amacıyla gerçekleştirildiğini belirtmiştir.

16. Başvurucu 25/4/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. Başvuru Tarihinden Sonra Gelişen Olaylar

17. Genel Müdürlüğün 7/6/2018 tarihli yazısıyla, ceza infaz kurumlarında FETÖ/PDY ile ilişkili tutuklu ve hükümlülerin din adamıyla görüşmesi faaliyetlerine ilgili mevzuat kapsamında devam edilmesi gerektiği bildirilmiştir. Bu doğrultuda söz konusu yazıda,hükümlü ve tutukluların suç ve cezaları ile örgütsel konumlarının ceza infaz kurumu idareleri tarafından dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi vegerek duyulması hâlinde ilgili faaliyete -örgütsel iletişime meydan vermeyecek şekilde- personel nezaretinde veya kamera bulunan bölümlerde gerçekleştirilmesi suretiyle devam edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

18. Kurul 25/6/2018 tarihinde, ilgili mevzuat uyarınca İnfaz Kurumunda bulunan her oda için ayrı ayrı belirlenen gün ve saatlerde, iki infaz koruma memuru eşliğinde yapılmak suretiyle tüm hükümlü ve tutukluların Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından görevlendirilen din adamıyla görüşmeleri uygulamasına devam edilmesine karar vermiştir. Anılan kararda iki infaz koruma memuru eşliğinde yapılması gereken bu uygulamanın, kurumda terör örgütü üyeliği suçundan sayıca fazla tutuklu bulunduğu ve bunların birbirleriyle haberleşmelerinin engellenmesi, ayrıca kurumda yangın

çıkarma, rehin alma, isyan çıkarma ya da kurumdan firar etme gibi olası girişimlerin önüne geçilmesi amaçlarıyla gerçekleştirildiği belirtilmiştir.

19. Bu kapsamda başvurucunun İnfaz Kurumunda bulunduğu odada İl Müftülüğü tarafından görevlendirilen din adamı ile 5/7/2018 tarihinde saat 14.30 ile 15.30 arasında görüşme gerçekleştirdiği tutanak altına alınmıştır.

C. Olağanüstü Hâl Durumuna İlişkin Olaylar

20. Türkiye 15 Temmuz 2016 gecesi silahlı darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış ve Bakanlar Kurulu tarafından ülke genelinde 21/7/2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiştir. Olağanüstü hâl, 19/7/2018 tarihinde son bulmuştur (darbe teşebbüsüne ilişkin süreç, olağanüstü hâlilanı ve olağanüstü hâl döneminin gerektirdiği tedbirlere ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-20, 47-66).

21. Başvurucunun talepte bulunduğu tarihe kadar olağanüstü hâl kapsamında, FETÖ/PDY ile ilişkili oldukları gerekçesiyle Diyanet İşleri Başkanlığından 1.997 kamugörevlisi ihraç edilmiştir. Anılan tarihten İnfaz Kurumunda din adamıyla görüşmelerin tekrar başladığı 25/6/2018 tarihine kadar ise aynı gerekçeyle Diyanet İşleri Başkanlığının 1.093 personeli daha olağanüstü hâl kapsamında ihraç edilmiştir.

22. Ayrıca başvurucunun talepte bulunduğu tarihe kadar ve sonraki süreçte olağanüstü hâl kapsamında tutukluların ve hükümlülerin güvenliğini, muhafazasını ve eğitimlerini sağlamakla görevli toplam 2.972 ceza infaz kurumu personeli, FETÖ/PDY ile ilgileri nedeniyle kamu görevinden ihraç edilmiştir.

23. Başvurucunun din adamıyla görüşme talebinin reddedilmesi üzerine Hâkimliğe şikâyette bulunduğu tarihte, İnfaz Kurumunun 1.328 olan toplam hükümlü ve tutuklu sayısının 656'sı FETÖ/PDY kapsamında tutukludur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

24. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfaz Hakkında Kanun'un "*Din ve vicdan hürriyeti*" kenar başlıklı 70. maddesi şu şekildedir:

"(1) Hükümlü, ceza infaz kurumunda, mensup bulunduğu dinin ibadetlerini, düzeni bozmayacak ve çalışmayı engellemeyecek biçimde serbestçe yerine getirebilir ve ibadette kullanılan eşyayı, dinî yaşamı bakımından zorunlu olan kitap ve eserleri temin ve bulunduğu yerlerde muhafaza edebilir.

(2) Hükümlünün, mensup bulunduğu dinin görevlilerince ziyaret edilmesine ve onlarla iletişim kurmasına, kurum güvenliğini tehlikeye düşürmemek koşuluyla izin verilir. "

25. 17/6/2005 tarihli ve 25848 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik'in "*Din adamları tarafından ziyaret*" kenar başlıklı 39. maddesi şu şekildedir:

"Türkiye Cumhuriyetinin yetkili makamları tarafından faaliyetleri kabul edilmiş dinlerin resmî temsilcileri veya din adamları, kendi dinlerine mensup hükümlü ve tutuklularla istekleri halinde ve ceza infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürmemek kaydıyla, Cumhuriyet başsavcılığının izniyle görüşebilir."

26. Bakanlık ile Diyanet İşleri Başkanlığı arasında 10/2/2011 tarihinde imzalanan Tutuklu ve Hükümlülerin Dinî ve Ahlaki Gelişimlerini Sağlamaya Yönelik Protokol (Dinî Eğitim Protokolü) uyarınca ceza infaz kurumlarında, din adamlarıyla görüşmeler de dâhil olmak üzere İslam dinine mensup tutuklu ve hükümlülerin din hizmetleri ve ahlaki gelişim faaliyetleri Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından görevlendirilen uzmanlarca gerçekleştirilmektedir.

B. Uluslararası Hukuk

27. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) *Poltoratskiy/Ukrayna* (B. No: 38812/97, 29/4/2003) ve *Kuznetsov/Ukrayna (*B. No: 39042/97, 29/4/2003) kararlarında, ceza infaz kurumunda mahkûm olarak bulunan başvurucuların dinî inançları gereği bir rahiple görüşme isteklerinin kabul edilmemesi şikâyetini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 9. maddesinde öngörülen *düşünce, vicdan ve din özgürlüğü* kapsamında incelemiştir (*Poltoratskiy/Ukrayna*, § 164; *Kuznetsov/Ukrayna,* § 144).

28. AİHM anılan kararlarda, başvuru tarihinde yürürlükte bulunan mevzuata göre ölüm cezasına mahkûm edilmiş hükümlülerin bir rahiple görüştürülüp görüştürülemeyeceklerine dair hiçbir hüküm öngörülmediğini belirtmiş; bu nedenle başvuru konusu müdahalelerin kanunilik koşulunu karşılamadığına, başvurucuların düşünce, vicdan ve din özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvuru tarihinden yaklaşık iki yıl sonra ilgili mevzuat değiştirilerek, ölüm cezasına mahkûm edilen hükümlülerin ibadet etmelerine, dini kaynakları okumalarına ve bir rahiple görüşmelerine imkân tanınmış olmasına rağmen AİHM başvuru tarihlerinde ve ilgili mevzuat değişene kadar yaklaşık iki yıl boyunca başvurucuların rahiple görüşme taleplerinin reddedilmesi şeklindeki müdahaleler yönünden kanunilik şartının gerçekleşmemiş olmasını ihlal için yeterli görmüştür (*Poltoratskiy/Ukrayna*, §§ 169-171; *Kuznetsov/Ukrayna,* §§ 149-151).

29. AİHM, *Mozer/Moldova Cumhuriyeti ve Rusya* ([BD], B. No: 11138/10, 23/2/2016) kararında da çalıştığı şirketi dolandırma suçundan tutuklu olarak ceza infaz kurumunda bulunan başvurucunun dinî inancı kapsamında rahiple görüşme isteğinin iki kez reddedilmesinin, izin verildiğinde ise yanlarında zorunlu olarak bir kurum personeli bulundurulmasının düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır *(M*, § 199).

30. AİHM söz konusu kararda, başvurucunun rahiple görüştürülmemesi şeklindeki müdahalenin kanunilik şartını karşılayıp karşılamadığının somut olay koşullarında açıkça belirlenemediğini ifade etmiştir. Buna rağmen AİHM somut olayda, rahiple görüştürülmeme ve görüştürüldüğünde yanlarında zorunlu olarak kurum görevlisi bulundurma şeklindeki müdahalelerin meşru bir amaca yöneldiği ve amaçla orantılı olup olmadığı konusunda yetkili otoriteler tarafından hiçbir sebep gösterilmediğini ve değerlendirme yapılmadığını belirtmiştir (*Mozer/Moldova Cumhuriyeti ve Rusya,* §§ 197-199).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

31. Mahkemenin 11/12/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

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

B. Din ve Vicdan Özgürlüğünün İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

33. Başvurucu, tutuklu olarak bulunduğu ceza infaz kurumundayken İslam dininin Hanefi mezhebine mensup bir din görevlisiyle görüşme isteğinin reddedilmesi nedeniyle din özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

34. Bakanlık görüşünde, somut başvuru incelenirken öncelikle 15/7/2016 tarihinde FETÖ/PDY tarafından gerçekleştirilen darbe girişimi sonrası ülkede olağanüstü hâl ilan edildiği ve bu süreçte ulusal güvenliğe yönelik tehdit ile ülkenin içinde bulunduğu koşulların da değerlendirmede gözönünde tutulması gerektiği belirtilmiştir. Bakanlık, söz konusu girişim sonrası birçok tutuklama gerçekleştirildiğini ve ceza infaz kurumlarına FETÖ/PDY ile ilgili suçlardan birçok tutuklunun sevk edildiğini, bu kapsamda söz konusu tutukluların moral ve motivasyonlarını yüksek tutarak örgütsel bağlantılarını devam ettirmeye çalışabileceklerinin değerlendirildiğini ifa etmiştir. Bakanlığa göre tutukluların kurumlarda her an yangın, isyan, firar gibi toplu eylemlere zemin hazırlamak çabası içinde de olabilecekleri dikkate alınmış ve başvuru konusu uygulama da dâhil olmak üzere bazı tedbirler alınmıştır.

35. Bakanlık ayrıca, darbe girişimi sonrası dönemde ceza infaz kurumu personeli ile din adamı olarak görevlendirilen Diyanet İşleri Başkanlığı personelinin de aralarında bulunduğu birçok kamu görevlisinin FETÖ/PDY ile ilişkili bulunduğu gerekçesiyle ihraç edildiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda Bakanlık, dönemin özelliği itibarıyla başvuru tarihinde söz konusu personelin güvenilirliği hakkında yeterli bilgi bulunmaması nedeniyle örgütsel faaliyetin ve iletişimin engellenmesi, devam eden

soruşturmaların selameti ve ceza infaz kurumlarının güvenliğini sağlamak amacıyla bu tür önlemlere başvurulduğunu belirtmiştir.

2. Değerlendirme

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

37. 5275 sayılı Kanun'un 70. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, hükümlülerin mensup bulundukları dinin görevlilerince ziyaret edilmesine ve onlarla iletişim kurmasına kurum güvenliğini tehlikeye düşürmemek koşuluyla izin verileceği hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, İslam dinine mensup olduğu anlaşılan başvurucunun bir din adamıyla görüşme talebinin, İslam dininin açığa vurulabilir nitelikte bir yönünü oluşturup oluşturmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmasına gerek olmaksızın Anayasa'nın 24. maddesi kapsamında kaldığının kabul edilmesi gerekir (bu konuda bir değerlendirme için bkz. *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, §§ 62-74). Dolayısıyla başvuru tarihinde ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan başvurucunun bir din adamıyla görüşme talebinin Kurum idaresince reddedilmesiyle başvurucunun din özgürlüğüne müdahalede bulunulmuştur.

38. Başvurunun incelenmesinde dikkate alınacak Anayasa'nın 24. maddesi şu şekildedir:

> " *Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.*
>
> *14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.*

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz. "

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

39. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması"* kenar başlıklı 15. maddesi şöyledir:

"Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

40. Anayasa Mahkemesi, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan tedbirlere ilişkin bireysel başvuruları incelerken Anayasa'nın 15. maddesinde ortaya konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence rejimini dikkate alacağını belirtmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri,* §§ 187-191). Başvuru konusu olayda, ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan başvurucunun bir din adamıyla görüşme talebinin reddine ilişkin müdahalenin, olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğu değerlendirilmiştir.

41. Bu itibarla başvurucunun din adamıyla görüşme talebinin reddedilmesine ilişkin inceleme Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle sınırlamanın Anayasa'nın 13. ve 24. maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecek, aykırılık saptanması hâlinde ise Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlerin bu aykırılığı meşru kılıp kılmadığı değerlendirilecektir (kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 193-195, 242; eğitim hakkı bağlamında bkz. *Mehmet Ali Eneze,* B. No: 2017/35352, 23/5/2018, § 31; aile hayatına saygı hakkı ve haberleşme hürriyeti bağlamında bkz. *Bayram Sivri*, B. No: 2017/34955, 3/7/2018, § 47).

42. 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."*

43. Sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 24. maddesinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

44. Müdahaleye dayanak olan 5275 sayılı Kanun'un 70. maddesinin (2) numaralı fıkrasının kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

45. Başvuru konusu olayda, başvurucunun din özgürlüğüne yapılan müdahalenin amacının ceza infaz kurumunun güvenliğini sağlamak olduğu açıktır. Söz konusu amacın anayasal bakımdan meşru olduğu değerlendirilmiştir (*Ahmet Sil*, B. No: 2017/24331, 9/5/2018, § 30).

(3) Demokratik Toplum DüzenininGereklerine Uygunluk

(a) Genel İlkeler

(i) Demokratik Toplum Düzeninde Din ve Vicdan Özgürlüğü

46. Din ve vicdan özgürlüğü, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarındandır. Din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri olmasının kökeninde dinin hem bir dine bağlı olan bireyler tarafından hayatı anlama ve anlamlandırmada başvurdukları temel kaynaklardan biri olması hem de toplumsal yaşamın şekillenmesinde önemli bir işlev görmesi bulunmaktadır. Bu işlev sebebiyle uluslararası düzlemde dinlerin özgürlükler karşısındaki konumlarından bağımsız olarak bireylerin belli ölçüler içinde din özgürlüğüne sahip olduğu kabul edilmiştir. Diğer özgürlükler gibi din özgürlüğü de uzun ve zorlu bir sürecin sonucunda belli yasal ve anayasal güvencelere sahip kılınmıştır. Nitekim din özgürlüğü, evrensel ve bölgesel düzeyde insan haklarına ilişkin uluslararası bildiri ve sözleşmelerin birçoğunda korunan bir haktır (*Tuğba Arslan*, § 52; *Esra Nur Özbey*, § 44).

47. Anayasa'nın 24. maddesinin koruduğu hakkın vazgeçilmez olması, din özgürlüğünün hukukun üstünlüğüne dayanan, etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati öneme sahip olması nedeniyledir. Öte yandan din özgürlüğü ancak tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışı ile temellendirilen bir demokraside korunabilir (*Tuğba Arslan*, § 53; *Esra Nur Özbey*, § 45).

48. Anayasa'nın 24. maddesi, kişinin herhangi bir inanca sahip olmasını veya olmamasını, inancını serbestçe değiştirebilmesini, inancını açıklamaya zorlanamamasını, bunlardan dolayı kınanmamasını ve baskı altına alınmamasını güvence altına alarak din ve vicdan özgürlüğünün içsel alanını koruma altına almıştır. Aynı şekilde söz konusu hükümde öğretim, uygulama, tek başına veya topluca ibadet ve ayin yapmak suretiyle dinini ya da inancını açığa vurma hakkının öngörülmesiyle din ve vicdan özgürlüğünün dışsal alanı da tanınarak koruma altına alınmıştır (*Tuğba Arslan*, § 57).

(ii) Hükümlü ve Tutukluların Din ve Vicdan Özgürlüğü

49. 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)*, B. No: 2014/10213, 1/2/2017, § 33). Bu bağlamda tutuklu olarak ceza infaz kurumunda bulunan başvurucunun bir din adamıyla görüşme talebi deAnayasa'nın 24. maddesi uyarınca din ve vicdan özgürlüğünün dışsal alanı kapsamında koruma altındadır.

(iii) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

50. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde *demokratik toplum düzeninin gereklerineaykırı olmama* ve *ölçülülük ilkesine aykırı olmama* biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (*Ahmet Sil*, B. No: 2017/24331, 9/5/2018, §§ 32, 33 ; AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007).

51. Zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığından bahsedilebilmesi için din ve vicdan özgürlüğü üzerindeki sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veyaulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Ahmet Sil*, § 37).

52. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin din ve vicdan özgürlüğü ile müdahalenin yöneldiği meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurmaktır (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Ahmet Sil,* § 38, *Esra Nur Özbey*, § 77).

53. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvurulan sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengeninkurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. Kamu gücünü kullanan organların din ve vicdan özgürlüğünün dışsal alanına müdahale ederken anılan özgürlüğün kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Ahmet Sil,* § 39, *Esra Nur Özbey*, § 98).

54. Buna göre din ve vicdan özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya dazorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

55. Somut olayda başvurucu, tutukluluğu süresince bir din adamıyla görüşme talebinde bulunduğunu ve bu taleplerinin Kurul tarafından reddedildiğini belirtmiştir. Buna karşılık başvuru formunda söz konusu taleplerin hangi tarihlerde olduğuna ilişkin bir açıklamada bulunulmadığı gibi İnfaz Hâkimliğine şikâyet başvuru dilekçesinde de bu durumdan bahsedilmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla somut başvurunun incelenmesinde başvurucunun İnfaz Hâkimliğine şikâyet başvurusunda

bulunduğu 13/3/2017 tarihinde mevcut olan koşullar bağlamında değerlendirme yapılacaktır.

56. Başvurucunun talepte bulunduğu tarihte ülkede olağanüstü hâl şartları söz konusudur. Anılan terör örgütüne yönelik olarak ülke çapında birçok soruşturma yürütülmekte, örgütle ilişkili olduğu gerekçesiyle kamu görevlisi birçok personelin ihracı ya da açığa alınması süreci de devam etmektedir Bu kapsamda Dinî Eğitim Protokolü uyarınca İslam dinine mensup tutuklu ve hükümlülerin görüşme hakkına sahip oldukları din adamlarını görevlendirmekle yükümlü Diyanet İşleri Başkanlığından da gerek talep tarihine kadar gerekse talep tarihinden sonra çok sayıda kamu görevlisi FETÖ/PDY ile ilişkili oldukları gerekçesiyle ihraç edilmiştir (bkz. § 21).

57. FETÖ/PDY üyesi şüphelisi çok sayıda tutuklunun konulduğu Ceza İnfaz Kurumunda (bkz. § 23) bulunan başvurucunun bir din adamı ile görüşme talebi, terör örgütü üyelerinin bir araya gelmelerinin ve haberleşmelerinin engellenmesi, kurum güvenliği ve düzeninin korunması amaçlarıyla reddedilmiştir. Dolayısıyla talep tarihinde hem İnfaz Kurumunda FETÖ/PDY kapsamında tutuklu bulunanların sayıca fazlalığı hem de din adamı görevlendirmekle yükümlü Diyanet İşleri Başkanlığında aynı gerekçeyle gerçekleştirilen ihraç süreci, kamu düzeni ile kurum güvenliğini ve düzenini bozmadan İnfaz Kurumunda bulunan hükümlü ve tutukluların din adamıyla görüşme hakkından yararlanma imkânlarını organize etmeyi oldukça zorlaştırmıştır.

58. Öte yandan somut olayda, başvurucunun din adamıyla görüşme talebinin reddedilmesi yerine -olağanüstü hâl koşulları da dikkate alınarak- hakka daha az müdahalede bulunulmasını sağlayacak bir alternatif olup olmadığı da tartışılmalıdır. Başvurucunun din adamıyla görüşme talebinin reddedilmesi yerine görüşmenin örgüt üyelerinin haberleşmelerini engellemek üzere İnfaz Kurumunca görevlendirilecek personel nezaretinde yaptırılması, hakka daha az müdahale edilmesine olanak veren bir yol olarak düşünülebilir.

59. Bununla birlikte başvurucunun talepte bulunduğu tarihte tutukluların ve hükümlülerin güvenliğini, muhafazasını ve eğitimlerini

sağlamakla görevli, yüksek sayıda ceza infaz koruma personelinin de FETÖ/PDY ile olan ilgileri nedeniyle kamu görevinden çıkarılma süreçlerinin devam ettiği görülmektedir (bkz.§ 22). Bu nedenle somut olayın koşullarında başvurucunun din adamıyla görüşme talebinin reddedilmesinin, kurum güvenliği ve düzeninin sağlanması yönünden zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık geldiği kabul edilmelidir.

60. Son olarak başvuru konusu müdahalenin orantılılığı da değerlendirilmelidir. Başvurucu, İnfaz Hâkimliğine yaptığı şikâyet başvurusunda dinini daha iyi öğrenebilmek için Hanefi mezhebine mensup bir din adamıyla görüşmek istediğini belirtmiştir. Buna göre başvuru formunda da aksine bir açıklamada bulunulmadığı gözetilerek başvurucunun din adamıyla görüşme isteğini mensubu olduğu dine göre zorunlu olarak yerine getirilmesi gereken bir ibadet olarak ileri sürmediği, yalnızca dinini daha iyi öğrenebilmek amacıyla bir din adamıyla görüşme gerçekleştirmeyi talep ettiği anlaşılmaktadır.

61. Bu kapsamda kurum güvenliği ve düzeni karşısında başvurucunun katlanması gereken külfet, mensup olduğu dinin emrettiğini düşündüğü bir ibadeti gerçekleştirememenin değil dinini daha iyi öğrenebilmek adına başvurabileceği birçok yoldan birine, somut olayın koşullarında Anayasa Mahkemesince makul kabul edilen bir süre boyunca ulaşamamasının kendisinde yarattığı manevi yükten ibarettir. Bu bağlamda başvuru konusu müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı da söylenemez.

62. Açıklanan gerekçelerle din adamıyla görüşme talebinin reddedilmesi nedeniyle başvurucunun din özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

63. Buna göre başvurucunun din özgürlüğüne yapılan müdahalenin bu hakka dair Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Gizlilik talebinin REDDİNE,

B. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

C. Din özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

D. Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğünün İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

E. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca tahsil edilmesi mağduriyetine neden olacağından başvurucunun yargılama giderlerini ödemekten TAMAMEN MUAF TUTULMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 11/12/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN KARARLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

EYÜP HANOĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/13431)

Karar Tarihi: 23/5/2018

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Burhan ÜSTÜN

Üyeler : Serruh KALELİ

Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör : Recep KAPLAN

Başvurucu : Eyüp HANOĞLU

Vekili : Av. İsmail Emre TELCİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, siyasetçiye yönelik eleştirilerden dolayı tazminata hükmedilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 3/8/2015 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 bildirmiştir.

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 1972 doğumlu olup Avusturya'da ikamet etmektedir.

10. Kamuoyunda kürtaj konusunda yoğun tartışmalar yaşanan bir dönemde, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanı İbrahim Melih Gökçek (davacı) 27/5/2012 tarihinde sosyal medya sitesi Twitter'daki G.S. isimli bir kadın kullanıcıyla aralarında geçen tartışma sonucu "*Sen çok mu kürtaj yaptırdın. Bu kadar bağırmanın nedeni bu mu?*" şeklinde G.S.ye "doğrudan mesaj" atmıştır. G.S. de kendi Twitter hesabından davacının anılan mesajını herkes tarafından görülecek şekilde paylaşmıştır.

11. Bu paylaşım üzerine Twitter'da "EdepsizsinMelihGökçek" ve "TerbiyesizsinMelihGökçek" isimli konu başlıkları *(hashtag)* açılmıştır.

12. Başvurucu, kendi Twitter hesabından *"#EdepsizsinMelihGokcek Ankara'nın yarısından fazlası buna şahit zaten, yetmez mi"* şeklinde paylaşım yapmıştır.

13. Davacı; başvurucunun paylaşımında "edepsiz" ifadesini kullandığını, bu ifadenin çok sayıdaki takipçisi tarafından görüldüğünü ve bu ifade nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğradığını belirterek manevi tazminat davası açmıştır.

14. Yargılamayı yapan Ankara 24. Asliye Hukuk Mahkemesi 16/12/2014 tarihinde,başvurucunun davacıya karşı hakaret eylemini gerçekleştirdiği kanaatine varmış ve davacı lehine 350 TL manevi tazminata hükmederek Yargıtay nezdinde temyizi kabil olmak üzere davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

15. Başvurucunun bu karara karşı yaptığı temyiz başvurusu Yargıtayca 1/6/2015 tarihinde temyize konu olan tutarın ilgili Kanun'da öngörülen düzeye ulaşmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

16. Başvurucu 3/8/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kanun

17. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun *"Sorumluluk"* kenar başlıklı 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."

2. Yargıtay Kararı

18. Yargıtay 18. Ceza Dairesinin konuyla ilgili 16/5/2017 tarihli ve E.2015/29159, K.2017/5842 sayılı kararı şöyledir:

"...İnceleme konusu somut olayda; suça sürüklenen çocuğun, twitter isimli sosyal paylaşım sitesinde, EdepsizsinMelihGökçek adlı konu başlığı altında iki adet yorumda bulunduğu ve bu şekilde katılana hakaret ettiği iddiası ile dava açılıp, suçun maddi unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraatine karar verilmiştir.

...

Sonuç olarak, suça sürüklenen çocuğun yorumlarının yazıldığı yer ve zaman unsurları da gözetildiğinde, katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, eleştiri niteliğindedir. Aksi düşünce, suçla korunmak istenen değeri ölçüsüz bir şekilde genişletmek ve ifade özgürlüğünü ön plana çıkaran evrensel hukuk düşüncesiyle bağdaşmayan bir yorum anlamına gelebilecektir. Bu itibarla, hakaret suçunun unsurlarının somut olayda oluşmadığından tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir.

Eylemeve yükletilen suça yönelik, katılan İbrahim Melih Gökçek vekilinin temyiz iddiaları yerinde görülmediğinden, tebliğnameye aykırı

olarak, temyiz davasının esastan reddiyle hükmün onanmasına, 16/05/2017tarihinde oy birliğiyle karar verildi."

B. Uluslararası Hukuk

19. İlgili uluslararası hukuk kaynaklarının derli toplu verildiği bir karar için *Koray Çalışkan* (B. No: 2014/4548, 5/12/2017, §§ 17-23) kararına bakılabilir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 23/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

21. Başvurucu, bir siyasetçiye yönelik eleştiri mahiyetindeki paylaşımlarından dolayı tazminata hükmedilmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca; yargılamanın gıyapta yapılması, tebligat işlemlerinin usulsüz olması ve mahkeme kararlarının yeterli gerekçe içermemesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

22. Bakanlık görüşünde;

i. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) konuya ilişkin içtihatlarından hareketle somut başvuruda değerlendirilmesi gereken hususun başvurucunun ifade özgürlüğü ile müştekinin şeref ve itibar hakkı arasında adilbir dengenin gözetilmemesi olduğu,

ii. Bu değerlendirme yapılırken genel yarar nitelikli bir tartışmaya sağlayacağı katkı, hedef alınan kişinin tanınmışlık seviyesi, açıklamanın konusu, ilgili kişinin olaydan önceki tutumu, yayımın içeriği, şekli ve sonuçları ve somut olayın koşulları gibi hususların gözönünde bulundurulması gerektiği,

iii. Somut başvuru kapsamında başvurucunun sözlerinin o dönemde kamuoyunun ciddi manada ilgisini çeken ve üzerinde birçok tartışma yaşanan bir olay kapsamında söylendiği, bu kapsamda paylaşımda

kullanılan konu başlığının başvurucu tarafından açılıp açılmadığı, konu başlığının kullanılış biçimi, hedeflenen gaye, olayın gelişimi ve tarafların tutumunun da dikkate alınmasının yerinde olacağı,

iv. Ayrıca mevcut başvuruda şikâyete konu yaptırım kararının orantılılık açısından da incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

23. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru formundaki iddialarını yinelemiştir. İlave olarak;

i. Bakanlık görüşlerinin kendi haklılığını teyit eder nitelikte olduğunu,

ii. Tanınmış bir siyasetçi ve kamu görevlisi olan davacının aynı zamanda çok aktif bir Twitter kullanıcısı olup üçüncü şahıslarla Twitter üzerinden ikili tartışmalara girdiğini ve bu nedenlerle katlanması gereken eleştiri ve protesto eşiğinin de çok yüksek olduğunu,

iii. Kendisinin dava konusu olan paylaşımının bizzat davacının kendi girişimiyle yarattığı ortamın sonucu olduğunu, dolayısıyla hiçbir neden yokken davacıyı eleştirmediğini, tam tersine süregiden ve bizzat davacının başlattığı kamusal tartışmaya katkıda bulunduğunu,

iv. AİHM kararlarından örnekler vererek ilk bakışta ağır ve provokatif olarak görülebilecek sözlerin dahi ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu,

v. Yaptırımın orantılılığı bakımından ifade özgürlüğü meselelerinde yaptırımın hafifliğinin belirleyici bir öneminin bulunmadığını belirtmiştir.

B. Değerlendirme

24. 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.

25. 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..."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

26. Somut başvuruda ilk derece mahkemesince verilen kararda başvurulabilecek kanun yolunun hatalı gösterilmesi nedeniyle başvurucunun temyiz başvurusu reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi; ilk derece mahkemelerince davaya hangi sıfatla bakıldığı açıkça belirtilmeden yapılan yargılamalar sonunda verilen kararlarda başvurulabilecek kanun yolu süresinin hatalı gösterilmesi nedeniyle başvuruculların temyiz sürelerini geçirmeleri ve temyiz başvurularının süre yönünden reddedilmesi üzerine yapılan bireysel başvurularda, oluşan hukuki belirsizliğin tarafların mahkemeye erişimine zarar verdiğine, dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Aktif Elektrik Müh. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2012/855, 26/6/2014, §§ 28-50; *Kommersan Kombassan Mermer Maden İşletmeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri*, B. No: 2013/7114, 20/1/2016, §§ 30-57). Bu nedenle somut başvuru bakımından etkili olmayan temyiz yoluna başvuru konusunda başvurucu, ilk derece mahkemesi kararı nedeniyle yanılgıya düşmüş olduğundan başvurunun süresinde yapıldığının kabulü gerekir.

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.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

28. Başvurucunun bir siyasetçiye yönelik paylaşımları nedeniyle 350 TL tazminat ödemesine karar verilmiştir. Söz konusu Mahkeme kararı ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

29. 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.*"

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 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

31. 6098 sayılı Kanun'un 49. maddesinin "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

32. Başvurucunun tazminat ödemesine 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) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Kavramı

33. 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

34. 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).

(c) İfade Özgürlüğünün Kapsamı

35. Diğer taraftan 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).

(d) Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanımında Ödev ve Sorumluluklar

36. Demokratik bir toplumda siyasetçileri eleştirme ve onlar hakkında yorum yapma hakkı tanınmış olmakla birlikte Anayasa'nın 26. maddesi tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğünü 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, 25/2/2016, § 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.

(e) Başkalarının Şöhret veya Haklarının Korunması

37. 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 siyasetçilerin de şöhretlerini koruma hakları vardır.

38. 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).

(f) İfade Özgürlüğü ile İtibarın Korunmasını İsteme Hakkı Arasında Adil Denge

39. Anayasa Mahkemesi, önceki kararlarında başvurucunun müdahale

edilen ifade özgürlüğü ile başvurucunun ifadeleri nedeniyle davacının müdahale edilen şeref ve itibar hakkının korunması arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmiştir. (*Nilgün Halloran,* § 27; *İlhan Cihaner (2),* § 49). 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 ile ilgili kişilerin önceki davranışlarının ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının değerlendirilmesi gerekir (*Nilgün Halloran,* § 44; *Ergün Poyraz (2),* § 56; *Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 58-66; *İlhan Cihaner (2),* §§ 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).

40.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.

41. 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 "ilgili ve yeterli" görünüp görünmediğini tespit edebilmek amacıyla söz konusu müdahaleyi davanın bütününe bakarak değerlendirecektir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

42. Başvuru konusu olayda sade bir vatandaş olan başvurucu, tanınmış bir siyasetçi olan davacıya yönelik ifadeleri nedeniyle tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Başvurucu, tazminat ödemesine neden olan

paylaşımında *"#EdepsizsinMelihGokcek Ankara'nın yarısından fazlası buna şahit zaten, yetmez mi"* şeklindeki ifadelerle davacının paylaşımını eleştirmiştir.

43. Eldeki başvurunun çözümlenmesinde gözönünde tutulması gereken ilk hususdavacının toplumsal konumudur. Davacı; kamuoyu tarafından yakından tanınan ve takip edilen, olayların yaşandığı tarihte Ankara Büyükşehir Belediyesi başkanı olan bir siyasetçidir.

44. Başvuru konusu olaydaki paylaşım kamuoyu tarafından tanınan bir siyasetçiye yönelik olduğu için kabul edilebilir eleştiri sınırları, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında daha geniştir. Bu sebeple eldeki başvuruya konu olayın taraflarından biri olan davacının kendisine yönelik eleştirilere sıradan insanlara göre daha fazla hoşgörü göstermesi gerekir.

45. Öte yandan başvuruya konu olay, tarafların yaşamının diğer bireylere kapalı ve mahrem alanına ilişkin değildir. Başvurucunun paylaşımı, basında ve kamuoyunda kürtaj konusuyla ilgili devam eden tartışmalarla ilgili olarak davacının paylaşımı üzerine yapılmıştır.

46. Başvuru konusu olayın şartları ve arka planı dikkate alındığında başvurucu tarafından yapılan paylaşım ve paylaşımda kullanılan ifadeler olgusal bir temele sahiptir. Şöyle ki anılan paylaşım kamuoyunda kürtaj tartışmalarının süregeldiği bir dönemde ve davacının G.S. isimli bir kadın kullanıcıya yönelik "*Sen çok mu kürtaj yaptırdın. Bu kadar bağırmanın nedeni bu mu?*" şeklindeki doğrudan mesajının sosyal medyada yayılması üzerine yapılmıştır. Başvurucu, paylaşımıyla davacının paylaşımına yönelik eleştirilerini ifade etmiştir. Nitekim Yargıtay da başvuru konusu olayı ilgilendiren bir kararında; *"EdepsizsinMelihGökçek"* adlı konu başlığı altında yapılan bazı yorumları değerlendirmiş ve söz konusu yorumların davacının onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp eleştiri niteliğinde olduğuna karar vermiştir(bkz. § 18).

47. Yukarıdaki tespitlere karşın ilk derece mahkemesi, başvurucu tarafından yapılan paylaşımın yapıldığı koşullara temas etmeksizin başvurucunun davacıya karşı hakaret eylemini gerçekleştirdiği kanaatine varmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmelerde başvurucunun paylaşımı, olayın koşulları gözetilmeksizin değerlendirme

konusu yapılmıştır. Bu sebeple ilk derece mahkemesinin başvurucunun tazminat ödemesi bakımından ileri sürdüğü gerekçeler, başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahale için ilgili ve yeterli bir gerekçelendirme sayılamaz.

48. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün 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'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."

50. Başvurucu, ihlalin tespiti ile birlikte yeniden yargılama yapılmasını istemiş ve 10.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Başvurucu, maddi tazminat talebinde bulunmamıştır.

51. Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

52. Başvuru konusu olayda tespit edilen ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığından yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 4.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

53. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

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

C. Başvurucuya net 4.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 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 bilgi için Ankara 24. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2013/487, K.2014/655)GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 23/5/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

KEMAL KILIÇDAROĞLU BAŞVURUSU (3)

(Başvuru Numarası: 2015/1220)

Karar Tarihi: 18/7/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

M. Emin KUZ

Rıdvan GÜLEÇ

Raportör : Yunus HEPER

Başvurucu : Kemal KILIÇDAROĞLU

Vekili : Av. Halil İbrahim YOLCU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir siyasi parti lideri olan başvurucunun dile getirdiği bazı iddialardan dolayı tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 16/1/2015 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, görüş bildirmemiştir.

7. Konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2015/1225, 2015/3100, 2015/6165, 2015/6939, 2015/11072 ve 2017/6656 numaralı bireysel başvuru dosyalarının 2015/1220 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucu -olayların geçtiği tarihte ve hâlen- Cumhuriyet Halk Partisinin (CHP) Genel Başkanıdır. Başvurucu, başka birçok platform yanında Partisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki (TBMM) grup toplantılarında ve TBMM Genel Kurulunda da belirli periyotlarla gündeme dair görüşlerini açıklamaktadır.

10. Başvurucu, 2010 yılı sonunda TBMM Genel Kurulunda, CHP grup toplantılarında, bazı basın açıklamalarında ve televizyon programlarında Kayseri Büyükşehir Belediyesiyle (Belediye) ilgili bazı iddialarını kamuoyuyla paylaşmıştır. Anılan iddialar aynı tarihlerde, siyasi aktörler, köşe yazarları, akademisyenler gibi çok farklı toplum kesimlerince değerlendirilmiş; lehte ve aleyhte değerlendirmelere konu olmuştur.

11. Derece mahkemelerinin kararlarındaki tespitlere göre başvurucu, H.A.H.nin ifadelerini konuşmalarına dayanak almıştır. Bu şahıs, Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hakkında yürütülen dolandırıcılık iddiasına dayalı soruşturmada yaptığı savunmalarında bazı belediye çalışanları hakkında rüşvet aldıklarına yönelik iddialarda bulunmuştur. Adı geçen şahıs 17/7/2007 tarihinde münhasıran Belediyedeki yolsuzluklara ilişkin ifade vermiştir. H.A.H. hakkında Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmış ve dolandırıcılık ile resmî belgede sahtecilik suçlarından H.A.H.nin cezalandırılmasına karar verilmiştir. H.A.H.nin bahsi geçen iddiaları sonucunda elli kişi hakkında soruşturma açılmış, ancak soruşturmanın sonucunda Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı bu kişilerin tamamı hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Konuyla ilgili idari soruşturmada da iddialar soyut olduğundan ilgililer hakkında soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

12. Başvurucunun konuşmalarından bir kısmı sebebiyle aleyhine manevi tazminat davaları açılmıştır. Aşağıda sırasıyla başvurucunun iddialarını dile getirdiği konuşmalara, açılan tazminat davalarına ve Anayasa Mahkemesine başvuru sürecine ilişkin bilgilere yer verilmektedir.

A. Başvurucunun Kayseri Büyükşehir Belediyesine Yönelik İddiaları

13. Derece mahkemeleri tarafından verilen bazı kararlarda başvurucunun 27/12/2010 tarihinde Star TV Arena Programında, 28/12/2010 tarihli CHP Grup Toplantısında, 8/1/2011 tarihinde Adana ilinde yaptığı bir konuşmada, 11/1/2011 tarihli CHP Grup toplantısında da aynı iddiaları dile getirdiği ifade edilmiştir. Ancak derece mahkemeleriyalnızca 13/12/2010 tarihinde TBMM Genel Kuruluna hitaben yapılan konuşmada ve konuşma sonrası basına yapılan açıklamalar ile 14/12/2010 tarihli basın açıklamasını kararlarına dayanak almışlardır. Başvurucunun, daha sonra tazminat davasına konu edilen ve derece mahkemeleri tarafından değerlendirilen konuşmaları şu şekildedir:

1. 13/12/2010 Tarihinde TBMM Genel Kuruluna Hitaben Yapılan Konuşma ve Konuşma Sonrası Basına Yapılan Açıklamalar

14. TBMM tutanaklarına göre 13/12/2010 tarihinde başvurucu tarafından 2011 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu Tasarısı ile 2009 Yılı Merkezi Yönetim Kesin Hesap Kanunu Tasarısı'nın görüşmeleri esnasında yapılan konuşmanın başvuru konusu olayla ilgili kısımları şu şekildedir:

> "[Kemal Kılıçdaroğlu] - *...Değerli arkadaşlarım, yolsuzluk, bu iktidarın en ciddi sorunlarından birisidir, en ciddi temel sorunlarından birisidir. Bakın, 17/07/2007 tarihinde ... diye bir yurttaş -Kayseri Büyükşehir Belediyesinde çalışıyor- gidiyor polise rüşvet çarkının nasıl döndüğünü bütün ayrıntılarıyla anlatıyor, 26 sayfa. Arkasından, imzalıyor ve kendisi bu itiraflarda bulunuyor. Rüşveti toplayan kişi bu; taksi duraklarından, benzin istasyonlarından ve diğer yerlerden. Yıllardır devam eden bir prosedür. Bütün bunların hepsini ayrıntılı anlatıyor. Anlattıktan sonra emniyet, rüşvet, irtikap, resmî belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılıkla cumhuriyet savcılığına gönderiyor. Filme de alınıyor, videoya da alınıyor ama video gizli. 26 sayfalık bu itiraf ne oluyor biliyor musunuz? 16 sayfaya indiriliyor. Şimdi, birinci soru: 26 sayfalık itiraf niçin 16 sayfaya indi? Kime*

soruyorum? Adalet Bakanına soruyorum. Bilmeliyiz. Onun içinde Kayseri Ana Kent Belediye Başkanının rüşvet olaylarıyla ilgili bölümler mi çıkarıldı yoksa başka bir nedenle mi çıkarıldı? Bu sorunun yanıtını bekliyorum.

[A.K.] (Afyonkarahisar) – *Varsa söyle.*

[Kemal Kılıçdaroğlu] *(Devamla) – İki tutanak da elimde. Ben onlardan önce isterim.*

Sonra ne oluyor? Gidiyor savcıya. Savcı Bey'in adı ... Savcı, emniyetin gönderdiği rüşvet, irtikap değil, bunu memur suçlarıyla ilgili bir olay dolayısıyla Bakanlığa yazıyor ve izin istiyor Adalet Bakanlığından. Adalet Bakanlığı, haklı olan bir gerekçeyle bunu Valiliğe gönderiyor, konuyu ön inceleme yapın, izin verip vermeyeceğimize karar verelim diye. Ön inceleme yapılıyor değerli arkadaşlar, bir vali vekili konuyu araştırıyor, ... Komisyon kuruluyor, raporu düzenliyor, Adalet Bakanlığına gönderdiği yazıda diyor ki: Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanı [M.Ö.] *ve diğer belediye görevlilerine isnat edilen suç Türk Ceza Kanunu'nun 252'sine giriyor, rüşvet suçunu oluşturduğundan 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 17'nci maddesi kapsamında işlem yapılmasını istiyor. Vali vekili basıyor imzayı ve gönderiyor. Bir önemli gelişme oluyor. Bunun ekinde de bir rapor var, bu yazının ekinde daha önce alınmış ifadeler, tutanaklar ve raporlar da var. Bu Vali, bunu imzaladıktan otuz sekiz gün sonra görevden alınıyor, başka bir ile gönderiliyor, Gaziantep'e. Olabilir, bir ihtiyaç çıkmıştır, olabilir.*

Bakanlık gayet güzel bir uygulama yapıyor ve bunu savcılığa gönderiyor, diyor ki: 'Bize geldi, ekindeki raporlar da bunlardır, gereğini yapın.' Savcılık diyor ki: Vali Bey'in yaptığı gibi değil, emniyet müdürünün yaptığı gibi değil. Yine, memur suçlarından ötürü, dava açmak için izin istiyor. Yanıt gelmiyor Bakanlıktan. İkinci bir yazı yazıyor, 'izin verin' diye. Bunun üzerine Bakanlık yazı yazıyor, 'İzin verdik, araştırın konuyu.' diyor. Konu araştırılıyor, yine gidiyor, bu kez bir başka vali yardımcısı olayı araştırmakla muhakkik olarak atanıyor. Prosedürde bir eksiklik yok. Bu Vali Yardımcısı, ..., Kocasinan ve Melikgazi belediyelerinden bilirkişi istiyor olayı araştırmak üzere. Kocasinan Belediyesi 30/11/2007'de bir halk sağlığı uzmanı ile bir harita mühendisini görevlendiriyor. Melikgazi Belediyesi ise 4/12/2007 tarihinde

görevlendiriyor. Ama ciddi bir şey var: 4/12'de bilirkişi görevlendiriyorsunuz, ama bu Vali Vekilimiz 3/12'de raporunu Valiliğe sunuyor bir gün önceden. Nasıl oluyor bu? Daha bilirkişi gelecek, inceleyecek; bir gün önceden gönderiyor. Şimdi, bir gün önceden görevlendiriyor ve Sayın Vali [O.G.] *-Vali o zaman orada, bir dönem bakanlık yaptı kısa süre- 'Ben de aynı kanaatteyim, burada hiçbir şey yoktur, dosyanın kapatılması lazım.' diyor, basıyor imzayı. Ama bir şey var değerli arkadaşlar: Sayın Vali, ondan önce kararnamesi çıkmış ve Müsteşarlık görevine atanmış birisi yani imzalarken, kararnamesi daha önce Resmî Gazete'de yayımlanmış, Müsteşarlığa atanmış birisi yani Kayseri Valisi değil. O gidiyor, imzaladıktan sonra Bakanlığa gönderiyor. Bakanlığa gittikten sonra, aynı* [O.G.], *bu kez de Müsteşar olarak kendisinin gönderdiği yazıyı alıyor, Sayın Bakanın onayına sunuyor ve diyor ki: 'Burada hiçbir şey yoktur, dosyayı kapatalım.' ve dosya kapanıyor.*

Şimdi, benim sorum şu: Ben Sayın Başbakana burada siz bunu yaptınız demiyorum, ama Sayın Başbakanın vicdanına sesleniyorum: Bu olayın üzerine giderseniz -ben daha bir ucunu çektim yalnız, çok büyük bir olay bu- olayı ben soruşturacağım derseniz, biz CHP Grubu olarak sonuna kadar sizin arkanızdayız, hiç endişeniz olmasın, yeter ki kararlılıkla olayın üzerine gidin ama gitmez, siz de o Vali ve Savcı gibi, 'Ya, bunu kapatalım, ya, bu da çok önemli bir olay değildir.' derseniz, o zaman çıkıp bu kürsüden 'Biz yolsuzluklarla mücadele edeceğiz.' demeyeceksiniz. 'Biz yolsuzluklara kol kanat geren bir iktidarız.' dersiniz ve bu iş burada biter.

Benim Sayın Başbakandan araştırmasını istirham ettiğim bir soru daha var: Bu değerli, adını söyleyeyim, ... şu anda nerededir? Bu, çok önemli bir soru. Nerede olduğunu Sayın Başbakan araştırdığı zaman görecektir. Çünkü Sayın Başbakanın bir lafı vardı: 'Benim mal varlığımı eleştirenler şimdi Silivri'de.' diyordu. Bunu da bir araştırsın bakalım, nerede?

Ve benim bir sorum daha var: Avukat ..., kimdir bu adam?

Eğer Sayın Başbakan benim bu konuştuklarımla ilgili olarak, her satırıyla ilgili belge istiyorsa masamın üzerinde, her satırıyla ilgili, bütün yazışmalar, o iki ifade tutanakları, 26 ve 16 sayfalık ifade tutanakları. Elimde olmayan bir şey var, kayıp olan ve ilk Valinin yazdığı rapor, o elimizde yok, mahkeme

dosyasında da yok. Nerede bu dosya? Niye gizleniyor? Mademki her şey aleni, mademki avukat da istediği zaman verecekler, ona da ulaşamıyorum, ulaşamıyoruz.

…'i eğer Sayın Başbakan merak ederse, yanında Sayın [B.A.] *var, ona sorarsa sanıyorum benden çok daha fazla bilgi alacaktır."*

15. TBMM Genel Kurulunda bütçenin tümü üzerindeki görüşmelerin ardından başvurucu, TBMM kulisinde gazetecilerin sorularını yanıtlamıştır. Anadolu Ajansının konuya ilişkin haberinin ilgili kısımları şöyledir:

"…Kılıçdaroğlu, Kayseri'deki yolsuzluk iddiasına karşılık Erdoğan'ın açıklamalarının tatmin edici olup olmadığına ilişkin soru üzerine, 'konuşmanın tatmin edici olmadığını, iddialarına yanıt vermediğini' söyledi. Kılıçdaroğlu, '17 kişilik bir çetenin sözkonusu olduğunu' öne sürerek, '…'nun çete arasında çıkan özel bir uyuşmazlık nedeniyle ihbarda bulunduğunu' savundu. 'Özel uyuşmazlığın' sorulması üzerine, Kılıçdaroğlu, daha sonra bu uyuşmazlığı CHP Kayseri Milletvekili [Ş.K.nin] *açıklayabileceğini, bu konudaki ayrıntılara girmek istemediğini kaydetti. Bütçe konuşması sırasında dile getirdiği iddiaları yineleyen Kılıçdaroğlu, Erdoğan'ın '26 sayfalık ifadeden söz etmediğini' söyledi. Kılıçdaroğlu, 'Kayseri'deki Valilik, adliye ve belediye arasında şeytan üçgeni var. Bu arada tezgah dönüyor…' dedi. Kılıçdaroğlu, …nun şu anda Silivri Cezaevinde olduğunu bildirerek, 'Sayın Başbakan hapiste olduğunu söyledi. Onu ben de biliyorum. Nerede hapiste? Silivri diyemiyor. Niye diyemiyorsun? Yani sen bunu yaparsan ben de seni Silivri'ye gönderirim..' şeklinde konuştu. 'Konuşmanızda ben bir ucundan tuttum, çok büyük dediniz, uyuşmazlığın nedenini mi kastettiniz?' sorusuna, Kılıçdaroğlu, 'Onun arkasında başka olaylar var. Onu daha sonra aktaracağız' karşılığını verdi.'Yıllardır süren bir rüşvet tezgahının sözkonusu olduğunu' öne süren Kılıçdaroğlu, 'Başındaki kişiler belli, ifadeler belli. Ben Başbakan'dan ne istedim? Siz yolsuzlukların üstüne kararlılıkla gitmek mi istiyorsunuz, bu olayı soruşturun. Biz de CHP Grubu olarak sizi destekleyeceğiz. Soruşturun diyoruz. Somut şeyler koyuyoruz ortaya. Kim nasıl kapattı? Rüşvet çetesi açığa çıkmalı' diye konuştu. CHP Genel Başkanı Kılıçdaroğlu, 'dosyanın diğer uçlarını da açacaklarını' da bildirdi."*

2. Başvurucunun 14/12/2010 Tarihinde Basına Yaptığı Açıklamalar (CHP İnternet Sitesinde Yayımlanmıştır)

16. Başvurucu 14/12/2010 tarihli basın mensuplarının soruları üzerine yaptığı açıklamasında aşağıdaki sözlerle Belediye ile ilgili iddialarını sürdürmüştür:

"[Soru]*: ...*

[Kemal Kılıçdaroğlu]- *Benim açtığım dosyayla Sayın Başbakanın söyledikleri arasında hiçbir ilgi yok. Ben 17 kişilik bir rüşvet çetesinin yargıya çıkarılmamasını nasıl sağladınız. Bunu anlattım, bunun soruşturulmasını istedim. O bana bir kişinin nasıl hapse girdiğini söylüyor. Ben zaten onun hapiste olduğunu biliyorum. O ayrı bir dava. O dava sonuçlandı. Ben sonuçlanmayan ve kapatılan bir davadan söz ediyorum. Valinin rüşvet, irtikap vardır dediği, emniyetin rüşvet, irtikap vardır dediği bir dosyanın hangi gerekçeyle niçin kapatıldığını söylüyorum. Ve ben bilirkişi atanmadan önce aklama raporunun hazırlandığını, aklama raporunu hazırlayan vali yardımcısının ismini, o tarihte Kayseri valisi olmayan bir kişinin nasıl bu dosyayı imzaladığını, kapatma dosyasını imzaladığını, aynı kişinin İçişleri Bakanlığı Müsteşarı olduktan sonra kendi aklama yazısını nasıl atlattığını söyledim. Sayın Başbakan bunlardan hiçbirisine yanıt vermedi.*

Kendi internet sitemizde bugün öğleden sonra bütün bu belgelerin tamamını göreceksiniz. Tamamını göreceksiniz. Sayın Başbakan birileri tarafından oltaya yakalattırıldı. Sayın Başbakan oltadadır. Benim sorduğum sorulara hala yanıt bekliyorum. Başbakan yolsuzlukların üzerine gidiyoruz diyorsa, yolsuzlukları soruşturmak bizim görevimizdir diyorsa bu dosyayı yeniden açar. Bu dosyayı yeniden açar. Başbakanın görevi dosyaları kapatmak değildir. Başbakan şu soruyu kendi bürokratlarına sormalı. Ayın 4.12.2007'de bilirkişi tayin ediliyor. Peki bu vali yardımcısı aklama raporunu nasıl 3.12.2007'de veriyor bir gün önceden? Bu soruya Sayın Başbakan yanıt verdi mi? Vermedi. Niye vermiyor? Kayseri vali vekili burada rüşvet vardır, irtikap vardır diye rapor hazırlıyor. Raporu hazırlayan vali vekili niçin 38 gün sonra görevden alınıyor? Buna yanıt verdi mi Sayın Başbakan? Vermedi.

Belgelerin tamamı bugün öğleden sonra Cumhuriyet Halk Partisinin internet sitesine konulacak. Hem sorular, hem bunun yanıtlarını

göreceksiniz. Ben 26 sayfalık bir ifade var diyorum. Bu tutanaktan niçin 10 sayfa eksildi diye soruyorum. Sayın Başbakan başka bir dosyadaki tutanakları anlatıyor. O tutanakları da bugün göreceksiniz. Tamamını yükleyeceğiz arkadaşlar. Biz bir şey söylüyorsak biliyoruz ki onu en az 5–6 ay araştırıyoruz. Doğruluğunu araştırmadan, ayrıntıları bilmeden bir şey açıklamıyoruz. Ama Sayın Başbakanın eline bir dosya tutuşturuldu incelemeden dahi çıktı birilerini savunmak konumuna düştü. Başbakanın görevi yolsuzlukları savunmak değildir. Yolsuzlukların üzerine gitmektir. Eğer gitmezse Kayseri'de dönen rüşvet tezgahının bir parçası olur. Biz gitmesini istiyoruz. Ve şunu da söyledim Sayın Başbakana. Bu olayın üzerine gidin CHP grubu olarak senin arkanda duracağız. Diyeceğiz ki bizim Başbakan yolsuzlukların üzerine kararlılıkla gidiyor. Bugün belgeleri alsın. Onlar öyle bulunmuş belgeler, hayali belgeler değildir. Devletin belgeleridir. Devletin arşivlerinde var o belgeler. Biz o belgelerin tamamını ayrıca onaylattık. Onaylatılmayan bir belge bizim zaten kullandığımız belge değildir.

[Soru]*: Efendim Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanı...*

[Kemal Kılıçdaroğlu]- *O benim muhatabım değil. Benim muhatabıma sorularımı sordum internet sitesinde onları okusun.*

[Soru]*: Efendim Başbakan ...*

[Kemal Kılıçdaroğlu]- *Hukukçu arkadaşlarım zaten çalışıyorlar. Bu dosyayı yeniden açtıracağız. Yeniden açtıracağız bu dosyayı.*

[Soru]*: Efendim dün Sayın Başbakan size bütçe görüşmesinde yine ..... İfadesini kullandı. Sizce bu üslup ne kadar doğru? Bir de size twitterdan .....*

[Kemal Kılıçdaroğlu]- *Sayın Başbakan mecliste bütçe görüşmelerini yaparken siyasette üslubun ne kadar önemli olduğunu söyledi. Ama kendi söylediğini kendi üslubuyla yalanladı. Bir Başbakan sokak ağzıyla konuşmaz. Bizim elimizde dokümanlar var, belgeler var. Ben başka bir davadan, açılmayan bir davadan söz ediyorum. O sonuçlanan bir davadan söz ediyor. Ben kapatılan bir davadan söz ediyorum. O 17 kişilik çeteden rüşveti toplayan birisinin nasıl mahkum edildiğini söylüyor. Zaten kendisi*

itiraf etmiş, rüşveti ben topluyordum diyor. Onun mahkum olması kadar doğal bir şey yok zaten. Biz o 17 kişilik çeteyi nasıl bire indirdi, hangi gerekçeyle bire indirdi biz onu soruyoruz.

[Soru]*: Bir de avukattan söz ettiniz efendim.*

[Kemal Kılıçdaroğlu]- *Bunların yanıtını alayım daha öbürü devamı gelecek. 32 kısım tekmili birden gelecek.*

[Soru]*: .....*

[Kemal Kılıçdaroğlu]- *Ben Sayın Başbakana sordum. Bu kişi şu anda nerede yatıyor? Silivri'de olduğunu biliyordum. Sayın Başbakanın kürsüye çıkıp şuanda Silivri'de hapiste demesini bekliyorum. Ama ısrarla Silivri lafını kullanmadı. Niye kullanmadı? Benim malvarlığımla ilgili iddiada bulunanlar şimdi Ergenekon'dan yatıyorlar demişti. Bende Kayseri'deki davayı kapatıp rüşveti ben alıyordum, dağıtıyordum, bizim bir çetemiz vardı diyen adam şuanda Ergenekon'da yatıyor, yani hapiste yatıyor. Ben bu ilginç olaya kamuoyunun dikkatini çekmek istedim ve Sayın Başbakanın bunu itiraf etmesini istedim. Ama Sayın Başbakan Silivri adını kullanmaktan özenle kaçındı.*

[Soru]*: Efendim dün Sayın Başbakan sizin ortaya atmış olduğunuz iddialarla, dosyalarla ilgili olarak neden yargıya gitmiyor, yargıya gitmeli, yargıda bunun hesabını araması gerek dedi.*

[Kemal Kılıçdaroğlu]- *Bende Sayın Başbakana sizin siyasallaştırdığınız bir yargının dosyaları nasıl kapattığını bu örnek olayla göstermek istedim zaten. Yargıya gitsin. ...'la ilgilide yargıya gitmediniz dedi. Yargıya gittik davaları devam ediyor. Sayın Başbakanın haberi yok. Haberi olsa belki yine dosyayı kapatacaktı. Ama meraklanmasın bütün davalarını izliyoruz. Bütün hukukçularımızla izliyoruz. Başbakan görecek tabloyu.*

Teşekkür ediyorum arkadaşlar. "

B. Başvurucuya Karşı Açılan Tazminat Davaları

17. Başvuru formunda sunulan bilgilere göre; başvurucunun yukarıdaki iddiaları dile getirmesinden sonra Belediye Başkanı da dâhil olmak üzere soruşturmalarda adı geçen bazı kişiler tarafından manevi tazminat talebiyle

kırk civarında dava açılmıştır. Somut başvuruyu ilgilendiren davalarda verilen kararlara ilişkin bilgiler şu şekildir:

1. Belediye Basın Yayın Müşaviri Tarafından Açılan Dava (2015/1220 Numaralı Bireysel Başvuru Konusu)

18. Olayların yaşandığı tarihte Belediye basın yayın müşaviri olan davacı Y.Y. tarafından açılan davada Kayseri 8. Asliye Hukuk Mahkemesi 18/3/2014 tarihinde verdiği ve Yargıtay tarafından 17/11/2014 tarihinde onanan kararıyla başvurucu aleyhine 5.000 TL manevi tazminata hükmetmiştir. Kayseri 8. Asliye Hukuk Mahkemesinin gerekçesi başvuruya konu diğer davalarda da aynen kullanılmıştır. Karar gerekçesinin ilgili kısımları şu şekildedir:

"...Davaya konu olan olayda; davalı ana muhalefet partisi genel başkanı beyanlarında, dava dışı ... adlı şahsın ifadelerini dayanak almıştır. Dosya kapsamından, bu şahsın Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hakkında yürütülen dolandırıcılık iddiasına dayalı2007/17518 sayılı soruşturma dosyası sırasındaki savunmalarında davacının da içinde bulunduğu belediye çalışanları hakkında rüşvet aldıklarına yönelik ihbarda bulunduğu ve 17.07.2007 tarihinde bu yönde ayrıca ifade verdiği anlaşılmaktadır. Sonrasında kendisi hakkında Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesinde açılan kamu davasında 2007/253-2008/3 sayılı ilamla kamu kurum ve kuruluşları ve benzeri tüzel kişiliklerin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçundan ceza verilmiş ve kararYargıtay 11.Ceza Dairesi tarafından onanarak kesinleşmiştir. ...'nun bahsi geçen ihbar ve şikayeti sonucunda davacı dahil elli kişi hakkında Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 2007/24740 sayılı soruşturma dosyasında 12.03.2008 tarih ve 2008/3088 sayılı kararla kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Yine aynı şekilde yürütülen idari soruşturmada da 03.07.2007 tarihli muhakkik raporunda '...iddialar soyut olduğundan ilgililer hakkında soruşturma açılmasına yer olmadığına...' dair karar verilmiştir. Tüm bu gelişmelere rağmen ve davacı hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği halde, davalı tarafından aradan 2-3 yıl zaman geçtikten sonra yapılan açıklamalarda bahsi geçen ... adlı şahsın beyanlarına atıfta bulunularak 13.12.2010 tarihli T.B.M.M oturumunda '....17.07.2007 tarihinde [H.A.H.] *diye bir yurttaş -Kayseri Büyükşehir Belediyesinde çalışıyor- gidiyor polise rüşvet çarkının nasıl döndüğünü ayrıntılarıyla anlatıyor, 26 sayfa. Arkasından imzalıyor ve*

kendisi bu itiraflarda bulunuyor.....Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanı ve diğer belediye görevlilerine isnat edilen suç Türk Ceza Kanunu 252'sine giriyor, rüşvet suçunu oluşturduğundan....' şeklindeki ve devam sözleri ile yine 14.12.2010 tarihinde yapılan basın toplantısında sarfettiği '...biz o on yedi kişilik çeteyi nasıl bire indirdin, hangi gerekçeyle bire indirdin, biz onu soruyoruz..... Kayseri'de dönen rüşvet tezgahının bir parçası olur... rüşveti biz ben alıyordum, dağıtıyordum. Bizim bir çetemiz vardı diyen adam şu anda Ergenekon'da yatıyor...' şeklindeki sözlerin davacının ismi açıkça belirtilmese dahi davalı beyanlarına tarihi de verilerek dayanak gösterilen şikayetçi ...'nun soruşturma dosyasındaki 17.07.2007 tarihli ifadesinde davacının isminin açıkça zikredilmesi ve davalınınkonumu gereği beyanlarının basında geniş yer bulması karşısında, davacınınkişilik haklarına hukuka aykırı olarak saldırıda bulunulduğu açık olup ... davanın kısmen kabulü yoluna gidilmiş, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."

2. Belediye Ulaşım Daire Başkanı Tarafından Açılan Dava (2015/1225 Numaralı Bireysel Başvuru Konusu)

19. Olayların yaşandığı tarihte Belediye Ulaşım Daire Başkanı olan davacı A.E. tarafından açılan davada Kayseri 8. Asliye Hukuk Mahkemesi 18/2/2014 tarihinde verdiği ve Yargıtay tarafından 10/11/2014 tarihinde onanan kararıyla başvurucu aleyhine 5.000 TL manevi tazminata hükmetmiştir (Karar gerekçesi için bkz. § 18).

3. Belediye Çalışanı A.K. Tarafından Açılan Dava (2015/3100 Numaralı Bireysel Başvuru Konusu)

20. Olayların yaşandığı tarihte -ilgili soruşturma dosyasındaki 17/7/2007 tarihli ifadede adı geçen- belediye çalışanı davacı A.K. tarafından açılan davada Kayseri 2. Asliye Hukuk Mahkemesi 17/4/2014 tarihinde verdiği ve Yargıtay tarafından 12/1/2015 tarihinde onanan kararıyla başvurucu aleyhine 4.000 TL manevi tazminata hükmetmiştir (Karar gerekçesi için bkz. § 18).

4. Belediye Genel Sekreter Yardımcısı Tarafından Açılan Dava (2015/6165 Numaralı Bireysel Başvuru Konusu)

21. Olayların yaşandığı tarihte Belediye genel sekreter yardımcısı olan davacı H.B. tarafından açılan davada Kayseri 2. Asliye Hukuk Mahkemesi

17/4/2014 tarihinde verdiği ve Yargıtay tarafından 2/3/2015 tarihinde onanan kararıyla başvurucu aleyhine 4.000 TL manevi tazminata hükmetmiştir (Karar gerekçesi için bkz. § 18).

5. Belediye Genel Sekreter Yardımcısı Tarafından Açılan Dava (2015/6939 Numaralı Bireysel Başvuru Konusu)

22. Olayların yaşandığı tarihte Belediye genel sekreter yardımcısı olan davacı E.K. tarafından açılan davada Kayseri 2. Asliye Hukuk Mahkemesi 17/4/2014 tarihinde verdiği ve Yargıtay tarafından 2/3/2015 tarihinde onanan kararıyla başvurucu aleyhine 4.000 TL manevi tazminata hükmetmiştir (Karar gerekçesi için bkz. § 18).

6. Belediye Özel Kalem Görevlisi Tarafından Açılan Dava (2015/11072 Numaralı Bireysel Başvuru Konusu)

23. Olayların yaşandığı tarihte Belediye özel kaleminde çalışan davacı H.Ç. tarafından açılan davada Kayseri 8. Asliye Hukuk Mahkemesi 10/2/2015 tarihinde verdiği ve Yargıtay tarafından 25/5/2015 tarihinde onanan kararıyla başvurucu aleyhine 2.500 TL manevi tazminata hükmetmiştir (Karar gerekçesi için bkz. § 18).

7. Belediye Çalışanı H.T. Tarafından Açılan Dava (2017/6656 Numaralı Bireysel Başvuru Konusu)

24. Olayların yaşandığı tarihte -ilgili soruşturma dosyasındaki 17/7/2007 tarihli ifadede adı geçen- belediye çalışanı davacı H.T. tarafından açılan davada Kayseri 2. Asliye Hukuk Mahkemesi 6/10/2016 tarihinde başvurucu yönünden kesin olarak verdiği kararıyla başvurucu aleyhine 1.000 TL manevi tazminata hükmetmiştir (Karar gerekçesi için bkz. § 18).

C. Anayasa Mahkemesine Başvuru Süreci

25. Nihai kararlar başvurucuya sırasıyla 17/12/2014, 17/12/2014, 9/2/2015, 2/4/2015, 21/4/2015, 30/6/2015 ve 25/1/2017 tarihlerinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu sırasıyla 16/1/2015, 16/1/2015, 19/2/2015, 6/4/2015, 22/4/2015, 1/7/2015 ve 27/1/2017 tarihlerinde bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurular süresinde yapılmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

26. İlgili ulusal hukuk için bkz. *Kemal Kılıçdaroğlu,* B. No: 2014/1577, 25/10/2017, §§ 24-28.

B. Uluslararası Hukuk

1. İfade Özgürlüğünün Demokratik Toplumdaki Önemi

27.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."

28. 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, 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)* [BD], B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

2. İfade Özgürlüğü ve İtibarın Korunmasını İsteme Hakkı Arasındaki İlişki

29. 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], (39954/08, 7/2/2012)- 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; *Von Hannover/Almanya,* B. No:59320/00, 24/9/2004, §§ 63-66),ilgili kişinin tanınırlığı, toplumdaki rolü ve işlevi ile yazıya konu olan faaliyetin niteliği, haber veya makalenin konusu (*Von Hannover/Almanya (2),* § 110; 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. Maddi Olgular ile Değer Yargısı Arasındaki Fark

30. AİHM'e göre, maddi olgular ile değer yargısı arasında dikkatli bir ayrıma gidilmelidir. Maddi olgular ispatlanabilirse de değer yargılarının doğruluğunu ispatlamanın mümkün olmadığı hatırda tutulmalıdır (*Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 46). AİHM, değer yargılarının doğruluğunu ispat etmenin yerine getirilmesi imkânsız bir talep olduğunu ve böyle bir yükümlülüğün kendiliğinden Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan hakkın temel bir bileşeni olan görüş sahibi olma özgürlüğünü ihlal edeceğini belirtmektedir. AİHM bununla birlikte, bir açıklamanın değer yargısı düzeyine ulaştığı durumlarda dahi -kendisini destekleyen bir olgusal temel olmayan değer yargıları aşırı görülebileceğinden- müdahalenin orantılılığının

dava konusu sözlerin yeterli bir olgusal temele sahip olup olmadığına dayanabileceğini ifade etmiştir (*Jerusalem/Avusturya*, B. No: 26958/95, 27/2/2001, §§ 42, 43).

31. *Brasilier/Fransa* (B. No: 71343/01, 11/4/2006) kararına konu olayın eldeki başvuruya benzer yönleri bulunmaktadır:

i. Bay Brasilier (başvurucu) 1997 yılı parlamento seçimlerinde, daha sonra Paris Belediye Başkanı olan Bay Tiberi'ye karşıParis'ten milletvekili adayı olmuştur. Başvurucu, seçimlerin ilk turu yapıldıktan sonra daha önce yeterli sayıda oy pusulası bastırmış olmasına ve bu pusulaları oy verme yerlerine teslim edilmesi için resmî görevlilere vermiş olmasına rağmen bazı oy verme yerlerinde kendi oy pusulalarını bulamadığını iddia etmiş; bu nedenle oy pusulalarının çalındığı şikâyetinde bulunmuş ancak savcı bu şikâyetle ilgili işlem yapmamaya karar vermiştir.

ii. Başvurucu, bunun üzerine konuyla ilgili tepkilerin dile getirildiği bazı gösteri yürüyüşlerine katılmış ve bu gösterilerden birinde Bay Tiberi'nin seçimlerde hile yaptığı ve bu nedenle seçimin iptal edilmesi gerektiği yönünde ibareler içeren bir broşür dağıtılmıştır. Gösteriler esnasında Bay Tiberi'nin seçimlerde entrikalar yaptığı yönünde sloganlar da atılmıştır. Bay Tiberi bu olaylar üzerine hakaret suçlamasıyla bir dava açmış ve broşür ve sloganlarla ilgili sorumluluğu kabul eden başvurucu adli soruşturmaya maruz kalmıştır.

iii. Bunun dışında, bu olaylardan kısa bir süre sonra seçimlerin iptali istemiyle Anayasa Konseyine yapılan başvuru reddedilmiştir. Ret kararında seçimler esnasında bazı usulsüzlükler meydana geldiği ancak bu usulsüzlüklerin seçim sonucunu değiştirmeyeceği yönünde değerlendirmeler yapılmıştır. Anayasa Konseyi, başvurucunun ve bir başka adayın oy pusulalarının kaybolması hususunda, adayların oy pusulalarını süresi içinde yetkili makamlara ulaştırmadıkları yönünde bir tespitte bulunmuştur.

iv. Yapılan ceza yargılaması sonunda başvurucu beraat etmiş, ancak iddialarını ispatlayamadığı için haksız fiilden sorumluluğunun doğduğuna ve Bay Tiberi'ye zararları için başvurucunun 1 Fransız Frankı ödemesine karar verilmiştir (*Brasilier/Frans*a, §§ 8-23).

v. AİHM; ilk olarak maddi olgular ile değer yargısı arasında dikkatli bir ayrıma gidilmesi gerektiği, maddi olgular ispatlanabilse de değer yargılarının doğruluğunu ispatlamanın mümkün olmadığı, bir açıklamanın değer yargısı olarak görüldüğü durumlarda müdahalenin orantılılığının dava konusu sözlerin yeterli bir olgusal temele sahip olup olmadığına dayandığı yönündeki içtihadını hatırlatmıştır.

vi. AİHM, başvuru konusu olaydaki açıklamaların kamu menfaatleriyle ilgili konularda olduğunu ve bunların somut olguların açıklanmasından ziyade değer yargısı olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM, ayrıca açıklamaların basında ve ilgili kesimlerde konuyla ilgili sıcak tartışmaların olduğu bir ortamda yapıldığına ve Bay Tiberi'nin de daha sonra seçim sonuçlarının çarpıtıldığı yönündeki bazı iddialarla ilgili olarak adli soruşturmaya tabi tutulduğuna işaret etmiştir. AİHM, her ne kadar masumiyet karinesi gözönüne alındığında bir soruşturmaya maruz kalan kişinin suçlu olduğu varsayılamaz ise de isnada maruz kalan kişinin belediye başkanı sıfatıyla seçimlerin organizasyonu ve iyi idaresi bakımından görevleri de bulunan Bay Tiberi olması hasebiyle bu başvuru bakımından olgusal bir temelin bulunduğunu kabul etmiştir.

vii. AİHM, başvurucunun ifadelerinin negatif bir anlam içerdiği, ancak içerdiği belli bir düzeydeki husumet ve öneme rağmen açıklamalardaki temel konunun bir seçimin yürütülmesiyle ilgili olduğu tespitini yapmıştır.

viii. AİHM verilen cezanın verilebilecek en düşük ceza olmasına rağmen -ifade özgürlüğüne yönelik herhangi bir müdahalenin bu özgürlüğün kullanımı üzerinde caydırıcı etki oluşturabileceği gerçeğinden hareketle- başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleyi kendiliğinden haklı gösteremeyeceği sonucuna varmıştır (*Brasilier/Fransa*, §§ 33-44).

4. Siyasetçilerin İfade Özgürlüklerinin Korunması

32. AİHM'e göre ifade özgürlüğü, herkes için önemli olmasına karşın halkın seçilmiş temsilcileri bakımından özel bir öneme sahiptir. Çünkü seçilmiş kişiler, seçmenleri temsil ederler ve seçmenlerin kaygılarına dikkat çeker ve menfaatlerini savunurlar (*Lombardo ve diğerleri/Malta*, B. No: 7333/06, 24/4/2007, § 53). Başvurucu 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, siyasi ifade özgürlüğünün önemini göstermek maksadıyla caydırıcı etki doktrinini kullanmakta; bu nedenle siyasetçilere yönelik olarak verilen cezalar küçük de olsa ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğabileceği sonucuna ulaşmaktadır(*Lombardo ve diğerleri/Malta*, § 61).

i. *Lombardo ve diğerleri/Malta* (bkz. §§ 5-32) kararına konu olayda, Malta merkezî hükûmetiyle Fgura Yerel Konseyi arasında bir yol projesi konusunda anlaşmazlık ortaya çıkmıştır. Bu anlaşmazlık yargıya konu olmuş, yerel basında da yer bulmuştur. Yerel Konseyin üyesi olan ilk üç başvurucu, Yerel Konseyin bir toplantısı esnasında anlaşmazlık konusu olaya ilişkin kamusal bir toplantı yapılmasını istemişler ancak bu önerileri reddedilmiştir. Bunun üzerine ilk üç başvurucu konuya ilişkin olarak bir gazetede makale yayımlamıştır. Makalede Yerel Konseyin kamuya danışmadığı ve kamunun görüşlerini gözardı ettiği şeklinde ifadelere yer verilmiştir. Yerel Konsey, makalenin yazarı olan ilk üç başvurucu ve yayının editörü olan dördüncü başvurucuya hakaret ve iftira davası açmıştır. Yargılama sonunda başvuruculaın iddialarını kanıtlayamadıkları gerekçesiyle yaklaşık 4.800 Avro tazminata mahkûmiyetine karar verilmiştir. Temyiz incelemesi sonucu tazminat yaklaşık 1.440 Avroya düşürülmüştür. Başvuruculaın konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesine yaptıkları anayasa şikâyeti de reddedilmiştir.

ii. AİHM bu başvuruda; Yerel Konsey gibi seçilmiş bir kuruluşun ihmal ya da icraatına yönelik eleştirilere ilişkin kısıtlamaların çok istisnai koşullarda haklı gösterilebileceğine, Yerel Konsey gibi siyasi bir kurumun kendisine yönelik eleştirilere karşı daha yüksek düzeyde bir hoşgörü göstermesi gerektiğine işaret etmiştir. AİHM'e göre kamusal menfaatlerle ilgili politik konuşmaları ya da tartışmaları sınırlamaya dair alan oldukça dardır. AİHM, başvuru konusu olayın kamusal menfaatlerle ilgili politik tartışmalar kapsamında olduğunu ve makalenin de olaya basın aracılığıyla kamunun dikkatini çekmek amacını taşıdığını belirtmiştir.

iii. AİHM bu başvuru kapsamında; politik tartışmaların belli kelimelerin yorumu üzerinde oybirliği gerektirmediği, başvuruculaın toplantı tekliflerinin reddedilmesinin Yerel Konseyin halka danışmadığı yönündeki

iddialar için kullanılan değer yargıları bakımından yeterli bir olgusal temel oluşturduğu tespitini yapmıştır. AİHM, böyle olmasa dahi değer yargılarının ispatlanmasının beklenemeyeceğini ve başvuru konusu olaydaki değer yargılarının iyi niyetle dile getirilmediğini gösteren hiçbir bulgu olmadığını belirtmiştir. AİHM -her koşulda- devam etmekte olan bir politik tartışma kapsamındaki ifadeler bakımından olgu isnadı ve değer yargıları arasındaki ayrımın da daha az önemli hâle geldiğine işaret etmiştir.

iv. AİHM, başvuruculara yönelik yaptırımın onların gelecekte Yerel Konseyi eleştirme konusunda isteksiz davranmaya sevk edebileceği hususunun da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. AİHM bu gerekçelerle, başvuru konusu olaydaki ifadelerin kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşmadığı, yargılamanın ceza yargılaması olmayıp tazminat davası olmasının ve verilen tazminatın nispeten düşük olmasının da müdahaleye dayanak olan gerekçelerin ilgili ve yeterli olmadığı sonucunu değiştirmediği kanaatine varmış ve başvuruculara yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır (*Lombardo ve diğerleri/Malta,* §§ 52-63).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

34. Mahkemenin 18/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

35. Başvurucu;

i. Davaya konu konuşmalarda davacıların ismini zikretmediğini ve davacıların şahsına saldırı teşkil edecek hiçbir beyanda bulunmadığını, matufiyet unsuru oluşmadığını, dolayısıyla derece mahkemelerinin yerleşik Yargıtay içtihatlarına da aykırı karar vererek ifade özgürlüğünü ihlal ettiklerini,

ii. Aynı konuşmalara karşı açılan başka davaların reddedilmesi sonucu ortaya çıkan çelişkili kararlarla adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğini,

iii. İfade özgürlüğüne müdahale teşkil eden mahkeme kararlarının gerekçelerinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığını,

iv. Ana muhalefet partisi CHP'nin genel başkanı sıfatıyla, yolsuzlukla mücadele konusunda eline ulaşan bilgi ve belgelerle kamuoyunu aydınlatmasının ve bu konuda kamuoyu oluşturmasının ve gerekli yasal başvuruları yapmasının kendisine yüklenen yasama faaliyetinin yanı sıra denetim görevinin de bir parçası olduğunu,

v. Belediye ile ilgili konuyu gündeme taşımasından sonra CHP grubuna mensup milletvekillerinin 2011 yılında Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığına yaptıkları suç duyurusu üzerine Savcılık tarafından soruşturmanın yeniden başlatıldığını ve bir kısım kişilerin rüşvet, icbar suretiyle irtikâp ve teşebbüs ile dolandırıcılık suçlamasıyla açılan davalarda cezalandırıldıklarını; bütün bunların kendisi aleyhine verilen tazminat kararlarının haksızlığını gösterdiğini ifade etmiştir.

B. Değerlendirme

36. 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 adil yargılanma hakkı bağlamındaki ihlal iddialarının da bir bütün olarak Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

37. 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..."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

38. 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

39. TBMM Genel Kuruluna hitaben yaptığı konuşmada ve basına yaptığı açıklamalarda kullandığı sözler nedeniyle başvurucu aleyhine manevi tazminata hükmedilmiştir. Söz konusu Mahkeme kararları ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

40. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. 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. Bu sebeple müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

42.22/11/2001 tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve 25. maddeleri ile 6098 sayılı Kanun'un 58. maddesinin *kanunla sınırlama* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

43. Başvurucunun tazminat ödemeye mahkûm edilmesine ilişkin kararların *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) Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğünün Önemi

44. Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü bağlamında "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. 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. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları ve bu çabaların hoşgörüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 33-35; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42-43; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, §§ 35-38).

(b) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

45. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde "demokratik toplum düzeninin gereklerineaykırı olmama" ve "ölçülülük ilkesine aykırı olmama" biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (*Bekir Coşkun,* §§ 53-55; *Mehmet Ali Aydın,* §§ 70-72;AYM, E.2018/69, K.2018/47, K.T. 3/5/2018, § 15; AYM, E.2017/130, K.2017/165, K.T. 29/11/2017, § 18).

46. İfade özgürlüğü üzerindeki sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veyaulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, § 51).

47. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurmaktır (bkz. *Bekir Coşkun*, § 44, 47, 48; *Hakan Yiğit,* B. No: 2015/3378, 5/7/2017,§§ 58, 61, 66).

48. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvurulan sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengeninkurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti halinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. Kamu gücünü kullanan organların düşüncelerin açıklanmasına ve yayılmasına müdahale ederken ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun, §§ 57; Tansel Çölaşan,* §§ 46, 49, 50*; Hakan Yiğit,* §§ 59, 68*).*

49. Buna göre, ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya dazorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

(c) İfade Özgürlüğünün Kapsamı

50. 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 (*Kemal Kılıçdaroğlu,* § 52).

(ç) Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanımında Ödev ve Sorumluluklar

51. Demokratik bir toplumda siyasetçilerin diğer siyasetçileri ve kamu görevlilerini eleştirme ve onlar hakkında yorum yapma hakkı bulunmakla birlikte Anayasa'nın 26. maddesi sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmemiştir. Somut başvuruyla bağlantılı olarak söylenecek olursa siyasetçilere yönelik eleştirilerin kişilerin itibarlarına zarar verir boyuta ulaşmaması gerekir. Bu, Anayasa'nın 12. maddesinin, kişilerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kullanırken ödev ve sorumluluklarına da gönderme yapan "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder"* biçimindeki 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. *Kemal Kılıçdaroğlu,* § 53; *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 durumuna ve ifade özgürlüğünü kullandığı vasıtalara göre değişir. Anayasa Mahkemesi, bir mahkûmiyetin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığını incelerken bu hususu dikkate alacaktır.

(d) Başkalarının Şöhret veya Haklarının Korunması

52. 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; *Kemal Kılıçdaroğlu,* § 54).

53. 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; *Kemal Kılıçdaroğlu,* § 55).

(e) İfade Özgürlüğü ile İtibarın Korunmasını İsteme Hakkı Arasında Adil Denge

54. Anayasa Mahkemesi mevcut başvuruya 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 değerlendirmektedir (*Kemal Kılıçdaroğlu,* § 56; *Nilgün Halloran,* § 27; *İlhan Cihaner (2),* § 49, 66). 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 şöhret derecelerinin ve ilgili kişilerin önceki davranışlarının, kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının değerlendirilmesi gerekir (*Kemal Kılıçdaroğlu,* § 56; *Nilgün Halloran,* § 44; *Ergün Poyraz (2),* § 56; *Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 08/04/2015, §§ 58-66; *İlhan Cihaner (2),* §§ 66-73). Bunun

için başvurucu tarafından söylenen sözlerin, yapılan konuşmanın tamamı ve söylendiği bağlamdan koparılmaksızın olayın bütünselliği içinde ele alınması gerekir (*Nilgün Halloran,* § 52; *Önder Balıkçı,* § 45).

55. Öte yandan dava konusu söylemlerin maddi vakıaların açıklanması veya değer yargısı olarak nitelendirilmesi önemlidir. Bu noktada maddi olgular ile değer yargısı arasında dikkatli bir ayrıma gidilmelidir. Maddi olgular ispatlanabilse de değer yargılarının doğruluğunu ispatlamanın mümkün olmadığı hatırda tutulmalıdır (*Kadir Sağdıç*, § 57; *İlhan Cihaner (2)*, § 64). Ancak bir açıklamanın tamamen değer yargısından oluşması durumunda bile müdahalenin orantılılığı ihtilaflı açıklamanın somut unsurlarla yeterince desteklenip desteklenmemesine göre tespit edilmelidir. Çünkü somut unsurlarla desteklenmiyorsa değer yargısı orantısız olabilir (*Cem Mermut*, B. No: 2013/7861, 16/4/2015, § 48).

56. 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 bağdaşmadığına karar vermede yetki sahibi olan iç hukuktaki son mercidir (*Kemal Kılıçdaroğlu,* § 57).

57. Anayasa Mahkemesinin görevi, bu denetimi yerine getirirken derece mahkemelerinin yerini almak değil, fakat söz konusu yargı mercilerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Anayasa'nın 26. maddesi ile uyumlu olup olmadığını denetlemektir. Anayasa Mahkemesi, başvuru konusu olan müdahalenin *gözetilen meşru amaçla orantılı* olup olmadığını ve bunu haklı göstermek için ulusal makamlar tarafından ortaya konulan gerekçelerin *ilgili ve yeterli* görünüp görünmediğini tespit edebilmek amacıyla söz konusu müdahaleyi davanın bütününe bakarak değerlendirecektir (*Kemal Kılıçdaroğlu,* § 58).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

58. CHP Genel Başkanı olan başvurucu kamuoyuna hitaben yaptığı bazı konuşmalarda Kayseri Büyükşehir Belediyesinde yolsuzluk yapıldığını ileri sürmüştür. Başvurucu iddialarını Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülmüş olan bir soruşturmada bazı hukuksuzluklara adı karıştığı ileri sürülen bir kişinin beyanlarına dayandırmıştır. Başvurucu, söz konusu kişinin adli makamlarda

verdiği ifadelerini kendi perspektifinden yorumlamış ve anılan soruşturmada da usulsüzlükler bulunduğu yönünde iddialarda bulunmuştur.

59. Bu konuşmalara karşı belediye görevlileri tarafından açılan davalarda, başvurucunun konuşmalarında geçen *"....17.07.2007 tarihinde ... diye bir yurttaş -Kayseri Büyükşehir Belediyesinde çalışıyor- gidiyor polise rüşvet çarkının nasıl döndüğünü ayrıntılarıyla anlatıyor, 26 sayfa. Arkasından imzalıyor ve kendisi bu itiraflarda bulunuyor ... belediye görevlilerine isnat edilen suç Türk Ceza Kanunu 252'sine giriyor, rüşvet suçunu oluşturduğundan....", "...biz o on yedi kişilik çeteyi nasıl bire indirdin, hangi gerekçeyle bire indirdin, biz onu soruyoruz..... Kayseri'de dönen rüşvet tezgahının bir parçası olur... rüşveti ben alıyordum, dağıtıyordum. Bizim bir çetemiz vardı diyen adam şu anda Ergenekon'da yatıyor..."* şeklindeki sözlerin davacıların kişilik haklarını ihlal ettiği sonucuna ulaşılmış ve başvurucu tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.

60. Eldeki başvurunun çözümlenmesinde gözönünde tutulması gereken ilk husushem başvurucunun hem de davacıların toplumsal konumlarıdır. Bir yanda olayların meydana geldiği dönemde ana muhalefet görevinde bulunan partinin lideri olan başvurucu, diğer yanda ise olayların yaşandığı tarihte Belediyede üst düzey bürokrat ve belediye çalışanı olarak görev yapan davacılar bulunmaktadır.

61. Eleştirilerin hedefinde olan kişiler kamusal görev üstlenmiş olan Belediye çalışanları olduğu için kabul edilebilir eleştiri sınırları, sade bir vatandaş ile karşılaştırıldığında daha geniştir. Bu sebeplerle eldeki başvuruya konu olayın tarafları olan kamu görevlilerinin gördükleri işlev nedeniyle kendilerine yönelik eleştirilere diğer vatandaşlara göre daha fazla hoşgörü göstermeleri gerekir.

62. 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 (*Kemal Kılıçdaroğlu,* § 60).

63. Başvurucu, başvuruya konu konuşmalarında Belediyeye yönelik bazı iddialarını dile getirmiştir. Gözönüne alınması gereken ikinci husus ise bu

bağlamda ortaya çıkmaktadır. Başvurucunun konuşmalarında dile getirdiği iddialar kişilerin hayatlarının diğer bireylere kapalı ve mahrem alanına ilişkin değildir. Başvurucunun konuşmalarında ele alınan konular kamusal çıkarlarla ilgilidir ve toplumu yakından ilgilendiren konuşmalarının çerçevesinin baskın bir şekilde politik alanda kaldığı açıktır. Bu çerçevede önemli kamusal hizmetler sunan bir belediyenin görevlilerinin adının karıştığı soruşturmaların bir siyasi parti lideri olan başvurucunun sıkı ve yakın denetimi altında olması tabiidir. Bu nedenle de belediye görevlilerinin şöhret ve itibarı ile başvurucunun ifade özgürlüğünün çatıştığı mevcut davada dengelemenin yapılması sırasında kamunun menfaatlerinin gözetilmesi hayatidir.

64. Başvurucu, tazminat ödemeye mahkûm edilmesine neden olan konuşmalarında davacıların ismini zikretmemiş ancak *"17 kişilik bir çete"* ifadesini kullanmıştır. Derece mahkemeleri ise başvurucunun iddialarına dayanak yaptığı soruşturma dosyasındaki 17/7/2007 tarihli ifadede davacıların isminin açıkça zikredilmiş olmasını gerekçe göstererek başvurucunun sözlerinin davacıların kişilik haklarını ihlal ettiğine karar vermiştir. Derece mahkemeleri, başvurucunun kullandığı sert sözlerin hedefinin davacılar olduğu sonucuna başvurucunun konuşmalarını değil konuşmada sözü edilen soruşturma dosyasını esas alarak ulaşmıştır. Başvurucu, konuşmalarında davacıların kimliklerini açıklamamıştır. Doğrudan hedef almadığı halde dolaylı bağlantılarla davacıların kimliklerinin ortaya çıktığı veya çıkma tehlikesinin bulunduğunun kabul edilmesi aşırı bir yorum olarak değerlendirilmiştir. Aksinin kabulü kamusal konuşmaları imkansız hale getirecektir.

65. Öte yandan derece mahkemelerinin kabul ettiği gibi başvurucunun sözleri ile davacıları hedef aldığı kabul edilse bile başvurucunun ifadelerinin konuşmaların bütünlüğü ile birlikte ve söylendikleri bağlamdan koparılmaksızın değerlendirilmesi gerekir.

66. Somut davanın kendine has koşullarında başvuruya konu ihtilafın büyük ölçüde dava konusu sözlerin maddi vakıaların açıklanması ile ilgili olduğu görülmektedir. Başvurucunun TBMM Genel Kurulunda ve diğer platformlarda yaptığı konuşmalarda ileri sürdüğü iddialar Belediyeyi ve olay tarihinde Belediye çalışanı olan davacıları da ilgilendiren bir soruşturmada yer alan bazı bilgilere dayanmaktadır. Başvuruya konu olayda bir şahsın davacılar dahil bazı belediye çalışanlarının rüşvet aldıklarına yönelik ihbar ve ifadeleri

üzerine bir soruşturma başlatılmış, ancak bu soruşturma kovuşturmaya yer olmadığına dair kararla sonuçlanmıştır. Dolayısıyla başvurucunun kullandığı ifadeler bakımından olgusal bir temel bulunduğu açıktır.

67. Öte yandan başvurucunun davacılar için kullandığı *çete* ifadesi aynı zamanda bir değer yargısıdır. Başvurucu, bu kişilerin organize bir şekilde gayrimeşru işler yaptıklarını ifade etmeye çalışırken söz konusu ifadeyi kullanmayı tercih etmiştir. İsnada maruz kalan kişilerin belediye görevlileri olması, H.A.H.nin açıklamaları ve davacılar hakkında bir soruşturma yürütülmüş olduğu gerçeği, dava konusu değer yargısı içeren sözlerin yeterli bir olgusal temele sahip olduğunu göstermektedir.

68. Başvurucu, konuşmalarında soruşturma sürecinde yaşanan bazı hususlarla özellikle de davacılarla ilgili kovuşturmaya yer olmadığına yönelik karar verilmesiyle ilgili şüphelerini açıklamış ve bundan hareketle soruşturmanın yeniden açılması ve gerektiği gibi yapılması yönünde ilgililere çağrıda bulunmuştur. Başvurucunun konuşmalarında kullandığı bazı ifadelerin incitici ve rahatsız edici olduğu açıktır. Ancak siyaset adamlarının kullandıkları bazı sözler açıkça polemik çıkarmaya, şiddetli tepkiler yaratmaya ve taraftarlarını konsolide etmeye yönelik siyaset üsluplarının bir parçası olarak kabul edilebilir (*Kemal Kılıçdaroğlu,* § 65).

69. Yukarıdaki tespitlere karşın ilk derece mahkemeleri, başvurucu tarafından yapılan konuşmada geçen bazı ifadelerin (bkz. § 59) davacıların kişilik haklarını ihlal ettiğine karar vermiş ve başvurucuyu tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Mahkemeler tarafından yapılan değerlendirmelerde olgusal bir temele sahip olmadığı takdirde aşırı olarak değerlendirilebilecek ifadeler, olayın koşulları gözetilmeksizin değerlendirme konusu yapılmıştır. Mahkemeler, başvuruya konu sözleri kaba olarak nitelendirmiştir. Buna karşılık mahkemeler, bu sözlerle konuşmadaki diğer açıklamalar arasındaki bağlantıları gözardı etmiş, bunların başvurucunun yorum ve değerlendirmelerinde kullanılmasının gerekli olup olmadığını değerlendirmemiştir.

70. Başvurucunun ifadelerinin negatif bir anlam içermesi, seçmenleri temsil eden başvurucunun açıklamalarında temel olarak seçmenlerinin menfaatlerini savunduğu ve kamusal yararı yüksek bir meseleyi ele aldığı olgusunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu sebeplerle başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin toplumsal bir ihtiyacı karşıladığının ikna

edici bir şekilde, ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya konulamadığı sonucuna ulaşılmıştır.

71. Başvurucu aleyhine toplam yedi davada 25.500 TL tazminata hükmedilmiştir. Bilhassa siyasetçilerin ifade özgürlüğüne yönelik herhangi bir müdahalenin bu özgürlüğün kullanımı üzerinde caydırıcı etki oluşturabileceği gerçeği gözetildiğinde bazı davacılara önemsiz miktarlarda tazminata hükmedilmiş olması başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleyi kendiliğinden haklı gösteremez. Buna ilave olarak toplam tazminatın başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik orantısız bir müdahale olduğu kanaatine varılmıştır.

72. Başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı ve orantılı da olmadığı; bu sebeplerle de demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

73. 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."

74. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

75. *Mehmet Doğan* kararında özetle; uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan,* §§ 57-58).

76. *Mehmet Doğan* kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre; Anayasa Mahkemesinin, tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hallerde, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan,* § 59).

77. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usuli bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin, hak ihlalini giderecek şekilde

yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlalin, idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hallerde derece mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (*Mehmet Doğan,* § 60).

78. Başvurucu; ihlalin tespiti ile birlikte yeniden yargılama yapılmasını, yeniden yargılama yapılması yönündeki talebi kabul edilmezse her bir başvuru için davacılara ödediği tazminat da gözetilerek ayrı ayrı 20.000 TL tazminata karar verilmesini istemiştir.

79. Anayasa Mahkemesi başvurucunun düşünce açıklamaları nedeniyle mahkemeler tarafından 20.500 TL tazminat ödemesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

80. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemelere gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

81. Diğer taraftan somut olay bağlamında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ihlale yol açan yargılama sürecine muhatap olan başvurucunun bu sürede uğradığı bütün zararları gidermemektedir. Üstelik ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmekle birlikte başvurucunun muhatap olduğu yargısal süreç devam etmektedir. Dolayısıyla *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün

sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle ve yeniden yargılama suretiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 20.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

82. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 1.618,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.598,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine 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 Rıdvan GÜLEÇ'inkarşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA

C. Kararın birer örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere; Kayseri 8. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2014/33, K.2014/90; E.2013/618, K.2014/54; E.2014/363, K.2015/24) ve Kayseri 2. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2014/8, K. 014/150; E.2013/390, K.2014/148; E.2014/9, K.2014/152; E.2016/346, K.2016/594) GÖNDERİLMESİNE,

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

E. 1618,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.598,90 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 18/7/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

Siyasetçilerin ifade özgürlüğü ve bunun sınırları, *Kemal Kılıçdaroğlu (1)* kararında detaylı bir biçimde ortaya konulmuştur. Buna göre 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 ifade özgürlüğüne yönelik ise başvuruların çok daha sıkı bir denetimden geçirilmesi gerekmektedir (*Kemal Kılıçdaroğlu (1)*,§ 60).

Öte yandan, eleştirilerin hedefinde olan kişiler kamusal görev üstlenmiş olan Belediye çalışanları olduğu için kabul edilebilir eleştiri sınırlarının, sade bir vatandaş ile karşılaştırıldığında daha geniş olduğu, bu sebeplerle kamu görevlilerinin gördükleri işlev nedeniyle kendilerine yönelik eleştirilere diğer vatandaşlara göre daha fazla hoşgörü göstermeleri gerektiği de açıktır (bkz. § 61).

Bununla beraber başvurucunun belediye çalışanlarına yönelik sarf ettiği kimi sözlerin kişisel saldırı içerdiği ve eleştiri sınırlarını aştığı da kabul edilmelidir. Başvurucunun konuşmalarında belediye çalışanlarına yönelik sarf ettiği *"on yedi kişilik çete"* ve *"rüşvet çarkı"* şeklindeki sözlerin belediye çalışanlarının kişilik haklarını ihlal etmediğini söylemek güçtür. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

C.K. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/19685)

Karar Tarihi: 15/3/2018

GENEL KURUL
KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

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
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör Yrd.	: Derya ATAKUL
Başvurucu	: C.K.
Vekili	: Av. Müşerref SEKO

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, isim yazılarak yapılan araştırmada arama motorlarında listelenen ve internet haber arşivlerinde yer alan bazı haberler ile ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki taleplerin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/12/2014 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. Birinci Bölüm tarafından 24/1/2018 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

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

8. Başvurucu, olayların olduğu tarihten bu yana mankenlik ajansı sahibidir ve kendisi de eski bir mankendir. Başvurucunun sinema ve tiyatro alanında da çalışmaları bulunmaktadır.

9. 2001 yılında Türkiye Yüz Güzeli seçilmiş ve başvurucunun sahibi olduğu mankenlik ajansına bağlı olarak çalışan bir manken, 2004 yılında aşırı dozda uyuşturucudan hayatını kaybetmiştir.

10. Türkiye Yüz Güzeli seçilmesinin ardından tanınmışlık düzeyi oldukça artan mankenin ölüm nedeni ülke gündeminde geniş yer bulmuş, olay tarihi ve sonrasında birçok gazetede ve internet haber sitesinde konuyla ilgili haberler yapılmıştır. Haberlerde olayın oluş şekli, mankene uyuşturucuyu temin eden zanlılar, olaya ilişkin savcılık soruşturması ile ilgili bilgiler yer almaktadır.

11. Yine bu konuyla ilgili olarak başvurucunun bireysel başvuru konusu yaptığı haberlerden birinde yargılamayı yapan mahkeme tarafından mankenin çalıştığı ajansın sahibi olarak başvurucunun da tanık olarak dinlendiği bilgisi aktarılmıştır. Bir diğer haberde, ölen mankenin basına verdiği son röportajda içinde bulunduğu durumun sorumlusu olarak başvurucuyu gösterdiğinin öğrenilmesi üzerine başvurucunun adli makamlar tarafından uzun süre sorgulandığı belirtilmiştir. Haberlerde, ölen mankenin başvurucunun asistanı ile de ilişkisi olduğu ve ortak arkadaşları olan bir transseksüel ile hep birlikte para karşılığında cinsel ilişkiye girdikleri iddialarına yer verilmiştir. Haberlerde ayrıca yine kamuoyunda tanınmış bir kişi olan başvurucunun eşinin de yıllar önce aşırı dozda uyuşturucudan öldüğü bildirilmiştir.

12. Başvurucu; yaşanan olaylarla bir ilgisi olmadığı hâlde arama motorlarına ismi yazıldığında hem ölen manken ile hem de ölen eşi ile ilgili haberlerin listelendiğini, bu haberler nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek internet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur.

13. İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliği 30/9/2014 tarihinde dava konusu haberlerin başvurucunun kişilik haklarına saldırı niteliğinde ve incitici mahiyette olmadığı, ayrıca haber içerikleri dikkate alındığında talebin kabulü hâlinde haber alma ve haber verme hürriyetinin sınırlandırılacağı gerekçesiyle erişimin engellenmesi talebinin reddine karar vermiştir.

14. Başvurucunun anılan karara itirazı İstanbul 3. Sulh Ceza Hâkimliğince 16/10/2014 tarihinde reddedilmiştir.

15. Karar, başvurucuya 11/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 11/12/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 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

17. Somut olayla ilgili uluslararası hukuk kuralları için Anayasa Mahkemesinin *Ali Kıdık* (B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 22-29) kararına bakılabilir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

18. Mahkemenin 15/3/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

19. Başvurucu; sahibi olduğu mankenlik ajansında çalışan bir mankenin aşırı dozda uyuşturucudan ölmesi olayıyla ilgili medyada sayısız haber yapıldığını, bu haberlerde kendisi ile ilgili bilgilere de yer verildiğini ifade etmiştir. Başvurucu; yaşanan olaylarla bir ilgisi olmadığı hâlde arama motorlarına ismi yazıldığında hem ölen manken ile hem de kendisinin ölen eşi ile ilgili haberlerin listelendiğini, bu haberler nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini iddia etmiştir. İnternet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinin Mahkemece reddedilmesi ve bunun sonucunda söz

konusu haber ve yazıların internet ortamında yer almaya devam etmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği, şeref ve itibarın korunması ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

20. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak *"Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı"* kenar başlıklı 17. maddesi ile *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesi ve *"Basın hürriyeti"* kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(17) Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

(26) 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.

...

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

(28) "Basın hürdür, sansür edilemez...

...

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

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

..."

21. 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, hakkında yayımlanan haberlerin internet ortamında yer almaya devam etmesi nedeniyle kişilik haklarının zedelendiğinden şikâyet etmektedir. Başvurucunun bu şikâyeti şeref ve itibarın korunması hakkı kapsamında incelenmiştir.

Hasan Tahsin GÖKCAN farklı gerekçeyle bu görüşe katılmıştır.

1. Genel İlkeler

a. Kişinin Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı

22. Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (*Adnan Oktar (2),* B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33). Başka bir deyişle kişisel itibarın korunması hakkı Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının koruması altındadır (*Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; *İlhan Cihaner (2),* B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42).

23. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının olaya uygulanabilmesi için kişinin itibarına yapılan saldırının belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması ve kişinin itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkından başvurucunun kişisel olarak yararlanmasını güçleştirecek şekilde yapılmış olması gerekir (*Kadir Sağdıç,* § 39; *İlhan Cihaner (2),* §§ 45, 46; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Mater/Türkiye,* B. No: 54997/08, 16/7/2013, § 52).

24. Anayasa Mahkemesi; *N.B.B.* (B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 37) kararında internet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında

yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haber ve yazıların internet ortamında uzun süre erişilebilir kalması hâlinde kişilerin şeref ve itibarının zedelenebileceğini belirtmiş ve bu durumu unutulma hakkı kapsamında incelemiştir.

b. İfade Özgürlüğü ve İnternetin Rolü

25. Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesine göre 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. Anılan maddede 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 (*Emin Aydın,* B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

26. İnternet haberciliğinin -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- basınözgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], 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.

27. Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkânı gözetildiğinde internet, halkın haber almasının ve bilgilerin iletilmesinin gelişiminde önemli bir role sahiptir. İnternet, herhangi bir sınırlama gözetmeksizin herkesin haber ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayması noktasında çok önemli bir imkân sağlamaktadır. Bu durum ifade özgürlüğü açısından da çok geniş bir alan yaratmaktadır (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 34).

28. Dolayısıyla internet sitelerine veya internet sitelerinde yer alan haberlere erişimin engellenmesi biçiminde getirilen her türlü kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne müdahale niteliğindedir. Basın özgürlüğünün

kamuoyuna çeşitli fikir ve tutumların iletilmesi, bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması için en iyi araçlardan birini sağladığı bilinmektedir (*İlhan Cihaner (2)*, § 63).

2. 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

29. Anayasa Mahkemesi, *Ali Kıdık* kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir (bkz. §§ 55-63). Mahkemeye göre bu usul, kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır, dolayısıyla istisnai bir yoldur (*Ali Kıdık,* § 55).

30. Kişilik haklarına saldırı nedeniyle erişimin engellenmesi yolunun istisnai bir yol kabul edilmesinin sebebi bu yolun ifade ve basın özgürlükleri önünde orantısız bir mühadale oluşturması ihtimalidir.

31. 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, delil toplamaksızın, sınırlı bir inceleme ile yani talepte bulunanın sunduğu bilgi ve belgelere göre vermekte; bu yargılamada karşı tarafın görüşleri alınamamaktadır (*Ali Kıdık,* §§ 60-62).

32. Dahası 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 (*Ali Kıdık,* § 59).

33. Bu sebeplerle başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak bir görüşte haklılık veya "ilk bakışta" *(prima facia)* haklılık olarak nitelendirilebilir. Anayasa Mahkemesi, bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmiştir. 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. 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 (*Ali Kıdık,* §§ 62, 63).

3. Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

34. Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında internet içeriğine erişimin engellenmesi taleplerinin zorunlu durumlarda kabul edilmesi gerektiği ortadadır. Bununla birlikte internet üzerinden yapılan yayınlara ulaşılmasının kolaylığı gözetildiğinde başvurucular açısından yayın içeriği bakımından toplumda sürekli olarak bir ön yargının ve özel hayata müdahalenin oluşması söz konusu olabilir.

35. Bu tür durumlarda 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 tarafından, 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 4/2/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri

Kanunu'nun 389. ve devamı maddeleri 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 kişi, açıklamalarından dolayı sebepsiz yere zenginleşen kişi aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açabilir veya yayın nedeniyle elde ettiği kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine ödenmesini isteyebilir (*Ali Kıdık,* § 64).

36. İnternet yolu ile kişilik haklarına yönelik bir saldırı ceza kanunlarına göre suç oluşturuyor ise müşteki yalnızca veya aynı zamanda failin cezalandırılmasını da isteyebilir, 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 hükmedebileceği için internet erişiminin engellenmesi tedbiri hakkında da bir karar verilmiş olacaktır (*Ali Kıdık,* § 65).

37. Anayasa Mahkemesi 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmadığı gerekçesiyle istediği korumayı elde edemeyen kişinin de kişilik haklarının korunması için genel hukuk yoluna her hâlde başvurabileceği, sulh ceza hâkiminin ilk bakışta ihlalin olduğuna veya olmadığına karar vermesinin uyuşmazlığın tümüyle çözümlendiği anlamına gelmeyeceği sonucuna varmıştır. Bu tür kararların hiçbir zaman normal bir dava için maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğini ifade eden Anayasa Mahkemesi, genel mahkemelerde görülen davalarda erişimin engellenmesi talebinin kabul edilebilmesi için ihlal iddiasının ispatlanması gerekeceğini belirtmiştir (*Ali Kıdık,* §§ 66, 67).

4. Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

38. Somut olayda başvurucunun şikâyetine konu olan yayınlar internet haber arşivlerinde yer alan bazı haberlerdir. Haberler 2001 yılında güzellik yarışmasında derece almış bir mankenin hızlı yükselişini ve 2004 yılındaki dramatik ölümünü konu almaktadır. Bu olay ülke gündemini uzun süre

meşgul etmiş, olay tarihinden sonra konuyla ilgili sayısız haber yapılmıştır. Haberler, mesleğinde umut vadeden bir geleceğe sahip olabilecek bir gencin uyuşturucu ile tanıştıktan sonra yaşamının seyrindeki değişiklik ile kısa sürede ölümle sonuçlanan yaşamı hakkında bilgi vermektedir. Verilen bilginin bir kısmı ölen manken tarafından tutulan günlüğe dayanırken bir kısmı olaya ilişkin ceza yargılamasına dayanmaktadır. Haberlerde, ölen mankenin bağlı olduğu mankenlik ajansının sahibi ve toplumda tanınmış bir kişi olan başvurucunun ismi açık olarak yazılmış ve başvurucu hakkında bazı bilgilere de yer verilmiştir. Bu bilgiler; ölüm olayına ilişkin soruşturmada başvurucunun önce tanık, sonra şüpheli sıfatıyla dinlenmesi, ölen mankenin başvurucunun asistanı ile arasındaki ilişki, yine kamuoyunda tanınmış bir kişi olan başvurucunun eşinin de aşırı dozda uyuşturucudan ölmüş olması hakkındadır.

39. Başvurucu; arama motorlarına ismi yazılarak yapılan aramada hem ölen manken ile hem de ölen eşi ile ilgili haberlerin çıktığını, bu haberler nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek internet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliği, başvurucunun şeref ve itibarının korunması ile kamu yararı bağlamında yaptığı değerlendirme neticesinde söz konusu yayınların basın özgürlüğü kapsamında kaldığını belirterek talebin reddine karar vermiştir. Başvurucunun anılan karara itirazı da reddedilmiştir.

40. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesinin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (bkz. § 31). Bu yolun amacı; internet faaliyetleri ile kişilik hakları arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamak, kişi ve kuruluşlara haksız zarar veren, onlar hakkında gerçek dışı bilgiler yayan ve şeref ve itibarlarını ihlal eden internet kullanımına karşı bireylerin haklarını korumaktır. O hâlde bu yol, basın özgürlüğünün ve basın mensuplarının haber verme ve eleştiri haklarının özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır.

41. Başvurucunun internetten kaldırılmasını talep ettiği haberler 2004 yılına aittir. Başvurucu 2014 yılında erişimin engellenmesi talebinde

bulunmuştur. Başvurucunun kişisel verilerin işlenme amacının dışında kullanıldığına yönelik bir şikâyeti de bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurucu, şeref ve itibarına yapılan müdahalenin çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir. Haber içeriklerinin incelenmesinden de içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durum bulunmadığı görülmektedir.

42. Dahası başvurucu, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında internet yayınını kaldırma veya hazırlayacağı bir metni yayınlatma imkânına da sahiptir. Dolayısıyla somut davada olduğu gibi hukuka aykırılığın ve gerçek dışılığın çok belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâller dışında diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır.

43. Yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde başvurucunun ortaya çıktığını iddia ettiği zararın giderimi için uyuşmazlığın esasına dair ve somut başvuru açısından koşullara göre sulh ceza hâkimliklerinin görevinde bulunan içeriğin yayından çıkarılması dışındaki daha etkili diğer koruma yollarına başvurmadığı anlaşıldığından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez.

44. Açıklanan gerekçelerle başvurunun *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Hicabi DURSUN ve Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE OYBİRLİĞİYLE,

B. Başvurunun *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA Hicabi DURSUN ve Muammer TOPAL'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 15/3/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvuru, isim yazılarak yapılan araştırmada arama motorlarında listelenen ve internet haber arşivlerinde yer alan bazı haberler ile ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki taleplerin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Başvurucu; sahibi olduğu mankenlik ajansında çalışan bir mankenin aşırı dozda uyuşturucudan ölmesi olayıyla ilgili medyada sayısız haber yapıldığını, bu haberlerde kendisi ile ilgili bilgilere de yer verildiğini ifade etmiştir. Başvurucu; yaşanan olaylarla bir ilgisi olmadığı halde arama motorlarına ismi yazıldığında hem ölen manken ile hemde kendisinin ölen eşi ile ilgili haberlerin listelendiğini, bu haberler nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini iddia etmiştir. İnternet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinin mahkemece reddedilmesi ve bunun sonucunda söz konusu haber ve yazıların internet ortamında yer almaya devam etmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği, şeref ve itibarın korunması ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Somut olayda başvurucu; arama motorlarına ismi yazılarak yapılan aramada hem ölen manken ile hem de ölen eşi ile ilgili haberlerin çıktığını, bu haberler nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek internet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliği, başvurucunun şeref ve itibarının korunması ile kamu yararı bağlamında yaptığı değerlendirme neticesinde söz konusu yayınların basın özgürlüğü kapsamında kaldığını belirterek talebin reddine karar vermiştir. Başvurucunun anılan karara itirazı da reddedilmiştir. Diğer yollara başvurulmamıştır.

Unutulma hakkı Anayasa'mızda açıkça düzenlenmemiş omakla birlikte Anayasa'nın *"Devletin temel amaç ve ödevleri"* başlığı altında düzenlenen 5. Maddesinde *"insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak"* ifadesi ile devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu yükümlülük bağlamında Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin manevi bütünlüğü bağlamında şeref ve itibarının korunması hakkı ve Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile birlikte

düşünüldüğünde, devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek "yeni bir sayfa açma" olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğu açıktır. Özellikle kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında kişisel verilerin silinmesini talep edebilme hakkı, kişilerin geçmişlerinde yaşadıkları olumsuzlukların unutulmasına imkan tanımayı kapsamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen unutulma hakkı, internet vasıtasıyla ulaşılması kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere erişimin engellenmesi için Anayasa'nın 5., 17. ve 20. maddelerinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan unutulma hakkının kabul edilmemesi, internet vasıtasıyla kolayca ulaşılabilir ve uzun süre muhafaza edilebilir kişisel veriler nedeniyle başkaları tarafından kişiler hakkında ön yargı oluşturabilmesi nedeniyle manevi varlığının geliştirilmesi için gerekli onurlu bir yaşam sürdürmesine ve manevi bağımsızlığına müdahaleyi sürekli kılmaktadır (N.B.B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 47).

Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan *"manevi varlık"* kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (*Adnan Oktar* (2), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33*)*. Kamusal bir tartışma bağlamında ve yayımlanan yazılar nedeniyle eleştirilmiş olsa bile bir kişinin itibarı, kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur (*Pfeifer/ Avusturya*, § 35) ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının koruması altındadır (*Kadir Sağdıç*, § 38; *İlhan Çihaner* (2), § 44).

AİHM de kişisel şeref ve itibara yapılan müdahaleleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *"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 SpringerAGIAlmanya*, B.No: 39954/08 7/2/2012, § 83).

Unutulma hakkı internet ortamında bir haberin, uzun süredir kolayca ulaşılabilir olması nedeniyle kişinin şeref ve itibarını zedeleyen bir hâle dönüşmesi durumunda karşımıza çıkmaktadır. Bu hakkın amacı, internetin

yaygınlaşması ve sağladığı imkanlar nedeniyle ifade ve basın özgürlükleri ile kişilerin manevi varlığının geliştirilmesi hakkı arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamaktır. O hâlde bu yol, internet ortamında haber arşivini koruma altına alan basın özgürlüğünün ve halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünün özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır (*N.B.B.*, § 70).

Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü 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 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).

Ancak belirtilen hükümlerde yer verilen olağan başvuru yolları ibaresinin, başvuruculaların şikayetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca başvuru yollarını tüketme kuralı ne mutlak ne de şeklî olarak uygulanabilir bir kural olup bu kurala riayetin denetlenmesinde münferit başvurunun koşullarının dikkate alınması esastır. Bu anlamda hukuk sisteminde yalnızca birtakım başvuru yollarının varlığının değil aynı zamanda bunların uygulanma şartları ile başvuruculaların kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvuruculaların başvuru yollarının tüketilmesi noktasında kendilerinden beklenebilecek her şeyi yerine getirip getirmediği incelenirken başvurunun özellikleri dikkate alınmalıdır (*S.S.A.*, B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 28).

O hâlde somut başvuruda devletin pozitif yükümlülüğünün, sulh ceza mahkemelerinin yetkisinde bulunan internet içeriklerine erişimin engellenmesini gerekli kılıp kılmadığı değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle sulh ceza mahkemeleri nezdinde bulunan içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi yolunun şeref ve itibar hakkının korunmadığı yönündeki şikayetler açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir

çözüm sağlayabilecek nitelikte kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olup olmadığı tespit edilmelidir.

Hukuk sistemimizde internet içeriğinin yayından çıkarılmasının, başvurudaki gibi sulh ceza hakimliklerine başvurmak suretiyle veya hukuk mahkemelerinde açılacak dava yolu ile gerçekleştirilmesi mümkündür (*Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik* [GK], B. No: 2013/6237, 2/7/2015). Ancak somut başvuruda, arama motorlarına ismi yazılarak yapılan aramada hem ölen manken hemde ölen eşi ile ilgili haberlerin çıktığı, haber arşivleri üzerinden olayca ulaşılabildiği; bu şekilde başvurucunun şeref ve itibarını koruma bakımından müdahalenin çok uzun süredir devam ettiği gözetilerek; başvurucunun şeref ve itibar hakkının ve kişisel verilerinin korunmasının, bu yayının bir an önce kaldırılması ile sağlanacağı değerlendirildiğinde, sulh ceza hakimliğine başvuru yolunun somut olayın koşulları açısından etkili bir yol olduğu kabul edilmelidir. Nitekim hukuk mahkemelerinde çekişmeli bir yargılama yolunun, somut olaydaki şeref ve itibarın korunması hakkına yönelik uzun süredir devam eden müdahalenin gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını karşılayabileceği söylenemez (*Türkiye İş Adamları ve Sanayiciler Konfederasyonu*, B. No: 2014/8691,6/10/2015, § 22; *N.B.B.*, § 27).

Başvurucunun manevi varlığına internet haberleri yoluyla (bkz. § 11) yapılan müdahalenin, önceki kararımızdaki başvurucuya aynı yolla yapılan müdahaleden (*N.B.B.*, § 9) daha hafif olduğu değerlendirilemez. Anayasa Mahkemesi sözü edilen kararında, internet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında, yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haber ve yazıların internet ortamında uzun süre erişilebilir kalması halinde kişilerin şeref ve itibarının zedelenebileceğini belirtmiş ve bu durumu unutulma hakkı kapsamında incelemiştir. O halde internet ortamında uzun süre erişilebilir durumda kalan ve manevi varlığın daha fazla örselendiği bu olayda da önceki kararımızdan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

Başvurucunun arama motorlarında listelenen ve internet haber arşivlerinde yer alan bazı haberler ile ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki taleplerinin reddedilmesi nedeniyle kişilik haklarının zarar

gördüğüne ve Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin şikayetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin kararına itiraz edilmek suretiyle başvuru yolları da tüketilmiş durumdadır. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Açıklanan nedenlerle çoğunluğun kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Muammer TOPAL

ÖZEL HAYAT HAKKI VE KAPSAMI KONUSUNDA FARKLI GEREKÇE

1. Başvuranın 2004 yılında meydana gelen bir olayla ilgili olarak internet arama motorlarında halen ismi geçtiği için haber içeriğine erişimin engellenmesi isteminin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibar hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurusu Mahkeme çoğunluğu tarafından Anayasa'nın 17/1. maddesinde düzenlenen "maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı" çerçevesinde incelenmiştir. Kararda ulaşılan kabul edilemezlik sonucuna ve gerekçesine iştirak etmekle birlikte, aşağıda açıklanan gerekçelerle konunun incelendiği anayasal dayanak konusunda farklı düşünmekteyim.

2. Öncelikle, Anayasa'nın 148/3. maddesi uyarınca, Mahkememizin konu bakımından yetkisine girebilmesi için, bireysel başvuruya konu hakkın AİHS veya Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerden birine girmesi gerekmektedir. Bu nedenle bireysel başvuruya konu hakkın Sözleşme kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Mahkememiz kararında başvurunun Anayasa'nın 17/1. maddesi kapsamına girdiği belirtilmiş, fakat Sözleşmeyle ortak konuyu tespit bakımından hangi hakka ilişkin olduğundan söz edilmemiştir (bkz. par. 20-23).

3. AİHS'nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı düzenlenmiştir. Kişinin iyi bir itibara sahip olma hakkı, *nam, şeref, şöhret*, isim, resim vb. manevi varlıkları ile 'fiziksel ve zihinsel/ruhsal bütünlüğü' üzerindeki hakları

Sözleşmenin 8. maddesi çerçevesinde özel hayata saygı hakkı içerisinde değerlendirilmektedir. (özellikle itibar, şeref, şöhret hakkı yönünden bkz. AİHM Chauvy/Fransa, par. 70; Abeberry/Fransa; Leempoel ve S.A. Ed. Cine Revue/Belçika, par. 67; Minelli/İsviçre, No: 14991/02; A./Norveç, No: 28070/06, par. 64; Osman Doğru-Atilla Nalbant, AİHS Açıklama ve Önemli Kararlar, Ankara 2013, s. 41) İfade özgürlüğü yönünden yapılan başvurularda da muhatabın Sözleşmenin 8. maddesi kapsamındaki şöhreti ve onurunun korunması meşru müdahale nedeni olarak kabul edilmekte ve hakların dengelenmesi açısından değerlendirilmektedir (Shabanov ve Tren/Rusya, 2006, par. 46; Hachette Filipachi Associes/Fransa, 2007, par. 43; DJ. Harris/M.O'Boyle/E.P. Bates/C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2013, s. 493).

4. Bilindiği üzere özel hayata saygı ve gizliliğinin korunması hakkı Anayasa'nın 20/1. maddesinde düzenlenmektedir. Özel hayata saygı hakkının kapsamında bulunduğunda şüphe olmayan kişinin itibar, nam, şöhret ve şerefi üzerindeki haklarının da anılan 20/1. madde içerisinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

5. Buna karşın heyetimiz çoğunluğunun konunun 17/1. madde kapsamında incelenmesi gerektiğine ilişkin bu yaklaşımı, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının kapsamını daralttığı gibi, temel kişilik haklarının tümünün kendinden neşet ettiği "varlığını koruma ve geliştirme hakkını" içeren 17/1. maddedeki genel nitelikli kişilik hakkını özel hayatın spesifik bir alanına hapsetmektedir.

6. Çoğunluğun dayandığı Anayasa'nın 17/1. maddesinde; "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" denilmektedir. Madde gerekçesinde bu fıkra hakkında; "Kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirlenmiştir. Bu madde ile yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır." izahatı yapılmıştır. Gerekçedeki açıklamadan, bu fıkra ile birbirini tamamlayan iki ayrı hakkın düzenlendiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan aynı maddenin 2. fıkrasında vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı, 3. fıkrasında ise işkence ve kötü muamele yasakları yer almaktadır.

7. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı öyle anaç bir haktır ki, Anayasa'da özel olarak sayılan bütün temel hakların ondan doğduğu, onun türevi olduğu söylenebilir. Anayasa'da düzenlenen temel hakları hatırlayalım; zorla çalıştırma yasağı (m.18), kişi hürriyeti ve güvenliği (m.19), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyeti (m.22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m.23), din ve vicdan hürriyeti (m.24), düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m.26), bilim ve sanat hürriyeti (m.27), basın hürriyeti (m.28), dernek kurma hürriyeti (m.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34), mülkiyet hakkı (m.35), hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı (m.36), ailenin korunması ve çocuk hakları (m.41), eğitim ve öğrenim hakkı (m.42), çalışma ve dinlenme hakları (m.49, 50), sendika kurma hakkı (m.51), ücrette adalet hakkı (m.55), sağlık ve çevre hakkı (m.56), seçme, seçilme ve siyasi faaliyet hakkı (m.67), dilekçe ve bilgi edinme hakkı (m.74). Düşüncemize göre kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, yukarıda sayılan hakların her birinin içinde yer almaktadır.

8. Bu durumda Anayasa'nın 17/1. maddesinde düzenlenen hakkın anayasal niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde Gören, 17/1. maddedeki hakkın hiyerarşik olarak temel teşkil ettiğini ve bu hakkın kişiye '*genel nitelikte bir eylem özgürlüğü*' tanıyan sübjektif bir kamu hakkı niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Yazar ayrıca bütün temel hakların bu hakkın sonuçları olduğunu belirtmektedir (Prof. Dr. Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Ankara 2006, s. 412, 413). Diğer bazı yazarlarca da benimsenen bu nitelemenin Anayasa'nın sistemi açısından oldukça yerinde olduğu düşünülmelidir. Sağlam ise, Federal Alman Anayasasının 2/1. maddesinde de düzenlenen kişiliğini geliştirme hakkının düzenlenmesinin amacının, insan yaşamının Anayasa'da öngörülen diğer temel haklar dışında kalan bölümünü de kapsayarak, eksiksiz bir temel hak güvencesini temin etmek olduğuna dikkat çekmektedir. Sağlam'ın işaret ettiği üzere kişiliği geliştirme hakkı ile diğer temel haklar arasında özel-genel hüküm ilişkisi bulunduğundan, bir insan eylemi Anayasa'daki temel haklardan birinin geçerlik alanına girmekteyse yalnızca özel nitelikli olan temel hak uygulanır. Dolayısıyla kişiliği geliştirme hakkı, diğer temel haklarla düzenlenmemiş olan tüm hakları kapsayan 'genel bir fiil özgürlüğü' niteliğindedir (Doç. Dr. Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBFY Ankara 1982, s. 42).

9. Doktrinde diğer bazı yazarlar da Anayasa'daki maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının genel fiil özgürlüğü niteliğinde olduğu ve Anayasa'da sayılan temel haklar ile arasında özel-genel hüküm ilişkisi bulunduğu görüşünü paylaşmaktadırlar (bkz. Doç. Dr. Ali Tarık Gümüş, "Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, Yıl 2005, s. 149; Dr. Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Basılmamış Doktora Tezi, İzmir 1999, s. 55) Bu yazarlardan Gümüş, madde gerekçesinde 17. maddeden itibaren hak ve hürriyetlerin önem derecesine göre sıralandığına ilişkin açıklama ile kastedilen hususun, varlığını koruma ve geliştirme hakkının temel haklardan biri ve en önemlisi olduğu değil, bu hakkın diğer haklara kaynaklık ettiğini izah anlamına geldiğini ifade etmektedir (agm. s. 153).

10. Daha önce belirtildiği gibi kişinin maddi ve manevi kişilik değerleri içerisinde olan şeref, itibar, isim, resim, vücudu, vb. hakları Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı ve gizliliğinin korunması hakkı kapsamındadır. Belirtilen kişilik değerlerine yönelik bir saldırıya karşı korunma hakkı ile bu değerlerini geliştirmeye yönelik hakları da anılan hakkın içerisindedir. Başka bir ifadeyle, bireyin kişiliğini (maddi-manevi varlığını) koruma ve geliştirme hakkı özel hayattan ayrılamaz niteliktedir.

11. Diğer taraftan, konut dokunulmazlığına, haberleşmeye, yerleşme ve seyahat özgürlüğüne, düşünce açıklama veya bilim sanat yapma ve yayma özgürlüğüne karşı yapılacak müdahaleler de özünde kişiliğini koruma ve geliştirme hakkının ihlali mahiyetinde olmakla birlikte, Anayasa'da özel olarak düzenlenmesi dolayısıyla 21. ila 27. maddeler kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Bölüm çoğunluğunun dayandığı görüşün bu konulara yansıtılması durumunda, belirtilen hakların da 17/1. madde üzerinden incelenmesi gerekecek, böylece Anayasada özel olarak düzenlenen ilgili temel hakların alanı daraltılırken, genel kapsamlı olan kişiliği koruma-geliştirme hakkı, amacı dışında ve anayasal sistematiğe aykırı biçimde kullanılmış ve genişletilmiş olacaktır.

12. Sonuç olarak, Anayasa'nın 20. maddesinde özel olarak düzenlenen özel hayata saygı hakkı, maddi ve manevi varlığa (ve bu arada şeref ve itibara) yönelik müdahaleleri de kapsamaktadır. Anayasa'nın 17/1.

maddesindeki "maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı" özel hayat hakkını değil, tüm temel hakların özünü ve ideal formunu düzenlemektedir. Anayasa'nın, kişinin maddi-manevi varlığına farklı bağlamlarda yer veren 5, 12, 15/2 ve 17/1,2. maddeleri, ilgili özel/temel hak bağlamında yalnızca destek norm olarak değerlendirilmelidir. Ne var ki başvuru konusu olay ölçü norm olan 20. madde üzerinden incelenmesi gerekirken, Anayasa'nın genel nitelikli 17/1. maddesi çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Belirtilen nedenlerle "başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğu" şeklindeki karar sonucuna, konunun Anayasa'nın 20/1. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği yolundaki farklı gerekçeyle katılmış bulunmaktayım.

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

İBRAHİM KAPTAN BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2017/30723)

Karar Tarihi: 12/9/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Raportör Yrd. : Ceren Sedef EREN

Başvurucu : İbrahim KAPTAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; ceza infaz kurumunda telefonla görüşme hakkının ve fotoğraf çekiminin kısıtlanması ile ders kitapları hariç kargo yoluyla ya da ziyaretçiler tarafından getirilen dokümanların içeriye alınmaması nedenleriyle ifade özgürlüğü, haberleşme hürriyeti ve aile hayatına saygı hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 10/7/2017 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.

III. OLAY VE OLGULAR

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

6. Başvurucu, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklu olarak Menemen T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda (İnfaz Kurumu) bulunmaktadır.

A. Yayınların Kuruma Kabul Edilmesine Dair Kısıtlamaya İlişkin Gelişmeler

7. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün (Genel Müdürlük) 16/11/2016 tarihli ve 3196/131111 esas sayılı yazısında, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 62. maddesi uyarınca ceza infaz kurumlarında terör suçundan tutuklu ve hükümlü olarak bulunanlara, öğretimine devam edenlere gelen ders kitapları hariç kargo yoluyla ya da yakınları aracılığıyla gelen hiçbir dokümanın teslim edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu yazıda, talep edilen hukuki mevzuatın ve kurum kütüphanesinde bulunmayan yayınların ise -ücretleri tutuklu ve hükümlülerin emanet para hesabından karşılanması koşuluyla- ceza infaz kurumu aracılığıyla temin edilebileceği ifade edilmiştir.

8. İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulu (Kurul) 27/12/2016 tarihinde yukarıda yer verilen yazı doğrultusunda kurumda terör suçundan tutuklu ve hükümlü olarak bulunanlara, öğretimine devam edenlere gelen ders kitapları hariç kargo yoluyla ya da yakınları aracılığıyla gelen hiçbir dokümanın teslim edilmemesine karar vermiştir. Kurul anılan kararda; örgütsel faaliyetlerinin engellenebilmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi ile bunlara emir ve talimat verilmesinin önüne geçilebilmesi ve kurumda herhangi bir güvenlik zafiyeti yaşanmaması gerekçelerine de yer vermiştir. Kararda, 5275 sayılı Kanun'un 61. maddesi uyarınca ihtiyacın kurum bünyesindeki kütüphaneden giderilebileceği belirtilmiştir.

9. Başvurucu bu karara itiraz etmiştir. Karşıyaka İnfaz Hâkimliği 26/4/2017 tarihinde kararın kanun ve yönetmeliklere uygun olarak verildiği, kararda herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. Başvurucunun ret kararına karşı itirazı ise Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 31/5/2017 tarihli kararında, ret kararının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Nihai ret kararı başvurucuya 20/6/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir.

B. Telefonla Haberleşmenin Kısıtlanmasına İlişkin Gelişmeler

10. Kurul 24/8/2016 tarihinde ise 23/7/2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin (OHAL KHK) 6. maddesi uyarınca terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olarak bulunanların 28/8/2016 tarihinden itibaren telefonla haberleşme hakkından on beş günde bir yararlandırılmalarına karar vermiştir.

11. Başvurucu bu karara itiraz etmiştir. Karşıyaka İnfaz Hâkimliği 26/4/2017 tarihinde kanun ve yönetmeliklere uygun olduğu gerekçesiyle karara yapılan itirazı reddetmiştir. Başvurucunun ret kararına itirazı ise Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 24/5/2017 tarihinde,usul ve yasaya aykırılık olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Nihai ret kararı 20/6/2017 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

C. Fotoğraf Çekimlerinin Kısıtlanmasına İlişkin Gelişmeler

12. Kurul 20/1/2017 tarihinde terör örgütü üyeliği suçundan tutuklu ya da hükümlü olanların fotoğraf çekimlerinin kısıtlanmasına, yanlarındaki fotoğrafların ise dışarıya gönderilmemesine karar vermiştir. Kararda;hükümlü ve tutukluların koğuş ve odalar ile ziyaret alanlarında çektirmiş oldukları fotoğrafları dışarıya yolladıkları, yolladıkları bu fotoğraflarla İnfaz Kurumunun gerek fiziki yapısı gerekse Kurumla ile ilgili genel ve özel hâller hakkında dışarıda bulunan terör örgütü üyelerine ve sempatizanlarına bilgi ve fikir verilebilecekleri, bu durumun ise Kurum güvenliğini tehdit edebileceği gerekçesine yer verilmiştir. Kararda ayrıca, kurumda terör örgütü suçundan hükümlü ve tutuklu olarak bulunanları, dışarıda bulunan örgüt mensuplarına güven, moral ve örgütü ayakta tutma çabası izlenimi vermeye çalışabilecekleri, dolayısıyla kurum içinden gönderilen bu fotoğrafların dışarıda örgüt sempatizanlarına propaganda aracı olarak kullanabileceği de belirtilmiştir.

13. Başvurucu bu karara itiraz etmiştir. Karşıyaka İnfaz Hâkimliği 25/4/2017 tarihinde kararın kanun ve yönetmeliklere uygun olduğu anlaşıldığından yapılan itirazı reddetmiştir. Başvurucunun ret kararına itirazı ise Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 26/5/2017 tarihli kararıyla, ret kararının usul ve kanuna uygun olduğu anlaşıldığından reddedilmiştir. Nihai ret kararı 13/6/2017 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

14. Başvurucu 10/7/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

15. 5275 sayılı Kanun'un *"Tutukluların yükümlülükleri"* kenar başlıklı 116. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Bu Kanunun; ... kütüphane ve kurslardan yararlanma konularında 9, 16, 21, 22, 26 ilâ 28, 34 ilâ 53, 55 ilâ 62, 66 ilâ 76, 78 ilâ 84 ve 86 ilâ 88 inci maddelerinde düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir."*

16. 5275 sayılı Kanun'un "*Kütüphaneden yararlanma*" kenar başlıklı 61. maddesi şöyledir:

> *"(1) Ceza infaz kurumlarında, kurumun büyüklüğüne göre, kütüphane veya kitaplık oluşturulur. Kütüphanelerde veya kitaplıklarda verilen derslere kaynaklık edecek kitapların yanı sıra olanaklar ölçüsünde hükümlülerin boş zamanlarını değerlendirmelerini, okuma alışkanlığı edinmelerini ve kültür bakımından ufuklarını geliştirmelerini sağlayacak kitaplar da bulundurulur.*
>
> *(2) Hükümlüye kurum kütüphanesinden yararlanma imkânı verilir.*
>
> *(3) Bu hizmet, gezici kitaplıklarla da yerine getirilebilir."*

17. 5275 sayılı Kanun'un "*Süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı*" kenar başlıklı 62. maddesi şöyledir:

> *"(1) Hükümlü, mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla süreli ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanma hakkına sahiptir.*
>
> *(2) Resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkartılan gazete, kitap ve basılı yayınlar, hükümlülere ücretsiz olarak ve serbestçe verilir. Eğitim ve öğretimine devam eden hükümlülerin ders kitapları denetime tâbi tutulamaz.*
>
> *(3) Kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez."*

18. 5275 sayılı Kanun'un "*Hükümlüye dışarıdan gönderilen hediyeyi kabul etme hakkı*" kenar başlıklı 69. maddesi şöyledir:

"(1) Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlü, dinî bayram, yılbaşı veya kendi doğum günlerinde, dışarıdan gönderilen ve kurum güvenliği için tehlikeli olmayan bir hediyeyi kabul etme hakkına sahiptir. Bunun esas ve usûlleri tüzükte gösterilir."

19. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün (Tüzük) *"Dışarıdan gönderilen hediyeleri kabul etme hakkı"* kenar başlıklı 92. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Kapalı kurumlardaki hükümlü, mensup olduğu dinin bayram günlerinde, yılbaşında ve nüfus kaydında belirtilen doğum günlerinde dışardan gönderilen ve kurum güvenliği için tehlikeli olmayan hediyeyi, aşağıda belirtilen esaslar dahilinde kabul etme hakkına sahiptir:

a) Hükümlü hediye olarak ancak kitap veya giyim eşyası kabul edebilir,

b) Hediye, ziyaretçi tarafından verilebileceği gibi posta veya kargo yolu ile de gönderilebilir,

..."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 12/9/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

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

B. Değerlendirme

1. İfade Özgürlüğü Yönünden

22. Başvurucu, ders kitapları hariç kargo yoluyla ya da yakınları aracılığıyla gelen kitapların kendisine teslim edilmemesi nedeniyle eğitim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

23. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki nitelendirmesini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Bu bağlamda başvurucunun şikâyeti ifade özgürlüğü kapsamında incelenecektir.

24. Hükümlü ve tutuklular, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) ortak alanı kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahiptir (*Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri,* B. No: 2013/583, 10/12/2014, § 65). Bu bağlamda hükümlü ve tutukluların ifade özgürlüğü de Anayasa ve Sözleşme kapsamında koruma altındadır (*Murat Karayel (5),* B. No: 2013/6223, 7/1/2016, § 27).

25. Öte yandan ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir ve Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci maddesinde öngörülen sebeplerle sınırlanabilir. Ceza infaz kurumunda bulunmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi kurumda güvenliğin ve düzenin korunmasına yönelik kabul edilebilir gerekliliklerin olması durumunda mahpusların sahip olduğu haklara -kanunla öngörülmek şartıyla- sınırlama getirilebilecektir (*Murat Karayel (5),* § 29). Somut olayda başvuru konusu müdahalenin 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesi uyarınca ceza infaz kurumunda suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması amaçlarıyla gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Ancak bu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan demokratik toplum düzeninin gereklerine de uygun olması gerekir.

26. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde *"demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama"* ve *"ölçülülük ilkesine aykırı olmama"* biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 53-55; *Mehmet Ali Aydın*[GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 70-72; AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007).

27. Zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığından bahsedilebilmesi için ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için de amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (Benzer yöndeki kararlar için bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan,* B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

28. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvurulan sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına, diğer bir ifadeyle bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir (*Ferhat Üstündağ,* B. No: 2014/15428, 17/7/2018, § 48).

29. Genel Müdürlük 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesi uyarınca ceza infaz kurumlarında tutuklu ve hükümlü olarak bulunanlara, öğretimine devam edenlere gelen ders kitapları hariç kargo yoluyla ya da yakınları aracılığıyla gelen hiçbir dokümanın teslim edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Başvuru konusu olayda Anayasa Mahkemesinin değerlendirilmesi gereken mesele, anılan Kanun hükmünün (1) ve (2) numaralı fıkralarının bu şekilde yorumlanması ve uygulanmasının başvurucunun ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğidir.

30. Anılan hükümde tutuklu ve hükümlülerin bedelini ödemek kaydıyla süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Genel Müdürlüğün yukarıda yer verilen yazısı uyarınca ceza infaz kurumlarının uygulaması da 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinde öngörülen diğer şartları sağlaması ve mahpusun emanet hesabına yatırılan parasından karşılanması koşuluyla talep edilen yayınların kurum idareleri tarafından satın alma yoluyla temin edilmesi şeklindedir. Bunun dışında söz

konusu hükümde, kargo yoluyla ya da ziyaretçiler aracılığıyla hükümlü ve tutuklulara ders kitabı hariç kitap veya başka süreli ya da süresiz yayın getirilip getirilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

31. Dolayısıyla başvuruya konu olayların meydana geldiği tarihte ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklular aşağıda sayılan hâllerde süreli veya süresiz yayınlardan serbestçe yararlanabileceklerdir:

i. Mahpus, ceza infaz kurumlarında bulunan emanet hesabına yatırılan paradan karşılanması koşuluyla herhangi bir yayının kurumca satın alınarak kendisine verilmesini isteyebilir (bkz. § 7).

ii. Resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla Cumhurbaşkanı tarafından vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkartılan gazete, kitap ve basılı yayınlar, mahpuslara ücretsiz olarak ve serbestçe verilir (bkz. § 17).

iii.Mahpus, kurum kütüphanesinden serbestçe yararlanma imkânına sahiptir (bkz. § 16).

iv. Mahpus; mensup olduğu dinin bayram günlerinde, yılbaşında ve nüfus kaydında belirtilen doğum günlerinde dışarıdan kargo yoluyla gönderilen ya da ziyaretçileri tarafından hediye olarak getirilen kitapları kabul etme hakkına sahiptir (bkz. §§ 18, 19).

v. Eğitim ve öğretimine devam eden mahpusların ders kitapları herhangi bir engelleme olmadan kendilerine verilir(bkz. § 17).

32. Ceza infaz kurumu idarelerinin mahpusların yararlanabilecekleri belirtilen ve yukarıda sayılan (bkz. § 31) süreli veya süresiz yayınlardan ilk dört bent kapsamında kalanları, 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (3) numaralı fıkrasında öngörülen koşulları sağlayıp sağlamadığı yönünden bir denetime tabi tutması gerekir. Söz konusu denetimin Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ortaya konulan ilkeler uyarınca (*Halil Bayık* [GK], B. No: 2014/20002, 30/11/2017, §§ 28-45) yapılması ve inceleme sonucunda yayınların kuruma kabul edilmesinin uygun olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

33. Somut olayda başvurucu, hükümlü ve tutuklulara kargo yoluyla ya da ziyaretçileri aracılığıyla getirilen süreli ya da süresiz yayınların tümünün kategorik olarak kuruma kabul edilmemesini şikâyet etmiştir. Adalet Bakanlığı verilerine göre 2018 yılının Mayıs ayı itibarıyla ceza infaz kurumlarında yaklaşık 245.000 hükümlü ve tutuklu bulunmaktadır. Bu kişilerin tümüne gönderilen yayınları yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca (bkz. § 32) incelenerek mahpuslara verilmesini istemenin ceza infaz kurumu idareleri üzerinde kurum düzeni ve güvenliği ile suç işlenmesinin önlenmesi görevlerini layıkıyla yerine getirmelerine engel olacak derecede yükümlülük oluşturulmasına yol açabileceği açıktır. Nitekim Kurulun 27/12/2016 tarihli kararında da terör örgütü mensuplarının haberleşmelerinin, emir ve talimat göndermelerinin önlenmesi amaçlarından bahsedilmektedir.

34. Bununla birlikte söz konusu uygulama nedeniyle başvurucunun bilgiye ulaşmasının ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün adil olmayan bir şekilde kısıtlandığından da bahsedilemez. Başvurucunun emanet hesabına ücretinin yatırılması hâlinde İnfaz Kurumu idaresi aracılığıyla süreli ve süresiz yayın talep etme hakkı olduğu gibi İnfaz Kurumu kütüphanesinden yararlanma hakkı da bulunmaktadır. Başvurucunun şikâyetinin somut bir yayına veya bilgiye erişememesine ilişkin olmadığı hatırlanmalıdır. Başvurucu; ücreti yatırılarak yayın talep etme sisteminin düzgün işletilmediğinden, İnfaz Kurumu kütüphanesinin yetersiz olduğundan ya da belirli bir haber veya düşünceye erişiminin sağlanması için devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükleri yerine getirmediğinden şikâyetçi olmamıştır. Dolayısıyla somut olayda Anayasa Mahkemesi İnfaz Kurumunun, kurum güvenliği ve suç işlenmesinin önlenmesi amacına yönelen şikâyet konusu uygulamasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı ve orantısız da olmadığı kanaatine ulaşmıştır.

35. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Anayasa Mahkemesince kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda başvurucunun ihlal iddialarını temellendiremediği, temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu açık olan başvurular ile karmaşık veya zorlama şikâyetlerden ibaret başvurular açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilir (*Hikmet Balabanoğlu*, B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 24).

36. Somut olayda demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı anlaşılan başvuru konusu uygulama nedeniyle başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlal olmadığının açık olduğu anlaşılmıştır.

37. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Haberleşme Hürriyeti ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Yönünden

38. Başvurucu, haftada bir olması gereken telefonla haberleşme hakkının kendisi için on beş günde bir olarak uygulanmaya başlanması nedeniyle haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

39. Anayasa Mahkemesi, *Bayram Sivri* (B. No: 2017/34955, 3/7/2018, § 53) kararında belirli suçlardan hükümlü ve tutuklu bulunanlar yönünden telefonla haberleşme hakkının idare ve gözlem kurulu kararıyla sınırlandırılmasının haberleşme hürriyetine ve aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir.

40. Başvuru konusu olayda Kurul**,** OHAL KHK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan ve daha sonra 29/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile de onaylanan hüküm doğrultusunda 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan tutuklu olanların 28/08/2016 tarihinden itibaren ve olağanüstü hâlin devamı süresince telefonla haberleşme hakkından on beş günde bir faydalandırılmasına karar vermiştir.

41. Başvuru konusu olayda telefonla haberleşme hakkının kullanım sıklığı bakımından başvurucuya suç temelinde bir kısıtlama yapılmıştır. Bu kısıtlamada esas alınan hususun İnfaz Kurumunun disiplini ve güvenliği olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun hakları ile müdahalenin amaçları arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı incelenirken 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsünün ulusal varlığı tehdit eden boyutu, darbe teşebbüsü sonrasında terör suçları kapsamında çok sayıda kişinin tutuklandığı ve/veya mahkûm olduğu ve tutuklular ile hükümlülerin güvenliği ile muhafazasını sağlamakla görevli kamu görevlilerinin sayısının da önemli ölçüde azalmış olduğu hususlarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir (*Bayram Sivri*, § 69).

42. Bunlarla birlikte başvuru konusu sınırlandırmanın OHAL süresiyle sınırlı olduğu ve görüşme süresine ilişkin herhangi bir kısıtlama getirilmediği, ayrıca başvurucunun telefonla haberleşme hakkını kullanamadığına dair bir iddia da ileri sürmediği gözetildiğinde başvuruya konu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğundan bahsedilemeyeceği sonucuna varılmıştır (*Bayram Sivri*, §§ 70, 71).

43. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun haberleşme hürriyeti ile aile hayatına saygı hakkına yönelik bir ihlal olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı Yönünden

44. Başvurucu, İnfaz Kurumunda fotoğraf çekme ve dışarı fotoğraf gönderme hakkının kısıtlanması nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

45. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki nitelendirmesini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, § 16). Bu bağlamda başvurucunun şikâyeti, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı kapsamında incelenecektir.

46. Başvuru konusu olayda Kurulun ilgili kararıyla İnfaz Kurumunun güvenliğinin korunması ve propaganda aracı olarak kullanılmasının önlenmesi amaçlanarak terör örgütü üyeliği veya bu örgütlerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar sebebiyle tutuklu veya hükümlü olanların fotoğraf çekimleri kısıtlanmış ve fotoğraf gönderimi istisna kapsamında yasaklanmıştır.

47. 5275 sayılı Kanun; yürütme organına hükümlü ve tutukluların düzen, güvenlik ve disiplin içinde tutulmalarının sağlanması amacıyla alınacak tedbirlere ya da konulacak kurallara ilişkin düzenleme yapma yetkisi vermiştir. Anayasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla bu amaç doğrultusunda ceza infaz kurumları tarafından birtakım işlemler tesis edilmesi ya da yetkili kurullar tarafından kararlar alınması doğaldır (*Müjdat Gürbüz*, B. No: 2017/36529, 23/5/2018, § 82).

48. Somut başvuru açısından değerlendirilmesi gereken ilk husus, başvuruya konu edilen uygulamanın tutuklu ve hükümlüler açısından Anayasa'nın 17. maddesi kapsamındaki güvenceleri harekete geçirecek asgari ağırlıkta olup olmadığıdır. Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmede müdahalenin yoğunluğu, süresi, fiziksel ve ruhsal etkisinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre hürriyeti bağlayıcı tedbir ya da ceza gereğince mahpuslar tarafından katlanılması mümkün ve muhtemel görülen etki ve rahatsızlıklara oranla başvurucu açısından nasıl bir çekilmezliğin oluştuğu ya da oluşma ihtimali bulunduğu hususu da bu değerlendirmede gözönüne alınması gereken hususlardandır. Bu bağlamda aranan asgari ağırlık eşiğinin söz konusu alana ilişkin incelenebilir bir sorun bulunup bulunmadığının belirlenebilmesi açısından önemli bir kriter olduğu kabul edilmiştir (*Müjdat Gürbüz*, § 81).

49. Somut başvuruda idare tarafından açıklanan suç işlenmesinin önlenmesi, İnfaz Kurumunun güvenliğinin sağlanması, disiplinin ve kamu düzeninin sürdürülmesi gibi gerekçelerle fotoğraf çekiminin ve gönderiminin geçici tedbir mahiyetinde kısıtlanması ceza infaz kurumunda bulunmanın bir sonucu olarak hürriyeti bağlayıcı tedbir gereğince katlanılması mümkün ve muhtemel bir tedbir olarak değerlendirilmiştir. Bu çerçevede kanuni dayanakları bulunan, makul gerekçelerle açıklanan ve mahpuslar tarafından katlanılması mümkün ve muhtemel görülen etki ve rahatsızlıkların başvurucu açısından çekilmez bir durum oluşturmaktan uzak olduğu ve başvuruya konu uygulamalar nedeniyle meydana geldiği ileri sürülen rahatsızlığın Anayasa 17. maddesi bağlamında aranan asgari ağırlık eşiğine ulaşmadığı sonucuna ulaşılmıştır (*Müjdat Gürbüz*, §§ 83, 84). Dolayısıyla başvuruya konu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğundan bahsedilemeyeceğine karar verilmiştir.

50. Açıklanan gerekçelerle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına yönelik ihlal iddialarının Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında inceleme yapılmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

4. Ayrımcılık Yasağı Yönünden

51. Başvurucu, şikâyet ettiği kısıtlamaların yalnızca *Fetullahçı Terör Örgütü* (FETÖ) ile ilgili suçlar kapsamında tutuklananlara uygulandığını

belirterek ihlal edildiğini iddia ettiği tüm haklarla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

52. İnfaz Kurumunun başvuru konusu uygulamalarına ilişkin tüm kararlarda söz konusu kısıtlamaların belirli suç kategorileri kapsamında hükümlü ya da tutuklu bulunanlar yönünden gerçekleştirildiği, bu kısıtlamaların yalnızca FETÖ ile ilgili suçlardan tutuklananlara uygulandığına dair bireysel başvuru formunda başka hiçbir bilgi ya da belgeye yer verilmediği tespit edilmiştir.

53. 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3),48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca 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).

54.Somut olayda başvurucu, ihlal iddiasına ilişkin delillerini sunma ile temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Dolayısıyla başvurucu tarafından ileri sürülen iddianın temellendirilemediği sonucuna ulaşılmıştır.

55. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. 1. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Haberleşme hürriyeti ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. İhlal edildiğini ileri sürdüğü haklarla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

C. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca tahsil edilmesi mağduriyetine neden olacağından başvurucunun yargılama giderlerini ödemekten TAMAMEN MUAF TUTULMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 12/9/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

HULUSİ ÖZKAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/18638)

Karar Tarihi: 15/11/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Raportör Yrd. : Derya ATAKUL

Başvurucu : Hulusi ÖZKAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, sosyal medyada üstler hakkında yapılan yorum nedeniyle kınama cezası verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 7/12/2015 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, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu, olayların meydana geldiği tarihte polis memurudur.

9. Başvurucu, Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde bazı polis memurları tarafından oluşturulan bir sayfada yer alan *"Emniyet-Sen Başkanı'na Mobbing"* başlıklı konuya yorum yapmıştır. Başvurucunun anılan konuya yaptığı yorum şöyledir: *"...eyyyy rütbeli zevat Size de Ölüm Var Bize de... Bunun hesabını orada Allah zaten soracak burada da Emniyet-Sen ...".*

10. Başvurucu hakkında, sosyal paylaşım sitesinde sarf ettiği sözler nedeniyle disiplin soruşturması açılmıştır. Başvurucu, Ankara Valiliği Emniyet Müdürlüğü İl Polis Disiplin Kurulu Başkanlığınca (İdare) 19/3/2014 tarihinde kınama cezası ile cezalandırılmıştır. İdarenin gerekçesi şöyledir:

> *"Polis memuru Hulusi Özkan ifadesinde her ne kadar yaptığı yorumu bilinçsizce yaptığını ve yaptığı yorumdan pişmanlık duyduğunu beyan etmiş olsa da Emniyet Teşkilatı mensuplarına yakışmayan ve Polis Meslek disiplini ve etiği ile bağdaşmayan yorumlar yaptığı ve her türlü istismara açık olan bu sayfalarda yorum yapması ve paylaşması hakkında isnat edilen 'Görev dışında yasaklanan tutum ve davranışlarda bulunmak" suçunu işlediği, alınan beyanlar ve dosya içerisindeki diğer deliller muvacehesinde anlaşılmakla eylemine uyan Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünün 4/1. maddesi gereğince kınama cezası ile tecziyesine, daha önceden almış olduğu disiplin cezalarının olması nedeniyle tüzüğün 15. maddesinin tatbikine yer olmadığına karar verilmiştir."*

11. Başvurucu, idari işlemin iptali talebiyle dava açmıştır. Ankara 2. İdare Mahkemesi 7/11/2014 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme kararının gerekçesi şöyledir:

> *"Dava dosyasının incelenmesinden; polis memuru olan davacının, Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde "Emniyet-Sen Başkanı'na Mobbing" başlıklı konuya yaptığı yorum dolayısıyla hakkında disiplin soruşturması başlatıldığı, bu kapsamda, davacıdan alınan savunma ve ifadelerde söz konusu yorumu kendisinin yazdığı ve yazı içeriğinde '.... eyyyy rütbeli zevat Size de Ölüm Var Bize de .... bunun hesabını orada Allah zaten soracak burada da Emniyet-Sen ....' şeklinde ifadelere yer verildiğinin görüldüğü, bu itibarla, söz konusu yorumların polislik mesleğinin etiği ile bağdaşmadığı da göz önünde bulundurulduğunda,*

disiplin cezasına dayanak eylemi gerçekleştirdiği sabit olan davacının,Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 4/1 maddesi uyarınca 'kınama cezası' ile tecziyesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir."

12. İtiraz üzerine karar (kapatılan) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurulunca 4/3/2015 tarihinde onanmıştır.

13. Başvurucunun karar düzeltme talebi 6/10/2015 tarihinde reddedilmiştir.

14. Ret kararı başvurucuya 5/11/2015 tarihinde tebliğ edilmiş, başvurucu 7/12/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

15. Başvurucunun yorum yaptığı *"Emniyet-Sen Başkanı'na Mobbing"* başlıklı konunun içeriğine dair bir bilgiye, İdare tarafından verilen disiplin cezası kararında ve derece mahkemelerinin gerekçeli kararlarında yer verilmediği gibi bireysel başvuru formu ve eki belgelerde de rastlanılamamıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 24/4/1979 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün (Tüzük) "*Kınama"* kenar başlıklı 4. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Görev sırasında veya dışında yasaklanan tutum ve davranışlarda bulunmak"

B. Uluslararası Hukuk

17. İlgili uluslararası hukuk kuralları için bkz. *Adem Talas* [GK], B. No: 2014/12143, 16/11/2017, §§ 21-23.

18. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), polis memurlarının ifade özgürlüğüne yönelik bir kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesinin devletin egemenliği altındaki diğer bireylere

uygulandığı gibi bu kişilere de uygulanacağını özellikle vurgulamaktadır (*Rekvényi/Macaristan* [BD], B. No: 25390/94, 20/5/1999, § 43). Bununla birlikte AİHM demokratik bir toplumda gerekliliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet veya diğer bazı alanlarda siyasi ve toplumsal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesinin mümkün olduğunu gözetmektedir (*İsmail Sezer/Türkiye*, B. No: 36807/07, 24/3/2015, § 52; *Vogt/Almanya* [BD], B. No: 17851/91, 26/9/1995, §§ 51-53).

19. AİHM; komutanına mektup yazarak ordu hakkında ağır eleştiri ve isnatlarda bulunan bir askerin cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği yönünde değerlendirme yaptığı bir kararında, silah altındakilerin askerî disiplini zayıflatmalarını önlemek amacıyla düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan bir ordunun gereği gibi görev yapabileceğini düşünmek mümkün olmadığı için askerî disipline karşı gerçek bir tehdidin bulunması hâlinde ifade özgürlüğüne kısıtlamalar getirilebileceğini belirtmektedir (*Grigoriades/Yunanistan* [BD], B. No: 24348/94, 25/11/1997, § 45). Dolayısıyla silahlı kuvvetlerin iç düzeni ve hiyerarşik yapısını düzenleyen özel kuralların varlığının kaçınılmaz bir durum olduğu AİHM tarafından da kabul edilmektedir (*A.D./Türkiye*, B. No: 29986/96, 22/12/2005, § 21; *Pulatlı/Türkiye*, B. No: 38665/07, 26/4/2011, § 20). Ancak AİHM, ifadeler bir kurum olarak silahlı kuvvetlerin kendisine yöneltilmiş olsa bile ulusal makamların ifade özgürlüğünün içini boşaltmak amacıyla bu tür kısıtlayıcı kurallara dayanamayacağını da eklemektedir (*Grigoruades/Yunanistan*, § 45).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 15/11/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu; Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde bazı polis memurları tarafından oluşturulan bir sayfada hakaret veya suç unsuru içermeyen, bir defaya mahsus bir paylaşımda bulunduğunu iddia etmiştir. Başvurucu; söz konusu paylaşım nedeniyle İdarece kınama cezası ile cezalandırıldığını, idari işlemin iptali talebiyle açtığı davanın da reddedildiğini belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

22. İddianın değerlendirilmesinde dayanak 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, ... kamu düzeni, ...amaçlarıyla sınırlanabilir.

...

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

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. 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

24. Başvurucu, sosyal medya hesabı aracılığıyla yaptığı yorum nedeniyle kınama cezası ile cezalandırılmıştır. O hâlde başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale söz konusudur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

25. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. 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."

26. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

27. Müdahaleye dayanak olan 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'na dayanarak çıkarılan Tüzük'ün 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

28. Polis memuru olan başvurucuya sosyal medya hesabı aracılığıyla üstleri hakkında yaptığı yorum nedeniyle disiplin cezası verilmiştir. Güvenlik kuruluşlarının kendine özgü disiplin kuralları vardır ve bu kurallar hem güvenlik kuruluşlarının belirli bir düzen içinde çalışması hem de daha iyi hizmet üretmesi için zorunluluktur. Dolayısıyla başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan kamu düzeninin sağlanması meşru amacını taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğünün Önemi

29. Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü bağlamında *demokratik toplum düzeninin gerekleri* ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. 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. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme

konusunda başkalarını ikna etme çabaları ve bu çabaların hoşgörüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 33-35; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42, 43; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, §§ 35-38).

(b)Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

30. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde *"demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama"* ve *"ölçülülük ilkesine aykırı olmama"* biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (*Bekir Coşkun,* §§ 53-55; *Mehmet Ali Aydın,* §§ 70-72; AYM, E.2018/69, K.2018/47, 3/5/2018, § 15; AYM, E.2017/130, K.2017/165, 29/11/2017, § 18).

31. İfade özgürlüğü üzerindeki sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, § 51).

32. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp

sağlanamadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurmaktır (*Bekir Coşkun*, §§ 44, 47, 48; *Hakan Yiğit,* B. No: 2015/3378, 5/7/2017,§§ 58, 61, 66).

33. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvurulan sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. Kamu gücünü kullanan organların düşüncelerin açıklanmasına ve yayılmasına müdahale ederken ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan, korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (bkz. *Bekir Coşkun,* § *57; Tansel Çölaşan,* §§ 46, 49, 50*; Hakan Yiğit,* §§ 59, 68*).*

34. Buna göre ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

(2) Güvenlik Görevlilerinin İfade Özgürlüğü

35. Anayasa'nın 26. maddesinin asıl işlevi herkesin ifade özgürlüğünü korumaktır. Polis memurlarının da dâhil olduğu kamu görevlileri toplumun diğer bütün bireyleri gibi ifade özgürlüğünden yararlanır. Bununla beraber 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 temel hak ve hürriyetleri kullanırken sahip oldukları ödev ve sorumluluklara gönderme yapar (*Engin Kabadaş*, B. No: 2014/18587, 6/7/2017, § 36).

36. Bu itibarla yapılacak değerlendirmede somut olayın kendi şartları içinde başvurucunun hangi saik ile beyanda bulunduğu, beyanın hukuki ve

fiilî esası, beyan tarzı, beyanın muhtemel yorumları, kamu kurumuna etkileri ve başvurucunun maruz kaldığı yaptırım gözönünde bulundurulmalıdır (*Adem Talas*, § 47). Ayrıca başvurucunun kamu görevinin niteliği ve bağlı bulunduğu kurumun kamu düzeni ve iç güvenlikle doğrudan ilgili özel konumu, Emniyet Teşkilatının iç düzeni ve hiyerarşik yapısını düzenleyen özel kurallarının varlığı da unutulmamalıdır. Anayasa Mahkemesi, belirli kategorilere mensup kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile onların ifadeyi kullanma biçimlerinin *kurumsal disiplinle uyumlu, sırrı ifşa etmeyen* nitelikte ve *dengeli* olmasının sağlanması için mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülükleri arasında bir denge sağlanıp sağlanmadığını olayların bütünselliği içinde gözetecektir (*Engin Kabadaş*, § 37; *Adem Talas*, § 47).

37. 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), 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.

(3) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

38. Mevcut başvuruda gözönünde bulundurulması gereken ilk husus başvurucunun sosyal medya hesabı üzerinden yaptığı yorumun içeriği ve kullandığı ifadelerin türüdür. Başvurucu, Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde bazı polis memurları tarafından oluşturulan sayfada yer alan bir konu başlığının altına düşüncelerini yazmıştır. Başvurucunun yorum yaptığı konunun başlığı *"Emniyet-Sen Başkanı'na Mobbing"* olmakla birlikte konunun içeriğine dair bir bilgi ne İdare tarafından verilen disiplin cezası kararında ne de derece mahkemelerinin gerekçeli kararlarında yer almaktadır. Başvurucunun anılan konuya yaptığı yorum *"...eyyyy rütbeli zevat Size de Ölüm Var Bize de... Bunun hesabını orada Allah zaten soracak burada da Emniyet-Sen ..."* cümlelerinden ibarettir.

39. Başvurucu, sosyal medyada polis meslek disiplini ve etiği ile bağdaşmayan yorum yapması ve paylaşması nedeniyle görev dışında yasaklanan tutum ve davranışlarda bulunma suçunu işlediği gerekçesiyle İdare tarafından kınama cezası ile cezalandırılmıştır. Başvurucunun idari işlemin iptali talebiyle açtığı davada da ilk derece mahkemesi, söz konusu ifadelerin polislik mesleğinin etiği ile bağdaşmadığını kabul etmiş ancak daha ileri bir değerlendirmede bulunmamıştır (bkz. §§ 10, 11).

40. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemesinde bireylerin anayasal hakları ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin dava konusu olguları değerlendirmesine ve hukuku yorumlamasına müdahalede bulunmaz. Somut olayda ilk derece mahkemesi, başvurucunun ifade özgürlüğü ile ifadeyi kullanma biçiminin *kurumsal disiplinle uyumlu, sırrı ifşa etmeyen* nitelikte ve dengeli olmasının sağlanması için mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülükleri arasında denge kurma işlemi yapmamıştır. Mahkeme, bahse konu ifadelerin meslek etiği ile bağdaşmadığını belirtmekle yetinmiş; ifadelerin ne anlamı üzerinde durmuş ne de kullanıldığı bağlamı incelemiştir.

41. Emniyet Teşkilatı iç güvenlik hizmeti vermesi sebebiyle silah ve benzeri araçlar kullanma yetkisi olan, idari işlerin yanında adli işler ile ilgili de hassas yetkileri bulunan bir teşkilattır. Silahlı kuvvetlere benzer özellik gösteren bu yönleriyle teşkilat içindeki hiyerarşik kuralların sivil devlet memurlarının tabi olduğu kurallara kıyasla daha katı olması doğaldır. Bununla birlikte bu husus teşkilatın veya hiyerarşik üstlerin eleştirilemeyeceği anlamına da gelmemektedir.

42. Sosyal medyada yorum yaptığı konunun başlığı ile kurduğu cümlelerden yola çıkarak başvurucunun Emniyet Teşkilatının yönetiminden duyduğu memnuniyetsizliği ve sitemini herhangi bir yöneticinin ismini zikretmeden dile getirdiği görülmektedir. Başvurucunun kullandığı ifadelerin teşkilata yönelik bir sırrı ifşa eder niteliği olmadığı gibi teşkilata zarar verecek veya itibar kaybı oluşturacak ağırlığı olduğu da söylenemez.

43. Sonuç olarak ilk derece mahkemesi başvurucunun ifade özgürlüğü karşısında mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülüklerinin yerine getirilmesindeki üstün yararı gösterebilmiş değildir. İlk derece mahkemesince başvuruya konu şikâyete olayın bütünselliği içinde

bakılmamış; somut olayın kendi şartlarının neler olduğu, sosyal medyada tartışılan konunun ne olduğu, başvurucunun hangi amaçla düşünce açıklamasında bulunduğu, başvurucunun beyan tarzı, beyanın muhtemel sonuçları ve varsa kamu hizmetine veya kamu kurumunun disiplinine etkileri gözönünde bulundurulmamıştır (bkz. § 40). Başvurucunun sözlerinin olayın bağlamından ve somut ifade açıklamasının bütünlüğünden kopartılarak ele alınması suretiyle ortaya konan gerekçenin *ilgili ve yeterli* kabul edilmesi mümkün değildir. Ayrıca yukarıdaki hususlar dikkate alındığında başvurucunun kullandığı ifadeler nedeniyle kınama cezası ile cezalandırılmasının demokratik toplumda gerekli olduğu da değerlendirilmemiştir.

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

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

45 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."*

46. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

47. *Mehmet Doğan* kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği

vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan,* §§ 57-58).

48. *Mehmet Doğan* kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan,* § 59).

49. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlalin idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin usule

dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (*Mehmet Doğan,* § 60).

50. Başvurucu, yeniden yargılama talebinde bulunmuştur.

51. Anayasa Mahkemesi, sosyal medyada üstleri hakkında yaptığı yorum nedeniyle hakkında kınama cezası verilen başvurucunun idari işlemin iptali talebiyle açtığı davanın reddedilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

52. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

53. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine 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 EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 2. İdare Mahkemesine (E.2014/1009, K.2014/1231) GÖNDERİLMESİNE,

D. 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve 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 15/11/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ DÜZENLEME HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

FERHAT ÜSTÜNDAĞ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/15428)

Karar Tarihi: 17/7/2018

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan y. : Serdar ÖZGÜLDÜR

Üyeler : Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör : Yunus HEPER

Başvurucu : Ferhat ÜSTÜNDAĞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Demokratik Toplum Partisinin (DTP) çağrısı üzerine yapılan toplantıya katılma sonucunda cezalandırılmanın toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 18/9/2014 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 birer örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. 10/10/1989 doğumlu olan başvurucu, olayların meydana geldiği tarihte Ağrı'nın Doğubayazıt ilçesinde ikamet etmektedir.

10. 4/3/2009 tarihinde Doğubayazıt ilçesinde DTP tarafından açık hava toplantısı (miting) düzenlenmiştir. Miting, yerel idari otoritelere gerekli bildirimler yapılmasını müteakip mevzuatta öngörülen usullerle tertip edilmiştir.

11. Biri İlçe Emniyet Müdürlüğü ve diğeri mitingin düzen içinde yapılmasından sorumlu miting komiseri tarafından mitingle ilgili iki ayrı rapor tanzim edilmiştir. Miting alanında başvurucunun hareketleri güvenlik güçlerine ait iki ayrı kamera ile kayda alınmıştır. Bundan başka başvurucunun uzaktan otuz kadar fotoğrafı çekilmiştir.

12. Mitinge DTP milletvekillerinden birkaçı ile DTP'nin mahallî yöneticileri iştirak etmiştir. Toplantı, parti otobüsünün şehir meydanına gelişi ile başlamıştır. İdari otoritelerin düzenledikleri raporlara göre mitinge yaklaşık 3.000 kişi katılmıştır. Söz konusu topluluk miting otobüsü ile birlikte ve sloganlar eşliğinde miting alanına gelmiştir. Mitingde, yaklaşan belediye seçimlerinde DTP'nin Doğubeyazıt belediye başkan adayı tanıtılmış ve siyasetçiler Hükûmet politikalarını eleştirmişlerdir. Konuşmalar Türkçe ve Kürtçe yapılmıştır.

13. Tanınmamak için yüzlerini kapatmış yaklaşık otuz kişilik bir grup miting alanına sonradan gelmiştir. Kalabalığın içine doğru ikişerli sıra hâlinde ve askerî disiplin içinde ilerleyen bu grup *"Ararat'ın özgürlük şahinlerinden İmralıya bin selam"* yazılı pankart ile Abdullah Öcalan'a ait bir poster ve Türkçe adı Kürdistan İşçi Partisi olan PKK/KONGRA GEL terör örgütü ile kısa adı HPG olan Halk Savunma Güçleri isimli terör örgütünü temsil eden bayraklar ve flamalar taşımış, bunları kalabalığın arasında ve miting alanında gezdirmişlerdir. Tutanaklara göre miting esnasında *"Biji serok Apo", "Dişe diş kana kan, seninleyiz Öcalan.", "Beyazıt ovası Apocular yuvası", "PKK halktır, halk burada."* şeklinde sloganlar atılmıştır. İdari otoritelerin raporlarına göre miting olaysız bir şekilde sona ermiştir.

14. Kamera kayıtlarına ilişkin bilirkişi raporuna göre başvurucu, miting alanında terör örgütlerini temsil eden bayraklar ile terör örgütü liderinin posterini açan ve örgüt lehine sloganlar atan grup içinde yer almış ve güvenlik güçlerinin kendisini tespit edememesi için yüzünü kapatmıştır. Bilirkişi raporlarına göre başvurucu, güvenlik güçlerinin çekim yaptığı kameraya saldırgan bir üslupla yönelerek güvenlik güçlerini tehdit etmiş ve daha sonra arkadaşlarına katılmıştır. Bu sırada başvurucunun yakın plan kamera görüntüleri çekilmiştir. Başvurucu ve içinde bulunduğu grubun diğer üyeleri mitingin sona ermesi ve topluluğun dağılması esnasında güvenlik güçlerinin kendilerini tespit edememesi için elbiselerini değiştirmişlerdir. Bu kişilerin kalabalık içinde elbiselerini değiştirdikleri ve yüzlerini kapatan örtüleri çıkarttıkları kameralar tarafından kayda alınmıştır.

15. Erzurum Cumhuriyet Başsavcılığınca başvurucu hakkında terör örgütü propogandası yapmak suçundan 3/4/2009 tarihli iddianame düzenlenmiştir. Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sonunda 11/4/2013 tarihinde başvurucunun 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Mahkeme gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

> "[başvurucu] *savunması, olay tutanakları,* [mahkeme kararında detayları verilen kamera kayıtlarına dayanan] *bilirkişi raporu ile tutulan tüm tutanaklar bir arada değerlendirildiğinde; sanığın* [başvurucu] *yasadışı terör örgütünün bayraklarının ve terör örgütü liderinin posterlerinin taşındığı, terör örgütü lehine sloganların atıldığı yasa dışı gösteri sırasında yüzünü poşi ile kimliğini gizlemek amacıyla kapatmak suretiyle Terörle Mücadele Kanununun 7/2-a maddesinde tanımlanan terör örgütünün propagandasını yapmak suçunu işlediği sabit olduğu*"

16. Temyiz üzerine karar Yargıtay 9. Ceza Dairesince 9/5/2014 tarihinde onanmıştır. Başvurucu, karardan 20/8/2014 tarihli müddetnamenin kendisine tebliğ edilmesiyle haberdar olduğunu belirtmiştir.

17. Başvurucu 18/9/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

18. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun *"Terör örgütleri"* kenar başlıklı 7. maddesinin ilgili kısımlarının 2013 ve 2015 yıllarında yapılan değişiklikten önceki hâli şöyledir:

"Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...

Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:

a) Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması.

b) Terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde, örgüte ait amblem ve işaretlerin taşınması, slogan atılması veya ses cihazları ile yayın yapılması ya da terör örgütüne ait amblem ve işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi."

19. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör örgütleri"* kenar başlıklı 7. maddesinin yürürlükteki hâlinin ilgili kısımları şu şekildedir:

"(Değişik ikinci fıkra: 11/4/2013-6459/8 md.) Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır... Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:

...

b) Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşmese dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1. Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması,

2. Slogan atılması,

3. Ses cihazları ile yayın yapılması,

4. Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi.

(Ek fıkra: 27/3/2015-6638/10 md.) Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen kapatanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu suçu işleyenlerin cebir ve şiddete başvurmaları ya da her türlü silah, molotof ve benzeri patlayıcı, yakıcı ya

da yaralayıcı maddeler bulundurmaları veya kullanmaları hâlinde verilecek cezanın alt sınırı dört yıldan az olamaz."

B. Uluslararası Hukuk

20. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına ilişkin ilgili uluslararası hukuk kaynaklarının yer aldığı kararlar için *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* (B. No: 2014/920, 25/5/2017, §§ 25-30) ve *Ömer Faruk Akyüz* (B. No: 2015/9247, 4/4/2018, §§ 28-37) kararlarına bakılabilir.

1. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının Kapsamı ve Önemi

21. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre kendine özgü özerk işlevine ve uygulama alanına sahip olmakla birlikte toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir (*Ezelin/Fransa*, B. No: 11800/85, 26/4/1991, § 37). Dolayısıyla ifade özgürlüğünün siyasi yararı ve kamu yararını ilgilendiren konularda sınırlandırılmasının daha dar kapsamda olması toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının uygulamasında da gözetilmelidir (*Öllinger/Avusturya*, B. No: 76900/01, 29/6/2006, § 38). Bu sebeple demokratik bir toplumda temel haklardan biri olan bu hak dar yorumlanmamalıdır (*G./Federal Almanya* (k.k.), B. No: 13079/87, 6/3/1989; *Rassemblement Jurassien Unité/İsviçre* (k.k.), B. No: 8191/78, 10/10/1979).

22. AİHM, 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 (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

23. AİHM kararlarında, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve bu hak kapsamında ifade özgürlüğünün demokratik toplumun en temel değerleri arasında olduğu ve demokrasinin özünde açık bir tartışma ortamıyla sorunları çözebilme gücünün yer aldığı vurgulanmaktadır. AİHM'e göre şiddete teşvik ve demokrasinin ilkelerini ortadan kaldırma durumları dışında toplantı ve ifade özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik önleyici nitelikli radikal tedbirler, yetkililerin eylemlerde kullanılan ifadeler ve bakış açılarını şaşırtıcı ve kabul edilemez olarak değerlendirdiği ya da

eylemlerin yasa dışı olduğu durumlarda dahi demokrasiye zarar vermekte ve hatta demokrasinin varlığını sık sık tehlikeye atmaktadır. Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla ifade edilebilmesi imkânı sunulmalıdır (*Gün ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 8029/07, 18/6/2013, § 70; *Güneri ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 42853/98, 43609/98 ve 44291/98, 12/7/2005, § 76).

2. Barışçıl Toplantı Hakkının Korunması

24. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 11. maddesi bağlamında yalnızca *barışçıl toplantı* hakkının korunduğunu hatırlatmaktadır. *Oya Ataman/Türkiye* (B. No: 74552/01, 5/12/2006, § 42) kararında AİHM, "*Göstericilerin şiddet içeren faaliyetlerde bulunmadığı hallerde, Sözleşmenin 11. maddesi tarafından güvence altına alınan özgürlüğün içeriğinin boşalmaması için, kamu makamlarının barışçıl toplantılara belirli bir hoşgörüyle yaklaşmaları büyük önem taşımaktadır.*" hükmüne varmıştır. Halka açık yerde yapılan her türlü gösterinin günlük hayatın akışında belli bir karışıklığa sebep olabileceği ve olumsuz tepkilere yol açabileceği açıktır. Bu durumların varlığı toplantı hakkının ihlal edilmesini haklı gösteremez (*Achouguian/Ermenistan*, B. No: 33268/03, 17/7/2008, § 90; *Berladir ve diğerleri/Rusya*, B. No: 34202/06, 10/7/2012, §§ 38-43; *Disk ve Kesk/Türkiye*, B. No: 38676/08, 27/11/2012, § 29; *Oya Ataman/Türkiye*).

25. Barışçıl toplantı kavramı, düzenleyicilerinin ve katılımcılarının niyetlerinin şiddet olduğu bir gösteriyi kapsamaz (*G./Almanya* (k.k.), B. No: 13079/87, 06/03/1989; *Irkçılığa ve Faşizme Karşı Hristiyanlık/ Birleşik Krallık* (k.k.), B. No: 8440/78, 16/7/1980). AİHM, sonraki tarihli Büyük Dairenin iki kararında önceki Komisyon içtihatlarını tekrar etmiş ve şiddet kullanma niyetinde olan kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösterilerin barışçıl toplantı kavramı dışında kaldığını hatırlatmıştır. AİHM, söz konusu kararlarında, yasaklanan bir toplantıyla ilgili kişilerin şiddete başvurma niyetlerine eğilmiştir. AİHM kişilerin şiddet kullanma niyetlerine sahip olmadıkları sonucuna varmış ve Sözleşme'nin 11. maddesinin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir (*Stankov ve Birleşik Makedonya Örgütü Ilinden/Bulgaristan*, B. No: 29221/95, 29225/95, 2/10/2001, §§ 77, 78; *Birleşik Makedonya Örgütü Ilinden ve Ivanov/Bulgaristan*, B. No: 44079/98, 20/10/2005, § 99).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

26. Mahkemenin 17/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

27. Başvurucu; DTP'nin düzenlediği basın açıklamasına katıldığını ancak olaylara karışmadan toplantı yapılan yerden ayrıldığını, kendisinin ayrılmasından sonra meydana gelen olaylarda bir sorumluluğu olmadığını ve kamera kayıtlarına göre yüzü kapalı olarak tespit edilen kişinin kendisi olmadığını ifade etmiştir. Başvurucu; gösteri sırasında yüzünü kapatan kişi kendisi olmamasına rağmen hukuka aykırı olarak cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

28. Bakanlık görüşünde, AİHM'in toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin bazı kararları hatırlatılmıştır. Bakanlığa göre başvurucunun yasa dışı eylemlere katılımı görüntülü kayıtlarla tespit edilmiştir. Buna göre başvurucunun cezalandırılma nedeni barışçıl gösterilere katılmış olması değil barışçıl niteliği ortadan kalkan eylemlerde yer almasıdır. Bakanlık, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına bir müdahale olduğu kabul edilse bile bu müdahalenin demokratik bir toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu görüşündedir.

29. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında önceki görüşlerini tekrar etmiştir. Başvurucu ayrıca, Bakanlığın kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin görüşlerine katılmadığını belirtmiştir.

B. Değerlendirme

30. 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.

31. 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."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

32. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

33. Başvurucu; gösteri sırasında yüzünü kapatan kişinin kendisi olmadığını, buna rağmen cezalandırıldığını derece mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürmüştür. Dolayısıyla cevaplanması gereken ilk soru gerçekten de başvurucunun toplantı hakkına herhangi bir müdahalenin söz konusu olup olmadığıdır.

34. Başvurucu, düzenlenen bir toplantı sırasında işlediği eylemler nedeniyle cezalandırılmıştır. Derece mahkemeleri başvurucunun terör örgütü propagandası yapmak suçuna vücut veren eylemleri işlediğini sabit görmüştür. Başvurucunun bir toplantı sırasında işlediği ileri sürülen eylemlerinden dolayı cezalandırılmış olması nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale edildiğinin kabulü gerekir. Zira bu düşüncenin aksine başvurucunun suçlandığı eylemleri kabul etmemesi hâlinde toplantı hakkından da faydalanamayacağının kabul edilmesi onu Anayasa'nın sağladığı güvenceden yoksun bırakacaktır.

35. Mevcut başvurudaki şikâyetler, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* olup olmadığı açısından incelenecektir. Başvurucunun bireysel başvuruda ileri sürdüğü sübuta ilişkin itirazlar kural olarak Anayasa Mahkemesinin ilgi alanı dışındadır. Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi, başvurucunun 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca mahkûmiyetinin ceza hukukuna uygunluğu

konusunda da bir karar vermek zorunda olmadığını değerlendirmektedir. Dolayısıyla mevcut başvurunun koşullarında başvurucunun mahkûmiyetinin onun toplantı hakkına yönelik bir müdahale olduğu kabul edilmelidir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

36. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 34. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. 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. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

38. 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin üçüncü fıkrasının olaya uygulanan ilk cümlesinin *kanunla sınırlama* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

39. Başvurucunun cezalandırılmasının Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sebeplerden *kamu düzeninin korunması* ve *suç işlenmesinin önlenmesi*ne yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplumda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının Önemi

40. Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kez *demokratik toplum düzeninin gerekleri* ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, demokratik toplumun en

temel değerleri arasında yer almakta olup bireylerin ortak fikirlerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelebilme imkânını korumayı amaçlamaktadır. 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 (*Dilan Ögüz Canan*, B. No: 2014/20411, 30/11/2017, § 36; *Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 115; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri,* § 79; *Osman Erbil*, 2013/2394, 25/3/2015, § 45).

41. Bu hak, ifade özgürlüğünün özel bir biçimidir. Anayasal haklar içinde kendine has özerk rolünün ve özel uygulama alanının varlığına rağmen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı aynı zamanda ifade özgürlüğünün ışığında değerlendirilmelidir. İfade özgürlüğünün demokratik ve çoğulcu bir toplumdaki önemi, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı için de geçerlidir (*Dilan Ögüz Canan,* § 34; *Ali Rıza Özer ve diğerleri* § 115; *Osman Erbil*, §§ 31, 45; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 72; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, *B.No:2013/3936, 17/2/2016,* § 66; *Ömer Faruk Akyüz,* § 52).Sonuç olarak toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (*Dilan Ögüz Canan,* § 35; *Ömer Faruk Akyüz,* § 55).

42. İfade özgürlüğünde olduğu gibi toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı da sadece toplumun geneli tarafından savunulan ve kabul gören görüş ve fikirleri korumakla yetinmez. Bunun haricinde toplumun genelini rahatsız edebilecek, endişelendirecek hatta şok edecek veya onların belirli düzeyde tepkilerini çekebilecek bazı fikirleri savunma amacıyla da toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenebilir.

43. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür bir tartışma ortamında ulaşılabilir. Demokrasinin temel özelliklerinden biri de toplumsal meselelerin diyalog yoluyla ve şiddeti dışlayan yöntemlerle çözülmesine imkân vermesidir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanarak toplanan insanların ileri sürdükleri fikirler bu fikirlere katılmayan diğer insanları rahatsız edebilir ve onların tepkilerini çekebilir. Ancak burada önemli olan söz konusu hakkın -tüm bu rahatsızlığa rağmen- barışçıl bir şekilde kullanılmasıdır.

44. Toplantının veya gösteri yürüyüşünün hangi amaçla yapıldığının bir önemi yoktur. Bununla birlikte -ifade özgürlüğünde olduğu gibi- siyasal ve kamusal meseleler söz konusu olduğunda toplantı hakkına yapılan müdahaleler daha dar yorumlanmalıdır (*Dilan Ögüz Canan*, § 36; *Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 115; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri,* § 79; *Osman Erbil*, § 45; *Ömer Faruk Akyüz,* § 53).

(b) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

45. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde *"demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama"* ve *"ölçülülük ilkesine aykırı olmama"* biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 53-55; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 70-72; AYM, E.2018/69, K.2018/47, 3/5/2018, § 15; AYM, E.2017/130, K.2017/165, 29/11/2017, § 18).

46. Toplantı hakkı üzerindeki sınırlamanın kamu düzeninin korunması gibi demokratik bir toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (Bazı farklılıklarla birlikte toplantı hakkı bağlamında bkz. *Dilan Ögüz Canan* § 32; sendika hakkı bağlamında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 73; *Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 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*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

47. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin fikirlerini toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenlemek yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurmaktır (*Dilan Ögüz Canan* § 33; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 74; *Adalet Mehtap Buluryer*, § 71).

48. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvurulan sınırlama tedbiri arasında dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. Kamu gücünü kullanan organların toplantılara ve gösteri yürüyüşlerine müdahale ederken toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan, korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (Bazı farklılıklarla birlikte toplantı hakkı bağlamında *Dilan Ögüz Canan* § 33, 56; sendika hakkı bağlamında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 74; ifade özgürlüğü bağlamında *Bekir Coşkun,* §§ 44, 47; *Tansel Çölaşan,* §§ 46, 49, 50).

49. Buna göre toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

(c) Barışçıl Toplantı Hakkı

50. 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. Dolayısıyla toplantı hakkının amacı, şiddete başvurmayan ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan bireylerin haklarının korunmasıdır. Demokratik bir toplumda, mevcut

düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle değiştirilmesi ve gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla kendisini ifade edebilme imkânı sunulmalıdır (*Dilan Ögüz Canan*, § 37; *Ali Rıza Özer ve diğerleri,* §§ 117, 118; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 80; *Osman Erbil*, § 47; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, §§ 67, 68; *Ömer Faruk Akyüz,* § 54).

51. Eğer toplantı şiddet içeriyorsa veya bu toplantıda şiddete çağrıda bulunuluyorsa bu toplantının barışçıl olduğu, dolayısıyla Anayasa'nın 34. maddesinin sağladığı korumadan yararlanacağı söylenemez.

52. Anayasa'nın 34. maddesinde öngörülen toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının devlete yüklediği yükümlülük sadece toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale etmemekle sınırlı değildir. Bu hak, devlete yalnızca kamu düzenini değil aynı zamanda toplantı hakkını kullanan bireyleri de şiddetten ya da diğer haksız engellemelerden koruma yükümlülüğünü getirir. Dolayısıyla devletin toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin barış içinde yapılabilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bir toplantı veya gösteriye katılanların bu anayasal haklarını gereği gibi kullanmalarını temin amacıyla kamu gücü kullanan organların zarar tehlikesinin baş gösterdiği durumlarda daha erken davranmaları ve gerekli tedbirleri almaları gerekir.

53. Bu noktada Anayasa Mahkemesi toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyen ile bu toplantılara katılanların niyetlerini önemser. Şiddet kullanma niyetinde olan kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösteriler barışçıl toplantı kavramı dışındadır. Dolayısıyla henüz şiddet hareketlerine başvurmamış olsalar bile şiddet kullanma niyetinde olduğu makul gerekçelerle ortaya konulmuş olan kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösteriler barışçıl toplantı kavramı dışında mütalaa edilebilir. Böyle bir durumda Anayasa'nın 34. maddesi yetkililere şiddet hareketlerini önlemeye yönelik bazı makul tedbirlerin alınması göreviniyükler.

54. Bununla birlikte bir kimsenin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, katıldığı bir toplantı sırasında yer yer görülen şiddet hareketleri sebebiyle otomatik olarak ortadan kalkmaz. Bir kimse davranışlarıyla şiddet kullanma niyetini ortaya koymamış veya katıldığı bir toplantıda cereyan eden şiddet hareketlerine iştirak etmemiş ise bu kişinin Anayasa'nın 34. maddesinin altında güvenceye alınmış olan hakları korunmaya devam eder. Barışçıl bir

gösteride bazı kimselerin bunu kötüye kullanarak şiddete başvurmaları, niyeti barışçıl olan bir toplantıya katılanların toplantı hakkına müdahaleyi haklı kılmaz. Böyle durumlarda kolluk güçlerinin toptan yasaklama yerine barışçıl toplantı yapanlarla şiddete başvuranları ayrıştırma ödevi vardır. Kolluk, şiddet hareketlerini engelleyecek ölçülü tedbirler alarak başkalarının haklarını güvenceye almalıdır.

55. Ancak şiddet yaygınlaşmış ve toplantıya bir bütün olarak hâkim olmuş ise artık barışçıl bir toplantıdan bahsedilemez.

56. Dolayısıyla kamu gücünü kullanan organlar toplantı hakkının kullanılmasını engellemiş iseler ya şiddetin toplantı ve gösteri yürüyüşünün tamamına hâkim olduğunu kanıtlamaları ya da hakkına müdahale ettikleri bireylerin bizzat bu şiddet olaylarına katıldığını ispat etme yükümlülüğü altındadırlar. Bu bağlamda barışçıl bir toplantıya müdahale etmek için genel ve muğlak bazı gerekçelere dayanılması yeterli kabul edilemez. Bir toplantının barışçıl olmadığı iddia edildiği takdirde kimin ne şekilde şiddet kullandığının gösterilmesi gerekir.

(d) Ödev ve Sorumluluklar

57. Barışçıl toplantı hakkı bireylerin bu hakkı kullanırlarken sahip oldukları ödev ve sorumluluklardan ayrı düşünülemez. "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" biçimindeki 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 incelenmesi 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 (*Dilan Ögüz Canan*, § 43; *Ömer Faruk Akyüz,* § 62).

58. Toplantı ve gösteri yapma hakkı sayesinde vatandaşlar; politikacıların ve ülkeyi yönetenlerin davranışlarını eleştirme, ülkede uygulanan politikalar ve projeler üzerinde etkide bulunma ve demokratik taleplerini dile getirme

imkânına sahip olmaktadırlar. Bu yönüyle toplantı özgürlüğüne ve göstericilerin ifade özgürlüklerine müdahale edilmesi demokratik kurumları işlevsiz kılabileceği gibi bu durumun aksine bu hakkın barışçıl olmayan yöntemlerle kullanılması anayasal hakları tehlikeye düşürebilecektir.

(e) Caydırıcı Etki

59. Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan ve bir gösteride yasaklanmamış davranışlarda bulunan kişilerin toplantı hakkı, kınanabilir bir olaya karışmadıkları sürece en hafif kabul edilecek cezanın dahi uygulanmamasını temin eder. Zira bu tip soruşturmalar veya cezalandırmalar caydırıcı etki doğurma potansiyeli taşımaktadırlar (*Osman Erbil*, §§ 51, 71; *Ömer Faruk Akyüz,* § 60).

(f) Takdir Yetkisi

60. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına getirilen ve Anayasa'nın 34. maddenin 2. fıkrasına konu olan kısıtlamaların zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığının değerlendirilmesi hususunda kamu gücünü kullanan organlar ile mahkemelerin belirli bir takdir yetkisi vardır. Bununla birlikte olayın somut koşullarında bir toplantı veya gösterinin şiddet içerdiğine ilişkin idari mercilerin veya derece mahkemelerinin kabulleri ile gerekçelerinin nihai denetim yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir (*Dilan Ögüz Canan*, § 32).

(g) Müdahalenin Gerekçesi

61. Keyfî uygulamalardan ve usulsüz sınırlandırmalardan kaçınılması için barışçıl bir toplantıya tedbir almak veya alınan tedbirlere aykırı davrananlara ceza vermek suretiyle yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunun derece mahkemelerince ilgili ve yeterli gerekçe ile ortaya konulması, kamu düzeni ve başkalarının haklarının korunması ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılması arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir (*Dilan Ögüz Canan*, § 53; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri,* § 83; *Ömer Faruk Akyüz,* § 61).

62. Özet olarak Anayasa Mahkemesi, mevcut başvuruda toplantı özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerçekten *toplumsal bir ihtiyaca* cevap

verip vermediği ve kısıtlamanın ulaşılmak istenen amaçla *orantılı* olup olmadığı sorusuna cevap bulacaktır.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

63. Eldeki bireysel başvuru dosyasında bulunan tüm raporlar tetkik edilmiş, ayrıca dosya içinde bulunan ve başvuruya konu mitinge ilişkin görüntülerin bulunduğu DVD izlenmiştir. Kamu otoritelerince toplantıya yaklaşık üç bin kişinin katıldığı ifade edilmiştir. Birden çok açıdan elde edilen kamera görüntüleri ve fotoğraflardan görüldüğü üzere kimliğini gizlemek amacıyla yüzünü kapatmış yaklaşık otuz kişilik bir grup ikişerli sıra hâlinde ve belirli bir askerî disiplin içinde terör örgütü lehine slogan atarak miting alanında topluluğun arasına doğru ilerlemiştir. Bahsi geçen grup üyelerinin ellerinde PKK terör örgütü ile onun silahlı kanadı olan HPG'nin bayraklarının ve flamalarının olduğu, örgüt lehine ifadelerin yer aldığı pankartları ve terör örgütü liderinin posterini taşıdıkları görülmüştür (bkz. §§ 11-14).

64. Başvurucunun da bahsi geçen kişilerin arasında bulunduğu ve terör örgütü lehine sloganlar attığı, terör örgütünü simgeleyen flama taşıdığı, kimliğini gizlemek için yüzünü kapattığı hususları derece mahkemesince sabit görülmüştür. Anayasa Mahkemesi derece mahkemelerinin sübuta ilişkin bu kabulüne yönelik herhangi bir değerlendirme yapmayı gerekli görmemiştir. Anayasa Mahkemesi önündeki mesele, başvurucunun terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantıda kimliğini gizlemek amacıyla yüzünü kapatmak suçundan 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının belirlenmesinden ibarettir.

65. Söz konusu mesele iki aşamalı bir süreç izlenerek ele alınmalıdır. İlk aşamada başvurucunun katıldığı Parti mitinginin bir terör örgütünün propagandasına dönüştürülüp dönüştürülmediği incelenmeli, ikinci aşamada ise böyle bir toplantıya katılan başvurucunun kimliğini gizlemek için yüzünü kapatması nedeniyle cezalandırılmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

66. İlk olarak idare ve mahkemelerce bahse konu toplantının bütünüyle barışçıl olmayan bir toplantıya dönüştüğü kabul edilmemiştir. Nitekim mahallî yetkililer iki ayrı raporda, toplantının herhangi bir şiddet hareketi

yaşanmadan sona erdirildiğini ifade etmişlerdir. Emniyet güçleri de yüzlerini örterek terör örgütüne açıkça destek veren kişilerin varlığına rağmen toplantının tümüyle barışçıl olmaktan çıktığını değerlendirmemiş, toplantının tamamen dağıtılması yerine toplantı sonrasında belirli kişiler hakkında soruşturma açmıştır. Yalnızca belirli kişilerin toplantı hakkına müdahale edilmiş olması, toplantı hakkını kullanan diğer kişilerin bu haklarını tam olarak kullanabilmeleri için devletin sahip olduğu yükümlülükler çerçevesinde hareket edildiğini göstermektedir (bkz. § 51).

(a) Terör Örgütü Lehine Sloganlar Atılması, Terör Örgütünü Temsil Eden Bayrak ve Flamaların Taşınması

67. İkinci olarak başvurucunun da aralarında bulunduğu bir grup, terör örgütüne ait bayraklar ve flamalar ile örgüt liderinin posteri ve örgüt liderine hitap eden bir pankartı taşımıştır. Söz konusu grup, miting alanına toplanan ve barışçıl toplantı hakkını kullanan kişilerin arasına yerleşerek PKK terör örgütünü ve onun şiddet eylemlerini övücü sloganlar atmıştır (bkz. § 13). Derece mahkemeleri, miting alanına toplanan kalabalığın arasına karışan ve *"Dişe diş kana kan, seninleyiz Öcalan.", "Beyazıt ovası, Apocular yuvası", "PKK halktır, halk burada",* sloganları ile terör örgütünün destekçisi olduğunu açıkça ifade eden bu kişilerin şiddet hareketlerini yöntem olarak benimseyen örgütün destekçisi veya üyesi olduklarını belli edecek şekilde davrandıklarını kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi derece mahkemelerinin bu kabulünü benimsemektedir.

68. Başvuruya konu toplantıda, şiddet kullanan bir terör örgütünün eylemleri övülmüş; açıkça kin ve intikam duygularının oluşmasına çalışılmış ve şiddetin bir çözüm olduğu ifade edilmiştir. Miting alanında bulunan ve başvurucunun da içinde bulunduğu küçük bir grup taşıdıkları örgüte ait bayraklarla, attıkları ve kalabalığa söyletmeye çalıştıkları sloganlar ile süregelen şiddet eylemlerinin artmasına veya devamına destek olacak tarzda hareket etmiştir. Bir terör örgütü olan ve hedeflerine ulaşmak için şiddeti bir yöntem olarak benimseyen PKK'nın desteklendiğinin söylenmesiyle demokratik topluma yönelik ciddi bir tehdit ortaya konulmuştur.

69. Bununla birlikte PKK terör örgütü gibi şiddeti yöntem olarak benimsemiş ve hâlâ terör eylemlerini sürdürmekte olan bir örgütle

ilişkilendirilmiş sembollerin (bayrak gibi) sergilenmesi, o terör örgütünün fikirleriyle özdeşleştirilebilir. Dolayısıyla bir terör örgütüne özgü olduğu konusunda şüphe bulunmayan sembollerin kullanılmasıyla örgütün yalnızca siyasi idealleri ya da hedeflerinin desteklendiği, buna karşın aynı terör örgütünün yöntem olarak şiddeti benimsemiş olmasının meşru görülmediğinin söylenmesi güçtür.

70. Sonuçta toplantıya katılanlar yöntem olarak şiddeti kullanmamış olsalar ve toplantı bir şiddet eylemi olmaksızın tamamlanmış olsa bile taşınan pankartlar, bayraklar ve atılan sloganlar ile başvurucunun da içinde bulunduğu göstericilerin küçük bir kısmı şiddeti savunmuştur. Bir terör örgütünün eylemlerini onaylayarak kamuoyu önünde ona sahip çıkmak, anılan örgütün işlediği cürümleri iyi görmek ve dolayısıyla desteklemek niteliğindedir. Bu kişiler bir terör örgütünün toplumsal bilinirliğinin ve kabul edilebilirliğinin artırılmasına, eylemlerinin meşru gösterilmesine, toplantı ve gösteri hakkının tanıdığı imkânlar kullanılarak güvenlik güçlerine ve devletin diğer kurumlarına karşı sürekli bir çatışma siyasetinin yöntem olarak benimsenmesine hizmet etmişlerdir. Dolayısıyla bu kişiler yönünden başvuruya konu toplantı barışçıl toplantı kavramı dışında kalmıştır.

(b) Toplantıya Katılanların Kimliklerini Gizlemek İçin Yüzlerini Kapatmaları

71. Üçüncü olarak derece mahkemeleri, başvurucunun terör örgütünün propagandasının yapıldığı toplantıda kimliğini gizlemek için yüzünü kapattığını tespit etmiş ve cezalandırılmasında bu eylemini gözönünde bulundurmuştur(bkz. § 15). Yukarıda ifade edildiği gibi toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyenlerin ve bunlara katılanların niyetleri önemlidir. Zira şiddet kullanma niyetinde olan kişiler bir toplantıya katılan, düşüncelerini kolektif olarak ve barışçıl bir yöntemle ifade etmek isteyen kişilerin bu hakkını tam olarak kullanmalarına zarar verebilirler(bkz. §§ 24, 49).

72. Bu noktada Anayasa'nın 34. maddesinde yer alan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının devlete yüklediği yükümlülüğün sadece toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale etmemekle sınırlı olmadığı hatırlanmalıdır. Devlet, yalnızca kamu malını değil aynı zamanda kamu düzenini ve bunun ayrılmaz bir parçasını oluşturan -barışçıl bir gösteriye katılan- diğer kişileri de şiddete başvuranlardan korumak zorundadır. Bir toplantının barışçıl bir

biçimde icra edilememesi bireylerin fikirlerini savunma ve başkalarına duyurma imkânını ortadan kaldırır ve bu durum toplantı hakkının farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılması amaçlarıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin barış içinde yapılabilmesini sağlamak için bazı önlemler alması devletin yükümlülüklerindendir.

73. Buradan çıkan sonuca göre toplantı veya gösterilere katılanların bu anayasal haklarını gereği gibi kullanmalarını temin amacıyla kamu gücünü kullanan organların bireylerin veya kamunun menfaatlerine yönelik ciddi bir tehdidin baş gösterdiği durumlarda daha erken davranmaları ve şiddet hareketlerini önlemeye yönelik bazı makul tedbirleri almaları gerekir.

74. Nitekim kanun koyucu, Anayasa'nın 34. maddesinin devlete yüklediği yükümlülüklerin bir gereği olarak toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin barış içinde yapılabilmesini sağlamak için bir önlem olarak 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin üçüncü fıkrası (bkz. § 18) hükmünü kabul etmiştir. Söz konusu kural ile kanun koyucu, terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde kimliklerini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen kapatanlara ceza hükmü öngörmüştür.

75. 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinde 27/3/2015 tarihinde değişiklik yapan 6638 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde "*...meydana gelen toplumsal olayların terör örgütlerinin propagandasına dönüşmesi, göstericilerin vatandaşlarımızın can güvenliklerini ve vücut bütünlüklerini tehdit etmesi, kamuya ve özel kişilere ait bina, araç ve mallara zarar vermesi, hatta yağma girişimlerinde bulunması özgürlük-güvenlik dengesini bozmadan yeni tedbirler alınmasını zorunlu kılmıştır.*" denilmiştir. Gerekçeden de açıkça anlaşıldığı üzere söz konusu kural ile bir toplantıyı barışçıl olmaktan çıkartma amacını güden kişilerin cezalandırılması amaçlanmıştır.

76. Anayasa'nın 34. maddesinin toplantıya katılan kişilere ödev ve sorumluluklar yüklediği hatırlanmalıdır. Dolayısıyla somut başvuruda şiddet hareketlerine başvurmamış olsalar bile yüzlerini gizleyerek başvuruya konu toplantıya katılan ve toplantıyı terör örgütünün propagandasına dönüştüren kişilerin hakkın gerektirdiği ödev ve sorumluluklara uygun davranmadıkları ve hakkı suistimal ettikleri kabul edilmelidir.

77. Anayasa Mahkemesi; sıradan bir toplantıda değil fakat terör örgütünün propagandasına dönüştürülen (bkz. § 13) başvuruya konu toplantıda kimliklerini gizleyen kişilerin iyi niyetlerinden şüphe duymak için yeterli nedenlerin var olduğu, bu kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösterilerin o kişiler yönünden barışçıl toplantı kavramı dışında mütalaa edilmesinin temel hakların meşru zeminde ve etkin şekilde kullanılmasına hizmet edeceği sonucuna ulaşmıştır.

(c) Son Değerlendirmeler

78. Toplantı hakkının güvence altına alınmadığı bir ülkede demokrasiden bahsetmek mümkün değildir. Bu hak demokrasinin vazgeçilmez bir koşuludur ve onun ayrılmaz bir parçasıdır. Nitekim somut olayda DTP yetkilileri çok sayıda kişinin katıldığı açık hava toplantısında Hükûmet politikalarını sert biçimde eleştirmiş ve yaklaşan yerel seçimlerde Doğubayazıt belediye başkan adaylarına oy verilmesi çağrısında bulunmuştur. Mitinge katılan kalabalıklar da DTP lehine ve başta Hükûmetpartisi olmak üzere diğer partiler ile devlet yetkilileri aleyhine sloganlar atmıştır. Derece mahkemeleri bahsi geçen mitingde yapılan ve mevcut düzenin değiştirilmesi çağrısında bulunan konuşmaları ve bu yönde atılan sloganları sırf bu nedenle terör örgütlerinin propagandası ve şiddete teşvik olarak nitelendirmemiştir (bkz.§§ 51, 64).

79. Toplantı hakkı, toplumda yer alan ve çoğunluk olmayan kimliklerin ve kültürlerin korunması ile geliştirilmesinde önemli bir rol oynar. Barışçıl toplantı hakkının korunmasının farklı inançlara, kültürlere, siyasi görüşlere sahip grupların veya etnik toplulukların birlikte barışçıl bir şekilde yaşayabilecekleri hoşgörülü ve çoğulcu bir toplum oluşturulmasında can alıcı olduğu tartışmasızdır. Bu sebeple toplantı hakkı kullanılırken ulaşılmak istenen amaç ve kullanılan ifadeler ne kadar rahatsız ve şok edici olursa olsun devlet makamlarının bu hakka müdahaleden kaçınmaları ve zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık geliyorsa orantılı bir müdahalede bulunmaları gerekir.

80. Buna karşın şiddeti öven veya şiddetin daha da yaygınlaşmasına neden olan ifade açıklamalarının mevcut düzene itiraz eden, toplumun genelini rahatsız etse de barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi savunulan ifade açıklamalarından titizlikle ayrılması gerekir. Zira şiddeti bir yöntem

olarak benimseyen düşünceler demokratik toplumun varlığını tehlikeye düşürür ve demokratik bir hakkın kullanımı ile bağdaşmaz. Dolayısıyla bu tür düşünceler demokratik bir toplumda tahammül edilmesi gereken düşüncelerden sayılamaz.

81. PKK terör örgütü, başvuruya konu olayların yaşandığı tarihte ve hâlen Türkiye'nin bir kısmında görülen ve uzun bir süredir devam etmekte olan vahim nitelikli şiddet olaylarının, can ve mal kayıplarının meydana gelmesinin temel aktörüdür. Somut olay değerlendirilirken terörle mücadelenin yol açtığı zorlukların gözönünde tutulması gerekir. Nitekim başvuru konusu olayların meydana geldiği Ağrı'nın Doğubayazıt ilçesi, olayların meydana geldiği tarihten bugüne kadar anılan terör örgütüyle sıcak çatışmaların devam ettiği bir bölgedir. Ağrı İl Emniyet Müdürlüğünün Anayasa Mahkemesine sunduğu rapora göre 2009 yılı içinde ikisi silahlı çatışma, biri silahlı saldırı, biri patlayıcı madde koyma ve on dördü molotoflu saldırı olmak üzere toplam otuz dört terör olayı meydana gelmiş; bu olaylarda elli yedisi polis ve biri asker olmak üzere elli sekiz güvenlik gücü ile iki sivil yaralanmıştır. Dolayısıyla başvuruya konu olayların meydana geldiği yer ve zamanda terör örgütünün propagandasını yapmak amacıyla bu tür sembollerin taşınması ile şiddet tehlikesinin artması arasında kuvvetli bir ilişkinin bulunduğunun değerlendirilmesi mümkündür.

82. Somut olayda başvurucu, tanınmamak için yüzlerini kapatan ve belirli bir disiplin içinde hareket ederek Parti mitingine gelen bir grupla birlikte hareket etmiştir. Söz konusu grup PKK terör örgütü ile bu örgüte bağlı diğer örgütlerin bayrak ve flamalarını taşımış, attıkları sloganlarla şiddet ve terör yöntemini benimseyen bu örgütün destekçisi olduklarını açıkça ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi; başvurucunun PKK terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduklarını belli edecek şekilde davranışlarda bulunduğunu, PKK terör örgütünün propagandasını yaptığını, söz ve davranışlarıyla bir bütün olarak güvenlik güçlerine karşı şiddeti teşvik ettiğini tespit etmiştir.

83. Başvurucunun eylem ve sözlerinin bir terör örgütünün hedef veya talimatlarıyla örtüştüğü kanaatine ulaşılmıştır. Eylem ve sözleriyle şiddete ve demokratik olmayan yöntemlere başvurulmasını teşvik eden başvurucunun eylemlerinin demokratik yaşam için ciddi bir tehdit

oluşturduğu kanaatine ulaşılmıştır. Dolayısıyla başvurucunun cezalandırılması acil bir toplumsal ihtiyacı karşılamaktadır.

84. Başvurucunun cezalandırılması ile PKK terör örgütünün yöntem olarak benimsediği şiddet eylemlerinin ortadan kaldırılması, demokratik yaşam için ciddi bir tehdit oluşturan şiddetin devamına ve artmasına destek olacak tarzda hareket eden kişilerin engellenmesi amaçlanmaktadır. Silahlı çatışma ortamının devam ettiği koşullarda örgüte eleman kazandırmak, örgütün yandaş sayısını artırmak ve örgütün şiddet eylemlerini meşru göstermek amacıyla faaliyet gösterdiği değerlendirilen başvurucuya verilen bir yıl hapis cezasının kamu gücünü kullanan organların ve mahkemelerin farklı menfaatleri dengelemek konusundaki takdir yetkileri de gözetildiğinde aynı zamanda orantılı olduğu sonucuna varılmıştır.

85. Sonuç olarak başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahale demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir müdahale olarak değerlendirilemez.

86. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 17/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

SEVİNÇ HOCAOĞULLARI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/271)

Karar Tarihi: 15/11/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Raportör : Yücel ARSLAN

Başvurucu : Sevinç HOCAOĞULLARI

Vekili : Av. Deniz ÖZBİLGİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, basın açıklaması yapmak üzere toplanan kişilere kolluk güçlerince yapılan müdahale nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 5/1/2015 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 bildirmiştir.

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. 1976 doğumlu olan başvurucu, Ankara Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapmaktadır.

10. 13/5/2014 tarihinde Manisa'nın Soma ilçesinde kömür madeninde vardiya değişimi sırasında yangın çıkması ve su basması sonucu yer altında kalan 787 madenciden 301'i yaşamını yitirmiş ve *Soma maden faciası* olarak bilinen bu kaza üzerine üç günlük ulusal yas ilan edilmiştir. Söz konusu kaza nedeniyle ülkede protesto gösterileri düzenlenmiştir.

11. Anılan maden kazasını protesto etmek ve sorumluların yargılanması talebini dile getirmek için 14/5/2014 tarihinde Ankara'da yapılmak istenen gösteriye polis müdahale etmiştir.

12. Başvurucunun da aralarında bulunduğu on kişi; demokratik kitle örgütleri, siyasi partiler ve bireylerin katılımıyla oluşturulan ve Ankara Dayanışması olarak adlandırılan platformun aldığı karar üzerine maden kazasını ve bir gün önce polisin yaptığı müdahaleyi protesto etmek amacıyla 15/5/2014 tarihinde saat 18.00'de Kızılay'da bulunan Güvenpark'a gitmişlerdir. Başvuru dosyasında göstericilerin idareye önceden bildirim yaptıklarına dair bir bilgi bulunmamaktadır.

13. Kolluk yetkilileri üstlerinde Ankara Dayanışması önlükleri bulunan gruba yapılacak etkinliğin programını sormuşlar, grup üyeleri 18.00'de basın açıklaması yapılacağı bilgisini vermişlerdir. Bunun üzerine parkta bulunan Çevik Kuvvet polisleri grubun etrafını sarmıştır. Bu gelişme sonrasında tek sıra hâlinde ayakta bekleyen grup içinde yer alan başvurucu da yere oturmuştur. Daha sonra kolluk güçleri grup üyelerini kollarına girmek, çekmek ve kaldırıp götürmek suretiyle gruba müdahale etmiştir.

14. Başvurucu tarafından başvuru formu ekinde sunulan CD'de yer alan 1 dakika 47 saniyelik görüntü incelendiğinde Çevik Kuvvet ekiplerinin, üstlerinde aynı önlükler bulunan yaklaşık altı yedi kişiden oluşan grubun çevresini -Güvenpark'ın girişindeki kaldırım üzerinde yere çökerek bekledikleri sırada- anonsla birlikte sardığı ve çok kısa bir süre içinde grupta yer alanları kollarından tutarak ve bir kişiyi de hem kol hem de bacaklarından tutarak götürdüğü görülmektedir.

15. Başvurucu; kendisine müdahale eden polisler hakkında kasten yaralama, görevi kötüye kullanma ve zor kullanma yetkisinin sınırının aşılması suçlarından soruşturma başlatılması talebiyle 28/8/2014 tarihinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına (Savcılık) başvurmuştur.

16. Savcılık 15/9/2014 tarihinde; eylemin kanuna aykırı olduğunu, polisin görevini yaparken zor kullanma yetkisinin bulunduğunu, somut olayda polisin bu yetkisini en basit hâliyle kullandığını ve zor kullanma sınırının aşılmadığını belirterek kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

17. Başvurucunun anılan karara yaptığı itirazı Ankara 3. Sulh Ceza Hâkimliği (Hâkimlik) 4/11/2014 tarihinde kesin olarak reddetmiştir. Hâkimlik kararında, başvurucu vekilinin dosyaya sunduğu CD'deki görüntülere göre güvenlik görevlilerinin yerde oturanların koluna girmek, çekmek ve kaldırıp götürmek suretiyle müdahale ettikleri ve başkaca eylemlerinin bulunmadığı belirtilmiştir. Hâkimlik, dosya içinde başvurucunun yaralandığına dair herhangi bir raporun da bulunmadığını ifade etmiştir. Dosyada başvurucunun gözaltına alındığına dair herhangi bir bilgi yer almamaktadır.

18. Karar başvurucuya 4/12/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

19. Başvurucu 5/1/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat

20. 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 2. maddesinin (B) bendinin ilgili kısımları şöyledir:

"...Aşağıda yazılı hallerde;

VII. İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için...

IX.Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçluları yakalamak için...

IX - Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için...

XII.Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılmaları için...

XIII - Yukardaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabıtanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için, Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir."

21. 2559 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"*Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.*

Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.

İkinci fıkrada yer alan;

a) Bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü,

b) Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını,

ifade eder.

Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtarı yapılır. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir.

Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur..."

2. Yargıtay Kararları

22. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11/7/2014 tarihli ve E.2013/9-386, K.2014/353 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...gerek Anayasa, gerekse AİHS, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının,"demokratik bir toplumda gerekli olma" kriteri gözetilmek şartıyla kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Bununla birlikte soyut bir kamu düzeni ve kamu güvenliği tehlikesine dayanarak toplantı ve gösteri yürüyüşü yasaklanmamalı, göstericilerin saldırgan ve tehdit edici herhangi bir davranış sergileyip sergilemedikleri de tespit edilmelidir..."

23. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin bazı kararlarının ilgili kısımları şöyledir:

a. "Oluş ve tüm dosya içeriğinden, "YÖK Yasa Tasarısını ve Kamu Reformu Yasa Tasarısını protesto etmek ve sırf demokratik tepki ortaya koymak için basın açıklaması yapmak üzere Ankara Üniversitesi Cebeci Kampüsünde toplanan yaklaşık 100 kişilik grubun, ellerinde suç oluşturmayan bazı pankartlar taşıyarak marşlar ve sloganlar eşliğinde kaldırım üzerinden Kolej kavşağına kadar yürüdüğü, kavşakta ellerindeki pankart ve flamaları açıp Kızılay istikametine yürüyüşe geçtikleri sırada güvenlik güçlerinin grubu barikat içine alıp dağılmaları yönünde ihtarda bulunmasına rağmen makul süre tanıyıp dağılmalarına fırsat vermeden grubu gözaltına almaya başladığı anlaşılmakla; sanığa yüklenen 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunun 32. maddesinde tanımlanan suçun maddi ve manevi unsurlarının oluşmadığı ve beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı biçimde mahkumiyet hükmü kurulması (9/2/2010, E. 2007/9352, K. 2010/1550)"

b. "Kanuna aykırı olarak başlayıp gerçekleşen yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşünde, 2911 Sayılı Yasanın 32. maddesi uyarınca topluluğa

dağılmalarına ilişkin usulünce ihtar yapılmadığının ve zorla dağıtılmadıklarının anlaşılması ve sanığın anılan Yasanın 28. maddesinde tanımlanan düzenleyici ve yönetici durumunda da bulunmaması karşısında, eyleminde sözü edilen Yasaya aykırılık suçlarının oluşmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi (11/12/2006, E. 2006/2403, K. 2006/9088)"

B. Uluslararası Hukuk

24. İlgili uluslararası hukuk kaynaklarının verildiği kararlar için bkz. *Dilan Ögüz Canan* [GK], B. No: 2014/20411, 30/11/2017, § 20-21; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, §§ 25-30;*Ömer Faruk Akyüz*, B. No:2015/9247, 4/4/2018, §§ 28-37 kararlarına bakılabilir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

25. Mahkemenin 15/11/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

26. Başvurucu, eyleminin barışçıl nitelikte olduğunu ve kamu düzenin bozulması gibi bir sonuç doğurmadığını belirtmiştir. Başvurucuya göre basın açıklaması için toplanan on kişinin etrafı henüz anons yapılmakta iken ve dağılmalarına olanak vermeyecek şekilde polis tarafından sarılmıştır. Başvurucu; Güvenpark'a gelişleri ile polis müdahalesi arasında 10 dakika gibi kısa bir süre bulunduğunu, müdahale ile eş zamanlı anons yapıldığını öne sürmüştür. Başvurucu, basın açıklaması yapmalarının engellenmesinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

27. Bakanlık görüşünde; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarına yer verilerek devlet görevlilerinin hem toplantı ve gösteri yapanların hem de halkın güvenliğini sağlama yükümlülükleri bulunduğu, gösteri barışçıl da olsa kamu düzenini bozma riski taşıyan olaylara müdahale etmelerinin gerekebileceği ifade edilmiştir.

Bakanlık, gösterici grubun bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediğini, somut başvurunun konusunun başvurucu hakkında idari yaptırım uygulanması ya da soruşturma yürütülmesi olmadığını vegösterinin Ankara'nın en merkezî yerlerinden, sosyal ve ticari hayatın merkez konumlarından biri olan Güvenpark'ta yapıldığının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

28. Başvurucu karşı beyanında, Bakanlık görüşlerini kabul etmediğini belirterek Soma maden kazasının gösteriden iki gün önce gerçekleştiğini ve derhâl tepki verilmesi gereken durumlarda bildirim yapılmasının beklenemeyeceğini, aksi hâlde somut olayda kazadan önce bildirim yapılması gibi bir durumun ortaya çıkacağını belirtmiştir. Yine başvurucu gösteri nedeniyle kamu düzeninin bozulduğuna, sosyal ve ticari merkez olduğu belirtilen Güvenpark'ta hayatın etkilendiğine dair herhangi bir veri bulunmadığını ifade etmiştir.

29. Başvurucu, kendisi ile aynı gün Kızılay'ın farklı bölgelerinde gözaltına alınan kırk iki kişi hakkında dava açıldığını ve bu davaların beraat kararı ile sonuçlandığını belirtmiş; başvuru formundaki taleplerini yinelemiştir. Başvurucunun karşı beyan dilekçesi ekinde sunduğu Ankara 33. Asliye Ceza Mahkemesinin istinaf yolu açık olmak üzere verdiği 26/4/2018 tarihli kararda, başvurucunun ve diğer sanıkların 13/5/2014 Soma'da meydana gelen maden kazasını protesto etmek amacıyla demokratik haklarını kullandıkları ve önceden izin almayı da gerektirmeyen gösterinin barışçıl olduğu belirtilmiştir. Anılan kararda 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 32. maddesi kapsamında haklarında iddianame düzenlenen sanıkların üzerlerine atılı suçu işleme kastı bulunmadığından beraatlerine karar verildiği ifade edilmiştir.

2. Değerlendirme

30. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak olan 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."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

31. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden 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

32. Başvurucu ve arkadaşlarının toplanmalarına engel olunmasının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale teşkil ettiği kabul edilmelidir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

33. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 34. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. 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."

34. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

35. 2559 sayılı Kanun'un 2. ve 16. maddelerinin *kanunla sınırlama* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

36. Başvurucuya toplantı sırasında müdahale edilmesinin 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.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(a) Genel İlkeler

(i) Demokratik Toplumda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının Önemi

37. Anayasa Mahkemesi *demokratik toplum düzeninin gerekleri* ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, demokratik toplumun en temel değerleri arasında yer almakta olup bireylerin ortak fikirlerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelebilme imkânını korumayı amaçlamaktadır. 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 (*Ferhat Üstündağ*, B. No: 2014/15428, 17/7/2018, § 40; *Dilan Ögüz Canan*, § 36; *Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 115; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri,* § 79; *Osman Erbil*, B. No: 2013/2394, 25/3/2015, § 45).

38. Bu hak, ifade özgürlüğünün özel bir biçimidir. Anayasal haklar içinde kendine has özerk rolünün ve özel uygulama alanının varlığına rağmen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı aynı zamanda ifade özgürlüğünün ışığında değerlendirilmelidir. İfade özgürlüğünün demokratik ve çoğulcu bir toplumdaki önemi, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı için de geçerlidir (*Dilan Ögüz Canan,* § 34; *Ali Rıza Özer ve diğerleri,* § 115; *Osman Erbil*, §§ 31, 45; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 72; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, B. No: 2013/3936, 17/2/2016, § 66; *Ömer Faruk Akyüz,* § 52).Sonuç olarak toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (*Dilan Ögüz Canan,* § 35; *Ömer Faruk Akyüz,* § 55).

(ii)Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

39. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde "*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*" ve "*ölçülülük ilkesine aykırı olmama*" biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 53-55; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 70-72; AYM, E.2018/69, K.2018/47, 3/5/2018, § 15; AYM, E.2017/130, K.2017/165, 29/11/2017, § 18).

40. Toplantı hakkı üzerindeki sınırlamanın kamu düzeninin korunması gibi demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (bazı farklılıklarla birlikte toplantı hakkı bağlamında bkz. *Dilan Ögüz Canan,* § 32; sendika hakkı bağlamında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 73; *Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 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*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

41. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin fikirlerini toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenlemek yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir

olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurmaktır (*Dilan Ögüz Canan* § 33; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 74; *Adalet Mehtap Buluryer*, § 71).

42. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvurulan sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. Kamu gücünü kullanan organların toplantılara ve gösteri yürüyüşlerine müdahale ederken toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan, korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (bazı farklılıklarla birlikte toplantı hakkı bağlamında *Dilan Ögüz Canan* § 33, 56; *Ferhat Üstündağ,* § 48; sendika hakkı bağlamında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 74; ifade özgürlüğü bağlamında *Bekir Coşkun,* §§ 44, 47*; Tansel Çölaşan,* §§ 46, 49, 50*).*

(iii) Barışçıl Toplanma Hakkı

43. Anayasa'nın 34. maddesi; fikirlerin *silahsız ve saldırısız*, başka bir ifade ile barışçıl bir şekilde ortaya konulabilmesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını güvence altına almıştır. Dolayısıyla toplantı hakkının amacı, şiddete başvurmayan ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan bireylerin haklarının korunmasıdır. Demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle değiştirilmesi ve gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla kendisini ifade edebilme imkânı sunulmalıdır. Şiddet kullanma niyetinde olan kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösteriler barışçıl toplanma kavramı dışındadır. Dolayısıyla toplantı hakkının amacı, şiddete karışmayan ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan bireylerin haklarının korunmasıdır. (*Dilan Ögüz Canan*, § 37; *Ali Rıza Özer ve diğerleri,* §§ 117, 118; *Eğitim ve*

Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri, § 80; *Osman Erbil*, § 47; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, §§ 67, 68; *Ömer Faruk Akyüz,* § 54). 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 (*Dilan Ögüz Canan*, § 36; *Osman Erbil*, § 54).

(iv) Bildirim Yapılması ve Sınırlamanın Niteliği

44. Anayasa Mahkemesi, toplantı hakkının bildirim usulüne bağlanabileceğine daha önce karar vermiştir. Bununla birlikte derhâl tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve barışçıl nitelikte toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılması hâlinde sadece bildirim yükümlülüğüne uyulmamış olması nedeniyle toplantının dağıtılması barışçıl toplantı hakkına ölçüsüz bir sınırlama olarak kabul edilmelidir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, §§ 121, 122; katılımcılar açısından derhâl tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlara ilişkin olarak ayrıca bkz. *Osman Erbil*, §§ 65, 67).

45. Kanunlarda öngörülen usullere tam olarak uyulmamış olması tek başına toplantı veya gösteri yürüyüşünün barışçıl niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu durumun varlığı toplanma hakkının ihlal edilmesini haklı gösteremez (*Dilan Ögüz Canan*, § 41; *Ali Rıza Özer ve diğerleri*,§ 119; *Ömer Faruk Akyüz*, § 57; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, § 69).

46. Barışçıl şekilde toplanan kişilere yapılan müdahalelerin demokratik toplumda kamu düzeninin korunması açısından gerekli olduğunun, müdahalenin kamu düzeninin bozulması veya bozulma tehlikesinin ortaya çıkması sebebiyle yapıldığının veya katılımcıların bu anayasal haklarını kullanırlarken sahip oldukları hak ve özgürlüklerin gerektirdiği ödev ve sorumluluklara uygun davranmadıklarının yetkili mercilerce (polis raporlarında, iddianamelerde veya derece mahkemelerinin gerekçelerinde) gösterilmesi gerekir (*Dilan Ögüz Canan*, § 53).

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

47. Anayasa Mahkemesi önündeki mesele, barışçıl bir şekilde basın açıklaması yapmak ya da basın açıklamasına katılmak için toplanan kişilere kolluk güçleri tarafından yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının belirlenmesidir.

48. 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. Savcılık kararında da toplantının kanunsuz olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte kanunda belirtilen usule uygun olarak düzenlenmemiş olması bir toplantı veya gösteri yürüyüşüne müdahale için yeterli kabul edilemez (bkz. § 45). Somut başvuruda, olay tarihinden iki gün önce Soma'da 301 madenci hayatını kaybetmiştir. Dolayısıyla maden kazasının hemen sonrasında yapılan toplantının derhâl tepki verilmesi gereken hâllerden olduğu (bkz. § 44) da gözetildiğinde idareye önceden bildirim yapılmaması tek başına toplantının dağıtılması için yeterli gerekçe kabul edilemez.

49. Somut olayın oluş şekli, dosya içeriği ve başvurucu tarafından sunulan görüntüler birlikte incelendiğinde toplanan kişilerin barışçıl olarak bir araya geldikleri, kolluk güçlerinin müdahalesinin ve göstericilerin müdahale karşısındaki tepkilerinin birbiriyle orantılı ve şiddet içermediği (bkz.§ 14) anlaşılmaktadır.

50. Mevcut başvuruda söz konusu protesto gösterisinin bazı faaliyetlerin aksamasına neden olduğu, kamu düzenini bozduğu veya alınan güvenlik önlemlerini zaafa uğrattığı yönünde herhangi bir değerlendirme mevcut değildir. Somut olayda anılan şartlar gerçekleşmediği hâlde başvurucu ve arkadaşlarının maden kazasını barışçıl şekilde protesto etmeleri ve basın açıklaması yapmalarının kolluk güçlerince engellendiği tespit edilmiştir. Göstericilerin şiddet eylemlerine karışmadıkları durumlarda kamu makamlarının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına belirli bir ölçüye kadar müsamaha göstermesi gerekir (*Dilan Ögüz Canan*, § 55; *Ömer Faruk Akyüz*, § 70).

51. Somut olayda polis dağılmaları için göstericilere uyarıda bulunmuş ve neredeyse eş zamanlı olarak müdahale etmiştir. Gerçekten de toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahalenin gerekli olduğu durumlarda göstericilerin ihtar edilmesi Yargıtay içtihatları uyarınca zorunludur. Bununla birlikte toplananlara müdahale etmeden önce yapılması gereken bu ihtarın uygun vasıtalarla -örneğin megafonla- yapılması ve ihtardan sonra makul bir süre verilmesi gerekir (bkz.§ 23). Somut olayda ise -görüntülerden anonsun içeriği tam anlaşılamamakla

birlikte- göstericilere yapılan ihtara ilişkin anons ile birlikte müdahalenin de başladığı görülmektedir. Bu nedenle somut olayda usulüne uygun bir ihtardan da bahsedilemez.

52. Sonuç olarak mevcut başvuruda müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği ve dolayısıyla kamu düzeni meşru amacının sağlanmasında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

53. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

54. Başvurucu, soruşturma süresince maddi vakıaların değerlendirilmediğini iddia etmiş; şüpheli polis memurlarının tespit edilerek etkin bir soruşturma yapılmadığını, ifade ve toplanma özgürlüğünün yok sayılarak hiçbir işlem yapılmamasının etkili başvuru hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

55. Bakanlık görüşünde; başvurucunun şikâyetlerinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı çerçevesinde incelenmesinin uygun olduğu belirtilmiş ve anılan hak kapsamında görüş bildirilmiştir.

56. Başvurucu, karşı beyanında başvuru formundaki beyanlarını tekrar etmiştir.

2. Değerlendirme

57. 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 sırasında yapılan müdahalenin orantısız olduğu iddiasına dayanması nedeniyle kötü muamele yasağı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

58.Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

59. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*İşkence yasağı*" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamelelere tabi tutulamaz."

60. Herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye *işkence* ve *eziyet* yapılamayacağı, kimsenin *insan haysiyetiyle bağdaşmayan* ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı belirtilmiştir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 80).

61. Devletin bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini, yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 81).

62. Anayasa ve Sözleşme tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bu bağlamda bir muamele *işkence*, *eziyet* ve *insan haysiyetiyle bağdaşmayan* muamele kavramları ile tanımlanabilmektedir (bu kavramların kapsamlarının belirlenmesi için bkz. *Tahir Canan*, § 22-24; *Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 76-80; *Cezmi Demir ve diğerleri*, § 84-91).

63. Kötü muamele konusundaki iddialar, uygun delillerle desteklenmelidir. İddia edilen olayların gerçekliğini tespit etmek için her türlü makul şüpheden uzak kanıtların varlığı gerekir. Bu nitelikteki bir kanıt

yeterince ciddi, açık ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilemeyen birtakım karinelerden de oluşabilir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 83). Öte yandan bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir. Bu asgari eşik göreceli olup her olayda asgari eşiğin aşılıp aşılmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Anayasa'nın 17. maddesi ve Sözleşme'nin 3. maddesi bir yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanımını yasaklamamaktadır. Ancak bu tür bir güç sadece kaçınılmaz ve asla aşırı olmamak kaydıyla kullanılabilmektedir. Buna göre yakalama sırasında kötü muamele yapıldığı iddiaları değerlendirilirken güç kullanmayı gerektiren bir durumun olup olmadığı ve kullanılan gücün orantılı olup olmadığı gözetilmelidir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 75; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, §§ 51, 52).

64. Somut olayda başvurucu, polisin yakalama işlemi yaparken orantısız güç kullandığına ve kötü muameleye yol açacak surette davrandığına ilişkin olarak iddialarını incelemeye değer kılacak herhangi bir delil ortaya koymamıştır. Kullanılan güç genel itibarıyla yere oturan eylemcileri kollarından veya bacaklarından tutarak çekme veya taşıma şeklinde gerçekleşmiştir. Başvurucu herhangi bir doktor raporu da sunmamıştır. Dolayısıyla başvurucunun yakalanması ve gözaltına alınması ile ilgili olarak polisin kullandığı gücün Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlaline neden olacak şekilde gereksiz ve ölçüsüz olduğu söylenemez.

65. Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinin maddi boyutunun ihlaline ilişkin savunulabilir şikâyetlerinin bulunmadığı tespit edilen başvurucunun etkili soruşturma yapılmadığı yönündeki usul boyutuna ilişkin iddiası yönünden bir ihlalin olmadığının açık olduğu anlaşılmıştır.

66. Açıklanan gerekçelerle başvurunun, 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

67. 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."

68. Başvurucu 10.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

69. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

70. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edilmesi nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 4.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

71. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 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,

2.Kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 4.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuruculara Hazine ve 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 15/11/2018 tarihinde karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

YILMAZ GÜNEŞ VE YUSUF KARADAŞ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/10676)

Karar Tarihi: 26/12/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	**:** Engin YILDIRIM
Üyeler	**:** Celal Mümtaz AKINCI
	Muammer TOPAL
	M. Emin KUZ
	Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	**:** Recep KAPLAN
Başvurucular	**:** 1. Yılmaz GÜNEŞ
	2. Yusuf KARADAŞ
Vekili	**:** Av. Selvi TUNÇ PİLATİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılımdan dolayı devlet memuruna disiplin cezası verilmesi nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 22/6/2015 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. Konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2015/10678 numaralı bireysel başvuru dosyasının 2015/10676 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine karar verilmiştir.

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

8. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

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

10. Başvurucular Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Sendika) üyesi olup devlet okullarında öğretmen olarak görev yapmaktadır.

11. Sendikanın Diyarbakır Şubesi tarafından organize edilen 19/9/2011 tarihli "*Ana Dilde Eğitime Destek*" etkinliğine katıldıkları gerekçesiyle yetkili makamlarca başvuruculara kınama disiplin cezası verilmiştir.

12. Başvuruculara anılan cezaya karşı idari makamlara yaptıkları itiraz reddedilmiştir.

13. İtirazın reddi üzerine Sendika tarafından başvurucuları temsilen, disiplin cezalarına karşı iptal davaları açılmıştır.

14. Anılan davalar Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 10/4/2014 tarihli kararlarında aşağıdaki gerekçelerle oyçokluğuyla reddedilmiştir:

> *"Dosyanın incelenmesinden, 19.09.2011 tarihinde Eğitim Sen Diyarbakır Şubesi tarafından organize edilen ve siyasi parti ve sivil toplum kuruluşlarının destek verdiği 'anadilde eğitime destek' yürüyüşünün ve ardından basın açıklamasının yapıldığı, yürüyüş ve basın açıklaması sırasında yasadışı sloganların atıldığı, davacının da yasadışı sloganların atıldığı ortamda bulunması nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/B-d maddesi uyarınca kınama cezası ile cezalandırılması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.*
>
> *657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/B-d maddesinde 'Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışta bulunmanın kınama cezası gerektirdiği düzenlemesine yer verilmiştir.*
>
> *Olayda, davacının 19.09.2011 tarihinde Büyükşehir Belediyesi Konukevinde başlayıp, İl Milli Eğitim Müdürlüğü önünde basın açıklaması*

ile son bulan yürüyüşe katıldığı, söz konusu yürüyüş ve basın açıklaması boyunca 'Başkanımız Öcalan... PKK halktır halk burada', 'sayın Öcalan'ın üzerindeki tecrit kaldırılsın' şeklinde sloganlar atılarak özerklik ve Kürdistan söylemlerinin olduğu terörist başının sözde tecritinin kaldırılmasına yönelik mitinge dönüştüğü görülmektedir.

Bu durumda, davacının özerklik ve Kürdistan söylemlerinin olduğu terörist başının sözde tecritinin kaldırılmasına yönelik ortamda bulunarak devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışta bulunduğu sonucuna varılmakta olup, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır."

15. Davanın reddi kararlarına karşı yazılan karşıoylarda aşağıdaki görüşlere yer verilmiştir:

"...kamu görevlisi ve aynı zamanda sendika üyesi olan davacının, sendikanın yetkili kurulunun aldığı karar doğrultusunda katıldığı 'Anadilde eğitime destek' eyleminin; çalışma saatleri dışında olması, üyesi olduğu sendikanın amaçları içerisinde kaldığı dikkate alındığında, ifade özgürlüğü ve örgütlenme hakkı çerçevesinde değerdirilmesi gerektiği 'Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak' fiili olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu itibarla, dava konusu disiplin cezasında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan, soruşturma dosyasındaki bilgi ve belgeler çerçevesinde; anılan eylemde davacının yasadışı slogan atmadığı, suç teşkil eden bir davranışta bulunmadığı görülmektedir. Eylem sırasında yasadışı slogan ve söylemlerde bulunan başka kişilerin bu davranışlarından davacının sorumlu tutularak cezalandırılamayacağı, aksi bir uygulamanın cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturacağı izahtan varestedir."

16. Davanın reddi kararlarına karşı yapılan itiraz ve karar düzeltme başvuruları Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesince reddedilmiştir.

17. Başvurucular 22/6/2015 tarihinde süresi içinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

18. 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun *"Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller"* kenar başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

> *"B - Kınama : Memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir.*
>
> *Kınama cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:*
>
> *...*
>
> *d) Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak,*
>
> *..."*

B. Uluslararası Hukuk

19. Uluslararası hukuk kısmı için bkz. *Ömer Faruk Akyüz*, B. No: 2015/9247, 4/4/2018, §§ 28-33.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 26/12/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

21. Başvurucular sadece Sendikanın çağrısı üzerine, demokratik haklarını kullanmak maksadıyla basın açıklamasına katılmaları nedeniyle cezalandırılmalarının hak arama hürriyeti, eşitlik ilkesi, etkili başvuru hakkı, toplantı ve örgütlenme özgürlüğü ile sendika hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ifade etmişlerdir.

22. Bakanlık görüşünde;

> i. Kamu görevlisi olan ve öğretmen olarak görev yapan başvuruculların alenen terör örgütü lehine sloganların atıldığı bir eylemde bulunarak ve bu eyleme iştirak ederek devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunduğu,

ii. Dolayısıyla somut olaydaki müdahalenin ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, kamu görevlilerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması, üçüncü kişilerin hakların korunması ve kamu otoritesinin sağlanması gibi meşru amaçlar güttüğü,

iii. Kamu görevlisi olan başvurucular ile devlet arasında özel sadakat ve güven ilişkisi bulunduğu, başvuruculların tarafsız bir görünüm sergileme, kamu iş ve işlemlerinin yürütülmesinde devlete yardım etme gibi yükümlülükleri olduğu, başvuruculların açıkça PKK terör örgütünün ve onun sözde liderinin övüldüğü bir eyleme katılmak suretiyle bu yükümlülüklere aykırı hareket ettiği,

iv. Lise öğretmeni olan başvuruculların öğrencilerinin kişiliklerinin şekillenmesindeki etkilerinin oldukça fazla olduğu ve terör örgütü PKK'nın özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da gençleri terör örgütüne destek vermeye zorlaması, bu doğrultuda kimi zaman cebir, kimi zaman ise medya araçlarını kullanması dikkate alındığında başvurucular hakkında verilen disiplin cezalarının demokratik toplumda gerekli ve orantılı olduğu belirtilmiştir.

B. Değerlendirme

23. 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). Başvuruculların iddialarının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

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."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

25. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

26. Başvuruculara basın açıklamasına katılmış olmaları nedeniyle kınama disiplin cezası verilmiştir. Bu ceza başvuruculara toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yönelik bir müdahaledir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

27. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 34. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. 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."*

28. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

29. 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin *kanunla sınırlama* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

30. Başvurucular hakkındaki disiplin cezasına ilişkin kararların 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

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplumda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının Önemi

31. Anayasa Mahkemesi *demokratik toplum düzeninin gerekleri* ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, demokratik toplumun en temel değerleri arasında yer almakta olup bireylerin ortak fikirlerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelebilme imkânını korumayı amaçlamaktadır. 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 (*Dilan Ögüz Canan*, B. No: 2014/20411, 30/11/2017, § 36; *Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 115; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 79; *Osman Erbil*, B. No: 2013/2394, 25/3/2015, § 45).

32. Bu hak, ifade özgürlüğünün özel bir biçimidir. Anayasal haklar içinde kendine has özerk rolünün ve özel uygulama alanının varlığına rağmen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı aynı zamanda ifade özgürlüğü ışığında değerlendirilmelidir. İfade özgürlüğünün demokratik ve çoğulcu bir toplumdaki önemi, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı için de geçerlidir (*Dilan Ögüz Canan,* § 34; *Ali Rıza Özer ve diğerleri,* § 115; *Osman Erbil*, §§ 31, 45; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 72; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, B. No: 2013/3936, 17/2/2016, § 66; *Ömer Faruk Akyüz,* § 52).Sonuç olarak toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (*Dilan Ögüz Canan,* § 35; *Ömer Faruk Akyüz,* § 55).

33. İfade özgürlüğünde olduğu gibi toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı da sadece toplumun geneli tarafından savunulan ve kabul gören görüş ve fikirleri korumakla yetinmez. Bunun haricinde toplumun genelini rahatsız

edebilecek, endişelendirecek hatta şoke edecek veya onların belirli düzeyde tepkilerini çekebilecek bazı fikirleri savunma amacıyla da toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenebilir.

34. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür bir tartışma ortamında ulaşılabilir. Demokrasinin temel özelliklerinden biri de toplumsal meselelerin diyalog yoluyla ve şiddeti dışlayan yöntemlerle çözülmesine imkân vermektir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanarak toplanan insanların ileri sürdükleri fikirler bu fikirlere katılmayan diğer insanları rahatsız edebilir ve onların tepkilerini çekebilir. Ancak burada önemli olan söz konusu hakkın -tüm bu rahatsızlığa rağmen- barışçıl bir şekilde kullanılmasıdır.

35. Toplantının veya gösteri yürüyüşünün hangi amaçla yapıldığının bir önemi yoktur. Bununla birlikte -ifade özgürlüğünde olduğu gibi- siyasal ve kamusal meseleler söz konusu olduğunda toplantı hakkına yapılan müdahaleler daha dar yorumlanmalıdır (*Dilan Ögüz Canan*, § 36; *Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 115; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri,* § 79; *Osman Erbil*, § 45; *Ömer Faruk Akyüz,* § 53).

(b) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

36. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde "*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*" ve "*ölçülülük ilkesine aykırı olmama*" biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 53-55; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 70-72; AYM, E.2018/69, K.2018/47, 3/5/2018, § 15; AYM, E.2017/130, K.2017/165, 29/11/2017, § 18).

37. Toplantı hakkı üzerindeki sınırlamanın kamu düzeninin korunması gibi demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Müdahaleyi oluşturan

tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (bazı farklılıklarla birlikte toplantı hakkı bağlamında bkz. *Dilan Ögüz Canan* § 32; sendika hakkı bağlamında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 73; *Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 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*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

38. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin fikirlerini toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenlemek yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında, olayın şartları içinde bir denge kurmaktır (*Dilan Ögüz Canan* § 33; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 74; *Adalet Mehtap Buluryer*, § 71).

39. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvurulan sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. Kamu gücünü kullanan organların toplantılara ve gösteri yürüyüşlerine müdahale ederken toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan, korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (bazı farklılıklarla

birlikte toplantı hakkı bağlamında *Dilan Ögüz Canan* §§ 33, 56; sendika hakkı bağlamında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 74; ifade özgürlüğü bağlamında *Bekir Coşkun,* §§ 44, 47*; Tansel Çölaşan,* §§ 46, 49, 50*).*

40. Buna göre toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan bir müdahale zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

(c) Barışçıl Toplantı Hakkı

41. 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. Dolayısıyla toplantı hakkının amacı, şiddete başvurmayan ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan bireylerin haklarının korunmasıdır. Demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle mevcut düzenin değiştirilmesi gerektiğini savunanlara dahi toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla bu fikirlerini ifade edebilme imkânı sunulmalıdır (*Dilan Ögüz Canan*, § 37; *Ali Rıza Özer ve diğerleri,* §§ 117, 118; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 80; *Osman Erbil*, § 47; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, §§ 67, 68; *Ömer Faruk Akyüz,* § 54).

42. Eğer toplantı şiddet içeriyorsa veya bu toplantıda şiddete çağrıda bulunuluyorsa bu toplantının barışçıl olduğu, dolayısıyla Anayasa'nın 34. maddesinin sağladığı korumadan yararlanacağı söylenemez (*Ferhat Üstündağ*, B. No: 2014/15428, 17/7/2018, § 51).

43. Bununla birlikte bir kimsenin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, katıldığı bir toplantı sırasında yer yer görülen şiddet hareketleri sebebiyle otomatik olarak ortadan kalkmaz. Bir kimse davranışlarıyla şiddet kullanma niyetini ortaya koymamış veya katıldığı bir toplantıda cereyan eden şiddet hareketlerine iştirak etmemiş ise bu kişinin Anayasa'nın 34. maddesinin altında güvenceye alınmış olan hakları korunmaya devam eder. Barışçıl bir gösteride bazı kimselerin bunu kötüye kullanarak şiddete başvurmaları, niyeti barışçıl olan bir toplantıya katılanların toplantı hakkına müdahaleyi haklı kılmaz. Böyle durumlarda kolluk güçlerinin toptan yasaklama yerine

barışçıl toplantı yapanlarla şiddete başvuranları ayrıştırma ödevi vardır. Kolluk, şiddet hareketlerini engelleyecek ölçülü tedbirler alarak başkalarının haklarını güvenceye almalıdır (*Ferhat Üstündağ*, § 54).

44. Ancak şiddet yaygınlaşmış ve toplantıya bir bütün olarak hâkim olmuş ise artık barışçıl bir toplantıdan bahsedilemez (*Ferhat Üstündağ*, § 55).

45. Dolayısıyla kamu gücünü kullanan organlar toplantı hakkının kullanılmasını engellemiş iseler ya şiddetin toplantı ve gösteri yürüyüşünün tamamına hâkim olduğunu kanıtlamaları ya da hakkına müdahale ettikleri bireylerin bizzat bu şiddet olaylarına katıldığını ispat etme yükümlülüğü altındadırlar. Bu bağlamda barışçıl bir toplantıya müdahale etmek için genel ve muğlak bazı gerekçelere dayanılması yeterli kabul edilemez. Bir toplantının barışçıl olmadığı iddia edildiği takdirde kimin ne şekilde şiddet kullandığının gösterilmesi gerekir (*Ferhat Üstündağ*, § 56).

(d) Caydırıcı Etki

46. Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan ve bir gösteride yasaklanmamış davranışlarda bulunan kişilerin toplantı hakkı, herhangi bir kınanabilir olaya karışmadıkları sürece en hafif kabul edilecek cezanın dahi uygulanmamasını gerektirir. Zira bu tip soruşturmalar veya cezalandırmalar caydırıcı etki doğurma potansiyeli taşımaktadır (*Osman Erbil*, §§ 51, 71; *Ömer Faruk Akyüz,* § 60).

(e) Takdir Yetkisi

47. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına getirilen ve Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasına konu olan kısıtlamaların zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığının değerlendirilmesi hususunda kamu gücünü kullanan organlar ile mahkemelerin belirli bir takdir yetkisi vardır. Bununla birlikte olayın somut koşullarında bir toplantı veya gösterinin şiddet içerdiğine ilişkin idari mercilerin veya derece mahkemelerinin kabulleri ile gerekçelerinin nihai denetim yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir (*Dilan Ögüz Canan*, § 32).

(f) Müdahalenin Gerekçesi

48. Keyfî uygulamalardan ve usulsüz sınırlandırmalardan kaçınılması için barışçıl bir toplantıya tedbir almak veya alınan tedbirlere aykırı davrananlara

ceza vermek suretiyle yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunun derece mahkemelerince ilgili ve yeterli gerekçe ile ortaya konulması, kamu düzeni ve başkalarının haklarının korunması ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılması arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir (*Dilan Ögüz Canan*, § 53; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri,* § 83; *Ömer Faruk Akyüz,* § 61).

49. Özet olarak Anayasa Mahkemesi, mevcut başvuruda toplantı özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerçekten *toplumsal bir ihtiyaca* cevap verip vermediği ve kısıtlamanın ulaşılmak istenen amaçla *orantılı* olup olmadığı sorusuna cevap bulacaktır.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

50. Derece mahkemelerinin kararlarında yer alan tespitlere göre başvurucular 19/9/2011 tarihinde Sendika tarafından organize edilen *"Ana Dilde Eğitime Destek"* yürüyüşüne ve ardından yapılan basın açıklamasına katılmıştır. Bu yürüyüş ve basın açıklaması boyunca bir terör örgütü liderini övücü mahiyette sloganlar atılmıştır.

51. Bununla birlikte ilgili mahkeme kararlarında anılan yürüyüş ve basın açıklaması esnasında şiddet hareketleri görüldüğüne, başvurucuların bu şiddet hareketlerine katıldıklarına ya da yürüyüş ve basın açıklaması esnasında atılan sloganlara iştirak ettiklerine dair herhangi bir tespit bulunmamaktadır. Buna göre başvurucular sırf anılan sloganların atıldığı bir yürüyüş ve basın açıklamasına katılmış olmaları sebebiyle disiplin cezalarına muhatap olmuşlardır.

52. Başvuru konusu olayın değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken hususlardan biri başvurucuların toplumsal konumlarıdır. Başvurucular devlet okullarında öğretmen olarak görev yapmaktadırlar. Kişinin kamu görevlisi olması, sağladığı birtakım ayrıcalıklar ve avantajların yanında bazı külfet ve sorumluluklara katlanmayı ve diğer kişilerin tabi olmadığı sınırlamalara tabi olmayı da gerektirmektedir. Kişi, kamu görevine kendi isteği ile girmekle bu statünün gerektirdiği ayrıcalıklardan yararlanmayı ve külfetlere katlanmayı kabul etmiş sayılmakta; kamu hizmetinin kendine has özellikleri, bu avantaj ve sınırlamaları zorunlu kılmaktadır (*İhsan Asutay*, B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 38). Bu nedenle

657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde öngörüldüğü şekilde *"hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunma"* fiilinin yaptırıma tabi tutulması anlaşılabilir bir durumdur.

53. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin şiddet hareketlerine iştirak etmemiş kişilerin toplantı özgürlüğünün korunması gerektiği yönündeki içtihadından (bkz. §§ 43-45) hareket edildiğinde şiddet içermeyen bir yürüyüşe ve basın açıklaması etkinliğine katılan, terör örgütü liderini övücü mahiyette atılan sloganlara iştirak etmeyen ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan başvuruculuların kamu görevlisi olmaları durumunda dahi toplantı özgürlüklerinin öncelikle korunması gerekir. Bu kapsamda barışçıl bir gösteride bazı kimselerin bu fırsatı kullanarak bir terör örgütü liderini övücü mahiyette slogan atmaları, bu toplantıya katılanların tümünün toplantı hakkına müdahale edilmesini haklı kılmaz. Böyle durumlarda kamu makamlarının toptan bir cezalandırma yerine barışçıl toplantı yapanlarla terör örgütü liderini övücü mahiyette slogan atanları ayrıştırma ödevi vardır. Atılan her sloganın da bu sloganları atanların toplantı hakkına yönelik bir müdahaleyi haklı kılıp kılmayacağı, sloganın içeriği ve her somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir.

54. Bu bağlamda yürüyüş ve basın açıklaması ortamında bir terör örgütü liderini övücü mahiyette sloganlar atılmış olması gibi genel bir gerekçe, başvuruculuların barışçıl toplantı hakkının kullanımına müdahale etmek için yeterli kabul edilemez. Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan, yasaklanmış davranışlarda bulunmayan başvuruculuların herhangi bir kınanabilir olaya karışmadıkları da gözönüne alındığında küçük de olsa bir cezaya muhatap olmamaları gerekir.

55. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde başvuruculuların cezalandırılması zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığından onların toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahale demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

56. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

57. 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."

58. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

59. *Mehmet Doğan* kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan,* §§ 57,58).

60. *Mehmet Doğan* kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen

yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan,* § 59).

61. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlalin idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan, mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (*Mehmet Doğan,* § 60).

62. Başvurucu;

i. Yılmaz Güneş ihlalin tespiti ile maruz kaldığı yargılamalar esnasında yaptığı 242,15 TL tutarındaki yargılama giderlerinin maddi tazminat olarak ödenmesini ve 2.000 TL manevi tazminata karar verilmesini,

ii. Yusuf Karadaş ihlalin tespiti ile maruz kaldığı yargılamalar esnasında yaptığı 1.049,70 TL tutarındaki yargılama giderlerinin maddi tazminat olarak ödenmesini ve 2.000 TL manevi tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

63. Başvuruculaların toplantı özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

64. Anayasa Mahkemesi başvuruculara kınama cezası verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvuruculaların toplantı özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

65. Bu durumda ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 2. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

66. Diğer taraftan somut olay bağlamında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ihlale yol açan yargılama sürecine muhatap olan başvuruculaların bu sürede uğradığı bütün zararları gidermemektedir. Üstelik ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmekle birlikte başvuruculaların muhatap olduğu yargısal süreç devam etmektedir. Dolayısıyla *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için toplantı özgürlüklerinin ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle ve yeniden yargılama suretiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruculara talepleriyle bağlı kalınarak ayrı ayrı net 2.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

67. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvuruculaların uğradıklarını iddia ettikleri maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvuruculaların bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

68. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 453,80 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.433,80 TL yargılama giderinin başvuruculara müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 2. İdare Mahkemesine (E.2013/282, K.2014/507; E.2013/233, K.2014/509)GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvuruculara ayrı ayrı net 2.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 453,80 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.433,80 yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve 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 26/12/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

BİRLEŞİK METAL İŞÇİLERİ SENDİKASI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/14682)

Karar Tarihi: 9/5/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Raportör : Yunus HEPER

Başvurucu : Birleşik Metal İşçileri Sendikası

Vekili : Av. Ahmet ERGİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, sendikaca alınan grev kararının Bakanlar Kurulu tarafından ertelenmesinin sendika hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 27/8/2015 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 bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucu Sendika, 1947 yılında kurulan Türkiye Maden-İş Sendikası ile 1963 yılında kurulan Otomobil-İş Sendikasının 1993 yılında birleşmesiyle oluşmuş ve Birleşik Metal İşçileri Sendikası (Sendika) adını almıştır. Başvurucu Sendika, Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonuna bağlıdır.

10. Başvurucu Sendika ile Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası (MESS) arasında -MESS üyesi on sekiz işyeri ve işletme için- yürütülen grup toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde anlaşma sağlanamamıştır.

11. 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca bir arabulucu görevlendirilmiştir. Bahsi geçen arabulucu tarafından da uyuşmazlığın çözümlenemediğine dair rapor Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğünün 16/12/2014 tarihli yazısı ile başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu Sendikanın Yönetim Kurulu ilk olarak 14/1/2015 tarihinde toplanmış ve yirmi işyeri için 29/1/2015 tarihinden itibaren uygulamaya konulmak üzere grev kararı almıştır.

12. Sendikanın Yönetim Kurulu daha sonra 22/1/2015 tarihinde bir kez daha toplanarak bu kez on sekiz işyeri için 19/2/2015 tarihinden itibaren uygulamaya konulmak üzere grev kararı almıştır. Böylece toplam otuz sekiz işyerinde yaklaşık on beş bin işçiyi kapsayan grev kararı alınmıştır.

13. Bakanlar Kurulu 30/1/2015 tarihli ve 29252 sayılı mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan 29/1/2015 tarihli ve 2015/7251 sayılı kararı ile grevin ertelenmesine karar vermiştir. Karar şöyledir:

> *"Ekli listede belirtilen işyerlerinde Birleşik Metal İşçileri Sendikası tarafından uygulanmakta olan grevin, milli güvenliği bozucu nitelikte olduğu görüldüğünden altmış gün süreyle ertelenmesi; 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Kanunun 63 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 29/1/2015 tarihinde kararlaştırılmıştır"*

14. Bu kararın iptal edilmesi için Sendika tarafından 2/2/2015 tarihinde Danıştay Onuncu Dairesine dava açılmış ve bu davada yürütmenin

durdurulması talep edilmiştir. Yürütmenin durdurulması talebi Danıştay Onuncu Dairesi tarafından 5/3/2015 tarihinde oyçokluğuyla reddedilmiştir.

"Ekonomi Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği ve Emniyet Genel Müdürlüğünün yazılarında, söz konusu grevin milli güvenliği bozucu etkisinin olduğu yönünde somut verilere dayalı olarak görüş bildirmeleri ve ekonomik güvenliğin milli güvenliğin ayrılmaz bir parçası olduğu hususu da dikkate alındığında 29.1.2015 tarihli ve 2015/7251 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının Anayasanın 54. maddesine ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu iş Sözleşmesi Kanunu'nun 63. maddesine uygun olduğu değerlendirilmektedir. Davacı tarafından ileri sürülen iddialar, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı'nın yürütülmesinin durdurulmasını gerektirecek nitelikte görülmemektedir.

Davanın durumu ve uyuşmazlığın hukuki niteliğine göre, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleşmediği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması isteminin reddine, bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün içinde idari Dava Daireleri Kuruluna itiraz edilebileceğinin davacıya duyurulmasına, 5/3/2015 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

15. Başvurucu Sendika, bu karara karşı Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna itirazda bulunarak yürütmenin durdurulmasını talep etmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 30/4/2015 tarihli kararı ile sekiz üyenin oyuna karşılık yedi üyenin karşıoyuyla itirazı reddetmiştir. Kararda yalnızca "yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için *yasanın* aradığı koşulların gerçekleşmemiş olduğu" gerekçesine yer verilmiştir.

16. Muhalif kalan üyelerin muhalefet şerhi şu şekildedir:

"Her ne kadar dava konusu grev erteleme kararı ile ilgili olarak, itiraz tarihi itibarıyla, altmış günlük erteleme sürecinin dolmuş olması nedeniyle 2577 sayılı Yasanın 27. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmemiş olduğu ileri sürülebilir ise de, yukarıda belirtilen 6356 sayılı Yasanın 63. maddesine göre, grev ertelemesi kararı alındıktan sonra artık sendikanın greve devam etme imkanının kalmaması ve erteleme süresi sonunda taraflarca anlaşma sağlanamaması halinde uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunca çözümleneceği göz önüne alındığında, dava konusu Bakanlar Kurulu kararı ile Anayasal bir hak olan grev ve toplu sözleşme hakkı fiilen

ve hukuken ortadan kaldırılmakta, uyuşmazlığın çözümü yukarıda aktarılan Yasa hükmü çerçevesinde apayrı bir mecraya yönlendirilmektedir.

Bu nedenle olayda, 2577 sayılı Yasa'nın 27. maddesinde belirtilen koşullardan, işlemin uygulanmasının devam etmesi nedeniyle telafisi güç zarar bulunma koşulunun gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

Diğer koşul olan, işlemde açıkça hukuka aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden değerlendirmeye gelince;

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, Bakanlar Kurulunca, karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavtın, genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte olduğunun saptanması halinde, yasal grev ve lokavtın altmış gün süreyle ertelenmesi mümkündür. Başka bir ifade ile, bir anayasal hak ve işçi açısından güvence olan grev hakkı, ancak yasada sayılan sebeplerle idari bir tasarrufla ertelenebilir. Ekonomik veya siyasi veya başkaca bir sebeple yasal bir grevin ertelenmesine yasal olanak bulunmamaktadır.

Türk hukukunda, grev hakkının kullanılması da dahil, bir çok temel hak ve özgürlüğün kullanımının sınırlanmasına veya yasaklanmasına sebep olarak gösterilen milli güvenlik kavramına ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Soyut ve belirsiz olan bu kavramın çok geniş bir şekilde yorumlanması, hemen hemen bütün grevlerin sonuçları bakımından milli güvenliği bozabileceği sonucuna ulaşılmasına ve böylece bütün grevlerin ertelenmesine yol açacaktır.

İşçi ile işveren arasında başlayan toplu görüşmelerin anlaşmazlıkla sonuçlanması üzerine kullanılan anayasal bir hak ve işçi açısından güvence olan grev hakkının; grevin uygulandığı işyerlerinin ve yapılan üretimin grev nedeniyle bir süre durmasının milli güvenliği nasıl ve ne şekilde bozduğunun açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması, bu saptama yapılırken de ölçülülük ilkesinin ve demokratik toplumun gereklerinin dikkate alınması gerekir.

Doktrinde, milli güvenlik, "Yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için, ülke ve devletin özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkması gerektiğini belirterek milli güvenliğin tanımını yapmıştır.

Yukarıda yapılan açıklama ve değerlendirme ışığında, davacı Sendikaya bağlı işyerlerinde uygulanmakta olan grevin milli güvenliği bozucu nitelikte olduğunu ortaya koyan geçerli ve inandırıcı kanıtların bulunmadığı ve Yasada öngörülmeyen ekonomik sebeplere dayalı olarak alındığı anlaşılan dava konusu Bakanlar Kurulu kararı açıkça hukuka aykırıdır.

Diğer taraftan, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 09/02/2015 günlü, E:2015/294 sayılı "davacı sendika tarafından uygulanmakta olan ve uygulamaya konulacak olan grevlerin "milli güvenliği bozucu nitelikte olduğu"nun nasıl ve ne şekilde belirlendiği, milli güvenliği bozucu hususların neler olduğunun açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde açıklanmasının istenilmesi" yolundaki ara kararına davalı idarece verilen cevaplar grevin milli güvenliği ihlal edeceğini açıkça ortaya koymadığı gibi, konuya ilişkin görüşlerin alındığı bazı idarelerce yazılan yazıların da dava konusu işlemden sonra düzenlenmiş olması nedeniyle, işlemden önce milli güvenliğin ihlal edildiğine ilişkin yeterli bir araştırmanın yapılmadığını gösterdiğinden, dava konusu Bakanlar Kurulu kararının yürütülmesinin durdurulması gerektiği oyuyla, aksi yöndeki karara katılmıyoruz.

17. Karar, başvurucuya 31/7/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucu 27/8/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

19. Başvurucunun başvuruya konu Bakanlar Kurulu kararının iptal edilmesi için 2/2/2015 tarihinde açmış olduğu davanın esasının henüz karara bağlanmadığı ve Danıştay Onuncu Dairesinde derdest olduğu anlaşılmaktadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

20. 6356 sayılı Kanun'un "*Grev ve lokavtın ertelenmesi*" kenar başlıklı 63. maddesi şöyledir:

"(1) Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme süresi, kararın yayımı tarihinde başlar.

(2) Erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, 60 ıncı maddenin yedinci fıkrasına göre belirlenen arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresince her türlü çabayı gösterir. Erteleme süresi içerisinde taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme de götürebilir.

(3) Erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer."

B. Uluslararası Hukuk

21. Sendika hakkı, örgütlenme özgürlüğünün bir parçasını oluşturmaktadır. Bu hak, mensuplarının menfaatlerini korumak üzere yapılan sendikal faaliyetlere izin verilmesini de gerektirmektedir. Bu çerçevede her ne kadar ayrı bir hak grubu teşkil etmeseler de grev ve toplu sözleşme hakkı, üyelerinin menfaatlerini korumak için sendikaların kullanabileceği en önemli yollardandır (*Demir ve Baykara/Türkiye* [BD], B. No: 34503/97, 12/11/2008, § 154; *Schmidt ve Dahlström/İsveç*, B. No: 5589/72, 6/2/1976, § 36).

22. *Enerji Yapı Yol Sen/Türkiye* (B. No: 68959/01, 21/4/2009) kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), memurlara toplu sözleşme hakkının tanınması için Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu tarafından düzenlenen eylemlerden beş gün önce memurların grev veya iş bırakma gibi eylemlere katılmasını yasaklayan bir Başbakanlık genelgesi yayımlanmasına rağmen iş bırakma eylemine katılanların cezalandırılmasına ilişkin şikâyeti değerlendirmiştir:

i. AİHM, grev hakkının mutlak bir niteliği olmadığını hatırlatmış; grev hakkının bazı koşullara bağlı tutulabileceğini ve söz konusu hakka bazı kısıtlamalar getirilebileceğini kabul etmiştir. AİHM'e göre sendikal özgürlüklerin devlet adına yetki kullanan memurlara grev hakkı yasağı ile bağdaşması mümkündür. Bununla birlikte AİHM, bazı memur kategorilerine grev yasağı getirilse bile grev hakkının genel olarak memurları veya devlete ait ticari ve endüstriyel kuruluşlarda görev yapan işçileri kapsayamayacağını ifade etmiştir. AİHM'e göre grev hakkına getirilen yasal kısıtlamaların kısıtlamaya konu memur kategorilerini mümkün olduğunca açık ve sınırlayıcı bir biçimde tanımlaması gerekmektedir. AİHM'e göre ihtilaf konusu genelge, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 11. maddesinin ikinci paragrafında sıralanan

amaçların gerekleri ile dengelenmeden tüm memurlara mutlak şekilde grev hakkını yasaklayan genel ifadelerle kaleme alınmıştır. Ayrıca başvuru konusu genelgeye dayanılarak söz konusu kişiler disiplin cezasına çarptırılmıştır.

ii. AİHM, söz konusu cezaların üyelerinin çıkarlarını savunmak amacıyla eylemlere veya böyle bir greve katılmayı isteyen sendika üyeleri ve diğer kişiler açısından caydırıcı nitelik taşıdığı kanaatindedir. AİHM, Hükûmetin demokratik bir toplumda dava konusu kısıtlamanın gerekliliğini ortaya koymadığını belirtmektedir. Kendi incelemesini yapan AİHM, söz konusu genelgenin kabulü ve uygulanmasının "zorlayıcı bir sosyal gereksinimi" karşılamadığı ve başvuran sendikanın Sözleşme'nin 11. maddesi ile tanınan hakları etkili bir şekilde kullanmasına yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 9/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

24. Başvurucunun iddiaları şu şekilde özetlenebilir:

i. Başvurucu, yetkisinin düşmesine neden olmamak için ve altmış günlük erteleme süresi içinde yürütmeyi durdurma kararı verilmemesi üzerine 3/4/2015 tarihinde Yüksek Hakem Kuruluna (YHK) başvurmuştur. YHK ise 12/5/2015 tarihli kararı ile erteleme konusu işyerleri için toplu iş sözleşmesini kesin olarak bağıtlamıştır. YHK'nın bu kararından sonra Danıştay Onuncu Dairesinin esas incelemesi sonrasında vereceği kararın sendika ve grev hakkının güncellik taşıyan ihlaline bir etkisi olmayacaktır. Çünkü toplu iş sözleşmesi niteliğindeki YHK kararı kesindir ve Danıştay kararından etkilenmez. Bu bakımdan tüketilmesi gereken ve ihlali giderici nitelikte etkin bir başvuru yolu kalmamıştır.

ii. Sözleşme'nin 11. maddesi tartışmasız bir şekilde sendika özgürlüğünü içermektedir. Üyelerinin menfaatlerini korumayı amaçlayan sendikalar, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır. Sözleşme'nin 11. maddesinde yer

alan "*çıkarlarını korumak amacıyla*" ibaresi, üyelerinin mesleki menfaatlerini korumak için gerçekleştirecekleri sendikal faaliyetlerin Sözleşme tarafından korunduğunu açıkça ortaya koymaktadır. AİHM, grev hakkının 11. madde kapsamında olduğunu *Enerji Yapı Yol Sen/ Türkiye* kararında açık bir biçimde ifade etmektedir.

iii. Bakanlar Kurulunun grev erteleme kararı geniş anlamda yasal değildir. Kanunun genel soyut ifadesinin kararda gösterilmiş olmasının sebep göstermek anlamına gelmeyeceği açıktır. Bakanlar Kurulu somut nedene dayanmamıştır. Alınan grev kararlarının millî güvenliği neden ve nasıl bozucu nitelikte olduğu yer, zaman ve olay gösterilerek belirtilmemiştir. Kaldı ki millî güvenlik kavramı da keyfî ve geniş yorumlanamaz. Aksi bir tutum bütün grevlerin ertelenmesine yol açar.

iv. Grev, sendika hakkının ve toplu pazarlık sisteminin ayrılmaz bir parçasıdır. Toplu pazarlık sisteminin amacı, iş barışının sosyal taraflarca gerektiğinde grev hakkını ve lokavtı kullanılarak gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Toplu pazarlıkta işçi tarafının grev hakkını kullanması sonucu işyerlerinin zorlanması, ekonominin bu durumdan etkilenmesi grev hakkının doğasından kaynaklanan bir zorunluluktur. Grev hakkını kullanan işçilerin grev süresince ücret alamadıkları, bir başka işte çalışmalarının yasak olduğu düşünüldüğünde sadece işyerleri değil grevi uygulayan işçiler de zor durumda kalmaktadır. Dolayısıyla hakkın doğasında bulunan bir özelliği millî güvenliğe aykırı kabul etmek fiilen hiçbir grevin uygulanmayacağını kabul etmek anlamına gelecektir.

v. Grev ertelemesi uygulaması fiilen grev yasağına dönüşmüştür. Bakanlar Kurulunun başvuruya konu kararı, özü itibarıyla grev ertelemesi değil grevin yasaklanmasıdır. Grev erteleme kararı ülkemizin taraf olduğu ve Anayasa'nın 90. maddesi gereği ulusal mevzuattan üstün olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin de ihlali anlamına gelmektedir. Söz konusu grev erteleme kararı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmelerine ve denetim organları kararlarına da aykırılık oluşturmaktadır.

vi. Ölçülülük ilkesine uyulmamış, demokratik toplumun gerekleri dikkate alınmamıştır. Sonuç olarak başvurucu Sendika, Anayasa'nın 53. maddesinde düzenlenen toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı ile Anayasa'nın 54. maddesinde yer alan grev hakkı ışığında Anayasa'nın 51.

maddesinde korunma altına alınmış olan sendika hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

25. Bakanlık görüşünde; sendika hakkının korunmasını sağlayan yöntemlerden grev hakkının Sözleşme'de yer almadığı, grev hakkını sınırlandırma konusunda devletlerin geniş bir takdir hakkı bulunduğu ifade edilmiştir. Bakanlığa göre somut başvuruda "millî güvenlik" gerekçesi zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmektedir.

B. Değerlendirme

26. Anayasa Mahkemesi daha önce benzer şikâyetlerin yapıldığı *Kristal-İş Sendikası* ([GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015) başvurusunu sendika hakkı kapsamında incelemiştir. Mevcut başvuruda da bahsi geçen içtihattan ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın *"Sendika kurma hakkı"* kenar başlıklı 51. maddesinin (1) numaralı fıkrası 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."

27. Anayasa'nın *"Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı"* kenar başlıklı 53. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler."

28. Anayasa'nın *"Grev hakkı ve lokavt"* kenar başlıklı 54. maddesinin (1), (2) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

"Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir.

Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz...

Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

29. Mevcut başvuruda grevin ertelenmesi kararına karşı yapılan yürütmenin durdurulması talebi Danıştay Onuncu Dairesi tarafından, Daire kararına yapılan itiraz ise Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmiştir (bkz. §§ 14-16). Başvurucu, yargılamanın esasına ilişkin sonucu beklemeksizin 27/8/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

30. Anayasa Mahkemesi aynı mahiyetteki *Kristal-İş Sendikası* kararında benzer başvurular için uyuşmazlığın esası hakkında derece mahkemeleri tarafından bir karar verilmeden yapılan başvurunun kabul edilebilirliğine karar vermiştir (Daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. *Kristal-İş Sendikası*, §§ 35-46).

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

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

32. Başvurucunun sendikal faaliyet kapsamında uygulamaya koyduğu grev kararının ertelenmesi sonucunda sendika hakkına yönelik bir müdahalenin gerçekleştiği açıktır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

33. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 51. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

34. 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. 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."

i. Kanunilik

35. 6356 sayılı Kanun'un 63. maddesinin "kanunilik" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

36. Başvurucunun uygulamaya koyduğu grev kararının ertelenmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının Anayasanın 51. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*millî güvenliğin*" korunması sebebine dayandığı anlaşılmaktadır.

37. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, müdahalenin gerekliliği konusunda yapılması gereken değerlendirmeler gözönünde bulundurulduğunda söz konusu sebebin olaya uygun düşüp düşmediği de dâhil olmak üzere müdahalenin meşruluğu başlığı altında ortaya çıkan sorunları çözmenin somut başvurunun koşullarında gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

38. Anayasa Mahkemesi önündeki mesele, başvurucunun aldığı grev kararının Bakanlar Kurulu kararı ile ertelenmesi ile sendika hakkına yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığıdır.

39. Demokrasilerde, vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Ayrıca 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 parçasıdır. 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 (*Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014,§§ 31, 32).

40. Diğer yandan Anayasa'nın 51. maddesi metninde yer alan "*çalışanlar... üyelerinin menfaatlerini korumak için*" ibaresi, gereksiz bir detay olmaktan ziyade üyelerin mesleki menfaatlerini korumak için gerçekleştirecekleri sendikal faaliyetlerinin Anayasa tarafından korunduğunu açıkça ortaya koymaktadır (*Kristal-İş Sendikası*, § 54). Dolayısıyla sendika hakkı, mensuplarının menfaatlerini korumak üzere yapılan sendikal faaliyetlere izin verilmesini de gerektirmektedir (*Tayfun Cengiz*, § 31). Bu çerçevede her ne kadar grev ve toplu sözleşme hakkı bireysel başvuru kapsamında tanınmamış olsa da üyelerinin menfaatlerini korumak için sendikaların kullanabileceği en önemli yollardandır (*Kristal-İş Sendikası*, § 55)

41. Sınırlanabilir bir hak olan sendika hakkı Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir (*Tayfun Cengiz*, § 38). Bununla birlikte demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Bu nedenle temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler (AYM, E.2006/142, K.2008/148, 24/9/2008; *Kristal-İş Sendikası*, § 70).

42. Anayasa Mahkemesi AİHM içtihatlarını takip ederek "demokratik toplumda gereklilik" deyiminin "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç"a işaret ettiğini pek çok kararında teyit etmiştir (*Tayfun Cengiz*, § 56). O hâlde örgütlenme özgürlüğüne ve sendika hakkına yargısal veya idari bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olup olmadığına ve bu bağlamda toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakmak gerekecektir.

43. Eğer yapılan müdahale zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevap vermiyorsa, hak ve özgürlüğün kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hâle getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır(*Kristal-İş Sendikası*, § 70; *Tayfun Cengiz*, § 51; ifade özgürlüğü bağlamında bkz. *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 49, 50).

44. Anayasa Mahkemesi bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan menfaatleri arasında adil dengenin kurulup kurulmadığına karar verirken kamu gücünü kullanan organların bu alanda belirli bir takdir marjına sahip olduğunu gözönünde bulunduracaktır (*Tayfun Cengiz*, § 37).

45. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmenin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin sendika hakkını kısıtlama bakımından "demokratik bir toplumda gerekli" ve "ölçülülük ilkesi"ne uygun olduğunun inandırıcı bir şekilde ortaya konulup konulamadığı olacaktır.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

46. Dava konusu grev erteleme kararının olayların tamamı ışığında incelenmesi gerekir. Eldeki başvuruya konu olayda, başvurucu Sendika ile Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası arasında yürütülmekte olan toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde anlaşma sağlanamaması üzerine başvurucu Sendika, toplam otuz sekiz işyerinde yaklaşık on beş bin işçiyi kapsayan grev kararı almıştır. Bakanlar Kurulu ise millî güvenliği bozucu nitelikte olduğu gerekçesiyle grevin altmış gün süreyle ertelenmesine karar vermiştir. Erteleme süresi içinde yürütmenin durdurulması talebinin karara bağlanmaması nedeniyle başvurucu Sendika, toplu iş sözleşmesi yetkisinin düşmemesi için YHK'ya başvurmuştur. YHK 12/5/2015 tarihli kararı ile erteleme konusu işyerleri için toplu iş sözleşmesini kesin olarak bağıtlamıştır.

47. Anayasa Mahkemesi "millî güvenlik" kavramının uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfîliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel bir kavram olduğunu *Kristal-İş Sendikası* kararında bir kez daha ifade etmiştir (*Kristal-İş Sendikası*, § 78; AYM, E.1973/41, K.1974/13, 25/4/1974).

48. Anayasa Mahkemesi, *Kristal-İş Sendikası* kararında Danıştay Onuncu Dairesinin 2003 yılında verdiği bir kararında "millî güvenlik" sınırlama sebebine ilişkin olarak geliştirdiği ölçütü benimsemiş ve benzer başvurularda bu ölçütü uygulayacağını ifade etmiştir. Danıştayın geliştirdiği ölçüte göre yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda millî güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için ülke ve devletin özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkması gerekmektedir(*Kristal-İş Sendikası*, § 79; Danıştay Onuncu Dairesinin 12/1/2004 tarihli ve E.2003/6134 sayılı yürütmenin durdurulması kararı).

49. Somut olaya konu Bakanlar Kurulu kararında yalnızca grevin ertelenme sebebi zikredilmiş, bunun dışında bir açıklamaya yer verilmemiştir. İlk derece mahkemesi olan Danıştay Onuncu Dairesi, ilgili kamu kurumlarının başvuru konusu grevin millî güvenliği bozucu etkisinin olduğu yönünde

"somut verilere dayalı görüş bildirdiğini" ifade etmiş ise de zikri geçen ifadeden başka somut verilerin neler olduğuna ve varsa bu somut verilerin millî güvenlik ile ilişkisine dair bir açıklama yapmamıştır. Oysa derece mahkemelerinin kararlarında grevin uygulandığı işyerlerindeki üretimin bir süre durmasının millî güvenliği nasıl ve ne şekilde bozduğunun açıkça ortaya konulması gerekir.

50. Ayrıca ilk derece mahkemesinin "*ekonomik güvenliğin milli güvenliğin ayrılmaz bir parçası olduğu*" şeklindeki gerekçesinin de açıklanmaya muhtaç olduğu tartışmasızdır. Ekonomik güvenliğin millî güvenliğin ayrılmaz bir parçası olduğu görüşü, akademik olarak savunulabilir bir görüş olarak kabul edilse bile somut bir vakıada temel bir hakkın sınırlandırılması sebebi olarak kabul edilebilmesi için idarenin ve mahkemelerin ikna edici gerekçeler ortaya koyması gerektiği de her türlü izahtan varestedir.

51. Yukarıdaki değerlendirmeye ilave olarak6356 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre yalnızca millî güvenlik ve genel sağlık sebepleriyle grev ertelemesi kararı verilebilmesi mümkün olup "ekonomik güvenlik" bir grev erteleme sebebi olarak sayılmış değildir. Anılan Kanun maddesinde yer alan terimlerin anlamlarının ikna edici bir gerekçe olmaksızın çok geniş bir şekilde yorumlanması, ekonomik bazı sonuçları olacak olan bütün grevlerin millî güvenliği bozabileceği sonucuna ulaştırabilecek ve Anayasal haklara demokratik toplumda gerekli olmayan ve ölçüsüz müdahalelere yol açabilecektir.

52. Somut olayda önce Bakanlar Kurulunun grev erteleme kararında ve daha sonra da derece mahkemelerinin uyuşmazlığa ilişkin kararlarında ülke ve devletin güvenliğine ilişkin özel tedbirlerin alınmasını gerektiren ciddi tehlikelerin varlığının ve bu tehlikenin somut grevin ertelemesi için demokratik toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğinin gösterilmesi gerekir. Söz konusu gereklilik sendika hakkının kullanılmasına kamu makamlarının keyfî müdahalelerine karşı bireyin menfaatlerini korumak amacının bir sonucudur.

53. Grev hakkına getirilen yasal kısıtlamaların kısıtlamaya konu işyerlerini mümkün olduğunca açık, sınırlayıcı ve ikna edici bir biçimde tanımlaması gerektiği açıktır. Somut olayda ise idare, MESS ile yürütülen toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde başvurucu Sendikanın temsil ettiği otuz sekiz işyerinin tamamı için grev erteleme kararı almış; söz konusu kararı için ikna edici bir açıklama getirmemiştir.

54. İlave olarak söz konusu grev erteleme kararı tam da toplu iş sözleşmesi sürecine ilişkin yasal takvimin işlediği sırada alınmış ve başvurucu Sendikaya YHK'ya başvurmaktan başka seçenek bırakılmamıştır. Söz konusu erteleme kararı ile anayasal bir hak olan grev ve toplu sözleşme hakkının kullanılması fiilen anlamsız hâle gelmiştir. Açıktır ki işçiler grev yaparak işverenleri daha avantajlı bir toplu iş sözleşmesi yapmaya zorlama fırsatını kullanamamışlardır. İşçilerin daha dezavantajlı bir konuma düşürülmesine ilişkin haklı gerekçeler derece mahkemelerinin kararlarında gösterilmemiştir.

55. İdare ve derece mahkemeleri bireylerin sendika hakkı ile bir bütün olarak toplumun menfaatleri arasında bir çatışma bulunduğunu göstermemiş, böyle bir çatışma varsa çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurulmasına çalışmamıştır.

56. Dolayısıyla derece mahkemelerinin kararlarında sendika hakkına yapılan müdahalenin "toplumsal bir ihtiyaç baskısı"na tekabül ettiğinin ve bu sebeple de demokratik toplum düzeninin sürekliliği için gerekli olduğunun ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterildiği söylenemez. Söz konusu kararlarda, yalnız başına grevin millî güvenlik sebebiyle ertelenmesine karar verildiğinin söylenmiş olması grev erteleme kararının zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayandığının ve demokratik toplumda gerekli olduğunun gösterildiği şeklinde değerlendirilemez.

57. Açıklanan gerekçelerle başvuruya konu grevin ertelenmesine ilişkin derece mahkemelerinin kararlarında ortaya konan gerekçelerin ilgili ve yeterli olmadığı sonucuna varıldığından Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

58. 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."

59. Başvurucu, ihlalin tespiti ile 5.000.000 TL tazminat talebinde bulunmuş; talep ettiği tazminatın türünü belirtmemiştir. Başvurucu ayrıca, avukatlık ücretlerini ve ödenen harç ile yapılan diğer masrafların ödenmesini de talep etmiştir.

60.Başvuruda Anayasa'nın 51. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

61. 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 bilgi veya belge sunmamış olması nedeniyle manevi tazminat talep edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

62. Anayasa'nın 51. maddesinin ihlal edilmesi nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 50.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

63. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya 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. Başvurucuya net 50.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 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 bilgi için Danıştay Onuncu Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 9/5/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

MÜLKİYET HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

HAMDİ AKIN İPEK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/17763)

Karar Tarihi: 24/5/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Celal MümtazAKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Raportör : Özgür DUMAN

Başvurucu : Hamdi Akın İPEK

Vekili : Av. Muhammet Gökhan KILIÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; terör örgütü yöneticiliği, terörizmin finansmanı, zimmet ve terör örgütü propagandası yapma suçlarından dolayıbaşlatılan ceza soruşturması sırasında verilen arama, el koyma ve kayyım atama kararları nedeniyle adil yargılanma ve mülkiyet hakları ile ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 19/11/2015 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 bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. FETÖ/PDY Yapılanmasına ve Darbe Girişimine İlişkin Genel Bilgiler

9. Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanma bulunmaktadır (*Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 21-25).

10. Yetkili makamlarca ve soruşturma mercilerince 15 Temmuz darbe teşebbüsünün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY'ye ilişkin olarak özellikle son yıllarda yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda bu yapılanmanın özelliklerine ve faaliyetleriyle ilgili birçok tespit ve değerlendirmeye yer verilmiştir. Buna göre devletin anayasal kurumlarını ele geçirmek, sonrasında devleti, toplumu ve fertleri kendi ideolojisi doğrultusunda yeniden şekillendirmek ve oligarşik özellikler taşıyan bir zümre eliyle ekonomiyi, toplumsal ve siyasal gücü yönetmek amacıyla mevcut idari sisteme paralel şekilde örgütlenen, ulusal ve uluslararası düzeyde siyasi ve ekonomik ittifaklar kuran FETÖ/PDY devlet ve toplum üzerinde bir *vesayet* kurumu hâline gelmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 26).

11. Türk yargı organları, yakın dönemde verdikleri birçok kararda FETÖ/PDY'nin silahlı bir terör örgütü olduğunu kabul etmiştir. Bu kapsamda Yargıtay Ceza Genel Kurulu 26/9/2017 tarihinde (E.2017/16.MD-956, K.2017/370) ve -terör suçlarına ilişkin davaların temyiz mercii olan- Yargıtay 16. Ceza Dairesi 24/4/2017 ve 14/7/2017 tarihlerinde verdiği kararlarda (*Selçuk Özdemir* [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, §§ 20, 21) FETÖ/PDY'nin silahlı bir terör örgütü olduğu sonucuna varmıştır.

12. FETÖ/PDY'nin ulusal güvenlik üzerinde oluşturduğu tehdit; idari organların karar, açıklama ve uygulamalarına da konu olmuştur. Bu

bağlamda devlet yetkilileri sürekli olarak anılan yapılanmanın ülke güvenliği için bir tehdit olduğuna dair açıklamalarda bulunmuşlardır. Bu değerlendirmeler Millî Güvenlik Kurulu (MGK) kararlarında da ifade edilmiştir. MGK; söz konusu yapılanmayı 2014 yılı başından itibaren sırasıyla *halkımızın huzurunu ve ulusal güvenliğimizi tehdit eden yapılanma*, *devlet içindeki illegal yapılanma*, *kamu düzenini bozan iç ve dış legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten paralel yapılanma*, *paralel devlet yapılanması*, *terör örgütleriyle iş birliği içinde hareket eden paralel devlet yapılanması* ve bir *terör örgütü* olarak kabul etmiştir. Söz konusu MGK kararlarının her biri basın duyuruları aracılığıyla kamuoyuyla paylaşılmıştır. Yine FETÖ/PDY 2014 yılında, Millî Güvenlik Siyaset Belgesi'nde *Legal Görünümlü İllegal Yapılar* başlığı altında *Paralel Devlet Yapılanması* adıyla yer almış; Jandarma Genel Komutanlığı ise 8/1/2016 tarihinde FETÖ/PDY'yi mevcut terör örgütleri listesine dâhil etmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 33).

13. Türkiye 15/7/2016 tarihinde askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış, bu nedenle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiş ve olağanüstü hâl bugüne kadar birçok kez uzatılmıştır. Kamu makamları ve soruşturma mercileri -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden FETÖ/PDY yapılanmasının olduğunu değerlendirmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 12-25).

14. Darbe girişiminin engellenmesinden sonra başta yargı mensupları ve polis görevlileri olmak üzere çok sayıda kamu görevlisiyle ilgili disiplin soruşturmaları yürütülmüş, birçok kamu görevlisi hakkında kamu görevinden çıkarma da dâhil olmak üzere disiplin yaptırımları veya idari tedbirler uygulanmıştır. Ayrıca FETÖ/PDY ile irtibatlı olduğu değerlendirilen bazı ticari kuruluşlara, finans kuruluşlarına ve medya organlarına yönelik idari birtakım tedbirlere de başvurulmuştur (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 34, 35).

B. FETÖ/PDY'nin Mali Yapılanmasına İlişkin Genel Bilgiler

15. FETÖ/PDY'nin mali yapılanması ve finans kaynakları çok sayıda yargı kararı ile idari işlem ve raporlarda ortaya konulmuştur(*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 26; Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 10/7/2017 tarihli ve E.2017/1517, K.2017/4830 sayılı, 28/12/2017 tarihli ve E.2017/2999, K.2017/5811 sayılı kararları; Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) tarafından düzenlenen

5/8/2016 ve 5/10/2016 tarihli raporlar). Bu kararlar ile raporlara göre örgütün mali yapılanmasına ilişkin tespitler şöyle özetlenebilir:

i. FETÖ/PDY; bünyesinde bulunan ışık (talebe) evleri, okullar, yurtlar ve dershaneler aracılığıyla ulaştığı gençleri amaçları doğrultusunda yetiştirmiş ve bu kişiler yapılanmanın insan kaynağını oluşturmuştur. Yapılanmaya mensup kişilerin gelirlerinin belli bir oranı *himmet* adı altında alınmış, yapılanmadan ayrılmak isteyen kişilere baskı ve çeşitli yaptırımlar uygulanmıştır. Çeşitli yargı kararlarında, örgüt üyelerinin gelirlerinin bir miktarını himmet olarak örgüte verdikleri belirtilmiştir. Bu bağlamda örgüt üyesi devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin ilk maaşlarının tamamını, sonraki maaşlarının da %10-15 gibi bir bölümünü *himmet* olarak örgüte verdikleri ifade edilmiştir. İkinci olarak örgüte bağlı şirketlerin de gelirlerinin bir bölümünü *himmet* adı altında örgüte transfer ettiği vurgulanmıştır. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 25/1/2018 tarihli iddianamesinde *himmet* uygulaması ile ilgili şu bilgilere yer verilmiştir:

"Örgütün himmet yolu ile sağladığı gelirler genel olarak mütevelli heyetleri vasıtası ile toplanmaktadır. Örgütün sohbet gruplarında yer alan kişilerden; sohbet toplantılarına düzenli olarak katılıp verilen görevleri yerine getiren, örgütün verdiği talimatları sorgulamaksızın itaat eden ve maddi gücü yerinde olan kimseler seçilerek mütevelli heyeti üyesi yapılmaktadır. Sohbet gruplarında zekât, burs, kurban ve himmet adı altında paralar toplanırken; mütevelli heyeti üyesi kişiler ayrıca bir ışık evinin maddi ihtiyaçlarından sorumlu tutulmaktadır. Mütevelliler topladıkları parayı sohbet hocasının yanında getirdiği muhasebecilere vermektedir. Örgütün mali kayıtlarını bu muhasebeciler tutmaktadır. İl imamının da bir muhasebecisi bulunmakta ve il genelinde mali kayıt tutmaktadır. Mütevellide yer alanlar arasından her üç mütevelli heyetinden bir mali heyet teşekkül edecek şekilde isimler seçilmektedir. Mali heyetler yurtdışında bulunan örgüte ait yurt ve okulların yapımı için ihtiyaç duyulan paranın, hangi mütevelli heyetinden ne kadar toplanacağına karar vermektedir. Mali heyet toplantıları dünyanın her yerinde Salı günleri sabah namazından sonra gerçekleştirilmekte ve bu toplantılara mütevelli heyet sohbet hocaları da katılmaktadır. İlçe imamlarının sorumluluğu altında bulunan mütevelli heyetlerinin üstünde, il imamlarının

sorumluluğundaki il mütevelli heyeti yer almaktadır. İl genelinde ne kadar para toplanacağına ise ilin bağlı bulunduğu bölgenin toplantısında karar verilmektedir. Burada alınan karar mütevelli heyet toplantısı adı altında yılda bir kez düzenlenen gizli toplantıda mensuplara aktarılmaktadır. Kişilerden alınan himmet vaadi nakit, çek, senet karşılığı olarak tahsil edilmekte; çek ve senetlerin ödenememesi halinde icra yoluna başvurulmaktadır. İl imamının koordinesinde yılda en az bir kez mütevelli heyeti üyelerinin katılımı ile kamp düzenlenmektedir. Kamplar esnasında dini duygular istismar edilerek himmet, zekat, kurban ve öğrenci bursu adı altında toplanan paraların artırılması sağlanmakta, toplanan paraların karşılığının Cennet ile mükafatlandırılmak olacağı vurgulanmaktadır. Mütevelli heyeti mensupları, iş adamlarının kurduğu sivil toplum kuruluşlarına üye yapılmakta, kimin hangi STK'ya üye olacağı sohbet abisi tarafından belirlenmektedir. Örgüt bu kuruluşların başkan ve üye seçimlerinde söz sahibi olmayı böylelikle de hükümete baskı yapabilmeyi hedeflemektedir."

ii. FETÖ/PDY, zamanla faaliyetlerini birçok alanda genişletmiş ve Türkiye'nin yanı sıra yüz elliyi aşkın ülkede yaygınlaştırmıştır. Nitekim söz konusu yapılanmanın yurt içinde ve yurt dışında eğitim, sağlık, medya, finans, ticaret, sivil toplum gibi farklı alanlarda faaliyet gösteren çok sayıda kuruluşu bulunmaktadır. Özellikle ülkemizdeki bazı dershane ve okullar ile çok sayıda ülkede örgütle ilişkili eğitim kurumlarından toplanan paralarla burs adı altında toplanan paralar örgütün önemli bir gelir kaynağını oluşturmaktadır.

iii. FETÖ/PDY'nin sosyal, kültürel ve ekonomik alanda yürüttüğü yasal faaliyetleri; dershaneler, okullar, üniversiteler, dernekler, vakıflar, sendikalar, meslek odaları, iktisadi kuruluşlar, finans kuruluşları, gazeteler, dergiler, TV kanalları, radyolar, internet siteleri, hastaneler gibi sivil alanlara ilişkindir. Bunun yanında bazen bu yasal kuruluşların içinde gizlenmiş olan, bazen de yasal yapıdan tamamen farklı şekilde konumlanan ve hareket eden, özellikle de kamusal alana yönelik faaliyetlerde bulunan illegal bir yapılanma söz konusudur. Bu kapsamda kamu kaynaklarının örgüte bağlı şirket, dernek ve vakıflar yoluyla örgüt birimlerine aktarılması sağlanmıştır.

iv. Ayrıca kişilerin dinî duygularını istismar etmek suretiyle *kurban bedeli*, *sadaka*, *zekât* gibi adlar altında para veya ayni yardım toplandığı

tespit edilmiştir. Kimi durumlarda tehdit ve cebir yoluna gidilerek gazete ve dergilere abonelik ücreti alınması, örgüte yakın dernek ve vakıflara bağışlar toplanması da önemli finansal kaynaklardan biri olarak gösterilmektedir.

C. Başvurucuya İlişkin Süreç

16. Başvurucu, Koza İpek Holding A.Ş.nin (Holding) kurucu ortaklarındandır. Koza İpek Grubu temel olarak başvurucunun da içinde olduğu İpek ailesinin en az ferdinin ortak olduğu veya yönetimi kontrolü altında bulundurduğu ve 2015 yıl sonu itibarıyla yirmi sermaye şirketini, bir vakfı ve vakfa bağlı bir özel üniversiteyi ifade etmektedir. Koza İpek Grubu içinde yer alan şirketlerin ortaklık yapıları incelendiğinde Holding yapılanmasına uygun olarak hâkim şirketin bağlı şirketlere iştirak etmesi yoluyla bir yapının oluşturulduğu ve bu yapı içinde yer alan şirketlerin altın madenciliğinden enerji, gıda, medya, bilişim, sigorta, tedarik, turizm, seyahat sektörüne kadar pek çok farklı alanda faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda Holding bünyesinde faaliyet gösteren şirketler şunlardır:

Koza Altın İşletmeleri A.Ş., Koza Anadolu Metal Madencilik İşletmeleri A.Ş., Özdemir Antimuan Madenleri A.Ş., İpek Doğal Enerji Kaynakları Araştırma ve Üretim A.Ş., Doğu Anadolu Maden Arama ve Sondaj A.Ş., Konaklı Metal Madencilik ve Sanayi A.Ş., Bugün Televizyonu ve Radyo Prodüksiyon A.Ş., Yaşam Televizyon ve Yayın Hizmetleri A.Ş., Koza Prodüksiyon ve Ticaret A.Ş., Rek-Tur Reklam ve Pazarlama Ticaret A.Ş., İpek Online Bilişim Hizmetleri Ltd. Şti., Koza İpek Tedarik Danışmanlık Araç Kiralama Ticaret A.Ş., AZ İpek Danışmanlık Proje Reklam ve Organizasyon İşleri Ticaret A.Ş., BB İpek Danışmanlık Reklam ve Organizasyon Hizmetleri Ticaret A.Ş., ATP İnşaat ve Ticaret A.Ş., Koza İpek Basın ve Basın Sanayi Ticaret A.Ş., ATP Koza Gıda Tarım ve Hayvancılık A.Ş., ATP Koza Turizm ve Seyahat Ticaret A.Ş., ATP Havacılık ve Ticaret A.Ş.

17. MASAK tarafından düzenlenen 4/8/2014 tarihli rapor ile Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığının 3/3/2015 tarihli değerlendirme raporları üzerine başvurucu ile Holdingin diğer yöneticileri hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık) tarafından terör örgütü yöneticiliği, terörizmin finansmanı,

zimmet ve terör örgütü propagandası yapma suçlarından ceza soruşturması başlatılmıştır. Bu raporlarda özetle Holding şirketlerinin mali tablolarında ve banka hareketlerinde şüpheli farklılıklar olduğu ve ticari hayatın gerekleriyle açıklanamayan kazançlar ile para hareketlerinin bulunduğu belirtilmiştir.

18. Başsavcılık 31/8/2015 tarihinde, Ankara 7. Sulh Ceza Hâkimliğinden başvurucunun üzerinde, kendisine ait cep telefonlarında ve bilgisayarlarında, ayrıca ortağı olduğu vakıf ve şirket merkezlerinde arama ve el koyma işlemleri yapılması talebinde bulunmuştur. Talep yazısında; Holding şirketlerinin FETÖ/PDY'nin finanse edilmesini sağlamak, bu terör örgütünün mali kaynaklarını gizlemek ve yurt dışına aktarmak, örgüt propagandası yapmak amacıyla bir kısım paravan ve şemsiye şirket kurarak gerçeğe aykırı işlemler yaptığı hususunda kuvvetli suç şüphesine ulaşıldığı belirtilmiştir.

19. Sulh Ceza Hâkimliği, aynı tarihli kararı ile yürütülmekte olan soruşturmaya esas olmak üzere suç delillerinin elde edilebileceği yönünde somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesinin mevcut olduğu gerekçesiyle arama ve el koyma talebinin kabulüne karar vermiştir. Kararda, aramanın üç gün içinde, gündüz vakti bir defaya mahsus yapılması ve elde edilen suç delillerine el konulması hususları belirtilmiştir. Başvurucunun karara karşı yaptığı itiraz, Ankara 8. Sulh Ceza Hâkimliğince kesin olarak reddedilmiştir.

20. Holding bünyesindeki şirketlerde 1/9/2015 tarihinde arama ve el koyma işlemi yapılmıştır. Başsavcılık; yapılan aramada el konulan bütün faturalar, defterler, dijital kayıtlar ve deliller üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar vermiştir. Bilirkişi Kurulunca düzenlenen 16/10/2015 tarihli raporda şu tespitlere yer verilmiştir:

i. İncelenen kurumların birbirleriyle ilişkili olup kurum ortaklık yapılarında yer alan kişilerin neredeyse tüm şirketlere hâkim derecede aynı kişilerden oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu kurumların aynı adreste olduğu, farklı adreste olanların ise Ankara'nın Yenimahalle ilçesindeki *Smurfs Village* (Şirinler Köyü) adı verilen bir adreste toplandığı tespit edilmiştir.

ii. Yapılan incelemelere göre kanuna aykırı olarak çeşitli muhasebe sahteciliklerinin ve hilelerinin yapıldığı, ayrıca kayıt dışı parasal girdilerin mevcut olduğu belirlenmiştir.

iii. Özellikle altın üretiminde gerçekte yapılan üretim ile bildirilen üretimler arasında şüpheli farklılıkların olduğu, yurt dışından gelen finansal kaynakların içeriğinin tespit edilemediği ve mali iz takibini ortadan kaldıracak şekilde iç içe geçmiş kurumsal belge hareketliliğinin olduğu ifade edilmiştir.

iv. Ayrıca şirketlerce yapılan bağış ve yardımların toplumsal ve ticari hayatın olağan akışına, ticari teknik ve icaplara uygun olmadığı belirtilmiştir.

v. Rapora göre, alımı yapıldığı iddia edilen ancak alımına dair hiçbir somut belge bulunmayan danışmanlık hizmetleri için gider pusulası düzenlenmek suretiyle para çıkışları yapılmıştır. Bunun yanında peçeleme ve muvazaa marifetiyle birçok işlem tesis edilerek bu sayede örtülü kazanç sağlanmıştır.

vi. Son olarak inceleme yapılan şirketler ile ilgili olarak çok sayıda kara para aklama eyleminin tespit edildiği ifade edilmiştir. Örgütsel amaçlara ulaşabilmek için kurumlarına ve kendilerine muhalif kişilerle ilgili bilgi ve doküman hazırlandığı, kişilerin ayrıma tabi tutularak tehdit unsuru olabilecek şahıs veya kurumların belirlendiği, önlemler alınması için yazışmalar yapıldığı da bildirilmiştir.

21. Başsavcılık 20/10/2015 tarihinde Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğinden başvurucunun yöneticisi ve ortağı olduğu şirketlere kayyım atanması talebinde bulunmuştur. Talep yazısında, FETÖ/PDY tarafından toplanan himmet paralarının başvurucunun ortağı ve yöneticisi olduğu şirketlerin yasal faaliyetlerinden elde edilmiş paralar gibi gösterilerek aklandığı tespitine yer verilmiştir. Başsavcılık ayrıca şirketlerin kazançlarından örgüte finansal kaynak sağlandığını, bazı kişi ve kurumlara bağış yapılarak veya eğitim ve burs verilerek FETÖ/PDY'ye eleman kazandırıldığını belirtmiştir. Başsavcılık sonuç olarak şirket yönetimlerinin mevcut hâli ile devam etmesi durumunda suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama ve silahlı örgüt yöneticiliği suçlarının şirketlerin faaliyetleri çerçevesinde işlenmeye devam edeceği hususunda kuvvetli şüphenin bulunduğunu ifade etmiştir.

22. Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliği 26/10/2015 tarihinde Başsavcılığın talebinin kabulü ile başvurucunun ortağı ve yöneticisi olduğu, kararda belirtilen şirketlere kayyım atanmasına karar vermiştir. Kararda, kayyım

olarak atanan bu kişilerin yönetim organının tüm yetkilerine sahip olduğu belirtilerek bu şirketlerin yönetim organının yetkilerinin tümü ile bu kayyımlara devredildiğine ve yeni yönetim organının bu kayyımlarca oluşturulmasına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde;

i. Anılan şirketlerin terör örgütünün faaliyetleri kapsamında ve faaliyetlerine destek olacak şekilde kullanıldığı yönünde tespitler içerdiği belirtilen MASAK raporu ile Bilirkişi Kurulu raporuna atıfta bulunulmuştur. Ayrıca şirketlerin ticari faaliyetten ziyade terör örgütüne yardım etme amacına yöneldiği ve bu faaliyetlerin suç işlendiği hususunda kuvvetli şüphe oluşturduğu belirtilmiştir.

ii. Söz konusu raporlara göre şirketlerin yoğun olarak kullanıldığı belirtilen bu faaliyetlerin ise 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 133. maddesinin (4) numaralı fıkrasında belirtilen katalog suçlardan olan suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama suçları kapsamında kaldığı ifade edilmiştir.

iii. Sonuç olarak soruşturma aşamasında ilgili delillerin toplanabilmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bu şirketlere kayyım atanmasının zaruri görüldüğü belirtilmiştir.

23. Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 4/11/2015 ve 5/11/2015 tarihli ek kararlarıyla Doğu Anadolu Maden Arama ve Sondaj A.Ş., BB İpek Danışmanlık Proje Reklam ve Organizasyon A.Ş., AZ İpek Danışmanlık Proje Reklam ve Organizasyon Hizmetleri Tic. A.Ş. ile Atlantik Eğitim Yayın Taş. Bilgisayar Tic. AŞ.ye atanan kayyımların görevlerinin sona erdirilmesine karar verilmiştir.

24. Başvurucunun kayyım atanması kararına karşı yaptığı itiraz üzerine Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliği 12/11/2015 tarihinde; daha önce kayyım atanması kararı kaldırılan şirketler yönünden bir karar verilmesine yer olmadığına, diğer şirketler yönünden ise itirazın reddine karar vermiştir.

25. Kararın gerekçesinde, bilirkişi raporu ile MASAK raporuna atıfla başvurucu ve arkadaşları hakkında yürütülen soruşturma kapsamında isnat edilen suçların şirketin faaliyetleri çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphenin bulunduğu belirtilmiştir. Bunun yanında somut olayda medya organlarını da içinde barındıran şirketler ile ilgili olarak verilen

kararın Anayasa'nın 30. maddesinde tarif edildiği şekilde zapt ya da müsadere kararı olmayıp tedbir nitelikli bir karar olduğu belirtilmiştir. Kararda, ticaret şirketleri ile ilgili mali ve sair işlemler yönünden ilgili kuruluşların denetim yetkisinin bulunduğu ancak suç olarak nitelendirilen eylemlerden ötürü soruşturma ve kovuşturma aşamasında bilirkişi görüşüne başvurulabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca atanan kayyımların gerek hukuki gerekse de cezai sorumluluklarının bulunduğuna dikkat çekilmiştir.

26. Son olarak itiraza ilişkin kararda mülkiyet hakkı yönünden de bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre kayyım atanmasına ilişkin koruma tedbiri uygulamasının kanunda sıkı koşullara bağlandığı ve itiraza konu kararda yapılan kayyım atamasının Anayasa ile getirilen sınırlamaya uygun nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda yapılan kayyım atamasının maddi bir gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaya yönelik bir araç olarak uygulandığı ve kovuşturma yapılmasına yer olmadığı ya da beraat kararı verilmesi durumunda uğranılan zarar ile kayyımlara ödenen ücretin tazmin edilebileceği vurgulanmıştır.

27. Bu karar, başvurucu vekiline 12/11/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

28. Başvurucu 19/11/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

D. Başvuru Tarihinden Sonra Yaşanan Gelişmeler

29. Olağanüstü hâl ilan edildikten sonra 27/7/2016 tarihli ve 29783 sayılı 2. Mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile Bugün TV kapatılmıştır.

30. 1/9/2016 tarihli ve 29818 sayılı 2. Mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan 674 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında KHK'nın 19. maddesi ile kayyımlık yetkisinin devri ve tasfiyesi düzenlenmiştir. Bu maddede daha önce kayyım atanmasına karar verilen şirketlerde görev yapan kayyımların yetkilerinin hâkim veya mahkeme tarafından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna (TMSF) devredileceği ve devir ile birlikte kayyımların görevlerinin sona ereceği hükme bağlanmıştır.

31. Anılan hüküm gereğince Holding bünyesinde yer alan ve kayyım idaresinde bulunan şirketler Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 6/9/2016 tarihli kararı ile TMSF'ye devredilmiştir. Bu şirketler hâlen TMSF tarafından görevlendirilen Yönetim Kurulunca idare edilmektedir. TMSF; devredilen şirketlerin büyük çoğunluğunun mali açıdan kârda olduğunu, daha önce zarar edenlerin ise bu durumlarının devam ettiğini bildirmiştir.

32. Terör örgütü yöneticiliği suçundan cezalandırılması istemiyle başvurucu hakkında açılan kamu davası Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinde devam etmektedir. Bunun yanında Başsavcılık tarafından düzenlenen 13/6/2017 tarihli iddianame ile başvurucunun terörizmin finansmanı, güveni kötüye kullanma, Vergi Usul Kanunu'na muhalefet, Sermaye Piyasası Kanunu'na muhalefet suçlarından cezalandırılması talep edilmiştir. İddianamede ayrıca başvurucu ile diğer şüphelilerin terörizmin finansmanı ve güveni kötüye kullanma suçları yönünden mal varlıklarının suçtan elde edildiği gerekçesiyle müsadere edilmesi talep edilmiştir. İddianamede, başvurucunun da aralarında bulunduğu şüphelilerin para transferlerini örgüt üyeliklerinin bir gereği olarak yapmış olmaları nedeniyle eylemlerinin silahlı terör örgütü üyeliği suçu kapsamında kaldığı belirtilmiştir.

33. İddianamede; Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Vergi Denetleme Kurulu (VDK) ve MASAK raporlarına dayalı olarak müsadere talebi yönünden şu tespitlere yer verilmiştir:

i. Koza İpek Grubu şirketleri tarafından FETÖ/PDY'ye aidiyeti, iltisakı veya bu örgütle irtibatı olan medya kuruluşlarına yaklaşık 850 milyon TL'lik bir fon aktarımı yapılmıştır. Buna göre Holding tarafından 2013 yılında yaklaşık 4,4 milyon adet, 2014 yılında ise 5,6 milyon adet Bugün Gazetesi sahte belge düzenlenmek suretiyle satın alınmıştır. Bunun için iki yılda yaklaşık 10 milyon TL bedel ödendiği tespit edilmiştir.

ii. Koza İpek Grubu şirketlerinin gerek yasal görünümlü bağış ve yardımlar yoluyla gerekse de yasal olmayan kâr aktarım mekanizmaları kurarak muvazaalı yollarla FETÖ/PDY'ye aidiyeti, iltisakı veya bu örgütle irtibatı olan eğitim kurumlarına yaklaşık 688 milyon TL'lik fon aktardığı belirtilmiştir.

iii. Holding bünyesindeki şirketlerin 2010-2015 yılları arasındaki bağış ve yardımlarının toplam tutarının %93,25'lik kısmı, 23/7/2016 tarihli ve

29779 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin KHK ve 668 sayılı KHK'yla kapatılmasına karar verilen kurum ve kuruluşlara yapılmıştır.

iv. Koza İpek Grubu şirketlerinin FETÖ/PDY'ye aidiyeti, iltisakı veya bu örgütle irtibatı olduğu değerlendirilen eğitim ve medya kurumlarına aktardığı fonların toplam değerinin 1,5 milyar TL'yi aştığı vurgulanmıştır. Grubun yegâne kârlı şirketi olan ve grubun tek nakit üreten birimi konumundaki Koza Altın İşletmeleri A.Ş.nin ise 2015 yıl sonu itibarıyla aktif toplamının 2,1 milyar TL, öz kaynak toplamının ise 1,9 milyar TL olduğu açıklanmıştır. Buna göre grup şirketlerinin mali ve hukuki organizasyonlarını FETÖ/PDY'nin medya ve eğitim unsurlarını finanse etmek üzere oluşturduğu belirtilmiştir.

v. Ayrıca başvurucu ve diğer şüphelilerin SPK raporlarında detayları açıklandığı üzere sermayesinin bir bölümü halka açık olan şirketlerdeki yönetim yetkilerini kötüye kullanarak güveni kötüye kullanma suçunu işledikleri ifade edilmiştir. Şüphelilerin bu suçun işlenmesi suretiyle şirketlerdeki pay sahiplerinin zararına ve kendi yararlarına olmak üzere aşağıda belirtilen miktarlarda haksız kazanç elde ettikleri belirtilmiştir:

- Şüpheli başvurucu yönünden toplam 1.647.690.856,13 TL

- Şüpheli [C.T.İ.] yönünden toplam 1.647.641.112,07 TL

- Şüpheli [M.İ.] yönünden toplam 1.119.014.045,85 TL

- [P.Z.] yönünden toplam 344.486.087,70 TL

- Şüpheli [A.S.H.] yönünden toplam 269.048.898,17 TL

- Şüpheli [Ş.A.] yönünden toplam 269.048.898,17 TL

34. İddianamenin 6/7/2017 tarihinde kabul edilmesiyle Ankara 24. Ağır Ceza Mahkemesinde görülmeye başlanan dava devam etmektedir. Yargılamanın 19/2/2018 tarihinde yapılan üçüncü oturumunda Mahkeme, bilirkişi raporu aldırılmasına karar vermiş olup duruşma 28/5/2018 tarihine talik edilmiştir. Söz konusu ara kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...Dosyanın SPK, Vergi Usul ve Ticaret Hukuku alanında uzman mahkememizce re'sen seçilecek üç kişilik bilirkişi heyetine tevdii ile ;

-Dosya kapsamındaki raporlar, belgeler incelenmek suretiyle ayrıca sanık müdafilerinin yazılı ve sözlü beyanları da incelenerek Sermaye Piyasası Kanunu'na muhalefet suçları yönünden her bir sanığın eyleminin ve sorumluluğunun ayrı ayrı tespiti,

-İddianame kapsamında terörizmin finansmanı suçu ile sermaye piyasası kanuna muhalefet eylemleri yönünden ismi geçen 6 sanık tarafından haksız kazanç olarak elde edildiği bildirilen miktarın dayanak ve kaynakları ile birlikte tespiti ile bu miktarın yerinde olup olmadığının, var ise bu miktarı aşan bir bedel bulunup bulunmadığının tespiti,

-Vergi Usul Kanunu'na muhalefet suçları yönünden her bir sanığın eyleminin ve sorumluluklarının ayrı ayrı tespiti,

-Koza Holding bünyesinde bulunan şirketlere ortaklığı bulunan sanıklar yönünden, bu şirketlerin ve holdingin mal varlığı değerlerini fetö pdy silahlı terör örgütünün faaliyetleri kapsamında kazandıklarına ilişkin veya bu örgütün faaliyetlerine özgülemiş olduklarına ilişkin delil ve tespitlerin ayrı ayrı belirlenmesi, eğer bu yönde bir tespit bulunması halinde ne kadarlık miktarının bu kapsamda bulunduğunun belirlenmesi,

-Adı geçen holding ve bağlı şirketler tarafından terörizmin finansmanı kapsamında yapılan bir harcama bulunup bulunmadığının, var ise ne kadar olduğunun tespitinin istenmesine... [karar verildi.]"

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümleri

35. 5271 sayılı Kanun'un 116. maddesi şöyledir:

"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."

36. 5271 sayılı Kanun'un 119. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise

kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir."

37. 5271 sayılı Kanun'un 127. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir."

38. 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait;

a) Taşınmazlara,

b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına,

c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba,

d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara,

e) Kıymetli evraka,

f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına,

g) Kiralık kasa mevcutlarına,

h) Diğer malvarlığı değerlerine,

Elkonulabilir. Somut olarak belirlenen Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir. (Ek cümle: 21/2/2014 – 6526/10 md.) Bu madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları

Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir.

(2) Birinci fıkra hükmü;

a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan;

...

5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),

...

10. (Mülga: 21/2/2014 – 6526/10 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/25 md.) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),

...

17. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),

18. (Değişik: 2/12/2014-6572/41 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

...

Hakkında uygulanır.

...

(6) Şirketteki ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir.

...

(9) (Değişik: 24/11/2016-6763/25 md.) Bu madde hükümlerine göre elkoymaya ve onuncu fıkra uyarınca kayyım atanmasına ancak hâkim karar verebilir.

(10) (Ek: 15/8/2016-KHK-674/13 md.; Aynen kabul: 10/11/2016-6758/13 md.) Bu madde uyarınca elkonulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi

gerektiğinde bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atanabilir. Bu durumda 133 üncü madde hükümleri kıyasen uygulanır."

39. 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesi şöyledir:

"(1) Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir. Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiği açıkça belirtilir.

Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur.

(2) Hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi halinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır.

(3) İlgililer, atanan kayyımın işlemlerine karşı, görevli mahkemeye 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre başvurabilirler.

40. 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

...

i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan 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.

(2) Birinci fıkranın (e) ve (f) bentlerinde belirtilen kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirirler ve bu husus verilen karara geçirilir.

(3) (Ek:18/6/2014-6545/70 md.) Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.

(4) (Ek:18/6/2014-6545/70 md.) Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarına bir yıl içinde rücu eder. "

41. 5271 sayılı Kanun'un 142. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"(1) Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.

(2) İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır."

2. Türk Ceza Kanunu Hükümleri

42. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 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."

43. 5237 sayılı Kanun'un 155. maddesi şöyledir:

"(1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur."

44. 5237 sayılı Kanun'un 314. maddesi 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.

(3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır."

3. Diğer Kanun Hükümleri

45. 7/2/2014 tarihli ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) 3 üncü madde kapsamında suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya

kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlayan veya toplayan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

...

(7) (Ek: 14/4/2016 - 6704/29 md.) Bu suç bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun;

a) 133 üncü maddesinde yer alan şirket yönetimi için kayyım tayini,

b) 135 inci maddesinde yer alan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması,

c) 139 uncu maddesinde yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi,

ç) 140 ıncı maddesinde yer alan teknik araçlarla izleme,

tedbirlerine ilişkin hükümler uygulanabilir."

4. Kanun Hükmünde Kararname Hükümleri

46. 674 sayılı KHK'nın 19. maddesi şöyledir:

"(1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133 üncü maddesi uyarınca kayyım atanmasına karar verilen şirketlerde görev yapan kayyımların yetkileri, hakim veya mahkeme tarafından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilir ve devirle birlikte kayyımların görevleri sona erer.

(2) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra ve olağanüstü halin devamı süresince terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle Ceza Muhakemesi Kanununun 133 üncü maddesi uyarınca şirketlere ve bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 13 üncü maddesi uyarınca varlıklara kayyım atanmasına karar verildiği takdirde, kayyım olarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu atanır.

(3) 20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnameler gereğince kapatılan ve Vakıflar Genel

Müdürlüğüne veya Hazineye devredilen şirketler hariç olmak üzere; birinci ve ikinci fıkra kapsamındaki şirketlerin mali durumu, ortaklık yapısı, diğer sorunları veya piyasa koşulları nedeniyle mevcut halin sürdürülebilir olmadığının Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tespit edilmesi durumunda, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu şirketin yahut varlıklarının veya bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 13 üncü maddesinde belirtilen varlıkların satılmasına veya feshi ile tasfiyesine karar verebilir. Satış ve tasfiye işlemleri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından yerine getirilir."

47. 22/11/2016 tarihli ve 29896 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 677 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında KHK'nın 7. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133 üncü maddesi uyarınca kayyım atanmasına karar verilen şirketlerde görev yapan kayyımların yetkileri, hâkim veya mahkeme kararı ya da talep olmaksızın bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona erer ve şirketlerin yönetimi kayyımlar tarafından derhal Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilir."

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Sözleşmeler

48. Suçtan gelir elde edilmesinin önlenmesi amacıyla suç gelirlerinin müsadere edilerek aklanmasının önlenmesine ve bu amaçla uluslararası iş birliğinin sağlanmasına yönelik olarak Avrupa Konseyi tarafından 8/11/1990 tarihinde Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi kabul edilmiştir. Strazburg Konvansiyonu olarak bilinen bu sözleşme, Türkiye tarafından 27/9/2001 tarihinde imzalanmış ve sözleşmenin onaylanması 16/6/2004 tarihli ve 5191 sayılı Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 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."

49. 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."

50. 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.

51. Ayrıca Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme, 9/12/1999'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve 10/1/2000 tarihinde imzaya açılmıştır. Anılan sözleşme 17/1/2002 tarihli ve 24643 sayılı Resmî Gazete'de 10/1/2002 tarihli ve 4738 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun ile onaylanmıştır. Bu sözleşme; taraf devletlerde terörizmin finansmanının engellenmesini, terörizme mali destek sağlanmasının suç hâline getirilmesini, bu suçun ağır cezalara tabi tutulması için gerekli önlemlerin alınmasını ve taraf devletler arasında iş birliğinin sağlanmasını amaçlamaktadır. Sözleşmenin 8. maddesi şöyledir:

"1. Her Taraf Devlet, gerektiğinde müsadere edilebilmeleri amacıyla, 2. maddede belirtilen suçların işlenmesi için kullanılan veya kullanılması için oluşturulan fonların veya bu suçlardan temin edilen kazançların tespiti, bulunması, dondurulması, el konulması için iç hukuku uyarınca gerekli tedbirleri alır,

2. Her Taraf Devlet, 2. maddede belirtilen suçların işlenmesinde kullanılan veya kullanılması için oluşturulan fonların veya bu suçlardan

elde edilen kazançların müsadere edilebilmesi için iç hukuku uyarınca gerekli tedbirleri alır,

3. İlgili her Taraf Devlet, işbu maddede öngörülen müsadere sonucunda elde edilen fonların düzenli ya da duruma göre başka Taraf Devletlerle paylaşımını düzenleyen anlaşmalar akdetme yoluna gidebilir,

4. Her Taraf Devlet, işbu maddede öngörülen müsadere sonucunda elde edilen fonların, 2. madde 1. Paragraf (a) ve (b) bentlerinde zikredilen suçların mağdurları veya ailelerinin tazmini için kullanılması amacıyla düzenlemeler oluşturur,

5. Bu maddenin hükümleri, iyi niyetli üçüncü tarafların haklarına halel getirmeksizin uygulanır"

52. 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."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

53. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), suç isnadına bağlı olarak yapılan el koyma işlemlerini Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. AİHM'e göre kamu makamlarınca kişilerin mülküne el konulması mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir. AİHM, 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).

54. 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 AİHM, 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).

55. AİHM'e göre mülkün kamu yararına kullanılmasının kontrolü kapsamında mülke el konulması hususunda devletlerin geniş bir takdir 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 usule ilişkin bazı 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).

56. 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 uygulanmasının adil dengenin gerekliliklerine uygun olmadığını kabul ederek sonuca varmıştır (*Dzinic/Hırvatistan*, §§ 67-82).

57. 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).

58. AİHM, el koyma ve müsadere yoluyla yapılan müdahalelerin sonuçlarını da kararlarında tartışmaktadır. Buna göre AİHM, her el koyma ve müsaderenin muhakkak bir zarara yol açtığını kabul etmektedir. Ancak AİHM, 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/Litvany*a, § 36). Bu bağlamda *Borzhonov/Rusya* kararında, el konulan otobüsün yapılan kanun değişikliğiyle 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 sekiz buçuk yıl sürdüğüne vurgu yapılarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvurucuya aşırı ve orantısız bir külfet yüklediği belirtilmiştir(*Jucys/ Litvanya,* §§ 34-39).

59. *Ali Esen/Türkiye* kararı ceza soruşturmasında el koyma tedbirinin uygulanması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Bu başvuruya konu olayda 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 konulmuş, 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. AİHM'e göre kanuna aykırı olarak kullanılmasını önlemeye yönelik olarak araca el konulmasında meşru amaç bulunmaktadır. AİHM, devletlerin bu alanda geniş takdir yetkilerinin bulunduğu ve somut olay bağlamında ayrıca aracın mülkiyeti konusunda mevcut bir ihtilafın olduğu dikkate alındığında başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varmış; başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir (*Ali Esen/Türkiye,* §§ 27-36).

60. Ayrıca *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). *Vendittelli/İtalya* (B. No: 14804/89, 18/7/1994) kararında da 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 (*Vendittelli/İtalya,* §§ 31-40).

61. Diğer taraftan AİHM kural olarak bir kimsenin kendisi taraf sıfatını haiz olmadığı müddetçe ortağı olduğu tüzel kişiliğin taraf olduğu yargılamalar nedeniyle temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasında bulunamayacağını vurgulamıştır (*F. Santos Lda. ve Fachadas/Portekiz* (k.k.), B. No: 49020/99, 19/9/2000, § 1; *Nosov/Rusya* (k.k.), B. No: 30877/02, 20/10/2005). Bununla birlikte belirli durumlarda şirketin sahibi veya şirketi kontrol edebilecek hisseye sahip olan kimse de şirket aleyhine alınan tedbirler nedeniyle mağduriyetini ileri sürebilir (*Ankarcrona/İsveç,* B. No: 35178/97, 27/6/2000; *G.J./Lüksemburg*, B. No: 21156/93, 26/10/2000, § 24). Ayrıca AİHM içtihatlarında, şirket tüzel kişiliğinin başvurmasını imkânsız kılan hukuki sınırlamalar olduğunda da şirket ortaklarının bireysel başvuruda bulunabilecekleri kabul edilmiştir (*Agrotexim ve diğerleri/Yunanistan,* B. No: 14807/89, 24/10/1995, § 66; *CDI Holding Aktiengesellschaft ve diğerleri/ Slovakya* (k.k.), B. No: 37398/97, 18/10/2001; *Amat-G Ltd. ve Mebaghishvili/ Gürcistan*, B. No: 2507/03, 27/9/2005, § 33; *Meltex Ltd. ve Mesrop Movsesyan/Ermenistan,* B. No: 32283/04, 17/6/2008,§ 66). Kendisini doğrudan etkileyen tasarruflar bakımından şirket ortağının mağdur sıfatının bulunduğu ise tartışmasızdır (*Olczak/Polonya* (k.k.), B. No: 30417/96, 7/11/2002).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

62. Mahkemenin 24/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

63. Başvurucu, öncelikle kayyım atanmasına ilişkin olarak 5271 sayılı Kanun'da öngörülen koşulların somut olayda gerçekleşmediğini ifade etmiştir. Başvurucuya göre şirkete kayyım atanabilmesi için işlenmiş bir suçun değil işlenmekte olan bir suçun bulunması gerekmektedir. Başvurucu ayrıca, olayda kanun gereği olması gereken kuvvetli bir suç şüphesinin de bulunmadığını öne sürmüştür. Bunun yanında kayyım atama kararının tescil ve ilanının da yapılmadığı belirtilmiştir. Başvurucu, bu gerekçelerle tedbir kararının öngörülemez ve hukuki belirlilik ilkesine aykırı biçimde uygulandığından yakınmıştır.

64. Başvurucu; derece mahkemelerinin kararlarının yeterli bir gerekçe içermediğini,tedbirin uygulanmasına esas alınan bilirkişi raporunun tebliğ edilmemesinin ve kayyım atama usulüne dâhil edilmemesinin de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali anlamına geldiğini ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca kendisine atfedilen fiillerin suç teşkil etmediğini, bu nedenle suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

65. Başvurucu; kayyım atanmak suretiyle bütün mal varlığının yönetiminin kayyımların iradesine geçtiğini, bunun ise mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini iddia ederek uygulanan tedbir sebebiyle şirketlerinin önemli ölçüde değer kaybettiğinden yakınmıştır. Başvurucu, müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunmadığını, kayyım atama kararlarının gerekçesi olmadığından dolayı meşru bir amacının da olmadığını belirtmiş; aslında hiç kayyım atanmaması gerektiğini, buna karşın denetim kayyımı atamak yerine yönetim kayyımı atandığını, uluslararası niteliği bulunan şirketlere bu şekilde el konulmasının ölçüsüz bir zarara yol açtığını, bu yüzden yapılan müdahalenin kamunun yararı ile kendisinin mülkiyet hakkı arasında olması gereken adil dengeyi bozduğunu belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, bu gerekçelerle ayrıca özel hayata saygı hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir.

66. Başvurucu 31/1/2018 tarihli dilekçesinde bireysel başvuru tarihinden sonra ilan edilen olağanüstü hâl çerçevesinde yayımlanarak yürürlüğe giren 677 sayılı KHK'nın 7. maddesine göre başvuruya konu şirketlerin TMSF'ye devredildiğini belirtmiştir. Başvurucu, olağanüstü hâl döneminde dahi temel hak ve hürriyetlerin askıya alınamayacağını ileri sürerek geçici nitelikte olması gereken olağanüstü hâl döneminde söz konusu şirketlerin yönetiminin bu şekilde devredilmiş olmasının kanuni dayanaktan yoksun olduğunu ifade etmiştir.

67. Bakanlık görüşünde, 1/7/2016 tarihinde yapılan değişiklikle 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesi uyarınca atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerden dolayı aynı Kanun'un 141. devamı maddeleri uyarınca devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği belirtilmiştir. Bakanlık, bu sebeple başvuru yollarının usulünce tüketilmediğinin düşünüldüğünü bildirmiştir. Bakanlık, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddia çerçevesinde başvurucunun şirketlerinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmekte olan bir

suçun ve kuvvetli suç şüphesinin bulunmadığı yönündeki şikâyetlerinin ise özü itibarıyla kanun yolu şikâyetine ilişkin olduğunu belirtmiştir.

68. Bakanlık, el koyma tedbirinin geçici olarak uygulandığına dikkat çekerek Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında müdahalenin mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolüne ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelendiğini bildirmiştir. Bakanlık bu bağlamda ilk olarak müdahalenin kanuni bir dayanağının olduğunu belirtmiştir. Bakanlık, bunun yanında suçla mücadele ve suç işlenmesinin önlenmesi amacı dikkate alındığında müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacının da olduğunu vurgulamıştır. Bakanlık, ceza soruşturması kapsamında başvurucuya uygulanan tedbire karşı yetkili makamlar önünde etkin bir itiraz imkânının tanındığını, söz konusu tedbir gereği atanan kayyımın yetkisinin özenle ve şirket menfaatleri gözetilerek yerine getirildiğini bildirmiştir. Bakanlık, bu çerçevede hâlen TMSF tarafından idare edilen şirketlerin kârlılık durumlarının devam etmekte olduğunun bildirildiğine işaret etmiştir. Bakanlık ayrıca, kayyımların işlemleri nedeniyle bir zarara uğranılması hâlinde tazminat davası açılabileceğini de vurgulamıştır. Bakanlık son olarak olağanüstü hâl ilanı ile birlikte derogasyon bildirimi yapıldığını da belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olduğunu bildirmiştir.

69. Başvurucu, cevap dilekçesinde başvuru formundaki beyanlarını yinelemiştir.

2. Değerlendirme

70. 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."

71. 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).

72. Başvurucu, Başsavcılığın ceza soruşturması sırasında yaptığı basın açıklamasında yer verilen ifadeler sebebiyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Masumiyet karinesi, kişinin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilmemesini ve suçlu muamelesine tabi tutulmamasını güvence altına alır (*Kürşat Eyol*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26, *Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 27). Ancak olayda iddia makamı konumundaki Başsavcılığın söz konusu basın açıklamasının yapılan el koyma ve arama bulgularının paylaşımından ibaret olduğu dikkate alınarak masumiyet karinesi bakımından ayrıca inceleme yapılmamıştır.

73. Başvurucunun derece mahkemelerince kanundaki koşullar gerçekleşmeden ve konuya ilişkin bilirkişi raporu da tebliğ edilmeden gerekçesiz olarak söz konusu şirketlere kayyım atandığı yönündeki şikâyetleri adil yargılanma hakkı ile suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin ihlali iddiaları kapsamında da ileri sürülmüştür. Başvurucu ayrıca ortağı olduğu şirketlerdeki yönetim yetkisinin alınmasıyla mahkemeye erişim ve etkili başvuru haklarının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu; sulh ceza hâkimliklerinin doğal hâkim ilkesine aykırı olarak kurulmuş mahkemeler olduğunu, ayrıca bağımsız ve tarafsız da olmadıklarını belirtmiştir. Başvurucu, bu gerekçelerle şirketlere kayyım atanması nedeniyle özel hayata saygı hakkının da ihlal edildiğinden yakınmıştır. Bununla birlikte başvurucunun belirtilen şikâyetlerinin özü, ortağı ve yöneticisi olduğu şirketlerin yönetiminin kayyıma devredilmesi nedeniyle mal varlığı bakımından önemli zararlara yol açıldığı şikâyetine bağlı olarak mülkiyet hakkının ihlali iddiasına ilişkindir. Bu nedenle başvurucunun belirtilen ihlal iddiaları mülkiyet hakkı kapsamında incelenmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

74. Bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, §§ 16, 17).

75. 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendinde, eşyasına veya diğer mal varlığı değerlerine koşulları oluşmadığı hâlde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer mal varlığı değerleri amaç dışı kullanılan ya da zamanında

geri verilmeyen kişilere tazminat talebinde bulunabilme imkânı tanınmaktadır (bkz.§ 40).

76. Anayasa Mahkemesi, ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında yargı organlarınca şüphelilerin eşyasına ya da mal varlığı değerlerine ilişkin olarak el koyma tedbirinin uygulandığı durumlarda bunun hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa -ilgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak- 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır (*Nuray Işık*, B. No: 2014/7561, 28/9/2016, §§ 60-69; *Sinan Aydın Aygün (2)*, B. No: 2014/922, 16/6/2016, §§ 61-69).

77. Bununla birlikte somut olayda kayyım atanmasına ilişkin koruma tedbirinin devam ettiği gözönünde bulundurulmalıdır. Mülkiyet hakkına ilişkin bireysel başvurularda giderim bakımından kural olarak eski hâle getirme (restitutio in integrum) yükümlülüğü söz konusu olup bunun mümkün olamaması durumunda tazminat yolu etkili bir yol olarak görülmektedir (*Halil İbrahim Köktepe*, B. No: 2014/12521, 19/4/2017, § 47). Bunun doğal bir sonucu olarak 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında öngörülen hukuk yolu giderim bakımından sadece tazminat içerdiğinden devam eden el koyma veya kayyım atanmasına ilişkin müdahaleler bakımından söz konusu hukuk yolu bu aşamada etkili olarak görülemez.

78. Kayyım atanmasına ilişkin olarak soruşturma aşamasında hâkim tarafından 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesi uyarınca verilen kararlara karşı ilgililer tarafından 5271 sayılı Kanun'un 267. maddesi uyarınca itiraz yoluna başvurulabilecektir. Somut olayda da başvurucunun kayyım atanmasına ilişkin karara karşı süresinde itiraz yoluna başvurduğu ve itirazının Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliğince 12/11/2015 tarihinde reddedilmesi üzerine bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır (bkz. §§ 24-26). Bu durumda başvuru yollarının usulünce tüketildiğinin kabulü gerekmektedir.

79. Diğer taraftan başvuruya konu olayda şirketlerin yönetiminin kayyıma devredildiği dikkate alındığında şirket tüzel kişiliğinin başvurmasını güçleştiren hukuki sınırlamalar nedeniyle bu şirketlerin ortağı ve yöneticisi olduğu anlaşılan başvurucunun doğrudan ve güncel bir mağduriyetinin söz konusu olduğu değerlendirilmiştir (Benzer yöndeki karar için bkz. *Özgür Güleç*, B. No: 2014/11503, 1/2/2017, § 37).

80. 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

81. 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).

82. 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).

83. 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).

84. Başvurucu, kayyım atanan şirketlerin ortağı ve yöneticisi konumundadır. Sermaye şirketlerinin ortaklık paylarının Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülk olduğunda kuşku bulunmamaktadır (Hisse senetlerinin mülk teşkil ettiğine ilişkin benzer yöndeki karar için bkz. *Josef Asboth*, B. No: 2013/6484, 31/3/2016, § 46).

ii. Müdahalenin Varlığı ve Türü

85. 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 ondan tasarruf etme, onun ürünlerinden yararlanma olanağı verir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri,* B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, mülkün 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).

86. 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*, §§ 55-58).

87. Sermaye şirketlerinin idare edilmesi şirketin ekonomik faaliyetleri, mal varlığı ve gelirleri üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi tanıması bakımından önem taşımaktadır. Dolayısıyla şirketler yönünden yönetimin kamu gücü kullanılarak kayyıma devredilmesinin şirket ortağı ve yöneticisi konumundaki başvurucu yönünden mülkiyet hakkı kapsamında tanınan tasarruf yetkisini kısıtladığı kuşkusuzdur (Benzer yöndeki karar için bkz. *Emine Görgülü*, B. No: 2014/5871, 6/7/2017, § 48). Diğer taraftan kayyım atama tedbiri, suç isnadı kapsamında uygulanan geçici bir koruma tedbiri mahiyetindedir. Bu tedbirle başvurucu, mevcut aşama itibarıyla mülkünden yoksun bırakılmış değildir. Bu tedbire terörizmin finansmanının önlenmesi ve güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin muhtemel bir müsaderenin uygulanmasını temin amacıyla gerek duyulduğu anlaşılmaktadır. 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 (Benzer yöndeki karar için bkz. *Hanife Ensaroğlu*, B. No: 2014/14195, 20/9/2017, § 52).

iii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

88. 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."

89. 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 ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir(*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

90. Başvurucunun şikâyetine konu tedbir kararı, olağanüstü hâl ilanından önce başlatılan bir soruşturma kapsamında ve henüz olağanüstü hâl ilan edilmeden önce verilmiştir. Her ne kadar bireysel başvuru incelemesi sırasında başvurucunun ortağı ve yöneticisi olduğu şirketlerdeki kayyım yetkisi olağanüstü hâl döneminde çıkarılan KHK'larla ile TMSF'ye devredilmiş ise de başvurucunun asıl şikâyeti kayyım atanması tedbirinin uygulanması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlali iddiasına yöneliktir. Dolayısıyla tedbir kararının verildiği tarih gözetildiğinde başvurunun Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Sonuç olarak olağan

dönemde yapıldığı anlaşılan başvuruya konu müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecektir.

(1) Kanunilik

91. 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).

92. Başvurucu, el koyma kararının kanuna aykırı olarak uygulandığını ileri sürmektedir. Ancak hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik şikâyetler bakımından Anayasa Mahkemesinin 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. Yukarıda da değinildiği üzere somut olayda müsadere yoluyla başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin mevcut olduğu kuşkusuzdur (bkz. § 86). Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ise öncelikle 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 (Benzer yöndeki karar için bkz. *Torsan Orman Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2014/13677, 20/9/2017, § 63) .

93. Somut olayda başvuruya konu kayyım atanması tedbiri, 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesi kapsamında uygulanmıştır. Bu maddenin birinci fıkrasında; suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkemenin şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabileceği hüküm altına alınmıştır. Maddenin dördüncü fıkrasında da kayyım atanması öngörülen suçlar gösterilmiştir. Kayyım

atanmasına ilişkin talep yazısında ve kararda da anılan fıkrada gösterilen suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama ve silahlı örgüt ile bu örgütlere silah sağlama suçlarının işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphesinin mevcut olduğu belirtilmiştir.

94. Diğer taraftan bireysel başvuru devam ederken olağanüstü hâl kapsamı çerçevesinde düzenlenen 674 sayılı KHK'nın 19. maddesi ile daha önce terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya bu örgütle irtibatı nedeniyle kayyım atanmasına karar verilen şirketlerde görev yapan kayyımların yetkilerinin hâkim veya mahkeme tarafından TMSF'ye devredileceği ve devirle birlikte kayyımların görevlerinin sona ereceği belirtilmiştir.

95. Sonuç olarak söz konusu Kanun ve KHK hükümlerinin açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir mahiyette olduğu dikkate alındığında başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuna dayandığı kuşkusuzdur.

(2) Meşru Amaç

96. 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).

97. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında el koyma ve müsadere gibi tedbirlerin çeşitli kamu yararı amaçlarını taşıdığı açıklanmıştır. Buna göre söz konusu tedbirler ile 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 tehlikelilik arz eden suça konu mülkün kullanılmasının ve dolaşımının engellenmesi hedeflenmektedir (*Bekir Yazıcı* [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, § 64; *Mahmut Üçüncü*, B. No: 2014/1017, 13/7/2016, 76; *Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu*, B. No: 2014/5167, 28/9/2016, § 69; *Hanife Ensaroğlu*, § 60).

98. Uluslararası hukuk metinlerinde de suçla mücadelede bu gibi tedbirlerin etkin bir yaptırım olarak kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Nitekim ülkemizin de taraf olduğu141 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Zapt Edilmesi ve Müsadere Edilmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi ile 198 sayılı Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması ve Müsaderesi Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde; giderek artan ölçüde uluslararası bir sorun hâline gelen suça karşı mücadelenin uluslararası düzeyde modern ve etkin yöntemlerin kullanılmasını gerektirdiği, bu yöntemlerden birinin de el koyma ve müsadere tedbirleri olduğu ve bu alanda uluslararası iş birliğine de ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Ayrıca yine ülkemizin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme de terörizmin finansmanının engellenmesi bakımından el koyma ve müsadere gibi tedbirlerin uygulanmasının gerekli olduğunu düzenlemektedir (bkz. §§ 48-51).

99. Terörizmin finansmanının önlenmesi günümüzde hem ulusal hem de uluslararası alanda son derece büyük bir sorun teşkil eden terör örgütleriyle mücadele bakımından büyük önem taşımaktadır. Terörizme mali kaynak sağlayan kişi veya kurumların mal varlıklarının geçici olarak dondurulması veya somut olayda olduğu gibi şirketlerin yönetiminin tedbir amacıyla kamu gözetimi ya da denetimine alınması gibi tedbirler, terör örgütleri veya diğer organize suç örgütleriyle mücadele bakımından gerekli görülmektedir. Özellikle ekonomiyi, toplumsal ve siyasal gücü yönetmeyi amaçladığı belirtilen FETÖ/PDY gibi bir yapının yukarıda değinilen karmaşık mali yapısı ve örgütlenmesi dikkate alındığında (bkz. § 15) söz konusu tedbirlerin uygulanmasının suçla mücadele bakımından önemi ve yararı yadsınamaz.

100. Somut olayda ise başvurucunun ortağı ve yöneticisi olduğu şirketler grubunun kayyıma devredilmesinin terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla ve suçtan elde edildiği gerekçe gösterilerek muhtemel bir müsaderenin sonuçsuz kalmaması için gerekli görüldüğü anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu tedbirin uygulanmasının kamu yararına dayalı meşru bir amacı bulunmaktadır.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

101. Son olarak kamu makamlarınca başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

102. 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).

103. 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. Müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken Anayasa Mahkemesi; bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini, diğer taraftan da müdahalenin niteliğini, başvurucunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını gözönünde bulundurarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (*Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60).

104. Anayasa'nın 35. maddesi usule ilişkin açık bir güvenceden söz etmemektedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunabilmesi bakımından bu madde Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da ifade edildiği üzere mülk sahibine müdahalenin kanun dışı veya keyfî ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması güvencesini kapsamaktadır. Bu değerlendirme ise uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır (Başvurucuya diğer unsurlar yanında ayrıca etkin bir savunma hakkı tanındığından müdahalenin

ölçülü görüldüğü kararlar için bkz. *Eyyüp Baran*, B. No: 2014/8060, 29/9/2016, §§ 75-95; *Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu*, §§ 74-89;buna karşılık aynı koşulun yargılama sürecinde sağlanmaması nedeniyle müdahalenin ölçüsüz görüldüğü kararlar için bkz. *Mahmut Üçüncü*, §§ 79-102; *Arif Güven*, §§ 57-72).

105. Ayrıca el koyma veya müsadere gibi tedbirler yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin bireyin menfaatleri ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengeyi bozmaması için suça veya kabahate konu eşyanın malikinin davranışı ile kanunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağının olması ve *iyi niyetli* eşya malikine eşyasını -tehlikeli olmaması kaydıyla- geri kazanabilme olanağının tanınması veya iyi niyetli malikin bu nedenle oluşan zararının tazmin edilmesi gerekmektedir (*Bekir Yazıcı*, §§ 31-80; *Hanife Ensaroğlu*, § 66).

106. Yukarıda da değinildiği üzere 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. 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 (*Hanife Ensaroğlu*, 67).

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

107. Başvurucunun gelirlerinin suçtan elde edildiği veya suçta kullanılacağı şüphesiyle ortağı ve yöneticisi olduğu şirketlerin kayyıma devredilmesinin terörizmin finansmanının önlenmesi ve muhtemel bir

müsaderenin güvence altına alınması amacı bakımından elverişli olmadığı söylenemez.

108. Suçla ve özellikle de örgütlü suçlarla mücadele gibi zor bir alanda hangi tedbirlerin gerekli olup olmadığının değerlendirilmesi öncelikli olarak ilgili kamu makamlarının yetkisindedir. Bu alanda ne gibi tedbirlerin alınması gerektiği hakkında sorumlu ve yetkili otoriteler daha isabetli karar verebilecek konumdadır. Bu nedenle hangi tedbirin uygulanacağının belirlenmesi hususunda idarelerin belli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Ne var ki seçilen aracın gerekliliğine ilişkin olarak idarelerin sahip 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.

109. Somut olayda başvurucu, denetim kayyımı atanmak suretiyle de istenen amacın gerçekleştirilebileceğini ileri sürmüştür. Ancak Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin kayyım atamaya ilişkin kararında da bu husus irdelenmiş ve söz konusu şirketlerin büyüklüğü, bu şirketler vasıtasıyla işlendiği iddia edilen suçların kapsamı, yoğunluğu ve etkinliği gerekçeleriyle yönetim organının kararlarını denetlemek üzere kayyım atanmasının yeterli görülmediği ifade edilmiştir. Sulh Ceza Hâkimliğine göre bu şirketlere sadece denetim yönünden kayyım atanması atılı suçların işlenmesine engel olamayacağı gibi delillerin toplanması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yönünden de yetersiz kalacaktır. Dolayısıyla belirtilen gerekçeler ve kamu makamlarının bu alandaki takdir yetkileri dikkate alındığında somut olayın koşulları altında müdahalenin gerekliliği hususunda yapılan değerlendirmenin aksi bir sonuca ulaşmayı gerektirecek bir nedeni bulunmamaktadır.

110. 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.

111. Bu bağlamda öncelikle başvurucuya uygulanan tedbire karşı iddia ve savunmalarını etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınıp tanınmadığı değerlendirilmelidir. Her ne kadar başvurucu bilirkişi raporuna karşı itirazlarının değerlendirilmediğini ve derece mahkemelerinin kararlarının yeterli bir gerekçe içermediğini belirtmiş ise de başvurucunun kayyım atama kararına karşı süresinde yaptığı itiraz üzerine Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliğince verilen kararda konuya ilişkin olarak ayrıntılı tespit ve değerlendirmelerin yer aldığı görülmektedir. İtiraz dilekçesinde, kendisini avukat ile temsil ettiren başvurucunun bilirkişi raporuna karşı beyanlarının da mevcut olduğu görülmektedir.

112. Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin kararında konuya ilişkin teknik değerlendirmeleri içeren MASAK raporu ile yetinilmemiş, ayrıca Bilirkişi Kurulundan da rapor alınmıştır. Başvurucunun itirazlarını değerlendiren Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliğinin kararında da başvurucunun iddialarına yer verilerek rapordaki bulgular tartışılmıştır. Bu anlamda başvurucunun itiraz aşamasında bilirkişi raporuna karşı beyanlarını sunabildiği dikkate alındığında kayyım atama kararından önce söz konusu raporun tebliğ edilmemesi de bir sorun teşkil etmemektedir. Diğer taraftan itiraz üzerine verilen kararda ceza usulüne ilişkin hususlar yanında mülkiyet hakkının anayasal güvenceleri bakımından da bazı değerlendirmeler yapılmıştır. Ayrıca başvurucunun itirazları üzerine bazı şirketler üzerindeki kayyım atama kararları da ek kararlarla kaldırılmıştır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleye karşı başvurucunun etkin bir biçimde itiraz edebilme olanağı bulduğu ortadadır.

113. Başvurucu bu bağlamda ayrıca sulh ceza hâkimliklerinin doğal hâkim ilkesine aykırı olarak kurulmuş mahkemeler olduğunu, bağımsız ve tarafsız da olmadıklarını belirtmiştir.

114. Anayasa Mahkemesince sulh ceza hâkimliklerinin kanuni hâkim güvencesini sağlamadıklarına, tarafsız ve bağımsız mahkeme olmadıklarına, tutukluluğa itirazın bu yargı mercilerince karara bağlanmasının etkili bir itirazda bulunmayı imkânsız hâle getirdiğine ilişkin iddialar birçok kararda incelenmiş; bu kararlarda sulh ceza hâkimliklerinin yapısal özellikleri dikkate alınarak söz konusu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır (*Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 101-115; *Mehmet Baransu (2)*, B. No: 2015/7231, 17/5/2016, §§ 64-78). Somut başvuruda, aynı mahiyetteki iddialara ilişkin olarak anılan kararlarda varılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

115. Diğer taraftan belirtmek gerekir ki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı konusunda Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen suçun işlendiğine ilişkin *"kuvvetli belirti"* veya 5271 sayılı Kanun'da ifade edilen *"kuvvetli suç şüphesi"* gibi kavramlara mülkiyet hakkına ilişkin Anayasa'nın 35. maddesinde yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına yönelik olarak yapılan bireysel başvurularda tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için Anayasa'nın 19. maddesiyle getirilen bir ek güvence olduğu anlaşılan suçun işlendiğine ilişkin *kuvvetli belirti* veya *kuvvetli suç şüphesi* gibi kavramlara yönelik bir değerlendirme yapması söz konusu değildir. Bununla birlikte mülkiyet hakkına müdahaleye yol açan tedbirlerin keyfî veya öngörülemez biçimde uygulanmaması gerekmektedir. Aksi takdirde mülkiyet hakkının etkin bir biçimde korunması mümkün olmaz. Bu sebeple kamu makamlarınca başvurucunun eylemi ile tedbire yol açan kanuna aykırılık arasında bağlantı olduğunu gösterir makul bir değerlendirme yapılmalıdır.

116. Başvurucunun şirketlerinin kayyıma devredilmesinin temel gerekçesi olarak suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerinin aklanması, silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama suçlarının işlenmekte olduğuna ilişkin kuvvetli suç şüphesinin mevcut olduğu gösterilmektedir. Yargısal makamların bu değerlendirmelerinin ise uzman bilirkişi raporu ve MASAK raporu doğrultusunda bazı somut olgulara dayandığı görülmektedir. Elbette başvurucuların atılı suçları işleyip işlemedikleri, bu çerçevede kayyım atanan şirketlerin akıbetinin ne olacağı ve müsaderenin gerekip gerekmediği, iddia ve savunma ortaya konularak yapılacak çelişmeli yargılama neticesinde belirlenebilecektir. Anayasa Mahkemesinin bu aşamada bilirkişi raporlarındaki birtakım teknik bulgu ve tespitler yönünden herhangi bir değerlendirme yapabilmesi söz konusu değildir.

117. Somut olayda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 13/6/2017 tarihli iddianame ile terörizmin finansmanı yönünden dosyanın tefrikine karar verilmiş; ayrıca başvurucunun güveni kötüye kullanma, 213 ve 6263 sayılı Kanunlara muhalefet gibi tedbir aşamasında belirtilmeyen suçlardan da cezalandırılması istenmiş ve güveni kötüye kullanma suçundan başvurucu hakkında müsadere talebinde bulunulmuştur. Ceza soruşturması sırasında elde edilen bilgi, belge ve delillere göre suçun mahiyetinin değişebileceği gözetilmelidir. Kaldı ki başvurucu hakkında kayyım atanmasına da yol açan terör örgütü yöneticiliği suçlamasıyla ceza davası açıldığı ve ayrıca terörizmin finansmanının önlenmesi çerçevesinde

müsadere talep edildiği dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak başvuruya konu tedbir kararının keyfî veya öngörülemez olduğu söylenemez.

118. Ayrıca ceza soruşturmasının mahiyeti ve başvurucuya isnat edilen suçların niteliği gözetildiğinde başvurucunun kayyım atama sürecine dâhil olamadığı şikâyetinin de yersiz olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, olağanüstü hâl döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler ile söz konusu şirketlerdeki kayyımlık yetkisinin bir kamu kuruluşu olan TMSF'ye devredilmesinin ise başvurucu yönünden bir olumsuzluğa yol açmadığı değerlendirilmektedir.

119. Diğer taraftan bilirkişilerce çeşitli muhasebe hilelerinin yapıldığının bildirildiği, kayyım atanan şirketlerin mali yapılarının karmaşıklığı, şirketlerin bilançolarının, mal varlıklarının ve gelir durumlarının ceza soruşturmasının ilk aşamalarında değerlendirilmesini güçleştirebilir. Nitekim iddianamede başvurucunun da aralarında olduğu sanıkların suçtan elde ettiği ileri sürülen gelirler gösterilmiş, yargılama sırasında da ceza mahkemesince konu hakkında bilirkişi raporu düzenlenmesi yönünde ara kararı verilmiştir. Netice itibarıyla suçtan elde edilen gelirden fazlasına el konulmaması ve müsadere edilmemesi gerekmekle birlikte somut olayda tedbirin amacının yalnızca muhtemel bir müsaderenin güvence altına alınması olmayıp diğer bir amacının da terörizmin finansmanının önlenmesi olduğu dikkate alınmalıdır. Ayrıca olayın karmaşıklığı gözetildiğinde suçtan elde edilen gelirlerin tespitine ilişkin sürecin belirli bir zaman alacağı dikkate alındığında ve sonradan iddianamede gösterilen suçtan elde edildiği ileri sürülen gelir tutarlarıyla karşılaştırıldığında kayyım atama kararının açık bir orantısızlık da içermediği anlaşılmaktadır.

120. Son olarak Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliğinin kararında da değinildiği üzere kayyımın yaptığı iş ve işlemlere karşı çeşitli hukuk yollarının mevcut olduğu görülmektedir. Buna göre 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kayyıma şirket bütçesinden ödenen ücretin tamamının soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi hâlinde kanuni faiziyle birlikte ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında, ilgililerin atanan kayyımın işlemlerine karşı görevli mahkemeye 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre başvurabilecekleri belirtilmiştir. Dolayısıyla başvurucunun bu maddeye göre şirketlerin yönetimi ile ilgili olarak kayyımın işlemlerine karşı her zaman dava açabilme

hakkı bulunmaktadır. Bunun yanında yine bu maddenin (4) numaralı fıkrasında, kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı 5271 sayılı Kanun'un 142. ila 144. maddeleri uyarınca devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği düzenlenmiştir.

121. Bu durumda özellikle örgütlü suçlarla mücadele alanında kamu makamlarının sahip olduğu geniş takdir yetkisinin bulunduğu ve somut olayda şikâyet edilen tedbirin niteliği ile bu tedbire ilişkin olarak başvurucuya sağlanan güvenceler dikkate alındığında müdahalenin başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklemediği değerlendirilmiştir. Bu sebeple başvuruya konu müdahalenin kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil dengeyi bozmadığı ve ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.

122. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

B. İfade ve Basın Özgürlüklerinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

123. Son olarak başvurucu, ortağı olduğu medya şirketlerine kayyım atanması nedeniyle ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu; bu bağlamda medya kuruluşlarına kayyım atanmasının kanuni veya öngörülebilir olmadığını, bunun meşru bir amacının da bulunmadığını belirtmiştir. Başvurucu bu bağlamda ayrıca kayyım atanması için hiçbir acil sosyal ihtiyacın söz konusu olmadığını ve müdahalenin ölçüsüz olduğunu ifade etmiştir.

124. 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 (1) numaralı fıkrası gereği bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16).

125. Başvuruculların özel hayata saygı hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerine ilişkin şikâyetlerini başka herhangi bir merci önünde ileri

sürmeden doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulundukları anlaşılmaktadır. Bu kapsamda arama tedbirinin uygulanması nedeniyle başvurucuların anılan haklarının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri yönünden etkili bir olağan kanun yolunun var olup olmadığı belirlenmelidir.

126. Tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olması yanında telafi kabiliyetini haiz olması ve tüketildiğinde başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanıması gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduğunun gösterilmesi ya da en azından etkili olmadığının kanıtlanmamış olması gerekir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 29).

127. Başvurucunun ortağı ve yöneticisi olduğu şirketlere kayyım atanması tedbirialtın madenciliğinden enerji, gıda, medya, bilişim, sigorta, tedarik, turizm, seyahat sektörlerine uzanan geniş bir alanda faaliyet gösteren şirketler grubunun bütünü yönünden uygulanmıştır. Buna göre söz konusu tedbir bu şirketler grubunda yer alan bazı basın yayın organları yönünden münferit olarak uygulanmış değildir. Somut olayda bu tedbirin uygulandığı şirketler grubunun genel olarak faaliyetlerinin terörizmin finansmanı ve diğer bazı suçlar çerçevesinde soruşturma ve kovuşturmaya konu edildiği dikkate alınmalıdır. Başvurucunun bu çerçevedeki ihlal iddiaları ise mülkiyet hakkı kapsamında incelenmiştir. Diğer bir deyişle şikâyet edilen tedbirin münhasıran basın ve yayın kuruluşlarına yönelik olarak değil mülkiyetin kullanımının kamu yararına kontrolü çerçevesinde pek çok sektörde faaliyet gösteren şirketler grubu yönünden genel bir uygulamanın parçası olarak uygulandığı değerlendirilmiştir.

128. Diğer taraftan bireysel başvuru sırasında olağanüstü hâl çerçevesinde şirketler grubunda yer alan bazı basın yayın organlarının kararname ile kapatıldığı görülmektedir. Ancak 23/1/2017 tarihli ve 29957 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında KHK'nın 1. maddesiyle Anayasa'nın 120. maddesi kapsamında ilan edilen ve 21/7/2016 tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla onaylanan olağanüstü hâl kapsamında terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna MGK tarafından karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan KHK hükümleri ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak

üzere Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur. Sonradan oluşturulan bu başvuru yolunun ulaşılabilirlik açısından ve başarı şansı sunma ile yeterli giderim sağlama kapasitesi yönünden etkili bir kanun yolu olup olmadığı Anayasa Mahkemesince incelenmiş ve bu kanun yolunun tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olduğu ifade edilmiştir (*Remziye Duman*, B. No: 2016/25923, 20/7/2017, §§ 39-47).

129. Dolayısıyla başvurucunun ihlal iddiaları dikkate alındığında ilk bakışta ulaşılabilir ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görünen, (Komisyona) başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun *ikincil niteliği* ile bağdaşmayacağı sonucuna varılmıştır.

130. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* 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 EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 24/5/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ALİ RIZA AKARSU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/6999)

Karar Tarihi: 12/9/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Raportör : Özgür DUMAN

Başvurucu : Ali Rıza AKARSU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ihale yoluyla idareden satın alınan aracın ihtiyati tedbir kararı gerekçe gösterilerek geç tescil edilmesi yüzünden uğranılan zararın giderilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/4/2015 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 bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucu, 1955 doğumlu olup şehirler arası taşımacılık alanında şoförlük yapmaktadır.

10. 74 BC 072 plakalı kamyon, araç sahibi B.Ç.nin borcu nedeniyle Çerkezköy Vergi Dairesi Müdürlüğünce (Vergi Dairesi) haczedilerek ihale yoluyla satışa çıkarılmıştır. Başvurucu, Vergi Dairesinin 8/7/2008 tarihinde düzenlemiş olduğu açık artırmaya katılarak bu kamyonu satın almıştır. İhalenin kesinleşmesi üzerine başvurucu 21/7/2008 tarihinde Bartın Emniyet Müdürlüğüne aracın trafik siciline tescili için talepte bulunmuştur. Emniyet Müdürlüğü 22/9/2008 tarihli yazı ile aracın tescilinin mümkün olmadığını başvurucuya bildirmiştir. Bu yazıda, Bartın 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 11/4/2008 tarihli kararı uyarınca aracın trafik sicilinde tescil edilmiş bir ihtiyati tedbir şerhinin bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca ihaleyi gerçekleştiren idarenin aracın son takyidat durumu ile ilgili olarak bilgi almadığı ifade edilmiş ve nakil işleminin gerçekleştirilmesi hâlinde araçla ilgili diğer hak sahiplerinin mağdur olabileceği, bunun ise tazminat davalarına ve ilgili memurlar hakkında rücu davalarına neden olacağı açıklanmıştır.

11. Başvurucu, bu idari işleme karşı 11/11/2008 tarihinde Zonguldak İdare Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Mahkeme 4/5/2009 tarihinde davanın kabulü ile dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; Asliye Hukuk Mahkemesince verilen ihtiyati tedbir kararının rızai alım satımlar için uygulanabileceği, bu tedbir kararının cebri satış suretiyle yapılan ihale sonunda söz konusu aracı tescilden önce edinen başvurucu adına tescil edilmesini engellemediği belirtilmiştir. Karar temyiz edilmemiş, idare bu kararın uygulanması kapsamında 7/9/2009 tarihinde aracı başvurucu adına trafik siciline tescil etmiştir.

12. Başvurucu bu defa satın aldığı aracın yaklaşık bir yıl geç tescil edilmesi nedeniyle uğradığı zararların tazmini için 21/7/2008 tarihinde idareden talepte bulunmuştur. Bu talebe bir cevap verilmemesi üzerine başvurucu 10/9/2009 tarihinde Bartın Valiliği aleyhine aynı Mahkemede tam yargı davası açmıştır. Başvurucu, aracın tamiri için yaptığı masrafın

karşılığı olarak 14.943,52 TL ve idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle bu aracı bir yıl boyunca kullanamadığı için 60.000 TL olmak üzere toplam 74.943,52 TL tutarında maddi tazminat talebinde bulunmuştur.

13. Mahkeme 28/1/2010 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, idarece yapılan açık artırmada satın alınan aracın tamiri için yapılan harcamanın idarenin hukuka aykırı işleminden kaynaklanmadığı belirtilmiştir. Mahkeme, başvurucunun idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle aracı bir yıl ticari faaliyette kullanamaması nedeniyle uğradığını belirttiği zarara ilişkin 60.000 TL tutarındaki maddi tazminat talebini de reddetmiştir. Mahkemeye göre söz konusu aracın bu süre içinde ticari faaliyette kullanılıp kullanılmayacağı, devamlı surette iş bulunup bulunamayacağı ve bu işler için ne miktarda gelir elde edilebileceği kesin olarak belirli olmayıp bu sebeple maddi tazminat talebinin kabulüne imkân bulunmamaktadır.

14. Temyiz edilen karar, Danıştay Onbeşinci Dairesince 24/4/2014 tarihinde onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme istemi aynı Dairenin 12/2/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

15. Nihai karar, başvurucu vekiline 25/3/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 20/4/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

17. Olay tarihi itibarıyla yürürlükte olan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesi şöyledir:

"Hakim iki taraftan birinin talebiyle davanın ikamesinden evvel veya sonra aşağıda gösterilen hal ve şekillerde ihtiyati tedbirler ittihazına karar verebilir:

1 – Menkul ve gayrimenkul malların ayni münazaalı ise bunun haciz veya yeddiadle tevdiine,

2 – Münazaalı şeyin muhafazası için lazımgelen her türlü tedbirlerin ittihazına,

3 – Kanunu Medeni ile muayyen hallerde nafaka alınmasına,

4 – Ayrılık veya boşanma davası üzerine Kanunu Medeni mucibince icap eden muvakkat tedbirlerin ittihazına."

18.1086 sayılı mülga Kanun'un 103. maddesi şöyledir:

"101 ve 102 nci maddelerde gösterilen hallerden başka tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defi için hakim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir."

19. Bu Kanun'u yürürlükten kaldıran 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389. maddesi şöyledir:

"(1) Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.

(2) Birinci fıkra hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır."

20. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesi şöyledir:

"İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu hususta kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır."

21. 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 19. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Araç sahipleri araçlarını yönetmelikte belirtilen esaslara göre yetkili kuruluşa tescil ettirmek ve tescil belgesi almak zorundadırlar."

22. 2918 sayılı Kanun'un 20. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Tescil süreleri, satış ve devirler, noterlerin sorumluluğu ile ilgili esaslar şunlardır:

a) Araç sahipleri,

1. (Değişik: 13/2/2011-6111/55 md.) Tescili zorunlu ve ilk tescili yapılacak olan araçların satın alma veya gümrükten çekme tarihinden itibaren üç ay içinde tescili için; bunların hurda durumuna gelmesi hâlinde ise bir ay içinde tescilin silinmesi için ilgili trafik tescil kuruluşuna veya Emniyet Genel Müdürlüğünün belirleyeceği kamu kurum veya kuruluşları ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine başvurmak,

2. (Değişik: 2/4/1998 - 4358/3 md.) Tescilin yapılması veya silinmesi için vergi kimlik numarası ile yönetmelikte belirtilen bilgi ve belgeleri sağlamak,

Zorundadırlar.

...

d) (Değişik: 24/12/2009-5942/1 md.) Tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, satış ve devri yapılacak araçtan dolayı motorlu taşıtlar vergisi, gecikme faizi, gecikme zammı, vergi cezası ve trafik idari para cezası borcu bulunmadığının tespit edilmesi ve taşıt üzerinde satış ve/veya devri kısıtlayıcı herhangi bir tedbir veya kayıt bulunmaması halinde, araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi veya trafik tescil kayıtları esas alınarak noterler tarafından yapılır. Noterler tarafından yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir...

...

Haciz, müsadere, zapt, buluntu, trafikten men gibi nedenlerle; icra müdürlükleri, vergi dairesi müdürlükleri, milli emlak müdürlükleri ile diğer yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından satışı yapılan araçların satış tutanağının bir örneği aracın kayıtlı olduğu trafik tescil kuruluşlarına üç işgünü içerisinde gönderilir. Aracı satın alanlar gerekli bilgi ve belgeleri sağlayarak ilgili trafik tescil kuruluşundan bir ay içerisinde adlarına tescil belgesi almak zorundadırlar. Alıcıların tescil belgesi almak için süresinde başvurmamaları halinde bu araçları alıcıları adına re'sen kayıt ve tescil ettirmeye Emniyet Genel Müdürlüğü yetkilidir.

Bu bendin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye İçişleri ve Maliye Bakanlıkları yetkilidir...

..."

23. 2918 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

Tescil edilen araçlar, "Tescil Belgesi" ve "Tescil Plakası" alınmadan karayollarına çıkarılamaz. (Ek cümle: 13/2/2011-6111/56 md.) Ancak, ilk tescili yapılan araçlar için düzenlenen tescile ilişkin geçici belgelerin geçerlilik süresi içinde, tescil belgesi alma zorunluluğu aranmaz."

B. Uluslararası Hukuk

24. 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."

25. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), mal varlığına ihtiyati tedbir uygulanmasını mülkiyet hakkına müdahale olarak değerlendirmiştir. *Poiss/Avusturya* (B. No: 9816/82, 23/4/1987) kararında, tarım arazilerine ilişkin bir planlama çerçevesinde taşınmazların geçici olarak devri şeklinde bir tedbirin uygulanmasıyla başvurucunun taşınmazını geçici olarak kullanmasının ve taşınmazından tasarruf etmesinin önüne geçildiği belirtilerek başvuru mülkiyetten barışçıl yararlanmaya ilişkin birinci kural çerçevesinde incelenmiştir. AİHM sonuç olarak başvuruya konu tedbirin yirmi dört yıl boyunca devam etmiş olduğuna dikkat çekerek başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir (*Poiss/Avusturya,* §§ 61-70).

26. *Köktepe/Türkiye* (B. No: 35785/03, 22/7/2008) kararına konu olayda ise orman idaresince açılan bir davada uyuşmazlık konusu taşınmazın tapu

kaydına konulan ihtiyati tedbir şerhinin mülkiyet hakkı bakımından sonuçları tartışılmıştır. AİHM; derece mahkemelerinin anayasal gerekçelerle başvurucunun mülkünün bir bölümüne tahdit getirdiğini, bu mahrumiyetin doğanın ve çevrenin korunması şeklindeki kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunduğunu, dolayısıyla hukuka aykırı ve keyfî hiçbir işlem bulunmadığını kabul etmiştir. Bununla birlikte AİHM, başvurucunun taşınmazı 1993 yılında iyi niyetle edindiğini vurgulamıştır. Mülkiyet hakkına yapılan bu müdahaleye karşın iç hukukta etkin bir tazminat yolunun mevcut olmadığı ise kararda özellikle belirtilmiştir. Kararda, başvurucunun mülkiyet hakkından yararlanmasının engellendiği hâlde bir tazminat ödenmemiş olması nedeniyle kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunmasının gereklilikleri arasındaki adil dengenin bozulduğu sonucuna varılmıştır. Bu doğrultuda şahsi olarak olağan dışı ve aşırı bir yüke katlanmış olduğu kanaatiyle başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (*Köktepe/Türkiye,* §§ 67-93).

27. *Pekárny a cukrárny Klatovy, a.s./Çek Cumhuriyeti* (B. No: 12266/07..., 12/1/2012) kararında ise başvurucu şirketin genel kurul toplantılarına getirilen yasağa ilişkin geçici tedbirlerin beş buçuk yıl sürmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir (*Pekárny a cukrárny Klatovy, a.s./ Çek Cumhuriyeti,* §§ 46-55).

28. *Sildedzis/Polonya* (B. No: 45214/99, 24/5/2005) kararına konu olayda başvurucu, vergi idaresince yapılan açık artırmada bir otomobil satın almıştır. Ancak araçların sicillerini tutmakla görevli belediye, tescil talebini öncelikle bu otomobilin kullanılamayacak (hurda) durumda olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Sonrasında başvurucu, aracın motoru ve şasi parçasını değiştirerek başvurduğunda ise bu defa başvurucunun tescil talebi, şasi numarasının değiştirildiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu araç, iki yıl altı aylık bir sürenin sonunda tescil edilebilmiştir. Müdahaleyi mülkiyetin kullanımının kontrolüne ilişkin üçüncü kural çerçevesinde inceleyen AİHM, şikâyet edilen kamu makamlarının işlem ve kararlarının haksız olduğu, ilgili mevzuatın tutarlı olmadığının iç hukukta da kabul edildiği tespitine yer vermiştir. Kararda ayrıca, iç hukukta mevcut benzer sorunların konu hakkında bir kanun değişikliği yapılana kadar çözülemediğine dikkat çekilmiştir. AİHM, bu sebeplerle olay tarihinde yürürlükte olan ilgili kanuni düzenlemelerin başvurucunun mülkiyet hakkına yapılacak keyfî müdahalelere karşı yeterli bir koruma sağlamak için gerekli açıklığı ve

hassasiyeti içermediği sonucuna varmıştır. AİHM; başvurucunun iyi niyetli alıcı olduğunu, aracı kamu makamlarından satın aldığını ve aracı satın alırken muhtemel sorunlar hakkında bilgi sahibi olmadığından bu sorunları öngörebilmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır. AİHM sonuç olarak başvurucunun vergi dairesinin düzenlediği bir açık artırmada satın aldığı aracın tescil edilmemesi nedeniyle neredeyse iki yıl bu aracı kullanamadığını belirterek başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklendiği kanaatiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Sildedzis/Polonya,* §§ 44-52).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

29. Mahkemenin 12/9/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

30. Başvurucu; uyuşmazlığa konu kamyonu ihale yoluyla satın aldığı tarihte ve hâlen şehirler arası taşıma işiyle uğraştığını, aracı da bu ticari faaliyet kapsamında satın aldığını belirtmiştir. Başvurucu; idare tarafından yapılan ihalede satın aldığı kamyonu kendi adına tescil ettirememesinin idarenin hatalı işleminden kaynaklandığını, idarenin kusuru sebebiyle uğradığı zararların da idarece karşılanması gerektiğini vurgulamıştır. Başvurucu; maddi zararının varlığına ilişkin fatura ve belgelerinin mevcut olduğunu, bunlara göre tescil talebi tarihi olan 21/7/2008 ile tescil tarihi olan 8/7/2009 arasında mahrum kaldığı kazanç kaybından idarenin sorumlu olması gerektiğini ifade etmiştir. Başvurucu, devamlı surette iş bulup bulamayacağının belirli olmadığı gerekçesiyle kazanç kaybı konusunda İdare Mahkemesince yeterli bir araştırma yapılmadan tazminat talebinin reddedilmesinin hukuka aykırı olduğundan yakınmıştır. Başvurucu sonuç olarak bu gerekçelerle adil yargılanma, mülkiyet ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

31. Bakanlık görüşünde, başvurucunun üzerinde tedbir şerhi bulunur şekilde satın aldığı aracı tescil ettirememesine yönelik olarak açtığı dava nedeniyle bu aracı kullanamamasının yargılamanın olağan bir sonucu olduğu belirtilmiştir. Bakanlık ayrıca Danıştayın yerleşik içtihadına göre idarenin hizmet kusurundan kaynaklı olarak açılan tazminat davalarında muhtemel zararların karşılanmasının mümkün olmadığını, gerçek ve ispatlanmış zararların karşılanabileceğini vurgulamıştır. Bakanlık son olarak aracın hukuka aykırı olarak tescil edilememesinin ve bir yıl süreyle araç

üzerinde tasarrufta bulunulamaması bakımından mülkün varlığı hususunun tartışılması gerektiği görüşünü bildirmiştir.

B. Değerlendirme

32. 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."

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, mülkiyet hakkının ihlali iddiası yanında ayrıca adil yargılanma ve etkili başvuru haklarının da ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucunun idareden satın aldığı kamyonu ihtiyati tedbir şerhi gerekçe gösterilerek bir yıla yakın bir süre tescil ettirememesi suretiyle kullanamaması ve bundan tasarrufta bulunamaması yönündeki şikâyetleri mülkiyet hakkını ilgilendirdiğinden başvurucunun belirtilen şikâyetlerinin mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

34. 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

35. 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).

36. 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).

37. Somut olayda başvurucu, Vergi Dairesince 8/7/2008 tarihinde düzenlenen açık artırmada uyuşmazlığa konu kamyonu satın almıştır. Başvurucunun kamyonu trafik sicilinde kendi adına tescil ettirme talebi Emniyet Müdürlüğünce reddedilmiş ancak başvurucunun bu işleme karşı açtığı davada İdare Mahkemesi 4/5/2009 tarihinde dava konusu idari işlemin iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, başvurucunun yapılan ihale sonucunda bu aracın mülkiyetini edindiği açık olarak belirtilmiştir. Bu kararın uygulanması kapsamında söz konusu kamyon 7/9/2009 tarihinde trafik sicilinde başvurucu adına tescil edilmiştir. Dolayısıyla hukuki bakımdan taşınır bir eşya olan ve ekonomik bir mal varlığı değeri ifade eden söz konusu motorlu araç yönünden mülkiyet hakkı kapsamında başvurucunun *mülk*ünün mevcut olduğu kuşkusuzdur.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

38. 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 ondan tasarruf etme, onun ürünlerinden yararlanma olanağı verir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri,* B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, mülkün 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).

39. Başvuru konusu olayda başvurucunun kamyonu 8/7/2008 tarihinde edindiği ve mülkünden kalıcı veya geçici olarak yoksun bırakılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte başvurucunun ancak tescile ilişkin dava süreci sonunda 7/9/2009 tarihinde bu kamyonu trafik sicilinde adına tescil

ettirebildiği anlaşılmaktadır. 2918 sayılı Kanun'un 19. ve 20. maddelerine göre araç sahiplerinin araçlarını trafik siciline tescil ettirmeleri zorunlu olup aynı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca aracın trafiğe çıkarılabilmesi için öncelikle tescil edilmesi, tescil belgesi ve tescil plakası alınması gerekmektedir. Buna göre başvurucunun edindiği tarihten tescil edildiği tarihe kadar bu aracı trafiğe çıkaramadığı için kullanamadığı ve araçtan yararlanamadığı açıktır. Dolayısıyla somut olay bağlamında aracın tescil edilmemesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği değerlendirilmiştir.

40. 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).

41. 2918 sayılı Kanun hükümlerine göre tutulan resmî bir kayıt sistemi olan trafik sicili, motorlu araçların teknik ve fiziki özellikleri ile üzerindeki hakları ve kısıtlamaları göstermektedir. Böylelikle motorlu taşıtlara ilişkin mülkiyet uyuşmazlıklarının önüne geçilmesi, bunlara yönelik vergilerin tarh ve tahsili, motorlu araç piyasasının ve buna dair ekonomik yaşamın güven içinde devamının sağlanması, kara yollarında dolaşacak araçların tespiti ile kontrolü amaçlanmaktadır. Dolayısıyla somut olaydaki müdahale konusu olan araçların trafik siciline tescil edilmesiyle motorlu araçların tespit edilerek kontrolü amaçlandığından başvurunun mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

42. 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."

43. 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).

44. 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. Buna göre mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde dikkate alınacak öncelikli ölçüt, müdahalenin kanuna dayalı olmasıdır (*Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49). Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği 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). 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).

45. Somut olayda başvurucunun idare tarafından yapılan ihalede mülkiyetini edindiği aracının trafik siciline tescil edilmemesi yönündeki müdahalenin kanuna aykırı olduğu İdare Mahkemesince kabul edilmiştir. Nitekim bu karar doğrultusunda aracın başvurucu adına trafik siciline tescil edildiği görülmüştür (bkz. § 11). Ancak bu aracın trafik siciline tescil edilmiş olması tek başına başvurucunun mağdur sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Başvurucunun mağdur sıfatının ortadan kalkması için ileri sürülen ihlalin hem zamanında hem de mağdurun bu hakkı kullanamadığı süre gözönüne alınarak telafi edilmesi gerekmektedir (Benzer yöndeki karar için bkz. *Abdulkerim Tanış ve diğerleri,* B. No: 2014/17621, 9/1/2018, § 34).

46. 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. 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,* B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60).

47. Bu bağlamda ilk olarak başvurucunun söz konusu motorlu aracı bir kamu kuruluşu olan Vergi İdaresinden yapılan bir açık artırmada satın almış olduğuna dikkat çekmek gerekir. Buna göre başvurucunun bu aracı meşru yollarla edindiği ve satın aldığı ihale tarihi itibarıyla kanunen aracın maliki olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Diğer taraftan başvurucunun satın aldığı tarihte bu araç üzerindeki ihtiyati tedbir şerhini bilebilecek durumda olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Emniyet Müdürlüğünün tescil talebinin reddine ilişkin yazıda, ihaleyi gerçekleştiren idarenin aracın son takyidat durumu ile ilgili olarak bilgi almadığı açık olarak ifade edilmiştir (bkz. § 10). Dolayısıyla başvurucunun ihale öncesinde veya sırasında bu araç üzerinde bir kısıtlama bulunduğunu ve bu kısıtlama yüzünden aracın trafik siciline tescil edilmeyebileceğini öngörebilmesi mümkün değildir.

48. Kaldı ki başvurucunun açtığı davada İdare Mahkemesi, araç üzerindeki söz konusu kısıtlamanın rızai devirler yönünden uygulama alanı bulabileceğini kabul ederek tescil edilmeme yönündeki idari işlemi hukuka aykırı bulmuştur. Başvurucu ise hukuka aykırı bulunan bu idari işlem

yüzünden tescil talebi olan 21/7/2008 tarihinden aracın tescil edildiği 8/7/2009 tarihine kadar yaklaşık bir yıl boyunca bu aracı kullanamamış ve ondan yararlanamamıştır.

49. Başvurucunun açtığı tam yargı davasında İdare Mahkemesi iki gerekçeyle tazminat talebini reddetmiştir. Mahkeme, aracın tamiri için yapılan masrafların hizmet kusurundan kaynaklanmadığını belirtmiş; ayrıca aracın ticari faaliyette kullanılıp kullanılmayacağı belirli olmadığı için zararın kesin olarak tespit edilemeyeceğine dayanmıştır (bkz. § 13). Hâlbuki başvurucunun şoför olarak hayatını idame ettirdiği ve şehirler arası taşımacılık alanında faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Buna göre başvurucunun satın aldığı kamyonun mesleki ve ticari faaliyeti açısından önem taşıdığı ve ekonomik bir değer ifade ettiği, bundan yararlanamadığı dönem bakımından başvurucunun kendisi açısından önemli bir kazançtan yoksun kaldığı açıkça ortadadır.

50. Başvurucunun söz konusu dönemde aracı ticari faaliyette kullanıp kullanamayacağı veya devamlı surette iş bulup bulamayacağı gibi hususları mutlak bir biçimde gösterebilmesi, bu dönemde aracı kullanması olanaksızlaştırıldığı için mümkün görülmemektedir. Bununla birlikte başvurucunun idareye güvenerek satın aldığı kamyonunu yine idarenin hatası sebebiyle yaklaşık bir yıl boyunca kullanamadığı ve bunun da başvurucunun zararına yol açtığı bir tereddüde yer vermeyecek biçimde açıktır. Elbette ki söz konusu zararın nasıl hesaplanacağı ve miktarının ne olacağı gibi hususlar, ilk elden delilleri değerlendirme imkânına sahip olan ve bu konuda uzmanlaşmış bulunan derece mahkemelerinin takdirindedir. Ancak zararın varlığı kabul edildiği hâlde miktarının ispatının somut olayda olduğu gibi katı koşullara bağlanması idarenin hatasından doğan mağduriyetin giderilmemesine yol açmaktadır.

51. Sonuç olarak başvurucunun idarenin düzenlediği bir açık artırmada iyi niyetli olarak satın aldığı aracın yaklaşık bir yıl boyunca trafik siciline tescil edilmemesinin başvurucunun mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği, bu müdahale sebebiyle oluşan zararın ise giderilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda herhangi bir tazminatın da ödenmediği dikkate alındığında somut olayda müdahale ile başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfetin yüklendiği, kamu yararı amacı ile mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken

adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

52. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

53. 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."

a. Genel İlkeler

54. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

55. Buna göre bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan,* § 55).

56. Bununla birlikte 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilirken idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederken idarenin, yargısal makamların veya yasama organının yerine geçerek işlem tesis edemez. Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederek gerekli işlemlerin tesis edilmesi için kararı ilgili mercilere gönderir (*Mehmet Doğan,* § 56).

57. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. Buna göre ihlal; idari eylem ve işlemler, yargısal işlemler veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır (*Mehmet Doğan,* § 57).

58. İhlalin idari eylem ve işlemden kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi her somut olayın koşullarını dikkate alarak yapılması gerekenlere hükmeder. İdari eylem ve işleme karşı başvurulacak kanun yolları varsa ve bu yollar tüketildikten sonra yapılan bireysel başvurunun incelenmesi sonucu ihlal tespiti yapılmışsa yeniden yargılama yoluyla ilgili mahkemenin tespit edilen ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırma imkânının bulunduğu durumlarda kararın bir örneğinin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilebilir.

59. *Mehmet Doğan* kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan,* § 59).

60. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın

kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır (*Mehmet Doğan,* § 60).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

61. Başvurucu, ihlalin tespiti ile maddi tazminat talebinde bulunmuştur.

62. Anayasa Mahkemesi başvurucunun ihale yoluyla idareden satın aldığı kamyonun trafik siciline geç tescil edilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin idari faaliyetten kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

63. Bununla birlikte başvurucunun somut olayda uğradığı zararların giderimi için tazminat davası açtığı, bu davanın reddedilmesi nedeniyle başvurucunun maddi zararlarının karşılanamadığı anlaşılmaktadır. Buna göre söz konusu idari işleme karşı başvurulacak kanun yolu tüketildikten sonra yapılan bireysel başvurunun incelenmesi sonucu ihlale yol açıldığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla yeniden yargılama yoluyla ilgili mahkemenin tespit edilen ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırma imkânı bulunduğu için kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlali ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Zonguldak İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir.

64. Yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi yeterli bir giderim sağladığından başvurucunun maddi tazminata ilişkin talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

65. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 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 Zonguldak İdare Mahkemesine (E.2009/1286, K.2010/83) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 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 12/9/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

TÜRKİYE İŞ BANKASI A.Ş. (6) BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/7179)

Karar Tarihi: 12/9/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	**:** Engin YILDIRIM
Üyeler	**:** Celal Mümtaz AKINCI
	Muammer TOPAL
	Rıdvan GÜLEÇ
	Recai AKYEL
Raportör	**:** Özgür DUMAN
Başvurucu	**:** Türkiye İş Bankası A.Ş.
Vekili	**:** Av. Adem AK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, tasfiyeye tabi olan bir bankada ki alacağın geçici yönetim ve denetim yetkisi kapsamında üçüncü bir kişiye olan borçlara karşılık takas ve mahsup edilmesi işleminin sonradan idarece geçersiz sayılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 30/4/2015 tarihinde yapılmışlardır.

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. Bölüm tarafından 2015/10300 ve 2015/10307 numaralı bireysel başvuru dosyalarının aralarında kişi ve konu yönünden hukuki irtibat

bulunması nedeniyle 2015/7179 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine ve incelemenin 2015/7179 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

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

8. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Uyuşmazlığın Arka Planı

10. Başvurucu Banka ve iştirakleri, Türkiye Turizm Yatırım ve Dış Ticaret Bankası A.Ş.nin de (TYT Bank A.Ş.) hâkim hissedarı olan L. Holding A.Ş.nin teklifini kabul ederek 21/6/1993 tarihinde Türk Dış Ticaret Bankası A.Ş.nin (Dışbank A.Ş.) 356.461.279 adet hissesi yönünden hisse senedi satış ve devir sözleşmesi imzalamıştır. Bu sözleşme kapsamında Dışbank A.Ş.nin %89,11 oranındaki hissesi başvurucu Banka ve iştirakleri tarafından L. Holding A.Ş.ye 213.876.768 Amerikan doları (dolar) bedel ile satılmış, L. Holding A.Ş. başvurucu Bankaya 21/6/1993 tarihinde 75.000.000 dolar peşinat ödemesi yapmıştır.

11. Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı (Müsteşarlık) 22/7/1993 tarihinde Dışbank A.Ş. hisselerinin L. Holding A.Ş.ye satışını onaylamıştır.

12. Bankalar yeminli murakıpları ve maliye müfettişlerince yapılan soruşturma sonucunda Dışbank A.Ş.nin L. Holding A.Ş. yönetiminde kaldığı dönemde zarara uğratıldığı tespit edilerek Müsteşarlık tarafından 11/4/1994 tarihinde L. Holding A.Ş., yönetimden uzaklaştırılmıştır. Müsteşarlık, aynı tarihli bir yazı ile Dışbank A.Ş.nin 30/3/1994 tarihi itibarıyla 25/4/1985 tarihli ve 3182 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun 64. maddesi kapsamına alındığını bildirmiştir.

13. Bakanlar Kurulu 11/4/1994 tarihinde TYT Bank A.Ş.nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldırmıştır. Müsteşarlık aynı tarihli bir yazı ile konuya ilişkin mevzuat hükümlerine göre tasarruf mevduat

sahiplerine gerekli ödemelerin yapılmasını sağlamak ve Müsteşarlıkça gerekli görülecek tedbirleri uygulamak üzere TYT Bankın geçici yönetim ve denetiminin 3182 sayılı mülga Kanun'un 68. maddesine göre başvurucu Bankaya devredilmesi uygun görülmüştür.

14. Başvurucu Banka ve onun munzam sandığı, Dışbank A.Ş. hisselerinin satışına ilişkin olarak bakiye satış bedelinin ödenmeyeceği düşüncesiyle 21/6/1993 tarihli sözleşmeyi feshederek bu hisselerin geri alınması için 22/4/1994 tarihinde L. Holding A.Ş. ile sözleşme imzalamıştır. Bu sözleşmede;

i. Dışbank A.Ş. hisselerinin taksitle satışına ilişkin 21/6/1993 tarihli sözleşmenin anlaşma yoluyla feshi yoluna gidilmiştir. Böylelikle söz konusu hisselerin başvurucu Banka ve munzam sandığına yeniden devri sağlanmıştır.

ii. TYT Bank A.Ş.nin başvurucu Banka, İş Bankası GmbH ve Dışbank A.Ş.ye olan toplam 72.691.667 dolar tutarındaki borcuna L. Holding A.Ş. müşterek borçlu ve müteselsil kefil olmuştur. Bakiye 2.314.000 dolar ise başvurucu Bankaya rehin edilmiştir.

iii. Bu devir sonucu L. Holding A.Ş. ödediği peşinat sebebiyle başvurucu Bankadan 75.000.000 dolar alacaklı hâle gelmiştir. Başvurucu Banka hisse senetlerinin satış bedeli olarak aldığı 75.000.000 doları L. Holding A.Ş.ye geri ödememiştir.

15. Yapılan bu satış sözleşmesi Müsteşarlığa bildirilmiş, Müsteşarlık 5/3/1994 tarihinde hisse senetlerinin başvurucu Bankaya devredilmesine izin vermiştir. Bu yazıda onay işleminin *"anılan sözleşme hükümlerinin onaylanması mahiyetinde olmadığı"* açık olarak belirtilmiştir.

16. L. Holding A.Ş., TYT Bank A.Ş.nin Bankaya olan tüm borçlarının kefaleten ödendiği ve başvurucunun kanuni halefi sıfatıyla TYT Bank A.Ş.den alacaklı olduğunu TYT Bank A.Ş. geçici yönetimine -başvuru formu ve eklerinde belirtilmeyen bir tarihte- bildirmiş ve TYT Bank A.Ş.nin grup firmalarına kullandırdığı kredilere vermiş olduğu kefaletlerinden kaynaklanan borçlarının takas ve mahsubunu geçici yönetimden talep etmiştir. Bunun üzerine geçici taşıyan mı, sahip olan mı başvurucu Banka tarafından takas ve mahsup işlemleri yapılarak 22/4/1994 tarihi itibarıyla muhasebeleştirmek suretiyle L. Holding A.Ş. ve bu Grup firmalarının TYT

Bank A.Ş.ye olan anapara borçlarının tamamı ile faiz borçlarının bir kısmı kapatılmıştır.

17. Başvurucu Banka, Beyoğlu 19. Noterliğinden L. Holding A.Ş.ye 27/10/1994 tarihinde ihtarname göndermiştir. Bu ihtarnamede, Dışbank A.Ş. hisse senetlerinin 1993 yılındaki satış tarihindeki değeri ile 1994 yılında fesih sonucu iade edilen değeri arasında büyük bir değer kaybı ortaya çıktığı belirtilmiştir. Başvurucu Banka, peşin olarak ödenen 75.000.000 dolar tutarındaki paranın kefalet borçları ile söz konusu değer kaybına karşılık olarak takas ve mahsup edildiği yönünde ihtarda bulunmuştur. Başvurucu Banka tarafından hisse satışına ilişkin sözleşmenin feshi sonucu L. Holding A.Ş.ye ödenmesi gereken 75.000.000 dolar tutarındaki paranın 52.600.000 dolar tutarındaki kısmı TYT Bank A.Ş. kaynaklarından oluşmaktadır.

18. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) tarafından 5/10/1994 tarihinde TYT Bank A.Ş.nin iflası istenmiş olup İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesince 2/2/1996 tarihinde bu Bankanın iflasına karar verilmiştir. Bu karar 15/11/1996 tarihinde kesinleşmiştir. Tasfiye, İstanbul 1. İflas Müdürlüğünde yürütülmüş; oluşturulan İflas İdaresince 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 201. maddesine dayalı olarak L. Holding A.Ş. ve diğer borçlularca yapılan takas ve mahsup işlemlerinin iflas masasına karşı geçersiz olduğu iddiasıyla çeşitli davalar açılmış; bu davalarda müflis TYT Bank A.Ş. nezdinde yapılan takas ve mahsup işlemlerinin iptaline karar verilmiştir.

19. İflas İdaresi 7/12/2007 tarihinde başvurucu Bankaya noter yoluyla bir ihtarname göndermiştir. Bu ihtarnamede, başvurucu Bankanın tarafı olduğu 22/4/1994 tarihli sözleşme kapsamında peşinat bedeli olan 75.000.000 dolar tutarındaki paranın TYT Bank A.Ş. kaynaklarından aktarıldığının gizlendiği ve bu alacağın Bankadan tahsilinin imkânsız kılındığı belirtilmiştir. Bu bağlamda TYT Bank A.Ş.den olan başvurucu Bankanın alacaklarının iflas masası dışında tahsil edilmesi amacıyla yapılan işlemin muvazaalı ve geçersiz olduğu ifade edilmiş ve başvurucu Bankanın iflas masasına 75.000.000 dolar tutarında borçlu olduğu ihtar edilmiştir.

20. Başvurucu Banka 18/12/2007 tarihli bir yazı ile İflas İdaresine itirazda bulunmuştur. İflas İdaresi, iflas tasfiyesinin yürütüldüğü dosyada 5/3/2008 tarihinde konu ile ilgili olarak aşağıdaki kararı vermiştir:

"Müflis TYT Bank A.Ş.'nin geçici yönetim ve denetimini yürüten İş Bankası A.Ş.'nden olan 75.000.000.-USD anapara+faiz (kaynağın aktarımı tarihinden bankalar arası işlemlerde uygulanan oran/oranlar üzerinden faizi ile birlikte tahsili talebiyle) alacağına ilişkin dava ve takip hakkının yapılacak tahsilatların Müflis TYT Bank A.Ş. İflas İdaresi hesaplarına ödenmesi kaydıyla, Banka İflas İdaresine göre yetki ve avantajlarının daha fazla olması nedeniyle masa alacaklısı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devrine [karar verilmiştir]."

21. TMSF 21/4/2008 tarihli bir yazı ile Dışbank A.Ş. hisselerinin L. Holding A.Ş.ye satışı nedeniyle müflis TYT Bank A.Ş. kaynaklarından başvurucu Bankaya peşinat olarak aktarılan 75.000.000 dolar tutarındaki paranın kaynağın aktarım tarihinden itibaren bankalar arası işlemlerde uygulanan oran/oranlar üzerinden faizi ile birlikte ödenmesini başvurucu Bankadan talep etmiştir.

22. Başvurucu Banka 14/5/2008 tarihli cevap yazısıyla itirazda bulunarak iddiaların yeniden değerlendirilmesini ve konu ile ilgili daha ayrıntılı bilgi verilmesini talep etmiştir.

B. TMSF İşleminin İptali Davası Süreci

23. Başvurucu Banka, TMSF Fon Kurulunun 11/7/2008 tarihli işleminin yürütmenin durdurulması ve iptali istemleriyle Danıştay Onüçüncü Dairesinde (Daire) dava açmıştır. Dava dilekçesinde, uyuşmazlıkta 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 11. maddesinin uygulanamayacağı ve Dışbank A.Ş. hisse senetlerinin L. Holding A.Ş.ye satışının hukuka uygun olduğu ve banka kaynağı ile illiyet bağının bulunmadığı belirtilmiştir. Başvurucu Banka ayrıca, TMSF'nin iadesini istediği tutarın hisse bedelleri karşılığı olduğunu ileri sürmüştür.

24. Daire 6/1/2009 tarihinde yürütmenin durdurulması talebini kabul etmiş, Kurul 25/6/2009 tarihinde yürütmenin durdurulmasını kaldırmıştır.

25. Daire 28/4/2010 tarihinde davanın kabulü ile davaya konu TMSF Fon Kurulu kararının iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir:

i. Fon Kurulu; dava konusu işlemini, TYT Bank A.Ş.ye ait kaynağın üçüncü kişi konumundaki başvurucu Bankaya edindirilmesi ve bu

edindirmenin TYT Bank A.Ş.nin faaliyet izninin kaldırılmasından sonraki işlemler nedeniyle üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasında bulunamayacakları gerekçesine dayandırmaktadır.

ii. Dışbank A.Ş.nin %89,11 oranında hissesinin L. Grubuna satış tarihi TYT Bank A.Ş.nin bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten önceki bir tarihtir. Başvurucu Bankaya edindirildiği belirtilen tutar ise L. Grubu tarafından satış bedeli üzerinden ödenmiştir. Dolayısıyla Daireye göre bu tutar Dışbank A.Ş. hisse bedelleri karşılığı olduğu için, söz konusu kaynağın başvurucu Banka tarafından karşılıksız edinildiğinden söz edilemez.

iii. Diğer taraftan L. Holding A.Ş.nin sözleşme gereklerine uymaması nedeniyle Dışbank A.Ş. hisselerinin başvurucu Banka ile munzam sandığa devri sonucunda L. Holding A.Ş., ödediği peşinat nedeniyle başvurucu Bankadan alacaklı hâle gelmiştir. Buna göre taraflar arasında L. Holding A.Ş.nin borçları karşılığında takas ve mahsuba ilişkin bir sözleşme bulunduğundan dolayı bu sözleşme gereğinin yerine getirilmesinin başvurucu Banka lehine bir edindirme olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

iv. Kararda ayrıca bankalar yeminli murakıbının 8/2/1996 tarihli raporuna atıfta bulunulmuştur. Bu raporda; yapılan takas ve mahsup işlemiyle TYT Bank A.Ş.nin borç miktarının değil alacaklı şahısların değiştiği, mahsup işleminin sonucunda Dışbank A.Ş.ninbaşvurucu Bankanın yardımları sayesinde tasfiyeye tabi tutulan üç banka ile aynı akıbeti paylaşmaktan kurtarıldığı ve Türk bankacılık sistemine tekrar kazandırıldığı belirtilmiştir. Raporda ayrıca Dışbank A.Ş.nin geri alınması ve rayiç değerinin düşmesi nedeniyle başvurucu Bankanın bir kaybının bulunduğu ancak bunun gerçek tutarını tam olarak ifade etmenin mümkün görülmediği, TYT Bank A.Ş. yönetiminin L. Holding A.Ş. lehine ve Banka zararına satış yapma kastının olmadığı tespit edilmiştir.

v. Daire sonuç olarak devredilen TYT Bank A.Ş. kaynaklarının başvurucu Banka nezdinde kalmasının sağlandığı gerekçesiyle bu kaynakların fon alacağı olarak başvurucu Bankadan takibine ilişkin Fon Kurulu kararında ilgili hukuk kurallarına uygun olmadığı kanaatine ulaşmıştır.

26. Temyiz edilen karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (Kurul) tarafından 24/4/2013 tarihinde bozulmuştur. Kararın gerekçesinde şu tespitlere yer verilmiştir:

i. 21/6/1993 tarihli sözleşmenin feshi üzerine Dışbank A.Ş. hisselerinin başvurucu Banka ve Grubu firmalarına devri nedeniyle başvurucu Banka, L. Holding A.Ş.ye borçlu olduğu 75.000.000 dolar tutarındaki parayı tasfiye ederken yönetimi ve denetimi geçici olarak kendisine devredilen TYT Bankın yine kendisine olan borçlarını da tasfiye etmiş bulunmaktadır.

ii. Kurula göre TYT Bank A.Ş.nin 11/4/1994 tarihinde yönetim ve denetiminin başvurucu Bankaya geçici olarak devredilmesiyle birlikte mülga 3182 sayılı Kanun'un 68. maddesi uyarınca yasal bir süreç başlamış bulunmaktadır.

iii. Başvurucu Banka açısından bu süreç, geçici olarak yönetimini ve denetimini üstlendiği TYT Bank A.Ş.nin hesaplarının dökümünün yapılması, tasarruf mevduatının tespit edilmesi ve bu tespitin TMSF'ye bildirimiyle sınırlıdır. Kurul, sözü edilen takas-mahsup işlemiyle başvurucu Bankanın TYT Bank A.Ş.den alacaklı diğer üçüncü kişilerin önüne geçtiğini ve L. Holding A.Ş. ile imzaladığı 22/4/1994 tarihli sözleşmeyle bu Şirketin kendi bankalarından olan 75.000.000 dolar tutarındaki alacağını tasfiye ettiğini vurgulamıştır. Kurula göre bu alacağın başvurucu Bankanın TYT Bank A.Ş.den olan alacakları karşılığında belirtilen şekilde tasfiye edilmesi, geçici olarak yönetimi başvurucu Bankaya geçmiş TYT Bank A.Ş. kaynaklarının İş Bankası ve L. Holding A.Ş. tarafından kullanıldığı sonucunu doğurmaktadır.

27. Başvurucunun karar düzeltme istemi Kurul tarafından 20/11/2014 tarihinde reddedilmiştir. Bu karar, başvurucu vekiline 1/4/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

28. Daire 28/1/2016 tarihinde bozma kararına uymuş, Kurul da temyiz edilen kararı 22/3/2017 tarihinde onamıştır.

C. Ödemeye Çağrı Mektubu Gönderilmesi ve Buna İlişkin Dava Süreci

29. TMSF 25/7/2008 tarihinde başvurucu Bankaya ödemeye çağrı mektubu göndermiştir. Bu mektupta, Dışbank hisselerinin başvurucu

Bankaya devriyle birlikte tahsil edilen 75.000.000 dolar tutarındaki paranın TYT Bank A.Ş. kaynakları kullanılarak ödendiği tespit edilen 52.600.000 dolar tutarındaki kısmının Fon Kurulunun 11/7/2008 tarihli kararıyla fon alacağı sayıldığı, bu bedelin faizleri ile birlikte takip ve tahsiline karar verildiği belirtilmiştir. TMSF, toplam 96.255.121 dolar karşılığı 117.411.996,60 TL olarak belirlenen tutarın bir ay içinde ödenmesini talep etmiştir. TMSF 25/8/2008 tarihinde aynı taleplerle başvurucu Bankaya ödemeye çağrı mektubu göndermiştir. Başvurucu Banka, ödemeye çağrı yazılarına karşı TMSF aleyhine Dairede yürütmenin durdurulması istemli iptal davası açmıştır.

30. Daire 6/1/2009 tarihinde yürütmenin durdurulması talebini kabul etmiştir. TMSF'nin itirazını kabul eden Kurul 25/6/2009 tarihinde yürütmenin durdurulması kararını kaldırmıştır.

31. Daire 28/4/2010 tarihinde davanın kabulü ile ödemeye çağrı mektuplarının iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, ödemeye çağrı mektuplarının dayandığı Fon Kurulu kararı daha önce yargısal kararla iptal edildiğinden dolayı dayanağı bulunmayan dava konusu işlemin de hukuka uygun olmadığı belirtilmiştir.

32. Bu karar TMSF tarafından temyiz edilmiş, Kurul 24/4/2013 tarihinde temyize konu hükmün bozulmasına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, temyiz edilen kararda göndermede bulunulan Daire kararının yine Kurul tarafından 24/4/2013 tarihinde bozulduğuna değinilmiştir.

33. Başvurucu, karar düzeltme talebinde bulunmuş; ayrıca dilekçede Anayasa Mahkemesince 5411 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesinde yer alan "... *zamanaşımı ve*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiğine dikkat çekilmiştir. Kurul başvurucunun karar düzeltme talebini 20/11/2014 tarihinde reddetmiştir. Kararın gerekçesinde, 26/12/2003 tarihinden önce on yılını dolduran fon alacakları yönünden zamanaşımı süresinin Anayasa Mahkemesince yirmi yıla çıkarılmış olmasının hukuk güvenliği ilkesini ihlal ettiği tespit edilerek düzenlemenin iptal edildiği belirtilmiştir. Kurula göre bu sebeple söz konusu iptal kararının 26/12/2013 tarihi itibarıyla henüz on yıllık zamanaşımı süresi dolmamış fon alacakları için bir sonucu bulunmamaktadır. Kurul sonuç olarak fon alacağının uyuşmazlığa konu sözleşmenin imzalandığı 22/4/1994 tarihinde doğduğunu açıklamış ve bu

alacak yönünden 26/12/2003 tarihi itibarıyla henüz on yıllık zamanaşımı süresinin dolmadığını kabul etmiştir. Bu karar başvurucu vekiline 1/4/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

34. Daire 28/1/2016 tarihinde bozma kararına uymuş, Kurul da temyiz edilen kararı 22/3/2017 tarihinde onamıştır.

D. Ödeme Emrinin İptali Davası Süreci

35. TMSF, başvurucuya 26/8/2008 tarihli bir yazı ekinde 2006/46 sayılı ödeme emri göndermiştir. Başvurucu, TMSF aleyhine aynı Daire nezdinde ödeme emrinin yürütmesinin durdurulması ve iptali istemli dava açmıştır.

36. Daire 6/1/2009 tarihinde yürütmenin durdurulması talebini kabul etmiştir. TMSF'nin itirazını kabul eden Kurul 25/6/2009 tarihinde yürütmenin durdurulması kararını kaldırmıştır.

37. Daire 28/4/2010 tarihinde davanın kabulüne karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, dava konusu ödeme emrinin 11/7/2008 tarihli Fon Kurulu kararı ve 25/7/2008 tarihli ödemeye çağrı mektubu uyarınca tesis edildiğine değinilmiştir. Buna göre Daire tarafından sözü edilen Fon Kurulu kararı ile ödemeye çağrı mektubunun 28/4/2010 tarihinde iptal edildiği, bu sebeple hukuki dayanağı kalmayan dava konusu ödeme emrinde de hukuka uygunluk bulunmadığı belirtilmiştir.

38. Bu karar TMSF tarafından temyiz edilmiş, Kurul 24/4/2013 tarihinde temyize konu hükmün bozulmasına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, temyiz edilen kararda göndermede bulunulan Daire kararının yine Kurul tarafından 24/4/2013 tarihinde bozulduğuna vurgu yapılmıştır.

39. Başvurucu karar düzeltme talebinde bulunmuş, ayrıca dilekçede 5411 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesinde yer alan "... *zamanaşımı ve*" ibaresinin Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiğine dikkat çekilmiştir. Kurul başvurucunun karar düzeltme talebini 20/11/2014 tarihinde reddetmiştir. Kararın gerekçesinde, fon alacağının uyuşmazlığa konu sözleşmenin imzalandığı 22/4/1994 tarihinde doğduğu belirtilerek bu alacak yönünden 26/12/2003 tarihi itibarıyla henüz on yıllık zamanaşımı süresinin dolmadığı belirtilmiştir. Bu karar, başvurucu vekiline 1/4/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

40. Daire 28/1/2016 tarihinde bozma kararına uymuş, Kurul da temyiz edilen kararı 22/3/2017 tarihinde onamıştır.

E. Menfi Tespit Davası Süreci

41. Başvurucu Banka, müflis TYT Bank A.Ş. İflas İdaresi ile TMSF aleyhine İstanbul 16. Asliye Ticaret Mahkemesinde 28/10/2008 tarihinde menfi tespit davası açmıştır.

42. Mahkeme, konu hakkında bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Bilirkişi Kurulunun 20/4/2011 ve 3/5/2012 tarihli raporlarında özetle başvurucu Bankanın tarafı olduğu 21/6/1993 tarihli ve 22/4/1994 tarihli sözleşmelerin muvazaadan ari olduğu belirtilmiştir. Raporda, L. Holding A.Ş.nin Dışbank A.Ş. hisselerinin alımı ile ilgili başvurucu Bankaya transfer edilen dava konusu toplamda 75.000.000 dolar paranın 52.650.000 dolar tutarındaki kısmının TYT Bank A.Ş.ye herhangi bir havale gelmediği hâlde havale gelmiş gibi kayıt yapılarak L. Holding A.Ş.ye kredi kullandırılmak suretiyle TYT Bank A.Ş. kaynaklarından sağlanan bedelle ödendiği görüşü bildirilmiştir. Bununla birlikte bilirkişiler, söz konusu kullanımın karşılıksız bir kaynak kullanımı olmadığını belirtmişlerdir. Mahkeme, alınan 6/2/2013 tarihli diğer bir bilirkişi raporunda ise Dışbank A.Ş. hisselerinin L. Holding A.Ş.ye devri nedeniyle başvurucu Bankanın katlanmak zorunda olduğu zararın 95.662.922,451 dolar olduğunu belirtmiştir.

43. Mahkeme 23/9/2013 tarihinde davanın kısmen kabulü ile başvurucu Bankanın iflas masasına 22.350.000 dolar tutarında borçlu olmadığının tespitine karar vermiş, fazlaya ilişkin istemi ise reddetmiştir. Kararın gerekçesinde, başvurucu Bankanın TYT Bank A.Ş. kaynaklarını hâkim ortak L. Holding A.Ş.nin bankadan kullanıldığı kredi miktarı 52.650.000 dolar tutarında para için kullanmış olduğu ve bu miktar üzerinden dolanlı işlem sebebiyle iyi niyet iddiasında bulunamayacağı belirtilmiştir. Mahkemeye göre 22/4/1994 tarihli sözleşmenin kendi başına değerlendirilmesi gerekmekte olup ilk sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken geçici yönetim ve denetimin davacı Bankaya devrinden sadece on gün sonra düzenlenen sözleşmenin muvazaalı olduğu kabul edilmelidir. Mahkeme, yapılan sözleşmede tarafların gerçek amacının L. Holding A.Ş.nin TYT Bank A.Ş. borçlarına kefaletini sağlamak ve 75.000.000 dolar tutarındaki paranın hâkim ortak L. Holding A.Ş.ye iadesini önlemek

olduğunu belirtmiştir. Mahkeme sonuç olarak bu tutarın içinde bulunan ve TYT Bank A.Ş. kaynaklarından sağlanan 52.650.000 dolar tutarındaki para yönünden başvurucu Bankanın iyi niyet iddiasında bulunamayacağını kabul etmiştir.

44. Taraflarca temyiz edilen karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesince 20/5/2014 tarihinde bozulmuştur. Daire, başvurucu davacının temyiz itirazlarını reddetmiş; davalıların temyiz itirazlarını ise kabul etmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Davalılar vekillerinin temyiz itirazlarına gelince; mahkemece TYT Bank kaynaklarından sağlanan 52.650.000 ABD Doları yönünden davacı bankanın iyi niyet iddiasında bulunamayacağı, bu nedenle davacı bankanın belirtilen 52.650.000 ABD Doları üzerinden açmış olduğu davanın haklı ve yerinde olmadığı, 75.000.000 ABD Dolarının bakiyesi 22.350.000 ABD Doları yönünden ise borçlu olmadığına karar verilmiş ise de davalılar, davacı banka ile dava dışı Lapis Holding A.Ş. arasında yapılan 22.04.1994 tarihli sözleşme ile davacının, davalı banka kaynaklarından alınan 75.000.000 ABD Dolarını iade etme borcundan kurtulduğunu savunmuş olmalarına göre, davalıların bu yönde dayandıkları delillerin de incelenerek, dava dışı Lapis Holding A.Ş. tarafından hisse devir bedeli karşılığı olarak davacıya ödenen ve davacı tarafından iade edilmesi gereken 75.000.000 ABD Dolarının tamamının davalı TYT Bank kaynaklarından sağlanıp sağlanmadığı, bu paranın anılan bankanın parası olup olmadığının incelenerek, davalıların bu yöndeki savunmasının yerinde olup olmadığının tespiti gerekirken, 22.350.000 ABD Doları kısım yönünden anılan şekilde bir inceleme yapılmadan yazılı şekilde kısmen kabul kararı verilmesi doğru görülmemiş, eksik incelemeye dayalı olarak verilen kararın bu nedenle davalılar yararına bozulması gerekmiştir."

45. Başvurucunun karar düzeltme talebi Dairenin 20/3/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

46. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminden (UYAP) yapılan sorgulama sonucuna göre bozma kararı sonrası devam eden yargılama sürmekte olup duruşması 5/7/2018 tarihine talik edilmiştir.

F. TMSF Tarafından Açılan Alacak Davası Süreci

47. TMSF, başvurucu Banka aleyhine İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesinde 24/1/2013 tarihinde dava açmıştır. Dava dilekçesinde; başvurucu Banka ve iştirakleri ile L. Holding A.Ş. arasındaki 22/4/1994 tarihli sözleşmenin muvazaalı olması nedeniyle hükümsüzlüğü, takas mahsup işlemlerinin iptali ve bu sözleşmeye dayalı olarak L. Holding A.Ş. tarafından ödenen 75.000.000 dolar tutarındaki paranın faizi ile birlikte davalıdan tahsili talep edilmiştir.

48. Dava sırasında İstanbul 16. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülen menfi tespit davası bekletici mesele yapılmıştır. UYAP'tan yapılan sorgulama sonucuna göre yargılama devam etmekte olup duruşması 27/12/2018 tarihine talik edilmiştir.

49. Başvurucu 30/4/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

50. 3182 sayılı mülga Kanun'un 64. maddesi şöyledir:

"Denetlemeler sonucunda bir bankanın mali bünyesinin ciddi bir şekilde zayıflamakta olduğunun tespit edilmesi halinde, Bakan uygun bir süre vererek, banka yönetim kurulundan;

a) Sermayenin artırılmasını veya sermayenin ödenmeyen kısmının tahsilini veya sermaye benzeri kredi temin edilmesini,

b) Kar dağıtılmamasını, tahsilinde tehlike görülen alacaklar için karşılık ayrılmasını,

c) Bir kısım şubelerin kapatılması, yeni personel alımının durdurulması veya sınırlandırılması suretiyle veya benzeri şekilde masrafların kısılmasını,

d) İştirak veya sabit değerlerin kısmen veya tamamen elden çıkarılmasını,

e) Risk doğurucu işlemlerden kaçınılmasını, kredilerin sınırlandırılmasını veya durdurulmasını, verimsiz veya donuk kredilerin takibiyle ilgili önlemlerin arttırılmasını,

f) Mevzuata aykırı fiilleri ile banka mali bünyesini zayıflattığı tespit edilen personelin bankayı temsil yetkilerinin kaldırılmasını,

g) Genel kurulun toplantıya çağrılmasını,

h) Mali bünyenin güçlendirilmesi için gerekli görülecek diğer tedbirlerin alınmasını, isteyebilir.

Yönetim Kurulu bu istikamette gerekli tedbirleri almak ve aldığı karar ve tedbirleri aylık raporlar halinde Müsteşarlığa bildirmek zorundadır.

Bakan, yukarıdaki tedbirleri talep hakkı saklı kalmak kaydıyla, gerektiği takdirde yönetim kurulu, müdürler kurulu veya denetim kurulu üyelerini kısmen veya tamamen görevden alarak veya yönetim ve denetim kurulu üye sayısını artırarak bu kurullara üye atamaya, kanuni karşılık yükümlülüklerini Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın da görüşünü alarak cezai faizlerini kaldırmak suretiyle ertelemek veya düşürmek de dahil olmak üzere mali bünyenin takviyesi için gerekli tüm tedbirleri almaya yetkilidir.

Bu madde gereğince atanan yönetim kurulu üyeleri için 22 nci maddenin 1 inci fıkrasındaki yükümlülük aranmaz.

2. Yukarıdaki tedbirlerin alınmasının istenilmesine bağlı olmaksızın Bakan bankanın yönetimini Türkiye cumhuriyet Merkez Bankası'nın da görüşünü alarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na tevdi etmeye veya banka hakkında 68 inci madde hükümlerinin uygulanmasını talep etmeye yetkilidir.

Bu bankalardan sermayesinin tamamı genel ve katma bütçeli dairelere veya kamu iktisadi teşebbüslerine ait olanların devir veya birleştirilmesine, bununla ilgili usul ve esasları tespite Bakan yetkilidir.

1 inci fıkranın uygulanmasına rağmen mali bünyenin güçlendirilmesine imkan görülemeyen yatırım bankaları ve kalkınma bankalarının bankacılık işlemlerini yapma izni 12 nci maddeye göre kaldırılır...."

51. 3182 sayılı mülga Kanun'un 68. maddesi şöyledir:

"1. 64 veya 65 inci maddelerde belirtilen tedbirlerin bir kısmının veya tamamının uygulanmasına rağmen mali bünyesinin güçlendirilmesine imkan görülemeyen veya mali bünyesinin bu tedbirler uygulansa dahi

güçlendirilemeyecek derecede zayıflamış olduğu tesbit edilen bir bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni 12 nci maddeye göre kaldırılır.

2. Bakan, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bir bankanın yönetim ve denetimini, tasarruf mevduatı sahiplerine sigorta kapsamında gerekli ödemelerin yapılması, banka aleyhine sonuç yaratmayan başlamış işlemlerin sonuçlandırılması, bankadan alacaklı olan kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması, kredilerin ve diğer alacakların tahsiline devam edilmesi ve benzeri işlemlerin gerçekleştirilmesi hususunda görevli ve yetkili olmak üzere Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna veya bir bankaya geçici olarak devredebilir.

3. Bakanlar Kurulu'nun mevduat kabul ve bankacılık işlemleri yapma yetkisinin kaldırılmasına ilişkin kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren banka aleyhindeki icra takipleri iflas talebinin kabul veya reddine kadar durur.

4. Mevduat kabul ve bankacılık işlemleri yapma yetkisi kaldırılan bankanın tasarruf mevduatı sahiplerine 67 nci maddeye göre tesbit edilecek miktarlarda yapılacak ödemeler Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından karşılanır.

5. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, ödediği tasarruf mevduatı için tasarruf mevduatı sahipleri yerine bankanın iflasını ister ve iflas masasına imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak eder.

6. İflasına hükmolunan bir banka için İcra İflas Kanununun 221 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre teşkil olunacak büro, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu temsilcisi katılmaksızın toplanamaz. Söz konusu hükmün 2 nci fıkrası iflasına hükmolunan bankalar hakkında uygulanmaz. İflas İdare Memurları, Tasarruf Mevduat Sigorta Fonunca teklif ve Müsteşarlıkça kabul edilen yeter sayıda kişiden oluşur; iflas idaresinin toplantı ve karar nisabında çoğunluk esası aranır.

7. İflasına hükmolunan bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna olan borçları, masanın nakit durumuna göre İcra ve İflas Kanununun 232 nci maddesinde gösterilen sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin ödenir.

8. 6 ve 7 nci fıkra hükümleri 69 uncu maddeye göre iflasına karar verilenler hakkında da uygulanır.

9. Herhangi bir sebeple mevduat kabul ve bankacılık işlemleri yapma yetkileri kaldırılan, faaliyetleri durdurulan, iflas veya tasfiyelerine karar verilen veya konkordato ilan eden yabancı bankaların Türkiye'deki şubeleri hakkında da bu madde hükümleri tatbik edilir. Bu şubelerin mevcut ve alacaklarının yurt dışına transferine ilişkin esaslar Bakanlıkça tespit edilir."

52. 18/6/1999 tarihli ve 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) bendinin ilk hâli şöyledir:

"Hisseleri kısmen veya tamamen Fona intikal eden bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının veya yöneticilerinin, yönetim kurulu, kredi komiteleri, şubeler, diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle banka kaynaklarını ve varlıklarını doğrudan veya üçüncü kişilere rehnetmek, teminat göstermek, ekonomik gücü olmayan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak, yurt içi veya yurt dışı banka ve malî kuruluşlar nezdinde depo veya sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek ve sair şekillerde kullanmak suretiyle veya başkaca dolanlı işlemlerle edindikleri veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, mal, her türlü hak ve alacakların temininde kullanılan banka kaynakları ve varlıkları nedeniyle doğan alacak Fon alacağı sayılır. Bu alacaklar hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Fon, bu para, mal, her türlü hak ve alacaklara ihtiyati haciz koymaya, muhafaza altına almaya ve bunlardan değeri Fon tarafından belirlenemeyenleri 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 72 nci maddesine göre kurulan takdir komisyonlarının Fon tarafından belirlenecek kurum ve kuruluşlarca hazırlanacak raporları da dikkate alarak tespit edeceği değeri üzerinden, alacağına ve/veya bu bankaların Fon tarafından devralınan zararlarına mahsuben devralmaya yetkilidir. Bu alacaklara zararın ve/veya alacağın doğmasına sebebiyet veren haksız işlemin yapıldığı tarihten itibaren 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen oranda gecikme zammı uygulanır.

...

Fon tarafından bu madde hükümlerine istinaden yapılacak işlemlerde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bu işlemler her türlü vergi, resim ve harçtan istisna tutulur. Bu fıkra ile Fona tanınan yetkiler Fon tarafından başkaca bir işleme gerek olmaksızın Fonun karar alması ile tekemmül eder. Yapılan işlemlerden tescile tabi olanlar Fonun talebi üzerine tescil ve gerektiğinde ilân olunur.

Fon alacaklarından; yönetim ve denetimi Fona geçen ve/veya bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeye tabi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan bankaların kaynağını kullanmış olmasından dolayı Fona borçlu olması kaydıyla Fona intikal eden bir bankadan ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanılmasından sonra, bu bendin birinci cümlesinde belirtilen gerçek ve tüzel kişilerin, edindikleri ve/veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklarının banka kaynağı kullanılmak suretiyle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilir ve bu gerçek kişiler ile tüzel kişiler tarafından edinilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında bu fıkra hükümlerini uygulamaya Fon yetkilidir. Bu suretle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar üzerinde ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanıldığı tarihten sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen ayni ve şahsi tüm haklar Fona karşı hüküm ifade etmez. Bu hukuki işlemlere taraf olan tüm şahısların külli ve cüzi halefleri dahil, yukarıda belirtilen işlemlerin gerçekleşmesinden sonra edindikleri ve/veya edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır. Yukarıda belirtilen işlemlere taraf olan üçüncü kişiler bankanın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle, bu fıkranın birinci paragrafında sayılan kişiler ise bankanın Fona devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeniyle ***iyiniyet iddiasında bulunamazlar.*** *Bankanın Fona devrinden önce satış, kira, devir ve temlik gibi işlemler ile ayni ve şahsi hak tesisine ilişkin işlemlere taraf olan üçüncü kişiler iyiniyetli olduklarını kanıtlamak zorundadırlar."*

53. Anayasa Mahkemesinin 20/1/2011 tarihli ve E.2009/53, K.2011/19 sayılı kararı ile anılan maddenin beşinci paragrafında yer alan sondan bir önceki cümledeki *''İyi niyet iddiasında bulunamazlar.''* ibaresinin üçüncü kişiler yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. Bu kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Dava konusu kuralla, Fon'un işlem ya da eylemleri yargı denetimi dışında tutulmamış, üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmaları engellenmiştir. İyiniyet kuralı genel bir hukuk kuralı olmakla birlikte, karşılaşılan her uyuşmazlığın, ilgili yasa hükümleri yok sayılarak, sadece iyiniyet kuralı ile çözüleceği anlamına gelmez. Bir yasa kuralının hukuka uygun amaç taşımasıyla birlikte, bu amacın gerçekleşmesini sağlayacak yöntemlerin de hukuka uygun olması gerekir. Tarafın iyiniyetinin olup olmadığı kararının, mahkeme tarafından yapılan inceleme ve araştırma sonucu ortaya çıkacağı kuşkusuzdur.

'Kamu alacağının tahsilinin hızlandırılması' gibi soyut bir gerekçe, iyiniyete ilişkin ispat kuralının uygulanmamasının nedeni olamaz. Kuralda geçen tüm üçüncü kişilerin işlemleri muvazaalı kabul edilerek, iyiniyetli üçüncü kişilerin dava açma haklarının özü zedelenmekte, mahkemeye etkili erişim ve savunma hakları engellenmekte, korunmasında kamu yararı bulunan iyiniyetli kimsenin, idare ve mahkeme önünde iyiniyetli olduğunu iddia ve ispat etme hakkı elinden alınmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, üçüncü kişiler yönünden Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

54. 3182 sayılı mülga Kanun'u yürürlükten kaldıran 4389 sayılı mülga Kanun'un ek 3. maddesi şöyledir:

"Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ve bu Kanuna göre Hazine alacağı sayılan alacaklara ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi yirmi yıldır. Fon alacakları ve bu Kanuna göre Hazine alacağı sayılan alacaklar bakımından bu sürenin başlangıcı Fon tarafından ödeme yapılmasına veya yapılacak olmasına sebebiyet veren kişilerin fiillerinin gerçekleştiği tarihten itibaren başlar. "

55. 4389 sayılı mülga Kanun'un ek 6. maddesi şöyledir:

"Temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilgili bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankaların ve 15/a maddesinde sayılan kişilerin 15/a maddesinde sayılanlar dışındaki üçüncü kişilerle yaptıkları sözleşmelere, bu sözleşmelerin karşılıklı edimleri içermeleri, edimler arasında orantısızlık bulunmaması, üçüncü kişilerin edimlerini yerine getirdiklerine dair düzenlenmiş usulüne uygun belgelerinin bulunması ve bu işlemlerin her türlü muvazaadan ari olduğunun bu kişiler tarafından ispatlanması halinde, Bankalar Kanununun 15, 15/a, 22, Ek-1 ve Ek-2 maddeleri uygulanmaz. "

56. 5411 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesinin ilk hâli şöyledir:

"Bu Kanun ile Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek ***zamanaşımı*** *ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümler makable şamildir."*

57. Anayasa Mahkemesinin 4/6/2014 tarihli ve E.2014/85, K.2014/103 sayılı kararı ile bu maddede yer alan *"...zamanaşımı ve"* ibaresi iptal edilmiştir. Bu kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Kanun'un geçici 16. maddesinde yer alan ".zamanaşımı." sözcüğüyle 141. maddede öngörülen yirmi yıllık zamanaşımı süresinin geçmişe etkili olması sağlanmıştır. Yukarıda, 4389 sayılı Kanun'un ek 3. maddesi de dikkate alınarak detaylı olarak açıklandığı üzere itiraz konusu kural, 26.12.2003 tarihinden önce on yılını doldurup, 1.11.2005 tarihinde ise henüz yirmi yılını doldurmayan alacaklara ilişkin zamanaşımı sürelerinin yirmi yıla uzaması sonucunu doğurmaktadır.

Zamanaşımı süresinin geçmiş bulunması, alacağı kendiliğinden sona erdirmemekte, sadece borçluya bir def'i hakkı vermektedir. Borçlunun zamanaşımı def'ini öne sürmesi durumunda borç sona ermeyip eksik borç hâline dönüşmektedir. Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi, zamanaşımına uğramış borcun borçlusuna, borcu ifadan kaçınma hakkı tanımaktadır. Borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesi durumunda hâkim davayı reddetmek zorunda kalmakta, alacak varlığını sürdürse de takip edilebilir olmaktan çıkmaktadır.

İtiraz konusu kuralın yürürlüğe girdiği tarihten önce borçlu aleyhine açılacak dava veya yapılacak takiplerde, borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürerek borcu ifadan kaçınması ve davayı veya takibi sonuçsuz bırakması mümkün iken, itiraz konusu kuralla zamanaşımı süresinin yirmi yıla uzaması nedeniyle bu imkân borçlunun elinden alınmıştır. Diğer bir ifadeyle itiraz konusu kuralla, Fon alacaklarında zamanaşımı süresinin yirmi yıl olmasını öngören hükmün geçmişe etkili olduğu kurala bağlanmak suretiyle borçlunun önceki kanun hükmü uyarınca sahip olduğu zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkı ortadan kaldırılmıştır.

Kuralın gerekçesinden amacın, Fon alacaklarının tahsili imkânının artırılması suretiyle kamu menfaatlerinin korunması olduğu anlaşılmaktadır. Kamu alacaklarının takip ve tahsili için hukuki düzenlemeler ve ayrıcalıklı yetkilerle kolaylık ve hızlılık sağlanmasının doğal olduğu kabul edilmekle birlikte bu konuda bireylerin haklarının ve hukukun genel ilkelerinin de göz önünde bulundurulması hukuk devletinin bir gereğidir.

Kuralla, Fon alacaklarının daha yüksek oranda tahsilinin sağlanması amaçlanmakta ise de borçlunun, zamanaşımına uğramış alacaklarının yeniden canlandırılması ve bu suretle yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre doğmuş ve tahakkuk etmiş olan zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkının geçmişe yönelik olarak elinden alınması hukuka olan güven duygusunu zedelemekte ve hukuk güvenliği ilkesini ihlal etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Kanun'un geçici 16. maddesinde yer alan itiraz konusu '.zamanaşımı.' sözcüğü Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

58. 5411 sayılı Kanun'un geçici 11. maddesinin birinci fıkrası 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 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 bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanunun 14, 15, 15/a, 16, 17, 17/a ve 18 inci maddeleri, ek 1, 2, 3, 4, 5 ve 6 ncı maddeleri ile geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasına devam edilir."

59. 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesinin onuncu ve on birinci fıkraları şöyledir:

"Fon, alacağının tahsili bakımından yarar görmesi hâlinde ve Fona borçlu olup olmadıklarına bakılmaksızın, Fon bankalarının;

a) Yönetim ve denetimine sahip olduğu iştiraklerinin,

b) Hâkim ortağı olan tüzel kişilerin,

c) Gerçek ve tüzel kişi hâkim ortaklarının hâkim ortak olduğu şirketlerin,

d) Yukarıda sayılan kişiler adına hareket eden veya onlar hesabına kendi adına para, mal veya hak edinen şirketlerin ortaklarının,

Bu maddede belirtilen 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.

...

Bu Kanunun 71 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi hükmü uyarınca faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankalar ile tasfiyeye tâbi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan bankaların, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen gerçek ve tüzel kişiler ile gerçek kişilerin kan ve kayın hısımlarının edindikleri ve/veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacakların banka kaynağı kullanılmak suretiyle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilir. Bu gerçek kişiler ile tüzel kişiler tarafından edinilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında bu madde hükümlerini uygulamaya Fon yetkilidir. Bu suretle edinildiği

ve/veya edindirildiği kabul edilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar üzerinde ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanıldığı tarihten sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı aynî hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen aynî ve şahsi her türlü hak Fona karşı hüküm ifade etmez. Bu hukuki işlemlere taraf olan, küllî ve cüz'i halefleri dâhil tüm şahısların, yukarıda belirtilen işlemlerin gerçekleşmesinden sonra edindikleri ve/veya edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu madde hükümleri uygulanır.

Yukarıda belirtilen işlemlere taraf olan üçüncü kişiler bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya yönetim ve denetiminin Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle, bu maddenin birinci fıkrasında sayılan kişiler ise bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya yönetim ve denetiminin Fona devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeniyle iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya yönetim ve denetiminin Fona devrinden önce satış, kira, devir ve temlik gibi işlemler ile aynî ve şahsi hak tesisine ilişkin işlemlere taraf olan üçüncü kişiler iyiniyetli olduklarını kanıtlamak zorundadırlar."

60. 2004 sayılı Kanun'un 201. maddesi şöyledir:

"Müflisin borçlusu iflasın açılmasından evvel alacaklısının aciz halinde bulunduğunu bilerek masanın zararına kendisine veya üçüncü bir şahsa takas suretiyle bir menfaat temin etmek için müflise karşı bir alacak ihdas ederse bu takasa mahkemede itiraz olunabilir."

61. 2004 sayılı Kanun'un 206. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Alacakları rehinli olan alacaklıların satış tutarı üzerinde rüçhan hakları vardır. Gümrük resmi ve akar vergisi gibi Devlet tekliflerinden muayyen eşya ve akardan alınması lazım gelen resim ve vergi, rehinli alacaklardan sonra gelir.

Bir alacak birden ziyade rehinle temin edilmiş ise satış tutarı borca mahsup edilirken her rehinin idare ve satış masrafı ve bu rehinlerden bir kısmı ile temin edilmiş başka alacaklar da varsa bunlar nazara alınıp paylaştırmada lazım gelen tenasübe riayet edilir.

Alacakları taşınmaz rehniyle temin edilmiş olan alacaklıların sırası ve bu teminatın faiz ve eklentisine şümulü Kanunu Medeninin taşınmaz rehnine müteallik hükümlerine göre tayin olunur.

Teminatlı olup da rehinle karşılanmamış olan veya teminatsız bulunan alacaklar masa mallarının satış tutarından, aşağıdaki sıra ile verilmek üzere kaydolunur:

Birinci sıra:

A) İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları,

B) İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları,

C) İflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları.

İkinci sıra:

Velâyet ve vesayet nedeniyle malları borçlunun idaresine bırakılan kimselerin bu ilişki nedeniyle doğmuş olan tüm alacakları;

Ancak bu alacaklar, iflâs, vesayet veya velâyetin devam ettiği müddet yahut bunların bitmesini takip eden yıl içinde açılırsa imtiyazlı alacak olarak kabul olunur. Bir davanın veya takibin devam ettiği müddet hesaba katılmaz.

Üçüncü sıra:

Özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar.

Dördüncü sıra:

İmtiyazlı olmayan diğer bütün alacaklar.

...”

62. 2004 sayılı Kanun’un 245. maddesi şöyledir:

“Alacaklıların masa tarafından neticelendirilmesine lüzum görmedikleri bir iddianın takibi hakkı istiyen alacaklıya devrolunur. Hasıl olan neticeden masraflar çıkarıldıktan sonra devralanın alacağı verilir ve artanı masaya yatırılır.”

63. 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 55. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Amme alacağını vadesinde ödemiyenlere, 15 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumu bir 'ödeme emri' ile tebliğ olunur."

B. Uluslararası Hukuk

64. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün 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."

65. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bankalara el konulması ile bağlantılı şikâyetleri, bankaya el konulmasını kimi durumlarda mülkiyetten yoksun bırakma sonucuna yol açsa dahi ülkedeki bankacılık sektörünü kontrol etmek amacına yönelik bir tedbir niteliğinde olduğu gerekçesiyle mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelemiştir (*Reisner/Türkiye,* B. No: 46815/09, 21/7/2015, § 47; *Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye*, B. No: 6334/05, 23/10/2012, §§ 146, 147). Bununla birlikte AİHM'e göre söz konusu müdahale Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde belirtilen genel ilke ışığında yorumlanmalıdır. Buna göre müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı, kamu yararına dayalı meşru bir amacının olup olmadığı ve başvurucunun mülkiyet hakkı ile müdahalenin taşıdığı meşru amacın dayandığı kamu yararı arasında adil bir denge sağlanıp sağlanmadığı belirlenmelidir (*Reisner/Türkiye,* § 47).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

66. Mahkemenin 12/9/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

67. Başvurucu özetle şu iddiaları öne sürmüştür:

i. Öncelikle bankalar yeminli murakıbının raporuna atıfla Banka yönetiminin L. Holding A.Ş. lehine Banka zararına satış yapma kastının bulunmadığını, ayrıca tarafların takas ve mahsup yapmalarını engelleyen bir hükme yer verilmeyen sözleşmenin geçersiz olduğunun söylenemeyeceğini ifade etmiştir. Yine söz konusu raporda, mahsup edilen 75.000.000 dolar tutarındaki paranın TYT Bank A.Ş. mudileriyle ilişkilendirilmeyeceği ve yapılan mahsup işlemiyle sadece TYT Bank A.Ş.den alacaklı kişilerin değiştiği ve borç miktarının ise aynı kaldığı açıklanmıştır. Başvurucu, bu hususlar yanında söz konusu raporda yer alan Dışbank A.Ş.nin yeniden sisteme kazandırılmasındaki rolünün de dikkate alınmadığını belirtmiştir.

ii. Ayrıca bankalar yeminli murakıbı ve Başbakanlık Teftiş Kurulu müfettişince düzenlenen raporlara göre Dışbank A.Ş.den TYT Bank A.Ş.ye 287.000.000 dolar tutarında usulsüz kaynak aktarımı yapıldığının tespit edildiğine vurgu yapmıştır. Başvurucuya göre kendisinden talep edilen tutar da esasen Dışbank A.Ş.den TYT Bank A.Ş.ye yapılan 62.650.000 dolar tutarındaki kaynak aktarımına konu tutardır.

iii. Bunun yanında İflas İdaresinin alacağı söz konusu olduğundan 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip yapılamayacağı çünkü İflas İdaresince TMSF'ye devredilmiş bir alacağın bulunmadığını belirtmiştir. Buna göre iflas masasının taraflarından bir alacağı bulunmadığını, iflas masasına kayıtlı alacağın ise yaklaşık 10.250.000 TL olduğunu, buna rağmen 52.600.000 dolar tutarında takip yapıldığını ifade etmiştir.

iv. Dışbank A.Ş.den TYT Bank A.Ş.ye yapılan usulsüz kaynak aktarımları ve Dışbank A.Ş. hisselerinin değerinin düşmesi sebebiyle 22/4/1994 tarihli sözleşmenin imzalandığı tarihte 75.000.000 doların üzerinde bir alacağın olduğunu açıklamıştır.

v. Olay tarihinde hissedarların hissedarı olduğu bankadan kredi kullanmalarının yasaklanmadığına, bu açıdan da başvurucu Bankaya bir yükümlülük yüklenemeyeceğine değinmiştir. Bu bağlamda dönemin yöneticileri hakkında açılan sorumluluk davasının devam ettiğini ve bu dava sonuçlanmadan başvurucu Bankanın sorumlu tutulamayacağını

belirtmiştir. Başvurucu Bankaya göre satış bedeli karşılığında tahsil edilen 52.650.000 dolar tutarındaki kısmın L. Holding A.Ş. tarafından TYT Bank A.Ş.den kredi yoluyla sağlandığı kabul edilse dahi sorumluluğu yoluna gidilemez. Zira böyle bir yükümlülüğün yirmi iki yıl geçtikten sonra yüklenmeye çalışılması hukuk güvenliği ilkesine aykırılık teşkil eder. Başvurucu Banka, olay tarihinde yürürlükten olan 3182 sayılı mülga Kanun'da bulunmayan yükümlülüklerin yüklendiğini iddia etmiştir.

vi. Yapılan takas-mahsup işlemiyle diğer alacaklıların önüne geçilmesinin söz konusu olmadığını belirtmiştir. Buna göre 22/4/1994 tarihli sözleşmenin imzalanmamış olması hâlinde başvurucu Banka, TYT Bank A.Ş.den olan alacaklarını iflas masasına kaydettirecektir. Bu sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte bu defa aynı koşullarla L. Holding A.Ş. iflas masasına alacak yazdırmıştır.

vii. Dışbank A.Ş.nin iflasının kaçınılmaz olduğu ve bu sonuçtan ülke ekonomisinin zarar göreceği düşüncesiyle Dışbank A.Ş. hisselerinin geri alınması müzakere edilmiştir. Müzakerelerde L. Holding A.Ş., başvurucu Bankanın TYT Bank A.Ş.den olan alacakları yönünden kefil olmak istemiş; başvurucu Banka da yasal bir engel bulunmadığını düşünerek bunu kabul etmiştir. Başvrucuya göre yapılan sözleşme ile söz konusu bankaların mali yapıları güçlendirilmiştir. Ayrıca başvurucu Bankanın TYT Bank A.Ş.den olan alacaklarını tahsil edebilmek için L. Holding A.Ş.nin kefaletine ihtiyacının bulunmadığına işaret edilmiştir. Buna göre usulsüz aktarılan kaynaklara karşı takas-mahsup yapılabileceği gibi 75.000.000 dolar tutarındaki alacağın iflas masasına yazılarak Dışbank A.Ş. hisse senetleri üzerindeki rehinin paraya çevrilebileceği ifade edilmiştir.

viii. TYT Bank A.Ş.nin sınırlı ve zorunlu bir şekilde geçici olarak yönetiminde bulunmasının mı fesih sözleşmesi gereğince kendisine düşen ifa sorumluluğunun yerine getirilemeyeceği anlamına gelmediğini belirtmiştir.

ix. Somut olayda gerek 5411 sayılı Kanun'da gerekse de 4389 sayılı mülga Kanun'da yer alan muvazaalı işlemlerden hiçbirinin mevcut olmadığını vurgulamıştır. Buna göre Dışbank A.Ş. hisselerinin satışı ve feshine ilişkin sözleşmelerde karşılıklı edimlerin mevcut olduğunu, edimler arasında bir orantısızlık bulunmadığını, tarafların edimlerini

yerine getirdiklerini ve Müsteşarlık tarafından da buna izin verildiğini belirtmiştir.

x. Yargılama süreci yönünden de Danıştay nezdinde yapılan karar düzeltme başvurusunun genel ve öngörülen uygulamalardan farklı olarak inceleme zamanı gelmeden değerlendirildiğini, 2014 yılı Aralık ayında Kurulun üye yapısı değişmeden önce karar verilmesinin sağlandığını belirtmiştir. Bunun yanında açtığı davalardaki Kurul kararlarında, bankalar yeminli mali murakıbı ile Başbakanlık Teftiş Kurulu müfettişlerince düzenlenen raporlardaki hususların dikkate alınmadığından şikâyet etmiştir.

xi. 4389 sayılı mülga Kanun'un 15. maddesinin (7) numaralı fıkrasında yer alan *"İyi niyet iddiasında bulunamazlar."* ibaresinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesine rağmen somut olayda anılan hükmün Kurul tarafından uygulandığı ifade edilmiştir. Başvurucu, olayda iyi niyetli olduğu resmî raporlar ile sabit olduğu hâlde bu hususun Kurul tarafından gözetilmediğinden yakınmıştır.

xii. Anayasa Mahkemesinin 5411 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesinde yer alan zamanaşımı kuralını iptal ettiğini ancak Kurulun bu iptal kararını hatalı yorumladığını belirtmiştir. Başvurucuya göre talep edilen tutar 21/6/1993 tarihinde ödenmiş olup bu sebeple zamanaşımı süresi 21/6/2003 tarihi itibarıyla dolmuştur. Ayrıca Kurulun zamanaşımı yönünden dosyayı Daireye göndermesi gerekirken karar vermesinin kanunen mevcut olan ısrar hakkını ortadan kaldırdığını ifade etmiştir.

xiii. Olay tarihi itibarıyla yürürlükte olan 3184 sayılı mülga Kanun uyarınca yasal süreç başlamasına karşın bu Kanun ile 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri yerine günümüz koşullarına ve sonradan yürürlüğe giren mevzuat hükümlerine göre değerlendirme yapıldığından yakınmıştır. Ayrıca başvurucu Banka, Kurulun 5411 sayılı Kanun'un geçici 11. maddesinde atıf yapılan 4389 sayılı mülga Kanun'un ek 6. maddesinin uygulamadığından yakınmıştır.

xiv. Son olarak menfi tespit davasında yer alan bilirkişi raporlarındaki tespitlerin dikkate alınmadığından söz etmiştir. 21/6/1993 ve 22/4/1994 tarihli sözleşmeler sadece L. Holding A.Ş. ile başvurucu Banka arasında

akdedilmiş olup TYT Bank A.Ş. ise bu sözleşmenin tarafı değildir. Başvurucu Bankaya göre sözleşmenin feshi nedeniyle bir iade yükümlülüğü doğsa bile iade L. Holding A.Ş.ye yapılabilir. Ayrıca iflas masasının ne kadar alacağının bulunduğunun araştırılmadığını belirtmiştir.

68. Başvurucu sonuç olarak bu gerekçelerle mülkiyet ve adil yargılanma hakları ile sözleşme özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

69. Bakanlık görüşünde; müdahalenin başvurucuyu bir mal varlığı değerinden yoksun bırakmadığı, ilgili işlemin sadece başvurucunun alacağını, bir dönem borçlu TYT Bank A.Ş. yöneticiliğinin sağladığı avantajları kullanarak değil normal yollardan tahsil etmeye zorladığını belirtmiştir. Bakanlık müdahalenin 3182 sayılı mülga Kanun'un 68. maddesi, 5411 sayılı Kanun'un geçici 11. ve 15. maddeleri, 4389 sayılı mülga Kanun'un 16. maddesi, 2004 sayılı Kanun'un 245. maddesi ile 6183 sayılı Kanun'un 37. ve 55. maddeleri uyarınca kanuni dayanağının bulunduğunu vurgulamıştır. Bakanlığa göre kamu alacağının tahsilini amaçlayan müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacı da bulunmaktadır.

70. Bakanlık ölçülülük bağlamında ise L. Holding A.Ş. ile başvurucu Banka arasında geçmişe dönük bir kefalet sözleşmesi yapıldığına işaret ederek bu sözleşme yapılmamış olsaydı başvurucu Bankanın iade edeceği 75.000.000 dolar tutarındaki paranın müflis TYT Bank A.Ş.nin L. Holding A.Ş.ye kullandırdığı kredilerden kaynaklanan alacaklar için tahsil edilebileceğini belirtmiştir. Ancak Bakanlığa göre başvurucu Bankanın kendisine geçici olarak yönetimi tevdi edilen TYT Bank A.Ş.nin yöneticiliği konumunu kendi lehine kullandığı ve böylelikle başvurucu Bankanın alacaklarını kolay ve hızlı bir şekilde tahsil ederken diğer TYT Bank A.Ş. alacaklılarının ve TMSF'nin ise kaynak yetersizliği sebebiyle kendi alacaklarını iflas masasından tahsil edemedikleri ifade edilmiştir. Bakanlık ayrıca başvurucu Bankanın alacağının sonlandırılmadığını ve alacağın normal yollardan tahsilinin mümkün olduğunu vurgulamıştır. Bakanlık bunun yanında başvurucu Bankaya uyuşmazlık konusu idari tasarruflara ilişkin olarak etkili bir savunma ve itiraz imkânının da tanındığını belirtmiştir. Bakanlık son olarak iyi niyete ilişkin kanun hükmünün iptaline dair Anayasa Mahkemesi kararının da somut olayda uygulanma imkânının olmadığı görüşünü bildirmiştir.

71. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında, yapılan fesih sözleşmesiyle ilgili bankaların mali yapılarının güçlendirildiğini, Dışbank A.Ş.nin ülke ekonomisine kazandırılarak kamu yararına uygun hareket edildiğini belirtmiştir. Başvurucu ayrıca bu hisse devrinin Müsteşarlıkça onaylandığına özellikle vurgu yapmıştır. Başvurucu; TYT Bank A.Ş.nin geçici yönetiminde bulunulmasaydı dahi bu sözleşmenin yapılacağını, yapılan işlemleri inceleyen müfettiş raporlarında da asıl zarara uğrayanının kendileri olduğunun tespit edildiğini ifade etmiştir. Başvurucu yapılan sözleşmenin muvazaalı olmadığını, kendisinin Dışbank A.Ş. hisseleri üzerinde rehin hakkı bulunduğundan dolayı alacaklarını rehinli olan bu hisseleri paraya çevirmek suretiyle tahsil imkânının bulunduğunu belirtmiştir. Başvurucu ayrıca aksi kabul edilse dahi ilgili kamu alacağının zamanaşımına uğradığını açıklamıştır.

B. Değerlendirme

72. 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."

73. 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). Somut olayda başvurucu yaptığı sözleşmenin iflasına karar verilen bankanın alacaklarının tahsili çerçevesinde yürütülen süreçte muvazaalı sayılarak kamu makamlarınca borç çıkarılmasından şikâyet etmektedir. Dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlali iddiasında da bulunulmuş ise de söz konusu şikâyetin mülkiyet hakkıyla ilgili olduğu dikkate alındığında belirtilen şikâyet ile buna dair yürütülen yargılama süreçlerine yönelik şikâyetlerin mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

74. 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

75. 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). 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).

76. 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). Somut olayda başvurucu Bankadan tahsil edilmeye çalışılan paranın başvurucunun mal varlığına dâhil olduğu açık olduğuna göre mülkün varlığında bir tereddüt bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

77. 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 ondan tasarruf etme, onun ürünlerinden yararlanma olanağı verir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri,* B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, mülkünün semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlandırılması mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan,* B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 53).

78. 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 hakkına* 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 bırakmanın* 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).

79. Başvuru konusu olayda başvurucu Bankanın geçici olarak yönetimi kendisine devredilen TYT Bank A.Ş.nin kaynaklarından kullandığı gerekçesiyle takas ve mahsuba konu ettiği paranın başvurucudan tahsil edilmesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur. Diğer taraftan bankacılık sektörünün düzenlenmesi ve kontrolü bağlamında tasfiyeye konu edilen bir bankanın alacaklarının tahsili çerçevesinde gerçekleştirilen söz konusu müdahalenin mülkiyetin kamu yararına kullanımını kontrolü veya bunun düzenlenmesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

80. 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."

81. 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).

i. Kanunilik

82. 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, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44; *Ford Motor Company,* B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49; *Necmiye Çiftçi ve diğerleri,* B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

83. Somut olayda Müsteşarlıkça TYT Bank A.Ş.nin yönetimine el konularak yönetim geçici olarak sınırlı bir yetkiyle başvurucu Bankanın idaresine bırakılmıştır. Başvurucu Banka ise L. Holding A.Ş.ye satarak sonradan geri aldığı Dışbank A.Ş. hisselerine karşılık olarak kendisine ödenen 75.000.000 dolar tutarındaki parayı geri ödememiş ve bu borç yönetimi kendisinde olan TYT Bank A.Ş.nin başvurucu ve iştiraklerine olan borçlarından L. Holding A.Ş. kefil sıfatıyla sorumlu hâle getirilerek takas ve mahsup işlemleri yapılmıştır.

84. TYT Bank A.Ş. İflas İdaresinin 2004 sayılı Kanun'un 201. maddesi kapsamında hukuk mahkemelerinde açtığı davalarda bu takas ve mahsup işlemleri geçersiz sayılmış, İflas İdaresi ayrıca 5/3/2008 tarihinde aynı Kanun'un 245. maddesine göre 75.000.000 dolar tutarındaki alacağın iflas masasına ödenmek kaydıyla takibini masa alacaklısı olan TMSF'ye devretmiştir. Bunun yanında söz konusu Kanun'da masa alacaklarının takibi ve paylaştırılmasına dair hükümler de bulunmaktadır.

85. Diğer taraftan Fon Kurulu ise Dışbank A.Ş. hisselerinin başvurucu Bankaya devriyle birlikte tahsil edilen 75.000.000 dolar tutarındaki paranın TYT Bank A.Ş. kaynakları kullanılarak ödendiği tespit edilen 52.600.000 dolar tutarındaki kısmının 11/7/2008 tarihinde fon alacağı sayılmasına karar vermiştir. Başvurucunun bu işleme karşı açtığı davada Kurul, 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesinin onuncu ve on birinci fıkralarına işaret etmiştir. Kurul ayrıca 4389 sayılı mülga Kanun'un ek 6. maddesine göre bu işlemlerin her türlü muvazaadan ari olduğunun ispat edilebileceğini belirtmiştir. Kurul kararında, bu bağlamda 5411 sayılı Kanun'un geçici 11. ve 16. maddelerine göre TMSF'nin takip yapmaya yetkili olduğu vurgulanmıştır.

86. Başvurucu, kanunilik bağlamında ilk olarak olay tarihinde yürürlükte olan 3182 sayılı mülga Kanun'da bulunmayan yükümlülüklerin yüklendiğini öne sürmüştür. Bununla birlikte aynı iddia yargılama sırasında da dile getirilmiştir. Kurulca 3182 sayılı mülga Kanun'un 68. maddesine göre başvurucu Banka açısından bu sürecin geçici olarak yönetimini ve denetimini üstlendiği TYT Bank A.Ş.nin hesaplarının dökümünün yapılması, tasarruf mevduatının tespit edilmesi ve bu tespitin TMSF'ye bildirimiyle sınırlı olmasına rağmen sözü edilen takas ve mahsup işleminin yapıldığı, bunun ise Kanun'a uygun olmadığı açıklanarak itiraz karşılanmıştır.

87. Başvurucu ayrıca Anayasa Mahkemesinin 5411 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesinde yer alan zamanaşımı kuralını iptal ettiğini ancak Kurulun bu iptal kararını hatalı yorumladığını belirtmiştir. Ancak Kurul kararında da belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesince iptal edilen 5411 sayılı Kanun hükmünün 26/12/2003 tarihinden önce on yılını dolduran fon alacakları için zamanaşımını yirmi yıla çıkarmasının hukuk güvenliği ilkesini ihlal ettiği vurgulanmıştır. Hâlbuki olayda ise 26/12/2003 tarihi itibarıyla henüz on yıllık zamanaşımı süresi dolmamış olan bir fon alacağının söz konusu olduğu vurgulanmıştır. Her ne kadar başvurucu Banka, zamanaşımı süresinin ödeme tarihi olan 21/6/1993 tarihinden başladığını belirterek bu sürenin 21/6/2003 tarihi itibarıyla dolduğunu ifade etmiş ise de Kurul kararında fon alacağının uyuşmazlığa konu sözleşmenin imzalandığı 22/4/1994 tarihinde doğduğu kabul edilerek zamanaşımı süresinin dolmadığı belirtilmiştir.

88. Sonuç olarak başvuruya konu müdahalenin erişilebilir, belirli ve öngörülebilir kanuni bir dayanağının mevcut olduğu değerlendirilmiştir.

ii. Meşru Amaç

89. 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. 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 (*Nusrat*

Külah, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar,* B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

90. Anılan Kanun hükümlerinin amacının batan ve el konulan bankalar nedeniyle oluşan kamu zararının bu bankaların hâkim ortaklarına ait şirketler dâhil tüm varlıkların hızla paraya çevrilerek tahsil edilmesi ve ayrıca bu Banka hâkim ortaklarının diğer şirketlerle girdikleri muvazaalı işlemler nedeniyle meydana gelebilecek varlık kayıplarının engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır. İlgili düzenlemelerle bu amaca ulaşmak için TMSF'ye alacak takibine ilişkin mevcut mevzuat hükümlerinden çok daha geniş yetkiler ve öncelikler tanınmış, iktisadi ve ticari bütünlük oluşturarak varlık satışı gibi yeni tahsilat yöntemleri ihdas edilmiş, daha hızlı ve etkin hareket edilebilmesini teminen işlemlerin tamamının tek yetkili olarak TMSF tarafından yürütülmesi için geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır (*Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2013/865, 1/6/2016, § 141).

91. Kanun koyucu, oluşan kamu zararını sebep olanlardan tahsil etmek için ilgili kamu idarelerine gerekli yetkileri verebilir ve kamu kurumları kamu zararını karşılamak için gerekli işlemleri yapar. Verilen bu görev ve yetkiler ile bunların uygulaması açıkça temelden yoksun veya keyfî olmadıkça Anayasa Mahkemesince bu yetkilerin kamu yararı amacı taşıyıp taşımadığı esas yönünden incelenmez. Sonuç olarak ilgili mevzuatta kamu yararının amaçlandığı, ilgili kurumların kamu zararını karşılamak amacıyla hareket ettiği, bunun aksini gösteren somut bir bilgi ve belgenin bulunmadığı anlaşıldığından kamu yararı amacının bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir (*Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti.*, § 142). Somut olayda da bu ilkelerden ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamakta olup müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacının olduğu kabul edilmelidir.

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

92. Son olarak kamu makamlarınca başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

93. 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, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri,* § 38).

94. Orantılılık 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. Müdahalenin orantılılığını 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 (Bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Arif Güven,* B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

95. Başvurucu Bankanın takas ve mahsup işlemine konu ettiği alacağın, yönetimi kendisine bırakılan TYT Bank A.Ş. kaynaklarından kullanıldığı gerekçesiyle fon alacağı sayılmasına yönelik müdahalenin iflas eden söz konusu Bankanın alacaklarının tahsili amacının gerçekleştirilmesi yönünden elverişli olduğu açıktır.

96. Diğer tarafından bankacılık sektörünün düzenlenmesi ve kontrolü çerçevesinde tasfiyeye tabi banka alacaklarının tahsili bakımından hangi tedbirlerin gerekli olup olmadığının değerlendirilmesi öncelikli olarak ilgili kamu makamlarının yetkisindedir. Bu alanda ne gibi tedbirlerin alınması gerektiği hakkında sorumlu ve yetkili otoriteler daha isabetli karar verebilecek konumdadır. Bu nedenle hangi tedbirin uygulanacağının belirlenmesi hususunda idarelerin belli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Ne var ki seçilen aracın gerekliliğine ilişkin olarak idarelerin sahip 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. Somut olayda da tasfiyeye tabi banka alacağının tahsili bakımından müdahalenin gerekliliği hususunda kamu makamlarınca yapılan değerlendirmenin aksi bir sonuca ulaşmayı gerektirecek bir nedeni bulunmamaktadır.

97. 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.

98. Bu bağlamda öncelikle başvurucuya uygulanan tedbire karşı iddia ve savunmalarını etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınıp tanınmadığı değerlendirilmelidir.

99. Başvurucu ilk olarak Kurul kararlarında delil olarak dayandığı bankalar yeminli murakıbının, Başbakanlık Teftiş Kurulu müfettişlerinin raporlarının ve menfi tespit dosyasında sunulan bilirkişi raporlarının irdelenmediğinden yakınmıştır. Ancak Kurulun şikâyet edilen bozma kararında dava süreci -tarafların sundukları bilgi, belge ve deliller dikkate alınarak- özetlendikten sonra ilgili hukuk kurallarını yorumlamak suretiyle bir sonuca vardığı, karar düzeltme aşamasında da bu sonucun yerinde görüldüğü belirtilerek zamanaşımına yönelik itiraz yönünden değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. Kurulun başvurucunun sunduğu söz konusu belge ve raporlara hukuki değerlendirmeler yönünden itibar etmesi veya hukuki yönüyle bunlara dayanması söz konusu olamayacağı gibi varılan sonuca ulaşmayı etkilemediği kanaatine ulaşılması durumunda ayrıca tartışılması da gerekli görülmeyebilir. Bunun yanında karar düzeltmenin ivedi olarak sonuçlandırılması ise yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmasının bir gereğidir.

100. Başvurucu ayrıca iyi niyetli olduğunun resmî raporlarla sabit olduğunu ve iyi niyet iddiasında bulunulamayacağına dair hükmün Anayasa

Mahkemesince iptal edildiğinin derece mahkemelerince gözetilmediğini öne sürmüştür. Ancak Kurul kararlarında somut olayın özelliklerinin bir gereği olarak iyi niyet unsuruna yönelik bir tartışmanın yapılmadığı görülmektedir. Nitekim Kurul, özellikle olay tarihi itibarıyla yürürlükte olan 3182 sayılı mülga Kanun'un 68. maddesi uyarınca başlatılan yasal sürece dikkati çekmiştir. Kurula göre bu süreçte başvurucu Banka geçici olarak yönetimini ve denetimini üstlendiği tasfiyeye konu Bankanın hesaplarının dökümünü yaparak tasarruf mevduatını tespit etme ile sınırlı bir görev üstlenmiştir. Kurul buna rağmen geçici yönetimi başvurucuya devredilen TYT Bank A.Ş. kaynaklarının başvurucu Banka tarafından Dışbank A.Ş. hisselerinin devri nedeniyle doğan borcun tasfiyesi amacıyla takas ve mahsup işlemine konu edilmesinin mevzuata uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Buna göre kanunda belirtilen sınırların dışına çıktığı tespit edilen başvurucunun bu işlemler yapılırken iyi niyetli olup olmadığının tartışılmasına gerek görülmemiştir. Dolayısıyla kendisini vekil ile temsil ettiren başvurucunun ayrı ve açık yanıt gerektiren iddia ve itirazlarının karşılandığı, anılan kararların da keyfî veya öngörülemez nitelikte olmadığı anlaşılmıştır.

101. Somut olayda başvurucu Bankanın L. Holding A.Ş.ye Dışbank A.Ş. hisselerinin satışı sözleşmesinin feshi nedeniyle doğan 75.000.000 dolar tutarındaki borcu, bu Holdingin TYT Bank A.Ş.ye kefil olması sonucu başvurucu Bankanın geçici yönetimi ve denetimi altındaki TYT Bank A.Ş.nin başvurucu ve iştiraklerine olan borçlarına karşılık takas ve mahsup edilmiştir. Önce İflas İdaresince bu işlemin geçersizliği ileri sürülerek davalar açılmış ve nihayet masa alacağı kabul edilen söz konusu tutarın takibi masa alacaklısı TMSF'ye devredilmiş, sonrasında da bankacılık mevzuatında yapılan değişikliklerle daha geniş bir yetki edinen TMSF bu alacağın 52.600.000 dolar tutarındaki belirli bir kısmını fon alacağı saymak suretiyle 6183 sayılı Kanun'a göre takibe girişmiştir. Her ne kadar başvurucunun da belirttiği üzere TMSF tarafından ayrıca alacak davası açılmış ise de söz konusu davanın tahsilde tekerrüre yol açılmaması kaydıyla 75.000.000 dolar tutarındaki toplam alacak miktarı üzerinden açıldığı görülmektedir.

102. Tasfiyeye tabi olan TYT Bank A.Ş.nin başvurucu Banka ve iştiraklerine borçlarının olduğu açıktır. Başvurucunun bu borçları tahsil edebilmesi de kuşkusuz mülkiyet hakkının korunmasının bir gereği olarak görülmelidir. Ancak başvurucu Banka, Müsteşarlıkça verilen TYT Bank

A.Ş.nin geçici yönetim ve denetim görevi kapsamında her ne kadar tasfiyeye tabi söz konusu Bankanın hâkim ortağı olsa da üçüncü kişi konumundaki L. Holding A.Ş.ye olan borçlarına karşılık olarak takas ve mahsup işlemini gerçekleştirmiştir. İdarenin ve derece mahkemelerinin kanuna dayalı yorumlarına göre ise belirtilen sınırlı yetki çerçevesinde başvurucu Bankanın bu işlemi yapması tasfiyeye konu banka kaynaklarının kullanılması anlamına gelmektedir. Üstelik bu işlemin yapılmasıyla başvurucu Bankanın alacaklarının kanuna aykırı olarak diğer masa alacaklarına göre öncelikle tahsili mümkün olmuştur. Başvurucu, yapılan sözleşmenin idarenin onayına sunulduğunu belirtmekte ise de Müsteşarlık yazısında hisse senetlerinin devrine ilişkin onay işleminin *"anılan sözleşme hükümlerinin onaylanması mahiyetinde olmadığı"* açık olarak belirtilmiştir.

103. Son olarak başvurucu yönünden müdahale sonucu oluşan külfeti hafifleten mekanizmaların mevcut olup olmadığı irdelenmelidir. Bu bakımdan başvurucunun hisse senedi devri nedeniyle L. Holding A.Ş.ye borcunun olduğu ancak başvurucu ve iştiraklerinin de TYT Bank A.Ş.den alacağının olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte müdahaleyle başvurucu Bankanın TYT Bank A.Ş. kaynaklarından kullandığı gerekçesiyle tahsiline girişilen uyuşmazlığa konu paranın yine söz konusu tasfiyeye konu bu bankanın borçlarını ödemek için kullanılacağı ortadadır. Ancak tahsil edilen söz konusu para, bu defa kanunla öngörülen çerçevede belirli bir öncelik sırasına göre alacaklılara ödenmiş olacaktır. Bunun ise iflas ve tasfiye aşamasında alacakların belirli bir sıra dâhilinde borçlunun mal varlığından ödenmesi yönündeki kamu yararına dayalı kanun hükümlerinin bir gereği olduğu ve bu bağlamda kamu makamlarının belirli bir takdir yetkisinin de olduğu kabul edilmelidir.

104. Dolayısıyla başvurucunun alacağından yoksun bırakılması söz konusu olmadığı gibi bu alacağını tahsil edebilmesini sağlayabilmek için uygun hukuki mekanizmalar da mevcuttur. Bunun aksinin kabul edilmesi durumunda ise diğer masa alacaklılarının mülkiyet hakkı kapsamındaki menfaatlerinin zedelenmesi söz konusu olabilir. Başvurucunun alacağının zaten öncelikli olduğu yönündeki iddiası ise diğer masa alacaklarıyla birlikte öncelikle kamu makamlarınca değerlendirilebilecek bir husustur. Başvurucunun bu yapılacak değerlendirmelere karşı dava açabilmesinin de mümkün olduğu görülmektedir. Başvurucu, somut olay bağlamında

belirtilen hukuki mekanizmaların yeterli olmadığını veya kamu makamlarınca özensiz olarak işletildiğini gösterir herhangi bir somut olgu da ortaya koyamamıştır.

105. Bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklemediği, somut olayda müdahalenin taşıdığı kamu yararı amacı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil dengenin bozulmadığı, müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.

106. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Celal Mümtaz AKINCI ve Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE Celal Mümtaz AKINCI ve Muammer TOPAL'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 12/9/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

Başvurucu bankanın tarafı olduğu olaylar silsilesi kararda ayrıntılı şekilde izah edilmiştir (bkz. § 10-49). Bu olaylar karara neden katılmadığımıza dayanak olacak şekilde şöyle özetlenebilir:

1- TMSF Fon Kurulu, davaya konu işlemini, TYT Bank A.Ş.'ye ait kaynağın, Lapis Holding A.Ş. vasıtasıyla üçüncü kişi konumundaki başvurucu Bankaya kazandırılması ve bu kazandırmanın, TYT Bank A.Ş.'nin faaliyet izninin kaldırılmasından sonraki işlemler nedeniyle, üçüncü kişilerin iyi niyetle yapıldığı iddiasında bulunamayacakları gerekçesine dayandırmaktadır.

2-Dışbank A.Ş.'nin %89,11 oranında hissesinin L. Holding A.Ş.'ye satış tarihi, TYT Bank A.Ş.'nin bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten önceki bir tarihtir. Başvurucu Bankaya kazandırıldığı belirtilen 75.000.000 dolar ise L. Holding A.Ş. tarafından satış bedelinin peşinatı olarak başvurucu Bankaya ödenmiştir. Söz konusu paranın L. Holding A.Ş. tarafındanTYT Bank A.Ş.'den sağlanan kredi olduğunun, başvurucu banka tarafından bilinmesinin, biliniyor olsa bile, başvurucu Banka tarafından müdahalede bulunulmasının ticari kurallar gereği mümkün olamayacağı aşikârdır. Dolayısıyla bu noktada yapılan işlemlerin gizlendiği, muvazaalı olduğu iddialarının dayanağı bulunmadığından, söz konusu tutarın Dışbank A.Ş. hisse bedelleri karşılığı ödendiğini, başvurucu Banka tarafından karşılıksız edinilmediğini kabul etmek gerekir.

3-Olayların devamında L. Holding A.Ş.'nin sözleşme gereklerine uymaması nedeniyle Dışbank A.Ş. hisselerinin başvurucu Bankaya devri sonucunda L. Holding A.Ş. ödediği peşinat tutarı kadar başvurucu Bankadan alacaklı hale gelmiştir. Bu alacağın önemli bir kısmı L. Holding A.Ş.'nin TYT Bank A.Ş.'den temin ettiği krediden oluşmaktadır. TYT Bank A.Ş. ise, L. Holding A.Ş.'nin başvurucu Bankadan alacağı miktar kadar, başvurucu Bankaya borçludur. Bu borçTYT Bank A.Ş.'nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasından önce başvurucu Bankadan kullandığı krediye dayanmaktadır. L. Holding A.Ş. imzaladığı 22/4/1994 tarihli sözleşme ile TYT Bank A.Ş.'nin başvurucu Banka ve iştiraklerine olan borcuna kefil olmuştur. L. Holding A.Ş.'nin daha önce bünyesinde bulunan ve kredi kullandığı TYT Bank A.Ş.'nin borçlarına kefil olmasının ticari icaplara uygun olmadığı öne sürülemez. Buna göre taraflar arasında L. Holding

A.Ş.'nin kefalet nedeniyle doğan borçları karşılığında, takas ve mahsuba ilişkin bir sözleşme bulunduğundan dolayı bu sözleşme gereğinin yerine getirilmesi başvurucu Banka lehine bir kazanç olarak değerlendirilemez.

4- Dışbank A.Ş.'nin L. Holding A.Ş. yönetiminde kaldığı dönemde zarara uğratıldığı gerekçesiyle 11/4/1994 tarihinde L. Holding A.Ş.'yi banka yönetiminden uzaklaştıran Müsteşarlıktır. Anılan tarihten sonra 22/4/1994 tarihinde tesis edilen sözleşme ile başvurucu Bankanın, L. Holding A.Ş.'den alacağının bakiye kısmının ödenmeyeceğini düşünerek hisselerini geri alması, 75.000.000 dolar tutarındaki borcun ödenmeyerek TYT Bank A.Ş.'den alacağa mahsup edilmesi tamamen başvurucu Bankanın zarardan kurtarılmasına yönelik, basiretli bir banka yönetiminin yapması gereken işlemlerdir. Zira, L. Holding A.Ş.'yi, Dışbank A.Ş.'nin yönetiminden uzaklaştıran, aynı tarihte TYT Bank A.Ş.'nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldırarak başvurucu Bankaya devredilmesini uygun gören Müsteşarlıktır. Müsteşarlık L. Holding A.Ş.'nin, her iki bankanın kötü duruma düşürülmesindeki sorumluluğunu görmekte, muhtemelen, her iki bankanın da mali durumunun düzeltilmesi sorumluluğunu başvurucu bankaya yüklemektedir. Olan bitenleri en ince ayrıntısına kadar bildiği için de 22/4/1994 tarihli sözleşmeye onay vermektedir. Bu durumda sözleşmeye onay verilirken Müsteşarlıkça konulan şerhin, Müsteşarlığı sorumluluktan kurtarması düşünülemez. Müsteşarlığın L. Holding A.Ş.'ye, Dışbank A.Ş.'nin hisselerinin devralınması sırasında ödenen 75.000.000 dolar tutarındaki peşinatın nasıl ve nereden temin edildiğini sorması gerekirdi. Zira anılan miktarın nasılve nereden temin edildiğini bilen/bilmesi gereken, L. Holding A.Ş.'dir. TYT Bank A.Ş.'nin hakim hissedarı olduğu Müsteşarlık tarafından da bilinmektedir. Ancak, başvurucu bankanın alacağı paranın kaynağını bilme, araştırma gibi bir sorumluluğunun olduğunu düşünmek ticari icaplara uygun düşmez.

Dava konusu Fon Kurulu işlemi, TYT Bank A.Ş.'ye ait kaynağın üçüncü kişi konumundaki başvurucu Bankaya edindirildiği gerekçesine dayandırılmakta ise de bu edindirme yukarıda açıklandığı üzere Dışbank A.Ş. hisselerinin satışına dayanmaktadır. Bu nedenle karşılıksız değildir. Bu edindirmeden dolayı TYT Bank A.Ş.'nin faaliyet izninin kaldırılmasından sonraki işlemler nedeniyle üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasında bulunamayacakları öne sürülemez. Fon Kurulu söz konusu işlemler

nedeniyle, başvurucu Bankanın kötü niyetli olduğunu ortaya koymalıdır. Zira yapılan işlemler ticari icaplara ve bankacılık kurallarına uygundur. Başvurucu Bankanın söz konusu işlemlerin tesisinde kötü niyetli olduğu iddia ve ispat edilmemiştir. Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin davanın kabulü ile dava konusu işlemin iptali yönündeki kararı da yukarıda belirtilen gerekçeye dayanmaktadır. Daire aynı gerekçelerle ödemeye çağrı mektubu ile ödeme emrini de iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin çoğunluk kararında sözü edilen kararında da belirtildiği gibi; iyi niyet kuralı genel bir hukuk kuralı olmakla birlikte, karşılaşılan her uyuşmazlığın, ilgili yasa hükümleri yok sayılarak sadece iyi niyet kuralı ile çözümleneceği anlamına gelmemektedir. Bir yasa kuralının hukuka uygun amaç taşımasıyla birlikte, bu amacın gerçekleşmesini sağlayacak yöntemlerin de hukuka uygun olması gerekir. Tarafın iyi niyetinin olup olmadığı kararının, mahkeme tarafından yapılan inceleme ve araştırma sonucu ortaya çıkacağı kuşkusuzdur. Kamu alacağının tahsilinin hızlandırılması gibi soyut bir gerekçe, iyi niyete ilişkin ispat kuralının uygulanmamasının nedeni olamaz. Kuralda geçen tüm üçüncü kişilerin işlemleri muvazaalı kabul edilerek, iyi niyetli üçüncü kişilerin dava açma haklarının özü zedelenmekte, mahkemeye etkili erişim ve savunma hakları engellenmekte, korunmasında kamu yararı bulunan iyi niyetli kimsenin, idare ve mahkeme önünde iyi niyetli olduğunu iddia ve ispat etme hakkı elinden alınmaktadır.

*"Hakkaniyete uygun yargılanma"*nın temel unsuru, yargılamanın *"çelişmeli"* olması ve taraflar arasında *"silahların eşitliği"*nin sağlanmasıdır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Rowe ve Davis/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 28901/95, 16/2/2000, § 60). Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda mahkemece tarafların dinlenilmemesi, taraflara delillere karşı çıkma imkânı verilmemesi, yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hâle gelmesine neden olabilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Feldbrugge/Hollanda*, B. No. 8562/79, 29/05/1986, § 44).

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de silahların eşitliği ilkesidir. 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 (*Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32).

Silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı olan çelişmeli yargılama ilkesi, kural olarak bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkânı vermektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *J.J./Hollanda*, B. No: 9/1997/793/994, 27/3/1998, § 43; *Vermeulen/Belçika*, B. No: 19075/91, 20/2/1996, § 33).

Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında da uygun imkânların tanınması gerekir. Bu anlamda delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddiaları da yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilecektir (*Yüksel Hançer*, B. No. 2013/2116, 23/1/2014, § 19).

AİHM, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını denetlerken somut olayda şikâyet konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır (*Kremzov/Avusturya,* B. No: 12350/86, 21/9/1993, § 75).

Bu bakımdan, daha önce ulaşılamayan bilgi ve belgelere üst yargılama aşamasında ulaşılmış ve bunlara karşı iddia ve itirazlar dile getirilmiş ise silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılmayabilir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki görevi, somut olayın usul kurallarına uygunluğunu denetlemek değil, adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin somut olayda ihlal edilip edilmediğini denetlemektir (*Durmaz Oto. Petrol Ürünleri İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. (4)*, B. No: 2013/251, 10/6/2015, § 22).

Fon Kurulu, dava konusu işlemini, TYT Bank A.Ş.'ye ait kaynağın üçüncü kişi konumundaki başvurucu Bankaya edindirilmesi ve bu edindirmenin TYT Bank A.Ş.'nin faaliyet izninin kaldırılmasından sonraki işlemler nedeniyle üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasında bulunamayacakları gerekçesine dayandırmaktadır. Danıştay Onüçüncü Dairesi, başvurucu Bankaya

edindirildiği belirtilen tutarın L. Holding A.Ş. tarafından satış bedeli olarak ödendiği; dolayısıyla bu tutarın Dışbank A.Ş.'nin hisse bedelleri karşılığı olduğundan, söz konusu kaynağın başvurucu Banka tarafından karşılıksız edinildiğinden söz edilemeyeceği; taraflar arasında L. Holding A.Ş.'nin TYT Bank A.Ş.'ye kefaleti nedeniyle oluşan borçların karşılığından dolayı bu sözleşme gereğinin yerine getirilmesinin başvurucu Banka lehine bir edindirme olarak değerlendirilemeyeceği; sonuç olarak devredilen TYT Bank A.Ş. kaynaklarının başvurucu Banka nezdinde kalmasının sağlandığı gerekçesiyle bu kaynakların fon alacağı olarak başvurucu Bankadan takibine ilişkin Fon Kurulu kararında ilgili hukuk kurallarına uyarlık olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, yukarıda sözü edilen takas mahsup işlemiyle başvurucu Bankanın, TYT Bank A.Ş.'den alacaklı diğer üçüncü kişilerin önüne geçtiğini ve L. Holding A.Ş. ile imzaladığı sözleşmeyle bu şirketin kendi bankalarından olan 75.000.000 dolar tutarındaki alacağını tasfiye ettiğini vurgulamış; bu alacağın başvurucu Bankanın TYT Bank A.Ş.'den olan alacakları karşılığında belirtilen şekilde tasfiye edilmesinin, geçici olarak yönetimi başvurucu Bankaya geçmiş olan TYT Bank A.Ş. kaynaklarının İş Bankası ve L. Holding A.Ş. tarafından kullanıldığı gerekçesiyle, Daire kararını başvurucu Banka aleyhine bozmuştur.

Dava konusu işlemi tesis eden Fon Kurulu, davacı Bankanın takas mahsup işlemi nedeniyle iyi niyet iddiasında bulunamayacağını; İdari Dava Daireleri Kurulu ise takas-mahsup işlemi sonucunda, L. Holding A.Ş.'nin TYT Bank A.Ş.'ye olan borcunun, başvurucu Bankanın anılan Banka'dan alacakları karşılığında belirtilen şekilde tasfiye edildiği, geçici olarak yönetimi başvurucu Bankaya geçmiş olan TYT Bank A.Ş. kaynaklarının İş Bankası ve L. Holding A.Ş. tarafından kullanıldığı sonucuna varmaktadır.

İdari Dava Daireleri Kurulu söz konusu sonuca ulaşırken davanın sonucuna doğrudan etkili olan şu hususları gözardı etmiştir.

1- Anayasa Mahkemesi, Kurul kararından önce ilgili kanunda geçen "iyi niyet iddiasında bulunamazlar" ibaresini iptal etmiştir.

2- Fon Kurulunun dava konusu işlemi tesis ederken, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının da olay sırasında, L. Holding A.Ş.'nin Dışbank hisselerinin peşinatını TYT Bank A.Ş. kaynaklı krediyle ödediğini bilmesi gerekmektedir.

3- Dışbank A.Ş. L. Holding A.Ş. yönetiminde kaldığı dönemde zarara uğratıldığından Müsteşarlık tarafından 11/4/1994 tarihinde L. Holding A.Ş. yönetimden uzaklaştırılmıştır.

4- Bakanlar Kurulu 11/4/1994 tarihinde TYT Bank A.Ş.'nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldırmıştır. TYT Bank A.Ş.'nin geçici yönetim ve denetiminin başvurucu Bankaya devredilmesi Müsteşarlıkça uygun görülmüştür.

5- Başvurucu Banka, Dışbank A.Ş.hisselerinin satışına ilişkin olarak bakiye satış bedelinin ödenmeyeceğini düşünmektedir ki, bunu düşünmek ve Bankayı zarara uğratmamak için basiretli bir tüccar olmaya bile gerek yoktur. TYT Bank A.Ş.'nin başvurucu Bankaya olan borcuna L. Holding A.Ş. müşterek borçlu ve müteselsil kefil olmuştur. Kefaletin nedeni TYT Bank A.Ş.'nin hakim hissedarının L. Holding A.Ş. olması ve bu bankadan kullandığı kredi ile Dışbank A.Ş.'yi satın almasıdır.

6- Müsteşarlık, Dışbank A.Ş.'nin başvurucu Banka tarafından geri alınmasına izin vermiştir. Bu yazıda onay işleminin "anılan sözleşme hükümlerinin onaylanması mahiyetinde olmadığı" açık olarak belirtilmiştir. Bunun sebebi başvurucu Banka tarafından Dışbank A.Ş.'nin ve TYT Bank A.Ş.'nin mali durumunun düzeltilmesi, gerekiyorsa mevzuata uygun olarak tasfiye edilmesi, ancak başvurucu Bankanın alacağının ve borcunun tasfiyesinin önlenmek istenmesidir.

Bu duruma göre Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, başvurucu Bankanın esasa yönelik iddialarını dikkate almadan, Fon Kurulunun tezleri doğrultusunda karar vermiş; davacının iddialarını karşılamadan diğer tarafı üstün bir konuma getirmiştir. Söz konusu eşitsizliğin yargılamayı adaletten yoksun kıldığı sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmadık.

Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	Muammer TOPAL

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

HÜSEYİN ÜNAL BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/24715)

Karar Tarihi: 20/9/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Recep KÖMÜRCÜ

Celal Mümtaz AKINCI

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Raportör : Eşref Uğur ŞENOL

Başvurucu : Hüseyin ÜNAL

Vekili : Av. Zeynel GÜVENÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, taşınmazın imar planında kamu hizmet alanına ayrılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Bireysel başvuru 23/5/2017 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 bildirmiştir.

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, Eskişehir ili Tepebaşı ilçesi Eskibağlar Mahallesi 2326 ada 303 parsel sayılı taşınmazın malikidir.

10. Bu taşınmaz 14/8/1989 tarihinde onaylanan 1/5000 ölçekli nazım imar planında yol olarak ayrılmıştır. 5/2/2004 tarihinde tasdik edilen 1/1000 ölçekli revizyon uygulama imar planında da söz konusu taşınmazın imar durumu yol olarak belirlenmiştir.

11. Başvurucu 5/10/2015 tarihinde bu taşınmazın kamulaştırılması istemiyle Tepebaşı Belediyesine (Belediye) başvurmuştur. Belediye 27/10/2015 tarihli cevap yazısında taşınmaza karşılık olarak trampa yapılmasını önermiştir. Trampa teklifi, önerilen taşınmazların emsal nitelikte olmadığı gerekçesiyle başvurucu tarafından kabul edilmemiştir.

12. Başvurucu, imar planında yol olarak ayrılan taşınmazın rayiç bedelinin ödenmesi istemiyle Belediye aleyhine 19/1/2016 tarihinde Eskişehir 1. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) tam yargı davası açmıştır.

13. Mahkeme 30/11/2016 tarihinde davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Kararda 7/9/2016 tarihinde yürürlüğe giren 20/8/2016 tarihli ve 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na birtakım hükümler eklendiği vurgulanmıştır. Mahkeme, uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılan taşınmazların kamulaştırılması için öngörülen beş yıllık sürenin 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. madde gereğince bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlayacağını ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara da bu madde hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, yeni yasal düzenleme uyarınca uyuşmazlığın esası hakkında bu aşamada karar verme olanağının bulunmadığı kanaatine varmıştır.

14. Başvurucu, bu karar üzerine istinaf yoluna başvurmuş; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi 30/3/2017 tarihinde kararın usul ve hukuka uygun olduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunun kesin olarak reddine karar vermiştir.

15. Nihai karar başvurucu vekiline 26/4/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 23/5/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

17. 13/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun *"İmar programları, kamulaştırma ve kısıtlılık hali"* kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir:

"Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. Bu amaçla gerekli ödenek, kamu kuruluşlarının yıllık bütçelerine konulur.

İmar programlarında, umumi hizmetlere ayrılan yerler ile özel kanunları gereğince kısıtlama konulan gayrimenkuller kamulaştırılıncaya veya umumi hizmetlerle ilgili projeler gerçekleştirilinceye kadar bu yerlerle ilgili olarak diğer kanunlarla verilen haklar devam eder."

18. 3194 sayılı Kanun'un*"İmar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerler"* kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"(Birinci fıkra iptal: Ana.Mah.nin 29/12/1999 tarihli ve E.:1999/33, K.:1999/51 sayılı Kararı ile)

İmar programına alınan alanlarda kamulaştırma yapılıncaya kadar emlak vergisi ödenmesi durdurulur. Kamulaştırmanın yapılması halinde

durdurma tarihi ile kamulaştırma tarihi arasında tahakkuk edecek olan emlak vergisi, kamulaştırmayı yapan idare tarafından ödenir. Birinci fıkrada yazılı yerlerin kamulaştırma yapılmadan önce plan değişikliği ile kamulaştırmayı gerektirmeyen bir maksada ayrılması halinde ise durdurma tarihinden itibaren geçen sürenin emlak vergisini mal sahibi öder.

(Üçüncü fıkra iptal: Ana.Mah.nin 29/12/1999 tarihli ve E.:1999/33, K.:1999/51 sayılı Kararı ile)

Onaylanmış imar planlarında, birinci fıkrada yazılı yerlerdeki arsa ve arazilerin, bu Kanunda öngörülen düzenleme ortaklık payı oranı üzerindeki miktarlarının mal sahiplerince ilgili idarelere bedelsiz olarak terk edilmesi halinde bu terk işlemlerinden ayrıca emlak alım ve satım vergisi alınmaz."

19. 2942 sayılı Kanun'a 6745 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile eklenen ek 1. madde şöyledir:

"Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır. Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanunun geçici 6 ncı maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir.

Birinci fıkra uyarınca dava açılması hâlinde taşınmazın ya da üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değeri, mahkemece; bu Kanunun 15 inci maddesine göre bilirkişi incelemesi yapılarak, taşınmazın hukuken tasarrufunun kısıtlandığı veya fiilen el konulduğu tarihteki nitelikleri esas alınmak suretiyle tespit edilir ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine hükmedilir.

Bu madde kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılacak dava ve takiplerde, bu Kanunun geçici 6 ncı maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara bu madde hükümleri, kesinleşen ancak henüz ödemesi yapılmayan kararlar hakkında ise geçici 6 ncı maddenin üçüncü, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri uygulanır.

Bu Kanunun geçici 6 ncı maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca ayrılması gereken yüzde iki oranındaki ödenekler, yüzde dört olarak ayrılır. İlave olarak ayrılan yüzde iki oranındaki ödenekler, münhasıran bu ek madde ile geçici 11 inci ve geçici 12 nci maddeler kapsamında yapılacak ödemelerde kullanılır. Yapılacak ödemelerin toplam tutarının ilave olarak ayrılan ödeneğin toplamını aşması hâlinde, ödemeler, en fazla on yılda ve geçici 6 ncı maddenin sekizinci fıkrası hükmüne göre yapılır."

20. 2942 sayılı Kanun'a 6745 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile eklenen geçici 11. madde şöyledir:

"Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında aynı fıkrada belirtilen süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar.

Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü, bu madde kapsamında kalan taşınmazlara ilişkin dava ve takipler hakkında da uygulanır."

2. Yargı Kararları

21. Anayasa Mahkemesinin 2942 sayılı Kanun'un geçici 11. maddesinin iptaline ilişkin 28/3/2018 tarihli ve E.2016/196, K.2018/34 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"21. İtiraz konusu kuralla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığı da incelenmelidir. Bu bağlamda imar uygulamalarında kamulaştırma yapılmadan da ilgili kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi için kişilerin ve kamunun taşınmazlarının bedelsiz olarak devrine ilişkin hükümlerin varlığı dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla öncelikle kanun koyucu tarafından belirlenen araçları dikkate alarak kamu hizmeti alanına ayrılan

yerlerin belirleneceği, ancak bu alanların yeterli olmaması durumunda ise bazı taşınmazların temininin ancak kamulaştırma yoluyla sağlanabileceği anlaşılmaktadır. Özel mülkiyette bulunan taşınmazların imar uygulamasında kamu hizmeti alanı olarak ayrılmasında kamusal yarar bulunmakla birlikte bu yolla malike aşırı ve orantısız bir külfet yüklenmemelidir.

22. Diğer taraftan imar uygulamalarının geniş alanları kapsaması nedeniyle ve bütçeye yeterli ödeneğin konulması amacıyla kanun koyucu kamulaştırma sürecinin beş yıllık süre içinde tamamlanmasını öngörmüştür. Mülkiyetin kamu yararına kontrolüne ilişkin söz konusu müdahaleler bakımından kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu takdir yetkisi çerçevesinde söz konusu kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi yönünden belirtilen fiilî ve hukuki engeller sebebiyle malikin makul ve belirli bir süre boyunca bu kısıtlamalara katlanması beklenebilir. Ancak bu sürenin uzaması hâlinde söz konusu kısıtlamalar, taşınmaz malikine yüklenen külfeti ağırlaştıracağı gibi kısıtlılık süresinin uzamasına bağlı olarak malikin zararını karşılayabilecek herhangi bir giderim imkânının getirilmemesi de malike aşırı bir külfet yüklenmesine sebep olacaktır.

23. İtiraz konusu kuralda, imar uygulamasıyla getirilen kısıtlılık yönünden öngörülen beş yıllık sürenin maddenin yürürlük tarihinden itibaren yeniden başlaması hüküm altına alınmaktadır. Başka bir ifadeyle mülkiyet hakkından dilediği gibi tasarruf edebilmesi ve yararlanabilmesi kısıtlanan malikin kamulaştırma bedeline kavuşabilmesi veya söz konusu kısıtlılık halinin kaldırılarak mülkiyet hakkından yararlanabilmesi için geçmesi gereken beş yıllık sürenin yeniden başlaması söz konusu olmaktadır. Kanun koyucu bu süre nedeniyle malikin uğradığı zararları telafi etmeye veya gidermeye yönelik herhangi bir düzenleme ise getirmemiştir. Üstelik bu kısıtlılık nedeniyle açılacak davalarda taşınmazı kullanamamaktan doğan zararların istenebileceği yönünde bir düzenleme mevcut olmadığı gibi itiraz konusu kural, yürürlük tarihinden önceki kısıtlılık sürelerinin de dikkate alınmamasına yol açmaktadır. Bu durum ise malike aşırı bir külfet yüklemekte ve kamu yararı ile malikin mülkiyetin hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi malik aleyhine bozmaktadır.

24. Dolayısıyla imar uygulaması sonucu taşınmazın kamu hizmetine tahsis edilmesi suretiyle getirilen kısıtlamaların Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yeniden başlamasına yol açan itiraz konusu kuralla mülkiyet hakkına yapılan müdahale orantılı değildir.

25. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2., 5., 9. ve 36. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

...

28. 2942 sayılı Kanun'un geçici 11. maddenin birinci fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle itiraz konusu ikinci fıkranın uygulanma olanağı kalmamıştır. Bu nedenle itiraz konusu kural 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmiş ve Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmasına gerek görülmemiştir."

22. Danıştay Altıncı Dairesinin 10/4/2014 tarihli ve E.2011/5403, K.2014/3033 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...Kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğundan ve mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itildiğinden sözedilebilmesi için, imar planının onaylanmasından sonra kamulaştırmanın ne kadar zaman içinde yapılması gerektiğinin de belirlenmesi gerekmektedir.

Bugün itibarıyla, mevzuatta bu konuyu düzenleyen açık bir düzenleme yer almamaktadır.

3194 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin, Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 tarihli, K:1999/51 sayılı kararıyla iptal edilen 3. fıkrasında, imar planının onaylanmasından itibaren, beş yıl sonra müracaat edildiğinde, umumi hizmetlere ayrılan alanlarda, hizmet ile ilgili yapıların yapımından vazgeçildiğine dair görüş alınması şartıyla, taşınmaz maliklerine bazı haklar tanınmıştır.

Diğer yandan, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinde, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde,

kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması şartıyla malike taşınmazını geri alma hakkı öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere, yasa koyucu, mülkiyet hakkını ilgilendiren konularda, idarenin beş yıl boyunca hareketsiz kalmasını, malikler lehine bazı haklar doğması bakımından yeterli görmüştür.

Yasa koyucunun bu eğiliminin, uyuşmazlık konusu olayda da kıyasen uygulanması hukuka ve hakkaniyete uygun olacağından, imar planlarının onaylanmasından itibaren beş yıl geçmesine karşın, ilgili idarelerce kamunun kullanımına ayrılan taşınmazların kamulaştırılmaması durumunda, mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itildiğini, dolayısıyla, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bu kapsamda uyuşmazlık konusu olayda da davacıların taşınmazlarının 2008 yılından itibaren imar planlarında ağaçlandırılacak alan olarak ayrıldığı dikkate alındığında, söz konusu beş yıllık sürenin geçtiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacıların başvurusu üzerine 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesi hükmü uygulanmak suretiyle maliki oldukları taşınmazın davalı belediyece imar programına alınması, bu program dahilinde geciktirilmeksizin kamulaştırılması gerektiğinden, davacıların kamulaştırma istemlerinin reddedilmesi yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır..."

23. Danıştay Altıncı Dairesinin 19/10/2016 tarihli ve E.2016/3530, K.2016/5834 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa 07.09.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 33. maddesi ile eklenen Ek Madde 1'de; "Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan

taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır. Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanunun geçici 6 ncı maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir.

....

Kanunda düzenlenen 5 yıllık sürenin ek 1. madde kapsamında kalan ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarruf hakkı kısıtlanan taşınmazlar hakkında da bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlayacağı, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara da bu madde hükümlerinin uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, yeni yasal düzenleme uyarınca bu aşamada hukuken uyuşmazlığın esası hakkında karar verme olanağı bulunmadığından, İdare Mahkemesince bu hususlar göz önünde bulundurularak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir..."

B. Uluslararası Hukuk

24. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne 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.

25. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), imar planında taşınmazın kamu hizmetine ayrılmasının ve bu çerçevede kamu makamlarının süre sınırlaması olmaksızın herhangi bir zamanda taşınmazı kamulaştırmaya yetkili olmalarının mülkiyet hakkının kullanımını belirsiz ve kullanılamaz hâle getireceğini vurgulamıştır (*Sporrong ve Lönnroth/İsveç* [GK], B. No: 7151/75-7152/75, 23/9/1982, § 60; *Hakan Arı/Türkiye*, B. No: 13331/07, 11/1/2011, § 35).

26. *Sporrong ve Lönnroth/İsveç* kararına konu olayda başvuruculaların taşınmazlarının imar planı çerçevesinde kamulaştırılması öngörülerek taşınmazlar için on iki ve yirmi beş yıl süren inşaat yasakları uygulanmıştır. AİHM, bu taşınmazlar henüz kamulaştırılmadığından mülkten yoksun bırakmanın söz konusu olmadığını belirtmektedir. AİHM, gerçek anlamda bir kamulaştırmanın olmadığı ve dolayısıyla mülkiyetin devredilmediği bu gibi durumlarda görünenin arkasına bakılması ve şikâyet edilen hususta gerçek durumun ne olduğunun araştırılması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM, bu bağlamda getirilen kamulaştırma tedbirlerinin taşınmazlar üzerindeki sınırlandırıcı etkilerinden söz etmiş ve bu tedbirlerin taşınmazların değerinde olumsuz etkiye yol açtığını, başvuruculaların taşınmazlarından dilediği gibi yararlanmalarının veya taşınmazları kullanmalarının önemli ölçüde kısıtlandığını vurgulamıştır. AİHM bu gibi kamulaştırma izinlerinin genel kamulaştırma sürecinin ilk aşaması olması nedeniyle kontrol amacı da gütmediğini belirterek müdahaleyi, mülkiyetten barışçıl yararlanma ilkesine ilişkin birinci kural çerçevesinde incelemiştir. AİHM sonuç olarak kamulaştırma tedbirlerinin uygulandığı sürenin uzunluğu ve bu süre içinde getirilen kısıtlamalar nedeniyle başvuruculara şahsi olarak aşırı bir külfet yüklendiği kanaatiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır (*Sporrong ve Lönnroth/İsveç,* §§ 56-75).

27. *Hakan Arı/Türkiye* kararına konu olayda, başvurucunun taşınmazı 2002 yılında yapılan uygulama imar planında okul alanı olarak ayrılmıştır. Başvurucu, taşınmazın imar durumunun değiştirilmesi istemiyle Mersin Belediyesine başvurmuştur. Belediye; taşınmazın kamu hizmetine ayrıldığını ve kamulaştırılmasına dair karar alındığını, imar durumunun değiştirilmesinin mümkün olmadığını belirterek talebin reddine karar vermiştir. Başvurucu, bunun üzerine mülkiyet hakkından dilediği gibi yararlanamaması nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararlarının tazmini amacıyla 2003 yılında tazminat

davası açmıştır. Derece mahkemeleri taşınmazın okul alanı olarak ayrılmasına rağmen dava tarihi itibarıyla taşınmaz üzerinde idarenin fiilî bir müdahalesinin bulunmadığını, bu bağlamda tazminat ödenmesinin hukuken mümkün olmadığını belirterek davanın reddine karar vermiştir. Başvuru yollarının tüketilmesi sonucu verilen nihai karar 2007 yılında kesinleşmiştir. Bu arada 2005 yılında yapılan yeni imar planında da başvurucunun taşınmazının durumunda değişiklik yapılmamıştır (*Hakan Arı/Türkiye*, §§ 6-24).

28. AİHM, öncelikle taşınmazın imar planında okul alanı olarak ayrılmış olmasının hem getirdiği inşaat yasağına hem de taşınmazdan dilenildiği gibi yararlanılmasına engel olacak nitelikteki sınırlamalara dikkat çekerek somut olayda mülkiyet hakkına müdahale edilmiş olduğunu kabul etmiştir. AİHM mülkten yoksun bırakma sonucunu doğurmadığını tespit ettiği müdahaleyi yine birinci kural çerçevesinde incelemiştir. AİHM, başvurucunun taşınmazının kamulaştırılmamasının mülkiyetinin akıbeti konusunda belirsizliğe yol açtığını ve bu süreç içinde söz konusu belirsizliği telafi edecek herhangi bir işlemin de yapılmadığını belirtmiştir. AİHM özellikle bu durumun başvurucunun mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanması önünde engel teşkil ettiğini ve taşınmazın satış imkânını azalttığını, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde düşürdüğünü ve başvurucunun uğradığı kaybın tazminatla giderilmemiş olduğunu vurgulamıştır. AİHM sonuç olarak imar değişiklik tarihi ile kendi karar tarihi arasında geçen süreyi dikkate alarak kamu yararının gerekleri ile bireyin mülkiyet hakkının korunması arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğuna ve aşırı bir yüke katlanmak zorunda kalan başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Hakan Arı/Türkiye*, §§ 41-47).

29. AİHM'in *Hüseyin Kaplan/Türkiye* (B. No: 24508/09, 1/10/2013), *Ziya Çevik/Türkiye* (B. No: 19145/08, 21/6/2011) ve *Elia Srl/İtalya* (B. No: 37710/97, 2/8/2011) kararları da benzer yöndedir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 20/9/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

31. Başvurucu; taşınmazın imar planında yol olarak ayrılmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini, bu müdahale sebebiyle 2004 yılından bu yana taşınmazı dilediği gibi kullanamadığını belirtmiştir. Başvurucu, taşınmazının kamulaştırılmamasının mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığını ifade etmiştir. Başvurucu bunun yanında dava sürecinde yapılan yasal değişikliklerin geriye yürütülmesi nedeniyle adil yargılanma hakkı, eşitlik ilkesi ve hak arama hürriyetinin ihlal edildiğini de ileri sürmüştür.

32. Bakanlık görüşünde; somut olayda başvurucunun taşınmazının imar planında yol olarak ayrıldığı, taşınmazın kamu hizmetine ayrılmasından kaynaklanan tasarruf hakkının kısıtlanması üzerine başvurucu tarafından açılan davada sonradan yürürlüğe giren kanun maddesi gereğince davanın başvurucu aleyhine sonuçlandığı belirtilmiştir. Bakanlık, bu bağlamda müdahalenin kanunilik ve kamu yararı ölçütlerini taşıdığını vurgulamaktadır. Bakanlık tarafından bu noktadan sonra taşınmazda meydana gelen zarar ile başvurucu üzerine orantısız bir külfet yüklenip yüklenmediği bağlamında yapılacak ölçülülük incelemesinde değerlendirmenin Anayasa Mahkemesinin takdirinde olduğu ifade edilmiştir.

33. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında, taşınmazın kamu hizmeti alanına ayrılması nedeniyle taşınmazı üzerindeki mülkiyet hakkını yıllardır gereği gibi kullanamadığını ifade etmiştir. Başvurucu; dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren yeni yasal düzenleme nedeniyle yeniden başlayacak beş yıllık süre boyunca tekrar mağdur edilmek istendiğini, böylelikle anayasal haklarını kullanmasının önüne geçildiğini savunmuştur. Başvurucu tazminat taleplerinin devam ettiğini belirtmiştir.

B. Değerlendirme

34. 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."

35. 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 hakkı dışında adil yargılanma hakkı, eşitlik ilkesi ve hak arama özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Ancak somut olayda eşitlik ilkesinin ihlaline yol açabilecek farklı muamelenin varlığı başvurucu tarafından temellendirilmemiştir. Diğer taraftan başvurucunun asıl şikâyetinin imar uygulamasında kamu hizmeti alanı olarak ayrılması sebebiyle maliki olduğu taşınmazından dilediği gibi yararlanamadığına, taşınmazını kullanamadığına ve ondan tasarruf edemediğine yönelik olduğu anlaşıldığından başvurucunun bütün şikâyetleri mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

36 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

37. 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). Somut olayda imar uygulamasına konu taşınmaz, tapuda başvurucu adına tescillidir. Bu bağlamda tapuda kayıtlı olan taşınmazın Anayasa'nın 35. maddesi bağlamında mülk teşkil ettiği açıktır.

b. Müdahalenin Varlığı

38. 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 ondan tasarruf etme, onun ürünlerinden yararlanma olanağı verir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, onun 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).

39. Taşınmazın imar planında kamu hizmetine ayrılması, henüz bir kamulaştırma yapılmayıp fiilen de taşınmaza el atılmadığı için mülkiyet hakkından yoksun bırakma sonucu doğurmamakla birlikte malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Bu kapsamda kamu hizmeti alanı olarak ayrıldığı için taşınmaz üzerinde inşaat yapılabilmesi mümkün olamadığı gibi bu durumun taşınmazın satış, bağış, ipotek ve diğer irtifak haklarının tesisi yönünden yapılacak işlemler ve rayiç değeri bakımından da olumsuz etkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla imar uygulamalarının ve bu bağlamda taşınmazın imar durumunun kamu hizmeti alanı olarak belirlenmesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur.

40. 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*, §§ 55-58).

41. İmar uygulamalarıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler, bireysel başvuru kararlarında da ifade edildiği üzere kural olarak mülkiyetin kamu yararına kullanılmasının kontrolü (veya düzenlenmesi) kapsamında görülmektedir (*Süleyman Günaydın*, B. No: 2014/4870, 16/6/2016, § 65). Yukarıda da değinildiği üzere somut olay bağlamında müdahalenin mülkten yoksun bırakmaya yol açmadığı kuşkusuzdur. Ancak müdahale kamulaştırma sürecinin bir aşamasını teşkil ettiğinden ve müdahalede geçen süre dikkate

alındığında müdahalenin kontrol veya düzenleme amacından da söz edilemez. Dolayısıyla başvuruya konu müdahalenin mülkiyetten barışçıl yararlanmaya ilişkin genel kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

42. 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."

43. 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

44. 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).

45. 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 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).

46. Somut olayda 3194 sayılı Kanun kapsamında yapılan imar uygulaması sonucunda başvurucuya ait taşınmaz yol olarak ayrılmıştır. Bu durum, mülkiyet hakkı üzerinde oluşan müdahalenin temelini oluşturmaktadır. Bununla birlikte başvurucunun zararının tazmini amacıyla açmış olduğu davada derece mahkemelerince 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. madde kapsamında uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesinin mümkün olmadığı belirtilerek dava reddedilmiştir. Bu itibarla başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik ölçütünü taşıdığı değerlendirilmiştir.

47. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik şikâyetler bakımından görevi bireysel başvurunun ikincillik doğası gereği sınırlı olup 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 karışamayacağı daha önceki kararlardaaçıklanmıştır (*Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 42). Somut olayda da müdahalenin niteliğini dikkate alan Anayasa Mahkemesi, kamusal makamların hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik yaklaşımının Anayasa'nın 35. maddesindeki gereklilikleri karşılayıp karşılamadığı konusunda müdahalenin takip edilen meşru amacı gerçekleştirmede başarılı ve ölçülü olup olmadığını sorgulayarak sonuca varacaktır.

ii. Meşru Amaç

48. 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).

49. 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 olduğu 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).

50. 3194 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, Kanun'un yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir. Kanun'un amacı çerçevesinde arazi ve arsaların düzenlemesi sırasında bir kısım taşınmazın kamu hizmetine tahsis edilmesi, bu bağlamda somut olayda olduğu gibi bazı taşınmazların yol olarak ayrılması noktasında kamusal hizmetlerden herkesin istifade edebileceği değerlendirildiğinde müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunduğu kabul edilmiştir.

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

51. Son olarak kamu makamlarınca başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

52. 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).

53. 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).

54. 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. Müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken Anayasa Mahkemesi bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini, diğer taraftan müdahalenin niteliğini, başvurucunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını da gözönünde tutarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (*Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60).

55. Kamu makamlarının özellikle büyük şehirlerin gelişmeleri gibi karmaşık ve zor bir alanda kendi imar politikalarını uygulamak için geniş bir takdir alanı kullanmaları doğal olmakla birlikte belirtilen takdir yetkisinin Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkını ve Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen güvence ölçütlerini gözetecek şekilde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi zorunludur (AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013). Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı amacına dönük olması yeterli olmayıp ayrıca ölçülü olması gerekir. Özel mülkiyette bulunan taşınmazların imar uygulamasında kamu hizmeti alanı olarak ayrılmasında kamusal yarar bulunmakla birlikte bu yolla malike aşırı ve orantısız bir külfet yüklenmemelidir (AYM, E.2009/31, K.2011/77, 12/5/2011). İmar uygulamalarıyla taşınmazların kamu hizmetine

ayrılmasındaki kamu yararı amacı ile başvurucuların mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil denge, ancak taşınmazın makul bir süre içinde kamulaştırılması yoluyla sağlanabilir.

56. Kanun koyucu, imar uygulamalarının geniş alanları kapsaması nedeniyle ve bütçeye yeterli ödeneğin konulması amacıyla kamulaştırmanın beş yıllık süre içinde tamamlanmasını öngörmüştür. Mülkiyetin kamu yararı amacıyla kontrolüne ilişkin söz konusu müdahaleler bakımından kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu takdir yetkisi çerçevesinde söz konusu kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi yönünden belirtilen fiilî ve hukuki engeller sebebiyle malikin makul ve belirli bir süre boyunca bu kısıtlamalara katlanması beklenebilir. Ancak bu sürenin uzaması hâlinde söz konusu kısıtlamalar, taşınmaz malikine yüklenen külfeti ağırlaştıracağı gibi kısıtlılık süresinin uzamasına bağlı olarak malikin zararını karşılayabilecek herhangi bir giderim imkânının bulunmaması da malike aşırı bir külfet yüklenmesine sebep olur (AYM, E.2016/196, K.2018/34, 28/3/2018).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

57. Başvurucuya ait taşınmazın imar durumu 5/2/2004 tarihinde tasdik edilen revizyon uygulama imar planında yol olarak belirlenmiştir. Başvurucu, imar kısıtlılığı nedeniyle uzun yıllar taşınmazını kullanamadığından ve buna rağmen kamulaştırma talebinin Belediye tarafından kabul edilmediğinden yakınmaktadır. Gerçekten de başvurucunun kamulaştırma talebi Belediye tarafından reddedilmiş, başvurucunun Belediye aleyhine açtığı tam yargı davası da sonuçsuz kalmıştır. Derece mahkemeleri, 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. madde gereğince ek 1. madde kapsamında kalan ve bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarruf hakkı kısıtlanan taşınmazlar hakkında da idareye tanınan beş yıllık sürenin Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlayacağını belirterek davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

58. 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin yürürlüğe girmesinden önceki yerleşik Danıştay içtihadında, imar planlarının onaylanmasından itibaren beş yıllık süre geçmesine rağmen ilgili idarelerce imar planlarında kamu hizmetine ayrılan taşınmazların kamulaştırılmamasının mülkiyet hakkının kullanımında belirsizliğe yol açtığı kabul edilmiştir. Danıştay içtihadında makul görülen beş yıllık sürenin hesabında nihai karar tarihinin esasalındığı görülmektedir (bkz. § 22).

59. Diğer taraftan 6745 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile 2942 sayılı Kanun'un geçici 11. maddesinde, ek 1. madde kapsamında kalan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar bakımından da söz konusu beş yıllık sürenin bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlayacağı öngörülmüştür. Ancak bu madde hükmü, malike aşırı bir külfet yüklediği ve kamu yararı ile malikin mülkiyetin hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi malik aleyhine bozduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince bireysel başvurunun devamı sırasında, 28/3/2018 tarihinde iptal edilmiştir (bkz. § 21).

60. Başvuru konusu olayda başvurucuya ait taşınmaz 5/2/2004 tarihinde tasdik edilen 1/1000 ölçekli revizyon uygulama imar planında yol olarak ayrılmasına rağmen bu güne kadar taşınmazın kamulaştırma işlemi yapılmamış, başvurucuya hiçbir tazminat ödenmemiştir. Taşınmaz üzerinde imar kısıtlılığının devam ettiği bu süre zarfında başvurucunun mülkiyet hakkından dilediği gibi yararlanabilmesi, mülkiyetini kullanabilmesi veya ondan tasarruf edebilmesi mümkün olamamıştır.

61. Sonuç olarak uygulama imar planının onaylanmasından itibaren yaklaşık on dört yıl geçmesine rağmen imar planında *yol* olarak kamu hizmetine ayrılan taşınmazın kamulaştırılmaması başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemektedir. Bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkının korunması ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

62. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

63. 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 Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

64. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

65. *Mehmet Doğan* kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan,* §§ 57, 58).

66. *Mehmet Doğan* kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir, derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan,* § 59).

67. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği ya da idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin hak ihlalini giderecek şekilde yeniden -veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa- yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlalin idari işlem veya eylemin kendisinden ya da -derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de- derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan, doğrudan, mümkün olduğunca dosya üzerinden, önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (*Mehmet Doğan,* § 60).

68. Başvurucu, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

69. Somut olayda başvurucuya ait taşınmaz imar planında kamu hizmeti alanına ayrılmıştır. Başvurucunun açmış olduğu tazminat davasında derece mahkemeleri, dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren kanun maddesini gerekçe göstererek dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Sonuç olarak müdahalenin temeli olan taşınmazın imar planında kamu hizmetine ayrılması idari bir işlem niteliğindedir. Başvurucunun mülkiyet hakkının idari bir işlem nedeniyle ihlal edildiği anlaşılmaktadır.

70. Bu durumda mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, ihlal sonucuna uygun olarak tazminata hükmedilmesinden ibarettir. Tazminat miktarının belirlenmesi hususu ise bu konuda uzmanlaşmış derece mahkemelerinin takdirindedir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Eskişehir 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

71. Yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın yetkili yargı merciine gönderilmesine karar verilmesinin ihlal sonucu açısından yeterli bir giderim sağladığı anlaşıldığından başvurucunun tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

72. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 262,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.242,10 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 Eskişehir 1. İdare Mahkemesine (E.2016/82, K.2016/1387) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 262,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.242,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve 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 20/9/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MARS SİNEMA TURİZM VE SPORTİF TESİSLER İŞLETMECİLİĞİ A.Ş. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/23849)

Karar Tarihi: 10/10/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Recep KÖMÜRCÜ

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

Recai AKYEL

Raportör : Özgür DUMAN

Başvurucu : Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş.

Vekili : Av. Gamze DURGUN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, sermaye piyasası kurallarına göre özel durum açıklaması yapılmadığı için idari para cezası verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 24/5/2017 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 bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. İdari Para Cezası Verilmesi Süreci

9. Başvurucu, sinema salonu ile spor tesisleri işleten bir şirkettir. Başvurucu Şirket, A. Film Prodüksiyon Ticaret ve Sanayi A.Ş.nin (A. Şirketi) çoğunluk hisselerini devralmış; A. Şirketi üzerinde kontrol uygulayan E. Holding A.Ş. de başvurucu Şirket üzerinde kontrol uygulayan S. Entertainment Ltd. Şti.nin %50 hissesini devralmıştır. Bu devir işlemine Rekabet Kurulu tarafından 17/11/2011 tarihinde izin verilmiştir. Bu kapsamda İstanbul, Antalya ve İzmir'de bulunan üç adet sinema, S. Sinema ve Eğlence Hizmetleri A.Ş.ye (S. Şirketi) devredilmiş; bu Şirket de belirli bir meblağı ödemeyi taahhüt etmiştir.

10. Rekabet Kurulunun söz konusu kararına karşı E.A. tarafından açılan davada Danıştay Onüçüncü Dairesi 9/10/2012 tarihinde yürütmenin durdurulmasına karar vermiş, bu karara karşı yapılan itiraz Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından 25/4/2013 tarihinde kabul edilmiştir. Davacının feragati nedeniyle Daire 10/9/2015 tarihinde davanın reddine karar vermiştir.

11. S. Şirketi söz konusu davayı gerekçe göstererek sözleşmenin aldatma nedeniyle iptal edilmesi ve borçlu olunmadığının tespiti istemiyle A. Şirketi aleyhine İstanbul 48. Asliye Ticaret Mahkemesinde 7/2/2013 tarihinde dava açmıştır.

12. Sermaye Piyasası Kurulu (SPK/Kurul) 14/3/2013 tarihinde A. Şirketinden savunma istemiştir. Bu yazıda; Şirketin sermaye yapısının değişikliğine ilişkin Rekabet Kurulu kararına dava açılmasına, bu davada yürütmenin durdurulmasına karar verilmesine ve davacının davasından feragat etmesine ilişkin hususların kamuya duyurulmadığı belirtilmiştir.

13. SPK 2/9/2013 tarihinde A. Şirketine bir yazı daha göndermiştir. Bu yazıda, S. Şirketi tarafından açılan dava ile ilgili olarak daha önce herhangi bir özel durum açıklaması yapılmadığı belirtilmiştir. Kurul tarafından bunun Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği'nin 21. maddesine aykırılık teşkil ettiği ve idari para cezasını gerektirdiği ifade edilerek A. Şirketinden otuz gün içinde savunma yapması istenmiştir.

14. A. Şirketi 30/9/2013 tarihinde savunma dilekçesini vermiştir. Bu dilekçede özetle davanın konusunun kamuya son açıklanan bilançosunda yer alan aktif toplamının %10'una tekabül eden tutarın altında kalması nedeniyle özel durum açıklamasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Dilekçede ayrıca bugüne değin Şirketin bu konuda herhangi bir yaptırımla da karşılaşmamış olduğu vurgulanmıştır.

15. Kurul 26/2/2014 tarihinde A. Şirketinin idari para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Bu kararda, Rekabet Kurulunun kararına konu şartlar çerçevesinde devri gerçekleştirilen sinema salonlarının bazılarını devralan S. Şirketi tarafından açılan dava hakkında özel durum açıklaması yapılmaması gerekçe olarak gösterilmiştir. Bu bağlamda Kurul, A. Şirketinin Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği'nin 14. maddesinin ihlali sebebiyle 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 103. maddesi uyarınca 2013 yılı için verilebilecek idari para cezasının üst sınırı olan 269.500 TL tutarında idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiğini belirtmiştir.

16. A. Şirketinin 31/3/2014 tarihli Olağan Genel Kurulunda Şirketin başvurucu Şirket ile birleşmesine karar verilmiş ve birleşme işlemi 3/4/2014 tarihinde ticaret siciline tescil edilmiştir.

17. Başvurucu Şirket, külli halefiyet ilkesi gereğince A. Şirketine verilen 269.500 TL'nin dörtte üçü olan 202.125 TL'yi kanun yoluna başvurma hakları saklı kalmak kaydı düşerek 17/4/2014 tarihinde Boğaziçi Kurumlar Vergi Dairesine ödemiştir.

B. İdari Para Cezasına İtiraz Süreci

18. Başvurucu Şirket, A. Şirketine uygulanan idari para cezası işlemine karşı SPK aleyhine 26/5/2014 tarihinde Ankara 9. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) iptal davası açmıştır.

19. Mahkeme 8/5/2015 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, S. Şirketi tarafından açılan dava nedeniyle birleşmeye engel bir durumun çıktığı ve daha önce kamuya açıklanan birleşme işlemine ilişkin özel durum açıklamalarında değişiklik meydana geldiği belirtilmiştir. Mahkeme, mevzuat gereğince daha önce kamuya açıklanan bilgilere ilişkin hususlarda değişiklik ortaya çıktığında veya öğrenildiğinde şirket tarafından özel durum açıklaması yapılmasının zorunlu olduğuna vurgu yapmıştır.

Mahkemeye göre söz konusu dava hakkında herhangi bir özel durum açıklamasının yapılmadığının dosyada bulunan belgelere göre sabit olduğundan mevzuat hükmüne aykırı davrandığı anlaşılan davacı hakkında tesis edilen işlemin davaya konu kısmında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

20. Başvurucunun temyiz ettiği karar Danıştay Onüçüncü Dairesince 6/4/2016 tarihinde onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme istemi talebi de aynı Dairenin 17/3/2017 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

21. Nihai karar, başvurucu vekiline 24/4/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir.

22. Başvurucu 24/5/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

23. 6362 sayılı Kanun'un 15. maddesi şöyledir:

"(1) Sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmeler, ihraççılarca veya ilgili taraflarca kamuya açıklanır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen bilgi, olay ve gelişmelerin kamuya açıklanması, ilgili ihraççıya bildirimi, istisnai hâllerde açıklamanın ertelenmesi veya açıklama yapılmamasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. "

24. 6362 sayılı Kanun'un 103. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz.

(2) Birinci fıkradaki yükümlülüklere aykırı hareket eden kişinin bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi olması veya organ veya temsilcisi olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi olması hâlinde, ayrıca tüzel kişi hakkında da birinci fıkra

hükmüne göre idari para cezası verilir. Aykırılığın, temsilcisi olunan veya adına hareket edilen tüzel kişinin zararına bir sonuç doğurması hâlinde, tüzel kişiye idari para cezası verilmez."

25. SPK tarafından düzenlenen 6/2/2009 tarihli ve 27133 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Seri VIII, No. 54 sayılı Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği'nin 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Tebliğde geçen;

...

f) İçsel bilgi: Sermaye piyasası aracının değerini ve yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek henüz kamuya açıklanmamış bilgileri,

...

ifade eder."

26. Bu tebliğin 14. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Ortaklıklar tarafından içsel bilgiler ve bu bilgilere ilişkin daha önce açıklanan hususlardaki değişiklikler ortaya çıktığında veya öğrenildiğinde özel durum açıklaması yapılması zorunludur."

27. Bu tebliğin 21. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Özel durumlar veya özel duruma konu bilgilerdeki değişiklikler ortaya çıktığı veya öğrenildiği anda en seri haberleşme vasıtasıyla bu Tebliğin 26 ncı maddesinde belirtilen Rehberde yer alan formlar kullanılarak ilgili borsaya ulaştırılması zorunludur."

28. SPK tarafından düzenlenen 23/1/2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği'nin 29. maddesi ile yukarıda değinilen önceki tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır.

29. SPK tarafından düzenlenen Özel Durumlar Rehberi'nin ilgili kısmı şöyledir:

"5.8. İhraççının Finansal Yapısına İlişkin Değişiklikler

İhraççının finansal yapısına önemli etkisi olabilecek bir olay açıklanması gereken içsel bilgiyi oluşturmaktadır. Bu bilginin sermaye piyasası aracının

değeri, fiyatı ve yatırımcıların yatırım kararları üzerinde etkili olması olasılığı bulunması halinde, finansal tablo dönemi beklenmeksizin derhal açıklama yapılır.

...

Aşağıda yer alan hususların, içsel bilginin değerlendirilmesinde dikkate alınması mümkündür:

1) Kurul düzenlemeleri uyarınca kamuya açıklanan son bilançodaki aktif toplamının %10 veya daha fazlasına tekabül eden bir tutar için ihraççı aleyhine herhangi bir yolla icra takibine başlanılması, takibin sona ermesi, dava açılması veya davanın sonuçlanması, devam etmekte olan icra takiplerinin toplamının kamuya açıklanan son bilançodaki aktif toplamının %10 una ulaşması,

..."

B. Uluslararası Hukuk

30. 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."

31. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ister suç gelirlerinin elde edilmesinin önüne geçilmesi için müsadere olarak uygulansın isterse de doğrudan uygulansın para cezalarının veya kazanç müsaderesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmektedir. Mahkeme, bu suretle yapılan müdahalenin Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı kapsamında mülkiyetin kullanılmasının kontrolüne ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerektiği görüşündedir (*Butler/Birleşik Krallık* (k.k.), B. No: 41661/98, 27/6/2002; *Phillips/Birleşik Krallık*, B. No:

41087/98, 5/7/2001, §§ 50, 51; *Konstantin Stefanov/Bulgaristan,* B. No: 35399/05, 27/6/2015, §§ 57, 58).

32. *Konstantin Stefanov/Bulgaristan* kararına konu olayda başvurucu avukatın ücreti yetersiz bulması nedeniyle zorunlu müdafi olmayı reddederek duruşmadan ayrılması üzerine ceza mahkemesince başvurucu avukata yaklaşık 260 euro tutarında para cezası verilmiştir. AİHM, şikâyet edilen cezaya konu paranın mülk teşkil ettiğini ve bu para cezasının uygulanmasının da mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir (*Konstantin Stefanov/Bulgaristan,* § 57). AİHM'e göre, uygulanan para cezası Sözleşme'nin anlamında bir *yaptırım* teşkil etmektedir. Bu sebeple müdahale, taraf devletlere yaptırımların ödenmesini sağlamak için mülkiyetin kullanımını kontrol yetkisi tanıyan Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı çerçevesinde değerlendirilmiştir (*Konstantin Stefanov/Bulgaristan,* § 58).

33. AİHM; para cezasının açık, öngörülebilir ve ulaşılabilir mahiyette bir kanuna dayandığını, yargılamanın etkin ve gecikmeden sürdürülmesi yönünde kamu yararına dayalı meşru bir amacının da bulunduğunu tespit etmiştir (*Konstantin Stefanov/Bulgaristan,* §§ 63, 64). AİHM, ölçülülük yönünden yaptığı değerlendirmede ise farklı unsurları değerlendirmiştir. Öncelikle duruşmanın ertelenmesini önlemek amacı vurgulanmıştır. AİHM, caydırıcı bir etkinin sağlanması için parasal bir cezanın uygulanabileceğini belirtmiş ve bu alanda devletlerin geniş bir takdir yetkisi olduğuna dikkat çekmiştir. AİHM bu bağlamda en önemli güvencenin ise başvurucuya uygulanan cezaya karşı itiraz edebilme hakkının tanınması olduğunu ve somut başvuruda ise başvurucuya uygulanan cezaya ilişkin karar verme usulünün keyfî olduğunun ortaya konulamadığını belirtmiştir. Mahkeme son olarak başvurucuya verilen para cezasının üst sınırdan uygulanmakla beraber aşırı veya orantısız olmadığını değerlendirmiş, başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengenin bozulmadığı sonucuna varmıştır (*Konstantin Stefanov/Bulgaristan,* §§ 65-70).

34. AİHM, ceza olarak değerlendirdiği suç gelirlerinin müsaderesine ilişkin *Phillips/Birleşik Krallık* kararında da benzer değerlendirmeler yapmıştır. Bu olayda ceza mahkemesince başvurucunun uyuşturucu kaçakçılığı suçundan elde ettiği düşünülen gelirlerinin toplamı olan 91.400 sterlin tutarındaki paranın müsaderesine, bu paranın ödenmediği durumda ise iki yıl süreli hapis cezasının infazına karar verilmiştir. AİHM bu cezanın

başvurucunun mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini, bu sebeple Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin olayda uygulanabilir olduğunu belirtmiştir (*Phillips/Birleşik Krallık,* § 50). AİHM, ceza mahkemesinin kazanç müsaderesine ilişkin kararının Sözleşme anlamında bir *yaptırım/ceza* olduğunu vurgulamıştır (*Phillips/Birleşik Krallık,* § 51). AİHM'e göre Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı, taraf devletlere bu alanda geniş bir takdir yetkisi tanımakta olup uyuşturucu kaçakçılığı ile mücadele anlamında böyle bir tedbirin uygulanmasının caydırıcı etkisine dikkat çekilmiştir (*Phillips/Birleşik Krallık,* § 52). AİHM, tedbirin yalnızca suçtan elde edilen gelirler ile sınırlı olduğunu ve yargılamada başvurucuya etkin bir itiraz hakkının tanındığını gözeterek karşılaştırılan meşru amaca göre müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varmıştır (*Phillips/Birleşik Krallık,*§§ 53, 54).

35. *Ismayilov/Rusya* (B. No: 30352/03, 6/11/2008) kararına konu olayda, Bakü'de annesinden intikal eden evini satan başvurucu, yanında taşıdığı para miktarını (21.348 ABD doları) gümrük makamlarına eksik (48 ABD doları) bildirmiştir. Rus kanunlarına göre ise 10.000 ABD doları üzerindeki para miktarı gümrüğe bildirilmelidir. Başvurucuya bildirim yükümlülüğüne uymama suçundan şartlı tahliye koşuluyla altı ay hapis cezası verilmiş ve ayrıca el konulan paranın tamamının müsaderesine karar verilmiştir. AİHM müsadere tedbiriyle ilgili istikrarlı yaklaşımına değinmiş ve müdahalenin mülkiyetten yoksun bırakma içerse dahi Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı kapsamında mülkiyetin kullanımının kontrolü mahiyeti taşıdığını belirtmiştir (*Ismayilov/Rusya,* §§ 28-30).

36. AİHM, kamu yararı bakımından korunan hukuki menfaatin ise gümrük makamlarına bildirim yükümlülüğüne uyulmasını sağlamak olduğunu vurgulamıştır(*Ismayilov/Rusya,* § 33). AİHM, başvurucuya herhangi bir suç isnadında bulunulmadığı ve olayda müsadere tedbirinin kara paranın aklanması, terörizmin finansmanı, uyuşturucu kaçakçılığı, vergi kaçırma veya başka suç faaliyetleri kapsamında uygulanmadığı tespitlerine yer vermiştir. Buna göre belirli bir miktarın üzerinde ki nakit parayı yanında taşımış olan başvurucu, sadece gümrük makamlarına yanında taşıdığı bu parayı eksik bildirmekten ötürü sorumlu tutulmuştur. AİHM, bildirilmeyen paranın meşru yollardan elde edildiğini ve bu paranın bildirilmemesinin kamuya olan zararının ise oldukça az olduğunu vurgulamıştır. Bununla birlikte müsadere tedbirinin sadece zararın tazmini amacıyla uygulandığı

değil aynı zamanda caydırıcı ve cezalandırıcı bir yönünün de bulunduğu kabul edilmiştir. Ancak olayda ise başvurucunun zaten bildirim yükümlülüğüne uymadığı için şartlı tahliye koşuluyla hapis cezası aldığına dikkat çekilmiştir. AİHM'e göre yalnızca bildirim yükümlülüğüne uymama nedeniyle ceza da almışken ayrıca müsaderenin uygulanması ölçüsüz olup başvurucuya aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklemektedir (*Ismayilov/Rusya,* §§ 37, 38).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 10/10/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

38. Başvurucu Şirket, Özel Durum Açıklamalarına İlişkin Rehber'de açıklanan ilke ve kurallar çerçevesinde S. Şirketi tarafından açılan davanın konusunun ilgili olduğu ekonomik değerin kendi aktif toplamının %10'unun altında kaldığını belirtmiştir. Başvurucuya göre bu sebeple söz konusu dava, açıklanması gereken içsel bilgi niteliğinde olmadığından dolayı özel durum açıklamasına gerek bulunmamaktadır. Başvurucu ayrıca SPK mevzuatında içsel bilginin detaylı, açık ve öngörülebilir bir tanımının bulunmadığından yakınmıştır. Başvurucu, uygulanan idari para cezasının hukuka aykırı olduğunu belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

39. Başvurucu, aynı hukuki temelde verilen idari para cezalarının başka mahkemelerce iptal edildiğini ifade etmiştir. Başvurucu; hakkında uygulanan cezanın gerekçesiz olarak üst sınırdan belirlendiğini, bunun yanında aktif toplamının %10'undan az olduğu için aleyhe açılan davanın içsel bilgi olmadığı yönündeki uyuşmazlığın sonucuna etkili olabilecek ayrı ve açık yanıt gerektiren iddialarının karşılanmadığını vurgulamıştır. Başvurucu, bu gerekçelerle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu son olarak idari para cezasına ilişkin mevzuat hükümlerinin açık ve belirli olmaması ile objektif bir değerlendirme yapılmadan üst sınırdan ceza uygulanması nedeniyle suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

40. Bakanlık görüşünde, sermaye piyasasının işleyişine yönelik mevzuat kurallarına uyulmadığı gerekçesiyle başvurucu Şirketin idari para cezasıyla cezalandırılmasının mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale olduğu kabul

edilmiştir. Bakanlık, sonucu mülkiyetten yoksun bırakma olsa dahi sermaye piyasasının düzenlenmesi çerçevesinde müdahalenin mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolüne ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerektiğini bildirmiştir. Bakanlık, müdahalenin kanuni dayanağı konusunda ise özel durum açıklamalarıyla kamuya duyurulan belirli yerlerdeki sinema salonlarının devredilmesi durumunda meydana gelen değişikliğin açıklanması gerektiğine işaret etmiştir. Bakanlık müdahalenin sermaye piyasasının şeffaflığını sağlamayı temin yönünde kamu yararına dayalı meşru bir amacının olduğunu vurgulamıştır. Bakanlığa göre müdahale ayrıca elverişlilik ve gereklilik ölçütlerini de sağlamaktadır. Bakanlık son olarak başvurucuya usule ilişkin güvencelerin sağlanması, idari para cezalarının düzenlenmesi ile uygulanması konusunda kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisinin bulunması ve başvurucu Şirketin kendi kusuru nedeniyle cezanın uygulanması karşısında müdahalenin ölçülü olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

41. Başvurucu, cevap dilekçesinde başvuru formundaki beyanlarını yinelemiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşlerinin aksine müdahalenin kanuni bir dayanağının olmadığını ve ayrıca özellikle bilinçli bir şekilde özel durum açıklaması yapılmadığı dikkate alındığında müdahalenin ölçülü olmadığını ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

42. 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."

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 yukarıda yer verilen şikâyetlerinin özü, başvurucunun kanuna aykırı eylemi sebebiyle idari para cezası verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlali iddiasına ilişkindir. Bu nedenle başvurucunun belirtilen ihlal iddialarının tümü mülkiyet hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

44. 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

45. 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). Somut olayda idari para cezasına hükmedilmesi neticesinde başvurucudan tahsil edilen, belirtilen tutardaki paranın başvurucunun mal varlığına dâhil olduğu ve verilen idari para cezasıyla başvurucunun mal varlığından eksilmeye yol açıldığı kuşkusuz olduğuna göre bu paranın başvurucu açısından *mülk* teşkil ettiği açıktır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

46. Başvuru konusu olayda başvurucunun idari para cezası ile cezalandırılması yoluyla yapılan müdahalenin mal varlığına dâhil olan parasından yoksun bırakılmasına yol açmakla mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur.

47. 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).

48. Müdahalenin -türünün yol açtığı sonuçlar yanında- amacı da gözetilerek belirlenmesi gerekmektedir. Başvurucuya sermaye piyasası kurallarına uymadığı için idari para cezası uygulanmıştır. Dolayısıyla müdahaleyle sermaye piyasasının düzenlenmesi ve kontrol edilmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolüne veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

49. 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."

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. 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

51. 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, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44; *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49; *Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

52. 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 Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da belirtildiği üzere kanunla düzenleme zorunluluğu, hakka yapılacak müdahalenin uygulamasının kanunun çerçevesini aşmayacak şekilde tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelge gibi yürütme organının çıkaracağı ikincil düzenlemelerle yapılmasına mani değildir (*Tahsin Erdoğan,* B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60). Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin konularda temel esaslar, ilkeler ve genel çerçeve kanunla belirlendikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların, yürütme organınca çıkarılacak düzenleyici işlemlerle tanzim edilmesi mümkündür (AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

53. Somut olayda başvurucuya 6362 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki yükümlülüğe uyulmadığı gerekçesiyle aynı Kanun'un 103. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca idari para cezası verilmiştir.

54. Anılan Kanun'un 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasında; sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelerin ihraççılarca veya ilgili taraflarca kamuya açıklanacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında da açıklama yapılmasına ilişkin usul ve esasların SPK tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Bu Kanun'un 103. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da söz konusu yükümlülüklere uyulmaması hâlinde SPK tarafından 20.000 Türk lirasından 250.000 Türk lirasına kadar idari para cezası verilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin (7) numaralı fıkrasına göre idari para cezalarının her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanması öngörülmüştür.

55. Başvurucu, SPK mevzuatında içsel bilginin detaylı, açık ve öngörülebilir bir tanımının bulunmadığından yakınmış; idari para cezasına ilişkin mevzuat hükümlerinin açık ve belirli olmadığını ileri sürmüştür.

56. Ancak başvurucu için söz konusu olan yükümlülüğün ve karşılığı idari yaptırımın ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir mahiyetteki söz konusu kanun hükümleriyle açık olarak düzenlendiği görülmektedir. Sermaye piyasası gibi dinamik bir alanda yükümlülüğe konu sermaye piyasası araçlarının değeri, fiyatı veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelerin neler olduğu gibi teknik konuların bütünüyle kanunda düzenlenmesi beklenemez. Bu gibi teknik ve güncel gelişmelere dayalı

ayrıntıların kanunla düzenlenmesinin beklenmesi daha hızlı hareket etmesi ve karşılaştığı sorunları daha süratli çözüme kavuşturması beklenen idarenin çalışmasını güçleştirebilir. Bu bakımdan özellikle teknik ve idari meselelere temas eden detayların düzenlenmesinin idarelerin takdirine bırakılması kanuna dayanma koşulunu ihlal etmez.

57. Nitekim somut olayda da *sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelerin* bildirilmesi gerektiği ifade edilerek aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin genel çerçevenin çizildiği anlaşılmaktadır. SPK tarafından düzenlenen tebliğler ile de bu genel çerçeveye dayalı olarak teknik detayların açık bir biçimde gösterildiği görülmektedir. Buna göre tebliğin 14. maddesinde ortaklıklar tarafından içsel bilgiler ve bu bilgilere ilişkin daha önce açıklanan hususlardaki değişiklikler ortaya çıktığında veya öğrenildiğinde özel durum açıklaması yapılmasının zorunlu olduğu açıklanmıştır. Başvurucunun açtığı davada ilk derece mahkemesi de bu düzenlemeye dayalı olarak başvurucunun aydınlatma yükümlülüğüne uymadığını açıklamıştır. Konuya ilişkin sermaye piyasası kurallarının yorumuna dayalı olan söz konusu kararın ise keyfî veya öngörülemez nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.

58. Dolayısıyla söz konusu kanun hükümlerinin açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir mahiyette olduğu dikkate alındığında başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuna dayalı olduğu kuşkusuzdur.

ii. Meşru Amaç

59. 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. 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 (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Nusrat Külah*,B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

60. Finans kurumlarının sağlıklı faaliyet göstermesi amacıyla düzenlenen 6362 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde; şeffaflık, mesuliyet, orantılılık ve

tutarlılık ile uygun şekilde yapılan bir değerlendirmenin gerektirmesi hâlinde müdahalede bulunma düsturlarının esas alındığı belirtilmiştir. Buna göre sermaye piyasası hukuku; sermaye piyasasının bu piyasaya özgü ihtiyaç ve gereklilikleri içerecek ve sermaye piyasasının işleyiş esaslarını gözetecek şekilde düzenlenmesi, yapılan düzenlemelere bu düzenlemenin muhataplarının uygun hareket edip etmediklerinin denetlenmesi ile denetim sonuçlarına göre etkin, caydırıcı tedbir ve yaptırım uygulanması sacayağına dayanmaktadır. Başka bir deyişle düzenlemelerin etkinliği, etkili ve caydırıcı yaptırım düzeninin sağlanması ile mümkün olabilir.

61. Ayrı bir kavram olarak düzenlenen kamuyu aydınlatma belgelerine ilişkin belirlenen esaslar ile yatırımcı güveninin oluşturulmasına çalışılmış ve kamuyu aydınlatma belgeleri ile duyurulan bilginin sermaye piyasaları açısından önemi vurgulanmıştır. Böylelikle sermaye piyasası araçlarının değerini, piyasa fiyatlarını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki tüm bilgi, olay ve gelişmelerin ihraççılarca veya ilgili taraflarca kamuya açıklanacağı hüküm altına alınmıştır.

62. Dolayısıyla sermaye piyasasının düzenlenmesi kapsamında kamunun aydınlatılmasına ilişkin bazı yükümlülükler öngörülerek bu yükümlülüklere uyulmamasının yaptırıma tabi tutulmasında kamu yararı amacının bulunduğu açıktır. Ayrıca bu yaptırımların benzeri kanuna aykırı fiillerin tekrar işlenmesinin önüne geçilmesi bağlamında caydırıcı bir yönü de bulunmaktadır. Bu sebeplerle başvuruya konu müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacının olduğu kuşkusuzdur.

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

63. Son olarak kamu makamlarınca başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

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, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

65. Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine göre ölçülü olabilmesi için her şeyden önce bu tedbirin öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye elverişli olması zorunludur. Diğer taraftan müdahalede bulunulurken takip edilen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye en uygun aracın seçilmesi gerekmektedir. Bu alanda hangi araçların tercih edileceği ise öncelikli olarak daha isabetli karar verebilecek konumda olan ilgili kamu makamlarının yetkisindedir. Bu nedenle hangi aracın tercih edileceğinin belirlenmesi hususunda idarelerin belli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Ne var ki seçilen aracın gerekliliğine ilişkin olarak idarelerin sahip 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 (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Hamdi Akın İpek*, B. No: 2015/17763, 24/5/2018, § 108; *Hanife Ensaroğlu*, B. No: 2014/14195, 20/9/2017, § 67).

66. Ayrıca ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere ülkenin sosyal ve kültürel yapısı, etik değerleri, ekonomik hayatın gereksinmeleri gözönüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu; cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir (AYM, E.2013/24, K.2013/133, 14/11/2003).

67. Bununla birlikte orantılılık 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. Müdahalenin orantılılığını değerlendirirken Anayasa Mahkemesi; bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini,

diğer taraftan da müdahalenin niteliğini, başvurucunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını gözönünde bulundurarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60).

68. Anayasa'nın 35. maddesi usule ilişkin açık bir güvenceden söz etmemektedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunabilmesi bakımından bu madde, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da ifade edildiği üzere mülk sahibine müdahalenin kanun dışı veya keyfî ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması güvencesini kapsamaktadır. Bu değerlendirme ise uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır (*Züliye Öztürk*, B. No: 2014/1734, 14/9/2017, § 64; *Bekir Yazıcı* [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, § 71).

69. Elkoyma veya müsadere gibi tedbirler yoluyla ya da para cezası uygulanmak suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin bireyin menfaatleri ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengeyi bozmaması için malikin davranışı ile kanunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağının olması ve başvurucunun müdahaleye yönelik iddia ve savunmalarının ilgili idari ve yargısal makamlarca makul biçimde karşılanması, ayrıca her hâlde iyi niyetli malikin zararının ise tazmini gerekmektedir. Bu gerekliliklere uyulduğu takdirde mülkiyet hakkına yapılan müdahale ölçülü olacaktır (*Züliye Öztürk*, § 64).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

70. Başvurucuya idari para cezası verilmesinin sermaye piyasası işlemleri bakımından kamunun aydınlatılmasını sağlamaya yönelik olduğu dikkate alındığında müdahalenin söz konusu kamu yararı amacını gerçekleştirmeye elverişli olduğunda şüphe bulunmamaktadır. İkinci olarak başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığı irdelenmelidir. Olayda başvurucunun fiili suç olarak düzenlenmemiş ve başvurucuya adli bir yaptırım öngörülmemiştir. Buna göre mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolüne ilişkin üçüncü kural çerçevesinde kamu makamlarının sahip olduğu geniş takdir yetkisi de gözönünde bulundurulduğunda başvurucunun fiilinin kabahat olarak düzenlenerek yalnızca idari para cezası uygulandığı dikkate alındığında müdahalenin gerekli olmadığı söylenemez.

71. Orantılılık yönünden ise öncelikle başvurucuya idari para cezası kararına karşı iddia ve savunmalarını etkin bir biçimde ortaya koyabilme

olanağının tanınıp tanınmadığı değerlendirilmelidir. Başvurucuya idari para cezası verilmeden önce SPK tarafından savunmasının istendiği ve başvurucunun da bu imkândan yararlanarak itirazlarını bildirdiği görülmüştür. İdari para cezası kararına karşı da kendisini avukat ile temsil ettiren başvurucu, önce idare mahkemesinde dava açmış; davanın reddine ilişkin karara karşı da temyiz yoluna başvurmuştur.

72. Başvurucu Şirket özellikle S. Şirketi tarafından açılan davanın konusunun ilgili olduğu ekonomik değerin kendi aktif toplamının %10'unun altında kaldığını belirtmiş ancak bu hususun derece mahkemelerince incelenmediğinden yakınmıştır. Bununla birlikte derece mahkemelerince söz konusu açılan dava nedeniyle birleşmeye engel bir durumun çıktığına işaret edilerek bunun ise başvurucu Şirket tarafından daha önce kamuya açıklanan birleşme işlemine ilişkin özel durum açıklamalarında değişiklik meydana getirdiğine vurgu yapılmıştır. Buna göre daha önce kamuya açıklanan bilgilere ilişkin hususlarda değişiklik ortaya çıktığında ya da öğrenildiğinde şirket tarafından özel durum açıklaması yapılmasının zorunlu olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla buna dayalı olarak başvurucunun itiraz konusu yönünden ayrı bir inceleme yapılmasına gerek görülmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda mülkiyet hakkına idari para cezası uygulanmak suretiyle yapılan müdahaleye karşı başvurucunun etkin bir biçimde itiraz edebilme olanağı bulduğu ortadadır.

73. Başvurucu ayrıca idarece üst sınırdan para cezası verildiğini ve derece mahkemelerinin ise bu hususta herhangi bir denetim yapmadan gerekçesiz olarak itirazı reddettiğini ileri sürmüştür. Ancak idari para cezalarının kanunla belirlenen alt veya üst sınırları arasında ki bir miktarda idarece belirlenmesi hususu kanun yolu denetiminde dikkate alınabilecek bir unsurdur. Bireysel başvuru çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin görevi ise idari para cezası uygulanmak suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuna dayalı olup olmadığını, meşru bir amacının bulunup bulunmadığını ve nihayet söz konusu müdahalenin ölçülü olup olmadığını denetlemektir.

74. Diğer taraftan başvurucu, idari para cezasının miktarının yüksek olduğu için orantısız olduğundan yakınmakta ise de herhangi bir orantılılık karşılaştırması yapmaya elverişli bir bilgi veya belge sunmamıştır. Dolayısıyla verilen idari para cezasının somut olay bağlamında başvurucunun ekonomik durumunda nasıl bir etkiye yol açtığının belirlenmesi mümkün olamamaktadır.

75. Sonuç olarak kamunun aydınlatılması yükümlülüğünün sermaye piyasasının şeffaflığı ve yatırımcı güveninin oluşturulması açısından büyük önem arz ettiği kuşkusuzdur. Bunun yanında devletin idari para cezalarının düzenlenmesi ve uygulanması alanında geniş bir takdir yetkisinin olduğu da dikkate alınmalıdır. Kaldı ki olayda başvurucuya idari para cezasının dışında herhangi bir adli veya idari yaptırım uygulanmamış, müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi ya da şirketin geçici süreyle veya tamamen faaliyetlerinin engellenmesi yahut kısıtlanması gibi bir tedbir yoluna da gidilmemiştir. Ayrıca idari para cezası verilmesine yol açan fiilin başvurucunun kusurundan kaynaklandığı, somut olayda kamu makamlarının özensiz bir tutum veya davranışının ise söz konusu olmadığı gözetilmelidir.

76. Bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, içerdiği kamu yararı amacı ile karşılaştırıldığında ve özellikle başvurucunun kendi kusuruyla kanuna aykırılığa yol açtığı gözetildiğinde başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemediği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengenin bozulmadığı ve müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.

77. Açıklanan gerekçelerle 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 10/10/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

HESNA FUNDA BALTALI VE BALTALI GIDA HAYVANCILIK SAN. VE TİC. LTD. ŞTİ. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/17196)

Karar Tarihi: 25/10/2018

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	**:** Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	**:** Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	**:** Engin YILDIRIM
Üyeler	**:** Serdar ÖZGÜLDÜR
	Serruh KALELİ
	Recep KÖMÜRCÜ
	Hicabi DURSUN
	Celal Mümtaz AKINCI
	Muammer TOPAL
	M. Emin KUZ
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Kadir ÖZKAYA
	Recai AKYEL
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	**:** Özgür DUMAN
Başvurucular	**:** 1. Hesna Funda BALTALI
	2. Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.
Vekili	**:** Av. Fadime Eda BAYSAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; ihtiyati haciz kararı verilmesi ve bu ihtiyati haczin uzun süredir devam etmesi nedenleriyle mülkiyet hakkının, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 27/10/2014 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 20/9/2017 tarihinde yapılan toplantıda, başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden 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:

A. İcra Takibi ve Menfi Tespit Davası Süreci

9. Alacaklı hamil G.B.tarafından borçlular lehdar K.E. ve keşideci C.A. aleyhine 500.000 TL bedelli bonoya dayalı olarak İzmir 17. İcra Müdürlüğünün 2007/306 Esas sayılı dosyasında kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibi başlatılmıştır. Bononun keşide tarihi 12/5/2006, ödeme tarihi ise 5/3/2007 olarak düzenlenmiştir.

10. Ödeme emri borçluya 8/3/2007 tarihinde tebliğ edildikten sonra icra takibinin kesinleşmesi üzerine borçlu C.A., alacaklı ile lehdar aleyhine 6/4/2007 tarihinde İzmir 2. Asliye Ticaret Mahkemesinde menfi tespit davası açmıştır. Borçlu, dava dilekçesinde bu senetten dolayı lehdara bir borcunun bulunmadığını ve yapılan ciroların usulsüz olduğunu iddia etmiştir. Borçlu ayrıca, senet arkasına yazılan "*...teminat senedidir, kullanılamaz veya hatır senedidir kullanılamaz...*" şeklindeki ibarelerin tahrif edildiğini ileri sürmüştür.

11. Yapılan yargılama neticesinde 21/11/2013 tarihinde davanın reddine karar verilmiştir. Kararda, bonoya *"Emre yazılı değildir"* veya bu anlama gelen *"Ciro edilemez"* gibi ibarelerin yazılmasının bononun kambiyo senedi niteliğini değiştirmeyeceği belirtilmiştir. Mahkeme, senedin keşideci ve lehdar arasındaki karşılıklı edimlerin teminatı olarak verildiği iddiasının hamile karşı ispat edilemediği takdirde hamil aleyhine ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre bononun ön yüzünde ve sadece "*teminat*" ibaresinin bulunması onun kambiyo senedi vasfını ve bu senetlere mahsus özel yol ile takibe dayanak yapılmasını engellemez. Kararda, takip dayanağı bononun hangi ilişkinin teminatı olduğunun anılan ibarede açıklanmış olmadığı ifade edilmiştir. Mahkeme ayrıca, alınan imza karşılaştırmasına ilişkin bilirkişi raporlarına göre senetteki imzaların borçlu ve lehdara ait olduğunu belirtmiştir. Kararda, bilirkişi raporuna göre senedin arka yüzünde tahrifat yapıldığı kabul edilmekle birlikte bu hususun sonuca etkili görülmediği ifade edilmiştir. Mahkeme, bononun teminat maksadıyla verildiği iddiasının yazılı delil ile ispat edilemediği, ayrıca ciro zincirinde kopukluk bulunmadığı ve hamilin senedi kötü niyetle devraldığının kanıtlanamadığı kanaatiyle davanın reddi gerektiği sonucuna varmıştır.

12. Borçlu C.A. tarafından temyiz edilen hüküm, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 20/10/2015 tarihli ve E.2015/7801, K.2015/13131 sayılı ilamıyla onanmıştır. Borçlunun karar düzeltme istemi de aynı Dairenin 9/11/2016 tarihli ve E.2016/6656, K.2016/14470 sayılı ilamıyla reddedilmiştir.

B. Ceza Davası Süreci

13. C.A. 9/4/2007 tarihinde İzmir Cumhuriyet Başsavcılığında suç duyurusunda bulunmuştur. Şikâyetçi, aralarındaki hukuki ilişki gereği K.E.ye teminat olarak bono verdiğini ve senedin arkasında *"Kullanılamaz veya ciro edilemez"* ibaresinin yazılı olduğunu belirtmiştir. Şikâyetçi, şüpheli K.E.nin bu ibareyi şerit düzeltici ile tahrif ederek üçüncü kişilere ciro ettiğini iddia etmiştir.

14. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 11/5/2009 tarihli ve 2009/12458 sayılı iddianamesiyle, şüpheliler K.E. ve G.B.nin resmî belgede sahtecilik suçundan 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 204. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 53. maddesi uyarınca cezalandırılması talebiyle dava açılmıştır.

15. İzmir 28. Asliye Ceza Mahkemesince iddianamenin kabulüne karar verilerek yapılan yargılamanın 23/8/2017 tarihli 46. oturumunda sanıkların resmî belgede sahtecilik suçundan ayrı ayrı beraatine karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde; takip konusu bononun İzmir 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin kararına göre geçerli bir bono olduğunun kabul edildiği, bu sebeple sanıkların üzerine atılı suçun unsurlarının oluşmadığı belirtilmiştir. Karara karşı istinaf başvurusunda bulunulmuş olup Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nden (UYAP) yapılan sorgulama sonucuna göre istinaf incelemesinin devam ettiği anlaşılmaktadır.

C. Başvuruya Konu Tasarrufun İptali Davası ve İhtiyati Haciz Süreci

1. Yargılama Süreci

16. İcra takibinin alacaklısı G.B., davalılar C.A. ve E.B. ile başvurucular aleyhine 4/7/2007 tarihinde İzmir 10. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Mahkeme) tasarrufun iptali davası açmıştır. Dava, İzmir'in Urla ilçesine bağlı Bademler köyünde bulunan 21.709 m^2 yüz ölçümlü 153 ada 2 parsel sayılı taşınmazda mevcut 2/32 arsa paylı *bodrumlu dubleks mesken* niteliğindeki 3 numaralı bağımsız bölümün satışına ilişkindir. Davacı, borçlu C.A.nın keşide ettiği senet borcunu ödemediğini belirtmiştir. Davacıya göre keşide tarihinden üç gün sonra borçlu, bu bağımsız bölümü değerinin çok altında bir fiyatla tapuda E.B.ye satmıştır. Davacı; senedin ödeme günü yaklaştığında bu kişinin söz konusu taşınmazı eşi başvurucu Hesna Funda Baltalı'ya hibe ettiğini, icra takibi henüz kesinleşmeden de bu kişinin taşınmazı aslında kendisinin de eşiyle birlikte ortağı olduğu başvurucu Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.ne (Şirket) 350.000 TL bedelle sattığını ifade etmiştir. Davacı, bu hibe ve satış işlemlerinin alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla kötü niyetle yapıldığını belirterek tasarrufun iptali ile taşınmazın icra yoluyla satışını talep etmiştir. Davalı C.A. ise 30/10/2007 tarihli cevap dilekçesi ile davanın reddini talep etmiştir.

17. Mahkeme 28/12/2017 tarihinde davanın kabulüne ve uyuşmazlığa konu taşınmaza yönelik tasarrufların iptaline karar vermiştir. Mahkeme bu çerçevede davacıya İzmir 17. İcra Dairesinin E.2007/306 sayılı icra dosyasındaki alacak ve ferîleri ile sınırlı olmak üzere dava konusu taşınmaz üzerinde cebri icra yetkisi tanınmasına karar vermiştir. UYAP'tan sorgulandığında kararın davalı C.A. tarafından temyiz edildiği ve istinaf incelemesinin devam ettiği görülmektedir.

2. İhtiyati Haciz Süreci

18. Davacı ayrıca dava konusu taşınmazın tapu kaydına ihtiyati haciz konulmasını talep etmiştir. Mahkeme 3/7/2008 tarihli 4. oturumda, davacının ihtiyati haciz talebinin celse arası değerlendirilmesine karar vermiştir. Mahkemenin 10/7/2008 tarihli ara kararıyla, dava konusu taşınmazın tapuda davalı Şirket adına kayıtlı olması durumunda taşınmaza ihtiyati haciz konulmasına karar verilmiştir. Mahkeme 16/4/2012 tarihinde yapılan ihtiyati haciz duruşmasında, konulan ihtiyati haciz için 10.000 TL tutarında teminatın yatırılması için davacı tarafa iki hafta kesin süre vermiştir. Ara kararında, İzmir 2. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülen menfi tespit davası ile İzmir 5. Asliye Ceza Mahkemesinde görülen özel belgede sahtecilik suçundan açılan davaların sonuçlanmasının beklendiği açıklanmıştır.

19. Başvurucular 4/7/2012 tarihinde ihtiyati hacze itiraz etmiş, ihtiyati haczin teminat karşılığında kaldırılmasını talep etmişlerdir. İtiraz dilekçesinde davacının iddia ettiği alacağın çok üzerinde bir teminatın mevcut olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, ihtiyati haczin kaldırılması isteğinin duruşmalı olarak değerlendirilmesine karar vermiştir. 10/8/2012 tarihinde yapılan duruşmada, ihtiyati haciz konulan taşınmazların -diğer davalının taşınmazı ile birlikte- rayiç değerinin belirlenmesi yönünden bilirkişi raporu alınmasına karar verilmiştir. Bu doğrultuda Urla Asliye Hukuk Mahkemesine talimat yazılmış, taşınmazların değeriyle ilgili olarak bilirkişilerden rapor alınması istenmiştir. Talimat mahkemesince alınan 18/12/2012 tarihli bilirkişi raporunda taşınmazların güncellenmiş değerinin 1.200.000 TL olduğu belirtilmiştir. İzmir 10. Asliye Hukuk Mahkemesi ayrıca takibin yapıldığı İzmir 17. İcra Müdürlüğünün 2007/306 sayılı dosyasında borcun ferîleri ile birlikte ulaştığı tutarı sormuştur. İcra Müdürlüğünün 10/8/2012 tarihli cevap yazısında borç miktarının 1.216.026,22 TL'ye ulaştığı bildirilmiştir.

20. Bilirkişi raporu ile İcra Dairesinin yazısını değerlendiren Mahkeme 25/1/2013 tarihinde başvuruculaların ihtiyati haczin kaldırılması talebini reddetmiştir. Ara kararında; dava konusu taşınmazın tamamının değerinin borcu karşılamadığı, aciz belgesinin verildiği tarihten itibaren geçen dört yılı aşkın sürede aciz belgesinde belirtilen borcun bir misline yakın arttığı belirtilmiştir. Mahkeme, bekletici mesele yapılan menfi tespit davası ile ceza davasının sonuçlanması uzunca bir süre alacağından ve bu arada takip konusu olan ve ödenmeyen borç miktarına faiz işlemeye devam edeceğinden

borç miktarının artacağı gerekçesiyle ihtiyati haczin kaldırılması talebinin reddi gerektiği sonucuna varmıştır.

21. Başvurucular 17/1/2014 tarihinde yeniden ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır. İhtiyati haczin kaldırılması isteğinin duruşmalı olarak değerlendirilmesine karar verilmiştir. 26/9/2014 tarihinde yapılan duruşmada başvurucular ihtiyati haczin uzun süredir devam etmesi sebebiyle mağdur olduklarını belirterek ihtiyati haczin kaldırılması talebinde bulunmuşlardır. Mahkeme, davanın niteliği gereği ve 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'ndaki hükümlere uygun olarak ihtiyati haciz kararı verildiğini belirtmiştir. Mahkeme, yargılamanın uzadığını kabul etmiş ancak bu durumun ihtiyati haczin kaldırılmasını gerektirmediğini ifade etmiştir. Bu karar, duruşma sırasında başvurucular vekiline tefhim edilmiştir.

22. Başvurucular 27/10/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

a. İhtiyati Hacze İlişkin Düzenlemeler

23. 2004 sayılı Kanun'un "*İhtiyati haciz şartları*" kenar başlıklı 257. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacaklariyle diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilir.*
>
> *..."*

24. 2004 sayılı Kanun'un "*İhtiyati haciz kararı*" kenar başlıklı 258. maddesi şöyledir:

> *"İhtiyati hacze 50 nci maddeye göre yetkili mahkeme tarafından karar verilir. Alacaklı alacağı ve icabında haciz sebepleri hakkında mahkemeye kanaat getirecek deliller göstermeğe mecburdur.*
>
> *Mahkeme iki tarafı dinleyip dinlememekte serbesttir.*

(Ek fıkra:17/7/2003 – 4949/60 md.; Değişik: 2/3/2005-5311/16 md.) İhtiyatî haciz talebinin reddi halinde alacaklı istinaf yoluna başvurabilir. Bölge adliye mahkemesi bu başvuruyu öncelikle inceler ve verdiği karar kesindir."

25. 2004 sayılı Kanun'un "*İhtiyati hacizde teminat*" kenar başlıklı 259. maddesi şöyledir:

"İhtiyati haciz istiyen alacaklı hacizde haksız çıktığı taktirde borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlardan mesul ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 96 ncı maddesinde yazılı teminatı vermeğe mecburdur.

Ancak alacak bir ilama müstenid ise teminat aranmaz.

Alacak ilam mahiyetinde bir vesikaya müstenid ise mahkeme teminata lüzum olup olmadığını takdir eder.

Tazminat davası ihtiyati haczi koyan mahkemede dahi görülür."

26. 2004 sayılı Kanun'un uyuşmazlık ve dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan 17/7/2003 tarihli ve 4949 sayılı Kanun'un 63. maddesi ile değişik *"İhtiyati haciz kararına itiraz ve temyiz"* kenar başlıklı 265. maddesi şöyledir:

"Borçlu kendisi dinlenmeden verilen ihtiyatî haczin dayandığı sebeplere, mahkemenin yetkisine ve teminata karşı; huzuriyle yapılan hacizlerde haczin tatbiki, aksi hâlde haciz tutanağının kendisine tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde mahkemeye müracaatla itiraz edebilir.

Menfaati ihlâl edilen üçüncü kişiler de ihtiyatî haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde ihtiyatî haczin dayandığı sebeplere veya teminata itiraz edebilir.

Mahkeme, gösterilen sebeplere hasren tetkikat yaparak itirazı kabul veya reddeder.

İtiraz eden, dilekçesine istinat ettiği bütün belgeleri bağlamaya mecburdur. Mahkeme, itiraz üzerine iki tarafı davet edip gelenleri dinledikten sonra, itirazı varit görürse kararını değiştirebilir veya kaldırabilir. Şu kadar ki, iki taraf da gelmezse evrak üzerinde inceleme yapılarak karar verilir.

İtiraz üzerine verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Yargıtay bu başvuruyu öncelikle inceler ve verdiği karar kesindir. Temyiz, ihtiyatî haciz kararının uygulanmasını durdurmaz."

27. 2004 sayılı Kanun'un 265. maddesinin 2/3/2005 tarihli ve 5311 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile değişik beşinci fıkrası şöyledir:

"İtiraz üzerine verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi bu başvuruyu öncelikle inceler ve verdiği karar kesindir. İstinaf yoluna başvuru, ihtiyatî haciz kararının icrasını durdurmaz."

28. 2004 sayılı Kanun'un *"İhtiyati haczin kaldırılması"* kenar başlıklı 266. maddesi şöyledir:

"Borçlu, para veya mahkemece kabul edilecek rehin veya esham yahut tahvilat depo etmek veya taşınmaz rehin yahut muteber bir banka kefaleti göstermek şartı ile ihtiyati haczin kaldırılmasını mahkemeden istiyebilir. Takibe başlandıktan sonra bu yetki, icra mahkemesine geçer."

29. 2004 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesi şöyledir:

"Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflâs Kanununun bu Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanır."

b. Tasarrufun İptali ile İlgili Düzenlemeler

30. 2004 sayılı Kanun'un *"İptal davası ve davacılar"* kenar başlıklı 277. maddesi şöyledir:

"İptal davasından maksat 278, 279 ve 280 inci maddelerde yazılı tasarrufların butlanına hükmettirmektir. Bu davayı aşağıdaki şahıslar açabilirler:

1 – Elinde muvakkat yahut kati aciz vesikası bulunan her alacaklı,

2 – İflas idaresi yahut 245 inci maddede ve 255 inci maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hallerde alacaklıların kendileri."

31. 2004 sayılı Kanun'un *"Acizden dolayı butlan"* kenar başlıklı 279. maddesi şöyledir:

"Aşağıdaki tasarruflar borcunu ödemiyen bir borçlu tarafından hacizden veya mal bulunmaması sebebile acizden yahut iflasın açılmasından evvelki bir sene içinde yapılmışsa yine batıldır:

1 – Borçlunun teminat göstermeği evvelce taahhüt etmiş olduğu haller müstesna olmak üzere borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler;

2 – Para veya mutat ödeme vasıtalarından gayrı bir suretle yapılan ödemeler;

3 – Vadesi gelmemiş borç için yapılan ödemeler.

4. (Ek : 9/11/1988 - 3494/54 md.) Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler.

Bu tasarruflardan istifade eden kimse borçlunun hal ve vaziyetini bilmediğini ispat eylerse iptal davası dinlenmez."

32. 2004 sayılı Kanun'un *"Zarar verme kastından dolayı iptal"* kenar başlıklı 280. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu malî durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hâllerde iptal edilebilir. Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır."

2. Yargıtay İçtihatları

33. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 21/2/2014 tarihli ve E.2013/1, K.2014/1 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"Dava; Anayasanın 36 maddesi ile 'hak arama' hürriyeti kapsamında herkese tanınmış, olan temel bir hukuki koruma ve korunma yöntemidir. Dava yönteminin yasalarla önceden belirlenmiş bir süreci vardır ve bu süreç de ayrıntılı bir incelemeyi gerektirir. Bu süreçlerin tamamlanması aşamasında, hakkın özünün zarar görmemesi için geçici hukuki

korumalara hep ihtiyaç duyulmuş ve bu konudaki gereklilik gün geçtikte önem kazanmaktadır. Bazen geçici tedbir taleplerinin karşılanması, asıl yargılamanın önüne geçmektedir.

Bu bağlamda gerek davadan önce gerekse dava sırasındaki geçici hukukî korumalar, kişilerin haklarının korunması bakımından ve özellikle hak arama hürriyetinin etkin olarak gerçekleşmesi bakımından hayati bir misyona sahiptir. Diğer bir ifadeyle, hukukî korunma talebini günümüzde, hak arama hürriyetinin en etkin bir 'unsuru', 'enstrümanı' ya da 'ayrılmaz bir parçası' olarak tanımlanabilir.

Bir hukuk devletinde herhangi bir hakkın anayasalarla salt tanınmış olması yeterli olmayıp, bunun yanında devlete bu hakların etkin kullanılması ve kullanılmasının önündeki engellerin kaldırılması bakımından bir takım pozitif ödevler yüklenmiştir.

Bu pozitif yükümlülüğün bir gereği olarak devletin sadece yalın olarak hak arama ve hukukî korunma yollarını düzenlemesi ve bunları yürürlükte tutması yeterli değildir. Çağdaş devletler; aynı zamanda bu yolların etkinliğini sağlamak amacıyla verilecek kararların uygulanabilir olması için gerekli önlemleri almak, hukukî korunma ihtiyacını etkin karşılayabilmek için gerekli kuralları koymak, gerekli kurumları oluşturmak ve tüm bunları uygulamak, uygulatmak ve uygulamayı izleyerek gerekli önemleri almak gibi yükümlülükleri de yerine getirmelidir.

...

2.İhtiyati Haciz Kararları

..."ihtiyati tedbir" ile "ihtiyatı haciz" aynı mahiyette olduğu halde bunların temyiz kapsamında olmadığı kabulü üzerinden yasa koyucu bu konudaki iradesini aşağıdaki belirtilen düzenlemelerle sadece ihtiyati haciz için İcra İflas Kanunu'nda yaptığı özel bir düzenlemeyle ortaya koymuştur.

İhtiyati haciz geçici hukuki korumanın bir türü olup, tabi olduğu kanun yolu bakımından HMK'nun 341/(1) maddesine göre aynı usule (istinaf yoluna) tabi kılınmaktadır. Yine 406/(2) maddesi gereği ihtiyati hacze ilişkin kararlarla ilgili diğer kanunlarda yer alan özel kanun hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmektedir.

Nitekim eski düzenlemede, ihtiyati haciz talebinin reddi halinde temyiz yoluna başvurma imkânı yokken 17.7.2003 tarihli ve 4949 sayılı Kanunun. 64 ve 65 maddeleriyle İİK'nın 258 ve 265 inci maddelerinde değişiklik yapılmış ve böylece buna ilişkin karara karşı da temyiz yolu açılmıştır.

...

İcra ve İflas Kanunun 265. maddesinde değişiklik yapan bu kanunun 64. maddesinin gerekçesinde: '...Maddeyle, Kanunun 258 inci maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, birinci fıkrada yer alan ve ihtiyati haczin temyiz edilemeyeceğine ilişkin olan hüküm, madde metninden çıkartılmıştır.

Maddeye eklenen fıkra ile, menfaati ihlal edilen üçüncü kişilere ihtiyati hacze "itiraz" olanağı getirilmiştir. Nitekim İsviçre İcra ve İflas Kanununda yapılan değişiklikle, üçüncü kişilere de bu olanak tanınmıştır. Zira ihtiyati haciz geçici bir hukuki koruma olup, bu karar bazen karşı taraf dinlenmeden ve ispat aranmadan verilebilmektedir. Bunun sonucu olarak, borç ilişkisinin dışında kalan üçüncü kişileri de doğrudan doğruya etkileyecek tarz ve içerikte ihtiyati haciz kararı verilebilmekte, üçüncü kişilerin bu durum karşısında kendilerini açık bir hükümle koruma olanağı bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin ileri sürebileceği itiraz sebebinin ihtiyati haciz nedenlerine veya teminata ilişkin olabileceği belirtilmek suretiyle itiraz konusundaki tereddütlerin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Görev konusu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre belirleneceğinden maddede ayrıca belirtilmemiştir. İhtiyati haciz talebine esas teşkil eden alacak para alacağı olduğundan, alacağın miktarına göre sulh veya asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır.

Maddede, borçlunun veya üçüncü kişinin yaptığı itiraz üzerine yargılama yapıp karar veren mahkemenin bu kararına karşı temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiş ve konunun ivediliği nedeniyle başvurunun Yargıtayca öncelikle ve kesin olarak sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca uygulamada ortaya çıkabilecek duraksamaları gidermek amacıyla, ihtiyati haciz kararına itiraz üzerine verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde bu başvurunun ihtiyati haciz kararının uygulanmasını durdurmayacağı hükme bağlanmıştır.' denilmektedir.

Daha sonra Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşuna uyum sağlamak amacıyla 2.3.2005 tarih ve 5311 sayılı Kanunun 17. maddesi ile: ... şeklinde yeniden değişiklik yapılmış ve 'kanun yolu olarak daha önceden öngörülen temyiz, istinaf olarak' değiştirilmiştir.

İcra ve İflas Kanunundaki bu düzenleme konusunda bir geçiş hükmü öngörülmediğinden, mevcut ve yürürlükteki düzenlemeye göre istinaf yolu fiilen faaliyete geçmediğinden temyiz yolunun ve istinaf yolunun ihtiyati haciz kararlarına yapılan itirazın reddi kararlarının da temyiz yolu ile incelenmesinin mümkün olup olmadığı bizim tartışma konumuz değildir.

Yasa koyucu sadece uygulamada önem arzeden ihtiyati tedbir ve ihtiyatı hacze karşı istinaf yolunu açmış diğer geçici hukuki tedbirler (delil tespiti, defter tutma gibi) bu kapsama dâhil edilmemiştir."

34. Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 11/11/2008 tarihli ve E.2008/4062, K.2008/4893 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"İİK 257 maddesi hükmünde,rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısına, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacakları ile diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilme hakkı tanınmış olup, aynı kanunun 259. maddesi hükmünde de ihtiyati haciz istiyen alacaklının, hacizde haksız çıktığı taktirde borçlu ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlardan sorumlu olduğu açıklanmıştır. Öğreti ve uygulamada İİK'nun 259 maddesi hükmü ile getirilen bu sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu ve ancak maddi tazminat talepleri yönünden uygulanabileceği kabul edilmektedir.

İhtiyati haciz nedeniyle maddi tazminata hükmedilebilmesi için davalı tarafın istemi üzerine verilmiş ve uygulanmış bir ihtiyati haciz kararının bulunması, ihtiyati haczin herhangi bir nedenle kendiliğinden kalkması veya itiraz üzerine kaldırılması ya da açılan istihkak davasının davacı taraf lehine sonuçlanması, davacının ihtiyati haczin uygun sonucu olarak maddi bir zararının meydana geldiğinin kanıtlanması yeterlidir..."

B. Uluslararası Hukuk

35. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında kişilerin diğer özel kişilerden olan alacaklarına kavuşmaları için bir icra sisteminin

kurulması ve işletilmesi devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri kapsamında incelenmiştir (*Fuklev/Ukrayna*, B. No: 71186/01, 7/6/2005; §§ 88-93; *Zuzane/Letonya* (k.k.), B. No: 33674/02, 21/5/2013, §§ 62-66; *Dimitrova ve diğerleri/Bulgaristan* (k.k.), B. No: 54833/07, 3/11/2016, §§ 26-41).

36. AİHM, mülkiyet hakkı bağlamında yargılamanın makul bir sürede sonuçlanmadığına ilişkin iddia ve şikâyetleri -ister bir suç isnadı isterse de bir medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin olsun- yargılama sırasında uygulanan tedbirlerin mülkiyet hakkına etkileri kapsamında değerlendirmektedir. AİHM ayrıca mülkiyeti sınırlandıran tedbirlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) 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*, B. No: 12954/87, 22/2/1994, § 33; *Borzhonov/Rusya*, B. No: 18274/04, 22/1/2009, § 61; *Jucys/Litvanya,* B. No: 5457/03, 8/1/2008, § 36).

37. *Poiss/Avusturya* (B. No: 9816/82, 23/4/1987) kararında, başvurucunun taşınmazını geçici olarak kullanmasının ve taşınmazı üzerinde tasarruf etmesinin önüne geçen bir tedbirin uygulanması mülkiyet hakkına müdahale olarak görülmüştür. AİHM, başvuruyu mülkiyetten barışçıl yararlanmaya ilişkin birinci kural çerçevesinde incelemiş ve müdahaleye konu tedbirin yirmi dört yıldır devam etmiş olduğuna dikkat çekerek başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir (*Poiss/Avusturya,* §§ 61-70).

38. Diğer taraftan *Köktepe/Türkiye* (B. No: 35785/03, 22/7/2008) kararında, taşınmazın tapu kaydına konulan şerhin mülkiyet hakkına etkisi ayrıntılı olarak tartışılmıştır. AİHM; derece mahkemelerinin anayasal gerekçelerle başvurucunun mülkünün bir bölümüne tahdit getirdiği, bu mahrumiyetin doğanın ve çevrenin korunması şeklindeki kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunduğu, dolayısıyla hukuka aykırı ve keyfî hiçbir işlem bulunmadığını kabul etmiştir. AİHM, başvurucunun taşınmazı 1993 yılında iyi niyetle edindiğini de vurgulamıştır. Mülkiyet hakkına yapılan bu müdahaleye karşın iç hukukta etkin bir tazminat yolunun mevcut olmadığı ise kararda özellikle belirtilmiştir. AİHM, başvurucunun mülkiyet hakkından yararlanmasının engellenmesine rağmen bir tazminat ödenmemiş olması nedeniyle kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunmasının gereklilikleri arasındaki adil dengenin bozulduğu sonucuna

varmıştır. Bu doğrultuda başvurucunun şahsi olarak olağan dışı ve aşırı bir yüke katlanmış olduğu kanaatiyle başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (*Köktepe/Türkiye*, §§ 67-93).

39. Son olarak *Joannou/Türkiye* (B. No: 53240/14, 12/12/2017) kararında ise herhangi bir tedbir uygulanmasa dahi mülkiyet hakkını ilgilendiren bir sürecin belirsizliğe yol açacak şekilde makul olmayan bir süre devam etmesi mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale olarak görülmüştür (*Joannou/Türkiye,* §§ 88-106). AİHM mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri bağlamında kamu makamlarının zamanında, makul ve uygun bir biçimde hareket etme yükümlülüğü olduğuna işaret etmiştir (*Joannou/Türkiye,* § 90).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

40. Mahkemenin 25/10/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

41. Başvurucular, makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

42. Bireysel başvurular sonrasında 31/7/2018 tarihli ve 30495 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 25/7/2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'a geçici madde eklenmiştir.

43. 6384 sayılı Kanun'a eklenen geçici maddeye göre yargılamaların uzun sürmesi, yargı kararlarının geç veya eksik icra edilmesi ya da icra edilmemesi şikâyetiyle Anayasa Mahkemesine yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan bireysel başvuruların başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığı (Tazminat Komisyonu) tarafından incelenmesi öngörülmüştür.

44. Anayasa Mahkemesi, yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı ya da yargı kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla 31/7/2018 tarihinden önce gerçekleştirilen bireysel başvurulara

ilişkin olarak Tazminat Komisyonuna başvuru imkânının getirilmesine ilişkin mevzuata önceki içtihadında yer vermiştir (*Ferat Yüksel*, §§ 11-14).

45. *Ferat Yüksel* kararında Anayasa Mahkemesi yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı ya da yargı kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla 31/7/2018 tarihinden önce gerçekleştirilen bireysel başvurulara ilişkin olarak Tazminat Komisyonuna başvuru imkânının getirilmesine ilişkin yolu ulaşılabilir olma, başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesinin bulunup bulunmadığı yönlerinden inceleyerek bu yolun etkililiğini tartışmıştır (*Ferat Yüksel*, § 26).

46. *Ferat Yüksel* kararında özetle anılan başvuru yolunun kişileri mali külfet altına sokmaması ve başvuruda kolaylık sağlaması nedenleriyle ulaşılabilir olduğu, düzenleniş şekli itibarıyla ihlal iddialarına makul bir başarı şansı sunma kapasitesinden mahrum olmadığı ve tazminat ödenmesine imkân tanıması ve/veya bu mümkün olmadığında başka türlü telafi olanakları sunması nedenleriyle potansiyel olarak yeterli giderim sağlama imkânına sahip olduğu hususunda değerlendirmelerde bulunulmuştur (*Ferat Yüksel*, §§ 27-34). Bu gerekçeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi, ilk bakışta ulaşılabilir olan ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görülen Tazminat Komisyonuna başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun *ikincil niteliği* ile bağdaşmayacağı sonucuna vararak başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir (*Ferat Yüksel*, §§ 35, 36).

47. Mevcut başvuruda söz konusu karardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

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

B. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

49. Başvurucular, davalı sıfatıyla yer aldıkları tasarrufun iptali davasında davacının talebi üzerine İzmir 10. Asliye Hukuk Mahkemesince İzmir'in Urla ilçesine bağlı Bademler köyünde bulunan 153 ada 2 parsel sayılı taşınmazda mevcut 2/32 arsa paylı 3 numaralı bağımsız bölümün tapu kaydına haksız ve hukuka aykırı olarak ihtiyati haciz konulduğunu belirtmişlerdir.

Başvurucular ayrıca ihtiyati haciz kararı verilmesinden bu yana yaklaşık yedi yıl gibi bir süre geçmesi karşısında uygulanan ihtiyati haczin tedbirden çok bir cezaya dönüştüğünü ifade etmişlerdir. Başvuruculara göre davacıların ihtiyati haciz konulan taşınmaz dışında alacaklarını tahsil edebilmek için yeterli teminatları mevcuttur. Dolayısıyla başvurucular, ihtiyati haciz kararı konulmasının gerekli olmadığını iddia etmişlerdir.Başvurucular, konulan ihtiyati haciz sebebiyle mülklerini kullanamadıklarını ve bu taşınmazla ilgili hiçbir tasarrufta bulunamadıklarını belirtmişlerdir. Başvurucular sonuç olarak taşınmaza ihtiyati haciz konulması ve bu sürecin uzaması nedeniyle mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

1. Başvurucu Hesna Funda Baltalı'nın Şikâyeti Yönünden

50. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *"Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar"* kenar başlıklı 46. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca bireysel başvuru, ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.

51. Buna 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, bunların sonucunda başvurucunun kendisinin *mağdur* olduğunu ileri sürmesidir (*Onur Doğanay,* B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 42).

52. Bir başvurunun kabul edilebilmesi için başvurucunun sadece mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayıp ihlalden doğrudan etkilendiğini yani mağdur olduğunu göstermesi veya mağdur olduğu konusunda Anayasa Mahkemesini ikna etmesi gerekir. Bu itibarla mağdur olduğu zannı veya şüphesi de mağdurluk statüsünün varlığı için yeterli değildir (*Ayşe Hülya Potur*, B. No: 2013/8479, 6/2/2014, § 24).

53. Somut olayda ise başvuru formunda, tasarrufun iptali davasına konu taşınmaz ile ilgili olarak verilen ihtiyati haciz kararından yakınılmaktadır. Bu davanın konusu ise İzmir'in Urla ilçesine bağlı Bademler köyünde bulunan

153 ada 2 parsel sayılı taşınmazda başvurucu Şirket adına tapuda kayıtlı olan 2/32 arsa paylı 3 numaralı bağımsız bölümdür. İhtiyati haciz kararının da 10/7/2008 tarihinde söz konusu taşınmaza ilişkin olarak verildiği görülmektedir. Bu durumda mülkiyet hakkının ihlali iddiasına konu ihtiyati haciz konulan taşınmaz tapuda başvurucu Hesna Funda Baltalı adına kayıtlı olmayıp diğer başvurucu Şirket adına tescillidir. Başvurucu Hesna Funda Baltalı ise söz konusu taşınmazın önceki malikidir. Bu başvurucunun mülkiyet hakkının ihlali iddiasına konu ihtiyati haciz kararı bakımından *kişisel olarak doğrudan* ve *güncel bir hakkının* etkilenmediği anlaşıldığından, mülkiyet hakkının ihlali iddiası yönünden başvurucu Hesna Funda Baltalı'nın mağdur sıfatı bulunmamaktadır.

54. Açıklanan gerekçelerle başvurucu Hesna Funda Baltalı'nın mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası yönünden başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Başvurucu Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.nin Şikâyeti Yönünden

a. İhtiyati Haczin Konulmasına İlişkin Şikâyet

55. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında bireysel başvuruda bulunulmadan önce ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan 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).

56. 2004 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesine göre gerek ihtiyati haciz kararının verildiği ve gerekse de başvuru tarihi itibarıyla yürürlükte olan aynı Kanun'un 265. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca itiraz üzerine mahkemece verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir (bkz. §§ 26, 29, 33). Somut olayda başvurucu ihtiyati haciz kararının haksız ve hukuka aykırı olarak verildiğini ileri sürmekte ise de anılan kanun hükmüne göre başvurucunun bu iddialarını temyiz aşamasında dile getirebileceği açıktır.

Dolayısıyla somut olayda başvurucu, iddialarını ileri sürebileceği temyiz olağan kanun yolunu tüketmeksizin bireysel başvuruda bulunmuştur.

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

b. İhtiyati Haciz Sürecinin Makul Sürede Sonuçlanmadığına İlişkin Şikâyet

i. Kabul Edilebilirlik Yönünden

58. Somut olayda başvurucu, ihtiyati haciz sürecinin altı yılı aşkın bir süreden beri devam ediyor olmasından şikâyet etmektedir. Bu durumda başvurucunun bu şikâyetinin incelenebileceği, etkili ve objektif olarak sonuç alabileceği bir başvuru yolunun bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir.

59. Başvuru yollarının tüketilmesi gereğinden söz edilebilmesi için öncelikle hukuk sisteminde, hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin başvurabileceği idari veya yargısal bir hukuki yolun öngörülmüş olması gerekmektedir. Ayrıca bu hukuki yolun iddia edilen ihlalin sonuçlarını giderici, etkili ve başvurucu açısından makul bir çabayla ulaşılabilir nitelikte olması ve sadece kâğıt üzerinde kalmayıp fiilen de işlerliğe sahip bulunması gerekmektedir. Olmayan bir hukuki yolun tüketilmesi başvurucudan beklenemeyeceği gibi hukuken veya fiilen etkisi bulunmayan, ihlalin sonuçlarını düzeltici bir vasıf taşımayan veya aşırı ve olağan olmayan birtakım şeklî koşulların öngörülmesi nedeniyle fiilen erişilebilir ve kullanılabilir olmaktan uzaklaşan başvuru yollarının tüketilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır (*Fatma Yıldırım*, B. No: 2014/6577, 16/2/2017, § 39).

60. 2004 sayılı Kanun'un 259. maddesinde, borçlu ve üçüncü kişinin ihtiyati haczin haksız çıkması hâlinde uğradığı zararların tazmini için ihtiyati haciz isteyen alacaklı aleyhine dava açabileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre açılacak dava sonucunda tazminata hükmedilebilmesi için haciz talep edenin haksız çıkması ve hacizden dolayı bir zararının doğmuş olması gerekmektedir. Ancak ihtiyati haciz talebinin haksız çıkması koşuluna bağlı olarak açılabilecek bu davanın ihtiyati hacze ilişkin bütün zararların giderimini kapsamadığı görülmektedir. Ayrıca bu davanın yalnızca ihtiyati haciz talep edenin sorumluluğu ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır (bkz. § 34).

61. Diğer taraftan alacaklı taraf aleyhine açılabilecek böyle bir dava, ihtiyati haciz süreci ile ilgili mülkiyet hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüklerinin bir unsuru olarak değerlendirilmelidir. Buna göre müdahalenin mülkiyet hakkının korunması için gerekli diğer ölçütlerin de yerine getirilip getirilmediği dikkate alınmak suretiyle uygulanan sürecin bütün yönleriyle birlikte incelenmesi zorunludur. Somut olay bakımından da başvuruya konu olayda uygulanan usulün bütünü gözetilerek şikâyet edilen ihtiyati haciz süreci kapsamında Anayasa'nın 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının korunması için gerekli bütün tedbirlerin alınıp alınmadığı incelenmelidir.

62. Başvuru konusu olayda yukarıda değinildiği üzere 2004 sayılı Kanun'un 259. maddesinde öngörülen tazminat davası, yalnızca yargılama sonunda lehine tedbir konulan tarafın haksız çıkması durumunda açılabilecek bir başvuru yolu olduğundan -somut olay bakımından- iddia edilen ihlalin sonuçlarını giderici ve etkili bir yol olarak görülmemiştir.

63. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, yargılamanın henüz sonuçlanmamış olduğunu dikkate almaktadır. Dolayısıyla gerek yargılamanın devam ediyor olması gerekse de bireysel başvurunun ikincil doğası gereği ihtiyati tedbir uygulanmasının haklı veya adil olup olmadığıyla ilgili bir değerlendirme yapılması söz konusu değildir. Bununla birlikte başvurucunun ihtiyati tedbirin uzun bir süre devam ediyor olmasının mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığı yönündeki iddiası, yargılamanın sonucuna bağlı bir iddia niteliği taşımamaktadır. Dolayısıyla başvurucunun belirtilen bu şikâyeti ile ilgili olarak etkili bir başvuru yolunun mevcut olmadığı da gözetildiğinde 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.

ii. Esas Yönünden

64. 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."

65. 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."

66. 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, haksız ve hukuka aykırı olarak ihtiyati haciz kararı verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de başvurucunun temel iddiasının ihtiyati haciz kararı verilmesi ve bu sürecin uzun sürmesi üzerine mülkiyetinden yararlanma ve tasarruf etme yetkisinin kısıtlanması nedeniyle mülkiyet hakkı ile ilgili olduğu anlaşılmış; başvurucunun bu iddiasının bir bütün hâlinde mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

67. Başvuruya konu ihtiyati haciz konulan taşınmazın başvurucu adına tapuda kayıtlı olduğu anlaşıldığından başvurucunun taşınmazının ekonomik değer ifade eden bir mülk teşkil ettiği hususu tartışmadan varestedir.

(1) Genel İlkeler

68. Başvuru konusu olayda özel kişiler arasındaki borç ilişkisi nedeniyle alacaklının alacağının zamanında ödenmesinin teminat altına alınması amacıyla borçlunun taşınmazı üzerindeki tasarruf yetkisinin bir mahkeme kararına dayalı olarak geçici şekilde kısıtlanması söz konusudur. Buna göre başvurucunun mülkiyet hakkına yönelik olarak kamu makamlarınca doğrudan yapılan bir müdahale mevcut değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kararında kimi durumlarda özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda dahi devlete düşen pozitif yükümlülükler olduğunu kabul etmiştir (*Türkiye Emekliler Derneği*, B. No: 2012/1035, 17/7/2014, § 34; *Eyyüp Boynukara*, B. No: 2013/7842, 17/2/2016, §§ 39-41; *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri A.Ş.*, B. No: 2014/8649, 15/2/2017, § 44; *Selahattin Turan*, B. No: 2014/11410, 22/6/2017, §§ 36-41).

69. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkının gerçekten ve etkili bir şekilde korunabilmesi yalnızca devletin müdahaleden kaçınmasına bağlı değildir.Anayasa'nın 5. ve 35. maddeleri uyarınca devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu pozitif yükümlülükler kimi durumlarda özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere mülkiyet hakkının korunması için belirli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir (*Eyyüp Boynukara*, §§ 39-41; *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri A.Ş.*, § 44).

70. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bazı durumlarda devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin birbirinden ayrılması da mümkün olamamaktadır. Üstelik devletin ister pozitif isterse de negatif yükümlülükleri söz konusu olsun, uygulanacak ilkeler de çoğunlukla önemli ölçüde benzeşmektedir.

71. Anayasa'nın 5. ve 35. maddeleri uyarınca devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde -özel kişiler arası uyuşmazlıklar ile ilgili olsun ya da olmasın- yargı kararlarının uygulanması ve kişilerin alacaklarına kavuşması bakımından etkili bir icra sistemi kurma sorumluluğu bulunmaktadır. Özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri, karşılıklı hak ve menfaatler dengesine dayanmaktadır. Alacakların icrasına ilişkin süreç bakımından da durum böyledir. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da ifade edildiği üzere *icra edilebilir nitelikteki alacak hakları* da Anayasa'nın 35. maddesine göre mülkiyet hakkının kapsamındadır. Dolayısıyla bir tarafta alacaklının mülkiyet hakkı kapsamında bulunan bir *alacak* söz konusudur. Diğer tarafta ise alacaklının bu alacağa kavuşması için, borçlunun haczedilerek satılması öngörülen, mülkiyet hakkı kapsamındaki *mal varlığı* bulunmaktadır.

72. Devlet bu sistemi kurarken gerek alacaklının gerekse de borçlu ve diğer ilgili üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini gözetmek, kişilerin mülkiyet haklarının korunması için gerekli tedbirleri almak durumundadır. Buna göre bir yandan alacaklının mülkiyet hakkında bulunan alacağına kavuşması için etkin bir icra yolunun oluşturulması, diğer yandan da icradan etkilenen borçlu ve diğer ilgili kişilere, mülkiyet haklarına yapılan müdahalelerin keyfî veya hukuka aykırı olduğunu ileri sürebilmeleri için etkin biçimde itiraz edebilme olanağının tanınması gerekmektedir.

73. Diğer taraftan mülkiyet hakkını sınırlandıran bir tedbirin uygulanmasının ölçülü olabilmesi için gerek kapsamı gerekse de süresi itibarıyla orantılı olarak uygulanması gerekir. Bireylerin mülkiyet haklarıyla ilgili olarak bu ve benzeri tedbirlerin uygulanmasının zarara yol açması kaçınılmazdır. Ancak bu zararın kaçınılmaz olandan ağır veya aşırı sonuçlara da yol açmaması veya böyle bir zararın oluşması durumunda kamu makamlarınca uygun yöntem ve vasıtalarla makul sürede gideriminin sağlanması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirler uygulanması ve bu tedbirlerin belirli bir süre de devam etmesi ancak bireye şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemediği takdirde ölçülü görülebilir. Diğer bir deyişle mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirlerin söz konusu olduğu durumlarda tedbiri uygulayan kamu makamlarının ivedi olarak ve özenli bir biçimde davranma yükümlülükleri bulunmaktadır. Aksi hâlde yani tedbirin makul olmayan bir süre devam etmesi, mülkiyet hakkının tanındığı yetkilerin kullanılmasının belirsiz olacak şekilde ötelenmesi suretiyle mülk sahibine orantısız bir külfet yüklemiş olur.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

74. Somut olay bağlamında kanun koyucu, 2004 sayılı Kanun'u düzenleyerek bir yandan alacaklının alacağına geç olmadan ve parasının değerini kaybetmeden kavuşabilmesi için diğer yandan da borçlunun hak ve menfaatlerinin gözetildiği bir sistem kurmayı amaçlamıştır. Bu Kanun'da alacakların icrası ve ilamların yerine getirilmesi için icra ve iflas daireleri ile icra mahkemelerinin kurulması ve böylelikle icra sürecinin devletin gözetimi ve sorumluluğu altında işlemesi öngörülmüştür. Kanun ile, alacaklının talebi üzerine başlatılacak icra takibinde icra müdürlüğü aracılığıyla borçlunun mallarının haczedilmesi ve haczedilen malların satılarak paraya çevrilmesi neticesinde alacaklının alacağına kavuşmasına imkân tanınmıştır. Borçluya ise yapılan bu işlemlere karşı çeşitli itiraz ve dava açma yolları tanınmıştır.

75. Yargıtay içtihadında, ihtiyati haciz özetle alacaklının para alacağının zamanında ödenmesini teminat altına almak için borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisinin bir mahkeme kararına dayalı olarak icra müdürlüğünce geçici olarak kısıtlanması olarak tanımlanmaktadır (bkz. § 33). Bu kararlarda alacaklının alacak konusu paraya nihai süreç sonunda kavuşabilmesini sağlayacak olan takibin teminat altına alınması amacıyla konulan ihtiyati haczin geçici bir hukuki koruma tedbiri olduğu ifade

edilmektedir. Böylece ihtiyati haciz yoluyla borçlunun mevcut veya müstakbel icra takibini etkisiz ve başarısız kılmaya yönelik davranışlarına engel olunmaya çalışılmaktadır. İhtiyati haciz tedbiri, kural olarak borçlunun paraya çevrilebilecek mal varlığına yöneliktir.

76. Taşınmazın tapu kaydına mahkeme tarafından ihtiyati haciz şerhi konulmasıyla başvurucu mülkünden -mevcut aşama itibarıyla- yoksun bırakılmamıştır. Ayrıca taşınmaza fiilen el atılmadığı, başvurucunun taşınmazı fiilen kullanması ve yararlanması yönünde herhangi bir engelin de bulunmadığı görülmektedir. Bunun yanında tedbirin yalnızca uyuşmazlığa konu taşınmaz ile sınırlı olarak uygulandığı da dikkate alınmalıdır. Ancak bu tedbir şerhi nedeniyle başvurucunun taşınmazı ile ilgili ekonomik ve hukuki tasarruflarda bulunması önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Üstelik söz konusu sınırlandırmanın taşınmazın değeri üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunduğu da açıktır.

77. Başvurucu esas itibarıyla tasarrufun iptali davasına konu icra takibinin asıl borçlusu değildir. Bununla birlikte alacaklı taraf, borçlunun alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla uyuşmazlık konusu taşınmazı başvurucuya sattığını iddia ederek tasarrufun iptali davasını açmıştır (bkz. §§ 16, 17). Mahkeme ise söz konusu davada 2004 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerini gözeterek ve ihtiyati hacze ilişkin aynı Kanun'daki hükümler doğrultusunda davanın ve takibin sonuçsuz kalmaması için başvurucunun taşınmazına ihtiyati haciz konulmasına karar vermiştir (bkz. §§ 18-21). Dolayısıyla ihtiyati haczin alacaklının mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının korunması yönündeki meşru amaç doğrultusunda belirli, öngörülebilir ve ulaşılabilir mahiyetteki kanun hükümlerine dayalı olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan başvurucuya, uygulanan ihtiyati hacze etkin bir biçimde itiraz edebilme olanağının tanındığı da görülmektedir.

78. Dava konusu mal varlığı değerine ihtiyati haciz konulmasının esas amacı, alacaklının para alacağının zamanında ödenmesini güvence altına almaktır. Buna göre somut başvuruya konu davada yalnızca dava konusu taşınmaz ile sınırlı olarak ve alacağın güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlayacak şekilde ihtiyati haciz şerhi konulmasının kamu makamlarının takdir yetkisi kapsamında kaldığı değerlendirilmektedir. Ancak başvuru konusu olayda başvurucunun taşınmazının tapu kaydına konulan ihtiyati haciz şerhinin 10/7/2008

tarihinden bu yana yaklaşık 10 yıl 3 aydır devam ettiği görülmekte olup süreç bir bütün olarak dikkate alındığında bu sürenin makul olmadığı kuşkusuzdur.

79. Bu itibarla muhtemel bir alacağın güvence altına alınarak etkisizleşmesinin önüne geçilmesi amacıyla ihtiyaç duyulan tedbirlerin alınması ve bu tedbirler kapsamında -somut olayda olduğu gibi- devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde taşınmaz üzerinde belirli bir süreyle hukuki tasarruflarda bulunulmasının sınırlandırılması bakımından geniş bir takdir yetkisi mevcut ise de bu tedbirlerin uygulanmasının mülk sahibine kaçınılmaz olandan aşırı bir külfet de yüklememesi gerekmektedir. Bu doğrultuda hukuki ilişkinin diğer tarafının haklarını korumak için tedbiri uygulayan kamu makamlarının söz konusu tedbirin başvurucunun mülkiyet hakkına etkilerini de gözetmesi ve ölçüsüz bir müdahaleye yol açmaması gerekmektedir.

80. Somut olayda ise başvurucunun taşınmazı ile ilgili olarak uygulanan ihtiyati haczin yaklaşık on yılı aşkın bir süredir devam etmesinin mülkiyet hakkı sınırlandırılan başvurucuyu -bu sürenin uzunluğu dikkate alındığında- makul olandan daha fazla bir zarara uğrattığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen başvurucunun kamu makamlarının kusuruna dayalı olarak tedbirin uzun sürmesi nedeniyle uğradığı söz konusu zararın giderimine ilişkin herhangi bir hukuk yolu mevcut değildir. Dolayısıyla başvurucunun taşınmazı üzerinde hukuki tasarruflarda bulunmasını sınırlandıran başvuruya konu ihtiyati haciz şerhinin yaklaşık on yılı aşkın bir süreden beri devam ettiği, başvurucunun bu yüzden doğan zararının ise giderilmediği gözetildiğinde uygulanan tedbirin başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği anlaşılmaktadır. Bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin olarak somut olay bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerinin tam ve etkin bir biçimde yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır.

81. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

82. 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."

83. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

84. Buna göre bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan,* § 55).

85. Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederken idarenin, yargısal makamların veya yasama organının yerine geçerek işlem tesis edemez. Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederek gerekli işlemlerin tesis edilmesi için kararı ilgili mercilere gönderir (*Mehmet Doğan,* § 56).

86. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. Buna göre ihlal idari eylem ve işlemler, yargısal işlemler veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır (*Mehmet Doğan,* § 57).

87. Başvurucular, ihtiyati haciz kararının kaldırılması talebinde bulunmuş olup maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmamıştır.

88. Anayasa Mahkemesi, ihtiyati haczin uygulanmasının makul bir süreyi aşması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Somut başvuruda bu sebeple ihlalin, yargı kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

89. Başvurucu haczin kaldırılmasını talep etmekle birlikte somut olay bakımından ihtiyati haczin uygulanması ile ilgili şikâyet yönünden başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Dolayısıyla ihtiyati haciz sürecinin makul bir sürede sonuçlanmadığı tespit edilerek mülkiyet hakkının ihlaline karar verildiği gözetildiğinde üçüncü bir kişinin de hakkını etkileyecek şekilde ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilmesi mümkün bulunmamaktadır. Buna göre Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı ihtiyati haczin kaldırılmasını gerektirmemektedir.

90. Sonuç olarak başvuru konusu olayda ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından etkin giderim yolu tazminat olarak görülmektedir. Ancak başvurucu maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmamıştır. Bu sebeple ihlalin tespitiyle yetinilmesine ve bilgilendirilmesi amacıyla kararın bir örneğinin İzmir 10. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

91. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin başvuruculara müşterek olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın başvurucu Hesna Funda Baltalı yönünden *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın başvurucu Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.nin ihtiyati haczin konulması yönünden *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın başvurucu Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.nin ihtiyati haczin makul sürede sonuçlanmadığı yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

D. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve 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,

E. Kararın bir örneğinin İzmir 10. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2007/257) GÖNDERİLMESİNE,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/10/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ŞEVKET KARATAŞ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/12554)

Karar Tarihi: 25/10/2018

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	**:** Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	**:** Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	**:** Engin YILDIRIM
Üyeler	**:** Serdar ÖZGÜLDÜR
	Serruh KALELİ
	Recep KÖMÜRCÜ
	Hicabi DURSUN
	Muammer TOPAL
	M. Emin KUZ
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Kadir ÖZKAYA
	Recai AKYEL
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	**:** M. Emin ŞAHİNER
Başvurucu	**:** Şevket KARATAŞ
Vekili	**:** Av. İrfan OGUR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, arsa vasfını haiz taşınmazın bir bölümü üzerinden kamulaştırma yapılmaksızın enerji nakil hattı geçirilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 28/7/2015 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.

6. Birinci Bölüm tarafından 27/6/2018 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

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

8. Başvurucu 1953 doğumlu olup Şanlıurfa'nın Hilvan ilçesinde ikamet etmektedir.

9. Şanlıurfa ili Hilvan ilçesi Karacurun Mahallesi'nde bulunan ve toplam büyüklüğü 64.075 m^2 olan 109 ada 63 parsel sayılı arsa niteliğindeki taşınmaz tapuda başvurucu adına kayıtlıdır. Bu taşınmazın 7.204,69 m^2 yüz ölçümlü kısmının üzerinden kamulaştırma yapılmaksızın Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.ye bağlı olan Dicle Elektrik Dağıtım A.Ş. (DEDAŞ) tarafından 1985 yılında enerji nakil hattı geçirilmiş ve bu kısma elektrik direği de dikilmiştir.

10. Başvurucu tarafından 12/5/2011 tarihinde Hilvan Asliye Hukuk Mahkemesinde (Mahkeme) DEDAŞ aleyhine kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davası açılmıştır. Başvurucu, dava dilekçesinde; taşınmazın enerji nakil hattının altında kalan kısmı yönünden tam bedelinin, diğer kısmı yönünden ise el atma nedeniyle taşınmazın değerinde meydana gelen azalmanın tazminat olarak hesaplanmasını talep etmiştir. Dilekçede, taşınmazın enerji nakil hatları altında kalan kısmı üzerinde ilgili mevzuat uyarınca inşaat yapılmasının mümkün olmaması nedeniyle bu kısmın tam bedelinin ödenmesi gerektiği belirtilmiştir.

11. Davalı ise savunmasında, tazminata hükmedilmesi gerekiyorsa bunun enerji nakil hattının koruma bandı altında kalan bölümünün mülkiyet bedeli üzerinden değil irtifak hakkı bedeli üzerinden hesaplanması gerektiğini ileri sürmüştür.

12. Mahkemece Hilvan Belediyesinden enerji nakil hattı altında kalan yerlere yapılaşma izni verilmesinin mümkün olup olmadığı sorulmuş; gelen cevap yazısında, ilgili mevzuat uyarınca bu alanlara yapılaşma izni verilmesinin mümkün olmadığı ve buraların yol, park veya yeşil alan olarak ayrılması gerektiği ifade edilmiştir.

13. Mahkeme 2/12/2011 tarihinde uzman bilirkişilerle mahallinde keşif yapmıştır. İnşaat mühendisi iki bilirkişi tarafından hazırlanan raporda öncelikle emsal alınması gereken satış bedeli tespit edilmeye çalışılmıştır.

14. Bilirkişi raporunda özetle;

i. Emsal teşkil ettiği değerlendirilen taşınmazın daha gelişmiş bir mahallede bulunması, şehir merkezine daha yakın bir mesafede olması ve konut alanının içinde yer alması, emsal taşınmazın piyasada gördüğü rağbet ve satış kabiliyeti hususları dikkate alınarak başvurucunun taşınmazının değerinin emsal taşınmaza nazaran 2,2 kat daha az olduğu kanaati açıklanmıştır.

ii. Taşınmazın bir bölümü üzerinden enerji nakil hattının geçmesi nedeniyle doğabilecek yaşamsal, muhtemel tehlikelere ve tesislerin bakım ile onarımı sırasında oluşabilecek muhtemel kazaların artacağı gerçeğine bağlı olarak taşınmaza olan talebin düşeceği belirtilmiştir.

iii. Yüksek gerilimin muhtemel tehlikesinden dolayı taşınmaz üzerinde inşaat yapılmasının çevredeki diğer taşınmazlara göre gecikebileceği ve yapılacak yapıların geri dönüşüm riskinin artacağı hususları gözönünde bulundurularak el atma nedeniyle taşınmazın değerinin toplam %5,5 oranında azaldığı sonucuna ulaşılmıştır.

iv. Sonuç olarak taşınmazda yer alan 9 m^2lik pilon yeri için 955,71 TL pilon yeri bedeli hesaplanmış, ardından toplam 64.075 m^2 büyüklüğünde olan taşınmazın pilon yeri olan toplam 9 m^2lik bölümü dışında kalan 64.066 m^2sinin el atma nedeniyle değerinde meydana gelen azalma dikkate alınarak, ödenmesi gereken tazminat 374.174,27 TL olarak belirlenmiştir.

15. Mahkeme tarafından 18/9/2012 tarihinde verilen kararla, bilirkişi raporunda belirlenen 374.174,27 TL ile pilon yeri bedeli olan 955,71 TL'den oluşan toplam 375.129,98 TL tazminata hükmedilmiş; taşınmazın enerji nakil hattı koruma bandı altında kalan 7.204,69 m^2lik kısmı üzerinde idare adına daimi irtifak hakkı tesis edilerek tapuya tescil edilmesine karar verilmiştir. Mahkeme ayrıca, söz konusu bir adet 9 m^2lik direk yerinin tapusunun iptali ile yeni parsel numaraları verilerek kullanım hakkının idare adına tapuya tescil edilmesine karar vermiştir. Kararda, taşınmazın enerji nakil hattı geçirilen bölümü üzerinde irtifak hakkı tesisinin amaca ulaşmak bakımından yeterli olduğu ve 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinin son fıkrası uyarınca, kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesis edilen durumlarda taşınmazın değerinde meydana gelen düşüklüğün kamulaştırma bedeli olduğu belirtilerek tazminat miktarının irtifak değeri üzerinden hesaplanmasının gerekçesi açıklanmıştır.

16. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 5. Hukuk Dairesi (Daire) 13/5/2013 tarihli kararıyla; dava konusu taşınmazın geometrik durumu, yüz ölçümü, henüz parsellenmemiş arsa niteliğinde olması ve enerji nakil hattının güzergâhı dikkate alınarak irtifak hakkı nedeniyle değer düşüklüğü oranının taşınmazın tüm değerinin %2,5'ini geçemeyeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Anılan karara karşı başvurucu tarafından yapılan karar düzeltme istemi de Dairenin 24/2/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

17. Bozma kararına uyularak yapılan yargılamada Daire kararı doğrultusunda yeni bir bilirkişi raporu alınmış ve bilirkişilerce yeniden yapılan hesaplama sonucu idari irtifak bedeli 171.034,92 TL (955,71 TL direk yeri bedeli+170.079,21 TL irtifak hakkı bedeli) olarak belirlenmiş, taşınmazın enerji nakil hattı koruma bandı altında kalan 7.204,69 m^2lik kısmı üzerinde idare adına daimi irtifak hakkı tesis edilerek tapuya tescil edilmesine karar verilmiştir. Mahkeme ayrıca, söz konusu 1 adet 9 m^2lik direk yerinin tapusunun iptali ile direk yerine yeni parsel numaraları verilerek kullanım hakkının idare adına tapuya tescil edilmesine karar vermiştir.

18. Mahkeme kararı Dairenin 20/1/2015 tarihli kararıyla onanmış, karar düzeltme istemi de 16/6/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Nihai karar 9/7/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

19. Başvurucu 28/7/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

20. 2942 sayılı Kanun'un *"Kamulaştırma şartları"* kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"İdareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya aşağıda belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler.

Bakanlar Kurulunca kabul olunan, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskan projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla yapılacak kamulaştırmalarda, bir gerçek veya özel hukuk tüzelkişisine ödenecek kamulaştırma bedelinin o yıl Genel Bütçe Kanununda gösterilen miktarı, nakden ve peşin olarak ödenir. Bu miktar, kamulaştırma bedelinin altıda birinden az olamaz.

Bu miktarın üstünde olan kamulaştırma bedelleri, peşin ödeme miktarından az olmamak ve en fazla beş yıl içinde faiziyle birlikte ödenmek üzere eşit taksitlere bağlanır. Taksitlere, peşin ödeme gününü takip eden günden itibaren, Devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz haddi uygulanır.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanların bedeli, her halde peşin ödenir.

(Ek : 24/4/2001 - 4650/1 md.) İdarelerce yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemlerine başlanılamaz."

21. 2942 sayılı Kanun'un *"İrtifak hakkı kurulması"* kenar başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir."

22. 2942 sayılı Kanun'un *"Kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmaz malın idare adına tescili"* kenar başlıklı 10. maddesinin birinci ve sekizinci fıkraları şöyledir:

"Kamulaştırmanın satın alma usulü ile yapılamaması halinde idare, 7 nci maddeye göre topladığı bilgi ve belgelerle 8 inci madde uyarınca yaptırmış olduğu bedel tespiti ve bu hususlaki diğer bilgi ve belgeleri bir dilekçeye ekleyerek taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine müracaat eder ve taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitiyle, bu bedelin, peşin veya kamulaştırma 3 üncü maddenin ikinci fıkrasına göre yapılmış ise taksitle ödenmesi karşılığında, idare adına tesciline karar verilmesini ister.

Tarafların bedelde anlaşamamaları halinde gerektiğinde hâkim tarafından onbeş gün içinde sonuçlandırılmak üzere yeni bir bilirkişi kurulu tayin edilir ve hâkim, tarafların ve bilirkişilerin rapor veya raporları ile beyanlarından yararlanarak adil ve hakkaniyete uygun bir kamulaştırma bedeli tespit eder. Mahkemece tespit edilen bu bedel, taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkının kamulaştırılma bedelidir. Tarafların anlaşması halinde kamulaştırma bedeli olarak anlaşılan miktar peşin ve nakit olarak, hak sahibi adına bankaya yatırılır. "

23. 2942 sayılı Kanun'un *"Kamulaştırma bedelinin tespiti esasları"* kenar başlıklı 11. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları şöyledir:

"Taşınmaz malın değerinin tespitinde, kamulaştırmayı gerektiren imar ve hizmet teşebbüsünün sebep olacağı değer artışları ile ilerisi için düşünülen kullanma şekillerine göre getireceği kâr dikkate alınmaz.

Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir."

24. 2942 sayılı Kanun'un *"Dava hakkı"* kenar başlıklı 14. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından 10 uncu madde gereğince mahkemece yapılan tebligat gününden, kendilerine tebligat yapılamayanlara tebligat yerine geçmek üzere mahkemece gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal ve maddi hatalara karşı da adli yargıda düzeltim davası açılabilir."

B. Uluslararası Hukuk

25. 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."*

26. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kamulaştırmasız el atmanın, hukukilik ölçütü yönünden mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığını çeşitli kararlarında kabul etmiştir (*Papamichalopoulos ve diğerleri/Yunanistan*, B. No: 14556/89, 24/6/1993; *Guisso-Gallisay/İtalya* [BD], B. No: 58858/00, 22/12/2009; *Sarıca ve Dilaver/Türkiye*, B. No: 11765/05, 27/5/2010).

27. *Papamichalopoulos ve diğerleri/Yunanistan* kararına konu olayda başvurucunun taşınmazına donanma tarafından askerî bir üs yapılmak üzere kamulaştırma yapılmadan el atılmıştır. Başvurucunun mülkünün iadesi için açtığı dava ise kabul edilmiştir. AİHM, kamulaştırmasız el atmaya ilişkin süreçte giderimin sağlanmasına yönelik yeterli güvencelerin mevcut olmadığına işaret ederek müdahalenin başvuruculaların fiilî olarak mülklerinden yoksun bırakılması gibi ağır bir sonuca yol açtığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Papamichalopoulos ve diğerleri/Yunanistan,* §§ 37-46). Adil tazmin yönünden ise AİHM, *restitutio in integrum* ilkesinin gereği olarak taraf devletin taşınmazı aynen iade etmesine veya güncel değerinin ödenmesine karar vermiştir. AİHM, davalı devletin başvuruculaların taşınmazının otoriteler tarafından *gasp* edilmesi olarak nitelediği yirmi beş yıl süren kamulaştırmasız el atma nedeniyle oluşan fiilî zararlar ile mülkten yararlanamama dolayısıyla oluşan kayıplar için arazinin güncel değerine ek olarak yetkililer tarafından inşa edilen binadan kaynaklanan değer artışının da başvuruculara ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir (*Papamichalopoulos ve diğerleri/Yunanistan* [BD] [A.T.], B. No: 14556/89, 31/10/1995, §§ 34-40).

28. *Guisso-Gallisay/İtalya* (B. No: 58858/00, 8/12/2005) kararına konu olayda ise İtalyan hukukunda olağan usulün dışında farklı bir usulün uygulanarak idare tarafından başvurucunun taşınmazına el atılması söz konusudur. AİHM, başvurucu yararına tazminata hükmedilerek taşınmazına olağan usul uygulanmadan el atıldığını ve açtığı davada derece mahkemelerinin nihai kararı ile birlikte mülkünden yoksun bırakıldığını belirterek kararını sadece tam tazminat ödenmemesine dayandırmanın uygun olmadığını vurgulamıştır. AİHM, İtalya'da uygulanan ve el atmaya yol açan söz konusu usulün öngörülebilir olmadığını ve mülkiyet hakkının korunması bakımından yeterli güvenceler içermediğini belirtmiştir. AİHM'e göre bu usulün uygulanması kamu makamlarına olağan kamulaştırma usulünü gözardı etme imkânı tanımakta olup bu durum mülk sahipleri yönünden öngörülemez veya keyfî sonuçlara yol açmaktadır. Her durumda bu usulün benimsenmesinin hukuka aykırı olan fiilî bir durumun onaylanması anlamına geldiği özellikle vurgulanmıştır. AİHM bu sebeplerle uygulanan söz konusu mekanizmanın yeterli derecede hukuki belirlilik sağlayamadığına işaret etmiştir. AİHM sonuç olarak hukuka dayalı olmadığından mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlaline yol açtığı sonucuna varmıştır (*Guisso-Gallisay/İtalya,* §§ 82-97).

29. AİHM, adil tazmin yönünden ise başvurunun *Papamichalopoulos ve diğerleri/Yunanistan* kararından ayrılan yönlerine değinmiştir. Buna göre ilk olarak söz konusu başvurudan farklı olarak başvurucu yararına tazminata hükmedildiği, ayrıca ilk karara konu olaydan farklı olarak bildirilmiş bir kamu yararına dayalı belirli bir usulün söz konusu olduğu belirtilmiştir. Buna göre mülkten yoksun bırakma tarihi itibarıyla taşınmazın rayiç değerinin ve bu değerde oluşan değer kaybının giderilmesi gerektiği kabul edilmiştir (*Guisso-Gallisay/İtalya* [BD] [A.T.], B. No: 58858/00, 22/12/2009, §§ 102-107).

30. *Sarıca ve Dilaver/Türkiye* kararına konu olayda başvuruculaların taşınmazlarına askerî eğitim sahası olarak kamulaştırma yapılmaksızın el atılmıştır. Başvuruculaların miras bırakanı tarafından açılan kamulaştırmasız el atma davası kabul edilmiş ve başvurucular yararına tazminata hükmedilerek taşınmaz idare adına tescil edilmiştir. AİHM, derece mahkemelerinin tescil kararıyla birlikte mülkten yoksun bırakmanın gerçekleştiğini belirtmiştir. AİHM öncelikle kamulaştırmasız el atma uygulamasının taşınmazların maliki olarak kalan başvuruculara herhangi bir kamu yararı gerekçesi ile eylemini haklı kılmayan idareye karşı dava açmak zorunda bıraktığını vurgulamıştır. AİHM bu bağlamda derece mahkemelerince kamulaştırmasız el atmanın

tespit edilmesinin her durumda idare tarafından oluşturulmuş kanuna aykırı bir durumun hukuki olarak kabul edilmesine ve idarenin kanuna aykırı davranışından fayda sağlamasına imkân tanıdığını açıklamıştır. Buna göre kamulaştırmasız el atma uygulaması, idareye bir taşınmazı kullanma ve taşınmazın malikine önceden ödeme yapmadan devretme imkânı sağlamaktadır. Bunun sonucu olarak tazminat davası açması gereken ve bu sebeple haklarını ileri sürmek için yargılama masraflarından yükümlü olan ise başvuruculardır. Hâlbuki olağan kamulaştırmada süreç, satın alma usulünün başarısız olması durumunda ilke olarak yargılama masraflarından yükümlü olması gereken ve kamulaştırmayı yapan idare tarafından başlatılmaktadır (*Sarıca ve Dilaver/Türkiye*, §§ 38-44).

31. AİHM yukarıda belirtilenler ışığında, idareye resmî kamulaştırma kurallarının ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulamanın başvurucular yönünden öngörülemez ve keyfî sonuçlara yol açtığını belirtmiştir. AİHM'e göre söz konusu uygulama, yeterli derecede hukuki güvence sağlaması gereken ve yöntemince gerçekleştirilecek bir kamulaştırmanın alternatifini oluşturamaz. AİHM, somut olayda idarenin başvuranların taşınmazlarını resmî kamulaştırma kurallarına aykırı olarak ve kamulaştırma tazminatı ödemeden sahiplendiğini tespit etmiştir. AİHM bu bağlamda özellikle Türk hukukunda derece mahkemelerinin idarenin kamu yararı amacıyla kullandığı gerekçesine dayalı olarak başvuruculaların taşınmazlarından yoksun kaldıklarına hükmetmek suretiyle kamulaştırmasız el atma uygulamasını benimsediği eleştirisinde bulunmuştur. AİHM sonuç olarak Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen en yüksek gecikme faizi uygulamasının somut olayda uygulanmadığını da belirterek kamulaştırma yapılmaksızın taşınmaza el atılması yoluyla yapılan müdahalenin mülkiyet hakkını kanunilik boyutu yönünden ihlal ettiği sonucuna varmıştır (*Sarıca ve Dilaver/Türkiye*, §§ 45-52).

32. AİHM, ihlalin sonuçlarının giderilmesi çerçevesinde Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamında yaptığı değerlendirmede benzer ihlallere yol açılmaması için şu tedbirlerin uygulanması gerektiğine karar vermiştir:

i. İlk ve en önemli gereklilik, taşınmazlara, idare tarafından başından beri veya başlangıçta izin verilmiş olsa da, sonradan hukuka aykırı olarak yapılan el atmaların önüne geçilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasıdır.

ii. Bu bağlamda taşınmazların kullanılması, ancak kamulaştırma kararlarının ve projesinin hukuk kurallarına uygun olarak alınması

suretiyle haklı kılındığında ve ilgililere vakit kaybetmeden yeterli bir tazminat ödenmesini güvence altına alacak bir bütçe sağlandığında mülkiyetin korunmasının gerekliliklerine uygun olur.

iii. Bunlara ek olarak taraf devletin kamulaştırma kurallarına aykırı uygulamalara yol açılmaması için caydırıcı tedbirler alması ve bu uygulamaları yapanlara yaptırım uygulaması gerekir.

33. *Halil Göçmen/Türkiye* (B. No: 24883/07, 12/11/2013) kararına konu olayda başvurucunun taşınmazı ile ilgili olarak kamulaştırma kararı alınmış ancak kamulaştırma kararı tebliğ edilmeden taşınmaza idare tarafından el atılmıştır. Başvurucunun açtığı tazminat davası kabul edilmiştir. AİHM idarenin kamulaştırmayı düzenleyen kuralları dikkate almayarak başvurucunun taşınmazına el atması nedeniyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukuki dayanağının bulunmadığı kanaatine ulaşmış, ayrıca tazminata ilişkin yargılama sürecinde gerekli usule ilişkin güvencelerin de sağlanmadığını belirterek ihlal sonucuna varmıştır (*Halil Göçmen/Türkiye* §§ 23-43).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

34. Mahkemenin 25/10/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

35. Başvurucu taşınmazına kamulaştırmasız olarak el atıldığından yakınmış ve maliki olduğu taşınmazdan enerji nakil hattı geçirilmesi nedeniyle taşınmaz üzerinde inşaat yapabilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Başvurucuya göre taşınmazında yol açılan bu kısıtlama sebebiyle irtifak hakkı bedelinin değil taşınmazın tamamının bedelinin tazminat olarak ödenmesi gerekir. Başvurucu, bir bölümü üzerinden enerji nakil hattı geçirilmesinden dolayı taşınmazda meydana gelen değer azalmasının %2,5 olduğu yolundaki tespitin gerçeği yansıtmadığını ifade etmiştir. Başvurucu, tazminatın hesaplanmasında taşınmazın enerji nakil hattı geçirilen bölümünün tamamının bedeli ile diğer bölümünün değerinde meydana gelen azalmanın dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Başvurucu ayrıca taşınmazın değerinin emsal alınan taşınmaza göre 2,2 kat düşük olmayıp onunla aynı değerde olduğunu, dolayısıyla zararın hesaplanmasında da hata yapıldığını ve sonuç olarak adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

36. 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."

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). Başvurucu adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini belirtmekte ise de kamulaştırmasız el atmaya ilişkin belirtilen şikâyetlerinin esas itibarıyla ilgili olduğu mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

38. 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

39. Başvuru konusu olayda uyuşmazlık konusu irtifak hakkı tesis edilen taşınmaz tapuda başvurucu adına kayıtlı olduğundan mülkün varlığında bir tereddüt bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

40. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, taşınmazın altını ve üstünü de kapsamaktadır. Bu itibarla taşınmaz maliki, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini taşınmazın üzerinde ve altında da kullanabilir. Nitekim 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde; arazi üzerindeki mülkiyetin, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu itibarla taşınmazın üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların

altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılması mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşımaktadır (AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015). Dolayısıyla somut olayda başvurucunun taşınmazının bir bölümünden enerji nakil hattı geçirilmesi amacıyla idari irtifak tesis edilmesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur.

41. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle *mülkten barışçıl yararlanma hakkına* 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 bırakmanın* 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).

42. Somut olayda başvurucunun taşınmazına idari irtifak tesis edilmeksizin el konulmuş ve başvurucunun açtığı davada yargı kararıyla idare adına irtifak hakkı tapuya tescil edilmiştir. Buna göre idari irtifak tesisinin asıl amacı bir inşaat yasağı getirmek değildir. Dolayısıyla taşınmazın alt veya üst katmanlarına olayda olduğu gibi el atılması mülkten kısmen yoksun bırakma sonucuna yol açmaktadır. Bu suretle mülk sahibi taşınmazın bir bölümü olan *üstündeki hava veya altındaki arz katmanından* mahrum kalmaktadır. Buna göre başvurucunun taşınmazından enerji nakil hattı geçirilmesi amacıyla idari irtifak tesis edilmesi suretiyle yapılan müdahalenin mülkten yoksun bırakmaya ilişkin ikinci kural çerçevesinde incelenmesi gerekir (benzer yönde AİHM kararları için bkz. *Kahyaoğlu ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 37203/05, 31/05/2016, § 28; *Činga/Litvanya*, B. No: 69419/13, 31/10/2017, § 84).

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

43. 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."

44. 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. Genel İlkeler

45. Anayasa'nın kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddesine göre devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabilmesi, kamu yararının bulunması, kamulaştırma kararının kanunda gösterilen esas ve usullerine uyulması, gerçek karşılığın kural olarak peşin ve nakden ödenmesi kamulaştırmanın anayasal ögeleridir. Temel unsurunun *kamu yararı* olduğu kabul edilen kamulaştırma, özel mülkiyet alanına devletin bir müdahalesidir. Kamulaştırma işlemi, taşınmaza el koymaya zorunlu kalındığında kamu yararının özel mülkiyet hakkından üstün tutulduğu durumlarla sınırlı olarak ve Anayasa'da belirlenen usul güvenceleri izlenerek yapıldığında hukuka uygun sayılır (AYM, E.2017/110, K.2017/133, 26/7/2017, § 11).

46. Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlamadır. Bu itibarla 46. maddede belirtilen kamulaştırmanın anayasal ögelerine uygun bir düzenleme, 35. maddeye bir aykırılık oluşturmayacaktır. Kamulaştırma, Anayasa'da özel mülkiyetin kamuya geçirilmesi konusunda başvurulabilecek bir yöntem olarak düzenlenmiş

olup bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyet hakkının malikin rızası olmaksızın kamu yararı için ve karşılığı ödenmek kaydıyla devlet tarafından sona erdirilmesidir (AYM, E.2017/110, K.2017/133, 26/7/2017, §§ 12, 15).

47. Anayasa Mahkemesi, daha önce hem norm denetimi hem de bireysel başvuru kapsamında verdiği çeşitli kararlarında kamulaştırmasız el atma yoluyla yapılan müdahalelerin kanuni bir dayanağı bulunmadığından dolayı mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığını kabul etmiştir.

48. Kamulaştırmasız olarak el atılan taşınmazlarla ilgili olarak maliklerin dava açma hakkını yirmi yıllık hak düşürücü süreye bağlayan 2942 sayılı Kanun'un 38. maddesi Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Bu kararda idarenin kendisine Anayasa tarafından tanınan imkan ve yetkileri kanuna uygun bir biçimde kullanmaksızın taşınmaza el atarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamayacağı belirtilmiştir. Kararda, Anayasa'nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma yöntemini kullanmadan yapılan el atmaların anayasal dayanağının olmadığı vurgulanmış ve yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesinin mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu belirtilmiştir (AYM, E.2002/112, K.2003/33, 10/4/2003).

49. Diğer taraftan 2942 sayılı Kanun'un geçici 6. maddesinin 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmasız el atma işlemlerine ilişkin olarak on beş yıl süreyle uygulanmasına ilişkin 13/2/2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi de Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Kararda özellikle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 46. maddesinde ve 2942 sayılı Kanun'da öngörülen güvencelerden daha aleyhe kurallar içerdiği vurgulanmıştır. Buna göre idarelerin kamulaştırma yapmak yerine hukuka aykırı olarak el atmak suretiyle taşınmazları elde edebilmesine imkan tanınmasının devletin hukuka bağlılığı ilkesini zedeleyeceği gibi bireyler açısından hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği de ortadan kaldıracağı vurgulanmıştır. Sonuç olarak bir hukuk devletinde kanunların hukuka aykırı uygulamaları teşvik etmesinin kabul edilemeyeceği ifade edilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 35. ve 46. maddelerine aykırı olduğundan iptalinin gerektiği sonucuna varılmıştır (AYM, E.2010/83, K.2012/169, 1/11/2012).

50. Bireysel başvuru kapsamında da kamulaştırmasız el atma suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler ilk defa *Celalettin Aşçıoğlu* (B. No: 2013/1436, 6/3/2014) başvurusunda ele alınmıştır. Bu başvuruya konu olayda başvurucunun açtığı maddi tazminat davası derece mahkemelerince kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 35. ve 46. maddelerinin taşınmaz mülkiyetine son verecek müdahalelerin kanuna dayalı olmasını zorunlu tuttuğunu, zira bunun hukuk devletinin gereği olduğunu belirtmiştir. Buna göre Anayasa'nın 46. maddesi hükmü ve 2942 sayılı Kanun gereği asıl olan, idarenin taşınmazı kamulaştırma işlemi yapmak suretiyle iktisap etmesidir. Yöntem olarak Anayasa ve kanunlara uygun bir kamulaştırma işlemi yapılması söz konusu iken dayanağını Anayasa ve kanunlardan almayan, bireylerin mülkiyet hakkına son veren bir uygulama olan kamulaştırmasız el atma yasalara uygun bir kamulaştırma ile aynı hukuki çerçeve içinde değerlendirilemez. İdarelere resmî kamulaştırma kurallarının ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulama, taşınmaz sahipleri için öngörülemeyen ve hukuki olmayan müdahale riski taşımaktadır (*Celalettin Aşçıoğlu,* § 58). Kararda giderim yönünden ise Anayasa Mahkemesince ihlalin tespitine karar verilmiş olduğu ve derece mahkemelerince başvurucuya faiziyle birlikte kamulaştırma bedelinin ödenmesine karar verildiği gerekçesiyle ayrıca bir tazminat ödenmesine yer olmadığı belirtilmiştir (*Celalettin Aşçıoğlu,* § 69).

51. Benzer şekilde *İbrahim Oğuz ve diğerleri* (B. No: 2013/5926, 6/10/2015) başvurusunda da Anayasa Mahkemesi kamulaştırmasız el atma nedeniyle kanunilik ölçütü yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*İbrahim Oğuz ve diğerleri,*§§ 56-89). Kararda maddi tazminat yönünden derece mahkemelerince hükmedilen tazminat yeterli görülmüş ve ihlalin tespiti ile yetinilmiştir (*İbrahim Oğuz ve diğerleri,* §§ 106,107).

52. *Mustafa Asiler* (B. No: 2013/3578, 25/2/2015) ile *Funda İnciler ve diğerleri* (B. No: 2014/2582, 14/9/2017) başvurularında da kamulaştırmasız el atma nedeniyle kanunilik ölçütü yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (*Mustafa Asiler*, §§ 26-46; *Funda İnciler ve diğerleri*, §§ 26-32). İhlalin sonuçlarının giderimi yönünden ise derece mahkemelerince hükmedilen maddi tazminat miktarları yeterli görülmüş ve başvuruculara ayrıca manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir (*Mustafa Asiler*, §§ 64, 65; *Funda İnciler ve diğerleri*, §§ 52, 53).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

53. Somut olayda idare, ilgili yargılama sürecinden de anlaşılacağı üzere başvurucunun taşınmazına kamulaştırmasız olarak el atmıştır. Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddelerine aykırı biçimde 2942 sayılı Kanun'da belirlenmiş usul takip edilmeden başvurucunun mülkiyetinde bulunan taşınmaza kamulaştırmasız olarak el atıldığı yargı kararıyla da sabittir.

54. Kamulaştırmasız el atma, idareye taşınmazı kullanma ve kamulaştırma işlemi yapmadan taşınmazı elde etme imkânı sağlamaktadır. Öte yandan bu müdahale mülk sahibini çok önemli anayasal güvencelerden yoksun bırakmaktadır. İlk olarak Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasında kamulaştırma bedelinin taşınmazın gerçek karşılığı üzerinden peşin olarak ödeneceği hüküm altına alınmış olduğu hâlde kamulaştırmasız el atma yoluyla peşin ödeme şartı yerine getirilmemiş olmaktadır. Buna göre ancak başvurucunun açtığı tazminat davası sonucunda taşınmazın gerçek karşılığının maddi tazminat olarak ödenmesine karar verilmekte olup bu dava sonunda da peşin ödeme yapılmadan el atılan taşınmaz idare adına tescil edilmektedir. Olağan kamulaştırma usulünde ise kamulaştırmaya başlanırken ödenek temin edilmekte ve dava sonunda kamulaştırma bedelinin mülk sahibine ödenmek üzere depo edilmesi hâlinde taşınmazın idare adına tesciline karar verilmektedir. Böylelikle kamulaştırmasız el atma uygulaması taşınmazın bedelinin gerçek karşılığı peşin olarak ödenmeden mülkiyetin idareye geçmesine yol açmaktadır. Bunun Anayasa'nın 46. maddesi ile 2942 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olduğu açıktır.

55. Üstelik taşınmazın bedelinin peşin olarak ödenmemesi yargı kararlarının icrası bağlamında yeni sorunlara da yol açmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım* (B. No: 2013/711, 3/4/2014) başvurusunda kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davasında hükmedilen alacağın ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım,* §§ 55-75). Anayasa Mahkemesi, bu başvurudan sonra aynı gerekçeyle on dokuz ayrı başvuruda daha kamulaştırmasız el atma davasında yargı kararına dayalı alacağın ödenmemesi sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Halil Afşin ve diğerleri*, B. No: 2013/4824, 25/2/2015; *Nurdan Erkan ve diğerleri*, B. No: 2014/311, 14/9/2017 ve benzeri başvurular).Buna

göre kamulaştırma bedelinin peşin olarak ödenmesinin mülkiyet hakkı yönünden son derece önemli bir anayasal güvence olduğu ortadadır.

56. Öte yandan kamulaştırma işleminin temel dayanağı Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddelerine göre kamu yararı olup idarelerce yapılan kamulaştırma işlemi ile dayanağı kamu yararı kararının yargı denetimine tabi olması gerektiği kuşkusuzdur. Nitekim 2942 sayılı Kanun'un 14. maddesinde mülk sahiplerince kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası açılabileceği düzenlenmiştir. Kamulaştırmasız el atma usulünde ise mülk sahiplerinin kamulaştırma işlemine ve dayandığı kamu yararı kararına karşı idari dava açabilme imkânı ortadan kaldırılmaktadır.

57. Ayrıca 2942 sayılı Kanun'a göre kamulaştırma kararı verilebilmesi için öncelikle taşınmazın değerinin idare tarafından tespit ettirilmesi, uyuşmazlık hâlinde idarenin mahkemeye başvurarak bedel tespitini istemesi gerekmektedir. Kamulaştırmasız el atma yönünden ise uzlaşma ve dava yoluna başvurma külfeti de maliklere yüklenmiştir. Son olarak kamu yararının gerektirdiği durumlarda idarelerce ivedi olarak taşınmaz ihtiyacının bulunduğu durumlar yönünden 2942 sayılı Kanun'da acele el koyma usulünün mevcut olduğu da gözetilmelidir. Diğer bir deyişle idarenin kamu yararı gereği taşınmaza ihtiyaç duyması hâlinde olağan kamulaştırma usulüne, acele durumlarda da anılan Kanun'da öngörülen kamulaştırma usulüne başvurması mümkün iken kamulaştırmasız el atma yolunu tercih etmesi meşru görülemez.

58. Sonuç olarak kamulaştırmasız el atma, idare tarafından Anayasa'ya ve kanuna aykırı olarak oluşturulmuş bir durumun hukuki olarak kabul edilmesine yol açmakta ve idareye kanuna aykırı davranışından fayda sağlama imkânı vermektedir. İdareye anayasal güvencelere aykırı olarak kamulaştırmaya ilişkin önceden belirli kuralların ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulama ise mülkiyet hakkının korunması yönünden öngörülemez ve keyfî durumlara yol açmaktadır. Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddelerinde öngörülen hukuki güvenceleri içermediği açık olan söz konusu uygulamanın kamulaştırma usulünün bir alternatifi olarak görülmemesi gerekmektedir.

59. Somut olayda da anılan ilkelerden ayrılmayı gerektirir bir durum bulunmamaktadır. Bu durumda başvurucunun söz konusu taşınmazına

yapılan kamulaştırmasız el atmanın Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddeleriyle 2942 sayılı Kanun'da belirtilen usule uymayan bir müdahale olduğu ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuna dayalı olmadığı sonucuna varılmıştır.

60. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

61. 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."

62. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun taşınmazına idarece kamulaştırmasız el atılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin idari bir eylemden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

63. Başvuruda öncelikle başvurucunun ihlal sebebiyle uğradığı maddi zararlarının giderilip giderilmediği belirlenmelidir. Somut olayda başvurucunun açtığı davada el atılan taşınmaz yönünden idare adına irtifak hakkı tesisine karar veren derece mahkemelerince başvurucu yararına maddi tazminata hükmedilmiştir. Başvurucu hükmedilen maddi tazminat tutarının yeterli olmadığından yakınmaktadır. Başvurucu bu iddiasını iki ayrı gerekçeye dayandırmaktadır:

i. Başvurucu ilk olarak arsa niteliğinde olan taşınmaz üzerinde kurulan enerji nakil hattı sebebiyle inşaat yapılamayacağını ve taşınmazın tamamen kullanılamaz hâle geldiğini belirterek irtifak hakkı bedelinin belirlenmesinin hatalı olduğunu, el atılan kısmın mülkiyetinin değerinin tazminat olarak hesaplanması gerektiğini belirtmektedir. Başvurucuya göre irtifak hakkı tesis edilen alanın mülkiyetin değeri ile taşınmazın kalan kısmında meydana gelen değer kaybı toplamı zarar miktarını oluşturmakta olup değer kaybı miktarı ise buna göre %5,62 olmalıdır.

ii. Başvurucu ikinci olarak dava konusu taşınmazın emsal taşınmaz kadar değerli olduğunu belirtmiş, buna rağmen emsal taşınmazın metrekare değeri 389,38 TL olduğu hâlde bilirkişi kurulunca taşınmazın değerinin 106,19 TL olarak belirlenmesinden yakınmıştır.

64. Anayasa Mahkemesinin daha önce de belirttiği üzere -kural olarak- kamulaştırma bedelinin belirlenmesi görevi delillere ilk elden ulaşma imkânı bulunan ve bu konuda uzmanlaşmış derece mahkemelerine aittir. Taşınmaz bedelinin tespiti teknik ve uzmanlık gerektiren bir konudur. Bu nedenle kamulaştırılan taşınmazın bedelinin tespiti uzman mahkemelerin ve Yargıtayın bu konudaki uzman dairelerinin yetki ve görevindedir. Anayasa Mahkemesi bu konuda uzmanlaşmış bir mahkeme olmadığı gibi Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkı kapsamında yapılan bireysel başvurularda bedel veya değer düşüklüğü karşılığını hesaplamak gibi bir görevi de bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile ödenen bedel arasındaki ilişki yönünden yapacağı tespit, orantılılık incelemesinden ibarettir (*Mukadder Sağlam ve diğerleri*, B. No: 2013/2511, 22/1/2015, § 49; *Abdülkerim Çakmak ve diğerleri*, B. No: 2014/1964, 23/2/2017, § 52).

65. Başvurucunun taşınmazından enerji nakil hattı geçirilmesi nedeniyle bu kısmı tamamen kullanamadığı yönündeki iddiası yerinde görülmemiştir. Çünkü sadece enerji nakil hattı geçirilmiş olması taşınmazın mülkiyetini bütünüyle idareye geçirmediği gibi yukarıda da değinildiği üzere başvurucu taşınmazın bir bölümü olan *üstündeki hava veya altındaki arz katmanından* mahrum kalmaktadır (§ 42). Ancak başvurucunun taşınmazın zemininden veya alt katmanlarından yararlanma imkânları devam etmektedir. Sonradan imar uygulamasıyla taşınmazın kamu hizmet alanı olarak belirlenmesi

hâlinde ise ayrı bir müdahale söz konusu olacaktır. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu taşınmaz tapuda başvurucu adına kayıtlı kalmaya devam edeceğine göre enerji nakil hattı geçirilen kısmın mülkiyetinin bedelinin ödenmesi yerine irtifak bedelinin tazminat olarak hesaplanması başvurucunun maddi zararlarını gidermeye yönelik makul bir karşılık olarak görülmektedir.

66. Nitekim derece mahkemelerince 2942 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca irtifak hakkı karşılığının bu hak nedeniyle taşınmazın tamamında meydana gelecek değer kaybı olduğu açıklanmıştır. Buna göre davaya konu taşınmazların irtifak hakkı kurulmadan önceki değeri tespit edilmiş, daha sonra enerji nakil hattı nedeniyle taşınmazın tamamında meydana gelen değer düşüklüğü oranı tespit edilerek bu oranla davaya konu taşınmazın tüm değerinin çarpılması suretiyle irtifak hakkı karşılığı hesaplanmıştır. Bu bağlamda enerji nakil hattının altında kalan bölümü üzerinde inşaat yapılamayacak olmasının neden olacağı zararın da taşınmazın değerinde meydana gelen azalmanın oranının belirlenmesinde dikkate alınan unsurlardan olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca pilon yerinin mülkiyet bedelinin de tazminata ilave edildiği görülmektedir.

67. Diğer taraftan hangi taşınmazın emsal alınacağı ve emsal alınan taşınmaz ile uyuşmazlık konusu taşınmaz arasındaki farklara göre bedelin nasıl hesaplanacağı hususu bu alanda uzman bilirkişilerce takdir edilebilecektir. Başvurucu ise bilirkişi raporundaki belirlemenin aksini gösterir somut herhangi bir bilgi, belge veya rapor sunmamış, soyut olarak uyuşmazlık konusu taşınmazın emsal alınan taşınmaz ile aynı değerde olduğunu ifade etmekle yetinmiştir. Buna göre derece mahkemeleri; bedel tespitini keşif yaparak, bilirkişi raporlarına müracaat ederek, başvurucunun her aşamada itirazlarını sunmasına imkân vererek ve bu itirazları dikkate alarak sonuçlandırmıştır. Başvurucunun belirlenen tazminat miktarına yönelik yukarıda değinilenlerin dışında başka bir açık şikâyeti de bulunmamaktadır (§ 63).Dolayısıyla başvurucunun şikâyetleri ile sınırlı olarak değerlendirildiğinde derece mahkemelerince hükmedilen tazminat miktarı başvurucunun maddi zararlarını karşılamaya yeterli görülmüştür.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

68. Öte yandan kamulaştırmasız el atma uygulaması Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri yanında doğrudan 46. maddesine aykırı olarak mülkiyet

hakkının ihlaline yol açan çok önemli bir sorundur. Bununla birlikte 5/1/1961 tarihli ve 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un 1. maddesi ile 9/10/1956 tarihine kadar; 2942 sayılı Kanun'un geçici 6. maddesi ile de 9/10/1956 ile 4/11/1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmasız el atma uygulamalarının tasfiyesi amacıyla düzenlemeler yapılmıştır. Buna rağmen 4/11/1983 tarihi sonrasında da idarelerce kamulaştırmasız el atma uygulamasına başvurulduğu gözlemlenmektedir. Dolayısıyla temel bir hak olarak güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet veren kamulaştırmasız el atma uygulaması ülkemizde yapısal bir sorun teşkil etmektedir.

69. Buna karşılık derece mahkemelerince yalnızca kamulaştırma bedelinden ibaret olan maddi tazminata hükmedilmesi ve manevi tazminat gibi başka yaptırımların uygulanmaması idarelerin olağan kamulaştırma usulüne başvurmak yerine kamulaştırmasız el atma uygulamasını tercih etmesine yol açmaktadır. Hâlbuki kanuni bir dayanağı bulunmayan kamulaştırmasız el atma uygulaması Anayasa'nın öngördüğü mülkiyet hakkının korunmasının gerekliliklerini de içermediğinden dolayı olağan kamulaştırma usulünün bir alternatifi olamaz. Nitekim 1/3/2014 tarihli ve 28928 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararı'na ekli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı'nda da idarelerin kamulaştırmasız el atma yoluna başvurmalarının önlenmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması öngörülmüştür. Kamulaştırmasız el atma uygulamasına son verilmesi bakımından öngörülen bu tedbirlerin ve düzenlemelerin gerçekleştirilmesinin önemi açıktır.

70. Sonuç olarak başvurucunun maddi zararları giderilmiş olsa dahi Anayasa'nın doğrudan sözüne aykırı olduğu ve kanuna dayalı olmadığı tespit edilen kamulaştırmasız el atma suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin yukarıda değinildiği üzere yapısal bir sorun teşkil ettiği dikkate alınmalıdır. Buna göre Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlaline yol açıldığının bilinerek idari anlamda gerekli tedbirlerin alınması ve benzeri nitelikte yeni ihlallere yol açılmaması için kararın bir örneğinin taşınmaza el atan sorumlu idare olan Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.nin ilgili olduğu Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına da gönderilmesi gerekir.

71. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL

vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. Başvurucunun maddi tazminat talebinin REDDİNE Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Kararın bir örneğinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve 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 bilgi için Hilvan Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2014/58, K.2014/85) GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/10/2018 tarihinde karar verildi.

DEĞİŞİK GEREKÇE VE KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Çoğunluk gerekçesinde, bir yandan derece mahkemelerince hükmedilen tazminat miktarının başvurucunun maddi zararlarını karşılamaya yeterli olduğu belirtilmiş; bir yandan da taşınmaz bedelinin maddi tazminat olarak ödenmesinin tek başına başvurucunun anayasal hakkının ihlâli nedeniyle uğradığı zararları gidermediği sonucuna varılarak, başvurucunun Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine hükmedilmiştir. Oysa dosyanın incelenmesinde,

başvurucunun "arsa" vasfındaki taşınmazının "tarım arazisi" ymiş gibi muameleye tâbi tutularak, kamulaştırmasız el atma nedeniyle maddi zarar hesabının yapıldığı, ayrıca %2,5 luk değer kaybı sınırı ilkesinin yasal bir dayanağının bulunmadığı, dolayısiyle o davanın esasına müessir bu iddiaların derece mahkemeleri gerekçelerinde karşılanmadığı, dolayısiyle kamulaştırma bedeli olarak belirlenen maddi zararın noksan hesaplandığı iddialarının ilgili ve yeterli gerekçe ortaya konulmadan hükme gidildiği, başvurucunun mülkiyet hakkının bu nedenle ihlâl edilmiş olduğu kanaatine vardığımızdan; bu sonuca belirttiğimiz gerekçe ile katılıyoruz.

2. Yukarıda işaret ettiğimiz gerekçe karşısında, yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili derece mahkemesine gönderilmesi gerektiğini değerlendirdiğimizden; salt kararın bir örneğin kamulaştırmasız el atmada bulunan kuruma gönderilmesi şeklindeki hükme de katılmıyoruz.

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

İSKENDERUN DEMİR VE ÇELİK A.Ş. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/941)

Karar Tarihi: 25/10/2018

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	**:** Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	**:** Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	**:** Engin YILDIRIM
Üyeler	**:** Serdar ÖZGÜLDÜR
	Serruh KALELİ
	Recep KÖMÜRCÜ
	Hicabi DURSUN
	Muammer TOPAL
	M. Emin KUZ
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Kadir ÖZKAYA
	Recai AKYEL
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportörler	**:** M. Emin ŞAHİNER
	Yunus Emre YILMAZOĞLU
	Özgür DUMAN
Başvurucu	**:** İskenderun Demir ve Çelik A.Ş.
Vekili	**:** Av. Bekir BAYKARA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, üretilen elektrik ve kok gazı üzerinden elektrik ve havagazı tüketim vergisi alınması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 15/1/2015 tarihinde yapılmıştır.

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

4. 2015/941 numaralı bireysel başvuru ile farklı tarihlerde yapılan 2015/943, 2015/944, 2015/945, 2015/946, 2015/948, 2015/949, 2015/950, 2015/951, 2015/17315, 2015/17316, 2015/17317, 2015/17318, 2015/17320, 2015/17321, 2015/17322, 2015/17323, 2015/17325, 2015/17326, 2015/17327, 2015/17329 ve 2015/17330 numaralı bireysel başvuruların konu yönünden hukuki irtibatlarının bulunması nedeniyle 2015/941 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine; incelemenin bu dosya 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. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

9. Birinci Bölüm tarafından 17/7/2018 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

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

11. Ana iştigal konusu çelik üretimi yapmak olan başvurucu, demir cevherini saf çelik hâline getirmek için gerekli karbonu edinmek üzere ihtiyaç duyduğu kok kömürünü, ithal ettiği taş kömürünü işlemek suretiyle elde etmektedir. Başvurucu ayrıca, taş kömüründen kok kömürü elde edilirken ortaya çıkan kok gazını elektrik ve buhar üretiminde veya doğrudan eritme işlemlerinde

kullanmaktadır. Başvurucu, böylelikle elektrik enerjisi ve gaz ihtiyacını kendi imkânlarıyla karşılamaktadır.

12.Payas Belediyesi (Belediye), başvurucu Şirketin bu şekilde elektrik ve havagazı tüketmiş olması nedeniyle 26/5/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 34. ila 39. maddelerinde düzenlenen hükümlere dayanarak başvurucu Şirketten *elektrik ve havagazı tüketim vergisi*ni ödemesini istemiştir.

13. Başvurucu Şirket, bu talep üzerine elektrik ve kok gazı tüketiminin vergilendirilmesiyle ilgili olarak 2012, 2013 ve 2014 dönemleri için çeşitli tarihlerde ihtirazi kayıtla Belediyeye beyannameler vermiş ve bu beyannamelere istinaden Belediyece farklı dönemlere ilişkin elektrik ve havagazı vergisi tahakkuk ettirilmiştir. Tahakkuk tutarlarının bir kısmı elektrik tüketimine, bir kısmı ise kok gazı tüketimine ilişkin olup anılan tahakkuk tutarları farklı tarihlerde Belediyeye ödenmiştir.

14. Başvurucu 2012, 2013 ve 2014 yıllarında Hatay 1. Vergi Mahkemesinde (Mahkeme), elektrik ve havagazı tüketim vergisi tahakkuklarının terkini ve ödenen vergilerin iadesi istemiyle davalar açmıştır.

15. Mahkeme 22/1/2013 tarihinde farklı tahakkuk dönemlerine ilişkin söz konusu davaların reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde;

i. Davacı Şirketin elektrik ve kok gazı üretimi yaparak bunları kendi tesislerinde tükettiğinin ihtilafsız olduğu,

ii. Şirketin 2464 sayılı Kanun'un 36. maddesinde istisna olarak sayılan, doğrudan doğruya elektrik ve havagazı üreten dağıtım ve istihsal müesseselerinden olmadığı,

iii. Kanun ile gerek satın alma yoluyla karşılanan gerekse kendi imkânlarıyla üretilmiş bulunan elektrik ve havagazı tüketiminin vergilendirilmesinin amaçlandığı,müesseselerin ürettiği elektriği tüketmesi hâlinde bu vergiden muaf olacağı yolunda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı,

iv. Bu sebeple başvurucu Şirketin ihtirazi kayıtla verdiği beyannameler üzerinden ilgili dönemlere ait elektrik ve havagazı tüketim vergisi tarh ve tahakkuk ettirilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı,

belirtilmiştir.

16. Başvurucu tarafından temyiz edilen kararlar, Danıştay Dokuzuncu Dairesince 19/12/2013 tarihinde onanmıştır. Onama kararlarında, temyize konu kararların usul ve kanuna uygun olduğu belirtilmiştir. Başvurucunun karar düzeltme talepleri de aynı Daire tarafından 23/10/2014 tarihinde reddedilmiştir.

17. Nihai kararlar, başvurucu vekiline 17/12/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucu 15/1/2015 tarihinde bireysel başvurularda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

19. 2464 sayılı Kanun'un *"Konu"* kenar başlıklı 34. maddesi şöyledir:

"Belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde elektrik ve havagazı tüketimi, Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergisine tabidir."

20. 2464 sayılı Kanun'un *"Mükellef ve sorumlu"* kenar başlıklı 35. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Elektrik ve Havagazı tüketenler, Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergisini ödemekle mükelleftirler."

21. 2464 sayılı Kanun'un 35. maddesinin 9/7/2008 tarihli ve 5784 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değiştirilmeden önceki ikinci fıkrası şöyledir:

"Elektrik veya havagazını dağıtan kuruluşlar, satış bedeli ile birlikte bu verginin de tahsilinden ve ilgili belediyeye yatırılmasından sorumludurlar."

22. 2464 sayılı Kanun'un 35. maddesinin 5784 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değişik ikinci fıkrası şöyledir:

"20/2/2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa göre elektrik enerjisini tedarik eden ve havagazını dağıtan kuruluşlar, satış bedeli ile birlikte bu verginin de tahsilinden ve ilgili belediyeye yatırılmasından sorumludurlar. Organize sanayi bölgelerinde tüketilen elektrik enerjisinin vergisini organize sanayi bölgeleri tüzel kişiliklerine elektriği temin eden kuruluş öder."

23. 2464 sayılı Kanun'un *"İstisnalar"* kenar başlıklı 36. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Aşağıdaki yazılı yerlerde ve şekillerde tüketilen elektrik ve havagazı vergiden müstesnadır.

...

4. Doğrudan doğruya elektrik ve havagazı üreten dağıtım ve istihsal müesseselerinde."

24. 2464 sayılı Kanun'un *"Matrah"* kenar başlıklı 37. maddesinin 5784 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile değiştirilmeden önceki hâli şöyledir:

"Verginin matrahı, tüketilen elektrik ve havagazının satış bedelidir. Matraha gider vergileri dahil edilmez."

25. 2464 sayılı Kanun'un 37. maddesinin 5784 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile değişik hâli şöyledir:

"Verginin matrahı; elektriğin iletimi, dağıtımı ve perakende satış hizmetlerine ilişkin bedelleri hariç olmak üzere, elektrik enerjisi satış bedeli ile havagazının satış bedelidir. Matraha vergi, fon ve paylar dahil edilmez."

26. 2464 sayılı Kanun'un *"Nispet"* kenar başlıklı 38. maddesi şöyledir:

"Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergisi aşağıda gösterilen nispetlerde alınır.

a) İmal ve istihsal, taşıma, yükleme boşaltma, soğutma, telli ve telsiz telgraf ve telefon müraselesi işlerinde tüketilen elektriğin satış bedeli üzerinden yüzde 1,

b) (a) bendi dışında kalan maksatlar için tüketilen elektriğin satış bedeli üzerinden yüzde 5,

c) Havagazının satış bedelinden yüzde 5."

27. 2464 sayılı Kanun'un *"Beyan ve ödeme"* kenar başlıklı 39. maddesi şöyledir:

"Elektrik enerjisini tedarik eden veya havagazını dağıtan kuruluşlar tahsil ettikleri vergiyi, tahsil tarihini takibeden ayın 20 nci günü akşamına kadar belediyeye bir beyanname ile bildirmeye ve vergiyi aynı sürede

ödemeye mecburdurlar. Elektrik ve havagazı işleri bütçesi içinde yer alan belediyeler bu hükümden müstesnadır."

2. Danıştay İçtihadı

28. Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 6/6/2007 tarihli ve E.2006/1348, K.2007/2214 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dosyanın incelenmesinden, davacı şirket tarafından, bizzat kendi tesislerinde üretilerek yine kendi tesislerinde üretim yapmak amacıyla kullanılan elektrik enerjisinin, elektrik tüketim vergisi matrahının, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca belirlenen otoprodüktör enerji satış fiyatı esas alınarak hesaplandığı, davalı Belediye Başkanlığı tarafından ise, TEDAŞ'ın üçüncü şahıslara uyguladığısatış fiyatının matraha esas alındığı ve böylece iki farklı fiyat arasındaki farka isabet eden elektrik tüketim vergisinin davacı şirketten istenildiği anlaşılmaktadır.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 34. maddesinde; belediye sınırları ve mücavir alan içinde elektrik ve havagazı tüketiminin elektrik ve havagazı tüketim vergisine tabi olduğu, 37. maddesinde ise, verginin matrahının tüketilen elektriğin satış bedeli olduğu hükme bağlanmıştır.

Yukarıdaki Kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, genel olarak elektriğini kendisi üretmeyip, tüketeceği elektriği TEDAŞ'tan satın alan kişi ve kurumlar açısından elektrik tüketim vergisinin matrahının TEDAŞ'ın satış fiyatı olduğu açıktır. ***Ancak kendi tesislerinde ürettiği elektrik enerjisini yine kendi tesislerindeki üretim açısından girdi olarak kullanan otoprodüktör şirketlerin tükettikleri elektrik enerjisinin matrahının ne olacağı sorusu uyuşmazlığın özünü oluşturmaktadır.***

Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde; otoprodüktörün, kendi faaliyet alanlarının enerji ihtiyaçlarını karşılamak üzere bu Yönetmeliğin 4. maddesinin (g) bendinde belirtilen şartları taşıyan üretim tesisi kurup elektrik üreten tüzel kişileri ifade ettiği, aynı bendin 10. paragrafında, otoprodüktör ve/veya otoprodüktör gurubu şirketlerin, faaliyet gösterdikleri bölge içinde TEAŞ, TEDAŞ'a bağlı ortaklıklar veya görevli şirketler ile Enerji Satış Anlaşması imzalayacakları, otoprodüktör ve/ya otoprodüktör gurubu şirketlerin

TEAŞ, TEDAŞ'a bağlı ortaklıklar veya görevli şirketlerin enerji alışverişi konusunda enerji mahsuplaşması yapacakları, mahsuplaşılan enerji için tarafların Bakanlıkça belirlenen otoprodüktör enerji satış fiyatı üzerinde karşılıklı olarak fatura düzenleyecekleri hükme bağlanmıştır.

Yukarıdaki Yönetmelik hükümlerinin incelenmesinden, ürettikleri elektrik enerjisini TEDAŞ'a veya kendi konumlarındaki otoprodüktör firmalara veren şirketlerin bu satış veya mahsuplaşmaları Bakanlıkça belirlenen otoprodüktör enerji satış fiyatı üzerinden fiyatlandıracaklarına ilişkin hükmü ile otoprodüktör şirketlerin TEDAŞ'a elektrik satış fiyatlarının, genel olarak TEDAŞ'ın üçüncü şahıslara sattığı fiyattan farklı ve daha düşük bir fiyata satacakları düzenlenmek suretiyle üçüncü şahıslara TEDAŞ tarafından yapılan satışlar ile otoprodüktör firmalarca TEDAŞ'a yapılan satışlara ilişkin fiyatlar birbirinden ayrılmıştır.

Yukarıdaki Yönetmelik hükümleri ile otoprodüktör firmaların ürettikleri elektrik enerjisini TEDAŞ'a hangi fiyattan satacakları düzenlenmiş olmakla birlikte, kendi faaliyet alanlarının enerji ihtiyacını karşılamak üzere üretim tesisi kurup elektrik enerjisi üreten otoprodüktör şirketlerin tükettikleri bu elektriğin alış fiyatının ne olması gerektiği hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır.

Davacı şirket tükettiği elektriği TEDAŞ'tan satın almayıp kendi tesislerinde ürettiğinden, ürettiği elektriğin kendisi açısından alış fiyatı, ürettiği elektriğin birim maliyet fiyatına isabet etmektedir. Bu fiyata yakın bir fiyat Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca otoprodüktör enerji satış fiyatı olarak belirlendiğinden, bu tip firmalar açısından elektrik tüketim vergisine esas alınacak matrahın, yükümlü şirketin ürettiği elektriğin maliyet fiyatına en yakın değer olan otoprodüktör firmaların TEDAŞ'a enerji satış fiyatı olarak Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığınca belirlenen fiyat olması, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin esas olduğu yolundaki genel vergi hukuku prensibi ile hak ve nesafet ilkelerine uygun düşeceğinden aksi yöndeki Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekmektedir."

B. Uluslararası Hukuk

29. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün 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."

30. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafında öngörülen mülkiyetin kullanımının kontrolüne ilişkin üçüncü kural kapsamında değerlendirilmektedir. AİHM, bu paragrafta yer alan kuralın taraf devletlere vergi koyma ve vergilerin ödenmesini sağlamak için gerekli gördüğü kanunları çıkarma konusunda açık bir yetki tanıdığını kabul etmiştir (*Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH/Hollanda,* B. No: 15375/89, 23/2/1995, § 59).

31. 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. 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 (*Iatridis/Yunanistan*, § 58).

32. 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). AİHM, Sözleşme'de geçen *hukuk* ya da *hukuka aykırı* terimlerine sadece iç hukuka atıfta bulunmakla kalmayıp aynı zamanda bu terimlerin 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).

33. Öte yandan *Tkachenko/Rusya* (B. No: 28046/05, 20/3/2018) kararında AİHM, iç hukuktaki düzenlemelere aykırı olan bir müdahalenin de hukukilik ölçütünü karşılamadığını kabul etmiştir. Bununla birlikte herhangi bir usule aykırılığın müdahalenin hukukiliğiyle uyumsuz kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu bağlamda AİHM, hukukun doğru biçimde uygulanması ve yorumlanması konusunda sınırlı bir yetkisi olduğunu ve ulusal mahkemelerin yerine geçme gibi bir sorumluluğu olmadığını ancak bu kararların açık bir keyfîlik veya bariz takdir hatasından yoksun olmaması gerektiğini vurgulamıştır (*Tkachenko/Rusya,* § 52). AİHM sonuç olarak somut olayda iç hukukta öngörülen kamulaştırma usulüne aykırı davranıldığını tespit ederek mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir (*Tkachenko/Rusya,* §§ 53-58).

34. AİHM; vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin de yeterince ulaşılabilir, öngörülebilir ve belirli bir hukuka dayalı olması gerektiğini belirtmektedir (*Lithgow ve diğerleri/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, 8/7/1986, § 110; *Hentrich/Fransa,* § 42). Bu bağlamda *Hentrich/Fransa* kararına konu olayda taşınmaz satışının vergi değerinin altında yapılması nedeniyle ön alım hakkının kullanılması söz konusudur. AİHM; ne zaman kullanılacağı belirli olmayan bu yetkinin öngörülemez biçimde kişiye özgü ve keyfî olarak uygulandığı, ayrıca müdahalenin dayandığı hukuki düzenlemenin keyfîliğe karşı yeterli güvenceler içermediği sonucuna varmıştır (*Hentrich/Fransa,* § 42).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

35. Mahkemenin 25/10/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

36. Başvurucu, tükettiği elektrik ve kok gazının yine kendisi tarafından üretilmiş olması nedeniyle elektrik ve havagazı vergisine tabi tutulmaması

gerektiğini belirtmiştir. Başvurucu bu bağlamda 2464 sayılı Kanun'un 36. maddesinde yer alan istisna hükmünün tartışılmasının söz konusu olmadığını, zira kendisi tarafından üretilen elektrik ve kok gazının yine kendisi tarafından tüketilmesinin söz konusu verginin konusuna girmediğini ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca verginin sorumlusunun, matrahının, oranının, beyan ve ödeme usulünün kanunla düzenlenmesi gerektiği hâlde esaslı nitelikteki bu hususların 2464 sayılı Kanun'da düzenlenmediğinden yakınmıştır. Başvurucu; bu sebeplerle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuna dayalı olmadığını, otoprodüktör olarak enerji üretimini ve dolayısıyla kamusal faydayı caydırıcı bir yönü bulunduğunu, ayrıca başvurucu şirketten bu verginin istenmesinin gerekli ve zorunlu olmadığı için müdahalenin ölçülü de olmadığını belirtmiştir.

37. Başvurucu ayrıca, söz konusu verginin terkin ve iadesi için açtığı davada derece mahkemeleri tarafından verilen kararlarda, temel iddialarını karşılayan yeterli ve makul bir gerekçe bulunmaması nedeniyle gerekçeli karar hakkı yönünden, derece mahkemelerinin hukuk kurallarının yorumunda bariz takdir hatasında bulunması nedeniyle de hukuki güvenlik ilkesi yönünden Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

38. Bakanlık görüşünde; 2464 sayılı Kanun'un 34. ve devamı maddelerine göre belediye sınırları ve mücavir alanı içinde elektrik ve havagazı tüketiminin vergiye tabi olduğu, başvurucunun da elektrik ve havagazını kendi tesislerinde kullandığı hususunda bir tereddüt bulunmadığı belirtilmiştir. Bakanlığa göre ilgili Kanun maddelerinde bu durumla ilgili bir istisna veya muafiyet de söz konusu değildir. Bakanlık, başvurucunun iddialarının derece mahkemelerince ayrıntılı olarak yeterli bir biçimde tartışıldığını ve bu kararlar doğrultusunda elektrik tüketiminin vergiye tabi olmasının hukuka uygun olduğunu bildirmiştir.

39. Başvurucu, cevap dilekçesinde; elektrik ve havagazını üretim ve dağıtım kuruluşlarından satın alarak tüketen diğer elektrik ve havagazı tüketicileri gibi olmadığını belirtmiştir. Başvurucu ayrıca somut olayda kendi ürettiği elektriği tüketmesinin vergiye tabi olmaması yanında matrah, beyan ve ödeme usullerinin de kanunla düzenlenmemiş olduğunu yinelemiştir.

B. 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."

41. Anayasa'nın "*Vergi ödevi*" kenar başlıklı 73. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır."

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). Başvurucu, mülkiyet hakkının ihlali iddiası yanında aynı gerekçelerle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini de ileri sürmüştür.Başvurucunun şikâyetinin özünün vergilendirmenin kanuni dayanağının bulunmadığına yönelik olduğu dikkate alındığında başvurucunun ihlal iddialarının mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

43. 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

44. Somut olayda elektrik ve havagazı tüketim vergisi ödeyen başvurucu yönünden Anayasa'nın 35. maddesi anlamında korunmaya değer ekonomik bir menfaatin mevcut olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

45. Somut olayda başvurucu Şirket, elektrik ve kok gazı tüketiminin vergilendirilmesiyle ilgili olarak 2012, 2013 ve 2014 dönemleri için çeşitli tarihlerde ihtirazi kayıtla Belediyeye beyannameler vermiş ve bu beyannamelere istinaden Belediyece farklı dönemlere ilişkin elektrik ve

havagazı vergisi tahakkuk ettirilmiştir. Tahakkuk tutarlarının bir kısmı elektrik tüketimine, bir kısmı ise kok gazı tüketimine ilişkin olup anılan tahakkuk tutarları farklı tarihlerde Şirketçe Belediyeye ödenmiştir. Vergilendirme işleminin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

46. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında; vergi ve benzeri yükümlülükler ile sosyal güvenlik prim ve katkılarını belirlemeye, değiştirmeye ve bunların ödenmesini güvence altına almaya yönelik müdahalelerin -taşıdığı amaçlar dikkate alındığında- devletin mülkiyetin kamu yararına kullanımını kontrol veya düzenleme yetkisi kapsamında incelenmesi gerektiği kabul edilmiştir (*Ahmet Uğur Balkaner* [GK], B. No: 2014/15237, 25/7/2017, § 49; *Arif Sarıgül*, B. No: 2013/8324, 23/2/2016, § 50; *Narsan Plastik San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/6842, 20/4/2016, § 71).

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

47. 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."

48. 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,* B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 62).

i. Genel İlkeler

(1) Kanunilik Ölçütü

49. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği belirtilmek suretiyle mülkiyet

hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi gerektiği 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. Buna göre mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde dikkate alınacak öncelikli ölçüt, müdahalenin kanuna dayalı olmasıdır (*Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49).

50. Hak ve özgürlüklerin, bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfî müdahaleyi engelleyen, hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir (*Tahsin Erdoğan*, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60).

51. Hukuki güvenlik ve hukuki 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 yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013; E.2014/183, K.2015/122, 30/12/2015, § 5). 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; E.2010/80, K.2011/178, 29/12/2011).

52. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57).

53. Hukuk kurallarının ne şekilde yorumlanacağı veya birden fazla yorumunun mümkün olduğu durumlarda bu yorumlardan hangisinin benimseneceği derece mahkemelerinin yetkisinde olan bir husustur. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda derece mahkemelerince benimsenen yorumlardan birine üstünlük tanıması veya derece mahkemelerinin yerine geçerek hukuk kurallarını yorumlaması bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz (*Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 81).

54. Müdahalenin kanuna dayalı olması öncelikle şeklî manada bir kanunun varlığını zorunlu kılar. Şeklî manada kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi

(TBMM) tarafından Anayasa'da belirtilen usule uygun olarak kanun adı altında çıkarılan düzenleyici yasama işlemidir. Mülkiyet hakkına müdahale edilmesi ancak yasama organınca kanun adı altında çıkarılan düzenleyici işlemlerde müdahaleye imkân tanıyan bir hükmün bulunması şartına bağlıdır. TBMM tarafından çıkarılan şeklî anlamda bir kanun hükmünün bulunmaması mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi anayasal temelden yoksun bırakır (*Ali Hıdır Akyol ve diğerleri* [GK], B. No: 2015/17510, 18/10/2017, § 56).

55. Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği ölçüde 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). Bu bağlamda 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).

(2) Vergilendirme Yoluyla Yapılan Müdahaleler Bakımından Kanunilik Ölçütü

(a) Genel Olarak Vergilendirme

56. Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine bağlı olarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuksal ve fiilî güçten kaynaklanmaktadır. Kamu hizmetlerinin görülmesi için gereksinim duyulan mali kaynakların sağlanması amacıyla kullanılan vergilendirme yetkisi dar anlamda, devletin kamu gelirlerinden sadece vergi koymaya ilişkin yetkisini; geniş anlamda ise çağdaş devletin güvenlik, adalet ve eğitim gibi geleneksel görevlerinin yerine getirilmesinin yanında ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer alanlara katkısının gerektirdiği giderleri karşılamak için gerçek ve tüzel kişilere getirdiği her türlü mali yükümlülüğe ilişkin yetkisini kapsamaktadır. Bu yetkiye dayanılarak kamu giderlerini karşılamak amacıyla alınan vergi, Anayasa'nın 73. maddesine göre gerçek ve tüzel kişilerin -yasalarla belirlenmek koşuluyla- mali güçlerine göre yerine getirmek zorunda olduğu bir yükümlülüktür. Devlet, bu yolla kamu giderlerini karşılamak için veya mali politikasının gereği olarak piyasa ekonomisinden bütçeye gelir aktarmaktadır (AYM, E.1997/62, K.1998/52, 16/9/1998).

57. Devletin kamusal gereksinimlerin karşılanması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği kamu alacağı biçiminde

tanımlanan verginin anayasal sınırlar içinde salınıp toplanması zorunluluğu açıktır (AYM, E.2003/33, K.2004/101, 15/7/2004; E.2010/62, K.2011/175, 29/12/2011). Verginin niteliklerini oluşturan yasal düzenlemelerde Anayasa'nın bu konudaki ilkelerinin özenle gözönünde tutulması gerekir (AYM, E.2003/33, K.2004/101, 15/7/2004).

58. Anayasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiş, diğer fıkralarında da bu yükümlülüğün ilkeleri gösterilmiştir (AYM, E.2005/73, K.2008/59, 21/2/2008). Devletin vergilendirme yetkisi; Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan verginin kanuniliği, mali güce göre ödenmesi, genelliği, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkeleri yanında Anayasa'nın genel ilkeleri ile de sınırlandırılmıştır (AYM, E.2003/33, K.2004/101, 15/7/2004). Böylece Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri vergilendirme ilkeleri yönünden somut biçimde dile getirilmiştir (AYM, E.2014/72, K.2014/141, 11/9/2014; E.2010/62, K.2011/175, 29/12/2011; E.2012/158, K.2013/55, 10/4/2013).

(b) Vergilerin Kanuniliği

59. Devletin vergilendirme yetkisine ilişkin temel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 73. maddesi, vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerde kanunilik ilkesini özel olarak düzenlemiştir. Anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, kaldırılır ve değiştirilir. *Vergilerin kanuniliği ilkesi* olarak adlandırılan bu anayasal ilke *temsilsiz vergi olmaz ilkesi*ne dayanmaktadır. 1215 tarihli Magna Carta Libertatum, 1628 tarihli Haklar Dilekçesi, 1689 tarihli Haklar Bildirisi ve 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde kullanılan *genel onay, parlamentonun onayı, temsilcilerin onayı* gibi kavramlar vergilerin ancak halkın temsilcilerinin rızasına dayanarak alınabileceğini göstermektedir. Anayasa tarihimizde ise vergilendirmeyle ilgili iradeyi sergileyecek organın bu iradesinin somutlaşma biçiminin ön plana çıktığı görülmektedir. 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin 96. maddesinde "*Tekâlifi Devletin hiçbiri bir kanun ile tâyin olunmadıkça vaz ve tevzi ve istihsal olunamaz*" kuralına, 1924 Anayasası'nın 85. maddesinin birinci fıkrasında da "*Vergiler ancak bir kanun ile tarh ve cibayet olunabilir*" kuralına yer verilmiştir. 1961 Anayasası'nın 61. maddesinin ikinci fıkrasında "*Vergi, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümler ancak kanunla konulur*" kuralı, 1982 Anayasası'nın 73. maddesinin

üçüncü fıkrasında ise "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*" kuralı yer almıştır. Bu kurallarda ifade edilen *vergilerin kanuniliği ilkesi, temsilsiz vergi olmaz ilkesi* ile birlikte vergilendirme yetkisinin ancak kanunla konulma koşuluna uygun olduğu takdirde kullanılabileceğini öngörmektedir.

60. Verginin kanuniliği ilkesi takdire dayalı keyfî uygulamaları önleyecek sınırlamaların kanunda yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının kanun ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır (AYM, E.2001/36, K.2003/3, 16/1/2003; E.2003/33, K.2004/101, 15/7/2004; E.2004/14, K.2004/84, 23/6/2004; E.2005/73, K.2008/59, 21/2/2008; E.2009/63, K.2011/66, 14/4/2011; E.2014/183, K.2015/122, 30/12/2015, § 6). Vergi ve mali yükümlülüklerin kanunla konulmasını öngören Anayasa'nın 73. maddesi, mali yükümlülüğün yalnızca kanun ile konulabileceği ve kanunun hiçbir şekilde bu konuda yürütme organını ve idareyi yetkili kılamayacağı anlamındadır (AYM, E.2014/183, K.2015/122, 30/12/2015, § 7).

61. Ancak vergi, resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerle ilgili düzenleme yapılırken bu yükümlülüklere ilişkin tüm unsurların aynı kanun, madde veya fıkrada düzenlenmesi zorunlu değildir. Bu çerçevede kanunla belirlenmesi zorunlu olan unsurlar aynı kanunun farklı hükümlerinde düzenlenebileceği gibi farklı kanunlarda da düzenlenebilir. Dolayısıyla bir kural, sırf kanunla düzenlenmesi gereken unsurların bir kısmını içermediği gerekçesiyle kanunilik ilkesine aykırı hâle gelmez (AYM, E.2011/16, K.2012/129, 27/9/2012).

62. Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş içtihatlarında da açıkça belirtildiği üzere Anayasa koyucu, her çeşit mali yükümlülüğün kanunla konulmasını öngörürken keyfî ve takdire dayalı uygulamaları önlemeyi amaçlamıştır. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek bir mali yükümlülüğün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeterli değildir (AYM, E.1986/20, K.1987/9, 31/3/1987; E.2010/80, K.2011/178, 29/12/2011; E.2011/16, K.2012/129, 27/9/2012).

63. Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfî uygulamalara neden olmaması için vergilendirmede vergiyi doğuran olayın, yükümlünün, vergilerin matrah ve oranlarının yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanaşımı gibi

belli başlı temel ögelerinin yasalarla belirlenmesi gerekir (AYM, E.2001/36, K.2003/3, 16/1/2003; E.2003/33, K.2004/101, 15/7/2004; E.2005/73, K.2008/59, 21/2/2008; E.2009/63, K.2011/66, 14/4/2011; E.2010/62, K.2011/175, 29/12/2011; E.2010/80, K.2011/178, 29/12/2011; E.2011/16, K.2012/129, 27/9/2012; E.2012/158, K.2013/55, 10/4/2013; E.2014/72, K.2014/141, 11/9/2014; E.2014/183, K.2015/122, 30/12/2015, § 7). Bir mali yükümlülük bu yönleri dolayısıyla yasayla yeterince çerçevelenmemişse kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfî uygulamalara yol açabilmesi mümkündür. Bu bakımdan mali yükümlülükler belli başlı ögeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek kanunlarla düzenlenmelidir (AYM, E.1986/20, K.1987/9, 31/3/1987).

64 Öte yandan kanun ile her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemenin mümkün bulunmadığı durumlarda çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idari işlem yapma yetkisi verilebilir (AYM, E.2001/36, K.2003/3, 16/1/2003; E.2003/33, K.2004/101, 15/7/2004; E.2004/14, K.2004/84, 23/6/2004; E.2010/62, K.2011/175, 29/12/2011; E.2012/158, K.2013/55, 10/4/2013; E.2014/72, K.2014/141, 11/9/2014; E.2014/183, K.2015/122, 30/12/2015, § 7).

65. Belediyelerin gelir kaynaklarının büyük bir bölümü, kamu hukukuna dayanır ve üstlendiği kamu hizmetlerinin gerektirdiği harcamaların karşılığını oluşturur. Bu nedenle belediyelerin alacakları vergi, resim, harç ve benzerlerinin Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen esaslar dairesinde kanunla konulması, aşağı ve yukarı hadlerinin belirlenmesi gerekir (AYM, E.1986/20, K.1987/9, 31/3/1987).

66. Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile vergi mükellefi bakımından vergi yükümlülüklerinin *belirliliği*nin ve *öngörülebilirliği*nin, bu bağlamda vergi mükelleflerinin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Söz konusu ölçütler mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin kanunla yapılması zorunluluğunun alt ölçütleri olarak da kabul edilmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.*, § 42).

67. Anayasa'nın 13., 35. ve 73. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına müdahalede bulunulması durumunda takdire dayalı olma ve keyfîliği önlemek için müdahalenin vergiyi doğuran olay, yükümlü, sorumlu, matrah, miktar ve oranların yukarı ve aşağı sınırları,

tarh, tahakkuk ve tahsil usulü, yaptırım ve zamanaşımı gibi verginin belli başlı temel ögelerini ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir şekilde düzenlemiş bir kanun hükmüne dayanması gerektiği anlaşılmaktadır.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

68. Başvurucu; kendi ürettiği elektrik ve kok gazını tüketenler yönünden 2464 sayılı Kanun'da verginin konusu, mükellefi, sorumlusu, matrahı, oranı ile beyan ve ödeme usulü konusunda açık bir düzenleme bulunmadığından elektrik ve havagazı tüketiminin vergilendirilmesi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuna dayanmadığını öne sürmektedir.

69. 2464 sayılı Kanun, belediye gelirlerini dört ayrı kısımda düzenlemiştir. Birinci kısım, vergileri; ikinci kısım, harçları; üçüncü kısım, harcamalara katılma paylarını kapsamaktadır. Kanun'un dördüncü kısmı ise vergi ve harç tarifelerinin tespitine ilişkin düzenlemeleri de içeren çeşitli hükümlere ayrılmıştır. Başvuruya konu olaydaki mali yükümlülük, artan belediye hizmetleri karşısında ekonomik ve mali durumun aciliyetinden dolayı tahakkuku ve tahsili kolay gelir kaynaklarının bulunması amacıyla ve mükelleflere nispeten hafif bir mali külfet yükleyeceği gerekçesiyle ilk kez 14/1/1943 tarihli ve 4375 sayılı Belediye Vergi ve Resimleri Kanununa Ek Kanun ile konulmuştur. 1/7/1948 tarihli ve 5237 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nda elektrik ve havagazından belediye payı olarak düzenlenmiş bulunan bu mükellefiyetin, 2464 sayılı Kanun ile vergi olarak alınması öngörülmüştür.

70. 2464 sayılı Kanun; belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde elektrik ve havagazı tüketimini elektrik ve havagazı vergisinin konusu, elektrik ve havagazı tüketenleri ise bu verginin mükellefi olarak belirlemiştir. Aynı Kanun verginin tahsilini ise vergi sorumluluğu esasına dayandırarak elektrik enerjisini tedarik eden ve havagazını dağıtan kuruluşların satış bedeli ile birlikte bu verginin tahsilinden ve ilgili belediyeye yatırılmasından sorumlu olduklarını öngörmüştür.

71. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında, vergiye ilişkin hukuk kurallarını yorumlama veya vergisel olay ve olguları değerlendirme gibi bir görevi bulunmamaktadır. Ancak yukarıda da değinildiği üzere somut olayda vergilendirme yoluyla başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin mevcut olduğu kuşkusuzdur (bkz. §§ 45, 46). Vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ise yukarıda da değinildiği

üzere öncelikle belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanuni temelinin bulunması gerekmektedir. Diğer bir deyişle somut başvuru bakımından Anayasa Mahkemesi, öncelikle mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden vergilendirmenin belirtilen şekilde kanuni bir dayanağının olup olmadığını tespit etmek durumundadır.

72. Diğer taraftan bu aşamada belirtmek gerekir ki mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin müdahale türü yönünden kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisinin olması müdahalenin kanuna dayalı olması gerektiği olgusunu değiştirmemektedir. Başka bir deyişle hangi müdahale türü olursa olsun mülkiyet hakkına ancak ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir bir kanun ile müdahale edilebileceği kuşkusuz olup müdahale türleri arasındaki farklılaşma ölçülülük yönünden önem taşımaktadır.

73. Elektrik ve havagazı tüketim vergisi, 2464 sayılı Kanun'un 34. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun ve yürürlüğe girdiği tarihten bu yana geçirdiği tüm değişiklikler, Resmî Gazete'de yayımlandığından başvurucu açısından ulaşılabilir niteliktedir.

74. Öte yandan başvuru konusu olayda başvurucunun kendi üretimine dayalı olsa da elektrik ve havagazı tüketiminde bulunduğu, ayrıca başvurucunun yürüttüğü faaliyetin 2464 sayılı Kanun'un 36. maddesinde sayılan istisnalar kapsamında da bulunmadığı ve dolayısıyla verginin konusuna giren bir faaliyeti gerçekleştiren başvurucunun verginin mükellefi olduğu derece mahkemelerinin kabulündedir. Buna göre 2464 sayılı Kanun'un 34., 35. ve 36. maddelerindeki hükümler ile derece mahkemelerinin bu hükümlere dayalı yorumları karşısında başvurucunun faaliyetinin verginin konusuna girdiği ve verginin mükellefi olduğu belirli ve öngörülebilecek durumdadır.

75. Somut olayda başvurucu, elektrik enerjisini tedarik eden ve havagazını dağıtan bir kuruluştan temin etmek yerine kendi ürettiği elektriği ve kok gazını tüketmektedir. İhtilaf, elektrik ve havagazı vergisinin ödenmesinde matrahın belirlenmesi ve ödenmesi gereken verginin beyan ve tahsilinin başvurucu açısından belirli ve öngörülebilir nitelikte olup olmadığı noktasındadır.

76. 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 20. maddesinde; verginin tarhı, vergi alacağının kanunlarda gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibarıyla tespit eden idari muamele olarak açıklanmıştır. Dolayısıyla bir verginin tarh edilebilmesi, verginin üzerinden hesaplanacağı matrahın kanunen belli ve

bilinebilir olmasına bağlıdır. Bu sayede mükellef mülkiyet hakkına ne ölçüde müdahale edileceğini öngörebilir. Bu nedenle matrah, verginin kanunla düzenlenmesi gereken esaslı unsurlarındandır.

77. 2464 sayılı Kanun'un 37. maddesinde elektriğin iletimi, dağıtımı ve perakende satış hizmetlerine ilişkin bedelleri hariç olmak üzere elektrik enerjisi satış bedeli ile havagazının satış bedeli verginin matrahı olarak belirlenmiş; 38. maddesinde ise bu matraha uygulanacak nispetler açıklanmıştır. Kanun, düzenleme şekli itibarıyla verginin hesaplanması için bir satış bedelinin varlığını gerekli kılmaktadır. Somut olayda başvurucu kendi ürettiği elektrik ve kok gazını tükettiği için verginin matrahının belirlenebileceği bir alım-satım ilişkisi ve satış bedeli bulunmamaktadır.

78. Danıştay Dokuzuncu Dairesinin yukarıda değinilen 6/6/2007 tarihli ve E.2006/1348, K.2007/2214 sayılı kararında kendi ürettiği elektrik enerjisini üretim yapmak amacıyla kullanan Şirket yönünden vergi matrahının nasıl tespit edileceği uyuşmazlığın konusunu oluşturmaktadır. Daire, bu konuda kanunda bir düzenleme olmadığını açıkça kabul etmiştir. Kararda, verginin matrahının belirlenmesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca belirlenen otoprodüktör enerji satış fiyatının mı yoksa Türkiye Elektrik Dağıtım ve A.Ş.nin (TEDAŞ) üçüncü şahıslara uyguladığı satış fiyatının mı esas alınacağı tartışılmıştır. Daireye göre bu hâlde davacı açısından alış fiyatı, üretilen elektriğin birim maliyet fiyatına isabet etmektedir. Daire, konuyla ilgili Yönetmelik hükmünden de hareketle vergilendirmeye esas alınacak matrahın yükümlü şirketin ürettiği elektriğin maliyet fiyatına en yakın değer olan otoprodüktör firmaların TEDAŞ'a enerji satış fiyatı olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca belirlenen fiyat olması gerektiğini ifade ederek yorum yoluyla verginin matrahını takdir etmiştir.

79. Bu durum Dairenin de kabul ettiği gibi vergi matrahının belirlenmesinde kanuni bir açıklık bulunmadığını, dolayısıyla kendi ürettiği elektriği tüketen vergi mükellefleri açısından vergi matrahının tespitinde bir belirsizlik olduğunu ortaya koymakta ve takdire dayalı uygulamalara izin vermektedir.

80. Öte yandan 213 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terrettüp eden gerçek ve tüzel kişi verginin mükellefi, verginin ödenmesi bakımından alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi ise vergi sorumlusu olarak tanımlanmaktadır. 2464 sayılı Kanun'un elektrik ve havagazı tüketim vergisinin ödenmesinde vergi sorumluluğu esasına dayandığı görülmektedir. Buna göre vergi sorumlusu, vergi mükellefine

yaptığı satış bedeli üzerinden vergiyi hesaplayarak vergiyi tahsil etmekte ve ilgili belediyeye yatırmaktadır. Başvuruya konu olayda kendi ürettiğini tüketen mükellefler yönünden ise bir satım ilişkisi ve hâliyle vergi sorumlusu olarak nitelenebilecek bir tedarikçi ve dağıtıcı kuruluş bulunmamaktadır. Kanun, verginin tahsil yöntemini vergi sorumluluğu esasına dayandırmakla birlikte vergi sorumlusunun bulunmadığı durumlarda verginin nasıl tahsil edileceği, bir başka anlatımla bu hâlde verginin mükellef tarafından mı beyan edilmesi gerektiği belirsizdir. Tahsil usulüne ilişkin bu belirsizlik, beyanname verilmemesi durumunda mükellefin idari yaptırımla karşılaşmasına sebep olabilecek niteliktedir.

81. Hâlbuki gerek verginin matrahının belirlenme yönteminin gerekse de verginin tahsil yönteminin vergilendirmenin esaslı unsurları olması nedeniyle kanunda belirli ve öngörülebilir şekilde düzenlenmesi gerekir. Bir mali yükümlülük bu yönleriyle kanunla yeterince çerçevelenmemişse kişilerin mülkiyet hakkını etkileyecek idari ya da yargısal takdire dayanan uygulamalara yol açabilmesi mümkündür.

82. Somut olayda vergi matrahının ve verginin tahsil yönteminin belirsizliği ile bu konuda süregelen idari uygulama ve yargısal yorumlar, başvurucuyu vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahale yönünden vergilerin kanuniliği ilkesinin ortaya çıkış ve düzenlenme amacına aykırı bir biçimde, vergi mükelleflerine sağlanan anayasal teminatlardan yoksun bırakmaktadır.

83. Bu durumda somut olayda başvurucunun kendisinin ürettiği elektrik ve havagazı tüketim vergisinin esaslı unsurlarının kanunla belirli ve öngörülebilir bir biçimde düzenlenmemiş olması nedeniyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13., 35. ve 73. maddelerinde öngörülen kanunilik ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

84. 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.

85. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

86. 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."

87. Başvurucu; ihlalin tespiti, maddi tazminat ve yeniden yargılama talebinde bulunmuştur.

88. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

89. *Mehmet Doğan* kararında özetle uygun giderim yolunun tespit edilebilmesi için öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan*, §§ 57, 58).

90. Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususlarında derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal

kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan*, § 59).

91. Anayasa Mahkemesi elektrik ve havagazı tüketim vergisi tahakkukuna konu beyana dayalı tarhiyatın kanuni dayanağının belirlilik ve öngörülebilirlik koşullarını taşımaması nedeniyle başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. İdarenin tesis ettiği hukuki işlemlerde belirli ve öngörülebilir bir hukuki sebebe dayanması zorunluluğu karşısında ihlalin idari işlemden kaynaklandığı söylenebilir. Bununla birlikte idarenin bu işleminden kaynaklanan ihlalin tespiti ve giderilmesi amacıyla oluşturulmuş bir mekanizma olan iptal davasında, bu amaca yönelik bir inceleme yapılmaması sebebiyle ihlalin aynı zamanda mahkeme kararından da kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

92. Bu durumda mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılmasından ve ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Hatay 1. Vergi Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

93. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 4.991,80 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 6.971,80 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Hatay 1. Vergi Mahkemesine (E.2012/588, E.2012/658, E.2012/677, E.2012/711, E.2012/967, E.2012/917, E.2012/1062, E.2012/1227, E.2013/134, E.2013/297, E.2013/398, E.2013/595, E.2013/764, E.2013/816, E.2013/854, E.2013/954, E.2014/464, E.2014/337, E.2014/245) GÖNDERİLMESİNE,

D. 4.991,80 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 6.971,80 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve 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 25/10/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

1. Olayda başvurucu kendi ürettiği elektrik ve gazı tükettiği halde kendisinden elektrik ve hava gazı tüketim vergisi alındığını, bu durumun mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

2. Mahkememiz çoğunluğunca, söz konusu elektrik ve hava gazı tüketim vergisinin, matrahın tespiti ve tahsil (ödeme) yöntemi hususlarında kanunilik şartını taşımadığı sonucuna ulaşılmıştır. Çoğunluk görüşüne göre söz konusu verginin matrahının tespiti ve tahsil yöntemine ilişkin düzenlemeler belirlilik ve öngörülebilirlik şartlarını temin etmediğinden bu şartları taşımayan bir verginin tahakkuk ettirilmesi başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edilmesine yol açmaktadır. Mahkememiz çoğunluğunca varılan ihlal sonucuna aşağıda açıklanan nedenlerle tarafımızca iştirak edilememiştir.

3. Anayasa'nın 73. maddesinde düzenlenen *verginin kanuniliği* ilkesinin amacı *temsilsiz vergi olmaz* yani yürütme organının değil, halkın temsilcilerinden oluşan parlamentoların iradesiyle ancak halktan vergi toplanabileceği ilkesini hayata geçirmektir. Bunun dışında mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bir vergi kanununun (vergi koyan bir kanunun) niteliği

hususunda Anayasa'nın genel hükümleri uygulanır. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden vergi kanunun öngörülebilir ve belirli olması gerektiği hususu artık Anayasa'nın 73. maddesinden ziyade 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

4. Genellikle bir verginin kanunilik koşulunu sağlayabilmesi için *konusunun, vergiyi doğuran olayın, matrahının, tarh, tahakkuk ve tahsil usulünün kanunla belirlenmesi gerektiği* kabul edilmektedir. Verginin kanuniliğinin bu şekilde unsurlarına ayrılarak ele alınmasının belli bir disiplin sağlaması bakımından faydalı olduğu ortadadır. Ancak tek tek bu unsurlar üzerinde yoğunlaşıldığında meselenin özünün kaçırılması söz konusu olabilir. Vergi kanunlarının belirliliği ve öngörülebilirliği meselesinin özü *bir kimsenin belli bir geliri, harcaması veya serveti nedeniyle vergi ödemesi gerekip gerekmediğini, vergi ödemesi gerekmekteyse ne kadar vergi ödeyeceğini öngörebilip öngöremediği* hususudur. Kişi; bir geliri, harcaması veya serveti için belli bir miktar vergi ödeyeceğini öngörebiliyorsa ilgili kanunun hukuk devletinin gerektirdiği nitelikte olduğu kabul edilmelidir.

5. Elektrik ve hava gazı tüketim vergisi 2464 sayılı Kanun'un 34. ve davamı maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu verginin konusu, Kanun'da açık bir biçimde, elektrik ve hava gazınınbelediye sınırları ve mücavir alanlar içinde tüketilmesi olarak gösterilmiştir. Buna göre elektrik veya hava gazının belediye veya mücavir alan sınırları içinde tüketilmesi halinde vergiyi doğuran olay gerçekleşmektedir. Kanun'a göre bu verginin mükellefi de elektrik veya hava gazını tüketenlerdir. Kanun koyucu, mükellefin kendi ürettiği elektrik veya gazı tüketmesiyle başkasından satın aldığı elektrik veya gazı tüketmesi arasında bir ayrım yapmamıştır. Her iki durumda da vergi doğmaktadır. Dolayısıyla elektrik ve hava gazı tüketim vergisinin konusu ve mükellefi ile vergiyi doğuran olayın kanunda düzenlendiği ve bu hususlarda bir belirsizliğin bulunmadığı açıktır. Nitekim çoğunluk kararında da bu unsurlar yönünden bir sorun görülmemiştir.

6. Öte yandan elektrik ve hava gazı tüketim vergisinin matrahının ne olduğu da kanunda belirlenmiştir. 2464 sayılı Kanun'un 37. maddesine göre verginin matrahı, elektriğin veya gazın satış bedelidir. Kanun'un 38. maddesinde de bu matraha uygulanacak nispetler açıklanmıştır.

7. Somut olayda başvurucunun kendisinin ürettiği elektrik veya gazın tüketimi söz konusu olduğundan ortada matraha esas alınabilecek bir

satış bedeli bulunmamaktadır. Çoğunluk kararında öz-üretimin tüketilmesi durumunda matrahın nasıl tespit edileceği hususunda kanunda bir açıklığın bulunmamasının belirsizliğe yol açtığı kabul edilmiş ve netice itibarıyla matrahın tespiti yöntemindeki belirsizlik nedeniyle mülkiyet hakkına vergilendirme yoluyla yapılan müdahalenin kanuni dayanağının bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

8. Matrahın tespiti hususunda Kanun'da öz-üretimin tüketilmesi durumunun düzenlenmediği konusunda çoğunluk görüşünde varılan sonuca katıldığımı ifade etmek isterim. Bununla birlikte bu durumun somut olayda yapılan tahakkukun öngörülebilirlik ve belirlilik koşullarını taşımadığı görüşüne katılmıyorum.

9. Ortada bir satışın bulunmaması, öz-üretimin tüketilmesi halinde vergiyi doğuran olayın gerçekleşmeyeceği anlamına gelmemektedir. Vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi matrahın tespiti meselesinden bağımsızdır. Vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği ve verginin mükellefi ile konusunun da belli olduğu bir durumda sırf matrahın tespitinde kısmi belirsizlik bulunmasından hareketle hiçbir şekilde vergi alınmayacağının söylenmesi, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerinin bağlamından kopartılması sonucunu doğurur. Bu konuda ayrıca matrahın belirlenme yönteminin somut olayın koşulları çerçevesinde öngörülebilir olup olmadığına da bakılmalıdır. Bu çerçevede yapılacak incelemede matrahın belirsizliğinin verginin ödenip ödenmeyeceği noktasında mı olduğu yoksa ödenmesi gereken verginin miktarına mı yönelik olduğu hususu önem taşımaktadır. Başvurucunun somut olayda bir miktar vergi ödeyeceğini öngörebildiği, ancak bunun miktarının idarenin tahakkuk işlemindeki kadar olabileceğini öngöremediği hallerde başvurucudan hiç vergi alınmaması sonucuna yol açacak biçimde ihlal kararı verilemez; verilmemelidir. Bu halde, yapılması gereken şey tahakkuku tümden kaldırmak değil, belirsizliğe yol açan kısmın belirsiz olduğu hükmüne varmaktır.

10. İlgili mevzuat göz önünde bulundurulduğunda başvurucunun ürettiği elektrik veya gazı tüketmesi durumunda elektrik ve hava gazı tüketim vergisi ödemesi gerektiği hususu öngörülebilir niteliktedir. Ancak ortada bir satış ilişkisi bulunmadığından kanunda öngörülen oranın uygulanabileceği matrahın ne şekilde belirleneceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durum başvurucunun ne kadar vergi ödeyeceği hususunda bir belirsizliğe yol açmaktadır. Fakat bu belirsizliğin başvurucunun vergi ödemesi gerekip

gerekmediği noktasında olmadığı, başvurucunun ödemesi gerektiği verginin miktarına yönelik olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu halde de yapılması gereken şey, başvurucudan hiç vergi alınmayacağı hükmüne varmak değil, matrahın tespiti hususunda başvurucunun en çok lehine olacak şekilde yorum yapmaktır.

11. Danıştay *satış bedeli* kavramını yorumlamış ve öz-üretimin tüketilmesi durumu bağlamında bu kavramın *maliyet bedeli*ni ifade edeceği neticesine varmıştır. Danıştayın bu yorumunun matrahın tespiti hususunda başvurucunun lehine olduğu açıktır. Bu durumda elektrik ve hava gazı tüketim vergisi ödeyeceğini öngörebilecek durumda olan başvurucu adına, maliyet bedeli esas alınarak yapılan tahakkukun somut olay bağlamında öngörülebilir olmadığı söylenemez.

12. Öte yandan; beyana dayanan vergiler kural olarak mükellef tarafından, kanunun sorumluluk öngördüğü durumlarda ise sorumlular tarafından beyan edilmektedir. Dolayısıyla kanunun bir sorumlu tarafından beyan edilmesini öngörmediği her durumda genel kural uyarınca vergilerin mükellef tarafından beyan edilmesi gerekmektedir. Verginin mükellef tarafından beyan edilmesi için kanunda açık bir düzenlemenin bulunmasına ihtiyaç yoktur. Beyan yükümlülüğü hususunda açık hüküm ihtiyacı, kanunun vergi sorumluluğu öngördüğü haller için söz konusudur. Bu durumda herhangi bir sorumlunun bulunmadığı öz-üretimin tüketilmesi hallerinde elektrik ve hava gazı tüketim vergisinin mükellef tarafından, yani elektrik veya gazı tüketen kişi tarafından beyan edilmesi gerektiği hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır.

13. Sonuç olarak başvurucu adına tahakkuk ettirilen elektrik ve hava gazı tüketim vergisinin matrahının ve ödeme yönteminin somut olayın koşulları çerçevesinde öngörülebilir olduğu görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Kadir ÖZKAYA

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ALİŞEN BAĞCAÇİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/18986)

Karar Tarihi: 25/12/2018

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	**:** Burhan ÜSTÜN
Üyeler	**:** Hicabi DURSUN
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Kadir ÖZKAYA
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	**:** Özgür DUMAN
Başvurucu	**:** Alişen BAĞCAÇİ
Vekili	**:** Av. Ercan PUTİŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru dilencilik gerekçesiyle ziynet eşyasının mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 25/11/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu 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. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

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 15/7/2015 tarihinde İzmir'in Karşıyaka ilçesi 1717 numaralı sokak ile 1719 numaralı sokağın kesiştiği yerde -başvurucunun iddiasına göre- balon satmaktadır. Karşıyaka Belediyesi (Belediye) zabıta memurları ise başvurucunun dilencilik yaptığına dair aynı tarihte bir tutanak düzenlemiştir. Ayrıca başvurucunun üzerinden çıkan yirmi altı çeyrek altın, on iki Cumhuriyet altını, bir bilezik ve 1.633,30 TL tutarındaki nakit paraya zabıta memurlarınca el konulmuştur.

10. Belediye Encümeni 4/8/2015 tarihinde, dilencilik kabahatini işlediği gerekçesiyle başvurucuya 100 TL tutarında idari para cezası verilmesine ve el konulan altın ile nakit paranın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar vermiştir.

11. Başvurucu bu işleme karşı 25/7/2015 tarihinde Karşıyaka 1. Sulh Ceza Hâkimliği nezdinde itirazda bulunmuştur. İtiraz dilekçesinde başvurucu, dilencilik yapmadığını ve balon satarak geçimini sağladığını savunmuştur.

12. İtirazı duruşmalı olarak inceleyen 1. Sulh Ceza Hâkimliği tutanak düzenleyicilerini tanık olarak dinlemiş ve 1/10/2015 tarihinde başvurucunun itirazını reddetmiştir. Kararın gerekçesinde, başvurucu ile tutanak düzenleyicisi tanıkların beyanları arasında çelişki bulunduğu ifade edilmiş; tutarlı bulunması ve oluşa uygun olması sebebiyle yeminli tanık anlatımlarına itibar edildiği belirtilerek başvurucunun dilencilik yaptığı kanaatine varıldığı açıklanmıştır. Kararda, el konulan altın ve nakit paranın iadesi yönünden ise olay tutanağı ve tanık anlatımlarına göre başvurucunun görevlilerin uyarılarına rağmen yedi gündür aynı yerde dilencilik yaptığı vurgulanmıştır. Ayrıca başvurucunun daha evvel de dilencilik yaptığı ve bu işi meslek hâline getirdiğine işaret edilerek bu sebeple söz konusu mal varlığının dilencilikten elde edilen gelirle alındığı kabul edilmiştir. Başvurucunun gelir kaynağı olarak dayandığı sigorta kaydının ise -tek başına- fiilî olarak çalışıldığını kanıtlayamayacağı açıklanmıştır.

13. Başvurucunun bu karara karşı yaptığı itiraz ise Karşıyaka 2. Sulh Ceza Hâkimliğince, itiraz edilen karardaki tespitlere ve varılan kanaate atıf yapılarak 6/10/2015 tarihinde reddedilmiştir.

14. Nihai karar 26/10/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 25/11/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesi şöyledir:

"(1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir.

(2) İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir."

17. 5326 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) İdarî para cezası, maktu veya nispi olabilir.

(2) İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.

...

(7) İdarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanır. Bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz. Bu fıkra hükmü, nispi nitelikteki idarî para cezaları açısından uygulanmaz.

..."

18. 5326 sayılı Kanun'un 18. maddesinin ilgili kısımları 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."

19. 5326 sayılı Kanun'un 33. maddesi şöyledir:

"(1) Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, dilencilikten elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.

(2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve elkoymaya kolluk veya belediye zabıta görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir veya belediye encümeni karar verir. "

B. Uluslararası Hukuk

20. 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."*

21. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolüne veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelediği elkoyma ve müsadere tedbirleri, suçla mücadele için etkili ve gerekli bir araçtır (*Raimondo/İtalya*, B. No: 12954/87, 22/2/1994, §§ 27, 30). AİHM suçtan elde edilen gelirlerin veya mal varlığının müsadere edilmesinin suçla mücadelede caydırıcılığın sağlanması ve suçtan gelir elde edilmemesinin güvence altına alınması yönleriyle kamunun yararına olduğunu kabul etmiştir (*Phillips/Birleşik Krallık*, B. No: 41087/98, 5/7/2001, § 52).

22. AİHM, gerek Avrupa ortak hukukuna gerekse de evrensel hukuk standartlarına göre yolsuzluk, kara para aklama veya uyuşturucu suçları gibi ciddi suçlar yönünden müsadere için mahkûmiyet kararının gerekli olmadığını vurgulamıştır. İkincisi haksız yere elde edilmiş olduğu varsayılan mülkün meşru kökenini kanıtlama yükümlülüğü kanunla, hukuk davaları da dâhil olmak üzere cezai olmayan müsadereye ilişkin yargılama süreçlerinde muhataplar üzerine de bırakılabilir. Üçüncü olarak müsadere tedbirinin sadece suçtan elde edilen gelirlerle ilgili değil suç gelirlerini dönüştürerek veya bu gelirlerin devri veya karıştırılması yoluyla elde edilen herhangi bir gelir veya dolayı menfaatleri içeren mülkler yönünden de uygulanabileceği belirtilmiştir. Son olarak ise AİHM'e göre müsadere tedbiri, sadece suç isnadında bulunulan şüpheli veya sanıklar yönünden değil söz konusu varlıkların elde edilmesindeki rolünü gizleyen, iyi niyetli olmayan mülk sahibi üçüncü kişiler bakımından da uygulanabilir (*Telbis ve Viziteu/Romanya*, B. No: 47911/15, 26/6/2018, § 76).

23. AİHM'e göre mülkün kamu yararına kullanılmasının kontrolü kapsamında mülke el konulması hususunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte bu yetkinin devlete tanınması kişilerin mülkünden yoksun bırakılması gibi ağır bir sonuca da yol açmaktadır. Bu nedenle başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin keyfî veya öngörülemez olmaması için bazı usule ilişkin güvenceler öngörülmelidir. AİHM kişilere, keyfî müdahalelerden korunmak amacıyla mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirlerin kanun dışı, keyfî ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması güvencesinin sağlanması gerektiğini belirtmektedir. Bu değerlendirme ise uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır (*AGOSI/Birleşik Krallık*, B. No: 9118/80, 24/10/1986, § 60; *Saccocia/Avusturya*, B. No: 69917/01, 18/12/2008, § 89; *Dzinic/Hırvatistan*, B. No: 38359/13, 17/5/2016, § 68).

24. Bu bağlamda suçtan elde edilen gelirlerin müsadere edilmesinin şikâyet edildiği *Denisova ve Moiseyeva/Rusya* (B. No: 16903/03, 1/4/2010) kararında, başvurucuların müsadereye ilişkin yargılama sürecine dâhil edilmeyerek müsadere tedbirine yönelik olarak etkili bir şekilde karşı koyabilme imkânının tanınmaması sebebiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır (*Denisova ve Moiseyeva/Rusya,* §§ 60-64).

25. Bunun yanında AİHM, müsadere ve elkoyma gibi tedbirlerin ayrıca suça konu menfaat ile orantılı olması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim *Dzinic/Hırvatistan* kararında, elkoyma 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).

26. AİHM ayrıca mülk sahibinin 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 ilişki mevcut olmasa dahi elkoyma ve müsaderenin uygulanabileceği gerçeğini yadsımamaktadır. Ancak böyle bir durumda yani elkoyma 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 ölçülülüğün 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).

27. *Riela ve diğerleri/İtalya* (B. No: 52439/99, 4/9/2001) kararına konu olayda, organize suç örgütlerinin faaliyetleri çerçevesinde elde edildiği gerekçesiyle başvurucuların taşınmazları, araçları ve şirket hisselerinin müsadere edilmesi söz konusudur. AİHM derece mahkemelerinin başvurucuların mali durumlarının özenli bir şekilde analiz edilerek müsadere edilen malların yalnızca başvurucuların kanun dışı kazançlarıyla elde edilebileceği yönündeki değerlendirmelerini dikkate alarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin takip edilen meşru amaç ile karşılaştırıldığında orantısız olmadığı sonucuna varmıştır.

28. *Phillips/Birleşik Krallık* kararına konu olayda, başvurucunun uyuşturucu madde ticareti suçundan hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmedilmiş; müsadereye ilişkin olarak ayrıca yürütülen davada da gümrük makamlarınca görevlendirilen uzman kişi tarafından düzenlenen rapora istinaden suçtan elde edildiği gerekçesiyle başvurucunun üç yıl içinde 91.400 İngiliz sterlini ödemesine karar verilmiştir. AİHM başvurucunun altı yıllık bir dönemde uyuşturucu kaçakçılığından gelir elde ettiğini ve bu parayı mal varlığı içinde akladığı yönündeki derece mahkemelerinin değerlendirmelerinin makul olduğunu, başvurucuya yeterli itiraz imkânlarının tanındığını, müsadere usulü çerçevesinde varılan kanaatin ise adil ve savunma hakkına saygılı bulduğunu belirtmiştir. AİHM sonuç olarak müdahalenin bu alanda kamu makamlarına tanınan geniş takdir yetkisi de dikkate alındığında ölçülü olduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (*Phillips/Birleşik Krallık,* §§ 50-53).

29. *Telbis ve Viziteu* kararında da AİHM, başvuruculların sanığın yakınlarının mal varlığının suçtan elde edildiği gerekçesiyle müsadere edilmesi hususunda, yolsuzlukla mücadele alanında kamu makamlarına geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu ve somut olayda müsadere tedbirinin uygulanmasına karşı başvuruculara etkili bir savunma ve itiraz hakkının tanındığı, derece mahkemelerinin kararlarının da keyfî olmadığı

gerekçeleriyle ölçülü bir müdahale olduğu sonucuna varmıştır (*Telbis ve Viziteu/Romanya*, § 81).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 25/12/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

31. Başvurucu, sigortalı olarak bir işyerinde çalıştığı hâlde meşru yollardan elde ettiğini belirttiği altın ve nakit paranın dilencilik yaptığı gerekçesiyle mülkiyetinin kamuya geçirilmesinden yakınmıştır. Başvurucu; itirazlarının derece mahkemelerince dikkate alınmadığını, gösterdiği tanıkların dinlenilmediğini ve etraflı bir mali durum araştırması yapılmadığını vurgulamıştır. Başvurucu sonuç olarak bu gerekçelerle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

32. Bakanlık görüşünde, başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuni bir dayanağının olduğu ve dilencilik yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilerek caydırıcılık sağlanması yönünde meşru bir amacının da olduğunu bildirilmiştir. Ayrıca yalnızca başvurucunun üzerinden çıkan nakit para ve altının mülkiyetinin kamuya geçirildiği,başvurucunun geçimini dilencilikten sağladığının Ceza Mahkemesince kabul edildiği ve itiraz aşamasında usul güvencelerinin sağlandığı hususlarına dikkat çekilmiştir.

33. Başvurucu cevap dilekçesinde başvuru formundaki beyanlarını yinelemiştir.

B. Değerlendirme

34. 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."*

35. 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 da ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de mülkiyetin kamuya geçirilmesine yönelik şikâyetlerinin esas itibarıyla mülkiyet hakkını ilgilendirdiği anlaşıldığından başvurucunun bütün şikâyetlerinin mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

36. 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

37. 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). Somut olayda başvurucudan el konularak mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilen nakit paranın ve ziynet eşyasının mülk teşkil ettiğinde kuşku bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

38. Anayasa Mahkemesi daha önce müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yönündeki tedbirlerin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmiş ve mülkten yoksun bırakma sonucuna yol açsa dahi niteliğini ve amacını gözeterek müdahaleleri mülkiyetin kamu yararına kullanılmasının kontrolüne veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelemiştir (*Bekir Yazıcı* [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, §§ 57-58; *Mahmut Üçüncü*, B. No: 2014/1017, 13/7/2016, §§ 67-70; *Eyyüp Baran*, B. No: 2014/8060, 29/9/2016, §§ 62-67; *Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu*, B. No: 2014/5167, 28/9/2016, §§ 58-62).

39. Somut olayda da bu ilkelerden ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurucunun nakit parası ile ziynet eşyasına dilencilik kabahatinden elde edildiği gerekçesiyle el konularak mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilmesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği açık olup kabahatten mülk edinilmemesini amaçlayan müdahalenin

yukarıda değinildiği gibi üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi uygun görülmüştür.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

40. 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."

41. 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*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 62).

i. Kanunilik

42. 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, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44; *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49; *Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

43. Somut olayda dilencilik kabahatine ilişkin olarak 5326 sayılı Kanun'un 33. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca bu kabahatten elde edildiği gerekçesiyle başvurucunun nakit parası ve ziynet eşyasına el konularak mülkiyetinin kamuya geçirildiği anlaşılmaktadır. Bu kanun hükmünün belirli,

öngörülebilir ve ulaşılabilir olduğunda bir tereddüt bulunmadığından müdahalenin kanuni bir dayanağı mevcuttur.

ii. Meşru Amaç

44. 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. 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 (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Nusrat Külah*,B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

45. Müsadere veya müsadereyle suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan meydana gelen eşyanın mahkûmiyete rağmen suçlunun elinde bırakılmamasıyla, 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 kullanılması ile dolaşımının engellenmesi hedeflenmektedir (*Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu*, § 69).

46. Suçlarla ve kabahatlerle mücadele çerçevesinde elkoyma, müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi gibi tedbirlerin önemli ve gerekli birer araç olduğu kuşkusuzdur. Bu bağlamda kabahate konu mülkün kullanılmasının ve dolaşımının engellenmesi ya da kanuna aykırı faaliyetlerden elde edilen gelir veya mal varlığının kabahatlinin elinde bırakılmaması suretiyle kabahatten gelir ya da mal varlığı elde edilmemesi amaçlanmaktadır. Somut olay bakımından da dilencilik kabahatiyle mücadele amacıyla bu kabahatten kazanç elde edilmemesi için elkoyma ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirleri uygulanmıştır. Böylelikle kabahatle mücadelede caydırıcılığın sağlanması ve yeni kabahatlerin işlenmesinin önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Dolayısıyla müdahalenin kamu yararına dayalı, meşru bir amacının olduğu kuşkusuzdur.

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

47. Son olarak kamu makamlarınca başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

48. 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, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

49. Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine göre ölçülü olabilmesi için her şeyden önce öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye elverişli olması zorunludur. Diğer taraftan müdahalede bulunulurken ilgili kamu yararı amacını gerçekleştirmeye en uygun aracın seçilmesi gerekmektedir. Bu alanda hangi araçların tercih edileceği ise öncelikli olarak daha isabetli karar verebilecek konumda olan ilgili kamu makamlarının yetkisindedir. Bu nedenle hangi aracın tercih edileceğinin belirlenmesi hususunda idarelerin belli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Ne var ki seçilen aracın gerekliliğine ilişkin olarak idarelerin sahip 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 (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Hamdi Akın İpek*, B. No: 2015/17763, 24/5/2018, § 108; *Hanife Ensaroğlu*, B. No: 2014/14195, 20/9/2017, § 67).

50. Orantılılık 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. Müdahalenin orantılılığını değerlendirirken Anayasa Mahkemesi; bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini, diğer taraftan da müdahalenin niteliğini, başvurucunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını gözönünde bulundurarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60).

51. Anayasa'nın 35. maddesi usule ilişkin açık bir güvenceden söz etmemektedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunabilmesi bakımından bu madde, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da ifade edildiği üzere mülk sahibine müdahalenin kanun dışı veya keyfî ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması güvencesini kapsamaktadır. Bu değerlendirme ise uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır (*Züliye Öztürk*, B. No: 2014/1734, 14/9/2017, § 36; *Bekir Yazıcı*, § 71).

52. Ayrıca mülkiyet hakkına müdahaleye yol açan tedbirlerin keyfî veya öngörülemez biçimde uygulanmaması gerekmektedir. Aksi takdirde mülkiyet hakkının etkin bir biçimde korunması mümkün olmaz. Bu sebeple kamu makamlarınca başvurucunun eylemi ile tedbire yol açan kanuna aykırılık arasında bağlantı olduğunu gösterir makul bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda elkoyma veya müsadere gibi tedbirler yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin bireyin menfaatleri ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengeyi bozmaması için suça veya kabahate konu eşyanın malikinin davranışı ile kanunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağının olması ve *iyi niyetli* eşya malikine eşyasını -tehlikeli olmaması kaydıyla- geri kazanabilme olanağının tanınması veya iyi niyetli malikin bu nedenle oluşan zararının tazmin edilmesi gerekmektedir (*Bekir Yazıcı*, §§ 31-80; *Hanife Ensaroğlu*, § 66; *Hamdi Akın İpek*, § 115).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

53. Somut olayda mülkiyetin kamuya geçirilmesi yoluyla yapılan müdahalenin kabahatten gelir veya mal varlığı elde edilmemesi yönündeki

amacı gerçekleştirmek için *elverişli* bir araç olduğunda tereddüt bulunmamaktadır.

54. Müdahalenin *gerekliliği* bakımından ise öncelikle yukarıda da değinildiği üzere kabahatlerle mücadele çerçevesinde hangi araçların seçileceği konusunda kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisinin olduğunu belirtmek gerekir. Bunun yanında başvurucuya söz konusu kabahat eylemi nedeniyle yalnızca idari yaptırımlar uygulandığı ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının ise başvurucunun üzerinden çıkan ziynet eşyası ve nakit para yönünden uygulandığı vurgulanmalıdır. Dolayısıyla belirtilen gerekçeler ve kamu makamlarının bu alandaki takdir yetkileri dikkate alındığında somut olayın koşulları altında müdahalenin *gerekliliği* hususunda yapılan değerlendirmenin aksi bir sonuca ulaşmayı gerektirecek bir nedeni bulunmamaktadır.

55. Somut olaydaki müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesi bakımından asıl önem taşıyan ölçüt *orantılılık*tır. 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.

56. Bu bağlamda ilk olarak başvurucuya uygulanan tedbire karşı iddia ve savunmalarını etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınıp tanınmadığı değerlendirilmelidir. Başvurucu, mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararına karşı iki aşamalı olarak itiraz edebilmiş; kendisini vekil ile temsil ettirdiği, duruşmalı olarak görülen itiraz sürecinde savunma ve delillerini sunabilmiştir. Her ne kadar başvurucu, gösterdiği tanıklarının dinlenilmediğini öne sürmüş ise de itiraz dilekçesi incelendiğinde başvurucunun tanık deliline dayanmadığı görülmüştür. Başvurucunun dilekçesinde belirttiği delillerin ise diğer deliller ile birlikte derece mahkemelerince değerlendirilerek bir sonuca varıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleye karşı başvurucunun etkin bir biçimde itiraz edebilme olanağı bulduğu ortadadır.

57. Başvurucu esas itibarıyla dilencilik kabahatini işlemediğini ve mülkiyeti kamuya geçirilen ziynet eşyası ile nakit paranın da dilencilikten elde edilmediğini belirtmektedir. Ancak delillerin değerlendirilmesi ve hukuk kurallarının yorumlanması kural olarak ilk elden bu delillere ulaşma

imkânı bulunan derece mahkemelerinin takdirindedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkına müdahaleye yol açan tedbirlerin keyfî veya öngörülemez biçimde uygulanmaması gerekmektedir. Aksi takdirde mülkiyet hakkının etkin bir biçimde korunması mümkün olmaz. Bu sebeple kamu makamlarınca başvurucunun eylemi ile tedbire yol açan kanuna aykırılık arasında bağlantı olduğunu gösterir makul bir değerlendirme yapılmalıdır.

58. Başvuruya konu olayda Sulh Ceza Hâkimliği tutanak düzenleyicilerini duruşma sırasında tanık olarak dinlemiştir. Sulh Ceza Hâkimliğince aralarında husumet olmadığı gerekçesiyle anlatımlarına itibar edilen bu kişilerin beyanları ile olay tutanağına göre başvurucunun kendisini acındırarak para istemek suretiyle dilencilik yaptığının tespit edildiği kanaatine ulaşmıştır. Diğer taraftan itiraz üzerine verilen kararın gerekçesinde, başvurucunun yaklaşık bir hafta arayla aynı yerde dilencilik yaptığı yönündeki tespite dayalı olarak dilencilik yaparak geçimini sağladığı belirtilen başvurucunun üzerinde taşıdığı nakit para ve ziynet eşyasının da dilencilikten elde edildiği kabul edilmiştir. Başvurucunun sosyal güvenlik kaydı ise -tek başına- zabıta görevlilerinin saptadığı somut olgunun aksini ispat için yeterli bir kanıt olarak görülmemiştir. Başvurucu ise kendisine yeterli imkân da tanındığı hâlde bu kanaatin aksini ispatlayan yeterli ve somut bir delil sunamamıştır. Dolayısıyla derece mahkemelerinin kararlarının keyfî olduğu veya bariz bir takdir hatası içerdiği söylenemez.

59. Ayrıca başvurucunun yalnızca dilencilik kabahatinin işlendiğinin kamu makamlarınca tespit edildiği sırada yanında taşıdığı ziynet eşyası ve nakit parasına el konularak mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verildiği görülmektedir. Buna göre başvurucunun başkaca bir geliri veya mal varlığı olup olmadığı araştırılarak ayrıca bir yaptırım veya tedbir uygulanması yoluna da gidilmemiştir. Bu durumda başvurucu, dilencilikten elde ettiği gelirin üzerinde bir mülke el konulduğunu gösteren somut bir delil de sunamadığından şikâyete konu mülkiyetin kamuya geçirilmesi yönündeki müdahalenin -korunan hukuki menfaat ile karşılaştırıldığında- açık bir orantısızlık içermediği anlaşılmıştır. Son olarak başvurucunun işlediği kabul edilen kabahatin sonuçlarını öngörebilecek durumda olduğu ve şikâyet ettiği müdahaleye ise kendi ağır kusuruyla yol açtığı dikkate alınmalıdır.

60. Bu itibarla dilencilik kabahatinden elde edildiği gerekçesiyle başvurucunun yanında taşıdığı ziynet eşyasının ve nakit parasının mülkiyetinin kamuya geçirilmesi şeklindeki mülkiyet hakkına yapılan

müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen güvencelerin somut olayda gerçekleştirilmiş olması nedeniyle içerdiği kamu yararı amacı ile karşılaştırıldığında başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemediği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla başvurucunun mülkiyet hakkı ile müdahalenin kamu yararı amacı arasında olması gereken adil dengenin bozulmadığı ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.

61. Açıklanan gerekçelerle 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 25/12/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

ADİL YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ORHAN KILIÇ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/4704)

Karar Tarihi: 1/2/2018

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
Raportörler	**:** Akif YILDIRIM
	Abuzer YAZICIOĞLU
Başvurucu	**:**Orhan KILIÇ
Vekili	**:** Av. Şamil KILIÇARSLAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/4/2014 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. Aynı başvurucuya ait 2014/5445 sayılı bireysel başvuru dosyası kişi ve konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2014/4704 sayılı dosya üzerinde birleştirilmiştir.

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. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

9. İkinci Bölüm tarafından 4/10/2017 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

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

11. Olayların geçtiği tarihlerde M.E. ve Ö.Ö. Fatih İlçe Emniyet Müdürlüğü Çocuk Büro Amirliğinde polis memuru olarak görev yapmaktadır.

12. Anılan polis memurlarının iddiasına göre 17/1/2011 tarihinde başvurucu, yanlarına yaklaşarak kendisini Sertif Kılıç olarak tanıtıp uyuşturucuya ihtiyaçları olup olmadığını sormuş; bunun üzerine daha fazla uyuşturucu madde ele geçirmek için başvurucu ve diğer şüphelinin yaşadığı eve gidilmiş ve evde bulunan (nitelikleri tutanakta belirtilen) uyuşturucu maddeye el konulmuştur.Başvurucu ise bu iddiaları kabul etmemiştir.

13. Anılan konutta 17/1/2011 tarihinde ele geçirilen uyuşturucu maddeler muhafaza altına alındıktan yaklaşık on sekiz saat sonra durum Cumhuriyet savcısına bildirilmiş ve bu işlemle ilgili olarak 18/1/2011 tarihli ve 14.03 saatli tutanak düzenlenmiştir. Tutanakta, başvurucunun polis memurlarına yaklaşarak uyuşturucu satma teklifinde bulunduğu ve polislerin daha fazla uyuşturucuya ulaşmak düşüncesiyle başlangıçta alıcı gibi hareket ettikleri, evden hassas terazi, çok sayıda uyuşturucu hap, değişik miktarlarda kokain ve eroin maddesi ele geçirildiği ifade edilmiştir. Anılan tutanakta kolluk görevlileri M.E. ve Ö.Ö.nün imzası bulunmaktadır.

14. Daha sonra Cumhuriyet Başsavcılığının telefonla verdiği talimat üzerine olaya müdahale eden kolluk görevlileri L.D., A.A., E.Ü. ve E.K. tarafından 18/1/2011 tarihli ve 22.00 saatli tutanak düzenlenmiştir. Başvurucu ve yanındakilerle birlikte önceki tutanağı düzenleyen kolluk görevlileri M.E. ve Ö.Ö. hakkında yasal işlemler başlatılmış; evde ele geçirilen suç eşyaları (442.9 g kokain ve 6082.0 g amfetamin tabletler, 245 ml amonyak ve hassas terazi) M.E. ve Ö.Ö. tarafından diğer kolluk görevlilerine teslim edilmiştir.

15. Soruşturmalar sonucunda başvurucu ile arama ve yakalama işlemi yaparak 18/1/2011 tarihli ilk tutanağı düzenleyen kolluk görevlileri M.E. ve Ö.Ö. hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 1/3/2011 tarihli iddianamesiyle rüşvet ve irtikâp suçlarındankamu davası açılmıştır. İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesince, anılan polis memurları yakaladıkları uyuşturucu maddelerle ilgili yasal işlem yapmama karşılığında başvurucu ile anlaşma yaptıkları gerekçesiyle rüşvet suçundan mahkûm edilmiştir. Söz konusu karar 26/6/2012 tarihinde kesinleşmiştir.

16. Soruşturma kapsamında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 8/3/2011 tarihli iddianamesiyle başvurucu ile birlikte aynı evde yakalanan V.K. hakkında uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma suçundan İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesinin (Mahkeme) E.2011/98 sayılı dosyasında kamu davası açılmıştır.

17. Bu arada İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 20/3/2013 tarihli iddianamesiyle kolluk görevlileri M.E. ve Ö.Ö. hakkında konut dokunulmazlığını ihlal ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından da kamu davası açılmıştır. Yargılama sonunda atılı suçlardan hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünde verilen karar 13/12/2013 tarihinde kesinleşmiştir.

18. Mahkemenin 15/12/2011 tarihli kararıyla (E.2011/98) uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma suçunu işlediği kanaatine ulaşılarak başvurucunun 7 yıl 6 ay hapis ve 150 gün adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Kararın gerekçe kısmı şöyledir:

"Olay nedeniyle polis memurları [M.E.] *ve* [Ö.Ö.] *tarafından düzenlenen sayfa 122'de bulunan tutanak ile polis memurları* [L.D.], [A.A.], [E.Ü.] ve [E.K.] *imzasını içeren olay tespit, C.savcısı telefon görüşme ve talimat tutanağı, polis memurları* [Ö.Y.], [M.B.], [H.M.] *ve* [Y.B.] *imzasını içeren 18.01.2011 günü saat 20.14'de düzenlenen tutanak, tartı ve tespit tutanağı, ev arama tutanakları, teşhis tutanakları, 03.02.2011 tarihli İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarı müdürlüğünce düzenlenen ekspertiz raporu ile diğer tutanak ve belgeler dosyadadır.*

Dosyada mevcut olay tespit, C.Savcısı telefon görüşme ve talimat tutanağı, polis memuru [M.E.] *ve* [Ö.Ö.] *imzasını içeren 18.01.2011 tarihli tutanak, keza polis memurlarından* [Ö.Y.] *ve arkadaşlarınca düzenlenen 18.01.2011 tarihli tutanağın birlikte değerlendirilmesinden: sanık Orhan Kılıç'ın* [başvurucu] *uyuşturucu madde kullanıcısı olmadığı,* [V.K.nın] *kaldığı konutta ele geçirilen uyuşturucu maddelerin sahibi ya da ortağı olduğu kabul edilmiştir. Zira bu sanık haklarında sonradan rüşvet suçundan kamu davası açılan tutanak imzacısı* [M.E.] *ve* [Ö.Ö.] *ile rüşvet pazarlığına girişmiş, onlara suça konu olayın ortaya çıkarılmaması, hakkında uyuşturucu madde ticareti yapılmasından tutanak tutulmamasının temini için rüşvet teklif etmiş, onun teklif ettiği rüşvet polis memurları tarafından kabul edilmiş ve olay gecesi saat 20:00'den itibaren ertesi gün saat 12:00'ye kadar beklenmiş, beklenen süre sonunda sanık* [V.K.nın] *temin edip getirterek polis memuru sanıkların yönlendirdiği kişiye vaat edilen paranın teslim edilmemesi sonucu olay daha sonra ilgili makamlara ihbar edilerek resmiyete konulmuştur. Olay nedeniyle düzenlenen tutanaklar ve sanıkların ifadesi ve* [M.E.] *ve* [Ö.Ö.nün] *aşamalardaki ayrıntılı ifadelerinin karşılaştırılmalı olarak değerlendirilmesiyle; sanık Orhan Kılıç'ın suça konu uyuşturucu maddelerle bağlantılı olduğu, polis memurları tarafından ele geçirilen uyuşturucu maddeler nedeniyle tutanak tutulup ilgili mercilere intikal ettirilmemesi için polis memurları ile pazarlık yaptığı, sonunda vaat ettiği parayı temin edip, teslimini sağlayamaması üzerine ilgili polis memurlarının da her iki sanık hakkında işlem yaptığı açıklıkla*

anlaşılmaktadır. Bu nedenle sanık Orhan Kılıç'ın uyuşturucu maddelerle ilgisi olmadığı, içmek için uyuşturucu madde satın almak için geldiği yerde yakalanınca nişanlı olup, ilerde düzeninin bozulmaması için polis memurlarının baskısı sonucu onların talebini kabul ettiği yolundaki savunmasına itibar edilmemiştir.

Ayrıca polis memurları [M.E.] *ve* [Ö.Ö.] *işten ayrılıp, sivil giyimli olarak sokakta yürüdükleri sırada, sanık Orhan Kılıç'ın yanlarına yaklaşıp kendisinde uyuşturucu madde olduğunu belirterek, isteyip istemediklerini sorduğunu, ondan daha fazla uyuşturucu madde istediklerini, daha sonra onun kendilerini diğer sanığın ev*[ine] *getirdiğini bildirmişlerdir ki, bu tanıkların anlatımının bu bölümünün doğru olduğu, sanık Orhan Kılıç'ın olayın başlangıcına ilişkin anlatımlarının gerçeği yansıtmadığı kabul edilmiştir.*

Toplanan tüm kanıtların birlikte değerlendirilmesiyle; olay tarihinde [V.K.nın] *kaldığı evde ele geçirilen tüm uyuşturucu maddelerin, Orhan Kılıç'a ait olduğu,* [V.K.nın] *uyuşturucu maddelerin korunması, pazarlanması konusunda para ile tutulmuş birisi olmakla birlikte zaman zaman evde bulunan uyuşturucu maddeleri pazarladığı kanaatine varılmıştır. Sanık Orhan Kılıç'ın uyuşturucu maddenin gerçek sahibi mi yoksa ortağı mı olduğu net değildir. Ancak uyuşturucu maddenin tek başına sahibi olabileceği gibi başka bir kişi ile birlikte ortağı da olabileceği kabul edilmiştir. Gerçi* [V.K.] *ifadelerinde Hacı diye birisinden bahsetmekte ise de, o kişinin Orhan Kılıç olup olmadığı net değildir. Orhan Kılıç olması ihtimali bulunduğu gibi, Orhan Kılıç'ın ortağı birisi de olması ihtimali sözkonusudur. Ancak her halükarda Orhan Kılıç'ın uyuşturucu maddelerle ilişkisi olduğu, yani uyuşturucu maddenin sahip ve ortağı olduğu, diğer sanık* [V.K.] *vasıtası ile uyuşturucu maddeleri pazarladığı sonuç ve kanaatine varılarak her iki sanık hakkında aşağıda yazılı olduğu gibi hüküm kurulması mahkememizce uygun görülmüştür."*

19. Anılan hüküm Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 14/1/2014 tarihli kararıylaonanmıştır. Başvurucu, nihai karardan 25/3/2014 tarihinde haberdar olmuştur.

20. Başvurucu 10/4/2014 tarihinde ve başvurucu vekili ise 4/4/2014 tarihinde ayrı ayrı bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV.İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

21.17/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Şüpheli veya sanıkla ilgili arama"* kenar başlıklı 116. maddesi şöyledir:

"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."

22. 5271 sayılı Kanun'un *"Arama kararı"* kenar başlıklı 119. maddesi şöyledir:

"(1) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.

(2) Arama karar veya emrinde;

a) Aramanın nedenini oluşturan fiil,

b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,

c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi,

Açıkça gösterilir.

(3) Arama tutanağına işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır. (Mülga ikinci cümle: 25/5/2005 – 5353/15 md.)

(4) Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.

(5) Askerî mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir."

23. 5271 sayılı Kanun'un *"Delillerin ortaya konulması ve reddi"* kenar başlıklı 206. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur:

a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse.

..."

24. 5271 sayılı Kanun'un *"Delilleri takdir yetkisi"* kenar başlıklı 217. maddesi şöyledir:

"(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

(2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir."

25. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti"* kenar başlıklı 188. maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan (3) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

"(3) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, beş yıldan onbeş yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(4) Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin eroin, kokain, morfin veya bazmorfin olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır."

2. Yargı Kararları

26. Yüce Divanın 19/12/2012 tarihli ve E.2011/1, K.2012/1 sayılı kararında konuya ilişkin şu ifadelere yer verilmiştir:

"Çağdaş hukuk sistemlerinde, hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında hükme esas alınıp alınamayacağı hususunda iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamu yararı ile kişinin hukuka aykırı olarak delil toplanması sırasında ihlal edilen hakkının dengelenmesi, kamu yararının

ağır basması hâlinde hukuka aykırı olarak toplanmış olan delillerin hükme esas alınması, aksi hâlde bunların hükme esas alınmaması gerekir. İkinci görüşe göre ise delillerin hukuka aykırı olarak toplanması sırasında kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilip edilmediği, maddi gerçeğin araştırılmasındaki kamu yararının ağırlığı dikkate alınmaksızın elde edilen hukuka aykırı deliller hükme esas alınmamalıdır.

Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında, 'Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak değerlendirilemez.'; 5271 sayılı Kanun'un 217. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, 'Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir' denilmiştir. Aynı Kanun'un 206. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, ortaya konulması istenilen bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağı; 230. maddesinde (1) numaralı fıkrasında ise mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtileceği, bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterileceği kurala bağlanmıştır. Söz konusu kurallar dikkate alındığında, hukukumuzda toplanmaları sırasında kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılması yasaklanarak ikinci görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte doktrinde ve kimi Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında belirtildiği üzere, delillerin toplanması için yapılan işlemlerin geçerliliğini etkilemeyen şekle ilişkin basit usul hatalarının bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir..."

27. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25/11/2014 tarihli ve E.2014/8-166, K.2014/514 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Esrar bulundurduğu yönünde gelen ihbar üzerine, hakim kararı alınmaksızın yapılan aramada ele geçen suça konu kurusıkıdan çevrilme tabancaya elkonulmuş ise de, arama emrinin verilmesinden bir gün önce arama kararı verilmesi talebinin sulh ceza hakimi tarafından reddedildiği ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulmadığı gibi, gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının ya da hakim tarafından verilen ret kararına karşı kanun yoluna başvurulmasının gecikmeye neden olacağı ve bunun da telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de dosyada mevcut değildir. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcısının arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken

kanuni şartlar oluşmadan, verilen arama emri ile buna dayalı olarak gerçekleştirilen arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonucu elde edilen suça konu tabanca ve eklerinin de hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delil olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla; sanığın evinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işlemi sonucu elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmaması isabetlidir."

28. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23/2/2016 tarihli ve E.2014/5.MD-98, K.2016/83 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında istikrarlı bir biçimde; dürüst ve adil bir yargılamadan söz edilebilmesi için, delillerin elde edilme yol ve yöntemi dahil olmak üzere yargılamanın bütün olarak adil olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Emniyet müdürlüğü talep yazısında, hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi istenilen cep telefonu numarasının, aynı adliyede birinci sınıf hâkim olarak görev yapan sanık [C.D.nin] *kullanımında olup, açık kimlik bilgileri ve adresi bilinmeyen yabancı uyruklu Olga Buzadji adına kayıtlı bulunduğu açıkça bildirilmesine rağmen, Cumhuriyet savcılığınca sulh ceza mahkemesinden talepte bulunulurken telefon numarası ve kayıtlı olduğu kişilere ilişkin kimlik bilgileri doğru yazılmasına rağmen kullanıcı olarak diğer sanık* [M.E.nin] *gösterildiği, sulh ceza mahkemesince de tedbir uygulanacak kişi olarak kararda* [M.E.nin] *isminin yazıldığı anlaşılmaktadır. Sulh ceza mahkemesi tarafından verilen 23.07.2009 tarih ve 989 değişik iş sayılı iletişimin tespitine ilişkin bu karar, CMK'nun 135/3. maddesine aykırı olup, hukuka aykırı bu kararla elde edilen delillerin mahkûmiyet hükmüne esas alınması mümkün değildir.*

Bu itibarla hukuka aykırı yolla elde edilen bu deliller değerlendirme dışı bırakıldıktan sonra sanık ile ilgili bir karar verilmesi gerekmektedir."

29. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14/3/2017 tarihli ve E.2016/20-348, K.2017/140 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Sanık [B.nin] *olay tarihinde evinde yakalandığını ve burada yapılan arama sonucu pantolonunun cebindeki uyuşturucu maddelerin*

bulunduğunu savunması, inceleme dışı sanık [İ.nin] *bu savunmayı destekleyecek şekilde, sanık* [B.nin] *polisler tarafından evinde yakalandığını ve evde arama yapıldığını beyan etmesi ile kolluk görevlileri tarafından düzenlenen tutanağın, suçun konusu ve delili olan uyuşturucu maddelerin nerede ve nasıl ele geçirildiğine ilişkin bir açıklık taşımaması karşısında, arama işleminin sanık* [B.nin] *konutunda yapıldığı şüphesinin hasıl olduğu ve bu durumun sanık lehine değerlendirilmesi gerektiği, öte yandan* [sanık H.nin] *üzerinde ele geçen maddenin de uyuşturucu veya uyarıcı niteliğinde olmadığı nazara alındığında, sanık* [B.nin] *konutunda yapılan aramanın, Anayasanın 21 ve CMK'nun 119/1. maddelerine aykırı olduğu kabul edilmelidir.*

Bu itibarla, adli arama kararı alınmadan yapılan arama işlemi sonucunda hukuka aykırı şekilde ele geçirilen suçun maddi konusu ve delili niteliğindeki uyuşturucu maddenin hükme esas alınamayacağı ve buna bağlı olarak da suçun unsurları oluşmayacağı anlaşıldığından, haklı nedene dayanmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir."

B. Uluslararası Hukuk

1. İlgili Sözleşme

30. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan ... bir mahkeme tarafından davasının ... hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir..."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

31. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), hakkaniyete uygun yargılanma hakkının -ceza muhakemesini ilgilendiren boyutunda- savunma hakkı ile bağlantılı olduğunu vurgulamaktadır; delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili olarak somut davada kullanılan delillerin sanığın hazır bulunduğu duruşmada "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkeleri gözetilerek tartışılıp tartışılmadığını ya da söz konusu delillerin yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmamasına etkisini değerlendirmektedir (*Tamminen/Finlandiya*, B. No: 40847/98, 15/6/2004, §§ 40, 41; *Barberà, Messegué ve*

Jabardo/İspanya, B. No: 10590/83, 6/12/1988, §§ 67, 68, 81-89). Delil sunmak veya bazı belgeleri istemek gibi davanın taraflarının inisiyatifine bırakılan konularda dahi mahkemenin gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fırkasındaki hakları güvence altına alma pozitif yükümlülüğü bulunduğuna değinilmektedir (*Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya*, § 76).

32. AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı" kapsamındaki güvencelere aykırı olarak elde edilen delillerin mahkûmiyete esas alınmasının yargılamanın hakkaniyete uygun olmadığı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılması bakımından tek başına yeterli bir ölçüt olmadığını vurgulamaktadır. Bunun için yürütülen ceza soruşturmasının iç hukukta bir dayanağının var olması, delillerin sıhhati veya gerçekliği konusunda kuşkuya düşülmesini haklı kılan sebeplerin bulunmaması veya bulunsa dahi destekleyici diğer deliller sayesinde bu kuşkuların giderilmiş olması ve sanığa delillerin gerçekliğine etkili bir şekilde itiraz etme fırsatının tanınmış olması şartlarını aramaktadır (*Schenk/İsviçre*, B. No: 10862/84, 12/7/1988, §§ 45, 46, 48; *Desde/Türkiye*, B. No: 23909/03, 1/2/2011, § 124, *Khan/Birleşik Krallık*, B. No: 35394/97, 12/5/2000, §§ 36-38).

33. AİHM, bariz bir şekilde keyfî olmadıkça belirli bir kanıt türünün -iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıtlar da dâhil olmak üzere- kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvurucunun suçlu olup olmadığına karar vermenin kendi görevi olmadığını kararlarında ifade etmektedir. AİHM, kanıtların elde edilme yöntemi de dâhil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını ve Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliğini inceleme konusu yapmaktadır (*Jalloh/Almanya* [BD], B. No: 54810/00, 11/07/2006, § 95; *Ramanauskas/Litvanya* [BD], B. No: 74420/01, 5/2/2008, § 52; *Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya*, B. No: 11082/06, 13772/05, 25/7/2013, § 699).

34. AİHM'e göre iç hukukta yeterli hukuki temeli bulunmadan veya hukuka aykırı vasıtalar kullanılarak elde edilmiş materyallerin yargılamada kanıt olarak kullanılması kural olarak -başvurucuya gerekli usule ilişkin güvencelerin sağlanmış olması ve materyalin baskı, zorlama ve tuzak gibi yargılamayı lekeleyebilecek yöntemlerle elde edilmemiş olması şartıyla- Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil yargılanma

standartlarına aykırılık oluşturmaz (*Chalkley/Birleşik Krallık* (k.k.), B. No: 63831/00, 26/9/2002).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

35. Mahkemenin 1/2/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

36. Başvurucu, olay tarihinde hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerle hakkında mahkûmiyet kararı verildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu; hakkında arama ve el koyma işlemi yapan kolluk görevlilerinin rüşvet, konut dokunulmazlığını ihlal ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından yargılanarak cezalandırıldıklarını vurgulamıştır. Bahsi geçen kolluk görevlilerinin suçlarının sabit olduğunu ifade eden başvurucu, bu nedenle haksız biçimde hürriyetinin kısıtlandığının açık olduğunu iddia etmiş ve yeniden yargılama talebinde bulunmuştur.

37. Bakanlık görüşünde, benzer olaylara ilişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarına atıfta bulunularak AİHM'in yasak delillere ilişkin belirli bir kataloğunun olmadığı, hukuka aykırı delillerin yargılamanın sonucuna etkisinin belirlenmesi gerektiği ve yargılamanın bir bütün olarak adil bir şekilde tamamlanmasının daha önemli olduğu belirtilmiştir. Bakanlık görüşüne karşı başvurucu, bireysel başvuru dilekçesindeki iddialarını tekrarlamıştır.

B. Değerlendirme

38. 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."*

39. Anayasa'nın *"Suç ve cezalara ilişkin esaslar"* kenar başlıklı 38. maddesinin altıncı fıkrası şöyledir:

> *"Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez."*

40. 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 iddiaları adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

41. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

42. Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak bu amacın gerçekleştirilmesi için yapılan araştırma faaliyetleri sınırsız değildir. Maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde ortaya çıkarılması, ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için gereklidir. Bu bakımdan ceza yargılamasında hukuka uygun yöntemlerle delil elde edilmesi, hukuk devletinin temel ilkelerinden sayılmaktadır. Bu kapsamda Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında da kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

43. Anayasa'nın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca değerlendirme yaptığı birçok kararında, kanuni bir temele dayanmadan veya hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasıyla ilgili olarak ileri sürülen iddiaları adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında incelemektedir. Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında bu konuda yapılan değerlendirmelerde Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrası da dikkate alınmaktadır.

44. Ancak bireysel başvuruya konu davadaki eylemlerin kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, delillerin kabul

edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Dolayısıyla somut başvuruyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin rolü, derece mahkemelerince yapılan değerlendirmelerin ve varılan sonuçların hukuka uygunluğunu denetlemek değildir. Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir.

45. Bununla birlikte kanuni bir temeli olmadan elde edildiği veya elde ediliş yöntemi bakımından hukuka aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen veya derece mahkemelerince hukuka aykırı olduğu tespit edilen delillerin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılmasının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bakımından sorun oluşturabileceği dikkate alınmalıdır. Ceza muhakemesinde delillerin elde ediliş şekli ve mahkûmiyete dayanak alınma düzeyleri, yargılamanın bütününü hakkaniyete aykırı hâle getirebilir.

46. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesinin görevi, belirli delil unsurlarının hukuka uygun şekilde elde edilip edilmediğini tespit etmek değildir. Anayasa Mahkemesinin görevi, hukuka aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen veya derece mahkemelerince hukuka aykırı olduğu tespit edilen delillerin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılıp kullanılmadığını ve bu "hukuka aykırılığın" bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemektir (Benzer yöndeki bir karar için bkz. *Yaşar Yılmaz*, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, § 46).

47. Bu konuda değerlendirme yapılırken delillerin elde edildiği koşulların onların gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde şüphe doğurup doğurmadığının da dikkate alınması gereklidir (*Güllüzar Erman*, B. No: 2012/542, 4/11/2014, § 61). Hakkaniyete uygun bir yargılama, delillerin gerçekliği ve güvenilirliği konusundaki kuşkuların giderilmesini ve delillerin güvenilirliğine ve gerçekliğine etkili bir şekilde itiraz etme fırsatının tanınmış olmasını zorunlu kılmaktadır.

48. Anayasa Mahkemesi; delillere yönelik hukuka aykırılık iddialarıyla ilgili olarak başvuruculara delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediğini, bu konuda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin gözetilip gözetilmediğini,

savunmanın menfaatlerinin korunması için onlara yeterli güvenceler sağlanıp sağlanmadığını incelemektedir.

49. Bununla birlikte işkence ve kötü muamele gibi yasak yöntemlerle elde edilen delillerin mahkûmiyet hükmüne varılırken kullanılması, adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Zira işkence ve kötü muamele sonucunda elde edilen delillerin kabul edilebilirliğine karar verilmesi, mutlak surette yasaklanan işkence ve kötü muameleye yönelik bir tolerans olarak değerlendirilme ve bu noktada ilgili kamu görevlerinin bu yöntemlere başvurmalarını teşvik gibi sonuçlar doğurabilir (Benzer yöndeki bir karar için bkz. *Güllüzar Erman*, § 64).

50. Yukarıda belirtilen anayasal gereklilikler, ilgili usul kanunlarında Anayasa'dan daha ileri düzeyde güvenceler sağlanarak kurala bağlanmıştır. Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 217. maddesinin (2) numaralı fıkrasında *"Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir."* denilmiştir. Aynı Kanun'un 206. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, ortaya konulması istenen bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağı; 230. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtileceği, bu kapsamda dosya içinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterileceği belirtilmiştir.

51. Bireysel başvuru incelemelerinde ölçü norm Anayasa olup kanuna uygunluk denetimi yapılmamaktadır. Kanuni bir temele dayanmadan veya hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin kabul edilmesinin yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelemediğinin Anayasa'nın 36. ve 38. maddeleri açısından değerlendirilmesinde -yargılamanın bütünlüğü içinde- somut davanın kendine özgü koşulları dikkate alınmalıdır.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

52. Arama ve el koyma koruma tedbirleri, 5271 sayılı Kanun'un *"Koruma Tedbirleri"* başlıklı dördüncü kısmının 116. ile 134. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 116. maddesinde, suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe mevcutsa şüphelinin veya sanığın konutunun aranabileceği; 117. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla diğer bir kişinin de konutunun aranabileceği; (2) numaralı fıkrasında ise aramanın yapılabilmesinin suçun

delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı olduğu ifade edilmiştir. Aynı Kanun'un 119. maddesinde ise konutta aramanın hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

53. Somut olayda konutta yapılan aramanın 5271 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen maddelerine aykırı şekilde yapıldığı açıktır. Kolluk görevlilerinin konutta arama yapmaları için hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri bulunmamaktadır Arama belli bir süre (yaklaşık on sekiz saat) sonra nöbetçi Cumhuriyet savcısına bildirilmiştir. Aramada elde edilen uyuşturucu maddeler ile hassas terazi karakolda tutanakla diğer görevlilere teslim edilmiştir.

54. Mahkeme kararından anlaşıldığına göre mahkûmiyet hükmü, belirleyici olarak hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen delillere dayandırılmıştır (bkz. § 18). Mahkûmiyet hükmünün esaslı ve belirleyici delilleri, aramada ele geçirilen hassas terazi ve uyuşturucu maddelerdir. Dayanılan diğer deliller ise arama yapan ve rüşvet suçundan mahkûm olan polis memurlarının ifadeleri ile başvurucunun uyuşturucu madde kullandığına dair beyanıdır. Hâlbuki mahkûmiyet kararı uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan verilmiştir. Kararda, başvurucunun aramanın icra ediliş şekline yönelik iddia ve itirazları hakkında bir değerlendirme yapılmamıştır.

55. Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yapan mahkemeye ait olmakla birlikte somut olayda, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen arama sonucu elde edilen delillerin belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği görülmektedir. Aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır.

56. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Hicabi DURSUN, M. Emin KUZ ve Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

57. 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."

58. Başvurucu, 20.000 TL manevi tazminat ve ihlal tespiti taleplerinde bulunmuştur.

59. Başvuruda, adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

60. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

61. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu sonucuna varıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

62. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Hicabi DURSUN, M. Emin KUZ ve Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2008/98, K.2011/368) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 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 1/2/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İnceleme konusu başvuruda Genel Kurul çoğunluğunca, hukuka aykırı olarak elde edilen delillere göre mahkumiyet kararı verilmesi nedeniyle başvurucunun temel haklarının İHLAL EDİLDİĞİNE karar verilmiş ise de ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında açıklandığı üzere, mahkumiyet, sadece rüşvet ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından mahkum olan kamu görevlilerinin arama ve elkoyma işlemlerine dayandırılmamış; olay sürecinde aranan evden elde edilen ve daha sonra kanuna uygun şekilde muhafaza altına alınan uyuşturucu maddelerin varlığının ve kamu

görevlileriyle rüşvet pazarlığına giren başvurucunun rüşvet anlaşması yapmaya çalıştığının sabit olmasına göre, olayda salt kullanım amaçlı olmayan uyuşturucu madde olgusunun tüm ifadeler ve dosya kapsamındaki diğer delillerle doğrulanmış olmasına dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulmuş olduğu anlaşılmaktadır.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ve Anayasa Mahkemesinin (AYM) içtihatlarına göre temel hak ihlali iddiasını inceleyen mahkemenin görevi, delillerin geçerliliğini ve güvenilirliğini dikkate almakla birlikte, esas itibariyle kanuna aykırı elde edilen delillerin bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığına etkisini incelemektir. Mevcut içtihatlara göre birtakım kanuna aykırı delillerin varlığı, şayet mahkumiyet sadece bu delillere dayanmadıkça, tek başına adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmaz. *(Yaşar Yılmaz, B.No: 2013/6183; Gülizar Erman, B.No:2012/542 ve Schenk/İsviçre B.No:10862/84; Desde/Türkiye, B. No:23909/03, Khan/ Birleşik Krallık, B. No: 35394/97; Ramanauskas/Litvanya, B. No: 74420/01; Jalloh/Almanya, B. No: 54810/00; Khodorovsky ve Lebedev/Rusya, B. No:11082/06)*

3. Somut başvuruda, başvurucunun yargılama aşamasında her türlü delili sunabilmek ve savunmasını gereği gibi yapabilmek imkanı bulduğu, savunma hakkının veya tanık sorgulama hakkının kısıtlanmadığı, derece mahkemelerince keyfi ve gerekçesiz karar verilmesi gibi bir durumun söz konusu olmadığı, arama ve elkoyma işlemlerindeki hukuka aykırılığın bir bütün olarak başvurucunun hakkaniyete uygun yargılanma hakkını zedelemediği, bu nedenle adil yargılanma hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvuru, hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

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 gösterilmediği, bu çerçevede yargılama sürecinde iddia makamının sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık bir keyfiliğe ilişkin bir iddianın dayanaklarıyla ileri sürülmüş olması gerekir (Bkz. B. No: 2013/2767, 2/10/2013, § 22).

Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir. Mevcut yargılamada sunulan delilin geçerli olup olmadığını, delil sunma ve inceleme yöntemlerinin yasaya uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında olmayıp Mahkemenin görevi, başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığını değerlendirmektir (*Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27).

Bununla birlikte hakkaniyete uygun bir yargılama için delillerin gerçekliği ve güvenilirliği konusundaki kuşkuların giderilmesi ve delillerin güvenilirliğine ve gerçekliğine etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı tanınmış olması gerekir. Diğer bir ifadeyle bu kapsamda yapılacak bir incelemede delillerle ilgili olarak başvurucuya, delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği incelenmelidir. Anayasa Mahkemesi de delillere yönelik hukuka aykırılık iddialarıyla ilgili olarak başvurucuya delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediğini, bu konuda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin gözetilip gözetilmediğini, savunmanın

menfaatlerinin korunması için yeterli güvenceler sağlanıp sağlanmadığını incelemektedir.

Diğer taraftan konuda değerlendirme yapılırken delillerin elde edildiği koşulların onların gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde şüphe doğurup doğurmadığının da dikkate alınması gereklidir (*Güllüzar Erman*, B. No: 2012/542, 4/11/2014, § 61)

Nitekim;

El koyma esnasında yedeklemesinin yapılmaması nedeniyle derece mahkemelerinin kararlarında dayandığı CD'nin hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu (*M.E.*, B. No:2013/2661, 9/9/2015),

Hukuka aykırı delil niteliği taşıyan görüşme dökümlerinin mahkûmiyetine esas alındığı ve mahkeme kararlarının yeterli gerekçe içermediği (*Gökhan Yılmaz*, B. No: 2013/2130, 21/4/2016),

Telefon görüşmelerinin kolluk tarafından yapılan çevirisinin objektif olmadığı, objektif bilirkişilerce çevrilmesinin sağlanmadığı, başka delil imkânları kullanılmaksızın iletişimin tespiti kararı verildiği, hukuka aykırı delil olan aile içi görüşmelerin hükme esas alındığı (*Yusuf Keskin ve Sefer Baysal*, B. No: 2013/7806, 21/4/2016)

şikayetlerini değerlendiren Anayasa Mahkemesi, başvurucuların adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Somut olayda, polis memurları M.E. ve Ö.Ö.nün görevde olmadıkları bir zaman diliminde arama ve el koyma işlemi yapmaları ve daha sonra olaya müdahale eden diğer kolluk görevlilerinin Cumhuriyet savcılığının bilgisi çerçevesinde hareket etmeleri söz konusudur. Adı geçen kişiler, Cumhuriyet Başsavcılığının 18/1/2011 tarihli ve saat 14.00 sıralarında telefonla verdiği talimat üzerine daha önce izinsiz arama yapılan evde ele geçirdikleri suç eşyalarını (uyuşturucu) bir çanta içinde karakola teslim ettikleri 18/1/2011 tarihli ve saat 22.00'de düzenlenen tutanakla tespit edilmiştir.

Başvuruya konu yargılamanın dayandırıldığı arama işlemi sırasında görevli olmayan polis memurları ve şüpheliler hazır bulunmuş, elde edilen deliller muhafaza altına alındıktan bir süre sonra durum nöbetçi Cumhuriyet

savcısına bildirilmiştir. Şüphelilerin kolluk, Savcılık ve Mahkeme savunmalarında; uyuşturucu maddenin sıhhatine, gerçekliğine ve evde ele geçirilmesine ilişkin herhangi bir itirazları olmamıştır. Şüpheliler, uyuşturucu maddelerin varlığını kabul etmekte fakat "kullanıcı" olduklarında ısrar etmektedirler. Mahkeme ise suç fiillerini değerlendirirken ele geçirilen uyuşturucu maddelerin yanında dosyadaki diğer delilleri de dikkate alarak sonuca ulaşmıştır.

İlk derece mahkemesinin sübuta ilişkin değerlendirmelerinin olay sürecinde evden ele geçirildiğine itiraz edilmeyen uyuşturucu maddelerin varlığına, başvurucu ve birlikte yargılanan diğer sanığın savunmalarına, uyuşturucu maddenin kime ait olduğuna ilişkin sanıkların mahkemece inandırıcı bulunmayan beyanlarına, uyuşturucu madde ile ilgisi olmadığını belirten sanıkların haklarında rüşvet ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından cezai işlem uygulanan polis memurları ile rüşvet pazarlığına girme olgusuna ve karşılıklı beyanlar arasında çelişki barındırmayan kısımlara dayandığı görülmektedir. Dolayısıyla yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında arama işlemine ilişkin olarak ileri sürülen iddiaların yargılamanın adilliğini zedelemediği, kaldı ki şikâyet konusu delillerin yargılamada ulaşılan sonuç itibarıyla tek veya belirleyici delil niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Diğer delillerin yanında başvurucunun uyuşturucu maddelerle ilgili ikrarı da değerlendirilmiştir.

Somut olayda başvurucunun delillerini sunma ve delillerin değerlendirilmesi konusunda farklı bir muameleye tabi tutulduğuna dair somut bir olgu bulunmamakta olup mahkumiyet hükmü, duruşmada tarfların huzurunda tartışılmış delillere dayandırılmıştır. Diğer taraftan başvuru dosyası incelendiğinde "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkelerine aykırı olarak başvurucuya; delillerini sunma, inceletme ve itiraz etme hususlarında uygun olanakların sağlanmadığına ilişkin bir tespit bulunmamaktadır.

Bu itibarla başvurucunun hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilmediği düşüncesiyle çoğunluğun kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Hicabi DURSUN	NKadir ÖZKAYA

KARŞIOY GEREKÇESİ

Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet kararıverildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

Kararın gerekçesinde, mahkûmiyet kararının hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen delillere dayandırıldığı, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen arama sonucu elde edilen delillerin belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki kanuna aykırılığın yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu belirtilmektedir (§§ 54-55).

Kararda "Esas Yönünden" yapılan incelemede "Genel İlkeler" başlığı altında yer verilen ilkelere katılmakla birlikte, "İlkelerin Olaya Uygulanması" başlığı altında yapılan ve somut olay bakımından ihlal sonucuna götüren değerlendirmelere katılmanın mümkün olmadığı düşünülmektedir.

İncelenen başvuru konusu olayda, iki polis memuru tarafından, arama izni olmadan ve kendileri ile şüpheliler dışında kimse hazır bulunmadan konutta arama yapılarak elde edilen delillerin yaklaşık onsekiz saat sonra Cumhuriyet savcılığına bildirildiği, onun talimatı üzerine de tutanak düzenlenerek uyuşturucular ile diğer suç eşyasının yetkili kolluk görevlilerine teslim edildiği iddia edilmektedir.

Söz konusu iki kolluk görevlisinin konut dokunulmazlığını ihlal ve rüşvet suçları nedeniyle açılan kamu davalarında mahkûm edilmesine rağmen, başvurucu ve onunla birlikte yargılanan diğer sanığın uyuşturucuların ve diğer suç delillerinin evden ele geçirildiğine itiraz etmemesi, altı buçuk kiloyu aşan uyuşturucuları ve hassas teraziyi "kullanıcı" oldukları savunmasıyla açıklamaya çalışması, rüşvetten mahkûm edilen iki polis memuruyla rüşvet pazarlığına girmesi, bu konudaki karşılıklı beyanlar arasında çelişki bulunmaması ve ilk derece mahkemesince bu delillere de dayanılması sebebiyle başvuru konusu davada mezkûr delillerle ilgili kuşkuların giderildiği ve başvurucu ile diğer sanığa delillerin gerçekliğine etkili bir şekilde itiraz etme imkânının tanındığı anlaşılmaktadır.

Başka bir anlatımla, başvurucu ve diğer şüphelinin kolluk ve savcılıktaki ifadeleri ile yargılama sırasındaki savunmalarında, evde uyuşturucu madde

ele geçirildiği ve buna dair tutanakların doğruluğu konusunda bir itirazlarının bulunmadığı, bu kişilerin evdeki uyuşturucu maddelerin varlığını kabul etmekle birlikte kullanıcı olduklarını savundukları, başvuru konusu mahkeme kararında ise arama kararı alınmadan ele geçirilen uyuşturucuların ve hassas terazinin dışında bunları destekleyen ve bu delillerin sıhhati ve gerçekliği konusundaki kuşkuları gideren delillere de dayanıldığı görülmektedir.

Dolayısıyla söz konusu arama işlemindeki kanuna aykırılığın, bir bütün olarak yargılamanın adilliğini etkilemediği değerlendirilmektedir.

Sonuç olarak, kanunsuz arama ile elde edilen delillerin ilk derece mahkemesinin başvurucu hakkında verdiği mahkûmiyet kararı sonucuna götüren tek ve belirleyici delil niteliğinde olmadığı, bu sebeple somut olayda bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetinin zedelenmediği ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği düşüncesiyle, çoğunluğun ihlal kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

AHMET ALTUNTAŞ VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/19616)

Karar Tarihi: 17/5/2018

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
	M. Emin KUZ
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Kadir ÖZKAYA
	Rıdvan GÜLEÇ
	Recai AKYEL
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	**:** Akif YILDIRIM
Raportör Yrd.	**:** Zehra GAYRETLİ
Başvurucular	**:** 1. Ahmet ALTUNTAŞ
	2. Asker AKIN
	3. Mehmet Tahir ÜRÜT
Vekili	**:** Av. Orhan ALPHAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, idari para cezasının iptali isteminin aksi ispat edilemeyen karinelerden yararlanılarak reddedilmesi nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 15/12/2015 tarihinde yapılmıştır.

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

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

5. Konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2015/19617 ve 2015/19619 numaralı bireysel başvuru dosyalarının 2015/19616 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine karar verilmiştir.

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

7. İkinci Bölüm tarafından 4/4/2018 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden 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. Başvurucular, Batman'ın Merkez ilçesi İkiztepe köyü sınırları içinde bulunan bir kısım tarım arazisinin belirli oranlarda malikidirler.

10. Başvurucuların maliki oldukları tarım arazilerinde 17/9/2013 tarihinde anız yakıldığının tespit edildiği gerekçesiyle her bir başvurucu adına maliki oldukları tarım arazisinin büyüklüğüne göre belirlenen 3.366 TL, 10.642 TL ve 3.535 TL tutarında idari para cezaları işlemi uygulanmıştır.

11. Başvurucular tarafından söz konusu idari para cezasına ilişkin işlemlerin iptal edilmesi talebiyle Batman İdare Mahkemesinde dava

açılmıştır. Başvurucular dilekçelerinde; çok sayıda tarım arazisinin yan yana bulunduğuna dikkat çekerek herhangi bir arazide başlayan yangının rüzgârın etkisiyle diğer arazilere sıçradığını, kendi arazilerindeki yangının da bu şekilde meydana gelmiş olabileceğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca; ekilen mısırların tarım makinesi yardımıyla hasat edilmesi sırasında bazı mısır koçanlarının makine içine girmeden saman koçanları arasına karışabildiğini, bu durumu bilen ve geri kalan mısır koçanlarını bulup satmak isteyen çocukların yöresel bir alışkanlık olarak mısır koçanlarını ateşe verdiklerini ve bu şekilde çıkan yangının kısa sürede yayılabildiğini ifade etmişlerdir.

12. Batman İdare Mahkemesinin 19/9/2014 ve 31/12/2014 tarihli kararlarıyla davaların reddine hükmedilmiştir. Kararların gerekçesinde; tarım arazilerinde her zaman gerçekleştirilebilen anız yakma eyleminde anızı bizzat yakan kişinin idare tarafından tespit edilmesi olanağının bulunmadığı, anızı bizzat yakan kişinin tespit edilememesi sonucu idari yaptırım uygulanmaması hâlinde ise tarım arazisinin veriminin yok olmasına, çevre kirliliğine ve yangınlara sebebiyet verileceği, dolayısıyla anız yakma eyleminin yaptırımsız kalmaması amacıyla anızı yakan kişinin taşınmazın maliki konumunda bulunan başvurucular olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Gerekçeli kararların ilgili kısımları şöyledir:

"Yukarıda anılan mevzuat hükümleri uyarınca; tarım alanlarında anız yakılmasının yasak olduğu, ancak valiliklerin kontrolü ile anız yakılmaya izin verilebileceği, söz konusu izin olmaksızın anız yakılması halinde ise, anız yakanlara idari para cezası verileceği anlaşılmaktadır.

Buna göre, anız yakılması nedeniyle idari para cezasının "anız yakanlara" verileceği anlaşıldığından, anız yakılan taşınmazın maliki olan davacıya idari para cezası verilip verilemeyeceğinin tespiti gerekmektedir.

(...)

Cezaların şahsiliği ilkesi gereğince, idari para cezasına konu olan fiil kim tarafından işlenmiş ise, ceza sorumluluğunun da o kişiye ait olması gerekmektedir. Bununla birlikte; tarım arazilerinde her zaman gerçekleştirilebilme olanağı bulunan anız yakma eyleminde, ***anızı yakan kişinin idare tarafından bilinmesine olanak bulunmamaktadır.*** *Anızı bizzat yakan kişinin tespit edilmemesi halinde idari yaptırım*

uygulanmaması durumunda, tarım arazisinin veriminin yok olmasına, çevre kirliliği ve yangınlara sebebiyet veren anız yakma eyleminin yaptırımsız kalacağı açıktır. Bu nedenle, ***"anız yakanlar"ifadesinin; çocuğunu gönderip anızı yaktıranlar, çevre tarlalarda başlayan anız yangınının kendi tarlasına geçeceğini bildiği halde hiçbir girişimde bulunmayarak sessiz kalanlar vb., tarlasında anız yakılmasına açık ya da örtülü olarak rıza gösterenleri de kapsadığının kabulü gerekmektedir.***

(...)

Olayda, davacının maliki olduğu 185 ve 206 parsel sayılı taşınmazda bulunan anızın yakıldığının tespit edildiği ve Batman il merkezine 2-3 km ve köy meskûn alanı içerisindeki olay mahalline gidildiğinde, yakan kişiye ait herhangi bir bulguya rastlanılmadığı görülmekle birlikte, davacı tarafından da, köy meskûn alanında maliki olduğu taşınmazının yakıldığı yönünde herhangi bir ihbar, suç duyurusu vb. başvuruda bulunulmaması karşısında, ***anızı yakan kişinin ancak suçüstü halinde yakalanabileceği, bunun da yukarıda belirtilen gerekçeler doğrultusunda mümkün olmadığı*** *hususu göz önünde bulundurulduğunda,* ***anızı yakan kişinin taşınmazın maliki olan davacı olduğunun kabulü*** *gerekmektedir."* (Vurgulamalar Anayasa Mahkemesince yapılmıştır.)

13. Başvuruculların itirazı üzerine Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesinin23/3/2015, 28/4/2015 ve 11/5/2015 tarihli kararları ile mahkeme kararlarının usul ve hukuka uygun olduğu belirtilerek hükmün onanmasına karar verilmiştir.

14. Başvuruculların karar düzeltme talebi, aynı Bölge İdare Mahkemesinin 7/10/2015 ve 27/10/2015 tarihli kararları ile reddedilmiştir.

15. Başvurucular 15/12/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun ek 1. maddesinin (c) bendi şöyledir:

"Anız yakılması, çayır ve mer'aların tahribi ve erozyona sebebiyet verecek her türlü faaliyet yasaktır. Ancak, ikinci ürün ekilen yörelerde

valiliklerce hazırlanan eylem plânı çerçevesinde ve valiliklerin sorumluluğunda kontrollü anız yakmaya izin verilebilir."

17. 2872 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (I) numaralı bendinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin (c) bendine aykırı olarak anız yakanlara her dekar için 20 Türk Lirası idarî para cezası verilir. Anız yakma fiilinin orman ve sulak alanlara bitişik yerler ile meskûn mahallerde işlenmesi durumunda ceza beş kat artırılır.

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

18.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

2.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

19.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), suçluluk karinelerine ve ispat yüküne ilişkin olarak ilkeler belirlemiştir. AİHM'e göre Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında korunan masumiyet karinesi (a) mahkemelerin kişinin suç işlediği varsayımından başlamamalarını, (b) ispat yükünün iddia makamına ait olmasını ve (c) her türlü şüpheden sanığın yararlandırılmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda ispat yükümlülüğünün iddia makamından savunmaya devredilmesi kural olarak masumiyet karinesi ihlal edecektir (*Telfner/Avusturya*, B. No: 33501/96, 20/3/2001, § 15).

20. AİHM; *Salabiaku/Fransa* (B. No: 10519/83, 7/10/1988) başvurusunda, fiilî veya hukuki karinelerin her hukuk sisteminde bulunabileceğini, Sözleşme'nin kural olarak bu karineleri yasaklamadığını ifade etmiştir. Ancak AİHM, taraf devletlerin ceza kanunlarıyla ilgili olarak bu meselede belli sınırlar içinde kalması gerektiğini vurgulamaktadır. AİHM'e göre 6. maddenin (2) numaralı fıkrası, sadece mahkemeler tarafından usul kurallarının uygulanması sırasında saygı göstermekten ibaret bir güvence içermemektedir. Dahası, 6. maddenin (2) numaralı fıkrasında geçen *"hukuka uygun olarak"* ibaresi iç hukuka referansla yorumlanamaz. Bu şekildeki bir yorum, yasama organının mahkemelerin doğal değerlendirme yetkisini

kaldırma ve masumiyet karinesini özünden yoksun bırakma hususunda serbest olması sonucunu doğuracaktır. Böylesi bir durumun adil yargılanma hakkını ve özellikle masum sayılma hakkını koruma altına almak suretiyle hukuk devletinin temel bir ilkesini güvenceye bağlayan 6. maddenin amaç ve hedefleriyle uzlaştırılması mümkün değildir. Bu nedenle 6. maddenin (2) numaralı fıkrası, ceza kanunlarında düzenlenen hukuki ve fiilî karinelere de kayıtsız değildir. Söz konusu fıkra, devletlerin bu karineleri ihtilaf konusu meselenin önemini dikkate alan ve savunma tarafının haklarını gözeten makul çerçevelerle sınırlamasını gerektirir (*Salabiaku/Fransa,* §28).

21. AİHM, Sözleşmeci devletlerin ceza kanunlarına karine dercederken davanın konusunun önemi ile savunma tarafının hakları arasında adil bir denge kurma yükümlülüğü altında bulunduklarını ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle AİHM'e göre başvurulan araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir orantının var olması gerekir (*Janosevic/İsveç,* B. No: 34619/97, 23/7/2002, § 101).

22. AİHM, *Pham Hoang/Fransa* (B. No: 13191/87, 25/9/1992) başvurusunda varsayıma dayalı olarak mahkûmiyet kararı verilmesinin masumiyet karinesini ihlal ettiğine ilişkin şikâyeti değerlendirmiştir. Olayda yasa dışı yollardan uyuşturucu madde ithal etme ve gümrük kaçakçılığı yapma suçlarından verilen mahkûmiyet kararının ilgili gümrük mevzuatında öngörülen *kaçak malları mülkiyetinde bulunduran kişinin gümrük kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulacağı* yönündeki karineye dayandırıldığı ileri sürülerek masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. AİHM yaptığı değerlendirmede, başvurucunun savunma araçlarından tamamıyla mahrum bırakılmadığının ve aleyhine yüklenen karinenin aksi ispat edilemez türden olmadığının altını çizmiştir (*Pham Hoang/Fransa*, § 34). AİHM Fransız derece mahkemelerinin karar verirken maddi olayı dikkatli bir şekilde değerlendirdiklerini, dava dosyasında bulunan delilleri temel alarak mahkûmiyet kararı verdiklerini, ilgili mevzuatta yer alan karinelere otomatik bir şekilde dayanmaktan kaçındıklarını belirtmiş ve bu nedenle şikâyet konusu olayda masumiyet karinesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır (*Pham Hoang/Fransa*, § 36).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 17/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

24. Başvurucular; anızı bizzat yakanların tespit edilemediğini, sadece mülk sahibi olduklarının tespit edilmesi üzerine haklarında idari para cezası işlemi uygulandığını, kendilerinin anızları yakmadığını, Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

25. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa maddesi ile Anayasa'da yer alan özel güvence hükmü aşağıdadır:

i. Anayasa'nın 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."

ii. Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."

26. 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). Başvurucunun iddialarının masumiyet karinesi kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

27. 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 (1) numaralı fıkrasına göre bireysel başvurunun incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşme'ye ek protokoller kapsamına da girmesi gerekir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18). Başvuruculara ihlal iddiasına konu olan masumiyet karinesi; Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü, Sözleşme'nin ise 6. maddesinin (2) numaralı fıkralarında düzenlenmektedir.

28. Diğer taraftan Sözleşme'nin 6. maddesinde, adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular, Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya konu olamaz (*Onurhan Solmaz*, §§ 23, 24). Anayasa Mahkemesi, daha önce kabahat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlara ilişkin uyuşmazlıkların da *suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklar* kapsamında Anayasa'nın 36. ve Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı içinde yer aldığına karar vermiştir (*Remzi Durmaz,* B. No: 2013/1718, 2/10/2013, § 26).

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

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

30. Masumiyet karinesi, Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde ise herkesin iddia ve savunma ile *adil yargılanma* hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Anılan maddeye *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kendisine bir suç isnat edilen herkesin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağına dair Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir (*Adem Hüseyinoğlu,* B. No: 2014/3954, 15/2/2017, § 33).

31. Masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir

gereğini oluşturmaktadır (AYM, E.2013/133, K.2013/169, 26/12/2013). Anılan karine, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Bunun sonucu olarak kişinin masumiyeti *asıl* olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz (*Kürşat Eyol*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26).

32. Sanık masumiyet karinesi gereği suçsuz sayıldığı için yargılama yapılmakta ve maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmaktadır. Maddi gerçeğe ulaşmak için suç isnadı altında olan kişiden masum olduğunu ispat etmesi istenemez. Çünkü suç isnadı altında da olsa kişi, hükmen sabit oluncaya kadar suçsuz kabul edilmektedir (*Adem Hüseyinoğlu*, § 35).

33. Masumiyet karinesi kapsamında yer alan ve iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olması kuralı, Anayasa'nın 38. maddesinin gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiilî varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi masumiyet karinesine aykırılık taşımaz (AYM, E.2013/38, K.2014/58, 27/3/2014). Ancak suç isnadını içeren karinenin aksinin başvurucu tarafından yargılama sırasında ispat edilebilmesinin mümkün olması, hâkimin de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre verebilmesi, bir başka ifadeyle karinelerin kişiyi otomatik olarak *suçlu* hâline getirmemesi gerekir. Karineler, masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaşmamalı ve suç isnadı altındaki kişi savunma imkânlarından yararlandırılmalıdır (*Adem Hüseyinoğlu*, § 36).

34. Bununla birlikte somut olayın özel koşullarında kabahat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlarda -adli suç ve cezalara nazaran- sorumluluk karinelerine ilişkin standartların daha esnek yorumlanması mümkündür. Ancak bu durumda dahi ispat bakımından kullanılan karinelerin masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaşmaması gerekir.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

35. Başvuruya konu olaydaki kabahatin oluşması için tarım arazilerinde anız yakılması gerekir (bkz. §§ 16, 17). Somut olayda Mahkeme, başvuruculara anız yakılan tarım arazilerinin maliki olmalarını idari para cezası

yaptırımı uygulanması için yeterli görmüştür. Diğer bir ifadeyle salt belli bir statüde (mülkiyet hakkı sahibi) olma, idari para cezası yaptırımı uygulanmasına gerekçe yapılmıştır. Başvurucular da çok sayıda tarım arazisinin yan yana bulunduğuna dikkat çekerek herhangi bir arazide başlayan yangının rüzgârın etkisiyle diğer arazilere sıçradığını, kendi arazilerindeki yangının da bu şekilde meydana gelmiş olabileceğini ileri sürmüşlerdir.

36. Tarım arazilerinde yapılan incelemede, anızı yakan kişiye ait herhangi bir bulguya rastlanmamıştır. Mahkeme, anız yakıldığı tespit edilen arazilerin malikleri olan başvurucular tarafından taşınmazlarında anız yakıldığı yönünde herhangi bir ihbar veya suç duyurusunda bulunulmadığını dikkate alarak anız yakma eylemlerinin mülk sahiplerince gerçekleştirildiğine dair fiilî karineden yararlanmıştır. Diğer bir ifadeyle ispat yükü iddia edende kalmamış, başvurucuya devredilmiştir. Anılan karineyle suç isnadı altındaki başvurucular, otomatik olarak suçlu konumuna düşürülmüştür.

37. Mahkemenin mevcut düzenlemenin kapsamını objektif sorumluluk esaslarına göre genişleterek (varsayımlardan hareket ederek) başvuruların reddine karar verdiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle somut olgular yerine aksi ispat edilemeyecek fiilî karineden yararlanılarak eylemler ile başvurucular arasında bağ kurulmuş ve kabahatin işlendiğine karar verilmiştir. Başvuruculara kendilerini savunma bakımından idare ile aralarında önemli bir dezavantaj oluştuğu ve böylelikle ispat bakımından kullanılan karinenin masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaştığı anlaşılmıştır. Başvuruculara savunma imkânı tanınmış olması da masumiyet karinesinin ihlalini telafi etmemiştir.

38. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

39. 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."

40. Başvurucular, Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğine karar verilmesini talep etmişlerdir.

41. Anayasa'nın 36. maddesinin (1) numaralı ve 38. maddesinin (4) numaralı fıkralarında güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

42. Masumiyet karinesinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan ihlal kararının bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Batman İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

43. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvuruculara ayrı ayrı ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci ve 38. maddesinin dördüncü fıkralarındagüvence altına alınan masumiyet karinesinin İHLAL EDİLDİĞİNE Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin masumiyet karinesinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Batman İdare Mahkemesine (E.2013/3768, E.2013/3767 ve E.2013/3766) GÖNDERİLMESİNE,

D. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA AYRI AYRI 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 17/5/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY YAZISI

1. Başvuru konusu olayda, başvurucuların maliki oldukları tarım arazisinde anız yakılmasından dolayı malikler adına kesilen idari para cezasının, anızı bizzat yakan kişi veya kişiler yerine maliklere ödetilmesinin masumiyet karinesini ihlal ettiği öne sürülmüş; Anayasa mahkemesi Genel Kurul çoğunluğunca başvuruculaların talebi doğrultusunda, Anayasanın 36. maddesinin birinci ve 38. maddesinin dördüncü fıkralarında güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Karara aşağıdaki nedenlerle katılmamaktayım:

Masumiyet Karinesi ile İdari Yaptırımlar Arasındaki İlişki:

2. Çoğunluk kararı esas itibariyle, kabahat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlara ilişkin uyuşmazlıkların da *"suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklar"* kapsamında Anayasa'nın 36. ve Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı içinde yer aldığına dair daha önce verilmiş İkinci Bölüm kararına dayanmaktadır *(Remzi Durmaz, B. No: 2013/1718).*

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 1. numaralı fıkrasında herkesin, *davasının medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahip olduğu, kararın aleni olarak verileceği* belirtilmiş; iki numaralı fıkrasında *bir suç ile itham edilen herkesin, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacağı* güvence altına alınmıştır.

Maddenin 3. numaralı fıkrasında ise *bir suç ile itham edilen* herkesin, aşağıdaki asgari haklara sahip olduğu belirtilmiştir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.

4. Sözleşmede 6. madde altında düzenlenen masumiyet karinesi Anayasada 15. ve 38. maddelerde yer almaktadır. Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında *"suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz"* ve 38. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."* şeklinde ifade edilen masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılacağını güvence altına alan temel haklardandır. Masumiyet karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren yaptırımların uygulanabilmesi, kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır.

5. Öte yandan; başvuru konusu anız yakma eyleminin ceza hukuku anlamında bir suç, yapılan yargısal incelemenin de bir ceza yargılaması olmadığı, masumiyet karinesine aykırılığı öne sürülen haksız eylemin 2872 sayılı Çevre Kanununun 20. maddesine göre idari ceza gerektiren bir kabahat olduğunda şüphe bulunmamaktadır.

6. İdari yaptırımlar Anayasa Mahkemesi kararlarında şu şekilde tanımlanmıştır:

"Öğretide de kabul edildiği gibi, idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara idari yaptırım denilmektedir"

İdari cezalar, sonuçları itibariyle "suç" ve "ceza mahkumiyeti" niteliğinde olmadığı gibi, idari bir cezadan dolayı kişiye toplum nazarında da "sabıkalı" gözüyle bakılmaz.

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre yasa koyucu, Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla idari yaptırımları düzenleyebilir. Hangi hukuka aykırılıkların suç, hangilerinin idari yaptırım gerektiren kabahat olarak düzenlenecekleri, yasa koyucunun takdir alanı içerisindedir. Kuşkusuz, hukuk devletinin bir gereği olan "ölçülülük" ilkesini açıkça ihlal eden durumlarda, Anayasa Mahkemesinin denetimi söz konusu olabilecektir.

7. Hukukumuzda da çağdaş hukuk anlayışına uygun olarak, 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile suç ve kabahat arasında açık bir ayrım yapılmış, Kanunun 1. maddesine göre *"toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla"* kabahat teşkil eden haksızlıklar düzenlenerek, Kanun'un ikinci bölümünde kabahatten dolayı sorumluluğun esasları belirtilmiştir. Bu kapsamda, kabahatin icrai veya ihmali davranışla, hem kasıt hem de taksirle işlenebileceği, kanunda açık hüküm bulunmadıkça teşebbüsten ceza verilemeyeceği kabul edilmiştir.

8. Ceza ve ceza usul hukukundan farklı müesseseler olan kabahatler ve bunlara ilişkin idari cezaların temel haklar bakımından örtüştüğü ilke ve esaslar bulunmakla birlikte, aralarında bir ayniyet olmadığı ve ceza hukukunun bazı ilke ve güvencelerinin idari cezalarda çoğu kez uygulama olanağı bulunmayacağı açıktır. Örneğin, ceza yargılamasının evrensel ilkelerinden biri olan *"vicahilik"* ilkesinin, idari yaptırım gerektiren eylemlerin yargısal denetiminde uygulanma yeri yoktur. Aynı şekilde, iddiadan derhal ve anladığı bir dilde haberdar olmak, tanık dinletme ve sorgulama, zorunlu müdafilik ve tercüman kullanmak gibi güvencelerin, idari cezaların yargısal denetiminde de bir zorunluluk olarak algılanmasının *"absürdite"* sınırlarını zorlayacağı izahtan varestedir. Nitekim, AİHM'nin bugüne kadarki hiçbir kararında da, Sözleşmenin 6. maddesinin idari uyuşmazlıklara aynen uygulanacağı yolunda bir husus yer almamıştır.

9. Bu nedenlerle adil yargılanma hakkının kimi unsurları gibi masumiyet karinesinin de idari cezalara ancak uygun düştüğü biçimde ve yerlerde *(mutatis mutandis)* tatbik edilebileceği, toplum düzeni ve kamu menfaatlerinin korunması bakımından zorunlu olan idari yaptırımlarda kanuni ve fiili karinelerin geçerliliğini ortadan kaldıracak şekilde mutlak bir masumiyet karinesi kabulünün, pek çok idari cezayı uygulanamaz hale getireceği açıktır.Kabahatler sisteminin içini boşaltacak, kabahat eylemini gerçekleştirenin suçüstü yakalanmadığı hiçbir durumda ceza verilemeyecek şekilde anlaşılan ve uygulanan bir masumiyet karinesinin, gerçek anlam ve önemini yitireceği de hatırda tutulmalıdır.

Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararlarında Kanuni Karinelerin Kabul Şekli:

10. Masumiyet karinesi kapsamında yer alan,iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olması kuralı Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasının bireylere sağladığı anayasal bir güvencedir. Bununla birlikte kanunlar, bazı fiili durumların varlığını suçun maddi unsurunun gerçekleşmiş olması bakımından karine olarak kabul edebilmektedir. Genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece, savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiili varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi, masumiyet karinesine aykırılık taşımaz (Anayasa Mahkemesinin E:2013/38, K:2014/58 sayılı kararı).

11. Başvuru konusu olaydakine benzer bir duruma ilişkin Orman Kanunu'nun bir maddesiyle ilgili iptal davasında Anayasa Mahkemesi şunları belirtmiştir (E:2013/38, K:2014/58):

> *"İtiraz konusu kuralda öngörülen orman suç tutanaklarının aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğuna ilişkin hüküm de, aksi ispat edilebilen kanuni bir karinedir. Nitekim, hem itiraz konusu kuralda "...hilafı ispat olununcaya kadar muteber..." ibaresiyle hem de sonraki fıkrada "Zabıt varakasının hilafına iddia halinde, maznun, mahkemeye bu iddiası hakkında kanaat verecek deliller gösterir ve mahkeme bu müdafaayı tamike şayan görürse delillerini istima ve tetkik eder. Neticede maznunun iddiasını haklı gösterecek bazı sebepler karşısında kalırsa ancak o takdirde, zabıt varakasını imza etmiş olan memurları çağırıp dinledikten ve başka deliller varsa inceledikten sonra hasıl edeceği kanaate göre*

davayı intaceder." hükmüne yer verilmek suretiyle, sanıkların orman muhafaza memurlarınca tutulacak tutanağın aksini yargılama sırasında gösterecekleri deliller çerçevesinde ispat etme hakkına sahip oldukları ifade edilmiştir.

Dolayısıyla, suç isnadını içeren tutanağın aksinin sanık tarafından yargılama sırasında her türlü delille ispat edilebilmesinin mümkün olması, hâkimin de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre vermesi, bir başka ifadeyle suç tutanağının kişiyi yargılama yapmaksızın otomatik olarak suçlu hâline getirmediği dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın, adil yargılanma hakkına ve bu hak kapsamında yer alan masumiyet ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır."

12. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de birçok kararında ispat külfetini tersine çeviren hukuki veya fiili karinelerin varlığının masumiyet ilkesinin bertaraf edilmesi anlamına gelmediğini, sanıkların savunma hakkının kısıtlanmaması, sanığa karineleri çürütme olanağının tanınması ve hâkimin sanığı şüpheden yararlandırmak konusundaki mutlak takdir hakkının bulunması durumunda, masumiyet ilkesinin ihlal edilmiş olmayacağını kabul etmekte ve kanun koyucuların bu tür hükümler ihdas etmesini suçsuzluk karinesine aykırı bulmamaktadır (Pham Hoang/Fransa, B. No: 13191/87, § 33, 36).

13. Yukarıdaki hususlara ilaveten tekrar belirtmek gerekir ki, AİHM'nin, masumiyet karinesinin idari yaptırımlara uygulanması konusunda doğrudan bir içtihadı bulunmadığı gibi, Anayasa Mahkemesinin de *Remzi Durmaz* kararı dışında bir emsal kararı yoktur. Bu kez somut başvuru üzerine verilen karara adı geçen karar emsal gösterilmekte ise de mezkur kararın 26. paragrafındaki *"Sözleşmenin 6. maddesindeki "cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan ... bir mahkeme tarafından davasının ... görülmesini istemek hakkına sahiptir" ifadesi çerçevesinde kabahat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlara ilişkin uyuşmazlıkların da Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı içerisinde yer aldığı anlaşılmaktadır"* şeklindeki ifadelerin, Sözleşmenin 6. maddesinin, idari yaptırımlarla ilgili bir başvuruya ceza hukukundaki anlamıyla aynen aktarılacağı şeklinde anlaşılamayacağı açıktır.

14. Kaldı ki, başvuru konusu olayda kanuni karinenin aksini ispat imkanının bulunması nedeniyle, herhangi bir ihlalin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Başvurucuya Verilen İdari Cezanın Başvurucu Yönünden Telafisi Yollarının Mevcut Oluşu:

15.Somut başvuruda olduğu gibi, idari ceza gerektiren eylemi yapanın kim olduğunun saptanamaması nedeniyle cezanın karine olarak sorumlu tutulan kişiye verilmesinin, hakkaniyete uygun olup olmadığı tartışılabilir. Ancak, derece mahkemesinin de gerekçesinde belirttiği gibi, anız yakma eyleminin yaptırımsız kalmaması için kanuni karine gereği anızı malikin yaktığı kabul edildiğinde dahi, kusuru olmayan malikin mağduriyetini giderecek hukuki yolları bulunmaktadır. Böyle bir durumda kabahati oluşturan haksız eylem sonucu ceza ödemek zorunda kalan malik, hukuka aykırı bir eylemle kendisine zarar veren anız yakana karşı Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümlerine dayanarak dava açarak, ödediği ceza miktarınca, uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Anızı, malikin haberi olmadan, hatta aksi yöndeki uyarı veya talimatına rağmen, kiracısı, ortağı veya işçisi yakmış olabilir. Böyle bir durumda malik, ödemek zorunda kaldığı cezadan dolayı zararını genel hükümlere göre sözleşmeye aykırı davranışından dolayı, eylemi gerçekleştirenlerden isteyebilir. Kaldı ki anızın, daha önce yakılan komşu veya mücavir bir araziden yayılmak suretiyle ortaya çıkmış olması da muhtemeldir. Bunu kanıtlayan malik anız yakma eyleminden sorumlu tutulamayacaktır.

16. Dolayısıyla, toplumsal bir zorunluluk nedeniyle ve mülkiyet hakkının yüklediği sorumluluk kapsamındaki *"toplum yararına aykırı kullanmama"* yükümlülüğünün beraberinde getirdiği objektif sorumluluk da gözetilerek anız yakılan yerin malikine idari ceza uygulanmasının, taşınmazın maliki olan kişiye ölçüsüzce yüklenmiş bir külfet olmadığı açıktır.

17. Sonuç olarak, olayda masumiyet karinesinin uygulanma kabiliyeti bulunmayışı, kanuni karinenin aksini kanıtlama olanağının mevcut olması, başvurucunun cezaya yol açan gerçek faillere rücu imkanının bulunması nedeniyle, ihlal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

HAKAN ALTINCAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/13021)

Karar Tarihi: 17/5/2018

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
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Heysem KOCAÇİNAR
Başvurucu	:	Hakan ALTINCAN
Vekili	:	Av. Mehmet Reha AKAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, işçilik alacağı nedeniyle açılan davanın aynı maddi olaya dayanılarak açılan başka davalarda verilen kararların aksi bir sonuca ulaşılarak reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/7/2016 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 21/2/2018 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. Elektrik Üretim A.Ş.nin (EÜAŞ) Seyitömer Termik Santrali'nde kül-kömür-cüruf çavuşu sıfatıyla çalışmakta olan başvurucu 11/7/2012 tarihinde hizmet kolunda faaliyette bulunan TES-İŞ'e (Sendika), çalıştığı Kuruma ait işyeri numarası ile üye olma talebinde bulunmuştur. Sendikanın üyelik talebini kabul edip üyelik başvuru formunu ilgili kuruma göndermesi üzerine EÜAŞ, başvurucunun kendi personeli olmadığını belirterek belgeleri iade etmiştir.

11. Başvurucu 5/4/2013 tarihli dilekçesiyle, Sendikaya üye olduğundan şirket ile imzalanan ve hâlen yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanması gerektiğini belirterek toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ve işçilik haklarından fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 1.500 TL için alacak davası açmış, 22/4/2014 tarihli dilekçesiyle talebini 8.399,10 TL olarak ıslah etmiştir.

12. Kütahya İş Mahkemesi 6/6/2014 tarihli kararla,Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşen aynı mahiyetteki çok sayıda dosyayı da emsal göstererek hizmet alım ihalesini alan alt işverenlerin değişmesine rağmen başvurucunun çalışmaya devam ettiği, hizmet alımına konu işin asıl iş niteliğinde olduğu ve bu itibarla asıl işveren ile alt işveren arasındaki hizmet alımının muvazaalı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir.

13. Kütahya İş Mahkemesinin anılan kararı Mahkemenin benzer nitelikteki çok sayıda kararı ile birlikte temyiz edilmiştir. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden temin edilen belgelerden Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 12/11/2014 tarihinde başvurucu ile birlikte çok sayıda dosyada benzer şekilde ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar verdiği saptanmıştır. Bozma kararında elektrik üretimi yapan davalı Şirketin 20/2/2001 tarihli ve 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesinde tanınan imtiyazlara sahip olması nedeniyle asıl işin tamamı veya bir kısmını alt işverene devredebileceği tespitinde bulunulmuştur. Bu saptamadan hareketle somut olayda muvazaalı alt işverenlik ilişkisinden bahsedilemeyeceğinden ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur. Yargıtay bozma kararındaalt işverenlik hususunun ilk defa bu madde kapsamında değerlendirildiğine de işaret etmiştir.

14. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bozma kararları üzerine aralarında başvurucunun da bulunduğu bazı işçiler tarafından açılan davalar Kütahya 2. İş Mahkemesine, bazı davalar da Kütahya 1. İş Mahkemesine tevzi edilmiştir.

15. Kütahya 1. İş Mahkemesi bozma üzerine yapmış olduğu yargılama sonucunda 250'den fazla dosyada direnme kararı vermiş olup bu kararlar da temyiz edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) direnme üzerine yapmış olduğu 30/9/2015 tarihli inceleme sonucunda davalı kamu tüzel kişiliği ile yapılan hizmet alım sözleşmelerinin içeriği, alt işverenlerin değişmesine rağmen çalışan işçilerin değişmemesi, alınacak işçilerin unvanlarının şartnamede ayrı ayrı belirtilmesi, alt işverenin ücret bordrolarını tutan bir işçi dışında diğer işçileri sevk ve idare eden işçisinin bulunmaması, puantaj kayıtlarının EÜAŞ tarafından belirlenen kişilerce tutulması, işe alan ve işten çıkaranın EÜAŞ olması, davacı ve alt işveren şirket işçilerinin asıl işveren EÜAŞ işçileri ile aynı şekilde ve üretimin her bölümünde çalışması, emir ve talimatların EÜAŞ tarafından verilmesi, çalışma şartlarının ve yıllık

izinlerin EÜAŞ tarafından belirlenmesi, alt işveren işçilerinin yapılan iş ve hizmette EÜAŞ tarafından temin edilen ve yine davalıya ait araçları kullanması gibi nedenleri gözönünde tutarak davalı şirket ile alt işveren arasındaki hizmet alım sözleşmesinin muvazaalı olduğu ve başvurucunun asıl işveren şirketin işçisi olduğu gerekçeleriyle direnme kararını yerinde bulmuştur. HGK, Özel Daire tarafından incelenmeyen diğer temyiz itirazlarının incelenmesi amacıyla dosyaları Özel Daireye göndermiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 24/2/2016 tarihinde kamu tüzel kişisi olan davalının imzaladığı alt işverenlik sözleşmesinin muvazaa sebebiyle geçersiz ve davacıların baştan itibaren kamu tüzel kişisinin işçisi olduğu HGK kararıyla kabul edildiğinden uygulama birliği ile hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri uyarınca dosyaları onamıştır.

16. Kütahya 2. İş Mahkemesi ise aralarında başvurucunun da bulunduğu 232 dosyada Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 12/11/2014 tarihli bozma ilamına uyarak davanın reddine karar vermiştir.

17. Anılan hüküm başvurucu tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 16/3/2016 tarihinde bozma ilamına uyularak karar verilen diğer dosyalarla benzer şekilde, HGK'nın 30/9/2015 tarihli kararıyla muvazaanın varlığı kabul edilmiş olmakla bozma kararındaki görüşünü korumasına rağmen hukuki istikrar adına HGK'dan geçen dosyaları onadığını belirtmiş ancak kendisi tarafından bozulan ve ilk derece mahkemesince bozmaya uyulması nedeniyle HGK'nın önüne çıkmayan somut olayda davalı lehine usule ilişkin müktesep hak oluştuğundan hükmün onanmasına karar vermiştir.

18. Bu arada aralarında başvurucunun vekillerinin de bulunduğu avukatlar tarafından 15/5/2015 tarihli dilekçeyle Yargıtay 7. Hukuk Dairesi ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararları arasında asıl işveren ile alt işveren arasındaki iş ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı hususunda içtihat aykırılığı bulunduğu ileri sürülerek içtihadın birleştirilmesi talep edilmiştir. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu 3/3/2016 tarihli ve 74 sayılı karar ile muvazaa iddiasının her somut olayın özelliğine göre çözümlenmesi gerektiğinden içtihadı birleştirme yoluna gidilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

19. Nihai karar 20/6/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu 12/7/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kanun Hükümleri

20. 11/17/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun19. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır."

21. 4628 sayılı Kanun'un mülga 15. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"*g) (Ek: 9/7/2008-5784/5 md.)Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler.''*

22. 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 22. maddesi şöyledir:

"*(1)Lisans sahibi tüzel kişiler, lisansları kapsamındaki faaliyetlerle ilgili olarak hizmet alımı yapabilirler. Ancak, bu durum ilgili lisans sahibi tüzel kişinin lisanstan kaynaklanan yükümlülüklerinin devri anlamına gelmez. Hangi faaliyetlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılabileceği Kurul tarafından belirlenir."*

23. 6446 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(5) 4628 sayılı Kanunun ...15 inci, ... maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

2. Yargısal Kararlar

24. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 9/6/2008tarihli ve E.2007/39314, K.2008/14822 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin

ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise, asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımdan yola çıkıldığında asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları, iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekir.Alt işverene yardımcı iş,ya da asıl işin bir bölümü, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebilecektir. 4857 sayılı İş Kanununun2. maddesinde asılişveren altişverenilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yolaçıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren verilmesinde "işletmenin ve işin gereği"ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirenişler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanununun2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirenişler" sözcüklerine yer verilmişolması bu kararlılığıortaya koymaktadır. Alt işverene verilebilecek işlerin uzmanlık gerektireceği baskın öğe olarak kabul edilmektedir. Dairemiz kararları da bu yönde istikrar kazanmıştır.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir.

Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanununun 2.maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Somut olayda davacı davalı şirketin alt işverenlik uygulamasının muvazaaya dayandığını ileri sürmesine rağmen, mahkemece sözü edilen iddia üzerinde yeterince inceleme yapılmadan davalı B. hakkında açılan davanın husumet yönünden reddine karar verilmiştir. Muvazaa re'sen

araştırılmalı ve işçinin gerçek işvereni açıklığa kavuşturulduktan sonra davalıların sorumlulukları belirlenmelidir. Bu nedenle yapılması gereken iş, uzman bilirkişi aracılığı ile alt işverenlik uygulamasının yukarıda belirtilen esaslara aykırı olup olmadığını tespit etmek ve sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı bulunmuştur.

25. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 5/7/2012 tarihli ve E.2011/54688, K.2012/26502 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Taraflar arasında temel uyuşmazlık davalılar arasındaki asıl işveren altişveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

...

Somut olayda davacı asıl işveren olan davalı U.E.D. A.Ş.'den elektrik arıza,bakım ve onarım işlerini ihale suretiyle alan davalı taşeron şirkette işçi olarak çalışmıştır.

Davalı işyerinde elektrik arıza,bakım ve onarım işleri ihale sözleşmeleri neticesinde uzun yıllardır alt işveren şirketler eliyle yürütülmüş, davacıda bu şirketlerin işçisi olarak ihale ile iş alan şirketler değişmesine rağmen ara vermede nasıl işverenin işyerlerinde çalışmasını sürdürmüştür.

4857SayılıİşKanunun2.maddesinin 6. 'ncı fırkası gereğince,asılişinbir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir.

Anılan düzenlemede baskın öğe, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise gözönünde tutulur. Dolayısla söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmede nasıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren- alt işveren ilişkisi geçersiz olacaktır.

Bu sebeple mahkemece üniversite öğretim üyelerinden seçilecek bir elektrik-elektronik mühendisi, bir makine mühendisi ve bir de hukukçu bilirkişiden oluşturulacak 3 kişilik bilir kişi heyeti marifetiyle mahallinde keşif yapılarak alınacak raporla, davalı asıl işverenin yaptığı işin ne olduğu, asıl işveren tarafından alt işverene ihale suretiyle verilen işin asıl işverenin

asıl işi mi, yoksa yardımcı işi mi olduğu, alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilip verilemiyeceği hususları tespit edilmeli, muvazaa iddiası her türlü şüpheden uzak bir şekilde dosyada mevcut tüm delillerle birlikte alt işveren uygulamasına yönelik sözleşmeve teknik şartnamelerde gözönünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilerek açıklığa kavuşturulmalıdır. Yazılı şekilde eksik incelemeile sonuca gidilmesi hatalıdır.

26. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15/12/2015 tarihli ve E.2015/27935, K.2015/35432 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dosya içeriğine göre,mahkemecedavacının davalı B. bünyesinde işe başladığı tarihten itibaren, B. işçisi kabul edilmesi, asıl-alt işveren ilişkisinin işçilik teminine yönelik olması ve muvazaa tespiti nedeni ile isabetli olup, davacının sendika üyeliğinin işverene bildirilmesinden sonra Toplu İş sözleşmesi hükümlerine göre fark işçilik alacaklarının hesaplanıp hüküm altına alınması yerindedir. Keza davacı açısından ilave tediye alacağının işverenin özelleştirilmesinden sonrada, dönem Toplu İş Sözleşmelerindeki(Mad. 187- 188) düzenleme nedeni ile maddeleri gereğince hesaplanıp hüküm altına alınması da doğrudur.

Mahkemece davacının sendika üyesi olmadığı dönem için fark alacaklar hüküm altına alınmamıştır. Ancak davacının sendika üyesi olmadığı dönemde işverene yazılan yazıda, emsal olarak çalışan işçiye ödenen ücret esas alınarak davacının alabileceği ücret sorulmuş, davalı işverenin bildirimi üzerine de bilirkişi bu dönem içinde fark ücret alacaklarını ve fark işçilik alacaklarını ek rapora göre hesaplamıştır. Mahkemece ek rapora göre alacakların hüküm altına alınması gerekirken, sadece sendika üyesi olduğu dönem için fark işçilik alacaklarının hüküm altına alınması hatalıdır.''

27. Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 17/2/2013 tarihli ve E.2013/22275, K.2013/22359 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Asıl işin bir bölümü alt işverene verilemese de kanunda özel hüküm bulunması hallerinde yardımcı iş olduğuna bakılmaksızın asıl işin bir kısmı alt işverene bırakılabilir. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu 15. maddesine göre: "... g) (Ek: 9/7/2008-5784/5 md.) Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli

hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler." Anılan madde doğrultusunda Kamu İhale Kanunu 4 ve 22. maddeler doğrultusunda davalı da ihale ile kömür konveyörlerinin işletilmesi, bakım ve onarımının, temizliğinin, gözetlemesinin yapılması, çalışır vaziyette tutulması ve hizmet alım sözleşmesi ile performans kriterlerine uygun olarak C konveyörleri tesisinin işletilmesi, elektro-mekanik tamir bakım ve onarımının yapılması, temizliğinin yapılması ve gözetlenmesi işleri dava dışı şirketlere vermiştir. Davalı ile dava dışı işverenler arasında 4857 sayılı Kanunun 2/6 maddesi kapsamında kalan asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğu dikkate alınmaksızın muvazaa bulunduğundan bahisle fark alacaklara hükmedilmesi hatalı olup bozma nedenidir"

28. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 21/9/2016 tarihli ve E.2016/16224, K.2016/20126sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Davalı işverenin muvazaalı sözleşmeler ile davacıyı alt işverenin işçisi gibi çalıştırdığı, davacının görünüşte farklı bir işkolunda faaliyet gösteren alt işveren işçisi olması nedeniyle davalıya ait işyerinde geçerli toplu iş sözleşmesinden yararlanamadığı, buna göre davalının muvazaalı sözleşmelere dayalı olarak davacıda alt işverenin işçisi olduğu görünümü yaratarak davacının davalının faaliyet gösterdiği işkolunda örgütlü sendikaya üye olmasını ve buna bağlı olarak işyerinde geçerli toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının engellenmesini amaçladığı anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında uyuşmazlığın değerlendirilmesinde, davalı işverenin kendi muvazaasına dayalı olarak, davacıyı toplu iş sözleşmesinden yararlandırmamak suretiyle maddi menfaat elde etmeyi amaçladığı, bu anlamda davalının savunmasının dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, hiç kimse kendi muvazaasına dayanarak bir hak talep edemeyeceğinden davalının dürüstlük kuralına aykırı davranması nedeniyle muvazaalı eyleminin sonuçlarına katlanması ve bu nedenle de davacının başlangıçtan itibaren EÜAŞ işçisi olarak kabulü ile hak ve alacaklarının buna göre belirlenmesi zorunludur." denilmiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 30.09.2015 tarih, 2015/1895 esas, 2015/1779 karar sayılı kararı).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bahsi geçen kararları sonrasında, Dairemiz önceki hukuki görüşünü korumakla beraber hukuki istikrar adına

somut olay özelinde Hukuk Genel Kurulunca belirlenen prensipleri kabul etmiştir.

Anılan sebeplerle, mahkemece, öncelikle, tarafların delilleri toplanılmalı, ardından uzman bilirkişilerle yerinde inceleme yapılarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında belirtilen ilkeler doğrultusunda, davalı ile dava dışı alt işverenler arasındaki ilişkinin kanuna uygun kurulup kurulmadığı ve muvazaaya dayalı olup olmadığı araştırılarak sonuca göre davacının talepleri değerlendirilmelidir.

Şu husus da gözden kaçırılmamalıdır ki, muvazaanın tespiti ihtimalinde, davacının asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması için, taraf sendikaya üye olması ve üyeliğin işverene bildirilmesi veya dayanışma aidatı kesilmesini talep etmesi gereklidir. Muvazaanın tespiti halinde, davacının asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması için bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği de belirlenmelidir.''

29. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 21/2/2017 tarihli ve E.2017/261, K.2017/2972 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesinde "Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler" denilmiştir. Bu hükmü 30.03.2013 tarihi itibariyle yürürlükten kaldıran 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinde, "Lisans sahibi tüzel kişiler, lisansları kapsamındaki faaliyetlerle ilgili olarak hizmet alımı yapabilirler. Ancak, bu durum ilgili lisans sahibi tüzel kişinin lisanstan kaynaklanan yükümlülüklerinin devri anlamına gelmez. Hangi faaliyetlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılabileceği Kurul tarafından belirlenir" kuralı öngörülmüştür.

Davalı, 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki imtiyazdan yararlanmaktadır. Bu hüküm ile asıl işin tamamı ya da bir kısmı herhangi bir sınırlamaya bağlı kalmaksızın alt işverene verilebilir. Ancak anılan hüküm asıl işveren-alt işveren ilişkisinin genel muvazaa hükümleri yönünden denetime tabi tutulmasına engel değildir. 4628 sayılı Kanun'un

15. maddesinin yürürlükten kalktığı 30.03.2013 tarihinden sonraki dönem bakımından ise, 4628 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 6446 sayılı Kanun'un 22. maddesi hükmü nazara alınarak, hüküm gereğince hizmet alımı konusunu oluşturabilecek faaliyetlerin belirlenmesine yönelik Kurul kararının olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir.

Diğer yönden, genel muvazaa denetimine ilişkin olarak mahkemece, öncelikle uzman bilirkişiler eşliğinde keşifle yerinde inceleme yapılarak, davacının fiilen yaptığı iş ve bu işin hizmet alım sözleşmesi kapsamında belirlenen iş olup olmadığı, davalı asıl işveren Çates'in kendi işçileri ile davalı alt işveren işçilerinin aynı işi yapıp yapmadıkları, alt işveren işçilerinin doğrudan muhatap olabilecekleri alt işveren şirket yetkililerinin iş yerinde bulunup bulunmadığı tespit edilerek, ardından yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda, davacının yaptığı işin hizmet alım sözleşmesi kapsamına girip girmediği,davalı ile dava dışı alt işverenler arasındaki ilişkinin kanuna uygun kurulup kurulmadığı ve muvazaaya dayalı olup olmadığı araştırılarak sonuca göre bir karar verilmelidir.''

B. Uluslararası Hukuk

30. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes davasının medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde, görülmesini isteme hakkına sahiptir..."

31. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), adil yargılanma hakkının hukukun üstünlüğünün sözleşmeci devletlerin ortak mirası olduğunu belirten Sözleşme'nin önsözüyle birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Hukukun üstünlüğünün temel unsurlarından biri, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı garanti altına alan ve kamuoyunun mahkemelere olan güvenine katkıda bulunan hukuki güvenlik ilkesidir. Toplumun yargısal sisteme olan güveni hukuk devletinin esaslı unsurlarından biri olmasına rağmen birbirinden farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesi, bu güveni azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizlik durumu yaratabilecektir (*Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* [BD], B. No: 13279/05, 20/10/2011, § 57).

32. AİHM; hukuki güvenlik ilkesinin hukuki durumlarda belli bir istikrarın sağlanmasını ve toplumun adalete olan güvenini desteklemeyi amaçladığını, aynı olaya ilişkin farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesinin toplumun yargısal sisteme olan güvenini azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizliğe yol açabileceğini belirtmiştir (*Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05, 9/2/2016, § 52).

33. AİHM, içtihat farklılıklarını kendi bölgesinde yetki sahibi olan ve davanın esasına bakan yerel mahkemelerin bulunduğu yargı sistemlerinin doğal bir sonucu olduğunu kabul etmekle birlikte yüksek mahkemelerin görevinin bu çelişkileri düzeltmek olduğunu ve şayet çelişkili uygulama yüksek mahkemenin bünyesinde gelişiyorsa bu durumun toplumun adli sisteme olan güvenini azaltarak hukuki güvenlik ilkesini ihlal edeceğini belirtmiştir (*Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, § 55).

34. Diğer yandan bireylerin makul güvenlerinin korunması ve hukuki güvenlik ilkesi, içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak bahşetmemektedir (*Unédic/Fransa*, B. No: 20153/04, 18/12/2008, § 74; *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye,* § 58). Mahkemelerin yorumlarında dinamik ve evrilen bir yaklaşımın sürdürülememesi reform ya da gelişimi engelleyeceğinden kararlardaki değişim, adaletin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez (*Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No: 36815/03, 14/1/2010, § 38).

35. Çelişkili yargı kararları nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda AİHM, öncelikle ulusal mahkemelerin yerini almak gibi bir görevi olmadığını, ulusal mevzuatın yorumlanmasından doğan sorunların öncelikle mahkemelerin görevi olduğunu ve AİHM'in rolünün bu tür yorumlama sonuçlarının Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını denetlemekten ibaret olduğunu belirterek içtihat farklılığından kaynaklanan tutarsızlığın giderilmesi için iç hukukta bir mekanizmanın bulunup bulunmadığının ve bu mekanizmanın uygulanıp uygulanmadığının önemli olduğunu vurgulamıştır (*Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye*, §§ 49-53,54).

36. AİHM, iki ihtilafa farklı muamele yapılmasının incelenen gerçek olayların farklılığından kaynaklanmış olması hâlinde çelişkili içtihatlardan bahsedilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir (*Erol Uçar/ Türkiye* (k.k.), B. No: 12960/05, 29/9/2009).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 17/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

38. Başvurucu; aynı işyerinde benzer koşullarda çalışan -aralarında kendisinin de bulunduğu- çok sayıda işçi tarafından açılan alacak davalarının bir kısmının Yargıtay ilgili dairesinin önceki içtihatlarından ayrılan bir yaklaşım benimsemesi nedeniyle aleyhe sonuçlandığını, ilk derece mahkemesinin bu yaklaşımı kabul etmeyip direnme kararı verdiği davaların ise HGK'nın önceki içtihatlarla uyumlu kararı sonucunda işçiler lehine sonuçlandığını belirterek Anayasa'nın 10., 35. ve 36. maddelerindeki ilke ve haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yeniden yargılama kararı verilmesini talep etmiştir.

39. Bakanlık görüşünde; Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesine farklı bir anlam ve yorum yükleyerek yapmış olduğu değerlendirmeyle asıl işveren ile alt işveren arasında muvazaa bulunmadığı sonucuna vardığını, HGK'nın Özel Daire ile aynı doğrultuda muvazaanın varlığını kabul etmeyen kararlar vermişken 30/9/2015 tarihinden itibaren bu kararlardan dönerek muvazaanın varlığını kabul ettiğini, Özel Daire ve HGK'nın bu tutumunun dinamik bir yapıya sahip iş hukuku kurallarının yargı kararlarına yansımasından ibaret olduğunu ve dinamik bir hukuk alanında kararlardaki değişikliklerin adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.

B. Değerlendirme

40. Anayasa'nın 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."*

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). Başvurucu, eşitlik ilkesi ve mülkiyet hakkının daihlal edildiğini ileri sürmüşse de iddialarının özünün adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan

hakkaniyete uygun yargılanma hakkına ilişkin olduğu ve bu kapsamda bir inceleme yapılması gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

42. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamıştır.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

43. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, 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" ibaresinin eklenmesine ilişkin 14. maddesinin gerekçesine göre *"değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı metne dahil"* edilmiştir. 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 (*Yaşar Çoban*, B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 53).

44. Adil yargılanma hakkı uyuşmazlıkların çözümlenmesinde hukuk devleti ilkesinin gözetilmesini gerektirmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında gözönünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir.

45. Bu noktada hukuk devletinin gereklerinden birini de hukuk güvenliği ilkesi oluşturmaktadır (AYM, E.2008/50, K.2010/84, 24/6/2010 ve E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012). Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde 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).

46. Hukuk kurallarının ne şekilde yorumlanacağı veya birden fazla yorumunun mümkün olduğu durumlarda bu yorumlardan hangisinin benimseneceği derece mahkemelerinin yetkisinde olan bir hususdur. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda derece mahkemelerince benimsenen yorumlardan birine üstünlük tanıması veya derece mahkemelerinin yerine geçerek hukuk kurallarını yorumlaması bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesinin kanunilik ilkesi bağlamındaki görevi, hukuk kurallarının birden fazla yorumunun varlığının hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmektir(*Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 81).

47. Uygulamadaki yeknesaklığı sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkarır (*Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, § 53).

48. Özellikle aynı somut olay ve hukuksal durumdaki farklı kişilerce açılan davalarda birbiriyle çelişen sonuçlara ulaşılması hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşebilir. Yargı mercilerinin anılan ilkelerin bir sonucu olarak kamuoyu nezdinde yargıya olan güveni muhafaza etme bakımından kararlarında belli bir istikrar sağlaması beklenir. Bu itibarla içtihat değişikliği tek başına adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmaz ise de bu değişiklik ile benimsenen yeni yaklaşımın benzer uyuşmazlıklarda tutarlı olarak uygulanması gereklidir.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

49. Somut başvurunun konusu, aynı işyerinde benzer koşullarda çalışan işçilertarafından açılan davaların bir kısmının yargı mercilerinin yeni bir yaklaşımı benimsemesi nedeniyle farklı sonuçlandığı ve bu hususun hakkaniyete aykırı olduğu iddiasıdır.

50. Başvurucu, kamu tüzel kişiliğine sahip ticari bir şirkete ait işyerinde hizmet alım sözleşmesi ile işin belli bir kısmını devralan alt işverene bağlı olarak çalışan bir işçidir. Başvurucu, her ne kadar alt işverene bağlı ise de yapılan işin asıl işin bir parçası niteliğinde olduğu ve asıl işveren ile alt işveren arasındaki hizmet alım sözleşmesinin muvazaalı olduğu gerekçesi ile işyerinde geçerli olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanma talebiyle dava açmıştır.

51. UYAP üzerinden temin edilen belge ve bilgilerden başvurucu ile aynı koşullar altında, aynı işyerinde çalışan çok sayıda işçinin benzer davalar açtığı saptanmıştır. Açılan davalar ilk derece mahkemesince hizmet alım sözleşmesinin muvazaalı olduğu gerekçesiyle kabul edilmiştir. Ne var ki Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 2014 yılı için kabul etmiş olduğu iş bölümü kararı gereğince temyiz incelemesini yapan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 9/7/2008 tarihinde yürürlüğe giren 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesinin (g) bendini ilk defa dikkate aldığını belirterek bu Kanun hükmü uyarınca davalı şirketin işin tamamı ya da bir kısmını hizmet alım yöntemi ile alt işverene devretmesi imkânı bulunduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

52. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bu karar ile yeni bir yaklaşım benimsemiş ve 2008 yılından beri yürürlükte bulunan kanun hükmüne dayalı olarak davalı şirketin işin tamamı ya da bir kısmını alt işverene devretme imtiyazına sahip olduğundan asıl işveren ile alt işveren arasındaki hizmet alımının muvazaa oluşturmayacağına hükmetmiştir. Anılan tarihten önce bu tür uyuşmazlıkların temyiz mercii olan Yargıtay Daireleri ile direnme üzerine gelen dosyaları inceleyen HGK, şartları bulunduğu takdirde iş ilişkisinin muvazaalı olduğuna ilişkin kararlar vermiştir (bkz. §§ 24,25).

53. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin seri olarak verdiği bozma kararlarından bir kısmında ilk derece mahkemesi direnme kararı vermiş ve bu dosyalar yönünden uyuşmazlık HGK'nın önüne gelmiştir. HGK önceki içtihatlardaki yöntemi esas alarak muvazaanın varlığına dair direnme kararlarını yerinde bulmuş ve özel daire tarafından incelenmeyen temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyaları Yargıtay 22. Hukuk Dairesine göndermiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi yaptığı inceleme sonucunda benimsemiş olduğu yeni yaklaşımı koruduğunu belirtmekle birlikte hukuki istikrarın korunması, uygulama birliğinin sağlanması ve HGK kararının bağlayıcı olması nedeniyle muvazaanın varlığını kabul eden ilk derece mahkemesi kararlarını onamıştır.

54. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, uyuşmazlığın çözümünde kullanılan yöntemden ayrılarak yeni bir yaklaşım benimsemiştir. Esas itibarıyla Yargıtay Dairesinin hukuk kurallarını yorumlama ve uygulama yetkisine sahip olarak içtihat değişikliğine gitmiş olması tek başına adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilemez ise de anılan değişikliğin aynı uyuşmazlıkları çözüme bağlayan diğer Daire ve HGK tarafından benimsenmediği, en üst dereceli mahkeme sıfatıyla Yargıtayın kendi içinde tutarlı ve yeknesak bir uygulamanın bulunmadığı saptanmıştır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi dahi benimsemiş olduğu yeni yaklaşımla çelişkili sonuçlar doğuran önceki yönteme uygun kararlar vermiştir. Şöyle ki önceki bozma kararları doğrultusunda muvazaanın varlığını reddeden ilk derece mahkemesi kararlarını onamışken bir süre sonra benzer uyuşmazlıklara ilişkin farklı mahkemeler tarafından verilen kararları muvazaa bulunup bulunmadığının araştırılması amacıyla bozmuştur. Yargıtay içinde gelişen ve davaların içeriğinden kaynaklanmayan bu farklı uygulama nedeniyle benzer durumda bulunan kişilerin bir kısmı, talepleri doğrultusunda karar elde etmişken bir kısmının talebi ise aksi yönde sonuçlanmıştır.

55. Somut olayda içtihat değişikliği ile benimsenen yaklaşımın uygulanması nedeniyle uyuşmazlığın çözümünde görev alan Daire ve Kurula göre farklı ve birbiriyle çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır. Başvurucunun alacak isteği, tutarlı olarak uygulanmayan yeni içtihatta benimsenen esaslara göre değerlendirilmiş olup aynı somut olaydan kaynaklanan uyuşmazlıkların birbirine zıt olacak şekilde neticelenmesi hukuki belirsizliğe yol açmıştır. Başvurucu için öngörülemez nitelikte olan bu uygulama nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşılmıştır.

56. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

57. 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."

58. Başvurucu; yargılamanın yenilenmesi, buna gerek görülmemesi hâlinde ise 100.000 TL maddi ve 100.000 TL manevi tazminata karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

59. Başvuruda, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

60. Adil yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Kütahya 2. İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

61. Yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın yetkili adli yargı merciine gönderilmesine karar verilmesinin ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından başvurucunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

62. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyuve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Kütahya 2. İş Mahkemesine (E.2015/854, K.2015/410) GÖNDERİLMESİNE,

D. 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,

E. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

F. 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin bilgi için Yargıtay 22. Hukuk Dairesine (E.2015/23683, K.2016/8225) GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 17/5/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvuru, işçilik alacağı nedeniyle açılan davanın aynı maddi olaya dayanılarak açılan başka davalarda verilen kararların aksi bir sonuca ulaşılarak reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Başvurucu; aynı iş yerinde benzer koşullarda çalışan -aralarında kendisinin de bulunduğu- çok sayıda işçi tarafından açılan alacak davalarının bir kısmının Yargıtay ilgili dairesinin önceki içtihatlarından ayrılan bir yaklaşım benimsemesi nedeniyle aleyhe sonuçlandığını, ilk derece mahkemesinin bu yaklaşımı kabul etmeyip direnme kararı verdiği davaların ise HGK'nın önceki içtihatlarla uyumlu kararı sonucunda işçiler lehine sonuçlandığını belirterek Anayasa'nın 10., 35. ve 36. maddelerindeki ilke ve haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Sayın çoğunluk, konuya, hukuk devletinin gereklerinden olan ve adil yargılanma hakkı bakımından da gözetilen hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri çerçevesinde yaklaşmıştır. AİHM de meseleye benzer şekilde yaklaşmakta, adil yargılanma hakkını Sözleşme'nin önsözünde yer alan hukuk devleti ilkesiyle birlikte yorumlamaktadır.

Aynı kanun hükmünün farklı yorumlanmasına bağlı olarak birbiriyle uyuşmayan kararlar verilmesi, toplumda yargıya olan güvenin örselenmesine ve hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin zedelenmesine yol açabilir. Dolayısıyla tamamen aynı nitelikteki konularda farklı yargı kararlarının verilmesinin önlenmesine yönelik tedbirler alınması hukuk devletinde arzulanan bir durumdur. Bununla birlikte hukuk kurallarının yorumlanması yetkisinin hâkime ait olduğu ve hâkimin bir hukuk kuralını yorumlarken tam bir bağımsızlık içinde hareket etmesi gerektiği hususu da gözden uzak tutulmamalıdır. Bir hukuk kuralının ne şekilde yorumlanacağı veya ilgili hukuk kuralının belli bir yorumunun benimsenmesi neticesini doğuracak biçimde hâkime dışarıdan müdahalede/dayatmada bulunulması yargı bağımsızlığına gölge düşürebilir. Ancak bir hukuk devletinde yargı bağımsızlığının ve dolayısıyla hâkimin, hukuk kurallarının yorumu hususundaki özerkliğinin önemi inkâr edilemese de hukuki güvenlik ve istikrar da hukuk devletinin ehemmiyet taşıyan diğer bir ilkesidir. Bu bakımdan bu iki ilke arasında bir denge kurulması gerektiği tabiidir.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru incelemelerinde ancak bu dengenin hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi aleyhine bozulduğu hallerde müdahalede bulunmalıdır.

Öte yandan iki anayasal değer arasındaki dengenin bozulduğundan söz edilebilmesi için birden fazla içtihadın varlığının kamu düzenini etkileyecek boyuta ulaşması gerekir. İçtihat farklılığının hukuk kurallarının temel bir özelliği olan bireyin davranışını yönlendirebilme gücünü zayıflatacak bir boyuta ulaşması halinde kamu düzeninin bozulduğundan söz edilebilir. Dolayısıyla bu noktada özellik arz eden husus, içtihat farklılığının kamu düzenini bozacak boyuta ulaşıp ulaşmadığıdır.

AİHM Iordan Iordanov ve Diğerleri/Bulgaristan başvurusunda (B. No: 23530/02,2/7/2009, § 49) aynı mahkemece benzer davalarda verilen çelişkili kararların Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında da olan hukuki belirlilik ilkesini ihlal ettiği durumlarda hangi ölçütlerin kullanılacağını tespit etmiştir. Buna göre;

(1) derece mahkemelerinin içtihadında "derin ve süreklilik arz eden farklılıkların" bulunup bulunmadığı;

(2) iç hukukun bu tutarsızlıkları ortadan kaldırmaya yönelik mekanizmalar öngörüp görmediği;

(3) bu mekanizmaların uygulamaya konulup konulmadığının ve gerekirse, bu mekanizmaların uygulamaya konulmuş olmasının etkileri.

Yukarıda anılan ölçütler nazara alındığında AİHM'in çelişkili içtihatlar konusuna müdahil olmak için bunun belirli bir seviyeye ulaşmasını aradığı görülmektedir. Bu bakımdan AİHM aynı meseleye ilişkin olarak farklı kararların varlığını yeterli görmemekte içtihattaki farklılığın derin ve süreklilik arz etmesi gerektiği koşulunu aramaktadır.

AİHM'e göre çelişkili kararların, tutarlılık sağlayan bir mekanizmanın yokluğunda, adil yargılanma hakkını ihlal edebilir ve dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan bir Devletin temel parçalarından biri olan yargıya olan güven unsurunu zedeleyebilir (Balažoski/Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti, B. No: 45117/08,25/4/2013 § 30).

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu da Türkan Bal (B. No: 2013/6932, 6/1/2015) başvurusunda, çelişkili kararlar bakımından dikkate alacağı ana ölçütleri ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi ilk olarak içtihatlar arasında çelişkinin var olup olmadığını incelemiş; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin aynı konudaki önceki tarihli kararları arasında çelişki bulunduğu tespitini yapmıştır. Diğer testler de uygulanarak nihayetinde "mevcut yapısal mekanizmanın işletilmesindeki eksiklikle birlikte ele alındığında, Yargıtay dairelerinin ilamlarında yeterli gerekçeyle desteklenmeyen farklılıkların bulunmasının, başvurucunun açtığı davanın görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe neden olduğu ve başvurucu açısından öngörülemez bulunduğu" sonucuna varmıştır.

Somut olayda Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ile HGK arasında, Elektrik Üretim A.Ş.nin (EÜAŞ) Seyitömer Termik Santralindeki bir kısım hizmetlerininözel bir şirkete devredilmesi sonucu oluşan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda görüş ayrılığı bulunduğu anlaşılmaktadır. 22. Hukuk Dairesi Kanun'un verdiği yetkiye istinaden oluşturulan bu ilişkinin muvazaa olarak nitelenmesinin mümkün olamayacağını savunmakta iken HGK aksi görüşü

benimsemiştir. Dolayısıyla aynı meseleye ilişkin olarak iki farklı yargı kurumundan farklı kararlar verildiği hususu bir vakıadır.

Ancak az önce ifade edildiği üzere aynı meseleye ilişkin farklı kararların varlığı tek başına Anayasa Mahkemesinin müdahalesine bir zorunluluk zemini oluşturmaz. Belli bir konuya ilişkin içtihat farklılığının Anayasa Mahkemesince sorun olarak görebilmesi için içtihatlar arasındaki farklılaşmanın derinleşmiş ve süreklilik kazanmış olması gerekir.

Somut olayda Yargıtay 22. Hukuk Dairesi HGK'nin içtihadını benimsediğini kararında deklere etmiş ancak kesin bozmaya uyma üzerine diğer taraf lehine usuli kazanılmış hakkın oluşması nedeniyle HGK içtihadıyla uyumlu olmayan ilk derece mahkemesi kararlarını onamıştır. Dairenin HGK içtihadını benimsemesiyle içtihat farklığının ortadan kalktığı açıktır. Dolayısıyla içtihat farklılığının derin ve sürekli olduğundan artık söz edilemeyecektir. Dairenin HGK içtihadını benimsemesine rağmen mevcut başvuruda önceki içtihadı doğrultusunda verilen kararı onaması, uyuşmazlığın diğer tarafı lehine oluşan usuli kazanılmış hakkın korunması gerekçesine dayanmaktadır.

Dairenin bu yaklaşımının bir sonucu olarak aynı olay nedeniyle bazı işçilerin açtığı davalar bu işçiler lehine sonuçlanırken diğerlerininki aleyhe sonuçlanmıştır. Bu durum üzüntü verici olsa da adil yargılanma hakkının bireysel mağduriyetleri giderme biçiminde bir fonksiyonu bulunmadığından aleyhlerine karar verilen işçilerin bu talihsizliğe katlanmalarını beklemekten başka yapılabilecek bir şey bulunmamaktadır.

Ancak çoğunluk kararında somut dosya bakımında içtihatlar arasında derinleşmiş ve süreklilik arz eden bir farklılık olup olmadığına ilişkin kriter uygulanmamıştır. Çoğunluk kararında salt içtihat farklılığının bulunması yeterli görülmüş, bu içtihat farklığının derinleşmiş ve süreklilik arz etmesi koşulu aranmamıştır. Bu yönüyle çoğunluk kararının AİHM'den ayrıştığı anlaşılmaktadır. Kuşkusuz ki Anayasa Mahkemesi içtihat farklılığı meselesinde AİHM'in kriterlerini benimsemek zorunda olmayıp başvurucuların lehine olarak daha yüksek standartlar geliştirebilir. Ne var ki içtihat farklılığına ilişkin standardın sadece başvurucular gözetilerek yükseltilmesinin derece mahkemelerinde görülen davanın tarafı olup bireysel başvurunun tarafı bulunmayan diğer kişilerin haklarının ve hukuki güvenliklerinin zedelenmesine yol açacağı dikkatten kaçırılmamalıdır.

Derece mahkemelerinin bir hukuk kuralına ilişkin, söz konusu uyuşmazlığın taraflardan birinin aleyhine olan yorumunun diğer tarafın lehine olacağında kuşku bulunmamaktadır. Bu durumda derece mahkemesinin bu yorumuna müdahale etmenin diğer taraf yönünden hak kaybına yol açabileceği izahtan varestedir. AİHM'in, içtihat farklılığının derinleşmiş olması ve süreklilik kazanması koşulunu aramasının altında yatan neden, özellikle özel borç ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda diğer tarafın hak kaybına uğramasına yol açacak müdahalelerde bulunmaktan kaçınmak istemesidir. Bu nedenle "içtihat farlılığının derinleşmiş ve süreklilik kazanmış olması" koşulu, diğer tarafın menfaatlerinin korunabilmesi bakımından da oldukça yerinde olup Anayasa Mahkemesinin bu koşulu aramaması isabetli olmamıştır.

Öte yandan "içtihat farlılığının derinleşmiş ve süreklilik kazanmış olması" koşulunun aranmaması, adil yargılanma hakkının uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk kuralının başvurucu lehine olan yorumunun uygulanmasını güvenceye bağlamadığı hususunun görmezden gelinmesine yol açmaktadır. Bilindiği gibi adil yargılama hakkı sonuç garantisi içermemekte, sadece sürece dair bir takım usule ilişkin güvenceleri kapsamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, kişi herhangi bir uyuşmazlıktaki bir meseleye uygulanacak hukuk kuralının kendisi aleyhine olan yorumunun benimsendiği gerekçesine dayanarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini öne süremeyeceği gibi Anayasa Mahkemesi de adil yargılanma hakkına yönelik şikâyetleri incelediği bireysel başvurular kapsamında yaptığı incelemelerde ilgili hukuk kuralının başvurucu lehine olan yorumunun uygulanması gerektiği anlamına gelebilecek kararlar veremez.

Şüphesiz ki maddi haklar söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesi, bir hukuk kuralının ilgili maddi hakkı zedeleyen yorumunun uygulanmasını hak ihlali olarak tespit edebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin adil yargılanma hakkı yönünden aynı şekilde davranarak sırf bir hukuk kuralının belli bir yorumunun benimsenmiş olması sebebiyle ihlal kararı vermesi mümkün değildir. Zira az önce ifade edildiği gibi adil yargılanma hakkı sonuç garantisi içermemektedir. Oysa "içtihat farlılığının derinleşmiş ve süreklilik kazanmış olması" şartının aranmaması farklı karar verilen her durumda adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmasını gerektirmektedir. Bu anlayış da adil yargılanma hakkını adeta sonuç güvencesi içeren maddi bir hakka dönüştürmektedir.

Sonuç olarak, somut olayda derinleşmiş ve süreklilik kazanmış bir içtihat farklılığı bulunmadığından hakkaniyete uygun yargılanma ilkesinin zedelenmesinden söz edilemez. Bu koşullarda başvurucunun ihlal iddialarının salt kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin(kanun yolu şikâyeti) olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle çoğunluğun kararına katılmıyorum.

Üye
Kadir ÖZKAYA

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

SEMA CALGAV VE OYA YAMAK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/13950)

Karar Tarihi: 24/5/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	**:** Engin YILDIRIM
Üyeler	**:** Osman Alifeyyaz PAKSÜT
	Celal Mümtaz AKINCI
	Muammer TOPAL
	M. Emin KUZ
Raportör	**:** Gülbin AYNUR
Başvurucular	**:** 1. Sema CALGAV
	2. Oya YAMAK
Vekili	**:** Av. Mehmet Suat KAYIKÇI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir taşınmaza ilişkin imar planının iptali istemiyle üçüncü kişi tarafından idareye karşı açılan davanın taşınmaz malikine ihbar edilmeyerek yargılamaya katılımının sağlanmaması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 19/8/2015 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, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucular, İstanbul ili Maltepe ilçesinde bulunan paylı mülkiyete konu bir taşınmazın 1/4 hisseli maliklerindendir.

9. Söz konusu taşınmaz, belirtilen yerleşim yerine ilişkin olarak hazırlanan 4/5/2006 onay tarihli 1/5000 ölçekli nazım imar planında ve 26/2/2007 onay tarihli 1/1000 ölçekli uygulama imar planında "akaryakıt istasyonu alanı" olarak ayrılmıştır.

10. Başvurucular ve paydaşları imar mevzuatı yönünden gerekli ruhsat işlemlerini tamamladıktan sonra taşınmazı 18/12/2007 tarihinde imzalanan kira sözleşmesi ile akaryakıt istasyonu olarak işletilmek üzere petrol ürünleri alım satım işi ile iştigal eden bir şirkete (kiracı Şirket) kiraya vermişlerdir. Kira sözleşmesi 31/12/2023 tarihine kadar geçerli olmak üzere düzenlenmiştir.

11. Aynı muhitte akaryakıt istasyonu işletmekte olan başka bir şirket (davacı Şirket) tarafından, belirtilen yerleşim yerine ilişkin nazım ve uygulama imar planlarının başvurucuların hissedarı olduğu 73 parsel sayılı taşınmazın akaryakıt istasyonu alanı olarak ayrılmasına dair kısımları yönünden iptali istemiyle İstanbul Büyükşehir ve Maltepe Belediyelerine (davalı idareler) karşı idare mahkemesinde dava açılmıştır.

12. İstanbul 1. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) görülen bu davaya kiracı Şirketdavalı idareler yanında müdahil sıfatıyla katılmıştır.

13. Mahkeme 24/2/2009 tarihli kararıyla dava konusu imar planlarını iptal etmiştir. Kararın gerekçesinde, akaryakıt istasyonlarına ilişkin mevzuat hükümleri uyarınca 19/6/1996 tarihinden sonra yapılan başvurularla açılmak ve işletilmek istenen akaryakıt satış istasyonlarının mesafe koşuluna uymalarının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Yerinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen rapora istinaden, akaryakıt istasyonlarına ilişkin olarak mevzuat hükümleri uyarınca belirlenmiş mesafe koşulları dikkate alınmadan tesis edildiği anlaşılan dava konusu imar planlarında dava konusu parsel yönünden hukuka uygunluk bulunmadığı ifade edilmiştir.

14. Karar, davalı idarelerin ve müdahilin temyiz yoluna başvurması üzerine Danıştay Altıncı Dairesinin (Daire) 22/12/2009 tarihli kararıyla bozulmuştur. Bozma kararının gerekçesinde, nazım imar planına karşı açılan davanın süresinde olmadığı tespit edilmiştir. Uygulama imar planının da süresinde dava konusu edilmeyen nazım imar planına uygun olması karşısında ilk derece mahkemesince bu husus gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken dava konusu planların iptali yolunda verilen temyize konu kararda hukuki isabet görülmediği belirtilmiştir.

15. Davacı Şirket bozma kararına karşı karar düzeltme yoluna gitmiştir. Daire 11/9/2013 tarihli kararıyla karar düzeltme istemini kabul etmiş ve ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

16. İmar planlarına ilişkin yargılama süreci bu şekilde kesinleştikten sonra davacı Şirket, bu kez mevcut imar durumuna aykırı olduğu gerekçesiyle kiracı Şirket adına düzenlenen gayrisıhhi müesseselere ait ruhsatların iptali ve akaryakıt istasyonunun faaliyetinin durdurulması talebiyle 26/2/2014 tarihinde Belediyeye başvurmuş; başvurusu cevap verilmemek suretiyle reddedilmiştir. Davacı Şirket zımni ret işleminin iptali istemiyle İstanbul 4. İdare Mahkemesinde dava açmıştır. Anılan Mahkemenin dava konusu zımni ret işleminin iptali yönündeki 7/4/2015 tarihli kararı gereğince kiracı Şirketin çalışma ruhsatı iptal edilmiştir.

17. Başvuruculardan Sema Calgav 29/6/2015 tarihinde İstanbul Büyükşehir Belediyesine başvurmuş ve taşınmazına ilişkin imar planının iptali talebiyle herhangi bir dava açılıp açılmadığının, dava açıldıysa mahkeme ve dosya esas numarası bilgilerinin ne olduğunun ve davanın sonucunun tarafına bildirilmesini istemiştir.

18. İstanbul Büyükşehir Belediyesi 22/7/2015 tarihli cevap yazısında; taşınmaza ilişkin imar planlarının yargı kararı ile iptal edildiğini, bu sebeple söz konusu parselin plansız hâle geldiğini ancak taşınmaza ilişkin yeniden planlama süreci başlatıldığını ve bu sürecin devam ettiğini adı geçen başvurucuya bildirmiştir.

19. Söz konusu yazı 22/7/2015 tarihinde adı geçen başvurucuya tebliğ edilmiştir.

20. Başvurucular 19/8/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

21. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; ... üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, ... hallerinde ...Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygunlanır. Ancak, davanın ihbarı Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır."

22. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler*" ana başlıklı İkinci Bölümü'nde yer alan 27. maddesinde "*Hukuki dinlenilme hakkı*" düzenlenmiştir. Anılan madde şöyledir:

"(1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

b) Açıklama ve ispat hakkını,

c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini,

içerir."

23. 6100 sayılı Kanun'un "*İhbar ve şartları*" kenar başlıklı 61. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir."

24. 6100 sayılı Kanun'un "*İhbarda bulunulan kişinin durumu*" kenar başlıklı 63. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilir."

25. 6100 sayılı Kanun'un "*Fer'î müdahale*" kenar başlıklı 66. maddesi şöyledir:

"(1) Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'î müdahil olarak davada yer alabilir."

26. 6100 sayılı Kanun'un "*Fer'î müdahilin durumu*" kenar başlıklı 68. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Müdahale talebinin kabulü hâlinde müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir."

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

27. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ... konusunda karar verecek olan,... bir mahkeme tarafından ... görülmesini isteme hakkına sahiptir...*"

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

28. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının açık bir biçimde mahkeme veya yargı merciine erişim hakkından söz etmese de maddede kullanılan terimler bir bütün olarak bağlamıyla birlikte dikkate alındığında 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) numaralı fıkrasında mündemiçtir. Bu çıkarsama, Sözleşmeci devletlere yeni yükümlülük yükleyen genişletici bir yorum olmayıp 6. maddenin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin lafzının Sözleşme'nin amaç ve hedefleri ile hukukun genel prensiplerinin gözetilerek birlikte okunmasına dayanmaktadır. Sonuç olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası, herkesin medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili iddialarını mahkeme önüne getirme hakkına sahip olmasını kapsamaktadır (*Golder/Birleşik Krallık*, § 36).

29. 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 ve zayıflatmaması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM'e göre, meşru bir amaç taşımayan ya da uygulanan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurmayansınırlamalar Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci 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).

30. AİHM'e göre iç hukuktaki başvuru yollarına erişimi engelleyen bir kanununbulunmaması 6. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki gerekliliklerin yerine getirilmesi bakımından her zaman için yeterli olmayabilir. Hukuk devleti ilkesinin demokratik toplumdaki işlevi gözönünde bulundurulduğunda kanun koyucu tarafından temin edilen erişimin derecesinin aynı zamanda bireylerin "mahkeme hakkı"nın güvenceye bağlanması bakımından yeterli olması gerektiği anlaşılmaktadır. Erişim hakkının etkili olabilmesi için bireyin hakkına müdahale teşkil eden eylem ve işleme karşı argümanlarını dile getirebileceği açık ve pratik fırsatlara sahip olması gerekir (*Bellet/Fransa,* B. No: 23805/94, 4/12/1995,§ 36).

31. AİHM'in idari yargıda ihbar müessesesini incelediği *Menemen Minibüsçüler Odası-Türkiye* (B. No: 44088/04, 9/12/2008, §§ 4-11) kararına konu olayda valilik tarafından belli kategorideki araçlara sigorta yaptırmak kaydıyla geçici güzergâh yetki belgesi verilmesini öngören bir düzenleyici işlem çıkarılmıştır. Bu düzenleyici işlem, Menemen-İzmir hattında faaliyet gösteren Menemen Minibüsçüler Odasını doğrudan ilgilendirmektedir. Menemen Yolcu Otobüsleri Motorlu Taşıtlar Kooperatifi tarafından söz konusu düzenleyici işleme karşı valilik aleyhine açılan dava üzerine idare mahkemesi düzenleyici işlemi iptal etmiştir. Valilik, kararı temyiz etmiştir. Menemen Minibüsçüler Odası temyiz safhasında müdahale dilekçesi vermiştir. Danıştay 16/3/2004 tarihinde başvurucunun müdahale talebini kabul ettikten kısa bir süre sonra ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Valilik 7/5/2004 tarihinde başvurucunun araçlarına izin veren yeni bir düzenleyici işlem çıkarmış ise de bu işlem de 11/1/2005 tarihinde idare

mahkemesince iptal edilmiştir. 23/5/2005 tarihinde başvurucuya taşımacılık faaliyetine son vermesi hususu tebliğ edilmiştir.

32. AİHM, 2577 sayılı Kanun'un davanın ihbarı usulüyle ilgili olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunan 31. maddesinin özellikle davanın dava konusu uyuşmazlık nedeniyle menfaati etkilenen üçüncü kişilere bildirilmesinin mahkeme tarafından "resen" yapılmasını öngördüğüne işaret etmiştir (*Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye,* § 25). AİHM, anılan maddenin açık lafzına rağmen mahkemenin başvurucuyu ihtilaf konusu uyuşmazlıktan haberdar etmediğini vurgulamıştır. AİHM'e göre, sonuç olarak başvurucu -ilk davada- ilk derece safhasında yargılamaya katılamaması nedeniyle dinlenilme imkânından mahrum kalmıştır. Temyiz nedenlerinin sınırlı sayı kuralına tabi olması nedeniyle başvurucu, esasa ilişkin itirazlarını Danıştayda da ileri sürememiştir. İkinci davaya ilişkin ise 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesine uyulmaması nedeniyle başvurucu, uyuşmazlıkla tamamen irtibatsız kalmıştır. Asıl taraf olarak valiliğin kararı temyiz etmemesi sebebiyle başvurucu, Danıştayda -sınırlı da olsa- iddialarını öne sürme imkânı bulamamıştır (*Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye,* § 26).

33. Bu çerçevede başvuruyu değerlendiren AİHM, ulusal mahkemelerin 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesindeki gereklilikleri yerine getirmede başarı sağlayamamalarının başvurucuyu hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen uyuşmazlıkla ilgili olarak dinlenilmekten alıkoyduğu ve başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (*Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye,* § § 27, 28).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

34. Mahkemenin 24/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

35. Başvurucular, bireysel başvuruya dayanak davada verilen iptal hükmü doğrudan kendileri hakkında sonuç doğurduğu hâlde Mahkemece davanın kendilerine ihbar edilmemesi nedeniyle yargılama aşamasında delil sunma ve iddialarını ispat etme imkânından yoksun kaldıklarından şikâyet etmektedir. Başvurucular, maliki oldukları taşınmaza ilişkin imar planının iptal edildiği yönünde aldıkları duyum üzerine Belediyeye yaptıkları

müracaata cevaben gönderilen yazı ile söz konusu dava hakkında bilgi sahibi olabildiklerini ifade etmektedir. İmar planının iptal edilmesi nedeniyle hem taşınmazlarının değerinin düştüğünü hem de sağladığı kira gelirinden yoksun kaldıklarını belirten başvurucular, davaya katılımlarının sağlanmamış olması nedeniyle hukuki menfaatlerini korumaya yönelik bu iddialarını dile getiremediklerinden şikâyet etmekte; Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

B. Değerlendirme

36. 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."*

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). Başvuruculların şikâyetlerinin özü, sonucundan doğrudan etkilendikleri bir idari davada taraflarına tanınması gereken savunma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmeleri amacıyla yargılamaya katılımlarının sağlanmamış olmasıdır. Bu nedenle başvuruculların belirtilen şikâyetleri bağlamındaki ihlal iddiaları mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

38. Somut olayda bireysel başvuruya konu kararın 11/9/2013 tarihinde kesinleştiği, bireysel başvurunun ise 19/8/2015 tarihinde yapıldığı görülmektedir. Başvurucular; bilgi edinme amacıyla Belediyeye yapılan başvuruya ilişkin cevap yazısının 22/7/2015 tarihinde tebliğ edilmesiyle söz konusu davadan haberdar olduklarını, bu tarihten itibaren süresi içinde bireysel başvuruda bulunduklarını ileri sürmektedir.

39. Bu noktada öncelikle başvuruculların işbu bireysel başvurudaki ihlal iddialarının sonucu itibarıyla menfaatlerini etkilediğini ileri sürdükleri söz konusu davadan haberdar edilmemeleri olgusuna dayandığını hatırlatmak gerekir. Öte yandan somut olayda, imar planları yargı kararı ile iptal edildikten sonra da kiracı Şirketin çalışma ruhsatının henüz iptal edilmemiş

olması nedeniyle ve 31/12/2023 tarihine kadar geçerliliğini koruyan kira sözleşmesine istinaden akaryakıt istasyonunu işletmeye devam ettiği, ayrıca başvurucuların Belediyeye müracaatlarını gerçekleştirdikleri 22/7/2015 tarihi itibarıyla taşınmaza ilişkin yeni bir imar planının da henüz yapılmamış olduğu görülmektedir. Bir başka ifadeyle davanın başvurucuların söz konusu yargılamadan haberdar olmasını sağlayacak nitelikteki maddi ve hukuki sonuçlarının bir müddet ortaya çıkmadığı anlaşılmaktadır.

40. Buna göre maddi olayın özel koşullarında başvurucular tarafından bireysel başvuru formunda ihlalin öğrenildiği tarih olarak gösterilen ve Belediyenin ilgili yazısının tebliğ edildiği tarih olan 22/7/2015 tarihinden önce ihlalin öğrenildiğinin kabulünü haklı kılacak ya da başvurucuların bu hususta üzerlerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmediği kanaatine varılmasını gerektirecek nitelikte dosya kapsamında somut bir bulguya rastlanmamıştır. Bu itibarla ihlalin öğrenildiği 22/7/2015 tarihinden itibaren otuz gün içinde yapıldığı anlaşılan başvurunun süresinde olduğu kabul edilmiştir.

41. Diğer taraftan açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

42. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır (*Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti.,* B. No: 2014/13156, 20/4/2017,§ 34).

43. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili

güvencelerden biridir. Bu bakımdan davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren güvencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak kişiye iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekir. Diğer bir ifadeyle dava yoksa adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanmak mümkün olmaz (*Mohammed Aynosah,* B. No: 2013/8896, 23/2/2016, § 33).

44. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde mahkemeye erişim hakkının bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiğini ifade etmiştir (*Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

45. Bireylere menfaatlerini etkileyen işlemlere karşı dava açabilmelerinin yanı sıra üçüncü şahıslarca açılmış ve doğrudan taraf olmadıkları ancak sonucu itibarıyla menfaatlerini etkileyen bir davada iddia ve savunmalarını dile getirebilmeleri amacıyla davaya katılma olanağının sağlanması da mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken güvencelerden biridir. Bu itibarla bir davanın sonucundan menfaati etkilenecek olan kişilerin bu yargılama hakkında bilgi sahibi olabilmelerine, uyuşmazlığın çözümü için gerekli ve sonuca etkili olduğunu düşündükleri hususlarda açıklamada bulunabilmelerine, iddialarını ispata yönelik delil sunabilmelerine imkân sağlanması gerekir. Bu husus aynı zamanda yargı mercilerinin tüm verileri dikkate alıp değerlendirme yaptıktan sonra gerekçeli karar vermesini sağlayacağından silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi ile de ilgilidir. Nitekim 6100 sayılı Kanun'un 27. maddesinde, mahkemeye erişim hakkının güvenceleriyle örtüşür nitelikte bir düzenleme getirilerek davanın taraflarının yanı sıra müdahiller ve yargılamanın diğer ilgililerinin de kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkeme; davanın taraflarına, müdahillere, yargılamanın diğer ilgililerine savunma hakkını kullanma imkânı vermeden davanın esasıyla ilgili değerlendirme yapamayacaktır (*Yusuf Bilin*, B. No: 2014/14498, 26/12/2017, § 44; benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Mehmet Ali Bedir ve Tevfik Günay,* B. No:2013/4073, 21/1/2016, § 35).

46. Bireyin sonucu itibarıyla menfaatini etkileyen bir davadan haberdar edilmeyerek davaya katılımının sağlanmaması ve mahkeme önünde argümanlarını öne sürme imkânından yoksun bırakılması mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil eder.

47. Bireysel başvuruya konu olayda, başvurucuların maliki oldukları taşınmaza ilişkin imar planlarının uyuşmazlık konusu edildiği bir idari dava söz konusudur. Bir şirket tarafından açılan bu davada nazım ve uygulama imar planlarının taşınmazın akaryakıt istasyonu alanı olarak ayrılmasına dair kısımlarının iptali istenilmiştir. Yapılan yargılama sonucunda dava konusu imar planları iptal edilmiştir. Belirtilen iptal hükmünün doğrudan başvurucular üzerinde etki ve sonuçlarını gösterdiği, nitekim anılan karar gereğince başvurucuların hisseli maliki oldukları taşınmazın imar planında akaryakıt istasyonu alanı olmaktan çıkarılarak yeniden planlama sürecine dâhil edildiği görülmektedir. Bu itibarla başvurucuların sonucundan doğrudan etkilendikleri bir idari davanın yargılama sürecine katılımlarının sağlanmaması nedeniyle mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu sonucuna varılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

48. 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, ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

49. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

50. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

51. 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinde davanın ihbarının mahkeme tarafından resen yapılacağı belirtilmiştir. Anılan düzenlemenin davanın üçüncü kişiye ihbar edilip edilmemesi noktasında yargı merciine tanınan takdir yetkisini de bünyesinde barındırdığı anlaşılmaktadır. Somut olayda derece mahkemelerinin takdir yetkisini davanın başvuruculara ihbar edilmemesi yönünde kullanması sonucu başvurucuların yargılama sürecine katılamadığı görülmektedir. Mahkemenin söz konusu uygulamasının 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesine dayandığı dikkate alındığında başvurucuların

mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğu sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

52. Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemenin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz(AYM, E.2015/96, K.2016/9, 10/2/2016, § 10; *Ertuğrul Dalbaş,* B. No: 2014/7805, 25/10/2017, § 58; *Osman Uslu,* B. No: 2014/9414, 26/10/2017, § 75).

53. Davanın ihbarı, bireyin tarafı olmadığı ancak sonucu itibarıyla menfaatlerini etkileyen bir davadan müdahale ve diğer yollarla haklarını kullanabilmesine imkân tanımak amacıyla haberdar edilmesini temin eden bir usul hukuku müessesesidir. Ancak yargılamaların makul süre içinde, düzenli bir şekilde ve gereksiz gider yapılmadan yürütülmesini temin etmek ve bu suretle usul ekonomisi ilkesini gerçekleştirmek düşüncesiyle davanın ihbarı belli koşullara ve usul kurallarına bağlanmıştır. Yargılama usullerinin belirlenmesinde usul ekonomisinin gözetilmesi, bu suretle iyi adalet yönetiminin sağlanarak kamu yararının gerçekleştirilmesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gereklerindendir. Dolayısıyla usul ekonomisi ve iyi adalet yönetimi ilkeleri gözetilerek davanın ihbarının belli koşullara ve usul kurallarına bağlanması mümkündür (*Yusuf Bilin*, § 54).

54. Bununla birlikte üçüncü şahıslarca açılan ancak sonucu itibarıyla bireylerin menfaatlerini etkileyen bir davada iddia ve savunmalarını dile getirebilmelerinin de mahkemeye erişim hakkının bir gereği olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Böyle bir durumda kamu otoritelerinin usul ekonomisindeki kamu yararı ile bireylerin mahkemeye erişim hakkından yararlanmalarındaki bireysel yarar arasında makul bir denge gözetmeleri beklenir. Bireyin mahkemeye erişimindeki bireysel yararının açık bir biçimde

baskın olduğu hâllerde usul ekonomisi gerekçesiyle mahkemeye erişimin kısıtlanmasının meşru bir amaç taşıdığı hususu tartışmalı hâle gelebilir. Diğer bir ifadeyle bu gibi hâllerde Anayasa'nın 2. maddesinin mahkemeye erişim hakkının sınırlanmasına izin verdiğinin söylenmesi mümkün olmayabilir (*Yusuf Bilin*, § 55).

55. Somut olayda maliki oldukları taşınmaza ilişkin imar planlarının iptalinin başvuruculaların menfaatini doğrudan etkilediği dikkate alındığında davanın başvuruculara ihbar edilmemesi suretiyle mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalede usul ekonomisinin sağlanmasındaki kamusal yararın başvuruculaların davaya katılmalarındaki bireysel yararlarının görmezden gelinmesini gerektirecek önem ve ağırlıkta olduğu hususunda ciddi kuşkular oluşmaktadır. Bu nedenle meşru amacın varlığının aşağıda müdahalenin ölçülülüğüyle birlikte ele alınmasının daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

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 (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

57. Ölçülülüğün üçüncü alt ilkesi olan orantılılık, kamu yararının korunması ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengenin sağlanmasını gerektirmektedir. Öngörülen tedbirin bireyi 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.

58. Anayasa Mahkemesi; bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hâle getiren, bir başka anlatımla mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamaların mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini ifade etmiştir (*Özkan Şen*, § 52).

59. Üçüncü kişilerin kendi menfaatlerini etkileyen bir davaya katılmaları için belli koşullar ve usul kuralları öngörülmesi, bu koşullar ve kurallar davaya katılmayı imkânsız kılmadığı ya da aşırı derecede zorlaştırmadığı sürece mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ancak yargı merciince bu koşul ve kuralların hukuka açıkça aykırı olarak yanlış uygulanması sonucunda, kendilerini etkileyen uyuşmazlıklarda menfaatlerini korumak isteyen kişilerin davaya katılmalarına engel olunması mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Bu nedenle mahkemelerin bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini irdelerken ve usul kurallarını uygularken yargılamanın hakkaniyetine zarar getirecek nitelikte tutumlardan,yorum ve değerlendirmelerden kaçınmaları gerekir (*Yusuf Bilin*, § 51).

60. 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinde üçüncü şahısların davaya katılması ve davanın ihbarı konularında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağı belirtilmiş ancak davanın ihbarının mahkeme tarafından resen yapılması öngörülmüştür. 6100 sayılı Kanun'un 66. maddesinde de üçüncü kişinin davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla tahkikat sona erinceye kadar ferî müdahil olarak davada yer alabileceği kurala bağlanmıştır. İdarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı idari yargıda görülmekte olan davalar yönünden de uyuşmazlık konusu üzerinde hak iddia eden ya da davanın taraflarından birinin davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan üçüncü kişilerin davaya sadece şeklen değil etkili bir şekilde katılımının sağlanması adil yargılanma hakkının güvencelerinin sağlanabilmesi için önemli bir müessesedir. Bu hakkın kullanılabilmesinin usul hukuku açısından en önemli sonucu ise davada verilecek karardan menfaatinin doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenecek olması sebebiyle davaya katılmakta hukuki yararı bulunan üçüncü kişilerin davadan haberdar edilmesinin gerekli olmasıdır (*Yusuf Bilin*, § 59).

61. Bu noktada 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinde yer verilen ve davanın ihbarının mahkeme tarafından resen yapılmasını öngören düzenlemeye, idari yargı merciinin bakmakta olduğu bir idari davayı ilgili tüm kişilere resen bildirmesinin zorunlu olduğu şeklinde bir anlam yüklenemeyeceğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla davanın sonucundan etkilenme ihtimali bulunan üçüncü kişilere kendi hakları ile bağlantılı olarak mahkeme huzurunda argümanlarını öne sürebilmeleri amacıyla getirilen ihbar müessesesine ilişkin usul hükümlerinin işletilmesindeki takdir yetkisi derece mahkemelerine aittir. Bu bağlamda her bir somut olayın özel

koşullarında üçüncü kişinin davanın sonucundan etkilenip etkilenmeyeceğini ve davaya katılmasında hukuki yararı bulunup bulunmadığını değerlendirmek esasen derece mahkemelerinin görevidir. Derece mahkemesinin ihbar müessesesinin işletilip işletilmemesindeki takdirini denetlemek, bu takdir yetkisinin kullanılmasında başvurucunun hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkilediği, dolayısıyla davaya katılmakta hukuki yararı bulunduğu çok açık olan bir ihtilaf konusundaki argümanlarını ortaya koyma imkânından yoksun bırakılarak yargılamanın hakkaniyetine halel getirecek nitelikte bir yaklaşım sergilendiğine dair bir bulguya rastlanmadığı sürece Anayasa Mahkemesinin görevi olmayacaktır (*Yusuf Bilin*, § 60).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

62. Bireysel başvuruya dayanak davanın konusu ve uyuşmazlığın niteliği dikkate alındığında başvurucuların belirtilen davanın sonucundan doğrudan etkilenecekleri, bu itibarla davaya katılmalarında hukuki yararlarının bulunduğu ilk bakışta ve çok açık bir şekilde görülmektedir.

63. Söz konusu davada başvurucuların davalı idareler ve davalı idareler yanında davaya müdahil olan kiracı Şirketle (müdahil) kesişen ve örtüşen birtakım menfaatlerinin bulunduğu açıktır. Bu bağlamda dava konusu edilen imar planlarının iptalini gerektirecek herhangi bir hukuka aykırılık unsuru bulunmadığıyla ilgili olarak başvurucular tarafından da ileri sürülebilecek bazı hususların yargılama sürecinde davalı idareler ve müdahil tarafından zaten dile getirildiği görülmektedir. Bununla birlikte başvurucuların özellikle ihtilaf konusu taşınmaza malik sıfatını haiz olmaları sebebiyle dava konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak sadece kendileri tarafından ileri sürülebilecek ilave birtakım iddialarda bulunabilecekleri de öngörülebilir bir durumdur. Nitekim başvurucuların bireysel başvuru formunda özellikle mülkiyet hakkı bağlamında ileri sürdükleri ve derece mahkemelerince dikkate alınması gerektiğini belirttikleri iddialarının (bkz. § 35) yargılama sürecinde davalı idareler ve müdahil tarafından ileri sürülmediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla derece mahkemelerinin yargılama sürecinde bahse konu iddiaları değerlendirmek suretiyle bir sonuca ulaştığından söz edilemez. Dolayısıyla başvurucuların şayet davaya katılımları sağlanmış olsaydı derece mahkemesi kararındaki değerlendirmelere ilave birtakım değerlendirmeler/incelemeler yapılmasını gerektirecek farklı iddialara yer verdikleri hususu gözden uzak tutulmamalıdır.

64. Buna göre somut olayda başvurucuların davanın kendilerine ihbar

edilmemesi nedeniyle taşınmazlarıyla ilgili yargılama sürecine katılamadıkları, uyuşmazlıkla tamamen irtibatsız kaldıkları, uyuşmazlığın esasına ilişkin ve sonuca etkili olduğunu düşündükleri hususlarda görüşlerini dile getirme ve iddialarını ispata yönelik deliller sunabilme fırsatını bulamadıkları anlaşılmaktadır. Öte yandan başvuruculaların haklarını doğrudan etkileyen söz konusu davadan haberdar edilmelerindeki bireysel yararın usul ekonomisinin gözetilmesindeki kamusal yarara nazaran baskın bir nitelik taşıdığı ve davanın ihbar edilmemesinin kamu yararı ile bireysel yarar arasında gözetilmesi gereken dengeyi başvurucular aleyhine ciddi bir şekilde zedelediği değerlendirilmiştir.

65. Bu durumda derece mahkemelerinin 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesindeki davanın ihbarına ilişkin usul hükümlerini yerine getirmemesi nedeniyle mahkeme huzurunda argümanlarını öne sürme imkânından yoksun bırakılmalarının başvuruculara aşırı ve orantısız bir külfet yüklediği, bu sebeple başvuruculara mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır.

66. Açıklanan gerekçelerle başvuruculara Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

67. 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."

68. Başvurucular, ihlalin tespiti ile yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

69. Başvuruda, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

70. Mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan ihlal kararının bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

71. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvuruculara müştereken 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 adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 1. İdare Mahkemesine (E.2007/1256,K.2009/243) GÖNDERİLMESİNE,

D. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruculara 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 24/5/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

NİHAT AKBULAK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/10131)

Karar Tarihi: 7/6/2018

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	**:** Tuğçe TAKCI
Başvurucu	**:**Nihat AKBULAK
Vekili	**:** Av. Ahmet URAY

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, mahkûmiyetten sonra ortaya çıkan yeni ve önemli bir delil bulunmasına karşın yargılamanın yenilenmesi talebinin somut durumla ilgisiz bir gerekçeyle reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 8/6/2015 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, görüş bildirmemiştir.

7. Birinci Bölümün 5/4/2018 tarihinde yaptığı toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden 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 ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden ulaşılan bilgi ve belgelere göre ilgili olaylar özetle şöyledir:

A. Ceza Yargılamasına İlişkin Süreç

9. Başvurucu 1978 tarihinde, mağdure ise 1985 tarihinde doğmuş olup olayların gerçekleştiği tarihte İzmir'de ikamet etmektedirler.

10. Amcasının kızı olan mağdureye karşı cinsel saldırıda bulunduğu isnadıyla İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 5/11/2009 tarihli iddianamesiyle başvurucu hakkında kamu davası açılmıştır.

11. İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesi (Mahkeme) 29/11/2011 tarihli kararıyla, başvurucunun müsnet suçtan mahkûmiyetine oyçokluğuyla karar vermiştir. Mahkeme; mağdurenin yargılama aşamalarındaki -bir kısmı farklı olsa da- birbirine uygun ve diğer delillerle örtüşen beyanlarına itibar edildiğini, mağdurenin ruh sağlığında bozulma olduğunu fakat bozulmanın sebebi hakkında ayrım yapılamadığını belirten Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Dairesinin

raporu ve tanık beyanı birlikte değerlendirildiğinde eylemin sabit olduğunun kabul edildiğini ifade etmiştir. Karşıoy gerekçesinde ise mağdurenin çelişkili beyanlarının bulunduğu ve olayın gelişimi dikkate alındığında eylemin mağdurenin rızası çerçevesinde gerçekleştiği kanaatine varıldığı belirtilmiştir.

12. Başvurucu 18/9/2014 havale tarihli dilekçeyle mağdurenin başvurucuyla 9/8/2014 tarihinden başlayan mesajlaşmalarını Mahkemeye iletmiş ve mağdurenin *"Kızdığım için şikayet ettim, senin bi suçun yoktu."* şeklindeki mesajının temyiz incelemesinde gözetilmesini talep etmiştir.

13. Karar, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 17/9/2014 tarihli kararıyla oybirliğiyle onanmıştır.

B. Yargılamanın Yenilenmesine İlişkin Süreç

14. Başvurucu 3/3/2015 tarihli dilekçeyle, kesinleşen mahkûmiyet kararından sonra ortaya çıkan yeni deliller nedeniyle yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur.

15. Mahkeme 10/3/2015 tarihli kararıyla talepte ileri sürülen hususların yargılama ve temyiz aşamalarında ileri sürülen ve değerlendirilen meseleler olduğu ve yargılamanın yenilenmesi nedenlerinden olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Anılan karara yapılan itiraz da oyçokluğuyla reddedilmiştir.

16. Ret kararı başvurucuya 7/5/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu 8/6/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV.İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

18. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri"* kenar başlıklı 311. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür:*

...

e) Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa.

f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.

(2) Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile, 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. "

19. 5271 sayılı Kanun'un *"İnfazın geri bırakılması veya durdurulması"* kenar başlıklı 312. maddesi şöyledir:

" Yargılamanın yenilenmesi istemi hükmün infazını ertelemez. Ancak mahkeme, infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir."

20. 5271 sayılı Kanun'un *"Yenileme isteminin kabule değer olup olmadığı kararı ve mercii"* kenar başlıklı 318. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü veren mahkemeye sunulur. Bu mahkeme, istemin kabule değer olup olmadığına karar verir.

...

(3) Yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule değer olup olmadığına dair olan karar, duruşma yapılmaksızın verilir."

21. 5271 sayılı Kanun'un *"Yenileme isteminin esassız olmasından dolayı reddi, aksi takdirde kabulü"* kenar başlıklı 321. maddesi şöyledir:

"(1) Yargılamanın yenilenmesi isteminde ileri sürülen iddialar, yeterli derecede doğrulanmaz veya 311 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 314 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yazılı

hâllerde işin durumuna göre bunların önce verilmiş olan hükme hiçbir etkisi olmadığı anlaşılırsa, yargılamanın yenilenmesi istemi esassız olması nedeniyle duruşma yapılmaksızın reddedilir.

(2) Aksi hâlde mahkeme, yargılamanın yenilenmesine ve duruşmanın açılmasına karar verir.

(3) Bu madde gereğince verilen kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir."

22. 5271 sayılı Kanun'un *"Yeniden duruşma sonucunda verilecek hüküm"* kenar başlıklı 323. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Yeniden yapılacak duruşma sonucunda mahkeme, önceki hükmü onaylar veya hükmün iptali ile dava hakkında yeniden hüküm verir."

2. Yargıtay Kararları

23. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 13/1/2010 tarihli ve E.2009/10007, K.2010/4 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

" ... Yargılamanın yenilenmesi (muhakemenin iadesi), mahkemece verilip kesinleşen hükümde, hukuksal hatanın yapıldığının bilahare tesbiti üzerine başvurulan özel nitelikli bir yoldur. Kesin hükmün dokunulmazlığının istisnasını oluşturur. Kesinleşen hükmün, maddi gerçeğe uymadığının anlaşılması halinde düzeltilmesi gerekir. Yargılamanın yenilenmesi ancak kesinleşmiş hükümlerde başvurulacak bir yoldur. Diğer bir anlatımla, kesinleşmemiş hükümlerde bu yola başvurulması imkansızdır."

24. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11/3/2014 tarihli ve E.2012/3-909, K.2014/121 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"... Delil ve olayların, yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilebilmesi için "yeni" olması gerekmektedir. Hükmü veren mahkemeye bildirilmemesi sebebiyle, hükümde dikkate alınmamış olan her olay ve delil hükümlü tarafından bilinip bilinmemesi önemli olmaksızın "yeni" olarak nitelendirilmektedir. Olay ya da delilin yeniliği, olayın kesin hükümden sonra meydana gelmiş olmasıyla değil, kesinleşmiş olan hükmün verilmesi sırasında değerlendirilip değerlendirilmediği ile bağlantılıdır. Kesin hükümden önce meydana gelen ancak mahkemenin bilgisine sunulmayan ya da mahkeme tarafından değerlendirilmeyen deliller ve olaylar da "yeni" sayılmalıdır."

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

25. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

> *"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından, ... görülmesini isteme hakkına sahiptir."*

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

26. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), cezası kesinleştikten sonra yargılamanın yenilenmesi için başvuran kişinin Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında *hakkında suç isnadı bulunan* bir kimse olmaması sebebiyle anılan maddenin yargılamanın yenilenmesi için yapılan başvurular açısından uygulanmayacağını kabul etmektedir (*Sonnleitner/Avusturya* (k.k.), B. No: 34813/97, 6/1/2000; *Fischer/Avusturya* (k.k.), B. No: 27569/02, 6/5/2003; *Erdemli/Türkiye* (k.k.), B. No: 33412/03, 5/2/2004). Sadece yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulüyle yargılamanın yeniden başladığı tarihten sonraki süreçte başvurucu yeniden *hakkında suç isnadı bulunan* kimse hâline gelmektedir (*Löffler/Avusturya,* B. No: 30546/96, 3/10/2000, § 19).

27. AİHM, *Bochan/Ukrayna (2)* kararında özellikle olağanüstü başvuru yolunun tür ve konu bakımından olağan başvuru yolu gibi görüldüğü durumlarda iç hukuktaki tanımlamadan bağımsız olarak bu tür yargısal süreçlerin Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında görülebileceğini belirtmiştir. AİHM, ilgili yargısal mercilere takdir hakkının tanınmadığı durumlarda ilgili olağanüstü yolun temyiz benzeri bir yol olduğunu kabul etmiştir (B. No: 22251/08, 5/2/2015, §§ 46-49). AİHM, somut olayda Ukrayna ulusal hukukunu incelemiş ve kendi ihlal kararlarına ilişkin olarak öngörülen yargılamanın yenilenmesi sürecinin temyiz benzeri olduğunu gözeterek Hükûmetin başvurunun adil yargılanma hakkı kapsamında olmadığı yönündeki itirazını reddetmiştir (*Bochan/Ukrayna (2)*, §§ 51-56).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 7/6/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

29. Başvurucu, mahkûmiyet kararından sonra ortaya çıkan ve yargılamanın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki *yeni* ve *önemli* delil yargılamanın hiçbir aşamasında değerlendirilmediği hâlde hatalı gerekçeyle Mahkemece yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedildiğini belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

30. Yargılama sonunda verilen kesin hükümde yanlışlık bulunduğunun sonradan anlaşılması üzerine başvurulan yargılamanın yenilenmesi (muhakemenin iadesi) yolu, asıl ceza yargılamasının sonucunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra kanunda belirtilen sebeplerin bulunması hâlinde kararı veren mahkemece yargılamanın tekrarlanarak yeniden karar verilmesini temin eden bir yoldur.

31. Ceza muhakemesinde, kesinleşen hükümlere karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru hakkı 5271 sayılı Kanun'un 311. maddesi gereğince sınırlı sebeplerle taraflara tanınmıştır. Aynı Kanun'un 319. maddesine göre yargılamanın yenilenmesi istemi; Kanun'da belirlenen şekilde yapılmamış, yargılamanın yenilenmesini gerektirecek yasal hiçbir neden gösterilmemiş veya bunu doğrulayacak deliller açıklanmamış ise kabule değer görülmeyerek reddedilecektir. Aksi hâlde yargılamanın yenilenmesi istemi, denilecek bir şey varsa yedi gün içinde bildirilmek üzere Cumhuriyet savcısı ve ilgili tarafa tebliğ olunacaktır. Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi istemini yerinde bulursa delillerin toplanmasına geçilir. Delillerin toplanması aşamasından sonra mahkeme, yargılamanın yenilenmesi istemini esaslı ve kabul edilebilir bulursa aynı Kanun'un 321. maddesine göre yargılamanın yenilenmesine ve duruşma açılmasına karar verir.

32. Anayasa Mahkemesi, *H.Ç.* (B. No: 2015/6867, 18/4/2018, §§ 24-27) kararında ve diğer birçok başvuruda yargılamanın yenilenmesine karar verilmeden önceki aşamalara ilişkin yargısal süreçleri de Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında görmüş ve adil yargılanma hakkının güvencelerinin söz konusu süreçlere de uygulanacağını kabul etmiştir.

33. Ancak süreçte gelinen nokta itibarıyla Anayasa Mahkemesi, bu içtihadının gözden geçirilmesi gerektiği kanaatine ulaşmış bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesini bu yönde değerlendirme yapmaya yönelten neden, kesin hükümden sonraki aşamalarda dile getirilen bazı taleplerin reddine ilişkin kararlarla ilgili başvuruların bu aşamada suç isnadının ortadan kalktığı gerekçesine dayanılarak konu bakımından yetkisi dışında olduğunu değerlendirdiği güncel kararlarıdır. Anayasa Mahkemesi, infazın ertelenmesi taleplerinin reddine ilişkin *Topo Kaya* (B. No: 2014/5363, 5/12/2017) başvurusu ile uyarlama yargılamasına ilişkin *İnan Çoban* (B. No: 2014/15208, 19/12/2017) başvurusuna dair kararlarda, başvurucuların taleplerinin *suç isnadı altında* olduğu bir aşamaya ilişkin olmadığını belirterek başvuruları konu bakımından yetkisi kapsamında görmemiştir. Dolayısıyla suç isnadı altında bulunulmayan aşamadaki farklı taleplerin adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususundaki içtihadın uyumlu hâle getirilmesinin sağlanması bakımından yargılamanın yenilenmesine karar verilmeden önceki aşamalara ilişkin şikâyetlerin de yeniden değerlendirilmesi gerekmiştir.

34. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre bireysel başvurunun incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşme'ye ek protokoller kapsamına da girmesi gerekir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan hak ihlali iddiasını içeren başvurular bireysel başvurunun kapsamında değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

35.Sözleşme'nin 6. maddesinde, adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular, Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya konu olamaz (*Onurhan Solmaz*, § 23).

36. Yargılamanın yenilenmesi talebinin değerlendirildiği ilk evre olan kabule değerlik aşamasının sübut sorununu çözümleyecek şekilde yürütülmediği açıktır. Diğer bir ifadeyle bu aşamada, önceki hüküm iptal edilerek suç isnadının esası incelenmemektedir. Somut olayda başvurucu,

suç isnadı altında olmadığı (hükümlü olduğu) bir aşamayla ilgili olarak şikâyetlerini dile getirmektedir. Diğer bir ifadeyle şikâyetin mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra 5271 sayılı Kanun'un 319. maddesi uyarınca gerçekleştirilen *yenileme isteminin kabule değer görülmesi* aşamasına ilişkin olduğu, ihlal iddiasının başvurucunun *suç isnadı altında* olduğu bir aşamaya ilişkin olmadığı, dolayısıyla başvurunun bu kısmının adil yargılanma hakkı kapsamına girmediği anlaşılmaktadır.

37. Bununla birlikte Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması, AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının iç hukukta gereği gibi yerine getirilmesi ile mümkündür. AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının iç hukukta gereği gibi yerine getirilmemesi, Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin uygulamada etkili bir şekilde korunamadığı anlamına gelir (*Sıddıka Dülek ve diğerleri,* B. No: 2013/2750, 17/2/2016, § 69). Nitekim AİHM tarafından verilmiş bir ihlal kararı, temel hak ve özgürlüklerin teoride olduğu gibi pratikte de etkili bir şekilde korunabilmesi amacıyla 5271 sayılı Kanun ile yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. 5271 sayılı Kanun, bu konuda ilgili yargısal mercilere takdir hakkı tanımayarak kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir davanın yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görüleceğini öngörmüştür.

38. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesine göre de Anayasa Mahkemesince tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilecektir. Anayasa Mahkemesinin, tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hallerde, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.

39. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi ve AİHM'in ihlal kararlarının ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına dönük yeniden yargılama taleplerine

ilişkin iddialar adil yargılanma hakkının kapsamındadır. Başvuru konusu somut olayda da olduğu üzere bu iki istisna dışındaki yargılamanın yenilenmesine yönelik taleplere ilişkin iddiaların ise adil yargılanma hakkının kapsamında olmadığı açıktır.

40. Açıklanan gerekçelerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 7/6/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

GALİP ŞAHİN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/6075)

Karar Tarihi: 11/6/2018

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Burhan ÜSTÜN

Üyeler : Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

YusufŞevki HAKYEMEZ

Raporlör : Gülbin AYNUR

Başvurucu :Galip ŞAHİN

Vekili : Av. Levent ÖZÇELİK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, disiplin işleminin tesisi sürecinde ve bu işleme karşı açılan davada verilen kararların bağlantılı ceza yargılamasına konu suçun işlendiği yönünde ifadeler içermesi nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 7/4/2015 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, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Deniz Kuvvetleri Komutanlığı (Dz. Kuv. K.) emrinde yarbay olarak görev yapmakta iken başvurucunun İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen ve İzmir bölgesinde gerçekleştirilen ihalelere, suç işlemek amacıyla kurulan örgüt tarafından fesat karıştırıldığına dair iddiaların incelendiği bir soruşturma kapsamında şüpheli sıfatıyla ifadesi alınmıştır. 5/8/2013 tarihli iddianame ile başvurucu hakkında suç örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olmamakla birlikte suç örgütüne bilerek ve isteyerek yardım suçundan İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesinde (Ağır Ceza Mahkemesi) kamu davası açılmıştır. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden yapılan incelemeye göre söz konusu dava derdesttir.

9. Başvurucu hakkında kamu davası açılması üzerine Dz. Kuv. K. tarafından da idari tahkikat başlatılmıştır. İdari tahkikat sonucunda düzenlenen raporda;

i. Başvurucu hakkındaki iddialar, iletişim tespit tutanakları ve Dz. Kuv. K.nda vermiş olduğu ifade tutanağı birlikte incelendiğinde başvurucunun iddianamede belirtilen suç örgütünün mensuplarından olduğu ileri sürülen M.H.T. isimli şahısla aşırı samimiyet kurduğunun,

ii. M.H.T.nin firmasının servis hizmeti ile ilgili faaliyetlerini kontrol etmekle görevli olmasına rağmen söz konusu şahısla aşırı samimiyet kurarak menfaat temin etme yoluna gittiğinin ve firmanın küçük hatalarını tolere ettiğinin; şahsın istekleri doğrultusunda, şahsın şirketi ve ihaleye giren rakip şirketler ile ilgili bilgiler temin ederek bu şahsa verdiğinin,

iii. Adı geçen şahısla arasında geçen konuşmalarında her fırsatta menfaat temin etmeye çalıştığının ve bu menfaatlerden *amirim* diye bahsettiği bir personelin de yararlanmasını sağlamaya çalıştığının,

iv. Evli olmasına rağmen yabancı uyruklu bir bayanla para karşılığı cinsel ilişkiye girdiğinin, her ne kadar sonradan ücretini ödediğini ifade etse de İzmir-İstanbul arası uçak bileti, bir otelin yıllık üyelik kartı ve yabancı uyruklu bir bayanla girmiş olduğu cinsel ilişki masraflarını M.H.T.ye karşılatarak menfaat sağladığının anlaşıldığı tespit ve değerlendirmelerine yer verilmiştir.

10. Dz. Kuv. K. bünyesinde kurulan Komisyon 24/1/2014 tarihinde, başvurucunun disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) ilişiğinin kesilmesinin komutanlık onayına sunulmasına karar vermiştir.

11. Dz. Kuv. K. ve Genelkurmay Başkanlığı nezdindeki onay işlemlerinin tamamlanmasının akabinde Millî Savunma Bakanlığı tarafından imzalanan 28/2/2014 tarihli kararname ile hakkındaki ayırma işlemi tekemmül eden başvurucunun 13/3/2014 tarihinde TSK'dan ilişiği kesilmiştir.

12. Başvurucu, hakkında tesis edilen TSK'dan ayırma işleminin iptali istemiyle 6/5/2014 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde (AYİM) dava açmıştır.

13. AYİM Birinci Dairesi (Mahkeme) 4/2/2015 tarihinde oybirliğiyle verdiği kararla davayı reddetmiştir. Kararın gerekçesinin ihlal iddialarına konu edilen ilgili kısmı şöyledir:

"...yasal dinleme kararları neticesinde elde edilen iletişim tespit tutanaklarından; davacının, servis hizmeti ile ilgili faaliyetlerini kontrol etmekle görevli olduğu bir şahısla aşırı samimiyet kurarak sürekli menfaat temin etmeye çalıştığı ve firmanın küçük hatalarını tolere ettiği, evli olmasına rağmen, yabancı uyruklu bir bayanla para karşılığı cinsel ilişkiye girdiği, her ne kadar sonradan ücretini ödediğini ifade etse de İzmir-İstanbul arası uçak bileti, bir otelin yıllık üyelik kartı ve yabancı uyruklu bir bayanla girmiş olduğu cinsel ilişki masraflarını bu şahsa karşılatarak menfaat sağladığı hususları dikkate alındığında; dava konusu işlemin sebep unsurunun maddi gerçeklik ile uyumlu olduğu; davacının ahlaki durumunun TSK'nın itibarını sarsacak derecede kötü nitelik arz ettiği ve hizmetin gerektirdiği şekilde tavır ve hareketler sergilemediği; idarenin dava konusu işlemi tesis ederken takdir yetkisini kişi yararı ile kamu yararı arasındaki dengeyi gözeterek, ölçülü ve nesnel olarak kullandığı, davalı idarece davacının sabit görülen eylemleri nedeniyle işlem tesis etmesinde herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı..."

14. Karar 16/3/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu söz konusu karara karşı karar düzeltme yoluna müracaat etmemiştir.

16. Başvurucu 7/4/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

17. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır."*

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

18. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasının disiplin yetkisini haiz makamların ceza yargılaması kapsamında kendisine suç isnat edilen ve eylemi usule uygun bir şekilde tespit edilen bir kamu görevlisine yaptırım uygulamasını engellemek gibi bir amacı veya etkisi bulunmadığını belirtmektedir. Sözleşme'nin herhangi bir eylem nedeniyle hem ceza hem de disiplin yargılamalarının başlatılmasına veya söz konusu iki yargılama türünün eş zamanlı olarak yürütülmesine halel getirmediğine vurgu yapan AİHM ayrıca, cezai sorumluluğun kaldırılması hâlinde bile daha hafif bir ispat külfeti temelinde aynı olaylardan doğan hukuki veya diğer sorumlulukların tesis edilmesine bir engel bulunmadığına işaret etmektedir (*Seven/Türkiye*, B. No: 60392/08, 23/1/2018, § 51).

19. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında güvence altına alınan masumiyet karinesinin iki unsuru bulunduğunu kabul etmekte; ilk unsurun kişiye ceza gerektiren bir suç isnadında bulunulmasından ceza yargılamasının sonuçlanmasına kadar geçen süreci kapsadığını, ikinci unsurun ise ceza yargılaması mahkûmiyetten başka bir şekilde sonuçlandığı zaman devreye girdiğini ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suç ile ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını gerektirdiğini ifade etmektedir. Öte yandan AİHM; ceza yargılamasının devam ettiği sürece ilişkin ilk unsurun kapsamının sadece ceza yargılamalarının adilliğini temin etmek adına usule ilişkin bir güvence olmakla sınırlı olmadığını, bu ilkenin kapsamının daha geniş olduğunu belirtmekte ve hiçbir devlet temsilcisinin kişinin suçluluğu bir mahkeme tarafından tespit edilmeden o kişinin suçlu olduğuna ilişkin bir ifadede bulunmamasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır. Bu yönüyle AİHM, masumiyet karinesinin yalnızca ceza yargılamaları bağlamında değil ceza yargılamaları ile eş zamanlı olarak

yürütülen diğer davalarda ya da disiplin incelemelerinde de ihlal edilebileceğine dikkat çekmektedir (*Kemal Coşkun/Türkiye*, B. No: 45028/07, 28/3/2017, §§ 41, 43; *Seven/Türkiye*, § 43).

20. Bu bağlamda masumiyet karinesinin idari yargılamalar için de uygulanabilir olduğunu kabul eden AİHM, hakkında nihai bir ceza hükmü olmamasına rağmen idare mahkemesi tarafından verilen bir kararda davacıya cezai sorumluluk yükleyen bir ifadenin yer almasının Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında bir soruna yol açabileceğini belirtmektedir (*Çelik Bozkurt/Türkiye*, B. No: 34388/05, 12/4/2011, §§ 31, 32; *Seven/Türkiye*, § 51).

21. AİHM, *Çelik Bozkurt/Türkiye* başvurusunda ceza yargılamasına konu dava ertelendiği hâlde aynı olay dolayısıyla ve erteleme kararına dayalı olarak başvurucunun öğretmenlik mesleğinden çıkartılmasına ilişkin idari işlem ve idare mahkemesi kararını incelemiş ve masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

22. Başvuruya konu olayda başvurucu 15/6/2000 tarihinde, yasa dışı Hizbullah örgütü mensubu olmakla suçlanmıştır. Hakkındaki yargılama Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinde (DGM) devam ederken 23/4/1999 tarihinden önce işlenen belli suçlara ilişkin kovuşturmaların ertelenmesine ilişkin yasa yürürlüğe girmiş, DGM başvurucunun yasadışı örgüte yardım ve yataklık suçunun söz konusu yasa kapsamında olduğunu belirterek 13/3/2001 tarihinde hakkındaki yargılamanın ertelenmesine karar vermiştir. Yargılamanın ertelenmesinden önce 4/10/2000 tarihinde Millî Eğitim Bakanlığı (MEB), Savcılığın elindeki delillerin başvurucunun yasa dışı örgüt mensubu olduğunu gösterdiği kanaatiyle başvurucuyu ilkokul öğretmenliği görevinden çıkarmıştır. Başvurucu, meslekten çıkarılma kararının iptali istemiyle Diyarbakır İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi) dava açmıştır. İdare Mahkemesi 7/3/2002 tarihinde davayı reddetmiş, kararın gerekçesinde 13/3/2001 tarihli DGM kararına atıfta bulunarak *ceza yargılamasında, faaliyetlerinin yardım ve yataklık teşkil ettiği tespit edilen* başvurucunun meslekten çıkarılmasının yasaya uygun olduğu ifadelerine yer vermiştir. Karar, Danıştay incelemesinden geçerek kesinleşmiştir (*Çelik Bozkurt/Türkiye*, §§ 7-13).

23. AİHM, İdare Mahkemesinin başvurucunun davasını reddederken kullandığı dilin ceza davası ile idari yargılama arasında bir *bağ* kurduğuna

dikkat çekmiş; bunun daSözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasının idari yargılamayı kapsayacak şekilde genişletilmesini haklı çıkardığını belirterek Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasının somut davaya uygulanabilir olduğu tespitinde bulunmuştur (*Çelik Bozkurt/Türkiye*, §34).

24. İdare Mahkemesinin kararında aynı ifadelere yer vermesi ve olaylarla ilgili yeni bir değerlendirme yapmamış olması ışığında AİHM, söz konusu Mahkemenin başvurucunun öğretmenlik mesleğinden çıkarılma kararının yasaya uygunluğunu inceleme görevini aşarak hiçbir ceza mahkemesi tarafından bu yönde bir sonuca ulaşılmadığı hâlde başvurucuyu yasa dışı bir örgüte yardım ve yataklık etmekten suçlu bulduğunu tespit etmiştir (*Çelik Bozkurt/Türkiye*, § 35).

25. Son olarak AİHM, yetkili mercilerin başvurucunun müteaddit iş başvurularını reddederken Diyarbakır DGM'nin ceza kovuşturmasının ertelenmesi kararını esas almaya devam ettiğini gözlemlediğini belirterek bu durumun devletin hiçbir temsilcisini ya da kurumunun bir şahsı, suçu bir *mahkeme* tarafından tespit edilmeden suçlu ilan etmemesini gerektiren Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasıyla bağdaşmadığını ifade etmiştir.AİHM bu değerlendirmelere istinaden somut olayda başvurucunun masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Çelik Bozkurt/Türkiye*, §§ 36, 37).

26. AİHM *Güç/Türkiye* (B. No: 15374/11, 23/1/2018) başvurusunda ise uygunsuz davranışı nedeniyle hakkında yürütülen ceza yargılaması sonuçlanmadan okul görevlisinin kamu görevinden ihraç edilmiş olmasının masumiyet karinesini ihlal etmediğine karar vermiştir.

27. *Güç/Türkiye* kararına konu olayda Halk Eğitim Merkezinde çalışmakta olan başvuran, bir ilkokul öğrencisi ile uygunsuz vaziyette yakalandığı iddiası üzerine çocuğa yönelik cinsel taciz şüphesiyle polis tarafından gözaltına alınmıştır. Başvuran daha sonra çocuğa yönelik cinsel istismar, cinsel taciz ve çocuğu yasaya aykırı şekilde alıkoymakla suçlanmıştır. Hakkında yürütülen ceza yargılaması devam ederken MEB müfettişleri tarafından başvuran hakkında disiplin soruşturması başlatılmıştır. Bu bağlamda, *memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunduğu* tespit edilen başvuran, görevinden ihraç edilmiştir. Başvuranın idare mahkemesinde açtığı dava reddedilmiştir (*Güç/Türkiye,* §§ 7-27).

28. Mezkur başvuruda AİHM'den disiplin makamlarının ve idari makamların kararlarında belirttikleri gerekçeler veya kullandıkları dil nedeniyle ceza mahkemesi tarafından suçlu bulunmamış olan başvuranın masumiyetine gölge düşürülmesine sebebiyet verip vermediklerini tespit etmesi talep edilmiştir (*Güç/Türkiye,* § 31).

29. AİHM'in bu bağlamdaki tespitlerine göre somut olayda disiplin soruşturması, ilgili kişilerin ifadelerine başvurmak ve rehber öğretmenin söz konusu öğrencinin psikolojik ve sosyal gelişim düzeyi hakkında hazırladığı raporu incelemek suretiyle bağımsız şekilde olayları tespit eden iki müfettiş tarafından yürütülmüştür. Disiplin raporunda, müfettişlerin başvuran aleyhinde yürütülmekte olan ceza yargılaması devam ederken erken çıkarımlarda bulunduklarına işaret eden herhangi bir husus mevcut değildir. Müfettişler, yürüttükleri soruşturma sonucunda ve daha hafif bir ispat külfeti temelinde başvuranın öğrenciye tacizde bulunduğu hususunda güçlü izlenimler edinmişlerdir. AİHM'e göre *taciz* terimi kullanımı tek başına bir sorun teşkil etmemektedir. Zira söz konusu terim, sadece ceza hukuku kapsamına giren eylemler bağlamında kullanılmamakta olup aynı zamanda kişinin vücut bütünlüğü dâhil kişinin mahreminin rızası dışında fiziksel temas veya şifahen ihlal edildiği durumlarda da kullanılmaktadır. Disiplin makamları taciz eyleminin ceza hukuku kapsamında cinsel taciz olarak sınıflandırılıp sınıflandırılamayacağı hususunda da bir yorumda bulunmamıştır. Ayrıca AİHM'e göre, yetkililerin söz konusu olay nedeniyle başvuran hakkında şüphelerin hasıl olduğunu belirtmeleri, eğitim sisteminde kamu güveninin sürdürülmesi ve çocuklara yönelik şüpheli eylemlere hoşgörü gösterilmesini engelleme gereksinimlerinin yetkililer tarafından dikkate alındığı anlamına gelmektedir. Bu husus karşısında disiplin soruşturması, hukuk yargılaması kapsamında kalan yetki sınırlarını başvuranın eş zamanlı olarak yürütülen ceza yargılamasında masum sayılma hakkını ihlal teşkil edecek şekilde aşmamıştır (*Güç/Türkiye,* § 41).

30. AİHM, idare mahkemesinin ceza yargılamasında alınan bir ifadeye atıfta bulunmasına ilişkin olarak ise hukuk mahkemesinin ceza davasında alınan bir ifadeye veya elde edilen bir delile istinat etmesinin tek başına Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasına aykırı olmadığını ancak bu istinat sonucunda hukuk mahkemesinin davalının cezai sorumluluğu hakkında yorum yapmaması veya bu bağlamda uygun olmayan çıkarımlarda bulunmaması gerektiğini dile getirmektedir. Olaylara ilişkin olarak AİHM,

söz konusu ifadenin (başvuranın daha önce çalışmış olduğu diğer okullarda da bu tür uygunsuz davranışlarda bulunduğu söylentilerine atıfta bulunan) tek başına başvurana cezai suç isnadında bulunmadığı kanaatinde olduğunu belirtmiştir. AİHM ayrıca, başvuranın ceza yargılamasında kendisine isnat edilen eylemlerden suçlu bulunması gerektiği yönünde idare mahkemesince bir yorumda bulunulmadığını ifade etmiştir. AİHM, sonuç olarak disiplin işlemleri ile idari yargılama sürecinde kullanılan dilin Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan koşullara uygun olduğunu tespit etmiştir (*Güç/Türkiye,* §§ 42, 43).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

31. Mahkemenin 11/6/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

32. Başvurucu, hakkındaki ceza davasının henüz sonuçlanmadığını hatırlatmakta; ayrıca iddianamede örgüt tarafından işlendiği ifade edilen suçlar hakkında kendisine yönelik somut hiçbir eylem yüklenmediği hâlde idarenin savunmasını dahi almadan fiillerin sabit olduğu kabulünden hareketle işlem tesis ettiğinden şikâyet etmektedir. Başvurucu, hakkında tesis edilen TSK'dan ayırma işleminin iptali istemiyle açtığı davaya ilişkin Mahkeme kararında, idarenin subjektif yorumlarla tarafına isnat ettiği eylemlerin ve suçlamaların sabit olduğunun kabul edilmesi ve iddialar hükmen sübut bulmuş gibi değerlendirmelere yer verilmesi nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

B. Değerlendirme

33. Anayasa'nın 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."

34. Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

36. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına *adil yargılanma* 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. maddesine söz konusu ibarenin eklenmesinin amacının Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkını anayasal güvence altına almak olduğu anlaşılmaktadır (*Yaşar Çoban* [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017,§ 54). Bu itibarla Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği belirlenirken Sözleşme'nin *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 6. maddesinin gözönünde bulundurulması gerekir (*Onurhan Solmaz*,§ 22).

37. Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kendisine bir suç itham edilen herkesin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı belirtilmek suretiyle Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir.

38. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin AİHM kararlarında da (bkz. §19) belirtildiği üzere iki yönü bulunmaktadır.

39. Güvencenin ilk yönü, kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen, bir başka ifadeyle kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edildiği (suç isnadı altında olduğu) sürece ilişkin olup suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunulmasını yasaklar. Güvencenin bu yönünün kapsamı sadece ceza yargılamasını yürüten mahkemeyle sınırlı değildir. Güvence aynı zamanda diğer tüm idari ve adli makamların da işlem ve kararlarında, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçlu olduğu yönünde ima ya da açıklamalarda bulunmamasını gerekli kılar. Dolayısıyla sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuk, disiplin gibi) masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir.

40. Güvencenin ikinci yönü ise ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirir.

41. Masumiyet karinesinin sağladığı güvencelerin kapsamı bu şekilde belirlendikten sonra ise bireysel başvuruya konu olay yönünden bu güvencelerin geçerli olup olmadığının ortaya konulması gerekmekte olup bu husus Anayasa'nın 36. maddesinin somut davaya uygulanabilirliğinin ve dolayısıyla başvurunun kabul edilebilirliğinin tespiti bakımından önem arz etmektedir.

42. Bireysel başvuruya konu olayda başvurucu hakkındaki ceza ve disiplin yargılamalarının eş zamanlı olarak yürütüldüğü ancak disiplin işlemine karşı açılan idari davanın ceza yargılaması devam ederken sonuçlandığı görülmektedir. Başvurucunun TSK'dan ayırma işleminin iptali istemiyle açtığı idari davada masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddiası bağlamındaki şikâyeti; Mahkeme tarafından olayın ele alınış şekline, gerekçeli kararda kullanılan ifadelere ilişkindir.Dolayısıyla davaya konu olaylar nedeniyle yürütülen ceza yargılaması devam ederken disiplin işlemini tesis eden idari makam ile bu işlemin hukuka uygunluk denetimini yapan yargı merciinin kullandığı ifadelerin şikâyet konusu edildiği bu başvuruda, masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin ilk yönü devreye girmektedir. Hâl böyle olunca somut davada masumiyet karinesinin

sağladığı güvencelerin, bir başka ifadeyle Anayasa'nın 36. maddesinin uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır. Bu itibarla ihlal iddialarının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanının kapsamında yer aldığı, bir başka ifadeyle başvurunun Anayasa ve Sözleşme hükümleriyle konu bakımından bağdaşmazlık göstermediği anlaşılmaktadır.

43. Öte yandan açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

44. Masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır (AYM, E.2013/133, K.2013/169, 26/12/2013). Anılan karine, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz (*Kürşat Eyol*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26).

45. Bilindiği gibi ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukuku farklı kural ve ilkelere tabi disiplinlerdir. Disiplin hukuku; kurumun iç düzenini korumayı amaçlayan ve bunun için kamu görevlilerinin mevzuata, çalışma düzenine, hizmetin gereklerine aykırı fiillerine yönelik olarak uygulanacak yaptırımları ve bu yaptırımların uygulanmasındaki usul ve esasları düzenleyen bir hukuk alanıdır. Bazı hâllerde ise kamu görevlisinin fiili ceza hukuku kapsamında suç tanımına uymasının yanı sıra disiplin hukuku yönünden de sorumluluk gerektiren bir mahiyettaşıyabilir (Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Özcan Pektaş*, B. No: 2013/6879, 2/12/2015, § 25; *Kürşat Eyol*, § 30). Böyle bir durumda Anayasa'da güvence altına alınan masumiyet karinesinin, bir eylemi nedeniyle ilgili hakkında hem ceza hem de disiplin işlemlerinin yürütülmesine engel teşkil etmediğini, bu iki sürecin eş zamanlı olarak devam etmesinin de önünde anılan güvence bakımından bir mâni bulunmadığını belirtmek gerekir.

46. Öte yandan ceza muhakemesi sonucunda kişinin müsnet suçu işlemediğine dair hükümler dışında ceza mahkemesi hükmü, disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir. Ancak cezai sorumluluğu ortadan kalkmış olsa dahi aynı olaylar nedeniyle -daha hafif bir ispat külfeti temelinde- kişi hakkında başka tür bir sorumluluğun tesis edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır (Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Özcan Pektaş*, § 25; *Kürşat Eyol*, § 30).

47. Ceza muhakemesiyle eş zamanlı olarak yürütülen, bir başka ifadeyle kişinin henüz suç isnadı altında olduğu, ceza makamları tarafından hakkında herhangi bir hüküm kurulmadığı süreçte devam eden disiplin soruşturma ve yargılamalarında masumiyet karinesi bakımından önemli olan husus; kamu makamlarının işlem ya da kararlarında belirttikleri gerekçeler veya kullandıkları dil nedeniyle bireye cezai sorumluluk yüklememeleri, ceza mahkemeleri tarafından henüz suçlu bulunmamış bireyin masumiyeti üzerine gölge düşürülmesine sebebiyet vermemeleridir.

48. Bununla birlikte ceza yargılamasına konu maddi olay ve olguların disiplin hukuku esasları çerçevesinde diğer kamu makamlarınca (idari/adli) ayrıca değerlendirilmesi ve bu değerlendirme sonucunda ulaşılacak kanaate göre işlem/karar tesis edilmesi mümkündür. Bu bağlamda disiplin işlem ve yargılamalarında ceza yargılamasında elde edilen bir delile istinat edilmesi ya da kişi hakkında yapılan ceza yargılamasına bir olgu olarak atıf yapılmış olması tek başına masumiyet karinesinin sağladığı güvencelere aykırılık teşkil etmez. Ancak adli ve idari makamların kendi görev sınırlarını aşarak kişiyi *suçlu* ilan etmesi veya bu bağlamda birtakım çıkarımlarda bulunması masumiyet karinesinin ihlaline yol açabilir. Masumiyet karinesi kapsamındaki güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının tespiti yapılırken ise kararın gerekçesinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

49. Bireysel başvuruya konu olayda başvurucu hakkındaki ceza ve disiplin hukuku süreçlerinin eş zamanlı olarak yürütüldüğü ancak disiplin işlemine karşı açılan idari davanın, ceza yargılaması devam ederken sonuçlandığı; öte yandan ceza davasının derdest olduğu, bir başka ifadeyle başvurucunun suçluluğunun hükmen sabit olmadığı görülmektedir. Bu itibarla somut olayda disiplin soruşturması ve yargılaması sürecinde kamu makamlarının kararlarında belirttiği gerekçeler veya kullandığı dil nedeniyle

henüz ceza mahkemesi tarafından *suçlu* bulunmamış olan başvurucunun masumiyetine gölge düşürülmesine sebebiyet verilip verilmediğinin ortaya konulması gerekmektedir.

50. Olayda, gerek başvurucunun TSK'dan ilişiğinin kesilmesine ilişkin işlemin tesisi sürecinde düzenlenen İdari Tahkikat Komisyonu raporunda gerekse söz konusu işlemin yargısal denetiminin gerçekleştirildiği Mahkemenin gerekçeli kararında ceza soruşturması sırasında elde edilen bir delile (iletişim tespit tutanaklarından temin edilen ses kayıtlarına) istinat edildiği görülmektedir. Öncelikle yukarıda yer verilen genel ilkeler uyarınca bu durumun tek başına masumiyet karinesinin ihlaline yol açmadığı hatırlatılmalıdır.

51. Disiplin işlemleri ile buna dair idari yargılama sürecinde ceza soruşturması kapsamında elde edilen iletişim tespit tutanaklarındaki verileri inceleyen kamu makamlarının daha hafif bir ispat külfeti temelinde başvurucunun ahlaki durum itibarıyla TSK'nın itibarını sarsacak, hizmetin gerekleriyle bağdaşmayacak nitelikte hâl ve hareketler içinde bulunduğu yönünde sonuca ulaştığı anlaşılmaktadır.

52. Belirtilen sonuca ulaşılan kararlarda özü itibarıyla başvurucunun görevi sebebiyle tanıştığı, kurumu ile iş ilişkisi içinde bulunan ve faaliyetlerini denetlemekle sorumlu olduğu bir şahısla karşılıklı bir menfaat ilişkisi içine girdiğine ve bu menfaatlerin özellikle gayriahlaki niteliğine/içeriğine ilişkin tespit ve değerlendirmelerde bulunulduğu görülmekte olup Mahkeme kararında geçen *sabit görülen eylemleri* ifadesinin de bu bağlamda kullanıldığının altı çizilmelidir. Kararlarda, sadece disiplin hukuku yönünden tartışılan söz konusu fiillerin ceza hukuku kapsamında *suç örgütüne üye olmak/suç örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etmek* olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda ise bir yorum yapılmadığı ya da kanaat belirtilmediği görülmektedir. Bir başka ifadeyle söz konusu kararlarda başvurucunun ceza yargılamasında kendisine isnat edilen eylemleri işlediği ve *suçlu* yönünde bir çıkarımda bulunulmadığı, kararlarda geçen ifadelerin gerek kullanılan dil gerekse bağlamı itibarıyla ceza hukuku anlamında ve teknik unsurlarıyla yargılamaya konu suça ya da bu suçun işlendiğine işaret etmediği görülmektedir.

53. Bu tespitler ışığında kamu makamlarının disiplin soruşturması ve yargılaması kapsamında kalan yetki sınırlarını, başvurucunun eş zamanlı

olarak yürütülen ceza yargılamasında masum sayılma hakkına halel getirecek şekilde aşmadığı sonucuna varılmaktadır.

54. Bu durumda gerek disiplin işlemleri gerekse idari yargılama sürecinde kullanılan dil ve gerekçenin masumiyet karinesine yönelik bir ihlal teşkil etmediği anlaşılmıştır.

55. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 11/6/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

SALİH ÖZ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/13327)

Karar Tarihi: 17/7/2018

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan y.	**:** Serdar ÖZGÜLDÜR
Üyeler	**:** Hicabi DURSUN
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Kadir ÖZKAYA
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	**:** Akif YILDIRIM
Başvurucu	**:** Salih ÖZ
Vekili	**:** Av. Merve Can Harcola DOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, isnadın sebebinin ve niteliğinin değiştiğinin bildirilmemesi nedeniyle suçu öğrenme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 31/7/2015 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, görüşünü bildirmiştir.

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. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 6/8/2009 tarihli iddianamesiyle başvurucu hakkında A.B.ye yönelik nitelikli yağma suçuna azmettirmekten 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinin (1) numaralı fıkrasının yollamasıyla 149. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c), (f) ve (g) bentleri uyarınca cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmıştır.

10. İddianamede; şüpheli R.G. liderliğinde faaliyet gösteren suç örgütünün Ankara'da bulunan müşteki A.B.ye, Danıştayda görülen dava dosyasında başvurucu lehine karar verilmesini sağlaması amacıyla yaklaşık 8.000 TL para verdiği ancak A.B.nin lehe karar çıkmasını sağlayamadığı ve bu nedenle örgüt üyelerinin A.B.ye verdikleri para için 10.000 avro olarak iki senet imzalattıkları ve senet bedellerini de tahsil ettikleri iddia edilmiştir.

11. İddianamede ayrıca hakkında dolandırıcılık suçundan işlem yapılan ve çalışmakta olduğu BAĞ-KUR'dan (Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu) ihraç edilen başvurucunun memuriyete geri dönebilmek amacıyla idare mahkemesine başvurduğu, başvurusunun reddi üzerine temyiz incelemesi için dosyanın Danıştaya gönderildiği belirtilmektedir. Bununla birlikte başvurucunun bu aşamada Danıştayda görülen yargılamanın lehine sonuçlanması amacıyla örgüt üyelerinden yardım istediği, örgüt üyelerinin de A.B. ile irtibata geçtiği ve haksız ekonomik çıkar amaçlı olarak suç örgütü adına nitelikli yağma suçunu işledikleri ifade edilmiştir.

12. Başvurucu; İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesince (CMK mülga 250. madde ile görevli) (Mahkeme) yürütülen yargılamanın 26/3/2010 tarihli celsesinde yaptığı savunmasında A.B. adlı kişiyi tanıdığını ancak bu müştekiye karşı yağma suçunu işlediği iddiasının doğru olmadığını, Danıştayda görülen bir davası olduğunu, A.B.nin Ankara'da tanıdığı avukatların ve ofisinin olduğunu söylediğini, masrafları karşılayabilmek için 1.000 TL para istediğini, kendisinin de ona 1.000 TL verdiğini, bu şekilde dolandırıldığını söylemiştir.

13. Mahkeme, başvurucuya suçun sübutu hâlinde hakkında 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin (7) numaralı fıkrasının yollaması ile 220.

maddesinin (2) numaralı fıkrasının uygulanması ihtimali bulunduğundan 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 226. maddesi gereği ek savunma hakkı vermiştir. Başvurucu; ek savunma için süre istemediğini, önceki savunma ve beyanlarını tekrar ettiğini, bu olayda dolandırılan kişinin kendisi olduğunu ve örgüte hiçbir şekilde iş vermediğini ifade etmiştir. Başvurucu müdafii ise aynı celsede başvurucunun yaptığı savunmaya ve ek savunmaya bir diyeceğinin olmadığını, suç unsuru olabilecek bir hususun bulunmadığını beyan etmiştir.

14. İddia makamı 17/1/2013 tarihli celsede, esas hakkındaki mütalaasında her ne kadar başvurucu hakkında nitelikli yağma suçuna azmettirme suçundan cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış ise de yapılan yargılama ve toplanan tüm delilerden başvurucunun müsnet suçu işlediğine dair cezalandırılmasına yeter ölçüde, her türlü şüpheden uzak, yeterli ve inandırıcı delil elde edilemediğinden atılı suçtan beraatine ve silahlı suç örgütüne bilerek ve isteyerek yardım suçundan soruşturma yapılmak üzere suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

15. Başvurucu müdafii; esas hakkındaki mütalaaya karşı 27/6/2013 tarihli celsede başvurucuyla ilgili olarak iddia makamının mütalaasına katıldığını, cezalandırmayı talep edilen mütalaaya ise katılmadığını, üzerine atılı suçları işlediklerine dair dosyada yeterli delil bulunmadığını ifade etmiş ve tüm bu nedenlerle başvurucunun beraatine karar verilmesini talep etmiştir.

16. Mahkeme 20/1/2014 tarihli kararıyla başvurucunun A.B.den senet almak suretiyle nitelikli yağma suçunu işlediği gerekçesiyle 5237 sayılı Kanun'un 149. maddesinin (1) numaralı fıkrasının(c), (d) (f) ve (g) bentleri gereğince alt sınırdan uzaklaşılmak suretiyle 10 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

17. Başvurucu müdafii tarafından söz konusu karar temyiz edilmiştir. Başvurucu müdafii 28/3/2014 tarihli temyiz dilekçesinde, başvurucu hakkındaki iddianamede belirtilmediği ve kendisine ek savunma hakkı tanınmadığı hâlde eylemin işyerinde işlendiğinden bahisle 5237 sayılı Kanun'un 149. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi gereğince de başvurucunun cezalandırıldığını ifade etmiştir.

18. Anılan hüküm, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 8/7/2015 tarihli kararıyla onanmıştır. Onama kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Salih Öz hakkında 5237 sayılı TCK'nun 149/1. maddesinin (c), (d), (f) ve (g) bentleri ile birlikte (a) ... ben[dinin] *de uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi ... karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır."*

19. Başvurucu 31/7/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

20. İlgili hukuk için bkz. *Ali Kemal Tekin*, B. No: 2014/875, 2/2/2017, §§ 19-31.

21. Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 20/12/2017 tarihli ve E.2014/6439, K.2017/6181 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"İddianamede sanık [B.E.] *hakkında 5237 sayılı TCK'nın 149. maddesinin 1.fıkrasının (a) bendinin uygulanması istenmiş olmasına rağmen, 5271 sayılı CMK'nın 226. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilmeden TCK'nın 149.maddesinin (d) ve (h) bendleri ile uygulama yapılması* [bozmayı gerektirmiştir.]*"*

V. İNCELEME VE GEREKÇE

22. Mahkemenin 17/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. İsnadı (Suçu) Öğrenme Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

23. Başvurucu; *nitelikli yağmaya azmettirme* suçundan cezalandırılması talebiyle hakkında dava açıldığını, yargılama neticesinde ise *nitelikli yağma* suçundan ceza verildiğini, bu suç yönünden -vasıf ve sebep değişikliği yapıldığı hâlde- savunmasının alınmadığını, böylece adil yargılanma hakkı kapsamında savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

24. Bakanlık görüş yazısında Anayasa Mahkemesi kararlarına atıfla iddianamedeki suçlamanın değişmesi durumunda suç isnadı aralarındaki kişiye gerekli zaman ve kolaylıkların sağlanması gerektiği ancak başvurucunun bu hususu temyizde ileri sürmediği belirtilmiştir.

25. Başvurucu, başvuru formunda belirttiği iddialarını Bakanlık görüşüne karşı beyanında tekrar etmiştir.

2. Değerlendirme

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

26. 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

27. 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 (*Ali Kemal Tekin*, § 40).

28. 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 hakkı tanınmadığı sürece silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun muhakeme yapılması ve maddi gerçeğe ulaşılması da mümkün değildir (*Ali Kemal Tekin*, § 41).

29. 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 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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 (*Ali Kemal Tekin*, § 42).

30. 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 niteliğidir.* 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 (*Ali Kemal Tekin*, § 43).

31. İsnadı öğrenme 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 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 (*Ali Kemal Tekin*, § 46).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

32. Somut olayda İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 6/8/2009 tarihli iddianamesiylebaşvurucu hakkında *nitelikli yağmaya azmettirme* suçundan

5237 sayılı Kanun'un 38. maddesinin (1) numaralı fıkrasının yollamasıyla 149. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c), (f) ve (g) bentleri uyarınca cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmıştır.

33. Mahkeme 20/1/2014 tarihli kararıyla başvurucunun A.B.den senet almak suretiyle *nitelikli yağma* suçunu işlediği gerekçesiyle 5237 sayılı Kanun'un 149. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c), (d) (f) ve (g) bentleri gereğince alt sınırdan uzaklaşılmak suretiyle 10 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir. Yargılama sırasında fiil ve hukuki niteliği değişmesine karşın başvurucu bu değişiklikten haberdar edilmemiş, ek savunmasını hazırlaması için süre verilmemiştir.

34. Başvurucu isnadın sebebinin ve niteliğinin değişmesinden önce haberdar edilip savunması alınmadan iddianamede gösterilmeyen 5237 sayılı Kanun 149. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi uyarınca cezalandırılmıştır. Yargıtay -ileri sürülmesine karşın-kararında bu konuda değerlendirme yapmamıştır.

35. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan suçu öğrenme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Diğer İhlal İddiaları

36. Başvurucunun isnadı (suçu) öğrenme hakkının ihlal edildiğine karar verildiğinden adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer şikâyetleri hakkında kabul edilebilirlik ve esas yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

37. 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."

38. Başvurucu, ihlalin tespiti ve tazminat taleplerinde bulunmuştur.

39. Başvuruda, adil yargılanma hakkı kapsamındaki suçu öğrenme hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

40. Suçu öğrenme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesinin (CMK mülga 250. madde ile görevli) yerine bakan mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

41. Suçu öğrenme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılması gerektiği sonucuna varıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

42. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki suçu öğrenme hakkına ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki suçu öğrenme hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin suçu öğrenme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesinin (CMK mülga 250. madde ile görevli) (E.2009/220, K.2014/2) yerine bakan mahkemeye GÖNDERİLMESİNE,

D. Tazminata ilişkin taleplerin REDDİNE,

E. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 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 17/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ABDULLAH ALTUN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/2894)

Karar Tarihi: 17/7/2018

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan y. : Serdar ÖZGÜLDÜR

Üyeler : Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör : Akif YILDIRIM

Başvurucu : Abdullah ALTUN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararına dayanılarak yapılan yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi nedeniyle bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/3/2014 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 bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

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 ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, Diyarbakır 3 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesinin (DGM) 3/6/1999 tarihli ve E.1995/243, K.1999/157 sayılı kararıyla ülke topraklarının bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya yönelik eylemlerde bulunma suçundan ömür boyu ağır hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Bu karar, Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiştir.

10. Başvurucu, mahkûmiyetiyle sonuçlanan olaylara ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvurmuştur. Başvurucu, DGM heyetinde askerî bir hâkimin de bulunması nedeniyle bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılama yapılmadığından, soruşturmanın ilk aşamasında müdafi tarafından temsil edilmediğinden ve baskı altında alınan ifadelerinin mahkûmiyete esas alındığından şikâyetçi olmuştur.

11. AİHM 19/10/2006 tarihli (B. No: 66354/01) kararıyla başvurucunun adil yargılanma hakkı kapsamındaki yargılamanın uzunluğuna, mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin iddialarını kabul edilebilir bulmuştur. AİHM, aynı konuya ilişkin verdiği *Özel/Türkiye* (B. No: 42739/98, 7/11/2002, §§ 33, 34) ve *Özdemir/Türkiye* (B. No: 59659/00, 6/2/2003, §§ 35, 36) kararlarına atıf yapmak suretiyle başvurucunun bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, kararında talep edilmesi hâlinde yeniden yargılama yapılmasının ihlalin giderimi için uygun bir yol olacağını da belirtmiştir.

12. Başvurucu, ihlal kararına dayanarak yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur. Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi (Mahkeme) 10/7/2013 tarihli ve 2013/422 Değişik İş sayılı kararıyla dosya üzerinden inceleme yapmış ve başvurucunun talebini reddetmiştir.

13. Gerekçede, AİHM tarafından verilen ihlal kararında mahkûmiyet kararı veren heyette bir askerî yargı mensubunun bulunması ve yargılama süresinin aşırı olmasının eleştirildiği hâlbuki ihlal kararına konu bu hususların hükmün dayanağı olmadığı, belirtilen hukuka aykırılıkların usule yönelik olduğu ve yargılanmanın yenilenmesi ile telafi imkânı bulunmadığı belirtilmiştir. Mahkeme, öngörülen şartları taşımaması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine karar vermiştir.

14. Başvurucu; AİHM'in kararıyla bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkının ihlal edildiğinin tespit edildiğini, dosyasının 15/6/2012 tarihi itibarıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince denetlenmekte olan kararlardan olduğunu belirterek karara itiraz etmiştir.

15. Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesi, dosya üzerinden verdiği 21/2/2014 tarihli kararıyla başvurucunun itirazını reddetmiştir.

16 Başvurucu 4/3/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

17. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri*" kenar başlıklı 311. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> "*(1) Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür:*
>
> *...*
>
> *f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.*
>
> *(2) Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile, 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.* "

18. 5271 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi şöyledir:

> *"İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle bir ceza hükmünün verildiğini tespit eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararlarından, 15.6.2012 tarihi itibarıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi önünde denetlenmekte bulunanlar bakımından bu Kanunun 311 inci maddesinin ikinci fıkrası*

hükmü uygulanmaz. Bu durumda olanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilirler."

19. 18/6/1999 tarihli ve 4388 sayılı Kanun'la devlet güvenlik mahkemelerinde yer alan askerî hâkimlerin görevlerine son verilmiştir.

B. Uluslararası Hukuk

1. İlgili Sözleşme

20. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

''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...''

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

21. Devlet güvenlik mahkemeleriyle ilgili olarak AİHM; devlet güvenliğine ilişkin suçlardan yargılanan sivil kişilerin emir komuta zincirine ve askerî disipline tabi, haklarında üstlerince sicil raporları düzenlenen, belirli bir süreliğine atanan ve atanmalarına ilişkin kararların birçoğunda idari ve askerî makamların rol oynadığı askerî hâkimlerin de yer aldığı mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlığından endişe duymalarının meşru olduğunu belirtmiş ve ihlal kararları vermiştir (*Incal/Türkiye*, B. No: 1/1997/825/1031, 9/6/1998, §§ 68, 72, 73; *Özel/Türkiye*, §§ 33, 34; *Özdemir/Türkiye*, §§ 35, 36).

22. AİHM, kanunla kurulmuş bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı *bağımsız* olup olmadığını değerlendirirken üyelerinin atanma şekli ve görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığının yanı sıra mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediğini dikkate almaktadır (*İbrahim Gürkan/Türkiye*, B. No: 10987/10, 3/7/2012, § 13).

23. AİHM, Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamında devletlerin taraf oldukları başvurulara ilişkin olarak verilen AİHM kararlarıyla bağlı olma yükümlülüğü altına girdiğini vurgulamakta (*Del Rio Prada/İspanya* [BD], B. No: 42750/09, 21/10/2013, § 137); bu, AİHM bir ihlal bulduğunda davalı

devletin sadece Sözleşme'nin 41. maddesine göre hükmedilen tazminatı ödeme yükümlülüğünü değil bunun yanında AİHM tarafından bulunan ihlalin ortadan kaldırılması için iç hukukta bireysel ve/veya -gerekiyorsa- genel tedbirler alma ve başvurucuyu Sözleşme ihlal edilmemiş olsaydı bulunacağı duruma mümkün olan en yakın konuma getirecek şekilde ihlalin etkilerini telafi etme yükümlülüğünü de barındırmaktadır (*Del Rio Prada/İspanya*, § 137).

24. AİHM, taraf devletlerin -AİHM kararında belirtilen sonuçlarla uyumlu olmak kaydıyla- bu yükümlülüklerini ifa edecekleri aracı seçmekte serbest olduklarını vurgulamaktadır. Bununla birlikte AİHM; bazı özel koşullarda, anılan yükümlülüğün ifası bağlamında -sorumlu devlete yardım etmek amacıyla- ihlal bulunmasına yol açan durumun ortadan kaldırılması için alınabilecek özel ve/veya genel tedbirlerin türünü de gösterebileceğini belirtmektedir. AİHM; istisnai bazı durumlarda ise bulunan ihlalin türünün telafi için alınması gereken tedbirler hususunda bir tercih imkânı bırakmayabileceğini, bu hâlde kendisinin hangi tedbirin uygulanacağını kararında gösterebileceğini ifade etmektedir (*Del Rio Prada/İspanya*, § 138).

25. AİHM, *Bochan/Ukrayna (2)* (B. No: 22251/08, 5/2/2015) kararında Sözleşme'nin 6. maddesinin gerekçeli karar hakkı yönünden ihlal edildiğine hükmettikten sonra (*Bochan/Ukrayna,* B. No: 7577/02, 3/5/2007) başvurucu tarafından ulusal mahkemede yapılan yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyeti incelemiştir. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin kural olarak kesin hükme bağlanmış bir davanın yeniden incelenmesini öngören olağanüstü kanun yollarına ilişkin başvurulara uygulanmayacağını ancak ilgili hukuk sistemindeki söz konusu olağanüstü başvuru yoluna ilişkin yargısal sürecin türü, konusu ve somut özelliklerinin bu tür olağanüstü başvuru yolunu Sözleşme'nin 6. maddesinin kapsamına getirebileceğini ve adil yargılanma güvencelerini bu başvurucular yönünden de geçerli hâle getirebileceğini ifade etmiştir (*Bochan/Ukrayna (2)*, § 50).

26. AİHM, özellikle olağanüstü başvuru yolunun tür ve konu bakımından olağan başvuru yolu gibi görüldüğü durumlarda iç hukuktaki tanımlamadan bağımsız olarak bu tür yargısal süreçlerin Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında görülebileceğini belirtmiştir. AİHM, ilgili yargısal mercilere takdir hakkının tanınmadığı durumlarda ilgili olağanüstü yolun temyiz benzeri bir yol olduğunu kabul etmiştir (*Bochan/Ukrayna (2),* §§ 46-49). AİHM somut olayda Ukrayna ulusal hukukunu incelemiş ve kendisinin ihlal

kararlarına ilişkin olarak öngörülen yargılamanın yenilenmesinin temyiz benzeri bir süreç olduğunu gözeterek Hükûmetin başvurunun adil yargılanma hakkı kapsamında olmadığı yönündeki itirazını reddetmiştir (*Bochan/Ukrayna (2)*, §§ 51-56).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

27. Mahkemenin 17/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

28. Başvurucu; AİHM'in ihlal kararına istinaden yaptığı yargılamanın yenilenmesi talebinin hukuka aykırı biçimde reddedildiğini, yapılan değerlendirmenin kanunla ve AİHM kararıyla açıkça çatıştığını, AİHM kararının yerine getirilemediğini belirterek anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur.

29. Bakanlık, yargılamanın yenilenmesi talebini inceleyen yargı makamlarınca ulaşılan kanaate göre talebin reddine karar verildiğini belirtmiştir. Bakanlık,Sözleşme'nin 6. maddesinin -yargılamanın yenilenmesi taleplerinde olduğu gibi- sona ermiş bir davanın yeniden açılması hakkını güvenceye almadığına ilişkin AİHM içtihatlarına atıfta bulunmuş ve karar verilirken bu hususların dikkate alınmasının Anayasa Mahkemesinin takdirinde olduğunu bildirmiştir.

30. Başvurucu, Bakanlık görüşlerine karşı başvuru formundaki iddialarını tekrarlamıştır.

B. Değerlendirme

31. Anayasa'nın 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."*

32. 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 iddialarının bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

33. Başvurucunun bu bölümdeki şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun değildir. Kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

34. Anayasa'nın 36. maddesinde ise mahkemelerin bağımsız ve tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle beraber Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca bu hak adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkından açıkça söz edilmektedir.

35. Diğer taraftan mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu nazara alındığında -Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği- Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddeleri de bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulmalıdır (AYM, E.2005/55, K.2006/4, 5/1/2006; E.1992/39, K.1993/19, 29/4/1993).

36. Bir mahkemenin bağımsızlığının belirlenmesinde üyelerinin atanma şekli ve görev süreleri, hâkimlik teminatı ve bağımsız oldukları yönündeki görünümleri önem arz etmektedir. Mahkemenin tarafsızlığı ise uyuşmazlığın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafgirlik, menfaate sahip olunmaması ile tarafların leh ve aleyhlerinde bir düşünceye sahip olunmamasını ifade eder. Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup bu kapsamda hâkimin birey olarak mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir (*Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 109, 110).

37. AİHM, DGM'lerin faaliyette olduğu dönemde bu mahkemelerde görev yapan askerî hâkimin statüsünü dikkate alarak bu mahkemelerin bağımsız

ve tarafsız olmadığı sonucuna ulaşmıştır. AİHM, *Incal/Türkiye* kararından sonra Türkiye'ye karşı bu mahkemelerde görev yapan askerî hâkimin statüsü ile ilgili iddialarla yapılan birçok başvuruda da bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Anılan kararlar sonrasında DGM'de askerî hâkimlerin de bulunmasını öngören hüküm ve DGM'ler kaldırılmıştır.

38. Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacıyla 4/11/1950 tarihinde imzalanan Sözleşme 10/3/1954 tarihli ve 6366 sayılı Kanun'la Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmış ve onay belgesinin 18/5/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi edilmesiyle Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Bakanlar Kurulunun 22/1/1987 tarihli ve 87/11439 sayılı kararı ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuru hakkı, 25/9/1989 tarihli ve 89/14563 sayılı kararı ile de AİHM'in zorunlu yargı yetkisi tanınmıştır. Böylece Türkiye, Sözleşme'de bulunan temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğünü kabul etmiş ve yargı yetkisi içinde bulunan tüm bireylere, hukuken bağlayıcı nitelikte ihlal kararı verebilecek bir uluslararası mahkemeye başvuru yapabilme hakkını tanımıştır (*Sıddıka Dülek ve diğerleri,* B. No: 2013/2750, 17/2/2016, § 68).

39. Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması, AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının iç hukukta gereği gibi yerine getirilmesi ile mümkündür. AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının iç hukukta gereği gibi yerine getirilmemesi, Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin uygulamada etkili bir şekilde korunamadığı anlamına gelir (*Sıddıka Dülek ve diğerleri*, § 69). Nitekim AİHM tarafından verilmiş bir ihlal kararı, temel hak ve özgürlüklerin teoride olduğu gibi pratikte de etkili bir şekilde korunabilmesi amacıyla 5271 sayılı Kanun ile yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir.

40. Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Sözleşme kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiği iddiasını incelemek, bireysel başvuru yoluyla incelemeye yetkili olan Anayasa Mahkemesinin görev alanına girer. Aksinin kabulü, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı içinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin bireysel başvuru yolu ile etkili bir şekilde korunmasını öngören Anayasa'nın amacı ile bağdaşmaz. Bu sebeple AİHM tarafından verilen bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği Anayasa Mahkemesince incelenmelidir. Ancak Anayasa Mahkemesince yapılacak bu inceleme, olayların baştan itibaren

yeniden değerlendirilmesi şeklinde değil AİHM tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ile ilgili sınırlı bir inceleme olacaktır (*Sıddıka Dülek ve diğerleri*, § 70).

41. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği mevzuatın yorumlanması ve uygulanması kural olarak derece mahkemelerinin görevi olmakla birlikte bu yorum ve uygulamaların etkilerinin Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan hak ve yükümlülüklerle bağdaşıp bağdaşmadığının Anayasa Mahkemesince incelenmesi doğaldır (*Kemal İnan*, B. No: 2013/1524, 6/10/2015, § 49).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

42. Başvurucu, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma haklarının ihlal edildiğine ilişkin karara istinaden yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur. Başvurucunun talebi, DGM'nin bağımsız ve tarafsız olmadığı şeklindeki ihlal tespitinin mahkûmiyet hükmünün dayanağı olmadığı ve 5271 sayılı Kanun'un 311. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinde öngörülen şartın karşılanmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir. Başvuruculaların itirazını inceleyen Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesi de benzer gerekçelerle ret kararını hukuka uygun bulmuştur.

43. Somut olayda tartışılması gereken husus, AİHM'in ihlal kararı sonrasında yargılamanın yenilenmesi istemiyle derece mahkemesine başvuran başvurucunun bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı kapsamında ileri sürdüğü iddialarının etkili ve yeterli bir şekilde incelenip incelenmediği, AİHM tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediğidir. Diğer bir ifadeyle AİHM'in başvurucu hakkındaki kararda tespit ettiği ihlalin ve sonuçlarının derece mahkemelerince ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı önem taşımaktadır.

44. AİHM'in ihlal kararına konu davanın askerî bir hâkimin de üye olarak bulunduğu DGM heyeti tarafından yürütüldüğü anlaşılmaktadır. AİHM tarafından verilen ihlal kararı ancak içinde askerî hâkim bulunmayan bir mahkemede yargılama yapılmak suretiyle giderilebilecek iken Mahkeme, yargılamada askerî hâkimin bulunmasının usule ilişkin olduğu gerekçesiyle yeniden yargılama yapmayı reddetmiştir. Oysa AİHM kararında, yargılamada askerî hâkimin yer alması varılan sonuçtan bağımsız olarak bir ihlal nedeni olarak ifade edilmiştir. Gerekçede, talep edilmesi hâlinde yeniden yargılama yapılmasının ihlalin giderimi için uygun bir yol olacağı da belirtilmiştir.

45. Ancak anılan ihlal kararı kesin hükmün sıhhatini etkilediği, dolayısıyla yeniden yargılama konusunda ciddi bir gerekçe oluşturduğu hâlde 5271 sayılı Kanun'un uygulanması ile ilgili yapılan yorumun AİHM kararıyla örtüşmediği, Anayasa'nın 36. maddesinin gerektirdiği ölçüde ve özende bir inceleme içermediği, AİHM tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmediği, bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkına yönelik ihlalin giderilemediği anlaşılmıştır.

46. Sonuç olarak adil yargılanma hakkı kapsamındaki bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının sağladığı güvencelerle bağdaşmayacak şekilde AİHM'in ihlal kararının uygulanmaması nedeniyle bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

47. 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.*"

a. Genel İlkeler

48. 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre esas inceleme kapsamında, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve varsa ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı belirlenmektedir. Aynı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ise ihlal kararı verilmesi hâlinde, gerekli görüldüğü takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Buna göre ihlal sonucuna varıldığında

ilgili temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verilmesinin yanında *"ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi"*, diğer bir ifadeyle *"ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedil[mesi]"* de gerekir.

49. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması zorunludur. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir.

50. Bununla birlikte 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilirken idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederken idarenin veya yargısal makamların ya da yasama organının yerine geçerek işlem tesis edemez. Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederek gerekli işlemlerin tesis edilmesi için kararı ilgili mercilere gönderir (*Şahin Alpay (2)* [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 57).

51. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. Buna göre ihlal; idari eylem ve işlemler, yargısal işlemler veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır.

52. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir.

53. Kanun'un 50. maddesiyle işaret edilen *yeniden yargılama* kavramı, ilgili usul kanunlarında düzenlenen *yargılamanın yenilenmesi* kurumundan

belli yönlerden farklılık taşımaktadır. Kuşkusuz ki Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılamaya hükmettiği durumlarda da derece mahkemesi kesin hükme bağlanmış bir yargılamayı yeniden ele almaktadır. Bu yönüyle ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi müessesesi ile Anayasa Mahkemesince yeniden yargılamaya hükmedilmesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak derece mahkemesinin yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmak yükümlülüğündedir.

54. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapar. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen yöntemsel bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usule ilişkin işlemin hak ihlaline yol açmayacak şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ilgili idari işlem veya uygulamanın kendisinin veya derece mahkemesi kararının sonucunun hak ihlaline yol açtığı Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmişse bu takdirde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekebilir.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

55. Başvurucu, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur.

56. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

57. Bu durumda bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama

yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

58. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harcın başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesine (2013/422 Değişik İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. 206,10 TL harçtan oluşan 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 17/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

YILMAZ ÇELİK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/13117)

Karar Tarihi: 19/7/2018

GENEL KURUL
KARAR

Başkan : Zühtü ARSLAN

Başkanvekili : Engin YILDIRIM

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

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 : Yılmaz ÇELİK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza davasında esaslı talep ve görüşlerin değerlendirilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 12/8/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvurular, başvuru formları ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemelerinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

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

6. 2014/13117 sayılı başvurunun konu bakımından aynı nitelikte olması nedeniyle 2014/13121 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

7. Birinci Bölüm tarafından 18/4/2018 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 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:

9. 1969 doğumlu olan başvurucu, Ankara'da ikamet etmekte ve inşaat işleri ile uğraşmaktadır. Pek çok ülkede faaliyet gösteren Hizb-ut Tahrir isimli örgütün üyesi olduğu iddiasıyla başvurucunun 2008 yılından itibaren yargılanmasına başlanmıştır.

A. Birinci Dava

10. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 3/2/2008 tarihli iddianamesiyle başvurucu ve arkadaşlarının silahlı terör örgütüne üye olma ve terör örgütü propagandası yapma suçlarından cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açmıştır. İddianamede sanıklara isnat edilen eylemler özetle şunlardır:

i. *Hizb-ut Tahrir Türkiye Vilayeti Resmî Sözcüsü Yılmaz Çelik* ismi ve unvanı ile2008 yılında basılıp dağıtıldığı anlaşılan *"Hizb-ut Tahrir Türkiye Vilayeti hilafetin yıkılışının 87. yıl dönümünde tüm Müslümanları yeniden Raşidi hilafeti kurmaya davet eder"*, *"İstanbul'daki katliamdan bataklıktaki*

yöneticiler sorumludur", "*Aziz ve hâkim olan Allah'ın katından başka nusret yoktur"* başlıklı bildirilerin başvurucuda bulunması

ii. Hakkında toplatma kararı bulunan ve örgütün kurucusu T.N.nin yazarı olduğu *Demokrasi Kültür Nizamıdır* isimli kitabın ve bir adet Raşid-i Hilafet dergisi ile eğitim amaçlı bulundurulduğu anlaşılan *Hızlı Düşün Hızlı Karar Ver, Hizb-i Kitleleşme, Allah'a Kulluk ve Zafer, Hizb-ut Tahrir'in Yola Çıkışı, İslam-ı Hilafet Nizamının Şer-i Esasları, Tek Çıkar Yol İslam* isimli kitapların başvurucuda bulunması

iii. Üzerinde *"Hilafet Nasıl Yıkıldı, Hizb-ut Tahrir Türkiye Vilayeti"* yazılı DVD'nin başvurucuda bulunması. Savcılığa göre bahsi geçen DVD'de Mustafa Kemal Atatürk ve arkadaşları hakkında bazı iddialar ile hilafetin yıkılmasının dış devletler tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülmektedir. DVD'de başka birçok fikrin yanı sıra İslam devletlerinin başında bir halifenin bulunmasının farz olduğu, bu farzı iptal edenlerin büyük cürüm işlediği gibi tekrar halifeliği ihdas etmeyenlerin de büyük cürüm işlediği savunulmakta, Hizb-ut Tahrir'in hilafeti yeniden kurmak için fikrî ve siyasi çalışma içinde olduğu ifade edilmektedir.

iv. Sanık R.C.de el yazması bir not defteri bulunması. Adı kodlanmış kişilerce el yazısı ile doldurulmuş bir anketin de olduğu bu bilgi notlarında *"Aileniz Hizb'i biliyor mu?"*, *"Aileden destek verenler ve destek boyutlarını detaylıca açıklayınız."*, *"Ailenizden olumsuz tavır gösterenleri ve nedenlerini açıklayınız.", "Hizb'den birisi daha önce ailenizle görüştü mü? Görüştü ise kim, kiminle ve neler görüştü, açıkça yazınız."*, *"Ailenizde lider olan kim ve şahsi özellikleri nelerdir?"*, *"Sizce ailenizin desteğini nasıl kazanabiliriz?", "Akrabalarınızdan kimler Hizb ile çalıştığınızı biliyor ve tepkileri nasıl?", "Kaç kişiye beyan veriyorsunuz ve onlar kimler, tepkileri nasıl?"*, *"Bu konu ile ilgili farklı görüşleriniz varsa yazınız."* şeklinde sorular yer almaktadır. Bahsi geçen defterde ayrıca *"Halkaya Almadan Temas Edilen Kişide Gerçekleşmesi Gereken Özellikler"* başlıklı, örgütün çalışma tarzını ortaya koyan bir yazı da bulunmaktadır.

11. Başvurucu; yargılamanın aşamalarında Hizb-ut Tahrir örgütünün üyesi ve sözcüsü olduğunu, örgüt adına bildiri hazırlayarak internete koyduğunu kabul etmiştir. Başvurucu, örgüte isnat edilen dokümanların sorumluluğunu kabul etmemiştir. Hizb-ut Tahrir örgütünün silahlı bir örgüt olmadığını, dünyanın hiçbir yerinde herhangi bir şiddet eylemi gerçekleştirmediğini,

cebir, şiddet veya baskı yöntemini benimsemediğini, resmî kurumların da bunu bildiğini ifade etmiştir. Başvurucu, savunmasında Hizb-ut Tahrir örgütünün amacının İslam coğrafyasında hilafetin tekrar tesisini sağlamak olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, düşüncelerini şiddete başvurmadan ve bilhassa basın yolu ile yaymaya çalıştıklarını ifade etmiştir.

12. Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi 7/4/2011 tarihinde, başvurucunun terör örgütüne üye olma suçundan 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Mahkeme, başvurucuyu ayrıca terör örgütü propagandası yapma suçundan 10 ay hapis cezası ile cezalandırmıştır. Mahkeme kararında ilk olarak Hizb-ut Tahrir örgütü hakkında kısa bir değerlendirmeye yer verilmiştir. İlk derece mahkemesinin değerlendirmelerine göre 1953 yılında Ürdün'de kurulan örgüt, ümmetçilik anlayışı kapsamında bir halifenin etrafında hilafet devleti kurmayı planlamakta; hâlen bir yöneticinin liderliğinde Ürdün, Suriye, Lübnan, Sudan, Kuveyt, Kudüs, Malezya ve Özbekistan gibi Müslüman ülkelerin yanı sıra Batı ülkelerinde de örgütlenmektedir. Kararda; örgütün *kültürlenme*, *halk ile bütünleşme* ve halkı örgütledikten sonra *şer'i esaslara göre İslam devleti kurma* şeklinde üç aşamalı bir yöntem belirlediği, Türkiye'yi 1997 yılından itibaren vilayet olarak nitelendirdiği ve Türkiye'de vilayet sorumlusu -mutemet veya emir de denmektedir- önderliğinde üst yapı, eyalet komitesi (vilayet encümeni), bölge sorumluları, nakipler, mahalle sorumluları şeklinde alt kadro ile hiyerarşik bir yapıda örgütlendiği belirtilmektedir. Buna göre örgüt, propaganda faaliyetlerini *Köklü Değişim* isimli yayın organı, kurucusu T.N.nin kitapları, internet sitelerinde yapmış oldukları yayınlar ve bölge sorumluları, nakipler vasıtasıyla sempatizanlarla toplantılar yapmak suretiyle gerçekleştirmektedir. Karara göre, Türkiye'nin değişik illerinde haftanın belirli günlerinde örgüt mensupları tarafından toplantılar yapılmakta; ayda bir kez merkezden gelen sorumlunun başkanlığında değerlendirme amaçlı toplantılar icra edilmekte ve toplantılarda hiyerarşik yapı içinde örgüt elemanları, üstlerine faaliyet raporu sunmaktadır.

13. Kararda ayrıca örgüte geçmişte yapılan operasyonlar sonucunda örgüte ait hücre evlerinde birden fazla silah ve ağır silah ele geçirildiği ifade edilmiştir. Mahkeme, bu silahların kimden ve ne zaman ele geçirildiğini, başvuruya konu yargılamalarla bir ilgisinin olup olmadığını belirtmemiş; ele geçirilen silahlarla ilgili yargılamalar hakkında da herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır. Mahkeme, örgüt mensuplarının silahlı bir

eyleme katılmadıkları tespitini yapmış ancak Yargıtay 9. Ceza Dairesinin müstakar kararları ile tafsilatı verilmeyen silahların niteliği, adedi, örgütün amaç ve faaliyetlerini gözönüne alarak Hizb-ut Tahrir örgütünü 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirtilen nitelikte bir silahlı terör örgütü olarak kabul ettiğini ifade etmiştir.

14. Mahkeme daha sonra başvurucu hakkındaki gerekçesini açıklamıştır. Gerekçenin ilgili kısmı şöyledir:

"...sanık Yılmaz Çelik'in Hizb-ut Tahrir Türkiye Vilayeti Resmi Sözcüsü sıfatıyla internet ortamında bildiriler hazırladığı, bu bildirilerin örgüt üyeleri tarafından kullanıldığı, MM'ın dağıttığı bildirilerden bir tanesinde yineHizb-ut Tahrir Türkiye Vilayeti Resmi Sözcüsü Yılmaz Çelik adının yazılı olduğu, sanığın savunmasında Hizb-ut Tahrir'in parti olduğunu belirterek kendisine Hizb-ut Tahrir Türkiye Vilayeti Resmi Sözcüsü sıfatının verildiğini, ismini vermek istemediği bir kişi tarafından bu sıfatın kendisine verildiğini beyan ederek bu görevi kabul ve ikrar ettiği, söz konusu bildirileri kendisinin hazırladığını, suç tarihi öncesinde hakkında yasadışı Hizb-ut Tahrir örgütü üyesi olmak suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü kurulduğu ve kesinleştiği, yine sanık hakkında örgüt üyeliği suçlamasıyla mahkememizin 2007/97 esasında dava dosyasının derdest olduğu, ancak devam eden dava ile iş bu dava arasında hukuki ve fiili kesinti bulunduğu, sanığın örgütsel faaliyetlerini devam ettirerek örgütün amaç ve faaliyetleri doğrultusunda hazırlanmış bildiri ve CD'leri dağıttığı, örgütsel propaganda yaptığı, böylelikle sanık Yılmaz Çelik'in örgüte eleman kazandırma, örgüte taban oluşturma çabaları doğrultusunda propaganda amaçlı bildiri ve CD'ler dağıtmak, Hizb-ut Tahrir Türkiye Vilayeti Resmi Sözcüsü başlıklı örgütsel dökümanlar düzenlemek şeklindeki eylemlerinin örgütle organik bağ oluşturacak şekilde, süreklililk, çeşitlilik ve yoğunluk gösterdiği, bu şekilde eylemlerinin terör örgütü boyutuna ulaştığı kanaatine varılarak mahkememizce eylemine uyan 3713 Sayılı yasa 7/1 maddesi yollamasıyla 5237 Sayılı TCK.nun 314/2. maddesi gereği mahkûmiyeti cihetine gidilmiştir."

15. Anılan kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesi 27/6/2014 tarihli ilamı ile Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin kararını terör örgütüne üye olma suçu yönünden onamış, terör örgütü propagandası yapma suçu yönünden ise bozmuştur.

16. Başvurucu, kararı 6/8/2014 tarihinde öğrendiğini bildirmiş; 12/8/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İkinci Dava

17. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 13/7/2009 tarihli iddianame ile başvurucunun silahlı terör örgütü kurma veya yönetme suçundan cezalandırılması istemiyle kamu davası açmıştır. Savcılığa göre başvurucu, Türkiye'de kanun dışı olarak kabul edilen Hizb-ut Tahrir örgütünün Türkiye sorumlusudur. İddianamede; Hizb-ut Tahrir örgütünün amacının cebir ve şiddet kullanarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biri ile Cumhuriyet'in laik niteliğini değiştirmek ve yerine şeri hükümlere dayalı bir hilafet devleti kurmak olduğu, faaliyet gösterilen ülkelerin örgüt tarafından *vilayet* olarak isimlendirildiği ve kurulması hedeflenen devlete Raşidi Hilafet Devleti denildiği belirtilmiştir. Savcılık, Hizb-ut Tahrir'i terör örgütü olarak nitelendirmesine rağmen örgütün veya sanığın herhangi bir şiddet eylemine iddianamesinde yer vermemiştir.

18. Başvurucu; ilk derece mahkemesindeki savunmalarında Hizb-ut Tahrir örgütünün silahlı bir örgüt olmadığını, cebir, şiddet veya baskı yöntemini benimsemediğini ve amacının hilafeti tekrar getirmek olduğunu savunmuştur.

19. Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi 13/12/2011 tarihli kararında ilk olarak Hizb-ut Tahrir örgütü hakkında birinci davadaki açıklamalara benzer açıklamalarda bulunmuş ve örgütün bir terör örgütü olarak kabul edilmesinin dayanağı olan Yargıtay görüşüne şu şekilde değinmiştir:

> "*Hizb-ut Tahrir örgütünün Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 26/10/2004 tarih 2004/4824 Esas, 2814 karar nolu ilamı ile 3713 Sayılı Yasanın 1. Maddesinde tanımlanan cebir ve şiddet kullanarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek devlet otoritesini zaafiyete uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek amacı ile kurulmuş terör örgütü olduğu tespit edilmiştir.*"

20. İlk derece mahkemesi daha sonra başvurucunun eylemlerini değerlendirmiş ve başvurucunun 6 yıl 3 ay hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Mahkemenin değerlendirmelerinin ilgili kısmı şöyledir:

"...sanık Yılmaz Çelik'in örgüte eleman kazandırma, örgüte taban oluşturma çabaları doğrultusunda propaganda amaçlı olarak 18.05.2006 tarihinde yasadışı Hizb-üt Tahrir örgütü tarafından Adalet.gov.tr.ye "....kokuşmuş küfür kanunlarında merhamet yoktur, raşidi hilafet devleti gerçekleşecektir" şeklinde e-mail göndermek, işyerinde 670 adet üzerinde 'Yılmaz Çelik Hizb-ut-tahrir resmi sözcüsü Türkiye vilayeti' yazılı kartvizit65 adet Hizb-ut-tahrir resmi sözcüsü Türkiye vilayeti yazılı bayram kartıbulundurmak, ATO Başkanı S. A.ya Ramazan Bayramı nedeniyle göndermiş olduğu kartta kendisini "Hizb-ut Tahrirresmi sözcüsü Türkiye vilayeti sorumlusu"olarak göstermek şeklindeki eylemlerinin örgütle organik bağ oluşturacak şekilde, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gösterdiği, sanığınbu şekildeki eylemlerinin terör örgütü boyutuna ulaştığı, ancak sanığın sabit olarak kabul edilen bu eylemlerinin sanığın örgüt yöneticisi ve kurucusu olduğu şeklinde kanaat oluşturmadığı, sanığın eyleminin örgüt üyeliği boyutunda olduğu ve sanığın da savunmalarında Hizb-ut Tahririn Türkiye Vilayeti resmi sözcüsü olduğu hususunu kabul ettiğikanaatine varıl[mıştır.]*"*

21. Anılan kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesi 27/6/2014 tarihli ilamı ile Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin kararını onamıştır.

22. Başvurucu, kararı 6/8/2014 tarihinde öğrendiğini bildirmiş; 12/8/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

C. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünün Raporu

23. Emniyet Genel Müdürlüğünden Hizb-ut Tahrir örgütünün silahlı terör örgütü olarak kabul edilmesine dayanak olan bilgi ve belgeler ile mahkeme kararları Anayasa Mahkemesince istenmiştir. 24/2/2017 tarihli kapsamlı raporda özetle aşağıdaki hususlara değinilmiştir:

i. Hizb-ut Tahrir, 1950'li yılların başında Mısır'da faaliyet gösteren İhvan-ı Müslimin (Müslüman Kardeşler) örgütünden ayrılan T.N. tarafından Ürdün'de kurulmuştur. Raporda; örgütün nihai hedefi olarak gördüğü İslam devletinin kurulması için gerekli olan halk hareketinin yönlendirilmesi konusunda İhvan hareketinin öngördüğü tabandan tavana yönelimin aksine tavanda yapılacak değişiklikle tabanı yönlendirmeyi hedeflemesi, ihvan hareketiyle ayrılmalarındaki en önemli etken olarak ifade edilmektedir. Kurulması planlanan sözde İslam devletinin önce Arap ülkelerine, daha sonra diğer İslam ülkelerine nüfuz etmesi öngörülmektedir.

ii. *Hizb-ut Tahrir, İslami Kurtuluş Partisi* anlamında kullanılmaktadır. Örgüt tüm Müslümanları bir halife etrafında toplayarak hilafet devleti kurmayı amaçlamaktadır. Bu devlete *Raşidi Hilafet Devleti* de denmektedir. Örgüt; kültürlenme, halk ile bütünleşme ve halkı örgütledikten sonra dinî esaslara göre İslam devletini kurma şeklinde üç aşamalı bir strateji benimsemektedir. Örgüt mensupları her fırsatta geçmişteki hilafet kurumuna atıfta bulunmakta, bu kurumun yeniden ihyası için propaganda faaliyetlerine girişmektedir. Bu yönde 1994 yılı Ağustos ayında İngiltere'nin başkenti Londra'da, bir stadyumda ülkemizde hilafetin kaldırılışının 70. yılı dolayısıyla düzenlenen konferansa yaklaşık 12.000 kişinin katıldığı bilinmektedir.

iii. Örgüt mensuplarının İslami kimliğin oluşumu için kültürel faaliyetlere ağırlık vermekte oldukları da gözlenmektedir. Özellikle hilafet kurumunun kaldırılmasını eleştiren mahiyette bildiriler ile örgüt propagandasının yapıldığı metinler, elektronik ortamda ve dergiler vasıtasıyla dağıtılmaktadır.

iv. Örgütün başta Türkiye, Ürdün, Suriye, Lübnan ve Endonezya gibi ülkeler olmak üzere Asya ve Avrupa ülkelerinde de teşkilatlandığı bilinmektedir. Faaliyet gösterilen her ülke, örgüt tarafından *vilayet* olarak isimlendirilmektedir. Bu sözde vilayetlerde oluşturulan 3-10 kişilik komitelerle faaliyetlerini yürüten örgüt, gizli başkanlık konseyine bağlı olarak faaliyet göstermektedir.

v. Örgüt; mevcut ideolojileri İslam, kapitalist demokrasi ve komünizm olmak üzere üç bölüme ayırmakta ve İslam haricinde kalanları *İslam ile çelişen küfür ideolojisi* olarak nitelendirmektedir. Ayrıca dünyadaki Müslümanların eziyet altında olduğu, günümüzde faaliyet gösteren siyasi partilerin hiçbirine oy verilmemesi gerektiği, hepsinin küfür olarak kabul edildiği, bu partilere oy verenlerin büyük bir günah işleyeceği savunulmaktadır.

vi. Hizb-ut Tahrir örgütünün faaliyetlerinin Mısır, Ürdün ve Lübnan'da -rejim karşıtı çalışmaları nedeniyle- yasaklandığı bilinmektedir.

vii. Örgüte yönelik ilk operasyonun yapıldığı 1967 yılından raporun hazırlandığı tarihe kadar geçen süre içinde örgüt, silahlı eyleme karışmamıştır. Örgüte yönelik gerçekleştirilen soruşturma ve

kovuşturmaların tamamının örgüt propagandası yapma, örgüte eleman kazandırmak için çalışma, örgütsel dokümanları basma ve dağıtma, örgüt adına internet üzerinden yayın yapma, örgütsel toplantılar yapma suçlamaları nedeniyle yürütüldüğü anlaşılmaktadır. 2009 yılında yapılan bir operasyonda 1 adet uzun namlulu silah, 2 adet tabanca, 5 adet tüfek ve 6 adet kuru sıkı tabanca ele geçirilmiştir.

viii. Örgüt üyesi şahısların silahlı faaliyet yürütmeye psikolojik olarak hazır oldukları ve uygun bir zemin bulmaları hâlinde silahlanabilecekleri değerlendirilmektedir.

D. Hizb-ut Tahrir Örgütü ile İlgili Mahkeme Kararları

24. Hizb-ut Tahrir örgütü ile ilgili Yargıtayın dört kararı ve bunlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları Anayasa Mahkemesine bildirilmiştir. Söz konusu kararlardan Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 19/4/2004 tarihli (E.2004/1586, K.2004/1433) kararına konu olayda sanık B.S., 14/4/2003 tarihinden önce gerçekleşen ve Hizb-ut Tahrir örgütüne üye olma ve öğrütün eğitimlerine katılma, bildiri dağıtma eylemleri yüzünden 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrası gereğince Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yargılanmıştır. İlk derece mahkemesi "*3713 sayılı Yasa'nın 7. maddesi gereğince cezalandırılması isteğiyle açılan kamu davasında, sanıkların 3713 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde tanımlanan örgütü kurmadıkları, cebir şiddete dayalı eylemlerinin bulunmadığı gerekçesi ile suç unsurlarının oluşmadığından bahisle sanık hakkında beraat kararı...*" verilmesine karar vermiştir.

25. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 19/4/2004 tarihlikararında, Hizb-ut Tahrir örgütünün "*devletin ve Cumhuriyet'in varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak ya da ele geçirmek amacıyla kurulmuş terör örgütü niteliğinde olduğu*" sonucuna ulaşılmıştır. Hizb-ut Tahrir örgütünün bir terör örgütü olduğuna ilişkin daha sonraki tüm mahkeme kararları ile Yargıtay kararları bu karara dayanmıştır ve bunun gerekçesi, zikredildiği kadardır. Yargıtay 9. Ceza Dairesi kısa bir süre sonra 21/10/2004 tarihli (E.2004/4829, K.2004/5628) kararında aynı içtihadını tekrarlamıştır.

26. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca bazı sanıklar aleyhine açılan aynı nitelikteki davada Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi, 18/10/2005 tarihli ve E. 2005/92, K.2006/314 sayılı kararında yukarıda alıntılanan kararlara göre

daha fazla değerlendirme yaparak Hizb-ut Tahrir örgütünün bir terör örgütü olduğuna karar vermiştir. Aşağıda yer verilen hüküm, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 29/11/2007 tarihli ve E.2006/8281, K.2007/8763 sayılı (bir gerekçeye yer vermeyen) ilamı ile onanarak kesinleşmiştir:

> *" ...İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünün 1.4.2004 tarihli suça konu Hizb-ut Tahrir örgütünün amaç ve stratejisi hakkındaki bilgi notunda örgütün Terörle Savaşım [Mücadele] Yasası'nın 4928 sayılı Yasa ile değişik 1. maddesi kapsamında tarif edilen terör örgütüne ideoloji ve örgüt boyutları itibariyle tipik olarak uyduğu, ancak cebir ve şiddet boyutu itibariyle uymadığı, Yargıtay içtihatları gereğince örgütün amacının devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek devletin otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek amacıyla kurulmuş terör örgütü niteliğinde olduğunun kabul edildiği belirtilmiştir (...) Diğer sanıkların ise açık ikrarlarından da görüldüğü üzere yasadışı Hizb-ut Tahrir örgütü üyesi oldukları, örgüt adına çeşitli tarihlerde bildiri dağıttıkları, bu amaçla çoğalttıkları bildirileri işyerlerinde bulundurdukları, bu suretle Hizb-ut Tahrir örgütü üyesi olmak suçunu işledikleri sübuta ermiştir. Hizb-ut Tahrir örgütünün devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek amacıyla kurulmuş terör örgütü niteliğinde olduğu sübuta erdiğinden sanıkların belirtilen örgüte üye olmak suçundan anılan maddeler gereğince cezalandırılmalarına karar verilmesi[ne gerek duyulmuştur]."*

27. Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin yukarıda zikredilen kararından kısa bir süre sonra verdiği 2/3/2006 tarihli ve E.2005/198, K.2006/26 sayılı kararına da değinilmelidir. Bu hüküm daha sonra Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 19/11/2007 tarihli ve E.2007/5600, K.2007/8399 sayılı kararı ile onanmıştır. İlk derece mahkemesinin bu kararına konu yargılamada sanıkların bir bölümü suçla ilgilerinin olmadığını savunmuş; sanıkların bir bölümü ise örgütün ideolojisini benimsediğini kabul etmiş ve örgütün görüşlerini internet, dergi, gösteri, toplantı vb. araçlarla yaymayı sürdüreceğini ifade etmiştir. Sanıklar; yargılamaya konu toplantının valilik izniyle gerçekleştirildiğini, hiçbir zaman zora, maddi ve manevi şiddete, cebir, yıldırma ve korkutma yöntemlerine başvurmadıklarını, aksine sadece *fikir çatışması ve siyasi mücadele* ilkesini benimsediklerini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme kararında; 2005 yılında Ankara Abdi İpekçi Parkı'nda *Köklü Değişim* dergisi tarafından Özbekistan'daki olaylara karşı çıkmak amacıyla

yapılan toplantıda bildiri okunduğu ve hilafet devletinin kurulmasının savunulduğu belirtilmiştir. Mahkemeye göre sanıklar zulmedenlerden hesap sorulacağını, Müslümanların öldürüldüğünü, Özbekistan'da akan kana ve zulme ses çıkarmayan yöneticilerin dilsiz şeytan ve katil olduklarını ifade etmişlerdir. Kararda şu anlatımlara yer verilmiştir:

> *"...sanıklar her ne kadar şiddete başvurmadıklarını söyleseler de demokrasiyi benimsemedikleri, mevcut rejimden memnun olmadıkları, bunu yıkarak raşid-i hilafet devletini kurmak istediklerini ifade ettikleri, ılımlı demokratik bir hakkı kullandıklarını ifade etmekten ziyade yıkıcı ve hırçın şekilde devirip yerine yenisini kurmak şeklindeki tarz ve tutumları ile savunma içerikleri, ele geçen bildiriler bütünlüğü değerlendirildiğinde sanıkların 3713 sayılı Yasa kapsamında kaldığı anlaşılan örgütsel faaliyetin kapsamında suç tarihinde de etkinliğe katılarak faaliyet gösterdikleri ve bu şekilde bir örgüte üye oldukları sonuç ve kanaatine varılmıştır."*

28. Yargıtay 9. Ceza Dairesi 13/11/2007 tarihli ve E.2007/324, K.2007/8187 sayılı, 10/12/2007 tarihli ve E.2007/5166, K.2007/9121 sayılı iki kararında aynı içtihadını devam ettirmiştir. Yargıtay Hizb-ut Tahrir'in neden bir terör örgütü olarak kabul edildiğine ilişkin daha detaylı bir değerlendirme yapmamıştır.

29. Yargıtay 16. Ceza Dairesi 4/10/2017 tarihli ve E.2015/2605, K.2017/5049 sayılı yeni kararında daha ileri bir değerlendirmeye yer vermeksizin Yargıtayın önceki içtihadını devam ettirmiş ve Hizb-ut Tahrir'in bir terör örgütü olduğuna karar vermiştir. Oyçokluğu ile alınan yakın tarihli bu kararda bir üye sonuç olarak "*Hizb-ut tahrir örgütü, Anayasal düzeni değiştirme veya ortadan kaldırmayı hedeflemesi nedeniyle yasalarımız tarafından himaye görmesi mümkün olmayan bir örgüt olmakla birlikte, cebir ve şiddeti öngörüp başvurmadığı için de terör örgütü sayılması Anayasa ve ceza kanunumuza uygun düşmemektedir.*" biçiminde özetlenebilecek bir gerekçeyle karara muhalif kalmıştır. Söz konusu muhalefet şerhinde diğer pek çok argümanın yanında Hizb-ut Tahrir yargılamalarında Türk ceza mevzuatında yapılan değişikliklerin anlamına değinildiği görülmüştür.

IV. İLGİLİ HUKUK

30. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör örgütleri"* kenar başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır. "

31. 5237 sayılı Kanun'un *"Silahlı örgüt"* kenar başlıklı 314. maddesi 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.

(3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır. "

V. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Mahkemenin 19/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

33. Başvurucu; Hizb-ut Tahrir'e üye olduğu gerekçesiyle cezalandırıldığını, anılan oluşumun şiddet yanlısı bir örgüt olmadığı için terör örgütü sayılamayacağını ileri sürmüştür. Başvurucunun iddiaları şu şekilde özetlenebilir:

i. Başvurucu; Hizb-ut Tahrir hakkında pek çok bilimsel çalışma yapıldığını, örgütün hiçbir şiddet ve terör eyleminde bulunmadığını ve cihat kavramını silahlı mücadele olarak değerlendirmediğini belirtmiştir. Başvurucuya göre açılan kamu davalarında örgütün zor ve şiddet kullandığına ilişkin herhangi bir somut kanıt elde edilememiştir. Hizb-ut Tahrir hakkındaki ilk karar olan Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 19/4/2004 tarihli kararı daha sonraki kararlara emsal oluşturmuş ise de bu kararda Yargıtay, somut eylemi değil örgütün amacını gözeterek sonuca ulaşmıştır.

ii. Başvurucuya göre terör suçunun davranış ögesi maddi veya manevi şiddet, kaba güç ya da bunları kullanma tehdididir. Şiddetin biçimi değişebilir ancak şiddetsiz terör suçu düşünülemez. Başvurucu; 3713 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, terör suçlarının *cebir ve şiddet kullanarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle* işlenmesi hâlinde *terör*den bahsedileceğinin açıkça belirtildiğini ancak yapılan yargılamalarda bu tanımın gözönüne alınmadığını, Hizb-ut Tahrir örgütünün hangi surette bir terör örgütü olduğunun açıklanmadığını ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca Yargıtayın terör örgütünün tanımına ilişkin olarak öteden beri tatbik edilen içtihadının Hizb-ut Tahrir davalarında uygulanmadığını belirtmektedir.

iii. Başvurucu 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesinin kaldırılmasının anlamı üzerinde durulması gerektiğini savunmuştur. Başvurucuya göre bahsi geçen kurala göre laikliğe aykırı örgütlenmeleri kuranlar, bunlara üye olanlar, propaganda yapanlar, telkinde bulunanlar cezalandırılmıştır. Kuralda cebir ve/veya şiddet ögesi bulunmamaktadır ve salt düşünceyi cezalandırdığından kural, çağdaş demokrasinin temeli olan düşünce özgürlüğüne aykırıdır. Nitekim bu sebeple 1991 yılında hüküm kaldırılmıştır. Ancak mahkemeler, kural yürürlükteymiş gibi cebir ve/veya şiddet ögesini aramadan bu tür eylemlere başvuranları mahkûm etmeyi sürdürmüştür.

B. Değerlendirme

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). Başvurucu; üyesi olduğunu kabul ettiği Hizb-ut Tahrir örgütünün şiddeti reddettiğini, herhangi bir şiddet eylemi gerçekleştirmediğini, bu nedenle de terör örgütü olarak kabul edilmesinin hukuken mümkün olmadığını, kendisinin cezalandırılması hâlinde eylemlerinden dolayı değil düşüncelerinden dolayı cezalandırılmış olacağını ileri sürmekte ve bu yöndeki savunmaları dikkate alınmaksızın mahkûm edilmesinedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmektedir.

35. Terör örgütlerinin ideolojilerinin, ulaşmayı hedefledikleri nihai amaçlarının, toplum ve devlet hayatına yönelik eleştirilerinin başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerle ilişkili yönlerinin

bulunması mümkündür. Ancak terör örgütlerinin söz konusu olduğu durumlarda ilk olarak değerlendirilmesi gereken, örgütün temel haklar kapsamında kaldığı iddia edilen fikirleri değil amaçlarına ulaşmak için anayasal bakımdan korunması mümkün olmayan şiddet yöntemlerine başvurup başvurmadığıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinden terör örgütünün varlığını veya sanıkların örgütle olan ilişkilerini ikna edici biçimde değerlendirmelerini beklemektedir. Bu değerlendirmelerin ise öncelikle adil yargılanma hakkı kapsamında kaldığı açıktır.

36. Öte yandan derece mahkemelerinde yürütülen yargılama süreci, tarafların iddia ve savunmaları ile mahkemelerin kararları ve başvuru formu dikkate alındığında asıl vurgunun terör örgütüne üye olma suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığı üzerine yapıldığı anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle başvurucu hakkındaki soruşturma ve yargılama süreçlerinde bahse konu örgütün ideolojisi, savunduğu fikirler ve eylem tipi değerlendirmeye tabi tutulmamış; önceki mahkeme kararlarında Hizb-ut Tahrir'in bir terör örgütü olarak kabul edildiği olgusundan hareket edilerek başvurucunun söz konusu örgütün üyesi olup olmadığı üzerine yoğunlaşılmıştır. Bu sebeple derece mahkemelerinde yapılan yargılamalarda mesele Anayasa Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğü yönünden bir değerlendirme yapmayı mümkün kılacak şekilde ele alınmamıştır. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri önünde usulen tartışılmamış meseleleri ilk elden ele almayı kabul etmemektedir. Dolayısıyla başvurucunun şikâyetinin adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

37. 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."*

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

38. 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.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Recep KÖMÜRCÜ bu görüşe katılmamışlardır.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

39. 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. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkı güvencesini de kapsadığı kabul edilmiştir (*Abdullah Topçu*, B. No: 2014/8868, 19/4/2017, § 75;*Gülşen Tüzün*, B. No: 2016/5147, 27/6/2018, § 18).

40. Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında da "*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*" denilerek mahkemelere kararlarını gerekçeli yazma yükümlülüğü verilmiştir. Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği anılan Anayasa kuralı da gerekçeli karar hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulmalıdır (*Abdullah Topçu*, § 76).

41. Gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Bu hak, tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve demokratik bir toplumda kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini toplumun öğrenmesinin sağlanması için de gereklidir (*Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §§ 31 , 34).

42. Gerekçeli karar hakkının amacı, kurulan hükmün dayanaklarını tatminkâr bir şekilde açıklamaktır. Bu hak, tarafların hükmün sonucunu değiştirebilecek iddialarının ayrı ve açık bir biçimde karşılanmasını gerektirmektedir. Mesele ceza davası olduğunda sanığın beraat etmesi veya daha az ceza alması sonucunu ortaya çıkarabilecek iddiaların cevaplanması zaruri hâle gelmektedir. Bu bağlamda suçun hukuka aykırılık unsuru ile maddi ve manevi unsurlarına, suça etki eden nedenler ile özel görünüş biçimlerine ilişkin iddiaların mahkemece dikkate alınması ve uygun bir şekilde değerlendirilmesi gerekebilir. Sanıklar tarafından ileri sürülen ve yargılamanın sonucunu etkileme ihtimali bulunan bu tür iddiaların dikkate alınmaması veya gereği gibi değerlendirilmemesi gerekçeli karar hakkını

zedeleyebilir. Mahkemenin sanığın hükmün sonucunu değiştirebilecek iddialarını dikkate aldığından söz edilebilmesi, önemli ölçüde gerekçenin bu iddialara cevap verebilecek nitelikte hazırlanması ile mümkündür.

43. Bununla birlikte 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 değilse de davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğu gerekçeli karardan anlaşılmalıdır (*Yasemin Ekşi*, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 56).

44. 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. Aksi bir tutumla mahkemenin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında *ilgili ve yeterli bir yanıt* vermemesi hak ihlaline neden olabilecektir (*Sencer Başat ve diğerleri,* §§ 35, 39; *Mehmet Yavuz*, B. No: 2013/2995, 20/2/2014, § 51).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

45. Bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Dolayısıyla somut başvuruyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin rolü, derece mahkemelerince yapılan değerlendirmelerin, varılan sonuçların hukuka ve yüksek mahkemeler ile diğer mahkemelerce ortaya konulan içtihatlara uygunluğunu denetlemek değildir.

46. Hizb-ut Tahrir örgütünün İslam'ın bütün kurum ve kurallarıyla yeryüzünde egemen olması için hilafet devletini kurma amacını taşıyan, kökten değişimci (radikal) bir örgüt olduğu konusunda başvurucunun bir itirazı bulunmamaktadır. Başvurucunun bazı eylemlerinin hukuk sistemimizce suç olarak tanımlanmış olması da mümkündür. Buna karşın önemle belirtilmelidir ki başvurucunun eylemlerinin suç oluşturup oluşturmadığını belirlemek de Anayasa Mahkemesinin görevi değildir.

47. Anayasa Mahkemesinin görevi, başvurucunun derece mahkemeleri nezdinde ileri sürdüğü ve davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki iddialarının mahkemelerce makul bir ölçüde değerlendirilip değerlendirilmediğini denetlemektir. Anayasa Mahkemesinin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir iddianın derece mahkemelerince *ilgili ve yeterli* bir şekilde karşılanmaması veya cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olabilecektir.

48. Başvurucu; Hizb-ut Tahrir'in bir örgüt olduğunu ancak bu örgütün bir suçu ya da belli suçları elverişli araçlarla işlemek amacıyla kurulmadığını, silahlı olmadığını, cebir ve şiddet kullanmadığını ileri sürmektedir. Başvurucu, Hizb-ut Tahrir'in *silahlı bir örgüt* veya *bir terör örgütü* olup olmadığına ilişkin temel sorunun önceki mahkemelerce ve başvuruya konu derece mahkemelerince tartışılmaması olduğundan şikâyet etmektedir. Başvurucunun şikâyeti; meramını anlatmasına rağmen muhakemenin gidişine etki edememesine, başka bir deyişle dava dosyasında sunulan görüşlerinin derece mahkemelerince dikkate alınarak bir sonuca ulaştırılmamasına yöneliktir. Başvurucuya göre mahkemeler gerekçelerini kendisinin temel iddialarına cevap verebilecek nitelikte hazırlamamışlardır.

49. Derece mahkemelerine ve Anayasa Mahkemesine sunduğu savunma, mütalaa ve dilekçelerde başvurucu; Hizb-ut Tahrir'in *silahlı bir örgüt* veya *bir terör örgütü* olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerinde terör ve terörizm kavramlarının anlamlarına, ulusal hukukta ve mukayeseli hukuktaki kullanımlarına odaklanmıştır. Bu kapsamda başvurucu, Türk ceza mevzuatında, doktrinde, uluslararası belgelerde ve mukayeseli hukukta terör suçlarını ve örgütlü suçları ele alarak 5237 sayılı Kanun'un 220., 309., 314., 315., 316. maddelerinde ve 3713 sayılı Kanun'da yer alan suçları tek tek değerlendirmiş; herhangi bir şiddet eylemine katılmayan Hizb-ut Tahrir'in -radikal görüşleri savunmakla birlikte kullandığı araçlar nedeniyle- bir suç ya da terör örgütü olmadığını ileri sürmüştür.

50. Buna karşın gerek önceki mahkeme kararlarında gerekse eldeki başvuruya ilişkin ilk derece mahkemesi ve Yargıtay kararlarında Hizb-ut Tahrir'in bir terör örgütü olduğu kabul edilmekle yetinilmiş, başvurucunun savunmaları hakkında bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

51. Bu kapsamda emniyet raporlarına göre örgüte yönelik ilk operasyonun yapıldığı 1967 yılından Anayasa Mahkemesine sunulan son

raporun hazırlandığı 2016 yılına kadar geçen süre içinde anılan örgütün silahlı eyleme karışmadığı anlaşılmaktadır. Örgüte yönelik soruşturma ve kovuşturmaların tamamında yöneltilen isnat; örgüt propagandası yapmak, örgüte eleman kazandırmak için çalışmak, örgütsel dokümanları basmak ve dağıtmak, örgüt adına internet üzerinden yayın yapmak, örgütsel toplantılar yapmaktır.

52. Derece mahkemelerinin kararlarında ise terör ve terörizm kavramlarının uluslararası belgelerde, mukayeseli hukukta, doktrinde ve Yargıtay kararlarında ortaya konulan -cebir ve/veya şiddet içeren bir politika- anlamları dikkate alındığında Hizb-ut Tahrir örgütünün hangi nedenlerle bir terör örgütü olarak kabul edildiği açıklanmamıştır.

53. Öte yandan Hizb-ut Tahrir örgütünün kuruluşu, yapısı, dünyadaki faaliyetleri, kullandığı araç ve gereçler, gelirleri, yakın ve uzak amaçları, söz konusu amaçlara ulaşmak için benimsedikleri yöntemler konusunda önemli bir literatürün bulunduğu, bunların mahkemelere sunulduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca Emniyet Genel Müdürlüğünün her dava dosyasında bulunan ve bakılan dosya içine de alınan en son güncellenmiş hâli ile Hizb-ut Tahrirbilgi notlarında, örgüte ait yayınların hiçbirinde zor ve şiddet kullanmaya yönelik kışkırtıcı düşüncelere ve yasalara aykırı, dış dünyaya yansıtılan suç oluşturucu bir davranışa rastlanmadığı ifade edilmektedir. Üstelik başvurucunun iddiasına göre örgüt; Türkiye'de ve diğer ülkelerde kendilerine karşı silahlı bir baskı olması durumunda bile silaha başvurmayacaklarını, şiddeti bir yöntem olarak benimsemediklerini açıklamıştır. Buna rağmen önceki kararları verenmahkemeler de eldeki başvuruya ilişkin kararları veren mahkemeler de bu hususları gözeterek bu örgütün 5237 sayılı Kanun anlamında bir örgüt olup olmadığını ve eylemlerinin başka bir suçu oluşturup oluşturmadığını değerlendirmemişlerdir.

54. Başvuru konusuyargı kararlarında 3713 sayılı Kanun'da 2006 yılında yapılan değişikliklerin anlamları üzerinde de durulmamıştır. Bu kapsamda;

i. 3713 sayılı Kanun'un 1. maddesinin örgüt kavramını düzenleyen ikinci ve üçüncü fıkralarının ilga edilmesi ve maddenin başlığının *"Terör ve örgüt tanımı"* iken *"Terör tanımı"* olarak değiştirilmesiyle *örgüt tanımı*nın 3713 sayılı Kanun'dan çıkarılmasının anlamı üzerinde hiç durulmamıştır.

ii. 2006 yılında 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 5237 sayılı Kanun'un 314. maddesindeki *silahlı örgüt* suçuna atıfta bulunacak şekilde değiştirilmiş olduğu olgusu da kararlarda tartışılmamıştır. Yapılan bu atfın sadece cezaya değil unsurlara da yapıldığı hususu değişiklik gerekçesinde belirtilmiştir. 3713sayılı Kanun'un 7. maddesindeki değişiklikten sonra *silahsız terör örgütü* diye bir düzenlemenin mevzuatımızda kalıp kalmadığını mahkemelerin açıklığa kavuşturmaları gerekmektedir.

iii. 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinde hem 1. maddeye hem de 5237 sayılı Kanun'un 314. maddesine atıfta bulunulduğu ve bu değişiklikten önce 765 sayılı mülga Kanun'un 141., 142. ve 163. maddelerinde düzenlenen suçların ayrı tutulması gibi istisnaların da olmadığı dikkate alındığında 5237 sayılı Kanun'un 314. maddesine yapılan atfın suçun unsurlarına ve cezaya ilişkin olduğu iddiaları da karşılanmamıştır.

55. Derece mahkemelerinin *silahsız terör örgütü* olgusunu kabul edip etmediği, böyle bir suç tipi kabul ediliyorsa bunun hukuki dayanaklarının neler olduğu da belirsizliğini korumaktadır. Ne önceki Yargıtay ilamlarında ne de eldeki başvuruya konu Yargıtay ilamında bu husus tartışılmıştır. Buna karşılık eldeki başvuruya konu ilk derece mahkemesi kararının onuncu sayfasında şu cümlelerle Hizb-ut Tahrir örgütünün silahlı bir terör örgütü olduğu açıkça ifade edilmiştir:

"Örgüte yapılan operasyonlar sonucunda, örgüte ait hücre evlerde birden fazla silah ve ağır silah ele geçmiş olup örgüt mensuplarının her ne kadar vahamet arzedici silahlı bir eyleme katılmadıkları görülmüşse de ele geçen silahların niteliği ve adedi, örgütün amaç ve faaliyetleri göz önüne alındığında, Yargıtay (9.) Ceza Dairesinin müstekar kararları doğrultusunda Hizb-ut Tahrir örgütü, 5237 Sayılı TCK.nun 314/2. maddesinde yer bulan silahlı terör örgütü olarak kabul edilmiştir."

56. Bununla birlikte yukarıda alıntılanan kararda *"müstakar içtihatların"* hangileri olduğu açıklanmadığı gibi örgüte yapılan operasyonda silah ele geçirildiği şeklindeki gerekçe de somutlaştırılabilmiş ve mevcut yargılamayla ilgisi kurulabilmiş değildir. Emniyet raporlarında 2009 yılında yapılan bir operasyonda bazı silahların ele geçirildiği bildirilmiş ise de söz konusu silahlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın akıbeti, silahların Hizb-ut Tahrir yargılamalarıyla bir ilgisinin olup olmadığı, ilgisi varsa söz konusu

silahların örgütü bir terör örgütü olarak nitelendirmeye ve başvurucuyu terör örgütü üyesi olarak kabul etmeye elverişli olup olmadığı yönünden tartışılmamış; başka bir mahkeme kararında tartışılmış ise o karar da gösterilmemiştir.

57. Çağımızda terör eylemlerinin toplumları tehdit eden en önemli tehlikelerden biri olduğu kuşkusuzdur. Terör, bir azınlığın iradesini şiddet yolu ile halkın iradesine kabul ettirmek için başvurduğu bir yöntemdir. Elbette kurulu düzeni değiştirmek için terör denen her türden zor ve şiddet eylemlerinin, silahlı ayaklanma ve hükûmet darbesi gibi girişimlerin olağan ve meşru kabul edilmesi asla düşünülemez. Her konunun tartışılabildiği ve iktidarın meşru yollarla değiştirilebildiği bir demokratik düzende zora ve şiddete başvurmak gayrimeşrudur. Ancak terör örgütü olmaya bağlanan ağır hukuksal sonuçlar gözetildiğinde kamu makamlarının bu konudaki değerlendirmelerini daha özenli yapmaları beklenir.

58. Bir kez daha hatırlatmak gerekirse hiç kuşkusuz başvurucuya atfedilen söz ve eylemlerin hukuk sistemimizde bir suça tekabül edip etmediğinin takdir yetkisi derece mahkemelerine aittir. Ancak derece mahkemeleri bu konuda gerekçelerini ilgili ve yeterli şekilde ortaya koymalıdır (bkz. §§ 44, 47). Bu bağlamda ilk derece mahkemelerinin ve Yargıtayın Hizb-ut Tahrir örgütünün bir terör örgütü olup olmadığına yönelik hiç değilse bir kere değerlendirmede bulunması, gerekçelerini başvurucunun temel iddiaları ile mahkemelerin resen tespit edecekleri ve yargılamanın doğasının gerektirdiği sorulara cevap verebilecek nitelikte hazırlaması gerekirken bunu yapmadıkları anlaşılmıştır.

59. Gerekçeli karar hakkının bir gereği olarak başvurucunun derece mahkemelerinde ileri sürdüğü hukuksal değerlendirmelerin dikkate alınmasını istemesi adil yargılanma hakkının bir yönüdür. Buna rağmen eldeki başvuruya ilişkin mahkeme kararlarında da önceki mahkeme kararlarında da Hizb-ut Tahrir'in bir terör örgütü olarak kabul edilmesine ilişkin olarak ilgili ve yeterli bir değerlendirme yapılmamıştır.

60. Başvurucu tarafından derece mahkemeleri önünde savunulan argümanların davanın sonucuna etkili olmadığı da söylenemez. Söz konusu argümanlar derece mahkemelerince ya cevapsız bırakılmış ya da bunlara *ilgili ve yeterli bir yanıt* verilmemiştir. Özünde bazı şablon cümlelerin tekrarı görünümünde olan kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık

olarak belirtmeyen derece mahkemelerinin başvurucunun ileri sürdüğü ve tartışılması için mahkemelerin önüne getirdiği hukuki görüşleri makul bir ölçüde değerlendirmediği anlaşılmaktadır.

61. Eldeki başvuruda olduğu gibi ceza davasında ulaşılması amaçlanan temel hedefin maddi gerçeğin adil yargılanma hakkına uygun olarak ortaya çıkarılması olduğu tartışmasızdır. Fakat adil bir muhakeme bakımından asıl önemli hususlardan biri tarafların adaletin işleyişine olan güvenidir ki gerekçeli karar hakkı bu amacın gerçekleştirilmesinin en önemli unsurlarındandır.

62. Sonuç olarak somut olayda başvurucu tarafından ileri sürülen ve yargılamanın sonucunu değiştirme ihtimali bulunan iddiaların dikkate alınmaması ve gereği gibi değerlendirilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Recep KÖMÜRCÜ bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

63. 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."

64. Başvurucu, yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

65. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

66. *Mehmet Doğan* kararında özetle uygun giderim yolunun tespit edilebilmesi için öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan,* §§ 57, 58).

67. Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususlarında derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan,* § 59).

68. Başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında *gerekçeli karar hakkı*nın ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

69. Bu durumda gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılmasından ve ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2010/100, K.2011/74) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

70. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Recep KÖMÜRCÜ'nün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Recep KÖMÜRCÜ'nün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin gerekçeli karar hakkı ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2010/100, K.2011/74) GÖNDERİLMESİNE,

D. 206,10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve 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 19/7//2018 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvurucunun mensubu olduğu oluşum ilk derece mahkemesince "silahlı terör örgütü" olarak kabul edilmiş ve bu kabul temyiz mercii olan Yargıtay 9. Ceza Dairesince de benimsenerek, başvurucunun silahlı örgüt üyeliği suçunun sabit bulduğu gerekçesiyle tesis edilen mahkûmiyet hükmü onanmıştır. Terör suçlarına bakan Yargıtay 9 uncu ve 16 ncı Ceza Dairelerinin müstakar içtihatlarında da aynı örgütle ilgili hukuki değerlendirme istikrarlı biçimde dile getirilmiş ve aksi yönde bir karar verilmemiştir. Türk Ceza

Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu çerçevesinde terör örgütüyle ilgili nitelendirme ve değerlendirme yapma yetkisi, içtihat makamı olan Yargıtay'ın Özel Ceza Dairelerine aittir. Öte yandan, bir ceza davasında delillerin değerlendirilmesi derece mahkemelerinin görevinde olup, başvurunun somutunda da gerekçeli karar hakkı ya da çelişmeli yargılama haklarının ihlâli yönünden bir hukuka aykırılık bulunmadığından, esasa ilişkin iddiaların kanun yolu denetimi mahiyetini taşıdığı görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 36. maddesinin ihlâli iddiaları bakımından bir hukuka aykırılık bulunmadığından; açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun ihlâl yönündeki kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Recep KÖMÜRCÜ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Anayasanın 148. maddesine ve Anayasa Mahkemesinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de kararlarına dayanan yerleşik içtihatlarına göre bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

2. Bu kapsamda ilke olarak mahkemeler önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun adil olup olmaması bireysel başvuru konusu olamaz. Ancak bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren yorum, uygulama ve sonuçlar Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi kapsamındadır *(Ahmet Sağlam, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 42).*

3. Başvuru konusu dosyada, derece mahkemeleri tarafından, başvurucunun üyesi ve sözcüsü olduğu örgütün "dar-ül küfür" olarak gördükleri Türkiye Cumhuriyetini yıkarak hilafet devleti kurma amacını

güttüğü, bu amacın cebir ve şiddet kullanmaksızın gerçekleşmesi mümkün olmadığından örgüt faaliyetlerinin terör mevzuatı kapsamında değerlendirildiği, eldeki delillerin bu tespiti çürütmeye yeterli olmadığı; başvurucunun şiddete karşı oldukları yönündeki beyanlarının ise inandırıcı bulunmadığı anlaşılmakta; sonuç itibariyle bu kanaatin gerekçeli kararlara yansıtıldığı görülmektedir.

4. Derece mahkemelerinin kararlarında açık bir keyfilik veya bariz bir takdir hatası da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kanun yolu şikayeti niteliğindeki başvurunun açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle KABUL EDİLEMEZLİĞİNE karar verilmesi gerekir.

Bu nedenle çoğunluk kararına katılmak mümkün görülmemiştir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

YILDIZ EKER BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/18872)

Karar Tarihi: 22/11/2018

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	**:** Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	**:** Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	**:** Engin YILDIRIM
Üyeler	**:** Serdar ÖZGÜLDÜR
	Serruh KALELİ
	Recep KÖMÜRCÜ
	Hicabi DURSUN
	Celal Mümtaz AKINCI
	Muammer TOPAL
	M. Emin KUZ
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Kadir ÖZKAYA
	Rıdvan GÜLEÇ
	Recai AKYEL
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	**:** Heysem KOCAÇİNAR
Başvurucu	**:**Yıldız EKER
Vekili	**:** Av. Celal AKMAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, aile konutu niteliğindeki taşınmazın icra vasıtasıyla satışı nedeniyle aile hayatına saygı hakkının; açılan ihalenin feshi davasının

reddedilmesi ve ihale bedelinin %10'u oranında para cezasının Hazineye irat kaydına karar verilmesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/12/2015 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 bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

8. İkinci Bölüm tarafından 15/11/2018 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 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:

10. Başvurucu, nüfus kaydına göre 7/11/2017 tarihinde vefat eden A.E.E.nin eşidir. A.E.E. 13/12/2009 tarihinde S.M. lehine 1/4/2011 vadeli, 200.000 TL bedelli bono düzenlemiştir. Senet alacaklısı S.M. 21/11/2013 tarihinde başvurucunun eşi hakkında toplam 277.908,33 TL'lik alacak için kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip başlatmıştır. Takibin kesinleşmesi üzerine alacaklı, başvurucunun eşi adına kayıtlı mesken nitelikli 9 No.lu bağımsız bölümü 25/12/2013 tarihinde haczetmiştir. Taşınmaz üzerinde ayrıca Ş.S.D. San. ve Tic. A.Ş. lehine 21/6/2013 tarihli ipotek bulunmaktadır.

11. Başvurucu 6/3/2014 tarihinde taşınmazın eşi ve çocukları ile birlikte yaşadıkları hâline münasip ev niteliğinde olup haczedilemeyeceğini ileri sürmüş, İstanbul 19. İcra Hukuk Mahkemesi 26/3/2014 tarihli karar ile başvurucunun taraf sıfatı bulunmadığından şikâyetin reddine karar vermiştir.

12. Alacaklı, hacizli taşınmazın satışını talep etmiştir. İstanbul 10. İcra Müdürlüğü bilirkişi vasıtası ile taşınmazın kıymetini 3.500.000 TL olarak belirlemiştir. Kıymet takdirinden sonra satışın açık artırma ile yapılmasına karar verilmiş ve 26/4/2014 tarihinde yapılan ihale ile taşınmaz 1.758.000 TL bedelle üçüncü şahsa satılmıştır.

13. Başvurucu; ihalenin açık artırma ilanında belirtilen saatte yapılmadığını, ihaleye katılan bir kısım ihale katılımcısından teminat alınmadığını, eşi ile arasındaki boşanma davasının henüz derdest olup taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğunu, taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhi düşülmesine ilişkin davanın derdest olduğuna dair şerh bulunduğunu, kıymet takdir raporunun kendisine tebliğ edilmediğini ve bir bütün olarak taşınmazın satışının hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek ihalenin feshi talebinde bulunmuştur.

14. İstanbul 19. İcra Hukuk Mahkemesi 6/11/2014 tarihli karar ile yapılan ihalede bir usulsüzlük bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme, aynı kararla ihale bedeli olan 1.758.000 TL'nin %10'u oranında para cezasının başvurucudan alınarak Hazineye irat olarak kaydına karar vermiştir.

15. Hüküm başvurucu tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 2/6/2015 tarihli kararıyla ilk derece mahkemesi kararı onanmış, aynı Dairenin 12/10/2015 tarihli karar düzeltme isteğinin reddi kararıyla hüküm kesinleşmiştir.

16. Nihai karar 6/11/2015 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiş, başvurucu 4/12/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kanun Hükümleri

17. 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun *''İhalenin neticesi ve feshi''* kenar başlıklı 134. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"İcra dairesi tarafından taşınmaz kendisine ihale edilen alıcı o taşınmazın mülkiyetini iktisap etmiş olur. (Ek cümle: 17/7/2003-4949/38 md.) İhale kesinleşinceye kadar taşınmazın ne şekilde muhafaza ve idare edileceği icra dairesi tarafından kararlaştırılır.

İhalenin feshini, Borçlar Kanununun 226 ncı maddesinde yazılı sebepler de dahil olmak üzere yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler yurt içinde bir adres göstermek koşuluyla icra mahkemesinden şikayet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde isteyebilirler. İlgililerin ihale yapıldığı ana kadar cereyan eden muamelelerdeki yolsuzluklara en geç ihale günü ıttıla peyda ettiği kabul edilir. İhalenin feshi talebi üzerine icra mahkemesi talep tarihinden itibaren yirmi gün içinde duruşma yapar ve taraflar gelmeseler bile icap eden kararı verir. Talebin reddine karar verilmesi halinde icra mahkemesi davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder. Ancak işin esasına girilmemesi nedeniyle talebin reddi hâlinde para cezasına hükmolunamaz."

2. Yargıtay Kararları

18. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 4/12/2017 tarihli ve E.2017/7730, K.2017/15053 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"2-İİK'nun 134/2. maddesi uyarınca ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi halinde mahkeme davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder. Yasanın bu hükmü emredici nitelikte olup kamu düzenine ilişkin bulunduğundan mahkemece re'sen uygulanmalıdır. Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.2004 tarih ve 2004/1-433 esas sayılı kararında da benimsendiği üzere kamu düzenine aykırılıkta aleyhe bozma ilkesi nazara alınamayacağından, mahkemece işin esası incelenerek, istemi esastan reddedilen davacının para cezasına mahkum edilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile para cezasına hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmesi yasaya aykırı bulunmuştur.''

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

19. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ... konusunda karar verecek olan,... bir mahkeme tarafından davasının ... görülmesini istemek hakkına sahiptir..."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

20. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (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 ve zayıflatmaması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM'e göre meşru bir amaç taşımayan ya da uygulanan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurmayan sınırlamalar Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı 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).

21. AİHM, yerel mahkemeler önünde davaların yığılmasını önlemek ve adalet yönetimini sağlamak amacıyla para cezası uygulamasının mahkemeye erişim hakkına doğrudan aykırı bir husus olmadığını (*Toyaksi ve diğerleri/Türkiye* (k.k.), B. No: 43569/08..., 20/10/2010; *Karakaşoğlu/Türkiye* (k.k.), B. No: 39105/09, 10/4/2012) ancak verilen para cezasının miktarının davanın koşullarında bir kişinin mahkemeye erişim hakkından yararlanıp yararlanmadığını belirlemede kullanılan önemli bir faktör olduğunu kabul etmektedir (*Stankov/Bulgaristan*,B. No: 68490/01, 12/7/2007, § 52).

22. AİHM benzer bir başvuruyu *Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.Ş./Türkiye* (B. No: 20577/05, 22/10/2013) kararında irdelemiştir. Başvuruya konu uyuşmazlıkta, kullanmış olduğu krediyi ödeyemeyen şirket aleyhine başlatılan icra takibi kapsamında şirkete ait bir taşınmaz icra vasıtasıyla satılmıştır. Şirket, açık artırma usulüyle yapılan satışa karşı ihalenin feshi talebinde bulunmuş; ne var ki mahkeme ileri sürülen hususları yeterli görmediğinden talebi reddetmiş ve ayrıca kanunun öngörmüş olduğu bir zorunluluk olarak ihale bedelinin %10'u oranında bir para cezasının Hazineye ödenmesine karar vermiştir. AİHM, söz konusu kararda yargılamanın sonuçlanmasının ardından dikkate değer miktarda maddi külfet getirecek

bir yükümlülük uygulanmasının mahkemeye erişim hakkını kısıtlayabilecek nitelikte olduğunu belirtmektedir. AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkını etkileyen kısıtlama meşru bir amaca yönelik olmalı ve uygulanan yöntemler ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmalıdır (*Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.Ş./Türkiye,* §§ 29, 30).

23. AİHM, bir borcun ödenmesinde yaşanabilecek gereksiz gecikmelerin önlenmesi için öngörülen para cezalarının meşru bir amacının bulunduğunu değerlendirmektedir. Bununla birlikte AİHM; uygulanması zorunlu olan, uygulanıp uygulanmaması veya miktarı konusunda mahkemelerin takdir yetkisine sahip olmadığı ve kanunda üst sınırı belirlenmeyen para cezasının kayda değer bir miktarda bulunması hâlinde meşru amaca yönelik olduğunun kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir (*Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.Ş./Türkiye,* §§ 32, 33).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 22/11/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

25. Başvurucu, icra vasıtasıyla satılan ve eşi adına kayıtlı taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğunun gerek İcra Müdürlüğü gerekse de derece mahkemeleri tarafından dikkate alınmamasının aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

26. Bakanlık görüşünde; derece mahkemelerinin aile hayatı kapsamındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi gerektiği, mahkemelerin takdir ve yetkilerini makul ve sağduyulu bir biçimde kullanıp kullanmadığı hususunun değerlendirmesinin Anayasa Mahkemesine ait olduğu, somut olayda meskeniyet şikâyetininyalnızca takip borçlusuna tanınan bir hak olup bu sıfatı taşımayan başvurucunun bu yönde bir iddiasının da bulunmadığı belirtilmiştir.

27. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında; birlikte oturdukları evi eşinin kötü niyetli olarak satmaya çalıştığını ve icra dosyasında taraf sıfatı bulunmadığından haczedilemezlik şikâyetinde bulunamadığını bildirmiştir.

2. Değerlendirme

28. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

29. Anayasa'nın 41. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."

30. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Anayasa Mahkemesince kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda başvurucunun ihlal iddialarını kanıtlayamadığı, temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu açık olan başvurular ile karmaşık ya da zorlama şikâyetlerden ibaret başvurular açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilir (*Hikmet Balabanoğlu*, B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 24).

31. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 26).

32. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde yer verilen hükümlerle ailenin yaşam merkezi hâline getirdiği ve kaybı hâlinde aile bireylerinin barınma hakları ile aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin tehlikeye gireceği konut bağlamında birtakım koruyucu düzenlemeler getirilerek bu düzenlemeler vasıtasıyla aile yaşamının korunmasının amaçlandığı görülmektedir. Aile hayatına saygı hakkının etkin şekilde kullanımı ve korunması hususundaki pozitif yükümlülükler çerçevesinde getirilen söz konusu düzenleme ile aile hayatına saygı hakkının etkin şekilde korunması ve bu kapsamda aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin

sağlanması hususunda gerekli yasal altyapının oluşturulduğu görülmektedir (*Melahat Karkin* [GK]*,* B. No: 2014/17751, 13/10/2016, § 59).

33. Bununla birlikte söz konusu yükümlülükler belirtilen düzenlemelerin hayata geçirilmesi ile tamamlanacağından özellikle özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklar açısından temel hakların söz konusu ilişkilerin yorumlanmasında da gözönünde bulundurulması, gerekli usule ilişkin güvenceleri de haiz olan bir yargılama yapılması, ayrıca yargı makamları tarafından Anayasa hükümlerinde ifade edilen değerlerin özel hukukun hüküm ve kavramlarının yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir (*Melahat Karkin,* § 60).

34. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu da tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun temel hak ve özgürlüklere etkilerini değerlendirmekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin ilgili mevzuat hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin görevi, aile konutu ile onun korunmasına ilişkin hükümlerin yorumlanması ve uygulanması hususunda derece mahkemelerinin yerini almak olmayıp kamusal makamların takdir yetkileri kapsamında aldıkları kararları aile hayatına saygı hakkı bağlamında söz konusu olan güvenceler açısından değerlendirmektir (*Melahat Karkin*, § 61).

35. Derece mahkemelerinin aile hayatı kapsamındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi zaruridir. Derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu özellikle değerlendirmek durumunda olan Anayasa Mahkemesi, takdiri haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemektedir (*Murat Atılgan*, § 44; *N.Ö.*, B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 55).

36. Somut olayda başvurucunun eşine ait olan ve aile konutu güvencesinden yararlanan taşınmaz, başvurucunun eşi hakkında kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla başlatılan takip sonucunda ihale ile üçüncü kişiye satılmış; başvurucu bu satış işlemine ilişkin olarak ihalenin feshi davası

açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde; ihaleye hazırlık ve satış aşamasındaki işlemlerin 2004 sayılı Kanun'a aykırı olduğu yönündeki itirazlarının yanı sıra *taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğu* iddiasını da öne sürmüştür. Yapılan yargılama sonucunda ihaleye hazırlık ve satış işlemlerinin hukuka uygun olduğu belirtilerek dava reddedilmiştir. Mahkeme başvurucunun aile konutu güvencesinden kaynaklanan iddialarına yönelik herhangi bir inceleme yapmamıştır.

37. Devletin ailenin yaşamını sürdürdüğü konutu eşlerin ve üçüncü kişilerin tasarruflarına karşı koruma pozitif yükümlülüğü bulunsa da (bu konuda detaylı değerlendirme için bkz. *Melahat Karkin*, §§ 48-57) bu durum aile konutuna ilişkin haklara mutlak üstünlük tanınması gerektiği anlamına gelmemektedir. Devletin ayrıca farklı menfaatler arasında adil bir denge kurma sorumluluğu da bulunmaktadır. Üçüncü kişilerin hakları söz konusu olduğunda devlet, her iki tarafın hak ve menfaatleri arasında makul bir denge kurulmasını temin eden mekanizmalar oluşturmak yükümlülüğündedir.

38. Aşağıda detaylı olarak açıklandığı üzere somut olayda aile konutu niteliğini haiz taşınmazın satılmasının amacı, alacaklının mülkiyet hakkını korumaktır (bkz. § 69). Bu durumda kamu otoritelerinden beklenen, üçüncü kişinin mülkiyet hakkı ile başvurucunun aile hayatına saygı hakkı arasında makul bir denge kurmaktır.

39. Başvurucunun aile konutuna ilişkin olarak eşinin veya üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği tasarruflara dair olarak aile konutu güvencesinden kaynaklanan haklarını ileri sürebilme ve bunları yargı mercilerinde tartıştırabilme imkânını haiz olması gerektiği açıktır. Aksi takdirde yaşamın sürdürüldüğü konutun aile konutu güvencesinden yararlanmasının hiçbir anlamı kalmaz. Ancak bu durum aile konutu güvencesinden kaynaklanan iddiaların her davada incelenmesi gerektiği biçiminde anlaşılmamalıdır. Kanun koyucunun bazı davaların mahiyetini gözeterek hâkimin bu davalardaki inceleme yetkisini sınırlandırması ve bu bağlamda aile konutu güvencesine bağlı hakların bu davalarda incelenmesine imkân vermeyecek şekilde düzenleme yapması olağan kabul edilmelidir.

40. Somut olayda başvurucu, aile konutu güvencesine bağlı haklarını ihalenin feshi davasında ileri sürmüştür. İhalenin feshi davasında icra dairesinin borçluya ait mal varlığının ihale yoluyla satılmasına ilişkin işlemi dava konusu edilmektedir. İhale, bir dizi işlemden sonra gerçekleştirilen ve

borçluya ait mal varlığının satışını hedefleyen cebri icra işlemidir. Bu aşamadan sonra satıştan elde edilen bedel alacaklıya ödenmekte ve cebri icra süreci nihayete ermektedir. Bu suretle alacaklının hızlı bir şekilde alacağına kavuşması temin edilmeye çalışılmaktadır. Kanun koyucu ihale işleminin bu niteliğini gözeterek ihalenin feshi davasında mahkemenin inceleme yetkisini, satışa hazırlık ve satış işlemlerinin 2004 sayılı Kanun'un 134. maddesinde öngörülen usule uygun olarak yapılıp yapılmadığının denetlenmesi ile sınırlandırmıştır. İhalenin feshi davasında borcun esasına ilişkin iddialar incelenemeyeceği gibi mahkemeye aile konutu güvencesinden doğan hakları inceleme yetkisi de tanınmamıştır.

41. İhalenin feshi davasının mahiyeti ve konusu dikkate alındığında hâkimin bu davadaki inceleme yetkisinin sınırlandırılmasının ve başvurucunun aile konutu güvencesinden kaynaklanan haklarının bu davada incelenememesinin makul karşılanması gerektiği değerlendirilmiştir. Buna göre başvurucunun aile konutuna ilişkin iddialarını incelemeye yetkili olmayan mahkeme tarafından ihale işlemlerinin denetimiyle sınırlı inceleme yapılmasında aile hayatına saygı hakkına yönelik bir ihlalin olmadığının açık olduğu sonucuna varılmıştır.

42. Öte yandan başvurucunun söz konusu taşınmazın mesken olarak kullanılması nedeniyle haczedilemeyeceği iddiasıyla 6/3/2014 tarihinde yaptığı şikâyet başvurucunun takipte taraf sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle Mahkemece reddedilmiş ise de başvurucunun bu karara ilişkin olarak bireysel başvuruda bulunmadığı anlaşılmaktadır.

43. Açıklanan gerekçelerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Uygulanan Kanun Hükmünün Anayasa'ya Aykırılığına İlişkin İddia

44. Başvurucu, 2004 sayılı Kanun'un 134. maddesinin (2) numaralı fıkrasının hak arama özgürlüğünü engellediğini belirterek iptalini istemektedir.

45. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bir yasama işleminin temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda doğrudan yasama işlemi aleyhine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem,

eylem ve ihmallere karşı bireysel başvuru yapılabilir (*Süleyman Erte,* B. No: 2013/469, 16/4/2013, § 17; *Serkan Acar,* B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 37).

46. Somut olayda başvurucu, yasama işleminin doğrudan Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği iddiasıyla da bireysel başvuruda bulunmuştur.

47. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

48. Başvurucu, açmış olduğu ihalenin feshi davasının reddi ile birlikte ihale bedelinin %10'u oranında bir meblağı Hazineye ödemekle yükümlü kılınması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

49. Bakanlık görüşünde; başvurucunun eşi aleyhine yapılan icra takibi neticesinde taşınmazın satışına karar verilmesi üzerine başvurucunun ihale aşamasında usulsüzlük yapıldığı iddiasıyla fesih isteğinde bulunduğu, Mahkemece bu isteğin reddiyle 2004 sayılı Kanun'a dayalı olarak ihale bedelinin %10'u oranında bir para cezasına karar verildiği, bu cezaya dayanak hükmün soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne geldiği ve Anayasa Mahkemesinin 22/11/2012 tarihli ve E.2012/68, K.2012/182 sayılı kararı ile bu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde karar verdiği bildirilmiştir. Bakanlık ayrıca başvurucunun 24/6/2014 tarihli ihalenin feshi amacıyla 15/1/2015 tarihinde dava açtığını ve bu davanın derdest olduğunu bildirmiştir.

50. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında; tek amacının 200.000 TL'lik bir borca karşılık 4.000.000 TL değerindeki aile konutunu kurtarmak olduğunu bildirmiştir.

2. Değerlendirme

51. Anayasa'nın 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."

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). Başvurucunun iddialarının mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

53. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

54. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Sözleşme'yi yorumlayan AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkemeye erişim hakkını içerdiğini belirtmektedir (*Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti.,* B. No*:* 2014/13156, 20/4/2017 § 34).

55. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde mahkemeye erişim hakkının bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiğini ifade etmiştir (*Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

56. Bir hukuki uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyan başvuruculardan reddedilen dava konusu miktar üzerinden hesaplanan harç veya benzeri bir mali külfete mahkûm edilmeleri ihtimali veya olgusu, belirli dava koşulları çerçevesinde mahkemeye başvurmalarını engelleme ya da mahkemeye başvurmalarını anlamsız kılma riski taşımaktadır (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Ali Şimşek ve diğerleri*, B. No: 2014/2073, 6/7/2017, § 83).

57. Yargılamanın sonucunda maddi külfet doğuracak şekilde para cezası uygulanmış olması nedeniyle mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

58. 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, ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

59. Yukarıda anılan müdahale Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

60. Başvurucu hakkında uygulanan para cezasının 2004 sayılı Kanun'un 134. maddesinin (2) numaralı fıkrasına dayandığı görülmektedir. Bu kapsamda somut olayda başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğu anlaşılmıştır.

(2) Meşru Amaç

61. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Bu maddede, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemenin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz (AYM, E.2015/96, K.2016/9, 10/2/2016, § 10).

62. Bir borcun ödenmesinde yaşanabilecek gecikmelerin önlenmesi, alacaklının alacağına zamanında kavuşabilmesi ve ihale alıcısının haklarının korunmasına yönelik olarak davanın reddi yanında maddi külfet doğuran ek bir yaptırım öngörülmüş olması alacaklıların yargı mercileri tarafından sabit görülen alacakları ile ihale alıcısının bedel ödeyerek edinmiş maddi değeri olan bir hakkı koruma amaçlıdır. Müdahale, mülkiyet hakkını korumaya yönelik olup anayasal açıdan meşru bir amaç taşımaktadır.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

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 devletiyle bağdaşmaz (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014).

64. Ölçülülük ilkesi; öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını ve bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Öngörülen tedbirin kişiyi olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin ölçülü olduğundan söz edilemez (AYM, E.2012/102, K.2012/207, 27/12/2012; 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). Müdahalenin ölçülülüğü değerlendirilirken ilgili yasal düzenlemelerle birlikte somut olayın koşulları ve başvurucunun tutumu da gözönünde bulundurulmalıdır (*Ahmet Ersoy ve diğerleri*, B. No: 2014/4212, 5/4/2017, § 50).

65. Müdahale için seçilen aracın gerekliliğinin değerlendirilmesi öncelikli olarak ilgili kamu makamlarının yetkisindedir. Müdahale ile ulaşılmak istenen somut kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi yetkili idarelerin sorumluluğunda olup amaca ulaşılmasında hangi aracın seçileceği

konusunda idarelerin belli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Ne var ki seçilen aracın gerekliliğine ilişkin olarak idarelerin sahip 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 müdahalenin hak ve özgürlükler üzerinde oluşturduğu ağırlığa dönüktür (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 70).

66. Hacizli bir malın cebri icra yoluyla satılmasından sonra ihaleye hazırlık aşaması veya ihalenin birtakım usulsüzlükler içerdiği iddiasıyla yapılan satış işleminin iptali talebini içeren ihalenin feshi davası takip hukukuna özgü bir davadır. Alacaklının mülkiyet hakkının korunması ve alacağına makul bir süre içinde kavuşması amacıyla takip hukukunda genel hükümlerden ayrılmak suretiyle birtakım ek düzenlemeler getirilmesi mümkündür. Bu kapsamda yapılan ihalenin hukuki sonuçlarını bir an önce doğurmasını temin etmek ve buna engel teşkil edebilecek gereksiz başvuruların önüne geçmek bakımından ihalenin feshi davasının reddi kararıyla birlikte ihalenin feshini isteyen tarafa ek bir mali yükümlülük getirilmesi kural olarak mahkemeye erişim hakkına engel teşkil etmeyecektir. Ancak getirilen bu ek külfet ihale sürecinde hak ve menfaatlerinin ihlal edildiğini öne süren kişilerin dava açmasını önemli ölçüde kısıtlayacak nitelik ve ağırlıkta bulunmamalıdır.

67. Maddi külfetin getirilmesindeki amaç ile başvurucunun menfaatleri arasında adil bir denge kurulmalı, ihalenin feshi isteğinde bulunan kişilerin bu aşama öncesinde haciz ve satış işlemine müdahale etme imkânının bulunup bulunmadığı gözetilmeli, bu değerlendirmeleri yapacak yargı mercilerine somut durumun koşullarına göre takdir yetkisi tanıyan bir esneklik sağlanmalıdır.

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

68. Başvurucunun açmış olduğu ihalenin feshi davası, ileri sürülen hukuka aykırılık nedenleri yerinde görülmediğinden reddedilmiştir. Davanın reddiyle birlikte başvurucunun 1.758.000 TL tutarındaki ihale bedelinin %10'u olan 175.800 TL para cezasını Hazineye ödemesine karar verilmiştir. Anılan miktar; başvurucu tarafından da belirtildiği üzere alacaklıya ödenen,

dolayısıyla borca mahsup edilecek bir para olmayıp devlet hazinesine gelir olarak kaydedilmektedir.

69. İhalenin feshine karşı açılan davanın reddi hâlinde ihale bedelinin %10'u oranında para cezasına hükmolunmasının icra sürecinin sürüncemede bırakılmasının önlenmesi ve kesinleşmiş alacağın tahsilinin hızlandırılarak alacaklının mülkiyet hakkının korunması amacı bakımından elverişli bir araç olduğu anlaşılmaktadır.

70. Özel borç ilişkilerinde rızaen ifa edilmeyen borçların ifasını sağlamaya yönelik cebri icra sisteminin kurulması ve bu sistemin etkili bir şekilde işletilerek alacaklının alacağına makul bir süre içinde kavuşmasının temin edilmesi devletin pozitif yükümlülüklerindendir. Cebri icra sistemindeki aksamalar ve bu süreçteki makul olmayan gecikmeler devletin bu yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurabilir. Bu bakımdan cebri icra sürecinin gereksiz yere uzamasına ve sonuçsuz kalmasının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasının zaruri olduğu ifade edilebilir. Haklı bir temeli bulunmadan açılan ihalenin feshi davası son safhalarına gelmiş bulunan cebri icra sürecinin sürüncemede kalmasına sebep olma potansiyelini haizdir. Bu nedenle kanun koyucunun haksız yere ihalenin feshi davası açılmasını caydırmaya matuf çeşitli mekanizmalar geliştirmesinin makul karşılanması gerekir. Bu çerçevede ihalenin feshi davasının reddi hâlinde davayı açan kişi aleyhine ek mali külfet öngörülmesinin gereksiz davaların açılmasının önlenmesi bakımından gerekli bir araç olmadığı sonucuna varılması güçtür.

71. Ancak bu müdahalenin orantılı olup olmadığının incelenmesi gerekir. Müdahalenin orantılı olup olmadığı değerlendirilirken alacağının tahsili için devletin yardımını talep eden ve bu çerçevede devletin cebri icra mekanizmasına müracaat eden alacaklının menfaatleri ile ihalenin feshini talep eden başvurucunun menfaati arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediğine bakılır. Bu kapsamda ihale konusu olan mülkün ne olduğu, bu mülkün diğer bireylerin hakları bağlamında özel bir güvenceye temas edip etmediği, başvurucunun daha önceki safhalarda ihalenin feshi davasıyla aynı sonucu elde edecek başka bir dava açma imkânını haiz olup olmadığı, uygulanan para cezasının -somut olayın koşulları çerçevesinde- tutarı ve başvurucunun bu tutarı ödeme gücü gözönünde bulundurulur.

72. İhaleye konu olan taşınmaz, başvurucunun iddiasına göre aile konutu vasfını taşımaktadır. Aile konutu Anayasa'nın 41. maddesinde düzenlenen

bir pozitif yükümlülük olan ailenin korunması ödevinin bir gereği olarak 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesinde özel bir koruma mekanizmasına tabi kılınmıştır. Başvurucunun açtığı ihalenin feshi davasını aynı zamanda bu aile konutuna yönelik güvencelere dayandırdığının da göz ardı edilmemesi gerekir.

73. Başvurucunun aile konutu olduğunu ileri sürdüğü, kendisi ve ailesi bakımından maddi ve manevi olarak büyük değere sahip olan taşınmazın satışını önlemek amacıyla başvurabileceği bütün yargısal yollara müracaat etmiş olmasından dolayı kınanması gereken bir pozisyonda olmadığı değerlendirilmiştir. Üstelik takibi yapılan borç miktarının kıymet takdiri sonucunda taşınmaza biçilen fiyat karşısında oldukça düşük kaldığı dikkate alındığında taşınmazın satışını engellemenin başvurucu açısından büyük bir kişisel öneme sahip olduğu vurgulanmalıdır. Nitekim başvurucu, haczi öğrendiği aşamada 2004 sayılı Kanun'un 82. maddesinin (12) numaralı fıkrasına dayalı olarak taşınmazın hâline münasip ev olduğunu belirterek haczedilemezlik iddiasında bulunmuş ise de başvurucunun bu isteği taraf sıfatının bulunmadığı gerekçesiyle Mahkemece reddedilmiştir.

74. Ayrıca başvurucunun ev hanımı olup herhangi bir gelirinin bulunmadığını ileri sürdüğü ve derece mahkemelerinin aksine bir tespit veya değerlendirmesinin bulunmadığının da altı çizilmelidir. Bu açıklamalar ışığında uygulanan 175.800 TL para cezasının başvurucuya önemli bir ekonomik külfet yükleyeceği ve başvurucunun ekonomik anlamda dara düşmesine yol açabileceği izahtan varestedir.

75. Öte yandan 2004 sayılı Kanun'un 134. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen para cezası ihalenin feshi isteğinin esastan reddedilmesi hâlinde doğrudan uygulanmaktadır. Kanun'da herhangi bir üst sınır öngörülmediği gibi derece mahkemelerinin somut durumun özelliklerini gözönünde tutmasını temin edecek bir esnekliğin sağlanmadığı ve hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanınmadığı görülmektedir. Bu durum somut olay bakımından aile konutu iddiasını daha önceki safhalarda dava konusu etme imkânı ve herhangi bir geliri bulunmayan başvurucuya ülke şartlarına göre oldukça yüksek olan 175.800 TL para cezası uygulanması sonucunu doğurmuştur.

76. Tüm bu hususlar gözönünde bulundurulduğunda alacaklının haklarının korunmasındaki yarar ile başvurucunun ihalenin feshini dava

konusu edebilmesindeki menfaati arasında adil bir dengenin kurulamadığı, uygulanan para cezasının miktarının başvurucuya olağanın ötesinde bir külfet yüklediği ve bu durumun başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz kıldığı kanaatine varılmaktadır.

77. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

D. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

78. 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."

79. Başvurucu; ihlalin tespiti, yargılamanın yenilenmesi veya tazminata karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

80. 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre esas inceleme kapsamında bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve varsa ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı belirlenmektedir. Aynı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası ileİçtüzük'ün 79. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ise ihlal kararı verilmesi hâlinde gerekli görüldüğü takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Buna göre ihlal sonucuna varıldığında ilgili temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verilmesinin yanında *ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi*, diğer bir ifadeyle *ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması*

için yapılması gerekenlere hükmedil[mesi] de gerekir (*Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 54).

81. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, § 55).

82. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. Buna göre ihlal; idari eylem ve işlemler, yargısal işlemler veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır (*Mehmet Doğan*, § 57).

83. İhlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmışsa bu ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi için yargılamanın yenilenmesi yoluyla ihlal nedenini ortadan kaldıran yeni bir karar verilmesi, bu mümkün olmadığında ise yeterli bir giderim sağlayan ve somut olayın özelliğine uygun, telafi edici birtakım tedbirlerin alınması gerekmektedir.

84. Başvuruya konu olayda Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği ve ihlalin doğrudan 2004 sayılı Kanun'un 134. maddesinden kaynaklandığı sonucuna varılmıştır. Diğer bir deyişle Kanun hükmü hâkime somut uyuşmazlığın özelliklerine uygun herhangi bir değerlendirme veya takdir yetkisi tanımamaktadır. Söz konusu hüküm, davanın reddinin bir sonucu olarak nispi oranda para cezasını zorunlu kılmakta ancak belirli nitelikteki bu nispi oran her olay için aynı şekilde mutlak olarak uygulanmaktadır.

85. Somut başvuruda yargılamanın yenilenmesi imkânı bulunmamaktadır. Bu durumda mağduriyete neden olan mahkeme kararının sonuçlarının

ortadan kaldırılması için *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde başvurucunun maddi zararının giderilmesi gerekmektedir. Olayda başvurucuya 175.800 TL para cezası verilmiş ve hükmün kesinleşmesinden sonra tahsil amacıyla ilgili vergi dairesine harç tahsil müzekkeresi düzenlenmiştir. Dosya kapsamında para cezasının tahsil edildiğine ilişkin bir bilgi ve belge bulunmadığı gibi başvurucu tarafından bu hususta yapılan bir bildirim de bulunmamaktadır. Bu itibarla Mahkemece düzenlenen 2/11/2015 tarihli harç tahsil müzekkeresinin ilgili vergi dairesince yerine getirilmesini önleyecek şekilde iptali ve Mahkemesine iadesi -başvurucunun manevi tazminat isteğinin bulunmadığı nazara alındığında- yeterli bir giderim sağlayacaktır.

86. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ile 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Uygulanan Kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptali gerektiğine ilişkin iddianın *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

3. Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla harç tahsil müzekkeresinin iptali ve ilgili kurumdan geri çekilmesi için İstanbul 19. İcra Hukuk Mahkemesine (E.2014/893,K.2014/1202) GÖNDERİLMESİNE Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. 226,90 TL harç ve 1980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve 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 22/11/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

1. Başvuru, aile konutu niteliğindeki taşınmazın icra vasıtasıyla satışı işlemine karşı açılan ihalenin feshi davasının reddedilmesi üzerine ihale bedelinin %10'u oranında başvurucu aleyhine para cezasına hükmedilmesi nedenleriyle mahkemeye hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

2. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur (*Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2014/13156, 20/4/2017 § 34). Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde mahkemeye erişim hakkının bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiğini ifade etmiştir (*Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

3. İhalenin feshi davasının reddi halinde ihale bedelinin % 10'u oranında ceza uygulanmasıyla, gereksiz ve dayanaksız başvurular önlenerek ihalenin kesinleşmesinin sürüncemede bırakılmasının engellenmesi, ihale sürecinin en kısa süre içerisinde gerçekleştirilmesi ve bu sayede kamusal bir işlem olan ihaleye olan güvenin korunması ve artmasının sağlanması amaçlanmıştır. İhalenin feshi davasının reddi durumunda para cezası koşulu bulunmakla birlikte kamusal bir işlem niteliğinde olan ihale süreci yargı denetimi kapsamındadır. Satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler, şikâyet yolu ile ihale

tarihinden itibaren yedi gün içinde ihalenin süreci hakkında yargı yoluna başvurabileceği gibi her türlü nedene dayanarak ihalenin feshini isteyebilme olanağına sahiptir. Ayrıca, ihale ilgililerinin, icra mahkemeleri önünde davacı veya davalı olarak sahip oldukları anayasal hakları zedelenmemiş; bir takip hukuku tasarrufu olan ihaleye karşı yargı yolu kapatılmamış; mahkemelerin, bu işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermeleri engellenmemiştir. Dolayısıyla, ihalenin feshi davasının reddi halinde ihale bedelinin % 10'u oranında ceza uygulanmasının hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yönü bulunmamaktadır.

4. İhalenin feshi davasının reddedilmesi durumunda hükmedilecek olan para cezası, ihalelerin parasal büyüklükleri ve haksız açılan ihalenin feshi davasıyla ihalenin kesinleşmesinin engellenmesi neticesinde doğacak zarar miktarının somut olaya göre değişeceği göz önünde tutularak nispi olarak belirlenmiştir. Cezanın amacının, ihalenin feshi davasını açacakları iyi niyetli, esas saiki hak arama amacı olan, haklı nedenleri olan davaların açılmasına sevk etmek, bununla birlikte ihale sürecinin hızlı ve etkili biçimde gerçekleşmesini temin etmek olduğu anlaşılmaktadır. İhalenin feshi davasının reddedilmesi durumunda para cezasına hükmedilmesinin ve bu para cezasının da nispi bir oran olarak belirlenmesinin amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu görülmektedir.

5. Bu durumda ihalenin feshi davasının reddi nedeniyle başvurucu aleyhine ihale bedelinin % 10'u oranında ceza uygulanmasının ölçülü olmadığı ve dolayısıyla mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği söylenemez.

6. Açıklanan nedenlerle başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyorum. Aynı gerekçelerle başvurucuya tazminat ödenmesi yönündeki çoğunluk görüşüne de iştirak etmiyorum.

Üye
Hicabi DURSUN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

YASEMİN BODUR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/29896)

Karar Tarihi: 25/12/2018

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	**:** Burhan ÜSTÜN
Üyeler	**:** Hicabi DURSUN
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Kadir ÖZKAYA
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	**:** Heysem KOCAÇİNAR
Başvurucu	**:** Yasemin BODUR
Vekili	**:** Av. Özgür GÖKÇEOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ilave tediye alacağının tahsili amacıyla açılan davanın Yargıtay daireleri arasında süregelen görüş ayrılığından kaynaklı olarak reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/7/2017 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, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu 1/1/1996 tarihinden itibaren Tosya Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfında (Vakıf) hizmet akdine dayalı bir şekilde büro görevlisi olarak çalışmaktadır.

9. Başvurucu, çalıştığı kurumun Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne bağlı kamu kurumu niteliğinde ve Danıştay içtihatlarında belirtildiği üzere kendisinin de kamu personeli olduğunu ileri sürerek 4/7/1956 tarihli ve 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkında Kanun uyarınca her bir yıllık çalışma süresi içinde ödenmesi gereken iki aylık tutarındaki ilave tediye alacağının ödenmesi amacıyla çalıştığı kuruma başvuruda bulunmuştur.

10. İlave tediye alacağı isteğinin Vakıf tarafından reddedilmesi üzerine başvurucu 1/4/2016 tarihli dilekçesiyle fazlaya ilişkin haklarının saklı tutulması kaydıyla 10.000 TL talebiyle Vakıf aleyhine dava açmıştır. Başvurucu, yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda talebini toplam 26.843,45 TL olarak ıslah etmiştir.

11. Tosya Asliye Hukuk Mahkemesi -iş mahkemesi sıfatıyla- yapmış olduğu yargılama sonunda 17/11/2016 tarihli kararla davanın kabulü ile 26.843,45 TL'nin başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme, gerekçeli kararında davalı Vakfın kamu kuruluşu niteliğinde olup bu kurumda çalışan başvurucunun kanun ile tanınan ilave tediye alacağından yararlanma hakkı bulunduğunu belirtmiş ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin benzeri bir uyuşmazlıkta vermiş olduğu kararda tespitlere de yer vermiştir.

12. Davalı Vakıf, hükme karşı istinaf yoluna başvurmuştur. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 7. Hukuk Dairesi 31/5/2017 tarihli kararla ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak davanın reddine kesin olarak karar vermiştir. Anılan kararda davalı Vakfın 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamında kamu tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığı ve bunun sonucu olarak bu kurumda çalışan başvurucuya ilave tediye yapılıp yapılamayacağı değerlendirilmiştir. BAM, davalı Vakfın kuruluşunu düzenleyen 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nda

sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarına kamu tüzel kişiliği statüsü verilmediğini ve dolayısıyla bu vakıflarda çalışanların da kamu işçisi sıfatına sahip bulunmaması nedeniyle ilave tediye alacağına hak kazanmayacakları gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

13. Nihai karar 9/6/2017 tarihinde tebliğ edilmiş, başvurucu 6/7/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kanun Hükümleri

14. 3294 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Bu Kanunun amacına uygun faaliyet ve çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdî ve aynî yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları kurulur.

...

Vakıflar, 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 34 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünce imzalanacak işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi kapsamında işyerleridir."

15. 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

Umumi, mülhak ve hususi bütçeli dairelerle mütedavil sermayeli müesseseler, sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlarla belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, 3460 ve 3659 sayılı kanunların şümulüne giren İktisadi Devlet Teşekkülleri ve diğer bilcümle kurum, banka, ortaklık ve müesseselerinde müstahdem olanlardan İş Kanununun şümulüne giren veya girmiyen yerlerde çalışmakta olan ve İş Kanununun muaddel birinci maddesindeki tarife göre işçi vasfında olan kimselere, ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl için birer aylık istihkakları tutarında ilave tediye yapılır.''

16. 6772 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

Birinci ve ikinci maddelerde yazılı olan işçilere mezkür maddeler gereğince yapılan tediyelerden ayrı olarak her yıl için bir aylık istihkakları tutarını geçmemek üzere Cumhurbaşkanı kararıyle aynı nispette bir ilave tediye daha yapılabilir.''

2. Yargıtay Kararları

17. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 9/6/2017 tarihli ve E.2016/3, K.2017/4 sayılı içtihadı birleştirme kararının (İBK) ilgili kısımları şöyledir:

''İçtihadı birleştirmenin konusu; il ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarını nher birinin ayrı işyeri ve bağımsız işveren olup olmadığının ya da Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı işverenine bağlı işletme kapsamında sayılıp sayılmayacağı; 4857 sayılı İş Kanunun 18 inci maddesi uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak bağlamında her bir sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfında 30 işçi çalışıp çalışmadığının araştırılmasının gerekip gerekmediği hususundadır.

Öncelikle üzerinde durulması gereken Fon Kurulununve sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının yukarıda belirtilen nitelikleri itibariyle Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının idari ve hiyerarşik yapılanmasındaki yeri ile hukuki statüsünün tespitidir.

...

Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünün görevlerine ilişkin 633 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11 inci maddesinin (h) bendinde yer alan, Genel Müdürlükve sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının 'işbirliği' yapmasına dair açık ifade de, anılanvakıfların tüzel kişiliğe haiz ve bağımsız işveren sıfatına sahip olduğunu aralarında idari yönden hiyerarşik bir ilişki bulunmadığını ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede 3294sayılı Kanun ile il ve ilçelerde kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olup ayrı işyeri olan bağımsız işveren oldukları, Bakanlığın denetim yetkisi nedeniyle işveren sıfatının Bakanlığa ait olduğunun ileri sürülemeyeceği; anılan vakıfların ayrı tüzel kişiliğe sahip olması nedeniyle toplu iş sözleşmesinin iş yeri düzeyinde bağıtlanabileceği, işletme düzeyinde bağıtlanmasının mümkün olmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.''

18. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 23/9/2010 tarihli ve E.2008/24485, K.2010/25589 sayılı kararının gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

''Dosya içeriğine göre davalı vakıf, sosyal adaleti pekiştirici tedbirlerin alınması, gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesinin sağlanması , sosyal dayanışma ve yardımlaşmayı teşvik etmesi için 3294 sayılı yasanın 7. maddesi uyarınca kurulmuştur. Mülki idare amiri vakfın başkanı olup, diğer kamu görevlileri de vakfın mütevelli heyetini oluşturmaktadır. Vakfın gelirlerinin bir kısmının Başbakanlığa bağlı fondan ve bütçeye konulacak ödeneklerden karşılanacağı yasada belirtilmiştir. Yasa vakfın birtakım vergi muafiyetlerinden yaralandırılmasını da düzenlemiştir. Vakfın harcamalarının, iş ve işlemlerinin incelenmesi, izlenmesi ve denetlenmesi 5263 sayılı yasa ile kurulan ve Başbakanlığa bağlı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilecektir. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü, genel bütçe kapsamındaki bir kamu idaresidir. Davalı vakfın yasadan alınan yetki ile kurulduğu, devlete bağlı olduğu, kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlandığı anlaşılmaktadır. Davalı vakıf bu niteliği itibariyle6772 sayılı yasa kapsamında sayılan devlete bağlı bir kuruluştur. Bu yerde çalışan işçinin de 6772 sayılı yasada belirtilen ilave tediye alacağından yararlanması gerekir.''

19. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 28/4/2016 tarihli ve E.2016/12810, K.2016/10708 sayılı kararının gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Dairemizin Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'nın 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesinde sayılan ve ilave tediye ödemesi gereken kurumlardan olduğu, benzer nitelikteki davalarda davacılara ilave tediye ödenmesi gerektiği yönündeki kararların Dairemizce onandığı (Dairemiz 19.09.2013 Tarih, 2011/25327 E.-2013/22503 K. sayılı kararı) gerekçesi ile verdiği bozma kararı usul ve yasaya uygun olup direnmenin yerinde olmadığı anlaşıldığından, temyiz incelemesinin yapılmak üzere dosyanın 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun geçici ek ikinci maddesi uyarınca yetkili ve görevli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na GÖNDERİLMESİNE, [karar verildi]."

20. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24/4/2018 tarihli ve E.2018/1981, K.2018/9157 sayılı kararının gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Sonuç olarak il ve ilçelerde 3294 sayılı yasa uyarınca kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının devlet bağlı, 6772 sayılı kanun kapsamında sayılan işyerlerinden olduğu ve 21.07.2017 gün ve 30130 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 09.06.2017 gün ve 2016/3 E. 217/4 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının ilave tediye alacağına ilişkin olarak olumsuz bir etkisinin olmadığının anlaşılmasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde değil ise de;İlk Derece Mahkemesince hükme esas alınan bilirkişi raporuna göre davacının davalı işyerinde çalışmaya başladığı tarihten dava tarihine kadar ilave tediye ücretinin hesaplandığı anlaşılmaktadır. Oysa ki; Fon kurulu tarafından 2012 yılından itibaren ilave tediye niteliğinde iki maaş tutarında ikramiye ödenmesine karar verilmiştir. Bu nedenlerle Mahkemece, davacının çalıştığı süreye ilişkin sözleşme ve işyeri kayıtları getirtilerek, ödenen ikramiye miktarları yıllara göre tespit edilmeli, ikramiye ödemesi yapılan yıllar için ilave tediyenin ödendiği kabul edilmelidir. Mahkemece bu hususta herhangi bir inceleme yapılmadan, ikramiyenin dolayısıyla ilave tediyenin bu tarihten sonra ödenip ödenmediği belirlenmeden karar verilmesi hatalıdır."

21. (Kapatılan) Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 12/5/2016 tarihli ve E.2016/2419, K.2016/10640 sayılı kararının gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

İlave tediye alacağı, ödeme tarihinde işçinin işinden ayrılmış olup olmadığına bakılmaksızın, hak edilen yıl içinde o yerde veya aynı idare, teşekkül ve müesseseye ait muhtelif yerlerde geçmiş olan hizmetlerinin toplamı oranında ve son çalıştığı yerde ödenir. İşçi tam yıl çalışmamış ise, ilave tediye o yıl için kıstelyevm esasına göre hesaplanıp ödenecektir.

İşçinin ilave tediye alacağına, esas olacak çalışma süresinin hesaplanmasında iş sözleşmesinin devamı müddetine rastlayan yasal ve idari izinler, hastalık izinleri, hafta tatili ile ulusal, bayram ve genel tatil günleri, çalışılmış gibi hesaba katılır.

Somut olayda davacının ilave tediye ücreti hesaplanırken; hesaplamaya esas ücret olarak ödeme tarihleri itibarıyla davacının SGK hizmet cetvelinde gösterilen ücretleri esas alınmıştır. Oysa yukarıdaki ilke kararında detaylı şekilde açıklandığı üzere ilave tediye ücreti Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen dönemlerde işçiye ödenen çıplak ücret tutarında ödenmelidir. Yani hesaplamaya esas alınan ücret Bakanlar

Kurulu Kararı ile belirlenen ödeme tarihlerinde işçinin almış olduğu fazla mesai, evlilik, çocuk zamları veya primleri, ayni yardımlar, hafta ve genel tatil ücretleri gibi esas ücrete dahil olan ödemeler dikkate alınmaksızın belirlenen çıplak ücrettir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda hesaplamaya esas alınan SGK hizmet cetvelinde belirtilen ücretler çıplak ücretler olmayıp prime esas kazançların tümünü kapsamaktadır. Yapılacak iş; dosya yeniden uzman bir bilirkişiye tevdi edilerek davacının ilave tediye ücreti davalı tarafından dosyaya sunulan bordrolarda belirtilen çıplak ücret miktarı esas alınarak yukarıdaki ilkeler çerçevesinde tekrar hesaplanmalı ve çıkacak sonuca göre karar verilmelidir. Mahkemece bu husus gözetilmeksizin hatalı bilirkişi raporu hükme esas alınmak suretiyle karar verilmiş olması isabetli olmayıp bozma nedenidir.''

22. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 8/10/2013 tarihli ve E.2012/26823, K.2013/21090 sayılı kararının gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

''3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine istinaden Kanunun amacına uygun faaliyet ve çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdî ve aynî yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları kurulmuştur. 3294 sayılı Kanun'un 5263 sayılı Kanun'un 19.maddesi ile değişik 7. maddesinin 1. fıkrasında, '...Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları kurulacağı,' 3. fıkrasında ise 'Vakıf senetlerinin mahallin en büyük mülki amiri tarafından Medeni Kanun hükümlerine göre tescil ettirileceği' belirtilmiştir. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 4. maddesine göre de 'Vakıflar özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir.' Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında 'Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.' hükmü mevcuttur. Görüldüğü üzere, kanun koyucunun Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına bilinçli olarak 'kamu tüzel kişiliği' vermediği, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulmasını ve özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermesini istediği açıktır.

Öte yandan, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinde vakfın gelirleri belirtilmiş olup, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu'ndan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının gelirlerinin, sadece fondan aktarılan paydan oluşmadığı, bunun yanında, her nevi fitre, zekat ve benzeri yardımlardan, işletme ve iştiraklerden elde edilecek gelirlerden ve diğer gelirlerden oluştuğu anlaşılmaktadır.

Bu açıklamalar ve yasal düzenlemeler ışığında, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının özel hukuk tüzel kişisi olduğu, kuruluş amacı ve mali yapısı itibariyle kamu kurumlarından farklı nitelikte olduğu ve bu bağlamda 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamına girmeyeceği açıktır. Şu halde, mahkemece, davalı vakfın ilave tediye alacağından sorumlu olmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile davanın kabulü yönünde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

23. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 19/04/2018 tarihli ve E.2018/5389, K.2018/9411 sayılı kararının gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"İzah edilen sebeplerle, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan ayrı birer özel hukuk tüzel kişisi olan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının izah edilen hukuki statüleri nazara alınarak personelleri hakkında 6772 sayılı Kanunun uygulanması mümkün görünmemektedir.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının oluşumuna bakılacak olursa Mütevelli Heyet üyelerinin neredeyse yarısı sivil üyelerden oluşmaktadır. 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşmayı ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nun 7. maddesinde; İlçe Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları Mütevelli Heyetinde 1 adet belediye başkanı, 1 adet köy muhtarı, 1 adet mahalle muhtarı, 1 adet sivil toplum kuruluşu yöneticisi, 2 adet hayırsever vatandaşın görev alacağı belirtilmektedir.

Mütevelli Heyet tarafından oyçokluğu ile karar alan ve uygulayan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının 12 üyesinden 6'sının seçilerek gelen kişiler olduğu nazara alındığında, bu Vakıfların kamu kurumu olarak telakki edilmesi düşünülemez.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının Vakıf statüsü, mevcut hukuki yapısı, gelirleri ve konuya ilişkin yargı kararlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan ayrı bir özel hukuk tüzel kişiliğine sahip, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının kamu kurumu vasfında olmadığı, Vakıf çalışanlarının da fon personeli olarak telakki edilemeyeceği cihetle, 6772 sayılı Kanun kapsamındaki kamu kurumlarından olmadığı açıktır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 09.06.2017 gün ve 2016/3 esas sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında vurgulandığı üzere herbir vakfın özel hukuk tüzel kişiliğini haiz, ayrı ve bağımsız işveren olduğu belirlendiğinden, kamu tüzel kişiliği bulunmadığından ilave tediye isteminin reddedilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

B. Uluslararası Hukuk

24. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

> "*Herkes davasının medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde, görülmesini isteme hakkına sahiptir..."*

25. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) adil yargılanma hakkının hukukun üstünlüğünün Sözleşmeci devletlerin ortak mirası olduğunu belirten Sözleşme'nin ön sözüyle birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Hukukun üstünlüğünün temel unsurlarından biri, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı garanti altına alan ve kamuoyunun mahkemelere olan güvenine katkıda bulunan hukuki güvenlik ilkesidir. Toplumun yargısal sisteme olan güveni hukuk devletinin esaslı unsurlarından biri olmasına rağmen birbirinden farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesi, bu güveni azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizlik durumu yaratabilecektir (*Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* [BD], B. No: 13279/05, 20/10/2011, § 57).

26. Diğer yandan hukuki güvenlik ilkesinin gerekleri ve bireylerin meşru beklentilerinin korunması, içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak bahşetmemektedir (*Unédic/Fransa,* B. No: 20153/04, 18/12/2008, § 74; *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye,* § 58). Mahkemelerin yorumlarında dinamik ve evrilen bir yaklaşımın sürdürülememesi reform ya da gelişimi engelleyeceğinden kararlardaki değişim, adaletin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez (*Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti,* B. No: 36815/03, 14/1/2010, § 38).

27. Yüksek mahkemelerin oynaması gereken rol, tam da yargı kararları arasında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir. Bununla birlikte yeni kabul edilmiş bir kanunun yorumlanmasında olduğu gibi bazı hâllerde içtihadın müstakar hâle gelmesinin belirli bir zamana ihtiyaç duyacağı açıktır (*Zielinski ve Pradal ve Gonzalez ve digerleri/Fransa* [BD], B. No: 24846/94, ...34173/96, 28/10/1999, § 59; *Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti* (k.k.), B. No: 42162/02, 2/12/2008).

28. AİHM, açık bir keyfîlik bulunan durumlar hariç ulusal mahkemelerin iç hukuku yorumlama şeklini sorgulamanın kendi görevi olmadığına dikkat çekmektedir. Benzer şekilde bu konuda -görünüşe göre benzer davalarda verilmiş olsalar bile- ulusal mahkemelerin farklı kararlarını karşılaştırmak da prensipte AİHM'in görevi değildir. AİHM, söz konusu mahkemelerin bağımsızlığına saygı göstermek durumundadır (*Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye,* § 50).

29. AİHM, iki ihtilafa farklı muamele yapılmasının incelenen gerçek olayların farklılığından kaynaklanmış olması hâlinde çelişkili içtihatlardan bahsedilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir (*Ucar/ Türkiye* (k.k.) B. No: 12960/05, 29/9/2009).

30. AİHM, mahkeme kararlarının çatışma ihtimalinin her biri kendi yargı alanında yetkili olan yargılama ve temyiz mahkemeleri ağına dayalı yargı sistemlerinin doğal bir özelliği olduğunu kabul etmiştir. Bu tip uyuşmazlıklar aynı mahkeme içinde de ortaya çıkabilmektedir. Bu durum, kendi içinde Sözleşme'ye aykırı olarak değerlendirilemez (*Santos Pinto /Portekiz,* B. No: 39005/04, 20/5/2008, § 41; *Tudor Tudor/Romanya,* B. No: 21911/03, 24/3/2009, § 29; *Remuszko/Polonya,* B. No: 1562/10, 16/7/2013, § 92; *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye,* § 51).

31. AİHM, bu konuda hüküm verirken değerlendirmesinin dayandığı kriterleri açıklamıştır. Söz konusu kriterler yüksek mahkemenin içtihadında *derin ve süregelen farklılıklar* olup olmadığı, iç hukukta bu tutarsızlıkların üstesinden gelmek için bir mekanizma bulunup bulunmadığı, bu mekanizmanın uygulanıp uygulanmadığı ve uygulandı ise ne ile sonuçlandığının tespitine dayanmaktadır (*Beian/Romanya,* B. No: 30658/05, 6/12/2007, §§ 37, 39; *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye,* § 53).

32. AİHM, bu bağlamda mahkemelerin uygulamalarında tutarlılığın ve içtihatlarında yeknesaklığın sağlanması için mekanizmalar oluşturulmasının önemini birçok defa hatırlatmış; yargı sistemlerini birbirine zıt kararlar verilmesini önleyecek şekilde yapılandırmanın devletlerin sorumluluğunda olduğunu ifade etmiştir. Ne var ki bu ilkelerin AİHM'in incelemek durumunda kaldığı çelişen yorumların bir yüksek mahkemenin birleştirici yetkisini uygulayabileceği yasal hükümlerle bağlantılı olarak yargı sisteminin aynı dalında meydana gelen davalar için öngörüldüğü belirtilmelidir (*Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye,* §§ 55, 80).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 25/12/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

34. Başvurucu; aynı işyerinde benzer koşullarda çalışan on dört işçi tarafından ilave tediye alacağının ödenmesi talebiyle ayrı ayrı dava açıldığını, ilk derece mahkemesince işçiler lehine karar verildiğini, bu kapsamda Mahkemece lehine 26.843,45 TL ödenmesine karar verildiğini, yargılama aşamasında istinaf mahkemelerinin faaliyete geçtiğini ve davalı Vakıf tarafından yapılan istinaf başvuruları üzerine dava dosyalarının BAM 5., 6., 7., 8. ve 9. Hukuk Daireleri arasında tevzi edildiğini, diğer dairelere tevzi edilen dosyalar işçiler lehine sonuçlanmışken kendisi ile birlikte üç kişiye ait dosyanın istinaf incelemesini yapan 7. Hukuk Dairesinin farklı yönde bir kararla davayı reddettiğini bildirmiştir. Başvurucu; benzer uyuşmazlıkların farklı şekilde sonuçlanmasının daha önceden bu uyuşmazlıkların temyiz incelemesini yapan Yargıtay Daireleri arasındaki görüş ayrılığından kaynaklandığını, bu bağlamda Yargıtayın 7. ve 9. Hukuk Dairelerinin kendisi ile aynı statüde bulunan kişileri kamu işçisi olarak kabul edip ilave tediye alacağına hak kazandıkları yönündeki kararlarına rağmen 22. Hukuk Dairesinin bu kişileri kamu işçisi olarak kabul etmemesi nedeniyle ilave tediye alacağı isteklerinin reddine karar verdiğini savunmuştur. Başvurucu, Yargıtay Daireleri arasındaki bu içtihat farkı nedeniyle yargıya olan güvenin zedelendiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

35. Anayasa'nın 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."

36. 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 özünün adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkına ilişkin olduğu ve bu kapsamda bir inceleme yapılması gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

37. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

38. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, 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"* ibaresinin eklenmesine ilişkin 14. maddesinin gerekçesine göre "*değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı metne dahil"* edilmiştir. 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 (*Yaşar Çoban* [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 54).

39. Adil yargılanma hakkı, uyuşmazlıkların çözümlenmesinde hukuk devleti ilkesinin gözetilmesini gerektirmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde

Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında gözönünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir.

40. Bu noktada hukuk devletinin gereklerinden birini de hukuk güvenliği ilkesi oluşturmaktadır (AYM, E.2008/50, K.2010/84, 24/6/2010; E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012). Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde 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).

41. Hukuk kurallarının ne şekilde yorumlanacağı veya birden fazla yorumunun mümkün olduğu durumlarda bu yorumlardan hangisinin benimseneceği derece mahkemelerinin yetkisinde olan bir husustur. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda derece mahkemelerince benimsenen yorumlardan birine üstünlük tanıması veya derece mahkemelerinin yerine geçerek hukuk kurallarını yorumlaması bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesinin kanunilik ilkesi bağlamındaki görevi, hukuk kurallarının birden fazla yorumunun varlığının hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmektir(*Mehmet Arif Madenci,* B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 81).

42. Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtması yönüyle olumludur. Ancak uygulamadaki birlikteliği sağlaması beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşması, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkarır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca böyle bir algının toplumda yerleşmesi hâlinde bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir (*Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, § 64).

43. Anayasa Mahkemesi; bu noktada derece mahkemelerinin hukuk kurallarını yorumlamasından kaynaklanan içtihat farkının süregelen bir hâl aldığı, başka bir anlatımla kısa sayılamayacak bir zaman dilimi içinde uygulamada birliğin sağlanamadığı durumlarda uygulamadaki tutarsızlıkları ortadan kaldıracak nitelikteki tedbirlerin önemine işaret etmektedir.

44. Hukukun üstünlüğü ilkesi gereği yargı sistemine olan güveni sağlamak ve korumakla yükümlü olan devlet, aynı yargı koluna dâhil mahkemeler arasındaki derin ve süregelen içtihat farklılıklarını ortadan kaldırabilecek nitelikte bir mekanizmayı kurmak ve bu mekanizmanın etkin bir şekilde işleyişini sağlayacak düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olarak kabul edilmelidir. (*Engin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 58).

45. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, içtihat farklılığını değerlendirdiği bir kararında Yargıtayın istikrarlı olarak uygulanan içtihattan ayrılarak yeni bir yaklaşımı benimsemesi hâlinde kamuoyu nezdinde yargıya olan güvenin muhafaza edilmesi bakımından yeni yaklaşımın istikrarlı bir şekilde uygulanması gerektiğine dikkat çekmiş ve içtihat değişikliği sonucunda benimsenen yaklaşımın uygulamada birliği sağlamakla görevli yüksek mahkemeler tarafından istikrarlı olarak uygulanmamasının adil yargılanma hakkını ihlal edebileceğine karar vermiştir (*Hakan Altıncan* [GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018, § 48).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

46. Somut başvurunun konusu, benzer koşullarda çalışan işçiler tarafından açılan davaların Yargıtay daireleri arasındaki görüş ayrılığı nedeniyle farklı sonuçlandığı ve bu hususun hakkaniyete aykırı olduğu iddiasıdır.

47. Başvurucu; 3294 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca, muhtaç olan vatandaşlar ile herhangi bir nedenle ülkede bulunan aynı durumdaki kişilere yardım etmek, sosyal adaleti sağlayan tedbirler almak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı temin etmek amacı taşıyan Vakıfta hizmet sözleşmesine bağlı olarak çalışmaktadır. Başvurucu; anılan Vakfın niteliği, kuruluş amacı ve yönetim şekli itibarıyla kendisinin kamu işçisi olduğunu ileri sürerek kamu personeline belirli şartlar altında yapılan ilave tediyeden yararlanmak amacıyla dava açmıştır.

48. Başvurucu tarafından dosyaya eklenen karar örneklerinden aynı işyerinde çalışan işçiler tarafından aynı nedene dayalı olarak açılan davaların bir kısmı işçiler lehine sonuçlanmışken bir kısım davanın da işçiler aleyhine sonuçlandığı saptanmıştır. Yine Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden temin edilen belge ve bilgilerden ülkenin başka yerlerinde faaliyette bulunan benzer vakıflarda çalışan personel tarafından açılan davaların bu tür uyuşmazlıkların öteden beri temyiz mercii olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve sonradan bu görev verilen (kapatılan) Yargıtay 7. Hukuk Dairesi tarafından kabul edildiği görülmüştür. Her iki Daire de Vakıf çalışanlarının kamu işçisi olduğunu ve şartları uygunsa idare tarafından ödenmesine karar verilen ilave tediye alacağından yararlanacaklarına dair kararlar vermiştir. Buna karşılık 2011 yılında kurulan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, anılan vakıfların özel hukuk tüzel kişisi statüsüne sahip olduğunu ve dolayısıyla kamu personeli sıfatı bulunmayan çalışanlarının ilave tediyeden yararlanmayacağını istikrarlı olarak hüküm altına almıştır. Başvurucunun hizmet akdi ile çalıştığı Vakfın niteliğini de ele alan İBK'ya rağmen Yargıtay daireleri, söz konusu kararın vakıfların niteliğini belirlemekle birlikte çalışanların statüsüne ilişkin bir tespit içermediği görüşünden hareketle önceki görüşleri doğrultusunda kararlar vermeye devam etmiştir (bkz. §§ 20, 22).

49. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, Yargıtayın ilgili Daire ve Kurulları tarafından istikrarlı olarak uygulanan bir içtihattan ayrılma söz konusu olmadığından somut olayın yukarıda anılan *Hakan Altıncan* başvurusundan farklı olduğuna işaret etmektedir.

50. Yargıtay daireleri arasındaki derin ve süregelen içtihat farkının faaliyete giren istinaf mahkemesi niteliğindeki BAM daireleri arasında da sürdürüldüğü saptanmıştır. Öte yandan Yargıtay, işveren konumundaki vakıfların hukuki statüsünün belirlenmesi amacıyla içtihadı birleştirme yoluna gitmiş ancak anılan kararda vakıfların özel hukuka tabi tüzel kişi olduğu tespiti yapılmışsa da çalışan personel hususunda bir değerlendirme yapılmamıştır. Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bu belirlemenin kendi görüşü doğrultusunda olduğuna ilişkin değerlendirmeler yapmışken Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise İBK'nın çalışanların hukuki durumunu etkilemediği kanaatiyle görüşünde herhangi bir değişiklik yapmamıştır.

51. Yargıtay daireleri ve BAM vermiş oldukları birbirine zıt kararlarda vardıkları sonuca hangi nedenle ulaşıldığını başvurucu ve üçüncü kişiler

tarafından objektif olarak anlaşılmasına imkân verecek yeterli gerekçeler sunmaktadır.

52. Somut olaya konu sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı çalışanlarının ilave tediye alacağına hak kazanıp kazanmayacağı hususunda yedi yıldan beri süren içtihat farklılığının derinleşmiş ve sürekli bir nitelik kazanmış olması, Dairelerin ve buna bağlı olarak alt dereceli mahkemelerin vardıkları sonucun davaların somut özelliğinden kaynaklanmaması ve hukuki belirsizliğe yol açan bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak içtihadı birleştirme kararı gibi elverişli bir mekanizma bulunmasına rağmen bunun işletilmemesi neticesinde uyuşmazlığın çözümünde görev alan Daire ve Kurula göre farklı ve birbiriyle çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır. Başka bir anlatımla derin ve süregelen farklılıkları ortadan kaldırmaya elverişli bir mekanizma niteliğindeki içtihadın birleştirilmesi yolunun işletilmemesi nedeniyle varılan sonucun başvurucu için öngörülemez olduğu ve bu hususun hükümden bağımsız olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır.

53. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

54. 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."

55. Başvurucu; ihlalin tespiti, yargılamanın yenilenmesi ve tazminata karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

56. 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre esas inceleme kapsamında bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve varsa ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı belirlenmektedir. Aynı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ise ihlal kararı verilmesi hâlinde gerekli görüldüğü takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Buna göre ihlal sonucuna varıldığında ilgili temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verilmesinin yanında *ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi*, diğer bir ifadeyle *ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedil*[mesi] de gerekir (*Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 54).

57. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, § 55).

58. Bununla birlikte 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilirken idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederken idarenin, yargısal makamların veya yasama organının yerine geçerek işlem tesis edemez. Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederek gerekli işlemlerin tesis edilmesi için kararı ilgili mercilere gönderir (*Şahin Alpay (2)* [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 57).

59. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. Buna göre ihlal; idari eylem ve işlemler, yargısal işlemler veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır (*Mehmet Doğan*, § 57).

60. İhlalin derece mahkemelerinin ilgili kanunu yorumlamasından kaynaklandığı bazı hâllerde tazminata hükmedilmesi ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilmesi için yeterlidir. Ancak bireysel başvurunun amacına uygun olarak benzer ihlallere yol açan yorumun aynı yargı kolundaki en üst yargı mercii tarafından ele alınarak uygulamadaki içtihat dağınıklığına engel olacak nitelikte birtakım tedbirlerin alınması da gerekmektedir.

61. Anayasa Mahkemesince Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Somut olayda ihlalin aynı hukuki nedene dayalı olarak benzer konumdaki kişiler tarafından açılan davalarda aradan geçen uzun zamana rağmen Yargıtay daireleri arasındaki görüş farkının ortadan kaldırılıp uygulama birliğinin sağlanmamasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle ihlal, başvurucunun aynı anda iki farklı yorumu yürürlükte bulunan ve bu nedenle belirlilik kriterini taşımayan bir hukuk kuralına tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır.

62. Anayasa Mahkemesince yapılan ihlal tespitinin derece mahkemesi kararının sonucuna yönelik olmadığının ve derece mahkemesince varılan sonuçtan bağımsız olduğunun altı çizilmelidir. Hâl böyle olunca ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Aksi durum, yani ihlalin giderim şekli olarak yargılamanın yenilenmesine hükmedilmesi, bu yorumlardan birine üstünlük tanınarak taraflardan bir lehine tercihte bulunulması anlamına gelebilecektir. Bu da var olan ihlali gidermeyeceği gibi derece mahkemesinde görülen uyuşmazlığın diğer tarafı aleyhine yeni ihlallerin doğmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla somut olayda, yargılamanın yenilenmesi ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıracak nitelikte bir yol olarak kabul edilemeyeceğinden başvurucu lehine uygun bir tazminata hükmedilmesi yeterli bir giderimi sağlayacaktır.

63. Bu itibarla adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 7.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

64. Ayrıca tazminat kararının yanı sıra, benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan bu durumun gözden geçirilmesi konusunda 4/2/1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca Yargıtay Birinci Başkanlık Kuruluna bildirimde

bulunmak gereklidir. Böyle bir durumda aynı yargı koluna dâhil mahkemeler arasındaki derin ve süregelen içtihat farklılıkları içtihadı birleştirme yoluyla ortadan kaldırılarak yeni ihlallere neden olacak uygulamanın önüne geçilmesi de mümkün olacaktır.

65. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.237,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 7.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. Kararın bir örneğinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması yönünden içtihadı birleştirme kararına gerek bulunup bulunmadığı hususunda bilgi edinmesi ve takdiri için Yargıtay Birinci Başkanlığına GÖNDERİLMESİNE,

E. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.237,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve 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 25/12/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

ETKİLİ BAŞVURU HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

YUSUF AHMED ABDELAZIM ELSAYAD BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/5604)

Karar Tarihi: 24/5/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	**:** Engin YILDIRIM
Üyeler	**:** Osman Alifeyyaz PAKSÜT
	Celal Mümtaz AKINCI
	Muammer TOPAL
	M. Emin KUZ
Raportör	**:** M. Serhat MAHMUTOĞLU
Başvurucu	**:** Yusuf Ahmed Abdelazım ELSAYAD
Vekili	**:** Av. Uğur YILDIRIM

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik risk bulunan ülkeye sınır dışı edilme kararı verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının; bu karara karşı yetkili makama başvurma imkânının kısıtlanması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 23/3/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvurucu, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesi uyarınca sınır dışı işleminin yürütmesinin tedbiren durdurulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

4. Komisyonca tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm tarafından 23/3/2016 tarihinde İçtüzük'ün 73. maddesi uyarınca sınır dışı işleminin durdurulmasına 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, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve ilgili kurumlardan temin edilen bilgilere göre olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, 1983 doğumlu olup Mısır Arap Cumhuriyeti vatandaşıdır.

10. Başvurucu 26/8/2015 tarihinde yasal yollardan Türkiye'ye (İstanbul) giriş yapmıştır.

11. Başvurucu -beyanına göre- kimliğini belirtmediği Mısır uyruklu bir arkadaşını ziyaret etmek üzere Adana'ya gitmiştir.

12. Aynı gün Adana Emniyet Müdürlüğü 155 Polis İmdat Hattı'na on on beş kişilik yabancı uyruklu bir grubun yasa dışı yollardan Suriye'ye geçirileceği yönünde bir ihbar yapılmıştır.

13. Emniyet Müdürlüğü yetkilileri tarafından ihbarda belirtilen adreslerde Fransa, İtalya, Almanya, Endonezya, Suudi Arabistan, Tunus, Mısır uyruklu toplam on bir kişi yakalanmış ve olay hakkında Adana Cumhuriyet Başsavcılığına (Cumhuriyet Başsavcılığı) telefonla bilgi verilmiştir.

14. Cumhuriyet Başsavcılığı, adli soruşturmayı gerektirecek delil bulunmadığına ve şahısların idari yönden gerekli işlemler yapılmak üzere Adana Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğüne (Adana Göç İdaresi) teslim edilmelerine karar vermiştir.

15. Adana Göç İdaresi tarafından 7/9/2015 tarihinde başvurucunun terör veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi ya da destekleyicisi olduğu ve kamu düzeni, güvenliği veya sağlığı bakımından tehlike oluşturduğu gerekçeleriyleidari gözetim altına alınmasına ve sınır dışı edilmesine karar verilmiştir.

16. Söz konusu sınır dışı etme kararı (Türkçe metin) tercüman eşliğinde 8/9/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Tebliğ edilen metinde a) Sınır dışı etme kararının gerekçesine ilişkin kanun maddeleri (ilgili maddeler

işaretli), b) Karara karşı idari yargı yoluna başvuru imkânı ve süresi, c) Hukuki yardım imkânı, d) İdari gözetim ve süresi, e) İdari gözetim kararına karşı itiraz yolu, f) Avukat yardımından yararlanma, g) Geri Gönderme Merkezi (GGM) kurallarına ilişkin hususlarda bilgilerin yer aldığı anlaşılmaktadır.

17. Başvurucu, tutulduğu Adana GGM'den 26/11/2015 tarihinde sınır dışı edilmek amacıyla İstanbul'a sevk edilmiş; İstanbul Atatürk Havalimanı'na götürüldüğünde ülkesine dönmesi hâlinde kötü muameleye maruz kalabileceğini ve uluslararası koruma talep ettiğini belirtmiştir. Başvurucunun avukatları da durumdan haberdar olarak benzer yönde sözlü taleplerde bulunduklarını ifade etmişlerdir.

18. Başvurucu ve resmî makamlar tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan belgeler arasında başvurucunun uluslararası koruma talebine ve olay günü yaşananlara ilişkin herhangi bir belge bulunmamaktadır.

19. Başvurucu, sınır dışı işleminin gerçekleşmemesi üzerine aynı gün İstanbul'dan Adana GGM'ye gönderilmiştir.

20. Adana Barosuna kayıtlı Avukat B.E. 27/11/2015 tarihinde Adana GGM'ye yazılı olarak müracaat etmiş ve başvurucuyla görüşme talebinde bulunmuştur. Avukat B.E.ye başvurucuyla aynı gün görüşmesinin mümkün olmadığı ve daha sonra yazılı olarak cevap verileceği bildirilmiştir.

21. Adana GGM tarafından Avukat B.E.ye 9/12/2015 tarihinde verilen yazılı cevapta, başvurucunun 27/11/2015 ile 9/12/2015 tarihleri arasında Adana GGM'de tutulduğu ancak 9/12/2015 tarihinde başka bir geri gönderme merkezine sevk edildiği bildirilmiştir.

22. Başvurucunun Aşkale (Erzurum) GGM'ye sevk edildiğini öğrenen İstanbul Barosuna kayıtlı avukatlar İ.E. ve Ö.Y. 17/12/2015 tarihinde Erzurum'a giderek başvurucu ile görüşme talebinde bulunmuştur. Avukatlar -beyanlarına göre- uzun süre boş ve soğuk bir odada bekletildikten sonra başvurucuyla görüştürülmeyecekleri kendilerine sözlü olarak bildirilmiştir.

23. Bunun üzerine avukatlar, Aşkale Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak Aşkale GGM müdürü hakkında görevini kötüye kullandığı iddiasıyla suç duyurusunda bulunmuşlardır. Avukatlar şikâyet dilekçesinde, sınır dışı etme kararına karşı on beş günlük sürede dava açılmasının

engellenmesi amacıyla başvurucuyla görüşmelerine izin verilmediğini ileri sürmüşlerdir. Anılan soruşturmanın akıbeti hakkında bilgi bulunmamaktadır.

24. Başvurucu, aynı ay içinde üçüncü kez yer değiştirmiş ve bu kez Edirne GGM'ye sevk edilmiştir. İstanbul Barosuna kayıtlı Avukat O.D. 5/1/2016 tarihinde Edirne GGM'ye giderek başvurucuyla bir görüşme gerçekleştirmiştir.

25. Avukat O.D. sınır dışı işleminin iptaline ilişkin dava açabilmek amacıyla yazılı olarak başvurucunun dosyasını inceleme talebinde bulunmuş ancak kendisine dosyayı daha sonra inceleyebileceği bilgisi sözlü olarak verilmiştir.

26. Avukat O.D. aynı gün vekâletname düzenlenebilmesi için Edirne 3. Noterliğine başvuruda bulunmuş, noterlik yeminli kâtibi ve bir tercüman Edirne GGM'ye intikal etmiştir. Noterlik tarafından başvurucunun kimliğine ya da pasaportuna ihtiyaç duyulmuş ancak Edirne GGM yetkilileri başvurucunun kimliği ve pasaportunun bulunmadığını belirtmişlerdir. Sonuç olarak başvurucu tarafından avukat O.D.ye vekâletname verilememiştir.

27. Bunun üzerine Avukat O.D. ve başvurucu tarafından el yazısıyla İngilizce olarak 5/1/2016 tarihinde bir tutanak düzenlenmiştir. Tutanakta, Edirne GGM yetkilileri tarafından izin verilmemesi nedeniyle başvurucunun dosyasının avukat tarafından incelenemediği belirtilmiştir. Tutanakta ayrıca vekâletname düzenlenemediği için avukatlar O.D. ve İ.E.nin başvurucu tarafından vekil olarak yetkilendirildiği ifade edilmiştir.

28. Bu gelişmeler üzerine İstanbul Barosuna kayıtlı avukatlar U.Y., İ.E. ve O.D. tarafından Adana 1. İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi) 7/9/2015 tarihli sınır dışı etme kararının iptali istemiyle dava açılmış ve dava dilekçesinde yukarıda açıklanan nedenlerle vekâletname sunulamadığı belirtilmiştir.

29. Dava dilekçesinde, bilgisayar mühendisi ve aydın bir politikacı olan başvurucunun 2013 yılında Mısır'da gerçekleşen askerî darbe sonrasında idam cezasıyla cezalandırılmasına karar verilen Mısır Arap Cumhuriyeti'nin 5. Cumhurbaşkanı Muhammed Mursi taraftarı Özgürlük ve Kalkınma Partisine 2011-2013 yılları arasında üye olması nedeniyle ülkesinde yaşamı ve özgürlüğünün tehlike altında olduğu iddia edilmiştir.

30. Dava dilekçesinde ayrıca başvurucunun eşinin darbe sırasında hayatını kaybettiği, eşinin darbe karşıtlığıyla bilinen ve ünlü muhalif bir

gazeteci olan babasının (M.F.) evinde yapılan aramada el konulan başvurucuya ait taşınabilir bilgisayarın içeriğinde darbe karşıtı yazışmalar bulunduğu ve bu nedenle ülkesinde arananlar listesinde olduğu dile getirilmiştir.

31. Dava dilekçesinde bunlara ilave olarak başvurucuya sınır dışı kararının gerekçesi ve itiraz usulleri hakkında bilgilendirmede bulunulmadığı, kanun maddelerinden ibaret matbu bir form imzalatıldığı, sınır dışı etme kararına ne şekilde itiraz edileceğinin açıklanmadığı, başvurucunun avukatla görüşmesine izin verilmediği, telefon etmesinin ve yakınlarına haber vermesinin engellendiği ileri sürülmüştür.

32. İdare Mahkemesi tarafından 20/1/2016 tarihinde (vekâletnamesiz dava açılması nedeniyle) davaya muvafakat edip etmediği başvurucuya sorulmuştur.

33. Başvurucu, Edirne GGM aracılığıyla İdare Mahkemesine sunduğu cevapta davaya muvafakat ettiğini bildirmiştir.

34. İdare Mahkemesinin 19/2/2016 tarihli ve E.2016/40, K.2016/144 sayılı kararıyla sınır dışı etme kararının başvurucuya tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde açılmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

> *" ... davacı hakkında 6458 sayılı Kanun'un 54/1-b, 54/1-d hükümlerine göre 07.09.2015 tarih ve 28528747-020-E.16676 sayılı sınır dışı etme kararı alındığı, bu kararın 08.09.2015 tarihinde tercüman huzurunda davacıya tebliğ edildiği ve tebligat belgesinin davacı tarafından imza edildiği, tebligat belgesinde sınır dışı etme kararına karşı davacının başvuracağı makam ve başvuru süresi hakkında gerekli bilgilendirmenin yapıldığı, bakılan davanın ise 14.01.2016 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır.*
>
> *Bu durumda, davacının sınır dışı edilmesine ilişkin 07.09.2015 tarih ve 28528747-020-E.16676 sayılı işlemin davacıya 08.09.2015 tarihinde tebliğ edildiği, diğer yandan yapılan tebligatın usulüne uygun olduğu da göz önünde bulundurulduğunda; sınır dışı edilmesine ilişkin işleme karşı davacının işlemin tebliğ tarihi olan 08.09.2015 tarihinden itibaren on beş günlük dava açma süresi içerisinde dava açması gerekirken, bu süre geçirildikten çok sonra, 14.01.2016 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmaktadır."*

35. Bu karar, başvurucuya 2/3/2016 tarihinde tebliğ edilmiş olup 23/3/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

36. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından 5/4/2016 tarihinde başvurucunun idari gözetim altına alınmasına ve sınır dışı edilmesine ilişkin kararlar ile bunların tebliğine dair belgelerin örnekleri gönderilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal ve Uluslararası Hukuk

37. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında ulusal ve uluslararası mevzuata ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Somut olayda ilgili kararlarda belirtilen mevzuat hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılmıştır (*A.A. ve A.A.* [GK], B. No: 2015/3941, 1/3/2017, §§ 54-72).

B.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması

38. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin **(**AİHM) sınır dışı kararının uygulanması hâlinde yaşam hakkı ile kötü muamele yasağının ihlal edileceğine ilişkin şikâyetler ve bu bağlamda etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiaları ile ilgili ilkesel yaklaşımı özetle şöyledir (Referans alınan AİHM kararları için bkz. *Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989; *Saadi/İtalya* [BD], B. No: 37201/06, 28/2/2008; *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* [BD], B. No: 30696/09, 21/1/2011; *J.K. ve diğerleri/İsveç* [BD], B. No: 59166/12, 23/8/2016; *Ghorbanov ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 28127/09, 3/12/2013; *Mamatkulov ve Aksarov/Türkiye* [BD], B. No: 46827/99, 4/2/2005; *Babajanov/Türkiye*, B. No: 49867/08, 10/5/2016; *Rotaru/Romanya* [BD], B. No: 28341/95, 4/5/2000; *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25/3/1983; *Aksoy/Türkiye,* B. No: 21987/93, 18/12/1996):

> *AİHM, geri gönderilen ülkede işkence ve kötü muamele riskinin varlığını haklı gösteren önemli gerekçelerin bulunması hâlinde bu iddiaların kapsamlı ve titiz (etkili) bir şekilde incelenmesi gerektiğine dikkat çekmektedir.*
>
> *AİHM, söz konusu incelemenin etkililiğinden bahsedebilmek için sınır dışı kararı uygulanmadan önce ilgili kişiye bağımsız bir mercie başvuruda bulunma imkânı sunulması ve inceleme sonuçlanıncaya kadar sınır dışı kararının uygulamasının kendiliğinden (otomatik olarak) durdurulmasının önemine vurgu yapmaktadır.*

Öte yandan AİHM, Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklerin ulusal düzeyde korunması için etkili bir başvuru yolunun var olması gerektiğini belirtmektedir.

AİHM'e göre Sözleşme'nin 13. maddesi yetkili ulusal makamlar tarafından Sözleşme kapsamına giren bir şikâyetin esasının incelenmesine izin veren ve uygun bir telafi yöntemi sunan bir iç hukuk yolunun sağlanmasını gerekli kılmaktadır. Ayrıca bu hukuk yolunun teoride olduğu kadar pratikte de etkili bir yol olması gerekmektedir.

AİHM, başvurucunun Sözleşme'nin ihlal edilmesi sonucu mağdur olduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiada bulunması gerektiğine vurgu yapmakta ve devletin Sözleşme'nin 13. maddesi kapsamındaki yükümlülüğünün ihlal edildiği ileri sürülen hakkın içeriğine göre değişiklik gösterebileceğini belirtmektedir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

39. Mahkemenin 24/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi

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

B. Kötü Muamele Yasağı ve Etkili Başvuru Hakkı Yönünden

1. Başvurucunun İddiaları

41. Başvurucu; ülkesinde 2013 yılında askerî darbe yapıldığını, siyasi geçmişi ve eşinin babasının darbe karşıtı muhalif bir gazeteci olmasından ötürü yeni yönetimin kendisini arananlar listesine aldığını, ülkesine geri gönderilmesi hâlinde yaşamının ve özgürlüğünün tehlikeye düşeceğini belirtmiştir.

42. Başvurucu ayrıca sınır dışı kararının alındığı tarihten itibaren idari gözetim altında tutulduğunu, kendisine üzerinde kanun maddelerinin yazılı olduğu matbu tebligat formunun imzalatıldığını, sınır dışı etme kararına

nasıl itiraz edeceğinin açıklanmadığını, yasal yollara başvurabilmek için avukatıyla görüşmesine ve yakınlarıyla iletişim kurmasına izin verilmediğini belirterek Anayasa'nın 17., 19. ve 36. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş; adli yardım, sınır dışı işleminin durdurulması, maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunmuştur.

2. Değerlendirme

43. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı"* kenar başlıklı 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz."

44. Anayasa'nın "*Devletin temel amaç ve görevleri"* kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"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."

45. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin korunması"* kenar başlıklı 40. maddesi şöyledir:

"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."

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). Başvurucunun sınır dışı edilmesi hâlinde yaşamının ya da özgürlüğünün tehlikeye düşeceğine ilişkin iddiaları Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası, sınır dışı etme kararının usulüne uygun tebliğ edilmemesi ve avukatla görüştürülmemesi nedenleriyle anılan karara karşı yasal yollara başvurmakta geciktirildiğine dair diğer şikâyetler Anayasa'nın 17. maddesiyle bağlantılı olarak 40. maddesi kapsamında görülmüştür. Somut olayda öncelikli olarak etkili başvuru hakkı bakımından bir inceleme yapılacaktır. Kötü muamele yasağı bakımından ayrıca bir inceleme yapılıp yapılmayacağına etkili başvuru hakkı bakımından yapılan incelemenin sonucuna göre karar verilecektir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

47. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için 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).

48. İdare Mahkemesinin kararından da anlaşılacağı üzere sınır dışı etme kararının alındığı tarihten itibaren on beş günlük süre içinde iptal davası açılmadığı görülmektedir. Bireysel başvuruya konu şikâyetlerin mevzuatta öngörülen süre içinde yetkili yargısal makamlara iletilmediği açıktır. Buna karşılık başvurucu, söz konusu gecikmenin kendi kusurundan değil kamu makamlarının tutumundan kaynaklandığını ileri sürmektedir.

49. Anayasa'nın 40. maddesinde, anayasal hakları ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı (etkili başvuru hakkı) güvence altına alınmıştır.Ayrıca kötü muamele yasağının güvence altına alındığı Anayasa'nın 17. maddesinde, hakkında sınır dışı kararı verilen bir yabancıya bu karara karşı etkili bir şekilde "karşı çıkma imkânı" sağlanmaktadır (*A.A. ve A.A.* [GK], B. No: 2015/3941, 1/3/2017,§ 60).

50. Başvuru konusu olayda, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan bir hakkı ihlal edilen yabancının yetkili makamlara başvuruda bulunmasının Anayasa'nın 40. maddesine aykırı olarak kamu makamları tarafından zorlaştırıldığı ve geciktirildiği iddia edilmektedir. Başvurucunun iddialarının -bu süreçte devletin himayesi altında oluşu da dikkate alınarak- Anayasa'nın 17. ve 40. maddelerinde yer alan ilkeler ışığında esas yönünden yapılacak incelemede değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle açıkça dayanaktan yoksun olmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

51. Anayasa'da yabancıların ülkeye girişleri, ülkede ikamet edişleri ve ülkeden çıkarılmalarına ilişkin konularda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Uluslararası hukukta da kabul edildiği üzere bu husus, devletin egemenlik yetkisi kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla devletin yabancıları ülkeye kabul etmekte veya ülkeden sınır dışı etmekte takdir yetkisinin bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak anılan işlemlerin -Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturması hâlinde- bireysel başvuruya konu edilebilmesi mümkündür (*A.A. ve A.A.*, § 54).

52. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yaşama hakkının yanında kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı da güvence altına alınmıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise kimseye "işkence ve eziyet" yapılamayacağı, kimsenin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı ilkesine yer verilmiştir. Maddenin sistematiğinden de anlaşılacağı üzere birinci fıkrada genel olarak güvence altına alınan bireyin maddi ve manevi varlığı, üçüncü fıkrada kötü muamelelere karşı özel olarak korunmuştur (*A.A. ve A.A.*, § 55).

53. Ancak bu yasakla korunan hakların gerçek anlamda güvence altına alındığından bahsedilebilmesi için devletin kötü muamelede bulunmaması yeterli değildir. Devletin aynı zamanda bireyleri, kendi görevlilerinin ve üçüncü kişilerin kötü muamele oluşturabilecek eylemlerine karşı da koruması gerekir (*A.A. ve A.A.*, § 57).

54. Nitekim Anayasa'nın 5. maddesinde "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" devletin temel

amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 17. ve 5. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde devletin bireyi kötü muamele yasağına karşı koruma (pozitif) yükümlülüğünün de bulunduğu anlaşılmaktadır(*A.A. ve A.A.*, § 58).

55. Anayasa'nın 5., 16. ve 17. maddeleri uluslararası hukuk ve özellikle de Türkiye'nin taraf olduğu Cenevre Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri ile birlikte yorumlandığında devletin egemenlik yetkisi alanında olup gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalabilecek yabancıların da maddi ve manevi varlıklarına yönelik risklere karşı korunmalarının devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer aldığının kabulü gerekir(*A.A. ve A.A.*, § 59).

56. Anılan pozitif yükümlülük kapsamında, sınır dışı edilecek kişiye ülkesinde karşılaşabileceği risklere karşı gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için sınır dışı kararına karşı etkili bir "karşı çıkma imkânı" tanınması gerekir. Aksi hâlde sınır dışı edildiğinde kötü muameleye maruz kalma riski altında olduğunu iddia eden ve bu iddiasını delillendirme konusunda devlete göre daha kısıtlı imkânlara sahip olan yabancıya gerçek anlamda bir koruma sağlanabildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır(*A.A. ve A.A.*, § 60).

57. Dolayısıyla kötü muameleye karşı koruma pozitif yükümlülüğünün -anılan yasağın koruduğu hakların doğası gereği- hakkında sınır dışı kararı verilen bir yabancıya "iddialarını araştırtma" ve bu kararı "adil bir şekilde inceletme" imkânı sağlayan usul güvencelerini de içerdiği kuşkusuzdur (*A.A. ve A.A.*, § 61).

58. Bu çerçevede sınır dışı etme işlemi sonucunda yabancının gönderileceği ülkede kötü muamele yasağının ihlal edileceğinin iddia edilmesi hâlinde idari ve yargısal makamlar tarafından söz konusu ülkede gerçek bir ihlal riskinin bulunup bulunmadığı ayrıntılı şekilde araştırılmalıdır. Anılan usul güvencelerinin bir gereği olarak idari makamlar tarafından alınan sınır dışı kararlarının bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, bu denetim süresince sınır dışı kararlarının icra edilmemesi ve yargılama sürecine tarafların etkili katılımının sağlanması gerekir(*A.A. ve A.A.*, § 62).

59. Öte yandan Anayasa'nın 40. maddesinde Anayasa'da güvence altına alınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin yetkili makama

geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı (etkili başvuru hakkı) güvence altına alınmaktadır.

60. Buna göre etkili başvuru hakkı;anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya (yeterli giderim sağlamaya) elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânı sağlanması olarak tanımlanabilir.

61. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine ilişkin iddiaların ileri sürülebileceği bir başvuru yolunun mevzuatta öngörülmesi yeterli değildir. Söz konusu başvuru yolunun aynı zamanda uygulamada da etkili olması (başarı şansı sunması) gerekir. Bununla birlikte bir başvuru yolunun gerek hukuken gerekse uygulamada genel anlamda etkili olması, somut olay bakımından etkili başvuru hakkına ilişkin bir müdahale bulunup bulunmadığının değerlendirilmesine engel değildir.

62. Yukarıda yer verilen ilkelerde görüldüğü üzere sınır dışı edilmesine karar verilen yabancıya, kötü muamele yasağına karşı koruma yükümlülüğü uyarınca bu karara etkili bir "karşı çıkma imkânı" tanınması gerekmektedir. Anılan yasağın doğası gereği içerdiği kabul edilen usul güvencelerinin ilk bakışta etkili başvuru hakkı kapsamındaki güvencelerle benzer nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

63. Etkili başvuru hakkı, kötü muamele yasağının esasının korunmasına yönelik güvencelerden farklı olarak maddi hakka ilişkin ihlal iddialarının yetkili makamlara ulaştırılmasına imkân sağlayan güvenceler içermektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre kötü muamele yasağı kapsamında inceleme yapılabilmesi için sıkı ispat kriterleriyle donatılmış, savunulabilir nitelikte bir iddianın varlığı aranırken (*A.A. ve A.A.*, §§ 63, 71-74) anılan yasakla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğinin makul şekilde açıklanması inceleme için yeterli görülebilir. Dolayısıyla etkili başvuru hakkının ihlali kötü muamele yasağının da mutlak şekilde ihlal edilmesine bağlı değildir.

64. Kötü muamele yasağı kapsamında gerçekleşen ihlaller bakımından tazminat yolu kural olarak yalnız başına ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Özellikle de geri gönderilecek ülkede yaşam hakkı ya da kötü muamele yasağının ihlal edilme riskinin bulunduğu durumlarda

tazminat yolunun yalnız başına ihlali tespit etmeye ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli olmadığı açıktır. Buna karşılık idari gözetim merkezinin fiziki koşullarının ulusal ve uluslararası standartları karşılamadığı gerekçesiyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiaları bakımından tazminat yolu bazı durumlarda ihlali gidermek için yeterli olabilmektedir (*B.T.* [GK], 2014/15769, 30/11/2017). Bu nedenle etkili başvuru hakkına ilişkin değerlendirmenin, bağlantılı olduğu hakkın niteliğine ve şikâyetin kapsamına uygun olarak her olayda ayrıca yapılması gerekir.

65. Geri gönderilecekleri ülkede kötü muameleye maruz kalacaklarını ileri süren yabancıların -özellikle de idari gözetim altında tutulanların ya da bir başka ifadeyle devletin gözetimi altında bulunanların- farklı dildeki açıklamaları/tebligatı anlama, ülkenin yasal mevzuatı hakkında bilgi sahibi olma ve resmî makamlara başvuruda bulunma konusunda oldukça dezavantajlı bir pozisyonda bulundukları tartışmasızdır.

66. Dolayısıyla başvuruculaların kötü muamele iddialarını resmî makamlar önünde usulüne uygun şekilde ileri sürebilmelerinde destek sağlayacak kişilere (avukat, doktor, aile fertleri vb.) veya materyallere (kalem, kâğıt, mevzuat, sözlük, internet vb.) erişimlerinin tamamen engellenmesi etkili başvuru hakkının ihlaline neden olabilir. Bu engelleme ilgili mevzuatın yetersizliğinden kaynaklanabileceği gibi somut olay kapsamında yetkili makamların keyfî tutumlarına bağlı olarak da gerçekleşebilir.

67. Anayasa Mahkemesi, etkili başvuru hakkının ihlaline karar verdiği durumlarda ikincillik ilkesi gereği ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını ilgili idari veya yargısal makamdan isteyebilir. Bununla birlikte somut olayın özel koşulları altında gerekli görülmesi hâlinde etkili başvuru hakkıyla bağlantılı olan hakka ilişkin de bir inceleme yapılabilir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

68. Başvuru konusu olayda, 7/9/2015 tarihinde başvurucunun idari gözetim altına alınmasına ve sınır dışı edilmesine karar verilmiştir (bkz. § 15).

69. Başvurucu, Adana GGM'ye sevk edilmiş ve anılan sınır dışı etme kararı 8/9/2015 tarihinde tercüman eşliğinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Türkçe olarak yapılan tebligat mazbatası içeriğinde sınır dışı etme kararına karşı on beş gün içinde idare mahkemesinde dava açabileceği bilgisinin yer aldığı anlaşılmaktadır(bkz. § 16).

70. Başvurucu, ülkesine geri gönderilmesi hâlinde kötü muameleye maruz kalabileceği iddiasını ve bunun somut gerekçelerini içeren dilekçesini vekili aracılığıyla 20/1/2016 tarihinde İdare Mahkemesine sunmuştur. Ancak bu iddia, sınır dışı etme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde dava açılmadığı gerekçesiyle incelenmemiştir (bkz. §§28-34).

71. Başvurucu, sınır dışı etme kararına karşı tebliğden itibaren on beş günlük süre içinde dava açmadığını kabul etmekte ancak bu gecikmenin kendi kusurundan kaynaklanmadığını ileri sürmektedir. Başvurucu iddialarını iki önemli gerekçeye dayandırmaktadır.

72. Başvurucunun birinci gerekçesi, idari gözetim altında tutulmasına ve fiilen mahkemeye başvurma imkânı olmamasına rağmen dava açma hakkını ne şekilde kullanacağının kendisine açıklanmadığına ve anılan tebligatın sadece 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun ilgili maddelerini içerdiğine ilişkindir.

73. Başvurucunun ikinci gerekçesi ise hakkında sınır dışı etme kararının alındığı 7/9/2015 tarihinden 5/1/2016 tarihine kadar hukuki yardım almak üzere avukatıyla ve yakınlarıyla görüşmesinin engellenmesidir. Başvurucu bu sürede ayrıca, avukatına vekâletname çıkarmasına ve avukatının dava açmak üzere sınır dışı dosyasını incelemesine de izin verilmediğini belirtmektedir.

74. Öte yandan somut olayda başvurucunun temel şikâyeti sınır dışı edilmesi hâlinde kötü muamele yasağının ihlal edileceğine ilişkindir. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yerleşik içtihadı, devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için başvurucu tarafından savunulabilir (araştırılabilir/tartışılabilir/araştırmaya değer/makul şüphe uyandıran) bir iddia ortaya konulması gerektiği yönündedir (*A.A. ve A.A.*, § 63).

75. Başvurucunun 2013 yılında ülkesinde gerçekleşen askerî darbe sırasında eşinin hayatını kaybettiğine, eşinin darbe karşıtı muhalif bir gazeteci olan babasının evinde yapılan aramada taşınabilir bilgisayarına el konulup içeriğinde darbe karşıtı yazışmaların tespit edildiğine, darbe karşıtı bir siyasi partiye üye olduğuna, isminin arananlar listesinde yer aldığına ve ülkesine geri gönderilmesi hâlinde yaşamının tehlikeye düşebileceğine ilişkin iddialarının savunulabilir nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

76. Bu durumda kötü muamele yasağının esası hakkında bir değerlendirme yapılmadan önce anılan yasağın ihlal edildiğine dair savunulabilir nitelikteki iddialarınyetkili makamlar önünde dile getirme imkânının engellendiğine (etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine) ilişkin şikâyetlerin incelenmesi gerekir.

77. Başvuru konusu olayda, 6458 sayılı Kanun uyarınca sınır dışı etme kararlarına karşı on beş gün içinde idare mahkemelerinde iptal davası açılmasını öngören başvuru yolunun genel anlamda etkili olmadığına dair bir şikâyet söz konusu değildir. Bu nedenle başvuru yolunun hukuki ya da uygulamada etkili olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmamıştır. Somut olay bakımından etkili başvuru hakkının kullanılmasına bir müdahalede bulunup bulunmadığıyla sınırlı bir inceleme yapılmıştır.

78. Başvurucunun sınır dışı etme kararının kendisine tebliğ edildiği 8/9/2015 tarihinden Avukat O.D. ile görüştüğü 5/1/2016 tarihine kadar bu kararının iptali için herhangi bir girişimde bulunup bulunmadığı dosya kapsamındaki bilgilerden anlaşılamamaktadır. Bu doğrultuda başvurucunun bireysel olarak sınır dışı etme kararına itiraz edebilmek için Adana, Erzurum ve Edirne GGM yetkilileriyle herhangi bir görüşme gerçekleştirip gerçekleştirmediği de bilinmemektedir.

79. Dolayısıyla başvurucunun avukatıyla görüştüğü tarihe kadar geçen süre içinde İdare Mahkemesine başvuruda bulunmamasının kendi özensizliğinden mi yoksa iddia edildiği şekilde kamu makamlarının engellemesinden mi kaynaklandığının tam olarak anlaşılabilmesi mümkün değildir.

80. Ancak sınır dışı etme kararının tebliğinden dava açılmasına kadar geçen süreç başvurucunun ve kamu makamlarının tutumu hakkında bazı ipuçları vermekte ve bu konuda bir değerlendirme yapılabilmesine imkân sağlamaktadır.

81. Başvurucu 7/9/2015 tarihinde Adana'da idari gözetim altına alınmış, ilk olarak 26/11/2015 tarihinde sınır dışı edilmek üzere İstanbul Atatürk Havalimanı'na gönderilmiş; sonrasındaki iki aylık sürede ise sırasıyla Adana, Erzurum ve Edirne GGM'lerine sevk edilmiştir. Başvurucunun kısa süre içinde coğrafi olarak birbirine oldukça uzak konumda olan merkezler arasında yer değişikliğine tabi tutulduğu görülmektedir.

82. Bunun yanında başvurucunun hangi merkeze sevk edildiğine dair bilginin de -yazılı olarak talep edilmesine rağmen- avukatıyla paylaşılmadığı anlaşılmaktadır. Dahası bu süreçte avukatın başvurucuyla görüşme taleplerinin sürüncemede bırakıldığına ilişkin olarak temelsiz olmayan iddialar söz konusudur.

83. Bunlara ek olarak başvurucunun avukatına vekâlet vermesine ve sınır dışı dosyasının avukat tarafından incelenmesine izin verilmediği de ileri sürülmektedir. Avukatlar İ.E. ve Ö.Y. tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan şikâyetin içeriği ile başvurucunun Avukat O.D. ile birlikte düzenlediği tutanak ve bu tutanağa dayanılarak İdare Mahkemesinde vekâletnamesiz açılan dava, anılan iddiaları doğrular niteliktedir.

84. Başvurucunun iddiaları bunları destekleyen olgularla birlikte değerlendirildiğinde sınır dışı etme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş günlük süre içinde İdare Mahkemesinde dava açılamamasının kamu makamlarının engelleyici tutumundan kaynaklandığına ilişkin iddianın temelsiz olduğu söylenemez.

85. Öte yandan başvurucunun ve başvurucu vekilinin görüşme ve sınır dışı dosyasını inceleme girişimleri, başvurucunun Atatürk Havalimanı'nda ülkesine dönmeyi kabul etmemesi, vekâletname çıkarmak için noterin Edirne GGM'ye davet edilmesi, Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan suç duyurusunda süre sorununa ilişkin endişelerin dile getirilmesi ve nihayet 5/1/2016 tarihinde avukatla ilk görüşmenin ardından vekâletname düzenlenememesine rağmen 20/1/2016 tarihinde (on beş gün içinde) dava açılması birlikte değerlendirildiğinde başvurucunun yasal süresinde dava açma konusunda özensiz davrandığını -mevcut bilgilere göre- söyleyebilmek mümkün değildir.

86. Başvurucunun söz konusu iddialarını sadece Anayasa Mahkemesi önünde değil aynı zamanda İdare Mahkemesinde görülen davada da dile getirdiği görülmektedir (bkz. § 31). Buna karşılık İdare Mahkemesi tarafından on beş günlük dava açma süresine ilişkin şeklî bir inceleme yapıldığı, başvurucunun diğer iddialarının dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır (bkz. § 34). Kaldı ki İdare Mahkemesinde görülen davada başvurucunun iddialarına ilişkin Adana Göç İdaresi tarafından da herhangi bir açıklama getirilmemiştir.

87. Sonuç olarak Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasının kamu makamlarının engelleyici tutumu nedeniyle mevzuatta öngörülen süre içinde dava konusu edilemediğine ilişkin şikâyetlerin İdare Mahkemesi tarafından araştırılmadığı ve kararda da bu hususun değerlendirilmediği görülmektedir.

88. Devletin himayesi altında bulunması nedeniyle ihlal iddialarını kanıtlamak konusunda devlete göre dezavantajlı pozisyonda olan başvurucunun maddi olgulara dayalı iddialarının İdare Mahkemesi tarafından dikkate alınmaması karşısında somut olay bakımından kötü muamele yasağının ihlaline ilişkin şikâyetlerle ilgili olarak etkili bir başvuru imkânı sağlandığını söyleyebilmek mümkün değildir.

89. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesiyle bağlantılı olarak 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

90. Etkili başvuru hakkının ihlaline karar verilmesiyle birlikte sınır dışı etme kararının uygulanması hâlinde kötü muamele yasağının ihlal edileceğine ilişkin iddiaların İdare Mahkemesi tarafından araştırılabilmesi imkânı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle ikincillik ilkesi gereği kötü muamele yasağı bakımından bu aşamada ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

91. 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."

92. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesine göre esas inceleme sonunda ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için tazminata ve/veya yeniden yargılamaya ya da somut olayın özelliğine göre yapılması gerekenlere hükmedilebilir.

93. Somut olayda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

94. İhlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için geri gönderilecek ülkede gerçek bir kötü muamele riskinin bulunup bulunmadığının araştırılması ve değerlendirilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu anlaşıldığından kararın bir örneğinin mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

95. Diğer taraftan 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, 29/10/2016 tarihli ve 29872 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklik sonrasında yabancının, sınır dışı etme kararına karşı dava açma süresi içinde veya yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilemeyeceği hükmüne bazı istisnalar getirilmiştir.

96. Yeni durumda i) Terör veya çıkar amaçlı suç örgütlerinin yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar, ii) Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar, iii) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler bakımından sınır dışı edilmelerine karar verildiğinde dava açma süresi içinde veya yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilemeyeceklerine dair hüküm uygulanmayacaktır.

97. Somut olayda başvurucunun kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu gerekçesiyle sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının ardından idare mahkemesinde yapılacak yeniden yargılama sırasında sınır dışı edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır (*Y.T.* [TK], B. No: 2016/22418, 1/11/2016). Başvurucunun geri gönderileceği ülkede gerçek bir kötü

muamele riski altında olduğuna ilişkin iddialarının değerlendirileceği süreçte sınır dışı edilmesi hâlinde maddi veya manevi bütünlüğü bakımından ciddi bir tehlike ortaya çıkabilecektir (*Azizjon Hikmatov*, B. No: 2015/18552, 10/5/2017, § 82).

98. Bu durumda yeniden yargılama kararı verilmesinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca başvurucunun yeniden yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmemesine de karar verilmesi gerekir(*Azizjon Hikmatov,* § 83).

99. Başvurucu, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

100. Yeniden yargılama sonucunda ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılma olanağı bulunması nedeniyle ihlalin tespiti yeterli görüldüğünden manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

101. 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.

102. Başvurucuya 1.980 TL vekâlet ücretinin ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. Anayasa'nın kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin etkili başvuru hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Adana 1. İdare Mahkemesine (E.2016/40, K.2016/144) GÖNDERİLMESİNE,

E. Yeniden yargılama sonuçlanıncaya kadar başvurucunun SINIR DIŞI EDİLMEMESİNE,

F. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

G. 1.980 TL vekâlet ücretinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

H. 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,

İ. Kararın bir örneğinin İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne GÖNDERİLMESİNE,

J. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 24/5/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

EĞİTİM HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

MELİH SİVAS BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/15634)

Karar Tarihi: 28/6/2018

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	**:** Burhan ÜSTÜN
Üyeler	**:** Hicabi DURSUN
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Kadir ÖZKAYA
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	**:** Hüseyin KAYA
Başvurucu	**:** Melih SİVAS
Vekili	**:** Av. Gültennur BATMAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, 31/7/2016 tarihli ve 29787 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 669 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname ile Hava Harp Okulundan ilişiğin kesilmesi nedeniyle de eğitim ve kamu hizmetine girme haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 31/8/2016 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.

III. OLAY VE OLGULAR

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

6. Türkiye 15/7/2016 tarihinde askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış, bu nedenle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiş ve olağanüstü hâl bugüne kadar birçok kez uzatılmıştır. Kamu makamları ve yargı organları -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir (*Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-25).

7. Darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından, darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY'nin kamu kurumlarındaki örgütlenmesinin yanı sıra eğitim, sağlık, ticaret, sivil toplum ve medya gibi farklı alanlardaki yapılanmasına yönelik soruşturmalar yürütülmüş ve çok sayıda kişi hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirleri uygulanmıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 51, *Mehmet Hasan Altan (2)* [GK], B. No: 2016/23672, 11/01/2018, § 12).

8. Başvurucu hakkında da FETÖ/PDY'nin Hava Harp Okulu askerî öğrencileri içindeki örgütlenmesine yönelik olarak ve ayrıca darbe teşebbüsüne başvurucunun silahlı olarak katılıp destek verdiği iddiası çerçevesinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca (Başsavcılık) yürütülen bir soruşturma kaspamında İstanbul 9. Sulh Ceza Hâkimliğinin 18/7/2016 tarihli kararıyla tutuklama tedbiri uygulanmıştır. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

> *"...*
>
> *Şüpheliler Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini Ortadan Kaldırmaya veya Görevini Yapmasını Engellemeye Teşebbüs Etme,Türkiye Büyük Millet Meclisini Ortadan Kaldırmaya veya Görevini Yapmasını Engellemeye Teşebbüs Etme, Cumhurbaşkanına Suikast, Bir Suçu Gizlemek veya Başka Bir Suçun Delillerini Gizlemek ya da Yakalanmamak Amacıyla Öldürme, Anayasal Düzeni Ortadan Kaldırmaya Teşebbüs Etme suçlarından tutuklanmaları talebi ile hakimliğimize sevk edilmişlerdir.*

Soruşturma dosyası kapsamında toplanan deliller, şüphelilerin ifade ve savunmaları, olaya ve şüphelilerin yakalanmasına ilişkin kolluk görevlilerince düzenlenmiş olan tutanak içerikleri ile tüm soruşturma dosyası kapsamının hep birlikte değerlendirilmesi neticesinde; şüphelilerin Türk Silahlı Kuvvetlerinin hiyerarşik yapısı dışına çıkarak Türkiye Cumhuriyeti Devletini ortadan kaldırmayı amaçlayan ve bu amaç doğrultusunda devletin çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarına sızarak kamu gücünü kendi amaç ve doğrultularında kullanarak faaliyette bulunduğu kamuoyuna yansıyan bir çok hazırlık soruşturması ve kamu davalarından anlaşılan FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile bağlantılı olarak hareket ettiği kanaatine varılan "Yurtta Sulh Konseyi" isimli yasadışı örgütün faaliyeti içerisinde yer aldıkları değerlendirilmiştir.

...

Bu itibarla şüphelilerin 15/07/2016 günü "Yurtta Sulh Konseyi"nin emirleri doğrultusunda İstanbul ilinde darbe yapmaya kalkışan askeri güçlerin hakimiyetini sağlamak amacıyla görevli olmadıkları halde darbeye teşebbüs suçu kapsamında Hava Harp Okulu 3. Sınıf Öğrencisi oldukları, Filo olarak kamp halindeyken yukarıda bahsedilen kalkışma girişimi faaliyetleri çerçevesinde kendilerini yönlendiren komutanları ile birlikte Sabiha Gökçen Havalimanını kontrol altına almak üzere görevlendirildikleri,ancak Havalimanına ulaşamadan trafiğin kapalı olması nedeni ile emniyet güçlerince durdurulduklarını, araçlarından inip emniyet güçleriyle çatışmaya girdikleri, çatışma esnasında bir emniyet mensubunun ve bir vatandaşın şehit olduğu ve bazılarının yaralandığı eylemlerine katılarak TCK'nun 312.maddesinde anlamını bulan Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini Ortadan Kaldırmaya veya Görevini Yapmasını Engellemeye Teşebbüs Etme, Türkiye Büyük Millet Meclisini Ortadan Kaldırmaya veya Görevini Yapmasını Engellemeye Teşebbüs Etme, Nitelikli şekilde kasten öldürme, Anayasal Düzeni Ortadan Kaldırmaya Teşebbüs Etme suçunu işledikleri yönünde kuvvetli suç şüphesine dayanan deliller bulunduğu kanaatine varılmıştır.

Şüphelilere isnat edilen suçun yasada öngörülen ceza miktarı, işledikleri iddia edilen suçun önemli ve ciddi sayılan katalog suçlardan olması nedeniyle tutuklama nedenin "Kanun gereğince" var sayıldığı, Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve 5271 sayılı CMK'nun 100 ve devam eden maddeleri uyarınca şüphelilerin tutuklanmalarına

engel bir hallerinin (tutuklama yasağı ve yargılama engeli bulunmaması hali gibi) bulunmadığı, almaları muhtemel ceza göz önüne alındığında kaçma şüphelerinin bulunduğu, nitekim FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının fırsat bulduklarında yasal ve gayriyasal yollarla yurtdışına kaçtıklarını daha önceden yapılan soruşturma dosyası içeriklerinden ve 15/07/2016 tarihli kalkışmanın başarısız olduğunu gören helikopter pilotu ve mürettebatının Yunanistan sınırını geçerek Yunan hükümetinden siyasi sığınma talebinde bulunduklarının görüldüğü tespit edilmiştir.

Soruşturmanın henüz tamamlanmaması nedeniyle şüphelilerin delilleri yok etme, gizleme şüphesinin bulunduğu, İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik önlemi değerlendirildiğinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 13. maddesinde ifade olunan 'ölçülülük' ilkesi uyarınca, daha hafif koruma önlemi olan adli kontrol tedbiri uygulanmasının bu aşamada soruşturmaya konu suç ve bu şüpheliler açısından 'yetersiz' kalacağı ve amaca hizmet etmeyeceği kanaatine varılarak Şüpheliler ve müdafilerinin serbest bırakılma istemlerinin reddi ile şüphelilerin üzerine atılı olan Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini Ortadan Kaldırmaya veya Görevini Yapmasını Engellemeye Teşebbüs Etme, Türkiye Büyük Millet Meclisini Ortadan Kaldırmaya veya Görevini Yapmasını Engellemeye Teşebbüs Etme, Nitelikli şekilde kasten öldürme, Anayasal Düzeni Ortadan Kaldırmaya Teşebbüs Etme suçlarından 5271 sayılı CMK'nın 100 ve devamı maddeleri uyarınca ayrı ayrı tutuklanmalarına..."

9. Başvurucu, tutuklama kararına itiraz etmiş; İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliği 18/8/2016 tarihinde itirazın reddine karar vermiştir.

10. Başvurucu, anılan kararı 18/8/2016 tarihinde öğrendiğini bildirmiştir.

11. Başvurucu 31/8/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

12. Başvurucu hakkında Başsavcılık tarafından 21/6/2017 tarihinde tanzim edilen iddianamenin İstanbul 28. Ağır Ceza Mahkemesince (Mahkeme) kabulü ile kamu davası açılmıştır.

13. Bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvurucu, Mahkemenin 18/5/2018 tarihli kararı ile *cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etmek* suçundan bir kez müebbet hapis cezasıyla; *kasten öldürme* suçundan dört kez müebbet hapis cezasıyla; *kasten öldürmeye teşebbüs* suçlarından

yedi kez 11 yıl 8 ay hapis cezasıyla, 1 kez 13 yıl 4 ay hapis cezasıyla, bir kez 16 yıl 8 ay hapis cezasıyla cezalandırılmış ve tutukluluk hâlinin devamına karar verilmiştir. Yargılama, istinaf incelemesi aşamasında olup henüz sonuçlanmamıştır.

14. Öte yandan 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (OHAL KHK'sı) ile de harp okullarının idari teşkilatlanmasında değişikliğe gidilerek bu okullar Genelkurmay Başkanlığına bağlı olmaktan çıkarılmış ve yeni kurulan Millî Savunma Üniversitesine bağlı hâle getirilmiştir. Ayrıca anılan KHK'yla, daha önce harp okullarında eğitimine devam eden öğrencilerin harp okullarına girerken aldıkları sınav puanına göre Yükseköğretim Kurumu (YÖK) tarafından başka üniversitelere naklen kaydedilmesi öngörülmüştür. Söz konusu OHAL KHK'sı, 24/11/2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 9/11/2016 tarihli ve 6756 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesi Hakkında Kanun ile onaylanarak kanunlaşmıştır. Başvurucu da belirtilen bu mevzuat değişikliği kapsamında Hava Harp Okulundan ilişiği kesilen kişilerdendir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

15. 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;

...

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

16. 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 hususta 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."

17. 6756 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Milli Savunma Bakanlığı bünyesinde Milli Savunma Üniversitesi adıyla yeni bir üniversite kurulmuştur.

(2) Bu Üniversite, Rektörlüğe bağlı olarak;

a) Kurmay subay yetiştirmek ve lisansüstü eğitim vermek amacıyla yeni kurulan Enstitülerden,

b) Kara, Deniz ve Hava Harp Okullarından,

c) (Değişik: 17/4/2017-KHK-690/16 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7077/14 md.) Astsubay meslek yüksekokulları ile yabancı diller ve savunma ile ilgili diğer yüksekokullardan,

oluşur."

18. 6756 sayılı Kanun'un 105. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanunun yayımı tarihinde;

a) Askeri liseler ile astsubay hazırlama okullarında öğrenimine devam eden öğrenciler, Millî Eğitim Bakanlığınca, giriş sınavlarının yapıldığı tarihte aldıkları ortaöğretim yerleştirme puanları dikkate alınarak durumlarına uygun okullara,

b) Harp okulları, fakülte ve yüksek okullar ile astsubay meslek yüksek okullarında (Jandarma dahil) öğrenimine devam eden öğrenciler ile Yükseköğretim Kurulunca, üniversite sınavının yapıldığı tarihte aldıkları yerleştirme puanları dikkate alınarak durumlarına uygun fakülte ve yüksek okullara, naklen kaydedilirler.

c) 30 Ağustos itibarıyla mezun olacak askeri öğrencilerin subay ve astsubaylığa nasbı yapılmaz. Bunlara üniversite sınavının yapıldığı tarihte aldıkları yerleştirme puanları dikkate alınarak Yükseköğretim Kurulunca belirlenecek durumlarına uygun fakülte ve yüksek okullarca diploma verilir.

Bu madde kapsamında hakkında işlem tesis edilenlerden herhangi bir tazminat alınmaz.

Bu maddenin uygulanması ile ilgili olarak usul ve esasları belirlemeye, uygulamayı yönlendirmeye, her türlü tedbiri almaya ve ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye Yükseköğretim Kurulu görevli ve yetkilidir.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar herhangi bir sebeple Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı askeri okullardan ayrılan veya çıkarılan

askeri öğrencilere ilgili mevzuatı uyarınca borç çıkarılmaz, çıkarılmış borçlar tahsil edilmez ve başlatılmış işlemler durdurulur. Bunlardan bu amaçla yapılmış olan tahsilatlar iade edilmez. Açılmış olan davalarda yargılama giderleri ve vekalet ücretlerine hükmolunmaz, hükmolunanlar tahsil edilmez."

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

19. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"*Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz.*"

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

20. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM); Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesindeki düzenleme uyarınca taraf devletlerin belirli bir zamanda var olan eğitim kurumlarına erişim hakkını garanti ettiklerini, buna karşılık kendilerini belirli bir tipte veya seviyede eğitimi kurmak ya da desteklemekle yükümlü kılacak bir hakkı kabul etmediklerini ifade etmektedir (*Belçika Eğitim Dili Davası* [GK], B. No: 1474/62, ... 23/7/1968, §§ 3, 4). Diğer bir ifadeyle AİHM'e göre taraf devletlerin belli eğitim kurumlarını kurma veya destekleme görevi bulunmamaktadır. Ancak devletler, kurdukları veya destekledikleri eğitim kurumlarına etkili bir şekilde erişimi sağlama yükümlülüğü altındadır (*Ponomaryovi/Bulgaristan,* B. No: 5335/05, 21/6/2011, § 49).

21. AİHM; önemine rağmen eğitim hakkının mutlak olmadığını, doğası gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden bazı kısıtlamalara tabi olabileceğini kaydetmiştir (*Belçika Eğitim Dili Davası,* § 5; *Leyla Şahin/Türkiye* [BD], B. No: 44774/98, 10/11/2005, § 154). 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 belirtmektedir (*Belçika Eğitim Dili Davası,* § 3; *Leyla Şahin/Türkiye,* § 154).

22. AİHM, getirilen sınırlamaların *hakkın özüne zarar verecek ve etkililiğini azaltacak* genişlikte olmaması gerektiğini belirtmekte; bunu temin etmek

amacıyla da sınırlamaların ilgili kişiler açısından *öngörülebilir* olduğuna ve *meşru bir amaç güttüğü*ne ikna olması gerektiğine işaret etmektedir (*Leyla Şahin/Türkiye,* § 154). Ancak AİHM'e göre devlet, Sözleşme'nin 8. ile 11. maddelerinde olduğunun aksine ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi kapsamında bir meşru amaçlar listesi ile bağlı değildir (*Catan ve diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], B. No: 43370/04 ..., 19/10/2012, § 140). AİHM, bir sınırlamanın ancak kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunduğu takdirde bu türden bir kısıtlamanın ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi ile uyumlu olacağını kabul etmektedir (*Leyla Şahin/Türkiye,* § 154).Devletin bu alandaki takdir aralığı eğitimin ilgili kişiler ve toplumun geneli için taşıdığı önemin derecesine ters orantılı şekilde seviyesine bağlı olarak artar (*Ponomaryovi/Bulgaristan,* § 56).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 28/6/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

24. Başvurucu; tutuklanması için mevzuatta öngörülen koşulların gerçekleşmediğini, tutuklama kararındaki gerekçenin kendisi ile ilgisiz olduğunu belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

25. 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."*

26. 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."

27. 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 üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Uygulanabilirlik Yönünden

28. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması"* kenar başlıklı 15. maddesi şöyledir:

"Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

29. Anayasa Mahkemesi, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan tedbirlere ilişkin bireysel başvuruları incelerken Anayasa'nın 15. maddesinde ortaya konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence rejimini dikkate alacağını belirtmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 187-191). Soruşturma mercilerince başvurucuya yöneltilen ve tutuklama tedbirine konu olan suçlama, başvurucunun darbe teşebbüsüne destek vermek amacıyla İstanbul'un Tuzla ilçesi sınırlarında bulunan Orhanlı

gişeleri mevkiinde silahlı çatışmaya girdiği iddiasıdır. Anılan suçlamanın olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğu açıktır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 237, 238).

30. Bu itibarla başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olup olmadığının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvurucunun tutuklanmasının başta Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecek, aykırılık saptanması hâlinde ise Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlerin bu aykırılığı meşru kılıp kılmadığı değerlendirilecektir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 193-195, 242; *Selçuk Özdemir*, B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 58).

b. Genel İlkeler

31. 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 (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

32. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olarak tutuklamanın 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).

33. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasına 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 (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

34. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, tutuklama kararının *kaçma* ya da *delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini* önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesine göre de 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 (*Halas Aslan*, §§ 58, 59).

35. Diğer taraftan Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların *ölçülülük* ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda dikkate alınacak hususlardan biri tutuklama tedbirinin isnat edilen suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı karşısında ölçülü olmasıdır (*Halas Aslan*, § 72).

36. 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)* [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, § 123). Bununla birlikte yargı mercilerinin belirtilen hususlardaki takdir aralığını aşıp aşmadığı Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesinin bu hususlardaki 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; *Selçuk Özdemir*, § 76; *Gülser Yıldırım (2)*, § 124).

c. İlkelerin Olaya Uygulanması

37. Başvurucu, 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır. Dolayısıyla başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunmaktadır.

38. 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.

39. Başvurucu hakkındaki soruşturma belgeleri incelendiğinde Hava Harp Okulu 3. sınıf askerî öğrenci olan başvurucunun tutuklanmasına karar

verilirken darbe teşebbüsüne silahlı ve tam teçhizatlı olarak katılıp darbecilere destek vermesi, bu kapsamda Yalova'dan yola çıkarak Sabiha Gökçen Havalimanı'na ulaşmak amacıyla yola çıkan kişilerden olması, Orhanlı gişelerine gelindiğinde burada kendilerine mâni olmaya çalışan polis ve sivil halkla silahlı çatışmaya girmesi, çatışma sonucunda birçok sivil ve polis memurunun hayatını kaybetmesi ve yaralanması olgularına dayanıldığı görülmektedir. Söz konusu bu olguların iddianamede kamera kayıtları, balistik raporları, el ve kıyafet svap analiz raporları, otopsi raporları, olay yeri inceleme raporu, tanık beyanları, şüpheli savunmaları ile desteklenerek delillendirildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla başvurucu yönünden suç şüphesinin varlığını doğrulayan kuvvetli belirtilerin dosya kapsamında bulunduğu yönündeki değerlendirmelerin keyfî ve temelsiz olduğu söylenemez.

40. Diğer taraftan başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmede tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar göz ardı edilmemelidir. Darbe teşebbüsü sonrasında teşebbüsle veya FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlara ilişkin soruşturmalarda, delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmaların güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir. Yine FETÖ/PDY ile bağlantılı kişilerin teşebbüs sırasında veya sonrasında ortaya çıkan kargaşadan yararlanmak suretiyle kaçma imkânı ve bu dönemde delillere etki edilmesi ihtimali normal zamanda işlenen suçlara göre çok daha fazladır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 271-272; *Selçuk Özdemir*,§§ 78-79).

41. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme, Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme suçları Türk hukuk sistemi içinde en ağır cezai yaptırım öngörülen suç tipleri arasında olup isnat edilen suça ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Hüseyin Burçak*, B. No: 2014/474, 3/2/2016, § 61; *Devran Duran* [GK], B. No: 2014/10405, 25/5/2017, § 66). Ayrıca anılan suç 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve kanun gereği *tutuklama nedeni varsayılabilen* suçlar arasındadır.

42. Somut olayda İstanbul 9. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken tutuklama nedeni olarak başvurucunun delileri yok etme, gizleme veya değiştirme ihtimali ile başvurucunun üzerine atılı suçların tutuklama nedeni varsayılabilecek suçlardan olması hâline dayanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile İstanbul 9. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen kararın içeriği birlikte değerlendirildiğinde başvurucu yönünden dayanılan tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin olduğu söylenebilir.

43. Başvurucu hakkındaki tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığının da belirlenmesi gerekir. Bir tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülülüğünün belirlenmesinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır (*Gülser Yıldırım (2)*, § 151). Öncelikle terör suçlarının soruşturulması kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin -özellikle organize olanlar olmak üzere- suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmamalıdır (Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Devran Duran*, § 64). Özellikle darbe teşebbüsüyle veya FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşturmaların kapsamı ve niteliği ile FETÖ/PDY'nin özellikleri de dikkate alındığında bu soruşturmaların diğer ceza soruşturmalarına göre çok daha zor ve karmaşık olduğu ortadadır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 350).

44. Somut olayın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında İstanbul 9. Sulh Ceza Hâkimliğinin isnat edilen suç için öngörülen yaptırımın ağırlığını, işin niteliğini ve önemini de gözönünde tutarak başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varmasının keyfî ve temelsiz olduğu söylenemez.

45. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

46. Buna göre başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama yoluyla yapılan müdahalenin bu hakka dair Anayasa'da (13. ve 19.

maddelerde) yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

B. Eğitim Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

47. Başvurucu; darbe teşebbüsü öncesinde Hava Harp Okulu 3. sınıf öğrencisi olduğunu, 669 sayılı OHAL KHK'sı ile kendisine hiçbir savunma ya da söz hakkı verilmeksizin söz konusu okuldan ilişiğinin kesildiğini belirtmiştir. İlişik kesme işlemiyle subay olma hayalinin de elinden alındığını, başka üniversitelere YÖK tarafından yapılacağı belirtilen naklen atama işlemine dair düzenlemenin de son derece muğlak olduğunu iddia etmiştir. Başvurucu öne sürdüğü iddialar kapsamında özel hayata saygı hakkının ve eğitim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

48. Başvurucunun şikâyetlerinin temelinde OHAL KHK'sı ile yapılan işlemler bulunmaktadır. İptal davası kapsamında inceleme konusu yapılamayacağı kabul edilen (AYM, E.2016/167, K.2016/160, 12/10/2016, §§ 25, 26; AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12/10/2016, §§ 25, 26) OHAL KHK'larında yer alan hükümlere dayanılarak tesis edilen bireysel işlemlerin bireysel başvuru kapsamında inceleme konusu yapılıp yapılamayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmekte ise deAnayasa Mahkemesi, 669 sayılı OHAL KHK'sının 6756 sayılı Kanun ile yasalaştığını gözönünde bulundurarak bu aşamada bu konuda daha ileri bir inceleme yapmaya gerek görmemektedir (Benzer yöndeki karar için bkz. *Mehmet Ali Eneze*, B. No: 2017/35352, 23/5/2018, § 35).

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). Somut olayda, başvurucunun Hava Harp Okulundan ilişiğinin kesilmesi nedeniyle buradaki eğitimine devam edememesi ile ilgili şikâyeti eğitim hakkı kapsamında incelenmiştir.

50. 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."

51. Anayasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrasında kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı belirtilmek suretiyle *eğitim hakkı* güvenceye alınmıştır. Eğitim, Anayasa tarafından doğrudan güvence altına alınmış bir haktır. Ayrıca eğitim, çok özel bir kamu hizmeti olarak sadece doğrudan faydaları olan bir hizmet değil geniş sosyal fonksiyonları da olan bir hizmettir. Demokratik bir toplumda insan haklarının sağlamlaşması ve devamı için eğitim hakkının vazgeçilmez ve temel bir katkısı olduğu da aşikârdır (*Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri*, B. No: 2013/583, 10/12/2014, § 66).

52. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında eğitim hakkının yükseköğrenim seviyesini de kapsadığına (*Hikmet Balabanoğlu*, B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 28; *İhsan Asutay*, B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 36), belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına etkili bir biçimde erişimin sağlanmasını güvence altına aldığına (*Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri*, § 68) ve kamu otoritelerine bireyin eğitim ve öğrenim almasını engellememe şeklinde bir negatif ödev yüklediğine (*Adem Öğüt ve diğerleri,* B. No: 2014/20527, 22/11/2017,§ 44; *Yüksel Baran,* B. No: 2012/782, 26/6/2014, § 36) karar vermiştir.

53. Somut olayda başvurucunun devam etmekte olduğu eğitim kurumundan ilişiğinin kesilmesi eğitim hakkına erişime yönelik bir müdahale teşkil etmektedir.

54. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 42. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. 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, ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

55. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

56. 6756 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendiyle (bkz. § 17) harp okullarının yeni kurulan Millî Savunma Üniversitesine bağlanması öngörülmüştür. Aynı Kanun'un 105. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca burada öğrenimlerine devam eden öğrencilerin YÖK tarafından üniversite sınavının yapıldığı tarihte aldıkları yerleştirme puanları dikkate alınarak durumlarına uygun fakülte ve yüksekokullara naklen kaydedilmesi hüküm altına alınmıştır.

57. Başvurucunun eğitim hakkına yönelik müdahalenin anılan Kanun'un 105. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendine dayandığı görülmektedir. Dolayısıyla 6756 sayılı Kanun'un 105. maddesindeki hükmün kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

58. Taşıdığı öneme karşın eğitim hakkı, 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). Devletin bu takdir alanı, eğitim kurumunun seviyesi yükseldikçe artar; buna karşılık eğitimin birey ve toplum bakımından önemine bağlı olarak azalır (*Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri*, § 67). Devletin sahip olduğu takdir yetkisi, toplumun ihtiyaçlarını gözeterek var olan eğitim kurumlarını kaldırmayı veya statülerinde değişiklik yapmayı da kapsamaktadır. Şüphesiz devletin belirtilen bu takdir alanı içinde hareket ederken meşru bir amaca dayanan değişiklikler yapması da kendisinden beklenecektir.

59. Anayasa'nın 42. maddesinde eğitim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte eğitim hakkının mutlak ve sınırsız bir hak olduğu düşünülemez. Nitekim anılan maddenin ikinci fıkrasında yer verilen *"Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir."* ifadesi ile devlete bir takdir alanı yaratılmıştır. Eğitim hakkının Anayasa'nın *Sosyal ve Ekonomik Haklar* bölümünde düzenlendiği hususu da gözetildiğinde devlete tanınan bu takdir hakkının özünde bir *sınırlama* yetkisi de içerdiği anlaşılmaktadır. Öte yandan Anayasa'da diğer haklardan farklı olarak eğitim hakkının sınırlanması hususunda kanun koyucuyu bağlayan belli bir meşru amaçlar listesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun eğitim hakkının sınırlanması hususundaki

takdir aralığının geniş olduğu ifade edilebilir. Ancak kanun koyucunun bu takdir yetkisinin Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğu açıktır (*Adem Öğüt ve diğerleri,* § 53).

60. Mevzuatta değişiklik yapılmadan önce harp okulları Türk Silahlı Kuvvetlerinin (TSK) idari yönetiminde eğitim faaliyeti yürütüyorken yapılan yasal değişiklikten sonra harp okulları yeni kurulan Millî Savunma Üniversitesine bağlı hâle getirilmiştir. Bu hâliyle, getirilen yeni yasal düzenlemeyle söz konusu eğitim kurumlarının temel amacı olan TSK'nın subay ihtiyacını karşılamak noktasında herhangi bir değişikliğe gidilmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu yasal düzenlemeyle sadece harp okullarının idari yapılanmasında bir değişikliğe gidildiği ancak personel kaynağı seçimini kökten ve yapısal olarak değiştiren bir sistem değişikliğine gidilmediği görülmektedir.

61. Yasal değişikliğin tamamına bakıldığında kanun koyucunun yapmak istediğinin harp okullarını sivil otoritelerin denetimine alarak bu okullarda darbe teşebbüsü sonrası bozulan eğitim faaliyetlerinin yeniden düzenlenmesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle söz konusu değişikliğin darbe girişimi sonrası kamu düzeninin sağlanması meşru amacına dayandığı görülmektedir.

62. Kanuni dayanağı ve meşru bir amacı olan müdahalenin ölçülü olup olmadığının incelenmesi hak ihlali iddiasının değerlendirilmesinde önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi eğitim hakkına yapılan müdahaledeki ölçülük değerlendirmesinde başvurucunun Hava Harp Okuluyla ilişiğinin kesilmesinin belirtilen meşru amaç doğrultusunda zorunlu olup olmadığını ve Hava Harp Okulunda eğitim görmesindeki kişisel yararı ile bu okulla ilişiğinin kesilmesindeki kamu düzenini ilgilendiren kamusal yarar arasındaki adil dengenin sağlanıp sağlanmadığını irdeleyecektir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi müdahalenin zorunlu olduğu sonucuna varırsa devlet tarafından başvurucunun temel hakkına yönelik yapılan müdahalenin etkilerini azaltıcı telafi edici nitelikte bazı önlemlerin alınıp alınmadığını da inceleyecektir.

63. Başvuru konusu olayda, yasal değişiklikten önceki şartlara göre başvurucuya Hava Harp Okulunu bitirdiğinde subay olarak atanma imkânı tanınmışken yapılan mevzuat değişikliğiyle bu imkân ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca başvurucunun Hava Harp Okulundan ilişiği kesilerek kendisine buradan mezun olma imkânı da tanınmamıştır.

64. Başvurucunun daha önce yürürlükte bulunan mevzuata güvenerek Hava Harp Okulunu tercih etmesinde buradan mezun olduğunda subay olarak atanma beklentisi içinde olması makul ve anlaşılabilir bir durumdur. Anayasa'nın 42. maddesi ile güvence altında alınan eğitim hakkı kapsamında başvurucunun söz konusu okulda eğitim şartlarını yerine getirdiği sürece eğitimine devam edip buradan mezun olmayı öngörmesi de doğaldır. Ancak kanun koyucunun söz konusu yasal değişikliğe gitmesine dayanak gösterilen 15 Temmuz darbe girişimi sürecindeki harp okullarının üstlendiği rol ve aldığı pozisyonun doğrudan millî güvenliği ve demokratik toplum nizamını etkilediği iddiası da yadsınamayacaktır. Söz konusu iddia harp okulu öğrencilerinden azımsanamayacak sayıda bir grubun 15 Temmuz darbe girişimine aktif olarak katıldığı, darbeciler tarafından darbe girişiminin akıbeti açısından önemli bazı görevlerin bu öğrencilere verildiği isnatlarına dayanmaktadır. Darbe teşebbüsü sonrası ülke çapında açılan birçok soruşturma kapsamında harp okulu öğrencileri hakkında adli ve/veya idari işlem yapılmış olması ve yapılan yargılamalar sonrasında mahkûmiyet kararları verilmesi isnatların temelsiz olmadığını göstermektedir. Nitekim başvurucu hakkında da darbeye teşebbüs kapsamında yapılan yargılama sonucu mahkûmiyet kararı verilmiştir (bkz. § 13). Ayrıca harp okulları gibi devletin kamu güvenliği ile doğrudan ilişkili olması nedeniyle öğrenci tercihi hususunda daha fazla hassasiyet gösterilmesi makul görülebilecek bir eğitim kurumuna devletin güven bunalımı yaşadığı öğrencilerle devam etmek istememesi anlaşılabilir bir yaklaşım tarzıdır. Bu doğrultuda başvurucunun eğitim hakkına yapılan müdahalenin devlet için gerekli olmadığı söylenemeyecektir.

65. Son olarak müdahalenin orantılı olup olmadığı, diğer bir ifadeyle kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil dengenin sağlanıp sağlanmadığı hususunda devletin bireylerin temel haklarına yaptığı müdahale sonrası telafi edici bir mekanizma kurup kurmadığının incelenmesi gerekmektedir. Yapılan yasal değişiklikle Hava Harp Okulundan ilişiği kesilen başvurucunun eğitim hakkı tümüyle elinden alınmamıştır. Başvurucunun daha önce almış olduğu üniversitelere giriş sınavı puanına göre başkaca herhangi bir yükseköğretim programına kayıt yaptırabilmesi imkânına da yapılan yasal değişiklikte yer verilmiştir (bkz. § 17). Başvurucu her ne kadar söz konusu düzenlemenin muğlak olduğu için mağduriyetini gidermekten uzak olduğu yönünde şikâyet ileri sürse de anılan bu telafi edici mekanizmayı kullanmak için YÖK'e başvurduğuna ve mağduriyetinin devam ettiğine dair bir bilgi ya

da belgeyi başvuru formu ve/veya eklerinde sunmamıştır. Kaldı ki başvurucu, idareye naklen atama için başvuru yapmış ve yapılan işlemden tatmin olmamış olsa dahi idari yargı yoluna başvurarak buradan mağduriyetinin giderilmesini de talep edebilecektir. Bu doğrultuda temel hakka yönelik yapılan müdahaleden kaynaklanan başvurucunun mağduriyetini gidermeye dönük telafi edici tedbirlerin alındığı da görülmektedir.

66. Dolayısıyla yasal değişiklik ile başvurucunun Hava Harp Okulundan ilişiğinin kesilmesi -yukarıda açıklandığı üzere başvurucunun sahip olduğu güvence ve olanaklar da dikkate alındığında- ile kamu düzeninin sağlanması amacı arasındaki denge gözetildiğinde müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır. Bu durumda başvurucunun eğitim hakkına yönelik bir ihlalin olmadığının açık olduğu anlaşılmaktadır.

67. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. Kamu Hizmetine Girme Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

68. Başvurucu, Hava Harp Okulundan ilişiğinin kesilmesi nedeniyle çalışma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucunun Hava Harp Okulundan mezun edilmemesi nedeniyle TSK teşkilatı kadrolarına atanamaması ile ilgili şikâyeti kamu hizmetine girme hakkı kapsamında incelenmiştir.

69. 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 (1) numaralı fıkrasına göre bireysel başvurunun incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşme'ye ek protokoller kapsamına da girmesi gerekir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan hak ihlali iddiasını içeren başvurular bireysel başvurunun kapsamında değildir (*Onurhan Solmaz,* B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

70. Bireyin kamu hizmetine girme hakkı Anayasa'nın 70. maddesinde güvence altına alınmış olmakla birlikte Sözleşme'de düzenlenen haklardan değildir. Dolayısıyla başvurucunun başvuru formunda ifade ettiği şekliyle

ihlal edildiğini ileri sürdüğü kamu hizmetine girme hakkı, Anayasa ve Sözleşme ile Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin ortak koruma alanına girmemektedir.

71. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

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

3. Kamu hizmetine girme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 28/6/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

SENDİKA HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

İBRAHİM ÇİÇEK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/19462)

Karar Tarihi: 26/12/2018

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Rıdvan GÜLEÇ

Raportör : Yücel ARSLAN

Başvurucu : İbrahim ÇİÇEK

Vekili : Av. Selvi TUNÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, sendika temsilcisi olan başvurucunun çalıştığı okuldaki yöneticilik görevinden alınarak başka bir yere atanmasının sendika hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 10/12/2015 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 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 1981 doğumlu olup Diyarbakır'da ikamet etmektedir. Olay tarihinde Çınar ilçesi Ortaşar Ortaokulunda müdür yardımcısı olan başvurucu Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM-SEN/Sendika) üyesi ve Çınar ilçesi temsilcisidir. Başvurucu halihazırda Diyarbakır'ın Ergani ilçesi Kesentaş İlköğretim Okulunda fen ve teknoloji öğretmeni olarak görev yapmaktadır. Başvurucunun Çınar ilçesi Sendika temsilcisi olduğu dönemde salı günleri öğleden sonra sendikal çalışmalar yapması için görevli-izinli sayılması yönünde Kaymakamlık oluru bulunmaktadır.

10. EĞİTİM-SEN'in Diyarbakır Şubesi Yönetim Kurulunun 13/1/2012 tarihinde aldığı 336 No.lu kararı şu şekildedir: "*Sendikamız ve diğer kurumların aranmasını ve göz altıları protesto etmek amacıyla 14/1/2012 tarihinde Koşuyolu Parkında STK'larla birlikte basın açıklaması ve İHD'nin Yaşam Hakkı anıtı önündeki eylemine, ardından da Bayramoğlu alanında aynı konu ile ilgili yapılacak olan basın açıklamasına üyelerimizle birlikte katılım sağlanması kararını almıştır.*" Barış ve Demokrasi Partisinin (BDP), KCK'ya yönelik operasyonları eleştiren ve ortak mücadele çağrısı yapan aynı tarihli basın bildirisi de soruşturma dosyasında yer almaktadır.

11. Ayrıca PKK da dâhil bazı illegal örgütlerin ve o dönem BDP eş genel başkanı olan Selahattin Demirtaş'ın *Abdullah Öcalan'ın yakalanarak Türkiye'ye getirilişinin yıl dönümü* olan 15/2/2012 tarihi için eylem çağrısı yaptıkları, Diyarbakır İl Emniyet Müdürlüğünün Valilik makamına muhatap 9/4/2012 tarihli yazısında belirtilmiştir.

12. Başvurucu hakkında 14/1/2012 ve 15/2/2012 tarihlerinde yukarıda anılan basın açıklaması ve gösteri yürüyüşlerine katılmaktan disiplin soruşturması açılmıştır.Başvurucu, Diyarbakır'ın Çınar ilçesindeki Ortaşar Ortaokulunda müdür yardımcısı olarak görev yapmakta iken Diyarbakır İl Millî Eğitim Müdürlüğünün 23/12/2013 tarihli işlemi ile hâlihazırdaki görevine atanmıştır. Atama nedeni atama kararnamesinde *soruşturma* olarak belirtilmiştir. Başvurucu geçirdiği soruşturma konusu eylemler (izinsiz ve kanunsuz olarak yapılan gösteri, yürüyüş ve basın açıklamasına katılmak) nedeniyle bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almıştır. Bu disiplin cezasına karşı başvurucu, Diyarbakır 3. İdare Mahkemesinde (3.

İdare Mahkemesi) iptal davası açmıştır. 3. İdare Mahkemesi 30/10/2014 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay 16/3/2016 tarihinde kararı bozmuştur. İdarece kararın düzeltilmesi talep edilmiş ve Danıştay tarafından bu talep kabul edilerek idare mahkemesinin ret kararı 30/6/2017 tarihinde onanmıştır. Anayasa Mahkemesi önünde bu yargılama sürecine ilişkin derdest bir bireysel başvuru bulunmamaktadır.

13. Başvurucu hakkındaki disiplin cezasına ve görev değişikliğine esas teşkil eden olaylar soruşturma raporuna göre şu şekilde özetlenebilir:

i. Başvurucunun, BDP tarafından 14/1/2012 tarihinde ve Abdullah Öcalan'ın yakalanarak Türkiye'ye getirilişinin yıl dönümü olan 15/2/2012 tarihinde Abdullah Öcalan'ın ceza infaz kurumunda tutulma koşullarını protesto etmek amacıyla düzenlenen kanunsuz yürüyüş ve basın açıklamasına katıldığı emniyet birimlerince tespit edilmiştir. Belirtilen tarihlerde BDP, KCK ve PKK tarafından önceden karar alınarak ve çağrı yapılarak gerçekleşen eylemlerin düzenlendiği tarihlerde sağlık ocağına sevkli veya izinli yahut mazeretsiz olarak okuldaki görevine gitmediği belirtilmiştir.

ii. Raporda başvurucunun eyleminin 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. ve 125. maddelerinde yer alan siyaset yasağı ve bir siyasi parti yararına faaliyette bulunmamaya ilişkin hükümlere aykırı olduğu ifade edilmiştir. Yine başvurucunun bir siyasi partinin ve onu destekleyen yasal olan ve yasal olmayan kuruluşların il düzeyinde düzenlediği izinsiz ve kanunsuz yürüyüşlere katılmak suretiyle devlet memuruna yakışmayan tavır ve davranışlar sergilediği, bu tavır ve davranışların ilçe yöneticileri tarafından bilindiği belirtilmiştir. Başvurucunun davranışlarının çalıştığı okulda tedirginlik yarattığı, özellikle öğretmenler ve öğrencilerin rahatsızlık duyduğu belirtilerek hizmetin gereği ve verimliliği ile yönetici konumundaki öğretmenin güvenilirliğini tartışmaya açık duruma getirdiği vurgulanmıştır. Bu nedenle başvurucunun çalıştığı okul ve ilçeden ayrılmasının uygun olacağı kanaati ortaya konulmuştur.

iii. Başvurucu; soruşturma dosyasındaki ifadesinde 14/1/2012 tarihinde üyesi olduğu Sendikanın faaliyetine katıldığını, 15/2/2012 tarihinde ise hasta olduğu için sağlık ocağına gittiğini, sağlık ocağından

çıktıktan sonra olay yerine yakın bir yerden tesadüfen geçerken meraktan dolayı olayı uzaktan izlediğini belirtmiştir. Başvurucu, bu yürüyüşe destek vermediğini ifade etmiştir.

iv. Raporda soruşturmanın hemen akabinde başvurucunun bağlı olduğu Sendikanın Çınar ilçesinde düzenlediği basın açıklamasında Millî Eğitim Bakanlığını ve millî eğitim müdürlüklerini suçlayan cümlelerin yanında, "*taraflı ifade alındığı, okulun huzurunu bozacak asılsız ifadeler alınmaya çalışıldığı...*" şeklinde ibarelerin bulunduğu belirtilmiştir. Bu ibarelerden Sendika ilçe temsilcisi olan başvurucunun da bilgisinin olduğu ifade edilmiştir.

v. Soruşturma sonucunda disiplin yönünden bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile tecziyesi; idari yönden ise okuldaki müdür yardımcılığı görevinden alınarak il içinde durumuna uygun bir okulda öğretmen olarak görevlendirilmesi teklif edilmiştir. Başvurucuya İl Millî Eğitim Disiplin Kurulunun 26/12/2013 tarihli kararı ile bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezası verilmiştir.

vi. Atama işlemine ilişkin iptal davasında İdare savunmasında,10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 8/C maddesine ve 4/8/2013 tarihli ve 28728 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumu Yöneticileri Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 21. maddesine göre (bkz. § 19) başvurucunun görev değişikliğinin yapıldığını belirtmiştir.

14. Başvurucu adına EĞİTİM-SEN, Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinde (2. İdare Mahkemesi) atama işleminin iptali talebiyle dava açmıştır. Mahkeme 20/1/2015 tarihinde davayı reddetmiştir. Mahkeme gerekçesinde;

i. 657 sayılı Kanun'un 76. maddesinin birinci fıkrası (bkz. § 18) ile 6/5/2010 tarihli ve27573 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 40. maddesine (bkz. § 20) atıfta bulunulmuştur. Kararda, başvurucu hakkında yapılan soruşturma neticesinde hazırlanan soruşturma raporunda özetle başvurucunun 14/1/2012 ve 15/2/2012 tarihlerinde izinsiz ve kanunsuz olarak yapılan gösteri yürüyüşü ve basın açıklamasına katıldığı tespit edildiğinden disiplin yönünden kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla tecziyesinin, idari yönden ise il

içinde yöneticilik görevi üzerinden alınmak üzere başka bir okula atamasının yapılmasının önerildiği ve teklif doğrultusunda başvurucunun fen ve teknoloji öğretmeni olarak atanmasına ilişkin işlemin tesis edildiği ifade edilmiştir.

ii Somut olayda başvurucunun hakkında yapılan soruşturma sonucu tespit edilen fiillerinin niteliği ve raporda getirilen teklif gözönünde bulundurulup yöneticilik görevi üzerinden alınarak il içinde başka bir okula öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemin hizmetin gereği ve takdir yetkisi çerçevesinde gerçekleştirildiği anlaşıldığından hukuka aykırılık görülmediği belirtilmiştir.

15. Başvurucu ret kararına itiraz etmiştir. İtirazı inceleyen Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesi (Bölge İdare Mahkemesi) 26/6/2015 tarihinde, kararın ve dayandığı gerekçenin hukuka ve usule uygun olduğunu belirterek itirazı reddetmiş ve kararı onamıştır.

16. Başvurucu, kararın düzeltilmesini talep etmiştir. Talebi inceleyen Bölge İdare Mahkemesi 7/10/2015 tarihinde söz konusu talebi reddetmiştir. Karar başvurucuya 10/11/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu 10/12/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

18. 657 sayılı Kanun'un 76. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler."

19. Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumu Yöneticileri Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 21. maddesi şöyledir:

"(1) Soruşturma sonucu görev yerlerinin değiştirilmesi teklif edilen yöneticiler, öncelikle alt hizmet bölgelerinde bulunan eğitim kurumlarına olmak kaydıyla hizmet bölgelerindeki başka bir eğitim kurumuna atanırlar.

(2) Soruşturma sonucu yöneticilik görevinden alınması gerekenler ise aynı veya başka bir eğitim kurumundaki durumuna uygun öğretmen kadrosuna il içinde veya iller arasında atanır.

(3) Bu madde kapsamında yer değiştirme veya atamaya tabi tutulanlar, yeni görevlerine başladıkları tarihten itibaren dört yıl süreyle yöneticilik başvurusunda bulunamaz, beş yıl geçmeden ayrıldıkları ile sekiz yıl geçmeden aynı eğitim kurumuna hiçbir şekilde yönetici olarak atanamazlar."

20. Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 40. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Bu Yönetmeliğin yer değiştirmeyle ilgili diğer şartları aranmaksızın;

a) Haklarında yapılan soruşturma sonucunda görev yerinin değiştirilmesi uygun görülenlerin,

...

hizmetin gereği olarak görev yerleri değiştirilebilir.

(2) Bu kapsamda il içinde görev yerleri değiştirilmesi gerekenler, o il içinde görevli oldukları yerleşim yeri dışındaki diğer eğitim kurumlarına, o il içinde alanlarında ihtiyaç bulunmaması hâlinde diğer illerde alanlarında ihtiyaç bulunan eğitim kurumlarına, zorunlu çalışma yükümlülüğünü tamamlamamış olanlar zorunlu çalışma yükümlülüklerini tamamlayabilecekleri hizmet alanlarına atanırlar.

...

(5) Bu madde kapsamında yapılacak yer değiştirmeler, zamana bağlı olmaksızın iller arasında Bakanlıkça, il içinde valiliklerce yapılır."

21. Diğer ulusal hukuk kaynakları için bkz. *Osman Köse ve Basın Yayın İletişim ve Posta Emekçileri Sendikası*, B. No: 2014/13387, 9/11/2017, § 22.

B. Uluslararası Hukuk

22. Uluslararası hukuk kaynakları için bkz. *Osman Köse ve Basın Yayın İletişim ve Posta Emekçileri Sendikası*, §§ 24-30.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 26/12/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

24. Başvurucu, üyesi olduğu Sendikanın kararı doğrultusunda ve demokratik hakkını kullanmak için söz konusu etkinliklere katıldığını ileri sürmüştür. Başvurucu, 1999-44 sayılı Başbakanlık Genelgesi'ne göre kamu görevlilerinin sendika ve konfederasyonlar şeklinde örgütlenmelerine engel olunmaması ve sendikal çalışmaları nedeniyle sendika yönetici ve üyelerine disiplin cezası uygulanmaması gerektiğini ifade etmiştir. Başvurucu, soruşturma nedeniyle görev yeri değişikliği yapılmasının ikinci bir ceza niteliğinde olduğunu belirterek görev yerinin değiştirilmesinin örgütlenme özgürlüğü ve bu özgürlüğün kullanım biçimlerinden olan sendikal faaliyette bulunma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

25. Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarından örnekler verilerek başvurucunun bir kamu görevlisi olarak idareye sadakat ve güven ilişkisi ile bağlı olduğu, bu statüye kendi iradesiyle girdiği, sendikal faaliyetlerin ilgili mevzuata göre kamu görevlilerini ilgilendiren meselelerle sınırlı olması gerektiği oysa başvurucunun katıldığı eylemlerin kamu göreviyle bağlantısı olmadığı ifade edilmiştir. Bakanlık tarafından, bir siyasi partinin organize ettiği eyleme katılan başvurucunun Anayasa ve kanunlar tarafından kendisine yüklenen tarafsız görünüm sergileme yükümlülüğüne aykırı davrandığı vurgulanmış ve somut olayda başvurucunun sendikal hakkına bir müdahale söz konusu olmadığı belirtilerek müdahale olduğunun kabulü hâlinde ise sendika hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi yönünde görüş bildirilmiştir.

B. Değerlendirme

26. 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…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

28. Sendika temsilcisi olan başvurucunun görev yaptığı ilde yapılan bazı faaliyetlere katılması nedeniyle görev yerinin değiştirilmesi ve yöneticilik görevinden alınmasının sendika hakkına yönelik bir müdahale olduğu kabul edilmelidir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

29. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 51. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. 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.*"

30. Bu sebeple müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

31. 657 sayılı Kanun'un 76. maddesinin *kanunla sınırlama* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

32. Başvurucunun görev yerinin değiştirilmesi ile idari görevden alınmasına ilişkin kararın Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sebeplerden *kamu düzeninin* korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

33. Somut olayın değerlendirilmesinde gözönüne alınabilecek genel ilkeler için bkz. *Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, §§ 46-57.

34. Somut başvuruda dikkate alınması gereken diğer bir husus ise temel haklarını kullanırken kişilerin ödev ve sorumluluklarıdır. 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 temel hak ve hürriyetleri kullanırken uymaları gereken ödev ve sorumluluklara gönderme yapmaktadır. Ödev ve sorumluluklar, somut başvurudaki gibi ödev ve sorumluluğunu yerine getirmediği iddia edilen bir kamu görevlisinin bir temel hak veya özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin şikâyetlerinde özellikle önem taşımaktadır.

35. Anayasa Mahkemesinin yapması gereken, başvuruya konu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak ve keyfî uygulamalardan, usulsüz sınırlandırmalardan kaçınılması için, sendika kararı çerçevesinde bazı faaliyetlere katılma sebebiyle idari görevden alınarak başka bir ilçeye öğretmen olarak atanma şeklindeki müdahalenin demokratik bir toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunun makul gerekçelere dayanılarak gösterilip gösterilmediğini belirlemektir. Bu doğrultuda müdahalenin zorunlu toplumsal bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve orantılılık ilkesine uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

36. Anayasa Mahkemesi önündeki mesele; bir ortaokulda müdür yardımcısı olan başvurucunun değişik tarihlerde sağlık ocağına sevk alarak,

izinli veya mazeretsiz şekilde görevine gitmeyip katıldığı ve katılması yönünde sendika kararı olduğunu belirttiği faaliyetlerden dolayı açılan soruşturma nedeniyle yöneticilik görevinden alınarak başka bir ilçedeki ilköğretim okuluna öğretmen olarak atanması şeklindeki müdahalenin demokratik bir toplumun gereklerine uygun olup olmadığıdır. Somut olay sadece başvurucunun il içinde yöneticilik görevinden alınması işlemi ve idare ile mahkemelerin bu işleme ilişkin tespit ve gerekçeleriyle sınırlı olarak incelenecektir. Başvurucu hakkındaki aynı olaylara dayanan ve ayrı bir yargılama sürecinden geçen disiplin cezası hakkında Anayasa Mahkemesine herhangi bir başvuru yapılmadığından disiplin cezası ve buna ilişkin yargılamanın somut olayla birlikte incelenmesi mümkün bulunmamaktadır.

37. Başvurucu hakkında iki ayrı tarihte BDP Diyarbakır İl Başkanlığı tarafından organize edilen basın açıklaması ve yürüyüşe katıldığı gerekçesiyle idari soruşturma açılmıştır. Bunlardan birincisi 14/1/2012 tarihinde İstanbul merkezli olarak gerçekleştirilen KCK operasyonlarının protesto edildiği basın açıklaması ve protesto gösterisidir. Söz konusu basın açıklamasına ve yürüyüşe üyelerin katılımının sağlanması yönünde EĞİTİM-SEN Diyarbakır Şube Yönetim Kurulunun 13/1/2012 tarihli kararının mevcut olduğu görülmektedir.

38. Başvurucunun katıldığı diğer faaliyet ise Abdullah Öcalan'ın yakalanarak Türkiye'ye getirilmesinin yıl dönümü olan 15/2/2012 tarihinde BDP İl Başkanlığı tarafından düzenlenen gösteri yürüyüşüdür. Başvurucunun gösteriye katılıp katılmadığı yönünde taraflar arasında bir anlaşmazlık bulunmaktadır. Bununla birlikte başvurucunun gösteri sırasında olay mahallinde bulunduğu yönünde bir kabulü vardır ve idare de tutanaklarında başvurucunun belirtilen tarihteki gösteriye katıldığının fotoğraf ve görüntülerle tespit edildiğini belirlemiştir. Dolayısıyla sübut üzerinde daha fazla durulması gerekli görülmemektedir.

39. Somut olayın değerlendirilmesinde başvurucunun ifa ettiği görevin gereklerinin dikkate alınması gerekir. Her ne kadar başvurucunun katıldığı toplantılardan ikincisinin KCK terör örgütünün çağrısı ile yapıldığına ilişkin bazı istihbarat raporları olduğu ileri sürülmüş ise de aynı toplantı için BDP'nin de çağrısının bulunduğu anlaşılmaktadır. Başvurucunun KCK'nın çağrısı ile hareket ettiğinin kabulü için bir neden bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu mesele Anayasa Mahkemesince tartışılmayacaktır. Başvurucu, olayların geçtiği tarihte bir ortaokulda müdür yardımcısı olup idari bir

görevi yerine getirmektedir. Okul idarecileri okullarda eğitimin aksamadan yürütülmesini, öğrenci ve öğretmenlerin derslere zamanında girip mevzuata uygun şekildeeğitim hizmetlerinin yerine getirilmesini gözetmekle görevli ve sorumludur. İdareciler süreklilik arz eden eğitim hizmetinin yürütülmesini koordine ederken sevkli veya izinli olan öğretmenlerin takibini yapmakla ve kanunların tanıdığı imkânların kullanımının suistimalini öncelikle kendileri engellemekle yükümlüdür. Buna göre başvurucu, idareci olarak bu görevini kendisi yönünden de titizlikle yerine getirmelidir. Bir başka deyişle idari görevini yerine getirirken ortaya koyduğu tutum ve davranışlar kendi haklarını kullanırken Anayasa'da belirtilen ödev ve sorumlulukların yerine getirilmesinde birlikte ele alınmak durumundadır.

40. Bu çerçevede başvurucu hakkındaki soruşturma raporunda, başvurucunun devlet memuruna yakışmayan tavır ve davranışlar sergilediği, çalıştığı okulda tedirginlik yarattığı, özellikle öğretmenler ve öğrencilerin rahatsızlık duyduğu belirtilerek hizmetin gereği ile verimliliğini ve yönetici konumundaki öğretmenin güvenilirliğini tartışmaya açık duruma getirdiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla başvurucunun katıldığı faaliyetler, çalıştığı kuruma yansıyan tutum ve davranışları ile çalıştığı kurumun bir eğitim kurumu olduğu da dikkate alınarak yöneticilik görevinden alınması önerisi getirilmiştir.

41. Yine raporda başvurucunun faaliyetlerinin 657 sayılı Kanun'un 7. ve 125. maddelerinde yer alan siyaset yasağı ve bir siyasi parti yararına faaliyette bulunmamaya ilişkin hükümlere aykırı olduğu ifade edilmiştir. Memuriyetin güvenceli bir şekilde asli ve sürekli olarak ifa edilen bir kamu hizmeti olması nedeniyle kamu görevlisi olmayan vatandaşlara göre daha fazla kısıtlama içerdiği unutulmamalıdır. Devlet memurlarının bulunduğu konum, görev yaptığı alanla ilgili olarak ödev ve sorumluluk derecesini belirlemede devletin takdir marjı daha geniştir.

42. Aynı zamanda memur statüsüne sahip olan başvurucu için de temel kısıtlamalardan biri, kapsamı ve çerçevesi Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan siyaset yapma yasağıdır. Memurlar yönünden siyaset yasağı siyasi partiye üye olmak gibi çok net bir sebebin yanında mevcut siyasi oluşumların yararına ya da zararına yapılan faaliyetler ile memurların dinî, felsefi, mezhepsel görüşlerini, cinsiyet ayrımcılığı gibi ayrımcılıkları kamu hizmetine yansıtır şekilde hizmeti yerine getirmelerini de kapsamaktadır. Bu nedenle siyasi parti üyeliği dışında memurların kamu hizmetini yerine

getirirken yaptıkları faaliyetlerin siyaset yasağı kapsamına girip girmediğinin her olayın kendi şartları içinde titizlikle incelenmesi gerekir. Bununla birlikte incelenen başvuruda siyaset yasağına ilişkin olarak raporda yer alan tespit, atama işleminin tek nedeni değildir. Bu nedenle söz konusu tespitin ayrıca incelenmesine gerek olmayıp devletin atama işleminde takdir marjını kullanırken ortaya koyduğu gerekçelerin bütünü dikkate alınmalıdır.

43. Sendika hakkı, sendika üyesinin gerek sendikaya üye olması gerekse mensubu bulunduğu sendikanın faaliyetlerine katılması nedeniyle yaptırıma uğramaması teminatını da içermektedir. Bu durumda bir çalışanın herhangi bir sendikaya üye olması veya mensubu bulunduğu sendikanın faaliyetlerine katılması sebebiyle yaptırıma maruz kalması, örgütlenme özgürlüğüne müdahale oluşturabilir (*Osman Köse ve Basın Yayın İletişim ve Posta Emekçileri Sendikası*, § 41). Bununla birlikte sendika üyeliğinin kamu görevlilerinin anayasal haklarını kullanırken uymaları gereken ödev ve sorumluluklara aykırı davranmalarına yol açmaması gerekir (*Gülfidan Yıldırım*, B. No: 2014/12290, 19/7/2017, § 37).

44. Sonuç olarak -başvurucu aksini iddia etmekle birlikte- başvurucunun idari görevden alınması ve görev yerinin değiştirilmesinin ikinci bir cezalandırma olduğu kabul edilemez. Zira idare, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin yetkisi ve takdir marjı içinde görev değişikliği yapmıştır. İdari görevlerde idarenin diğer atamalara göre takdir alanının daha geniş olduğu kabul edilmelidir.

45. Somut olayda başvurucunun katıldığı eylemler ve nitelikleri, yaptığı görevin gerekleri, bunların okul ortamındaki yansımaları derece mahkemeleri tarafından bir bütün olarak değerlendirilmiş ve görev değişikliğine ilişkin karar hukuka uygun bulunmuştur. İdarenin hizmet gereklerini dikkate alarak yöneticileri seçme ve çalışanları görevlendirme hususunda takdir hakkına sahip olduğu konusunda da şüphe yoktur. Ayrıca yöneticilik görevinden alınan öğretmenin o okuldaki branşlara göre ihtiyaç durumu gözönüne alınarak başka bir okulda görevlendirilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir. Kişinin daha önce yöneticisi olduğu okulda bu görevinden alındıktan sonra öğretmen olarak çalışması hâlinde olumsuz etkilerin ortaya çıkması da muhtemeldir.

46. Dolayısıyla idarenin tespitleri ve derece mahkemelerinin gerekçeleri dikkate alındığında, bir kamu görevlisi olan başvurucunun mevzuata uygun

olarak idari görevden alınmasının ve başka bir göreve atanmasının -hakkında açılan soruşturma ve soruşturma konusu olayların özelikleri bir bütün olarak gözönünde bulundurulduğunda- başvurucunun sendika hakkına orantısız bir müdahale oluşturduğu ve eğitim hizmetlerinin en iyi şekilde yürütülmesine ilişkin amacı gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile başvurucunun sendika hakkı arasında kurulması gereken dengeyi başvurucu aleyhine bozduğu söylenemez.

47. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE Engin YILDIRIM'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 26/12/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM-SEN) üyesi ve olay tarihinde Diyarbakır Çınar ilçesi temsilcisi olan başvurucu hakkında, üyesi ve ilçe temsilcisi olduğu sendikanın organize ettiği basın açıklaması ve bunu takiben yapılan gösteri yürüyüşlerine katılmaktan disiplin soruşturması açılmıştır. Başvurucu müdür yardımcısı olarak görev yaptığı okuldan başka bir ilçedeki okula öğretmen olarak atanmış ve soruşturma konusu eylemler nedeniyle bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almıştır.

2. Anayasa Mahkemesi başvuruyu sadece başvurucunun il içinde yöneticilik görevinden alınması işlemi ve bu işleme ilişkin idare ile

mahkemelerin tespit ve gerekçeleriyle sınırlı inceleyerek başvurucu hakkında verilen disiplin cezası hakkında bir başvuru yapılmadığından hareketle bu ceza ve ona ilişkin yargılamayı somut olayda değerlendirmemiştir. Bununla birlikte somut olay bağlamında başvurucunun görevden alınarak başka bir okula atanması ile aldığı disiplin cezası arasında sıkı bir bağlantının olmadığını da söyleyemeyiz.

3. Temsilcisi ve üyesi olduğu sendikanın düzenlediği bazı etkinliklere katılan başvurucunun ifa ettiği idari görevden alınarak başka bir ilçeye öğretmen olarak atanmasıyla oluşan müdahalenin makul, ilgili ve gerekli gerekçelere dayanıp dayanmadığı, demokratik toplumda zorunlu bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve orantılılık ilkesine uygun olup olmadığı cevap aranması gereken sorulardır.

4. Anayasa'nın 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" hükmü yer almaktadır.

5. Anayasa'nın 51. maddesi sendika hakkını güvence altına almaktadır. Sendika hakkı çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte; bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir (AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015). Sendika hakkı çalışanların sadece istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmalarını değil kurdukları örgütlerin kendine özgü faaliyetlerinin de garanti altına alınmasını içermektedir (*Osman Köse ve Basın Yayın İletişim ve Posta Emekçileri Sendikası*, B. No: 2014/13387, 9/11/2017, § 37).

6. Sendika hakkı, sendika üyesinin gerek sendikaya üye olması gerekse mensubu bulunduğu sendikanın faaliyetlerine katılması nedeniyle yaptırıma uğramaması teminatını da içermektedir. Düşünce ve ifade hürriyeti kapsamında barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşüne ve/veya basın açıklamasına katılan sendika yöneticisi, temsilcisi veya üyesi kamu personelinin disiplin veya başka herhangi bir yaptırıma uğramadan sendikal hak ve özgürlüklerinden yararlanmaları anayasal koruma altındadır. Dolayısıyla, bir çalışanın herhangi bir sendikaya üye olması veya mensubu bulunduğu sendikanın faaliyetlerine katılması sebebiyle yaptırıma maruz kalması, örgütlenme özgürlüğüne müdahale oluşturabilir (*Osman Köse ve*

Basın Yayın İletişim ve Posta Emekçileri Sendikası, B.No:2014/13387, 9/11/2017, § 41).

7. Mahkememizin yerleşik içtihadı gereği Anayasal sendika hak ve özgürlüklerinin kapsamı belirlenirken Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmeleri, Avrupa Sosyal Şartı ve AİHM kararlarının göz önüne alınması gerekir (*İsmail Aslan ve Diğerleri* B.No: 2013/7197, 8/9/2015, § 67; *Hüseyin Demirdizen*, B. No: 2014/12286, 21/9/2016, § 45).

8. Türkiye'nin taraf olup, onayladığı 87 sayılı Sendika Özgürlüğünün ve Sendikalaşma Hakkının Korunmasına İlişkin ILO Sözleşmesinin 3. maddesinde çalışanların örgütlerinin yönetim ve etkinliklerini serbestçe belirleme hakkına sahip oldukları ve kamu makamlarının bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınmaları gerektiği belirtilmiştir. Aynı şekilde 151 sayılı Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemine İlişkin ILO Sözleşmesi de 6. Maddesi de kamu görevlilerinin tanınan örgütlerinin temsilcilerine, çalışma saatleri içinde veya dışında görevlerini çabuk ve etkin bir biçimde yerine getirmelerine olanak verecek şekilde kolaylıklar sağlanacağına vurgu yapmıştır.

9. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), sendikal faaliyet kapsamında yer alan (toplantı, basın açıklaması gibi) fiiller nedeniyle disiplin cezası alan ve/veya görev yerleri değiştirilen memurlarla ilgili kararlarında, sendika üyesi veya yöneticisi olan başvuruculara sendikal faaliyetleri nedeniyle görev yeri değişikliği işlemlerinin sendikal faaliyetlerini yürütme hakkına bir müdahale olduğunu, yasal bir sendikaya üye olan ilgililerin görev yerlerinin değiştirilmesine ilişkin işlemlerin demokratik toplum gereklerine uygun olmadığı sonucuna vararak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir (*Metin Turan/Türkiye* B.No: 20868/02, *Müslim Çiftçi/Türkiye* B.No: 30307/03, *Karaçay/Türkiye* B.No: 6615/03).

10. AİHM'ye göre disiplin cezası verilmesi, cezanın küçüklüğüne bakılmaksızın sendika üyelerinin sendikaların çağrısı üzerine yapılacak çeşitli barışçıl faaliyetlere katılmalarından vazgeçmeleri sonucunu doğurabileceğinden, sendika hakkı üzerinde caydırıcı bir etkiye neden olacaktır (*Karaçay/Türkiye* B.No:6615/03 §3 7).

11. AİHM bir kararında bir dizi sendikal faaliyetlere katılan başvurucunun bir başka kente naklen atanmasının sendikal faaliyetlere katılma hakkı üzerindeki etkilerini incelemiş ve başvurucunun sendikal faaliyet gerekçesiyle naklen atandığını ve atama işleminin kamu hizmetlerinin iyi bir şekilde idaresi amacı çerçevesinde tesis edilmediğini not ederek bir sendikaya üye olunması gerekçesiyle tesis edilen naklen atama işleminin demokratik toplumda zorunluluk kriterini taşımadığı sonucuna ulaşmıştır (*Metin Turan/Türkiye*, B. No: 20868/02 §§ 27, 30).

12. Somut olayımızda, başvurucu 14/1/2012 tarihinde üyesi olduğu sendikanın basın açıklamasına katıldığını, 15/2/2012 tarihinde yasal bir siyasi partinin çağrısıyla gerçekleşen yürüyüşe ise destek vermediğini soruşturma raporunda ifade etmiştir. Başvurucunun üyesi ve temsilcisi olduğu sendikanın çağrısı üzerine katıldığı ilk eylem olan basın açıklaması barışçıl bir şekilde gerçekleşmiştir. İkinci eylemle ilgili olarak başvurucunun yukarıda belirtilen yürüyüşe katıldığı idarece tutanak altına alınmıştır. Başvurucu, olay mahallinde olmakla beraber bu gösteriye katılmadığını iddia etmektedir.

13. İlke olarak başvurucu statüsü gereği kamu hizmetinin gereksinimleri doğrultusunda, başka bir göreve ya da başka bir şehre atanabilir. Benzer şekilde, sendika üyeliğinin kamu görevlilerinin devlete karşı olan sadakat yükümlülüklerini ortadan kaldırmadığı veya azaltmadığı da açık bir gerçektir.

14. Bir kamu görevlisi olan başvurucunun idareye sadakat ve güven ilişkisi ile bağlı olması görevini aksatmamak koşuluyla yasal ve barışçıl sendikal faaliyetlere katılmasına bir engel teşkil etmemektedir. Başvurucunun katıldığı sendikal eylemin ifa ettiği kamu göreviyle bağlantısı olması da şart değildir. Böyle bir anlayış, sendikal faaliyetlerin kamu görevlilerini ilgilendiren dar bir mesleki alanla sınırlandırılması anlamına gelir. Çağdaş demokrasilerde sendikal faaliyetlerin çalışma hayatıyla ilişkisinin ötesinde daha geniş siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel yönlerle de bağlantısı vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir bireysel başvuruda sendika tarafından yapılan bir eylemi "sendika üyesi kamu görevlilerinin toplumsal meselelerde seslerini duyurmayı hedefleyen bir sendikal faaliyet" olarak nitelendirmiştir (*İsmail Aslan ve Diğerleri* 2013/7197, 8/9/2015,§ 63).

15. Sendika hakkı, sendika üyesinin sendikanın faaliyetlerine katılması nedeniyle yaptırıma uğramaması teminatını da içermektedir. Bu durumda

bir çalışanın herhangi bir sendikaya üye olması veya mensubu bulunduğu sendikanın faaliyetlerine katılması sebebiyle yaptırıma maruz kalması, örgütlenme özgürlüğüne müdahale oluşturabilecektir (*Osman Köse ve Basın Yayın İletişim ve Posta Emekçileri Sendikası*, B. No: 2014/13387, 9/11/2017, § 41).

16. Somut olayda kamu görevlisinin temsilcisi ve üyesi olduğu sendikanın bir etkinliğine katılması fiili tek başına, taşıması gereken sadakat bağının ihlali olarak değerlendirilmemelidir. Aksi bir yorum, kamu görevlisinin sendikal hak ve özgürlükleri kullanmasından dolayı yaptırım ve diğer idari tedbirlere maruz kalması sonucunu doğuracaktır. Elbette, bu tespitimiz kamu görevlisi sendika üye, temsilci ve yöneticilerinin her türlü idari yaptırımdan muaf olmaları anlamına gelmemektedir. Vurgulanmak istenen bu kamu görevlilerine uygulanacak yaptırım ve tedbirlerin mümkün olduğunca sendikal faaliyetlere katılım üzerinde herhangi bir caydırıcı ve zorlayıcı etkiye neden olmadan uygulanmasıdır.

17. Başvurucu hakkında düzenlenen soruşturma raporunda, başvurucunun devlet memuruna yakışmayan tavır ve davranışlar sergilediği, çalıştığı okulda tedirginlik yarattığı, özellikle öğretmenler ve öğrencilerin rahatsızlık duyduğu belirtilerek hizmetin gereği ile verimliliğini ve yönetici konumundaki öğretmenin güvenirliğini tartışmaya açık duruma getirdiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla başvurucunun katıldığı faaliyetler, çalıştığı kuruma yansıyan tutum ve davranışları ile çalıştığı kurumun bir eğitim kurumu olduğu da dikkate alınarak yöneticilik görevinden alınması önerisi getirilmiştir.

18. Soruşturma raporunda başvurucunun bir siyasi partinin ve onu destekleyen yasal olan ve yasal olmayan kuruluşların il düzeyinde düzenlediği izinsiz ve kanunsuz yürüyüşlere katılmak suretiyle devlet memuruna yakışmayan tavır ve davranışlar sergilediği bu durumun çalıştığı okulda tedirginlik yarattığı, belirtilerek hizmetin gereği ve verimliliğinin sağlanabilmesi için çalıştığı okul ve ilçeden ayrılmasının uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

19. Derece mahkemeleri de başvurucunun katıldığı eylemler ve nitelikleri, yaptığı görevin gerekleri, bunların okul ortamındaki yansımalarını değerlendirerek görev değişikliğine ilişkin kararda hukuka uyarlılık tespit etmişlerdir.

20. İdarenin hizmet gereklerini dikkate alarak yöneticileri seçme ve çalışanları görevlendirme hususunda takdir hakkına sahip olduğu konusunda şüphe yoktur. Bununla birlikte, idarenin tespitleri ve derece mahkemelerin gerekçeleri başvurucunun sendika hakkına yapılan müdahalenin hangi makul, ilgili ve gerekli nedenlere dayandığını somut olarak ortaya koyamamıştır. Her şeyden önce, başvurucunun sendikal bir etkinliğe katılmasının nasıl olup da "devlet memuruna yakışmayan tavır ve davranışlar" olduğu, çalıştığı okulda ne şekilde "tedirginlik yarattığı", bundan öğretmen ve öğrencilerin nasıl "rahatsızlık duyduğu", içinde yer aldığı sendikal faaliyetleri çalıştığı eğitim kurumundaki hangi tutum ve davranışlarına nasıl yansıttığı sorularına gerek soruşturma raporunda gerekse de bu raporu esas alan derece mahkemelerinin kararlarında doyurucu ve tatmin edici bir şekilde cevap verilmemiştir.

21. Gerçekleştirilen görev ve yer değişikliğinin nedeni kamu hizmetlerinin gerekleri ve etkin bir şekilde yürütülmesi değil, başvurucunun yasal bir sendikal faaliyete katılmasıdır. Görev yeri değişikliği kararı yasal bir sendikanın faaliyetine katılan başvurucunun sendika hakkına demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir şekilde müdahale edildiği anlamına gelmektedir. Başvurucunun sendika hakkı ile eğitim hizmetlerinin en iyi şekilde yürütülmesine ilişkin kamu amacını gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler arasındaki denge başvurucu aleyhine orantısız bir şekilde bozulmuştur.

22. Sonuç olarak, üyesi olduğu bir sendikanın faaliyetine katılmasından dolayı görevinden alınarak başka bir yere atanan başvurucunun Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkına 13. maddedeki ilkelere aykırı bir şekilde müdahale edildiği sonucunu ulaştığımdan, çoğunluk kararına katılmadım.

Başkan
Engin YILDIRIM