



BİREYSEL BAŞVURU
SEÇME KARARLAR

2019/2



BİREYSEL BAŞVURU

SEÇME KARARLAR

2019/2

Ankara, 2020



Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISBN 978-605-2378-46-5

TK: 978-605-2378-44-1

Seçme Kararlar 2019/2

© 2020, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Kitapta yayımlanan kararlar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı

Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

Adres : Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara

Telefon : (312) 463 73 00

Faks : (312) 463 74 00

e-posta : ayam@anayasa.gov.tr

Twitter : @AYMBASKANLIGI

Web : www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı

EPAMAT

Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.

Telefon : (0312) 394 48 63

Faks : (0312) 394 48 65

Web : www.epamat.com.tr

Basım Tarihi

Nisan, 2020

*ÖZEL VE AİLE HAYATINA SAYGI
HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR*



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

FATİH SARAMAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/7256)

Karar Tarihi: 27/2/2019

**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 Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportörler	: Şermin BİRTANE Hikmet Murat AKKAYA
Başvurucu	: Fatih SARAMAN
Vekili	: Av. Mustafa BALABAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kanunen verilmemesi gereken kişisel verinin idari makamlara açıklanması ve güvenlik soruşturmasına esas alınması nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 21/5/2014 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.
7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.
8. İkinci Bölüm tarafından 8/11/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:
10. Başvurucu 19/11/1983 tarihinde doğmuştur. Adana 4. Asliye Ceza Mahkemesinin 13/3/2002 tarihli kararı ile başvurusunun hırsızlık suçu nedeniyle 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmedilmiş, hapis cezası ağır para cezasına çevrilmiş ve ceza ertelenmiştir. Başvurusunun suçu işlediği tarihte on sekiz yaşından küçük olduğu anlaşılmaktadır.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

11. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri (CTE) Genel Müdürlüğünün 10/6/2009 tarihli yazısıyla Kocaeli 1 ve 2 No'lu F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumları ile Kocaeli 1 ve 2 No'lu T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarına sözleşmeli infaz ve koruma memurluğu alımı için sınav yapılmıştır. Sınavla 501 kişinin işe alınması planlanmıştır.

12. Atama yapılmak üzere verilen sınav izni ile Kocaeli Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu (Komisyon) Başkanlığı tarafından yapılan yazılı ve sözlü sınavlar sonucunda başvuru nihai başarı listesinin 300. sırasında yer almaktadır. İnfaz ve koruma memurluğuna yerleştirilmesi düşünülen başvuru hakkında Komisyon Başkanlığınca güvenlik soruşturması işlemlerine başlanmıştır.

13. Adana Valiliği Emniyet Müdürlüğü tarafından Komisyon Başkanlığına hitaben yazılan 10/9/2009 tarihli yazıda, başvuru hakkında istenen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda hırsızlık suçundan işlem yapıldığının tespit edildiği bildirilmiş ve yazı ekinde Adana 4. Asliye Ceza Mahkemesinin 13/3/2002 tarihli kararı gönderilmiştir.

14. Komisyon Başkanlığı tarafından CTE Genel Müdürlüğüne gönderilen 9/10/2009 tarihli yazıda, hırsızlık suçu nedeniyle başvuru devletin memurluğuna atanacaklarda aranan şartları taşımadığı belirtilerek sözleşmeli infaz ve koruma memuru olarak istihdam edilmesinin uygun olmayacağı görüşü bildirilmiştir.

15. Başvuru 7/12/2009 tarihli Bilgi Edinme Başvuru Formu ile hakkında yapılan güvenlik soruşturmasının sonucunun kendisine iletilmesini talep etmiştir.

16. CTE Genel Müdürlüğünün 16/12/2009 tarihli cevabında, başvuru 10/7/2003 tarihli ve 25164 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin "Özel şartlar" kenar başlıklı 6. maddesinin (5) numaralı bendinin (d) alt bendinde öngörülen "güvenlik soruşturması olumlu olmak" şartını taşıması nedeniyle atamasının yapılmadığı bildirilmiştir.

17. Bunun üzerine başvuru tarafından 4/2/2010 tarihinde, atama işleminin yapılmaması nedeniyle Ankara 4. İdare Mahkemesinde iptal davası açılmıştır.

18. Mahkeme 14/12/2010 tarihli kararıyla davayı reddetmiştir. Kararda ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde çalıştırılacak personel hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmasının zorunlu olduğu, ceza infaz kurumu infaz ve koruma memurluğu görevinin önem ve özelliği gözetildiğinde hırsızlık suçundan mahkûm olması nedeniyle güvenlik soruşturması sonucu olumsuz olan başvuru kişinin atanmamasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir.

19. Başvurucunun temyiz istemi Danıştay Onikinci Dairesinin 10/12/2013 tarihli kararıyla reddedilerek hüküm onanmıştır.

20. Anılan karar 21/4/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

21. Başvuru 21/5/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

22. Başvuru, bireysel başvuru yaptıktan sonra Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünden temin ettiği 23/11/2017 tarihli *adli sicil kaydı* ile *adli sicil arşiv kaydı* sorgulaması sonuçlarını Anayasa Mahkemesine sunmuştur. Söz konusu belgelerde, belgelerin verileceği yer olarak kurum türü kısmına *resmî* kurumlara, belgenin konu kısmına ise *devlet memurluğu* için olduğu yazılmış; başvuru kişinin adli sicil ve arşiv kaydının bulunmadığı belirtilmiştir.

23. Ayrıca İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık, İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı tarafından gönderilen 16/11/2017 tarihli yazıda başvuru hakkında genel bilgi toplama (GBT) kaydı bulunmadığı bildirilmiştir.

24. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesince Adana İl Emniyet Müdürlüğünden Adana 4. Asliye Ceza Mahkemesinin 13/3/2002 tarihli, başvuru hakkındaki kararının nasıl ve nereden tespit edildiği sorulmuştur. Adana Valiliği Emniyet Müdürlüğünün 2/5/2018 tarihinde kayda alınan cevabında, kayıtlarının tetkikinden başvuru hakkında hırsızlık suçu nedeniyle hazırlık tahkikatı yapılmış olduğunun

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

anlaşıldığı, bunun üzerine Adana Cumhuriyet Başsavcılığı ile yapılan yazışma sonucunda söz konusu mahkeme kararının temin edildiği bildirilmiştir.

25. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün 11/6/2018 tarihli yazısında 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü dikkate alındığında on sekiz yaşından küçükken işlenen suçlara dair kayıtların kamu görevlerine yapılacak atamalar dolayısıyla güvenlik soruşturması kapsamında ilgili kamu kurumlarına verilemeyeceği bildirilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

26.24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1)Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.

(2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

(3) Birinci fıkrafta sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir..."

27. 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Devlet memurluğuna alınacaklarda aşağıdaki genel ve özel şartlar aranır.

A) Genel şartlar:

Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis

cezasına ya da affa uğramış olsa bile ... hırsızlık, ... suçlarından mahkûm olmamak.

...

8. (Ek: 3/10/2016 – KHK-676/74 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/60 md.) *Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak.*

B) *Özel şartlar:*

...

2. *Kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımak."*

28. Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin "Özel şartlar" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Genel şartların yanında, atama yapılacak kadroların niteliğine göre aşağıdaki şartlar aranır:

...

5) *Koruma güvenlik görevlisi ile infaz ve koruma memuru kadrolarına atanabilmek için;*

...

d) *Güvenlik soruşturması olumlu olmak"*

29. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

a) *Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; ... atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,*

...

Yoksun bırakılır.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

...

(4) ... fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.”

30. 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun “Amaç ve kapsam” kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

“Bu Kanun, kesinleşmiş ceza ve güvenlik tedbirlerine mahkûmiyete ilişkin bilgilerin otomatik işleme tâbi bir sistem kullanılarak toplanmasına, sınıflandırılmasına, değerlendirilmesine, muhafaza edilmesine ve gerektiğinde en seri ve sağlıklı biçimde ilgililere bildirilmesine dair usul ve esasları belirler.”

31. 5352 sayılı Kanun’un “Arşiv bilgilerinin istenmesi” kenar başlıklı 10. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

“Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir.”

32. 7/9/2005 tarihli ve 25929 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Adli Sicil Yönetmeliği’nin 12. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

“Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere mahkeme, hâkim veya savcılıklarca istenebilir.”

33. Adli Sicil Yönetmeliği’nin “Adlî sicil bilgilerinin sınırlı olarak verilebileceği haller” kenar başlıklı 14. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere mahkeme, hâkim veya savcılıklara talep halinde verilir.”

34. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan 1/1/2006 tarihli ve 55 sayılı Genelge’nin ilgili kısmı şöyledir:

“Adlî sicil kayıtlarının şahsi başvurularda ilgilisi dışındaki kişilere verilmemesi gerektiği hususunda, Genel Müdürlüğümüzde düzenlenen hizmet içi eğitim kurslarında üzerinde önemle durulmasına ve tüm uyarılara

rağmen konuya gereken özen ve hassasiyet gösterilmeyerek, ilgisi dışındaki şahıslara adli sicil kaydı verilmek suretiyle yer yer şikayetlere sebebiyet verildiği müşahade olunmuştur.

...

Bu itibarla;

1) Haklarında mahkemelerce mülga 2253 sayılı Kanunun 12 nci veya mülga 765 sayılı Kanunun 55 inci maddeleri ile 5237 sayılı TCK'nun 31 inci maddesi uygulanan onsekiz yaşından küçükler hakkında adli sicil ve arşiv kayıtlarının; ancak, soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere mahkeme, hâkim veya savcılıklarca istenildiği takdirde verilmesi hususunda gereken tüm tedbirlerin alınması, konu ile ilgili olarak adli sicil görevlilerinin bilgilendirilerek uyarılması

..."

35. 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesi şöyledir:

"Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması; kamu kurum ve kuruluşlarında, yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile askeri, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılır.

Devletin güvenliğini, ulusun varlığını ve bütünlüğünü iç ve dış menfaatlerinin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgeler ile gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, birim ve kısımların tanımlarının yapılması, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak merciler ve üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmelik ile düzenlenir."

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

36. 12/4/2000 tarihli ve 24018 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği’nin (Yönetmelik) “Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapacak makamlar” kenar başlıklı 7. maddesi şöyledir:

“Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleri tarafından yapılır.

İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı’ndaki bilgi kayıtları ile Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’ndeki adli sicil kaydı, talepleri üzerine, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapacak makamlar ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin ilgili birimlerine verilir.”

37. Yönetmeliğin “Hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak personel” kenar başlıklı 8. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

“Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması; gizlilik dereceli birim ve kısımlar ile askeri, emniyet, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalıştırılacak personel hakkında yapılır.

Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleri, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını; bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımları ile yurtdışı teşkilatında ve askeri, emniyet, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumu ve tutukevlerinde çalıştırılacak personel hakkında yapar.”

38. Yönetmeliğin “Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında araştırılacak hususlar” kenar başlıklı 11. maddesi şöyledir:

“Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında kişinin içinde bulunduğu ortam da dikkate alınarak:

a) Kimlik kontrolü, kimlik kayıtlarının doğruluk derecesi, uyrukluğ, geçmişte yabancı bir devletin uyrukluğuna girip girmediği,

b) Kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığı, kolluk kuvvetlerinin ve istihbarat ünitelerinin arşivlerinde bilgiler bulunup bulunmadığı, adli sicil kaydının ve hakkında bir tahdidin olup olmadığı,

c) Yıkıcı faaliyetlerde bulunup bulunmadığı ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanuna ve Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı davranıp davranmadığı.

d) Şeref ve haysiyetini ihlal edecek görevine yansıyacak şekilde kumara, uyuşturucuya, içkiye, paraya ve aşırı bir şekilde menfaatine düşkün olup olmadığı, ahlak ve adaba aykırı davranıp davranmadığı,

e) Yabancılarla, özellikle hasım ve hasım olması muhtemel Devlet mensupları ve temsilcileriyle ilgili derecesinin iç yüzü ve nedeni,

f) Sır saklama yeteneğinin olup olmadığı,

araştırılır.”

39. Devlet Personel Başkanlığının 26/8/2013 tarihli ve 13899 sayılı, üniversitede araştırma görevlisi olarak çalışan,adli sicil kaydı bulunmayan ancak küçük yaşta işlediği suçlardan dolayı 3 yıl 1 ay 15 gün ve 1 yıl 10 ay 15 gün hapis cezası ile tecziye edilen personelin 657 sayılı Kanun’un 48. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendiçerçevesinde görevine devam edip edemeyeceği hususunda verdiği görüşün ilgili kısmı şöyledir:

“25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 10 uncu maddesinde; ...Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir.” hükmüne yer verilmek suretiyle, kamu kurumlarının özel kanunlarda gösterilen hallerde (657 sayılı Kanunun 48/A-5 maddesi gereği) ilgililerin adli sicil arşiv bilgilerini isteyebileceği, ancak suçun işlendiği tarihte 18 yaşından küçük olanlarla ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarını sadece soruşturma ve kovuşturma kapsamında Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerin isteyebileceği, bunun dışındaki resmi veya özel kuruluşların 18 yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarını istemesinin ve bunlara istinaden işlem tesis etmesinin mümkün olmadığı belirtilmiş; bir başka anlatımla kamu kurumları açısından 18 yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları bir bakıma hükmen yok sayılmıştır. Bu kapsamda, söz konusu mahkumiyetin 657 sayılı Kanunun 48/A-5 maddesi kapsamında memuriyete engel teşkil etmesi mümkün bulunmamaktadır...”

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

40. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün 11/6/2018 tarihli yazısının ilgili kısmı şöyledir:

“...Adli Sicil Yönetmeliğinin ‘Adlî sicil bilgilerinin sınırlı olarak verilebileceği haller’ kenar başlıklı 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında; ‘Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere mahkeme, hâkim veya savcılıklara talep halinde verilir.’ Genel Müdürlüğümüz tarafından çıkarılan 1/1/2006 tarihli ve 55 sayılı Genelgenin ilgili kısmında; ‘Adlî sicil kayıtlarının şahsi başvurularda ilgilisi dışındaki kişilere verilmemesi gerektiği hususunda, Genel Müdürlüğümüzde düzenlenen hizmet içi eğitim kurslarında üzerinde önemle durulmasına ve tüm uyarılara rağmen konuya gereken özen ve hassasiyet gösterilmeyerek, ilgilisi dışındaki şahıslara adlî sicil kaydı verilmek suretiyle yer yer şikayetlere sebebiyet verildiği müşahade olunmuştur’ ...denilmektedir...”

Bu itibarla; ...on sekiz yaşından küçükken işlenen suçlara dair kayıtların kamu görevlerine yapılacak atamalar dolayısıyla güvenlik soruşturması kapsamında ilgili kamu kurumlarına verilemeyeceği hususunu bilgilerinize arz ederim.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Belgeler

41. 18/2/2016 tarihli ve 29628 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 30/1/2016 tarihli ve 6669 sayılı Kanun’la uygun bulunan 28/1/1981 tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi’nin “Özel veri kategorileri” kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

“İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler otomatik işleme tabi tutulmaz. Aynı durum ceza mahkumiyetiyle ilgili kişisel veriler için de geçerlidir.”

42. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20/11/1989 tarihinde kabul edilen ve Türkiye tarafından imzalanarak 9/12/1994 tarihli ve 4058

sayılı Kanun'la uygun bulunan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

43. 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.”

44. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), devletlerin millî güvenliğin korunması amacını gerçekleştirmede sahip oldukları takdir yetkisinin geniş olduğunu kabul etmektedir. AİHM, Sözleşme'ye taraf devletlerin millî güvenliği korumak için yetkili ulusal makamlarına ilk olarak kişiler hakkında bilgi toplama ve halka açık olmayan siciller tutma, ikinci olarak millî güvenlik bakımından önemli kadrolarda çalışmak isteyen adayların bu işe uygunluğunu takdir ederken bu bilgiyi kullanma yetkisi veren kurallara sahip olmaları gerektiğinde kuşku bulunmadığını belirtmektedir (*Leander/İsveç*, B. No: 9248/81, 26/03/1987, § 59).

45. Bununla birlikte AİHM içtihadına göre kamu mercilerinin bir bireyin özel hayatıyla ilgili bilgileri toplaması, kaydetmesi, saklaması özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturur (*Leander/İsveç*, § 48; *Kopp/İsviçre*, B. No: 23224/94, 25/3/1998, § 53; *Amann/İsviçre* [BD], B. No: 27798/95, 16/2/2000, § 69; *Rotaru/Romanya* [BD], B. No: 28341/95, 4/5/2000, §§43, 44, 46).

46. AİHM'e göre bir kişinin özel yaşamına ilişkin verilerin kaydedilmesi ve saklanması, kendi başına özel hayata saygı hakkı bakımından bir müdahale oluşturmaktadır. Bu müdahalenin tespiti için kaydedilen bilgilerin daha sonra kullanılmış olması gibi bir koşul da aranmamaktadır. Bununla birlikte kamu makamları tarafından muhafaza edilen kişisel verilerin Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen unsurlardan birini devreye sokup sokmadığını tespit etmek için bu bilgilerin hangi çerçevede alındığının ve muhafaza edildiğinin, verilerin türünün, kullanıldığı ve işlendiği şeklin, bunlardan çıkarılabilecek sonuçların dikkate alınması zaruridir (*S.ve Marper/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 30562/04, 30566/04, 4/12/2008, § 67).

47. AİHM'e göre kişisel verilerin korunması, kişinin Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen özel hayata saygı hakkından yararlanması konusunda büyük öneme sahiptir. İç hukuk, kişisel verilerin bu maddede öngörülen güvencelere uygun olmayan şekilde kullanımını engellemek için gerekli güvenceleri sağlamalıdır. Bu tür güvencelerin bulunmasının gerekliliği, otomatik işleme tabi tutulan kişisel verilerin korunması söz konusu olduğunda özellikle de bu verilerin polis tarafından kullanılması hâlinde daha fazla hissedilmektedir. İç hukuk, bu verilerin saklanma amaçlarına uygun ve aşırılıktan uzak olmasını sağlamalı; verilerin kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde muhafaza edilmesini temin etmelidir. İç hukuk, aynı zamanda kişisel verilerin uygun olmayan şekillerde, keyfî ve yetki aşımı yapılarak kullanılmasına karşı uygun güvenceler de içermelidir (*S.ve Marper/Birleşik Krallık*, § 103; *M.M./Birleşik Krallık*, B. No: 24029/07,13/11/2012, § 195).

48. Ayrıca AİHM, kişilerin suç kayıtlarının tutulması ve kullanılması hakkında konuyu düzenleyen ilgili kanunun niteliğine ayrı bir önem vermektedir. AİHM, suç kayıtlarının tutulması ve kullanılmasına dair kanunun niteliği bakımından aynı telefon dinlemelerinde, gizli takipte ve gizli istihbarat toplamada dayanan kanunlar yönünden olduğu gibi keyfî müdahalelere karşı bireyi korumak amacıyla yüksek bir standart aramaktadır. AİHM'e göre suç kayıtlarının tutulması ve kullanılmasına dair kanun; tıpkı telefon dinlemelerinde, gizli takipte ve gizli istihbarat toplamada olduğu gibi tedbirlerin kapsamını ve uygulanmasını

düzenleyen, özellikle süre, stoklama, kullanım, üçüncü kişilerin veriye erişimi, verilerin gizliliği ve bütünlüğünün korunmasına, bunların imhasına ilişkin prosedürlere dair ve kişilerin yetki aşımı ve keyfiliğe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını sağlayacak, açık ve detaylı hükümler içermelidir (*S.ve Marper/Birleşik Krallık*, § 99; *M.M./Birleşik Krallık*, § 195).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

49. Mahkemenin 27/2/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

50. Başvurucu, on sekiz yaşını doldurmayanların küçük olmalarından dolayı bazı hatalar yapabileceğinin kanun koyucu tarafından öngörüldüğünü ve bu hataların onların gelecekteki yaşamlarını etkilememesi için 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemenin getirildiğini belirtmiştir. Başvurucu, idarenin 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeye aykırı olarak on sekiz yaşından küçükken işlediği suçun kayıtlarına ulaştığını ve böylelikle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğini, devlet memuru olarak çalışma hakkının da elinden alındığını ifade etmiştir. Bu nedenlerle başvurucu özel hayata saygı ve çalışma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

51. Bakanlık görüşünde; başvurunun esası yönünden yapılan değerlendirmede 4045 sayılı Kanun'un 1. maddesi doğrultusunda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapıldığı, anılan Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak yürürlüğe konan Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'nde güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının nasıl yapılacağına belirlendiği, bu çerçevede müdahalenin hukukilik unsurunu taşıdığı belirtilmiştir. Diğer taraftan atanmak istenen görevin nitelikleri ve hassasiyeti dikkate alındığında güvenlik araştırması yapılması konusunda meşru amacın olduğu, bu uygulamanın demokratik toplum gereklerine aykırı bir yönünün bulunmadığı ifade edilmiştir.

52. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

B. Değerlendirme

53. Anayasa'nın 20. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

...

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

54. Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuki menfaatlerden biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Mahremiyet hakkı bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Kendisine ilişkin herhangi bir bilginin rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda bireyin menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 32).

55. Anayasa'nın özel hayata saygı hakkını düzenleyen 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme, bu veriler hakkında bilgilendirilme, verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme, verilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahip olduğu, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilerek anayasal sınırlar belirlenmiştir.

56. Söz konusu Anayasa hükmünde kişilerin kendileri hakkındaki verilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahip olduğu özellikle vurgulanmıştır.

57. Anayasa Mahkemesi tarafından kişisel veri kavramının -belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla- bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiği kabul edilmektedir (AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; E.2013/122, K.2014/74, 9/4/2014; E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014; E.2013/84, K.2014/183, 4/12/2014; E.2014/180, K.2015/30, 19/3/2015; *Bülent Kaya* [GK], B. No. 2013/2941, 11/5/2016, § 49). Bu bağlamda ceza mahkûmiyeti ile ilgili verilerin kişisel veri olduğu açıktır. Başvurucu devlet memuru olarak atanmadığını belirterek çalışma hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştü de atama işleminin yapılmamasının temelinde başvurucunun on sekiz yaşından önce işlediği suça ait kaydın kamu makamlarına verilmesi yani kişisel verisinin açıklanması hususu bulunmaktadır. Kişisel verilerin tutulması, saklanması veya aktarılmasının ise Anayasa'nın 20. maddesi bağlamında kişilerin özel hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle başvurunun Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

59. Kamu mercileri tarafından özel yaşamı ile ilgili sorular sorulması da dâhil olmak üzere bir bireyin özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerinin alınması, kaydedilmesi, saklanması ve kullanılması özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturur (*Bülent Kaya* [GK], B. No: 2013/2941, 11/5/2016, § 51; *Güzide Defne Samyeli*, B. No: 2014/4399, 21/9/2016, § 67).

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

60. Somut olayda başvuruçunun on sekiz yaşından küçükken işlediği suçun kayıtlarının Adana Valiliği Emniyet Müdürlüğü tarafından Komisyon Başkanlığına verildiği, bu kaydın dikkate alınmak suretiyle güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığı, başvuruçunun sözleşmeli infaz ve koruma memurluğuna atamasının yapılmadığı anlaşılmaktadır.

61. Resmî makamlar tarafından muhafaza edilmekte olan, başvuruçunun hakkında yürütülen ceza yargılamasına dair bilgilerin özel hayata saygı hakkı anlamında kişisel nitelikli veriler olduğu açıktır. Söz konusu kişisel verinin kamu kurumlarıyla paylaşılması ve güvenlik soruşturmalarında kullanılmasının Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

62. 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.”

63. Yukarıda anılan müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığının 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 koşulları yönünden incelenmesi gerekir. Bu bağlamda somut başvuruda öncelikle müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

i. Genel İlkeler

64. Anayasa uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların öncelikle kanunla öngörülmüş olması gerekmektedir. *Kanun ile sınırlama* ölçütü veya *kanunilik ilkesi* Sözleşme'nin 8. maddesinde de bir sınırlama ve güvence ölçütü olarak yer almaktadır. Buna karşın Sözleşme'de yer alan *kanunla öngörülmüş olma* kavramı ile

Anayasa'da yer alan *kanunilik ilkesi* tam olarak aynı değildir (*Bülent Polat*, § 73).

65. AİHM, kanunda öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (bkz. *Malone/İngiltere*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68; *Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1)*, B. No: 6538/74, 26/04/1979, § 47) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlaka *kanun* ile yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamıştır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 31; *Bülent Polat* § 75).

66. Bununla birlikte temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada kanunun niteliği önem kazanmaktadır. Kanunla sınırlama ölçütü sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfî davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta; bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır (*Halime Sare Aysal* [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 62).

67. Kanunun bu gerekliliklere uygun olduğunun söylenebilmesi için yeterince ulaşılabilir olması, vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir (*Halime Sare Aysal*, § 63).

68. Hukukun kendisi -beraberinde getireceği idari pratiğin dışında- söz konusu işlemin meşru amacını da gözönünde tutarak keyfî müdahalelere karşı bireyi korumak için yetkili makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamını yeterince açık bir şekilde göstermelidir. Hukuk sistemi vatandaşlara, kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde müdahalelerde bulunma yetkisi verdiğini yeterince açık ifadelerle gösterecek nitelikte olmalı ve bu bağlamda ilgili müdahalenin muhataplarının müdahaleye zemin hazırlayan koşullar ile

müdahalenin sonuçları açısından bir öngöründe bulunabilmeleri imkânı tanınmalıdır (*Halime Sare Aysal*, § 64).

69. Bununla birlikte her ihtimale çözüm getiremeyecek olan yasal mevzuatın sağladığı koruma seviyesi büyük ölçüde ilgili metnin düzenlediği alan ve içeriğiyle birlikte muhataplarının niteliği ve sayısıyla yakından bağlantılıdır. Bu nedenle kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi ve buna bağlı olarak hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Bu kapsamda hak ya da özgürlüğe müdahale eden kural belirli ölçülerdeki takdir alanını elbette uygulayıcıya bırakabilir. Fakat bu takdir alanının sınırlarının da yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın asgari bir kesinlik içermesi zaruridir (*Halime Sare Aysal*, § 65).

70. Bu kapsamda ilgili kanuni düzenlemenin söz konusu sınırlamaya ilişkin temel çerçeveyi ortaya koymakla birlikte özellikle uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Ancak bu ihtimalde de söz konusu düzenleyici işlemin yine muhataplarınca ulaşılabilir olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması gerekmektedir (*Halime Sare Aysal*, § 66).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

71. Belirli kamu görevlerinde çalıştırılacak personel hakkında uygulanan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kanuni dayanağı 4045 sayılı Kanun'dur (bkz. § 35).

72. 4045 sayılı Kanun'da güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kamu kurum ve kuruluşlarında yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları hâlinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile askerî teşkilatlarda, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılacağı düzenlenmiştir.

73. Ancak 657 sayılı Kanun'un 48. maddesine, 3/10/2016 tarihinde 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ve bu KHK'nın uygun bulunmasına dair 7070 sayılı Kanun ile devlet memurluğuna alınacaklarda aranan genel şartlar arasına "*Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak*" şartı eklenmiştir. Dolayısıyla daha önce sadece 4045 sayılı Kanun'da sayılan belirli görevler yönünden güvenlik soruşturması yapılacağı öngörülmüş iken söz konusu değişiklik sonrasında artık tüm kamu görevleri yönünden güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacağı anlaşılmaktadır.

74. Bununla birlikte eldeki başvuru yönünden müdahale teşkil eden başvuru hakkındaki işlemin tesis edildiği tarihte mevcut olan yasal düzenlemelerin esas alınması bir zorunluluk olup Anayasa Mahkemesinin olay tarihinden sonra kabul edilmiş 657 sayılı Kanun'un 48. maddesine getirilen düzenlemeyi somut olayın incelenmesi bakımından dikkate alması mümkün bulunmamaktadır.

75. 4045 sayılı Kanun'da güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda sadece bir maddeye yer verilerek hangi kamu görevleri bakımından güvenlik soruşturması yaptırılacağı düzenlenmiş, bunun dışındaki tüm düzenlemelerin bir yönetmelikle yapılacağı belirtilmiştir.

76. Bu doğrultuda Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği çıkarılmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin 4. maddesinde güvenlik soruşturması "*kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişkisi ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının, yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığının, ahlaki durumunun, yabancılar ile ilgisinin ve sır saklama yeteneğinin mevcut kayıtlardan ve yerinden araştırılmak suretiyle saptanması ve değerlendirilmesi*" şeklinde tanımlanmıştır. Arşiv araştırması ise kişinin kolluk kuvvetleri tarafından hâlen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişkisi ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının mevcut kayıtlardan saptanması olarak belirtilmiştir.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

77. Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapacak makamlar Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleridir.

78. Yönetmeliğin 11. maddesinde; güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında kişinin içinde bulunduğu ortam da dikkate alınarak kimlik kontrolü, kimlik kayıtlarının doğruluk derecesi, uyrukluğ, geçmişte yabancı bir devletin uyrukluğuna girip girmediği, kolluk kuvvetleri tarafından hâlen aranıp aranmadığı, kolluk kuvvetlerinin ve istihbarat ünitelerinin arşivlerinde bilgiler bulunup bulunmadığı, adli sicil kaydının ve hakkında bir tahdidin olup olmadığı, yıkıcı faaliyetlerde bulunup bulunmadığı, 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'a ve Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı davranıp davranmadığı, şeref ve haysiyetini ihlal edecek ve görevine yansiyacak şekilde kumara, uyuşturucuya, içkiye, paraya ve aşırı bir şekilde menfaatine düşkün olup olmadığı, ahlak ve adaba aykırı davranıp davranmadığı, yabancılarla, özellikle hasım ve hasım olması muhtemel devlet mensupları ve temsilcileriyle olan ilgi derecesinin iç yüzü ve nedeni, sır saklama yeteneğinin olup olmadığı hususlarının araştırılacağı belirtilmiştir.

79. Yönetmeliğin 12. maddesinde güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının nasıl ve ne şekilde yapılacağının soruşturma ve araştırma yapmaya yetkili makamların görev talimatları ile belirleneceği düzenlenmiştir.

80. Ayrıca anılan maddede soruşturma ve araştırma sonucunu içeren bilgi ve belgelerin ilgilinin güvenlik makamlarındaki dosyasında asgari "gizli" gizlilik derecesinde saklanacağı, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında olumsuz durumu saptananlarla ilgili bilgilerin Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünce karşılıklı olarak birbirlerine aktarılacağı düzenlenmiştir.

81. Anayasa'nın 129. maddesinin birinci fıkrasında memurlar ve kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunma yükümlülükleri düzenlenmiştir. Ayrıca 657 sayılı Kanun'da bu sadakat yükümlülüğünün yanı sıra kamu görevlilerine tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülükleri de getirilmiştir.

82. Kamu görevlilerinin sadakat, tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülüğü çerçevesinde devleti temsil eden ve millî güvenlik bakımından hassasiyet içeren bazı kamu görevlerine atanacak kişiler bakımından daha sıkı nitelikler aranması ve birtakım sınırlamaların getirilmesi doğaldır. Bu şekilde aranan nitelikler ve kanunlarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir. Dolayısıyla idarenin millî güvenlik açısından önem arz eden kadrolara atanacak kişilerin tabi olacağı güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda kanunla temel çerçeveyi ortaya koyan kurallar getirmesi elbette mümkündür. Bu çerçevenin kanunla belirlenmesinden sonra uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntılar düzenleyici işlemlerle belirlenebilir. Üstelik millî güvenlik ile ilgili alanlarda çalışacak personelin seçimi ve kontrolü bakımından konuyu düzenleyen kanunda aranacak öngörülebilirlik koşulunun diğer alanlardakilere göre daha esnek olacağı da söylenebilir. Ancak yine de bu alanda düzenleme getiren kanun ile diğer alt mevzuatın kişilere, kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde bu tür gizli tedbirler uygulama ve potansiyel olarak özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelerde bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak gösterecek ve olası kötüye kullanmalara karşı yeterli güvence sağlayacak şekilde kaleme alınmış olması gerekir.

83. 4045 sayılı Kanun'un güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğu, bu bilgilerin nerelerden elde edileceği ve ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağı, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak mercilerin kimler olduğu ile ilgili hiçbir düzenleme içermediği görülmektedir. Bunun yanı sıra kanunlarda, kesinleşmiş ceza mahkûmiyetlerine dair ilk olarak akla gelmesi ve uygulanması gereken kanun olan 5352 sayılı Kanun'a atıf içeren bir düzenlemenin bulunmadığı, bireyleri keyfiliğe karşı koruyucu hiçbir hükme yer verilmediği anlaşılmaktadır. Aynı şekilde Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'nin de elde edilen

bilgilerin saklanma süreleri, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı hususlarını düzenlemediği, bireylerin özel hayatına saygı hakkının güvencelerini sağlayacak hükümlerden yoksun olduğu anlaşılmaktadır.

84. Anayasa'nın 10., 41., 58., 61. ve 141. maddelerinde; devletin çocukların korunması, topluma kazandırılması ve yargılanmalarının özel kurallara tabi tutulması konularında gerekli tedbirleri alacağı, teşkilat ve tesisleri kuracağı belirtilmek suretiyle bazı pozitif yükümlülükler öngörülmüştür.

85. Devletin çocukların korunması ile ilgili bahsedilen pozitif yükümlülükleri kapsamında hukukumuzda bazı kanuni düzenlemelere de yer verildiği görülmektedir. Bunlardan biri çocukların işledikleri bir suç nedeniyle kamu görevlerinden sürekli olarak yasaklanamayacakları ilkesidir. 5237 sayılı Kanun'un 53. maddesinde, kasten işlediği bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olmuş ve fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olanların sürekli bir kamu görevini üstlenmekten mahrum bırakılamayacakları ifade edilmiştir (bkz. § 29).

86. Aynı şekilde 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinde on sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarının ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre kişilerin on sekiz yaşından küçükken işlediği herhangi bir suça ait kayıtların idari makamlara bildirilmesi hukuken mümkün değildir. "*İlgili Hukuk*" kısmında belirtildiği üzere Devlet Personel Başkanlığı görüşünün ve Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü uygulamasının da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır (bkz. §§ 39, 40).

87. Buna karşılık 4045 sayılı Kanun'da kişilerin geçmiş ceza mahkûmiyetlerine ilişkin kayıtlar bakımından hangi suçların kamu görevine girmeye engel olduğu, kişilerin on sekiz yaşından önce işlediği suçlara dair kayıtların güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına sebep olup olmayacağı konusunda hiçbir belirleme,

suçlar arasında herhangi bir ayırım ve derecelendirme yapılmamıştır. Aynı şekilde 21/12/2000 tarihli ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun uyarınca kesinleşmiş mahkûmiyet niteliğinde sayılmayan kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararların da güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasının bir sebebi olup olmayacağı hususunda hiçbir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

88. 4045 sayılı Kanun sadece hangi kamu görevleri bakımından güvenlik soruşturması yaptırılacağını düzenlemiş, bunun dışındaki tüm düzenlemeleri ise bir yönetmeliğe bırakmıştır. İlgili Yönetmelik hükümlerine bakıldığında Yönetmeliğin de güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının nasıl ve ne şekilde yapılacağı konusunda hiçbir düzenleme içermediği, bu konunun soruşturma ve araştırma yapmaya yetkili makamların görev talimatlarına bırakılmış olduğu görülmektedir. *Yetkili makamların görev talimatlarının neler olduğunun -bu talimatların yayımlanarak genelin bilgisine sunulmamış olması ve idare tarafından istenen her durumda değiştirilebileceği dikkate alındığında- bireyler tarafından önceden bilinmesi ve öngörülmesi mümkün değildir.*

89. Üstelik Yönetmelik'te soruşturma ve araştırma sonucunu içeren bilgi ve belgelerin ilgilinin güvenlik makamlarındaki dosyasında süresiz olarak saklanacağı, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında olumsuz durumu saptananlarla ilgili bilgilerin Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünce karşılıklı olarak birbirlerine aktarılacağı hükümlerine yer verilmiş olup kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı bulunmadığı gibi bilgilerin bir müddet sonra silinmesine de imkân verilmediği görülmektedir. Bu durumda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının objektif, öngörülebilir ve önceden belirlenebilir güvencelere ve usullere tabi kılınmış olmadığı, tamamen yetkili makamların talimatlarına bağlı olarak yapıldığı, bu hâliyle de keyfiliğe açık bir durum yaratmakta olduğu anlaşılmaktadır.

90. Bu saptamalar ışığında 4045 sayılı Kanun'un temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını içeren konuyla ilgili temel esasları,

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olduğundan söz etmek mümkün değildir. Kanun'un ve ilgili Yönetmeliğin kişisel verilerin kayıt, muhafaza ve kullanımını içeren tedbirlerin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen ve özellikle, süre, stoklama, kullanım, üçüncü kişilerin erişimi, verilerin gizliliği, bütünlüğü ve imhası konusundaki usullere ilişkin, muhataplarının yetki aşımı ve keyfiliğe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını sağlayacak açık ve detaylı kuralları içermediği tespit edilmektedir. Buna göre başvuruya konu müdahalenin dayanağı olan düzenlemenin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna varılmaktadır.

91. Öte yandan somut olayda başvurucunun yazılı ve sözlü sınavı kazandığının ilan edilmiş olduğu, on sekiz yaşından küçükken işlediği suça ilişkin kaydın 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan hükme açıkça aykırı şekilde idari makamlara verilmiş olduğu dikkate alındığında özel hayata saygı hakkına yönelik müdahalenin bu yönüyle de kanuni dayanaktan yoksun olduğu anlaşılmaktadır.

92. Yukarıda yer verilen tespitler uyarınca başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşıldığından söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

93. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

M. Emin KUZ bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

94. 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."*

95. Başvurucu, ihlalin tespiti ile 50.000 TL maddi, 50.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

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

97. 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).

98. 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 yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan*, § 58).

99. Buna göre Anayasa Mahkemesince ihlalin tespit edildiği hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemeleri ise Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan*, § 59).

100. Mevcut başvuruda başvurucu hakkında onsekiz yaşından küçükken yürütülen ceza yargılamasına dair bilgilerin idari makamlara

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

açıklanması şeklindeki müdahalenin kanunilik şartını sağlamaması nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

101. Bu nedenle ihlalin idarenin işleminden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddedilmesi ve dolayısıyla davada ihlalin giderilememesi nedeniyle ihlalin aynı zamanda mahkeme kararından da kaynaklandığı görülmektedir. Bu durumda özel hayata saygı 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 Ankara 4. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

M. Emin KUZ bu sonuca katılmamıştır.

102. Yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın yetkili yargı merciine gönderilmesine karar verilmesinin ihlal iddiası açısından yeterli bir giderim oluşturduğu anlaşıldığından başvurucunun tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

103. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.681,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

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

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

C. Kararın bir örneğinin özel hayata saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 4. İdare Mahkemesine (14/12/2010 tarihli ve E.2010/208, K.2010/2068 sayılı kararlar ile ilgilidir) GÖNDERİLMESİNE M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.681,10 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 27/2/2019 tarihinde karar verildi.

FARKLI GEREKÇE VE KARŞIOY GEREKÇESİ

Güvenlik soruşturmasının olumlu neticelenmemesi sebebiyle infaz ve koruma memurluğuna atama yapılmamasına ilişkin işlemin özel hayata saygı ve çalışma haklarını ihlal ettiği iddialarına yönelik başvuruda özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ve ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiştir.

Oybirliği ile verilen ihlal kararına katılmakla birlikte başvuruya konu müdahalenin kanunîlik şartını sağlamadığı görüşüne farklı gerekçeyle katılıyorum. İhlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılması kararına ise katılmıyorum.

1. Farklı Gerekçe

Kararda ihlal sonucuna varılırken kanunîlik açısından Mahkememiz ve AİHM tarafından kabul edilen ilkelerin de tekrarlanmasına rağmen, 4045 sayılı Kanunda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması

konusunda sadece bir maddeye yer verilerek hangi kamu görevleri bakımından güvenlik soruşturması yaptırılacağı düzenlendiği, bunun dışındaki tüm düzenlemelerin bir yönetmelikle yapılacağı belirtildiği, bu doğrultuda çıkarılan yönetmelikte konu ile ilgili düzenlemelere yer verildiği, ancak 4045 sayılı Kanunun temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olduğundan söz edilemeyeceği, ayrıca anılan Kanunun ve ilgili Yönetmeliğin kişisel verilerin kayıt, muhafaza ve kullanımına yönelik tedbirlerin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen açık ve detaylı kuralları içermediği ifade edilmiştir.

Bilindiği gibi, temel hak ve hürriyetlere bir müdahale söz konusu olduğunda, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Anayasanın 20. maddesi kapsamındaki bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabul edilebilmesi için de müdahalenin kanunî bir dayanağının olması zorunludur.

Kararın genel ilkelere ilişkin paragraflarında, Sözleşmede yer alan “kanunla öngörülmüş olma” şartı ile Anayasada yer alan “kanunilik ilkesi”nin aynı olmadığı, AİHM’in hukukîliği geniş yorumlayarak yasama tasarrufları dışındaki mevzuatın ve istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul etmesine karşılık, bu konuda Anayasanın Sözleşmeden daha geniş bir koruma sağladığı belirtilmektedir (§§ 64-65).

Bununla birlikte, kararın yukarıda aktarılan paragraflarında atıf yapılan ilke kararlarımızda, belirlilik ilkesinin yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukukî belirliliği ifade ettiği; erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi şartların karşılanması hâlinde kanunların yanında yürütmenin düzenleyici işlemleriyle ve yargısal içtihatlarla da hukukî belirliliğin sağlanabileceği ve aslolanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı olduğu belirtilerek, genel ifadelerle idarenin görevlerini sayan kanun hükümleri, daha ayrıntılı düzenlemeler içeren yönetmelik ve yönerge (hatta emir) şeklindeki düzenleyici işlemlerle birlikte değerlendirilmek

suretiyle başvuruçunun özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin dayanağı olan düzenlemelerin “kanunîlik” ölçütünü karşıladığı sonucuna varıldığı da bilinmektedir (Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, §§ 82-98).

Yukarıda atıf yapılan ve özel hayata saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılan bireysel başvuruda kanunîlik açısından belirlenen bu genel ilkeler, ihlal sonucuna varılan birçok başvuruda da tekrarlanarak, müdahalenin kanunîliği açısından sorun bulunmamış, ancak müdahalenin ölçüsüz olduğu gerekçesiyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (örn. olarak bkz. Tevfik Türkmen [GK], B. No: 2013/9704, 3/3/2016, §§ 62-64; Adem Yüksel [GK], B. No: 2013/9045, 1/6/2016, §§ 67-70).

Aynı şekilde, başvuruçunun hakkındaki ceza yargılamasına ilişkin bilginin Genel Bilgi Toplama (GBT) sistemine kaydedilmesi ve ilgili kaydın silinmemesi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda da 3152 sayılı Kanunun, ilgili birimin görevlerini düzenleyen 13. maddesi ile 2557 sayılı Kanunun, polisin istihbarat amacıyla bilgi toplayıp değerlendirmesini ve yetkili mercilere ulaştırmasını öngören ek 7. maddesi de, buna dayanılarak yürürlüğe konulan Yönerge hükümleri ile birlikte değerlendirilerek, söz konusu düzenlemelerin başvuruya konu müdahalenin kanuni dayanağını oluşturduğuna ve müdahalenin kanunîlik şartını sağladığına hükmedilmiştir (örn. olarak bkz. Bülent Kaya [GK], B. No: 2013/2941, 11/5/2016, §§ 71-78; E.Ç.A. [GK], B. No: 2014/5671, 7/6/2018, § 48).

İncelenen başvuruya konu somut olayda, sözleşmeli infaz ve koruma memurluğu sınavında başarılı olduğu açıklanan başvuruçunun ataması güvenlik soruşturması sonucunun olumsuz olması nedeniyle yapılmamıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinde Devlet memurluğuna alınacaklarda aranan genel şartlar arasında affa uğramış olsa bile hırsızlık suçundan mahkûm olmama şartı sayılmış; kurumların özel kanun veya mevzuatında aranan şartları taşımak da özel şartlar arasında öngörülmüştür. İlgili Yönetmelikte de infaz ve koruma

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

memuru olarak atanabilmek için genel şartların yanında diğer özel şartlarla birlikte “güvenlik soruşturması olumlu olma” şartı aranmıştır.

Anılan mevzuatta öngörülen şartların bulunup bulunmadığının belirlenmesi bakımından yapılacak güvenlik soruşturmalarına ilişkin 4045 sayılı Kanunun 1. maddesinde, hakkında güvenlik soruşturması yapılacak personel arasında ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel de sayılarak Kanunda belirtilen hususlara ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve ilgilileri tarafından erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma şartlarını taşıdığına kuşku bulunmayan mezkûr Yönetmelikte ise güvenlik soruşturması yapacak makamlar, hakkında güvenlik soruşturması yapılacak personel, güvenlik soruşturmasında araştırılacak hususlar ve konuya ilişkin diğer usul ve esaslar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, 657 ve 4045 sayılı Kanunlar ile bunlara dayanılarak çıkarılan Yönetmeliklerin, hukukun keyfî bir şekilde uygulanması riskini ortadan kaldıracak açıklıkta hükümler içerdiği ve başvuru açısından ulaşılabilir ve öngörülebilir olduğu, bu sebeple söz konusu düzenlemelerin “kanunîlik” ölçütünü karşıladığı açıktır.

Kuşkusuz söz konusu güvencelere mevzuatta yer verilmemesi gibi yer verildiği hâlde uygulanmaması veya etkisizleştirilmesi de anayasal hakları ihlal eder.

Çoğunluğun ihlal gerekçesinde 4045 sayılı Kanunun konuyla ilgili temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemediği, Kanunun ve ilgili Yönetmeliğin açık ve detaylı kuralları içermediği, bu durumda güvenlik soruşturmasının objektif, öngörülebilir ve belirlenebilir güvencelere bağlanmadığı ve tamamen yetkili makamların talimatına bağlı olarak yapıldığı, bu hâliyle de keyfiliğe açık bir durum doğurduğu belirtilmekte ise de, bu tespitlerin isabetli olmadığı düşüncesiyle ve müdahalenin dayanağını oluşturan mezkûr düzenlemelerin değil müdahaleyi oluşturan (ve kararın 1. paragrafında da belirtilen) “kanunen verilmemesi gereken kişisel verinin idarî makamlara açıklanması ve

güvenlik soruşturmasına esas alınması” nedeniyle, yani müdahalenin dayanağını oluşturan düzenlemelerin değil, anılan müdahalenin kanunîlik şartını sağlamadığı gerekçesiyle “kanunîlik” bakımından ihlal sonucuna katılıyorum.

Başka bir anlatımla, Anayasanın 20. maddesinin son fıkrasında kişisel verilerin ancak kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası alınmaksızın işlenebileceğinin belirtilmesine ve 5237 sayılı Kanunun 53. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kişinin kasten işlediği bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanunî sonucu olarak memur olarak görevlendirilemeyeceğine dair (1) numaralı fıkrasının, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında uygulanmayacağı; 5352 sayılı Kanunun 10. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da “onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtlarının ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere mahkeme, hâkim veya savcılıklara” verilebileceğinin öngörülmesine rağmen, mezkûr kişisel verinin idareye verilmesi ve güvenlik soruşturmasına esas alınmasından dolayı başvuruya konu müdahalenin kanunîlik şartını sağlamadığını düşünüyor ve bu nedenle, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna farklı gerekçeyle katılıyorum.

2. Karşıoy Gerekçesi

Yukarıdaki gerekçelerle, başvurucunun Anayasanın 20. maddesinde teminat altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği kararına katılmakla birlikte, ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Mahkememizin *Mehmet Doğan* kararında belirlenen ve bu kararda da tekrarlanan genel ilkelere göre, bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın veya hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için esas olarak eski hâle getirmeyi, başka bir ifadeyle ihlalden önceki duruma dönülmesini sağlayacak bir giderim yolunun da belirlenmesi gerekir. Ancak bu genel ilkelerin somut olayda ihlalin giderilmesi bakımından yeniden yargılama yapılması yerine başvurucuya manevî tazminat ödenmesini gerektirdiğini düşünüyorum.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

Bilindiği gibi, kamu hizmetine girme hakkı, Anayasanın 70. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte Sözleşme kapsamında korunan bir hak değildir. Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanı dışında kalan hak ihlali iddialarını içeren başvurular bireysel başvurunun konusu dışında kaldığından, Mahkememiz kamu hizmetine girme hakkının ihlal edildiğine ilişkin bireysel başvuruların -Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanı dışında kaldığı gerekçesiyle- konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermektedir.

Somut olayda, başvuru formunda başvurusunun çalışma ve özel hayatın gizliliği haklarının ihlal edildiği ileri sürüldüğünden, başvurusunun iddialarının Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesi ve bu hak bakımından ihlal sonucuna varılması isabetli olmakla birlikte, yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmesi yukarıda belirtilen ilkelerle bağdaşmamakta ve ortak koruma alanında yer almayan, bireysel başvurunun konusu dışında kalan kamu hizmetine girme hakkının da yeniden yargılama ile tanınması sonucunu doğuracak bir değerlendirme olarak görünmektedir.

Başka bir anlatımla, Mahkememizin bugüne kadar verdiği kararlarda belirlenen ilkelere göre, kamu hizmetine girme hakkının bireysel başvurunun konusu dışında kalmasına ve sadece bireysel başvuru kapsamındaki bir hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalden önceki duruma dönülmesini sağlayacak bir giderim yolunun belirlenmesinin gerekmesine rağmen, bireysel başvurunun konusu dışında kalan kamu hizmetine girme hakkının tanınması ihtimalini doğuracak şekilde yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiştir.

Yukarıda farklı gerekçe kısmında örnek olarak belirtilen, TSK'dan ilişkisi kesilen çok sayıda başvuru ile ilgili benzer ihlal kararlarında özel hayata saygı hakkının ihlal edilmesi sebebiyle yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmiş olmakla birlikte, anılan kararlarda başvuru sahiplerinin kamu hizmeti yapmakta iken özel hayata saygı hakkının ihlal edilmesi suretiyle görevlerinden çıkarılan kişiler olmaları sebebiyle anılan kararlarda varılan yeniden yargılama yapılması yönündeki

giderim yolu, bu başvurudan farklı olarak bireysel başvurunun konusu dışında kalan kamu hizmetine girme hakkının tanınması sonucunu doğurmamıştır.

Bu sebeplerle, başvurucunun özel hayata saygı hakkının ihlal edilmesinden dolayı yeniden yargılama yapılmasının isabetli olmadığı ve uygun giderim yolu olarak manevî tazminata hükmedilmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun kararının bu kısmına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MURAT DEMİR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/7216)

Karar Tarihi: 27/3/2019

**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 Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör Yrd.	: Fatih ALKAN
Başvurucu	: Murat DEMİR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1.Başvuru, koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ilişkin kararın iptal edilmesi talebiyle açılan davanın sürüncemede bırakılması nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 24/4/2015 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. Konu ve kişi yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2015/11030 numaralı bireysel başvuru dosyasının 2015/7216 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine 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, başvuru hakkında görüş bildirmeyeceğini belirtmiştir.
8. Birinci Bölüm tarafından 6/3/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:
10. Başvurucu, Balıkesir'de bilgisayar tamiri ve bakımı üzerine esnaf olarak çalışmaktadır. Başvurucu ile eşi İ., 2004-2016 yılları arasında evli kalmışlardır.
11. Çocuk sahibi olamayacaklarını belirten başvuru ve eşi İ., 13/10/2008 tarihinde Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Balıkesir İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü ile koruyucu aile sözleşmesi imzalayarak daha önce Balıkesir Valiliği (Valilik) tarafından

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

koruma altına alınmış olan 2005 doğumlu küçük S.A.nın koruyucu ailesi olmuşlardır.

12. Başvurucu ve İ., 25/9/2009 tarihinde Balıkesir İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü ile yeni bir koruyucu aile sözleşmesi imzalamışlar ve %50 oranında engelli raporu bulunan koruma altına alınmış 2004 doğumlu küçük A.K.nın koruyucu ailesi olmuşlardır.

13. 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun 23. maddesine dayanılarak çıkarılan 14/10/1993 tarihli ve 21728 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan mülga Koruyucu Aile Yönetmeliği kapsamında hazırlanan söz konusu sözleşmelere göre başvuru ve eşi İ. ile Kurum karşılıklı olarak şu taahhütlerde bulunmuşlardır:

“i. Koruyucu aile, çocuğun yetenekleri ve becerilerinin elverdiği noktaya kadar eğitimi, bakım ve meslek sahibi olmasını, sağlığının korunmasını kendi öz çocukları gibi sağlamakla yükümlüdür.

ii. Koruyucu aile; yanına yerleştirilen çocukları koruma, eğitme ve yetiştirme dışında, hiçbir suretle hizmetçi, dadı, besleme olarak kullanamaz.

iii. Koruyucu aile, çocuğun varsa ailesi ve akrabaları ile yetkililerin uygun gördüğü şekil ve zamanda görüşürmekle yükümlüdür. Çocuğun halen sahip olduğu ve sonradan edineceği taşınır ve taşınmaz malların vasisi tarafından idare edilmesini kabul eder.

iv. Koruyucu aile, bulunduğu ilde yapacağı adres değişikliklerini 15 gün içinde ikametgah bildirim ile birlikte İl Müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür. Aile başka bir ilde taşınması durumunda yeni adresini en az bir ay önceden İl Müdürlüğüne bildirir.

v. Koruyucu ailenin geçici bir süre çocukla birlikte yurt dışına çıkması Komisyonun kararı ve Valiliğin onayına bağlıdır.

vi. Koruyucu ailenin yanına yerleştirilen çocuğun hastalanması durumunda resmi sağlık kuruluşlarına sevki başvurusu İl Müdürlüğüne yapılır. Gerekli bakım ve tedavi, ilaç masrafları aynı İl Müdürlüğü tarafından sağlanır.

vii. Koruyucu ailenin, çocuğu bakmaktan vazgeçtiği, taahhütlerini yerine getirmediği bir raporla tespit edildiği takdirde çocuk aileden geri alınır.

viii. Korunmaya muhtaç çocuklara ücret karşılığı bakıp koruyacak, eğitecek ve yetiştirecek koruyucu ailelere kendi istekleri halinde baktıkları çocuğa uygun Yönetmelikte belirtilen bakım bedelleri ödenir.”

14. Başvurucu hakkında *balikesir155@emniyet.gov.tr* isimli elektronik posta adresine kimliği belirsiz kişi ya da kişilerce 15/5/2012 tarihinde ihbar mahiyetinde bir elektronik posta gönderilmiştir. Söz konusu elektronik postada, başvuru tarafından müstehcen yayın ve içeriklerin saklandığı ve koruma altındaki çocukların istismar edildiği yönünde iddialarda bulunulmuştur. Ayrıca Balıkesir Koruyucu Aile Derneğinde yöneticilik yapan İ.nin sahte birtakım işlemlerle devleti zarara uğrattığı iddia edilmiştir.

15. Bu kapsamda Balıkesir Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık) tarafından başvuru hakkında *müstehcenlik, dolandırıcılık, sahtecilik ve çocuğun cinsel istismarı* suçları kapsamında ceza soruşturması süreci başlatılmıştır. Soruşturma kapsamında başvuruçunun K. CD İletişim unvanlı işyeri aranmış ve arama sonucunda ele geçirilen bir adet bilgisayar kasası inceleme için Bursa İl Emniyet Müdürlüğü Bilişim Suçlarıyla Mücadele Şube Müdürlüğü Adli Bilişim Büro Amirliğine gönderilmiştir. İnceleme sonucunda bellekte iki bin beş yüz adet yetişkinlere ait cinsel içerikli video dosyası ile yirmi adet yetişkin insanlarla hayvanlar arasında geçen cinsel içerikli görüntülerin bulunduğu belirlenmiştir.

16. Başsavcılık tarafından *şiddet kullanarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni ile ilgili müstehcen yayın üretme ve satma* suçunu işlediği iddiasıyla başvuru hakkında 29/1/2013 tarihinde kamu davası açılmıştır. Balıkesir 3. Asliye Ceza Mahkemesindeki (Asliye Ceza Mahkemesi) dava sürecinde başvuru; görüntülerin ele geçirildiği bilgisayarın tamir amacıyla Y.K. tarafından işyerine getirildiğini, dolayısıyla bilgisayarın kendisine ait olmadığını, bilgisayarı Y.K.dan satın almayı planladığını, ancak işyerinde bulunan bilgisayarda kayıtlı söz konusu görüntülerden haberdar olmadığını belirtmiş ve suçlamayı reddetmiştir.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

17. Asliye Ceza Mahkemesinin 27/6/2013 tarihli kararıyla başvurunun beraatine hükmedilmiştir. Karar gerekçesinde, toplanan delillerden ve tanık ifadelerinden anlaşıldığı üzere söz konusu görüntülerin Y.K. tarafından bilgisayara yüklendiği ve başvurunun görüntülerin bilgisayarda olduğunu bilebilecek durumda olmadığı hususlarının sabit olduğunun anlaşıldığı belirtilmiştir.

18. Söz konusu karar, dava sürecinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının katılma talebi reddedildiğinden anılan Bakanlık tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 6/12/2018 tarihli kararıyla ise Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının suçun mağduru ya da doğrudan doğruya zarar göreni olmadığı gerekçesiyle temyiz talebi reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir.

19. Ayrıca Başsavcılık tarafından *çocuğun cinsel istismarı* suçu kapsamında başvuru hakkında yürütülen soruşturmada 9/10/2013 tarihinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiştir. Kararda; başvurunun koruyucu olduğu çocuklara karşı herhangi bir istismarda bulunmadığı hususunun çocukların ifadelerinden anlaşıldığı vurgulanmış, ayrıca kimliği belirsiz kişi ya da kişilerce gönderilen elektronik posta dışında bir delil ve emarenin bulunmadığı ifade edilmiştir. Söz konusu karar kesinleşmiştir.

A.Koruyucu Aile Statüsünün Kaldırılmasına İlişkin İdari ve Yargısal Süreç

20. Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü (Kurum) bünyesinde oluşturulan Komisyon tarafından başvuru hakkındaki ceza soruşturmaları nedeniyle başvurunun ve eşi İ.nin koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına karar verilmiştir. Kurum tarafından 15/2/2013 tarihinde hazırlanan üst yazıda; koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ilişkin kararın 14/12/2012 tarihli ve 28497 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Koruyucu Aile Yönetmeliği’nin 22. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendine istinaden alındığı ve çocuklar S.A. ile A.K.nın aynı gün içinde Kuruma teslim edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

21. Koruyucu aile statüsünün kaldırılması kararı üzerine çocuklar S.A. ile A.K. 16/2/2013 tarihinde kolluk güçleri eşliğinde Kuruma

teslim edilmişlerdir. Söz konusu sürecin basına yansıdığı ve çocukların üstün yararlarının Balıkesir'den ayrılmalarını gerekli kıldığı belirtilerek çocuklar Bursa Valiliği Sevgi Köyü Toplum Merkezi Müdürlüğü bünyesine alınmışlardır.

22. 18/2/2013 tarihinde sosyal hizmet uzmanı tarafından çocuklarla bir görüşme gerçekleştirilmiştir. Aynı tarihte düzenlenen ve başvurucunun çocuklar tarafından baba olarak nitelendirildiğine ilişkin ifadelerin yer aldığı görüşme raporu şöyledir:

“S.A. ile yapılan görüşmede; yaşanan süreçten dolayı üzüntülü bir ruh halinde olmakla birlikte psikososyal gelişimlerinin son derece sağlıklı olduğu, bakımının yerinde olduğu, fiziksel gelişiminin yaşıtları ile eş değer olduğu gözlenmiştir. Anne ve babası ile mutlu olduğunu ve kalmak istediğini belirtmiştir.

A.K. ile yapılan görüşmede; yine yaşanan süreçten dolayı üzüntülü bir ruh halinde olmakla birlikte psikososyal gelişimlerinin son derece sağlıklı olduğu, bakımının yerinde olduğu, fiziksel gelişiminin yaşıtları ile eş değer olduğu gözlenmiştir. Anne ve babası ile mutlu olduğunu ve kalmak istediğini belirtmiştir.

Her iki çocukta anne ve babalarının yanında kaldığı süre içerisinde herhangi bir baskı, cebir ve şiddete maruz kalmadıkları gözlemlenmiştir.”

23. Yine 18/2/2013 tarihinde Çocuk Şube Müdürlüğünde görevli polis memurları tarafından sosyal hizmet uzmanı eşliğinde çocukların ifadeleri alınmıştır. Tanzim edilen tutanaklarda yer alan S.A. ve A.K.'nın ifadeleri sırasıyla şöyledir:

“S.A.: ... ben daha önce ... Yurdunda bakım ve gözetim altında kalmakta iken yaklaşık iki yıl önce beni korumak ve gözetlemek üzere koruyucu aile statüsünde M.D. ve İ.D. isimli şahısların yanına verildim ve halen adresini verdiğim ikamette birlikte kalmaktayız. Benden bir yıl sonra 2004 doğumlu olan sekiz yaşındaki A.K.'de koruyucu aile statüsündeki bu ailenin yanına geldi ve yaklaşık iki yıldır birlikte kalmaktayız. Ben M.D.'ye baba, İ.D.'ye anne, A.K.'ya ise abi diye hitap etmekteyim ve kendilerini ailem gibi görmekteyim. Bana çok iyi davranıyorlar, bütün ihtiyaçlarımı karşılıyorlar, ben ve abim A.K. bugüne kadar babam M. ve annem İ.D.'den en ufak bir şekilde şiddet,

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

darp, cebir, baskı ve kötü muamele görmedim, zorla alıkonulmadım. Sadece ben yanlış bir şey yaptığımda annem İ. beni uyarıyor. Benim ve abim A.nın okul, giyinme ve yeme gibi bütün ihtiyaçlarını bu şahıslar karşılamaktadırlar ve kendi çocukları gibi görmektedirler. Ben bu şahısların yanlarında iken hiç yabancılık çekmiyorum ve öz annem ile babam gibi görüyorum. Ben ve abim A., bu şahısların yanından gitmek istediğimizi veya yurda yerleşmek istediğimizi hiç bir zaman söylemedik. Kendileri de bizi bu nedenlerden dolayı zorla alıkoymadılar. Ben yine annem İ. ve babam M.D.nin yanlarında, koruma ve gözetiminde kalmak istiyorum ve koruyucu aile statüsündeki görevlerini sürdürmelerini istiyorum. Hiçbir yurda yerleştirilmek ve gitmek istemiyorum. Babam olan M.D. ve annem olan İ.D. isimli şahıslardan veya başka birisinden davacı ve şikayetçi değilim...

A.K.: ... Ben koruyucu aile statüsündeki bu ailenin yanında babam M.D., annem İ.D. ve kardeşim S.A. ile kalmaktayım. Bu aile bana çok iyi davranıyorlar, bütün ihtiyaçlarımı karşılıyorlar, hiçbir zaman cebir, baskı ve kötü muamele görmedim, zorla alıkonulmadım. Benim ve kardeşim S.nin okul, giyinme ve yeme gibi bütün ihtiyaçlarını bu şahıslar karşılamaktadırlar ve kendi çocukları gibi görmektedirler. Ben yine annem İ. ve babam M.D.nin yanlarında, koruma ve gözetiminde kalmak istiyorum ve koruyucu aile statüsündeki görevlerini sürdürmelerini istiyorum. Hiçbir yurda yerleştirilmek ve gitmek istemiyorum. Babam olan M.D. ve annem olan İ.D. isimli şahıslardan veya başka birisinden davacı ve şikayetçi değilim..."

24. Başvurucu, koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına yönelik tesis edilen söz konusu işlemin yürütmesinin durdurulması ve iptal edilmesi talebiyle Valilik aleyhine 15/4/2013 tarihinde iptal davası açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde; yaklaşık beş yıldır koruyucu aile statüsüne sahip olduklarını, bu süreçte çocuklarına karşı tüm sorumlulukları yerine getirdiklerini, bu konuda düzenlenen raporlarda olumsuz bir durumun bulunmadığını belirtmiştir. Başvurucu; koruyucu aile statüsünün ancak mahkeme kararıyla kaldırılabileceği açık olmasına rağmen idarenin tek taraflı tasarrufuyla tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Davalı idare ise iddiaların dayanaksız olduğunu, çocukların yüksek yararı dikkate alınarak tesis edilen işlemin mevzuata aykırı yönünün bulunmadığını belirtmiştir.

25. Balıkesir İdare Mahkemesinin (İdare Mahkemesi) 19/9/2013 tarihli kararıyla yürütmenin durdurulması talebinin reddine hükmedilmiştir. Kararda, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen koşulların oluşmadığı ifade edilmiştir.

26. Bu süreçte başvuru, çocuklarla görüşmek istemiş ise de Bursa Valiliği Sevgi Köyü Toplum Merkezi Müdürlüğü'nün 10/5/2013 tarihli yazısıyla Asliye Ceza Mahkemesindeki davanın sonuçlanmadığı belirtilerek çocuklarla görüşme talebi reddedilmiştir.

27. İdare Mahkemesinin 10/1/2014 tarihli kararıyla dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Karar gerekçesinde, başvuru üzerine atılı suçlamalardan beraat ettiği hatırlatılmış ve masumiyet karinesine vurgu yapılmıştır. Kararda ayrıca çocuklarla 18/2/2013 tarihinde uzmanlar aracılığıyla yapılan görüşme neticesinde hazırlanan psikolojik değerlendirme raporuna yer verilmiş ve rapordaki çocukların rahat olduklarına, herhangi bir travmatik bulgularının olmadığına, diğer çocuklarla uyum sorunu yaşamadıklarına ilişkin tespitler aktarılmıştır. Kararda, Bursa Şevket Yılmaz Eğitim ve Araştırma Hastanesi Çocuk İzleme Merkezi tarafından hazırlanan adli görüşme değerlendirme raporunda yer alan ifadeler üzerinde durularak çocukların, koruyucu aile olarak kendilerine bakan anne ve babalarını sevdiklerine, anne ve babalarının da kendilerini sevdiklerine ilişkin beyanlarının bulunduğu belirtilmiştir. Kararda başvuru'nun sosyal ilişkileri açısından toplumun norm ve değerlerine aykırı düşen davranışlarından söz edilemeyeceği ifade edilerek dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

28. Davalı idare tarafından sunulan temyiz dilekçesinde, kararın uygulanmasının hem çocukların üstün yararları hem de kamusal yarar açısından telafisi güç zararlara neden olacağı belirtilerek kararın bozulmasıyla birlikte yürütmesinin de durdurulması talep edilmiştir. Dilekçede, çocukların şiddet eğilimi olan bir aileye teslim edilmesinin endişe verici olduğu ve koruyucu aile sözleşmesinin imzalanmasının baştan itibaren usulsüz olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda, çocukları usulünce inceleme yapmayarak aile yanına yerleştiren meslek elemanının

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

yargılandığı ve on ay hapis cezasıyla cezalandırıldığı belirtilmiştir. Ayrıca başvurusunun beraat etmesinin İdare Mahkemesince verilen iptal kararına tek başına esas alınamayacağı, ceza hukuku kapsamında delillerin değerlendirilmesi ile çocukların koruyucu aile yanına verilmesi konusunda yapılacak değerlendirmelerin birbirinden çok farklı olduğu ileri sürülmüştür. Öte yandan S.A. ile A.K.'nın evlatlık olarak verilebilme koşullarını taşıdıkları belirtilerek bu kapsamdaki çocukların koruyucu aile yanına verilmesinin onların üstün yararlarına aykırı olacağı da vurgulanmıştır.

29. Danıştay Onuncu Dairesinin 23/5/2014 tarihli kararıyla yeni bir karar verilinceye kadar İdare Mahkemesi kararının yürütmesinin durdurulmasına hükmedilmiştir. Karar gerekçesinde, davalı idare tarafından temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususların kararın yürütmesinin durdurulmasını gerektirecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir.

30. Temyiz incelemesi yapan Danıştay Onuncu Dairesinin 17/10/2014 tarihli kararıyla, davanın görev yönünden reddedilmesi gerekirken işin esasına geçilmek suretiyle karar verilmesinde hukuki isabet görülmediği belirtilerek söz konusu kararın bozulmasına hükmedilmiştir. Kararın gerekçesinde; 2828 sayılı Kanun ile Koruyucu Aile Yönetmeliği hükümleri gözönüne alındığında koruyucu aileye ilişkin hizmetlerin, koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında sayılan bakım tedbiri kapsamında değerlendirildiği vurgulanmıştır. Kararda, küçükler hakkında koruyucu, destekleyici ve sosyal nitelikteki tedbir kararlarının aile mahkemesi tarafından verileceği belirtilmiş ve bu kapsamda koruyucu aile hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da aile mahkemesi tarafından çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca Koruyucu Aile Yönetmeliği ile her ne kadar idareye koruyucu aile sözleşmesinin imzalanması ve iptali konusunda yetki verilmiş ise de söz konusu yetkilerin idari faaliyetle ilgili olmadığı ve özel hukuk alanında hüküm ve sonuç doğurduğu ifade edilmiştir.

31. Bozma üzerine dava dosyasını yeniden ele alan İdare Mahkemesinin 29/1/2015 tarihli kararıyla, önceki kararda ısrar edilmesine ve dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir. Kararda,

söz konusu işlemin Valilik tarafından tesis edildiği belirtilmiş ve aynı gerekçelere yer verilmiştir.

32. Temyiz talebi üzerine inceleme yapan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 5/11/2015 tarihli kararıyla davanın görev yönünden reddedilmesi gerektiği belirtilerek İdare Mahkemesinin söz konusu kararının bozulmasına hükmedilmiştir. Oyçokluğuyla verilen kararda; koruyucu aile sözleşmelerinin hüküm ve sonuçlarını özel hukuk alanında doğurdıkları, sözleşmelerin salt idari nitelikte olmalarının bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda çözülmesi sonucuna yol açmayacağı ifade edilmiş ve koruyucu aile hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların aile mahkemeleri tarafından karara bağlanması gerektiği vurgulanmıştır. Karşıoy gerekçesinde ise, koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ilişkin işlemin davalı idarenin kamu gücüne dayalı ve tek taraflı olarak tesis ettiği idari bir işlem niteliğini taşıdığı, bu nedenle söz konusu işlemin hukuka uygunluk denetiminde idari yargının görevli olduğu belirtilmiştir.

33. İdari yargıda verilen görevsizlik kararı üzerine, koruyucu aile statüsünün kaldırılması işleminin iptal edilmesi talebiyle Balıkesir 1. Aile Mahkemesinde (Aile Mahkemesi) 10/9/2015 tarihinde koruyucu aileliğin iadesi davası açılmıştır.

34. Aile Mahkemesinin 18/2/2016 tarihli kararıyla uyuşmazlığın idari yargının görev alanına girdiği belirtilerek görevsizlik kararı verilmiş ve karar kesinleştğinde taraflardan birinin talebi üzerine dosyanın İdare Mahkemesinin dosyası ile birlikte Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine hükmedilmiştir. Kararın gerekçesinde; 9/1/2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun hükümleri gereğince aile mahkemelerinin küçükleri bir aile yanına yerleştirmeye karar verebilecekleri hususunun tartışmasız olduğu, ancak somut olayda mahkemece başvurucuya verilmiş bir koruyucu aile statüsünün bulunmadığı belirtilmiştir. Kararda; koruyucu aile statüsünün idare tarafından verildiği ve bu statüsünün kaldırılması işleminin de aynı idare tarafından gerçekleştirildiği, bu nedenle söz konusu işlemin tamamen idari bir işlem mahiyetinde olduğu, idarenin takdir yetkisine giren ve buna dayanılarak verilen kararın iptal

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

edilmesine ilişkin davaların idari yargı kolunda çözümlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Öte yandan kararda, adli yargının görevli olduğuna karar verildiği takdirde çocuk mahkemelerinin görevli olup olmadığı hususunun ise ileride ayrıca değerlendirileceği belirtilmiştir.

35. Söz konusu kararın temyiz edilmesi üzerine inceleme yapan Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 13/6/2016 tarihli kararıyla görevli dairenin belirlenmesi amacıyla dosyanın Hukuk İşbölümü İnceleme Kuruluna gönderilmesine karar vermiştir.

36. Görevli daire olarak belirlenen Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16/11/2017 tarihli kararıyla dosyanın mahalli mahkemesine iadesine hükmedilmiştir. Kararda, başvurucunun yargılandığı Balıkesir 3. Asliye Ceza Mahkemesindeki dava dosyasının ve varsa diğer ceza davası dosyalarının araştırılması ve asıllarının ya da onaylı örneklerinin dosyaya eklenerek gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir.

37. Aile Mahkemesi tarafından ilgili dosyalar Yargıtaya gönderilmiş, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 25/4/2018 tarihli görevsizlik kararı nedeniyle dava dosyası Yargıtay 8. Hukuk Dairesine gönderilmiştir.

38. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 18/12/2018 tarihli kararıyla Balıkesir 1. Aile Mahkemesi tarafından verilen 18/2/2016 tarihli karar onanmıştır.

39. Öte yandan objektif koşulları taşımadığı anlaşılan başvurucuya koruyucu aile statüsü verilmesinin en başından itibaren hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Kurum tarafından verilen 17/3/2014 tarihli ayrı bir kararla başvurucunun koruyucu aile statüsü iptal edilmiştir. Karara karşı idari yargıda açılan iptal davası, aile mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle 2/9/2015 tarihinde reddedilmiştir. Söz konusu görevsizlik kararı temyiz edilmediğinden kesinleşmiştir.

B. Çocuklar Hakkında Verilen Koruma Kararlarına İlişkin Süreç

40. Bu süreçte koruma altındaki çocuklarla sosyal çalışmacı tarafından yapılan görüşmeler sonucunda hazırlanan raporlarda, çocukların başvurucuyu *baba* olarak nitelendirmeye devam ettikleri belirtilmiştir. Küçük A.K. ile yapılan görüşme sonrasında hazırlanan 13/5/2015 tarihli raporda; başvurucunun kim olduğu sorulduğunda A.K. tarafından

“babam” şeklinde cevap verildiği, başvuru ile neler konuştuğu sorulduğunda ise A.K.nın başvuruçunun “*Seni buradan alacağız, derslerin nasıl*” dediğini aktardığı ifade edilmiştir. Ayrıca raporda, koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ve hukuki ya da biyolojik olarak bağları bulunmamasına rağmen çocukların başvuru ve eşi İ. tarafından gizli ve ısrarlı şekilde ziyaret edildikleri vurgulanmıştır. Hatta küçük A.K.nın başvuru ve eşi İ. ile iletişim kurabilmek amacıyla izinsiz olarak okulu terk ettiğinin tespit edildiği belirtilmiştir.

41. Başvuruçunun çocuklarla görüştüğünü tespit eden Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının talebi üzerine 8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında çocukların başvuru ve eşi İ.ye karşı korunması yönünde aile mahkemeleri tarafından tedbir kararları verilmiştir.

42. Bu kapsamda Bursa 5. Aile Mahkemesince verilen 29/5/2015 tarihli koruma kararında, başvuru ve eşi İ.nin küçük S.A.yı rahatsız ettiği gerekçesiyle 6284 sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca başvuru tarafından mağdur çocuğa karşı şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunulmamasına, mağdurun konutuna, okula ve işyerine yaklaşılmasına, iletişim araçlarıyla veya sair surette çocuğun rahatsız edilmemesine üç ay süreyle karar verilmiştir. Bursa 5. Aile Mahkemesinin 29/5/2015 tarihli başka bir kararıyla aynı tedbirlerin diğer küçük A.K. yönünden de uygulanmasına ve koruma kararlarına aykırı davranılması durumunda başvuruçunun üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulmasına, tekrür hâlinde ise bu sürenin on beş günden otuz güne kadar uzatılmasına karar verilmiştir.

43. Başvuru; söz konusu kararlara karşı sunduğu 15/6/2015 tarihli itiraz dilekçesinde, idari yargıda verilen iptal kararına dayanarak çocuklarla görüşmek amacıyla okullarına gittiğini ancak çocuklarına herhangi bir rahatsızlık vermediğini, çocuklarının kendisine sevgi beslediğini ve Balıkesir’deki evlerine dönmek istediklerini dile getirdiklerini, bu gerçeklere rağmen verilen koruma kararlarının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Başvuru ayrıca engelli olan küçük A.K.nın Bursa’daki çocuk yurdundan kaçarak yaya şekilde

Balıkesir'e gelmeye çalıştığını, bu girişimi sırasında yolun karşısına geçmeye çalışırken kendisine bir aracın çarptığını ve ağır yaralanan çocuğun vücut fonksiyon kaybı oranının yüzde altmışa yükseldiğini ifade etmiştir. Çocukların kendisine yazdığı mektupları ve basında çıkan haberleri itiraz dilekçelerine ekleyen başvuru, çocuklarını iki yıldan beri göremediğini, kendisi ve eşiyle yaşamak isteyen ve sevgilerini dile getiren çocukların üstün yararlarının gözetilmediğini belirterek uzaklaştırma kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

44. Bursa 6. Aile Mahkemesinin 22/6/2015 tarihli kararıyla itirazların reddine hükmedilmiştir. Karar gerekçesinde, Kurum tarafından verilen 17/3/2014 tarihli koruyucu aile statüsünün iptal edilmesine ilişkin karara atıf yapılmış ve başvuru hakkında yürütülen ceza kovuşturmasının derdest olduğu vurgulanmıştır.

C. Başvuru Hakkında Yürütülen Diğer Ceza Soruşturmalarına İlişkin Süreç

45. Anılan süreçte, çocukları zamanında kolluk güçlerine teslim etmediği gerekçesiyle başvuru hakkında çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu kapsamında ceza soruşturması başlatılmıştır. Soruşturma neticesinde ise Başsavcılık tarafından 11/3/2013 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde, hukuk devleti ilkesi gereğince ancak çocukları yasal ve geçerli bildirimlere rağmen teslim etmeyen şüpheliler hakkında söz konusu suç yönünden ceza soruşturması ve kovuşturması yapılabileceği ifade edilmiş ve başvuru üzerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı belirtilmiştir. Ayrıca kararda, çocukların koruyucu anne ve babasıyla yaşamak istediklerine ilişkin beyanları hatırlatılmıştır.

46. Öte yandan başvuru hakkında koruyucusu olduğu çocuklarla ilgili sahte belgeler düzenleyerek devletten haksız yere ödeme aldığı iddiasıyla resmî belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçları kapsamında da bir ceza soruşturması yürütülmüştür. Başsavcılık tarafından 13/4/2014 tarihinde verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın gerekçesinde, başvuru üzerine sahte belge düzenlemediğinin anlaşıldığı ve herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir.

D. Başvurucunun Suç Duyurularına İlişkin Süreç

47. Başvurucu, koruyucu aile statüsünün hukuka aykırı şekilde kaldırıldığını belirterek muhakkik görevlendirilmesi talebiyle Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına yaptığı başvuruların bazı görevliler tarafından tesis edilen usule aykırı işlemlerle hukuka aykırı olarak kapatıldığını ileri sürmüş ve ilgililer hakkında suç duyurularında bulunmuştur.

48. Başvurucu; başdenetçiler M.N.Y. ve S.K. ile Kurum Müdürü H.Ö.Y. hakkındaki dilekçelerinde, Kurum bünyesindeki yolsuzlukların ve sahteciliklerin ortaya çıkarılması amacıyla dile getirdiği iddialar hakkında söz konusu kişiler tarafından denetim görevinin yerine getirilmediğini belirterek sorumluların yargılanarak cezalandırılmalarını talep etmiştir.

49. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının 29/9/2014 tarihli kararıyla bu kişiler hakkında soruşturma izni verilmemesine karar verilmiştir. Kararda, başvurunun iddiaları çerçevesinde hazırlanan ön inceleme raporuna atıf yapılarak süreçte herhangi bir usulsüzlüğün bulunmadığı ve başvurunun iddialarının doğru olmadığı belirtilmiştir.

50. Söz konusu karara karşı başvuru tarafından yapılan itiraz Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurulunun 4/3/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Kararda, Kurum tarafından verilen 17/3/2014 tarihli eldeki bilgi ve belgelerin söz konusu kişiler hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca hazırlık soruşturması yapılmasını gerektirecek nitelik ve yeterlilikte olmadığı belirtilmiştir.

51. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurulunca verilen karar 2/4/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

52. Başvurucu 24/4/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

53.2828 sayılı Kanun'un "*Koruyucu aile*" kenar başlıklı 23. maddesi şöyledir:

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

“Mahkemece korunma kararı alınan korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar Kurumun denetim ve gözetiminde bir ‘Koruyucu Aile’ tarafından da yerine getirilebilir. Koruyucu aileye, korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesine karşılık olarak ikinci fıkra kapsamında ödeme yapılabileceği gibi koruyucu aile bu işi gönüllü olarak da üstlenebilir.

Koruyucu aile hizmeti kapsamında aile yanına yerleştirilen çocukların bakım, eğitim, kurs, okul, yemek ve taşıma servisi, harçlık ve benzeri ihtiyaçları esas alınarak koruyucu ailelere, bu giderlerin tamamına karşılık toplu bir ödeme yapılmasına veya her bir gider türü için ayrı ayrı yapılacak ödemelerin kapsamına, ödeme tutarlarına, yapılacak ödemelerin usul ve esası ile koruyucu ailelerin seçimine, çocukla ilgili sorumluluklarına ve hizmetin işleyişine ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir ve bu kapsamda verilecek ödemelerden hiçbir kesinti yapılmaz. “

54. Koruyucu Aile Yönetmeliği’nin “Koruyucu ailenin görev ve yükümlülükleri” kenar başlıklı 15. maddesi şöyledir:

“(1) Koruyucu ailelerin görev ve yükümlülükleri şunlardır;

a) Yanına yerleştirilen çocuğun her yönden sağlıklı gelişimi için gerekli koşulları sağlamak ve uygulamak, Sağlık Bakanlığının belirlediği aralıklarda çocuk izlem protokollerine göre izlemine yaptırmak, varsa tedavi planı ile ilgili yükümlülükleri yerine getirmek, uygulanmasında koruyucu aile birimiyle işbirliği içerisinde olmak.

b) Çocuğun yetenekleri ve becerilerinin el verdiği ölçüde eğitim ve öğretimi veya meslek sahibi edindirilmesi için gerekli çabayı göstermek, çocuğu koruma, eğitme ve yetiştirme dışında hiçbir surette çalıştırmamak.

c) Görüştürülmesinde koruyucu aile birimince bir sakınca bulunmaması durumunda çocuğun; anne, babası ve diğer yakınları ile koruyucu aile birimince uygun görülen şekil ve zamanda görüşmesini sağlamak.

ç) Çocuğun kan bağı bulunan ya da eski çevresinden kişilerle il veya ilçe müdürlüğünün bilgisi dışında iletişim kurmamak.

d) Çocuğun karşılanabilir nitelikteki ihtiyaç, istek ve beklentileri ile çocuğu ilgilendiren kararlarda düşüncesini almak.

e) Çocuğun devam edeceği okul, katılacağı kurs, sünnet gibi hayatını etkileyen, değiştiren konularda sorumlu sosyal çalışma görevlisi ile birlikte karar almak.

f) Hizmet sürecinde çocukla ilgili oluşan her türlü rutin dışı değişiklikleri ve bunlara ilişkin duyumlarını zaman geçirmeksizin sorumlu sosyal çalışma görevlisine bildirmek.

g) Koruyucu aile hizmet sürecine ve yerleştirilen çocuklara ilişkin olarak mesleki çalışmaları yürüten sosyal çalışma görevlilerine gerekli çalışma şartlarını hazırlamak, periyodik izlemeleri ve mesleki yönlendirmeleri kabul etmek, koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının uygulanması için uygulama planı doğrultusunda işbirliği yapmak.

ğ) İl veya ilçe müdürlükleri tarafından koruyucu aile konusunda yapılacak eğitim ve çalışmalara katılmak.

h) Çocuğun, il veya ilçe müdürlüğünün uygun görüşü alınmaksızın başka bir kişi veya ailenin yanına bırakarak oturma yerini değiştirmemek.

ı) Telefon değişikliği bilgisini hemen, adres bilgilerindeki değişikliklerini acil durumlar dışında değişiklik gerçekleşmeden bulunduğu il veya ilçede en az yirmi gün önce, başka bir il veya ilçeye taşınma durumunda en az bir ay önce il veya ilçe müdürlüğüne bildirmek ve taşınma sonrasında da sürekli yerleşim yerini yirmi gün içinde bildirmek.

i) Çocuğun koşullarının değişmesi sonucu il veya ilçe müdürlüğü tarafından hizmet modelinde bir değişikliğe gidilmesinin planlanması halinde, çocuğun yararının gerektirdiği işlemlerin yapılabilmesi için her türlü destekte bulunmak ve çocuğun ayrılık sürecine hazırlanmasında il veya ilçe müdürlüğü ile iş birliği yapmak.

j) Çocuk yerleştirme önerisini geçerli bir mazereti olmaması halinde kabul etmek.

(2) Geçici koruyucu ailenin birinci fıkrada belirtilenler dışındaki diğer görev ve yükümlülükleri şunlardır;

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

a) Acil koruma gerektiren ve kuruluş bakımına yerleştirilmemiş olup, il veya ilçe müdürlüğü tarafından yerleştirilmek istenen çocukları, mazeretsiz olarak üç defadan fazla olmamak şartıyla günün her saatinde kabul etmek.

b) İl veya ilçe dışına çıkılması gereken durumlarda önceden il veya ilçe müdürlüğüne bilgi vermek.

c) Ev koşullarını hizmete uygun olarak düzenlemek.

ç) Geçici statüden vazgeçmek istemeleri halinde bu durumu en az bir ay önceden il veya ilçe müdürlüğüne bildirmek.

d) Geçici statüden vazgeçmek için dilekçe ile durumunu bildiren koruyucu aile, il veya ilçe müdürlüğünün uygun bulması halinde yanındaki çocukların kendilerine uygun hizmet modellerine geçişleri sağlanana kadar hizmeti sürdürmek.

(3) Uzmanlaşmış koruyucu ailenin, birinci fıkra ile ikinci fıkranın (a) bendi hariç diğer bentlerinde belirtilenler yanında, suça sürüklenmiş veya suç mağduru olan çocukla ilgili diğer görev ve yükümlülükleri şunlardır;

a) Koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının uygulanması için ilgili birimlerle işbirliği yapmayı kabul etmek.

b) Varsa verilen denetim tedbiri hakkında ilgili birimlerle işbirliği yapmak.

c) Hazırlanan uygulama planı, varsa tedavi planı, eğitim tedbiri ile ilgili olarak eğitim planındaki yükümlülükleri yerine getirmek, uygulanmasında koruyucu aile birimiyle işbirliği içerisinde çalışmak."

55. Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin "İzleme esasları" kenar başlıklı 16. maddesi şöyledir:

"(1) Koruyucu aile ve yanına yerleştirilen çocuk, aşağıda belirtilen esaslar doğrultusunda düzenli olarak izlenir.

a) İzlemelerde tespit edilen durumlar Genel Müdürlükçe belirlenen formlara işlenir. İzleme sürecindeki formlar ve raporlar sosyal çalışma görevlileri tarafından düzenlenir, ortaya çıkan sorunların çözümüne yönelik gerekli mesleki çalışmalar planlanır.

b) Esas olarak sosyal çalışma görevlileri aynı anda en fazla yirmi vaka ile görevlendirilebilir. Koruyucu aile hizmeti kapsamında görevlendirilen sosyal çalışma görevlilerinin başka bir hizmet alanında görevlendirilmesi tercih edilmez.

c) Koruyucu aile birimine; koruyucu aile hizmetinin etkin ve verimli olarak çocuğun yararına sürdürülebilmesi için hizmetin takibine yönelik süreçlerde ihtiyaç duyulan araç, gereç ve diğer konularda gerekli imkânlar öncelikle sağlanır.

ç) İl veya ilçe müdürlüklerinde gerçekleştirilen izleme görüşmelerinde çocukların koruyucu veya öz ailelerini beklerken zaman geçirebilecekleri ya da kendileriyle de aynı anda görüşme yapılabilecek, kırtasiye, oyuncak gibi malzemelerin bulunduğu görüşme odaları oluşturulur.

(2) Koruyucu aile ve çocuğun izlenmesi sürecinde;

a) Koruyucu aile ve yanına yerleştirilen çocuk, görevli sosyal çalışma görevlisi tarafından ilk yıl en az her ay bir defa olmak üzere düzenli olarak izlenir, daha uygun hizmet modeline karar verilmesi amacıyla genel bir durum değerlendirmesi yapılır. Çocuğun koruyucu aile yanında kalmasının uygun görülmesi durumunda ikinci yıldan itibaren izlemeler yılda en az dört defadan az olmamak üzere düzenli olarak yapılır.

b) Koruyucu aile hizmet sürecinin özelliğine göre, yerleştirmeyi takip eden ilk haftalar ile geçici ve uzmanlaşmış koruyucu aile yanında bulunan çocuklar için izlemeler daha sık yapılır.

c) İzlemelere gerektiğinde diğer sosyal çalışma görevlileri iştirak ederek kendi mesleki raporlarını düzenler ve vakadan sorumlu sosyal çalışma görevlileri koordinesinde uygulama planı takip edilir.

ç) Koruyucu aile yanındaki çocuğun öz ailesi yanına döndürülmesi için koruyucu aile ve çocukla mesleki çalışmaların sürdürülmesi sağlanır.

d) Çocukla kurulan iletişim, çocuğun ev ortamındaki kurallar bağlamında rolü ile yeri, çocuğa kazandırılan beceriler, davranışları, kendisine tanınan haklar ve aylık bakım ödemesinin ne kadarının çocuk için kullanıldığını belirlemeye yönelik gözlem ve görüşmeler yapılır, hizmet süreci bütün boyutları ile birlikte değerlendirilir.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

e) İzleme çalışmalarında, gizlilik ilkesine uyularak koruyucu ailenin ve çocuğun sosyal çevresinde ve çocuk için risk oluşturacak koşullar dikkate alınıp araştırma yapılır.

f) Çocuğun iletişim halinde olduğu diğer kurumlardaki durumu da takip edilir.

g) Koruyucu aile yanındaki çocuğun bakım tedbiri kararı gereği, uygulama planı ve oluşan değişiklikler hakkında mahkemeye bilgi verilir.

(3) Çocuğun öz ailesinin izlenmesi sürecinde;

a) Ailenin yaşam koşulları ve ev ortamı, aile ilişkileri, aile üyelerinin sürekli bir işi ve gelirinin bulunup bulunmadığı, başka bir hizmetten yararlanan çocuklarının olup olmadığı, çocuklarını ziyaret etme ve izinli alma durumları, ziyaret ve izin sonrası çocukta gözlemlenen davranışlar ve psikolojik durumu, koruyucu aile ile il veya ilçe müdürlüğünün bilgisi dışında iletişim kurulmasıyla ilgili sorunlar, çocuğuna bakma istekliliği ve bunun ne kadar gerçekçi olduğu gibi konularda gözlem ve görüşmeler koruyucu aile hizmet modeline göre belirlenen aralıklarda yapılır, kapsamı Genel Müdürlükçe belirlenen ilgili forma işlenir.

b) Öz aileye, koruyucu aile hizmeti hakkında olumlu bakış ve uygun yaklaşım kazandırmak üzere gerekli mesleki çalışmalar kuruluşla koordinasyon sağlanarak yapılır.

c) Öz aile ile çocuğun birlikte yaşamalarını sağlayacak kısa ve uzun dönemde mesleki çalışmalar planlanır, şartların uygun bulunması durumunda çocuğun ailesi yanına dönüşü değerlendirilir.

(4) Çocuğun öz ailesi ve geçmiş yaşantısından diğer kişilerle görüşmelerinin izlenmesi sürecinde;

a) Çocuğun kan bağı bulunan ya da önceki çevresinden tanıdığı kişilerle görüşmeleri, vakadan sorumlu sosyal çalışma görevlisi koordinasyonunda planlanır.

b) Planlanan görüşmeler dışında il veya ilçe müdürlüğünün bilgisi olmaksızın görüşme yapılmaması konusunda çocuk, koruyucu aile ve öz aile ile mesleki çalışma yapılır.

c) Görüşmelerde çocuğun olumsuz etkilenmemesi için vakadan sorumlu sosyal çalışma görevlisinin, ihtiyaç halinde başka bir sosyal çalışma görevlisinin de hazır bulunması sağlanır.

ç) Çocuğun kuruluştaki bulunan kardeşleri ile görüştürülmesine ilişkin kayıt ve gözlem formları aynı gün doldurularak çocuğun koruyucu aile dosyasına konulmak üzere il veya ilçe müdürlüğüne iki gün içinde gönderilir.”

56. Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin “Koruyucu aile statüsünün iptali” kenar başlıklı 22. maddesi şöyledir:

“(1) Aşağıdaki durumların tespiti halinde koruyucu aile statüsü iptal edilir.

a) Çocuğu ihmal ve istismar ettiğinin, kötü muameleye maruz bıraktığının belirlenmesi.

b) Sosyal ilişkileri açısından toplumun norm ve değerlerine aykırı düşen davranışlarının gözlenmesi.

c) Fizik ve ruh sağlığının, çocuğun bakımını etkileyecek derecede bozulmuş olduğunun Devlet ya da üniversite hastanelerince doktor raporu ile belirlenmesi.

ç) 8 inci maddenin dokuzuncu fıkrasının (d) bendine göre sahip olduğu şartı yitirmesi.

d) Mesleki danışmanlık hizmeti ve yönlendirmelere uygun davranmaması.

e) Geçici koruyucu ailenin çocuk yerleştirme önerilerini mazeretsiz olarak üç kereden fazla kabul etmemesi.

(2) Birinci fıkrada belirtilen durumların tespiti halinde; sorumlu sosyal çalışma görevlisinin hazırlayacağı rapor, geciktirilmeksizin Komisyona iletilir. Koruyucu aile statüsünün iptaline ilişkin talep hakkında komisyon tarafından en fazla onbeşgün içinde karar verilir.

(3) Komisyonca koruyucu aile statüsü iptal edilen koruyucu aile yanına bir daha çocuk yerleştirilemez.

(4) Koruyucu aile statüsünün iptaline ilişkin karar, Genel Müdürlük ile il ve ilçe müdürlüklerine en kısa sürede bildirilir. “

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

57. 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun "Koruyucu ve destekleyici tedbirler" kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

...

c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, Yönelik tedbirdir."

58. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Çocukların yerleştirilmesi" kenar başlıklı 347. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hakim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.

Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hakim aynı önlemleri alabilir.

Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır.

..."

59. 3/6/2011 tarihli ve 633 sayılı mülga Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (633 sayılı KHK) "Görevler" kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“ (1) Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının görevleri şunlardır:

...

c) Çocukların her türlü ihmal ve istismardan korunarak sağlıklı gelişimini temin etmek üzere; ulusal politika ve stratejilerin belirlenmesini koordine etmek, çocuklara yönelik sosyal hizmet ve yardım faaliyetlerini yürütmek, bu alanda ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gönüllü kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

...”

60. 633 sayılı mülga KHK'nın “Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü” kenar başlıklı 8. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün görevleri şunlardır:

...

ç) Çocukların her türlü ihmal ve istismardan korunması ve sağlıklı gelişimi için gerekli önleyici ve telafi edici mekanizmaları oluşturmak ve uygulamaya koymak.

d) Geçici ya da sürekli olarak aile ortamından mahrum kalan veya yüksek yararı ailesinin yanında bulunmamayı gerektiren çocuklara, özel bakım ve koruma hizmeti sunmak. ...

ı) Evlat edindirme ve koruyucu aile hizmetlerini koordine etmek. ...”

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

61. 14/9/1990 tarihinde imzalanan ve 27/1/1995 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 20/11/1989 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 3. maddesi şöyledir:

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

(2) Taraf Devletler, çocuğun ana–babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak,

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

(3) Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.”

62. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 20. maddesi şöyledir:

“1. Geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk, Devlettten özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacaktır.

2. Taraf Devletler bu durumdaki bir çocuk için kendi ulusal yasalarına göre, uygun olan bakımı sağlayacaklardır.

3. Bu tür bakım, başkaca benzerleri yanında, bakıcı aile yanına verme, İslam Hukukunda Kefale (Kafalah), evlat edinme ya da gerekiyorsa çocuk bakımı amacı güden uygun kuruluşlara yerleştirmeyi de içerir. Çözümler düşünülürken, çocuğun yetiştirilmesinde sürekliliğin korunmasına ve çocuğun etnik, dinsel kültürel ve dil kimliğine gerek saygı gösterilecektir.”

63. 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.”

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

64. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), aile hayatının var olup olmadığını değerlendirirken öncelikle yakın kişisel bağların varlığını

incelemektedir. AİHM; çocuk ile koruyucu aile olan ebeveyn arasındaki bağların aile hayatını oluşturup oluşturmadığı hususunu, özellikle çocuğun doğal ebeveyniyle yakın kişisel ilişkileri olup olmadığına ve çocuğun bakımını üstlenen ailenin yanında ne süredir bulunduğuna bağlı olarak durumun şartlarına göre belirlemektedir (*X/İsviçre (k.k.)*, B. No: 8257/78, 10/7/1978).

65. AİHM, aciliyet gerektiren çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda yargılamanın sürüncemede bırakılmasının aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğini tespit etmek için tek başına yeterli olabileceğini ifade etmektedir (*M. ve M./Hırvatistan*, B. No: 10161/13, 3/9/2015, § 182; *Eberhard ve M./Slovenya*, B. No: 8673/05, 9733/05, 1/12/2009, §§ 138-142).

66. AİHM *Kopf ve Liberda/Avusturya* (B. No: 1598/06, 17/1/2012) davasında, 1995 yılında doğan bir çocuğun 1997-2001 yılları arasında koruyucu aileliğini yapan ve evli bir çift olan başvuru sahiplerinin yaptığı bir başvuruyu incelemiştir. Söz konusu çocuğun biyolojik anne tarafından velayetinin alınmasından sonra başvuru sahipleri çocuğa erişme ve ziyaret hakkından yoksun bırakılmışlardır. Başvuru sahipleri, üç buçuk yıl süren yargılamanın ardından Avusturya mahkemeleri tarafından koruyucu anne babaya ziyaret hakkı verilmesinin artık çocuğun üstün yararı ile uyumlu olmadığı yönünde karar verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM, Avusturya mahkemelerinin çocuğun ve koruyucu ailenin çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurduğunu, ancak başvuru sahiplerinin koruyucu aileleri oldukları çocuğu ziyaret etmelerine izin verilmesine yönelik talepleriyle ilgili olarak yeterince hızlı bir şekilde inceleme gerçekleştirmediğini belirterek aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Kopf ve Liberda/Avusturya*, §§ 46-49).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

67. Mahkemenin 27/3/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

68. Başvurucu;

i. Koruyucu ailesi olduğu çocuklar S.A. ve A.K. ile uzun süre boyunca birlikte yaşadıklarını, çocukların her türlü ihtiyaçlarını giderdiğini ve çocuklarıyla baba-evlat ilişkisi çerçevesinde yakın bağ kurduğunu belirtmiştir.

ii. Sahte ihbar mektuplarıyla haksız yere yargılandığını, koruyucu aile statüsünün kaldırılması yönünde tesis edilen işlemin İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmesine rağmen kararın uygulanmadığını, aile ortamında kendisi ve eşiyle yaşamak istediğini belirten çocukların beyanlarının dikkate alınmadığını ve çocukların yurda yerleştirildiğini, bu durumun çocuğun üstün yararının korunması ilkesine aykırı olduğunu, ayrıca Kurumdan kaçtıktan sonra kaza geçirmesi sonucu A.K.nın engellilik oranının yüzde altmışa yükseldiğini ileri sürmüştür.

iii. Kurum bünyesinde yapılan usulsüzlükler hakkında şikâyetçi olmasına rağmen sorumluların denetlenmediğini ve işlem yapılmadığını, bunun üzerine ilgili kamu görevlileri ve müfettişler hakkında suç duyurularında bulunduğunu, ancak hukuka aykırı şekilde soruşturma izni verilmediğini ifade etmiştir.

iv. Tüm bu süreçte; ilgililerin şahsi çıkarları için resmî işlemlerin gerçekleştirilmediğini, keyfi uygulamalarla temel hak ve özgürlüklerinin zedelendiğini, çocuklarıyla görüşmesinin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümlerine aykırı şekilde yasaklandığını ve iptal kararının gereğinin hâlen yerine getirilmediğini belirterek aile hayatına saygı hakkının, adil yargılanma hakkının, masumiyet karinesinin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ve bilgi edinme hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

69. İddiaların değerlendirilmesine dayanak alınacak Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Herkes, ... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. ... aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

70. Anayasa’nın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” kenar başlıklı 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.”

71. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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). Özellikle çocuğun üstün yararının söz konusu olduğu durumlarda kamusal işlem ve eylemlerin bir bütün hâlinde değerlendirilmesi gerekir. Bu doğrultuda sürecin bütünü dikkate alındığında, başvuruçunun tüm iddialarının koruyucu aile statüsünün kaldırılması yönünde verilen kararın hukuka uygun olup olmadığı konusunda başlatılan yargı sürecinin hâlen devam etmesinden kaynaklandığı görülmektedir. Adil yargılanma hakkının konusunu oluşturabilecek nitelikte olan davaların sürüncemede bırakıldığına ilişkin şikâyetlerin -aile hayatı yönünden meydana getirdiği ya da getirmesi muhtemel sonuçlar dikkate alınarak- aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınması gerekebilir. Bu nedenle başvurunun aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

1. Uygulanabilirlik Yönünden

72. Anayasa’daki *aile* kavramının, 4721 sayılı Kanun’daki karşılığı ile sınırlı olmayacak şekilde özerk yorumlanması gerekir. Aile hayatına

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

saygı hakkının söz konusu olabilmesi için öncelikle *aile* kavramı kapsamında değerlendirilebilecek kişisel ve yakın bağların varlığı gereklidir.

73. Söz konusu bağ, kan bağıyla kurulabileceği gibi hukuki ya da istisnai durumlarda fiilî yollarla da gerçekleşebilir. Bu bağlamda, anne-babalarıyla soybağı bulunan çocuklar ile evlat edinilen çocukların ebeveynle aile bağlarının bulunduğu tartışmasız olmakla birlikte kan veya evlatlık bağı olmamasına rağmen çocukların bakım ve gözetimini üstlenerek her türlü ihtiyacında yanında bulunan kişilerle de aralarında somut olayın koşulları çerçevesinde aile bağlarının olduğu kabul edilebilir. Çocuk ile koruyucu ailesi arasında bu tür bir bağın bulunup bulunmadığı ise mevcut koşullarda ayrı bir incelemeyi gerekli kılmaktadır.

74. Koruyucu Aile Yönetmeliği'ndeki hükümler ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının koruyucu aile resmî internet sitesinde yer alan bilgilere göre koruyucu aile; belirlenen esas ve usuller ile yetkili kurumlarca gerçekleştirilen denetimler çerçevesinde, çocuğun korunmasını gerektiren duruma göre belirlenen sürede kendi aile ortamlarında çocukların eğitim, bakım ve yetiştirilme sorumluluğunu ücretli ya da gönüllü olarak üstlenen ve hissettikleri toplumsal sorumluluğu gösterebilen kişilerdir. Koruyucu aile olan kişiler ile koruma altındaki çocuk arasındaki bağların, aile hayatı kapsamında kabul edilip edilmemesi her somut olayın özelliklerine göre değişkenlik gösterebilir. Başka bir anlatımla, koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkide ancak belirli koşulların varlığı hâlinde aile hayatı anlamında bir bağın kurulduğu kabul edilebilir. Bu koşullar şu şekilde sıralanabilir:

i. Çocuğun öz anne ve/veya babasıyla bir bağın ya da devam eden bir kişisel ilişkinin bulunmaması veya devam eden bir bağ ya da kişisel ilişki varsa bunun yakın derecede olmaması gerekir.

ii. Çocuğun, koruyucu aile yanında aile hayatı anlamında bağ kurmaya uygun kabul edilebilecek bir süre boyunca kalmış olması gerekir.

iii. Koruyucu ailenin çocuk tarafından ebeveyn olarak benimsenmesi ve koruyucu ailenin de aynı şekilde çocuğu benimsemiş olması gerekir.

iv. Koruyucu aile ilişkisinin sürdürülmesinin çocuğun üstün yararına aykırı olmaması gerekir.

75. Somut olayda, küçük S.A.nın üç yaşında, diğer küçük A.K.nın ise beş yaşında koruyucu ailenin yanına yerleştirildikleri ve S.A.nın yaklaşık olarak beş yıl, A.K.nın ise dört yıl boyunca koruyucu ailenin himayesinde yaşadıkları anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, S.A.nın üç yaşından sekiz yaşına, A.K.nın ise beş yaşından dokuz yaşına kadar koruyucu ailesi olan başvurucunun ve eşi İ.nin sağladığı aile ortamında hayatlarını devam ettirdikleri görülmektedir.

76. Koruma altına alınan ve öz anne/babalarıyla herhangi bir bağları ya kişisel ilişkileri bulunmadığı görülen çocuklar, çocukluk çağlarının önemli bir kısmını başvurucunun parçası olduğu koruyucu ailenin yanında geçirmişlerdir. Söz konusu süreçte çocukların koruyucu aileyi ebeveyn olarak gördükleri ve başvurucuya baba şeklinde hitap ederek ona bağlandıkları açıktır. Bu durum çocukların koruyucu aileden alındığı dönemde sosyal hizmet uzmanı tarafından gerçekleştirilen görüşme sonunda hazırlanan rapor ile kolluk tarafından alınan ifadelerden anlaşılmaktadır. Gerek S.A. gerekse A.K. başvurucuyu sevdiklerini, aile ortamında tüm ihtiyaçlarının giderildiğini, birbirlerini de kardeş olarak gördüklerini ve koruyucu ailelerinin gözetiminde yaşamak istediklerini beyan etmişlerdir. Başvurucunun da bunun aksine bir yaklaşımının ve açıklamasının olmadığı görülmektedir.

77. Dolayısıyla öz anne/babalarıyla herhangi bir bağları ya da ilişkileri bulunmayan çocukların, aile hayatı anlamında yakın bağ kurmaya uygun bir süre boyunca koruyucu ailenin yanında kaldıkları, başvurucunun çocuklar tarafından ebeveyn olarak, çocukların da başvuru tarafından benimsendiği ve koruyucu aile ilişkisinin sürdürülmesinin çocukların üstün yararlarına aykırı olduğunu kabul eden bir yargısal kararın da henüz bulunmadığı dikkate alındığında somut başvuruda aile hayatı anlamında bir bağın kurulduğu sonucuna ulaşılmıştır.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

78. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi 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.

3. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

79. Aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny*, [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

80. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinde de belirtildiği üzere yasama organı veya idari ve yargısal makamlar tarafından çocukları ilgilendiren konularda alınacak kararlarda ya da yürütülecek faaliyetlerde dikkate alınması gereken temel düşünce çocuğun üstün yararının korunmasıdır.

81. Velayete ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda kamusal makamlarca alınacak tedbirlerin ya da verilecek kararların etkinliği ve yeterliliği, ilgili tedbirlerin ya da kararların mümkün olan en kısa sürede verilmesiyle yakından ilgilidir (*M.M.E. ve T.E.*, B. No: 2013/2910, 5/11/2015, § 125). Aynı durum, koruma altına alınan çocukların belirli bir ailenin korunması altında ve onların sağladığı aile ortamında hayatlarını sürdürüp sürdürmeyeceklerinin uyuşmazlık konusu olduğu hâllerde de geçerlidir. Özellikle uzun bir süre boyunca koruyucu ailenin himayesi altında ve aile ortamında yaşamış çocukların

koruyucu ailesini benimsediği, onları ebeveyni olarak tanımladığı ve onlarla birlikte yaşama konusunda bir irade gösterdiği durumlarda, çocukların koruyucu aileden alınmasıyla sonuçlanabilecek şekilde tesis edilen işlemlerin ya da alınan kararların hukukiliğinin hızlı bir şekilde yargısal makamlarca incelenmesi gerekir.

82. Çocuğun daha önce yoksun olduğu ancak koruyucu aile vasıtasıyla kavuştuğu, üstelik uzun bir süre geçirerek alıştığı aile ortamından koparılması çocuğun üstün yararına aykırı olabileceği gibi somut olayın gerekliliklerine göre çocuğun yararına uygun da olabilir. Bu konuda yargısal makamların ivedilikle hareket etmeleri, diğer bir anlatımla uyuşmazlık hakkında hızlı bir yargılama yaparak davayı sürüncemede bırakmamaları ve uzman yardımına da başvurarak ilgili ve yeterli gerekçelerle bir karar vermeleri beklenir. Bu beklentinin gerçekleştirilmesi, aile hayatına saygı hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerindendir. Bu konudaki yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda, benimsediği aileyle ilişkileri kopan çocuk açısından telafisi imkânsız zararların doğması ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında ciddi sorunların gündeme gelmesi muhtemeldir.

83. Çocuğun geleceğini, maddi ve manevi bütünlüğünü yakından ilgilendiren hukuki bir uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla açılan bir davanın sürüncemede bırakılması dahi tek başına devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilir. Uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesini gerekli kılan söz konusu yükümlülük, kararın sonucundan ziyade usulüne ilişkindir. Dolayısıyla burada kastedilen sonuç yükümlülüğü değil usule ilişkin bir yükümlülüktür. Bu noktada devletin atması gereken öncelikli adım, koruyucu aile statüsünün kaldırılması yönünde gerçekleştirilen işlemlerin veya alınan kararların hukuka uygun olup olmadığı konusunda ilgililerin lehine ya da aleyhine de olsa hızlı şekilde bir karar vermekten ibarettir.

84. Ayrıca devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını, karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini belirtmek gerekir.

85. Son olarak mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek, öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Çocuğun üstün yararı, söz konusu dava grubu açısından en önemli unsur olup 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 Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetlemek ve özellikle mahkemelerin Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirlemekle yetinmektedir (Marcus Frank Cerny, § 62). Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, koruyucu aile statüsünün kaldırılmasının hukuka uygun olup olmadığı hususunda derece mahkemelerinin yerini almamakta, kamusal makamların süreç içerisindeki tutumlarını aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki usule ilişkin güvenceler açısından değerlendirmektedir.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

86. Somut olayda başvuru ve o tarihte evli olduğu eşi İ., 2008 yılında üç yaşındaki S.A.yı, 2009 yılında beş yaşındaki A.K.yı koruyucu aile statüsünde yanlarına almışlar ve 2013 yılına kadar birlikte yaşamışlardır. Başvuru hakkında *çocuğun cinsel istismarı ve şiddet kullanarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni ile ilgili müstehcen yayın üretme ve satma* suçlamaları kapsamında ceza soruşturması başlatılması üzerine, Kurum tarafından başvuru aile statüsünün kaldırılmasına karar verilmiştir. Bu karar doğrultusunda koruma altındaki çocuklar 16/2/2013 tarihinde Kuruma teslim edilmiş ve çocuk yurduna yerleştirilmişlerdir.

87. Başvuru, söz konusu suçlamalardan aklandığını belirterek koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ilişkin Kurum kararının iptal edilmesi talebiyle idari yargıda 15/4/2013 tarihinde dava açmıştır. İdare Mahkemesinin 10/1/2014 tarihli kararıyla dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Davalı idarenin temyiz başvurusu üzerine inceleme yapan Danıştay Onuncu Dairesinin 23/5/2014 tarihli kararıyla yeni bir karar verilinceye kadar İdare Mahkemesi kararının yürütmesinin durdurulmasına hükmedilmiştir. Aynı Dairenin 17/10/2014 tarihli

kararıyla da aile mahkemelerinin görevli olduğu, davanın görev yönünden reddedilmesi gerektiği belirtilerek İdare Mahkemesinin söz konusu kararının bozulmasına hükmedilmiştir. İdare Mahkemesi, 29/1/2015 tarihli kararıyla, önceki kararında ısrar etmiş ve dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen 5/11/2015 tarihli kararla, davanın görev yönünden reddedilmesi gerektiği belirtilerek İdare Mahkemesinin kararı bozulmuştur.

88. Bunun üzerine başvuru tarafından Balıkesir 1. Aile Mahkemesinde 10/9/2015 tarihinde koruyucu aileliğin iadesi davası açılmış ise de anılan Mahkemenin 18/2/2016 tarihli kararıyla uyuşmazlığın idari yargının görev alanına girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

89. Temyiz üzerine inceleme yapan Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 13/6/2016 tarihli kararıyla dava dosyası görevli Dairenin belirlenmesi amacıyla Hukuk İşbölümü İnceleme Kuruluna gönderilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16/11/2017 tarihli kararıyla dosyanın mahalli mahkemesine iadesine hükmedilmiş ise de 25/4/2018 tarihli görevsizlik kararı nedeniyle dava dosyası Yargıtay 8. Hukuk Dairesine gönderilmiştir. Anılan Dairenin 18/12/2018 tarihli kararıyla da Balıkesir 1. Aile Mahkemesi tarafından verilen 18/2/2016 tarihli görevsizlik kararı onanmış ve kesinleşmiştir.

90. Söz konusu nihai kararla, olumsuz görev uyuşmazlığının çözümlenmesi amacıyla dava dosyasının taraflardan birinin talebi üzerine Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine hükmedildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla koruyucu aile statüsünün iade edilmesi talebiyle 2013 yılında açılan davanın esası hakkında adli ve idari yargı mercileri tarafından verilen görevsizlik kararları nedeniyle henüz bir karar verilememiştir.

91. Koruyucu aile statüsünün devam edip etmeyeceği konusu, çocuğun üstün yararının neyi gerekli kıldığı hususunda araştırma yaparak karar vermekle görevli yargısal makamların takdirindedir. Söz konusu yargısal makamın hangi merci olduğunu belirlemek ya da yargılama sonucunda derece mahkemelerince hangi yönde karar verilmesi gerektiğini açıklamak Anayasa Mahkemesinin görevlerinden

değildir. Somut olayda Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleyecek ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini inceleyecektir.

92. 2004 ve 2005 doğumlu çocukların, uzun kabul edilebilecek bir süre boyunca başvurucunun bir parçası olduğu ve 2013 yılına kadar da hukuken geçerli bir statüye sahip olan koruyucu ailede yaşadıkları ve başvurucuyu baba olarak benimsedikleri anlaşılmaktadır. Ayrıca başvurucunun da çocuklara karşı benzer bir yaklaşımda olduğu söylenebilir. Bu durumda, 18/2/2016 tarihli görüşme raporu ile ifade tutanaklarından da anlaşıldığı üzere koruyucu aileyle birlikte yaşama konusunda istek gösteren çocukların koruyucu aileden alınmasıyla sonuçlanan söz konusu Kurum kararının hukukiliğinin hızlı bir şekilde yargısal makamlarca incelenmesi konusunda devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenir.

93. Mevcut başvuru koşulları yönünden önemli olan husus, çocuğun geleceğini, maddi ve manevi bütünlüğünü doğrudan ilgilendiren hukuki bir uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla açılan davanın sürüncemede bırakılmadan hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasıdır. Bu türden bir yargılamanın sürüncemede bırakılması, telafisi imkânsız zararlara yol açabileceğinden tek başına devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilir. Başvuru dosyasına sunulan bilgi ve belgeler ile UYAP aracılığıyla yapılan incelemelerden görüldüğü üzere koruyucu aile statüsünün kaldırılması yönünde Kurum tarafından verilen kararın hukuki olup olmadığı konusunda çıkan uyuşmazlık hakkında yaklaşık olarak altı yıl önce açılan davada mahkemelerce henüz bir karar verilmemiştir. Bu süreçte gerek idari yargı düzenindeki mahkemelerce gerekse adli yargı düzenindeki mahkemelerce görevli yargı kolu nihai olarak saptanamadığından başvurucunun iddialarıyla ilgili işin esası konusunda bir inceleme dahi yapılamamıştır.

94. Dolayısıyla somut başvuruda hâlen devam eden ve altı yıl geçmesine rağmen henüz görevli yargı kolunun dahi kesin olarak belirlenemediği davanın sürüncemede kaldığı kabul edilmelidir. Bu durumda, koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ilişkin Kurum kararının hukuka uygun olmadığı iddiasıyla başlatılan yargılamanın

sürüncemede bırakılması ve başvurusunun çocuklarla yeniden bir araya gelme konusundaki hukuki belirsizliğin hızlı bir yargısal süreç yürütülerek giderilmemesi nedenleriyle başvurusunun aile hayatına saygı hakkının usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

95. Öte yandan çocuklarla görüşme ve kişisel ilişki kurma hakkının tanınması konusunda, 4721 sayılı Kanun'un 325. maddesi kapsamında çocuğun yararına uygun düştüğü ölçüde üçüncü kişiler lehine de bu hakkın tanınması hukuken mümkün olmasına rağmen başvuru tarafından bu yönde yargısal makamlara herhangi bir talepte bulunulduğunu gösteren herhangi bir bilgi ya da belgenin Anayasa Mahkemesine sunulmadığı dikkate alındığında bu yönüyle ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır.

4. 6216 Sayılı Kanun'un 50. maddesi Yönünden

96. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurusunun 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 başvuru 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.”

97. Başvuru, ihlalin tespitiyle birlikte İdare Mahkemesince verilen iptal kararının gereğinin yerine getirilmesini ve 100.000 TL manevi tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

98. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

99. Koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ilişkin kararın iptal edilmesi/koruyucu aileliğin iadesi talebiyle başvurunun açtığı davanın sürüncemede bırakılması nedeniyle aile hayatına saygı hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşılmıştır.

100. Yargılamanın sürüncemede bırakılması nedeniyle ulaşılan ihlal kararları üzerine yargı mercilerince atılması gereken adım, hızlı ve adil yargılanma hakkının gereklerine uygun şekilde yargılamanın tamamlanmasıdır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, kararın bir örneğinin yargılamanın hızlandırılması amacıyla ilgili yargı merciine gönderilmesine karar verebilir. Ancak somut olaydaki gibi halihazırda bir yargı mercii önünde derdest olmayan davalar yönünden pratikte bu mümkün olamayacağından, ihlal kararının bir örneğinin yargılamanın hızlandırılması amacıyla derece mahkemelerine gönderilmesinin bir anlamı bulunmamaktadır.

101. Öte yandan somut olay bağlamında ihlalin tespit edilmesinin başvurunun uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için aile hayatına saygı hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya takdiren net 7.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

102. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurunca 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 7.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

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 27/3/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ÜMİT BALABAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/2821)

Karar Tarihi: 29/5/2019

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Kadir ÖZKAYA Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Engin GÜNDÜZ
Başvurucu	: Ümit BALABAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kızıyla hafta içi telefon görüşmesi yapamayan hükümlünün görüşme gününün hafta sonuna alınması talebinin reddi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/2/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne ve kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.
6. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu; vücut dokunulmazlığına, şerefe ve mal varlığına karşı işlediği suçlardan dolayı toplam 95 yıl 96 ay 152 gün hapis cezasıyla cezalandırılmış olup başvuru tarihinde Tekirdağ 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda (Ceza İnfaz Kurumu) hükümlü bulunmaktadır.

9. Başvurucu, İzmir 7. Aile Mahkemesinin 14/4/2011 tarihli kararıyla eşinden boşanmış; 2006 yılında doğan müsterek çocukları H.E.B.nin velayeti anneye verilmiştir. Ayrıca çocuğun her ayın 1. ve 3. hafta sonları cumartesi saat 9.00'dan akşam saat 17.00'ye kadar, dinî bayramların 2. günü ile her yıl 1 Temmuz sabahından 31 Temmuz akşamına kadar baba yanında kalmasına karar verilerek başvuru ile çocuğu arasında şahsi ilişki tesis edilmiştir. Karar tarafların temyiz talebinde bulunmaması nedeniyle 2/11/2011 tarihinde kesinleşmiştir.

10. Başvurucu; kızının hafta sonları ailesi tarafından alındığını, gerek eğitim görmesi gerekse annenin yanında olması nedeniyle hafta içinde kızıyla telefonda görüşemediğini, telefonla görüşme hakkını hafta sonu kullanmak istediğini belirten dilekçesini 23/11/2015 tarihinde Ceza İnfaz Kurumu idaresine sunmuştur.

11. Başvurucunun talebi, Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulunun (Kurul) 26/11/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Karar gerekçesinde mevzuat hükümlerine atıf yapılarak hafta sonları Ceza İnfaz Kurumunda sadece nöbetçi vardiya personelinin bulunduğu, bu personelin ise sayıca yetersiz olması nedeniyle talebin karşılanmasının ciddi anlamda güvenlik sorunu teşkil edeceği şeklinde değerlendirmeye yer verilmiştir.

12. Başvurucunun ilgili Kurul kararına karşı yaptığı şikâyet başvurusu, kararda usul ve yasaya aykırılık bulunmadığını belirten Tekirdağ 2. İnfaz Hâkimliğinin (İnfaz Hâkimliği) 8/12/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir. İnfaz Hâkimliği kararına karşı yapılan itiraz ise

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

kararın usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle Tekirdağ 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 28/12/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

13. Başvurucu; İnfaz Hâkimliğine sunduğu dilekçesinde, daha önce tutulmakta olduğu Ankara 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumuna aynı taleple yaptığı başvurunun benzer gerekçeyle reddedildiğini, bu işleme karşı şikâyetle bulunması üzerine Ankara Batı İnfaz Hâkimliğinin 16/4/2015 tarihli kararıyla telefon görüşmesinin hafta sonu idarece uygun görülen gün ve saatte yaptırılmasına karar verildiğini dile getirmiştir.

14. Nihai karar 7/1/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 4/2/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "Hükümlünün telefon ile haberleşme hakkı" kenar başlıklı 66. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir."

17. 6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün (Tüzük) "Telefonla görüşme hakkı" kenar başlıklı 88. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Kapalı kurumda bulunan hükümlüler, belgelendirmeleri koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve vasisi ile telefon görüşmesi yapabilir."

(2) Telefonla görüşmeleri aşağıda belirtilen esaslara göre yapılır:

a) Hükümlüler, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakılma veya kısıtlama cezası ile hücreye koyma cezasının infazı sırasında olmamak

koşuluyla, idarenin kontrolünde bulunan ve kurumun uygun yerlerine yerleştirilen telefonlardan yararlandırılır,

...

e) Hükümlüler, telefon görüşmesi hakkına sahip oldukları konusunda bilgilendirilir,

f) Hükümlülerin telefonla görüşme gün ve saatleri, kurumda bulunan telefon adedi, başvuru sırası, kurumun asayiş ve güvenliği dikkate alınarak idare tarafından belirlenir. Hükümlüler görüşebilecekleri yakınlarından bir veya birden fazla kişi ile haftada bir kez ve bir telefon numarasıyla bağlantı kurarak kesintisiz görüşme yapabilir. Herhangi bir nedenle görüşme gerçekleşmemişse daha önceden bildirilen numaralardan bir diğeriyle görüşebilir. Konuşma süresi görüşme başladığı andan itibaren on dakikayı geçemez. Ancak tehlikeli hükümlü oldukları idare ve gözlem kurulu tarafından belirlenen hükümlüler onbeş günde bir kez olmak ve on dakikayı geçmemek üzere sadece eşi, çocukları, annesi ve babası ile görüşebilir,

..."

B. Uluslararası Hukuk

18. 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."

19. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devletin yükümlülüğü, 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

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23).

20. Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi, söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği kolay değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını ve taraf devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini kabul etmektedir (*Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık*[GK], B. No: 9214/80..., 28/5/1985, § 67).

21. AİHM'e göre hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, ceza infaz kurumu idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır (*Messina/İtalya* (No. 2), B. No: 25498/94, 28/9/2000, § 61; *Ouinan/Fransa* (k.k.), B. No: 13756/88, 12/3/1990; *Kučera/Slovakya*, B. No: 48666/99, 17/7/2007, § 127). Bu hakka getirilen sınırlamalar, suç ve düzensizliğin önlenmesi için güvenlik nedeniyle uygulamaya konulmuş olsa da haklı bir gerekçeye dayanmalıdır (*Gülmez/Türkiye*, B. No: 16330/02, 20/5/2008, § 41).

22. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 sayılı tavsiye kararlarının hükümlü ve tutukluların dış dünya ile ilişkilerine dair kısmı şöyledir:

“Dış Dünya ile İlişki

24.1. Mahpusların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmelidir.

24.2. Devam etmekte olan bir ceza soruşturması, emniyet, güvenlik ve düzeninin muhafaza edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç mağdurunun korunması için gerekli görülmesi halinde, haberleşme ve ziyaretlere kısıtlamalar konabilir ve izlenebilir. Ancak adli bir merci tarafından konulan özel kısıtlamalar da dahil olmak üzere, bu tür kısıtlamalar yine de kabul edilebilir asgari bir iletişime izin vermelidir.

24.3. Ulusal hukuk, mahpuslarla iletişim kurması kısıtlanamayacak olan ulusal ve uluslararası kuruluşları belirlemelidir,

24.4. Ziyaretler için yapılan düzenlemeler, mahpuslara aile ilişkilerini mümkün olduğunca normal bir düzeyde sürdürmelerine ve geliştirmelerine izin verecek bir tarzda olmalıdır.

24.5. Cezaevi yetkilileri, dış dünyayla yeterli bir iletişim sürdürmelerinde mahpuslara yardım etmelidirler ve bunun için onlara uygun destek ve yardım sağlamalıdırlar ...”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 29/5/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

24. Başvurucu; sekiz yıldır Ceza İnfaz Kurumunda bulunduğunu, boşanması sonucu kızının velayetinin eski eşine verildiğini, İzmir’de ikamet eden ailesinin üç veya dört ayda bir ziyaretine gelebildiğini, bu nedenle tek iletişim kaynağının telefon olduğunu ileri sürmüştür. Ceza İnfaz Kurumunda telefonla görüşme zamanının hafta içi 09.00-17.00 saatleri arası olacak şekilde düzenlendiğini belirten başvuru; gerek kızının eğitim görmesi gerekse velayetin eski eşinde olması nedeniyle kızıyla hafta içi telefonla görüşemediğini, telefonla görüşme hakkını ancak kızının başvurucunun ailesine verildiği hafta sonlarında yani başvurucunun ailesinin yanında iken kullanabileceğini, başvuru tarihi itibarıyla dört aydır kızının sesini duymadığını ifade etmiştir. Başvurucu, telefon görüşmelerinin çoğu ceza infaz kurumunda hafta sonları yapılmasına rağmen tutulduğu Ceza İnfaz Kurumunda sadece

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

hafta içi yapılması nedeniyle aile hayatına saygı hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

25. Bakanlık görüşünde; başvurunun kızının öğrenim gördüğü okulun tam gün olarak 09.00-15.00 saatleri arasında eğitim verdiği, telefon kayıtlarının incelenmesi neticesinde başvurunun haftalık telefon görüşünün saat 16.00 sıralarında yaptırıldığı ve çeşitli tarihlerde kız kardeşi C.B. ve annesi H.B.ye ait telefon numaraları üzerinden kızıyla telefon görüşmesi yaptığının tespit edildiği belirtilmiştir. Başvurunun kızıyla telefon görüşmesini okuldan dönüş saatine uygun bir saatte yaptığı, hafta sonu telefonla görüşme talebinin reddedilmesinde ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal sonuçları ile ceza infaz kurumunun düzeni ve güvenliği meşru amacı temelindeki kamu yararı arasındaki dengenin gözetildiği, alınan kararların Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükleri ihlal eder nitelikte olmadığı ileri sürülmüştür.

26. Başvurucu; Bakanlık görüşüne itiraz ederek kızının epilepsi hastası olduğunu, kızıyla ancak yarı yıl ve yaz tatilleri ile tedavi için ailesinin yanına gittiğinde telefonda görüşebildiğini, bu sürenin yılda en fazla on iki hafta olduğunu, bunun dışındaki zamanlarda kızıyla görüşemediğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca Ceza İnfaz Kurumu uygulamasının keyfilik içerdiğini, yaşadığı sıkıntıları daha da ağırlaştırdığını belirtmiştir.

B.Değerlendirme

27. Anayasa’nın 5. maddesi şöyledir:

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

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. 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.”

30. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

31. 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

32. Aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

33. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri ebeveynin -mevcut olayda babanın- çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. Anayasa'nın 41. maddesinde de her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel, doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 41).

34. Anayasa'nın 19. maddesi gereğince hükümlü ve tutukluların haberleşme hürriyeti ve aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılması, hukuka uygun olarak ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucudur. Öte yandan hükümlü ve tutukluların aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, ceza infaz kurumu idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır (*Mehmet Zahit Şahin*, B. No: 2013/4708, 20/4/2016, § 36).

35. Bununla beraber bu yükümlülük yerine getirilirken ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal sonuçlarının gözetilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi ile özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge sağlanmalıdır (*Mehmet Zahit Şahin*, § 37).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

36. Başvuruda aksi yönde bir iddia ileri sürülmediğinden başvurunun Tüzük'te öngörülen koşullar dâhilinde ve Tüzük'ün verdiği yetkiye istinaden idare tarafından belirlenen gün ve saatlerde telefonla görüşme hakkını kullanabildiği, bu hususta bir kısıtlamayla karşılaşmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte başvuru, idarece hafta içi olarak belirlenen telefonla görüşme hakkını hafta sonları kullanmak istemektedir. Başvurucu bu talebini, velayeti annede olan kızının şahsi ilişki tesisine dair mahkeme kararı gereğince hafta sonlarında anneden alınarak başvurunun ailesine verildiği ancak bu koşullar altında kızıyla telefon görüşmesi yapabileceği hususlarına dayandırmaktadır.

37. Bakanlık görüşünde belirtildiği üzere başvurucunun kızı hafta içi 09.00-15.00 saatleri arasında eğitim nedeniyle okulda bulunmaktadır. Ceza İnfaz Kurumunda telefon görüşmeleri ise hafta içi 09.00-17.00 saatleri arasında yapılabilmektedir. Buna göre başvurucunun çocuğuyla görüşebilmesi için okul çıkışından itibaren iki saat süresi bulunmaktadır. Ceza İnfaz Kurumunda uygulanan telefon görüşmelerine yönelik prosedür de gözönüne alındığında başvurucunun bu koşullar altında çocuğuyla görüşmekte zorluk yaşadığı iddiası makul karşılanmalıdır. Ayrıca başvurucunun hafta sonlarında kendi ailesinin yanında bulunması nedeniyle kızıyla daha kolay iletişim kurduğu iddiası da önemsiz görülemez. Belirtilen bu hususlar başvuru bakımından özel bir durum oluşturmaktadır.

38. Somut olayda başvurucunun talebini değerlendiren Kurul kararında; hafta sonları görev yapan nöbetçi vardiya personelinin sayıca az olduğu, bu nedenle Ceza İnfaz Kurumunda güvenlik sorunu yaşanacağı belirtilmiştir. Buna karşılık hafta sonu görev yapan personelin sayısı ve görevlerine dair somut bilgilere kararda yer verilmemiş, yaşanacağı belirtilen güvenlik sorunu hakkında genel ifadeler dışında objektif bir gerekçe ortaya konulamamıştır. Ayrıca gerek Kurul kararında gerekse derece mahkemelerinin kararlarında başvurucunun yukarıda açıklanan, özellik arz eden durumu tartışılmamış; telefon hakkını hafta içi yerine hafta sonunda kullanması hususunda başvurucuya bir olanak sunulmasının Ceza İnfaz Kurumunun güvenliğini ne şekilde tehlikeye düşüreceği yeterince izah edilmemiştir. Oysa başvurucunun daha önce tutulduğu ceza infaz kurumunun benzer kararına karşı yaptığı şikâyet başvurusu sonucunda İnfaz Hâkimliğince olaya özgü koşullar tartışılarak hafta sonunda telefon görüşü yaptırılmasına karar verilmiştir.

39. Neticede idarenin ve yargı mercilerinin başvurucunun özel olan ve istisna teşkil eden durumunu göz ardı etmesi, başvurucunun kızıyla kişisel ilişki ve aile bağı kurmasını ciddi ölçüde güçleştirmektedir. Bu itibarla olayda aile hayatına saygı hakkı bakımından devletten beklenen pozitif yükümlülükler çerçevesinde alınması gereken makul tedbirlerin alınmadığı, bu yönde yargısal makamlarca oluşturulan gerekçelerin de yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

40. 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

41. 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, başvurunun 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.”

42. Başvurucu 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

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

44. 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).

45. 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 getirmenin* yani ihlalden

önceki duruma dönülmesinin sağlanması olduğunu vurgulamıştır (Mehmet Doğan, § 55).

46. Anayasa Mahkemesi, başvurunun özel olan ve istisna teşkil eden durumuyla ilgili bir değerlendirme yapılmadan talebinin reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

47. Olayda ihlalin Ceza İnfaz Kurumu işleminden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte işleme karşı yapılan yargısal başvurunun reddedilmesi ve dolayısıyla yargılamada ihlalin giderilememesi nedeniyle ihlalin aynı zamanda mahkeme kararından da kaynaklandığı görülmektedir. Bu durumda aile hayatına saygı 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 Tekirdağ 2. İnfaz Hâkimliğine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

48. Diğer taraftan somut olay bağlamında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ihlale yol açan yargılama sürecine muhatap olan başvurunun bu sürede uğradığı bütün zararları gidermemektedir. Dolayısıyla *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için aile hayatına saygı hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle ve yeniden yargılama suretiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

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

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

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

C. Kararın bir örneğinin aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Tekirdağ 2. İnfaz Hâkimliğine (8/12/2015 tarihli ve E.2015/1221, K.2015/1295) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

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 29/5/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ABUZER UZUN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/61250)

Karar Tarihi: 13/6/2019

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M.Emin KUZ Recai AKYEL
Raportör	: Volkan SEVTEKİN
Başvurucu	: Abuzer UZUN
Vekili	: Av. Banu GÜL ÇALIŞIR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza infaz kurumunda bulunan tutukluya kardeşinin cenaze törenine katılması için izin verilmemesi nedeniyle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 19/9/2016 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 beyanda bulunmamıştır.

III.OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucu, Ceyhan Cumhuriyet savcısı olarak görev yapmaktayken Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanmasına (FETÖ/PDY) üye olma suçundan hakkında açılan ceza soruşturması kapsamında 20/7/2016 tarihinde tutuklanarak Ceyhan M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna (İnfaz Kurumu) konulmuştur.

10. Başvurucunun polis memuru olan kardeşi 19/8/2016 tarihinde uğradığı bıçaklı saldırı sonucu hayatını kaybetmiştir. Başvurucu vekili 20/8/2016 tarihinde başvurucunun kardeşinin vefat ettiğine ilişkin ölüm belgesi ile otopsi tutanağını da sunarak Ceyhan Cumhuriyet Başsavcılığınca (Savcılık) saat 12.52'de kayda alınan dilekçesinde, 21/8/2016 tarihinde öğle namazını müteakip Ekinözü ilçesinde yapılacak cenaze törenine başvurucunun katılabilmesi için izin talebinde bulunmuştur.

11. Kardeşinin ölüm haberi başvurucuya, Savcılık talimatıyla İnfaz Kurumu görevlilerince 20/8/2016 tarihinde bildirilmiştir. Bu defa bizzat başvurucu, aynı gün yazdığı dilekçe ile masrafları tarafınca karşılanmak üzere kardeşinin cenaze törenine katılabilmek için izin talep etmiştir.

12. Savcılıkça öncelikle ölüm belgesinin doğruluğu teyit ettirilmiş ve başvurucunun kardeşinin cenaze törenine katılmasının güvenlik açısından sakınca oluşturup oluşturmayacağı hususunda yapılan araştırma kapsamında ilgili yerlere yazılar yazılmıştır. Bu kapsamda İnfaz Kurumuna yazılan 20/8/2016 tarihli yazının cevabında, başvurucunun herhangi bir disiplin cezası almadığından tehlikeli tutuklu statüsünde bulunmadığı Savcılığa bildirilmiştir. Ekinözü İlçe Emniyet Amirliğinden gelen aynı tarihli yazı cevabında başvurucunun cenaze merasimine katılmasının güvenlik açısından bir sakınca oluşturmayacağı belirtilmiştir. Ceyhan İlçe Jandarma Komutanlığından gelen cevapta ise başvurucunun FETÖ/PDY'ye üye olma suçundan tutuklu bulunması ve Ceza İnfaz Kurumu Jandarma Karakolunda görevli personel sayısının

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

yetersiz olması nedenleriyle *cenaze merasimi esnasında* güvenlik yönünden zafiyet oluşacağı ifade edilmiştir.

13. Savcılığın 20/8/2016 tarihli kararında; dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler, yasal mevzuat, başvurucunun FETÖ/PDY'ye üye olma suçundan tutuklu olması, 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsü ve sonrasında ülkede yaşanan süreç gözetilerek başvurucunun kardeşinin cenaze törenine katılma talebinin reddine ve başvurucunun Ceyhan İnfaz Hâkimliği nezdinde şikâyetle bulunmakta muhtariyetine karar verilmiştir. Karar gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

“...Ceyhan İlçe Jandarma Komutanlığının 20/08/2016 tarihli ve ... sayılı cevabi yazısında özetle; personel sayısındaki yetersizliğin, tutuklunun, kardeşinin cenaze merasimine naklinde güvenlik yönünden zafiyet oluşturacağı hususuna yer verildiği,

...

15/07/2016 tarihi ve sonrasında karanlık eylemleri gerçekleştiren ve Ülkemiz aleyhinde yoğun bir propaganda faaliyeti yürüten silahlı terör örgütü FETÖ/PDY'nin, Cumhuriyet savcısı statüsündeki tutuklunun, basın yayın organlarından Silopi'de PKK terör örgütüne karşı mücadele ettiği anlaşılan polis memuru kardeşinin cenaze merasimine katılmasını istismar etme ihtimalinin bulunması ve soruşturmanın henüz tamamlanmamış olmasına nazaran; tutuklu Abuzer UZUN'un, polis memuru olan kardeşinin cenaze merasimine katılmasının soruşturmanın selametine zarar verebileceği hususları ile Ceyhan İlçe Jandarma Komutanlığının yukarıda sözü edilen 20/08/2016 tarihli ve sayılı cevabi yazısı karşısında; ...kardeşinin cenaze törenine katılma talebinin reddine...”

14. Başvurucu, bu karara aynı günlü (saat 18.55) dilekçesiyle itiraz etmiş ve Ceyhan gibi büyük bir ilçede personel yetersizliği yönünde ileri sürülen gerekçenin soyut ve yetersiz olduğunu ifade etmiştir. İtirazı inceleyen Ceyhan İnfaz Hâkimliği (Hâkimlik) 20/8/2016 tarihli kararı ile başvurucunun itirazının reddine karar vermiştir. Karar gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“...her ne kadar, 5275 Sayılı Yasanın 116/2 maddesinde ve Hükümlü ve Tutuklulara Yakınlarının Ölümü veya Hastalığı Nedeniyle Verilebilecek Mazeret İzinlerine Dair Yönetmeliğin “Cenazeye katılma izni” kenar başlıklı 5/2-4 maddesinde; “ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarından birinin ya da eşinin ölümü hâlinde, tutukluya, soruşturma evresinde soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde kovuşturmayı yürüten hâkim veya mahkeme tarafından, belirtilen yakınlarının cenazesine katılması için izin verilebileceği” düzenlenmiş ise de; her iki mevzuatta da bahse konu iznin soruşturma veya kovuşturmanın selameti ve güvenlik bakımından sakınca oluşturmaması koşuluyla verilebileceğinin özellikle vurgulandığı, yine, 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükümünde Kararname’nin 6/1-d-e maddesinde; silahlı terör örgütüne üye olmak suçundan tutuklu olanların ziyaret edilmelerine dair kısıtlayıcı hükümler getirilmesi, aynı yöndeki kısıtlayıcı hükme; Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in 1. maddesinde de yer verildiği göz önünde bulundurulduğunda, 15/07/2016 tarihi ve sonrasında terör eylemleri gerçekleştiren ve Ülkemiz aleyhinde yoğun propaganda faaliyeti yürüten silahlı terör örgütü FETÖ/PDY’nin, Cumhuriyet savcısı statüsünde bulunan tutuklunun, kardeşinin cenaze merasimine katılmasının istismar edilebileceği, bu sebeple gerek soruşturmanın selameti, gerekse güvenlik bakımından sakıncaların oluşmasının kuvvetle muhtemel olabileceği, ayrıca bu konudaki Ceyhan Cumhuriyet Başsavcılığınca ve ilgili güvenlik birimlerince belirtilen güvenlik zaafiyeti oluşturacağına ilişkin bilgi ve belgeler de değerlendirilerek, ...cenaze merasimine katılma talebinin reddine... karar verilmiştir.”

15. Bu defa başvuru, Hâkimlik kararına aynı gün (saat 23.52) itiraz etmiştir. İtirazında; izin talebinin reddine ilişkin Savcılık ve Hâkimlik karar gerekçelerinde sadece Ceyhan İlçe Jandarma Komutanlığının personel yetersizliği nedeniyle güvenlik zaafiyeti oluşabileceği yazısının dayanak gösterildiğini, İnfaz Kurumu ile Ekinözü İlçe Emniyet Amirliğinden gelen yazı cevaplarına ise değinilmediğini belirtmiştir. Başvuru kardeşinin cenaze törenine katılması hâlinde bunun istismar edilebileceği yönündeki kabullerin varsayımdan ibaret olduğunu, bu hususta bir tereddüt varsa defin işlemleri tamamlanuncaya kadar izin verilmesini, Kanun’un tanıdığı iki günlük iznin bu kısım dışındaki süresinden feragat ettiğini ve sadece defin işlemlerinde hazır bulunmak

üzere izin verilmesini istemiştir. İtirazı inceleyen Ceyhan 2. Ağır Ceza Mahkemesi 21/8/2016 tarihli (saat 02.40 sıralarında) kararı ile Savcılık ve Hâkimlik karar gerekçeleri doğrultusunda başvurucunun itirazını kesin olmak üzere reddetmiştir.

16. Başvurucu 19/9/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

17. Diğer taraftan UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgelerden, bireysel başvuru sonrasında Ankara Sulh Ceza Hâkimliğince 21/12/2016 tarihinde başvurucunun tahliyesine karar verildiği anlaşılmıştır. Başvurucu hakkında yürütülen soruşturma sonunda ise Adana Cumhuriyet Başsavcılığınca FETÖ/PDY üyesi olduğu yönünde yeterli şüphe bulunmadığından 20/6/2018 tarihinde kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

18. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 116. maddesinin 7/7/2013 tarihli ve 28700 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6494 sayılı Kanun ile değişik (2), 24/1/2013 tarihli ve 6411 sayılı Kanun ile değişik (4) numaralı fıkraları şöyledir:

“İkinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarından birinin ya da eşinin ölümü hâlinde, tutukluya, soruşturma evresinde soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde kovuşturmayı yürüten hâkim veya mahkeme tarafından, soruşturmanın veya kovuşturmanın selameti ve güvenlik bakımından sakınca oluşturmaması koşuluyla, dış güvenlik görevlisinin refakatinde yol süresi dışında iki güne kadar cenazeye katılması için izin verilebilir.

...

İkinci ve üçüncü fıkraya göre izin verilen tutuklunun, izin süresi içinde gece konaklaması gerektiği takdirde, kendi evi veya ikinci fıkrada belirtilen bir yakınının evinde, güvenli görülen başka bir yerde ya da gidilen yerde bulunan kapalı ceza infaz kurumunda kalmasına, güvenlik hususu değerlendirilmek ve gerekli güvenlik tedbirleri alınmak suretiyle, gidilen yerin valisi tarafından karar verilir. Yurt dışına çıkmasını gerektirmesi durumunda tutukluya, bu madde gereğince izin verilemez.”

19. 28/6/2013 tarihli ve 28691 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Hükümlü ve Tutuklulara Yakınlarının Ölümü veya Hastalığı Nedeniyle Verilebilecek Mazeret İzinlerine Dair Yönetmelik'in (Yönetmelik) 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Dış güvenlik birimi: Mazeret izni verilen hükümlü veya tutuklunun bulunduğu ceza infaz kurumunun dış güvenliğinden sorumlu jandarma birimini,

b) Dış güvenlik görevlisi: Dış güvenlik biriminde görev yapan, hükümlü veya tutukluya izin süresince refakat eden jandarma görevlilerini,

...

ifade eder.”

20. Anılan Yönetmelik'in “Cenazeye katılma izni” kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“...

(2) Soruşturmanın veya kovuşturmanın selameti ve güvenlik bakımından sakınca oluşturmaması koşuluyla tutuklulara; ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarından birinin ya da eşinin ölümü hâlinde, soruşturma evresinde soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ilgili hâkim veya mahkeme tarafından yol süresi hariç iki güne kadar cenazeye katılması amacıyla izin verilebilir.

(3) Hükümlü ve tutukluların, izin sırasında gece konakladıkları ev, ceza infaz kurumu veya diğer yerlerde geçirdikleri tüm süreler izin süresine dâhildir.

(4) 20/3/2006 tarihli ve 2006/10218 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 138 inci maddesinin altıncı fıkrası çerçevesinde, bu maddeye göre izin verilen hükümlü ve tutuklulardan;

a) Kapalı ceza infaz kurumlarında bulunanlar dış güvenlik görevlisi refakatinde,

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

b) Açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitim evlerinde bulunanlar ise refakatsiz, izne gönderilir.”

21. Anılan Yönetmelik’in “Alınacak güvenlik tedbirleri” kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:

“(1) Hükümlü veya tutukluya refakat eden dış güvenlik yetkilisinin bilgi vermesi ve talebi hâlinde izne gidilen yerdeki kolluk birimleri tarafından cenaze merasiminin yapılacağı veya konaklanacak yerde ya da talep edilen başka bir yerde gerekli güvenlik tedbirleri alınır.

(2) Hükümlü veya tutuklu, izin süresince dış güvenlik görevlilerinin yakın nezareti altında bulundurulur.

(3) Konaklanacak yerin içi ve çevresi de dâhil olmak üzere izin süresince alınacak tüm güvenlik tedbirlerinin nitelik ve kapsamı, görevlendirilecek personelin sayısı ve giyeceği kıyafet ile gerektiğinde hükümlü veya tutukluya devamlı ya da geçici suretle kelepçe takılıp takılmayacağı, dış güvenlik yetkilisi tarafından şahsın işlediği suç türü, kişisel durumu, koşullu salıverilme tarihi ve mevcut güvenlik riskleri dikkate alınarak belirlenir.

(4) Mazeret izni verilen tutuklu veya hükümlünün çocuk olması durumunda, iznin geçirileceği ilin valiliği tarafından pedagog, psikolog veya sosyal hizmet uzmanı görevlendirilebilir.”

22. Aynı Yönetmelik’in “Konaklanan yerde güvenlik riski oluşması” kenar başlıklı 12. maddesi şöyledir:

“Hükümlü veya tutuklunun konakladığı yerde kendisi ya da güvenlik görevlileri yönünden kontrolü mümkün olmayan güvenlik riski oluşması hâlinde, dış güvenlik yetkilisinin kararı ve sorumluluğunda şahıs en yakın ceza infaz kurumuna veya güvenli görülen başka bir yere konulur ve bu durum tutanağa bağlanarak derhâl valiliğe bildirilir.”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 13/6/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

24. Başvurucu; kardeşinin cenazesine katılmasının güvenlik sorunu doğurmayacağıнын cenazenin defnedileceği yer kolluk birimince ve tehlikeli tutuklu statüsünde olmadığıнын da İnfaz Kurumu tarafından bildirilmesine rağmen cenaze törenine katılma talebinin cenaze merasimi esnasında güvenlik zafiyeti oluşabileceği şeklindeki hukuki dayanaktan yoksun, tutarlı ve yeterli olmayan soyut bir gerekçe ile reddedilmesi nedeniyle ailesinin acısını paylaşamadığını ve büyük üzüntü duyduğunu belirterek özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

25. Bakanlık görüşünde 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminden sonra 21/7/2016-19/7/2018 tarihleri arasında olağanüstü hâl uygulamasına gidilmek zorunda kalındığı ve birçok kamu görevlisinin terör örgütü ile irtibatlı olduğu gerekçesiyle görevinden ihraç edildiği belirtilerek başvurunun katılmak istediği cenaze töreninin yapılacağı tarihin darbe girişiminden çok kısa bir süre sonraya -olağanüstü bir dönemden- geldiği hatırlatılmıştır. Bakanlık derece mahkemeleri kararlarının keyfilik içermediğini ve takdir yetkisinin sınırlarının aşılmadığını vurgulayarak başvurunun özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına yönelik kısıtlamaların kamu düzeninin korunması ve güvenliğin sağlanması amacı bakımından demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmadığını belirtmiştir.

2. Değerlendirme

26. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 yargı makamlarınca kardeşinin cenaze törenine katılmasına izin verilmemesi nedeniyle son görevini yerine getirememesi, ailesinin acısını paylaşamaması ve bunun sonucu manevi ıstırap duymasına ilişkin söz konusu şikâyeti Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ilgilendirmekte

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

olup bu çerçevede inceleme yapılmıştır (Beşir Doğan, B. No: 2013/2335, 15/12/2015, § 19; Ahmet Çilgin, B. No: 2014/18849, 11/1/2017, § 23).

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

b. Esas Yönünden

i. Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

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 “Ailenin korunması ve çocuk hakları” kenar başlıklı 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.”

30. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir” hükmüne yer verilmek suretiyle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı düzenlenmiştir. Ailenin sosyal yapısının yanı sıra toplum hayatında oynadığı rol de gözetilerek ailenin korunması hususunda devletin pozitif yükümlülüklerini belirtmek açısından Anayasa'nın 41.

maddesinde de tamamlayıcı bir düzenleme bulunmaktadır. Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki düzenlemeler aile hayatına saygı ve bu hayatın korunması hususunda birey merkezli bir değerlendirmeden öte ailenin diğer fertleri ve genel olarak toplum menfaatleri de gözetilerek bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle aile hayatına saygı hakkı bakımından Anayasa'nın 20. maddesinin 41. madde ile birlikte uygulanması gerekmektedir (*Mehmet Koray Eryaşa, B. No: 2013/6693, 16/4/2015, § 87; Beşir Doğan, § 27*).

31. Anayasa'nın 19. maddesi gereği hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatına birtakım sınırlamaların getirilmiş olması, hukuka uygun olarak ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucudur. Bu bağlamda idarenin tutuklu ve hükümlülerin özel ve aile hayatına müdahale konusunda takdir yetkisinin daha geniş olduğu gözetilmelidir. Bununla birlikte tutuklu ve hükümlülerin Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetlerin tamamına sahip oldukları da gözetilerek kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi ile özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge sağlanmalıdır (*Mehmet Koray Eryaşa, § 89*).

32. Somut olayda ceza soruşturması kapsamında tutuklu bulunan başvurusunun kardeşinin cenazesine katılma talebi reddedilmiştir. Dolayısıyla anılan işlemin başvurusunun özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır (*Beşir Doğan, § 30; Ahmet Çilgin, § 33*).

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

33. 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."

34. Yukarıda anılan müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde 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 koşulları yönünden inceleme yapılması gerekir.

(1) Kanunilik

35. 5275 sayılı Kanun'un 116. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan hükmün *kanunla sınırlama* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır (*Beşir Doğan*, §§ 34, 35; *Ahmet Çilgin*, §§ 36, 37).

(2) Meşru Amaç

36. Somut olayda başvurucunun kardeşinin cenaze törenine katılma talebi, soruşturma veya kovuşturmanın selameti ve güvenlik bakımından sakınca oluşturabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesinin *Beşir Doğan* ve *Ahmet Çilgin* kararlarında 5275 sayılı Kanun'un 116. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; yakını vefat eden tutukluya "...soruşturmanın veya kovuşturmanın selameti ve güvenlik bakımından sakınca oluşturmaması koşuluyla..." cenaze törenine katılma izni verilebileceğinin düzenlendiği, bu düzenlemenin tutuklu kişinin kaçmasını, suç işlemesini önlemek, kamu düzeni ve güvenliğini sağlamak, bunun yanı sıra gerek tutuklu kişinin gerekse tutukluya refakat edecek güvenlik görevlilerinin yaşamı ve vücut bütünlüğünün korunması amaçlarını taşıdığı ve bunun da Anayasa'nın 17., 19. ve 20. maddeleri kapsamında meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır (*Beşir Doğan*, § 36; *Ahmet Çilgin*, § 43). Başvuru konusu olayda da bu sonuçtan ayrılmayı gerektirecek bir iddia ve tespit bulunmamaktadır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(a) Genel İlkeler

37. Kanuni dayanağı bulunan ve meşru amaç taşıyan müdahalenin ihlal teşkil etmemesi için Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir.

38. 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 başvuru alan 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 kriter yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (*Ferhat Üstündağ*, B. No: 2014/15428, 17/7/2018, § 45).

39. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvuru alan 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 yüklediğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir (*Ferhat Üstündağ*, § 48).

40. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hâle getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamı demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 46).

41. Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan bu

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

denge, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılmasında da dikkate alınmalıdır. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırma ile ulaşılabilecek yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir. Bu noktada belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapıp yapılmadığının tespiti için müdahale teşkil ettiği, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında bireye düşen fedakârlığın ağırlığının dikkate alınması ve genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir (*Beşir Doğan*, § 40; *Ahmet Çilgin*, § 47).

42. Bu bağlamda genel olarak tutuklu ve hükümlülerin Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetlerin tamamına sahip oldukları da gözetilerek kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi ile özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge sağlanmalıdır. Bununla birlikte ceza infaz kurumunda bulunmanın doğal sonucu olarak idarenin tutuklu ve hükümlülerin özel ve aile hayatına müdahale konusunda takdir yetkisinin daha geniş olduğu gözetilmelidir (*Beşir Doğan*, § 41).

43. Tüm bu ilkeler dikkate alınarak başvuru konusu olay bakımından müdahalenin *demokratik toplum düzeninin gereklerine* uygun olup olmadığı incelenirken derece mahkemelerinin kararlarında ortaya konulan gerekçeler değerlendirilmeli ve müdahaleyi doğuran gerekçelerin inandırıcı bir şekilde ortaya konulup konulmadığına ve müdahalenin *ölçülülük* ilkesine uygun olup olmadığına bakılmalıdır (*Beşir Doğan*, § 44).

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

44. Somut olayda başvurusunun kardeşinin cenaze törenine katılma talebine ilişkin araştırma ve inceleme, gereken çabuklukta ele alınarak karara bağlanmıştır. Bu kapsamda başvurusunun Adana'nın Ceyhan ilçesinden, Kahramanmaraş'ın Ekinözü ilçesine sevkine ilişkin imkânlar ile güvenlik koşullarının araştırıldığı görülmektedir. Yapılan araştırmada Ceza İnfaz Kurumu Jandarma Karakolunda görevli personel sayısının

yetersiz olması nedeniyle *cenaze merasimi esnasında* güvenlik yönünden zafiyet oluşacağı şeklindeki bilgilendirmeye göre talep reddedilmiştir. Ne var ki bu bilgilendirmenin cenazenin defnedileceği yerdeki ilgili kolluk biriminin (Ekinözü İlçe Emniyet Amirliği) başvurucunun cenazeye katılmasının güvenlik sorunu yaratmayacağına ilişkin tespiti karşısında -ilgili kolluk biriminin bulunduğu yerin güvenlik risklerini daha iyi takdir edebilecekleri dikkate alınarak- geçersiz kaldığı anlaşılmaktadır.

45. Talebe ilişkin bu olumsuz görüş, Savcılık kararında belirtildiği üzere (bkz. § 13) *cenaze merasimine naklinde* güvenlik yönünden zafiyet oluşacağı şeklinde yorumlandığında dahi -başvurucunun tehlikeli tutuklu statüsünde olmadığı tespiti nazara alındığında- İnfaz Kurumu ile cenazenin defnedileceği yer arasındaki yol güzergâhı boyunca güvenlik ve asayiş bakımından ne gibi sorun veya riskler olduğu da somut olarak belirtilmediğinden talebin reddedilmesinin gerekçesi inandırıcı bir şekilde ortaya konulamamıştır.

46. Diğer yandan başvuru hakkındaki soruşturmanın tamamlanmamasının tek başına talebin reddedilmesinin sebebi olamayacağı gibi başvurucunun kardeşinin cenaze merasimine katılmasının ne şekilde istismara yol açacağına ve soruşturmanın selametine nasıl zarar vereceğine dair gerekçelerin hangi bilgi ve belgelere dayandırıldığı da açıklanmamıştır.

47. Somut olayın tüm koşulları çerçevesinde olaya özgü olgu ve bilgiler ile derece mahkemelerinin karar gerekçelerinden başvurucunun kardeşinin cenazesine katılmasına izin verilmemesinin *hangi somut nedenlerle* soruşturmanın selametine zarar verebileceği ve güvenlik bakımından sakınca oluşturabileceği hususunda bir açıklamada bulunulmamıştır. Başka bir ifade ile başvurucunun cenazeye katılmasının engellenmesine ilişkin zorlayıcı bir neden gösterilmediğinden özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını esas alan bir yaklaşımın gözetilmediği, temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması sonucu ulaşılabilecek toplumun genel yararı ile başvurucunun kaybı arasında adil bir dengenin kurulamadığı, bu nedenlerle yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

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

B. Diğer İhlal İddiaları

49. Başvurucu; cenazeye katılması hâlinde bu durumun istismar edilebileceği yönündeki kabulle masumiyet karinesi ve kötü muamele yasağının, kamuoyunda bilinen bazı davalardaki tutuklulara yakınlarının cenazesine katılma izni verilirken bu iznin kendisine tanınmaması nedeniyle de eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak başvurucunun özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varıldığından anılan iddiaların ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

50. 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 başvuru 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.”

51. Başvurucu, ihlalin tespiti ile 500.000 TL tutarında manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

52. Başvuruda Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

53. Başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğinin tespit edilmesi nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya takdiren net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

54. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

55. Başvuru kapsamında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği gözetilerek kararın bir örneğinin bilgi edinilmesi için Ceyhan İnfaz Hâkimliğine ve ihlalin sonuçlarının giderilmesi için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A.Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

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

C. Başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

D. 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 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 bilgi için Ceyhan İnfaz Hâkimliğine GÖNDERİLMESİNE,

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

G. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının giderilmesi için Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 13/6/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

HÜSEYİN EKİNCİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/38867)

Karar Tarihi: 3/7/2019

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Hicabi DURSUN Kadir ÖZKAYA Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör Yrd.	: Fatih ALKAN
Başvurucu	: Hüseyin EKİNCİ
Vekili	: Av. Ali TOKUL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; tutuklu olarak farklı ceza infaz kurumlarında bulunan eşlerin birbirleriyle yeterli şekilde iletişim kuramamaları nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 17/10/2016 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. Konu ve kişi yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2017/25591 numaralı bireysel başvuru dosyasının 2016/38867 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine 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.

III. OLAY VE OLGULAR

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

10. Başvurucu, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsü sonrasında terör örgütüne (Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması, FETÖ/PDY) üye olma ve anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçları kapsamında yürütülen soruşturma sürecinde İstanbul Anadolu 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 21/7/2016 tarihli kararıyla tutuklanmış ve Silivri 6 Nolu L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna (Ceza İnfaz Kurumu) konulmuştur. Başvurucu, 28/4/2017 tarihinde Maltepe 1 Nolu L Tipi Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiş ve 13/11/2018 tarihinde tahliye edilmiştir.

11. Başvurucunun eşi de aynı tarihte ve aynı suçlama kapsamında tutuklanmış ve Bakırköy Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna konulmuştur.

12. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 12/8/2016 tarihli kararıyla 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 114. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklanan ve Silivri Ceza İnfaz Kurumlarında tutulan kişilerin olağanüstü hâl (OHAL) süresince mektup ve faks gibi haberleşme araçlarını kullanmalarının yasaklanmasına karar verilmiştir. Başvurucunun anılan karara karşı yaptığı itiraz Silivri 1. İnfaz Hâkimliğinin 12/1/2017 tarihli, Silivri Ağır Ceza Mahkemesinin (Ağır Ceza Mahkemesi) 10/3/2017 tarihli kararlarıyla reddedilmiştir.

13. Başvurucu, tutuklu olarak bulunduğu Ceza İnfaz Kurumuna çeşitli tarihlerde (19/9/2016, 30/9/2016, 10/2/2017) dilekçe ile başvurmuş ve Bakırköy Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutulan eşiyle yüz

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

yüze görüşme, telefonla görüşme ve mektupla haberleşme haklarından yararlandırılmayı talep etmiştir. Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulunun (İdare ve Gözlem Kurulu) 10/2/2017 tarihli kararıyla başvurucunun talepleri reddedilmiştir. Kararda; mevzuat gereğince farklı ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin görüşme, telefonlaşma, mektuplaşma hakkından yararlandırılmalarının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

14. Başvurucu, İdare ve Gözlem Kurulunun söz konusu kararının kaldırılması talebiyle 20/2/2017 tarihinde Silivri 2. İnfaz Hâkimliğine (İnfaz Hâkimliği) şikâyet dilekçesi sunmuştur. Dilekçesinde, idare tarafından alınan kararın hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve farklı bir ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan eşiyle görüşebilmesine ve telefon, mektup, faks gibi araçlarla iletişim kurabilmesine ilişkin taleplerini yinelemiştir.

15. İnfaz Hâkimliğinin 28/2/2017 tarihli kararıyla şikâyetin reddine karar verilmiştir. Kararda; İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 12/8/2016 tarihli kararına değinilmiş ve İdare ve Gözlem Kurulunca verilen kararın usule ve mevzuata uygun olduğu belirtilmiştir.

16. Başvurucu, söz konusu karara karşı Silivri Ağır Ceza Mahkemesine (Ağır Ceza Mahkemesi) itiraz etmiş ve İnfaz Hâkimliğince verilen kararın kaldırılmasını talep etmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi 3/4/2017 tarihli kararıyla başvurucunun itirazının kısmen kabulüne hükmetmiş ve başvurucunun başka bir ceza infaz kurumunda tutuklu olan eşiyle telefon görüşmesi yapabileceğine karar vermiştir. Kesin olarak verilen kararda; ilgili mevzuatta yasaklayıcı bir düzenleme bulunmadığı, farklı ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu eşlerin idarenin belirleyeceği gün ve saatlerde telefonla görüşebileceği belirtilmiştir.

17. Söz konusu karar 26/4/2017 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

18. Kesin nitelikteki karara karşı Bakanlık tarafından -kanun yararına bozma talebiyle- olağan üstü kanun yoluna başvurulmuştur. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 27/11/2017 tarihli kararıyla kanun yararına bozma talebinin reddine hükmedilmiştir. Kararda; mevzuata göre

başvurucunun başka bir ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan eşiyle telefonla haberleşme hakkının bulunduğu, başvurucunun telefonla haberleşme hakkının ilgili Cumhuriyet savcılığı ya da mahkemesince kısıtlandığına dair bir kararın olmadığı, bu durumda Silivri Ağır Ceza Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik bulunmadığı belirtilmiştir (bkz. § 35).

19. Başvurucu, Ağır Ceza Mahkemesince verilen tutuklu eşiyle telefonla görüşme hakkından yararlanabileceğine dair kararın uygulanması talebiyle Ceza İnfaz Kurumuna başvurmuştur. Söz konusu talep İdare ve Gözlem Kurulunun 25/4/2017 tarihli kararıyla teknik alt yapının bulunmaması nedeniyle reddedilmiştir. Kararda, telefon görüşmelerinin kayıt altına alınması, dinlenmesi ve eşlerin bu suretle görüştürülmesi için yeterli teknik alt yapının bulunmadığı belirtilmiştir. Söz konusu kararın ardından başvuru 28/4/2017 tarihinde Maltepe 1 Nolu L Tipi Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiştir.

20. Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili ceza infaz kurumlarına 12/4/2019 ve 16/4/2019 tarihlerinde yazılan müzakereler ile başvurucunun tutuklu kaldığı süre boyunca kendisi gibi tutuklu olan eşi ile herhangi bir açık-kapalı görüş yapıp yapmadığı, eşiyle telefon vasıtasıyla görüşüp görüşmediği, mektup yoluyla haberleşme sağlayıp sağlamadığı hususlarında eldeki bilgi ve belgelerin gönderilmesi talep edilmiştir. 16/4/2019 ve 17/4/2019 tarihli cevap yazılarında; tutuklu kaldıkları dönemde başvuru ile eşi arasında herhangi bir görüşmenin gerçekleştirilmediği, tutuklu eşlerin telefonla da görüştürülmediği yönünde bilgi verilmiştir. Cevap yazılarında; başvurucunun 5/5/2017 tarihinde bir kez eşiyle mektup yoluyla iletişim kurduğu belirtilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

21. 5275 sayılı Kanun'un "*Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler*" kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

“(1) Hapis cezalarının infaz rejimi, aşağıda gösterilen temel ilkelere dayalı olarak düzenlenir:

...b) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin düzenli bir yaşam sürdürmeleri sağlanır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektirilir. Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir.

c) Cezanın infazında hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün olan araç ve olanaklar kullanılır. Hükümlünün kanun, tüzük ve yönetmeliklerle tanınmış haklarının dokunulmazlığını sağlamak üzere cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunîlik ve hukuka uygunluk ilkeleri esas alınır.

d) İyileştirmeye gereksinimleri olmadığı saptanan hükümlülere ilişkin infaz rejiminde, bu hükümlülerin kişilikleriyle orantılı bireyselleştirilmiş programlara yer verilmesine özen gösterilir ve bu hususlar yönetmeliklerde düzenlenir.

e) Cezanın infazında adalet esaslarına uygun hareket edilir. Bu maksatla ceza infaz kurumları kanun, tüzük ve yönetmeliklerin verdiği yetkilere dayanarak nitelikli elemanlarca denetlenir.

f) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütünlüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması zorunludur.

g) Hükümlünün infazın amacına uygun olarak kanun, tüzük ve yönetmeliklerin belirttiği hükümlere uyması zorunludur. ...”

22.5275 sayılı Kanun’un “Hükümlüyü ziyaret” kenar başlıklı 83. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“(1) Hükümlü, belgelendirilmesi koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile vasisi veya kayyımı tarafından haftada bir kez ve ayrıca kuruma kabullerinde, zorunlu hâller dışında bir daha değiştirilmemek üzere, ad ve adreslerini bildirdiği en fazla üç kişi tarafından, yarım saatten az ve bir saatten fazla olmamak üzere çalışma saatleri içinde ziyaret edilebilir.

...

(3) Görüşler, koşul ve süreleri Adalet Bakanlığınca hazırlanan yönetmelikle kapalı ve açık olmak üzere iki biçimde yaptırılır.”

23.5275 sayılı Kanun’un “Hükümlünün telefonla haberleşme hakkı” kenar başlıklı 66. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir.”

24.5275 sayılı Kanun’un “Tutukluların hakları” kenar başlıklı 114. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(2) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde tutuklular, kurumun bu husustaki genel düzenine uymak suretiyle ziyaretçi kabul edebilirler. Ancak soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme, soruşturmanın veya davanın selameti bakımından tutuklunun ziyaretçi kabulünü yasaklayabilir veya bu hususta kısıtlamalar koyabilir.”

25.5275 sayılı Kanun’un “Tutukluların hakları” kenar başlıklı 114. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

“Tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabilir. “

26. 5275 sayılı Kanun’un “Tutukluların yükümlülükleri” kenar başlıklı 116. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

“(1) Bu Kanunun; ... hükümlüler ile yakınları ve ilgililerin bilgilendirilmesi, ... şikâyet ve itiraz, ... telefonla haberleşme hakkı, ... mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı, ... ziyaret, yabancı hükümlüleri ziyaret, ziyaret ve görüşlerde uygulanacak esaslar, düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir.”

27. 23/7/2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

Hükmünde Kararname'nin (OHAL KHK'sı) "Soruşturma ve kovuşturma işlemleri" kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

...

e) Tutuklu olanlar, belgelendirilmesi koşuluyla sadece eşi, ikinci dereceye kadar kan ve birinci derece kayın hısımları ile vasisi veya kayyımı tarafından ziyaret edilebilir. Adalet Bakanlığı ile Cumhuriyet başsavcılığının yetkileri saklıdır. Tutuklular telefonla haberleşme hakkından ancak onbeş günde bir ve bu bentte sayılan kişilerle sınırlı olarak on dakikayı geçmemek üzere faydalanabilirler."

28. 667 sayılı OHAL KHK'sı, 29/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile onaylanmıştır. KHK'nın 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası 6749 sayılı Kanun'un 6. maddesinde aynen kabul edilmiştir.

29. 6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün (Tüzük) "Telefonla görüşme hakkı" kenar başlıklı 88. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Kapalı kurumda bulunan hükümlüler, belgelendirmeleri koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve vasisi ile telefon görüşmesi yapabilir.

(2) Telefonla görüşmeleri aşağıda belirtilen esaslara göre yapılır:

a) Hükümlüler, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakılma veya kısıtlama cezası ile hücreye koyma cezasının infazı sırasında olmamak koşuluyla, idarenin kontrolünde bulunan ve kurumun uygun yerlerine yerleştirilen telefonlardan yararlandırılır,

...

e) *Hükümlüler, telefon görüşmesi hakkına sahip oldukları konusunda bilgilendirilir,*

...

k) *Hükümlü bu maddede belirtilen telefonla görüşme hakkını kullanabilmek için “Telefon Görüşme Formu” doldurur. Bu formda; telefon görüşmesi yapmak istediği kişiler ve bunlarla olan yakınlık derecesini, görüşme yapmak istediği sabit, cep telefon numaraları ile yurtdışı telefon numarasını, telefon görüşmesi yapacağı yakınlarının açık adreslerini belirtir ve gerekli belgeler eklendikten sonra idareye verir. İdare gerekli gördüğü takdirde gideri hükümlüden alınmak koşuluyla formdaki bilgilerin doğruluğunu araştırabilir. Telefon görüşme formunda yer alan bilgilerde değişiklik olması halinde hükümlü yeni bir form düzenleyerek idareye bildirir. Hükümlü tarafından formda gösterilmemiş olan kişilerle telefon görüşmesi yaptırılmaz,*

...

f) *Hükümlülerin telefonla görüşme gün ve saatleri, kurumda bulunan telefon adedi, başvuru sırası, kurumun asayiş ve güvenliği dikkate alınarak idare tarafından belirlenir. Hükümlüler görüşebilecekleri yakınlarından bir veya birden fazla kişi ile haftada bir kez ve bir telefon numarasıyla bağlantı kurarak kesintisiz görüşme yapabilir. Herhangi bir nedenle görüşme gerçekleşmemişse daha önceden bildirilen numaralardan bir diğeriyle görüşebilir. Konuşma süresi görüşme başladığı andan itibaren on dakikayı geçemez. Ancak tehlikeli hükümlü oldukları idare ve gözlem kurulu tarafından belirlenen hükümlüler onbeş günde bir kez olmak ve on dakikayı geçmemek üzere sadece eşi, çocukları, annesi ve babası ile görüşebilir,*

...

o) *Hükümlülere dışarıdan telefon açılmak suretiyle görüşme yaptırılmaz,*

...”

30. Tüzük’ün “Hükümlüyü ziyaret” kenar başlıklı 126. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

“(1) Hükümlü, belgelendirilmesi koşuluyla eşi, ... ile ... ziyaret edilebilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilenler dışındaki kimselerin ziyaretine Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yazılı olarak izin verilebilir.

...

(4) Hükümlüyü ziyaretin esas ve usulleri, kapalı ve açık görüş olmak üzere kurumların yapısı dikkate alınarak yönetmelikte düzenlenir.”

31. Tüzük’ün “Tutuklulara uygulanacak hükümler ve yükümlülükleri” kenar başlıklı 186. maddesi şöyledir:

“(1) Tüzüğün; 1, 4, 6, 9 ilâ 14, 22, 24 ilâ 27, 29 ilâ 31, 40 ilâ 46, 67 ilâ 73, 75 ilâ 96, 99 ilâ 108, 110 ilâ 117, 119 ilâ 132, 143 ilâ 171, 174, 176 ilâ 179, 185, 188, 189 uncu maddelerinde düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir.”

32. 17/6/2005 tarihli ve 25848 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik’in (Ziyaret Yönetmeliği) “Ziyaret edebilecek kişiler” kenar başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Hükümlü ve tutuklular; eşi ... ile ... görüşebilir.”

33. Ziyaret Yönetmeliği’nin “Ziyaret edebilecek kişiler” kenar başlıklı 9. maddesinin olay tarihinde yürürlükte olan üçüncü fıkrası şöyledir:

“Aynı ceza infaz kurumu içinde bulunan hükümlü ve tutuklular, birinci fıkrada sayılan kişilerden olmaları şartıyla bu Yönetmelik hükümleri kapsamında birbirleri ile görüşebilir.”

34. Ziyaret Yönetmeliği’nin “Ziyaret edebilecek kişiler” kenar başlıklı 9. maddesinin 5/12/2018 tarihli ve 30616 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değiştirilen üçüncü fıkrası şöyledir:

“Aynı ceza infaz kurumu ya da birden fazla ceza infaz kurumunun bir arada bulunduğu yerleşkedeki farklı kurumlarda barındırılmakta olan hükümlü veya tutuklular, birinci fıkrada sayılan kişilerden olmaları şartıyla bu Yönetmelik

hükümleri kapsamında Cumhuriyet başsavcılığının yazılı emri ile birbirleriyle görüşebilir.”

2. İlgili Yargı Kararı

35. Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma talebiyle yaptığı bir başvuru üzerine Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından verilen 27/11/2017 tarihli ve E.2017/1368, K.2017/4262 sayılı kararın ilgili kısımları şöyledir:

“5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 66. maddesinde hükümlülerin telefonla haberleşme hakkı düzenlenmiş olup, ... Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü’nün 88. maddesinin 1. fıkrasına göre; ... aynı maddenin 2. fıkrasında telefonla görüşmenin hangi esaslara göre yapılacağı düzenlenmiştir. ...

Hükümlülerin telefonla haberleşme hakkı ile ilgili bu düzenlemelerin dışında tutukluların telefonla haberleşme hakkı ile ilgili ayrı bir düzenlemenin bulunduğu buna göre; ... 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine göre; Tutuklu olanlar, belgelendirilmesi koşuluyla sadece eşi, ikinci dereceye kadar kan ve birinci derece kayın hısımları ile vasisi veya kayyımı tarafından ziyaret edilebilir. Adalet Bakanlığı ile Cumhuriyet başsavcılığının yetkileri saklıdır. Tutuklular telefonla haberleşme hakkından ancak onbeş günde bir ve bu bentte sayılan kişilerle sınırlı olarak on dakikayı geçmemek üzere faydalanabilirler. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 114. maddesinin 3. fıkrasına göre; Tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabilir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 115. maddesine göre; tehlikeli hâlde bulunan, delil karartma tehlikesi olan, soruşturmanın amacını veya tutukevinin güvenliğini tehlikeye düşüren veya suçun tekrarına olanak verecek davranışlarda bulunan tutuklulara soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince belirli süre ile dışarıyla ilişkisinin, ziyaretçi kabulünün ve telefon görüşmelerinin kısıtlanması tedbirinin uygulanabileceği öngörülmüştür.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 6 .maddesinin 1. fıkrasının (e.) bendi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 114. maddesinin 3. fıkrası ve aynı kanunun 115. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, telefonla haberleşme hakkı ve bunun kısıtlanması ile ilgili tutuklular ile ilgili ayrı bir düzenlemenin bulunduğu, bu düzenlemelere göre tutukluların telefonla haberleşme hakkının soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabileceği, idarenin bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığı;

Somut olayda ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan Hüseyin Ekinci'nin başka bir ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan eşi ile telefonla haberleşme hakkının bulunduğu, tutuklunun telefonla haberleşme hakkının Cumhuriyet savcısı ya da mahkemesince kısıtlandığına dair bir kararın da dosyada bulunmadığı anlaşılmakla;

Tutuklu Hüseyin Ekinci'nin, başka bir ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan eşi ile telefonla görüşme talebinin reddine dair ... Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının ... kararına karşı yaptığı şikayetin reddine ilişkin ... İnfaz Hakimliğinin ... kararının kaldırılmasına dair itiraz merci olan ... Ağır Ceza Mahkemesinin ... kararında isabetsizlik görülmediğinden, bu karara yönelik Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün kanun yararına bozma talebinin CMK'nun 309. maddesi gereğince reddine, dosyanın mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine ... oybirliğiyle karar verildi."

B. Uluslararası Hukuk

36. 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.”

37. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre özel hayata saygı hakkı, özel bir sosyal hayat sürdürmeyi yani kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı anlamında bir *özel hayatı* güvence altına almaktadır. Bu yönü ile birlikte değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir (Özpınar/Türkiye, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45; Oleksandr Volkov/Ukrayna, B. No: 21722/11, 9/1/2013, §§ 165-167; Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29).

38. AİHM'e göre hükümlü ve tutuklular Sözleşme kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahiptir (Hirst/Birleşik Krallık (No. 2) [BD], B. No: 74025/01, 6/10/2005, § 69).

39. AİHM'e göre suçun mahiyeti haklı gösteriyorsa bir tutuklunun özel bir hapisshane rejimine veya sınırlayıcı ziyaret düzenlemelerine tabi tutulması onun Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki hakkına müdahale teşkil eder ancak kendiliğinden bu hakkın ihlali anlamına gelmez (Vlasov/Rusya, B. No: 78146/01, 12/6/2008, § 123).

40. AİHM, ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi güvenliğin ve düzenin korunmasına yönelik kabul edilebilir gerekliliklerin olması durumunda mahkûmların sahip olduğu haklara sınırlama getirilebileceğini kabul etmiştir. Ancak bu durumda dahi hükümlü ve tutukluların haklarına yönelik herhangi bir sınırlama makul ve ölçülü olmalıdır (Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 5947/72 ..., 25/3/1983, §§ 99-105).

41. AİHM'e göre hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, ceza infaz kurumu idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır (Messina/İtalya (No. 2), B. No: 25498/94, 28/9/2000, § 61; Ouinas/Fransa (k.k.), B. No: 13756/88, 12/3/1990; Kučera/Slovakya, B. No: 48666/99, 17/7/2007, § 127). Bu hakka getirilen sınırlamalar, suç ve düzensizliğin önlenmesi için güvenlik nedeniyle

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

uygulamaya konulmuş olsa da haklı bir gerekçeye dayanmalıdır (Gülmez/Türkiye, B. No: 16330/02, 20/5/2008, § 46).

42. AİHM, tutukluların ziyaretçi alma haklarına getirilen kısıtlamaların güvenlikle ilgili nedenlerle veya bir soruşturmanın meşru yararlarını koruma gerekliliğiyle haklılaştırılrsa da bu amaçlara bütün tutukluların haklarını kısıtlamayan başka yollarla da ulaşılabileceğini belirtmiş; oluşturulacak farklı tutukluluk kategorilerine özel kısıtlamalar getirilebileceğini kabul etmiştir (Laduna/Slovakya, B. No: 31827/02, 13/12/2011, § 66; Varnas/Litvanya, B. No: 42615/06, 9/7/2013, § 119).

43. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 sayılı tavsiye kararlarının hükümlü ve tutukluların dış dünya ile ilişkilerine dair kısımları şöyledir:

“Dış Dünya ile İlişki

24.1. Mahpusların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmelidir.

24.2 Devam etmekte olan bir ceza soruşturması, emniyet, güvenlik ve düzeninin muhafaza edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç mağdurunun korunması için gerekli görülmesi halinde, haberleşme ve ziyaretlere kısıtlamalar konabilir ve izlenebilir. Ancak adli bir merci tarafından konulan özel kısıtlamalar da dahil olmak üzere, bu tür kısıtlamalar yine de kabul edilebilir asgari bir iletişime izin vermelidir.

24.3. Ulusal hukuk, mahpuslarla iletişim kurması kısıtlanamayacak olan ulusal ve uluslararası kuruluşları belirlemelidir,

24.4. Ziyaretler için yapılan düzenlemeler, mahpuslara aile ilişkilerini mümkün olduğunca normal bir düzeyde sürdürmelerine ve geliştirmelerine izin verecek bir tarzda olmalıdır.

24.5. Cezaevi yetkilileri, dış dünyayla yeterli bir iletişim sürdürmelerinde mahpuslara yardım etmelidirler ve bunun için onlara uygun destek ve yardım sağlamalıdırlar ...”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

44. Mahkemenin 3/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

45. Başvurucu, bireysel başvuru harç ve giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğunu belirterek adli yardım talebinde bulunmuştur.

46. 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 başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

B. Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

47. Başvurucu; kendisi gibi tutuklu olan eşiyle gerek açık gerekse kapalı usulle görüşemediğini, eşiyle telefonla ve mektup yoluyla haberleşme imkânından yararlanamadığını ileri sürmüştür. Başvurucu; eşi ile hiçbir şekilde görüştürülmemesinin mevzuata aykırı olduğunu, görüşme hakkına ilişkin açık bir yasağın bulunmadığını belirtmiştir. Başvurucu; devletin, ailenin huzur ve refahının sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğunu ancak bu yönde herhangi bir adım atılmadığını belirtmiştir. Telefonla görüşme hakkının olduğu yönünde verilen kararın ise hukuka aykırı şekilde uygulanmadığını ve tutuklu eşiyle görüştürülmemesi nedeniyle aile birliğinin zarar gördüğünü ifade eden başvuru; adil yargılanma hakkının, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının, haberleşme hürriyetinin ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

48. Bakanlık görüşünde; mevzuat gereğince farklı ceza infaz kurumlarında bulunan eşlerin görüşmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Görüş yazısında; Anayasa'nın 41. maddesi ve 20. maddesinin birinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde devletin hükümlü ve tutukluların aileleri ile görüşmelerini sağlayacak tedbirleri

alma yükümlülüğü altında olduğu, ancak idarenin anılan yükümlülüğü yerine getirirken ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal sonuçlarını gözetmesi gerektiği ve bu bağlamda takdir marjının geniş olduğu belirtilmiştir. Görüşte; somut olayda idare tarafından kullanılan takdir hakkının usule ve yasaya uygun olup olmadığının İnfaz Hâkimliği ve Ağır Ceza Mahkemesi tarafından değerlendirildiği, ret kararındaki tespit ve sonuçların mevzuatın uygulanması niteliğinde olduğu, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükleri ihlâl eder nitelikte olmadığı şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir. Bakanlık görüşüne karşı sunduğu cevap dilekçesinde başvuru, başvuru dilekçesinde belirttiği iddialarını ve taleplerini yinelemiştir.

2. Değerlendirme

49. Anayasa'nın 5. maddesi şöyledir:

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

50. Başvurunun değerlendirilmesinde dikkate alınacak Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Herkes, ... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. ... aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

51. Anayasa'nın 41. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Aile, Türk toplumunun temelidir ...

Devlet, ailenin huzur ve refahı ... için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar...”

52. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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). Başvurucunun şikâyetinin özünün kendisi gibi tutuklu

olan eşiyle telefonla ya da yüz yüze olacak şekilde görüşme imkânından yararlanamamasına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurucunun eşiyle aile hayatının devamını sağlayacak şekilde -asgari de olsa- iletişimini/temasını sürdürecektir önlemlerin alınmaması yönündeki söz konusu iddianın aile hayatına saygı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

53. 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.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

54. Aile hayatına saygı hakkı Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında kamusal makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

55. Anayasa'nın 19. maddesi gereğince hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatının sınırlanması hukuka uygun olarak ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucudur. Öte yandan hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, ceza infaz kurumu idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır (*Mehmet Zahit Şahin*, B. No: 2013/4708, 20/4/2016, §

36). Bununla beraber bu yükümlülük yerine getirilirken ceza infaz kurumunda tutulmanın doğal sonuçlarının gözetilmesi gerekmektedir.

56. Devletin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla iletişimini devam ettirecek önlemleri alması pozitif yükümlülüklerinin bir gereği olsa da -belirtildiği üzere- hukuka uygun bir tutulmadan kaynaklanan kaçınılmaz sonuçlar nedeniyle aile hayatı kapsamındaki temasın sınırlandırılması doğaldır. Kamu düzeninin ve kurum güvenliğinin sağlanması yönündeki meşru amaç doğrultusunda ve makul bir gerekliliğin olması durumunda gerekçeleri ilgili ve yeterli şekilde açıklanarak belirli bir süre boyunca söz konusu pozitif yükümlülüğün karşılanmaması da olağan kabul edilebilir. Ancak aile hayatına saygı hakkının gereklerinin mümkün olan ilk fırsatta yerine getirilmesi ve mahpusların ailesiyle olan temasının hızlı şekilde yeniden sağlanması bir gerekliliktir.

57. Bu bağlamda tutuklu ya da hükümlünün aile hayatını sürdürmesini sağlamaya yeterli olacak şekilde yakın derecedeki aile bireyleriyle asgari düzeyde bir iletişim ve temas kurması her durumda sağlanmalıdır. Böylesi bir yükümlülüğün yerine getirilmesi ve tedbirler alınması, aile hayatına saygı hakkı kapsamında devletten beklenen asgari bir gerekliliktir. Birtakım teknik ya da fiziki olanakların bulunmaması, tutuklu ya da hükümlünün ailesiyle asgari şekilde iletişim ve temas kuramamasına gerekçe olarak gösterilemez. Zira mahpusun ailesiyle iletişim kurması her durumda mutlaka yüz yüze görüştürülmesi anlamına gelmemektedir.

58. Örneğin farklı yerleşkelerde veya farklı şehirlerde bulunan ceza infaz kurumlarında barındırılan mahpusların birbirleriyle yüz yüze görüştürülmeleri beklenemez. Ancak yakın aile bağı olan bu durumdaki mahpusların birbirleriyle uygun vasıtalar aracılığıyla görüştürülmelerinin sağlanması gerekir. Öte yandan aynı yerleşke içindeki farklı ceza infaz kurumlarında tutulan yakın aile bireylerinin gerekli güvenlik önlemleri alınarak mümkün olduğunca belirli dönemlerde yüz yüze görüştürülmeleri aile hayatına saygı hakkının gerekli kıldığı yükümlülüğün bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Nitekim belirtilen son halde, aile bireylerinin yüz yüze görüştürülmeleri

kamusal makamlara katlanılması mümkün olmayan bir külfet yüklememektedir.

59. Tüm durumlarda, önemli olan husus yakın aile bireylerinin birbirlerinden haberdar olabilmeleri, aile hayatlarına ilişkin konuları konuşabilme imkânından yoksun bırakılmamalarıdır. Elbette aile bireylerinin birbirleriyle temas etmesine ve aile ilişkilerinin sürdürülmesini sağlamaya elverişli kabul edilen uygun vasıtaların, suç işlenmesinin önlenmesi ya da yasa dışı haberleşmenin önüne geçilmesi amacıyla ilgili idare tarafından denetlenmesi ve gerektiğinde izlenmesi de mümkündür. Bu şekilde denetleme ve izleme yetkileri olmasına rağmen haklı bir gerekçe olmaksızın kamusal makamlar tarafından tutuklu ya da hükümlünün ailesiyle asgari bir iletişim kurmasına imkân sağlanmaması aile hayatına saygı hakkının ihlaline neden olabilir.

60. Vurgulandığı üzere, tutuklu ya da hükümlünün ailesiyle asgari bir iletişim kurmasının sağlanması şeklindeki pozitif yükümlülük özellikle aile bireylerinin her ikisinin de mahpus olduğu ve aynı yerleşke içinde tutulmadıkları durumlarda bu kişilerin mutlaka yüz yüze, yakın şekilde görüştürülmesini gerekli kılmaz. Belirtilen asgari iletişim, söz konusu aile bireylerinin belirli ve makul aralıkta başta telefon olmak üzere uygun vasıtalarla birbirleriyle görüştürülmeleri yoluyla da sağlanabilir. Sadece mektup yoluyla haberleşme ise, istisnai durumlar hariç olmak üzere, aile bireylerinin birbirleriyle olan ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında korunan temasın sürdürülmesini sağlamaya uygun bir vasıta olarak kabul edilmemelidir. Zira mektup yoluyla haberleşme, tek başına aile ilişkilerinin sürdürülmesine olanak sağlayacak kapsamı ve hızı içeren bir vasıta olarak nitelendirilmeye elverişli değildir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

61. 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 OHAL ilan edilmiş ve OHAL süreci üçer aylık sürelerle uzatılarak 18/7/2018 tarihine kadar devam etmiştir.

62. Somut olayda başvuru, FETÖ/PYD üyesi olma ve anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçlamalarıyla 21/7/2016

tarihinde tutuklanarak Ceza İnfaz Kurumuna konulmuştur. Başvurucunun eşi de aynı tarihte aynı suçlama kapsamında tutuklanmış ve Bakırköy Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna konulmuştur.

63. Başvurucu, tutuklu olduğu eşiyle görüşme talebiyle Ceza İnfaz Kurumuna başvurmuş ise de gerek görüş hakkından gerekse telefon ve mektup yoluyla görüşme hakkından yararlanmasının mevzuat gereğince mümkün olmadığı gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. İdare ve Gözlem Kurulunca verilen söz konusu karar İnfaz Hâkimliği tarafından usule ve yasaya uygun bulunarak reddedilmiş ise de Ağır Ceza Mahkemesi tarafından başvurucunun talebinin kısmen kabulüne karar verilmiş ve tutuklu olan eşiyle telefonla görüşme hakkının bulunduğu hükmedilmiştir. Ceza infaz kurumlarından gönderilen bilgi ve belgelerden telefonla görüşme hakkına ilişkin söz konusu kararın uygulanmadığı anlaşılmaktadır.

64. Genel ilkeler kısmında vurgulandığı üzere devletin, hükümlü ve tutukluların özellikle yakın derecedeki aile bireyleriyle temasını devam ettirecek önlemleri alması yönünde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük, makul bir gerekliliğin olması durumunda, kamu düzeninin ve kurum güvenliğinin sağlanması yönündeki meşru amaç doğrultusunda sınırlı bir süre için yerine getirilmeyebilir. Fakat devlet her durumda tutuklu ya da hükümlünün ailesiyle asgari bir iletişim kurmasını sağlamak zorundadır. Devlet, bu asgari iletişimin sağlanması konusundaki yükümlülüğünü gerektiğinde uygun vasıtalar aracılığıyla da yerine getirebilir. Ayrıca suç işlenmesinin önlenmesi ya da yasa dışı haberleşmenin önüne geçilmesi amacıyla bu vasıtaların denetlenmesi ve izlenmesi mümkündür (bkz. §§ 54-60).

65. Başvurucunun, Ceza İnfaz Kurumunda bulunduğu süre zarfında kendisi gibi tutuklu olan eşiyle yüz yüze ya da telefon vasıtasıyla hatta mektup yoluyla dahi görüşemediği anlaşılmaktadır. Devletin, tutuklu olan başvurucunun eşiyle temasını devam ettirecek önlemleri alması yönünde pozitif yükümlülüğü bulunmakla birlikte başvurucunun eşinin de tutuklu olduğu dikkate alındığında söz konusu yükümlülüğün kapsamının somut olayın koşulları özelinde -bu durumda devletin takdir marjının daha geniş olduğu hususu göz ardı edilmeden- değerlendirilmesi gerekecektir.

66. Somut olaydaki gibi özellikle farklı ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu eşlerin yüz yüze görüştürülmeleri konusundaki taleplerin kamusal makamlar tarafından her durumda karşılanması beklenmemelidir. Zira aile hayatına saygı hakkı kapsamında kamusal makamlara bu derecede bir pozitif yükümlülük yüklenemez. Ancak eşlerin her ikisi tutuklu olsa dahi devlet mutlaka eşler arasında asgari bir iletişimin kurulmasını ve sürdürülmesini sağlamak zorundadır. Asgari iletişimin telefon gibi uygun bir vasıta ile gerçekleştirilmesi ve mevzuatta öngörüldüğü üzere suç işlenmesinin önlenmesi ya da yasa dışı haberleşmenin önüne geçilmesi amacıyla telefon görüşmelerinin idarece dinlenip kayıt altına alınması da mümkündür (bkz. § 23).

67. Başvurucunun tutuklu kaldığı ve başvuruya konu olan dönemde OHAL koşulları geçerli olmuştur. Dolayısıyla 6749 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince terör örgütü üyeliği veya bu örgütlerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar sebebiyle tutuklu olarak ceza infaz kurumunda bulunanlar OHAL süresince telefonla haberleşme hakkından on beş günde bir ve on dakikayı geçmemek üzere faydalanabilme imkânına sahip kılınmışlardır. Yine Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 27/11/2017 tarihli kararıyla başvurucunun başka bir ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan eşiyle telefonla görüşme hakkının bulunduğu ve telefonla görüşme hakkının yetkili makamlarca kısıtlandığına dair bir kararın olmadığı durumlarda tutuklu eşlerin bu haktan yararlanabileceklerine hükmedilmiştir (bkz. § 35). Söz konusu karara rağmen telefonla görüşme hakkından başvurucunun yararlandırılmaması nedeniyle eşler arasında asgari bir iletişimin kurulmasını ve sürdürülmesini sağlama konusundaki yükümlülüğün devlet tarafından yerine getirildiği söylenemeyecektir.

68. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, tutuklu eşler arasında aile hayatının sürdürülmesine imkân sağlayacak şekilde asgari düzeyde iletişim kurulmasına uygun bir vasıta olarak değerlendirilebilecek telefonla görüşme hakkından başvurucunun yararlandırılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda eşler arasında asgari bir iletişim kurulmasına imkân sağlayacak şekilde kamusal makamlarca tedbir alınmadığı ve aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin gereğinin yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

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

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

70.30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

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

71. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

72. *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).

73. *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).

74. Başvurucu; ihlalin tespit edilmesini, ihlale neden olan hukuka aykırı uygulamaların kaldırılmasını ve toplamda 70.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

75. Anayasa Mahkemesi, tutuklu eşler arasında aile hayatının sürdürülmesine imkân sağlayacak şekilde iletişim kurulmasına uygun bir vasıta olarak değerlendirilebilecek telefonla görüşme hakkından başvurucunun yararlandırılmaması nedeniyle, aile hayatına saygı hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmediği sonucuna ulaşmıştır.

76. Başvurucunun tahliye olduğu, dolayısıyla tutukluluk koşulları altında telefon gibi uygun bir vasıta aracılığıyla eşiyle görüşmesi yönünde ilgili yargı merci tarafından bir karar verilebilmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında yargılamanın yenilenmesi yönünde bir hüküm kurulması olanaklı değildir.

77. Öte yandan somut olay bağlamında ihlalin tespit edilmesinin başvurucunun uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için aile hayatına saygı hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya takdiren net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

78. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

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

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

D. Başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

E. 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Kararın bir örneğinin bilgi için Silivri 2. İnfaz Hâkimliğine (E.2017/902, K.2017/1128) GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 3/7/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

MURAT AYDIN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/58533)

Karar Tarihi: 3/7/2019

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Hicabi DURSUN Kadir ÖZKAYA Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör Yrd.	: Fatih ALKAN
Başvurucu	: Murat AYDIN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; tutuklu olarak farklı ceza infaz kurumlarında bulunan eşlerin birbirleriyle yeterli şekilde iletişim kuramamaları nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 9/11/2016 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, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucu, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsü sonrasında terör örgütü (Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması, FETÖ/PDY) üyesi olma suçu kapsamında başlatılan soruşturmada Gaziantep 3. Sulh Ceza Hâkimliğinin 20/7/2016 tarihli kararıyla tutuklanmış ve Gaziantep H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna (Ceza İnfaz Kurumu) konulmuştur. Başvurucu, 25/7/2017 tarihinde Gaziantep L Tipi Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiş ve 5/12/2017 tarihinde tahliye edilmiştir.

10. Başvurucunun 26/2/2015 tarihinde evlendiği eşi de aynı suçlama kapsamında 20/7/2016 tarihinde Gaziantep 3. Sulh Ceza Hâkimliğince tutuklanmış ve Gaziantep E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna konulmuştur.

11. Başvurucu, tutuklu olarak bulunduğu Ceza İnfaz Kurumuna 8/8/2016 tarihli dilekçe ile başvurmuş ve Gaziantep E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutulan eşiyle yüz yüze (açık-kapalı şekilde) görüşme ve telefonla görüşme haklarından yararlandırılmayı talep etmiştir.

12. Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulunun (İdare ve Gözlem Kurulu) 9/8/2016 tarihli kararıyla başvurucunun talepleri reddedilmiştir. Kararda; mevzuat gereğince aynı ceza infaz kurumunda barındırılan hükümlü ya da tutukluların kapsamdaki kişilerden olması şartıyla birbirleriyle görüşebilecekleri ancak başvuru ile eşinin aynı ceza infaz kurumunda bulunmamaları nedeniyle görüş hakkında yararlandırılmalarının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

13. Başvurucu, İdare ve Gözlem Kurulunun söz konusu kararının kaldırılması talebiyle 10/8/2016 tarihinde Gaziantep İnfaz Hâkimliğine (İnfaz Hâkimliği) şikâyet dilekçesi sunmuştur. Dilekçesinde; aynı yerleşke içindeki başka bir ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan eşiyle açık ve kapalı şekilde görüş yaptırılmadığını, telefonla görüşme haklarından yararlandırılmadığını, Gaziantep ilinde eşinden başka

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

görüşebileceği kimsesinin olmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu, eşiyle görüşebilmesi konusunda mevzuatta açık bir yasaklayıcı düzenlemenin bulunmadığını da iddia etmiştir.

14. İnfaz Hâkimliğinin 25/8/2016 tarihli kararıyla şikâyetin reddine karar verilmiştir. Kararda; İdare ve Gözlem Kurulunca verilen kararın 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile 17/6/2005 tarihli ve 25848 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik (Ziyaret Yönetmeliği) uyarınca usule ve mevzuata uygun olduğu belirtilmiştir.

15. Gaziantep 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 6/10/2016 tarihli kararıyla İnfaz Hâkimliği kararının gerekçesi yerinde görülerek anılan karara yapılan itiraz reddedilmiştir.

16. Nihai karar 11/10/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu 9/11/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

18. Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili Ceza İnfaz Kurumuna yazılan müzekkere ile başvurucunun tutuklu kaldığı süre boyunca kendisi gibi tutuklu olan eşi ile herhangi bir açık-kapalı görüş yapıp yapmadığı, eşiyle telefon vasıtasıyla görüşüp görüşmediği, mektup yoluyla haberleşme sağlayıp sağlamadığı hususlarında eldeki bilgi ve belgelerin gönderilmesi talep edilmiştir. 4/4/2018 ve 16/4/2019 tarihli cevap yazılarında; başvurucunun 20/7/2016-25/7/2017 tarihleri arasında Gaziantep H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu kaldığı, bu süre zarfında yasal olanak bulunmaması nedeniyle başvuru ile tutuklu eşi arasında herhangi bir görüşmenin gerçekleştirilmediği ayrıca aynı gerekçeyle tutuklu eşlerin telefonla da görüştürülmediği yönünde bilgi verilmiştir. Cevap yazılarında; başvurucunun mektup yoluyla haberleşme imkânından mahrum bırakılmadığı, anılan süre zarfında başvuru ile eşi arasında mektup alımının ve gönderiminin yapıldığı belirtilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

19. 5275 sayılı Kanun'un "Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler" kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"(1) Hapis cezalarının infaz rejimi, aşağıda gösterilen temel ilkelere dayalı olarak düzenlenir:

...b) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin düzenli bir yaşam sürdürmeleri sağlanır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektilir. Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir.

c) Cezanın infazında hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün olan araç ve olanaklar kullanılır. Hükümlünün kanun, tüzük ve yönetmeliklerle tanınmış haklarının dokunulmazlığını sağlamak üzere cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunilik ve hukuka uygunluk ilkeleri esas alınır.

d) İyileştirmeye gereksinimleri olmadığı saptanan hükümlülere ilişkin infaz rejiminde, bu hükümlülerin kişilikleriyle orantılı bireyselleştirilmiş programlara yer verilmesine özen gösterilir ve bu hususlar yönetmeliklerde düzenlenir.

e) Cezanın infazında adalet esaslarına uygun hareket edilir. Bu maksatla ceza infaz kurumları kanun, tüzük ve yönetmeliklerin verdiği yetkilere dayanarak nitelikli elemanlarca denetlenir.

f) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütünlüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması zorunludur.

g) Hükümlünün infazın amacına uygun olarak kanun, tüzük ve yönetmeliklerin belirttiği hükümlere uyması zorunludur. ..."

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

20. 5275 sayılı Kanun'un "Hükümlüyü ziyaret" kenar başlıklı 83. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Hükümlü, belgelendirilmesi koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile vasisi veya kayyımı tarafından haftada bir kez ve ayrıca kuruma kabullerinde, zorunlu hâller dışında bir daha değiştirilmemek üzere, ad ve adreslerini bildirdiği en fazla üç kişi tarafından, yarım saatten az ve bir saatten fazla olmamak üzere çalışma saatleri içinde ziyaret edilebilir.

...

(3) Görüşler, koşul ve süreleri Adalet Bakanlığınca hazırlanan yönetmelikle kapalı ve açık olmak üzere iki biçimde yaptırılır."

21. 5275 sayılı Kanun'un "Hükümlünün telefonla haberleşme hakkı" kenar başlıklı 66. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir. "

22. 5275 sayılı Kanun'un "Tutukluların hakları" kenar başlıklı 114. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(2) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde tutuklular, kurumun bu husustaki genel düzenine uymak suretiyle ziyaretçi kabul edebilirler. Ancak soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme, soruşturmanın veya davanın selameti bakımından tutuklunun ziyaretçi kabulünü yasaklayabilir veya bu hususta kısıtlamalar koyabilir."

23. 5275 sayılı Kanun'un "Tutukluların hakları" kenar başlıklı 114. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabilir. "

24. 5275 sayılı Kanun'un "Tutukluların yükümlülükleri" kenar başlıklı 116. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

“(1) Bu Kanunun; ... hükümlüler ile yakınları ve ilgililerin bilgilendirilmesi, ... şikâyet ve itiraz, ... telefonla haberleşme hakkı, ... mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı, ... ziyaret, yabancı hükümlüleri ziyaret, ziyaret ve görüşlerde uygulanacak esaslar, düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir.”

25. 23/7/2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’nin (OHAL KHK’sı) “Soruşturma ve kovuşturma işlemleri” kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

“26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

...

e) Tutuklu olanlar, belgelendirilmesi koşuluyla sadece eşi, ikinci dereceye kadar kan ve birinci derece kayın hısımları ile vasisi veya kayyımı tarafından ziyaret edilebilir. Adalet Bakanlığı ile Cumhuriyet başsavcılığının yetkileri saklıdır. Tutuklular telefonla haberleşme hakkından ancak onbeş günde bir ve bu bentte sayılan kişilerle sınırlı olarak on dakikayı geçmemek üzere faydalanabilirler.”

26. 667 sayılı OHAL KHK’sı 29/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile onaylanmıştır. KHK’nın 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası 6749 sayılı Kanun’un 6. maddesinde aynen kabul edilmiştir.

27. 6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’ün (Tüzük) “Telefonla görüşme hakkı” kenar başlıklı 88. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

“(1) Kapalı kurumda bulunan hükümlüler, belgelendirmeleri koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve vasisi ile telefon görüşmesi yapabilir.

(2) Telefonla görüşmeleri aşağıda belirtilen esaslara göre yapılır:

a) Hükümlüler, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakılma veya kısıtlama cezası ile hücreye koyma cezasının infazı sırasında olmamak koşuluyla, idarenin kontrolünde bulunan ve kurumun uygun yerlerine yerleştirilen telefonlardan yararlandırılır,

...

e) Hükümlüler, telefon görüşmesi hakkına sahip oldukları konusunda bilgilendirilir,

...

k) Hükümlü bu maddede belirtilen telefonla görüşme hakkını kullanabilmek için ‘Telefon Görüşme Formu’ doldurur. Bu formda; telefon görüşmesi yapmak istediği kişiler ve bunlarla olan yakınlık derecesini, görüşme yapmak istediği sabit, cep telefon numaraları ile yurtdışı telefon numarasını, telefon görüşmesi yapacağı yakınlarının açık adreslerini belirtir ve gerekli belgeler eklendikten sonra idareye verir. İdare gerekli gördüğü takdirde gideri hükümlüden alınmak koşuluyla formdaki bilgilerin doğruluğunu araştırabilir. Telefon görüşme formunda yer alan bilgilerde değişiklik olması halinde hükümlü yeni bir form düzenleyerek idareye bildirir. Hükümlü tarafından formda gösterilmemiş olan kişilerle telefon görüşmesi yaptırılmaz,

...

f) Hükümlülerin telefonla görüşme gün ve saatleri, kurumda bulunan telefon adedi, başvuru sırası, kurumun asayiş ve güvenliği dikkate alınarak idare tarafından belirlenir. Hükümlüler görüşebilecekleri yakınlarından bir veya birden fazla kişi ile haftada bir kez ve bir telefon numarasıyla bağlantı kurarak kesintisiz görüşme yapabilir. Herhangi bir nedenle görüşme gerçekleşememişse daha önceden bildirilen numaralardan bir diğeriyle görüşebilir. Konuşma süresi görüşme başladığı andan itibaren on dakikayı geçemez. Ancak tehlikeli hükümlü oldukları idare ve gözlem kurulu tarafından

belirlenen hükümlüler onbeş günde bir kez olmak ve on dakikayı geçmemek üzere sadece eşi, çocukları, annesi ve babası ile görüşebilir,

...

o) Hükümlülere dışarıdan telefon açılmak suretiyle görüşme yaptırılmaz,

..."

28. Tüzük'ün "Hükümlüyü ziyaret" kenar başlıklı 126. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Hükümlü, belgelendirilmesi koşuluyla eşi, ... ile ... ziyaret edilebilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilenler dışındaki kimselerin ziyaretine Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yazılı olarak izin verilebilir.

...

(4) Hükümlüyü ziyaretin esas ve usulleri, kapalı ve açık görüş olmak üzere kurumların yapısı dikkate alınarak yönetmelikte düzenlenir."

29. Tüzük'ün "Tutuklulara uygulanacak hükümler ve yükümlülükleri" kenar başlıklı 186. maddesi şöyledir:

"(1) Tüzüğün; 1, 4, 6, 9 ilâ 14, 22, 24 ilâ 27, 29 ilâ 31, 40 ilâ 46, 67 ilâ 73, 75 ilâ 96, 99 ilâ 108, 110 ilâ 117, 119 ilâ 132, 143 ilâ 171, 174, 176 ilâ 179, 185, 188, 189 uncu maddelerinde düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir."

30. Ziyaret Yönetmeliği'nin "Ziyaret edebilecek kişiler" kenar başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Hükümlü ve tutuklular; eşi ... ile ... görüşebilir."

31. Ziyaret Yönetmeliği'nin "Ziyaret edebilecek kişiler" kenar başlıklı 9. maddesinin olay tarihinde yürürlükte olan üçüncü fıkrası şöyledir:

"Aynı ceza infaz kurumu içinde bulunan hükümlü ve tutuklular, birinci fıkrada sayılan kişilerden olmaları şartıyla bu Yönetmelik hükümleri kapsamında birbirleri ile görüşebilir."

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

32. Ziyaret Yönetmeliği'nin "Ziyaret edebilecek kişiler" kenar başlıklı 9. maddesinin 5/12/2018 tarihli ve 30616 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değiştirilen üçüncü fıkrası şöyledir:

"Aynı ceza infaz kurumu ya da birden fazla ceza infaz kurumunun bir arada bulunduğu yerleşkedeki farklı kurumlarda barındırılmakta olan hükümlü veya tutuklular, birinci fıkra da sayılan kişilerden olmaları şartıyla bu Yönetmelik hükümleri kapsamında Cumhuriyet başsavcılığının yazılı emri ile birbirleriyle görüşebilir."

2. İlgili Yargı Kararı

33. Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma talebiyle yaptığı bir başvuru üzerine Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından verilen 27/11/2017 tarihli ve E.2017/1368, K.2017/4262 sayılı kararın ilgili kısımları şöyledir:

"5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 66. maddesinde hükümlülerin telefonla haberleşme hakkı düzenlenmiş olup, ... Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 88. maddesinin 1. fıkrasına göre; ... aynı maddenin 2. fıkrasında telefonla görüşmenin hangi esaslara göre yapılacağı düzenlenmiştir. ...

Hükümlülerin telefonla haberleşme hakkı ile ilgili bu düzenlemelerin dışında tutukluların telefonla haberleşme hakkı ile ilgili ayrı bir düzenlemenin bulunduğu buna göre; ... 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. maddesinin 1. fıkrasının (e.) bendine göre; Tutuklu olanlar, belgelendirilmesi koşuluyla sadece eşi, ikinci dereceye kadar kan ve birinci derece kayın hısımları ile vasisi veya kayıymı tarafından ziyaret edilebilir. Adalet Bakanlığı ile Cumhuriyet başsavcılığının yetkileri saklıdır. Tutuklular telefonla haberleşme hakkından ancak onbeş günde bir ve bu bentte sayılan kişilerle sınırlı olarak on dakikayı geçmemek üzere faydalanabilirler. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 114. maddesinin 3. fıkrasına göre; Tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince

kısıtlanabilir.5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 115. maddesine göre; tehlikeli hâlde bulunan, delil karartma tehlikesi olan, soruşturmanın amacını veya tutukevinin güvenliğini tehlikeye düşüren veya suçun tekrarına olanak verecek davranışlarda bulunan tutuklulara soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince belirli süre ile dışarıyla ilişkisinin, ziyaretçi kabulünün ve telefon görüşmelerinin kısıtlanması tedbirinin uygulanabileceği öngörülmüştür.

667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 6 .maddesinin 1. fıkrasının (e.) bendi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 114. maddesinin 3. fıkrası ve aynı kanunun 115. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, telefonla haberleşme hakkı ve bunun kısıtlanması ile ilgili tutuklular ile ilgili ayrı bir düzenlemenin bulunduğu, bu düzenlemelere göre tutukluların telefonla haberleşme hakkının soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabileceği, idarenin bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığı;

Somut olayda ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan H.E.'nin başka bir ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan eşi ile telefonla haberleşme hakkının bulunduğu, tutuklunun telefonla haberleşme hakkının Cumhuriyet savcısı ya da mahkemesince kısıtlandığına dair bir kararın da dosyada bulunmadığı anlaşılmakla;

Tutuklu H.E.'nin, başka bir ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan eşi ile telefonla görüşme talebinin reddine dair ... Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının ... kararına karşı yaptığı şikayetin reddine ilişkin ... İnfaz Hakimliğinin ... kararının kaldırılmasına dair itiraz merci olan ... Ağır Ceza Mahkemesinin ... kararında isabetsizlik görülmediğinden, bu karara yönelik Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün kanun yararına bozma talebinin CMK'nun 309. maddesi gereğince reddine, dosyanın mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine ... oybirliğiyle karar verildi."

B. Uluslararası Hukuk

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

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

“(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.”

35. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre özel hayata saygı hakkı, özel bir sosyal hayat sürdürmeyi yani kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı anlamında bir *özel hayatı* güvence altına almaktadır. Bu yönü ile birlikte değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir (Özpınar/Türkiye, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45; Oleksandr Volkov/Ukrayna, B. No: 21722/11, 9/1/2013, §§ 165-167; Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29).

36. AİHM’e göre hükümlü ve tutuklular Sözleşme kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahiptir (Hirst/Birleşik Krallık (No. 2) [BD], B. No: 74025/01, 6/10/2005, § 69).

37. AİHM’e göre suçun mahiyeti haklı gösteriyorsa bir tutuklunun özel bir hapisane rejimine veya sınırlayıcı ziyaret düzenlemelerine tabi tutulması onun Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamındaki hakkına müdahale teşkil eder ancak kendiliğinden bu hakkın ihlali anlamına gelmez (Vlasov/Rusya, B. No: 78146/01, 12/6/2008, § 123).

38. AİHM, ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi güvenliğin ve düzenin korunmasına yönelik kabul edilebilir gerekliliklerin olması durumunda mahkûmların sahip olduğu haklara sınırlama getirilebileceğini kabul etmiştir. Ancak bu durumda dahi hükümlü ve tutukluların haklarına yönelik herhangi bir sınırlama makul ve ölçülü olmalıdır (Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 5947/72 ..., 25/3/1983, §§ 99-105).

39. AİHM'e göre hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, ceza infaz kurumu idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır (*Messina/İtalya* (No. 2), B. No: 25498/94, 28/9/2000, § 61; *Ouinan/Fransa* (k.k.), B. No: 13756/88, 12/3/1990; *Kučera/Slovakya*, B. No: 48666/99, 17/7/2007, § 127). Bu hakka getirilen sınırlamalar, suç ve düzensizliğin önlenmesi için güvenlik nedeniyle uygulamaya konulmuş olsa da haklı bir gerekçeye dayanmalıdır (*Gülmez/Türkiye*, B. No: 16330/02, 20/5/2008, § 46).

40. AİHM, tutukluların ziyaretçi alma haklarına getirilen kısıtlamaların güvenlikle ilgili nedenlerle veya bir soruşturmanın meşru yararlarını koruma gerekliliğiyle haklılaştırılrsa da bu amaçlara bütün tutukluların haklarını kısıtlamayan başka yollarla da ulaşılabileceğini belirtmiş; oluşturulacak farklı tutukluluk kategorilerine özel kısıtlamalar getirilebileceğini kabul etmiştir (*Laduna/Slovakya*, B. No: 31827/02, 13/12/2011, § 66; *Varnas/Litvanya*, B. No: 42615/06, 9/7/2013, § 119).

41. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 sayılı tavsiye kararlarının hükümlü ve tutukluların dış dünya ile ilişkilerine dair kısımları şöyledir:

“Dış Dünya ile İlişki

24.1. Mahpusların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmelidir.

24.2 Devam etmekte olan bir ceza soruşturması, emniyet, güvenlik ve düzeninin muhafaza edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç mağdurunun korunması için gerekli görülmesi halinde, haberleşme ve ziyaretlere kısıtlamalar konabilir ve izlenebilir. Ancak adli bir merci tarafından konulan özel kısıtlamalar da dahil olmak üzere, bu tür kısıtlamalar yine de kabul edilebilir asgari bir iletişime izin vermelidir.

24.3. Ulusal hukuk, mahpuslarla iletişim kurması kısıtlanamayacak olan ulusal ve uluslararası kuruluşları belirlemelidir,

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

24.4. Ziyaretler için yapılan düzenlemeler, mahpuslara aile ilişkilerini mümkün olduğunca normal bir düzeyde sürdürmelerine ve geliştirmelerine izin verecek bir tarzda olmalıdır.

24.5. Cezaevi yetkilileri, dış dünyayla yeterli bir iletişim sürdürmelerinde mahpuslara yardım etmelidirler ve bunun için onlara uygun destek ve yardım sağlamalıdır ...”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

42. Mahkemenin 3/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

43. Başvurucu, bireysel başvuru harç ve giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğunu belirterek adli yardım talebinde bulunmuştur.

44. 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. Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

45. Başvurucu; kendisi gibi tutuklu olan eşiyle gerek açık gerekse kapalı usulle görüşemediğini ve eşiyle telefonla haberleşme imkânından yararlanamadığını ileri sürmüştür. Başvurucu; eşi ile hiçbir şekilde görüştürülmemesinin mevzuata aykırı olduğunu, görüşme hakkına ilişkin açık bir yasağın bulunmadığını belirtmiştir. Başvurucu; tipleri farklı olsa da kendisinin kaldığı Ceza İnfaz Kurumu ile eşinin tutulduğu Ceza İnfaz Kurumunun aynı yerleşke içinde bulunduğunu, bu kurumların aynı güvenlik önlemleriyle korunduğunu, görüşme yapılabilmesi için ayrıca önlem alınmaya ihtiyaç duyulmadığını iddia etmiştir. Başvurucu, tutuklu eşiyle görüştürülmemesi nedeniyle aile birliğinin korunmadığını ifade etmiş ve özel hayata saygı hakkı, aile

hayatına saygı hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

46. Bakanlık görüşünde; Ziyaret Yönetmeliği'nin 9. maddesinin üçüncü fıkrasında 5/12/2018 tarihinde yapılan değişiklikle aynı yerleşke içerisinde farklı ceza infaz kurumlarında bulunan eşlerin artık görüşme yapabileceği ancak başvuruya konu olayın gerçekleştiği tarihlerde yürürlükte olan mevzuat gereğince farklı ceza infaz kurumlarında bulunan eşlerin görüşmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Görüş yazısında; Anayasa'nın 41. maddesi ve 20. maddesinin birinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde devletin hükümlü ve tutukluların aileleri ile görüşmelerini sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğü altında olduğu ancak idarenin anılan yükümlülüğü yerine getirirken ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal sonuçlarını gözetmesi gerektiği ve bu bağlamda takdir marjının geniş olduğu belirtilmiştir. Görüşte; somut olayda idare tarafından kullanılan takdir hakkının usule ve yasaya uygun olup olmadığının İnfaz Hâkimliği ve Ağır Ceza Mahkemesi tarafından değerlendirildiği, ret kararındaki tespit ve sonuçların mevzuatın uygulanması niteliğinde olduğu, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükleri ihlâl eder nitelikte olmadığı, adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfîlik içermediği şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir.

2. Değerlendirme

47. Anayasa'nın 5. maddesi şöyledir:

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

48. Başvurunun değerlendirilmesinde dikkate alınacak Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Herkes, ... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. ... aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

49. Anayasa'nın 41. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ...

Devlet, ailenin huzur ve refahı ... için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. ..."

50. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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). Başvurucunun şikâyetinin özünün kendisi gibi tutuklu olan eşiyle telefonla ya da yüz yüze olacak şekilde görüşme imkânından yararlanamamasına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurucunun eşiyle aile hayatının devamını sağlayacak şekilde -asgari de olsa- iletişimini/temasını sürdürecektir önlemlerin alınmaması yönündeki söz konusu iddianın aile hayatına saygı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

51. 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.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

52. Aile hayatına saygı hakkı Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında kamusal makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır (*Murat*

Atılgan, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

53. Anayasa'nın 19. maddesi gereğince hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatının sınırlanması hukuka uygun olarak ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucudur. Öte yandan hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, ceza infaz kurumu idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır (*Mehmet Zahit Şahin*, B. No: 2013/4708, 20/4/2016, § 36). Bununla beraber bu yükümlülük yerine getirilirken ceza infaz kurumunda tutulmanın doğal sonuçlarının gözetilmesi gerekmektedir.

54. Devletin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla iletişimini devam ettirecek önlemleri alması pozitif yükümlülüklerinin bir gereği olsa da -belirtildiği üzere- hukuka uygun bir tutulmadan kaynaklanan kaçınılmaz sonuçlar nedeniyle aile hayatı kapsamındaki temasın sınırlandırılması doğaldır. Kamu düzeninin ve kurum güvenliğinin sağlanması yönündeki meşru amaç doğrultusunda ve makul bir gerekliliğin olması durumunda gerekçeleri ilgili ve yeterli şekilde açıklanarak belirli bir süre boyunca söz konusu pozitif yükümlülüğün karşılanmaması da olağan kabul edilebilir. Ancak aile hayatına saygı hakkının gereklerinin mümkün olan ilk fırsatta yerine getirilmesi ve mahpusların ailesiyle olan temasının hızlı şekilde yeniden sağlanması bir gerekliliktir.

55. Bu bağlamda tutuklu ya da hükümlünün aile hayatını sürdürmesini sağlamaya yeterli olacak şekilde yakın derecedeki aile bireyleriyle asgari düzeyde bir iletişim ve temas kurması her durumda sağlanmalıdır. Böylesi bir yükümlülüğün yerine getirilmesi ve tedbirler alınması, aile hayatına saygı hakkı kapsamında devletten beklenen asgari bir gerekliliktir. Birtakım teknik ya da fiziki olanakların bulunmaması, tutuklu ya da hükümlünün ailesiyle asgari şekilde iletişim ve temas kuramamasına gerekçe olarak gösterilemez. Zira mahpusun ailesiyle iletişim kurması her durumda mutlaka yüz yüze görüştürülmesi anlamına gelmemektedir.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

56. Örneğin farklı yerleşkelerde veya farklı şehirlerde bulunan ceza infaz kurumlarında barındırılan mahpusların birbirleriyle yüz yüze görüştürülmeleri beklenemez. Ancak yakın aile bağı olan bu durumdaki mahpusların birbirleriyle uygun vasıtalar aracılığıyla görüştürülmelerinin sağlanması gerekir. Öte yandan aynı yerleşke içindeki farklı ceza infaz kurumlarında tutulan yakın aile bireylerinin gerekli güvenlik önlemleri alınarak mümkün olduğunca belirli dönemlerde yüz yüze görüştürülmeleri aile hayatına saygı hakkının gerekli kıldığı yükümlülüğün bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Nitekim belirtilen son halde, aile bireylerinin yüz yüze görüştürülmeleri kamusal makamlara katlanılması mümkün olmayan bir külfet yüklememektedir.

57. Tüm durumlarda, önemli olan husus yakın aile bireylerinin birbirlerinden haberdar olabilmeleri, aile hayatlarına ilişkin konuları konuşabilme imkânından yoksun bırakılmamalarıdır. Elbette aile bireylerinin birbirleriyle temas etmesine ve aile ilişkilerinin sürdürülmesini sağlamaya elverişli kabul edilen uygun vasıtaların, suç işlenmesinin önlenmesi ya da yasa dışı haberleşmenin önüne geçilmesi amacıyla ilgili idare tarafından denetlenmesi ve gerektiğinde izlenmesi de mümkündür. Bu şekilde denetleme ve izleme yetkileri olmasına rağmen haklı bir gerekçe olmaksızın kamusal makamlar tarafından tutuklu ya da hükümlünün ailesiyle asgari bir iletişim kurmasına imkân sağlanmaması aile hayatına saygı hakkının ihlaline neden olabilir.

58. Vurgulandığı üzere, tutuklu ya da hükümlünün ailesiyle asgari bir iletişim kurmasının sağlanması şeklindeki pozitif yükümlülük özellikle aile bireylerinin her ikisinin de mahpus olduğu ve aynı yerleşke içinde tutulmadıkları durumlarda bu kişilerin mutlaka yüz yüze, yakın şekilde görüştürülmesini gerekli kılmaz. Belirtilen asgari iletişim, söz konusu aile bireylerinin belirli ve makul aralıkta başta telefon olmak üzere uygun vasıtalarla birbirleriyle görüştürülmeleri yoluyla da sağlanabilir. Sadece mektup yoluyla haberleşme ise, istisnai durumlar hariç olmak üzere, aile bireylerinin birbirleriyle olan ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında korunan temasın sürdürülmesini sağlamaya uygun bir vasıta olarak kabul edilmemelidir. Zira mektup yoluyla haberleşme, tek

başına aile ilişkilerinin sürdürülmesine olanak sağlayacak kapsamı ve hızı içeren bir vasıta olarak nitelendirilmeye elverişli değildir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

59. 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 OHAL ilan edilmiş ve OHAL süreci üçer aylık sürelerle uzatılarak 18/7/2018 tarihine kadar devam etmiştir.

60. Somut olayda başvuru, FETÖ/PYD üyesi olma suçlamasıyla 20/7/2016 tarihinde tutuklanarak Gaziantep H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna konulmuştur. Başvurucunun eşi de aynı tarihte aynı suçlama kapsamında tutuklanmış ve Gaziantep E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna konulmuştur.

61. Başvuru, tutuklu olduğu eşiyle görüşme talebiyle Ceza İnfaz Kurumuna başvurmuş ise de gerek görüş hakkında gerekse telefonla görüşme hakkında yararlanmasının mevzuat gereğince mümkün olmadığı gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. İdare ve Gözlem Kurulunca verilen söz konusu karar İnfaz Hâkimliği ve Ağır Ceza Mahkemesi tarafından usule ve yasaya uygun bulunarak reddedilmiştir.

62. Genel ilkeler kısmında vurgulandığı üzere devletin, hükümlü ve tutukluların özellikle yakın derecedeki aile bireyleriyle temasını devam ettirecek önlemleri alması yönünde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük, makul bir gerekliliğin olması durumunda, kamu düzeninin ve kurum güvenliğinin sağlanması yönündeki meşru amaç doğrultusunda sınırlı bir süre için yerine getirilmeyebilir. Fakat devlet her durumda tutuklu ya da hükümlünün ailesiyle asgari bir iletişim kurmasını ve temasta bulunmasını sağlamak zorundadır. Devlet, bu asgari gerekliliklerin sağlanması konusundaki yükümlülüğünü gerektiğinde uygun vasıtalar aracılığıyla da yerine getirebilir. Ayrıca suç işlenmesinin önlenmesi ya da yasa dışı haberleşmenin önüne geçilmesi amacıyla bu vasıtaların denetlenmesi ve izlenmesi mümkündür (bkz.ŞŞ 52-58).

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

63. Başvurucunun, Ceza İnfaz Kurumunda bulunduğu süre zarfında kendisi gibi tutuklu olan eşiyle yüz yüze ya da telefon vasıtasıyla bir yıldan fazla süredir görüşemediği anlaşılmaktadır. Devletin, tutuklu olan başvurucunun eşiyle temasını devam ettirecek önlemleri alması yönünde pozitif yükümlülüğü bulunmakla birlikte başvurucunun eşinin de tutuklu olduğu dikkate alındığında söz konusu yükümlülüğün kapsamının somut olayın koşulları özelinde değerlendirilmesi gerekecektir.

64. Başvurucunun tutuklu kaldığı ve başvuruya konu olan dönemde OHAL koşulları geçerli olmuştur. Dolayısıyla 6749 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince terör örgütü üyeliği veya bu örgütlerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar sebebiyle tutuklu olarak ceza infaz kurumunda bulunanlar OHAL süresince telefonla haberleşme hakkından on beş günde bir ve on dakikayı geçmemek üzere faydalanabilme imkânına sahip kılınmışlardır. Yine Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 27/11/2017 tarihli kararıyla bir tutuklunun başka bir ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan eşiyle telefonla görüşme hakkının bulunduğu ve tutuklunun telefonla görüşme hakkının yetkili makamlarca kısıtlandığına dair bir kararın olmadığı durumlarda tutuklu eşlerin bu haktan yararlanabileceklerine hükmedilmiştir (bkz.Ş 33). Somut olayda da, başvuru hakkında 5275 sayılı Kanun'un 114. maddesinin (3) fıkrası uyarınca telefonla görüşme hakkının kısıtlandığına ilişkin herhangi bir karar bulunmamaktadır.

65. Öte yandan somut olaydaki gibi aynı yerleşke içindeki ceza infaz kurumlarında barındırılan tutuklu eşlerin yüz yüze görüştürülmeleri konusundaki taleplerinin kamusal makamlar tarafından uygun koşullar altında karşılanması gerekir. Nitekim aynı yerleşke içerisinde bulunan ceza infaz kurumlarında tutulan eşlerin belirli aralıklarla ve gerekli tedbirler alınarak yüz yüze görüştürülmeleri konusunda kamusal makamlara yüklenen külfetin katlanılması güç bir durum oluşturmaz. Bu hususta başvuru tarafından dile getirilen taleplerin karşılanmadığı ve aile hayatına saygı hakkının öngördüğü yükümlülüklerin dikkate alınmadığı görülmektedir.

66. Neticede tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; aynı yerleşkedeki ceza infaz kurumlarında barındırılan tutuklu eşlere açık ve kapalı görüş hakkı tanımak suretiyle yüz yüze görüşme imkanının verilmediği, bu doğrultudaki taleplerin idari ve yargısal merciler tarafından karşılanmadığı, ayrıca asgari düzeyde iletişim kurulmasına uygun bir vasıta olarak değerlendirilebilecek telefonla görüşme hakkından başvurucunun yararlandırılmadığı görülmektedir. Bu durumda eşler arasında asgari bir iletişim ve temas kurulmasına imkân sağlayacak şekilde kamusal makamlarca tedbirlerin alınmadığı ve aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin gereğinin yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır.

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

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

68. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

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

69. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

70. *Mehmet Doğan* kararında özetle uygun giderim yolunun tespit edilebilmesi 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).

71. *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).

72. Başvurucu, hak ihlalinin tespit edilmesini talep etmiş ancak tazminat isteminde bulunmamıştır.

73. Anayasa Mahkemesi, tutuklu eşler arasında iletişim ve temas kurulmasına imkan sağlanmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır.

74. Başvurucunun tahliye olduğu, dolayısıyla eşiyle tutukluluk koşulları altında görüşmesi yönünde ilgili yargı merci tarafından bir karar verilebilmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında yargılamanın yenilenmesi yönünde bir hüküm kurulması olanaklı

değildir. Ayrıca başvurucunun tazminat talebinin bulunmaması nedeniyle tazminata hükmedilememiştir. Dolayısıyla hak ihlalinin tespit edilmesi dışında yapılması gereken bir husus bulunmamaktadır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

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

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

D. Kararın bir örneğinin bilgi için Gaziantep İnfaz Hâkimliğine (E.2016/1961, K.2016/2377) GÖNDERİLMESİNE,

E. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 3/7/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ŞÜKRAN İRGE BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/8660)

Karar Tarihi: 7/11/2019

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Yusuf Şevki HAKYEMEZ Selahaddin MENTEŞ
Raportör	: Ali KOZAN
Başvurucu	: Şükran İRGE
Vekili	: Av. Murat ÖZYOLCU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza infaz kurumunda küçük çocuğu bulunduğundan bahisle infazın ertelenmesi talebinin reddi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/5/2016 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, görüş bildirmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı cevap vermemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu, nitelikli hırsızlık suçundan hükümlü olarak Diyarbakır E Tipi Ceza İnfaz Kurumunda (Ceza İnfaz Kurumu) 2/1/2014 ve 12/2/2016 tarihlerinde doğan iki çocuğuyla birlikte kalmaktadır.

9. Başvurucu 15/3/2016 tarihli dilekçesiyle 12/2/2016 tarihinde doğan çocuğunun bakımı ve ihtiyaçlarını karşılayabilmek için Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığından infazın ertelenmesini talep etmiştir.

10. Başsavcılık 23/3/2016 tarihinde infaz erteleme talebinin reddine itiraz yolu açık olmak üzere karar vermiştir. Kararda, başvurucunun 25/7/2013 tarihinde 0-6 yaş grubunda çocuğu bulunması nedeniyle hakkında denetimli serbestlik uygulanmak suretiyle tahliyesine karar verildiği, farklı ceza yargılamalarından kesinleşen hapis cezaları nedeniyle 12/4/2014 tarihinde tekrar ceza infaz kurumuna gönderildiği, 15/4/2014 tarihinde ise gebe olması nedeniyle infaza ara verilerek tahliye edildiği belirtilmiştir. Ancak başvurucunun ara verme kararına uymayarak 15/4/2014 tarihinde teslim olmadığı, çok sayıda ceza kararı nedeniyle hakkında arama kararlarının mevcut olduğu, ayrıca resmî olarak evli olmadığı, doğum raporunu ibraz etmediği, gebeliğini cezaların infazını engellemek amacıyla kullandığı ifade edilmiştir. Başvurucu hakkında 21 yıl 65 ay 7 gün kesinleşmiş hapis cezasının olduğu vurgulanarak başvurucunun eylem ve tutumları nedeniyle 13/12/2014 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 16. maddesinin (5) numaralı fıkrasında düzenlenen tehlikeli hükümlülerden sayılması gerektiği ve aynı Kanun maddesinin (4) numaralı fıkrası hükümlerinin uygulanamayacağı vurgulanmıştır.

11. Başvurucunun anılan karara itirazına ilişkin olarak Diyarbakır İnfaz Hâkimliği, 30/3/2016 tarihinde karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir. Kararda, 5275 sayılı Kanun'un 17. maddesi uyarınca infazın ertelenmesi talepleriyle ilgili verilecek kararların Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinde olduğu, bu kararlara karşı Kanun'da itiraz

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

ya da şikâyet yolu öngörülmediği ve İnfaz Hâkimliğine bu konuda değerlendirme yapma yetkisinin tanınmadığı ifade edilmiştir.

12. Başvurucunun bu karara itirazı Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesince 18/4/2016 tarihinde kararın usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

13. Nihai karar başvuruya 18/4/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

14. Başvurucu 6/5/2016 tarihinde bireysel başvuru yapmıştır.

15. Başvurucunun tedbir talebinin incelenmesi aşamasında Ceza İnfaz Kurumunun 27/6/2016 tarihli yazısıyla Kurum mevcudunun kapasitesinin çok üzerinde olduğu, koğuşun mevcudu ile Kurumun fiziki yapısı bir arada değerlendirildiğinde çocukların gelişimi ve yaşamı için uygun ortamın bulunmadığı bildirilmiştir. Anayasa Mahkemesinin 28/6/2016 tarihli ara kararı ile başvurucunun tedbir talebi kabul edilerek başvurucunun ve çocuklarının maddi ve manevi bütünlüğü bakımından oluşan tehlikenin ortadan kaldırılması konusunda gerekli tedbirlerin alınmasına hükmedilmiştir. Ayrıca Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden yapılan incelemede Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının 7/7/2016 tarihinde, anılan tedbir kararı gereği başvurucunun durumuna uygun başka bir ceza infaz kurumuna nakline karar verdiği görülmüştür. Bu karar sonrası başvurucunun 19/7/2016 tarihinde Adıyaman E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna, 18/8/2016 tarihinde de hâlen kalmakta olduğu Sincan Kapalı Kadın Ceza İnfaz Kurumuna naklinin yapıldığı anlaşılmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 5275 sayılı Kanun'un "Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi" kenar başlıklı 16. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"4) Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur.

5) Kapalı ceza infaz kurumuna girdikten sonra gebe kalanlardan koşullu salıverilmesine altı yıldan fazla süre kalanlar ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar hakkında dördüncü fıkra hükümleri uygulanmaz. Bu kişilerin cezasının dördüncü fıkra da öngörülen kısmı, ceza infaz kurumlarında kendileri için düzenlenen uygun yerlerde infaz olunur..."

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

17. Türkiye tarafından 14/9/1990 tarihinde imzalanan ve 27/1/1995 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 20/11/1989 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 3. maddesi şöyledir:

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

2. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukukten sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

3. Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların; hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler."

18. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 6. maddesi şöyledir:

"1. Taraf Devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

2. Taraf Devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler."

19. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 6. maddesi şöyledir:

"1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.

2. Bu Sözleşmede belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar."

20. 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."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

21. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), önüne gelen birçok davada aile hayatına saygının kamu makamlarına ebeveynler ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve ayrılığa devletin değil bir ebeveynin yol açtığı durumlarda da bunun geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış, hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (Hokkanen/ Finlandiya, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 58; Glaser/Birleşik Krallık, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; Bajrami/Arnavutluk, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52).

22. Aile hayatına saygı hakkı bakımından devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılması mümkün olmadığından her iki durum yönünden de aynı ilkeler geçerlidir. Buna göre aile hayatına *saygının* gereklerinin devletin negatif veya pozitif yükümlülükleri çerçevesinde incelenmesinde en önemli nokta, bireyin hukuki menfaati ile kamu menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının belirlenmesidir (*Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, B. No: 9310/81, 21/2/1990, § 41; *Lopez Ostra/İspanya*, B. No: 16798/90, 9/12/1994, § 51; *Evans/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 6339/05, 10/4/2007, § 75; *Hristozov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 47039/11, 358/12, 13/11/2012, § 117).

23. AİHM, çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin değerlendirmenin ulusal yargı makamlarınca yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte uyuşmazlığa ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağı sağlaması gerektiğini ifade etmekte; bu bağlamda ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemediğini, çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir (*İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, B. No: 60328/09, 3/5/2012, § 52; *Neulinger ve Shuruk/İsviçre* [BD], B. No: 41615/07, 6/7/2010, § 139).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 7/11/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

25. Başvurucu; infazın ertelenme talebinin çeşitli tarihlerde işlediği suçlardan dolayı almış olduğu cezalar gerekçesiyle reddedilmesiyle aslında çocuğunun cezalandırıldığını, devletin uygulama ve kararlarında öncelikle çocukların yararını gözetmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak yeni doğan ve boğazından rahatsız olan çocuğunun sağlıklı bir ortamda annesi ile buluşmasını sağlayacak çözümler üretmek yerine anneyi ve çocuğu ceza infaz kurumunda tutma yolunun tercih edilerek çocuğunun

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

sağlıklı bir ortamda büyümesinin engellendiğini vurgulamıştır. Başvurucu bu nedenlerle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

26. Bakanlık görüşünde; ilgili mevzuat ve AİHM içtihatları hatırlatıldıktan sonra somut olayda Başsavcılığın kararının 5275 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (5) numaralı fıkrasında düzenlenen istisna hükmüne dayandığı, başvurucunun hakkında daha önce verilen infaza ara verme kararına uymayarak yaklaşık iki yıl boyunca teslim olmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda başvurucunun anılan mevzuata göre eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar arasında değerlendirilmesinin makul karşılanması gerektiği vurgulanarak hak ihlalinin bulunmadığı ifade edilmiştir.

B. Değerlendirme

27. 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.”

28. Anayasa'nın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” kenar başlıklı 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.”

29. Ceza infaz kurumunda çocukların anneleriyle kalması, devletin ebeveynler ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde yüklendiği pozitif yükümlülüğünden kaynaklandığı ve özü itibarıyla aile birliğinin devamını sağlamaya yönelik olduğu açıktır. Bu bağlamda somut

olaydaki şikâyetlerin çocuğun yüksek yararının da gözetilerek aile birliğinin devamını sağlayacak koşulların oluşturulmasına yönelik olduğu da gözönünde bulundurulduğundan başvuru aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

30. 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

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.Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. Anayasa'nın 41. maddesinde, her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir (*Serpil Toros*, B. No: 2013/6382, 9/3/2016).

33. Ayrıca Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de geçtiği şekliyle *çocuğun yararı*, Anayasa'nın 41. maddesi ifadesiyle *çocuğun yüksek yararı* mahkemeler, idari makamlar ile yasama organı tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu bağlamda çocuklar üzerinde etki doğuracak bir işlem yapılacağı

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

zaman bu işlemin çocuğun yararına uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılması aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir.

34. Çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkının varlığı esastır. Bu kapsamda çocuğun yüksek yararı ilkesi kapsamında kamusal makamlar bir yandan ebeveyn ile çocuk arasındaki aile bağının devamlılığını sağlamak, diğer yandan çocuğun zihinsel ve fiziksel gelişimini sürdürebileceği bir ortamda yaşamasını sağlayacak önlemleri almakla yükümlüdürler. Ceza infaz kurumundaki uygulamalarla ilgili idarenin geniş takdir yetkisi olmakla birlikte anılan yükümlülüğün mahpus olan anneleri ile birlikte ceza infaz kurumlarında kalan çocuklar yönünden geçerli olmadığı söylenemez.

35. Öte yandan çocuğun üstün yararının neyi gerektirdiğinin belirlenmesi somut olayların özelliklerine göre değişmekle birlikte ceza infaz kurumlarında geçici olarak barındırılan çocuklara sağlıklı koşulların sağlanması konusunda devletin yükümlülüklerinin bulunduğu her durumda gözetilmelidir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilir. Bununla birlikte esas olarak kadının mahpus olduğu gözetilerek kadının cezası ile ilişkilendirilen kurallar ile kararlarda çocuğun yüksek yararının hesaba katılması ve ceza infaz kurumu uygulamaları ile koşullarından çocuğun en az düzeyde etkilenmesini sağlayacak tedbirlerin alınması gerektiği vurgulanmalıdır.

36. Ayrıca kamu kurumları tarafından mahpus ile ilgili işlem ve kararlardan beklenen kamusal yarar ile çocuğun yüksek yararı arasında bir dengeleme yapılması ve çocuğun menfaatlerinin gözetildiğini gösteren ilgili, yeterli gerekçeler sunulması gerektiği söylenebilir. Bununla birlikte çocukların gelişim süreci dikkate alındığında kamusal makamlarca alınan tedbirlerin çocuğun yaşına uygun gereksinimleri karşılayacak yeterlikte olması ve ilgili tedbirlerin hızlı bir şekilde uygulanması ceza infaz kurumu koşullarının çocuk ve annesi üzerinde yaratabileceği olumsuz sonuçları önlemek açısından önemlidir.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

37. Başvuru konusu olayda uygulanan 5275 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (4) numaralı fıkrasında *"gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ayı geçmemiş kadınların hapis cezalarının infazının erteleneceği"* yönündeki düzenlemenin bir yandan kadını, diğer yandan ise çocuğu korumaya yönelik bir fonksiyonu olduğu ve çocuğun sağlıklı bir ortamda annesiyle buluşmasını sağlamayı amaçladığı açıktır. Ayrıca düzenlemeyle belli koşullarda, mahpus olan annenin ceza infaz kurumunda tutulmasından beklenen kamusal yarara göre çocuğun yüksek yararına üstünlük öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

38. Somut olayda başvurucunun Ceza İnfaz Kurumunda 12/2/2016 tarihinde doğan bebeği ve 2/1/2014 doğumlu bir çocuğuyla birlikte kaldığı, başvurucunun bebeğin bakımı ile Ceza İnfaz Kurumunun koşullarını gerekçe göstererek infazın ertelenmesini talep ettiği görülmüştür. Başsavcılığın ise mahpusun infaz ettiği ceza miktarı ile daha önceki davranış ve tutumlarını değerlendirerek başvurucunun tehlikeli hükümlülerden sayılması gerektiğini talebin reddine ilişkin kararında vurguladığı görülmüştür. Ancak nitelikli hırsızlık suçundan hapis cezaları olan başvurucunun neden tehlikeli hükümlü sayılması gerektiğine ilişkin yeterli bir gerekçe sunulmadığı gibi başvurucunun talebinin çocuğun bulunduğu koşullar ve gereksinimleri ile birlikte değerlendirilmediği, sadece mahpus annenin durumuyla ilişkilendirilebilecek kuralların hükme esas alındığı anlaşılmaktadır.

39. Ayrıca kamusal makamlar tarafından koğuşun mevcudu ile Kurumun fiziki yapısının çocukların gelişimi ve yaşamı için uygun olmadığı kabul edilmesine rağmen infaz erteleme talebi reddedilen başvurucunun çocuğu ile birlikte çocuğun yaşına ve gereksinimlerine uygun, sağlıklı bir ortamda kalmasının sağlanmadığı görülmüştür. Bunun yanında mahpusun cezası ile ilişkilendirilen kararlarda aile hakkına saygı hakkı bağlamında çocuğun yüksek yararının hesaba katılmadığı, mahpusun Ceza İnfaz Kurumunda tutulması ile çocuğun yüksek menfaatleri arasında bir dengeleme yapılmadığı gibi Ceza İnfaz Kurumunun koşullarından çocuğun en az düzeyde etkilenmesini sağlayacak uygun ortam sağlama ya da koşulları daha uygun bir kuruma nakil gibi tedbirlerin alınmadığı anlaşılmaktadır.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

40. Açıklanan gerekçelerle aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği anlaşıldığından Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

41. 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, başvurunun 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.”

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

43. Başvurucu, lehine 50.000 TL tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

44. Somut başvuruda ulaşılan ihlal sonucunun Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen hapis cezasının infazının ertelenmesi talebinin reddine ilişkin karardan kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

45. Başvuruda Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

46. Anayasa Mahkemesinin tedbir kararından sonra başvurucunun çocuğun durumuna uygun bir ceza infaz kurumuna naklinin yapıldığı gözetildiğinde aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı anlaşılmıştır. Öte yandan başvurucunun aile hayatına saygı hakkının güvencelerinden yararlandırılmaması nedeniyle başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ödenmesine, tazminata ilişkin diğer taleplerin reddine karar verilmesi gerekir.

47. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL 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 5.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderininBAŞVURUCUYA 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 7/11/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

*HABERLEŞME HÜRRİYETİNE
İLİŞKİN KARARLAR*



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

VEYSİ AKTAŞ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/15982)

Karar Tarihi: 6/2/2019

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Recep KÖMÜRCÜ M.Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL
Raportör	: Ali KOZAN
Başvurucu	: Veysi AKTAŞ
Vekili	: Av. Rezan SARICA

I. BAŞVURU KONUSU

1. Başvuru, telefonla görüşme hakkının kullandırılmaması nedeniyle haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 21/9/2015 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. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden ulaşılan bilgi ve belgelere göre ilgili olaylar özetle şöyledir :

7. Başvurucu, İmralı F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda (İnfaz Kurumu) *Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya çalışma, silahlı terör örgütüne üye olma ve örgüt üyelerine yardım ve yataklık etme suçlarından hükümlü olarak bulunmaktadır.*

8. İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulunun (Kurul) 29/6/2015 tarihli kararıyla, başvurunun telefonla görüşmesi yasaklanmıştır. Kararın gerekçesinde, başvurunun silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan İnfaz Kurumunda bulunduğu ve tehlikeli hükümlüler sınıfında sayılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, başvurunun aynı örgüte mensup hükümlülerle ve Abdullah Öcalan ile haftada üç kez toplantılara katıldığı, bu toplantılarda Abdullah Öcalan'ın verdiği talimat niteliğini taşıyan mesajların ceza infaz kurumu dışında bulunan örgüt mensuplarına telefon, mektup ve faks yolu ile ulaştırılmaya çalışıldığının anlaşıldığı, bunun engellenmesi amacıyla telefonla görüşmesinin ikinci bir değerlendirilmeye kadar kısıtlanarak yaptırılmamasına karar verildiği ifade edilmiştir.

9. Başvurucunun anılan karara karşı itirazı, Bursa 1. İnfaz Hâkimliğinin (İnfaz Hâkimliği) 30/7/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Kararda, öncelikle Kurul kararına kadar ankesörlü telefonun bozuk olması ve hükümlünün belgelerinin eksik olması nedenleriyle telefonla görüşme yapılamadığı belirtilmiştir. Öte yandan ilgili mevzuata göre başvurunun, infaz edilen mahkûmiyet kararının niteliğine göre tehlikeli hükümlüler sınıfında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilerek Kurul kararının usul ve yasaya uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

10. Başvurucunun itirazı, Bursa 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 21/8/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Gerekçede, İnfaz Hâkimliği kararının usul ve yasaya uygun olduğu belirtilmiştir.

11. Nihai karar 27/8/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

12. Başvurucu 21/9/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

13. İnfaz Kurumunun gönderdiği belgelerde;

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

i. 29/6/2015 tarihli Kurul kararının 21/7/2016 tarihine kadar uygulandığı, mevzuatta bir süre sınırlandırılması olmadığı, hükümlünün PKK terör örgütünün faaliyetleri ile ilgili hal ve konuşmalarında değişiklik olmadığı gözlemlendiğinden yeniden bir değerlendirme yapılmadığı ve belirtilen süre boyunca telefon görüşmesinin tamamen yasaklanarak görüşme yaptırılmadığı,

ii. Kurul kararının uygulanmasının Bursa 1. İnfaz Hâkimliğinin İnfaz Kurumunda bulunan tüm hükümlüler hakkında telefon görüşmelerinin kısıtlanmasına yönelik 21/7/2016 tarihli kararıyla sonlandığı, bu karara yapılan itiraz sonucu Bursa 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 26/4/2018 tarihli kararıyla üç aylık süre ile kısıtlamaya hükmedildiği

ifade edilerek, belirtilen kararlar da eklenmiştir. Bursa 1. Ağır Ceza Mahkemesinin anılan kararında, her bir yasaklama ve kısıtlama ile ilgili belirli bir sürenin öngörülmemesinin Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı vurgulanmıştır.

14. İnfaz Kurumu, hükümlülerin sohbet toplantılarında örgütsel faaliyetlere yönelik konuşmalar yapıldığı konusunda infaz koruma memurları tarafından düzenlenen beş tutanak göndermiştir. Ayrıca UYAP üzerinden yapılan araştırmada İnfaz Kurumunun ilgili Kurul kararına itirazın değerlendirilmesi kapsamında Bursa Cumhuriyet Başsavcılığına tutanak ve mektup örnekleri gönderdiği anlaşılmıştır. 29/4/2015 tarihli tutanakta Abdullah Öcalan'ın diğer hükümlülere hitaben konuşurken güncel olaylarla ilgili görüşlerinin örgüt üyelerine ulaştırılması yönünde talimat verdiği ve bir hükümlü tarafından gönderilen 30/4/2015 tarihli mektupta da anılan talimatın yerine getirildiği hususlarının tespit edildiği görülmüştür.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

15. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "Hükümlünün telefon ile haberleşme hakkı" kenar başlıklı 66. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir. “

16.6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’ün (Tüzük) *“İdare ve gözlem kurulunun görev ve yetkileri”* kenar başlıklı 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendi şöyledir:

“g) Tehlikeli hâli bulunan ya da örgüt mensubu olan hükümlülerle ilgili olarak, telefon görüşmeleri ile radyo, televizyon yayınları ve internet olanaklarından yararlanma hakkının kısıtlanmasına karar vermek,”

17.Tüzük’ün *“Telefonla görüşme hakkı”* kenar başlıklı 88. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

(2) Telefonla görüşmeleri aşağıda belirtilen esaslara göre yapılır:

a) Hükümlüler, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakılma veya kısıtlama cezası ile hücreye koyma cezasının infazı sırasında olmamak koşuluyla, idarenin kontrolünde bulunan ve kurumun uygun yerlerine yerleştirilen telefonlardan yararlandırılır,

...

g) Hükümlünün, kurumun güvenliğini tehlikeye düşüren, suç oluşturan veya bir suça azmettirme ya da yardım etme sonucunu doğurabilecek konuşmalarda bulunduğu dinleme sırasında belirlendiğinde, görüşme derhâl kesilir. Bu hâlde hükümlü hakkında adli veya idarî soruşturmaya esas olacak işlemler kurum en üst amiri tarafından yapılır,

h) Suç işlemek amacıyla kurulan silâhlı örgütün yöneticiliğini yapmaya devam eden, bu konuda herhangi bir yöntemle, kurum içi veya dışındaki kişilere talimat veya mesaj veren hükümlülere idare ve gözlem kurulu kararıyla telefon görüşmesi hiçbir şekilde yaptırılmaz,

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

1) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alan hükümlüler, idare ve gözlem kurulunun uygun gördüğü hâllerde ve onbeş günde bir olmak üzere eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri ve vasisi ile on dakikayı geçmemek üzere görüşebilir, ...”

B. Uluslararası Hukuk

18. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

“(1) Herkes 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.”

19. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), haberleşme hürriyetine yapılan müdahalelerin demokratik toplumda zorunluluk teşkil etmesine ilişkin kriteri incelediği kararlarda, öncelikle, ceza infaz kurumlarında bulunan kimselerin yazışmalarının belirli ölçüde kontrolünün başlı başına Sözleşmenin ihlaline sebebiyet vermeyeceğini, keza ceza infaz kurumunun olağan ve makul gereksinimleri dikkate alınarak bir değerlendirmede bulunmanın gerekli olduğunu belirtmiştir (Mehmet Nuri Özen/Türkiye, § 51; Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, B.No. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25/3/1983, § 98).

20. AİHM kararlarına göre, haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahale öncelikle kanunla öngörülmelidir. Müdahalenin yasal dayanağını oluşturan mevzuatın, “ulaşılabilir”, yeterince açık ve belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçlar açısından “öngörülebilir” olması gerekir. İkinci olarak söz konusu sınırlandırma “meşru bir amaca” dayalı olmalıdır. Bunun yanı sıra müdahale demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmalıdır. (Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, §§ 85-90; Klass ve Diğerleri/Almanya, B. No:5029/71, 6/9/1978, §§ 42-55; Campbell/ Birleşik Krallık, B. No:13590/88, 25/3/1992, § 34).

21. AİHM içtihatlarında ifade edilen demokratik toplumda zorunluluk kavramı, müdahale teşkil eden eylemin acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması ve takip edilen meşru amaç bakımından orantılı olması unsurlarını içermektedir (*Silver ve diğerleri /Birleşik Krallık*, § 97).

22. AİHM'e göre hükümlü ve tutuklular Sözleşme kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahiptir (*Hirst/Birleşik Krallık* (No. 2), B. No: 74025/01, 6/10/2005, § 69).

23. AİHM, ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi güvenliğin ve düzenin korunmasına yönelik kabul edilebilir gerekliliklerin olması durumunda, mahkûmların sahip olduğu haklara sınırlama getirilebileceğini kabul etmiştir. Ancak bu durumda dahi hükümlü ve tutukluların haklarına yönelik herhangi bir sınırlama makul ve ölçülü olmalıdır (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72 ..., 25/3/1983, §§ 99-105).

24. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında REC (2006) 2 sayılı tavsiye kararlarının hükümlü ve tutukluların dış dünya ile ilişkilerine dair kısmı şöyledir:

“Dış Dünya ile İlişki

24.1. Mahpusların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmelidir.

24.2 Devam etmekte olan bir ceza soruşturması, emniyet, güvenlik ve düzeninin muhafaza edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç mağdurunun korunması için gerekli görülmesi halinde, haberleşme ve ziyaretlere kısıtlamalar konabilir ve izlenebilir. Ancak adli bir merci tarafından konulan özel kısıtlamalar da dahil olmak üzere, bu tür kısıtlamalar yine de kabul edilebilir asgari bir iletişime izin vermelidir.

24.3. Ulusal hukuk, mahpuslarla iletişim kurması kısıtlanamayacak olan ulusal ve uluslararası kuruluşları belirlemelidir,

...

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

24.5. Cezaevi yetkilileri, dış dünyayla yeterli bir iletişim sürdürmelerinde mahpuslara yardım etmelidirler ve bunun için onlara uygun destek ve yardım sağlamalıdır ...”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

25. Mahkemenin 6/2/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

26. Başvurucu; İnfaz Kurumuna nakledildiği günden itibaren telefonla görüşme hakkının güvenlik gerekçesiyle kullandırılmadığını, ortada bir suç ya da suç işleme ihtimalinin olmadığını, Kurul kararının önyargıya dayalı ve keyfi olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, talimatların telefonla aktarılmaya çalışılması gibi gerçeği yansıtmayan, somut hiçbir delili olmayan iddialarla telefonla görüşmesinin engellendiğini, iddialar ile ilgili bir yargılama yapılmadığını da ifade etmiştir. Ayrıca, kendisiyle aynı durumda olanlardan farklı bir muameleye maruz kaldığını, telefon görüşmelerinin İnfaz Kurumu tarafından dinlenildiği de gözetildiğinde yakınlarıyla telefonla görüşmesinin yasaklanmasının hukuka aykırı ve ölçüsüz olduğunu ifade eden başvurucu bu nedenlerle eşitlik ilkesinin, özel ve aile hayatına saygı hakkı ile haberleşme ve ifade hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

27. Bakanlık görüş yazısında; ilgili mevzuata atıf yapıldıktan sonra başvurucunun ailesi ve avukatıyla görüşemediğine dair iddia yönünden öncelikle İnfaz Hâkimliğine başvurulması gerektiği, ancak başvurucunun bu yönde bir başvurusu olmadığı belirtilmiştir. Abdullah Öcalan'ın talimatlarının örgüt üyelerine ulaştırılmaya çalışıldığına dair tutanaklar hatırlatılarak Kurul kararı ile yargı kararlarının tespit ve sonuçlarının yasanın uygulanması niteliğinde olduğu ve Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin ihlal edilmediği vurgulanan Bakanlık görüşünde özel ve aile hayatına saygı hakkının ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal sonuçları ile ceza infaz kurumunun düzeni, güvenliği, suçun önlenmesi meşru amacı temelindeki kamu yararı arasındaki denge gözetilerek sınırlandırıldığı ifade edilmiştir.

B. Değerlendirme

28. Başvurunun değerlendirilmesinde dikkate alınacak Anayasa'nın "Haberleşme hürriyeti" kenar başlıklı 22. maddesi şöyledir:

"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

29. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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). Başvurucunun iddialarının özünün telefonla görüşme hakkının kısıtlanmasına yönelik olması nedeniyle, başvuru haberleşme hürriyeti kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

31. Kamu makamlarının, bireyin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesinin gizliliğine keyfi bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesi, Anayasa ve Sözleşme ile sağlanan güvenceler kapsamında yer almaktadır. Haberleşmenin içeriğinin denetlenmesi, haberleşmenin

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

gizliliğine ve dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale oluşturur. Bununla birlikte haberleşme özgürlüğü, mutlak nitelikte olmayıp, meşru birtakım sınırlamalara tabidir. Bu kapsamdaki özel sınırlama ölçütleri, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmıştır (Mehmet Koray Eryaşa, B. No:2013/6693, 16/4/2015, § 50)."

32. Somut olayda başvurucunun telefonla haberleşme hakkının Kurul kararıyla kullandırılmamasının haberleşme hürriyetine müdahale oluşturduğu sonucuna varılmaktadır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

33. 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... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

34. Anayasa'nın 22. maddesinde, herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hüküm altına alınmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı, haberleşme özgürlüğünün yanı sıra içeriği ve biçimi ne olursa olsun haberleşmenin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Haberleşme bağlamında bireylerin karşılıklı ve toplu olarak sözlü, yazılı ve görsel iletişimlerine konu olan ifadelerinin gizliliğinin sağlanması gerekir. Posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetlerinin haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir (Mehmet Koray Eryaşa, B. No: 2013/6693, 16/4/2015, § 49).

35. Anayasa'nın 19. maddesi gereğince hükümlü ve tutukluların haberleşme hürriyeti ve aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılması, hukuka uygun olarak ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucudur. Öte yandan hükümlü ve tutukluların aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, ceza infaz kurumu idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri

almasını zorunlu kılmaktadır (*Mehmet Zahit Şahin*, B. No: 2013/4708, 20/4/2016, § 36).

36. Bununla beraber bu yükümlülük yerine getirilirken ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal sonuçlarının gözetilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi ile aile hayatına saygı hakkı ve haberleşme hürriyeti arasında adil bir denge sağlanmalıdır. Ancak ceza infaz kurumunda bulunmanın doğal sonucu olarak idarenin müdahale konusunda takdir yetkisinin daha geniş olduğu gözetilmelidir (*Mehmet Koray Eryaşa*, § 89).

37. Bu bağlamda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 22. maddesini ihlal edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, meşru amaç taşıma, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

38. Haberleşme hürriyetinin düzenlendiği Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında, söz konusu sınırlama sebeplerine bağlı kalınarak yapılacak sınırlamanın ancak usulüne uygun olarak verilecek hâkim kararıyla mümkün olabileceği belirtildikten sonra üçüncü fıkrasında "*İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir*" denilerek bu kuralın da mutlak olmadığı ve bu kurala bazı kurumlar yönünden kanunla sınırlamalar getirilebileceği açıkça düzenlenmiştir (AYM, E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015, § 71). Ceza infaz kurumları, Anayasa'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında istisnaların uygulanacağı kamu kurumlarından (Mehmet Koray Eryaşa, B. No: 2013/6693, 16/4/2015, §§ 74-76).

39. Bu bağlamda, başvurucunun telefonla haberleşme hakkına yönelik kısıtlamanın, 5275 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile Tüzük'ün 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendi ve 88. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g), (h), (ı) bentlerinde tanımlanan yetkiye ve belirlenen hükümlere dayanılarak yapıldığı,

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

bu düzenlemelerin *kanunla sınırlama* koşulunu karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

40. Haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için bu müdahalenin, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmış olan millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına dayanması gerekir (*Ahmet Temiz*, B. No:2013/1822, 20/5/2015, § 47).

41. Haberleşme hürriyetine müdahalenin terör örgütü üyelerinin haberleşmesi ve örgüt faaliyetlerine ilişkin talimatların terör örgütü üyelerine aktarılmasını önlemek amacıyla yapıldığı gözetildiğinde, kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ile suç işlenmesinin önlenmesi kapsamında telefonla görüşme hakkının sınırlandırılması şeklindeki uygulamanın meşru amaç taşıma koşulunu karşıladığı değerlendirilmiştir.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

42. 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 başvuru alan 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 kriter yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (*Ferhat Üstündağ*, B. No: 2014/15428, 17/7/2018, § 45).

43. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvuru alan 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 yüklediğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. (*Ferhat Üstündağ*, § 48)

44. Hükümlü veya tutuklular (mahkûmlar), Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında hukuka uygun olarak "bir mahkûmiyet kararına bağlı olarak tutma" olarak değerlendirilebilecek kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı dışında (*bkz. İbrahim Uysal*, B.No: 2014/1711, 23/7/2014, §§ 29-33) Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ortak alanı kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına genel olarak sahiptir. Bununla birlikte cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin temini gibi cezaevinde güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin olması durumunda sahip oldukları haklar sınırlanabilir (*Turan Günana*, B. No:2013/3550, 19/11/2014, §35).

45. Hükümlü ve tutukluların temel haklarına yapılan müdahalelere gerekçe olarak gösterilebilecek makul nedenlerin somut olayın tüm koşulları çerçevesinde olaya özgü olgu ve bilgilerle gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra yapılacak değerlendirmede kişinin itham edildiği suçun ve tutuklama sebeplerinin de dikkate alınması gerekmektedir (*Mehmet Zahit Şahin*, § 63).

46. Bu kapsamda başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel eksenini, müdahaleye neden olan idari makamlar ve derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin haberleşme hakkını kısıtlaması bakımından *demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk* ve *ölçülülük* ilkesine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Mehmet Zahit Şahin*, § 64; *Ahmet Temiz*, B. No: 2013/1822, 20/5/2015, § 68).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

47. PKK'nın terör örgütü olduğu ulusal ve uluslararası makamlar tarafından kabul edilmiş tartışmasız bir olgudur. Anılan örgütün

gerçekleştirdiği terörist şiddet eylemleri; bölücü amaçları dolayısıyla anayasal düzene, millî güvenliğe, kamu düzenine, kişilerin can ve mal emniyetine yönelik ağır tehdit oluşturmaktadır. Bu yönüyle ülkenin toprak bütünlüğünü hedef alan PKK kaynaklı terör, onlarca yıldır Türkiye'nin en hayati sorunu hâline gelmiştir (*Gülser Yıldırım (2)* [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, §§ 7-18).

48. Türkiye 2015 yılı Haziran ayından itibaren *hendek olayları* olarak bilinen terör saldırılarına maruz kalmıştır. Bu kapsamda PKK tarafından Şırnak il merkezi ile Cizre, Silopi ve İdil ilçelerinde, Hakkâri'nin Yüksekova ilçesinde, Diyarbakır'ın Silvan, Sur ve Bağlar ilçelerinde, Mardin'in Dargeçit, Nusaybin ve Derik ilçelerinde, Muş'un Varto ilçesinde cadde ve sokaklara hendekler kazılıp barikatlar kurularak ve bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirilerek teröristler tarafından bu yerleşim yerlerinin bir kısmında *öz yönetim* adı altında hâkimiyet sağlanmaya çalışılmıştır. Çok sayıda terörist, halkın bu yerlere giriş ve çıkışını engellemek istemiş; hendeklerin kapatılması ve barikatların kaldırılması suretiyle yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla operasyonlar yapan güvenlik güçleri ile çatışmaya girmiştir. Aylarca devam eden bu operasyon ve çatışmalar sırasında yaklaşık iki yüz güvenlik görevlisi hayatını kaybetmiş, tonlarca bomba ve patlayıcı imha edilmiştir (*Gülser Yıldırım (2)*, §§ 28-30).

49. Somut olayda başvurucunun PKK terör örgütü üyesi olduğunun yargı kararıyla belirlendiği, telefonla görüşme hakkının da hem güvenlik güçleri hem de sivilleri hedef alan ve *hendek olayları* olarak bilinen terör eylemlerinin gerçekleştirildiği dönemde kısıtlandığı görülmüştür. Bu nedenle, başvuruya konu telefonla haberleşme hakkına yapılan müdahalenin, PKK'nın silahlı terör örgütü olduğu gerçeği ile *hendek olayları* olarak bilinen terör eylemlerinden bağımsız olarak değerlendirilmesi düşünülemez.

50. Bu kapsamda Kurul ve derece mahkemelerinin kararları incelendiğinde, başvurucunun terör örgütü yöneticisi hükümlü Abdullah Öcalan ile haftada üç gün sohbet toplantılarına katıldığı, hükümlü Abdullah Öcalan'ın bu toplantılarda terör örgütünün durumu ile ilgili değerlendirmeler yaparak talimat niteliğinde konuşmalar yaptığı,

bu talimatların terör örgütü üyelerine ulaştırılmasının engellenmesi amacıyla telefonla görüşme hakkının kısıtlandığı vurgulanmaktadır. UYAP üzerinden yapılan incelemede İnfaz Kurumunun Bursa Cumhuriyet Başsavcılığına gönderdiği 28/7/2015 tarihli yazı ekinde, hükümlü Abdullah Öcalan'ın mesajlarının dışarıya iletilmesi talimatı verdiğine dair 29/4/2015 tarihli tutanağınve İnfaz Kurumunda kalan diğer hükümlülerin talimatları iletmek amacıyla yazdıkları faks ve mektupların sunulduğu görülmüştür. Hükümlü Abdullah Öcalan'ın terör örgütünün ve örgüt üyelerinin nasıl hareket etmesi gerektiği yönünde talimat içeren ifadeler kullandığını tespit eden İnfaz Kurumunun ibraz ettiği tutanak içerikleri de göz önünde tutulduğunda, talimatların örgüt üyelerine telefon, mektup ve sair yöntemlerle iletilmesi suretiyle terör örgütünün İnfaz Kurumundan yönetilmeye ve yönlendirilmeye çalışıldığı yönünde İnfaz Kurumunca ulaşılan kanaatin temelsiz olmadığı anlaşılmaktadır.

51. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, *hendek olayları* sürecinde talimat niteliğindeki mesajların örgüt üyelerine iletildiği tespiti ve gerekçesiyle başvurucunun telefonla görüşme hakkının kullandırılmamasının kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması açısından zorunlu ve gerekli bir tedbir olarak uygulandığı anlaşılmaktadır. Ceza infaz kurumunda bulunan terör örgütü yönetici kadrosunun terör örgütünün yönlendirilmesi ve yönetilmesine yönelik talimatlarının örgüt üyelerine telefon, mektup, faks ve sair yöntemlerle iletilmesinin engellenmesi amacıyla mevzuat dahilinde hakların kısıtlanmasının, terörörgütleri ile mücadele kapsamında kamu düzeni ile güvenliğinin sağlanması amacına yönelik gerekli ve amacı gerçekleştirmeye elverişli bir tedbir olmadığı söylenemez. Başvuru konusu olayda silahlı terör örgütü ile mücadele kapsamında zorunlu olarak uygulanan söz konusu tedbirin demokratik toplum gereklerine uygun olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte müdahalenin ölçülü olup olmadığı da ortaya konulmalıdır.

52. Bu bağlamda hükümlülerin hakları ile ilgili belirli koşullara bağlı olarak kısıtlama kararı verilirken, uygulamaya dair bir süre belirlenerek koşulların devam edip etmediği konusunda elde edilen güncel ve somut veriler gözetilmek suretiyle belirli aralıklarla değerlendirme

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

yapılmasının sağlanması kısıtlama kararının sonuçlarının görülebilmesi açısından önemlidir. Ayrıca kısıtlama kararının, somut bilgi ve belgelere bağlı olarak belirli aralıklarla değerlendirme yapıp gözden geçirilmesinin sağlanması uygulamanın ve idarenin denetimi açısından da gereklidir. Somut olayda Kurul kararında, başvurucunun telefon ile görüşme hakkından yararlandırılmamasına yönelik olarak belli bir süre sınırı getirilmediği görülmektedir. Öte yandan kararda ikinci bir değerlendirmeye kadar telefon ile görüşmenin kısıtlanmasına hükmedilmiş ise de sonradan yeni bir değerlendirmenin yapılmadığı ve netice itibarıyla 29/6/2015 tarihli Kurul kararının 21/7/2016 tarihine kadar uygulandığı, bu süre zarfında başvurucunun telefonla görüşme hakkından yararlanamadığı anlaşılmaktadır.

53. Bu durumda başvuru hakkındaki telefonla görüşme yaptırılmamasına ilişkin kararın, bir süre ile sınırlanmadan ve karara dayanak oluşturan koşulların devam edip etmediğine dair belirli aralıklarla güncel bilgi ve belgeler gözetilerek yeniden değerlendirme yapılmadan uzun süre uygulanmasının orantısız olduğu ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

54. Haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar verildiğinden başvurucunun diğer iddiaları yönünden değerlendirme yapılmamıştır.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

55. 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 başvuru 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.”

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

57. Başvurucu 10.000 TL manevi tazminat verilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

58. Başvuru konusu olayda silahlı terör örgütü ile mücadele kapsamında zorunlu olarak uygulanan söz konusu tedbirin demokratik toplum gereklerine uygun olduğu anlaşılmıştır. Bununla birlikte telefonla görüşme yaptırılmamasına ilişkin kararın, bir süre ile sınırlanmadan ve ikinci bir değerlendirme yapmadan uygulanmasının ölçülü olmadığı, dolayısıyla Anayasa’nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

59. Başvurucunun Anayasa’nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğinin tespit edilmesi nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya takdiren net 4.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

60. 226.90TL başvuru harcı ile 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

61. Başvuru kapsamında haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği gözetilerek kararın bir örneğinin bilgi edinilmesi için Bursa 1. İnfaz Hâkimliğine ve Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

B. Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 4.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

D.226.90TL başvuru harcı ile 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 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 bilgi için Bursa 1. İnfaz Hâkimliğine ve Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 6/2/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ULVİ BACIOĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/3175)

Karar Tarihi: 10/10/2019

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Recep KÖMÜRCÜ Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Fatih ALKAN
Başvurucu	: Ulvi BACIOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, iletişimin hukuka aykırı şekilde denetlendiğine yönelik şikâyet hakkında etkili ve özenli bir ceza soruşturması yapılmaması nedeniyle haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/2/2015 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.
7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. 18/3/2014 tarihinde yayımlanan ulusal bir gazetede “*terör faaliyeti*”, “*organize suç örgütü*” veya “*uyuşturucu ticareti*” gibi gerekçelerle otuz ilde birçok ilgisiz kişinin soruşturma dosyalarına eklendiğine ve bu kişiler hakkında ilgili mahkemelerce dinleme kararları çıkarıldığına ilişkin habere yer verilmiştir. Haberin devamında bu şekilde telefonları dinlenen ve kaydedilen kişilerin yer aldığı listeler yayımlanmış, söz konusu kişilerin ihbar mektuplarına konu edilerek dönemin özel yetkili savcılarını aracılığıyla soruşturmalara eklendiği iddia edilmiştir.

10. Başvurucu; ulusal basında çıkan haber vasıtasıyla kendi adına kayıtlı olan ancak aktif şekilde kullanmadığı 054....2 numaralı telefon hattının 18/1/2013-10/7/2014 tarihleri arasında, yine kendisine ait olan ve hâlihazırda da aktif olarak kullandığı 053....1 numaralı telefonun tarih belirtilmeksizin Türkiye Halk Kurtuluş Partisi-Cephesi (THKP-C), Devrimci Yol (DEV-YOL) faaliyetleri nedeniyle dinlendiği konusunda bilgi sahibi olduğunu belirterek sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılmaları talebiyle Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığına (Başsavcılık) suç duyurusunda bulunmuştur. 9/4/2014 tarihli dilekçesinde başvurucu; 2001-2004 yılları arasında Sakarya Adliyesinde, 2005 yılından bu zamana kadar da Trabzon Bölge İdare Mahkemesinde memur olarak çalıştığını, bir buçuk yıl Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu/ Büro Emekçileri Sendikasında (KESK/BES) Yönetim Kurulu üyeliğinde bulunduğunu, altı yıldır İnsan Hakları Derneği Trabzon Şubesinde Yönetim Kurulu üyesi olarak görev yaptığını ifade etmiş ve içinde bulunduğu sendika ile sivil toplum kuruluşlarının Anayasa ve yasalar çerçevesinde faaliyet gösteren kurumlar olduğunu, THKP-C, DEV-YOL faaliyetleri kapsamında telefonlarının dinlenmiş olmasının suç teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, söz konusu dinleme listelerini suç duyurusu dilekçesinin eki olarak Başsavcılığa sunmuştur.

11. İddialar doğrultusunda özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında soruşturma başlatan Başsavcılık tarafından 9/4/2014 tarihinde müşteki sıfatıyla başvurunun ifadesi alınmıştır. Yine

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

Başsavcılıkça Trabzon İl Emniyet Müdürlüğüne (Emniyet Müdürlüğü) 24/4/2014 tarihinde gönderilen yazıyla şikâyet konusunun ve delillerin tespit edilmesi, müştekinin ve şüphelilerin tanıklarının dinlenmesi, bu çerçevede gerekli tahkikatın yapılması konusunda talimat verilmiştir.

12. Emniyet Müdürlüğü bünyesinde yapılan araştırmalar sonucunda hazırlanan resmî yazılarda ve tutanaklarda, başvuru tarafından beyan edilen telefon numaraları veya başvuru tarafından kendisi hakkında Trabzon Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü Teknik Büro Amirliği ile Kaçakçılıkla ve Organize Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü tarafından bugüne kadar telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi veya kayda alınmasına ilişkin herhangi bir çalışmanın yapılmadığı belirtilmiştir. Başsavcılıkça gönderilen ve soruşturma konusu hakkında genel değerlendirmeler içeren Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü'nün 27/6/2014 tarihli yazısında 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun ek 7. maddesi gereğince iletişimin denetlenmesine ilişkin tüm işlemlerin (kapatılan) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) adıyla oluşturulan tek bir merkez üzerinden denetim ve disiplin içinde yürütüldüğü, bu nedenle iletişimin denetlenmesi faaliyetlerine yönelik bilgi taleplerinin anılan Kuruma iletilmesinin daha doğru olacağı belirtilmiştir. Ayrıca basında yer alan söz konusu haberler nedeniyle Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı tarafından idari tahkikatın başlatıldığı da ifade edilmiştir.

13. Emniyet Müdürlüğünden gönderilen söz konusu bilgi ve belgeler doğrultusunda Başsavcılık tarafından 8/7/2014 tarihinde kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmiştir. Kararda, başvuru tarafından iddiası dışında telefonların dinlendiğine ilişkin herhangi bir delilin elde edilemediğine dair değerlendirmelere yer verilmiştir.

14. Karara karşı yapılan itiraz, Trabzon 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 22/8/2014 tarihli kararıyla kesin olarak reddedilmiştir. Kararda, Başsavcılık tarafından verilen kararda usul ve yasaya aykırılık görülmediği belirtilmiştir.

15. Nihai karar 6/2/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

16. Başvuru 20/2/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

17. 2559 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinin başvuru konusu olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan ilgili kısmı şöyledir:

“ ...Bu maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 15 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı” adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür...”

18. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” kenar başlıklı 135. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi (...) dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

(2) Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıasını gösterir belge veya rapor eklenir.

...

(4) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir. (Ek cümle: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde,

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

hâkim yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir.

...

(6) (Ek: 2/12/2014-6572/42 md.) Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir. (Ek cümleler: 24/11/2016-6763/26 md.) Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir.

..."

19. 5271 sayılı Kanun'un "Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi" kenar başlıklı 160. maddesi şöyledir:

"(1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.

(2) Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür."

20. 5271 sayılı Kanun'un "Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri" kenar başlıklı 161. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adlî görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister.

(2) Adlî kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.

(3) Cumhuriyet savcısı, adlî kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. (Ek cümle: 25/5/2005 - 5353/24 md.) Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir.

(4) Diğer kamu görevlileri de, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür.

..."

B. Uluslararası Hukuk

21. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"1. Herkes ... haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahaleler dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz."

22. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadına göre gizli tedbirlere ilişkin kanun hükümlerinin ihtiva etmesi gereken asgari unsurlar bulunmaktadır. Bu kapsamda izleme kararı verilmesine yol açabilecek suçların niteliği, iletişimlere izlenecek kişi kategorisi, izleme sürelerinin sınırları, elde edilen verilerin inceleme, değerlendirme ve saklanmalarına ilişkin esaslar, verilerin başkalarıyla paylaşılmasına ilişkin önlemler ve elde edilen verilerin ortadan kaldırılmasına ilişkin koşulların kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gereklidir (*The Association For European Integration And Human Rights ve Ekimdzchiev/ Bulgaristan*, B. No: 62540/00, 28/6/2007, § 76).

23. AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan “*hukuka uygun olarak*” ifadesinden tedbirin iç hukukta bir temele dayanması gerektiğini ve kanunun niteliğine göre uygulanmasını yükümlü kıldığına anlaşılmaması gerektiğini belirtmektedir. AİHM'e göre ilgili kişiler söz konusu tedbire erişebilmeli ve tedbirin kendisi yönünden doğuracağı sonuçların hukukiliğini öngörebilmelidir (*Bykov/Rusya* [BD], B. No: 4378/02, 10/3/2009, §§ 76-78; *Lambert/Fransa*, B. No: 23618/94, 24/8/1998, § 23; *Murat Özdemir/Türkiye*, B. No: 60225/11, 15/4/2014, § 54).

24. AİHM'e göre kamusal makamlar tarafından uygulanan gizli denetlemelerde kişilerin keyfî müdahalelerden korunması için -Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında- iç hukukta imkân tanınmalıdır. Bu doğrultuda yerel mevzuatta, kötüye kullanımlara karşı uygun koruma yöntemleri güvence altına alınmalı ve bu türden bir yetkinin icra yöntemleri ve kapsamının genişliği yeterli açıklıkta belirlenmelidir. Örneğin yerel mevzuat, ses kayıtlarının hâkim ve savunma tarafından denetlenebilmesi amacıyla adli dinlemeye tabi tutulması muhtemel kişilerin kategorisini tespit etmeli ve hâkimi bu türden bir tedbir almaya, tedbirin uygulandığı süreyi belirlemeye zorunlu kılan suçların niteliğini, ele geçirilen konuşmaları kaydeden tutanakların düzenlendiği koşulları, alınan kayıtları bütünüyle ve el değmemiş bir şekilde iletmek için alınacak önlemleri belirlemelidir. Ayrıca söz konusu mevzuat, özellikle takipsizlik veya tahliye kararları sonrasında kayıt dayanaklarının silinebileceği, yok edilebileceği ya da silinmesi veya yok edilmesi gerektiği koşulları da saptamalıdır (*Murat Özdemir/Türkiye*, § 54).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

25. Mahkemenin 10/10/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

26. Başvurucu; mevzuat gereğince iletişim denetlenmesine ilişkin faaliyetlerin TİB adıyla kurulan tek bir merkez üzerinden yapılmasına rağmen soruşturmayı yürüten Başsavcılık tarafından bu Kurumdan herhangi bir bilgi ya da belge istenmediğini, gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar

verildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu; gerek takipsizlik kararında gerekse bu karara karşı yaptığı itiraz neticesinde verilen nihai kararda iddialarını karşılamaya yetecek şekilde gerekçe ortaya konulmadığını, sorumluların tespit edilerek cezalandırılmalarına ilişkin taleplerinin karşılanmadığını belirterek özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

27. Bakanlık görüşünde; soruşturma yükümlülüğü kapsamında devlet tarafından etkili bir soruşturma yapılıp yapılmadığı hususunun Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerektiği, öte yandan ceza soruşturması dışında kişilik haklarına saldırıların sona erdirilmesi ve zararın tazmin edilmesi gibi özel hukuk davaları ile tam yargı davası açma hakkının da bulunduğu, anılan yollara başvuru tarafından başvurulduğuna ilişkin herhangi bir bilginin olmadığı hususunun dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

B. Değerlendirme

28. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak 22. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Madde 22: Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar...”

29. Başvurucunun şikâyetlerinin özünü, kendisine ait telefon numaraları üzerinden gerçekleştirilen iletişimin hukuka aykırı şekilde denetlendiğine ilişkin basında çıkan haberler üzerine sorumluların bulunması ve cezalandırılmaları amacıyla başlatılan soruşturmada devletin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeye elverişli olacak

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

biçimde etkili bir soruşturma yürütmediği iddiası oluşturmaktadır. İddialar ve olayın özellikleri dikkate alındığında korunan hukuki değerın haberleşme hürriyeti olduğu kanaatine varılmış ve bu doğrultuda başvurunun Anayasa'nın 22. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

31. Devletin kişilerin haberleşmelerine saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin öngörülen güvencelere aykırı şekilde bu hakka müdahale etmemelerini gerektirir.

32. Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyeti, haberleşmenin yanında içeriği ve biçimi ne olursa olsun haberleşmenin içeriğinin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Haberleşme bağlamında bireylerin karşılıklı ve toplu olarak sözlü, yazılı ve görsel iletişimlerine konu olan ifadelerinin gizliliğinin sağlanması ve haberleşmeye yönelik haksız müdahalelerde bulunulmaması gerekir (*Yasemin Çongar ve diğerleri*, B. No: 2013/7054, 6/1/2015, § 49).

33. Ayrıca Anayasa'nın 12. maddesine göre herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Bu genel nitelikteki anayasal düzenleme ile bireylerin kişilik değerlerine yönelen ve zarar veren olumsuz tutum ve davranışlar dışlanmaktadır. Bunun yanında Anayasa'nın 5. maddesinde; bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesi için gerekli şartların hazırlanması devletin temel amaç ve görevlerinden biri olarak sayılmaktadır. Bu düzenlemeler ışığında devletin bireyin haberleşme hürriyetine keyfî olarak müdahale etmemenin yanında üçüncü kişilerin anılan özgürlüğe karşı saldırılarını

önlemekle yükümlü kılındığı, bu bağlamda pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu söylenebilir (*Ali Çığır*, B. No: 2015/19298, 8/5/2019, § 32; *Erol Kumcu*, B. No: 2015/18988, 9/5/2019, § 32).

34. Dolayısıyla Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenen hak kapsamında devletin pozitif bir yükümlülük olarak yetki alanında bulunan tüm bireylerin haberleşme hürriyetlerini gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.

35. Bu anlamda öncelikle devlet, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Söz konusu pozitif yükümlülük; olayın meydana gelme şekli ile etkisi, ağırlığı ve sonuçları bakımından yapılacak değerlendirmelere ve olayın kim tarafından nasıl gerçekleştirildiği konusunda aydınlatılmasını gerekli kılan durumların bulunup bulunmadığına göre her durumda ceza soruşturması/yargılaması yapılmasını gerekli kılmaz. Nitekim yargısal sistem kurma yükümlülüğü -olayın koşullarına göre- hukuki ve idari yolların devlet tarafından oluşturulmasıyla da yerine getirilebilir. Bu bağlamda bazı durumlarda disiplin soruşturması ile de devletin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi mümkün olabilir (*Ali Çığır*, § 34; *Erol Kumcu*, § 34).

36. Devletin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğünün ceza soruşturmasını gerekli kıldığı durumlarda ise olayın sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî bir soruşturma yürütülmek durumundadır. Nitekim ceza soruşturmalarının amacı, kişilerin temel haklarını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların hesap vermelerini sağlamaktır (*Mehmet Seyfi Oktay* [GK], B. No: 2013/6367, 10/12/2015, §§ 57, 66).

37. Öte yandan yargısal sistem kurma yükümlülüğünün ceza soruşturması/yargılaması yapılmasını gerekli kılması, failler hakkında mutlaka ceza davası açılmasını ya da onların cezalandırılmasını zorunlu hâle getirmediği gibi başvurularda üçüncü tarafları bir suç

nedeniyle yargılatma ya da cezalandırılmalarını talep etme hakkı da vermemektedir. Zira burada kastedilen sonuç yükümlülüğü değil uygun araçların kullanılmasına ilişkin usul yükümlülüğüdür. Ancak her durumda söz konusu yargısal sistemlerin etkili şekilde işletilmesi ve soruşturmalar ya da yargılamalar neticesinde yargısal makamlarca ulaşılan tüm sonuçların temel hakların içerdiği güvenceleri koruyacak şekilde ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanması gerekir (*Ali Çığır*, § 35; *Erol Kumcu*, § 35).

38. Ek olarak ayrıca vurgulamak gerekir ki kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin hukuki sorunların incelenmesi, ceza soruşturması/kovuşturması sürecinin mahkûmiyet kararı ile sonuçlanması, bu hâlde takdir edilecek cezanın miktar ve mahiyetinin belirlenmesi Anayasa Mahkemesinin görev alanı içinde olmayıp bu husus esasen derece mahkemelerinin takdirindedir (*Ali Çığır*, § 36; *Erol Kumcu*, § 36).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

39. Somut olayda başvuru, ulusal basında çıkan haberler üzerine adına kayıtlı telefon hatlarının dinlendiği konusunda bilgi sahibi olduğunu belirterek bu hususun araştırılması ve sorumluların tespit edilip cezalandırılması talebiyle suç duyurusunda bulunmuştur.

40. Olayın özellikleri dikkate alındığında haberde iddia edildiği gibi başvuruçunun iletişiminin gerçekten denetlenip denetlenmediği, denetlendiyse buna ilişkin işlemlerin mevzuata uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususu izaha muhtaçtır. Dolayısıyla varsa söz konusu dinleme işlemlerinin kim tarafından, nasıl bir yetki kapsamında ve hangi amaçla gerçekleştirildiği konularında kamusal makamların devreye girmeleri ve olayı tüm yönleriyle aydınlatmaları gerektiği değerlendirilmektedir. Ayrıca olayın meydana gelme şekli ile ağırlığı da gözönüne alındığında devletin etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğünün -somut olay özelinde- bir ceza soruşturması yapılmasını gerekli kıldığı kanaatine varılmıştır.

41. Bu durumda bireysel başvuru kapsamında yapılacak değerlendirmede dikkate alınacak husus; belirtilen çerçeve içinde yeterli usule ilişkin güvencelerin sunulduğu bir cezai takibatın yürütülüp

yürütülmediğine, soruşturmanın bağımsız, özenli, süratli, etkili şekilde yapılıp yapılmadığına ve ulaşılan sonuçların temel hakların içerdiği güvenceleri koruyacak şekilde ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanıp açıklanmadığına ilişkin olacaktır (*Ali Çığır*, § 38; *Erol Kumcu*, § 38).

42. Öncelikle somut başvuruya konu olan soruşturma sürecinde başvurucunun şikâyeti üzerine Başsavcılık tarafından soruşturmaya derhâl başlandığı görülmektedir. Ayrıca başvurucunun soruşturmanın açıklığını temin edecek ve meşru menfaatlerini koruyabilecek bir şekilde beyanına başvurularak soruşturma sürecine dâhil edildiği anlaşılmaktadır.

43. Akabinde Başsavcılık tarafından Emniyet Müdürlüğüne yazılan resmî yazıyla şikâyet konusunun ve delillerin tespit edilmesi, tanıkların dinlenmesi, gerekli tahkikatın yapılması konusunda talimat verildiği görülmektedir. Talimat doğrultusunda Emniyet Müdürlüğü bünyesindeki çeşitli şube müdürlükleri tarafından başvurucunun iddia ettiği hususlar konusunda araştırmalar yapılmış ve soruşturma dosyasında yer alan yazışmalardan ve tutulan tutanaklardan tespit edildiği üzere Emniyet Müdürlüğü tarafından bu güne kadar telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi veya kayda alınmasına ilişkin herhangi bir çalışmanın yapılmadığı hususunda Başsavcılığa sunulmak üzere bilgi yazısı yazılmıştır. Nihai olarak hazırlanan 27/6/2014 tarihli söz konusu yazıda ise 2559 sayılı Kanun'un ek 7. maddesi gereğince iletişimin denetlenmesine ilişkin tüm işlemlerin TİB adıyla oluşturulan tek bir merkez üzerinden denetim ve disiplin içinde yürütüldüğü, bu nedenle iletişimin denetlenmesi faaliyetlerine yönelik bilgi taleplerinin anılan Kuruma iletilmesinin daha doğru olacağı belirtilmiştir.

44. Başsavcılık, Emniyet Müdürlüğünden gönderilen ve soruşturmaya konu bilgi ve belge taleplerinin -olay tarihindeki ismiyle- TİB'e gönderilmesi konusunda açıkça bilgi veren yazıya rağmen başkaca bir araştırmaya ve incelemeye girmeksizin 8/7/2014 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Başsavcılık tarafından açıklanan kararın gerekçesinde ise başvurucunun iddiası dışında telefonların dinlendiğine ilişkin herhangi bir delilin elde edilemediği belirtilmiştir.

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

45. 2559 sayılı Kanun'un açık hükümleri ile bu hususta Emniyet Müdürlüğü tarafından Başsavcılığa verilen bilginin göz ardı edilmesi, dolayısıyla iletişimin denetlenmesine ilişkin işlemler konusunda TİB'den başvuru hakkında dinleme kaydının bulunup bulunmadığı, varsa hangi yetki ve usul çerçevesinde söz konusu kayıtların tutulduğu hususlarında araştırma yapılmaması ve bilgi edinilmemesi nedeniyle soruşturmanın özenli ve etkili şekilde gerçekleştirildiğini söylemek güçtür. Zira soruşturma konusu olayın açıklığa kavuşturulması ve iddia edildiği gibi usulsüz şekilde iletişimin denetlendiğine ilişkin bir durumun bulunup bulunmadığının anlaşılması bakımından TİB'den elde edilecek verilerin anahtar rol oynayacağı açıktır. Bu durumda da varsa sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılması mümkün hâle gelebilecek, olayın aydınlatılmasıyla başvuru sahibinin sorumlulara karşı yeni davalar açma ve zararlarını tazmin etme imkânına kavuşması sağlanabilecektir. Elde edilecek daha kapsamlı bilgi ve belgelere göre iddia edildiği gibi usulsüz bir dinlemenin olmadığı ortaya konulduğunda da soruşturmanın etkililiği konusunda başvuru sahibinin şüpheleri giderilmiş olacaktır.

46. Dolayısıyla soruşturmada anahtar rol oynayan bilgi ve belgelerin Başsavcılık tarafından araştırılmaması ve bu suretle soruşturmanın derinleştirilmemesi nedeniyle anayasal hakların güvence altına alınacak şekilde etkili ve özenli bir soruşturma yapıldığı söylenemeyecektir. Ayrıca gerek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar gerekse bu karara karşı yapılan itiraz neticesinde verilen karar incelendiğinde yargı mercilerince ulaşılan sonuçların başvuru sahibinin haberleşme hürriyetinin içerdiği güvenceleri koruyacak şekilde ilgili ve yeterli gerekçeler içerdiği sonucuna da varılamayacaktır.

47. Sonuç olarak soruşturmanın etkili ve özenli şekilde yürütülmesi konusunda kamusal makamlarca üstlenilmesi gereken pozitif yükümlülüğün gerektirdiği şartların somut olayda yerine getirilmediği değerlendirildiğinden Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenen haberleşme hürriyetinin usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

48. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurusunun 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 başvuru 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.”

49. Başvurucu, ihlalin tespitiyle birlikte soruşturmanın yeniden açılması talebinde bulunmuştur. Başvurucu, tazminat talebinde bulunmamıştır.

50. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

51. Somut başvuruda, iletişimin hukuka aykırı şekilde denetlendiğine yönelik şikâyet hakkında etkili ve özenli bir ceza soruşturması yapılmaması nedeniyle haberleşme hürriyeti yönünden devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşılmıştır.

52. Etkili ve özenli ceza soruşturması yapılmaması nedeniyle ulaşılan ihlal kararları üzerine yargı mercilerince atılması gereken adım, soruşturmanın yeniden açılması ve bağımsız, özenli, süratli, etkili şekilde yürütülerek tamamlanmasıdır. Dolayısıyla kararın bir örneğinin bu yönde adımlar atılması amacıyla ilgili yargı mercine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

Haberleşme Hürriyetine İlişkin Kararlar

53. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA

B. Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin usul boyutunun İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin haberleşme hürriyetinin usul boyutunun ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama (soruşturma) yapılmak üzere Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığına (Soruşturma No: 2014/3578) GÖNDERİLMESİNE,

D. 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruçunun 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 10/10/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

*DİN ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN
KARARLAR*



TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

LEVON BERÇ KUZUKOĞLU VE
OHANNES GARBİS BALMUMCİYAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/17354)

Karar Tarihi: 22/5/2019

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Yunus HEPER
Başvurucular	: 1. Levon Berç KUZUKOĞLU 2. Ohannes Garbis BALMUMCİYAN
Vekilleri	: Av. Setrak DAVUTHAN : Av. Sebu ASLANGİL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, başvuruçuların Türkiye Ermenileri Patrikliği Seçimi yapılması taleplerinin reddedilmesinin din özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 30/10/2014 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. Başvuruçular 29/2/2016 tarihinde aynı konuda bir kez daha başvuruda bulunmuş ve bu yeni başvuru 2016/4240 numarasına kaydedilmiştir. 2016/4240 numaralı başvurunun konu bakımından aynı nitelikte bulunmaları nedeniyle 2014/17354 numaralı başvuru ile birleştirilmesine, incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına ve 2016/4240 numaralı dosyanın kapatılmasına 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 13/9/2018 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:

A. Bireysel Başvuru Yapılmadan Önceki Gelişmeler

11. Türkiye Ermenileri Patriği Karakin Kazancıyan'ın 10/3/1998 tarihinde ölümü nedeniyle boşalan patriklik makamına 1961 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe konulan “Patrik Seçim Talimatnamesi”nde belirtilen esaslar (bkz. § 44) çerçevesinde 4/10/1998 tarihinde Başepiskopos Mesrop Mutaftyan seçilmiştir.

12. Patrik Mesrop Mutaftyan'da 2007 yılı yaz aylarından itibaren bazı davranış değişiklikleri görülmüş ve yapılan tıbbi değerlendirmeler neticesinde kendisinin görevini yapamayacak derecede hasta olduğu çeşitli sağlık kuruluşlarınca ifade edilmiştir.

13. 2009 yılının sonlarında mevcut Patrik'in görevlerini yapamaması nedeniyle yeni bir patrik seçilmesi için İstanbul Valiliğine iki ayrı başvuruda bulunulmuştur. 3/12/2009 tarihli ilk başvuru Patrik Vekili Başepiskopos Şahan Sıvacıyan ve Ruhani Meclis Başkanı Başepiskopos Aram Ateşyan (bundan sonra kısaca Ruhaniler olarak adlandırılacaktır) imzalarıyla yapılmıştır. Ruhaniler, Patrik Mutaftyan'ın sağlık sorunları nedeniyle uzun bir süreden beri görev yapamadığını ifade etmişler ve *Türkiye Ermenileri Eş Patriği* unvanıyla yeni bir ruhani önder seçilmesini önermişlerdir. Ruhanilerin dilekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Patrik hazretlerinin seçimle iş başına geldiğini ve Bakanlar Kurulu'nun 02/11/1998 tarih ve 98/11964 sayılı kararnamesiyle kendisine mabet ve ayin haricinde de ruhani kıyafet giymesine izin verildiğini göz önünde bulunduran Türkiye Ermenileri Patrikliği Ruhani Meclisimiz, kadim örf ve adetlerimize gösterdiği saygının bir ifadesi olarak, kendilerinin son nefeslerine dek Patrik olarak tanınacağını ilan etmiştir.

Zat-ı Alilerinizin de takdir buyuracakları gibi, Patrikliğin ve cemaatimizin dini ve hayri işlerinin düzenli olarak yürütülmesinde tam yetkili bir ruhani önderin seçilme gereği hasıl olmuştur. Yine Ruhani Meclisimiz yeni seçilecek olan ruhani önderin ‘Türkiye Ermenileri Eş-Patrik’i’ ünvanıyla seçilmesini, görevini patriklik tam yetkileriyle icra etmesini ve Patrik Hazretleri'nin vefatı durumunda ise ‘Türkiye Ermenileri Patriği’ sıfatıyla hizmetini sürdürmesini bir çözüm yolu olarak görmüştür.

Bu özel ve olağan dışı durumda yapılması öngörülen seçimle ilgili düzenlemelerde bulunmak üzere daha önceki Patrik seçimlerinde olduğu gibi ilimizdeki cemaat ve kilise vakıflarının yönetim kurullarından birer temsilcinin katılımıyla bir istişare toplantısı yapılarak, örf ve adetlerimiz doğrultusunda bir ‘Türkiye Ermenileri Eş-Patrik Seçimi Müteşebbis Heyeti’ oluşturulacaktır.

Müteşebbis Heyet’in üyelerinin kimlikleri Yüksek Makamınıza arz edilecektir.”

14. Başvurucuların da aralarında bulunduğu bir grup 9/12/2009 tarihinde “Türkiye Ermenileri Patrik Seçimi Müteşebbis Heyeti”ni (bundan sonra Siviller olarak adlandırılacaktır) oluşturmuştur.

15. Bundan bir gün sonra 10/12/2009 tarihinde Ruhaniler, bir yazı ile cemaat ve kilise vakıflarının yönetim kurullarından birer temsilcinin katılımıyla yapılan istişari toplantıda teşkil edilen “Türkiye Ermenileri Eş-Patrik Seçimi Müteşebbis Heyeti” üyelerinin kimliklerini İstanbul Valiliğine bildirmişlerdir.

16. 14/1/2010 tarihinde Siviller, başkan sıfatıyla başvurulardan Levon Berç Kuzukoğlu ve yazman sıfatıyla Ohannes Garbis Balmumciyan tarafından imzalanan dilekçe ile yeni patrik seçimi yapılması talebiyle İstanbul Valiliği aracılığı ile İçişleri Bakanlığına başvurmuşlardır. Siviller Patrik Mutaftyan’ın görevini yapamayacak derecede hasta olduğunu ve patriklik makamının fiilen boşaldığını ifade etmişlerdir. Siviller, patrik seçimlerinde ittihaz edilen usul ve esasların kaynağını teşkil eden 1863 tarihli Nizamname-i Milleti Ermeniyan’ın (Nizamname) 2. maddesinin (bkz. § 38) patriklik makamına yenisinin seçilmesini emrettiğini ileri sürmüşlerdir. Sivillerce oluşturulan Müteşebbis Heyete seçilen üyelerin isimleri ile Müteşebbis Heyet tarafından kabul edilen Patrik Seçim Talimatnamesi İstanbul Valiliğine verilmiştir. Siviller seçimin 12/5/2010 tarihinde yapılacağını bildirmişlerdir.

17. İstanbul Valiliği 29/6/2010 tarihli yazısı ile Ruhaniler ve Siviller tarafından verilen dilekçeleri birlikte değerlendirmiştir. Valilik, Sivillerin talebine bir cevap vermeyerek bu talebi zımni olarak reddetmiştir. Valilik, Ruhanilerin talebini ise değerlendirmiş ve Ruhanilerin “eş-patrik” seçilmesi önerisini kabul etmemiş, ancak yeni bir öneride bulunmuştur. Valiliğin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

“...Yapılan müracaatlar ve bu alandaki mevcut düzenlemeler değerlendirildiğinde; Patrik Mesrob II’nin 04/10/1998 tarihinde Patrik seçildiği ve kendisine 02/11/1998 tarih ve 98/11964 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile mabet ve ayin haricinde de ruhani kıyafet giyme izni verildiği, kendisinin halen hayatta olduğu, istifa edemediği, Patrik sıfatının devam ettiği, Patrik seçimine ilişkin düzenlemelerde Patriklik görevinin sağlık sorunları nedeni ile sona ereceğine ve Eş-Patrik seçimine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki Mesrob II’nin vefatına kadar Patrik olarak tanınacağı Ruhani Meclis tarafından da ifade edilmektedir. Bu durumda, Patriklik makamı boşalmadığından yeni Patrik seçimi yapılması veya Eş-Patrik seçimi amacıyla müteşebbis heyet oluşturulmasının hukuki temeli bulunmamaktadır.

Diğer taraftan 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanunun 1. maddesinin ikinci fıkrasında; ‘Hükümet, her din ve Mezhepten münasip göreceği yalnız bir ruhaniye mabet ve ayin haricinde dahi ruhani kıyafeti taşıyabilmek için muvakkat müsaadeler verebilir. Bu müsaade müddetinin hitamında Onun aynı ruhani hakkında yenilenmesi veya başka bir ruhaniye verilmesi caizdir’ şeklinde düzenleme mevcuttur.

Sonuç olarak, Patriklik makamı boşalmadığından yeni seçim yapılamayacağı ve düzenlemelerde Eş-Patrik müessesesi öngörülmediğinden, Patrikhane yetkili organlarınca Patrikliğin ve cemaatin dini ve hayri işlerinin yürütülmesi amacıyla ‘Patrik Genel Vekili’ seçimi yapılabileceği, Patrik Genel Vekili seçilmesi durumunda Bakanlar Kurulu tarafından her din ve mezhepten yalnız bir kişiye verilen mabet ve ayin haricinde de ruhani kıyafet giyme izninin, seçilen Patrik Genel Vekiline devredilip devredilmeyeceği hususunda Patrikhaneniz tarafından talepte bulunulmasının yerinde olacağı değerlendirilmiştir...”

18. İstanbul Valiliğinin kararı üzerine 1/7/2010 tarihinde Türkiye Ermenileri Ruhaneler Genel Meclisi tarafından Başepiskopos Aram Ateşyan *patrik genel vekili* seçilmiştir. 18/8/2010 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla, Aram Ateşyan’ın patrik genel vekilliği görevine devam ettiği sürece kendisine mabet ve ayinler haricinde de ruhani kıyafet giyme izni verilmiştir.

19. Sivillerin Müteşebbis Heyet oluşturulması taleplerinin İstanbul Valiliğince reddine ilişkin karara karşı başvuruçular, İstanbul 3. İdare Mahkemesinde iptal davası açmışlardır. Başvuruçular, idarenin red gerekçesinin tamamının mevcut patrik seçimi düzenlemesine dair talimatnameler ve cemaat geleneklerine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruçular öncelikle Ermeni cemaatinin geleneklerinde eş-patrik müessesesinin olmadığını ve dolayısıyla kendilerinin de böyle bir taleplerinin bulunmadığını, mevcut patrik görevlerini yapamadığı için onun görevden ayrılmış sayılmasına karar verilerek yeni patrik seçilmesini talep ettiklerini ifade etmişlerdir. Başvuruçular, 1863 tarihli Nizamname'nin *çeşitli nedenlerle* patriklik makamının boşalması hâlinde yeni patriğin seçileceğine ilişkin 2. maddesi uyarınca yeni bir patrik seçilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruçular; idarenin Siviller ile herhangi bir görüşme yapmadığını, idarenin ileri sürdüğünün aksine *patrik genel vekili* görevlendirilmesinin daha doğru olacağı yönünde Ermeni cemaati içinde görüş birliği bulunmadığını savunmuşlardır. Başvuruçular, *patrik genel vekili* seçimi yapılmasının uygun olacağı kanaatine yalnızca Ruhani Meclis tarafından yapılan temaslar sonucu ulaşıldığını, Ermeni cemaatinin büyük çoğunluğunun Ruhani Meclis ve dolayısıyla idarenin bu görüşüne karşı olduğunu ve nitekim "*Patriğimi seçmek istiyorum*" inisiyatifinin 5.500 imza topladığını belirtmişlerdir. Başvuruçular, mevcut ve önceki patrik seçimlerine dair Bakanlar Kurulu kararı ve eki talimatnamelere göre patrik seçiminin sadece Ruhaniler tarafından değil aksine çoğunluğu Sivillerden oluşan Delegeler Meclisince yapılması gerektiğini ifade etmişlerdir.

20. İstanbul 3. İdare Mahkemesi 27/3/2012 tarihli kararı ile davayı reddetmiştir. İlk derece mahkemesine göre yeni patrik seçimi 1863 tarihli Nizamname'ye ve sonraki dönemde uygulanagelen talimatnamelere göre patriğin ölümü ve istifası ya da çeşitli nedenlerle patriklik makamının boşalması durumunda mümkündür. Mahkeme 4/10/1998 tarihinde patrik seçilen Mesrop Mutaftyan'ın hayatta olduğunu, istifa da edemediğini ve dolayısıyla patriklik makamında oluşmuş bir boşalmanın söz konusu olmadığını vurgulamıştır. Mahkeme, Mesrop Mutaftyan'ın patriklik sıfatının devam ettiğini ve yeni patrik seçimi yapılabilmesine olanak bulunmadığını belirtmiş ve seçim yapılması talebinin reddine dair kararda hukuka ve mevzuata aykırı bir durum görmemiştir.

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

21. İlk derece mahkemesi, kararın gerekçesinde ayrıca -kendisinin önünde açılmış bir dava olmadığı hâlde- patrikliğın ve cemaatin dinî ve hayri işlerinin yürütülmesi amacıyla *patrik genel vekili* seçilmesinin ve Bakanlar Kurulu kararıyla mabet ve ayınler haricinde de ruhani kıyafet giyme izninin verilmesinin hukuka aykırı olmadığını ifade etmiştir.

22. İlk derece mahkemesinin kararı başvuruclar tarafından temyiz edilmiş, Danıştay 10. Dairesi 23/11/2015 tarihinde temyiz talebinin reddine karar vermiştir. Karar 3/2/2016 tarihinde başvuruclara tebliğ edilmiştir.

23. Başvuruclar ilk olarak 30/10/2014 tarihinde ve ikinci kez 29/2/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Her iki başvuru birleştirilmiştir (bkz. § 6).

B. Bireysel Başvuru Yapıldıktan Sonraki Gelişmeler

24. İstanbul 4. Sulh Hukuk Mahkemesinin 8/3/2016 tarihli kararıyla hastalık nedeniyle 84. Patrik Mesrop Mutaşyan'ın kısıtlanmasına ve annesi Mari Mutaşyan'ın vasi olarak atanmasına karar verilmiştir.

25. Patriğin kısıtlanması kararı verilmesini müteakip 1/7/2010 tarihinde patrik vekilini seçen (bkz. § 18) Patriklik Ruhaniler Genel Meclisi 14/10/2016 tarihli kararı ile mevcut durumun değerlendirilmesi için bir toplantı yapılmasına karar vermiştir. 26/10/2016 tarihinde Patrik Genel Vekili Başepiskopos Aram Ateşyan'ın davetiyle gerçekleştirilen yeni bir toplantıda, hasta olan patriğin mevcut mahkeme kararı ve rapor doğrultusunda *Patrik Emeritus* (Emekli Patrik) ilan edilerek patriklik makamının münhal olduğu ilan edilmiştir.

26. Patriklik Ruhaniler Genel Meclisi, Başepiskopos Aram Ateşyan'ın da katılımıyla 15/3/2017 tarihinde toplanarak bir oylama yapmış ve boşalan Türkiye Ermenileri Patriklik makamına yeni patrik seçilinceye kadar patrikliğın olağan işlerini ve patrik seçimi sürecinin yürütülebilmesi için Başepiskopos Karekin Bekçian'ı (Dikran Bekçioğlu) *Patrik kaymakamı* olarak seçmiştir. Nizamnamenin ikinci maddesine göre seçilen patrik kaymakamı, yeni bir patrik seçilinceye kadar patrikliğın tüm idari ve dinî yetkilerini kendinde toplamaktadır (bkz. § 38).

27. Patriklik Ruhaniler Genel Meclisi 28/6/2017 tarihinde yeni bir toplantı yapmış ve -patrik kaymakamı seçilmiş olduğu gerekçesiyle- 1/7/2010 tarihli Ruhaniler Genel Meclis kararıyla patrik genel vekili seçilen Başepiskopos Aram Ateşyan'ın patrik genel vekilliği ile görevin kendisine tanınmış olduğu tüm yetki ve sorumlulukların sona erdiğini ilan etmiştir. Patriklik Ruhaniler Genel Meclisinin kararı 29/6/2017 tarihinde İçişleri Bakanlığına bildirilmiştir.

28. Örf, adet ve mevzuat gereği Patriklik Kaymakamı tarafından Ermeni cemaati kurumlarına yönelik çağrı üzerine 4/7/2017 tarihinde patrikhanede yapılan toplantıda 85. Patrik Seçimi sürecini takip ve intaç edecek olan Müteşebbis Heyetine seçimle on yedi üye belirlenmiştir. Söz konusu Heyet 10/7/2017 tarihli toplantıda görev bölümü yapmıştır.

29. Son olarak Müteşebbis Heyet, yaptığı çalışmalar sonucu eski kararname ve talimatnameler ışığında ruhani delegelerin seçim günü olarak 9/12/2017; sivil delegelerin seçim günü olarak ise 10/12/2017 tarihlerini belirlemiştir. Müteşebbis Heyet, delegelerden oluşan İntihap Heyeti eliyle Türkiye Ermenileri 85. Patriğinin seçiminin yapılmasını öngörmüştür. Müteşebbis Heyet 9/8/2017 tarihli yazı ile Heyet üyelerinin kimlik bilgilerini, üyelerin iş bölümlerini, seçim günlerini İçişleri Bakanlığına bildirmiş ve seçimle ilgili önceki talimatnameler ışığında Bakanlıkça gereğinin ifasını talep etmiştir.

30. İçişleri Bakanlığının Müteşebbis Heyetin talebi hakkında hiçbir cevap vermemesi üzerine Ruhani Meclis Başkanı Episkopos Sahak Maşalyan, Patrik Kaymakamı Başepiskopos Karekin Bekçiyen ve Patrik Seçimi Müteşebbis Heyeti II. Başkanı Hosrof Köletavitoğlu'nun ortak imzasıyla verilen 28/11/2017 tarihli bir dilekçe ile Müteşebbis Heyetin 9/8/2017 tarihli yazısına konu talep yenilenmiştir.

31. İstanbul Valililiği aracılığıyla İçişleri Bakanlığınca 5/2/2018 tarihinde Müteşebbis Heyetin dilekçelerine cevap verilmiştir. Türkiye Ermenileri Patrikhanesine hitaben verilen cevabın ilgili kısmı şöyledir:

“Sayın Mesrob Mutaşyan'ın 14/10/1998 günü Patrik olarak seçildiği, ayrıca 1/11/1998 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile mabed ve ayin haricinde de dini kisve giymesine izin verildiği, ancak 2008 yılında Türkiye Ermenileri

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

patriği Mesrob Mutaşyan'a 'Frontotemporal Demans' teşhisi konulduğu, İçişleri Bakanlığının 27/6/2010 tarih ve 3708 sayılı yazıları ile patrikhane yetkili organlarınca talep edilmesi halinde patrikliğin ve cemaatin dini ve hayri işlerinin yürütülmesi amacıyla 'Patrik Genel Vekili' seçimi yapılabileceğinin Patrikhane'ye bildirildiği, böylece Patrikhane yetkili organlarınca usulüne uygun olarak yapılan talep neticesinde Aram Ateşyan'ın 1/7/2010 tarihinde Patrik Genel Vekili olarak seçildiği, 18/8/2010 tarihli ve 853 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Aram Ateşyan'a dini kisve giymesi müsaadesi verildiği, aynı Bakanlar Kurulu kararı ile II. Mesrob Mutaşyan'ın ise dini kisve giyme izninin ise iptal edildiği, Patrik Genel Vekili Aram Ateşyan'ın hali hazırda görevine devam ettiği,

18/9/1961 tarihli ve 1654 sayılı Bakanlar Kurulu ekindeki Patrik seçim talimatnamesi çerçevesinde Patrik seçiminin yapıldığı, 1961 tarihli Patrik Seçim Talimatnamesi sonrasında yapılan seçimlerde ve Patrik seçimlerindeki uygulamada da patriğin ölümü, istifası ve diğer nedenlerle boşalması durumunda yeni patrik seçilmesinin mümkün olduğu, Patrik makamının boşalmasına imkan sağlayan diğer nedenler arasında ise sağlık sorunlarının sayılamayacağına dair yargı kararları bulunduğu, tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, patriklik makamının boşalması durumunda ancak bir patrik kaymakamının seçilebileceğinin aşikar olduğu; Karekin Bekçiyân'ın Patrik Kaymakamı seçilmesine ilişkin tüm işlemlerin hukuken mutlak butlan olduğu, bu itibarla hukuken geçerliliği bulunmayan sözde Patriklik Kaymakamının da Patrik Genel Vekilliğine ilişkin aldığı iddia ettiği tüm kararların da mutlak butlan ile geçersiz olduğu,

Bu nedenle hali hazırda, 18/9/1961 tarihli Bakanlar Kurulu Kararının ekindeki Patrik Seçim Talimatnamesinin ve İçişleri Bakanlığının 27/6/2010 tarih ve 3708 sayılı yazısının, yine Bakanlar Kurulu'nun 18/8/2010 tarih ve 853 sayılı kararının geçerliliğini sürdürmekte olduğu..."

32. İçişleri Bakanlığının 5/2/2018 tarihli yazısı üzerine Ermeni Cemaatine mensup bir kişi olan Harun Özer tarafından İçişleri Bakanlığının 2/2/2018 tarihli ve 844 sayılı işleminin iptali için idari dava açılmıştır. Davacı, kalıcı sağlık sebepleri nedeniyle patriklik dinî ve yönetsel görevini yerine getiremeyen ve emekliye ayrılmasına karar verilen Mesrop Mutaşyan'dan boşalan patriklik makamına yeni Türkiye

85. Ermenileri Patriği seçimi yolunda vaki başvuruları reddeden işlemin iptalini talep etmiştir. Dava Ankara 8. İdare Mahkemesinde derdesttir.

33. Türkiye Ermenileri 84. Patriği Mesrob II 8/3/2019 tarihinde vefat etmiştir. Patrikhane, bireysel başvurunun görüşüldüğü tarihte henüz yeni patriğin seçimine ilişkin sürece dair herhangi bir resmî açıklama yapmamıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

34. Türkiye Ermenileri Patriği Seçimi, Patrikhanenin organları, bu organların işleyişleri, Patrikhane bünyesinde bulunan hayri ve sosyal birimlerin işleyişleri ile Kudüs Patrikliğine dair hükümler 1863 tarihli ve 99 maddeden ibaret Nizamname ile düzenlenmiştir. Anılan Nizamname'nin 1. ila 7. maddelerinde patrik seçimine ilişkin hükümler yer almaktadır. 2. maddede, patriğin ölümü ve kendi isteği ile görevden ayrılması (istifa) ve sair sebeplerle patriklik makamının boşalması durumunda yeni patriğin seçiminde izlenecek yöntem gösterilmiştir. Nizamname, Osmanlı millet sistemi esas alınarak düzenlenmiştir. Osmanlı millet sistemi herhangi bir ayırım gözetmeksizin Müslümanları bir millet kabul ederken diğer gayrimüslim topluluklardan her birini de ayrı milletler olarak kabul etmiştir.

35. Nizamname'nin dibacesinde Osmanlı Devleti'nin gayrimüslim uyruğunun eşit olduğu, bununla birlikte her dinî topluluğun kendine mahsus özel alışkanlıklarının, usulünün ve özel adetlerinin bulunduğu ve bu nedenle "*Ermeni milleti*" (karışıklığı önlemek için *millet* sözü yerine bundan sonra bağlamına göre *toplum* veya *cemaat* terimleri kullanılacaktır) için bu Nizamname'nin hazırlanması gerektiğinden bahsedilmiştir. Dibaceye göre Ermeni patriği, Ermeni toplumunun başkanı ve özel durumlarda yüksek devletin buyruklarının aracısıdır. Patrikhanede dinî işler için bir Ruhani Meclisin ve dinî işler dışında kalan işler için bir Cismani Meclisin bulunduğu belirtilmiş ve gerektiğinde bu iki Meclisin birleşerek Karma Meclisi oluşturacağı açıklanmıştır. Gerek patriğin gerekse bu meclislerin üyelerinin, toplumun güvenilir kişilerinden oluşan bir Genel Meclis tarafından

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

seçileceği ifade edilmiştir. Dibacede ayrıca söz konusu edilen Meclislerin görev tanımları konusunda yeterli düzenleme olmadığından, çeşitli uygunsuzlukların ortaya çıktığından bahsedilmiştir. Dibace’de, Yüksek Islahat Fermanı hükümlerine atıf yapılmış ve 6-18 Şubat 1856 tarihli Hatt-ı Humayun hükmünce her cemaatin sahip olduğu ayrıcalıkların ve bağımsızlıkların zamanın getirdiği çağdaş medeniyetin ve günün bilgilerinin gereklilikleri ile yorumlanması ihtiyacı ortaya konulmuştur. Dibaceye göre Nizamname Ermeni toplumunun güvenilir kişilerinden oluşturulan bir komisyon tarafından hazırlanmıştır.

36. Nizamname’nin dibacesinin dördüncü bendinde Ermeni toplumunu vekâleten temsil ederek “*Millet Heyeti*” mertebesinde bulunan ve adı geçen ortak görevlerin kanuna uygun şekilde yapılmasını ve tamamlanmasını gözetmek ve önlemler almak üzere görevlendirilen yönetime “*Millî İdare*” ismi verildiği ifade edilmiştir. Beşinci bentte yönetimin *millî* olması için milletvekilliği usulüne göre seçilmesinin gerektiği ifade edilmiştir. Altıncı bentte ise toplumun vekilliği sistemine göre kurulan yönetim esasının gereklilik ve hukuk ilkelerine dayanan adalet ilkesi ve çoğunluğun iradesi ile karar almasına dayanan yasallık ilkesi olduğu ifade edilmiştir.

37. Nizamname’nin 1. ila 7. maddelerinde İstanbul Ermeni Patriğinin seçimi ile ilgili kurallar yer almaktadır. Birinci maddede patrik olarak seçilecek kişinin Ermeni toplumunun bütün meclislerinin başkanı ve yürütme gücünün sahibi, özel durumlarda Osmanlı devletinin kanunlarının uygulayıcısı olduğu ifade edilmiştir. Patrik adayının bütün Ermeni toplumunun güvenini, itibarını kazanmış olması ve her yönüyle bu makama layık olacak özelliklerde, haysiyetli ve eskiden beri patrikliğe mahsus olan episkopos sınıfından olmasıyla birlikte Osmanlı devletinin de tam emniyet ettiği kişilerden ve en az babasından beri Osmanlı uyruğundan bulunması ve otuz beş yaşını tamamlamış olması gerektiği belirtilmiştir. Kural şöyledir:

“Birinci madde: Dersaadet Patriği intihab olunacak zat bilcümle millet meclislerinin riyasetini ve kuvve-i icraiyyesini haiz olarak ahval-i mahsusada devlet-i aliyyenin vasıta-i tenfiz-i ahkâmı olduğundan umum milletin emniyet ve itibarını calib olmak için her ne cihetle bu makama layık olacak evsaf

ve haysiyet ile muttasıf ve ez-kadim patrikliğe mahsus olan piskoposların sınıfından bulunmasıyla beraber devlet-i aliyyenin dahi emniyet-i kamilesine şayan zevatdan ve la-ekal pederinden beri asl-ı tebea-i devlet-i aliyyeden bulunması ve otuz beş yaşını tekmil etmiş olması lazımdır.”

38. Nizamname’nin ikinci maddesi patriğin ölümü ve istifası ya da sair sebeplerle patriklik makamının boşalması durumunda Ruhani ve Cismani Meclislerin birleşip bir kaymakam seçeceği ve onaylanmasını Babiali’den isteyeceği kuralına yer vermiştir. İstanbul patriğinin Genel Meclis tarafından seçileceği ancak Ruhani ve Cismani Meclislerin seçilecek kişilerin hak ettikleri dinî derecelerinin ve isimlerin yer aldığı bir liste düzenleyerek oylarını açıklamaya haklarının bulunduğu belirtilmiştir. Kuralın ilgili kısmı şöyledir:

“İkinci madde: Patriğin vefatı ve istifası cihetiyle veyahut esbab-ı saireye mebni patriklik makamının halli vukuunda ruhani ve cismani meclisleri birleşerek kaimmakamlık etmek üzere bir zata karar verip tasdikini Babialiden istida eder. Dersaadet patriği meclis-i umumide intihab olunur fakat ruhani ve cismani meclislerinin intihab olunan zevatın derece-i istihkakları hakkında bir kıta esami defteri tanzimiyle beyan-ı rey etmeye hakları vardır...”

39. Nizamname’nin üçüncü maddesinde devletin emrine uygun olarak seçim bittiğinde görevli meclis tarafından hazırlanan tutanağın imzalanarak patrik kaymakamı tarafından Babiali’ye takdim edileceği ve padişah tarafından uygun görüldüğünde seçilen kişinin patrik rütbesini alacağı ve atanacağı ifade edilmiştir. Kural şöyledir:

“Üçüncü madde: Emr-i intihab reside-i hitam oldukda bir kıta mahzar kaleme alınarak huzzar-i meclis tarafından imza ve kaimmakam-ı mumailiyh vasıtasıyla Babialiye takdim kılınır ve ez-kadim olageldiği vechle irade-i seniyyeye tevafuk eylediği halde patrik nasb ve tayin kılınır.”

40. Nizamname’nin sekizinci maddesinde İstanbul patriğinin görevi ile ilgili açıklamalara yer verilmiştir. Patriğin görevinin Nizamname hükümlerine göre hareket etmek ve söz konusu Nizamname’nin çeşitli işlerle ilgili hükümlerinin tamamen uygulanmasına dikkat ve nezaret etmek olduğu ifade edilen kuralın ilgili kısmı şöyledir:

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

“Sekizinci madde: Patriğin vazifesi nizamname-i esası ahkamına imtisalen hareket ve bir de nizamname-i mezkûrun kaffe-i mevadd-ı müteferriasının temami-i icrasına dikkat ve nezaret eylemek hususlarından ibaretdir...”

41. Nizamname'nin yirmi dördüncü maddesinde Ruhani Meclise ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Kurala göre Ruhani Meclis; din adamı ve bilgili, otuz yaşını doldurmuş ve en az beş yıl önce rahiplik ve papazlık rütbesini almış on dört kişiden oluşur. Kural şöyledir:

“Yirmidördüncü madde: Meclis-i Ruhanî ehl-i kiliseden ve erbab-ı vuküftan olarak otuz yaşını tekmil etmiş ve la-akall beş sene mukaddem rahiblik veya papazlık rütbesini ihraz etmiş olan on dört neferden mürekkebirdir.”

42. Nizamname'nin yirmi sekizinci maddesinde Ruhani Meclisin görevleri sayılmıştır. Buna göre cemaatin dinî işlerini yönetmek, dinî inancını desteklemek ve güçlendirmek, Ermeni kilisesinin inanç esaslarını, gelenek ve göreneklerini bozulmaktan korumak, kiliselerin ve kilise ilgililerinin düzenli olmasına dikkat etmek, kilise ilgililerinin mevcut durumlarını iyileştirmek, gelecekteki durumlarını sağlamlaştırmak ve geliştirmek, cemaatin okullarını zaman zaman denetleyerek dinî eğitim konusuna dikkat etmek ve becerikli, yetenekli rahip ve papazlar yetiştirmek, ortaya çıkan dinî meseleleri araştırıp yürürlükteki kilise usullerini uygulayarak çözüp sonuca bağlamak Ruhani Meclisin görevleri arasında sayılmıştır.

“Yirmisekizinci madde: Meclis-i Ruhani'nin vezaifi milletin umûr-u ruhaniyyesine nezaret ve itikadat-ı mezhebiyyeyi milletçe terovic ve tahkim ve Ermeni Kilisesi'nin akaid ve rivayat-ı meriyyesini ihlalden muhafaza ve kiliseler ile ehl-i kilisenin bir hal-i muntazamda bulunmalarına sarf-ı dikkat ve taife-i ruhbanın gerek ahval-i hazıralarının ıslahına ve gerek ahval-i müstakbelelerinin istihsal-i esbab-ı teminiyyesine devam ve ikdam ve mekatib-i milliyyeyi vakit vakit muayene ile talim-i mezheb hususuna bezl-i dikkat eylemek ve ehliyyet ve kabiliyyetiyle muttasıf rahib ve papazlar yetiştirmek ve milletçe tekevvün eden mesail-i mezhebiyyeyi bi't-tahkik usul-i meriyye-i kiliseye tatbikan hal ve tesviye etmek hususlarından ibarettir.”

43. Nizamname'nin elli yedinci maddesinde Genel Meclisin yüz kırk üyeden oluştuğu, yirmi üyenin Ruhanilerden ve yüz yirmi üyenin Sivillerden oluşacağı hüküm altına alınmıştır.

“Elliyedinci Madde: Meclis-i Umumi yüz kırk azadan mürekkebirdir. Aza-yı merküme üç kısım olup birinci kısmı olarak bir subu’u ki yirmi neferi İstanbul’da bulunan ehl-i kilise tarafından intihab olunan ehl-i kilise. İkinci kısmı olarak ikinci subu’u olan kırk neferi ki taşralardan gelecek milletvekilleridir. Üçüncü kısmı olarak dört subu’u yani seksen neferi Dersaadet kilise cemaatleri taraflarından intihab olunan vekilleridir.”

44. Cumhuriyet Dönemi’nde 1950, 1961, 1990 ve 1998 yıllarında olmak üzere dört defa Türkiye Ermenileri Patrik Seçimi yapılmıştır. Bu seçimlerde uygulanan prosedür özü aynı kalmakla beraber günümüze kadar geçerliliğini korumuştur. 18/9/1961 tarihli ve 511654 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle bir defaya mahsus olarak ve atıye ilişkin hiçbir hukuki hüküm ifade etmemek üzere yürürlüğe giren Patrik Seçimine İlişkin Talimatname (Talimatname), 1990 ve 1998 tarihli Patrik seçimlerinde de aynen uygulanmıştır. Cumhuriyet Dönemi’nde gerçekleştirilen son iki seçimde İçişleri Bakanlığına Patriklik seçimi yapılacağı bildirilmiş, bu bildirimle birlikte seçimde 1961 tarihli söz konusu Talimatname’nin kullanılacağı da ifade edilmiştir. Son iki seçimde İçişleri Bakanlığı, bahse konu Bakanlar Kurulu Kararnamesi gereğince Talimatname’nin uygulanmasının uygun olduğunu bildirmiştir. Talimatname’nin ilgili hükümleri şöyledir:

“Madde 1: Münhal bulunan Türkiye Ermenileri Patrikliği makamı için yapılacak olan yeni patrik seçimi işbu talimatname ile tespit olunan esaslar dairesinde icra edilecektir...

Madde 2: İstanbul Valiliğince yukarıda zikri geçen tezkere ile verilen talimat gereğince, seçime tekaddüm eden günlerde ve seçim gününde seçim propagandası yapmak kat’iyyen yasaktır.

Madde 3: Patrik seçimine iştirak edecek olan sivil delegelerin seçimi 11/10/1998 günü Ermeni kiliselerinin mütevelli heyetleri odalarında Ermeni cemaati mensuplarının oyları ile ve aşağıdaki maddeler gereğince yapılır.

Madde 4: İstanbul’da ve taşrada mevcut her bir Ermeni kilisesi mütevelli heyeti mıntkası bir seçim bölgesi addolunur ve her seçim bölgesinde civarındaki cemaat adedine göre hesaplanarak, ilişik listeye dercedilen adette (bir veya birden ziyade) sivil delege seçilir.

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Madde 5: Her kilisenin mütevelli heyeti kendi mıntıkasından seçilecek delegeler seçimini idare etmek üzere, bir bölge seçim komisyonu teşkil eder. Bu seçim komisyonları kilise mütevelli heyetleri azaları ile cemaatten davet edilecek iki veya üç şahıstan teşekkül eder...

Madde 8: Delegeliğe namzet olabilmek için aşağıdaki şartlara haiz olmak gerekir.

a) Ermeni Kilisesine mensup olmak

b) Otuz yaşını ikmal etmiş bulunmak

c) Okur yazar olmak

d) Mahkumiyet ve amme hizmetlerinden mahrumiyet gibi seçilebilmek için kanuni manileri bulunmamak...

Madde 10: Taşradaki kilise bölgelerinden seçilecek olan delegelerin delegelik sıfatları mahalli seçim şartlarına göre, mahalli mütevelli heyetlerince hazırlanacak mazbatalara göre tesbit ve tasdik olunur. Taşradaki kiliseler çevresinden seçilecek delegelerin İstanbul'da mukim kimseler arasından da gösterilmesi mümkündür.

Madde 11: Seçmen olabilmek için aşağıdaki şartlara haiz olmak lazımdır;

a) Ermeni kilisesine ve aynı bölge cemaatine mensup olmak,

b) Nüfus hüviyet cüzdanına göre 21 yaşını ikmal etmiş bulunmak,

c) Oyunu kullandığı sırada hüviyetini nüfus cüzdanı ile tevsik etmek.

d) Mahkumiyet ve amme hizmetinden memnuiyet gibi, seçime iştirak için kanuni

manileri [bulunmamak].

Madde 12: Her seçmen oyunu yalnız kendi ikametgahı seçim bölgesinde ve bizzat kullanır....

Madde 17: Oturdukları mahallede ermeni kilisesi bulunmayan cemaat mensupları oylarını mahallerine en yakın kilisede kullanacaklardır. Ancak, bunların isimlerini daha evvel o kilisenin seçmen kütüğüne kaydettirmeleri icap eder.

Madde 18: Seçim bölgelerinde yapılacak seçim masrafları kadim teamül vechile kiliseler sandıklarından tesviye olunacaktır.

Madde 19: İlişik Listede gösterilen adette patrik seçimine katılacak olan ruhani delegeler İstanbul'da mevcut ve Ermeni Kilisesine mensup bütün ruhanilerin 9/10/1998 günü patrikhanede yapacakları toplantıda gizli oyla seçilir.

Madde 20: 18 inci [madde] seçilecek olan ruhanilerin en az beş seneden beri ruhaniyet silkine dahil bulunmuş olmaları ve otuz yaşını ikmal etmiş bulunmaları şarttır.

Madde 21: Yeni Patrik yukarıdaki maddelerde belirtilen şekilde cemaatçe ve ruhaniler tarafından seçilen ruhani ve sivil delegeler tarafından aşağıdaki gösterilen şekilde seçilir.

Madde 22: 19 ncu maddede 9/10/1998 günü toplanacağı belirtilen ruhaniler heyeti patrik seçimine iştirak edecek olan ruhani delegeleri seçtikten sonra, durumları patrik seçmeye müsait olan bir listesini de hazırlayarak, patrikhane ruhani meclisinde ve patrik seçimi müteşebbis heyetinde müzakere edilerek bunlar tarafından hazırlanacak olan 5 kişilik patrik namzetleri nihai listesinin tanzimine esas olmak üzere, bu listeyi patrik vekiline tevdi eder.

Madde 23: Patrik namzedi listesine dahil edilecek ruhanilerin aşağıdaki şartlara haiz olmaları lazımdır.

- a) Babadan Türk olmak.*
- b) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin itimadına mazhar olmak.*
- c) Episkoposluk rütbesine haiz olmak.*
- d) 35 Yaşını ikmal etmiş bulunmak.*
- e) Mahkumiyet ve amme hizmetinden memnuiyet gibi, seçilmeye mani halleri bulunmamak.*
- f) Patriklik vazifesini layıkile yapabilecek iktidar ve ehliyetinde bulunmak.*

Madde 25: Yeni seçilecek patrik 22 inci madde gereğince hazırlanan 5 kişilik namzet listesine dahil ruhaniler arasında seçilir. Delegeler bu liste dışında kalan ruhanilere de oy vermekte serbest olmakla beraber, namzet

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

listesi haricinde kendilerine oy verilecek ruhanilerin 22 inci madde gereğince ruhaniler heyeti tarafından hazırlanmış olan ilk listeye dahil bulunmuş olmaları şarttır.

Madde 27: Oyların ekseriyetini kazanan namzet Türkiye ermenileri patriği add ve ilan olunur.

Madde 29: Seçim mazbatasının nüshaları kendisine tevdi edilecek olan patrik vekili seçimin neticesini hükümete arz ederek, Kisve kanunu gereğince, yeni seçilen patriğe mabet dışında ruhani kisve giyebilmesi için izin ister.

Madde 30: Yeni patriğe patriklik esasının tevdi ve yemin merasimi patrikhanece tesbit edilecek bir gün ve saatte yine Kumkapı'daki Meryem Ana kilisesinde icra olunur. Yeni patrik tespit edilecek gün ve saatte yapılacak ayin esnasında, kilise mihrabının önünde şu şekilde yemin eder: 'Vazifemi Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına, nizamlarına ve örf ve adetlerimize uygun olarak ifa edeceğime, cemaatimize ait dini, hayri ve içtimai müesseselerin hak ve menfaatlerini koruyacağıma, dindaşlarıma hak, hakikat ve fazilet yolunda rehber olacağıma ve bu yoldan sadakatle hizmet edeceğime huzuru ilahide söz veririm.'

Bundan sonra patrik vekili tarafından yeni patriğe patriklik esası tevdi ve kendisi tebrik olunur."

45. Patrik Seçimi Müteşebbis Heyetinin oluşturulması usulüne de değinmek gerekir. Talimatname'de Müteşebbis Heyetin nasıl kurulacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Cumhuriyet Dönemi'nde yapılan patrik seçimleri için oluşturulan Müteşebbis Heyetler şu şekilde teşekkül etmiştir: Ermeni cemaatine mensup ve sayısı kırk civarında olan (hastahane, yetimhane ve kiliseler gibi) vakıfların seçimle işbaşına gelen Mütevelli Heyetlerinin temsilcileri patrikhanede bir toplantı yaparak cemaat mensubu, bilgi birikimi ile temayüz etmiş kişileri aday göstermiş; adayların oylanması sonucu seçilen en az on beş üyeden oluşmuştur.

B. Uluslararası Hukuk

46. Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi (MSHS)'nin 18. maddesinin (1), (2)ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir.

2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamaz.

3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir.

47. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü" kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.

48. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) din özgürlüğünü Avrupa kamu düzeninin temel unsuru olan demokrasinin en önemli ilkelerinden biri olarak kabul etmektedir. AİHM, Yunanistan'a karşı Kokkinakis (Kokkinakis/Yunanistan, B. No. 14307/88, 25/5/1993, § 31) kararında Sözleşme'nin 9. maddesindeki özgürlüğün çoğulcu demokratik toplum açısından önemini şu şekilde ortaya koymuştur:

"9. maddede korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşme'deki anlamıyla 'demokratik toplum'un temel taşlarından biridir. Bu özgürlük dini boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam biçimlerini şekillendiren en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra, aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve din karşısında kayıtsız

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

kalanlar için de çok kıymetli bir değerdir. Yüzyıllar süren bir mücadele sonucunda, büyük bir bedelle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır.”

49. AİHM, *Bulgaristan’a karşı Müslüman Cemaatin Yüksek Diyanet Konseyi/ Bulgaristan* (B. No: 39023/97, 16/12/2004, § 93) kararında inanç grupları arasındaki meselelerin çözümünde devletin tarafsız davranmasının ve diyalog yollarını daima açık tutmasının demokratik toplumdaki önemine dikkat çekmiştir:

“Mahkeme, dini cemaatlerin özerk varlıklarının demokratik bir toplumdaki çoğulculuk için kaçınılmaz olduğunu hatırlatmaktadır. Demokratik toplumda birarada bulunan farklı dinler ve dini grupların menfaatlerini uzlaştırmak için Devlet’in girişimde bulunması gerekli olabilir, ancak Devletin düzenleyici yetkisini kullanırken ve farklı dinler, mezhepler ve inançlarla ilişkiye girerken nötr ve tarafsız olma ödevi vardır. Buradaki mesele, çoğulculuğun ve temel özelliklerinden birisi bir ülkenin problemlerini usandırıcı oldukları zaman bile diyalog yoluyla çözümleme imkanını sunması olan demokrasinin düzenli işleyişini muhafaza etmektir (bkz. Kokkinakis/Yunanistan, § 33; Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri/Moldova, B. No. 45701/99, 13/12/2001, § 123; Hasan ve Chaush/Bulgaristan, B. No: 30985/96,26/10/2000, § 78)”

50. Lozan Antlaşması’nda Ermenilerle ilgili özel hükümler bulunmamaktadır. Ermenilerin statüsü, diğer Müslüman olmayan azınlıklar gibi Lozan Antlaşması’nın 37. ve 45. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Lozan Antlaşması’nda azınlıkların durumunun ele alındığı maddelerin ilgili kısımları şöyledir:

“Madde 37: Türkiye, 38’den 44’e kadar olan Maddelerde musarrah ahkâmın kavanini asliye şeklinde tanınmasını ve hiç bir kanun, hiç bir nizam ve hiç bir muamelei resmiyenin bu ahkâma münafi veya muarız olmamasını ve hiç bir kanun, hiç bir nizam ve hiç bir muamelei resmiyenin ahkâmı mezkûreye ihrazi tefevvuk etmemesini taahhüt eder.

Madde 38: Türkiye Hükümeti, tevellüt, milliyet, lisan, ırk veya din tefrik etmeksizin Türkiye ahalisinin kâffesine hayat ve hürriyetlerince himaye-i tamme ve kâmile bahşetmeyi taahhüt eder.

Türkiye'nin bütün ahalisi intizamı âm ve adabı umumiye ile gayri kabili telif olmayan her din, mezhep veya itikadın gerek umumî ve gerek hususî surette serbestii icrası hakkına malik olacaklardır. Gayri müslim akalliyetler, bütün Türk tebaasına tatbik edilen ve Türkiye Hükümeti tarafından müdafaa-i milliye veya intizamı âmın muhafazası için memleketin her tarafında veya bir kısmında ittihaz edilen tedabir mahfuz kalmak şartıyla serbestli seyrü sefer ve hicretten tamamıyla istifade edeceklerdir.

Madde 39: Gayri Müslim akalliyetlere mensup Türk tebaası, Müslümanların istifade ettikleri aynı hukuku medeniye ve siyasiyeden istifade edeceklerdir.

Türkiye'nin bütün ahalisi din tefrik edilmeksizin kanun nazarında müsavi olacaklardır.

Din, itikat veya mezhep farkı hiç bir Türk tebaasının hukuku medeniye ve siyasiyeden istifadesine ve bilhassa hidematı umumiyeye kabulüne, memuriyete ve meratibe nailiyetine veya muhtelif mesaliki ve sanayii icra etmesine bir mania teşkil etmeyecektir...

Madde 40: Gayrimüslim akalliyetlere mensup olan Türk tebaası hukuken ve fiilen diğer Türk tebaaya tatbik edilen aynı muamele ve aynı teminattan müstefit olacaklar ve bilhassa, masrafları kendilerine ait olmak üzere her türlü müessesatı hayriye, diniye veya içtimaiyeyi, her türlü mektep ve sair müessesatı talim ve terbiyeyi tesis, idare ve murakabe etmek ve buralarda kendi lisanlarını serbestçe istimal ve âyini dinilerini serbestçe icra etmek hususlarında müsavi bir hakka malik bulunacaklardır.

Madde 42. ... Türkiye Hükümeti mezkur akalliyetlere ait kiliselere, havralara, mezarlıklara ve sair müessesatı diniyeye her türlü himayeyi bahşeylemeyi taahhüt eder. Aynı akalliyetlerin hali hazırda Türkiye'de mevcut olan evkafına ve müessesatı diniye ve hayriyelerine her türlü teshilât ve müsaadat ita olunacak ve Türkiye Hükümeti yeni müessesatı diniye ve hayriye ihdası için bu kabil sair müessesatı hususiyeye temin edilmiş olan teshilâtı lâzimededen hiç birini diriğ etmeyecektir.

Madde 43: Gayrimüslim akalliyetlere mensup Türk tebaası, ahkâmı itikadiyelerine mugayir veya dinî ayinlerini muhil her hangi bir muamelenin ifasına mecbur tutulmayacakları gibi..."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

51. Mahkemenin 22/5/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

52. Başvurucular;

i. Mevcut Patrik'in hastalık nedeni ile görevini yapamadığı için görevden ayrılmış sayılması gerektiğini ve 1863 tarihli Nizamname'nin "*çeşitli nedenlerle*" (esbabı saire) patriklik makamının boşalması hâlinde yeni patriğin seçileceğine ilişkin 2. maddesi uyarınca yeni bir patrik seçilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

ii. Ermeni cemaatine mensup cemaat vakıflarının temsilcileri tarafından oluşturulan Müteşebbis Heyetin patrik seçimine ilişkin her türlü fiilî ve hukuki işlemleri yürütmek ve sonuçlandırmak, gerektiğinde hukuka aykırı işlemler hakkında yargı yoluna başvurmak yetkisine sahip olduğunu ifade etmişlerdir. İstanbul Valiliğinin Türkiye Ermenileri Patriğinin seçimine ilişkin görüş oluştururken, herhangi bir iradede bağımsız olarak sadece patrik seçim prosedürünü uygulamak amacıyla hareket eden, Ruhani Kurul dâhil, hiçbir cemaat kurum ve kuruluşunun talimatıyla hareket etmesi söz konusu olmayan, kendi içinde bağımsız, objektif ve tarafsız bir heyet olan Müteşebbis Heyetten bilgi almadığını vurgulamışlardır.

iii. Patrik seçimi sürecinde cemaat içi veya dışı kişi, kurul veya kurumlardan seçime dair gelebilecek her türlü itiraz ve benzeri taleplerin çözüm yerinin Müteşebbis Heyeti olduğunu ileri sürmüşlerdir. İdarenin cemaatin kendi dinamikleriyle halletmeleri gereken bir meseleye müdahale etmesinin ve cemaat geleneklerinde olmayan bir kurum ihdas ederek patrik sorununu çözmeye çalışmasının cemaatin iç işlerine müdahale olduğunu ileri sürmüşlerdir. Patrik seçiminin antidemokratik bir şekilde engellendiğini, temsil sisteminin ortadan kaldırıldığını ve cemaat iradesinin yok sayıldığını ifade etmişlerdir. Başka bir deyişle başvurucular, idarenin müdahalesinin Türkiye Ermeni toplumunun

demokratik bir tarzda patriğini seçme hak ve özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlama olduğunu savunmuşlardır.

iv. Ruhani Meclisin seçim kararı alan ve bunu uygulamak için Müteşebbis Heyeti oluşturan bir kurul olmadığını, gerek Ermeni toplumunun örf ve adetlerinde ve gerekse öteden beri uygulanagelen hukuki metinlerde Ruhani Heyet için böyle bir yetkiye yer verilmediğini belirtmişlerdir.

v. Bakanlar Kurulunun halkın iradesiyle işbaşına gelmeyen Başepiskopos Aram Ateşyan'a mabet dışında kisve giyme izni vermesi ile seçilmiş Mesrop Mutaşyan'ın patriklik sıfatını sonlandırdığını, böylece idarenin, cemaat iradesini yok sayarak ihdas ettiği genel patrik vekili mevkiine gelecek olan kişiyi patriklik yetkileriyle donattığını ifade etmişlerdir.

vi. Anayasa'nın din ve vicdan hürriyetine ilişkin 24. maddesinin yargılamanın adil olmaması ve kararın gerekçeli olmaması nedeniyle 36. ve 141. maddelerinin, Ermeni cemaatine ayrımcılık yapılması nedeniyle kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesinin, devletin Ermeni cemaatine karşı görevlerini tam olarak yapamaması nedeniyle 5. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

53. Bakanlık görüşünde;

i. İdari makamların Ermeni patriğinin seçiminde mevcut kuralların uygulanmasını gözetme görevi bulunduğu, seçim sürecinin tamamen cemaat yetkililerince 1863 tarihli Nizamname, Talimatname ve teamüllere uygun olarak yürütüldüğü, bu sürece devlet organlarının bir müdahalesinin söz konusu olmadığı belirtilmiştir.

ii. İstanbul Ermeni Patriği'nin sağlık sorunları nedeniyle uzun bir süreden beri görev yapamaması nedeniyle ortaya çıkan sorunun çözümüyle ilgili olarak ruhanilerin eş-patrik seçilmesi gerektiği ve Sivillerin yeni bir patrik seçilmesi gerektiği yönündeki görüşlerinin birlikte değerlendirildiği belirtilmiştir. İki farklı görüşü uzlaştırmacı nitelikte, yetkili Patriklik organlarınca yapılacak bir patrik genel vekilliği seçiminin gündeme geldiği, bu önerinin idari mercilerin

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

ilgililerin taleplerini dikkate alarak cemaatin kendi çözümünü bulmasına yardımcı olma amacına hizmet ettiği ve başvuruya konu işlemin devletin pozitif yükümlülüklerinden olan dinsel alanı *düzenleme* görevi çerçevesinde tesis edildiği ifade edilmiştir.

iii. Patrik vekilliği kurumunun Ermeni geleneklerinde bulunduğu, mevcut Patrik Mesrob Mutaftyan'ın 27/8/2004 tarihinde makamından bir süre ayrı kalacağından Ruhani Kurul Başkanı Episkopos Aram Ateşyan'ı patrik genel vekili olarak atadığı ileri sürülmüştür.

54. Bakanlık görüşüne karşı başvuruçular;

i. Bakanlığın görüşünde önemli noktalara değinilmediğini ifade etmişlerdir. Buna göre Bakanlık, 1863 tarihli Nizamname'de patrik genel vekilliği müessesesi bulunmadığı hâlde mevzuatla çelişen bir kurum ihdas edildiğini kabul etmemiş, Nizamname'nin 28. maddesinde Ruhani Genel Meclisinin görevlerinin sayıldığı ve patrik genel vekili seçmenin bu görevlerden olmadığı gözardı edilmiştir.

ii. İdarece patrik genel vekilliğinin tarafları uzlaştıracı bir formül olarak gösterilmek istenmesine rağmen idarenin mevzuatta ve gelenekte olmayan uygulamaları nedeniyle Ermeni cemaatinin ikiye bölündüğünü ve patrik genel vekilliği müessesesinin getirilmesinin devletin dinî geleneğe açık müdahalesi olduğunu savunmuşlardır.

iii. Ruhaniler Genel Meclisinin 26/10/2016 tarihli kararı ile Patrik'in emekliye sevk edilmiş sayılmasına karar verdiğini hatırlatmışlardır.

B. Değerlendirme

55. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçu 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). Başvuruçuların Anayasa'nın 5., 10., 36. ve 141. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetlerinin özü kamu gücü işlemi ve derece mahkemesi kararları ile din özgürlüğünün ihlal edilmiştir. Bu nedenle başvurunun din özgürlüğü yönünden incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

56. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak *"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."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

57. Bakanlık, başvuruçuların mağduriyet sıfatlarının bulunmadığını ileri sürmüştür. Bununla beraber başvuruçular sırasıyla hem Ermeni cemaati üyesi hem de Sivillerce oluşturulmuş Müteşebbis Heyetin başkanı ve sekreteridir. Türkiye Ermenileri Patrikliği Seçimi'ne ilişkin olarak idarenin ve derece mahkemelerinin kararlarından başvuruçuların doğrudan etkilenmedikleri söylenemez.

58. Bakanlık ayrıca başvuruçuların karar düzeltme yoluna başvurmadıklarını da hatırlatmış ve bu sebeple başvuru yollarının tüketilmediğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruda bulunabilmek için karar düzeltme kanun yolunun tüketilmesi zorunluluğu bulunmadığına pek çok kez karar vermiştir (*Sema Öktem*, B. No: 2013/852, 6/3/2014, § 22).

59. Mevcut davanın koşullarında Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların mağdur sıfatlarına ve başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin daha ileri bir değerlendirmeyi gerekli görmemektedir. 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.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

60. Başvurucular; mevcut Patrik'in görevini yapamaması nedeniyle patriklik makamının boşaldığını, Ermeni cemaatinin dinî liderini seçmesinin engellenmesinin din özgürlüğüne müdahale olduğunu savunmuşlardır. Bakanlık; devletin tarafsızlık içinde hareket ettiğini, başvurucuların din özgürlüğüne bir müdahalesinin söz konusu olmadığını, Patrik'in hastalığının ortaya çıkmasından itibaren idarenin, Sivil ve Ruhani grup arasında ortaya çıkan anlaşmazlığı çözmeye yardımcı olmayı ve gruplar arasında baş gösteren olumsuzlukları düzeltmeyi amaçladığını ifade etmiştir.

61. İlk olarak eldeki mesele gayrimüslim azınlıklara ilişkin olduğundan Lozan Antlaşması hükümleri meselenin çözümlenmesinde gözönünde bulundurulacaktır. Lozan Antlaşması'nın 38. maddesinde bir inancın *uygulama* davranışının açık veya özel alanda yerine getirilmesi özgürlüğünden bahsedilmiştir. Kuralda Türkiye'nin bütün ahalisinin, her dinin, mezhebin veya inancın kamu düzeni ve genel ahlak ile çatışmayan gereklerini ister açıkta isterse özel olarak serbestçe yerine getirme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir (bkz. § 50).

62. Din özgürlüğüne bir müdahalede bulunulup bulunulmadığı değerlendirilirken AİHM tarafından ortaya konan içtihat da gözetilecektir. AİHM'e göre bölünmüş bir dinî cemaat içinde belli bir lideri ya da grubu destekleyen veya cemaati ya da onun bir bölümünü kendi iradesine karşın tek bir liderliğe tabi olmaya zorlayan devlet müdahaleleri din özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır (*Şerif/ Yunanistan*, B. No: 38178/97, 14/12/1999, § 49, 52 ve 53; *Hasan ve Chaush/ Bulgaristan*, § 78; *Müslüman Cemaatin Yüksek Diyanet Konseyi/ Bulgaristan*, §§ 76, 85).

63. Bir cemaatin liderliği konusundaki anlaşmazlıklar değerlendirilirken Anayasa'nın 24. maddesi ile birlikte uluslararası

sözleşmelerde açığa vurma hâllerine ilişkin olarak yapılan atıflar da gözönünde bulundurulmalıdır. Nitekim MSHS'nin 18. maddesi ve Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca açığa vurma genel olarak bir *"din veya inancın"*, *"uygulama, ibadet, öğretim ve ayin"*leri olarak kabul edilmiştir.

64. Anayasa Mahkemesi, *Tuğba Arslan* ([GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 66) kararında ayrıntılı olarak bir davranışın inancın *uygulanması* olup olmadığının belirlenmesinin ehemmiyeti üzerinde durmuştur. Bireyi din veya inancına uygun davranmaktan alıkoymak, inancın kendisinin zayıflatılması ve bireyin din ve inanç özgürlüğünün ihlali ile sonuçlanacağından bir davranışın inancın *uygulanması* olup olmadığının belirlenmesi önem kazanmaktadır. *İnancın uygulanması* teriminin diğer açığa vurma şekillerinden çok daha kapsayıcı nitelikte olması nedeniyle daha ayrıntılı bir şekilde ele alınması gerekmektedir.

65. Bu gerekliliğin bir sonucu olarak örneğin BM İnsan Hakları Komitesi tarafından, MSHS'nin 18. Maddesi Hakkındaki 22 No.lu Genel Yorum'unda *"öğretme, uygulama, ibadet ve ayin"* terimlerinin içeriğini daha geniş anlamda değerlendiren çeşitli davranış şekillerinin bir listesi verilmiş ve kendi dinî liderlerini seçme özgürlüğü inancın uygulanması teriminin kapsamında kabul edilmiştir. Komiteye göre;

"...bir din veya inancın uygulanması ve öğretilmesi, bir dini grubun iç işlerinin idaresinin parçası olan, diğerlerinin yanında, kendi dini liderlerini, rahiplerini veya öğretmenlerini seçme özgürlüğü... gibi davranışları içerir."

66. *İnancın uygulanması* deyimi Anayasa'nın 24. maddesinde yer almamaktadır. Bununla beraber Anayasa'nın 24. maddesinde herkesin *dinî inanç ve dinî kanaat* hürriyetine sahip olduğu belirtildikten sonra *ibadet, dinî ayin ve dinî törenlerin* serbest olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi sözü edilen kavramların yalnızca dar anlamıyla ayinleri ve törensel tapınma davranışlarını ifade etmediği, bu anlamlarına ilave olarak geniş anlamda dinî hayatın bir gerekliliği olduğu kabul edilen çeşitli uygulamaları ve açığa vurum davranışlarını da içerdiği şeklinde yorumlanabileceği kanaatindedir. Aksi bir yaklaşımla *"ibadet"*, *"dini ayin"* ve *"dini tören"* kavramlarının yalnızca dar anlamlarının kabul edilmesi uluslararası belgelerde *"inancın uygulanması"* kavramı altında olduğu kabul edilen ve böylece din özgürlüğünün koruması altına

alınan tapınma davranışları dışındaki diğer açığa vurum davranışlarını Anayasa'nın 24. maddesinin sağladığı korumanın dışında bırakacaktır.

67. Ermeni patriği, bir dinî topluluk olan Türkiye Ermenileri cemaatinin ruhani lideridir ve patriğin cemaat içinde oynadığı rol ile *ibadet* kavramının ifade ettiği anlam bütünü arasında bir yakınlık olduğu açıktır. Dolayısıyla bilhassa dinî liderlerin seçilmesi ve seçilmiş belirli bir dinî liderin yönetiminde bir cemaat hayatının herhangi bir tartışmaya gerek bulunmayacak şekilde Anayasa'nın 24. maddesi kapsamında yer alan dinini açığa vurma hakkının koruması altında olduğu kabul edilmelidir.

68. Devletin belirli bir inanç grubu içinde ortaya çıkan bir anlaşmazlığın çözülmesi için arabuluculuk da dâhil olmak üzere bazı politikalar geliştirmesi inanan insanların Anayasa'nın 24. maddesinde korunan haklarına müdahale teşkil etmeyecektir. Başvuruya konu olayda idare, bölünen Ermeni cemaatinin şu ya da bu bölümünü desteklememiş olmakla birlikte mevcut Patrik'in görevlerini yapamayacak kadar hasta olması hâlinde patriklik makamının boşalıp boşalmadığına ilişkin olarak Sivil grup ile Ruhani grup arasında görüş ayrılığı ortaya çıkması üzerine taraflardan hiçbirinin talebini kabul etmeyerek bir anlamda kendi çözüm önerisini uygulamıştır. Tartışmaya konu olan temel mesele, bu hadiselerin anayasal olmayan bir devlet baskısının ya da cemaat tarafından serbestçe belirlenen bir liderlik değişiminin sonucu olup olmadığıdır.

69. Son olarak patriklik müessesesinin Ermeni cemaati için dinsel önemi her türlü izahtan varestedir. Durum böyleyken başta Nizamname olmak üzere mevzuat ve Ermeni cemaatinin gelenekleri ile birlikte değerlendirildiğinde başvuruçuların yeni patrik seçme isteklerinin inançlarından kaynaklandığını kabul etmemek için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Dolayısıyla mevcut olayda yeni bir patrik seçilmesi gerekip gerekmediğine karar vermeksizin başvuruçuların yeni patrik seçme taleplerinin engellenmesinin devletin Ermeni cemaatinin iç örgütlenmesine, dolayısıyla başvuruçuların Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve inanç özgürlüklerine bir müdahale oluşturduğu kabul edilmiştir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

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

71. Bir hak ya da özgürlüğe 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 (din özgürlüğü alanında kanunilik ölçütüne ilişkin geniş açıklamalar için bkz. *Tuğba Arslan*, §§ 81-99; kanunilik şartına başka bağlamlarda dikkat çeken kararlar için bkz. *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36; *Hayriye Özdemir*, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, §§ 56-61; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, §§ 53-69).

72. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütü ilk olarak şekli 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 ortaya çıkartır. Fakat kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır. Bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden *belirliliğini* garanti altına alır (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, §§ 54, 55).

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

73. Belirlilik, bir kuralın keyfiliğe 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 kullananların keyfî davranışlarının önüne geçilmiş olur (*Hayriye Özdemir*, §§ 56, 57; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 56).

74. Başvurucuların din ve inanç özgürlüklerine idarece yapılan müdahalenin hukuki temellerini hemen tespit etmenin kolay olmadığı vurgulanmalıdır. Nizamname'nin "*İstanbul Ermeni Patriğinin Seçimi ile İlgili Açıklamadır*" kenar başlıklı bölümünün ikinci maddesinde patriklik makamının boşalması durumunda Ruhani ve Cismani Meclislerin birleşerek bir kaymakam seçecekleri ve onaylanmasını Babalı'den isteyecekleri ifade edilmiştir. Bugün itibarıyla bir cismani meclis var olmamakla birlikte *kaymakam* seçimi uygulamasının devam ettiği anlaşılmaktadır (bkz. § 38).

75. Öte yandan 1961, 1990 ve 1998 yıllarında uygulanan Talimatname'nin Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe girdiği ve Talimatname'nin 2. maddesi uyarınca İstanbul Valiliğine ve dolayısıyla İçişleri Bakanlığına seçim işleri üzerinde düzenleyici bir rol verildiği anlaşılmaktadır. Bundan başka Talimatname'nin 29. maddesinde patrik kaymakamının seçimin neticesini hükûmete arz ederek 3/12/1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun gereğince yeni seçilen patriğe mabet dışında ruhani kisve giyebilmesi için izin isteyeceği yazılmıştır.

76. Nizamname'nin ve Talimatname'nin geçerliliği konusunda da bazı açıklamalarda bulunmak gerekir. Söz konusu belgelerde yer alan kuralların bir kısmının ya da tümünün geçerliliği konusunda başvuru ya da Bakanlık bir itirazda bulunmamışlardır. Diğer

tarafından Nizamname'nin Ermeni cemaatinin örf, âdet ve geleneklerini gösteren ve başvurulmuş önemli bir belge olduğu açıktır. Nitekim patrikliğin Ruhaniler Meclisinin ve diğer cemaat kurumlarının görev ve sorumlulukları ile işleyişine ilişkin kurallar bu belgede yazmaktadır. Bundan başka Bakanlık da görüşünü gerekçelendirirken Nizamname ve Talimatname'ye dayanmıştır. Ayrıca ilk derece mahkemesi olan İstanbul 3. İdare Mahkemesi de Nizamnamenin birinci maddesini yorumlayarak davayı reddetmiştir (bkz. §§20, 21).

77. Bunlara karşılık İçişleri Bakanlığının Türkiye Ermenileri Patrikhanesine hitaben verilen 5/2/2018 tarihli cevap yazısında Nizamname hükümlerine değil, yalnızca 1961 tarihli Patrik Seçim Talimatnamesi ile "uygulamaya" dayanılmıştır. Bahsi geçen yazıda "1961 tarihli Patrik Seçim Talimatnamesi sonrasında yapılan seçimlerde ve Patrik seçimlerindeki uygulamada patriğin ölümü, istifası ve diğer nedenlerle boşalması durumunda yeni patrik seçilmesinin mümkün olduğu" belirtildikten sonra, "Patriklik makamının boşalmasına imkan sağlayan diğer nedenler arasında sağlık sorunlarının sayılamayacağına dair yargı kararları bulunduğu" ifade edilmiştir(bkz. 31).

78. Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararlarının ve idari uygulamaların Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda *kanun* olup olmadığını *Tuğba Arslan* kararında etraflı olarak irdelemiştir:

"Türk hukukunun bazı alanlarında, hâkimin yarattığı hukuk, hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmekle birlikte insan hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması gibi tamamen biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen bir alanda hiçbir zaman "kanun" niteliğinde kural özelliği kazanamaz. Öte yandan temel bir hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin süreklilik kazanarak ulaşılabilir ve öngörülebilir hale gelmesi, müdahalenin dayanağı olan kamu gücü işlemini bir "kanun" haline getirmez. Aksi bir düşüncenin kabulü, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kamu gücü işleminden veya eyleminden kaynaklanan hak ihlallerinin "kanuni" dayanaklarının olduğunun kabul edilmesi anlamına gelecektir." (bkz. *Tuğba Arslan*, § 96; ayrıca bakınız aynı karar § 98)

79. 1863 tarihli Nizamname'den bugüne kadar geçen süreçte yapılan patrik seçimlerinde uygulanan usuller birlikte değerlendirildiğinde

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

mevcut durumda idarenin patrik seçimine ilişkin işlerin en azından düzenlenmesinde bir yetkisinin olduğu kabul edilebilir.

80. Bununla beraber Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuna ihtiyaç vardır. Başvurucuların din ve inanç özgürlüğünü sınırlandıran söz konusu yetkinin dayanağı olacak şekilde 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 ulaşılmıştır.

81. Müdahalenin kanuni dayanağı olmadığı yönündeki değerlendirmeye karşın mevcut başvurunun koşullarında Nizamname'nin ve Talimatname'nin ilgili normlarının *kanunla sınırlama* ölçütünü karşılamadığı yönünde başvuruyu sonuçlandıran nihai bir hükme değil müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının değerlendirilmesine ihtiyaç olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

M. Emin KUZbu görüşe farklı gerekçe ile katılmıştır.

ii. Meşru Amaç

82. Başvurucular, yetkililerin amacının Ermeni cemaatinin yönetiminin Ruhanelere bırakılarak Sivillerin söz sahibi olmalarının engellenmesi olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bakanlık ise devletin Patrik'in fiilen görev başında olmamasının doğurduğu olumsuzlukların giderilmesini amaçladığını ifade etmiştir.

83. Anayasa'nın 24. maddesinin *"14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir"* biçimindeki ikinci fıkrası ve *"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 son fıkrası Anayasa'daki din özgürlüğünü sınırlama rejiminin temelini oluşturur (Esra Nur Özbey, B. No: 2013/7443, 20/5/2015, § 69).

84. Anayasa'nın 24. maddesinde güvenceye bağlanan din özgürlüğü negatif yükümlülüklerin yanında devlete kişilerin din özgürlüğünün korunması çerçevesinde birtakım pozitif yükümlülükler de yüklemektedir. Dolayısıyla devletin başkalarının din özgürlüğünün korunmasına ilişkin aldığı tedbirlerin başka bir kimsenin din özgürlüğünü sınırlaması mümkündür.

85. Osmanlı devrinde başlayan ve Cumhuriyet devrinde de devam eden sürece bakıldığında devletin genel olarak Ermeni cemaatinin patrik seçimine ilişkin meselelerde düzeni sağlama ve cemaat mensuplarının hak ve özgürlüklerini koruma görevinin bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla eldeki olayda idarenin genel kaygısının Patrik'in hastalığı nedeniyle oluşan dinî ve yönetsel otorite boşluğunu gidererek meşru yönetimin tesis edilmesine katkı sunmak olduğu kabul edilmelidir.

86. Dolayısıyla devletin Patrik'in hastalığı nedeniyle oluşan fiilî durumun ortaya çıkardığı olumsuzlukları gidermek amacıyla taraflardan hiçbirinin talebini kabul etmeyerek bir patrik genel vekili seçilmesi biçimindeki kendi çözüm önerisinin uygulanmasını istemesinin ve böylece Ermeni cemaatinin iç organizasyonuna müdahale etmesinin cemaat mensuplarının Anayasa'nın 24. maddesinden kaynaklanan hukukunu koruma amacı taşıdığı değerlendirilmiştir. Dolayısıyla patrik seçimlerinin engellenmesi biçimindeki müdahalenin anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

(a) Din Özgürlüğünün Demokratik Bir Toplumdaki Önemi

87. Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca din özgürlüğü Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarındandır (*Tuğba Arslan*, § 51; *Esra Nur Özbey*, § 43).

88. 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 (*Ahmet Sil*, B. No: 2017/24331, 9/5/2018, § 31; *Tuğba Arslan*, § 52; *Esra Nur Özbey*, § 44).

(b) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

89. 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 başvurulacak 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 (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).

90. 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 veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (*Esra Nur Özbey*, § 79; ifade özgürlüğü

bağlamında bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

91. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin din özgürlüğü ile Anayasa'nın ilgili maddelerinde bu özgürlüğün sınırlanması konusunda yer verilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını 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).

92. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvuru 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 bulunan 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. *Bekir Coşkun*, § 57; *Tansel Çölaşan*, §§ 46, 49, 50; *Hakan Yiğit*, §§ 59, 68).

93. Buna göre din 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.

94. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel eksenini, derece mahkemelerinin müdahaleye neden olan kararlarında dayandıkları gerekçelerin din özgürlüğünü kısıtlama

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

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.

(c) Dinî Toplulukların Örgütlenme Özgürlüğü

95. Eldeki başvuru azınlıklara mensup dinî bir topluluğun liderinin seçimine ve dolayısıyla örgütlenmesine ilişkindir. Din özgürlüğü, dinî toplulukların devletin keyfî müdahalesinden uzak bir şekilde örgütlenmesini de içerir. Buna göre devlet, dinî toplulukların iç işlerine demokratik bir toplumda zorunlu değilse karışmaktan kaçınmak zorundadır.

(d) Demokratik Bir Toplumda Devlet ile Dinî Cemaatlerin İlişkisi

96. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin *Tuğba Arslan* kararında din özgürlüğünün hukukun üstünlüğüne dayanan, etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati öneme sahip olması nedeniyle Anayasa'nın 24. maddesinin koruduğu hakkın vazgeçilmez olduğunu hatırlatmıştır. Söz konusu kararda Mahkeme, din özgürlüğünün ancak tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışı ile temellendirilen bir demokraside korunabileceğini ifade etmiştir (tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık kavramlarına ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Tuğba Arslan*, §§ 53, 54; ayrıca bkz. *Esra Nur Özbey*, §§ 45, 46).

97. Anayasa Mahkemesi çoğulcu toplumda devletin bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamaları için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğunu açıklamıştır. Mahkemeye göre 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 (*Tuğba Arslan*, § 54).

98. Demokratik toplumlarda devletin bir arada bulunan farklı din ve inançlar ile aynı din veya inanç içinde yer alan değişik grupların

menfaatlerini uzlaştırmak için tedbirler alma ve girişimlerde bulunma yükümlülüğü vardır. Demokratik toplumlarda inanç, düşünce ve hayat tarzları birbirleriyle çatışan insanların barışçıl bir aradallığını ve toplumda her türlü inancın kendisini ifade edebileceği çoğulcu bir ortamı sağlama imkanı her zaman vardır (benzer bir yaklaşım için bkz. *Esra Nur Özbey*, § 57).

99. Bu bağlamda Anayasa'nın 24. maddesinin devlete din özgürlüğünü ihlal etmeme şeklinde yalnızca negatif yükümlülükler değil aynı zamanda bu özgürlüğün rahatça kullanılabileceği bir ortamı sağlama şeklinde pozitif yükümlülükler de yüklediği hatırd tutulmalıdır(*Esra Nur Özbey*, §§ 82-84).

100. Bununla birlikte devlet, Anayasa'nın 24. maddesinden doğan yükümlülüklerini tarafsız bir şekilde yerine getirmelidir. Söz konusu tarafsızlığın sağlanması ve anayasal düzen içinde yer alan farklı din ve inanç gruplarına yönelik hakkaniyetli politikalar geliştirilebilmesi için inanç gruplarının birbirleriyle ve devletle diyalog yollarının daima açık tutulması gerekir. Anayasa Mahkemesi, tarafların pozisyonlarını değiştirmeyecekleri yönünde kuvvetli işaretler görüldüğünde bile devletin bilhassa inanç alanına ait bir uyuşmazlıkta diyalog yollarını açık tutması gerektiği yönündeki AİHM görüşünü paylaşmaktadır (bkz. § 49). Zira bu, demokrasinin düzenli işlediğinin açık bir kanıtıdır.

(e) Dinî Cemaatlerin Liderlerini Seçmesine İlişkin Anlaşmazlıklarda Devletin Hareket Tarzı

101.Devlet özellikle hassas bir alan olan dinî cemaatlerle ilişkilerinde geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak demokratik bir toplumda devlet, prensip olarak dinî cemaatlerin dinî liderlerini nasıl seçeceklerine ve dinî işlere ilişkin olarak kendilerini nasıl yöneteceklerine karışamaz. Bununla birlikte bir dinî uygulama davranışı olarak kabul edilmiş olan dinî cemaatlerin liderlerini seçmesine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda kamu gücünü kullanan organların karşılaşacakları ilk güçlük, söz konusu uygulama davranışının gerçekten var olup olmadığı ve statüsünün ne olduğunun tespitinde ortaya çıkmaktadır. İkinci güçlük ise *uygulama davranışının* söz konusu din veya inancın ilkeleri

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

çerçevesinde gerçekleştiğinin ispatı, başka bir deyişle dinsel kuralların veya o topluluğun geleneğine ait kuralların neler olduğunun tespit edilmesi sorunudur.

102. Dinî liderlerin seçilmesi ve seçilmiş belirli bir dinî liderin yönetiminde bir cemaat hayatının inancın *uygulaması* kapsamında kaldığı konusunda bir kuşku yoktur (bkz. §§ 53-69). Bununla birlikte eldeki başvurunun çözümünde kritik olan nokta Ermeni cemaatinin yeni dinî liderinin hangi hâllerde seçileceği ve seçim usulünün belirlenmesinde toplanmaktadır.

103. Acil bir toplumsal ihtiyacı karşılama hâli dışında bir din veya inancın en iyi hangi şekilde açığa vurulacağına veya bir davranışın başvurucunun ileri sürdüğü din veya inancın bir gerekliliği olup olmadığına söz konusu din veya inancın mensuplarınca karar verilebilir (*Tuğba Arslan*, § 67; *Esra Nur Özbey*, § 59). Buna karşın öğreti ve uygulamaları yerleşmiş, belli bir hiyerarşik yapılanmaya sahip din veya inançların pek çoğunda söz konusu din veya inancın öğretileri farklı şekillerde yorumlanabilmektedir. Aynı inanç içindeki farklılıklar belli bir inancın mensupları arasında sıklıkla görülür ve üstelik yargı organları bu tip farklılıkları din özgürlüğü hükümleri bakımından tek başına çözümlmek için yeterince donanımlı değildir. Bundan başka bu hassas alanda belirli bir din veya inancın mensuplarının hangisinin ortak inançlarının emirlerini daha doğru anladığını araştırmak yargılama faaliyeti ve yetkisi kapsamında değerlendirilemez (*Tuğba Arslan*, § 70).

104. Belirli bir din veya inanca mensup kişilerin kendi dinleri ile ilgili yorumlarının ve *alışıldık dinî uygulamalarının* neler olduğunu sorgulamak da yargı organlarının ilgisi dışındadır. Aksine bir yaklaşım mahkemelerin veya kamu gücünü kullanan organların kendi değer yargılarını fiilen başvurucuların vicdani değerlendirmesinin yerine koyarak onların din veya inancın uygulamaları konusunda neye inanmalarının *yerinde* olduğunu belirlemeleri anlamına gelecektir (*Tuğba Arslan*, § 72; *Esra Nur Özbey*, § 60).

105. Bu sebeplerle eldeki somut olayın odağında yer alan yeni bir patrik seçilmesi gerekip gerekmediği, bir eş-patrik veya patrik vekili seçilmesinin mümkün olup olmadığı veya patrik seçiminin usulüne

ilişkin anlaşmazlıklarda olduğu gibi hangi hareket biçiminin bir din veya inancın kurallarına daha uygun olduğunun değerlendirilmesi, söz konusu inanç mensuplarının inancı ihlal edilmeden neleri yapabileceğine, başka bir deyişle bir kişinin neye inanması ve nasıl davranması gerektiğine karar verme (*Tuğba Arslan*, § 71) tehlikesini doğurur. Dolayısıyla mahkemelerin, idarenin ve kamu gücünü kullanan diğer organların böyle bir tehlikeye karşı bu alandaki değerlendirmelerini dikkatli bir şekilde yapmaları beklenir.

106.Eldeki başvuruda olduğu gibi devletin dinî cemaatlerin veya dinsel azınlık gruplarının din ve inançlarından kaynaklanan uygulama davranışlarına müdahalenin gerekliliğini ve orantılılığını değerlendirmede bir takdir payı bulunmaktadır. Buna karşın diğer tüm özgürlüklerde olduğu gibi din özgürlüğünün de parlak bir retorik olarak kalmaması için bu takdir payı hem hukuki durumu hem de hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik kararları kapsayacak şekilde Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir (*Esra Nur Özbey*, § 76; *Ahmet Sil*, § 36).

107. Demokratik bir toplumda, mevcut başvurudaki gibi çatışan menfaatlerin olduğu durumlarda menfaatlerden birini korumak için din özgürlüğünün özünü zedeleyecek nitelikteki müdahaleler bir çözüm yolu olarak kabul edilemez (*Ahmet Sil*, § 37). Ayrıca belli bir dinsel uygulama davranışına -dinsel grupları uzlaştırmak adına- ölçsüz müdahalelerin çoğulculuğu ve hoşgörüyü devlet eliyle örselemek anlamına geleceği hatırdta tutulmalıdır. Bu sebeple demokratik bir toplumda daima hakları korumayı esas alan yaklaşımlar benimsenmeli; bir hakkın kullanılmasından dolayı ortaya çıkabilecek sorunlar, hakkı tümüyle kullanılamaz hâle getiren tedbirler yerine söz konusu hakkın barışçıl kullanımını sağlayacak tedbirler ile çözümlenmelidir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

108.Eldeki başvuruya konu olayda Ermeni cemaatinin mevcut Patrik'i hastalığı nedeniyle vazifesini tamamen yapamaz hâle gelmiştir. Siviller, Nizamname'nin sürekli hastalık nedeniyle görevini yapamayan Patrik'in yerine yeni bir patriğin seçilmesini emrettiğini ileri sürmüştür. Ruhaniler ise patriğin ömür boyu seçildiğini, mevcut patriğin ölmeden yenisinin

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

seçilemeyeceğini savunmuş ve bu sebeple de idarenin -bir patrik vekili seçilmesi gerektiği yönündeki- görüşünü kabul etmiştir.

109. Eldeki başvuruyu değerlendirmeden önce ifade edilmelidir ki gayrimüslim Ermeniler Lozan Barış Antlaşması'nın 1. Bölüm 3. kesiminde "*Azınlıkların Korunması*" kenar başlıklı hükümlerinin kapsamında yer almaktadır. Lozan Antlaşması'nın 37. maddesinden 45. maddesine kadar sıralanmış hükümlerden (bkz. § 50) çıkarılan genel sonuç, Müslümanlar ile gayrimüslim azınlıklar arasında eşitliğin sağlanmasıdır. Gayrimüslim azınlık grupların iç işleyişine ve bu çerçevede dinî liderlerini seçmelerine ilişkin bir hüküm Lozan Anlaşması'nda yer almamaktadır.

110. Osmanlı Devleti sınırları içinde bulunan Patriklik makamını dolduracak patriklerin seçim usulü 1863 tarihli Nizamname ile yazılı hukuka bağlanmıştır. Elbette Ermeni cemaatinin varlığı ve hukuksal statüsü bu tarihten çok önceye, Fatih Sultan Mehmet zamanına kadar dayanmaktadır. Zikredilen Nizamname'nin, Ermeni cemaatinin patrik seçimine ilişkin hükümlerinin bugüne kadarki uygulamalarının temelini oluşturduğu anlaşılmaktadır.

111. Nizamname'nin yeni patriğin hangi hâllerde seçileceğini düzenleyen "*Patriğin vefatı ve istifası cihetiyle veyahut esbab-ı saireye mebnî patriklik makamının halli vukuunda...*" biçimindeki kuralında yer alan "*esbab-ı saire*" ibaresinin sürekli hastalık nedeniyle patriğin görevini yapamayacağı hâlleri kapsayıp kapsamadığını belirlemek kural olarak Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Bununla birlikte kamu gücünü kullanan organların ve mahkemelerin herhangi bir kurala ilişkin yorumlarının temel hak ve özgürlüklere müdahale ettiği durumlarda söz konusu yorumların anayasal hak ve özgürlüklere vaki müdahaleleri haklı gösterip göstermediğini, keyfî olup olmadığını, başka bir deyişle söz konusu kamu makamlarının ve yargı mercilerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Anayasa'nın 24. maddesi açısından doğruluğunu denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevidir.

112. Başvuru konusu olan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ile müdahalenin gözetilen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve bunları haklı göstermek için kamu makamları tarafından ortaya konulan gerekçelerin *ilgili ve yeterli* görünüp

görünmediğini tespit edebilmek amacıyla söz konusu müdahale davanın bütününe bakarak değerlendirilecektir.

113. Somut olayda başvuruçuların da aralarında bulunduğu Siviller tarafından oluşturulan Müteşebbis Heyet, Patrik'in ileri derecede hasta olması nedeniyle yeni bir patrik seçileceğini İstanbul Valiliğine bildirmiştir. Aynı tarihlerde Ruhaniler de İstanbul Valiliğine Türkiye Ermenileri eş patrik seçimi yapılacağını bildirmişlerdir. İstanbul Valiliği; Patrik'in hayatta olduğunu, istifa edemediğini, patrik sıfatının devam ettiğini, patrik seçimine ilişkin mevzuatta patriklik görevinin sağlık sorunları nedeni ile sona ereceğine ve eş patrik seçimine ilişkin bir düzenleme bulunmadığını belirterek her iki talebi de reddetmiştir. Başka bir deyişle idare, yeni patrik seçilmesine ilişkin hâlleri ölüm ve istifa ile sınırlamış ve Nizamname'nin ikinci maddesinde yer alan "*esbab-ı saire*" ibaresini yorumlamayı reddetmiştir (bkz. § 17).

114. Aynı şekilde İstanbul 3. İdare Mahkemesi de kararında 1863 tarihli Nizamname'ye dayanmasına rağmen patrik seçilen Mesrop Mutaftyan'ın hayatta olduğu, istifa da edemediği ve dolayısıyla patriklik makamında oluşmuş bir boşalmanın söz konusu olmadığı gerekçesiyle, açılan davanın reddine karar vermiş (bkz. §§ 20, 21) ve Nizamname'de yer alan "*esbab-ı saire*" ibaresinin ne anlama geldiğini yorumlamamıştır.

115. Patrik'in iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanması nedeniyle 2007 yılından itibaren görevinin başında olmadığı konusunda hiçbir ihtilaf bulunmamaktadır. Nizamname'nin yeni patriğin hangi hâllerde seçileceğini düzenleyen kuralı yakından incelendiğinde yeni patriğin patriklik makamının boşalması hâlinde seçileceği belirtilmiş, buna ilave olarak ölüm ve istifa hâllerinde Patriklik makamının boşalacağı örnek olarak zikredilmiştir. Kuralda patriklik makamının boşalacağı tüm hâller sayılmakla tüketilmek yerine "*esbab-ı saire*" denilerek Patriklik makamının boşaldığı benzer hâllerde de yeni patrik seçilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

116. Nitekim Anayasa Mahkemesine sunulan bilgilere göre geçen yüz yıl içinde patriklik makamı genel olarak patriklerin ölümü ile boşalmasına rağmen seçimle işbaşına gelen patriklerden Zaven Der

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Yeğyayan 1922 yılında istifa dahi etmeden makamı terk ederek Varna'ya gitmiştir. Bu şekilde patriklik makamının boşalmasını müteakip 1922 yılının Aralık ayında Episkopos Kevork Aslanyan patrik kaymakamı olarak seçilmiş ve 1927 yılında ise Başepiskopos Mesrop Naroyan yapılan seçimle patrik seçilmiştir.

117. Dolayısıyla bahsi geçen normda patriklik makamını boşalmış sayan hâllerin tek tek sayılması yerine *“sair sebepler”* denilerek kamusal makamlara uygulamada daha geniş bir yorum alanı tanınmış olduğu gözetildiğinde mevcut başvuruya konu olayda idarenin ve derece mahkemelerinin Patrik'in hastalığının Nizamname'de yer alan sair sebeplerden olup olmadığını değerlendirmeyen kararlarının uygun ve yeterli oldukları kabul edilemez.

118. Söz konusu Nizamname'nin başlangıç hükümlerinde Nizamname hazırlanırken çağdaş medeniyetin ve zamanın gerekliliklerinin gözönüne alınarak *Ermeni milletinin* güvenilir kişilerinden oluşturulan bir komisyon tarafından hazırlandığı ifade edilmiştir. Nizamname'ye göre Episkopos sınıfından olan patrik, cemaat mensuplarınca seçilen delegeler eliyle iki dereceli bir seçimle iş başına gelmektedir. Bundan başka Nizamname'de Ermeni cemaatinin yönetimine ve patriğin statüsüne ilişkin daha ayrıntılı tespitlere de yer verilmiştir. Başlangıcın altıncı bendinde *“Milletin Vekilliği sistemine göre kurulan milli yönetimin esası, gereklilik ve hukuk ilkelerine dayanan adalet ilkesi ile, çoğunluğun iradesi ile karar almasına dayanan yasallık ilkesidir”* denilerek Ermeni cemaatinin iradesine özel vurgu yapılmıştır (bkz. § 36).

119. Dolayısıyla Ermeni cemaati için çok önemli yetki ve görevler üstlenen patriğin seçimi on yılı aşan bir süre ile Ermeni toplumunun iradesine göre yapılamamıştır.

120. Nizamname'nin *“Ruhani Meclis Açıklamasıdır”* başlıklı bölümündeki 28. maddesinde Ruhani Meclisin görevleri tek tek sayılmakta; genel olarak Ruhani Meclisin dinî işleri yönetme, Ermeni Kilisesinin inanç esaslarını, gelenek ve göreneklerini koruma, destekleme ve güçlendirme, kiliselerin, cemaat okullarının ve dinî eğitimin düzenini sağlama hususlarında bazı görevleri bulunmaktadır. Dolayısıyla Ermeni toplumunu yönetmek, temsil etmek, Patrik veya her ne nam altında

olursa olsun bir Patrik vekili seçmek Ruhani Meclisin görevleri arasında sayılmaktadır (bkz. § 42).

121. Nizamname'nin 57. maddesinde ise Genel Meclisin yüz kırk üyeden; yirmi üyenin Ruhanilerden ve yüz yirmi üyenin de Sivillerden oluşacağı hüküm altına alınmıştır. Başka bir deyişle Ruhaniler Patrik seçiminde 1/7 oranında temsil edilmektedir. Öte yandan Cumhuriyet Dönemi'nde yapılan patrik seçimlerinde uygulanan talimatnamelerde delege sayısı düşürülmüş, 1998 yılı Seçim Talimatnamesi'nde yetmiş dokuz Sivil ve on Ruhani olmak üzere toplam seksen dokuz üye oy kullanmıştır. Cumhuriyet Dönemi'nde yapılan patrik seçimlerinde Ruhanilerin ve Sivillerin oranlarının korunduğu, Sivillerin bu seçimlerde ağırlığının bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla Ruhaniler Genel Meclisinin patriğin yetkilerini kullanmak üzere bir patrik genel vekili seçmeleri ve bu vekilin oldukça uzun bir süre dinsel ve yönetsel alanlarda patriğin yetkilerini kullanması Ruhanilerin iradesinin öncelenmesine ve Sivillerin iradesinin gözardı edilmesine neden olmuştur.

122. Mevcut başvuruda idare Ruhanilerden bir patrik genel vekili seçmelerini istemiş ve Ruhaniler mevzuatta da cemaat geleneklerinde de bulunmayan bir yetkiyi kullanarak hasta Patrik'in yetkilerini kullanmak üzere bir patrik genel vekili seçmişlerdir. Ruhaniler Genel Meclisinin Ermeni toplumun iradesini temsil edecek bir vekil seçme yetkilerinin olduğu gösterilebilmiş değildir.

123. Oysa bunun aksini gösteren kanıtlar bulunduğu gibi Ruhaniler dahi böyle bir yetkilerinin olmadığını kabul etmiş görünmektedir. Nitekim 8/3/2016 tarihinde patriğin mahkeme kararı ile kısıtlanmasını (bkz. § 24) müteakip Ruhaniler Genel Meclisi 26/10/2016 tarihli toplantıda, hasta olan mevcut Patrik'in *patrik meritus* (emekli patrik) ve patriklik makamının da münhal olduğunu ilan etmiştir. Patriklik Ruhaniler Genel Meclisi, kendisinin de katıldığı toplantıda Başepiskopos Aram Ateşyan'ın patrik genel vekilliği ile görevin kendisine tanınmış olduğu tüm yetki ve sorumluluklarının sona erdiğini ilan etmiş ve bahsi geçen karar İçişleri Bakanlığına bildirilmiştir (bkz. § 27). Patriklik makamının çağrısı üzerine toplanan Ermeni cemaat kurumlarının temsilcilerince 85. Patrik Seçimi sürecini takip edecek olan Müteşebbis

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Heyet seçimle belirlenmiş ve görev bölümü yapmıştır (bkz. § 28). Son olarak Müteşebbis Heyet, Ruhani delegelerin ve Sivil delegelerin seçim günlerini belirleyerek İçişleri Bakanlığına bildirmiştir (bkz. § 29). Başka bir deyişle bizzat Ruhaniler Genel Meclisi süregiden uygulamanın mevzuat ve geleneklerde bulunmadığını kabul etmiştir.

124. Somut olayda Ermeni patriğinin hangi hâllerde seçileceğine açıkça İçişleri Bakanlığı karar vermiştir. Oysa acil bir toplumsal ihtiyacı karşılama hâli dışında yeni bir dinî liderin hangi hâllerde seçileceğine veya dinî liderin seçim usulüne devlet karar veremez. Zira Anayasa Mahkemesinin daha önce de ifade ettiği gibi bir din veya inancın gerekliliklerine ancak söz konusu din veya inancın mensuplarınca karar verilebilir.

125. Yargı organları ve kamu gücünü kullanan organlar aynı inancın mensupları arasında görülen somut olaydaki gibi farklılıkları din özgürlüğü bakımından tek başına çözümlemek için yeterince donanımlı da değildir (bkz. §§ 102-106). Dolayısıyla devletin yapması gereken farklı grupların menfaatlerini uzlaştırmak için tedbirler almak ve girişimlerde bulunmaktır (bkz. §§ 49, 99, 108).

126. Eldeki başvuruda ise idare, meselenin diyalog yoluyla çözümlenmesi imkânını araştırmamıştır. Daha genel olarak devlet Ermeni kanaat önderleri, din adamları, entelektüelleri ve diğer toplumsal kesimleri bir araya getirerek meselenin Ermeni gelenek ve görenekleri ile dinsel gerekliliklerine uygun bir biçimde çözümlenmesi için politikalar geliştirmemiştir. Bunun yerine idare, kendi çözüm önerisini uygulatarak Ermeni cemaatinin inanç uygulamaları konusunda hangi tarzda hareket edilmesinin daha yerinde olduğunu belirlemiş olmaktadır.

127. Sonuçta Sivil grubun mevzuat ve cemaat geleneklerine dayanarak önerdiği çözümlerin reddedilmesi ve idarenin önerdiği çözümün Ruhaniler tarafından da benimsenmesi ile Siviller dışlanmış ve bunlar cemaatin işlerinin yürütülmesi ve mallarının yönetilmesi süreçlerine katılma imkânından mahrum kalmıştır.

128. Eldeki bireysel başvurunun yapılmasından sonraki gelişmeler -bir kanun hükmü olmaksızın ve ikna edici bir gerekçeye dayanmaksızın-

idarenin yeni bir dinî liderin hangi hâllerde seçileceğine veya dinî liderin seçim usulüne ilişkin olarak belirleyici olma arzusunun devam ettiğini göstermektedir (bkz. §§ 24-32). Mevcut durumda, Ermeni cemaati içinde hastalığı nedeniyle görevlerini yapamayacak durumda olan Patrik'in yerine yenisinin seçilip seçilmeyeceği konusunda herhangi bir ihtilaf kalmadığı anlaşılmaktadır.

129. Üstelik Ermeni cemaatinin daha önce nizalı olan tüm yetkilileri herhangi bir ihtilaf söz konusu olmaksızın seçime ilişkin tüm usulü süreçleri işletmişken İçişleri Bakanlığı, Karekin Bekçiyan'ın Patrik Kaymakamı seçilmesi de dâhil olmak üzere yeni bir patrik seçilmesine ilişkin tüm işlemlerin hukuken *mutlak butlan* ile batıl olduğunu belirtmiştir(bkz. § 31).

130. Demokratik toplum anlayışının bir sonucu olarak dinî bir topluluğun liderinin seçimine ve dolayısıyla dinî cemaatlerin iç işlerine bir müdahalede bulunuluyorsa bu müdahalenin demokratik bir toplumda zorlayıcı toplumsal ihtiyaçlardan kaynaklandığının ortaya konabilmesi gerekir (bkz. § 91). Buna karşın somut olayda idare yeni patrik seçimini engellerken Nizamname'de somutlaştığı anlaşılan Ermeni geleneklerinin ruhuna ve Ermeni cemaatinin iradesine baskın gelen zorlayıcı toplumsal ihtiyacı ortaya koyabilmiş değildir.

131. Dolayısıyla Türkiye Ermenileri patrikliği seçimi yapılması taleplerinin reddedilmesi nedeniyle başvuruçuların din özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yıldız SEFERİNOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

133. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

“(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.”

134. Başvurucular, yalnızca ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

135. Türkiye Ermenileri patrikliği seçimi yapılması taleplerinin reddedilmesi nedeniyle başvuruçuların Anayasa’nın 24. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

136. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 445.60 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.920,60 TL yargılama giderinin başvuruçulara müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

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

B. Anayasa’nın 24. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yıldız SEFERİNOĞLU’nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. 445.60 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.920,60 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

D. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruçuların 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 İçişleri Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
22/5/2019 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması'nın "Ekalliyetlerin Himayesi" (Azınlıkların Korunması) başlıklı 3 ncü faslında yer alan 37- 45 nci maddelerinde, Türkiye Cumhuriyeti'ndeki gayrimüslim azınlıkların Statüleri, hakları ve devletin bunlara ilişkin vazifeleri kapsamlı biçimde düzenlenmiştir. Bu fasıldaki 42 nci maddede "... Türk Hükümeti, sözkonusu azınlıklara ait kiliselere, havralara, mezarlıkları **ve öteki din kurumlarına** tam bir koruma sağlamayı yükümlenir. Bu azınlıkların Türkiye'deki vakıflarına, **din ve hayır işleri kurumlarına her türlü kolaylıklar** ve izinler **sağlanacak** ve Türk Hükümeti, yeniden din ve hayır kurumları kurulması için, bu nitelikteki öteki özel kurumlara sağlanmış gerekli kolaylıklardan hiç birini esirgemeyecektir.." denilmektedir. (Metnin günümüz Türkçesi için bkz. Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, Çeviren: Seha L. MERAY, Cilt:8, İstanbul 2001, s.12.)

2. Osmanlı Devleti döneminde Ermeni cemaatinin dini statüsü, ihtiyaçları ve Ermeni Patrikliği seçimi ile ilgili hususlar 1863 tarihli "Nizamnâme-i Millet-i Ermeniyân" ile düzenlenmiştir. T.C. Külliyyatının incelenmesinde anılan Nizamnâmenin (Tüzüğü) yürürlükte olmadığı ve mer'î tüzükler arasında yer almadığı görülmektedir.

3. 18.9.1961 tarih ve 5/1654 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına ekli olarak kabul edilen "1961 Patrik Seçimi Talimatnamesi"nin (toplam 30 maddeden müteşekkil) ise, bizzat kararname metninde yer alan "...

Münhal bulunan İstanbul Ermeni Patrikliği için yapılacak seçimin, **yeni bir kanun ve tüzük çıkarılıncaya kadar ve bir defaya mahsus olmak ve atıye ait hiçbir hukuki hüküm ifade etmemek kayıt ve şartıyla**, ruhani ve sivillerden müteşekkil İntihap Heyeti vasıtasıyla, babadan Türk Olan şahıslar arasından yapılması...” şeklindeki açık kayıtlama nedeniyle, bir kereliğine hükmünü ifa ettiği ve onun da yürürlükte olmadığı anlaşılmaktadır.

4. Başvurunun somutunda, görevdeki Ermeni Patriğinin tıbbi rahatsızlığı nedeniyle bu görevini fiilen yerine getiremediği gerekçesiyle, ilki, Patrik Vekili ve Ruhani Meclis Başkanı (Ruhaniler); ikincisi ise kendilerine “Türkiye Ermenileri Patrik Seçimi Müteşebbis Heyeti” adını veren kişilerin (Siviller) oluşturduğu bir grup Ermeni cemaati mensubu kişilerce idareye başvuru yapılarak, iki farklı talepte bulunulmuştur. İlk başvuruda, Patriğin son nefesine kadar Patrik olarak tanınacağı, bu nedenle bir “Eş Patrik” seçimi yapılması talep edilirken, ikincisinde doğrudan yeni Patrik Seçimi yapılması isteminde bulunulmuştur. İdare (İstanbul Valiliği) bu iki başvuruyu birleştirerek, ruhanilerin Eş-Patrik seçilmesi önerisini uygun bulmamış ve ancak bir “Patrik Genel Vekili” seçimi yapılabileceğini bildirmiştir. Bu bildirim üzerine, Türkiye Ermenileri Ruhani Meclisi tarafından yapılan seçimde belirlenen Patrik Genel Vekilinin adı idareye bildirilmiş, İdarece de bu kişiye 18.8.2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile bu görevinin devamı süresince kendisine mabet ve ayinler haricinde de ruhani kıyafet giyme izni verilmiştir. Sivillerin talebine bir cevap verilmemesi üzerine başvuru, bu zimni red kararının iptali için idari yargıda dava açmış; idare mahkemesi, rahatsız olan Patriğin hayatta olduğunu, istifası da sözkonusu olmadığından, Patriklik makamında bir boşalmanın bulunmadığını, dolayısıyla bir vefat olmadan yeni bir Patrik seçiminin yapılamayacağını, dolayısıyla idarece tesis edilen bir “Patrik Genel Vekili” seçimi yapılması gerektiği” yolundaki işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını belirterek davanın reddine karar vermiş; bu karar Danıştay’ca hukuka uygun görülerek onanmıştır.

5. Görüldüğü üzere, Ermeni Cemaati Patrik Seçimi ile ilgili olarak hali hazırda mevzuatta bir hüküm bulunmadığı gibi, Lozan

Andlaşmasında da bu konuda bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, yukarıda belirtilen Lozan Andlaşması'nın 42. maddesi Türk Hükümetine (idareye), Ermeni azınlığın din kurumlarıyla (Patriklik de bu kapsamdadır) ilgili olarak her türlü kolaylığı gösterme ve bu dini kurumları koruma yükümlülüğünü getirmektedir. Bu durumda, Ermeni azınlığa ilişkin olarak en üst norm olan bu Andlaşma hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir.

6. Her ne kadar Andlaşmanın 42. Maddesinde Patrik Seçimi ile ilgili doğrudan bir hüküm yoksa da, Cumhuriyet'in kuruluşundan itibaren Ermeni Cemaati ile T.C. Hükümetinin karşılıklı iyi ilişkileri çerçevesinde Patrik Seçimlerinde bir sorun yaşanmamış ve 1961'den itibaren de değişik seçimlerde idarece belirlenen Talimatnamelerdeki usullere Ermeni Cemaatince uyulmuştur. 1863 tarihli Nizamname ve 1961 tarihli Talimatname yürürlükte olmasa da, idare bazen her ikisinden de istifade ederek, meseleyi çözücü mahiyette düzenlemeler getirerek Lozan Andlaşması'nın 42. maddesindeki "koruma ve kolaylık gösterme" vazifesini uygulamıştır. Devletle Ermeni Cemaati arasındaki kadim dayanışma ve işbirliğinin sonucu olarak, rahatsız Patriğin vazifesini yerine getirememesinden kaynaklı boşluk, idarenin "Genel Patrik Vekili" seçimi yapılmasının uygun görüldüğü şeklinde öngördüğü formülle (idari işlemle) doldurulmuş ve bu işlemin hukuka uygunluğu derece mahkemesi kararlarıyla ortaya konmuştur.

7. İdarenin Lozan Andlaşması'nın 42. maddesine uygun biçimde öngördüğü formüle, Ermeni Cemaati Patrik Vekili ve Ruhani Meclis Başkanından oluşan "Ruhaniler"ce itirazda bulunulmamış ve tarafların ortak iradesine dayalı bu yöntem sonucunda Patrik Genel Vekili seçimi yapılmış ve seçilen kişiye mabet ve ayinler dışında da ruhani kıyafet giyme izni verilmiştir. Kendilerine "Türkiye Ermenileri Patrik Seçimi Müteşebbisi Heyeti" (siviller) adını veren ve Ermeni Cemaati mensubu bazı kişilerden oluşan başvuruçuların kendiliklerinden bu sürece müzahir olmalarının ve idareden talepte bulunmalarının ise yasal dayanağı olmadığı gibi, idarenin tesis edeceği idari işlem (öngörülen formül) yönünden dikkate alınması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti (idare) Lozan Andlaşması'nın 42.

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

maddesinin kendisine verdiği görev ve vecibe uyarınca, Ermeni Patrikliği konusunda muhatabının kim olacağını ve yapıcı işbirliğini ne şekilde gerçekleştireceğini belirlemede tam bir takdir hakkına sahiptir. Nitekim kullanılan bu takdir yetkisi derece mahkemelerince denetlenmiş, ilgili ve yeterli gerekçelerle hukuka aykırı olmadığı saptanmıştır. Cumhuriyet'in ilanından bu yana geçen yaklaşık bir asır boyunca Ermeni Patrikliği seçimlerinde gösterilen idari tavrın bir devamı mahiyetindeki bireysel başvuru konusu işlemin din özgürlüğüne bir müdahale şeklinde nitelendirilmesi mümkün olmadığı gibi, bireysel başvurunun somutunda öne sürülen iddialar kanun yolu incelemesinde gözetilecek hususlar olup, ortaya konan takdirde bariz bir hata ve zaaf da söz konusu olmadığından, gerekçeli karar hakkı yönünden de bir hukuka aykırılık mevcut değildir.

Açıklanan nedenlerle, din özgürlüğünün ihlâlini gerektiren herhangi bir neden bulunmadığından; Anayasanın 24. maddesinin ihlâl edilmediğine karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

FARKLIGEREKÇE

Başvurucuların Patriklik seçimi yapılmasına ilişkin talebinin reddedilmesinin din özgürlüğünü ihlal ettiğine karar verilmiştir.

İhlal kararına katılmakla birlikte, başvuruya konu müdahalenin kanunîlik şartını sağlamadığı görüşüne -aşağıdaki sebeplerle- farklı gerekçeyle katılıyorum.

Kararda kanunîlik incelemesi yapılırken; Anayasanın 24. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunîlik şartını sağladığının kabul edilebilmesi için müdahalenin kanunî bir dayanağının bulunmasının zorunlu olduğu, bunun şeklî bir kanunun varlığını gerekli

kıldığı, konuyla ilgili Nizamnamenin ve Talimatnamenin geçerliliği konusunda başvuru ve Bakanlık bir itirazda bulunmamış ve ilk derece mahkemesi davayı reddederken Nizamnamenin ilgili maddesini yorumlayarak karar vermiş olsa da Anayasanın 13. maddesinin aradığı anlamda erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı belirtilerek kanunî dayanağının olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (§§ 71-81).

Kararda da belirtildiği üzere, temel hak hürriyetlere bir müdahale söz konusu olduğunda, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Anayasanın 24. maddesi kapsamındaki bir müdahale için de aynı ilke geçerlidir.

Diğer taraftan, kanunîlik ölçütünün maddî bir içeriği de gerektirdiği ve kanunun niteliğinin önem taşıdığı, bu anlamıyla kanunîlik ölçütünün, sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliği ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini de garanti altına aldığı bilinmektedir (§72).

Çoğunluğun kararında, söz konusu Nizamnamenin geçerliliği konusunda başvurunun ve Bakanlığın bir itirazda bulunmadığının ve ilk derece mahkemesinin Nizamnamenin ilgili maddesini yorumlayarak davayı reddettiğinin belirtilmesine rağmen, anılan düzenlemenin Anayasanın 13. maddesinin aradığı anlamda “keyfî davranışların önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmü” olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bilindiği gibi, Osmanlı döneminde yürürlüğe konulan mevzuattan hâlen yürürlükte bulunan kanunlar ve bu güçteki nizamnameler, Başbakanlık tarafından yayımlanan Yürürlükteki Kanunlar Külliyyatının 1. Cildinin baş kısmına alınmış ve bunların yürürlükte olduğunun 14/8/1981 tarihli ve 8/3468 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kurulan Proje Yönetim Kurulu tarafından tespit edildiği belirtilmiştir (Yür. Kan. Kül., C. I, s. IX ve s.1-126/3).

Yürürlükteki Kanunlar Külliyyatının başlangıcında “Osmanlı Dönemi Mevzuatından Yürürlükte Bulunan Kanunlar ve Bu Güçteki

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Nizamnameler” başlığı altında söz konusu Nizamname yer almamakla birlikte, bu Nizamnamenin yürürlükten kaldırıldığına veya yargı yerlerince iptal edildiğine dair bir bilgi de bulunmamaktadır.

Kuşkusuz yukarıda sözü edilen Proje Yönetim Kurulunun tespiti idarî bir tasarruftur ve mahkemelerce Nizamnamenin -veya bazı hükümlerinin- yürürlükte olduğu belirlenerek,verilecek kararlara esas alınması mümkündür.

Patrik seçimi, Patrikhanenin organları ve bunların işleyişine dair hükümler içeren 1863 tarihli Nizamnamenin, o tarihte geçerli olan Osmanlı devlet düzeninde kanun gücünde olduğu bilinmektedir. Yukarıda belirtilen Külliyyatta hâlen yürürlükte bulunduğu ve kanun gücünde olduğu belirtilen nizamnameler arasında sayılmasa da, kararda aktarılan hükümlerinden (§§ 35-43) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin hukuk düzeni ile çelişmeyen ve açıkça ya da zımnen yürürlükten kaldırılmayan bazılarının yürürlükte olduğu açıktır. Nitekim -kararda da belirtildiği gibi- derece mahkemeleri de başvurucların davasını Nizamnamenin ilgili maddesine dayanarak reddetmiştir.

Başka bir anlatımla, başvuruclar Nizamnamenin 2. maddesine göre Patriğin vefatı ve istifası sebebiyle veya “sair sebeplerle” Patriklik makamının boşalması hâlinde Patrik seçiminin yapılması gerektiğini ve Patriğin durumunun “sair sebepler” kapsamında olduğunu belirterek seçimin başlatılmasını talep etmişler ve aynı sebeple dava açmışlar; İstanbul 3. İdare Mahkemesi de aynı hükmü yorumlayarak davayı reddetmiş ve Danıştay bu kararı onamıştır.

Bu sebeple müdahalenin başvuruclar bakımından erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmamasından değil idare ve derece mahkemeleri tarafından yorumlanmasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

Kuşkusuz müdahalenin dayanağını oluşturan düzenlemelerin “kanunîlik” ölçütünü karşıladığının kabul edilebilmesi için aranan güvencelerin mevzuatbulunmaması gibi mevzuatın uygulanmaması veya etkisizleştirilmesi de anayasal hakları ihlal eder.

Mezkûr Nizamnamenin Türkiye Cumhuriyeti hukuk düzeni ile bağdaşmayan ve zımnen yürürlükten kaldırıldığı anlaşılan birçok maddesine karşılık -Lozan Antlaşması ile de teminat altına alınan din hürriyetinin gereği olduğunda tartışma bulunmayan- Patrik seçimi konusundaki 2. maddesinin kanun gücünde ve yürürlükte olduğu düşüncesiyle,yani müdahalenin dayanağını oluşturan mezkûr düzenlemelerin Anayasanın 13. maddesinin aradığı anlamda erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte kanun hükümleri olmaması sebebiyle değil, müdahaleyi oluşturan idarî ve yargısal kararların anılan hükmü etkisizleştirmesi sebebiyle “kanunîlik” bakımından ihlal sonucuna katılıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvuru, başvuruçuların Türkiye Ermenileri Patrikliği Seçimi yapılması taleplerinin reddedilmesinin din özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

Türkiye Ermenileri Patriği Karakin Kazancıyan'ın 10/3/1998 tarihinde ölümü nedeniyle boşalan Patriklik makamına 1961 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe konulan “Patrik Seçim Talimatnamesi”nde belirtilen esaslar çerçevesinde 4/10/1998 tarihinde Başpiskopos Mesrop Mutafyan seçilmiştir.

Patrik Mesrop Mutafyan'da 2007 yılı yaz aylarından itibaren bazı davranış değişiklikleri görülmüş ve yapılan tıbbi değerlendirmeler neticesinde Patrik Mesrop Mutafyan'ın görevini yapamayacak derecede hasta olduğu çeşitli sağlık kuruluşlarınca ifade edilmiştir.

2009 yılının sonlarında mevcut Patrik'in görevlerini yapamaması nedeniyle yeni bir patrik seçilmesi için İstanbul Valiliğine iki ayrı başvuruda bulunulmuştur.

Din Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

3/12/2009 tarihli ilk başvuru Patrik Vekili Başepiskopos Şahan Sıvacıyan ve Ruhani Meclis Başkanı Başepiskopos Aram Ateşyan (Ruhaniler) imzalarıyla yapılmıştır. Ruhaniler, Patrik Mesrob'un sağlık sorunları nedeniyle uzun bir süreden beri görev yapamadığını; kadim örf ve adetlere gösterdiği saygının bir ifadesi olarak, kendilerinin son nefeslerine dek Patrik olarak tanınacağını ifade etmişler ve "Türkiye Ermenileri eş patriği" unvanıyla yeni bir ruhani önder seçilmesini; görevini patriklik tam yetkileriyle icra etmesini ve Patrik Hazretleri'nin vefatı durumunda ise "Türkiye Ermenileri Patriği" sıfatıyla hizmetini sürdürmesini bir çözüm yolu olarak önermişlerdir.

Başvurucuların da içinde bulunduğu bir diğer grup ise 9/12/2009 tarihinde "Türkiye Ermenileri Patrik Seçimi Müteşebbis Heyeti"ni (Siviller) oluşturmuştur. 14/1/2010 tarihinde Siviller, başkan sıfatıyla başvurulardan Levon Berç Kuzukoğlu ve yazman sıfatıyla Ohannes Garbis Balmumciyan tarafından imzalanan dilekçe ile yeni patrik seçimi yapılması talebiyle İstanbul Valiliği aracılığı ile İçişleri Bakanlığına başvurmuşlardır. Siviller Patrik Mutaftyan'ın görevini yapamayacak derecede hasta olduğunu ve Patriklik makamının fiilen boşaldığını ifade etmişlerdir. Siviller, patrik seçimlerinde ittihaz edilen usul ve esasların kaynağını teşkil eden 1863 tarihli Nizamname-i Milleti Ermeniyan'ın (Nizamname) 2. maddesinin Patriklik makamına yenisinin seçilmesini emrettiğini ileri sürmüşlerdir. Sivillerce oluşturulan Müteşebbis Heyete seçilen üyelerin isimleri ile Müteşebbis Heyet tarafından kabul edilen Patrik Seçim Talimatnamesi İstanbul Valiliğine verilmiştir.

İstanbul Valiliği 29/6/2010 tarihli yazısı ile Ruhaniler ve Siviller tarafından verilen dilekçeleri birlikte değerlendirmiştir. Valilik, hem Sivillerin, hem de ruhanilerin ayrı taleplerine karşın yeni bir öneride bulunmuştur. Valiliğe göre yapılan müracaatlar ve bu alandaki mevcut düzenlemeler değerlendirildiğinde; Patriklik makamı boşalmadığından yeni Patrik seçimi yapılması veya Eş-Patrik seçimi amacıyla müteşebbis heyet oluşturulmasının hukuki temeli bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, Patriklik makamı boşalmadığından yeni seçim yapılamayacağı ve düzenlemelerde Eş-Patrik müessesesi öngörülmediğinden, Patrikhane yetkili organlarınca Patrikliğin ve

cemaatin dini ve hayri işlerinin yürütülmesi amacıyla “Patrik Genel Vekili” seçimi yapılabileceği, İstanbul Valiliğinin kararı üzerine 6/7/2010 tarihinde Türkiye Ermenileri Ruhaniler Genel Meclisi tarafından Başepiskopos Arem Ateşyan “patrik genel vekili” seçilmiştir. 18/8/2010 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla, Arem Ateşyan’ın patrik genel vekilliği görevine devam ettiği sürece kendisine mabet ve ayinler haricinde de ruhani kıyafet giyme izni verilmiştir.

Patriğin hastalığı nedeniyle görevini yapamadığı bir hal daha önce yaşanmamıştır. Bu nedenle mevcut olayın kendine özgü bir sorun içerdiği kabul edilmelidir. Olayların bütününe bakıldığında İstanbul Valiliğinin Türk Ermeni Cemaati içerisinde Patrik seçimi hususunda mevcut olan ihtilafı gidermek ve muhtemel çatışmayı engellemek amacı taşıdığı açıktır. İstanbul Valiliğinin ortaya koyduğu orta yolcu çözüm her iki tarafın da görüşlerini yansıtmaktadır.

Ermeni cemaatinin geleneklerinde eş-patrik müessesesinin olmadığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Öte yandan mevcut patrik görevlerini yapamadığı için onun görevden ayrılmış sayılacağına ilişkin bir kural veya uygulama bulunduğu da gösterilebilmiş değildir. Kanaatimize göre yeni patrik seçilmesine kadar, ara bir çözüm olarak “patrik genel vekili” görevlendirilmesinin daha doğru olacağı yönündeki İstanbul Valiliğinin çözüm önerisinin mevcut talimatnamelere ve cemaat geleneklerine aykırılık teşkil etmediği kanaatine ulaşılmıştır. Söz konusu çözüm önerisinin geçici bir uygulama olduğu da unutulmamalıdır. Bu gerekçeler ile sayın çoğunluğun ihlal kararına katılmamız mümkün olmamıştır.

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

*İFADE VE BASIN
ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN
KARARLAR*



TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

RECEP BEKİK VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/12936)

Karar Tarihi: 27/3/2019

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 Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Yunus HEPER
Raportör Yrd.	: Ceren Sedef EREN
Başvurucular	: Bkz. Ekli (1) Numaralı liste
Vekilleri	: Bkz. Ekli (2) Numaralı liste

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurular, ceza infaz kurumlarında tutuklu ya da hükümlü olarak bulunanların satın aldığı süreli yayınların kendilerine teslim edilmemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğı iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular çeşitli tarihlerde yapılmıştır.
3. Başvurular, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonlarca 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 örneğı bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.
7. Konularının aynı olması nedeniyle ekli (3) numaralı listede numaraları belirtilen başvuru dosyalarının 2016/12936 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine, incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına ve diğerk başvuru dosyalarının kapatılmasına karar verilmiştir.
8. Birinci Bölüm tarafından 6/3/2016 tarihinde yapılan toplantıda niteliğı 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 edildiğı şekliyle olaylar özetle şöyledir:

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

10. Ekli (1) numaralı listede belirtilen başvurulardan Mahmut Özdemir, Nihat Oğuz ve Veysel Öztürk dışındakiler PKK terör örgütüyle ilgilerör suçlarından tutuklu ya da hükümlü olarak, adı geçen üç başvuru ise başka suçlardan hükümlü olarak muhtelif yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunmaktadır.

11. Adalet Bakanlığı Ceza İnfaz Kurumları ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü verilerine göre 8/1/2019 tarihi itibarıyla ülkemizde bulunan 389 ceza infaz kurumunun 288'i kapalı ceza infaz kurumu niteliğindedir. 288 kapalı ceza infaz kurumundan 14'ü F Tipi olmak üzere toplam 17'si yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumudur. Somut olayda başvurulular Tekirdağ 1 ve 2 No.lu, Sincan 2 No.lu, Ankara 2 No.lu, Bolu ve Edirne F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumları ile Eskişehir H Tipi, Kırklareli E Tipi, Bafra T Tipi, Balıkesir L Tipi, İzmir 3 No.lu T Tipi, Bingöl M Tipi, Kayseri 2 No.lu T Tipi, Burdur E Tipi, Silivri 9 No.lu Kapalı Ceza İnfaz Kurumları ve Elazığ 2 No.lu Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumunda bulunmaktadır.

12. Başvurucuların ücretini ödeyerek abone oldukları ya da satın aldıkları dergi ve gazete gibi süreli yayınların çeşitli nüshaları, infaz kurumu eğitim kurullarının aldıkları kararlar uyarınca başvurululara teslim edilmemiştir. Başvurululara teslim edilmeyen süreli yayınlar "*Özgürlükçü Demokrasi*", "*Demokrasi*", "*Demokratik Ulus*", "*Yeni Demokratik Ulus*", "*Serxwebun*", "*Özgür Gündem*", "*Özgür Halk*", "*Azadiya Welat*", "*Diz Çökmeyenlerin Gazetesi*" ve "*Atılım*" isimli gazeteler ile "*Jineoloji*" isimli derginin 2014 ve 2018 yılları arasına yayımlanmış tek ya da çeşitli nüshalarıdır. Başvuru tarihlerinde, başvurululara teslim edilmeyen bu süreli yayınlar hakkında verilmiş bir toplatma ya da elkoyma kararı bulunmamaktadır.

13. İnfaz kurumu eğitim kurullarınca alınan bu kararların bir bölümünde, ilgili süreli yayınlarda ağırlıklı olarak PKK terör örgütü ve liderleri ile üyelerini öven, bunların sözleri ile eylemlerine yer verilen ve terör örgütü propagandası teşkil eden içerikler bulunduğu belirtilmiş; dolayısıyla ceza infaz kurumunun güvenliği ile mahkûmun ıslahı amaçlarının gerçekleştirilmesine engel olacağı gerekçesiyle söz konusu yayınların başvurululara teslim edilmemesine karar verilmiştir.

14. İnfaz kurumu eğitim kurullarınca alınan söz konusu kararların sayıca daha fazla olan diğer bölümünde ise ilgili yayınların genel olarak PKK terör örgütü ve liderleri ile üyelerini öven, bunların sözleri ile eylemlerine yer verilen ve terör örgütü propagandası niteliğinde olduğu belirtilen sakıncalı kısımlarının ilgili yayının hangi sayfalarında bulunduğu açıkça belirlenmiş; buna rağmen ceza infaz kurumunun güvenliği ile mahkûmun ıslahı amaçlarının gerçekleştirilmesine engel olacağı gerekçesiyle söz konusu yayınların tamamının başvuruclara teslim edilmemesine karar verilmiştir. Anılan kararlardaki gerekçelerin ilgili kısmı şöyledir:

“Yasadışı terör örgütünün görüş, amaç ve eylem sürecinin gerçek kişi-zaman ve mekanlarla ayrıntılı olarak anlatıldığı, terör örgütüne ait açıklamaların bizzat alıntılandığı, örgütün faaliyetleri meşru gösterilerek kişilerin kanunsuz eylemlere özendirildiği, terör örgütü propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerine dair görsel haberlerin yapıldığı, örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin yer aldığı, devlete meydan okuma ve devlete karşı yapılan kanunsuz eylemleri doğru bir öz güven hareketiymiş gibi göstererek topluma kin ve nefret duyguları aşılayarak suç işleme ve kanunlara uymama konusunda tahrik ettiği, toplumda infial yaratacak söylemlerde bulunduğu ve toplumu kutuplaştırdığı, gayri meşru eylemleri meşru gibi gösterdikleri, suçu ve suçluyu öven, suç işlemeye teşvik eden ifadeler yer aldığından...”

“ ...terör örgütlerinin sözde üst düzey yöneticilerinin/ mensuplarının açıklamalarının bu gazete vasıtasıyla örgüte müzahir şahıslara iletildiği tabanına talimatlar verildiği örgüt tabanının bu şekilde bilinçlenmesinin sağlandığı, Ceza infaz kurumlarındaki tutuklu/hükümlüler arasında örgütsel dayanışmayı artırıcı ibareler taşıdığı, kurumlarda örgütsel faaliyeti artırarak disiplinsizliğe yol açmak suretiyle kurum güvenliğini tehlikeye düşürecek haberler yapıldığının tespit edildiği...”

“...örgütün sözde liderlerinin açıklamalarına yer verildiği, örgüt propagandası yapıldığı, üyelerini öven yücelten ifadelere yer verildiğitespit edilmiştir.”

15. Başvuruclular, anılan kararlara karşı infaz hâkimliklerine şikâyetle bulunmuştur. Başvurucluların şikâyetleri ilgili infaz hâkimlikleri tarafından benzer gerekçelerle reddedilmiştir.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

16. Başvurucular; ret kararlarına karşı ağır ceza mahkemelerine itiraz etmiş; ancak bu itirazlar, ilgili ağır ceza mahkemeleri tarafından infaz hâkimliği kararlarının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Nihai kararlar başvuruculara tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucular, süresinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

18. İlgili ulusal hukuk için bkz. *İbrahim Kaptan (2)*, B. No: 2017/30723, 12/9/2018, §§ 15-19; *Cengizhan Pilaf*, B. No: 2015/12095, 13/9/2018, § 12.

19. İlgili uluslararası hukuk için bkz. *Ahmet Temiz (6)*, B. No: 2014/10213, 1/2/2017, §§ 17-18.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 27/3/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

21. Bazı başvurucular adli yardım talebinde bulunmuşlardır. 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 oldukları anlaşılan -adli yardım talebinde bulunan- başvurucuların açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım taleplerinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

B. İfade Özgürlüğünün İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

22. Başvurucular, ücretini ödeyerek abone oldukları ya da satın aldıkları dergi ya da gazete gibi süreli yayınların keyfi ve gerekçesiz olarak kendilerine teslim edilmemesi nedeniyle anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

23. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin içtihadına atıf yapılarak başvuru konusu müdahalenin adaleti ve

sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermediği ve alınan tedbirlerin demokratik toplumda gerekli olduğunun değerlendirildiği belirtilmiştir.

2. Değerlendirme

24. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, Ş 16). Başvurucuların iddialarının ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

25. Anayasa'nın 26. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

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

Bu hürriyetlerin kullanılması, ... kamu düzeni, kamu güvenliği, ... suçların önlenmesi, ... gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir...

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

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

27. Tutuklu ve hükümlüler, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) ortak alanı kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahiptir (*Mehmet Reşit Arslan ve*

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

diğerleri, B. No: 2013/583, 10/12/2014, § 65). Bu bağlamda tutuklu ve hükümlülerin ifade özgürlüğü de Anayasa ve Sözleşme kapsamında koruma altındadır (*Murat Karayel* (5), B. No: 2013/6223, 7/1/2016, § 27).

28. Tutuklu ve hükümlülerin süreli veya süresiz yayınlara ulaşabilmesi de bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünün somut yansıması olarak ifade özgürlüğünün koruması altındadır (*Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 43; *Hüseyin Sürensoy*, B. No: 2013/749, 6/10/2015, § 44; *İbrahim Bilmez*, B. No: 2013/434, 26/2/2015, § 74; *Ahmet Temiz* (6), § 34).

29. Bu bağlamda ceza infaz kurumlarında tutuklu ya da hükümlü olarak bulunan başvuruçulara gönderilen süreli yayın şeklindeki yazılı dokümanların onlara verilmemesinin haber veya fikir alma özgürlüğüne, dolayısıyla ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğu kabul edilmiştir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

30. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalinin 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.”

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

(1) Kanunilik

32. Müdahalelere dayanak olan 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 62. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

33. Başvuruya konu yayınlar, ceza infaz kurumlarının düzeninin ve güvenliğinin sağlanması, suçun önlemesi ve mahkûmun ıslahı amaçlarıyla başvuruculara verilmemiştir. Anılan müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(a) Genel İlkeler

34. 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, 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 hoşgörüsüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifade edilebilmesine 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).

35. 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 (*Bekir Coşkun*, §§ 53-55; *Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72; AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007). 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 (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, § 51). Orantılılık ise bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, §§ 57; *Tansel Çölaşan*, §§ 46, 49, 50; *Hakan Yiğit*, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, §§ 59, 68).

(b) Ceza İnfaz Kurumlarında Yayınlara Erişim ile İlgili Anayasa Mahkemesi İçtihadı

(ba) Yayınların Ceza İnfaz Kurumlarına Kabulü

36. Anayasa Mahkemesi *İbrahim Kaptan* (2) kararında tutuklu ve hükümlülere kargo yoluyla ya da ziyaretçileri aracılığıyla getirilen, ders kitapları hariç süreli ya da süresiz yayınların tümünün kategorik olarak ceza infaz kurumlarına kabul edilmemesinin ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlal oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Anılan kararda, tutuklu ve hükümlülere gönderilen yayınların Anayasa Mahkemesince kabul edilen ilke ve kriterler ışığında 5275 sayılı Kanun'un 3. ve 62. maddeleri uyarınca 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 oluşturmaya yol açabileceği belirtilmiştir (*İbrahim Kaptan* (2), §§ 33-37).

37. Anayasa Mahkemesi *Diyadin Akdemir* (B. No: 2015/9562, 4/4/2018) kararında ise tutuklu ve hükümlülere gönderilen fotokopi şeklindeki dokümanların Anayasa Mahkemesince kabul edilen ilke ve kriterler ışığında 5275 sayılı Kanun'un 3. ve 62. maddeleri uyarınca yapılacak denetime tabi tutulmasının da ceza infaz kurumu idareleri ve derece mahkemelerine makul olmayan bir yükümlülük getirilmesi anlamına geleceğine karar vermiştir (*Diyadin Akdemir*, § 21). Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesine göre fotokopi şeklindeki dokümanların zorlayıcı bir ihtiyaç olmadığı müddetçe, herhangi bir denetime tabi tutulmaksızın yüksek güvenlikli ceza infaz kurumuna alınmaması kural olarak Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz (*Eşref Arslan*, B. No: 2014/14655, 18/7/2018, § 46).

(bb) İlgili Mevzuat Uyarınca Tutuklu ve Hükümlülerin Yararlanabileceği Yayınlar

38. Ceza infaz kurumunda bulunan tutuklu ve hükümlülerin yayınlardan yararlanmasına ilişkin esaslar 5275 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri de gözetilerek Anayasa Mahkemesi tarafından şu şekilde belirlenmiştir:

i. Mahpus, ceza infaz kurumlarında bulunan emanet hesabına yatırılan paradan karşılanması koşuluyla herhangi bir yayının kurumca satın alınarak kendisine verilmesini isteyebilir.

ii. Resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile Cumhurbaşkanı tarafından vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkarılan gazete, kitap ve basılı yayınlar mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla mahpusa ücretsiz olarak ve serbestçe verilir.

iii. Mahpus, kurum kütüphanesinden serbestçe yararlanma imkânına sahiptir.

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.

v. Eğitim ve öğretimine devam eden mahpusun ders kitapları herhangi bir engelleme olmadan kendisine verilir (*İbrahim Kaptan* (2), § 31).

39. 5275 sayılı Kanun uyarınca ceza infaz kurumu idarelerinin ders kitabı mahiyetinde olduğunu tespit ettikleri yayınları -yakınları tarafından getirilmiş ya da posta yoluyla gönderilmiş olsa dahi- anılan Kanun'un 3. ve 62. maddeleri yönünden yapılacak bir değerlendirme sonucunda sakıncalı bulmamaları hâlinde başvurularda teslim etme yükümlülükleri bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi ilgili hükümde, hâlihazırda bir öğretim kurumunda herhangi bir düzeyde eğitim ve öğretimine devam eden tutuklu ya da hükümlülerin ders kitaplarından bahsedildiğini kabul etmiştir. Bu nedenle ilgili yayınların 5275 sayılı

Kanun'un 62. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen *ders kitabı* kapsamında kalıp kalmadığı da ceza infaz kurumu idareleri tarafından öncelikle değerlendirilmelidir (*Halil Özhan Koral*, B. No: 2017/18895, 9/1/2019, §§ 31, 32).

40. Ceza infaz kurumu idarelerinin mahpusların yararlanabilecekleri belirtilen ve yukarıda sayılan süreli veya süresiz yayınlardan ilk dört bent kapsamında kalanları, doğrudan 5275 sayılı Kanun'un 3. ve 62. maddelerinde öngörülen koşulları sağlayıp sağlamadığı yönünden bir denetime tabi tutması gerekir. Söz konusu denetimin Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan ilkeler uyarınca yapılması ve inceleme sonucunda yayınların kuruma kabul edilmesinin uygun olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir (*İbrahim Kaptan (2)*, § 32).

(bc) 5275 sayılı Kanun'un 3. ve 62. Maddeleri Uyarınca Yapılması Gereken Denetim

41. Anayasa Mahkemesi *Sinan İyit* ([GK], B. No: 2013/1495, 30/11/2017) kararında, hakkında toplatma kararı bulunan yayınların ya da bu yayınlardan alıntı içeren dokümanların 5275 sayılı Kanun'un 3. ve 62. maddeleri uyarınca tutuklu ya da hükümlülere verilmemesi şeklindeki müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Anılan kararda, bireylerin ifade özgürlüğüne toplatma ve elkoyma kararlarıyla müdahalede bulunulan hâllerde mevcut olan zorunlu toplumsal ihtiyacın özellikle terörle mücadelenin söz konusu olduğu durumlarda tutuklu ve hükümlüler yönünden de mevcut olduğunda şüphe bulunmadığı belirtilmiştir. Bu doğrultuda kararda, hakkında toplatma kararı bulunan yayınların ya da bu yayınlardan alıntı içeren dokümanların tutuklu ve hükümlülere verilmemesi şeklindeki müdahalenin ceza infaz kurumunun güvenliği, düzeni ve disiplininin sağlanması ile mahkûmun ıslahı amaçlarının gerçekleştirilmesi için gerekli olmadığından bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir (*Sinan İyit*, §§ 51, 52).

42. Öte yandan hakkında toplatma kararı bulunan yayınlardan birebir alıntılar içeren bölümlerin başvurucuya verilmemesi şeklindeki müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uygun olduğu sonucuna ulaşılmışsa da söz konusu kitaplardan sadece faydalanıldığının tespit

edilmiş olması ya da bir yayının tutuklu veya hükümlülere verilmemesi şeklindeki müdahale demokratik toplum gereklerine uygunluk yönünden yeterli bir gerekçe olarak görülemez (*Sinan İyit*, § 58).

43. Hakkında toplatma kararı bulunmayan yayınlar yönünden 5275 sayılı Kanun'un 3. ve 62. maddeleri uyarınca yapılması gereken denetime ilişkin ilkeler ise *Halil Bayık* (B. No: 2014/20002, 30/11/2017) kararında açıklanmıştır. Buna göre *Halil Bayık* kararında, öngörülen kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahalelerin ihlal oluşturacağı belirtilmiştir. *Halil Bayık* kararında öngörülen ilkeler şöyledir:

i. Başvurucunun hangi suçtan, hangi tür ceza infaz kurumunda bulunduğu, söz konusu tedbirin alınmasında bu ceza infaz kurumu ile işlediği suçun bir etkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

ii. Bir yayının tümünün veya bir kısmının mahkûma verilmemesi şeklindeki kısıtlamanın mahkûmun ıslahı ile bağlantısı var ise yayının içeriği ile mahkûmun ıslahı arasındaki ilişkinin tam olarak gösterilmesi gerekir.

iii. Her mahpusun toplumsal geçmişi ve suç sicili, entelektüel kapasitesi ve kabiliyeti, şahsi tabiatı, hapis cezasının süresi ve tahliye edildikten sonrası için beklentileri dikkate alınmalıdır.

iv. Bu bağlamda terör suçlarından mahpus olan kişilerin iddia edilen mağduriyetlerin sorumlusu olarak gördükleri kişilere veya devlete karşı daha fazla şiddete yönelmelerine söz konusu yayınların sebebiyet verip vermediği değerlendirilmelidir.

v. Mahpusa verilmeyen süreli veya süresiz yayının cinsi, içeriği, yayımlayanı ve sorunlu görülen kısımların hangileri olduğu belirtilmeli; mahpusa verilmesi sakıncalı bulunan kısımların detaylı analizi yapılmalıdır.

vi. Böyle bir analizin yapılabilmesi için söz konusu yayının terör örgütleriyle veya terör faaliyetlerinin meşru gösterilmesiyle bir ilişkisi varsa mahpusun ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında denge kurulmalıdır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

vii. Bu dengenin kurulabilmesi için;

- Bütünüyle ele alındığında müdahaleye konu yayının özel bir kişiyi, kamu görevlilerini, halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterip göstermediğinin, onlara karşı şiddete teşvik edip etmediğinin,

- Bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakılıp bırakılmadığının, bireylere karşı nefreti alevlendirip alevlendirmedığının,

- Yayında iletilen mesajda şiddete başvurma'nın gerekli ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürölüp sürölmediğinin,

- Şiddetin yüceltilip yüceltilmediğinin, kişileri nefrete, intikam almaya, silahlı direnişe tahrik edip etmediğinin,

- Söz konusu yayında yer alan ifadelerin ceza infaz kurumunun güvenliğini, disiplinini ve düzenini tehlikeye düşürüp düşürmediğinin,

- Terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı olarak haberleşmelerine neden olup olmadığının,

- Kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgiler ile tehdit ve hakaret oluşturan ifadeler içerip içermediğinin,

- Yayın tarihinde veya mahpusa verilmesinin istendiği sırada ülkenin bir kısmında veya tamamında yaşanan çatışmaların yoğunluk derecesi ile ceza infaz kurumu ve ülkedeki tansiyonun derecesinin yayının mahpusa verilmesine etki edip etmediğinin,

- Karara konu sınırlayıcı tedbirin demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik nitelikte ve tedbirin başvurulabilecek en son çare niteliğinde olup olmadığının

değerlendirilmesi gerekir.

viii. Derece mahkemelerinin ve kamu gücünü kullanan diğer organların söz konusu değerlendirmeleri yaparken olayın koşullarına göre uzman kişilerin görüşlerinden faydalanmaları, gerekirse konusunda uzman sosyal bilimcilerden, araştırmacılardan ve akademisyenlerden rapor ve görüş almaları her zaman mümkündür. Böylece süreli veya süresiz bir yayının bir mahpusa verilmemesi şeklindeki müdahalenin kanunlar ve Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konan kriterlere uygunluğunun denetimi daha etkili yapılabilecektir (*Halil Bayık*, § 45).

44. Burada ıslah amacı güdülmesinin tek başına, bir yayının *tutuklulara* teslim edilmemesi şeklindeki müdahaleyi haklı kılmayacağı da vurgulanmalıdır (*Cengiz Nergiz*, B. No: 2015/2866, 18/4/2018, § 31).

45. Son olarak gerek hakkında toplatma kararı bulunan yayınlardan birebir alıntılar içermesi nedeniyle gerekse *Halil Bayık* kararında kabul edilen ilkelere göre yapılan denetim sonunda mahpusa teslim edilmemesine karar verilen yayınlarda sakıncalı olduğu değerlendirilen bölümlerin ilgili yayından ayrılması ve geri kalan kısmın mahpusa verilmesinin mümkün olup olmadığı da mutlaka değerlendirilmelidir. Sakıncalı kısımların yayından ayrılmasının mümkün olmadığı veya bu kısımlar çıkarıldığında geri kalan bölümün bir öneminin kalmadığı hâllerde yayının tümünün mahpusa verilmemesi yoluna gidilebilirse de bu özel durumun ilgili kararda gerekçelendirilmesi gerekir (*Sinan İyit*, § 56).

46. Anayasa Mahkemesi ceza infaz kurumlarında yayınlara erişim ile ilgili içtihadı çerçevesinde, tutuklu ve hükümlülere süreli ve süresiz yayın teslim edilmemesine ilişkin müdahalelere karşı yapılan birçok başvuruda ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiş ve yeniden yargılama yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu ihlal kararlarının bazılarında müdahalenin *Halil Bayık* kararında öngörülen kriterleri karşılayan bir gerekçeye sahip olmadığının, ayrıca sakıncalı bulunan ifadelerle gerekçeyi soyut olmaktan çıkaracak ölçüde somut bir bağlantı kurulmadığının ve bu nitelikte kabul edilen ifadelerin yer aldığı bölümlerin çıkarılarak geri kalan kısmın başvuruçulara teslim edilmesinin mümkün olup olmadığının da tartışıldığını belirtmiştir

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

(Yaşar Aslan, B. No: 2015/15731, 23/5/2018; Halil Bayık (2); Cengiz Nergiz; Murat Kaymaz (2), B. No: 2015/12913, 21/3/2018; Ahmet Temiz ve Musa Şanak (2), B. No: 2015/14850, 7/3/2018; Ahmet Temiz ve Musa Şanak, B. No: 2015/13923, 7/3/2018; Hikmet Kale (2), B. No: 2015/2686, 7/3/2018; Ahmet Temiz (11), B. No: 2015/16566, 7/3/2018; Küçük Hasan Çoban, B. No: 2015/17776, 7/3/2018, Ahmet Temiz (12), B. No: 2015/4500, 8/3/2018; Hikmet Kale (3), B. No: 2015/329, 8/3/2018; Kamuran Reşit Bekir (6), B. No: 2014/1117, 24/1/2018, Mahmut Aba, B. No: 2014/5322, 27/12/2017).

47. Söz konusu ihlal kararlarının bazılarında ise ilgili yayının sakıncalı olduğu değerlendirilen bölümlerinin sayfa sayılarının belirtilmesi gibi bir yöntemle somutlaştırılmaya çalışıldığı görülse de *Halil Bayık* kararında öngörüldüğü şekilde bir inceleme yönteminin izlenmediği belirtilmiştir. Bunun yanında anılan kararlarda sakıncalı kısımlar açıkça belirlenmiş olmasına rağmen yayının tümünün başvurularda verilmemesi yoluna gidildiği, ayrıca neden yayının tamamının verilmediği konusunda bir gerekçe de gösterilmediği ifade edilmiştir (*Mehmet Çelebi Çalan* (5), B. No: 2015/5195, 23/5/2018; *Halil Şahin ve diğerleri*, B. No: 2015/16870, 21/3/2018; *Abdulhamit Babat ve Zeki Bayhan*, B. No: 2015/13046, 22/3/2018; *Hikmet Kale*, B. No: 2015/2683, 7/3/2018; *Ahmet Temiz* (9), B. No: 2014/8340, 24/1/2018, *Mehmet Çelebi Çalan* (4), B. No: 2014/8333, 19/12/2017; *Bilal Demirdağ* (2), B. No: 2014/5188, 19/12/2017).

(c) Başvurunun Değerlendirilmesi

48. Somut olayda başvuru sahiplerinin abone oldukları ya da satın aldıkları dergi veya gazete gibi süreli yayınlar başvurularda teslim edilmemiştir. Bu bağlamda başvuru konusu olayda, ücreti başvuru sahipleri tarafından ödenmek suretiyle kurum idaresi aracılığıyla satın alınan ya da başvuru sahipleri abone olunan, ayrıca hakkında herhangi bir toplatma kararı bulunmadığı anlaşılan süreli yayınlar söz konusu olduğundan kamu otoritelerinin Anayasa Mahkemesi içtihadında kabul edilen ilke ve kriterler ışığında 5275 sayılı Kanun'un 3. ve 62. maddeleri uyarınca bir denetim (bkz. §§ 42-44) yapması beklenir.

49. Ceza infaz kurumu idarelerinin ve derece mahkemelerinin söz konusu yayınların başvuru sahiplerine teslim edilmemesine ilişkin kararlarının

bir kısmında, Anayasa Mahkemesinin *Halil Bayık* kararında öngörülen kriterleri karşılamayan değerlendirmeler yapıldığı tespit edilmiştir. Söz konusu kararlarda ilgili yayınlarda sakıncalı bulunan kısımların belirtilmediği, bu kısımların somut bağlantılarla değerlendirilmesi yerine soyut değerlendirmeler ile yetinildiği gözlemlenmiştir. Sayıca daha fazla olduğu anlaşılan diğer bir kısım kararda ise ceza infaz kurumu idarelerinin ve derece mahkemelerinin süreli yayında sakıncalı görülen kısımların hangi sayfalarda yer aldığını belirttiği görülmektedir. Bununla birlikte bu kararların bir kısmında da sayfa numarası açıkça belirtilen sakıncalı kısımlar yönünden Anayasa Mahkemesi içtihadında kabul edilen ilkelere uygun bir gerekçeye yer verilmemiştir. Ayrıca bu kararların tamamında sakıncalı kabul edilen ifadelerin yer aldığı bölümlerin çıkarılarak geri kalan kısmın başvuruçulara teslim edilmesinin mümkün olup olmadığının tartışılmadığı görülmüştür.

50. Başvurulara konu idari kararlar ile derece mahkemelerinin kararlarına bir bütün olarak bakıldığında söz konusu yayınların verilmemesinde büyük oranda başvuruçuların kişisel durumlarının değil terör mahkûmu olmaları ile bulundukları ceza infaz kurumlarının yüksek güvenliklı infaz kurumları olması gibi daha kategorik nedenlerin etkili olduğu anlaşılmıştır. Çoğu başvuruçu yönünden kişisel durumlarından çok nesnel nedenlere dayanılmasına karşın ceza infaz kurumlarında yayınlara erişime ilişkin mevcut sistemde bir yeknesaklığın sağlanamadığı tespit edilmiştir. Aynı yayının ülke çapında bulunan tüm ceza infaz kurumlarında aynı statüde bulunan tutuklu ve hükümlülere verilir verilmemesine ilişkin değerlendirmelerin son derece değişken olduğu gözlemlenmiştir.

51. Bir yayının farklı ceza infaz kurumlarında bulunan aynı hukuki durumdaki kişilere verilir verilmemesine ilişkin olarak farklı kararlar verilmektedir. Aynı yayın bazı ceza infaz kurumundaki kişilere herhangi bir müdahale olmaksızın verilebilmekteyken başka bazı infaz kurumlarında aynı durumda bulunan kişilere birbirleriyle son derece ilgisiz gerekçelerle kısmen veya tamamen verilmeyebilmektedir.

52. Ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerce talep edilen süreli veya süresiz yayınların incelenmesinin kurum idareleri

ve derece mahkemeleri üzerinde makul olmayan bir yükümlülük oluşturmamasının arzulanmayacağı açıktır (*İbrahim Kaptan* (2), § 33). Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin koyduğu kriterlere uygun olarak 2019 yılının Ocak ayı itibarıyla toplam sayısı 389 olan ceza infaz kurumlarında binlerce mahkûm yönünden çok sayıda süreli ve süresiz yayının her gün incelenmesinin kamu otoriteleri için büyük bir emek ve mesai gerektirdiği açıktır.

53. Benzer bir zorluk Anayasa Mahkemesi için de geçerlidir. Ceza infaz kurumlarının süreli yayınlara ilişkin kararları, bulundukları yer infaz hâkimliklerince denetlenmekte ve daha sonra kararlardan etkilenen kişiler bu kararlara yönelik şikâyetlerini bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne getirmektedir. Ancak gerek idari uygulamaların birbiriyle farklılığı gerekse infaz hâkimliklerinin kararları arasındaki uyumsuzluk nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanması mümkün olmayan dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin inceleme kapasitesini aşacak sayıda şikâyet, bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilmektedir.

54. Somut başvuru bağlamında tutuklu ve hükümlülerin haber ve fikir alma özgürlüğüne güvence sağlama hususunda asıl yetkili ve görevlinin ilgili ceza infaz kurumu idareleri olduğu açıktır. Bununla birlikte süreli yayınlara erişim söz konusu olduğunda infaz hâkimliklerinin de uygulamadaki farklılıkları gidermekte ve idarenin gerekçesiz uygulamalarını engellemekte yeterli olmadıkları görülmektedir.

55. Yukarıdaki değerlendirmeler sonucunda süreli yayınların ceza infaz kurumlarındaki tutuklu ve hükümlülere teslim edilip edilmemesinde keyfiliği engelleyecek, aynı hukuki durumda bulunanlara aynı uygulamanın yapılmasını sağlayacak, açık, yol gösterici ve istikrarlı idari uygulamaları garanti edecek bir mekanizmanın bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

56. Hukuk devletinde idarenin eylem ve işlemlerinin bireyler tarafından öngörülebilir olması gerekir. Bir süreli yayının mahpuslara verilmesine ilişkin idari uygulama farklılıklarının hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan *idari faaliyetlerin belirliliği ilkesine* de aykırılık oluşturduğu kanaatine ulaşılmıştır.

57. Yukarıdaki açıklamalar ışığında gerekli düzenlemelerin yapılması, mahpusların ücreti karşılığında süreli yayınlara erişimi ve bu yolla ifade özgürlüklerini kullanmaları açısından önem taşımaktadır. Bu doğrultuda söz konusu süreli yayınların daha etkin bir biçimde değerlendirilmesini ve mahpuslar arasında farklı uygulamaların doğmasını engelleme potansiyeli barındıracak bir mekanizmanın kurulmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

58. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, birleşen başvurularda mahpusların basın ve yayın materyallerine erişimine ilişkin içtihadından (bkz. §§ 45, 46) ayrılmasını gerektirecek bir durum bulunmadığını kabul etmektedir. Birleştirilerek incelenen başvurularda, süreli yayınların ceza infaz kurumlarına kabulüne ilişkin uygulamada Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılayan yeknesak değerlendirmeler yapılamamıştır. Mevcut sistemde idarenin uygulamaları sonucu ortaya çıkan olumsuzluklar yalnızca hukuki denetimle görevli mahkeme kararları ile giderilmeye çalışılmaktadır.

59. Öte yandan Anayasa Mahkemesince bugüne kadar aynı konuda çok sayıda ihlal kararı verilmiş olmasına karşın bu nitelikteki müdahaleler ve bunlara karşı yapılan bireysel başvurular devam etmektedir. İdarenin mevcut uygulamaları ile infaz hâkimliklerinin söz konusu uygulamaların hakkaniyete uygunluğunu sağlamakta yaşadıkları güçlük birlikte değerlendirildiğinde süreli yayınların ceza infaz kurumlarına kabul edilmesine ilişkin mevcut sistemde uygulamadan kaynaklanan bir yapısal sorun bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

60. Yukarıda zikredilen Anayasa kurallarına ve kanunların emredici hükümlerine rağmen mahpuslara süreli yayınların verilmesi meselesine ilişkin idari ve hukuki tedbirler alınarak bu alanda yayınların yeknesak, hakkaniyete uygun ve Anayasa Mahkemesinin öngördüğü kriterleri karşılayan bir yöntemle mahpuslara tesliminin sağlanması yönünden etkin bir düzen kurulmadığı takdirde söz konusu yapısal sorunun devam edeceği ve bunun Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün devamlı ihlali anlamına geleceği açıktır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

61. Açıklanan gerekçelerle uygulamadan kaynaklandığı tespit edilen yapısal sorun nedeniyle başvuruçuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Rıdvan GÜLEÇ ve Yıldız SEFERİNOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

c. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

62. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvuruçunun 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 başvuruçucu 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.”

63. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin uygulanmasına ilişkin kabul edilen ilkeler için bkz. Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 54-60.

64. Başvuruçuların bir kısmı hem maddi hem manevi, bir kısmı ise yalnızca manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

65. Anayasa Mahkemesi, tutuklu ve hükümlülerin ücretini ödeyerek satın aldıkları süreli yayınların ceza infaz kurumlarına kabulü konusunda uygulamadan kaynaklanan bir yapısal sorun olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

66. İfade özgürlüğüne ilişkin olarak derece mahkemelerce giderilemeyecek, idari ve hukuki düzenleme yapılmasını gerektirecek

nitelikte yapısal sorun tespit edildiğinden yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı değerlendirilmiştir.

Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

67. Yapısal sorundan kaynaklanan ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruculara ayrı ayrı net 500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Rıdvan GÜLEÇ ve Yıldız SEFERİNOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

68. Dosyadaki belgelerden tespit edilen ve karara ekli listede belirtilen harç ve vekâlet ücretlerinden oluşan toplam yargılama giderlerinin başvuruculara ayrı ayrı ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinde bulunan başvurucuların bu taleplerinin KABULÜNE,

B.İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşılığı ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR, Rıdvan GÜLEÇ ve Yıldız SEFERİNOĞLU'nun karşılıqları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Yeniden yargılama yapılmasında HUKUKİ YARAR BULUNMADIĞINA Serruh KALELİ'nin karşılığı ve OYÇOKLUĞUYLA,

E. Başvuruculara ayrı ayrı net 500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE Serdar ÖZGÜLDÜR, Rıdvan GÜLEÇ ve Yıldız SEFERİNOĞLU'nun karşılıqları ve OYÇOKLUĞUYLA,

F. Karara ekli 2 numaralı listede belirtilen harç ve vekâlet ücretinden oluşan yargılama giderlerinin BAŞVURUCULARA AYRI AYRI ÖDENMESİNE,

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

G. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru 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,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
27/3/2019 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Farklı ceza infaz kurumlarında farklı süreli yayınların kendilerine verilmediği iddiasıyla farklı çok sayıda başvuru tarafından yapılan idari başvuruların reddi kararları farklı gerekçelere dayandığı gibi, bunlara karşı yapılan başvurular üzerine infaz ve itiraz hâkimliklerince verilen red kararlarının gerekçeleri de tamamen farklılık göstermektedir. Bu mahiyetteki başvuruların birleştirilmesi için gerekli olan “hukuki ve fiili irtibat” koşulu bu nedenle başvurunun somutunda gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla, bu mahiyette olan çok sayıdaki başvurunun birleştirilerek incelenmesi kararına katılmam mümkün olmamıştır.

2. Aynı gerekçe ile her somut başvurunun incelenmesi ve hangisinin hangi gerekçeyle reddedildiği, bu red gerekçelerinin herhangi bir hak ihlâline yol açıp açmadığı hususu da fiilen anlaşılamaz durumda olduğu gibi; 2016/12936 numaralı bireysel başvuru dosyasının incelenmesinde, tesis edilen işlem, infaz hâkimliği kararı ve bu karara karşı yapılan itiraz üzerine verilen hâkimlik kararında herhangi bir hak ihlâli görülmediğinden, başvurunun kabul edilemez olduğu yolunda karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımdan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

3. Somut ihtilaf (hak ihlâli iddiası) üzerine işin esasına dair yapılacak bir inceleme sonunda her bir başvuru bakımından hak ihlâlinin olduğuna/ olmadığına karar verilmesi gerekli iken; sistem ve uygulama sorunlarını çözümleme amacıyla genel bir ihlâl kararı verilmesi şeklinde tecelli eden çoğunluk görüşüne katılmam mümkün olmadığı gibi, 2016/12936 numaralı bireysel başvuru yönünden ifade özgürlüğünün

ihlâl edilmediğı kanaatinde olduğumdan; çoğunluğun ihlâl kararına iştirak edemedim.

4. İhlâl olmadığı değerkendirmem nedeniyle her bir başvurucuya manevi tazminat verilmesi yolundaki karara da katılamadım.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında öngörülen, ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceğı kuralı uyarınca yeniden yargılama yapılması gerektiğı düşüncesiyle çoğunluğun ulaştığı, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı sonucuna katılmıyorum.

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- Terör suçlarından tutuklu ya da hükümlü, muhtelif Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumlarında bulunan başvuruçuların ücretini ödeyerek abone oldukları ya da satın aldıkları çeşitli yayınlar, İnfaz Kurumu Eğitim Kurullarının aldığı kararlar doğrultusunda başvuruçulara teslim edilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa ve Sözleşme kapsamında koruma altında bulunan ifade özgürlüğüne bir müdahalenin olduğuna, Mahkememizin çoğunluğu gibi bizde katılmaktayız ve başvuruyu kabul edilebilir bulmaktayız.

2- İnfaz Kurumu Eğitim Kurullarınca alınan kararda PKK Terör Örgütü ve liderleri ile üyelerini öven ve terör örgütü propagandası teşkil eden içerikler bulunduğu ve bu durumun İnfaz Kurumunun güvenliği ile mahkûmun ıslahı amaçlarının gerçekleştirilmesine engel olacağı

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

gerekçesi ile söz konusu yayınların başvurularda teslim edilmemesine karar verilmiştir. Başvurucuların itirazları sırasıyla İnfaz Hâkimlikleri ve Ağır Ceza Mahkemelerince benzer gerekçelerle reddedilmiştir. Mahkememiz çoğunluğunca müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığına ilişkin değerlendirmelerde kanunilik ve meşru amaç kriterleri bakımından herhangi bir müdahale olmamakla birlikte, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük kriterleri açısından yapılan müdahale ihlal olarak değerlendirilmiştir.

3- Anayasa Mahkemesi Genel Kurul çoğunluğunca; *Halil Bayık* kararında ortaya konan ilkeler gözetilmeden verilen yargı kararları nedeniyle başvurularda ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği belirtilmiştir. Söz konusu kararda ortaya konan ilkeleri başvurularda cezaevine almak istedikleri her türlü yayın açısından uygulanabilir kabul etmek, cezaevi yönetimine ve infaz hâkimliklerine altından kalkmaları mümkün olmayan bir külfet yükleyecektir. Koruma altında bulunan hakların ihlal edilip edilmediğini tespit etmek yerine, uygulamaya yönelik pratik çözüm önerileri öne sürmek, cezaevi yayın kurullarının işleyişine yön vermek gibi bir anlam taşıyacak kararlar vermemizin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

4- Somut başvuruların her biri için ayrı ayrı ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği test edilmesi gerekirken; sistem ve uygulama sorunlarını çözümleme amacıyla genel bir ihlal kararı verilmesi şeklinde tecelli eden çoğunluk görüşüne katılmamız mümkün olmadığı gibi, 2016/12936 numaralı bireysel başvuru yönünden ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği kanaatinde olduğumuzdan; çoğunluğun ihlal kararına iştirak edemiyoruz.

5- İhlal olmadığı değerlendirmemiz nedeniyle her bir başvurucuya manevi tazminat verilmesi yolundaki karara da katılamıyoruz.

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

AYŞE ÇELİK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/36722)

Karar Tarihi: 9/5/2019

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Recep KÖMÜRCÜ Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL Recai AKYEL
Raportör	: Yunus HEPER
Raportör Yrd.	: Ceren Sedef EREN
Başvurucu	: Ayşe ÇELİK
Vekili	: Av. Mahsuni KARAMAN : Av. Benan MOLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, yapılan açıklamalar nedeniyle terör örgütü propagandası yapmak suçundan mahkûm edilmenin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 27/10/2017 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, Güzel Sanatlar Fakültesi mezunudur ve 2009-2014 yılları arasında Diyarbakır'ın Silvan ilçesinde sözleşmeli öğretmen olarak görev yapmıştır. Başvuruya konu olayın yaşandığı tarihte başvurucu, herhangi bir öğretim kurumunda görev yapmamaktadır.

A. Hendek Olayları

10. Türkiye'de uzun süredir devam eden, PKK'nın neden olduğu şiddetin ve terör olaylarının sona erdirilmesi amacıyla Hükûmet tarafından 2012 yılının sonlarından itibaren *demokratik açılım* adı verilen bir süreç başlatılmıştır. *Çözüm süreci* olarak da isimlendirilen ve yaklaşık üç yıl devam eden süreçte şiddet ve terör olayları önemli ölçüde azalmıştır. Güvenlik güçlerinin daha sonra yayımlanan raporlarına bakılırsa bu dönemde PKK terör örgütü bazı şehirlerde silah ve mühimmat yığınağı yapmış, 2015 yılının ortalarından itibaren terör ve şiddet bu kez şehirlerde baş göstermiştir.

11. Şırnak'ın Cizre, İdil, Silopi ilçeleri; Hakkâri'nin Yüksekova ilçesi; Diyarbakır'ın Silvan, Sur ve Bağlar ilçeleri; Mardin'in Dargeçit, Nusaybin ve Derik ilçeleri ile Muş'un Varto ilçesinde PKK terör örgütü tarafından cadde ve sokaklara hendekler kazılarak barikatlar kurulmuş ve buralara patlayıcılar yerleştirilerek bu yerleşim yerlerinin bir kısmında *öz yönetim* adı altında hâkimiyet kurulmaya çalışılmıştır. Yaklaşık on ay süren şiddet olayları daha sonra *hendek olayları* olarak isimlendirilmiştir. Hendek operasyonları, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğünce PKK mensuplarına karşı ortak olarak gerçekleştirilen, başta Sur, Cizre ve Nusaybin olmak üzere on bir şehirde yürütülen askerî operasyonlardır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

12. Güvenlik güçleri, anılan yerlere halkın giriş ve çıkışını engellemek isteyen terör örgütü mensuplarına operasyon düzenlemiş ve çatışmaya girmiştir. Bu operasyonların gerçekleştirildiği bölgelerin bazılarında sokağa çıkma yasakları uygulanmış ve bazıları geçici süreyle askerî güvenlik bölgesi ilan edilmiştir. Bu kapsamda terör örgütü üyelerinin yakalanarak halkın can ve mal güvenliğinin sağlanması amacıyla anılan il ve ilçelerin bir kısmında sokağa çıkma yasakları ilan edilmiş fakat güvenlik güçlerince yürütülen operasyonların sona ermesinin ardından söz konusu yasaklar kaldırılmıştır.

3. Aylarca devam eden bu operasyon ve çatışmalar sırasında yaşanan kayıpların büyüklüğü konusunda 2016 yılının Mayıs ayında bazı resmî görevlilerin açıklamalarına göre en az 2.500 terörist öldürülmüş, 480 güvenlik görevlisi de şehit olmuş, ayrıca 4.000'in üzerinde güvenlik görevlisi de yaralanmıştır. Açık kaynaklarda yer alan, resmî olmayan ve doğrulanmamış bazı açıklamalara göre 100'ün üzerinde sivil hayatını kaybetmiş, 1.000'in üzerinde sivil ise yaralanmıştır. Buna ilave olarak en az 400 bin kişinin çatışma bölgelerinden başka bölgelere göç etmek zorunda kaldığı ileri sürülmüştür. Kesin rakamların yer aldığı resmî bir açıklama bulunmadığı gibi bu konuda güvenilir ve bağımsız herhangi bir rapor da Anayasa Mahkemesinin bilgisine sunulmamıştır.

B. Başvuruya İlişkin Olaylar

14. Yukarıda zikredilen ve hendek olayları olarak isimlendirilen yoğun şiddet olaylarının yaşandığı bir sırada 8/1/2016 tarihinde başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir televizyon kanalında canlı olarak yayımlanan ve çok izlenen *Beyaz Show* isimli programa telefonla bağlanmıştır.

15. Başvurucunun telefonla bağlandığı söz konusu programda başvuru ve programın sunucusu B.Ö'nün karşılıklı olarak sarf ettikleri ifadeler şu şekildedir:

“ ...

Başvuru : Teşekkür ederim sağ olun, yalnız müsaadenizle ben çok kısa konuşmak istiyorum.

B.Ö. : Tabi.

Başvurucu: Türkiye'nin doğusunda, güneydoğusunda neler olup bittiğinin farkında mısınız? Burada doğmamış çocuklar, anneler, insanlar öldürülüyor. Sanatçı olarak, insan olarak bir şekilde siz de yaşananlara sessiz kalmamalısınız ve bir şekilde dur demelisiniz. Ayrıca bir şey daha söylemek istiyorum, ölen çocuklara sevinen zavallı insanlar var. Ben o insanlara daha doğrusu biz o insanlara hiçbir şey söyleyemiyoruz, yazıklar olsun demekten başka.

B.Ö. : Doğru.

Başvurucu: Bir şey daha demek istiyorum, kusura bakmayın. Ben öğretmenim, öğrencilerini terk eden öğretmenlere seslenmek istiyorum. Bir daha oralara nasıl dönecekler, o güzel, masum, tertemiz yürekli çocukların yüzüne, gözlerinin içine nasıl bakacaklar. Ben konuşamıyorum, gerçekten burada yaşananları ekranlarda, medyada... Her şey çok farklı aktarılıyor, yani gerçekten konuşamıyorum, sessiz kalmayın insan olarak biraz daha hassasiyetle yaklaşın, görün, duyun artık bizi, el verin. Yazık insanlar ölmesin, çocuklar ölmesin, anneler ağlamasın, söyleyeceklerim bu kadar. Çok teşekkür ediyorum.

B.Ö. : Ayşe Hanım. Bir alkış alalım, Ayşe Hanıma.

Başvurucu : Aslında çok şey söylemek istiyorum. Duygu yoğunluğundan dolayı hiçbir şey söyleyemiyorum.

B.Ö. : (Alkışlardan dolayı) Pardon, duyamıyorum pardon.

Başvurucu : Siz de fark ediyorsunuz, sesim titriyor.

B.Ö. : Farkındayız.

Başvurucu : Bomba seslerinden, kurşun seslerinden, insanlar susuzlukla açlıkla mücadele ediyor. Özellikle yani bebekler, çocuklar. Lütfen siz de duyarlı olun sessiz kalmayın rica ediyorum, lütfen.

B.Ö. : Çok çok teşekkür ediyoruz Ayşe Hanım öncelikle.

Başvurucu : Ben çok teşekkür ederim, beni bağladığınız için.

B.Ö. : Rica ederiz, rica ederiz, ne demek.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Başvurucu : Bir nebze de olsa sesimizi buradan duyurabildiysek ne mutlu bize.

B.Ö. : Çok iyi yaptınız, çok teşekkür ediyoruz. Hassasiyetiniz için de ayrıca size çok teşekkür ediyoruz gerçekten de, elimizden geldiğince de duyurabileceğimiz yerlerden biz de elimizden geleni yapmaya gayret ediyoruz. Emin olun. Ama bu söyledikleriniz bir kere daha bize ders oldu. Daha da fazla yapmaya gayret edeceğiz. Buradan oradaki herkese selam olsun. İnşallah en kısa zamanda bütün o söylediğiniz barış dilekleri bizim için de geçerli biz de diliyoruz. En kısa zamanda bütün bunlar çözülsün istiyoruz. Çok teşekkür ediyoruz Ayşe Hanım.

Başvurucu : Ben teşekkür ediyorum. İyi akşamlar

B.Ö. : Sağ olun, elinize yüreğinize sağlık. Teşekkür ederiz. Biz devam edelim peki kaldığımız yerden, Ayşe Hanım'a çok çok teşekkür ederim, sağ olsun. Bütün bunların bir şekilde konuşuluyor olması da lazım yeri zamanı neresi olursa olsun, bazı şeylerin dile getiriliyor olması lazım. Bugün Ayşe Hanım, yarın başka birisi başka bir yerlerde başka programlarda, sesinin titremesi bile bence bir alkış daha hak ediyor."

16. Başvurucu hakkında söz konusu programda sarf ettiği ifadeler nedeniyle terör örgütü propagandası yapmak suçundan kamu davası açılmıştır. Başvurucu, Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 26/4/2017 tarihli kararıyla terör örgütü propagandası yapmak suçundan 1 yıl 3 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Mahkûmiyet kararının gerekçesinde ilk derece mahkemesi ilk önce PKK terör örgütü hakkında bazı genel bilgiler verdikten sonra hendek olaylarına ilişkin bazı değerlendirmeler yapmıştır. Mahkeme PKK terör örgütünün 2015 yılı ikinci yarısı içinde Doğu ve Güneydoğu Bölgelerindeki bazı yerleşim merkezlerine terör örgütü üyelerini sızdırdığını, yollara bombalı tuzaklar ve barikatlar kurup içine patlayıcılar yerleştirdiğini, hendekler kazdığını, öz yönetim adı altında işgal eylemleri gerçekleştirdiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre terör örgütü işgal edilen bu yerlerde yaşayan sivilleri kalkan olarak kullanmış, güvenlik güçleri ise rehin olarak tutulan vatandaşların zarar görmemesi için azami gayret sarf etmiştir. Mahkeme daha sonra başvurucunun sözlerini değerlendirmiştir.

17. İlk derece mahkemesine göre kararın ilgili kısımları şu şekildedir:

“...Hal böyle olmasına rağmen ...[§ 15] şeklinde ifadeler kullanmak suretiyle PKK/KCK terör örgütünün 2015 yılı ikinci yarısında Doğu ve Güneydoğu bölgesindeki belirli ilçe merkezlerine sızdırdığı terör örgütü militanlarınca yollara bombalı tuzaklarla barikatlar kurup, içerisine patlayıcılar yerleştirip hendekler kazarak, sözde öz yönetim adı altında gerçekleştirdikleri bu işgal eylemlerini bir terör eylemi olarak değil de, işgal eylemlerini sona erdirmek amacıyla devletin güvenlik güçlerinin yasaların verdiği yetki ve sorumluluk çerçevesinde sivillerin zarar görmemesi için azami gayret göstermek suretiyle yaptığı operasyonları, güvenlik güçlerinin sivil vatandaşlara karşı sebepsiz öldürme eylemi olarak kamuoyunda algı oluşturulmasına çalıştığı, PKK terör örgütünün ve yandaşlarının Türkiye ve dünya kamuoyuna, devlet güvenlik güçlerinin terörist faaliyetlere karşı yaptığı operasyonların salt sivillere karşı yapıldığı ve bu şekilde bebek ve çocuk ölümlerine sebebiyet verildiği şeklinde ifade edildiği, ...bu sözler ile PKK/KCK terör örgütünün şiddet içeren yöntemlerinin meşru gösterildiği ve kişilerde örgüte sempati duyulmasını sağlayacak nitelikte oldukları, örgütün faaliyetlerine yakınlık sağlayacak duyguların yaratıldığı, özellikle ‘Yazık insanlar ölmesin, çocuklar ölmesin, anneler ağlamasın söyleyeceklerim bu kadar. ..Bomba seslerinden, kurşun seslerinden, insanlar susuzlukla açlıkla mücadele ediyor. Özellikle yani bebekler, çocuklar. Lütfen siz de duyarlı olun sessiz kalmayın rica ediyorum, lütfen.’ gibi kelimelerinin seçilerek kullanılması nedeniyle örgüte karşı duyulan düşmanlığın ortadan kaldırılması sonucunu doğuran sözler oldukları, örgütün faaliyetlerinin iyi ve meşru olarak gösterildikleri, kamu düzenini korumak amacıyla güvenlik güçlerince başlatılan operasyonların masum, sivil halka yönelik operasyonlar olduğu, sadece masum, bebek, sivil ve hamile annelerin öldüğü ve öldürüldüğü algısının yaratıldığı ve bu şekilde amaçlarına ulaşmak için şiddet içeren eylemleri örgüt politikası olarak benimseyen ve bu politikasına devam eden terör örgütlerinin propagandasının yapılmasının ise düşüncenin açıklanması kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu türdeki fiillerin demokratik sistemi ortadan kaldırmaya yönelik ve şiddet içeren terör eylemlerini meşru gösteren fiiller olduğu ve sanığın bu konuşma içeriğini terör örgütünün yöntemlerini meşru gösterme temelinde yaptığı vicdani kanısına tereddütsüz olarak varılmış[tır]... sanığın... terör örgütü eylemlerine karşı devletin güvenlik güçlerinin yaptığı oprasyonları sivillere karşı yapılan opresyolar olarak gösterip bu yönde algı oluşturup yasadışı

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

PKK terör örgütünün şiddet içeren yöntemlerini meşru gösterir mahiyetteki, suça konu konuşmayı ulusal bazda yayın yapan televizyon kanalında yapmak şeklinde gerçekleşen eyleminin silahlı terör örgütü PKK'nın propagandası mahiyetinde olduğu; sanığın propagandasını yaptığı terör örgütünün amacı, bu amacı gerçekleştirmek için yaptıkları eylemlerin cebir, tehdit ve yoğun şiddet içeren niteliği göz önüne alındığında, eylemin silahlı terör örgütü PKK'nın cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek nitelikte olduğu ... bu haliyle sanığın eyleminin 3713 Sayılı Kanun'un 7/2 maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu..."

18. Başvurucu, mahkûmiyet kararına karşı istinaf yoluna başvurmuştur. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi 27/9/2017 tarihinde, aynı gerekçeyle istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar vermiştir. Başvurucu 27/10/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

19. Başvurucunun hapis cezasının infazına 20/4/2018 tarihinde başlanmış, ceza on dört gün infaz edildikten sonra başvurucunun infazın ertelenmesi talebi kabul edilerek 17/4/2019 tarihine kadar cezanın infazına ara verilmiştir. Başvurucu, cezasının infazı için 17/4/2019 tarihi itibarıyla Diyarbakır E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda bulunmaktadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

20. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "Terör örgütleri" kenar başlıklı 7. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(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:

a) (Mülga: 27/3/2015-6638/10 md.)

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.

....

İkinci fıkra da belirtilen suçların; dernek, vakıf, siyasî parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde işlenmesi halinde bu fıkradaki cezanın iki katı hükmolunur”

B. Uluslararası Hukuk

21. 6/5/2005 tarihli Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’nin (Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi) giriş bölümünde aşağıdaki ifadeler yer almıştır:

“Avrupa Konseyi’nin üye devletleri ve imzacılar olarak;

Terörizmi önlemek için etkin önlemler almayı ve özellikle, terör suçlarını işlemeyi alenen tahrike, terörist saflara katmaya ve eğitime karşı mukabelede bulunmayı arzu ederek;

...

Bu Sözleşmenin mevcut ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin ilkeleri değiştirme niyetinde olmadığını kabul ederek;

Terörist eylemlerin doğası veya koşulların gereği olarak, halkı sindirmek veya bir hükümeti veya uluslararası örgütü bir eylemi yerine getirmeye veya yerine getirmekten kaçınmaya haksız olarak zorlamak veya bir ülkeyi veya uluslararası bir örgütü ciddi biçimde istikrarsız hale getirmek veya temel siyasal, anayasal, ekonomik ve toplumsal yapılarını yıkmak amacını güttüklerini hatırdı bulundurarak;

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır.”

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

22. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin “Terör suçunun işlenmesine alenen teşvik” kenar başlıklı beşinci maddesi şu şekildedir:

“1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, “bir terör eylemini işlemeye alenen teşvik”, terör suçunun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelir.

2) Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten işlendiği durumlarda, terörizm suçunu işlemeyi alenen teşviki ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 9/5/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

24. Başvurucu; mahkûm edilmesine sebep olan ifadelerinin şiddeti veya nefreti meşru gösteren ya da bunları teşvik eden bir niteliğinin bulunmadığını, aksine barışçıl ifadeler olduğunu belirtmiştir. Başvurucu; ilk derece mahkemesinin mahkûmiyete konu sözlerin söylenme saiki üzerinden çıkarsamalara gittiğini ve niyet okuması yaptığını, kendisinin amacının bölgede yaşanan mağduriyetlere dikkat çekmek olduğunu ileri sürmüştür. Bu bağlamda ilgili ve yeterli olmayan bir gerekçe ile terör örgütü propagandası yapmak suçundan mahkûm edildiğini belirten başvuru, bu nedenle ifade özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

25. Başvurucu, yargılama sürecinin en önemli tanığı olan program sunucusu B.Ö.nün mahkeme huzurunda dinlenmesi ile program kaydının tüm tarafların huzurunda izlenmesi taleplerinin haklı ve yasal bir neden olmaksızın reddedilmesi nedeniyle ise çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

26. Bakanlık görüşünde, ulusal ve uluslararası mecrada bir terör örgütü olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmayan PKK'nın 1984

yılından itibaren yoğun bir şekilde silahlı terör eylemlerine başladığı ve 2015 yılı Haziran ayından itibaren de bu saldırılarını yoğunlaştırdığı ifade edilmiştir. Bakanlık, başvurucunun söz konusu ifadeleri sarf ettiği tarihte ülkenin içinde bulunduğu durum ile söz konusu ifadelerin ulusal bazda yayın yapan bir kanalda yayımlanmakta olan bir eğlence programında söylenmesi ve PKK terör örgütünün genel olarak kamu güvenliği yönünden arz ettiği tehlikenin yoğunluğu da dikkate alındığında başvurucunun cezalandırılmasının acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğini ifade etmiştir. Bakanlığa göre başvurucunun ifadeleri toplum nezdinde ciddi bir rahatsızlık oluşturmuş, başvurucunun söz konusu ifadelerinde olay tarihinde yapılan terör eylemlerinden ve şehirlerde kazılan hendeklerden hiç bahsetmemesi mahkûmiyetinde dikkate alınmıştır.

27. Bakanlık; başvuru konusu mahkûmiyete ilişkin mahkeme kararında ilgili ve yeterli bir gerekçeye yer verildiğini, ayrıca başvuru hakkında alt hadden hüküm kurularak takdirî indirim nedenlerinin de uygulandığını belirterek başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılı da olduğunu belirtmiştir.

28. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru konusu ifadelerle şiddet veya nefreti meşru göstermediğini ya da bunlara teşvik etmediğini yinelemiş; yalnızca kendisi de aynı bölgede ikamet eden ve mağduriyet yaşayan bir vatandaş olarak bölgede yaşanan çatışmalar ile sokağa çıkma yasakları nedeniyle halkın zor durumda olduğunu vurgulamak istediğini, yaşanan bu olumsuz durumun müsebbibi olarak devlet ya da herhangi bir örgüt ismi zikretmediğini belirtmiştir.

B. Değerlendirme

29. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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). Bu bağlamda başvurucunun haksız ve gerekçesiz bir kararla terör örgütü propagandası yapmak suçundan mahkûmiyetine hükmedildiği iddiasının ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

30. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde esas alınacak *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

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

Bu hürriyetlerin kullanılması, ... kamu düzeni[nin], ... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir..."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

31. 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

32. Başvurucunun bir televizyon programında sarf ettiği ifadeler nedeniyle terör örgütü propagandası yapmak suçundan mahkûmiyetine hükmedilmesinin ve hapis cezasıyla cezalandırılmasının ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiği kabul edilmiştir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

33. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği 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."

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

i. Kanunilik

35. 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasının kanunilik şartını karşıladığı değerlendirilmiştir.

ii. Meşru Amaç

36. Başvurucunun cezalandırılmasına ilişkin kararın terör örgütü ve terörizmle mücadele kapsamında kamu düzeninin korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı değerlendirilmiştir.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

37. 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 (*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). 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 (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Orantılılık ise bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 57; *Tansel Çölaşan*, §§ 46, 49, 50; *Hakan Yiğit*, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, §§ 59, 68).

(2) Kamu Gücünü Kullanan Organların Takdir Yetkisi ve Müdahalenin Gerekçesi

38. Derece mahkemeleri bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir denge sağlamalıdır. 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*, §§ 58, 61, 66).

39. Derece mahkemeleri söz konusu dengelemeyi yaparken ve ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını değerlendirirken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, bir *müdahalenin* ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususuna karar vermede yetki sahibi olan (iç hukuktaki) son mercidir (diğer çok sayıdaki karar arasından bkz. *Ali Kıdık*, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, § 41; *Kemal Kılıçdaroğlu*, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 57).

40. Anayasa Mahkemesinin görevi, bu denetimi yerine getirirken derece mahkemelerinin yerini almak değil onların takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Anayasa'nın 26. maddesi açısından doğruluğunu denetlemektir. Anayasa Mahkemesi, başvuru konusu olan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığını ve bunu haklı göstermek için kamu makamları tarafından ortaya konan gerekçelerin *ilgili ve yeterli* görünüp görünmediğini tespit edebilmek amacıyla söz konusu müdahaleyi davanın bütününe bakarak değerlendirecektir. İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir. (*Kemal Kılıçdaroğlu*, § 58; *Bekir Coşkun*, § 56; *Tansel Çölaşan*, § 56).

(3) Somut Olayın Değerlendirilmesi

41. Anayasa Mahkemesi, eldeki başvurunun koşulları ile beraber özellikle terörle mücadeleyle bağlı zorlukları da gözönüne alacaktır.

42. Terör örgütü ile yoğun çatışmaların yaşandığı bir dönemde ünlü bir televizyon programına telefon ile bağlanan başvuru *“Türkiye’nin doğu ve güneydoğusunda yaşananların farkında mısınız?”* sorusuyla başlayan bir dizi açıklamalarda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin çözümlemesi gereken mesele, başvuruçunun açıkladığı düşüncelerinin terör suçunun işlenmesine tahrik olarak kabul edilip edilmeyeceğidir.

43. Terör örgütleri, görüşlerinin toplum içinde yayılmasını ve fikirlerinin kökleşmesini hedefleyerek bu amacın gerçekleşmesine yönelik her türlü vasıtaya başvurabilmektedirler. Terörün veya terör örgütlerinin propagandasının da söz konusu vasıtalarından biri olduğunda kuşku yoktur. Bununla birlikte akılda tutulması gereken ilk şey Türk hukukunda terör ile bağlantılı her tür düşünce açıklamasının değil yalnızca terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandanın yapılmasının suç olarak kabul edilmiş olduğudur.

44. Terör veya terör örgütü ile bağlantılı olsa bile içinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan, terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan, terör örgütünün ideolojisi, toplumsal veya siyasal hedefleri, siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin görüşleri ile paralellik taşıyan düşünce açıklamaları terörizmin propagandası olarak kabul edilemez. Toplumsal ve siyasal ortama veya sosyoekonomik dengesizliklere, etnik sorunlara, ülke nüfusundaki farklılıklara, daha fazla özgürlük talebine veya ülke yönetim biçiminin eleştirisine yönelik düşüncelerin -Anayasa Mahkemesinin daha önce ifade ettiği gibi devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici olsa bile (*Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 95)- açıklanması, yayılması, aktif, sistemli ve inandırıcı bir şekilde başkalarına aşılanması, telkin ve tavsiye edilmesi ifade özgürlüğünün koruması altındadır.

45. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’nin 5. maddesinin birinci fıkrasında *terör suçunun işlenmesi için alenen teşvik* düzenlenmiştir (bkz. §23). Söz konusu madde ile doğrudan veya dolaylı yollardan terör suçunun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

yayılmasının cezalandırılması hedeflenmektedir. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin *açıklayıcı raporuna* göre Sözleşme'nin temel özgürlüklerinin sınırlandırılması yönündeki muhtemel riskin dikkatli bir şekilde analiz edilmesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin uygulamasına ilişkin içtihatlarına ve *terörizmi övme* ve/veya *terörizme teşvike* ilişkin ulusal hükümlerin uygulanması hususunda devletlerin deneyimlerine özel bir dikkat göstermek gerekmektedir (açıklayıcı raporda bkz. §88).

46. Açıklayıcı rapor, şiddet içeren terör suçlarına doğrudan veya dolaylı teşvik oluşturacak mesajlara yönelik belirli sınırlamaların Sözleşme'ye uygun olduğunu hatırlatmıştır (açıklayıcı raporda bkz. §91). Açıklayıcı raporda, daha sonra terör suçlarının işlenmesine dolaylı teşvik ile meşru eleştiri hakkı arasındaki sınırın nerede olduğu meselesinin önemine değinilmiştir:

“95. Bu hükmü [Terör Suçunun İşlenmesine Alenen Tahrik (Madde 5)] kaleme alırken CODEXTER [Sözleşme'nin uygulanmasının değerlendirmesi mekanizması olan Terörizmle Mücadelede Uzmanlar Komitesi], Parlamenter Asamblenin (Görüş no. 255 (2005), paragraf 3 vii ve devamı) ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin (doküman BcommDH (2005) 1, paragraf 30 sonu) bu hükmün, terör şiddetine dolaylı tahrik oluşturabilecek “bir eylemin failini öven mesajları veya mağdurların aşağılanması, terörist örgütlere mali kaynak isteyen veya diğer benzeri davranışları” kapsayabileceği hususundaki görüşlerini dikkate almıştır.

96. Daha kazuistik olana göre bu hüküm daha genel nitelikte bir formül kullanmakta ve Tarafların terör suçlarını savunan mesajların yayılmasını veya farklı bir şekilde kamuya sunulmasını cezalandırmasını gerektirmektedir. Bu hükmün uygulanması bakımından, bunun doğrudan veya dolaylı yollardan yapıp yapılmadığı önem taşımamaktadır.

97. Doğrudan tahrik, çoğu hukuk sisteminde bir şekilde suç teşkil ettiğinden özel bir soruna yol açmamaktadır. Dolaylı tahriki bir suç haline getirmenin amacı uluslararası hukukta veya eylemde mevcut olan boşluğu bu alanda hükümler ekleyerek telafi etmektir.

98. Bu hüküm, suçun tanımı ve uygulaması bakımından Taraflara belirli miktarda takdir yetkisi tanımaktadır. Örneğin, bir terör suçunu gerekli ve haklı göstermek dolaylı teşvik suçunu oluşturabilir.

99. Ancak, uygulanmasında iki şartın karşılanmasını gerektirmektedir: ilk olarak, bir terör suçunun işlenmesi hususunda özel bir kastın varlığı gerekir, aşağıda verilen 2. paragraftaki diğer bir gerekliliğe göre de tahrik hukuka aykırı bir şekilde ve kasten işlenmelidir.

100. İkinci olarak, böyle bir eylemin sonucu, bu tip bir suçun işlenmesi tehlikesine neden olmalıdır. Böyle bir tehlikeye neden olup olmadığı değerlendirilirken, yazarın ve mesajın muhatabının niteliği yanında suçun hangi bağlamda işlendiği AİHM'nin oluşturduğu içtihat anlamında dikkate alınacaktır. Tehlikenin önemi ve inandırıcılığı iç hukukun gereklerine uygun olarak ele alınmalıdır...

104. Kamuya bir mesajın sunulması için, çeşitli araçlar ve teknikler kullanılabilir. Örneğin, basılı yayınlar veya diğerlerinin erişebileceği yerlerde yapılan konuşmalar, kitle iletişim araçları veya elektronik imkânların, özellikle, mesajların e-posta ile yayılması veya sohbet odalarında, haber grupları veya tartışma ortamında materyallerin değişimi gibi imkânları sunan internetin kullanımı."

47. Anayasa Mahkemesi, terörizmin soyut olarak propagandası ile propaganda sonucu provokasyonun gerçekleşmesi hâli arasında bir fark bulunduğu kanaatindedir. Açıktır ki terörizmin propagandası sonucu provokasyonun gerçekleşmesi hâlinde fail, işlenen suçta suç ortaklığından veya eylem kanunlarda öngörülen başka bir suçu oluşturuyorsa o suçtan cezalandırılacaktır. Öte yandan propaganda suçunun soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesi başta ifade özgürlüğü olmak üzere anayasal hak ve özgürlükler üzerinde bir baskı oluşturma potansiyeline sahiptir. Bu sebeple yukarıda alıntılanan açıklayıcı raporun yüzüncü maddesinde ifade edildiği gibi bir propaganda faaliyetinin cezalandırılabilmesi için olayın somut koşullarında belirli oranda tehlikeye neden olduğunun gösterilmesi uygun olacaktır.

48. İlk derece mahkemesine göre somut olayda başvuru, PKK terör örgütünün şiddet içeren faaliyetlerini iyi ve meşru göstermiş; insanların

PKK terör örgütüne sempati duymalarını sağlamış ve güvenlik güçlerince teröristlere karşı yürütülen operasyonların sivillere karşı yapıldığı, bebek ve çocukların ölümlerine sebebiyet verdiği izlenimini yaratmıştır. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi, başvurucunun sözlerinin terör örgütünün propagandası niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.

49. Başvuruya konu düşünce açıklamasının yapıldığı tarihlerde PKK'nın on bir şehirde özerkliği ilan etmeye kalkışması ve şehirlerde hendekler açarak güvenlik güçleri ile uzun süren bir çatışmaya girişmesi neticesinde çok sayıda terörist ve güvenlik görevlisi hayatını kaybetmiştir. Bunların yanı sıra olaylarda sivil ölümlerin de yaşandığı iddia edilmiş ancak bu iddialar kamu otoriteleri tarafından doğrulanmamıştır. Yüz binlerce kişinin çatışma bölgelerinden göç etmek zorunda kaldığı hesaplanmaktadır (bkz. §§ 13-15).

50. Özellikle terörle mücadelenin zorlukları ile birlikte terör bağlamında yapılan açıklamaların karmaşık ve muğlaklığı söz konusu olduğunda düşünce açıklamalarının şiddete teşvik mahiyetinde olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin ancak açıklamanın yapıldığı bağlama, açıklamada bulunan kişinin kimliğine, açıklamanın zamanına ve muhtemel etkilerine, açıklamadaki diğer ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır (içeriğinde terör propagandası yapıldığı ileri sürülen bir kitabın toplatılmasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Abdullah Öcalan*, §§ 100, 101; içeriğinde terör propagandası bulunduğu iddia edilen bir gazete makalesinin değerlendirildiği bir karar için bkz. *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 64; bir basın açıklamasının terör örgütünün propagandasına dönüştüğü iddiasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Mehmet Ali Aydın*, § 77)

51. Başvurucunun düşüncelerini açıkladığı bağlam ve olayların arka planı ele alındığında Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin başvurucunun mahkûmiyetine ilişkin kanaatini paylaşmamaktadır. Bahsi geçen konuşmasında başvuru, Türkiye'nin doğu ve güneydoğusunda yaşanan ölümler konusunda toplumda bir farkındalık oluşturmaya amaçlamış; programa katılan sanatçıların yaşananlara sessiz kalmamasını istemiştir. Başvurucu; çatışma bölgelerinde yaşananların

medya organlarınca farklı aktarıldığını, çatışmalardan etkilenen kadın ve çocukların yaşadığı sıkıntılardan toplumun haberdar olmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu; bir öğretmen olarak çatışmalar nedeniyle yaşanan ölümlere sevinenler bulunmasının kabul edilemez olduğunu, kurşun ve bomba seslerinden çocukların uyuyamadıklarını, bebeklerin açlık çektiklerini, temel gereksinimlerinin karşılanamadığını iddia etmiştir.

52. İfade özgürlüğü; kişinin düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmaması, bunları 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 bu konuda başkalarını ikna etme çabaları, bu çabaların hoşgörüsüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (*Bekir Coşkun*, §§ 33-35; *Mehmet Ali Aydın*, §§ 42, 43; *Tansel Çölaşan*, §§ 35-38).

53. Bu bağlamda ifade özgürlüğünün demokratik bir toplum için yaşamsal olduğu ve demokrasinin temel değerlerini teşkil ettiği unutulmamalıdır. Demokrasinin temeli, sorunları açık bir tartışmayla çözebilme gücüne dayanmaktadır (*Ferhat Üstündağ*, B. No: 2014/15428, 17/7/2018, § 43). Şiddeti kışkırtma veya demokratik ilkelerin reddi durumları dışında ifade özgürlüğünün kullanımından kaynaklanan müdahaleler demokrasiye zarar vermekte ve onu tehlikeye atmaktadır. Sarf edilen bazı görüş ve ifadeler kamu gücünü kullanan organlar nazarında incitici, yaralayıcı ve kabul edilemez görülse bile hukukun üstünlüğüne dayanılarak oluşturulan demokratik bir toplumda, kurulu düzene karşı çıkan veya başta kamu gücünü kullanan organların eylemlerini eleştiren fikirler serbestçe açıklanmalıdır (*Mehmet Ali Aydın*, § 69).

54. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası kamu yararına ilişkin sorunları kapsayan alanlarda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına çok az yer bırakmaktadır (diğerleri arasından bkz. *Ali Kılık*, § 53, 77; *Abdullah Öcalan*, §§ 99, 108). Somut olayda başvuru, hendek olayları

olarak isimlendirilen, on ay devam eden, kitlesel göçlere, pek çok kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olan olayları kendi bakış açısından kamuoyuna duyurmuş; uzun süren çatışmaları eleştirmiştir. Başvurucu, esas itibarıyla sebebi her ne olursa olsun çatışmaların durdurulması için kamuoyu oluşturulması çağrısında bulunmaktadır. Söz konusu konuşmanın kamu yararına ilişkin sorunlara ilişkin olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Bundan başka başvurucunun açıklamaları kamu otoritelerini eleştiri olarak kabul edilse dahi kamu otoritelerinin -kamu gücünü kullandıkları için- kabul edilebilir eleştiri sınırlarının özel bir bireye nazaran çok daha geniş olduğu unutulmamalıdır. Demokratik bir sistemde, kamu otoritelerinin eylemleri ya da ihmalkârlıkları yalnızca yasama ve yargı organlarının değil aynı zamanda kamuoyunun da sıkı denetimi altında olduğu her zaman gözönünde bulundurulmalıdır (*Bekir Coşkun*, § 66; *Ergün Poyraz* (2), B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 69).

55. İlk derece mahkemesi, mahkûmiyet kararında çatışmaların devam ettiği bir sırada başvurucunun televizyon ekranından büyük kalabalıklara karşı konuşmasına büyük önem vermiş gözükmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin daha önce birçok defa ifade ettiği gibi Anayasa'nın 26. maddesi yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına aldığı unutulmamalıdır (mutatis mutandis bkz. *Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 105; *İrfan Sancı*, B. No: 2014/20168, 26/10/2017, § 56).

56. Başvuruya konu olaydakine benzer konuşmalarda dikkate alınacak esas unsur konuşmaların kin ve düşmanlık barındırıp barındırmadığıdır. Devletin terör örgütü ile girdiği meşru mücadelede yaşanan sosyal veya bireysel sorunlara ilişkin açıklamalar -bunlar tamamen öznel değerlendirmeler olsa dahi- tek başına terör suçlarını işlemeye hazır bulunan insanları bilinçlendirmeye veya cesaretlendirmeye olanak sağlayan, bu suçların işlenme riskini artıran düşünce açıklamaları olarak kabul edilemez.

57. Anayasa Mahkemesi başvurucunun sözlerinin PKK terörünün övülmesi, terörizme destek gösterisi, şiddet kullanımına veya silahlı direnişe ya da başkaldırıya doğrudan veya dolaylı olarak teşvik

olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindedir. Somut olayın koşullarında başvurunun sözleriyle hendek olaylarında güvenlik güçleri ile çatışmaya giren örgüt üyelerini övdüğü, terör örgütünü yücelttiği, çatışmalara doğrudan katılan güvenlik gücü mensuplarına karşı özellikle bir nefret aşıladığı veya şiddete başvurmayı cesaretlendirdiği değerlendirilmemiştir (mutatis mutandis bkz. *Abdullah Öcalan*, §§ 105-108; *Mehmet Ali Aydın*, §§ 81-84).

58. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu müdahalenin haklılığını tartışırken terör mağdurlarının acılarını görmezden gelemez. Terör örgütleri ile terör suçlarının veya bu suçları işleyen bir kişinin aleni şekilde müdafaa edilmesinin ya da meşrulaştırılmasının terör mağdurlarının ve onların akrabalarının itibarını sarsan, küçümseyen ve aşağılayan bir boyutu vardır. Bununla birlikte başvurunun sözlerinin mağdurları aşağılayan bir boyutunun bulunduğu da kabul edilmemiştir.

59. Sonuç olarak başvurunun konuşmasının bir terör örgütünün siyasi veya sosyal etkinliğini artırmak, sesinin kitlelere duyurulmasını sağlamak, örgütün başa çıkılması imkânsız bir güç olduğu ve amacına ulaşabileceği kanaatini toplum üzerinde oluşturmak, örgütün mücadelesine karşı olan kişi ve kuruluşları ortadan kaldırmak, sindirmek, halkın örgüte sempatisini artırmak ve giderek aktif desteğini sağlamak amacıyla yapıldığı kabul edilmemiştir.

60. Başvurunun olayların sıcaklığı içinde, canlı bir televizyon programında spontane bir şekilde yaptığı başvuru konusu açıklamalarına daha fazla tahammül gösterilmesi gerekmektedir. Yukarıdaki bilgiler dikkate alındığında başvurunun mahkûmiyetinin *zorunlu toplumsal bir ihtiyaca* karşılık gelmediği sonucuna ulaşılmıştır.

61. Başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

62. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi nedeniyle başvurunun çelişmeli yargılanma ilkesinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetinin ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

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) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun 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. 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 kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir (detaylı açıklamalar için *Mehmet Doğan*, §§ 57-60).

65. Başvurucu, ihlalin tespiti ile birlikte yeniden yargılama talebinde bulunmuştur. Başvurucu ayrıca 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

66. Başvurucunun mahkûmiyetinin *zorunlu toplumsal bir ihtiyaca* karşılık gelmediği ve dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı, ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle başvurunun ifade özgürlüğünün ihlalinin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

67. 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 Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

68. Yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

69. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL 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. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2016/139, K.2017/150) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 257,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurunun 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,

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

G. Kararın bir örneğinin bilgi için İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi
2. Ceza Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
9/5/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

AHMET PARMAKSIZ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/29263)

Karar Tarihi: 22/5/2019

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Yücel ARSLAN
Başvurucu	: Ahmet PARMAKSIZ
Vekili	: Av. Mehmet Ruştı TİRYAKİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, öğretmen olan başvurucunun üyesi olduğu sendikanın çağrısı üzerine iki gün göreve gitmemesi nedeniyle aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasının örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 17/7/2017 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 görüşünü bildirmiştir.
7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmamıştır.
8. İkinci Bölüm tarafından 17/4/2019 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

A. Olaya İlişkin Arka Plan Bilgisi

9. Ayn el-Arap (Kobani); Suriye'nin Rakka iline bağlı bir ilçedir. Nüfusu Arap, Kürt, Türkmen ve Ermenilerden oluşan bu ilçeyi Türkçe adı "Halk Savunma Birlikleri" olan ve Türkiye tarafından terör örgütü olarak ilan edilen YPG terör örgütü, Temmuz 2012'de ele geçirmiştir. Ayn el-Arap bu tarihten 2014 yılının Eylül ayına kadar, Türkiye tarafından terör örgütü olarak ilan edilen ve Türkçe adı "Demokratik Birlik Partisi" olan PYD tarafından yönetilmiştir. 2014 yılının Eylül ayı ortalarında DEAŞ terör örgütü bölgeye saldırmış ve üç haftalık bir süre içinde gayriresmî rakamlara göre en az 400 kişi ölmüş ve 200 bine yakın kişi de sınırı geçerek Türkiye'ye sığınmıştır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

10. DEAŞ'ın Kobani'ye saldırısı üzerine Türkiye'de de birtakım şiddet olayları yaşanmıştır. "6-7 Ekim olayları" olarak adlandırılan bu şiddet eylemlerine dair arka plan bilgisi, Anayasa Mahkemesinin *Figen Yüksekdağ Şenoğlu* (B. No: 2016/25187, 4/4/2018, §§ 9-17) kararında şu şekilde yer almıştır:

"6-7 Ekim Olayları

11. ... Suriye'nin Türkiye sınırında bulunan Ayn el-Arap (Kobani) kentinde -PKK'nın Suriye kolu olduğu kabul edilen- PYD ile DAEŞ arasındaki çatışmalar, 2014 yılının Eylül ayı sonunda ve Ekim ayı başında yoğunlaşmıştır. Bu sırada PKK'nın üst düzey yöneticilerinden Murat Karayılan'ın sosyal medya hesabından 5/10/2014 tarihinde saat 00.07'de 'Gençleri kadınları 7 den 70 e herkesi Kobani'ye sahip çıkmaya onurumuzu namusumuzu korumaya metropollerini işgal etmeye çağırıyoruz.' şeklinde bir açıklamada bulunulmuştur.

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

13. 6/10/2014 tarihinde Halkların Demokratik Partisi (HDP) Merkez Yürütme Kurulu (MYK) da aynı olaylara ilişkin bir toplantı yapmıştır. Toplantı sırasında HDP'nin sosyal medya hesabından 'halklarımıza acil çağrı! şuanda toplantı halinde olan HDP MYK'dan halklarımıza acil çağrı! Kobané'de durum son derece kritiktir. IŞİD (DAEŞ)saldırılarını ve AKP iktidarının Kobané'ye ambargo tutumunu protesto etmek üzere halklarımızı sokağa çıkmaya ve sokağa çıkmış olanlara destek vermeye çağırıyoruz', 'Kobané'de yaşanan katliam girişimine karşı 7 den 70 e bütün halklarımızı sokağa, alan tutmaya ve harekete geçmeye çağırıyoruz' ve 'Bundan böyle her yer Kobane'dir. Kobane'deki kuşatma ve vahşi saldırganlık son bulana kadar SÜRESİZ DİRENİŞE çağırıyoruz.' şeklinde açıklama ve çağrılar yapılmıştır.

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

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

15. Aynı sitenin 8/10/2014 tarihli yayınında ise 'KCK: Milyonlar sokaklardan ve mücadele alanlarından çekilmemeli' başlıklı açıklamaya yer verilmiştir. Yazıda 'Halkımız bulunduğu her yerde direniş mücadelesini büyüterek süreklileştirmelidir. Halkımız haklı ve meşru mücadelesini zafere kadar yüksek bir kararlılıkla sürdürmelidir. Milyonlar sokaklardan ve mücadele alanından çekilmemelidir. Halkımız; mücadeleden atılacak her geri adımın önümüzdeki günler, aylar ve zamanlarda daha büyük bedellere mal olacağı bilinciyle hareket ederek, mücadelesini kesintisiz yükseltmelidir. Ve kendi öz savunmasını güçlendirerek 'her yer Kobani, her yer direniş-serhildan' anlayışı ile direnişini zafere taşımalıdır.' şeklinde ifadeler bulunmaktadır. Ayrıca sitede yer alan 'Komalen Civan: Kürdistan'da devlet namına bir şey kalmamalı' başlıklı yazıda 'Kürt gençlik hareketi Komalen Civan devrim halk savaşını her alanda güçlü yürütme çağrısında bulunarak, Devletin Kürdistan'da hiçbir meşruiyeti kalmamıştır, kalmamalıdır da, yasaklarla Kürdistan'ı zindana çevirmeye çalışan kararlarına karşı Kürdistan'ı onlar için zindana çevirmeli, mezar etmeli. Kürdistan'da devlet namına bir şey kalmamalıdır.'; 'Kürdistan Halk İnsiyatifi; sokağa çıkma yasağına uymayın' başlıklı yazıda ise 'Kürdistan Halk İnsiyatifi yayınladığı bir açıklamayla Kürt halkı ve dostlarına Türkiye'nin Kuzey Kürdistan'da ilan ettiği sokağa çıkma yasağına uymamaları ve Kobani'deki saldırılara karşı Rojava ile dayanışma eylemlerini ve serhildanlarını sürdürmesini istedi.' şeklinde açıklamalar yer almaktadır.

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

17. Kamu makamlarının ve soruşturma mercilerinin tespitlerine göre -aralarında İstanbul, Ankara, İzmir, Adana, Mersin, Şanlıurfa, Van, Erzurum, Diyarbakır ve Gaziantep gibi büyük kentlerin de olduğu- otuz altı ayrı ilde gerçekleştirilen şiddet eylemleri sonucunda (2'si güvenlik görevlisi) 45 kişi hayatını kaybederken (331'i güvenlik görevlisi) 769 kişi yaralanmıştır.

Ayrıca çatışmalar sırasında 5 örgüt mensubunun hayatını kaybettiği, 3 örgüt mensubunun ise yaralandığı belirtilmiştir. Öte yandan ülke genelinde gerçekleştirilen 2.389 şiddet eylemine 121.899 kişinin katıldığı, olaylarda (737'si güvenlik güçlerine ait olmak üzere) 1.881 aracın zarar gördüğü, (27'si kaymakamlık, 52'si emniyet, 283'ü okul, 73'ü siyasi parti, 12'si belediye binası olmak üzere) 2.558 binaya saldırıda bulunulduğu ve zarar verildiği tespit edilmiştir. Olaylara ilişkin olarak 4.291 şüpheli gözaltına alınmış, bunlardan 1.105'i hakkında tutuklama tedbiri uygulanmıştır.”

B. Somut Olaya İlişkin Süreç

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

12. Başvurucu 1962 doğumlu olup Mersin'in Akdeniz ilçesinde bir lisede öğretmen olarak görev yapmaktadır. Başvurucu, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM-SEN) üyesidir.

13. Kobani'ye DEAŞ saldırılarının devam ettiği sırada EĞİTİM-SEN'in bağlı olduğu Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu (KESK) 7/10/2014 tarihinde bir karar alarak kendisine bağlı tüm sendikalara DEAŞ terör örgütünün saldırılarını kınamak, bu saldırılara direnenler ile dayanışmak amacıyla 9/10/2014 tarihinde (bir gün) sendikal eylem yapma çağrısında bulunmuştur.

14. KESK'in kendisine bağlı sendikalara ülke genelinde 9/10/2014 tarihinde üyelerini Kobani için eylem yapmaya çağırdığı duyurusu şu şekildedir:

“Bağlı sendika genel merkezlerimize, iş kollarımıza bağlı şubelerimize, üyelerimize, sınıf kardeşlerimize,

Çağrımızdır!

AKP'nin içe ve dışa karşı sürdürdüğü savaş politikaları 'savaş tezkeresi' ile birlikte tehlikeli bir tırmanışa geçti. Her geçen gün geriye dönülemez tahribatlar oluşturmaya başladı. Bu politikaların, emekçilere, insanlığa ve halklarımıza hiçbir yararı yoktur.

Savaş yok etmektir!

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Kobane’de ilerici insanlığın, kendi yaşam hakkını, kadının özgürleşmesini, kendi geleceğini, kendi toprağını savunmak için IŞİD’e karşı verdiği dışı dışı mücadele ve onurlu direniş, karanlığa karşı verilen bir insanlık direnişidir. Ortadoğu’da insanlığa yeni ve ilerici bir ufuk açma, yok etme değil, var etme direnişidir.

Ya barbarlık ya insanlığın geleceği!

AKP’nin IŞİD’le gericilik akrabalığı vardır. AKP, tekçi zihniyetiyle, yaşam biçimimize müdahale ederek, kendinden başka hiç kimseye, hiçbir farklılığa yaşam hakkı tanımamaktadır. Her gün kardeşi, akrabası, komşusu boğazlanan Kürt ve Türk halkının beklediği çözüm süreci, savaş politikalarıyla yok edilmekte, her yer yangın yerine çevirmekte, halkları, AKP politikalarına biat etmeye zorlamak için savaş kışkırtılmaktadır.

Emekçilerin savaştan çıkarı yoktur!

Emekçiler, savaş politikalarından yana olamaz, Kobane’de ölüm-kalım mücadelesi veren, ilerici insanlığın katliamına sessiz kalamaz,

İçeride çözüm sürecinin sona erdirilmesi, iç savaş riskinin adım adım büyütülmesi, yeni Roboskiler, Sivaslar yaşanmasına neden olacaktır. Bu savaş kışkırtıcılığı karşısında AKP’nin savaş politikalarına dur demek emekçiler için tarihi bir görevdir.

Bu tarihi noktada KESK (Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu) olarak;

08.10.2014 Çarşamba günü;

Saatini ve yerini yerellerde şubeler platformlarımızın belirleyeceği, demokrasi güçlerinin de katılımıyla, ‘yürüyüşler, alan tutma-oturma eylemleri vb. eylemlerini’ bütün yerellerde hayata geçiriyoruz.

09.10.2014 Perşembe günü;

AKP’nin, Kobane’de insanlığın katledilmesi karşısında savaş kışkırtıcılığına devam etmesi, içeride yeni Roboskilerin, Sivasların yaşanmasına neden olacaktır.

Aşağıda belirttiğimiz taleplerle,

Savaş tezkeresi kaldırılsın!

Gerici IŞİD çetelerine değil, kobane'de ilerici insanlığa her tür insani destek verilsin!

Yeni roboskiler, sivaslar yaşanmasın!

'Bir savaşta sadece insanlar ölmez, insanlık da ölür. Sessizlik saf tutmaktır, bizim safımız insanlıktır.' 'AKP, bizi içte ve dışta savaşa sürüklüyor, 'savaşı durduralım' şiarıyla, bütün illerde, 'üretimden gelen gücümüzü kullanıyoruz, demokrasi güçleriyle birlikte alanlarda insanlığa ses veriyoruz!' "

15. EĞİTİM-SEN Merkez Yürütme Kurulu da 7/10/2014 tarihinde KESK'in yukarıda anılan kararı çerçevesinde "KESK'in IŞİD isimli vahşi örgütün soykırım amaçlı saldırılarını kınamak, bu saldırılara direnen halklar ve Kobane kenti ile dayanışmak amacı ile 9 Ekim 2014 tarihinde hizmet üretiminden gelen gücü kullanma kararının 'İnsanlığın Ortak Değerlerine Sahip Çıkıyoruz, Savaşı Durduralım' şiarı ile birleştirilerek 8-9 Ekim 2014 tarihinde iki gün süre ile grev biçiminde uygulanmasına" şeklinde bir karar almıştır.

16. EĞİTİM-SEN'in eylem çağrısı yaptığı duyurusu ise şöyledir:

"Bilindiği gibi Kobani 22 gündür uluslararası bir çete örgütü olan IŞİD'in kuşatması altında, IŞİD Çetesinin saldırıları özünde emperyalizmin Rojavada halkın kendi kaderini belirleme iradesine yapılan kanlı bir müdahaledir. Rojava kantonlarında kurulan ve insanlığın ortak değerlerinesahip çıkarakOrtadoğu'nun çözümsüz kalan sorunlarına umut olan devrimi boğma girişimianlamına gelen bu kuşatmaancak halkların ortak mücadelesi ile kırılabilir, Emperyalizm halkların bağına bıçak saplamak istiyorsa buna karşı halklar da birbirine sahip çıkarak bu hançeri olduğu yerden alacak ve faşizmin göğsüne saplayacaktır, Bugün günlerdir Kobani halkı ile omuz omuza olduğunu göstermek için sınırda alanlarda olan halka ve emekçilere yönelik AKP hükümetinin saldırıları sınır tanımaz boyutlara varmış pek çok kentte sokağa çıkma yasakları konulmuş onlarca insan IŞİDve AKP polisinin saldırıları sonucu yaralanmış yedi yurttaşımız hayatını yitirmiştir, Halkın çetelere karşı demokrasiye ve insanlık onuruna sahip çıkmak için gösterdiği tepkilere karşı yapılan bu saldırılar asla kabul edilemez, Eğitim-Sen olarak bu saldırılar karşısında sessiz kalmayacağız 8 Ekim 2014'te Eğitim ve Bilim

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

emekçileri olarak 9 Ekim’de de KESK ile birlikte iki gün süre ile iş bırakacağız tüm emek ve demokrasi güçlerini yasaklara, baskılara ve zulme karşı iş bırakmaya alanlara çıkmaya çağırıyoruz.”

17. Başvurucu, EĞİTİM-SEN ve KESK’in yukarıda yer verilen kararları doğrultusunda 8/10/2014 ve 9/10/2014 tarihlerinde görevine gitmemiştir. İdare, iki gün mazeretsiz olarak göreve gelmediği gerekçesiyle başvurucuya 4/4/2016 tarihli işlemiyle 1/30 aylıktan kesme cezası vermiştir.

18. Başvurucu 5/5/2016 tarihinde, disiplin cezasının iptali talebiyle Mersin 2. İdare Mahkemesine dava açmıştır. İlk derece mahkemesi 27/9/2016 tarihinde davanın reddine karar vermiştir.

19. İlk derece mahkemesi ret kararında; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) *Karaçay/Türkiye* (B. No: 6615/03, 27/3/2007), *Urçan ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 23018/04..., 17/7/2008), *Dilek ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 74611/01..., 17/7/2007; Türkçe çevirisinde *Satılmış ve diğerleri* şeklinde isimlendirilmiştir) kararları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve 87 No.lu Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmesi’nin 3. maddesine atıfta bulunarak bir değerlendirme yapmıştır.

20. İlk derece mahkemesi, atıf yaptığı AİHM kararlarının ve uluslararası düzenlemelerin kamu görevlilerinin ekonomik, sosyal, mesleki hak ve menfaatleri, bu kapsamda özlük ve parasal hakları ile çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi, bu konulara dikkat çekilmesi ve kamuoyu oluşturulmasının sağlanması amacıyla ilgili olduğunu tespit etmiştir.

21. İlk derece mahkemesine göre sendika üyeleri başka seçeneklerinin bulunmaması durumunda üyesi bulundukları sendikaların aldıkları kararlar uyarınca iş bırakma eylemlerine ilgili mevzuata uygun olarak katılabilir ve bu faaliyetler nedeniyle disiplin cezaları ile cezalandırılmazlar. Böyle bir durumda sendika üyelerinin cezalandırılmaları demokratik toplum gereklerine uygun olmaz.

22. Bununla birlikte ilk derece mahkemesi kararında, uyuşmazlık konusu olayda başvurucunun görevine gelmeme nedeninin DEAŞ terör örgütünün saldırılarını kınamak ve Kobani kenti ile dayanışma

sağlamak olduğu tespit edilmiştir. Mahkemeye göre kamu görevlilerinin ekonomik, sosyal, mesleki hak ve menfaatlerinin, bu kapsamda özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi ve geliştirilmesi amacını taşımayan eyleme katılan ve bu nedenle görevine gelmeyen başvuru hakkında verilen disiplin cezasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

23. Başvurucu, ret kararı üzerine Konya Bölge İdare Mahkemesi (İstinaf Mahkemesi) nezdinde istinaf başvurusunda bulunmuştur. İstinaf Mahkemesi 30/5/2017 tarihinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında sayılan bozma nedenlerinin bulunmadığı gerekçesiyle istinaf talebinin reddine kesin olarak karar vermiştir. Bu karar, başvuru üyesi olduğu EĞİTİM-SEN'e 28/6/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir.

24. Başvurucu 17/7/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

25. 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"Devlet memurlarının kamu hizmetlerini aksatacak şekilde memurluktan kasıtlı olarak birlikte çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri veya görevlerine gelipte Devlet hizmetlerinin ve işlerinin yavaşlatılması veya aksatılması sonucunu doğuracak eylem ve hareketlerde bulunmaları yasaktır."

26. 657 sayılı Kanun'un "Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller" kenar başlıklı 125. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

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

...

C - Aylıktan kesme: Memurun, brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılmasıdır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

...

b) Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek,

..."

27. 25/6/2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun amacı, kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için oluşturdukları sendika ve konfederasyonların kuruluşu, organları, yetkileri ve faaliyetleri ile sendika ve konfederasyonlarda görev alacak kamu görevlilerinin hak ve sorumluluklarını belirlemek ve (Değişik ibare: 04/04/2012-6289 S.K./2.md.) toplu sözleşme yapılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir ."

28. 4688 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...Sendika ve konfederasyonlar kuruluş amaçları doğrultusunda toplumsal cinsiyet eşitliğini gözeterek aşağıdaki faaliyetlerde bulunabilirler:

a) (Değişik bent: 04/04/2012-6289 S.K./14.md.) Genel olarak kamu personelinin hak ve ödevleri, çalışma koşulları, yükümlülükleri, iş güvenlikleri ile sağlık koşullarının geliştirilmesi konularında görüş bildirmek ve toplu sözleşmenin uygulanmasını izlemek üzere yapılacak çalışmalara temsilciler göndermek.

b) Devlet personel mevzuatında kamu görevlilerinin temsilini öngören çeşitli kurullara temsilci göndermek.

c) Verimlilik araştırmaları yapmak, sonuçlarla ilgili raporlar düzenlemek, önerilerde bulunmak ve işverenlerle bu konularda ortak çalışmalar yapmak.

d) Üyelerin mesleki yeterliliklerinin artırılması ve sorunlarının çözülmesi ile sendikal faaliyetlerinin geliştirilmesine yönelik kurs, seminer ve sosyal amaçlı toplantılar düzenlemek, bilimsel çalışmalar yapmak ve yayınlarda bulunmak.

e) Üyelerin ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri ile personel hukukunu ilgilendiren konularda ilgili kurumlara ve yetkili makamlara sunulmak üzere çalışmalar yapmak ve öneriler getirmek.

f) Üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak.

g) Üyeleri ve ailelerinin yararlanmaları için hizmet amacıyla, eğitim ve sağlık tesisleri, dinlenme yerleri, misafirhane, spor alanları ve benzeri yerler ile kitaplık, kreş, yuva ve huzur evleri, yardımlaşma sandıkları kurmak ve yönetmek ile herhangi bir bağışta bulunmamak kaydı ile üyeleri için kooperatifler kurulmasına yardım etmek ve nakit mevcudunun yüzde onundan fazla olmamak kaydıyla bu kooperatiflere kredi vermek.

..."

29. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun (İDDK) 22/5/2013 tarihli ve E.2009/63 ve K.2013/1998sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Uyuşmazlıkta, davacının, üyesi bulunduğu sendikanın yetkili kurullarınca alınan karara uyarak 11/12/2003 tarihinde 1 gün göreve gelmeme eyleminin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C-b maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti önem taşımaktadır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7. mad) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." hükmü yer almıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü"nün düzenlendiği 11. maddesinde; herkesin asayışı bozmayan

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahip olduğu, bu hakların kullanılmasının, demokratik toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlandırılabilceği, bu maddenin, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel olmadığı kuralına yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 15/09/2009 tarihli, Kaya ve Seyhan - Türkiye kararında (application no. 30946/04); Eğitim-Sen üyesi öğretmenlere, 11/12/2003 tarihinde KESK'in çağrısına uyarak, parlamentoda tartışılmakta olan kamu yönetimi kanun tasarısını protesto etmek üzere düzenlenen bir günlük ulusal eyleme katılmaları nedeniyle 11/12/2003 tarihinde göreve gelmedikleri için uyarma cezası verilmesinin, her ne kadar bu ceza çok küçük olsa da, sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için meşru grev ya da eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir nitelik taşıdığı, öğretmenlere verilen disiplin cezasının "acil bir sosyal ihtiyaca" tekâbüle etmediği ve bu nedenle "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı sonucuna varmış, bunun sonucu olarak, bu davada, başvuranların AİHS'nin 11. maddesi anlamında gösteri yapma özgürlüğünü etkili bir şekilde kullanma haklarının orantısız olarak çiğnendiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu durumda, davacının, sendikal faaliyet gereği, 11/12/2003 tarihinde göreve gelmeme eyleminin özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek fiili kapsamında değerlendirilemeyeceği ve sendikal faaliyet kapsamında bir gün göreve gelmemek fiilinin mazeret olarak kabulü gerektiğinden, disiplin suçu teşkil etmeyen eylem nedeniyle davacıya 657 sayılı Kanunun 125/C-b maddesi uyarınca aylıktan kesme cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamıştır...."

B. Uluslararası Hukuk

30. Türkiye bakımından 12/7/1993 tarihinde yürürlüğe giren 17/6/1948 tarihli ve 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin ILO Sözleşmesi'nin 2. maddesi şöyledir:

“Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler.”

31. Aynı Sözleşme’nin 3. maddesi şöyledir:

“Çalışanların ve işverenlerin örgütleri tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler.

Kamu makamları bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınmalıdırlar.”

32. Aynı Sözleşme’nin 8. maddesi şöyledir:

“Çalışanlar ve işverenlerle bunlara ait örgütler bu sözleşme ile kendilerine tanınmış olan hakları kullanmada, diğer kişiler veya örgütlenmiş topluluklar gibi, yasalara uymak zorundadırlar.

Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek şekilde uygulanamaz”

33. Türkiye bakımından 12/7/1993 tarihinde yürürlüğe giren 7/6/1978 tarihli ve 151 sayılı Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemine İlişkin ILO Sözleşmesi’nin 3. maddesi şöyledir:

“Bu Sözleşmenin uygulanması bakımından “Kamu Görevlileri Örgütü” deyimini oluşumu ne olursa olsun amacı kamu görevlilerinin çıkarlarını savunmak ve geliştirmek olan herhangi bir örgüt anlamına gelir.”

34. Aynı Sözleşme’nin 6. maddesi şöyledir:

“1. Kamu görevlilerinin tanınan örgütlerinin temsilcilerine, çalışma saatleri içinde veya dışında görevlerini çabuk ve etkin bir biçimde yerine getirmelerine olanak verecek şekilde kolaylıklar sağlanacaktır.

2. Bu tür kolaylıkların sağlanması idarenin veya hizmetin etkin işleyişini engellemeyecektir.

3. Bu kolaylıkların niteliği ve kapsamı, bu sözleşmenin 7’nci maddesinde belirtilen yöntemlere göre veya diğer uygun yöntemlerle belirlenecektir.”

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

35. Aynı Sözleşme'nin 9. maddesi şöyledir:

“Kamu görevlileri, diğer çalışanlar gibi yalnızca görevlerinin niteliğinden ve statülerinden kaynaklanan yükümlülüklerine bağlı olarak örgütlenme özgürlüğünün normal olarak uygulanması için gerekli kişisel ve siyasi haklardan yararlanacaklardır.”

36. Türkiye bakımından 23/12/2003 tarihinde yürürlüğe giren 16/12/1966 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 8. maddesi şöyledir:

“1. Bu Sözleşme Taraf Devletler şu hakları sağlamayı taahhüt eder:

a) Herkese kendi ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak ve geliştirmek için sendika kurma ve sadece sendikanın kendi kurallarına tabi olarak kendi seçtiği bir sendikaya katılma hakkı tanınır. Bu hakkın kullanılması ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için demokratik bir toplumda gerekli olan ve hukuken öngörülen sınırlamalardan başka sınırlara tabi tutulamaz.

b) Sendikalara ulusal Federasyonlar ve konfederasyonlar kurma ve konfederasyonlara da uluslararası sendikal örgütler kurma ve bunlara katılma hakkı tanınır.

c) Sendikaların serbestçe faaliyette bulunma hakkı, ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli olan ve hukuken öngörülen sınırlamaların dışında her hangi bir sınırlamaya tabi tutulamaz.

d) Kullanılma şartları her bir ülkenin yasalarıyla düzenlenmiş olan bir grev hakkı tanınır.

2. Bu madde, silahlı kuvvetler veya polis mensuplarının veya Devlet idaresinde görevli olanların bu hakları kullanmalarına hukuken öngörülen sınırlamalar koymalarını engellemez.

3. Bu maddenin hiç bir hükmü, Uluslararası Çalışma Teşkilatının Örgütlenme Özgürlüğü ve Teşkilatlanma Hakkının Korunması ile ilgili 1948 tarihli Sözleşmesine taraf olan Devletlere, o Sözleşmede yer alan güvencelere aykırı düşebilecek bir tarzda bir yasa çıkarma ve uygulama imkan verecek şekilde tasarruflarda bulunma yetkisi vermez.”

37. Türkiye bakımından 23/12/2003 tarihinde yürürlüğe giren 16/12/1966 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 22. maddesi şöyledir:

“1. Herkesin, kendi çıkarlarını korumak için sendikalar kurmak ya da bunlara girmek hakkı da dahil olmak üzere, başkalarıyla biraraya gelip dernek kurma hakkı vardır.

2. Bu hakkın kullanılmasına, yasalara uygun olarak konulmuş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ya da kamu güvenliği, kamu düzeni bakımından ve kamu sağlığının, genel ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka sınırlama getirilemez. Bu madde, silahlı kuvvetler ya da polis teşkilatı mensuplarına bu hakkın kullanılmasında yasal sınırlamalar konulmasını engellemez.

3. Bu maddenin hiçbir hükmü, Sendika Kurma Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin 1948 tarihli Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'ne Taraf olan Devletlere, bu Sözleşme'de öngörülen güvencelere zarar verecek yasama tedbirleri alma ya da hukuki uygulamalarda bulunma yetkisini vermez.”

38. Türkiye bakımından 24/12/1989 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi'nin 18/10/1961 tarihli ve ETS No. 35 sayılı Avrupa Sosyal Şartı'nın (ASŞ) “Örgütlenme” başlıklı 5. maddesi ve “Toplu Pazarlık Hakkı” başlıklı 6. maddesi şöyledir (Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı ile 3/5/1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylamış ancak her iki Şart'ın da örgütlenme ve toplu pazarlık haklarına ilişkin 5. ve 6. maddelerine çekince koymuştur):

“5. Örgütlenme Hakkı

Akit taraflar, çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma veya bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya geliştirmek amacıyla ulusal mevzuatın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler. Bu maddede öngörülen güvencelerin, güvenlik güçleri için hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla veya düzenlemelerle belirlenir. Bu güvencelerin silahlı kuvvetler mensuplarına uygulanmasına ilişkin ilke ile bu

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

kesime hangi düzeyde uygulanacağı, yine ulusal yasalar veya düzenlemelerle saptanır.

6. Toplu Pazarlık Hakkı

Akit Taraflar, toplu pazarlık hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere, 1. Çalışanlar ve çalıştıranlar arasında ortak görüşmeleri geliştirmeyi; 2. Gerekli ve uygun olduğu durumlarda; toplu sözleşme yoluyla iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla çalıştıranların veya çalıştıran örgütlerinin çalıştıran örgütleriyle özgürce görüşmeleri yöntemini geliştirmeyi; 3. İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakem sisteminin kurulmasını ve işletilmesini geliştirmeyi taahhüt ederler ve, 4. Menfaat uyuşmazlığı durumunda çalışanların ve çalıştıranların bir önceki toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülükler saklı kalmak üzere grev hakkı dahil ortak hareket hakkını tanır.”

39. ILO’nun Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Yönetim Kurulu Karar ve İlkelerinin ilgili kısımları şöyledir:

“13. Komite salt siyasi iddiaları incelemekle yetkili değildir; ancak hükümet tarafından alınan ve sendika hakkının kullanılmasını etkileyebilecek siyasi nitelikteki tedbirleri değerlendirebilir.

...

134. Kamuya açık toplantılar düzenlemek sendika hakkının önemli bir unsurudur. Bu bağlamda Komite yalnızca sendikal amaçlarla yapılan gösteriler -ki bunlar sendikal hakların kullanılması kapsamındadır- ile başka amaçlara ulaşmak için yapılanlar arasında her zaman bir ayırım yapmaktadır.

...

528. Salt siyasi nitelikteki grevler ile müzakereler başlamadan çok önce sistematik olarak kararlaştırılan grevler örgütlenme özgürlüğü kapsamında değildir.

529. Salt siyasi grevler örgütlenme özgürlüğü ilkeleri kapsamında değerlendirilmese de sendikalar hükümetin ekonomik ve sosyal politikalarını eleştirebilmek amacıyla protesto grevlerine başvurabilmelidir.

...

541. Komite bir çok durumda ulusal düzeyde grevlerin salt siyasi amaçla değil de ekonomik ve sosyal amaçlarla yapıldığı sürece meşru olduğunu belirtmiştir. Grevlerin yasaklanması ancak devlet adına yetki kullanan memurların ya da tam anlamıyla temel hizmetlerde çalışan işçiler- örneğin bunların hizmetlerinin aksaması halinde toplumun tamamı ya da bir kısmı için hayati tehlike, kişisel güvenlik ve sağlık tehlikesinin ortaya çıkabileceği hizmetlerdir- söz konusu olduğunda kabul edilebilir.

...

25. İlgili Hükümetin sorunun salt siyasi nitelikte olduğunu değerlendirdiği durumlarda, Komite, iddialar esasen siyasi olsa veya bazı siyasi unsurlar içerse bile doğrudan sendikal hakların kullanılmasını etkilemek şartıyla esasının incelenmesi gerektiğine karar vermiştir (Karar ve İlkeler Ek-1'de yer alan 'ILO'nun Örgütlenme Özgürlüğü İhlal İddialarını İnceleme Usulleri' başlıklı kısmı)."

40. AİHM'in kamu görevlilerinin iş bırakma eylemlerine ilişkin yaklaşımı şöyledir:

i. AİHM, Karaçay/Türkiye kararında; AİHS'in 11. maddesinin birinci paragrafının herkesin bir sendikaya üye olma ve çıkarlarını koruma hakkını güvence altına aldığını ve devlet memurlarının doğrudan bu haktan mahrum bırakılmaması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, ayrıca ordu, emniyet ve bazı sektörlerde görev yapan devlet memurlarının, sendikal haklarına kısıtlamalar getirilmesinin mümkün olduğunu, ancak bu kısıtlamaların resmi görevlerinin yerine getirilmesinde gerekli olmasının şart olduğunu ifade etmiştir (Karaçay/Türkiye, § 22) . Bu karara konu olayda **devlet memurlarının maaşlarına yapılan düşük zammı protesto etmek amacıyla** üyesi olduğu KESK'in düzenlediği iş yavaşlatma ve bırakma eylemine katılması nedeniyle başvurana uyarma disiplin cezası verilmiştir (Karaçay/Türkiye, § 37).

ii. AİHM'in Urcan/Türkiye kararında; EĞİTİM-SEN **kamuda çalışan eğitimcilerin koşullarının iyileştirilmesi amacıyla** 1 Aralık 2000 tarihinde düzenlenecek bir günlük ulusal grevden yetkilileri haberdar etmiş ve başvurana gösteriye katılıp iş yerlerine gitmemişlerdir. AİHM, başvurana EĞİTİM-SEN sendikasının, çalışma koşullarının iyileştirilmesine dikkat çekmek amacıyla düzenlediği bir günlük greve katıldıkları için sonradan para

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

cezasına çevrilen mahkumiyet cezasına çarptırıldıklarını ve geçici olarak kamu hizmetinden uzaklaştırıldıklarına dikkat çekerek şikayet konusu yaptırımların yasal yoldan bu tür bir greve katılmak isteyen sendika üyelerini ve diğer kişileri caydırmak amacını güttüğünü tespit etmiş ve başvurulara uygulanan yaptırımların demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır (Urcan/Türkiye, § § 30-36)

iii. AİHM Kaya ve Seyhan/Türkiye kararında; EĞİTİM-SEN üyesi öğretmenlere KESK'in çağrısına uyarak, **parlamentoda tartışılmakta olan kamu yönetimi kanun tasarısını protesto etmek üzere düzenlenen bir günlük ulusal eyleme katılmaları nedeniyle bir gün göreve gelmedikleri için uyarma cezası verilmesinin, her ne kadar bu ceza çok küçük olsa da, sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için meşru grev ya da eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir nitelik taşıdığı ve müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmediği ve bu nedenle demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır** (Kaya ve Seyhan/Türkiye, B. No: 30946/04,15/09/2009, § § 30-31).

iv. AİHM Dilek ve diğerleri/Türkiye kararında, KESK, **kamu sektöründe çalışan personele ilişkin kanunun Meclis gündemine taşınması nedeniyle** 2 Mart 1998 tarihinde ulusal düzeyde bir eylem yapma kararı almıştır. 7:00-15:00 saatleri arası ile 15:00-23:00 saatleri arası çalışan başvuranlardan iki grup, çalışma koşullarını protesto etmek amacıyla iş yavaşlatma eylemi çerçevesinde üç saat süreyle görev yerlerini terk etmişlerdir. Bu eylem sırasında araçlar gişelerden para ödemededen geçmiştir. İdare eylem nedeniyle uğradığı zararı tazmin için başvuranlara dava açmış ve aleyhlerine hukuk mahkemesinde tazminata hükmedilmiştir. Bu durumda AİHS'nin 11. maddesinin hangi koşullarda grev hakkı tanıdığı ve bu madde çerçevesinde bu hakkın tanımının ne olacağı hususlarına değinmeden AİHM, başvuranların işlerini üç saat süreyle yavaşlatmalarının, sendikal hakların kullanımı bağlamında toplu eylem olarak değerlendirilebileceğine kanaat getirmiş ve alınan tedbirin örgütlenme özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir (Dilek ve diğerleri/Türkiye, § 57).

Anılan karara göre, AİHS'nin 11. maddesinin 1. paragrafı; sendika üyelerine çıkarlarını koruyabilmek amacıyla seslerini duyurmalarına imkan tanımaktadır. AİHS'in 11. maddesinde yer alan "çıkartlarını korumak için"

ifadeleri önemlidir ve AİHS, sendikanın yapacağı toplu eylem yoluyla, sendika üyelerinin mesleki çıkarlarını savunma özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Sendika üyeleri tarafından gerçekleştirilecek olan bu eyleme Sözleşmeciler Devletler tarafından izin verilmeli, eylemin gelişimi ve devamı sağlanmalıdır. O halde sendikanın, üyelerinin mesleki çıkarlarının korumak amacıyla müdahil olma imkanı bulunmalı ve üyeler, çıkarlarının korunması yolunda sendikalarının seslerini duyurması hakkına sahip olabilmelidir (Dilek ve diğerleri/Türkiye, § § 65,67).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

41. Mahkemenin 22/5/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

42. Başvurucu; sendikal faaliyetlerinden dolayı disiplin cezasıyla cezalandırılması nedeniyle dernek ve sendika kurma haklarının, ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

43. Başvurucu, sınırlarımızın hemen yanında devam eden bir savaşın sonuçlarının bütün toplumla birlikte kamu çalışanlarını da etkilediğini öne sürmüştür. Suriye’den ülkemize sığınan insan sayısının 3 milyonu aştığını ve savaşın ülkemize, doğal olarak da kamu çalışanlarına ekonomik bir faturası olduğunu belirten başvurucu kamu çalışanlarının bu savaşa karşı çıkmasının ekonomik ve sosyal haklarını ilgilendirmedüğünün iddia edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Başvurucu bu nedenle “İnsanlığın ortak değerlerine sahip çıkıyoruz savaşı durduralım” ilkesiyle yürütülen bir iş bırakma eyleminin disiplin cezasıyla cezalandırılmasının demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğunun iddia edilemeyeceğini ileri sürmüştür.

44. Başvurucu; EĞİTİM-SEN ve KESK tarafından gerçekleştirilen iş bırakma eyleminin barışçıl bir eylem olduğu konusunda kuşku olmadığını, kamu görevlileri sendikaları tarafından alınan karar uyarınca gerçekleştirilecek iş bırakma eylemlerinin amacı üzerinden derece mahkemelerince bir tartışma yürütülmesinin yanlış

olduğunu belirtmiştir. Başvurucu; kamu görevlileri sendikalarının gerçekleştirilecek iş bırakma eylemlerinin amacına göre karar verilmesini haklı kılacak bir mevzuat ya da uluslararası sözleşme bulunmadığını, 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin sendikaların program ve etkinliklerini özgürce belirleyebileceklerini kurala bağladığını belirtmiştir.

45. Bakanlık görüşünde, öncelikle Sendikanın Anayasa Mahkemesi önünde başvurucuyu temsile yetkili olup olmadığı hususunda AİHM kararlarından da örnekler verilerek bir değerlendirme yapılmıştır. Değerlendirmede başvurunun dosyasının Anayasa Mahkemesi önüne gelene kadar geçen süreçte olağan yargı mercileri nezdinde Sendika tarafından temsil edildiğine ve bu durumun ilgili mercilerce tartışmasız bir şekilde kabul edildiğine dikkat çekilmiştir. Yine bireysel başvurunun olağanüstü bir kanun yolu olduğu, Anayasa Mahkemesi nezdinde avukat dışındaki kişilere temsil serbestisi tanınması hâlinde Mahkeme nezdinde ileri sürülen iddialarına ilişkin bir nevi halk davası (*actio popularis*) kabulüne götürebileceği belirtilmiştir.

46. Bakanlık görüşünde, işin esasına ilişkin olarak başvurunun iddialarının Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında incelenmesinin uygun olacağı belirtildikten sonra AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarına yer verilmiş; başvurunun katıldığı etkinliğin siyasi bir etkinlik olduğu belirtilmiştir. AİHS'in 11. maddesinin ikinci paragrafında sendika hakkının kamu görevlileri yönünden sınırlandırılabilirliğinin açıkça belirtildiği ifade edilen ve AİHM kararlarından örnek verilen görüş yazısında, elektronik istihbarat toplama merkezi çalışanlarına sendikaya üye olma yasağı getirilmesinin AİHS'e uygun bulunduğu belirtilmiş ve dolayısıyla sendikal hak söz konusu olsa bile kamu görevlileri açısından bu hakkın daha dar yorumlandığı vurgulanmıştır. Bakanlık görüşünde sonuç olarak; hiçbir şekilde çalışma veya işyeri koşullarını ilgilendirmeyen, sadece politik amaçlarla düzenlenen bir etkinliğe katılmak için iki gün işe gitmediği sabit olan kamu görevlisi başvuru hakkında disiplin cezası uygulanmasının örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceği ve bu nedenle açıkça dayanaktan yoksun olan başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

B. Değerlendirme

47. Anayasa'nın yapılacak değerlendirmede uygulanacak "Dernek kurma hürriyeti"kenar başlıklı 33. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...

Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz.

Dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

...

Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir.

Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır."

1. Uygulanabilirlik Yönünden

48. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçular 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).

49. Anayasa Mahkemesi önündeki öncelikli mesele, başvuruçunun üyesi olduğu Sendika tarafından alınan karar doğrultusunda iki gün süreyle iş bırakması üzerine aylıktan kesme disiplin cezasıyla cezalandırılması şeklindeki müdahaleye ilişkin iddialarının sendika hakkı kapsamında incelenip incelenemeyeceğidir.

50. Anayasa Mahkemesi, daha önce benzer konulardaki bireysel başvuruları örgütlenme özgürlüğü kapsamında ve Anayasa'da özel olarak güvence altına alınan sendika hakkı çerçevesinde incelemiş ve başvuruçuların üyesi olduğu Sendikanın tüm Türkiye'de yaptığı göreve

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

gelmemesi çağrısına katılarak mazeretsiz olarak göreve gelmedikleri gerekçesiyle disiplin cezası uygulanmasını sendika hakkına bir müdahale kabul ederek -uygulanan ceza her ne kadar hafif bir ceza olsa da- “toplumsal bir ihtiyaç baskısına tekabül etmediği” ve “demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” sonucuna varmış; ihlal kararları vermiştir (Tayfun Cengiz, B. No: 2013/8463, 18/9/2014; Mehmet Çağdaş Serttaş, B. No: 2013/8516, 6/1/2015; Nihat Çan, B. No: 2013/8745, 6/1/2015; Ayşe Yılmaz, B. No: 2013/8805, 6/1/2015; Selma Baş, B. No: 2014/1946, 6/1/2015; Hayati Aktop ve diğerleri, B. No: 2014/4199, 10/6/2015; Selma Demir Taze, B. No: 2014/7668, 10/6/2015; Abidin Aydın Tüfekçi, B. No: 2013/1315, 15/4/2015).

51. Söz konusu kararlarda; gerek idarenin olağan uygulamasında gerekse de idari yargının yerleşmiş içtihatlarında sendikal faaliyet çerçevesinde işe gelinmemesi hâlinde kişinin mazeret iznini kullandığının kabul edildiği ve disiplin soruşturması açılmadığı vurgulanmış, sendika üyelerinin sendikal faaliyet kapsamında işe gelmemeleri hâlinde mazeret izinli sayılacakları yönündeki yerleşik hâle gelen idari yargı içtihatları hatırlatılmıştır.

52. Anayasa Mahkemesince ihlal kararı verilen başvurulara konu olaylarda işe gitmeme çağrısı içeren sendika kararlarının üyelerinin mesleki çıkarlarını korumak amacına yöneldiği görülmektedir (bkz. § 49). Yine AİHM’in bu konudaki ihlal kararlarına bakıldığında sendika üyelerinin mesleki çıkarlarını korumaya dönük sendika kararlarının söz konusu olduğu tespit edilmiştir (bkz. § 40).

53. Anayasa’nın 51. ilâ 54. maddelerinde düzenlenen sendikal hak ve özgürlükler, benzer güvenceler getiren ILO Sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı ile tamamlanmaktadır. Anayasa’nın mezkûr maddelerinde düzenlenen sendikal hak ve özgürlüklerin kapsamı yorumlanırken bu belgelerde yer alan ve ilgili organlar tarafından yorumlanan güvencelerin de gözönüne alınması gerekir (Tayfun Cengiz, § 35).

54. Anayasa’nın 51. maddesi metninde yer alan “*üyelerinin menfaatlerini korumak için*” ibaresi, üyelerin mesleki menfaatlerini korumak için gerçekleştirecekleri sendikal faaliyetlerinin Anayasa tarafından korunduğunu açıkça ortaya koymaktadır (Kristal-İş Sendikası [GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015, § 54; Birleşik Metal İşçileri Sendikası, B.

No: 2015/14862, 9/5/2018, § 40). 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).

55. Anayasa Mahkemesi; AİHM içtihatlarında da vurgulanan AİHS'in 11. maddesinde yer alan “*çıkartmalarını korumak için*” ifadesinin önemli olduğunu, AİHS'in sendikanın yapacağı toplu eylem yoluyla sendika üyelerinin mesleki çıkarlarını savunma özgürlüğünü güvence altına aldığını ve ILO'nun Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Yönetim Kurulu Karar ve İlkelerini de somut olaydaki eylemin niteliğinin yorumlanmasında yapacağı değerlendirmede dikkate alacaktır. Bu çerçevede başvurusunun disiplin cezasına konu eyleminin mesleki çıkarları koruma amacı güdüp gütmeyeceği, eylemin sendikaların çekirdek faaliyet alanı içinde olup olmadığı, üyelerinin çıkarlarını koruma amacı olmaksızın salt bir siyasi amaç içerip içermediği ve buna bağlı olarak devlete tanınan takdir marjının genişliği değerlendirmede esas alınacaktır.

56. Bununla birlikte sendikaların hangi amaçlarla ve ne tür kararlar alabileceğini değerlendirmek bu başvurunun konusu olmayıp bu husus yapılacak değerlendirmede Anayasa Mahkemesinin ilgi alanı dışındadır. Yapılacak inceleme başvurusunun disiplin cezası almasına neden olan iş bırakma eyleminin niteliği ve uygulanan yaptırımla sınırlı olacaktır.

57. İncelenen başvuruda, disiplin cezası verilmesinin sebebini teşkil eden işe gitmeme şeklindeki eylemin amacı ve bu eyleme katılan sendika üyelerinin sendikal çıkarlarıyla başvurucaya yönelik disiplin cezasının sendikal hakların niteliğiyle birlikte ve olayların tamamı ışığında incelenmesi gerekir.

58. Olay tarihinde; başvurusunun üyesi olduğu EĞİTİM-SEN ve onun bağlı olduğu KESK, DEAŞ terör örgütünün Kobani kentine saldırılarını protesto etmek ve Kobani halkı ile DEAŞ terör örgütüne karşı savaşanlara desteklerini ifade etmek amacı ile iş bırakma kararı almıştır (bkz. §§ 14-16). Halkların Demokratik Partisi (HDP) de Kobani

kentine yapılan saldırıyla ilgili olarak halkı direnişe çağırılmış ve iktidar partisini suçlayarak Hükûmetin dış politika tercihlerini protesto etmiştir (bkz. § 10).

59. Tüm bunlar dikkate alındığında eylem kararında siyasi bir tonun ağırlıkta olduğu, Sendikanın söyleminin odak noktasında Hükûmete ve dış politikalarına dönük eleştirilerin bulunduğu gözlemlenmiştir (bkz. §§ 14-16). Diğer bir ifadeyle iş bırakma biçiminde bir protestoya katılması başvurucunun ekonomik ve mesleki çıkarları ile değil genel bir baskı grubunun bir parçası olmasıyla ilgilidir.

60. Sendikalar meslek örgütleri olarak üyelerinin ortak sosyal ve ekonomik menfaatlerini geliştirmek amacıyla değişik türlerde faaliyette bulunabilirler. Sendikaların çalışma hayatındaki yadsınamaz rolü ve önemi dikkate alındığında sendikal faaliyet kavramına yapılacak tahdidi bir tanımın örgütlenme özgürlüğüne zarar vereceği kabul edilmelidir. Sendikal faaliyet kavramı sendikaların salt sendika içi faaliyetleriyle sınırlı olmayıp işçilerin işverenlerle yaptıkları müzakereleri, işçilerin sendikanın düzenlediği organizasyonlara katılması gibi işçilerin mesleki ve ekonomik çıkarlarını korumak için gerçekleştirdiği birçok faaliyet biçimini barındırır. Sendikal faaliyetlerin en önemlileri ve sendikal hakların merkezinde yer alanları çalışma hayatına ilişkin olanlardır. Bunlar arasında toplu iş sözleşmesi imzalamak, toplu görüşmeler uyuşmazlıkla sonuçlandığında arabulucu, hakem veya yargı organlarına başvurmak, grev ve lokavt gibi toplu pazarlık faaliyetleri ile çalışma hayatına ilişkin ortak çıkarları korumak veya üyelerine hukuki yardımda bulunmak ya da onları temsilen dava açmak gibi yargılama alanındaki faaliyetler sayılabilir. Anayasa'da da sendikaların, üyelerinin çalışma ilişkilerinde ekonomik sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için kurulacağı belirtilmiş olup sendikaların sosyal ve ekonomik faaliyetlerinin de doğrudan sendikaların amaçları doğrultusunda çekirdek faaliyet alanında yer aldığı konusunda şüphe bulunmamaktadır.

61. Kamu görevlileri sendikaları söz konusu olduğunda ise 4688 sayılı Kanun'un 19. maddesinde belirtilen faaliyetlerin bu sendikaların asli faaliyetlerinden olduğu kabul edilmelidir (bkz. § 28). Çalışma

koşulları, yükümlülükleri, iş güvenlikleri ile sağlık koşullarının geliştirilmesi konularında görüş bildirmek, işverenlerle bu konularda ortak çalışmalar yürütmek, üyelerin mesleki yeterliliklerinin artırılması ve sorunlarının çözülmesi ile sendikal faaliyetlerinin geliştirilmesine yönelik kurs, seminer ve sosyal amaçlı toplantılar düzenlemek, üyelerin ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini ilgilendiren konularda yetkili makamlara sunmak üzere çalışmalar yapmak ve üyelerine hukuki destek vermek gibi faaliyetler sendikal faaliyetlerin çekirdek alanında kalan faaliyetler arasında sayılabilir. Uluslararası hukukta da sendika üyelerinin ekonomik ve sosyal menfaatlerini koruma amacının her zaman öne çıkan asli amaçlardan olduğu görülmektedir (bkz. §§ 30-40).

62. Sendikaların, üyelerinin çalışma hayatına ilişkin mesleki, ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak dışında ikincil nitelikte ya da tali kabul edilebilecek faaliyetleri de söz konusudur. Bu faaliyetler demokrasinin gelişmesi ve toplumda yerleşmesine katkı sunar. Bu tür faaliyetler sendikalar yönünden siyasi otorite karşısında kamu politikalarının oluşmasında etkili birer baskı grubu olan sendikaların yürüttükleri tüm çalışmaları ve eylemleri de kapsar. Bu kapsamdaki çalışmalar sendika üyelerinin çıkarları ile birlikte toplumun çıkarlarına da yönelik olup salt sendikal faaliyet niteliğinde değildir. Bu çalışma ya da eylemler örgütlenme özgürlüğünün genel tanımı içinde yer alan -başvurucunun somut olaydaki eylemi gibi- bireylerin üye oldukları örgütün çağrısına uyarak toplu şekilde ve siyasi otorite karşısında baskı grubunun birer katılımcısı olarak yaptıkları faaliyet niteliğindedir. Dolayısıyla bireylerin sendikanın çekirdek faaliyet alanında kalmayan eylemlerinin sendika hakkı kapsamında değil örgütlenme özgürlüğü kapsamında ele alınması isabetli olacaktır.

63. Sonuç olarak başvuru, üyesi olduğu sendikanın iş bırakma çağrısı üzerine mazeretsiz işe gitmemesi nedeniyle disiplin cezasıyla cezalandırılmıştır. Yukarıda açıklandığı üzere başvuru kişinin iddialarının bir bütün olarak Anayasa'nın 33. maddesinde güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

64. Sendikaların üyelerinin 4688 sayılı Kanun'un 19. maddesinin (f) bendine göre verdikleri yetkiye dayanarak üyeleri adına yaptıkları bireysel başvurular daha önce Anayasa Mahkemesince incelenmiş olup bu şekildeki başvuruların kabul edilebilirliği yönünden herhangi bir sorun bulunmamıştır (örn. olarak bkz. *Yılmaz Güneş ve Yusuf Karadaş*, B. No: 2015/10676, 26/12/2018, § 25). Dolayısıyla açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

65. Başvurucunun üyesi olduğu Sendika tarafından ülke çapında yapılan iş bırakma eylemine katılması nedeniyle cezalandırılması ile başvurucunun örgütlenme özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapıldığı kabul edilmelidir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

66. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 33. 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.”

67. 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

68. 657 sayılı Kanun'un 26. ve 125. maddelerinin *kanunilik* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

69. Somut olayda ceza uygulanmasının amacı kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması, diğer bir ifadeyle kamu hizmetlerinin aksamasının önlenmesidir. Bu amaç da geniş anlamda kamu düzeninin korunması meşru amacı kapsamında yer alır. Dolayısıyla başvurucunun aylıktan kesme disiplin cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin kararın Anayasa'nın 33. 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

(a) Demokratik Toplumda Örgütlenme Özgürlüğünün Önemi

70. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden kolektif bir oluşum içinde bir araya gelme özgürlüğünü ifade etmektedir. *Örgütlenme* kavramının Anayasa çerçevesinde özerk bir anlamı vardır ve bireylerin devamlı olarak ve eşgüdüm içinde yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması Anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez (*Tayfun Cengiz*, § 31).

71. Örgütlenme özgürlüğü, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Örgütlenme özgürlüğünün temeli, hiç kuşkusuz ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğü; düşünceyi korkmadan, engellenmeden açıklama ve yayma özgürlüğünün yanı sıra bu düşünceler çerçevesinde örgütlenme, kişi toplulukları oluşturma hakkını da kapsamaktadır (dernek hakkı yönünden bkz. *Hint Aseel Hayvanları Koruma ve Geliştirme Derneği ve Hikmet Neğuç*, B. No: 2014/4711, 22/2/2017, § 41).

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

72. Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir *örgüt*, devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir (sendika hakkı yönünden bkz. *Tayfun Cengiz*, § 31).

73. Sendikalar, dernekler ve vakıflar örgütlenme özgürlüğünün daha özel şekilleridir. Bununla birlikte bunların faaliyetleri içinde yer almayan veya bunlarla dolaylı bağlantısı bulunan belli sayıda kişinin sürekli şekilde bir araya gelerek aynı amaca yönelik toplu ifade açıklamaları ya da eylemleri de Anayasa'nın 33. maddesi çerçevesinde ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında ele alınmalıdır.

74. Örgütlenme özgürlüğü, sınırlanabilir bir haktır ve Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Örgütlenme özgürlüğüne ilişkin olarak Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüğe yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler gözönüne alınmak zorundadır. Bu sebeple örgütlenme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 33. ve 51. maddeleri kapsamında yapılması gerekmektedir (sendika hakkı yönünden bkz. *Tayfun Cengiz*, § 38; *Mehmet Yüzgeç*, B. No: 2014/2282, 2/2/2017, § 30).

75. Anayasa kapsamında örgütlenme özgürlüğünden yararlanan tüzel kişiler veya gruplar demokratik yaşamın ayrılmaz bir parçası olarak görüldüğünden bu özgürlüğe getirilecek sınırlandırmaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı sıkı denetim altındadır. Anayasa'nın 33. maddesi temel olarak dernek hakkının ve genel olarak örgütlenme özgürlüğünün kullanılması sırasında kamu makamlarının keyfî müdahalelerine karşı korunmasını amaçlamaktadır.

(b)Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

76. Anayasa Mahkemesi *demokratik toplum düzeninin gerekleri* ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır

(sendikalarla ilgili *Tayfun Cengiz*, §§ 31, 32; *Kristal-İş Sendikası*, §§ 53, 70, 74; *Birleşik Metal İşçileri Sendikası*, §§42, 43; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 73; derneklerle ilgili *Hint Aseel Hayvanları Koruma ve Geliştirme Derneği ve Hikmet Neğuç*, § 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 başvurulmuş 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).

77.Örgütlenme 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* [GK], B. No: 2014/20411, 30/11/2017, § 32; sendika hakkı bağlamında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 73; *Tayfun Cengiz*, § 56; *Adalet Mehtap Buluryer*, B. No: 2013/5447, 16/10/2014, §§ 103-105; grev hakkı bağlamında bkz. *Kristal-İş Sendikası*, § 70; ifade özgürlüğü bağlamında bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

78. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin örgütler kurmak ve bunlara üye olmak suretiyle örgütlü bir şekilde fikirlerini ifade

etme hakları ile Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurmaktır (sendika hakkı yönünden bkz. *Tayfun Cengiz*, § 37; *Kristal-İş Sendikası*, § 57; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 74; *Birleşik Metal İşçileri Sendikası*, §44).

79. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvuru 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 bulunan 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 örgütlenme özgürlüğü kapsamındaki faaliyetlere müdahale ederken bu özgürlüğün kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan, korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (sendika hakkı bağlamında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 74; bazı farklılıklarla birlikte toplantı hakkı bağlamında *Dilan Ögüz Canan* § 33, 56; ifade özgürlüğü bağlamında *Bekir Coşkun*, §§ 44, 47; *Tansel Çölaşan*, §§ 46, 49, 50). Anayasa Mahkemesi bu özgürlüğün kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan ve korunması gereken bir menfaatin ortaya konulmasında başvuru eylem türünü, amacını ve niteliğini, bunun kamu düzenine etkisini ve topluma yüklediği külfeti dikkate alacaktır.

80. Buna göre örgütlenme 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 (*Birleşik Metal İşçileri Sendikası*, §43; *Kristal-İş Sendikası*, § 70; *Tayfun Cengiz*, § 51). O hâlde örgütlenme özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin

demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olup olmadığına, bu bağlamda toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına ve sınırlamanın izlenen amaçlarla orantılılığına bakmak gerekecektir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

81. Başvurucu, ülke sınırlarının hemen yanında devam eden bir savaşın sonuçlarının bütün toplumla birlikte kamu çalışanlarını da etkilediğini ve bunun kamu çalışanlarına ekonomik bir faturasının olduğunu iddia ederek Hükûmeti politikalarında değişiklik yapmaya zorlamak için yapılan bir eyleme katıldığını belirtmiştir.

82. Ülkemizde kamu görevlilerinin grev hakkı bulunmamakla birlikte üyesi oldukları sendikaların, üyelerinin mesleki çıkarlarıyla ilgili kararları doğrultusunda iş bırakma şeklindeki eylem türüne başvurabilmekte ve yaptırımla karşılaşabilmektedir. Belirtmek gerekir ki iş bırakma eylemleri karşısında idarenin ve yargının bir bütün olarak yeknesak hareket etmesini sağlayacak mevzuat düzenlemeleri bulunmamaktadır.

83. Bununla birlikte yargı kararlarında Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında kalan ve sendikaların üyelerinin çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için yapılan faaliyetler kapsamında ve kamu gücünü zorlamak amacıyla durumun kesinlikle gerektirdiği hâllerde işe gidilmemesi hâlinde kişinin mazeret iznini kullandığı kabul edilmektedir (*Tayfun Cengiz*, §§ 59, 61). Nitekim Anayasa Mahkemesi kamu görevlilerinin *çıkartmaları* kapsamında kalan özlük ve parasal hakları, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi gibi konulara dikkat çekilmesi ve kamuoyu oluşturulması amacıyla sendikaların aldıkları kararlar uyarınca iş bırakma eylemlerine katılan kişilere disiplin cezası verilmesini sendika hakkına müdahale olarak kabul etmiştir (bkz. § 49).

84. Sendikaların somut olayda aldığı başvuru konusu eylemin dayanağı olan kararlar ise Türkiye sınırları dışındaki bir savaşa Türkiye'nin müdahil olup olmaması ve devletin uluslararası politikalarıyla ilgilidir. Sendikaların eylem çağrısından üç gün önce bir siyasi parti olan HDP, iktidar partisinin politikalarını eleştirmiş ve halkı direnişe çağırmıştır (bkz. § 10). Kobani olaylarına bağlı çağrılarının siyasi

amacının öne çıktığı açıktır. Buna göre, sendikaların aldıkları kararların da siyasi otorite karşısında sendikaların bir baskı grubu olarak yürüttüğü ve siyasi yönü ağır basan faaliyet alanında olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

85. Anayasa'nın 128. maddesinde; devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmiştir. Kamu hizmeti ise geniş tanımıyla devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında ortak ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş sürekli ve düzenli etkinliklerdir (AYM, E.2013/88, K.2014/101, 4/6/2014). Bu kapsamda devlet kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlamak için kamu hizmetlerini yürüten görevlilerin haklı bir mazerete dayanmayacak şekilde görevlerine ara vermelerini engellemeye yönelik tedbirler öngörebilir (*Mustafa Hamarat* [GK], B. No: 2015/19496, 17/1/2019, § 57).

86. Öte yandan başvuru, bir kamu görevlisidir ve normal vatandaşlardan farklı olarak birtakım yükümlülüklerle ve yasaklara tabidir. Kişinin kamu görevlisi olması, kendisine sağladığı birtakım ayrıcalıklar ve avantajların yanında bazı külfet ve sorumluluklara katlanmayı, diğer kişilerin tabi olmadığı sınırlamalara tabi olmayı da gerektirmektedir. Kişi, kamu görevine kendi isteği ile girmekle bazı ayrıcalıklardan yararlanmanın yanında bu statünün gerektirdiği külfetlere de katlanmayı kabul etmiş sayılmakta ve kamu hizmetinin kendine has özellikleri, bu avantaj ve sınırlamaları zorunlu kılmaktadır (*İhsan Asutay*, B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 38; *Mustafa Hamarat*, § 60).

87. Bu kapsamda başvurunun üstlenmiş olduğu kamu hizmetini kesintisiz olarak yerine getirme ödevi vardır. Bu ödev ise kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin doğal bir sonucudur. Bir kamu görevlisi kanunun öngördüğü hâller ve mücbir sebep dışında işini bırakamaz. Diğer bir ifadeyle kamu görevlisinin işinin başında bulunma ödevi vardır. Dolayısıyla kamu görevlisinin kanunların izin verdiği ve öngördüğü koşullar dışında işi bırakması, bu ödevi aykırılık teşkil eder (*Mustafa Hamarat*, § 61).

88. Açıklanan nedenlerle sendika üyelerinin mesleki çıkarlarıyla doğrudan ilgili olmayan amaçlarla iş bırakma biçimindeki bir eyleme müdahale ederken devletin sahip olduğu takdir marjının daha geniş olacağı kabul edilmelidir. Bir kamu görevlisinin üstlendiği kamu hizmetini kesintisiz olarak görme ve işinin başında bulunma yükümlülüklerini sağlamak adına anayasal güvencelere dayalı düzenlemeler yapılabilir. Nitekim ilgili kanunlarda yer alan hükümlerin başvurucunun davranışlarını düzenlemek bakımından yeterince açık olmadığı da ileri sürülmemiştir. Bir öğretmen ve kamu görevlisi olan başvurucunun ifade özgürlüğü veya toplantı ve gösteri özgürlüğü de dâhil tüm haklarını kullanırken -bahsi geçen yükümlülükleri nedeniyle- anılan kanunların öngördüğü koşullara titizlikle riayet etmesi gerektiği açıktır.

89. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında Anayasa Mahkemesi tarafından şu sonuçlara ulaşılmıştır: İlk olarak sendikalar Anayasa ve kanunlara aykırı olmayan herhangi bir amacı gerçekleştirmek için faaliyet yapabilirler. İkinci olarak başvuruya konu eylem, sendika üyelerinin ekonomik ve sosyal menfaatleriyle doğrudan ilgili olmayan ve politik yönü ağır basan bir amaca sahiptir. Üçüncü olarak kamu görevlilerinin iş bırakmak veya işe gitmemek şeklindeki eylemleri devlet idaresinin işleyişini ve toplum hayatını önemli ölçüde etkiler. Bu sebeple de ancak çok dar alanda desteklenebilecek bir eylem türüdür. Son olarak sendika üyelerinin ekonomik ve sosyal menfaatleriyle doğrudan ilgili olmayan ve politik yönü ağır basan bir amaçla işe gitmemek şeklinde bir eylemin yol açacağı sonuçlara devlet idaresinin ve toplumun katlanmasını gerektiren bir sebep bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

90. Bu sebeplerle kamu otoritelerinin sahip olduğu takdir payı da gözetildiğinde başvuru konusu olayda kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması amacı bakımından başvurucunun örgütlenme özgürlüğüne yapılan müdahalenin onun siyasal hayata katılımını engelleyici veya önemli ölçüde zorlaştırarak etkisini ortadan kaldıracak mahiyette olmadığı kanaatine varılmıştır. Başvurucuya iki gün iş bırakma eylemi nedeniyle disiplin cezası verilmesi şeklindeki müdahalenin demokratik toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği kabul edilmelidir.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

91. Somut olayda başvurucuya yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların bulunduğu da görülmektedir. Sendikaların demokratik hayatın yaşamsal bir unsuru olarak kamuoyuna ve kamusal yetki kullanan kişilere seslerini duyurmak ve taleplerini dile getirmek için sayısız fırsatı bulunmaktadır. Söz konusu sonucun ağırlaşmasında daha farklı yöntemlerle kamuoyunun yönlendirilmesi ve devlet gücü kullanan kişi ve kurumların etkilenmesi mümkün iken *işe gitmeme* biçiminde kamu hizmeti alan kişileri doğrudan etkileyen ve ancak son derece istisnai durumlarda başvurulabilecek bir yöntemi benimseyen sendikaların ve sendika kararları doğrultusunda hareket eden başvurucunun payının büyük olduğu değerlendirilmiştir.

92. Sonuç olarak yukarıda yapılan açıklamalar da gözönüne alındığında mevcut başvuruda örgütlenme özgürlüğüne yönelik müdahalenin başvurucunun örgütlenme özgürlüğünü aşırı derecede sınırlamadığı ve kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlamaya yönelik meşru amaç karşısında başvurucuya alt sınırdan verilen aylıktan kesme cezasının orantısız olmadığı kanaatine varılmıştır.

93. Açıklanan gerekçelerle disiplin cezası verilmesi şeklinde yapılan müdahale demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan Anayasa'nın 33. maddesinde güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

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

B. Anayasa'nın 33. maddesinde güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 22/5/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

SELMA ELMA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/24902)

Karar Tarihi: 4/7/2019

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	:Engin YILDIRIM
Üyeler	: Recep KÖMÜRCÜ Muammer TOPAL M. Emin KUZ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportörler	: Yücel ARSLAN Hilmi Can TURAN
Başvurucu	: Selma ELMA
Vekili	: Av. Nusret GÜRGÖZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, izinsiz düzenlenen basın açıklamasına katılan başvuruçunun idari para cezası ile cezalandırılmasının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 22/5/2017 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

A. Arka Plan Bilgisi

8. Türkiye 15 Temmuz 2016 gecesi silahlı bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış ve Bakanlar Kurulu tarafından ülke genelinde 21/7/2016 tarihinden itibaren olağanüstü hâl (OHAL) ilan edilmesine karar verilmiştir. 19/10/2016 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere OHAL dönemi doksan gün uzatılmıştır (darbe teşebbüsüne ilişkin bilgiler için bkz. *Aydın Yavuz ve diğ.leri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-20).

9. 15 Temmuz darbe teşebbüsünün başarısız olmasından sonra çıkarılan bazı kanun hükmünde kararnameler (KHK) ile bazı kamu çalışanları görevlerinden ihraç edilmiştir.

10. 4/11/2016 tarihinde Antalya Valiliği (Valilik), il genelinde ve OHAL süresi boyunca düzenlenecek olan tüm kapalı/açık toplantıları, gösteri ve yürüyüşleri, stant açılmasını, oturma eylemlerini, çadır kurulmasını, basın açıklamalarını ve benzeri bildirimli veya bildirimsiz her türlü eylem ve etkinlikleri Valiliğin ve kaymakamlıkların iznine bağlamış; izinsiz yapılacak olan faaliyetlerin tümünü yasaklamıştır.

11. Valiliğin internet sitesinde yer alan söz konusu kararı şu şekildedir:

“ İlgi : İçişleri Bakanlığı OHAL Koordinasyon Bürosunun 18.10.2016 tarih ve E.384 sayılı Emrinizı.

İlgi’de kayıtlı emir yazı ile terör örgütlerinin ülkemizin birlik ve bütünlüğüne kast eden eylemlerini çok farklı yol ve yöntemlere başvurarak (yollara el yapımı patlayıcı madde döşemek, güvenlik kuvvetlerimize ve masum vatandaşlarımıza yönelik silahlı ve bombalı araç düzeneği ile) saldırıda

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

bulunduğu, öte yandan Anayasa ve yasalarla güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşleri gibi temel hak ve hürriyetleri de istismar ettikleri,

Özellikle son günlerde PKK/KCK terör örgütü tarafından bomba yüklü araçlarla düzenlenen saldırılarda bir çok şehit ve yaralının olduğu, DEAŞ terör örgütü tarafından daha önce düzenlenen terör saldırıları nedeniyle çok sayıda vatandaşımızın hayatını kaybettiği ve çok sayıda vatandaşımızın da yaralandığı, yine DEAŞ terör örgütünün ülkemizdeki sol tandanslı grupların gerçekleştirebilecekleri toplantı, miting, yürüyüş faaliyetleri olmak üzere düzenlenecek muhtemel etkinliklerde sansasyonel eylem girişiminde bulunabilecekleri,

Dolayısıyla son dönemde darbe girişimi ve Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerimizde yaşanan gelişmeler dikkate alındığında ülkemiz genelinde olduğu gibi ilimiz genelinde de milli hassasiyetin üst seviyeye ulaştığı, terör örgütlerinin bu durumu kötüye kullanıp ilimizde kargaşa ve kaos ortamı oluşturacağı değerlendirilmektedir.

Bu kapsamda, terör örgütlerine ait planlarının bertaraf edilmesi, özellikle açık alanlarda yapılacak gösteri yürüyüşleri, stand açma, oturma eylemi, çadır kurma, basın açıklamaları vb. etkinliklerde karşıt görüşlü grupların karşı karşıya gelmemesi, tesis olunan huzur ortamı ile milli güvenlik ve kamu düzeninin bozulmaması, Cumhuriyetin temel nitelikleri, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla,

2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 'Toplantının Ertelenmesi veya Bazı Hallerde Yasaklanması' başlıklı 17. maddesinde yer alan 'Bölge Valisi, Vali veya Kaymakam milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere engelleyebilir veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike olması halinde yasaklayabilir,'

5442 Sayılı İller İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesinde yer alan 'İl sınırları içerisinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi Valinin ödev ve görevlerindendir. Bunları sağlamak için Vali gereken karar ve

tedbirleri alır, bu hususta alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66.madde hükmü uygulanır.'

Anayasanın 121. maddesinin 2.bendinde yer alan '119. madde uyarınca ilan edilen Olağanüstü Hallerde vatandaşlar için getirilecek, para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile Olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir.'

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 'Tedbirler' başlıklı 11. maddesinin (m) bendinde yer alan 'Kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklamak, ertelemek, izne bağlamak veya toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yapılacağı yer ve zamanı tayin, tespit ve tahsis etmek, izne bağladığı her türlü toplantıyı izletmek, gözetim altında tutmak veya gerekiyorsa dağıtmak' amir hükümleri uyarınca;

İlimiz merkez ve ilçelerinde yapılacak ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 'İstisnalar' başlıklı 4. maddesi dışında kalan 'Kapalı/ Açık yer toplantıları, gösteri yürüyüşleri, stant açma (ticari stantlar hariç), oturma eylemi, çadır kurma, basın açıklaması vb. tarzdaki bildirimli veya bildirimsiz her türlü eylem ve etkinliklerin' TAMAMININ Olağanüstü Hal Süresince Valiliğimizin ve Kaymakamlıklarımızın İZNİNE BAĞLANMASI ve izinsiz yapılacak her türlü faaliyetlerin tümünün İL GENELİNDE YASAKLANMASI ..."

B. Somut Olaya İlişkin Bilgiler

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

13. Başvurucu, öğretmen olup Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Sendika) üyesidir.

14. Sendika, Valiliğin 4/11/2016 tarihli kararının geçerli olduğu süreçte yetkili idari mercilerden izin almaksızın 19/1/2017 tarihinde Antalya Millî Eğitim Müdürlüğü (Millî Eğitim Müdürlüğü) önünde

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Sendika üyesi ve aynı zamanda şube yürütme kurulu üyesi olan H.T.nin meslekten ihraç edilmesini kınamak amacıyla basın açıklaması düzenlemiştir. Başvurucu da Sendika tarafından düzenlenen söz konusu basın açıklamasına katılmıştır.

15. Başvurucu hakkında izinsiz olarak yapılan basın açıklamasına katılarak emre aykırı davranışta bulunduğu gerekçesiyle 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmıştır. Yaptırım kararı 23/3/2017 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 29/3/2017 tarihinde idari para cezasına karşı Antalya 3. Sulh Ceza Hâkimliğine (Hâkimlik) itirazda bulunmuştur.

17. Hâkimlik 20/4/2017 tarihli kararı ile itirazı kesin olarak reddetmiştir. Karar gerekçesinde; Valiliğin etkinliklerin yasaklanmasına ilişkin 4/11/2016 tarihli yazısına atıf yapılarak başvurunun izinsiz basın açıklamasına katıldığının tutanaklarla tespit edildiği, 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesi kapsamında emre aykırı davranış eylemi nedeniyle başvuru hakkında düzenlenen idari para cezasının usul ve kanuna uygun olduğu belirtilmiştir.

18. Hâkimliğin kararı başvuru vekiline 26/4/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 22/5/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

19. İlgili hukuk için bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No:2014/920, 25/5/2017, §§ 22-31; *Rıza Gökçen Erus ve diğerleri*, B. No: 2014/17391, 19/4/2018, §§ 24-30 kararları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 15. maddesinin yorumuna ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 148-160).

A. Ulusal Hukuk

20. 25/10/1983 tarihli ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilanında; genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla 9 uncu maddede öngörülen tedbirlere ek olarak aşağıdaki tedbirler de alınabilir:

...

(m) Kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklamak, ertelemek, izne bağlamak veya toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılacağı yer ve zamanı tayin, tespit ve tahsis etmek, izne bağladığı her türlü toplantıyı izletmek, gözetim altında tutmak veya gerekiyorsa dağıtmak,...”

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

21. AİHM, toplantı öncesi bildirim yükümlülüğüne ilişkin olarak verdiği *Skiba/Polonya* ((k.k.), B. No: 10659/03, 7/7/2009) kabul edilemezlik kararında toplantıyı organize ettiği anlaşılan başvurucuya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle verilen idari para cezasını orantılı bulmuş ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Söz konusu karar özet olarak şu şekildedir:

i. Başvurucu, Hristiyan değerlerini savunmak amacıyla kurulan bir derneğin başkan yardımcısıdır. 2002 yılında ilgili derneğe, iki gün sonra bir sanat galerisinde Katolik çevrelerce dine aykırı kabul edilen bir sergi düzenleneceği bilgisi ulaşmıştır. Sergi başladığında başvurunun da aralarında olduğu otuzdan fazla kişi galeri önünde toplanmıştır. Grup 45 dakika boyunca protesto konularına ilişkin pankart taşımış ve el ilanları dağıtmıştır. Gösteriyi yöneten başvuru, gruba yönelik olarak yüksek sesle konuşma yapmış ve protesto sonuna kadar gruba dua ettirmiştir. Bir polis memuru başvurucuya yaklaşarak kimliğini kontrol etmiştir. Daha sonra başvurucuya, bildirimde bulunmaksızın toplantı düzenlediği gerekçesiyle 100 Avro para cezası verilmiştir.

ii. Başvurucu karara itiraz etmiş ve itirazında sergiden iki gün önce haberdar olduklarını, oysa en az üç gün öncesinde bildirimde bulunma şartı bulunduğunu öne sürmüştür. Ayrıca başvuru, serginin halk nezdinde öfkeye yol açtığı ve dernek üyelerince dine

hakaret niteliğinde olduğunun değerlendirildiğini ileri sürmüştür. Yine başvurucu başka yer ve zamanda yapılması hâlinde toplantının anlamsız hâle geleceğini iddia etmiştir. Bölge mahkemesi davanın toplantı sırasında söylenenlerle ilgili olmadığını, para cezasının salt bildirim yapılmaması nedenine dayandığını belirtmiştir.

iii. AİHM, başvurunun para cezasıyla cezalandırılmasının toplantı hakkına bir müdahale oluşturduğunu, ancak bu başvuruda cezanın başvurunun toplantıya katılması ya da toplantı sırasındaki ifadelerinden dolayı değil toplantının düzenleyicisi olarak bilinçli bir şekilde bildirim verme yükümlülüğüne ilişkin iç hukuk düzenlemelerine uygun davranmamış olması nedeniyle verildiğini belirtmiştir. AİHM; iç hukuk normlarının amacının keyfi olarak toplantı hakkını sınırlamak olmadığını, aksine otoritelerin barışçıl toplantı haklarını kullanan kişilerle başkalarının haklarını bağdaştırmak amacıyla gerekli adımları atmalarını sağlamak olduğunu ifade etmiştir.

iv. AİHM, dosyada, başvurunun serginin yapılacağı bilgisinin kendilerine geç ulaştığı ve bildirim için yeterli zamanları kalmadığı iddiasına ilişkin olarak kamu otoritelerinin bu konuda sorumlu tutulmasını gerektirir herhangi bir bilgi olmadığını, başvurunun bildirim için sergiyi öğrendiği tarihten toplantı başlayana kadar yeterli süresinin bulunduğunu ancak böyle bir girişimde bulunmadığını, muhtemelen başvurunun toplantıya izin verilemeyeceği korkusuyla bildirimde bulunmadığını belirtmiş; başvurunun bu korkusunu temellendirmeye yönelik herhangi bir delili yerel mahkemelere ya da AİHM'e sunmadığını ifade etmiştir.

v. Ayrıca AİHM, derneklerin veya toplantı düzenleyenlerin savunulmasına yardım ettikleri demokratik kurallara uygun davranmaları ve yürürlükteki düzenlemelere saygı duymaları gerektiğinin altını çizmiştir. AİHM; somut olayda bildirimde bulunulmamış, olay merkezî bir alanda gerçekleşmiş ve diğer insanların hareket özgürlüğü engellenmiş olmasına rağmen yetkililerin hoşgörü gösterdiğini belirterek başvuru ve gruptakilerin istedikleri gibi toplantı hakkını kullandıklarına dikkat çekmiştir.

vi. AİHM sonuç olarak başvuruçunun sabıka kaydının bulunmadığını, gösterinin barışçıl nitelikte olduğunu ve en hafif cezanın uygulandığını tespit ederek yetkililerin gerekli itidali gösterdiğini belirtmiştir. AİHM ayrıca, yetkililerin bu davranışının başvuru üzerinde herhangi bir caydırıcı etkiye yol açmayabileceğini, zira cezanın toplantıya katılmak ya da dile getirilen görüşler dolayısıyla verilmediğini, yerel mahkemelerin de cezanın amacını net bir şekilde ortaya koyduklarını ifade ederek cezanın izlenen meşru amaçlarla orantısız olmadığına karar vermiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

22. Mahkemenin 4/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruçunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

23. Başvuruçunun, toplantı ve gösteri düzenleme hakkının anayasal ve uluslararası güvencelerine değinmiş; barışçıl amaçlarla bir araya gelmiş kişilerin toplantı hakkını kullanırken kamu düzeni açısından tehlike oluşturmayan, şiddet içermeyen davranışlarına devletin sabır ve hoşgörü göstermesinin demokrasinin bir gereği olduğunu belirtmiştir. Barışçıl gösteri sırasında veya sonrasında katılımcılara yönelik soruşturma ve cezalandırmaların toplantı ve gösteri düzenlenme hakkını sınırlandığını belirten başvuruçunun, kendisine uygulanan idari para cezasının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

24. Ayrıca başvuruçunun; ilgili idari para cezasının Valilik tarafından değil Kaymakamlık tarafından düzenlendiğini, bu durumun 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesine aykırı olduğunu, Kanun'a göre ilgili cezanın ancak vali tarafından verilebileceğini iddia etmiştir. Başvuruçunun, aynı basın toplantısına katılan ve idari para cezası yaptırımını ile karşılaşan sendika üyelerinin itirazı sonucu bir başka sulh ceza hâkimliğinin cezanın Valilik yerine Kaymakamlık tarafından verilmiş olmasının usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesi ile idari para cezasının kaldırılmasına karar verdiğini belirtmiştir. Başvuruçunun, aynı olay hakkında yargı organlarının farklı kararlar vermesinin adil yargılanma hakkı kapsamında hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

25. Bakanlık görüşünde, 2935 sayılı Kanun'un 11. maddesinde kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini izne bağlamak hususunda idareye yetki verildiği ve Valiliğin 4/11/2016 tarihli *İzne Bağlama ve Yasaklama Kararının* yasal dayanağının bulunduğu belirtilmiştir. Bakanlık görüşünde; itiraz üzerine verilen mahkeme kararındaki tespit ve sonuçların yasanın uygulanması niteliğinde olduğu, bu anlamda kararın Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükleri ihlal eder nitelikte olmadığı veya adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermediği ifade edilerek uygulanan tedbirin demokratik toplum düzeninde gerekli olduğu değerlendirilmiştir.

26. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru dilekçesindeki iddialarını yinelemiştir.

B. Değerlendirme

27. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçular 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 özü katıldığı basın açıklaması sonrasında kendisine idari para cezası uygulanmasına ilişkindir. Belirtilen nedenlerle başvuruçunun şikâyetinin bir bütün olarak toplantı ve gösteri düzenleme hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

28. 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. Uygulanabilirlik Yönünden

29. Anayasa'nın 15. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Savaş, seferberlik... 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. ...”

30. Olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan tedbirlere ilişkin bireysel başvurular incelenirken Anayasa’nın 15. maddesinde ortaya konulan temel hak ve özgürlüklerle ilgili güvence rejimi dikkate alınır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 187-191). Valilik tarafından 4/11/2016 tarihinde verilen ve OHAL süresince düzenlenecek her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşlerini Valiliğin ve kaymakamlıkların iznine bağlayan karar ile bu karardaki emre uygun hareket etmediği gerekçesiyle başvurucuya uygulanan idari yaptırımın olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğu açıktır.

31. Başvurucu hakkında uygulanan para cezasının Anayasa’da öngörülen temel hakları ihlal edip etmediğinin incelenmesi Anayasa’nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvurucuya para cezası uygulanmasının başta Anayasa’nın 13. ve 34. 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 (toplantı hakkına ilişkin olarak *Erdal Karadaş*, B. No: 2017/22700, 28/5/2019, § 49; 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; din özgürlüğüne ilişkin bkz. *Murat Kalkan*, B. No: 2017/21904, 11/12/2018, § 41).

2. 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.

3. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

33. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının sadece kullanılması sırasında değil kullanılmasından sonraki işlemlerin de hak üzerinde *sınırlayıcı* etkisi bulunmaktadır (*Dursun Soydan ve diğerleri*, B. No: 2015/2948, 14/11/2018, § 39; *Erdal Karadaş*, § 46; sendika hakkına ilişkin olarak bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 48). Bu sebeple başvurucunun Sendikanın düzenlemiş olduğu basın açıklamasına katılmasına kolluk kuvvetleri herhangi bir müdahalede bulunmamış olsa bile daha sonra idari para cezası ile cezalandırılmasının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yönelik bir müdahale olduğu kabul edilmelidir (*Dursun Soydan ve diğerleri*, § 39).

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

34. 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.”

35. 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

36. 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır (5326 sayılı Kanun'un 32. maddesine ilişkin kanunilik değerlendirmesi için bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, §§ 52-69).

37. Öte yandan Anayasa'nın 34. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir"* denilmek suretiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesinin izin alma koşuluna bağlanamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin önceden izin alma şartına tabi tutulamayacağı hususu bu hakka ilişkin olarak Anayasa'nın 34. maddesiyle getirilen ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilenlere ek bir güvence mahiyeti taşımaktadır (AYM, E.2014/101, 2017/142, 28/9/2017, § 85).

38. 2935 sayılı Kanun'un 11. maddesinde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla OHAL dönemlerinde toplantı hakkının kullanılmasının önceden izin alınması şartına bağlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Somut olayda Valilik bu Kanun'a dayanarak toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesini OHAL süresince izin şartına bağlamıştır. Başvurucuya uygulanan para cezası da bu izin şartının yerine getirilmemiş olması sebebine dayandırılmıştır. Dolayısıyla olayda başvurucuya uygulanan idari para cezasının Anayasa'nın 34. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesinin izin şartına bağlanamayacağı* güvencesine aykırılık teşkil ettiği açıktır.

39. Bununla birlikte bu güvenceye aykırı tedbirin olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru olup olmadığı hususu aşağıda incelenecektir.

ii. Meşru Amaç

40. Başvurucunun idari para cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin kararın Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sebeplerden *kamu düzeninin korunmasına* yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır (*Dursun Soydan ve diğerleri*, § 43).

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplumda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının Önemi

41. Anayasa Mahkemesi *demokratik toplum düzeninin gerekleri* ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. Kolektif bir şekilde kullanılan ve düşüncelerini ifade etmek isteyen kişilere şiddeti dışlayan yöntemlerle düşüncelerini açıklama imkânı veren ve ifade özgürlüğünün özel bir biçimi olan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı; 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* [GK], B. No: 2014/20411, 30/11/2017, § § 34, 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, § § 31, 45).

(b) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

42. Buna göre toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan bir müdahale zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa (*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) ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse (*Dilan Ögüz Canan*, §§ 33, 56; sendika hakkı bağlamında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 74) demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

(c) 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. Şiddet kullanma niyetinde olan kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösteriler barışçıl toplanma kavramı dışındadır (*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*, B. No: 2015/9247, 4/4/2018, § 54).

(d) Bildirim Usulü ve Sınırlamanın Niteliği

44. Anayasa Mahkemesi, toplantı hakkının bildirim usulüne bağlanabileceğine daha önce karar vermiştir. Söz konusu bildirimin amacı toplantı, yürüyüş veya diğer gösterilerin düzgün bir şekilde yapılmasını güvence altına almak için yetkililere makul ve uygun tedbir alma imkânı sağlamak olduğu sürece genel olarak hakkın özüne dokunmaz. Bildirim usulünün uygulanmasının amacı, toplantı hakkının etkin şekilde kullanılması imkânını sağlamaktır (*Dilan Ögüz Canan*, § 39; *Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 122; *Osman Erbil*, § 52).

45. Ayrıca derhâl tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve barışçıl nitelikte toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılması hâlinde sadece bildirim yükümlülüğüne uyulmamış olması nedeniyle yapılacak müdahaleler 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; *Sevinç Hocaogulları*, B. No: 2015/271, 15/11/2018, § 48).

46. Toplanma özgürlüğünün kullanımından kaynaklanan kamu düzenine yönelik tehditlerin gerçeklik değeri taşıması hâlinde yetkili makamlar bu tehditleri bertaraf etmek amacıyla tedbirler alabilirler. Bu tedbirlere aykırı toplantılar düzenlenmesi, bu tür toplantılara katılınması veya bu tür toplantılarda suçlar işlenmesi hâlinde de ceza verilebilir (*Dilan Ögüz Canan*, § 40; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 81). Bu tedbir ve cezalar barışçıl toplantı hakkına dolaylı sınırlamalara dönüşmemelidir. Toplantı hakkını kullanırken kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı da bireyin korunması gerekir (*Dilan Ögüz Canan*, §

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

42; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri, § 82; Gülşah Öztürk ve diğerleri, § 76; Erdal Karadaş, § 61).

47. Bireyin bu şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle toplantı öncesi bildirim yükümlülüğüne uyulmaması hâlinde idare ve mahkemeler şu ilkeleri gözetmelidir:

i. Toplantı barışçıl ise veya herhangi bir şiddet tehlikesi bulunmuyorsa yalnızca bildirim yükümlülüğüne uyulmadığı gerekçesiyle dağıtılmamalıdır.

ii. Bununla birlikte bildirim usulü öngörülmesini anlamsız kılacak şekilde hareket edilmemeli ve bu yükümlülüğün yaptırımsız bir emirden ibaret olduğu düşünülmemelidir. Bu nedenle bildirim usulüne uyulmaması hâlinde bu yükümlülüğü yerine getirmekle mükellef olanlara ölçülü bir yaptırım uygulanabilmelidir. Ancak bildirim yükümlülüğünün ihlali nedeniyle uygulanacak ceza yalnızca toplantıyı organize edenlere ya da yönetenlere yönelik olmalıdır. İzin veya bildirime ilişkin prosedürlerin tamamlanıp tamamlanmadığından toplantıyı organize edenler ya da yönetenler sorumlu olup sözü edilen kişilerden olmayan katılımcıların bu süreçlerden haberdar olmalarının beklenemeyeceği dikkate alınmalıdır.

iii. Toplantıyı organize edenlere ya da yönetenlere yaptırım uygulanabilmesi için bu kişilerin bildirim prosedürüne başvurma imkânlarının bulunması ve buna rağmen başvurmamış olmaları gereklidir.

iv. Toplantı, derhâl tepki verilmesini gerektiren olaylara ilişkin olmamalıdır (bkz. § 45). Zira bu durumda bildirim şartına uyulmasını beklemek hakkın özüne dokunabilir.

v. Ceza, izlenen meşru amaçlarla orantılı olmalıdır. Barışçıl bir gösteri veya basın açıklaması nedeniyle ilke olarak bu gösteri ya da toplantıya katılan kişilere kınanabilir bir olaya karışmadıkları sürece en hafif kabul edilecek cezai bir yaptırım da uygulanmaması gerekir. Zira barışçıl gösteriye katılanlar hakkında gösteri sonrasında idari para cezaları verilmesi gibi yaptırımlar kişilerin haklarını

kullanmalarında caydırıcı etkiye neden olabilir (*Rıza Gökçen Erus ve diğerleri*, § 55; *Erdal Karadaş*, § 68).

vi. İdare ve derece mahkemeleri para cezasının salt prosedürel yükümlülüklerle uyulmaması nedeniyle verildiğini, toplantıda dile getirilen görüşler ya da toplantıya katılmaktan kaynaklanmadığını somut olayla ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya koymalıdır.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

48. Anayasa Mahkemesi daha önce 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesinde yer alan *emre itaatsizlik* kabahatinin barışçıl gösterilere dolaylı müdahale edilmesinde kullanılma riski bulunduğuna işaret etmiştir (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 87; *Erdal Karadaş*, § 65). Dolayısıyla incelenen başvuruda yapılacak değerlendirmelerde bu husus diğer şartlarla birlikte dikkatli bir şekilde gözetilecektir. Anayasa Mahkemesinin incelemesi somut olaya ve Valilik kararının bu olaya etkisine özgü olup Valiliğin OHAL döneminde düzenlenecek basın açıklamaları ve diğer etkinliklere ilişkin 4/11/2016 tarihli kararı bu başvurunun ve incelemenin doğrudan konusu değildir.

49. Valiliğin *İzne Bağlama ve Yasaklama Kararının* gerekçelerinde terör örgütlerinin eylemlerine, çok farklı yol ve yöntemler kullanarak saldırıda bulunduklarına dikkat çekilmiştir. Kararda bu örgütlerin daha önce Anayasa ve yasalarla güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşleri gibi temel hak ve hürriyetleri de istismar ettikleri belirtilmiştir. Yine kararda darbe teşebbüsü ile Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde yaşanan gelişmeler dikkate alındığında terör örgütlerinin millî hassasiyetleri kötüye kullanmak suretiyle Antalya'da kargaşa ve kaos ortamı oluşturabileceklerinin değerlendirildiği ifade edilmiştir (bkz. § 11).

50. Hâkimlik kararının gerekçesinde ise başvurucunun izinsiz olarak basın açıklaması yaptığı ve Valiliğin buna ilişkin 4/11/2016 tarihli kararına aykırı hareket ettiğinin tutanak ile tespit edildiği belirtilerek cezanın usul ve yasaya uygun olduğu değerlendirilmiştir. Somut olayda Hâkimlik, başvurucunun şiddet eylemlerine karıştığına ve basın açıklamasının barışçıl olmadığına ilişkin bir değerlendirmeye

kararında yer vermemiştir (bkz. § 17). Ayrıca idari para cezasına ilişkin polis tutanağında da bu hususlarda bir tespit yer almamaktadır. Valilik kararına bakıldığında ortaya konulan gerekçelerin OHAL ilan edilmesine neden olan gerekçelerle doğrudan bağlantılı ve daha önce ülkede yaşanmış olaylara ilişkin genel gerekçeler olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla somut olayda yaptırım konusu eylemlere özgü ve somut bir gerekçenin söz konusu olmadığı görülmektedir (aynı yönde *Erdal Karadaş*, § 74). Bu çerçevede başvurunun kınanabilir bir olaya karışmadan, sadece emre aykırı davranış dolayısıyla cezalandırıldığı açıktır.

51. Buna göre ilk olarak somut olayda dosya içeriğinde toplantıyı organize eden ya da yönetenler tarafından herhangi bir bildirim veya izin prosedürüne başvurulduğuna yönelik bir bilginin mevcut olmadığı görülmektedir. İkinci olarak başvurunun başvuruya konu toplantıyı organize edenler ya da yönetenler arasında yer aldığı yönünde bir tespite de rastlanmamıştır (bkz. § 47). Bu nedenle başvurunun sadece katılımcı olması nedeniyle idari para cezası ile cezalandırılmasının toplantı hakkını kullanmasında dolaylı ve caydırıcı bir etkisi olduğu değerlendirilmiş, başvurucuya verilen idari para cezasının kamu düzeninin sağlanması ile başkalarının haklarının korunması için zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği ve demokratik toplum gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

52. Açıklanan gerekçelerle müdahalenin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına ilişkin olarak *olağan dönemde* Anayasa'nın 34. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

53. Bununla birlikte anılan müdahalelerin olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru olup olmadığının incelenmesi gerekir.

c. Anayasa'nın 15. Maddesi Yönünden

54. Anayasa'nın 15. maddesine göre yapılacak inceleme, bireysel başvuruya konu müdahalenin anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan hak ve özgürlüklere dokunup dokunmadığı, milletlerarası hukuktan

doğan yükümlülöklere aykırı bulunup bulunmadığı ve durumun gerektirdiğı ölçüde olup olmadığının tespitiyle sınırlı olacaktır (*Aydın Yavuz ve diğlerleri*, §§ 192-211, 344; *Erdal Karadaş*, § 77).

55. Başvurucuya verilen idari para cezasının yaptırım uygulanmasına neden olan toplantının izin şartına bağlanması sebebiyle Anayasa'nın 34. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesinin izin şartına bağlanamayacağı* güvencesine, başvurunun toplantıyı organize eden veya yöneten sıfatını haiz olduğunun ortaya konulmamış olması sebebiyle de *toplantı hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması* güvencesine aykırılık teşkil ettiğı saptanmıştır.

56. Bu aşamada belirtilen anayasal güvencelere aykırı olduğu saptanan, başvurucuya idari para cezası uygulanması yolundaki tedbirin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru olup olmadığı incelenecektir.

57. OHAL döneminde izin sisteminin öngörölmesinin amacı yetkililere kamu düzenini bozabilecek olayların engellenebilmesi ve gerekli tedbirlerin önceden alınabilmesi imkânını sağlamaktır. Belirtilen amaçlarla OHAL dönemlerinde Anayasa'nın 34. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesinin izin şartına bağlanamayacağı* güvencesine aykırı olarak izin sisteminin uygulanmasının durumun gerektirdiğı bir sınırlama olarak kabulü gerektiğı değerlendirilmiştir.

58. Somut olayda başvurunun müdahale konusu olan basın açıklamasına katılma eylemi 15 Temmuz darbe teşebbüsünden yaklaşık altı ay sonra gerçekleşmiş ve söz konusu basın açıklaması OHAL dönemi içinde yapılmıştır. Bu kapsamda müdahalenin konusunu oluşturan idari para cezası ve müdahalenin nedenini oluşturan Valiliğın ilgili yazısı birlikte değerlendirildiğinde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanımının tamamen durdurulmadığı, sadece idarenin iznine bağlandığı, bu sınırlamanın OHAL süresince geçici bir uygulama olduğu görölmektedir. Dolayısıyla OHAL süresince de kişilerin idareden izin almak suretiyle haklarını kullanabilecekleri açıktır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

59. Yine OHAL sürecinde izin alma yükümlülüğüne uyulması, idarenin tedbir alabilmesi için olağan dönemlere göre daha fazla önem arz etmektedir. Bununla birlikte barışçıl nitelikte olan toplantılarda izin alma yükümlülüğünün -tıpkı bildirim yükümlülüğünde olduğu gibi- ilgili basın açıklamasını organize edenlere ait olduğunun kabul edilmesi gerekir (bkz. §§ 21, 47). Zira basın açıklaması veya toplantı ve yürüyüşlere katılanların tamamından ayrıca bireysel bir izin başvurusu yapmaları beklenemeyeceği gibi organize edilen herhangi bir toplantıya yalnızca katılan kişilerin söz konusu toplantının yetkili mercilere bildirildiğini veya gerekli ise izin alındığını bilmesi çoğu zaman mümkün değildir.

60. Buna göre somut olayda başvurucunun basın açıklaması öncesinde izin yükümlülüğünün bulunduğu kabulüyle ve barışçıl nitelikte bir etkinliğe sadece katılması dolayısıyla idari para cezasıyla cezalandırılması -*durumun gerektirdiği ölçüde* hakkın sınırlandırılması gerekliliği karşısında- OHAL döneminde de izlenen amaçla orantılı bir sınırlama olarak kabul edilemez.

61. Bu itibarla OHAL döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesinin başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yönelik Anayasa'nın 34. maddesinde belirtilen güvencelere aykırı bu müdahaleyi meşru kılmadığı değerlendirilmiştir.

62. Açıklanan gerekçelerle -Anayasa'nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde- başvurucunun Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

4. 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) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru 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. 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak kabul edilen ilkeler için bkz. *Mehmet Doğan* ([GK]) B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 54-60) başvurusuna ilişkin karar.

65. Başvurucu, ihlal tespiti ile 10.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

66. Anayasa Mahkemesi, başvurucuya yönelik idari para cezası şeklindeki müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşulunu sağlamadığından başvurusunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

67. Bu durumda toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme 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 sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılması kapsamında Antalya 3. Sulh Ceza Hâkimliğine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Bu doğrultuda ihlal sonucuna uygun olarak idari para cezasının iptali talebinin reddine ilişkin mahkeme kararının ortadan kaldırılmasına ilgili Hâkimlikçe karar verilmesi gerekmektedir.

68. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlali nedeniyle yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesinin yeterli giderim sağladığı değerlendirildiğinden tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

69. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ile 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin başvurusuya 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 Antalya 3. Sulh Ceza Hakimliğine (D. İş 2017/1973) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat talebinin REDDİNE,

E. 257,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 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 4/7/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MEHMET AKSOY BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5433)

Karar Tarihi: 11/7/2019

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Yunus HEPER
Başvurucu	: Mehmet AKSOY
Vekili	: Av. Turgut KAZAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, eser sahibi olduğu heykelin yıktırılması nedeniyle başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 16/4/2014 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.
7. Birinci Bölüm tarafından 3/7/2019 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

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:
9. 1939 doğumlu olan başvuru, Türkiye'de ve uluslararası camiada tanınmış bir sanatçıdır. Resim ve heykel alanlarında üniversite eğitimi alan başvuru daha sonra Devlet bursuyla yurt dışında öğrenim görmüştür. Bir süre İstanbul Devlet Güzel Sanatlar Akademisi'nde öğretim üyesi olarak da görev yapan başvuru 12 Eylül darbesinin ardından uzunca bir süre Almanya'da serbest sanatçı olarak çalışmıştır. 1990'lı yıllardan itibaren Türkiye'nin muhtelif yerlerinde eserleri görülmeye başlanan başvuru, Türkiye'de ve yurt dışında verilen pek çok ödülün sahibidir.
10. Başvuruya konu olaylar şu şekilde gelişmiştir: 2005 yılı Kasım ayı içinde Kars Belediye Meclisi, mülkiyeti Maliye Hazinesine ait olan

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

bir tepeye “İnsanlık Anıtı” isimli bir heykel ve çevre düzenlemesi ile birlikte bir park yapılmasına karar vermiştir. 7/11/2005 tarihli meclis toplantısında “Ülkemizde ve Dünya’da bir daha savaşların olmaması ve kan dökülmemesi adına bir insanlık anıtının” yaptırılmasına karar verilmiştir. Belediye Meclis kararının ardından başvuru ile sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmede tarafların sorumluluklarına ilişkin birçok madde yer almıştır. Sözleşmenin 3. ve 4. maddeleri şöyledir:

“3- İçerik/amaç: Kars’ın bulunduğu kültür coğrafyasının, Kafkasya-Anadolu hinterlandındaki gerginlikleri, düşmanlıkları, savaşları ve çatışmaları, bir barış ve dostluk düşüncesi etrafında ortadan kaldırmayı; barışa ilgiyi arttırmayı ve insanların yüreklerinde barış duygusunun kabarmasının ve beslenmesinin sağlanması; bunun için de insanların bir el uzatarak barışa çağrılması, heykelin temel amacıdır.

4- Yer/konum: Belediye ve heykeltıraş, yukarıda içeriği ve amacı özetlenen heykel için; Kars Kalesinin karşısındaki tepenin üzerinde bulunan ve Kars çayı ile Kaleiçi mahallesine yukardan bakan; ayrıca tüm Kars kentini panoramik olarak gören; dolayısıyla kentin tüm kesimlerinden algılanabilen düzlüğü, heykelin yeri olarak belirlemişlerdir. Heykelin yerden yüksekliği, kaidesiyle birlikte yaklaşık olarak 30 metre yüksekliğinde tasarlanmaktadır.”

11. Belediye Meclis kararının ve sözleşmenin ardından Kültür ve Turizm Bakanlığı Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu (Koruma Bölge Kurulu) 2/11/2006 tarihli kararıyla anıtın yapılacağı parselde bulunan bazı taşınmazları tescil etmiştir. Söz konusu karara göre, İkinci Dünya Savaşı sırasında yapılan makineli tüfek mevzileri ile alanda bulunan tonozlu yapı kültür varlığı özelliği taşımaktadır. Söz konusu kararda ayrıca, taşınmazda inşaatı devam eden heykelin yapımının durdurulmasına karar verilmiş; taşınmazda yapılacak her türlü uygulama için önceden Koruma Bölge Kurulundan izin alınması gerektiği hatırlatılmıştır.

12. Kars Belediyesi anılan taşınmaz üzerinde heykel inşaatı konusunda gerekli iznin verilmesi için Koruma Bölge Kuruluna resmî başvuruda bulunmuştur. Koruma Bölge Kurulunun 23/12/2006 tarihli kararında, Belediyenin “anıt yapma talebinin, anıtın teması ile şehir ve kale ile alan peyzaj ilişkisi açısından uygun olduğuna; kurula sunulan projedeki

anıtın yeri ve kaidesi dışında kalan çevre düzenlemesine ait önerilerin (ışıklandırma, zemin ilişkisi, teraslama, genel mekanlar, tarihi doku vb. açıdan) kesinleştirildiği uygulama projesinin” kurula gönderilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Koruma Kurulunun 8/2/2007 tarihli kararıyla da Belediye Başkanlığı tarafından hazırlanan çevre düzeni projesi onaylanmıştır. Heykel, planına ve resmî izinlerine uygun olarak yaklaşık 30 metre yüksekliğinde, demir destekli betonarme olarak inşa edilmiştir. Dosya içeriğinden heykelin bitirilme tarihi tam olarak anlaşılamamaktadır.

13. Kars Belediyesi 24/4/2008 tarihinde heykel inşaatının bulunduğu taşınmazın Belediyeye tahsisi veya satılması için Kars Millî Emlak Müdürlüğüne (Millî Emlak Müdürlüğü) başvuruda bulunmuştur. Millî Emlak Müdürlüğü 29/4/2008 tarihinde bu taleple ilgili olarak Kars Kültür ve Turizm İl Müdürlüğünden görüş istemiştir. Bu istem üzerine Müdürlük uzmanları tarafından taşınmaz üzerinde yeniden incelemelerde bulunulmuştur.

14. Bu incelemeler sonucunda Koruma Bölge Kurulu 10/9/2008 tarihinde 1021 ve 1022 numaralı iki ayrı karar almıştır. 1021 numaralı kararda başvuruya konu taşınmazla ilgili olarak; “... mülkiyeti Hazineye ait taşınmazın hafriyat çalışmalarında çıkan yeni bulgular ışığında 2863 sayılı yasa kapsamında tescilin devamına ...bu alan içerisinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına mevcut yapıların yıktırılması gerektiğine...” karar verilmiştir. 1022 sayılı kararda ise 1021 numaralı karara atıf yapılarak başvuruya konu heykelin inşa edildiği taşınmazın 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca satış ve tahsisinin mümkün olmadığına karar verilmiştir.

15. Koruma Bölge Kurulu 14/11/2008 tarihli kararında, 10/9/2008 tarihinde alınan 1021 numaralı kararın geçerli olduğuna karar vermiştir. Koruma Kurulu 25/9/2009 tarihli kararında ise daha önce alınan 10/9/2008 tarihli 1021 ve 1022 sayılı kararlar ile 14/11/2008 tarihli 1110 sayılı kararların geçerli olduğuna, bu kararlara aykırı uygulamayı yapan ve yaptırımlar hakkında soruşturma açılması gerektiğine karar vermiştir.

16. Koruma Bölge Kurulunun kararı üzerine İçişleri Bakanlığınca bir inceleme yaptırılmıştır. Yapılan inceleme sonucunda “insanlık anıtı

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

ve çevre düzenlemesi inşaatının ‘kurul kararlarına aykırılığından’ söz edilemeyeceği” tespiti yapılmış; daha sonra heykelin yapılmasına ilişkin olarak hiç kimsenin hukuki bir sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılmıştır. İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığının raporunda şu tespitlere yer verilmiştir.

“...Diğer yandan, Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 02/11/2006 tarihli ve 421 sayılı kararıyla, Belediyenin İnsanlık Anıtı ve çevre Düzenlemesi inşaatını sürdürdüğü, ‘Kars İli Merkez İlçe 790 ada 1 parsel sayılı taşınmazdaki bazı buluntuların kültür varlığı özelliği taşıması nedeniyle 2863 sayılı Yasa kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak tescil edilmesinin’ ardından Belediyenin sunduğu ve anılan Koruma Bölge Kurulunun 08/02/2007 tarihli ve 523 sayılı kararıyla onaylanan proje kapsamında gerçekleştirilen İnsanlık Anıtı ve çevre Düzenlemesi inşaatının ‘Kurul Kararlarına aykırılığından’ söz edilemeyeceği; zira yapılan inşai faaliyetin bahse konu Koruma Bölge Kurulunun 08/02/2007 tarihli ve 523 sayılı kararıyla onaylanan proje kapsamında yürütüldüğü; Kars Belediyesince ‘İnsanlık Anıtı ve Çevre Düzenlemesi İş’i’nin 13/06/2006 tarihinde ihale edilerek yapımına başlanıldığı; Koruma Bölge Kurulunun aynı alanla ilgili yıkıma ilişkin ve yasaklayıcı dört kararının ise daha sonraki tarihlerde alındığı; bu yöndeki ilk kararın 10/09/2008 tarihli olduğu; ayrıca, belirtilen kararların Kars Belediye Başkanlığına henüz tebliğ edilmediğinden hukuki geçerlilik kazanmadığı; bu itibarla, Kars Belediye Başkanlığınca yürütülen ‘insanlık anıtı ve çevre düzenlemesi’ işi bakımından Koruma Bölge Kurulu kararlarına aykırı bir uygulamanın bulunmadığı...”

17. Bu arada Milli Emlak Müdürlüğü, 2/2/2010 tarihinde Kars Belediyesine hitaben yazdığı yazıda Maliye Hazinesinin mülkiyetinde olan taşınmaz üzerinde herhangi bir işlem yapılmamasına ilişkin 2/6/2005 tarihli yazısına atıf yaptıktan sonra Koruma Bölge Kurulunun 10/9/2008 tarihli ve 1022 numaralı kararıyla taşınmazın tahsis veya satışının mümkün olmadığını belirtmiş ve taşınmaz üzerinde bulunan yapıların 20/7/1966 tarihli ve 775 sayılı Gecekondu Kanunu’nun 18. maddesine göre yıkılarak taşınmazın boş olarak teslim edilmesi gerektiğini bildirmiştir.

18. Anılan taşınmazın ve üzerinde inşa edilen heykelin durumunu değerlendirmek için Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu (Koruma Yüksek Kurulu) bir toplantı gerçekleştirmiştir. Koruma Yüksek Kurulu 19/1/2010 tarihli toplantıda *“arkeolog, mimar, sanat tarihçisi, heykeltıraş ve inşaat mühendisinden oluşan (5 kişilik) bir heyet tarafından mahallinde inceleme yapılarak bir rapor hazırlanmasına”* karar vermiştir. Bir mimar, bir arkeolog, bir inşaat mühendisi ve bir heykeltıraştan oluşan dört kişilik heyet bir rapor hazırlayarak Koruma Yüksek Kuruluna sunmuştur. Sözü geçen 10/6/2010 tarihli raporda şu tespitlere yer verilmiştir:

i. Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu 2/11/2006 tarihli ve 421 sayılı kararı ile heykelin de içinde bulunduğu parseldeki tepeliğin kuzey tarafında yer alan ve II. Dünya Savaşı sırasında yapılan makineli tüfek mevzileri ile tepeliğin batı tarafında ve altında yer alan tonozlu (savunma amaçlı yapılar) yapının kültür varlığı özelliği taşıması nedeniyle tepenin taşınmaz kültür varlığı olarak tescil edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Koruma Bölge Kurulunun 14/11/2008 tarihli kararında ise yapıların Erken Cumhuriyet Dönemi olarak tanımlandığı belirtilmektedir. Ayrıca yapılan tescilin parselin tümünü mü yoksa bir bölümünü mü kapsadığı anlaşılamamaktadır.

ii. Anıtın yapıldığı parselin malikinin kim olduğu konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Kars Valiliği 2/2/2010 tarihinde anıtın yıktırılarak parselin boş olarak kendilerine teslim edilmesini istemiştir. Buna karşılık Kars Belediye Başkanlığı 11/12/2006 tarihinde parselin kendilerine ait olduğu yönünde evrak düzenlemiştir.

iii. Koruma Bölge Kurulu 8/2/2007 tarihinde anıtın yapılmasına izin verdiği hâlde 10/9/2008 tarihli kararında o güne kadar alan üzerinde yapılmış olan inşaat ve fiziki müdahalelerin ve uygulamaların ortadan kaldırılmasına karar vermiştir. Tüm süreç boyunca Koruma Bölge Kurulu üyelerinde bir değişiklik olmamıştır. Bununla beraber karar değişikliğine kazı çalışmaları sırasında ortaya çıkarılan yeni bulguların neden olduğu ileri sürülmüştür.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

iv. İnsanlık anıtına ilişkin olarak 2/11/2006 tarihinden 25/9/2009 tarihine kadar alınan yedi kararın gerek içeriklerinde gerekse usulünde ciddi çelişkiler bulunmaktadır. Bu sebeple tescile değer görülen alan ve yapıların durumunun ve koruma alanlarının hâlihazır harita üzerinde net bir şekilde belirtilmesi, bu tespit sonrası tescil kapsamı dışında kalan ve parsel malikinin izni olmaksızın parselde yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında değerlendirilerek ilgili belediye tarafından çözüme kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir.

19. Koruma Yüksek Kurulu 6/1/2011 tarihli kararında yukarıda zikredilen rapora dayanarak bahsi geçen heykelin yapılmasına ilişkin tüm Koruma Bölge Kurulu kararlarının iptaline karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“a) Makineli tüfek mevzilerinin tescil edilmesine ilişkin Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 02/11/2006 tarih ve 421 sayılı kararından sonra, esas ve usul yönünden çelişkili olan ve mülkiyet konusu çözümlenmeden alınan konuya ilişkin tüm koruma bölge kurulu kararlarının iptaline,

b) Tescilli alana ilişkin mülkiyet durumunun ilgili mevzuat çerçevesinde idarelerce çözümlenmesinden sonra Belediyesince alana ilişkin, getirilecek öneri ve projenin koruma bölge kuruluna sunulmasına,

c) Tescil kapsamı dışında kalan ve parsel malikinin izni olmaksızın parselde yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında değerlendirilerek ilgili belediyesince çözüme kavuşturulmasına,

karar verildi.”

20. Heykele ilişkin tartışmalar ulusal basında geniş şekilde yer almış, uluslararası basında da bilhassa Türkiye ile Ermenistan arasındaki ilişki çerçevesinde ele alınmıştır. Bunun dışında, başta başbakan olmak üzere siyasetçiler, iktidar veya muhalefet partilerinden yetkililer de bu konudaki görüşlerini açıklamışlardır. Uluslararası Sanatçı Dernekleri Birliği ile Uluslararası Sanat Birliği (The International Association of Art) heykelin yıktırılmaması için yetkililere birer mektup göndermişlerdir. “İnsanlık Anıtı”nın yıkılmaması için bir internet sitesi açılmış, küresel

ölçekte bir imza kampanyası düzenlenmiş, Türk ve yabancı pek çok sanatçı Kars'a giderek heykelin yıkılmaması için açıklamalarda bulunmuş ve pek çok toplantı ve gösteri yürüyüşü organize edilmiştir.

21. Anıtın yaptırılmasına karar veren eski Kars Belediye Başkanı tartışmalara katılmış ve anıtın *“Ermenistan'daki Soykırım Anıtı'na karşılık”* bir iyi niyet adımı olarak yaptırıldığını açıklamıştır.

22. Kars'ın yeni seçilen Belediye Başkanı ise çeşitli gazetelere demeçler vererek tarihi tabya üzerinde yapıldığını iddia ettiği heykelin kaldırılacağını açıklamıştır. Kars Belediyesinin internet sitesinde de yayımlanan bazı açıklamalarında Belediye Başkanı; heykelin yapımına geçmiş dönem belediye yönetimi tarafından başlandığını, inşaat başlatıldıktan üç ay sonra Koruma Kuruluna yapım için müracaat edildiğini ve Kurulun bu bölgeyi tabya olarak tescil ettiğini ifade etmiştir. Belediye Başkanına göre heykelin bulunduğu bölgede 1734 yılında Timur Paşa adına yapılan Kars ilinin ilk tabyası bulunmaktadır. Başkan, söz konusu heykelin yapılışı sırasında kanunların ihlal edildiğini, kendilerinin meseleye hukuk açısından baktıklarını, sanata saygı duyduklarını belirtmiştir. Kars Belediye Meclisi 1/2/2011 tarihli kararı ile heykelin kaldırılmasına karar vermiştir.

23. Başvurucu 7/2/2011 tarihinde Erzurum 1. İdare Mahkemesinden (Mahkeme) Kars Belediye Meclisinin söz konusu kararı almaya yetkisi olmadığı iddiasıyla kararın yürürlüğünün durdurulması ve iptali istemiyle dava açmıştır. Başvurucuya göre Yüksek Kurul, heykelin yıktırılmasını değil mülkiyet sorununun çözülmesini ve gerekli prosedürlerin tamamlanması için daha sonra Yüksek Kurula tekrar başvurulmasını önermektedir. Başvurucu, Yüksek Kurulun bu değerlendirmelerinin yıkım kararı olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme 7/3/2011 tarihinde Kars Belediye Meclisinin söz konusu kararı alma yetkisinin olmadığı ve yıkımın gerçekleşmesi hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğma ihtimali bulunduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.

24. Yürütmeyi durdurma kararı ile aynı gün 7/3/2011 tarihinde, Kars Belediyesi *“insanlık anıtının kaldırılması işi ihalesini”* ilan etmiştir. Bu arada

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

kamuoyundaki tartışmalara iktidardaki Adalet ve Kalkınma Partisinin Genel Başkan Yardımcısı da katılarak heykelin mutlaka kaldırılacağını ifade etmiştir. Kars Belediyesi, Mahkemenin yürütmeyi durdurma kararına itiraz etmiştir. Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 6/3/2011 tarihli kararı ile ilk derece mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararını kaldırmıştır. Yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasının ardından Kars Belediyesi yıkım sürecini başlatmıştır.

25. Mahkeme 21/4/2011 tarihli kararı ile başvurucunun açtığı iptal davasını reddetmiştir. Mahkeme, insanlık anıtının yapımına ilişkin olarak idarece alınan tüm kararların kaldırıldığına dikkat çekmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“...dava konusu 1/2/2011 tarihli belediye meclisi kararının, söz konusu parselde yapımı planlanan insanlık anıtı ve çevre düzenlemesi ile ilgili insanlık parkının yapılmasına ilişkin daha önce alınan 07/11/2005 tarihli Meclis Kararının -Koruma Yüksek Kurulu ‘nun söz konusu parsel hakkında alınan kararının uygulanmasına yönelik olarak-geri alınmak suretiyle, parselle ilişkin imar programı kapsamında yapılması planlanan çevre düzenlemesinin projelendirilmesi; bir başka ifadeyle söz konusu parsel üzerinde parselin maliki durumunda bulunan Hazinenin izni olmaksızın yapılan insanlık anıtı isimli heykelin kaldırılması ve mevcut yerin tarihsel dokusuna uygun şekilde çevre düzenlemesi yapılmasını içeren projenin kabulüne ilişkin bir karar olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliği taşıdığı sabit olan Hazineye ait parselle ilişkin Koruma Yüksek Kurulu tarafından alınan kararın uygulanması amacıyla, söz konusu koruma yüksek kurulu kararı sonrasında yukarıda anılan mevzuat hükümleri uyarınca izinsiz inşai ve fiziki müdahale niteliğinde bulunan insanlık anıtı isimli heykelin kaldırılarak söz konusu parselle ilişkin mevcut yerin tarihi dokusuna uygun şekilde çevre düzenlemesi için projelendirilmesi yolunda alınan dava konusu meclis kararında hukuka ve mevzuat hükümlerine aykırılık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle davanın reddine...”

26. Mahkeme kararı Danıştay 13. Dairesinin (Daire) 29/1/2013 tarihli kararı ile onanmıştır. Kararın düzeltilmesi istemi de Dairece 30/1/2014

tarihinde reddedilmiştir. Başvurucu nihai kararı 18/3/2014 tarihinde tebellüğ etmiştir.

27. Başvurucu 16/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

28. 2863 sayılı Kanun'un "İzinsiz müdahale ve kullanma yasağı" kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:

"Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşâ ve fizikî müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılmaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşâ ve fizikî müdahale sayılır."

29. 2863 sayılı Kanun'un "Devir yasağı" kenar başlıklı 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişiler, Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına uymak zorundadır..."

30. 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "Eser Sahibi" başlıklı ikinci bölümünde yer alan 8. maddesinin ilk fıkrası şöyledir:

"Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir. "

31. 5846 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür.

Eser sahibine tanınan hak ve salâhiyetler eserin bütününe ve parçalarına şâmilirdir."

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

32. 5846 sayılı Kanun'un "Eserde değişiklik yapılmasını menetmek" kenar başlıklı 16. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının ilgili kısımları şöyledir:

"Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz...

Eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile ...eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür. "

33. 5846 sayılı Kanun'un "Eser sahibinin zilyed ve malike karşı haklar" kenar başlıklı 17. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Aslın maliki, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak eseri bozamaz ve yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez."

B. Uluslararası Hukuk

34. Genel olarak ifade özgürlüğüne dair düzenlemeler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 19. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesinde yer alır. Bu düzenlemeler doğrudan sanatsal ifade özgürlüğüne gönderme yapmasa dahi ortaya konulan yaklaşım, sanatsal ifadenin ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu yönündedir. Sanatsal ifadeler ile ilgili en açık düzenleme Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 15. maddesinde yer alır:

"1. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin:

(a) Kültürel yaşama katılma hakkına...

(c) Kendisinin yarattığı herhangi bir bilimsel, edebi ya da sanatsal üründen doğan maddi ve manevi çıkarların korunmasından yararlanma hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

2. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlama yönünde alacakları tedbirler, bilim ve kültürün korunması, geliştirilmesi ve yayılması için gerekli olan tedbirleri kapsayacaktır.

3. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, ...yaratıcı faaliyetler için gerekli özgürlüğe saygı göstermekle yükümlüdürler... “

35. İfade özgürlüğünün anlamı üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) 1976 tarihli *Handyside v. Birleşik Krallık* kararı mevcut başvuruya önemli ölçüde ışık tutmaktadır. Bu kararda gençleri toplumsal normları sorgulama yönünde teşvik etmeyi amaçlayan ve içinde cinsellik, uyuşturucu, alkol ve sigara ile ilgili bilgilere de yer veren “*Küçük Kırmızı Okul Kitabı*” adlı kitap için uygulanan yaptırımların ifade özgürlüğünün ihlali olup olmadığı değerlendirilmiştir. AİHM ifade özgürlüğüne ilişkin olarak şu değerlendirmede bulunmuştur:

“İfade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun asıl temellerinden birini oluşturmaktadır... İfade özgürlüğü yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen bilgi veya düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya nüfusun bir bölümü için saldırgan, şokedici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.” (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

36. AİHM bir romanda yer alan bazı ifadeler nedeniyle kitap hakkında toplatma kararı verilmesini değerlendirdiği *Alınak/Türkiye* (B. No: 40287/98, 29/3/2005, § 42) kararında “...10. madde, özellikle bilgi ve fikir edinme ve yayma özgürlüğü kapsamında, kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikirlerin değiş tokuşuna katılma fırsatı yaratan sanatsal ifade özgürlüğünü de içermektedir. Sanat eserleri yaratan, sergileyen veya dağıtan kişiler demokratik bir toplum için büyük önem taşıyan fikir ve görüşlerin yayılmasına katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle Devletin... ifade özgürlüğüne gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü söz konusudur...” diyerek sanatsal ifadelere ayrıcalıklı bir yer vermiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 11/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

38. Başvurucu;

i. İnsanlık anıtının Ermenistan ile barışı simgelediğini, 2011 yılının Haziran ayında yapılan parlamento seçimlerinde sağ seçmenlerin oyunu elde etmek için kullanıldığını ve bu sebeple hukuka aykırı olarak yıktırıldığını ileri sürmüştür.

ii. Sanat eserlerinin ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunu, devletin sanat eserlerine özel birtakım değerlendirmelerle müdahale edemeyeceğini ifade etmiştir. Başvurucuya göre Anayasa'nın 64. maddesi uyarınca devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korumakla yükümlüdür ve bu amaçla gereken tedbirleri almak zorundadır. Başvuruya konu eser hukuka uygun olarak ve yetkili kurullardan izin alınarak yapılmıştır. Başvurucu, heykelin yıktırılması ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

iii. Heykelin yıkılması sürecinde hükümetin gerek idare üzerinde gerekse de yargı üzerinde baskısı olduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi zedelenerek verilen mahkeme kararları ile adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

iv. Anayasa'nın 2., 26., 64., ve 138. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürerek ihlalin tespiti ile manevi tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

39. Bakanlık görüşünde esasa ilişkin olarak özetle;

i. Başvuruya konu heykelin yıkılmasına ilişkin kararın başvurucunun sanatçı kişiliği veya eserin sanat eseri niteliğinden kaynaklanmadığı, üçüncü kişinin mülkiyet hakkı ve kültür varlığı olan taşınmazın korunması amacıyla alındığı, dolayısıyla başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına herhangi bir müdahalede bulunulmadığı değerlendirilmiştir.

ii. Başvuruya konu olay bakımından bir tarafta başvurucunun ifade özgürlüğü, diğer tarafta ise Maliye Hazinesinin mülkiyet hakkı ile kamunun kültürel değerleri yaşatma hakkı arasında bir çıkar

çatışmasının bulunduğu, 2863 sayılı Kanun'daki hükümler dikkate alındığında kanun koyucunun tercihini kültür değerlerini yaşatmadan yana kullanmış olduğu, bu nedenle somut başvuruda, başvurucunun menfaatleri ile Maliye Hazinesi ve kamunun menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmuş olduğu belirtilmiştir.

iii. Heykelin yıkılması, Anayasa'da öngörülen mülkiyet hakkının ve kültürel değerleri yaşatma hakkının korunmasına yönelik olduğundan söz konusu müdahalenin ölçülü ve demokratik toplum gereklerine uygun olduğu ifade edilmiştir.

40. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında heykelin hukuksuz bir şekilde yapıldığı izleniminin doğru olmadığını ifade etmiştir. Başvurucu, heykelin Belediye ile yaptığı sözleşmeye uygun olarak ve Koruma Bölge Kurulunun oluru ile yapıldığını belirtmiştir.

B. Değerlendirme

41. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın 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 resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması, ...kamu düzeni, ...başkalarının ...haklarının... korunması ...amaçlarıyla sınırlanabilir...

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

42. Anayasa'nın “Bilim ve sanat hürriyeti” kenar başlıklı 27. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.”

43. Anayasa'nın “Sanatın ve sanatçının korunması” kenar başlıklı 64. maddesi şöyledir:

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

“Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.”

44. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 Anayasa’nın 2., 26., 64., ve 138. maddelerinin ihlal edildiği iddiasının Anayasa’nın *bilim ve sanat hürriyeti* kenar başlıklı 27. maddesi ile *sanatın ve sanatçının korunması* kenar başlıklı 64. maddesi ışığında Anayasa’nın 26. maddesinde koruma altına alınan ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

Burhan ÜSTÜN ve Kadir ÖZKAYA başvurunun adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği görüşü ile bu değerlendirmeye katılmamışlardır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

45. Bakanlık görüşünde, başvurunun başvuru konu heykelin yıkılmasına ilişkin Belediye Meclis kararının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle idare mahkemesinde dava açmış olmasının başvuru yollarını tükettiği anlamına gelmeyeceği ileri sürülmüştür. Bakanlığa göre sanat eserlerine bir müdahale söz konusu olduğu takdirde eser sahipleri 5846 sayılı Kanun uyarınca hukuk mahkemeleri nezdinde açılacak tecavüzün kaldırılması davası, müdahalenin menı davası ve tazminat davası açma hakkına sahiptir. Bakanlığa göre 5846 sayılı Kanun, fikir ve sanat eserlerini düzenleyen özel bir kanun olup bu Kanun’la fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarının belirlenmesi, korunması ve bu ürünlerden yararlanma şartlarının düzenlenmesi, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma hâlinde yaptırımların uygulanması düzenlenmektedir. Dolayısıyla bir eser meydana getiren kişilerin haklarına yönelik bir saldırı iddiası söz konusu olduğunda ilk olarak bu Kanunda öngörülen hukuki yollara başvurmak gerekmektedir. Dolayısıyla Bakanlık, başvurunun 5846 sayılı Kanun’da öngörülen başvuru yollarını tüketmeden bireysel başvuru yoluna başvurmuş olduğunu ileri sürmüştür.

46. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre bir ihlal iddiasına ilişkin başvurulabilecek birden fazla etkili başvuru yolunun bulunması durumunda kural olarak başvurunun aynı amacı taşıyan başvuru yollarının tamamını tüketmesi beklenemez (S.S.A., B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 30. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kozacıoğlu/Türkiye*, B. No: 2334/03, 19/2/2009, §40; *Jasinskis/Letonya*, B. No: 45744/08, 21/12/2010, §§ 50, 53-54). Anayasa Mahkemesi, başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğine karar verirken başvurunun ulaşmak istediği amaca bakar. İncelenen başvuruda başvuru, yaptığı heykelin yıktırılmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Adalet Bakanlığının görüşünde ileri sürdüğü diğer yollarla da başvurunun amacına ulaşması mümkün olmakla beraber kendi olayına en uygun hukuk yolunu seçmek başvurucuya düşer. Bu sebeple bir hukuk yolunu tüketmiş olan başvurunun aynı amacı taşıyan bir diğer hukuk yolunu tüketmemiş olması onun başvuru yollarını tüketmediği anlamına gelmez. Bu nedenle başvurunun başvuru yollarını tükettiği sonucuna varılmıştır.

47. Bakanlığa göre başvuru -asıl olarak- 6/1/2011 tarihli Koruma Yüksek Kurulunun kararına (bkz. § 19) karşı idari yargıda dava açması gerekirken bu yola da başvurmamış, başvuru yollarını tüketmemiştir. Bakanlık, Kars Belediyesi kararının Koruma Yüksek Kurulu kararının uygulanması mahiyetinde olduğunu, başvurunun asıl olarak Koruma Yüksek Kurulu kararına karşı dava açması gerektiğini belirtmiştir. Kars Belediyesinin heykelin kaldırılmasına ilişkin kararının idare hukuku bakımından mahiyetini ve idari davaya konu edilebilir olup olmadığını tartışmak Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. İdari yargılamada bir usul meselesi olan bu hususu karara bağlamak derece mahkemelerinin takdiri ve görevindedir. Somut olayda Kars Belediyesi kararına karşı açılan davada Mahkeme işlemin idari davaya konu edilebilir olduğu sonucuna ulaşarak davanın esasını incelemiş ve davayı esastan reddetmiştir. Bu karar Danıştay tarafından da onanmıştır. Derece mahkemelerince dava, Kars Belediyesi kararının icrai ve dava konusu edilebilir mahiyette olmadığı temelinde reddedilmediğine göre Anayasa Mahkemesinin idare mahkemesinin ilk inceleme aşamasında ele alacağı bir meseleyi resen irdemesi bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

48. Belirtilen sebeplerle 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.

Burhan ÜSTÜN ve Kadir ÖZKAYA, başvuru hakkında ifade özgürlüğü yönünden, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiği görüşü ile bu değerlendirmeye katılmamışlardır.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

49. 5846 sayılı Kanun'un 1/B maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine ve aynı Kanun'un 8. maddesine göre eser sahibi eseri meydana getiren kişidir. Heykel sanatçısı olan başvuru, Kars Belediyesi ile yapmış olduğu sözleşmeye dayalı olarak Belediye tarafından belirlenen yerde başvuruya konu anıt heykeli yapmıştır. Dolayısıyla başvuru, eser sahibi olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Ayrıca, ilke olarak, başkası tarafından meydana getirilen bir eser üzerinde bir başka kişinin eser sahipliğinin söz konusu olması mümkün değildir. Eser ile sahibi arasındaki bağ, *tabii* bir bağdır. Bu tabii ilişki bir eserin vücuda getirilmesiyle doğar ve kural olarak üçüncü kişilere devri mümkün değildir.

50. Başvurucunun eser üzerinde anılan Kanun'un başta 13., 14., 15., 16. ve 17. maddeleri olmak üzere Kanundan kaynaklanan ve korunan maddi ve manevi hakları bulunmaktadır. Eser sahibi kendi eseri üzerinde başka kişilere birtakım ekonomik hak ve menfaatler verebilir. Bu nitelikteki hakların tamamı devredilmiş olsa bile, eser ile onu vücuda getirmiş kişi arasındaki münasebet sona ermez. Eser sahibi olmamakla birlikte eser sahibi ile aralarındaki sözleşmeye dayalı olarak bazı hakları kullanma yetkisi olan kişiler kanun koyucu tarafından "*aslın maliki*" veya "*mali hak sahibi*" olarak isimlendirilmiş; doktrinde ise bu kişiler "*hak sahibi*" olarak adlandırılmıştır.

51. *Manevi hak*, bir eserin gayrı maddi nitelik arz eden yönünü ve eser ile onu meydana getiren arasındaki kişisel münasebeti ifade etmek için kullanılan hukuki bir terimdir. Manevi hakkın başlıca amacı eserin üçüncü kişilere karşı korunmasıdır. Eser, onu vücuda getirenin kişiliğinin bir ifadesi olduğuna göre, eser sahibi onun üzerinde mutlak bir hakka sahiptir. Eser üçüncü kişilerin tasarrufuna terk edilmiş olsa bile manevi haklar eser sahibince hayatı boyunca kullanılabilen haklardır.

52. Başvuruya konu eser üzerinde hak sahibi olan Kars Belediyesi belirli bir ücret karşılığında başvuruya konu heykeli yaptırmış, ücreti başvurucuya tam olarak ödemiş olsa bile eser sahibi başvurucudur ve 5846 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca başvurucunun eser üzerindeki hakları yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder.

53. Sonuç olarak başvurucunun sahibi olduğu heykel biçimindeki eser kamu gücünü kullanan organların aldıkları bir dizi karar neticesinde yıktırılmıştır. O hâlde başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

54. 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."

55. Bu sebeple müdahalenin somut başvuruya ilişkin olarak 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.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

i. Kanunilik

56. 2863 sayılı Kanun'un 9. ve 13.maddelerinin "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

57. Heykelin yıktırılmasına ilişkin kararın kamu düzeninin sağlanmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

(a) Kavram

58. 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 (*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).

(b) Sanatsal İfade Özgürlüğü ve Sınırları

59. İfade özgürlüğünün bir alt dalı olan sanatsal ifade özgürlüğü, sanatçının çalışmalarını özgürce yürütebilmesini veya sanat eserlerinin yaygınlaştırılmasını ve bunun devlet veya başka bir kişi tarafından müdahaleye uğramamasını güvence altına alır. Mevcut başvuruyla bağlantılı olarak kültürel haklar ise sanatçının veya sanat eserlerinin devlet tarafından desteklenmesini ve sanat eserlerine ulaşmak isteyen kişilerin eserlere erişim hakkını güvence altına alır. Dolayısıyla devletin sanatsal ifade özgürlüğü karşısında negatif ve pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.

60. Anayasa Mahkemesi başvurucunun yaptığı heykelin bir sanat eseri olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapmayı gerekli görmemektedir. Esasen başvuruya konu heykelin sanatsal niteliği

konusunda kamu gücünü kullanan organlar bir itirazda bulunmuş da değildir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi önündeki mesele daha ziyade başvurucunun Kars Belediyesi ile yaptığı anlaşma gereği yaptığı heykelin daha sonra Maliye Hazinesi, koruma kurulları ve belediye arasındaki bir dizi anlaşmazlık ve değişen hukuksal durumlar nedeniyle yıkıtılmasının Anayasa'nın 26. maddesindeki ifade özgürlüğüne aykırı olup olmadığı hususuyla ilgilidir.

61. 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 Balıkcı*, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 40).

62. Başvuruya konu eserin bir heykel olduğu gözetildiğinde Anayasa'nın 26. ve 27. maddelerinin yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına aldığı unutulmamalıdır (gerekli değişikliklerle birlikte, bkz. *Fatih Taş [GK]*, B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 105).

63. Nitekim Birleşmiş Milletlere 2013 yılında sunulan “Sanatsal İfade ve Yaratıcılık Özgürlüğü Hakkı” başlıklı raporda ifade edildiği gibi tüm sanat disiplinleri ifade özgürlüğü korumasından aynı şekilde yararlanır. Raporda, “*içeriğinin kutsal veya dünyevi, politik veya apolitik olmasından ya da toplumsal meseleleri konu edinip edinmemesinden bağımsız olarak, estetik ve/veya sembolik boyut taşıyan, resim ve çizim, müzik, şarkı ve dans, şiir ve edebiyat, tiyatro ve sirk, fotoğraf, sinema ve video, mimari ve heykel, performans ve kamusal alan müdahaleleri de içeren ancak bunlarla sınırlı olmayan farklı mecraları kullanan ifade biçimleri göz önünde*” bulundurulmuştur. Raporda, “*sanatsal faaliyetin; sanatsal ifade ve kreasyonların yaratım, prodüksiyon, dağıtım ve yaygınlaştırmasına katkıda bulunan ve bu aşamalarda görev alan tüm kişileri kapsayan birçok aktöre bağlı olduğu ve sadece sanatçıya indirgenemeyeceği*” öne sürülmüştür.

64. Sanatsal çalışmalar çoğu defa birden fazla anlama gönderme yaparlar ve bu sebeple de ortaya koydukları mesaj kolaylıkla tespit

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

edilemeyebilir. Ayrıca sanatsal ifadelerin yorumları da kişiye göre farklılaşabilir. Dolayısıyla sanatsal ifadelerin ifade özgürlüğünün diğer kategorilerinden farklılaşması mümkündür. Ayrıca sanatsal ifadeler belirtilen ifade türlerine göre çoğunlukla daha “kışkırtıcı” veya “rahatsız edici” olabilir.

65. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında, açıklanan ve yayılan bir düşüncenin içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından “değerli-değersiz” veya “yararlı-yararsız” biçiminde ayrıştırılmasının -subjektif unsurlar ihtiva edeceği için- bu özgürlüğün keyfî biçimde sınırlandırılması tehlikesini doğurabileceğine dikkat çekmiştir. Bu itibarla bir sanatçının sanat eseri vasıtasıyla kamuoyuna aktardığı görüşleri başkaları açısından “değersiz”, “yararsız”, “kışkırtıcı” veya “rahatsız edici” görülse bile kişilerin subjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak ifade özgürlüğünün korumasında olduğu akıldan çıkarılmamalıdır (benzer değerlendirmeler için bkz. *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 42; *Önder Balıkcı*, § 40).

66. Bununla birlikte Anayasa’nın 26. ve 27. maddeleri sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmemektedir. İfade özgürlüğü Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bazı istisnalara tabidir. Söz konusu istisnaların, her somut olayda ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gerekir.

67. Bunlardan başka Anayasa’nın “Sanatın ve sanatçının korunması” kenar başlıklı 64. maddesinde “Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.” denilerek sanatın ve sanatçının korunmasına ilişkin her türlü tedbirin alınmasından devleti sorumlu tuttuğu unutulmamalıdır. Başka bir deyişle hem insan haklarını ihlal etmekten kaçınma hem de bireyleri diğer bireylerin ihlallerinden koruma görevi devletin yükümlülüğündedir. Bu durum sanatsal ifade özgürlüğü açısından da geçerlidir.

68. Bilim ve sanat özgürlüğü Anayasa’nın 27. maddesinde özel olarak korunmuştur. Bu bağlamda, Anayasa’nın 26. maddesi ve daha özel olarak da 27. maddesi, bilgi ve fikir edinme ve düşünceleri yayma kapsamında sanatsal ifade özgürlüğünü de içerir ve bu anayasal güvenceler her tür

kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikrin açıklanmasına, yayılmasına ve mübadelesine katılma fırsatı verir. Mevcut başvuruya konu heykel gibi sanat eserlerini yaratan kişiler fikir ve görüşlerin yayılmasına önemli bir katkıda bulunduğundan sanatsal eserler demokratik bir toplum için büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle devlet, sanat eserini meydana getiren kişilerin ifade özgürlüklerine gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü konusunda daha hassas davranmalıdır (benzer kararlar arasından bkz. *Fatih Taş*, § 104).

(c) İfade Özgürlüğüne İlişkin Davalarda Bütüncül Yaklaşım İlkesi

69. Yargı organlarının ifade özgürlüğü alanında yapacakları değerlendirmelerde ifadeleri bağlamlarından koparmadan incelemeleri gerekir. Aksi bir tutum Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. Özellikle sanatsal ifadeler söz konusu olduğunda bu bütüncül yaklaşım ilkesinin bir gereği olarak yargı mercilerinin yapacakları değerlendirmelerin sanat alanının veya eserin özelliklerine, eserin ifade edildiği bağlama, meydana getirenin kimliğine, yapılma zamanına, amacına, hitap ettiği kişilerin kimliklerine ve onların estetik anlayışlarına, eserin muhtemel etkilerine bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır.

70. Bundan sonra Anayasa Mahkemesinin yapması gereken; başvuruya konu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak, ifade özgürlüğüne getirilen müdahalenin “ölçülü” olup olmadığını ve müdahaleyi haklı kılmak için derece mahkemelerince gösterilen gerekçelerin inandırıcı, bir başka deyişle “ilgili ve yeterli” olup olmadığını belirlemektir (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 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 daha önce ortaya koyduğu ilkelerle uyumlu olan standartları uyguladıklarına ve ayrıca maddi olayları kabul edilebilir bir şekilde takdir ederek karar verdiklerine ikna olmalıdır. Dolayısıyla yapılacak incelemede, derece mahkemelerince yapılan değerlendirmeler ve kabul edilen gerekçe gözönünde bulundurulacaktır.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

71. Başvuruya konu heykel, üzerine yapıldığı Maliye Hazinesine ait taşınmazın içinde İkinci Dünya Savaşı'ndan kalma makineli tüfek mevzilerinin ve tonozlu yapıların bulunması nedeniyle Koruma Kurulu tarafından korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak ilan edilmiş olması nedeniyle yıktırılmıştır. Bununla birlikte heykelin yıkılmasına ilişkin süreçte Koruma Kurullarının ve derece mahkemelerinin mezkûr kararlarının gerekçesi, kamu kurumları arasındaki mülkiyet anlaşmazlığı olmamıştır.

72. Somut olayda başvuru bir kamu tüzel kişisi olan Kars Belediyesi ile 7/11/2005 tarihli Meclis Kararıyla bir sözleşme imzalamış (bkz. § 10), Koruma Bölge Kurulu 2/11/2006 tarihli kararıyla anıtın yapılacağı parselde mevcut bazı taşınmazları tescil etmiştir (bkz. § 11). Koruma Bölge Kurulu 8/2/2007 tarihli kararı ile Belediye Başkanlığınca hazırlanan çevre düzeni projesini onaylamış ve heykelin yapılması için müsaade vermiştir (bkz. § 12). Koruma Bölge Kurulu 10/9/2008 tarihinde ise öncekilerle çelişen bir kararla heykelin bulunduğu alanda ortaya çıkan “yeni bulgular” elde edilmesi nedeniyle bu alan içinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına ve mevcut yapıların yıktırılmasına karar vermiştir (§§ 14, 15). Kars Belediyesi de Koruma Bölge Kurulunun yıkım yönündeki kararlarına dayanarak 1/2/2011 tarihinde heykelin yıktırılmasına karar vermiştir (§ 22).

73. Görüldüğü üzere bahse konu heykelin yapılmasına, hukuki statüsüne ve yıkılmasına ilişkin tartışmalar öncelikle kamu kurumları arasında meydana gelmiştir. Başka bir deyişle kamu kurumları arasındaki bir anlaşmazlık nedeniyle bir kimsenin Anayasa tarafından korunan temel bir hakkına müdahale edilmiştir. Anayasa'nın 123. maddesinin “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür” biçimindeki birinci fıkrasında idareyi oluşturan kuruluşların birbiriyle uyum içinde bir bütün olarak çalışmasını ifade eden idarenin bütünlüğü ilkesi yer almıştır. Söz konusu ilke dolayısıyla idareyi oluşturan kurumlar kendi aralarındaki anlaşmazlıkları bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale gerekçesi olarak ileri süremezler. Başka bir deyişle, devleti oluşturan organ ve kurumların uyum içinde çalışamamaları bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahalenin gerekçesi olarak ileri sürülemez.

74. Farklı kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazların farklı hukuksal durumlarının olduğu bir gerçektir. İdarenin bütünlüğüne ilişkin yukarıdaki açıklamalarla birlikte değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemesi başvuruya konu şikâyetin incelenebilmesi için idareyi oluşturan ve kamu gücünü kullanan kuruluşlar arasındaki mülkiyet anlaşmazlığını ele almayı ne gerekli ne de faydalı görmektedir. Bu sebeple başvuru, bahse konu heykelin bulunduğu taşınmazın korunması gerekli kültür varlığı olarak ilan edilmiş olması nedeniyle yıktırılmasının bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olup olmadığı yönünden incelenecektir.

75. Başvuruya konu “İnsanlık Anıtı” isimli heykelin, yapıldığı tarihlerde Türkiye ile Ermenistan arasında sıcak ilişkiler kurulması yönünde mesajlar verildiği bir dönemde “bir iyi niyet adımı olarak” yaptırıldığı belirtilmiştir (bkz. § 21). Belediye Meclis kararında heykelin ülkemizde ve dünyada bir daha savaşların olmaması talebinin bir ifadesi olduğu belirtilmiş, başvuru ile yapılan sözleşmede de anıtın temel amacının Kars’ın bulunduğu coğrafyadaki insanların barışa çağırılması olduğu ifade edilmiştir (bkz. § 10). Heykelin yapım ve yıkım süreçlerinde kamuoyunda yapılan tartışmalarla birlikte değerlendirildiğinde heykelin, politik yönü oldukça ağır basan bir sanat eseri olduğu kabul edilebilir.

76. İfade türleri bakımından bazı ifadeler diğerlerine göre daha fazla koruma görür. Hukuken en geniş koruma siyasi ifadelere sağlanır (Fatih Taş, § 98; Ergün Poyraz (2), § 58). Siyasi tartışma özgürlüğü tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi olup hükûmetler hem en ağır eleştirilere hoşgörü göstermekle hem de öngördükleri sınırlayıcı önlemlerin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğurmasını engellemekle yükümlüdür (Bekir Coşkun §§ 64, 67-69; Ergün Poyraz (2), §§ 68-70, 78-79). Sanatsal ifadeler siyasi ifade olarak nitelendirildiğinde sağlanan korumanın kapsamı daha geniş olmalıdır. Dolayısıyla siyasi içerikli sanatsal ifadelerin diğer ifade türlerinden daha fazla koruma görmesi beklenir.

77. Bu değerlendirmeler ışığında heykelin bulunduğu taşınmazda korunması gerekli görülen ve tescil edilmiş bazı kültür varlıklarının

bulunmasının heykelin yıktırılması işlemi için ilgili ve yeterli bir gerekçe olarak kabul edilip edilemeyeceğine odaklanılmalıdır.

78. Heykel inşaatına başlanmadan önce bahse konu taşınmaz üzerinde korunması gerekli kültür varlıklarının bulunduğu ileri sürülmüştür. Koruma Bölge Kurulunun 2/11/2006 tarihli kararında heykelin içinde bulunduğu parsel içindeki tepeciğin kuzey tarafında II. Dünya Savaşı sırasında yapılan makineli tüfek mevzileri ile tepeciğin batı tarafında savunma amaçlı tonozlu yapının bulunduğu belirtilmiş ve kültür varlığı özelliği taşıması nedeniyle tepede bulunan bazı taşınmazlar kültür varlığı olarak tescil edilmiştir.

79. Koruma Bölge Kurulunun 14/11/2008 tarihli kararında ise yapıların Erken Cumhuriyet Dönemi olarak tanımlandığı belirtilmektedir. Belediye Başkanı ise parselde 18. yüzyıldan kalma bazı askerî yapılar olduğunu açıklamıştır (bkz. § 22). Koruma Bölge Kurulunun 10/9/2008 tarihli kararından Kars Belediyesinin 1/2/2011 tarihinde heykelin yıktırılması yönündeki kararına kadar geçen iki yılı aşkın süre içinde kültür varlığı olarak değerlendirilen yapıların tam bir tespit, tasnif ve dökümünün yapılmadığı, bunların sayılarının ve kapladığı alanın tam olarak belirlenmediği anlaşılmaktadır. İkinci olarak Koruma Bölge Kurulunun 2/11/2006 tarihli kararı ile yapılan tescilin parselin tümünü mü yoksa bir bölümünü mü kapsadığı, başka bir deyişle heykelin kaidesinin bulunduğu yerin de tescil edilen yerlerden olup olmadığı tespit edilmemiştir (bkz. § 11).

80. Koruma Bölge Kurulunun 2/11/2006 tarihli kararında bahse konu anıtın temasıyla şehir ve kale ile alan peyzaj ilişkisi açısından uygun olduğuna karar verildiği ve 8/2/2007 tarihli kararıyla da Belediye Başkanlığı tarafından hazırlanan çevre düzeni projesi onaylandığı halde Koruma Bölge Kurulunun heykelin yıktırılması gerektiği yönündeki 10/9/2008 tarihli kararının dayanağı olan “yeni bulguların” neler olduğu izah edilmemiştir. Bahse konu taşınmaz üzerinde korunması gerekli kültür varlıklarının neler olduğu yönünde yetkililerden oldukça çelişkili açıklamalar gelmiştir (bkz. §§ 16, 18-22). Parselde gerçekten korunması gerekli kültür varlıklarının bulunduğu kabul edilse bile yapımı tamamlanmış heykelin hangi surette bu varlıklara zarar verdiği de izah edilmemiştir.

81. Koruma Yüksek Kurulunun 6/1/2011 tarihli kararıyla tüm koruma bölge kurulu kararları iptal edilmiştir. Bahsi geçen kararda, parselin mülkiyet sorununun çözülmesinden sonra Belediye tarafından önerilen projelerin Koruma Bölge Kurulu tarafından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bundan başka heykelin akıbetine karar verme yetkisinin de 3194 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Belediyenin yetkisinde olduğu hatırlatılmıştır (bkz. § 19). Kars Belediye Meclisi ise, Koruma Yüksek Kurulunun anılan kararına dayanarak 1/2/2011 tarihli kararı ile heykelin kaldırılmasına karar vermiştir (bkz. § 22). Dahası ilk derece mahkemesi 21/4/2011 tarihli kararında Koruma Yüksek Kurulunun yukarıda zikredilen kararının heykelin yıkım kararının gerekçesi olduğu sonucuna varmıştır (bkz. § 25).

82. Olaylara bir bütün olarak bakıldığında kamu gücünü kullanan organlar, bahse konu taşınmazın mülkiyet sorununu çözmeden ve taşınmaz üzerinde bulunan kültür varlıkları tam olarak tespit edilmeden başvuruçunun sanat eserini yapmasını istemiş, müsaade etmiş ve ücretini ödemiş; sanat eserinin meydana getirilmesi süreci tamamlandıktan sonra da heykeli korumamışlardır. Koruma Bölge Kurulunun 2/11/2006 tarihli kararından da anlaşılabilceği üzere bir parseldeki bazı taşınmazların kültür varlığı olarak tescil edilmiş olması o parselde hiçbir uygulama yapılamayacağı anlamına gelmemektedir (bkz. § 11). Nitekim Koruma Bölge Kurulu, parselde tescili yapılmış kültür varlıkları bulunmasına rağmen başvuruya konu heykelin yapılmasına izin vermiş (bkz. § 12); İçişleri Bakanlığı, Belediyenin sunduğu ve Koruma Bölge Kurulunun 8/2/2007 tarihli kararıyla (bkz. § 12) onaylanan proje kapsamında gerçekleştirilen anıt ve çevre düzenlemesi inşaatının *“Kurul Kararlarına aykırılığından”* söz edilemeyeceğine karar vermiştir (bkz. § 16).

83. Heykelin yapımına başlanmadan önce anılan bölgede, korunması gerekli kültür varlıklarının bulunması nedeniyle izin verilmemesi anlaşılabilir bir gerekçedir. Zira kültür varlıklarının korunması Anayasa’nın 63. maddesiyle devlete yüklenen bir ödevdir. Bununla birlikte somut olayda olduğu gibi sanat eserinin meydana getirilmesi sürecine girilmesinden veya ortaya çıkarılmasından sonra eser, sanatsal ifade özgürlüğünün korunması altına girer. Dolayısıyla kamu gücünü kullanan organlar eylem ve işlemlerinde ifade özgürlüğünü keyfi

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

biçimde sınırlandırmaktan (bkz. § 65) kaçınmakla ve sanat eserinin yaşatılması için devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında (bkz. § 59) azami gayret göstermekle yükümlüdür.

84. Bundan başka Bakanlık görüşünde başvuruya konu olayda başvurucunun ifade özgürlüğü ile Maliye Hazinesinin mülkiyet hakkı arasında bir çıkar çatışması bulunduğu ileri sürülmüştür. Bununla beraber ne idari kararlarda ne de mahkeme kararlarında taşınmazın malikinin kim olduğuna ilişkin kesin bir saptama yapılabilmemiş değildir. Üstelik Koruma Yüksek Kurulunca uzmanlara hazırlattırılan 10/6/2010 tarihli rapora bakılırsa parsel malikinin kim olduğu konusundaki belirsizlik çözülebilmemiş değildir.

85. Bahse konu taşınmazın Hazineye ait olduğu kabul edilse bile Hazine ile yine bir kamu kurumu olan Belediye arasındaki mülkiyet anlaşmazlığının niçin bir sanat eseri sahibinin haklarına müdahale edilmesinin gerekçesi olduğu; kamunun mülkiyet hakkının niçin bir sanat eseri sahibinin Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne ve 27. maddesinde korunan sanat özgürlüğüne; Anayasa'nın sanatın ve sanatçının korunması kenar başlıklı 64. maddesindeki amir hükme üstün geldiği idari mercilerin kararlarında da mahkeme kararlarında da izah edilmiş değildir. Bu bağlamda son olarak bahsi geçen taşınmazın heykel kaidesinin bulunduğu kısmının değeri tespit edilerek Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca mülkiyetin eseri sipariş veren Kars Belediyesince satın alınması ve bu suretle sorununun çözülmesinin mümkün olup olmadığı da araştırılmamıştır.

86. Somut olayda mesele heykelin yıktırılması olduğundan en azından heykelin taşınmazda bulunan kültür varlıklarına hangi surette zarar verdiğinin ve heykel yıktırılmadan taşınmazdaki kültür varlıklarının korunmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirdi. Sanat eseri tahrip edilmeden başka yere nakledilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılabilir, sanat eserinin sahibi olan başvuru ile ortak bir çözümün bulunması için müzakere yapılabilir, başvuru ile idarenin talepleri telif edilmeye çalışılabilirdi. Heykelin yıktırılması sürecinde alınan idari kararlarda da mahkeme kararlarında da bu hususların tartışılmamış olması devletin sanat eserinin korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini göstermektedir.

87. Bahse konu taşınmazdaki kültür varlıklarının neler olduğu, taşınmazın tümünün mü yoksa bir kısmının mı korunması gerekli kültür varlığı olarak tescil edildiği belirgin bir şekilde ortaya çıkarılmamıştır. Heykelin, yapıldığı yerdeki kültür varlıklarına bir zarar verip vermediği de incelenmemiştir. Dolayısıyla heykelin yıktırılmasının bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı gösterilebilmiş değildir. Öte yandan heykel tümüyle yıkılmadan da kültür varlıklarının korunup korunmayacağı araştırılmamış, heykelin yıktırılmasının başvurulabilecek en son çare olduğu da gösterilememiştir (bkz. § 58).

88. Heykelin yapımından yıkılmasına kadar geçen süreçte kamu gücünü kullanan organlar Anayasa'nın sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin hükümlerini göz ardı etmiş görünmektedir. Somut olayda kamu gücünü kullanan organların bir sanat eserinin korunması için gereken tedbirleri aldığı (bkz. § 59) gösterilebilmiş değildir. Üstelik söz konusu heykelin diğer ifade türlerine göre daha fazla koruma görmesi gerekirken (bkz. §§ 36, 76) yıktırılmasının demokratik bir toplumda gerekli olduğu da gösterilememiştir. Bu sebeple idari mercilerce ve mahkemelerce alınan kararların ilgili ve yeterli gerekçe içermediği sonucuna varılmıştır.

89. Sonuç olarak demokratik bir toplum için büyük önem taşıyan, alenileşmiş olması nedeniyle artık insanlığın fikri servetinin herkese açık bir parçası haline gelen bir sanat eserinin ve dolayısıyla Anayasa tarafından koruma altına alınmış olan sanatsal ifade özgürlüğünün korunması noktasında gösterilmesi gereken hassasiyet somut başvuruda kamu gücünü kullanan organlarca gösterilememiştir.

90. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL ve Yıldız SEFERİNOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

91. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

“(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. Başvurucu 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

93. Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

94. Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 20.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

95. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.10 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.681,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, Burhan ÜSTÜN ve Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL ve Yıldız SEFERİNOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

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

D. 206.10 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.681,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. 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,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 11/7/2019 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucunun yapmış olduğu heykel, heykeli yaptıran Belediyenin mülkiyetinde ya da tahsisinde olmayan (Hazineye ait) bir taşınmaz üzerine inşa edildiği gibi, bu konuda Hazine (Millî Emlâk) yetkililerinden herhangi bir izin de alınmamıştır.

2. Başlangıçta ilgili Koruma Kurulu'na, taşınmazın malikinin ilgili Belediye olmadığı bilinmeden, anılan Belediyenin anıt yapma talebi uygun görülüp, hazırlanan çevre düzenleme projesi onaylanmışsa da; daha sonra taşınmazın üzerinde yapılan detaylı incelemede, arazide mevcut yapıların (makinelî tüfek mevzileri ile tonozlu yapının) korunması gerekli kültür varlığı olduğu saptandığından, aynı Koruma Kurulu'na bu alan içerisinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına, mevcut yapıların yıktırılması gerektiğine, bu karara aykırı uygulama yapan ve yaptıranlar hakkında yasal işlem yapılmasına karar verilmiştir. Keza Koruma Yüksek Kurulu da akabinde, parsel malikinin izni olmaksızın parselde yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin (heykel yapımının) 3194 sayılı İmar Kanunu (kaçak inşaat) kapsamında değerlendirilerek, ilgili Belediyesince çözüme kavuşturulması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar sonrasında ilgili Belediye Meclisince alınan karar doğrultusunda, yapılan ihale sonunda inşa edilen heykel kesilmek suretiyle yerinden

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

kaldırılmış ve Belediye deposuna konulmuştur. Korunması gerekli kültür varlığı olduğu bu şekilde saptanan ve üzerinde mutlak olarak inşaat yasağı bulunan taşınmaz üzerinde mevzuata aykırı biçimde yaptırılan heykelin ne yaptıran yönünden ne de inşa eden başvuru yönünden korunmaya değer bir hak ihlâline yol açması söz konusu olamaz.

3. Bir yerel yönetim birimi tarafından Devletin milli dış politikası ile doğrudan ilgili konularda ifade ve sanat hürriyeti kapsamında da olsa, hiçbir Devlet birimi ile istişare edilmeden re'sen heykel yapımına girişilmesi ve yukarıda açıklandığı üzere mevzuat hükümlerine uyulmadan bu faaliyetin gerçekleştirilmesi, heykelin yerinden kaldırılması sonucunu doğurmuş ve bu işleme karşı açılan dava da yetkili yargı yerlerince ilgili ve yeterli gerekçelerle reddedilmiştir. Heykelin yapımcısı olan başvurucuya ise sarfettiği emek ve eseri için sözleşme ile öngörülen telif ücreti ödenmiştir. Bu bakımdan, incelemenin söz ykonusu bağlamından koparılmadan, bir bütün halinde yapılması gerekli bulunduğu; konunun salt ifade özgürlüğü yönünden incelenmesi yeterli değildir. Yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi, bu gibi hassas ve milli konularda bu birimlerin diledikleri gibi hareket edebilecekleri anlamında yorumlanamayacağı gibi, mevzuat hükümlerine aykırı biçimde gerçekleştirilen ve baştan itibaren hukuka aykırılığı saptanan bir imalat (heykel yapımı) sonucu ortaya çıkan eserin yapımısını da bu tasarruftan ayrı olarak değerlendirebilmeye imkân yoktur.

4. Açıklanan nedenlerle, başından itibaren hukuka aykırı biçimde inşa edildiği hukuken saptanan ve sonradan aynı gerekçeyle ortadan kaldırılan heykel nedeniyle başvuru yönünden ifade özgürlüğünün ihlâlini gerektiren bir neden olmadığı kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına ve aynı nedenle başvurucuya manevi tazminat verilmesine dair karara katılmıyoruz.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Muammer TOPAL

KARŞIOY GEREKÇESİ

Kars Belediyesince başvurucuya yaptırılan anıt-heykelin bulunduğu yerden kaldırılması yolunda alınan kararın iptali istemiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle yapılan başvuruda Mahkememiz çoğunluğunca başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir. Aşağıda açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmadık.

Kars Belediye Meclisi'nce **7.11.2005 tarihinde, 153 sayılı kararla**, Kars Merkez Sukapı Mahallesi Üçler Mevkii, 790 ada 1 parsel adresinde kâin, mülkiyeti Maliye Hazinesine ait 9090 metrekare alanlı taşınmaz (tepe) üzerine bir "İnsanlık Anıtı" ve çevre düzenlemesi ile birlikte bir de insanlık parkı yaptırılmasına karar verilmiştir. Kararın alındığı tarih itibarıyla mülkiyeti maliye hazinesine ait olan taşınmazın sonradan da olsa Kars Belediyesi'ne tahsis veya devir edildiğine ya da satıldığına ilişkin olarak dosyada bir bilgi bulunmamaktadır.

Meclis kararına dayalı ihale sürecinin ardından, Kars Belediyesi'nin bir kültür ve sanat hizmeti olmak üzere, bir tarafta Kars Belediye Başkanlığı adına "İşveren" sıfatıyla o dönemdeki Kars Belediye Başkanı, diğer tarafta "Yüklenici – Heykeltıraş" sıfatı ile başvuru Mehmet AKSOY olmak üzere taraflar arasında, 4.7.2006 (Bakanlık görüş yazısına göre 5.6.2006) tarihinde, Kars Kalesi'nin karşısındaki tepenin üzerinde bulunan ve Kars Çayı ile Kaleiçi Mahallesi'ne yukarıdan bakan, ayrıca tüm Kars kentini panoramik olarak gördüğü belirtilen düzlüğe, yerden yüksekliği kaidesiyle birlikte yaklaşık 30 metre olacak şekilde bir anıt - heykelin yapılması konusunda bir sözleşme imzalanmıştır.

Sözleşmede; sözleşmenin tarafları, konusu, içerik ve amacı, tarafların sorumlulukları, maddi koşullar, işin süresi ve sözleşmenin feshi halinde uygulanacak yaptırımlar belirlendikten sonra, sözleşme kaynaklı bir anlaşmazlığın çıkması halinde anlaşmazlıkların çözümünde, heykeltıraşın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki hakları ile telif hakları saklı kalmak üzere Kars Mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Sözleşmeye göre anıt - heykel ilk ödemeyi takip eden 18 ay içinde tamamlanacaktır. Bakanlık görüş yazısına göre ilk ödeme 22.8.2006 tarihinde yapılmıştır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Hangi tarihte başlanıldığı dosyadan tam olarak anlaşılamamakla birlikte, sözleşme konusu anıt – heykelin inşaat imalatına, alana ilişkin mülkiyet sorunu çözümlenmeden ve “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma” mevzuatına ilişkin prosedür tamamlanmadan başlanılmış olması nedeniyle, bir siyasi parti il başkanlığının 19.9.2006 tarihli dilekçesi ve Kars İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü’nün 6.10.2006 tarih ve 2149 sayılı yazısı üzerine Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu’nun **2.11.2006 tarih ve 421 sayılı kararıyla**; “Kars ili, Merkez içe, ada 790, parsel 1’in içerisindeki tepeciğin kuzey tarafında yer alan 2. Dünya savaşı sırasında yapılan makineli tüfek mevzileri ile batı tarafta ve tepeciğin alt kısmında yer alan tonozlu yapının kültür varlığı özelliği taşıması nedeniyle 3386 ve 5226 sayılı yasa ile değişik 2863 sayılı yasa kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak tesciline, **tepenin en üst noktasında yapılmakta olan uygulamanın durdurulmasına**, alanda yapılacak her türlü uygulama öncesi Koruma Kurulundan izin alınması gerektiğine” karar verilmiştir.Durum Kars Belediyesine de bildirilmiştir.

Söz konusu kararın ardından Kars Belediye Başkanlığınca, taşınmaza ilişkin mülkiyet sorunu çözümlenmeksizin **11.12.2006 tarih ve 2078 sayılı yazı** ile Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu’na başvurularak anılan taşınmaz üzerine (mülkiyeti başkasına ait arazi üzerine daha önce izinsiz olarak yapılmaya başlanılan imalat için)anıt yapma talebi iletilmiştir.

Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu’nun **23.12.2006 tarih ve 501 sayılı kararıyla**; “Kars ili, Merkez Sukapı Mahallesi, 790 ada, 1 parselde kayıtlı, **mülkiyeti Kars Belediye Başkanlığına ait** ve herhangi bir sit içerisinde yer almayan, Kurul(umuz)un 2.11.2006 gün ve 421 sayılı kararıyla tescil edilen makineli tüfek mevzilerinin yer aldığı parsel, anıt yapma talebini içeren Kars Belediye Başkanlığı’nın 11.12.2006 gün ve 2078 sayılı yazısı ve ... sonucunda; Kars ili, Merkez, Sukapı Mahallesi, 790 ada, 1 parselde kayıtlı tescilli taşınmaz üzerine anıt yapma talebinin, anıtın teması ile şehir ve kale ile alan peyzaj ilişkisi açısından uygun olduğuna; kurula sunulan projedeki anıtın yeri ve kaidesi dışında kalan çevre düzenlemesine ait önerilerin (ışıklandırma, zemin ilişkisi, teraslama, genel mekanlar, tarihi doku vb. açıdan) kesinleştirildiği uygulama projesinin kurul(umuz)a gönderilmesi gerektiğine” karar verilmiştir. **Kararda, uygun görülen projenin üzerine imal**

edileceği taşınmazın mülkiyeti Kars Belediye Başkanlığı'na ait olarak kabul edilmiştir. Oysa mülkiyet maliye hazinesine ait bulunmaktadır.

Anılan kararın ardından, Belediye Başkanlığı tarafından hazırlanıp **6.2.2007 tarih ve 178 sayılı yazı** ekinde sunulan çevre düzenleme projesi Koruma Kurulunun **8.2.2007 tarih ve 523 sayılı kararıyla** düzeltilerek onaylanmıştır. Uygun görülen projenin üzerine imal edileceği taşınmazın mülkiyeti hazineye ait olduğu halde, **bu karar da, mülkiyetin Kars Belediye Başkanlığı'na ait olduğu kabul edilerek alınmıştır¹.**

Bu arada, Kars Belediyesi, **24.4.2008 tarihinde** heykel inşaatının bulunduğu taşınmazın Belediyeye tahsisi veya satılması için Kars Millî Emlak Müdürlüğüne başvuruda bulunmuştur. Millî Emlak Müdürlüğü **29.4.2008 tarihinde** bu taleple ilgili olarak Kars Kültür ve Turizm İl Müdürlüğünden görüş istemiştir. Bu istem üzerine Müdürlük uzmanları tarafından taşınmaz üzerinde yeniden incelemelerde bulunulmuştur.

İncelemeler sonucunda, Koruma Bölge Kurulu **10.9.2008 tarihinde 1021 ve 1022 numaralı** iki ayrı karar almıştır. 1021 numaralı kararda başvuruya konu taşınmazla ilgili olarak; *"... mülkiyeti Hazineye ait taşınmazın hafriyat çalışmalarında çıkan yeni bulgular ışığında 2863 sayılı yasa kapsamında tescilin devamına ... bu alan içerisinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına, mevcut yapıların yıktırılması gerektiğine..."*; 1022 sayılı kararda ise 1021 numaralı karara atıf yapılarak başvuruya konu heykelin inşa edildiği taşınmazın 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca satış ve tahsisinin mümkün olmadığına karar verilmiştir².

Hangi gelişmeler üzerine alındığı dosya içeriğinden anlaşılamamakla birlikte, Koruma Bölge Kurulu 14.11.2008 ve 25.9.2009 tarihlerinde iki ayrı karar daha almış, bunlardan 14.11.2008 tarihli kararında, 10.9.2008 tarihinde alınan 1021 numaralı kararın geçerli olduğuna; 25.9.2009 tarihli

1 Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun 2.11.2006 tarih ve 421 sayılı kararından, imalatına değinilen bu yazışma ve sürecin başlamasından önce başlanıldığı anlaşılan heykel, yaklaşık 30 metre yüksekliğinde, demir destekli betonarme olarak inşa edilmiştir. Dosya içeriğinden bitirme tarihinin ne olduğu anlaşılamamaktadır.

2 Bu arada, mülkiyeti maliye hazinesine ait taşınmaz üzerinde, mülkiyet Kars Belediyesine ait imiş gibi anıt - heykel inşaat imalatına devam edildiği anlaşılmaktadır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

kararında ise daha önce alınan 10.9.2008 tarihli ve 1021 ve 1022 sayılı kararlar ile 14.11.2008 tarih ve 1110 sayılı kararlarının geçerli olduğuna, bu kararlara aykırı uygulamayı yapan ve yaptıranlar hakkında soruşturma açılması gerektiğine karar vermiştir.

Bu arada Milli Emlak Müdürlüğü, 2 Şubat 2010 tarihinde Kars Belediyesine hitaben yazmış olduğu yazıda, Hazine'nin mülkiyetinde olan taşınmaz üzerinde herhangi bir işlem yapılmamasına ilişkin 2 Haziran 2005 tarihli yazısına atıf yaptıktan sonra, Koruma Kurulunun 10 Eylül 2008 tarih ve 1022 numaralı kararıyla taşınmazın tahsis veya satışının mümkün olmadığını belirtmiş ve taşınmaz üzerinde bulunan yapıların 775 sayılı Gecekondu Kanununun 18. maddesine göre yıkılarak taşınmazın boş olarak teslim edilmesi gerektiğini bildirmiştir.

Anılan taşınmazın ve üzerinde inşa edilen “İnsanlık Anıtı” ile ilgili durumu değerlendirmek için Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, 19.1.2010 tarihinde bir toplantı gerçekleştirmiş, bu toplantıda “İnsanlık Anıtı’na” ilişkin konunun, başlangıcından itibaren, mahallinde bir heyet tarafından incelenerek bu konuda rapor sunulmasına karar verilmiştir.

Yüksek Kurul, 6.1.2011 tarihinde yeniden toplanmış, bu toplantıda aldığı 777 sayılı kararla, taşınmazın mülkiyet durumunu değerlendirdikten sonra, aralarında çelişki olduğu gerekçesiyle, *Koruma Kurulunca alınan tüm kararların iptali ve tescil kapsamı dışında kalan ve parsel malikinin izni olmaksızın parselde yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında değerlendirilerek ilgili belediyesince çözüme kavuşturulmasına*, karar vermiştir.

Yüksek Kurulun bu kararı üzerine, Kars Belediye Meclisince 1.2.2011 tarih ve 14 sayılı karar alınmıştır. Bu kararla, taşınmaz üzerindeki anıtın 3194 sayılı İmar Kanunu çerçevesinde kaldırılmasına karar verilmiştir.

Başvurucunun anılan meclis kararının iptali istemiyle açtığı davada, uyuşmazlık konusu heykelin bulunduğu yerden kaldırılmasına ilişkin işlemi tesis etmeye belediye meclisinin değil belediye encümeninin görevli ve yetkili olduğu gerekçesiyle İdare Mahkemesince verilen 7.3.2011 günlü *yürütmenin durdurulması* kararı Erzurum Bölge İdare

Mahkemesinin 16.3.2011 günlü kararı ile kaldırılmış ve aynı kararla yürütmenin durdurulması istemi reddedilmiştir.

Kararda, öncelikle dava konusu işlemde yetki sorunu bulunmadığı; ayrıca **dava konusu işlemin** 3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesi uyarınca alınmış **bir yıkım kararı niteliğinde olmadığı**, söz konusu kararın, Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun 6.1.2011 tarih ve 777 sayılı olup, *“Koruma Kurulunca alınan tüm kararların iptali ve tescil kapsamı dışında kalan ve parsel malikinin izni olmaksızın parselde yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında değerlendirilerek ilgili belediyesince çözüme kavuşturulmasına”* içeriğini haiz bulunan kararının hayata geçirilmesi amacıyla, bahse konu insanlık anıtının söz konusu yerden kaldırılarak mevcut yerin çevre düzenlemesinin tarihi dokusuna uygun olarak yeniden projelendirilmesi amacıyla alınmış bir karar olduğu; ayrıca kararın, mülkiyeti hazineye ait taşınmaz üzerine hazinenin muvafakati olmaksızın ruhsatsız olarak ve 2863 sayılı Kanun hükümlerine uyulmaksızın yapılmış olması nedeniyle alındığının anlaşıldığı, işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçelerine dayanılmıştır.

Bu gelişmelerin ardından, İdare Mahkemesince, **21.4.2011 tarihinde** başvuru tarafından açılan **davanın reddine karar verilmiştir**. Kararda özetle, davaya konu Belediye Meclisi kararının, Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun 6.1.2011 tarih ve 777 sayılı kararının gereğini yerine getirmek üzere, netice itibarıyla korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz bulunan ve mevcut tapu kayıtlarına göre mülkiyetinin tamamının hazineye ait olduğu sabit olan bir parsel üzerine mülkiyet sahibi hazineden herhangi bir izin alınmaksızın ve 2863 sayılı Kanun hükümlerine uyulmaksızın yapıldığı anlaşılan somut olaya konu anıt - heykelin bulunduğu yerden kaldırılması amacıyla tesis edilmiş, 7.11.2005 tarih ve 153 sayılı (Kars Belediye Meclisi tarafından bir anıt - heykel yaptırılması yolunda alınmış olan ilk) kararın *geri alınması* mahiyetinde bir işlem olduğunun anlaşıldığı, işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçelerine dayanılmıştır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Kararın bozulması istemiyle yapılan temyiz başvurusu Danıştay 14. Dairesinin 29.1.2013 günlü ve E: 2011/9021, K: 2013/161 sayılı kararı ile reddedilerek idare mahkemesi kararı onanmıştır.

Kararın düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine de bireysel başvuruda bulunulmuştur³.

Başvurucu, sanat eserlerinin ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunu belirterek, tarafınca yapılan “İnsanlık Anıtı”nın Ermenistan ile barışı simgelediğini, barışı simgeleyen bir sanat eserinin yıkılmasına karar verilmesinin ve yıkım faaliyetinin gerçekleştirilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme’nin) 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlali anlamına geldiğini, devletin sanat eserlerine özel birtakım değerlendirmelerle müdahale edemeyeceğini, eserinin hukuka uygun olarak ve yetkili kurullardan izin alınarak yapıldığını, yaşanan sürecin Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 16. ve 17. maddelerinde düzenlenen hükümlerine de aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için ihlale neden olduğu iddia edilen işlem veya eylem için öngörülen idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekmektedir. Bireysel başvurunun ikincil nitelikte bir hak arama yolu olması nedeniyle, asıl olan hak ve özgürlüklere kamu otoritelerince saygı gösterilmesi ve olası bir ihlal durumunda bunun idari ve/veya yargısal olağan yollarla giderilmesidir. Bu nedenle bireysel başvuru yoluna ancak kanunda öngörülen olağan yollar tüketilmesine rağmen ihlalin ortadan kaldırılamadığı durumlarda gidilebilir. (B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 28)

Somut olayda Kars Belediyesi’nce, 7.11.2005 tarihinde, kendi görev ve yetki alanında kaldığını değerlendirdiği bir konuda, idare hukuku kurallarına göre (153 sayılı) bir işlem tesis edilmiş; mülkiyeti Maliye Hazinesine ait bir taşınmaz üzerine “İnsanlık Anıtı” adı verilen bir heykel ve çevre düzenlemesi ile birlikte bir de insanlık parkı yaptırılmasına karar verilmiştir.

3 Bu arada başvuruya konu heykelin, Kars Belediyesi’nin 7.3.2011 tarihli ihalesi sonrasında kesme yöntemiyle onyediyedi parça halinde yerinden kaldırılarak Belediyeye ait depolama alanında muhafaza altına alındığı anlaşılmaktadır.

Kars Belediyesi ile başvuru arasındaki ilişki ise anılan kararın hayata geçirilmesi için tamamen özel hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş olan bir sözleşme ile kurulmuştur⁴. Sözleşmenin imzalanmasının ardından gelişen süreçte bir takım hukuki sorunlar yaşanmıştır. Sözleşme konusu anıt – heykel, üzerine imal edildiği alana ilişkin mülkiyet ve kültür ve tabiat varlıklarını koruma mevzuatından kaynaklanan sorunlar çözümlenmeden⁵ imal edilmiştir.

Ardından gelişen süreçte ise söz konusu hukuki sorunların çözümlenememiş olması nedeniyle ve de bu sorunların bazılarının çözümünde görevli ve yetkili olan bir Yüksek Kurulun kararı uyarınca, Kars Belediyesi tarafından yine kendi görev ve yetkisi çerçevesinde alınan bir kararla, (mülkiyeti başkasına ait bir taşınmaz üzerinde ve kültür ve tabiat varlıklarını koruma mevzuatı açısından sorunlu bir alanda yapılmış olan) söz konusu anıt-heykelin 3194 sayılı İmar Kanunu çerçevesinde bulunduğu yerden kaldırılmasına karar verilmiştir.

Bu işlem; Erzurum Birinci İdare Mahkemesi’nin 21.4.2011 günlü ve 2011/565 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu’nun 6.1.2011 tarih ve 777 sayılı kararının gereğini yerine getirmek üzere idare hukuku kuralları kapsamında tesis edilmiş, bir anlamda da Kars Merkez Sukapı Mahallesi Üçler Mevkii, 790 ada 1 parsel adresinde kâin, mülkiyeti Maliye Hazinesine ait 9090 metrekare alanlı taşınmaz (tepe) üzerine bir “İnsanlık Anıtı” ve çevre düzenlemesi ile birlikte bir de insanlık parkı yaptırılmasına ilişkin olarak **Kars Belediye Meclisi’nce alınmış olan 7.11.2005 tarihinde 153 sayılı karara konu projeden vazgeçilerek yeni bir projenin hayata geçirilmesine ilişkin** olarak alınmış idari bir karar mahiyetindedir.

İşlem, eser sahibi olan başvuru hukukuna hukuki olarak etki eden bir işlem olmakla birlikte başvuru hukukunun eserinin tamamen yok edilmesine yönelik bir yıkım işlemi olarak nitelendirilebilecek bir işlem

4 Başvurucunun, Kars Belediyesine karşı, sözleşmeden önceki safhada tamamen idare hukuku kurallarına göre alınmış olan karara bağlı olarak bir hak ileri sürmesi mümkün değildir.

5 Bu konuda başvuru elbette ki bir sorumluluk yüklenemez.

değildir⁶. İşlem, idare hukuku kurallarına göre, belli bir alanda daha önce alınmış olan başka bir idari karara dayalı olarak yaptırılmış olan anıt-heykelin bulunduğu yerden kaldırılmasına ilişkin idari bir işlemidir.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, kimi zaman idareler özel hukuk kişisi gibi hareket edebilmekte ve bazı faaliyetlerine istisnai olarak özel hukuk kuralları uygulanabilmekte ise de, esas itibarıyla kendilerine verilmiş olan görevleri yerine getirme bağlamında idare hukuku kurallarına göre hareket ederler, görevlerini idari karar ve eylemlerle icra ederler. (Ali D. ULUSOY; *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.34.)

İdari işlemler, idarelerin, görevli ve yetkili organları eliyle, idari faaliyetlerine ilişkin olmak üzere ve kamu gücünü kullanarak, kamu hukuku kurallarına göre, tek yanlı olarak sadece kendi iradeleri ile tesis ettikleri ve muhatap veya muhataplarını bir takım hak sahibi kıldıkları veya yükümlülük altına soktukları idari tasarruflar olarak ortaya çıkarlar.

İdari sözleşmeler dışındaki idari işlemleri özel hukuk işlemlerinden ayıran en önemli farklılık; idari işlemlerin, muhatabının iradesine bakmadan, ona sormadan, idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla oluşup, muhatabının hukuki durumunda onun iradesi dışında sonuç doğuran işlemler olmalarıdır. İdari sözleşmeler ve bazı istisnai durumlar nedeniyle, tartışılmaz mutlak bir kural olarak görülmemesi gerektiğine ilişkin görüşler bulunsa da idari işlemler kural olarak idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla meydana gelirler.Özel hukuk alanında ise bazı istisnai durumlar dışında, gerek idarece ve gerekse kişilerce tek yanlı bir irade açıklamalarıyla karşı tarafın (herhangi bir kişinin veya durumun) hukukunda değişiklik yapılması kural olarak mümkün değildir. (Ali D. ULUSOY; *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.271.)

Bir idari işlemin iptali istemiyle açılan davada, o işlemin hukuka uygunluğu değerlendirilirken; idari yargı yerlerince sırasıyla yetki,

6 Nitekim anılan anıt-heykelin tamamen yok edilmediği, Kars Belediyesinin 7.3.2011 tarihli ihalesi sonrasında kesme yöntemiyle (Fiili ve teknik olarak tek parça halinde kaldırılması mümkün olmadığından olsa gerek) 17 parça halinde yerinden kaldırılarak Belediyeye ait depolama alanında muhafaza altına alındığı anlaşılmaktadır.

şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygun olup olmadıkları araştırılır. Yetki unsuru, çok genel anlamda, idari işlemin, bu işlemi yapmaya yetkili (hukuken mezun) makam/organ veya kişi tarafından yapılıp yapılmadığını; şekil unsuru, işlemin, o işleme ilişkin mevzuatta o işlem için öngörülen şekil ve yönteme uygun olarak yapılıp yapılmadığını; sebep unsuru, idareyi somut işlemi tesis etmeye yönelten hukuki ve fiili etkenleri; konu unsuru, işlemin doğurduğu/doğuracağı hukuki etki ve sonucu; maksat unsuru ise idari işlemlerin kamu yararı amacıyla tesis edilmiş olmalarını ifade eder. İdarenin takdir yetkisiyle çok yakın ilişkisi nedeniyle bu bağlamda özellikle belirtmek gerekir ki idareyi idari işlemi yapmaya yönelten hukuki ve fiili etkenlerin hukuka ve toplum menfaatlerine uygun olması gerekir. Bu etkenler bazen mevzuatta açıkça belirtilmiş olabileceği gibi, bazen hiç belirtilmemiş, bazen de çok genel olarak belirtilmiş olabilir. Belirtilmiş olması halinde idari yargı yerlerince yapılan denetimde bu sebeplerin var olup olmadıklarına bakılır. Belirtilmemesi veya çok genel olarak belirtilmiş olması halinde ise kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden işlemin tesis edilmesi için haklı nedenlerin bulunup bulunmadığına bakılır. (Ali D. ULUSOY; *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.371. vd.)

İdare hukuku kurallarına, idari yargının yerleşik hale gelmiş içtihatlarına ve yukarıda belirtilen duruma göre, işin doğası gereğince nasıl ki idarelerin kamulaştırma kararı alırken taşınmaz malikinin görüşünü alma zorunlulukları yok ise, başvuru konusu olaya konu anıt-heykeli bulunduğu yerden kaldırıp - kaldırmama konusunda da Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan hükümlere atfen “eser sahibi” sıfatını haiz başvuru konusunun iradesini dikkate alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca, söz konusu anıt-heykelin bulunduğu yerden kaldırılmasına ilişkin işlemin hukuki denetimini yapan idari yargı yerleri de söz konusu denetimde Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan hükümleri dikkate almak zorunda değildirler.

Olayda, başvuru ile Kars Belediyesi arasındaki ilişki, yukarıda da belirtildiği üzere Kars Belediye Meclisince alınmış olan 7.11.2005 tarih ve 153 sayılı kararla değil, bu kararın hayata geçirilmesi amacıyla Kars Belediyesi ile başvuru arasında özel hukuk hükümlerine göre

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

imzalanmış olan bir sözleşme ile kurulmuştur. Dolayısıyla başvurunun söz konusu sözleşmenin imzalanması ve anıt-heykelin yapılmasıyla ortaya çıkmış olan ve ifade özgürlüğü ile de ilişkilendirilebilecek olan hakları, 7.11.2005 tarih ve 153 sayılı karara değil, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile diğer özel hukuk hükümlerine dayalı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile diğer özel hukuk hükümlerine göre takip edilebilecek nitelikte haklardır.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu fikir ve sanat eserlerini düzenleyen özel bir kanun olup, bu kanunla fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarının belirlenmesi, korunması ve bu ürünlerden yararlanma şartları ile kanunda öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde yaptırımların uygulanması hususları düzenlenmektedir. (Başvuruya ilişkin Adalet Bakanlığı Görüşü)

Dolayısıyla bir eser meydana getiren kişilerin haklarına yönelik bir saldırı iddiası söz konusu olduğunda, ilk olarak bu kanunda öngörülen hukuki yollara başvurmak gerekmektedir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda, sanat eserlerine bir müdahale söz konusu olduğu takdirde, eser sahibi için çeşitli koruma mekanizmaları öngörülmüştür. Eser sahipleri, eserlerine bir müdahalede bulunulduğunda bu mekanizmalara başvurma hakkına sahiptirler. Hukuk mahkemeleri nezdinde açılacak *tecavüzün ref'i davası*, *müdahalenin men'i davası* ve *tazminat davası* bu hukuki imkânlardan bazılarıdır. (Başvuruya ilişkin Adalet Bakanlığı Görüşü)

İncelenen başvuruda başvuru, kültür ve tabiat varlıklarını koruma mevzuatı açısından sorunlu bir alanda mülkiyeti başkasına ait bir taşınmaz üzerinde yaptığı heykelin bulunduğu yerde kalmaya devam etmesini (kaldırılmamasını) amaçlamaktadır. Bu amaca ulaşmak isterken de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan kaynaklanan haklarına dayanmaktadır. Oysa başvuru konusu davaya konu işlem, yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, tamamen idare hukuku alanında ve idare hukuku kurallarına göre başvurucuya ait eserin bulunduğu yerden kaldırılması amacıyla tesis edilmiş idari bir işlemdir.

Başvuruya konu idari işlem, eser sahibi sıfatıyla başvuruçunun menfaatini/hakkını etkileyen bir işlem olmakla birlikte, bu etkileme, dava konusu işlemin tesisinde ve hukuki denetiminde başvuruçunun Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan kaynaklanan haklarının dikkate alınmasını zorunlu kılan bir etkileme değil, yalnızca söz konusu işlemin, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygun olup olmadığını denetletirmek amacıyla idari dava açabilmeye ehliyetli kılan bir etkilemedir.

Bu etkilemenin sağladığı ehliyetle açılan davada incelenecek olan da söz konusu anıt-heykeli bulunduğu yerden kaldırmaya Kars Belediyesinin yetkisinin bulunup bulunmadığının, kaldırma kararının mevzuatında öngörülen şekle uygun olup olmadığının, kaldırma kararının alınması için hukukun öngördüğü nedenlerin bulunup bulunmadığının, kaldırma ile oluşacak olan etki ve sonucun hukuka aykırı olup olmadığının ve kararın kamu yararı amacıyla alınıp alınmadığının denetimi olacaktır. Böyle bir dava sonucu yapılan bireysel başvuruda incelenecek olan da adil yargılama ilkelerine uyulup uyulmadığı olacaktır.

Hal böyle olunca olayda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki haklardan bahisle ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin incelenebilmesi için anılan haklar için öngörülen idari ve yargısal yolların tüketilerek bireysel başvuruda bulunulmuş olması gerektiğinden, somut başvuruda ise bu yolların tüketilmediği anlaşıldığından, Mahkememiz çoğunluğunca ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilerek kabul edilebilir bulunan başvurunun ifade özgürlüğü bakımından başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle reddedilmesi ve adil yargılama hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan işin esasına geçildiğinde de şunları söylemek mümkündür.

Başvuruçunun yapmış olduğu heykel, heykeli yaptıran Belediyenin mülkiyetinde ya da tahsisinde olmayan (Hazineye ait) bir taşınmaz üzerine inşa edilmiş, bu konuda Hazine (Milli Emlâk) yetkililerinden herhangi bir izin de alınmamıştır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Sayın Serdar Özgüldür ile sayın Muammer Topal'ın karşı oylarında da belirtildiği üzere, başlangıçta ilgili Koruma Kurulu'nca, taşınmazın malikinin ilgili Belediye olmadığı bilinmeden, hatta malikin belediye olduğu kabul edilerek (Bakınız Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun 23.12.2006 tarih ve 501 sayılı kararı ve yine Koruma Kurulunun 8.2.2007 tarih ve 523 sayılı kararı) anılan Belediyenin anıt yapma talebi uygun görülüp, hazırlanan çevre düzenleme projesi onaylanmışsa da; daha sonra taşınmazın üzerinde yapılan detaylı incelemede, arazide mevcut yapıların (makinelı tüfek mevzileri ile tonozlu yapının) korunması gerekli kültür varlığı olduğu saptandığından, aynı Koruma Kurulu'nca bu alan içerisinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına, mevcut yapıların yıktırılması gerektiğine, bu karara aykırı uygulama yapan ve yaptıranlar hakkında yasal işlem yapılmasına karar verilmiştir.

Öte yandan, Koruma Yüksek Kurulunca da, taşınmaz malikinin izni olmaksızın yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin (heykel yapımının) 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında değerlendirilerek ilgili Belediyesince çözüme kavuşturulması gerektiği kararı alınmıştır.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, idareler kendi görev alanlarına ilişkin olarak yetkili oldukları konularda kamu hizmet ve yararının gereklerine uygun olarak her zaman için yeni bir işlem tesis edebilirler. Varsa aynı konuda daha önce aldıkları kararlarını kaldırabilirler, geri alabilirler. Aksinin kabulü halinde, idareler, daha önce bir takım hukuki sorunlar barındıran belli bir yere yaptırdıkları bir heykeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan hükümlere atfen "eser sahibi" sıfatını haiz kişilerin "olurunu" almaksızın bulunduğu yerden hiçbir zaman hiçbir şekilde kaldıramaya karar veremezler.

Olayda Kars Belediyesi'nce, yaşanan hukuki sorunların giderilememiş olması ve yetkili organlarca Kars Belediyesi'nden gereğinin yapılmasının istenilmiş olması nedeniyle, üzerinde korunması gerekli kültür varlığı olduğu açık bir biçimde saptanmış, mülkiyeti başkasına ait, mutlak inşaat yasağını haiz bir taşınmaz üzerinde mevzuata aykırı biçimde yaptırılmış olan başvurucuya ait eserin bulunduğu yerden kaldırılmasına karar verilmiştir.

Başvurucunun Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan kaynaklanan haklarının gözetilmesi zorunluluğunun bulunmadığı bir aşamada tesis edilip, idari yargı yerlerince adil yargılanma hakkı ölçütlerine uygun olarak gerçekleştirildiği anlaşılan bir yargılama sonucunda yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka aykırı bir yönü bulunmadığı saptanan işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddedilmiş olması nedeniyle, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan hükümlere atfen “eser sahibi” sıfatını haiz başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılması mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmıyoruz.

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Kadir ÖZKAYA

KARŞIOY GEREKÇESİ

Kars Belediyesi tarafından başvurucuya yaptırılan anıt/heykelin kaldırılması üzerine yapılan başvurunun, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine dair çoğunluk görüşüne katılmadık.

Şöyle ki;

A) Kars Belediyesi ile Başvurucu arasında yapılan sözleşme uygulanmış, sözleşme hükümlerine uygun bir şekilde; başvurucunun ücreti ödenmiş, projesine uygun bir şekilde heykel yerine konulmuştur. Daha sonra, heykelin dikildiği taşınmazda korunması gereken kültür varlıklarından olan 18. Yüzyıldan kalma askeri yapı kalıntıları ve tabyalarının bulunduğu; söz konusu alanın tarihi niteliğinin olduğu ve korunmasının zorunluluk olduğu anlaşılmıştır.

Tarihi kalıntıların ve Rus işgaline karşı verilen kurtuluş mücadelesinin simgelerinden olan askeri tabyaların korunması zorunluluğu nedeniyle, henüz yeni yapılan ve tarihi niteliği taşımayan ve başkaca bir yere de daha sonraki herhangi bir zamanda yeniden dikilme imkânı olan başvuruya konu heykelin kaldırılması tercihinde bulunulmuştur.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Olaylara bir bütün olarak bakıldığında; tahribatından sonra dönüşü olmayan eski ve tarihi eserlerin korunması ile yeni ve her zaman imal edilme imkânı olan bir eserin korunması arasında idare ve mahkemeler kültürel varlık olan eski eserlerin korunmasını tercih etmişlerdir. Söz konusu tercihin bir zorunluluk neticesi olduğu açıktır.

B) Kars Belediyesi ile Başvurucu arasında “Yüklenici” sıfatıyla “Sözleşme” imzalanmıştır. Söz konusu sözleşmede, yaptırılacak heykelin içeriği ve yeri tanımlanmış, ayrıca bu iş için Başvurucu/Yükleniciye ödeneceği ücret de kararlaştırılmıştır.

Sözleşmenin 8. maddesinde, “Sözleşmenin feshi halinde belediye her koşulda heykeli yaptırmaktan vazgeçerse, yapılmış ödemeleri geri isteyemez ve kalan ödemenin de %50’sini ödemeyi kabul eder” şekilde hükümler konulmuştur.

Somut olayda Kars Belediyesince, Mülkiyeti Maliye Hazinesine ait bir taşınmaz üzerine yukarıda bahsedilen sözleşme ile başvurucuya bir heykel/anıt yaptırılması söz konusudur. Anıtın yapıldığı gayrimenkul Kars Belediyesine ait olmadığı gibi Maliye Hazinesinden Kars Belediyesine tahsisi de bulunmamaktadır.

Belli safahatlardan sonra Koruma Bölge Kurulu tarafından başvuruya konu taşınmazla ilgili olarak “mülkiyeti hazineye ait taşınmazın hafriyat çalışmalarında çıkan yeni bulgular ışığında 2863 sayılı yasa kapsamında tescilin devamına bu alan içerisinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına, mevcut yapıların yıktırılması gerektiğine başvurucuya konu heykelin inşa edildiği taşınmazın 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca satış ve tahsisinin mümkün olmadığına” karar verilmiştir.

Anlaşılabacağı üzere;

Heykelin inşa edildiği taşınmaz Maliye Hazinesi’nin mülkiyetinde olmasına rağmen, bu konuda malik tarafından (Hazine) onay ya da tahsisi yapılmadığı gibi, Malikce/Hazinesince başvuru tarafından yapılan yapıların yıkılması için başvuruda bulunmuştur.

Ayrıca heykelin üzerine inşa edildiği taşınmaz, “korunması gerekli kültür varlığı” niteliğinde olduğu gerekçesi ile tescil edilmiştir.

Hem taşınmazın maliki olan Hazinesinin rızasının bulunmaması hem de taşınmazın “Kültür varlığı” niteliğinde olması nedeni ile başvuruya konu heykelin yıkılmasına ilişkin kararın, başvurucunun sanatçı kişiliği veya eserin niteliğinden kaynaklanmadığı, üçüncü kişinin (Hazine) mülkiyet hakkı ve kültür varlığı olan taşınmazın korunması amacıyla alındığı, dolayısıyla başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına herhangi bir müdahalede bulunulmadığını değerlendirmekteyiz.

Bilindiği üzere, Anayasanın 35. maddesinde, gerçek kişi-tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın mülkiyet hakkının “herkes” için öngörülmesi ve maddenin gerekçesinde malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişilerin bu güvenceden yararlanabileceklerinin ve onu ileri sürebileceklerinin açık olarak belirtilmesi dolayısıyla özel mülkiyet için Anayasa’nın getirdiği koruma ve güvence, kamu mülkiyeti için de geçerlidir. Çünkü Anayasa koyucunun özel mülkiyetin korunması konusunda gösterdiği özenin, kamu mülkiyetinin korunması konusunda gösterilmediği ve Anayasa’nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. (AYM 07.07.1994 tarih ve E: 1994/49, K:1994/45-2 sayılı Kararı)

Ayrıca, başvuruya konu anıtın yapılması konusunda Kars Belediyesi ile başvuru arasında imzalanan “Sözleşme”nin de bir özel hukuk sözleşmesi olduğu, bu nedenle de, bu ilişkiden doğan hakkın “nispi bir hak” olduğunu da belirtmek gerekir. Dolayısıyla bu sözleşmeden kaynaklanan hak ve alacaklar söz konusu ise de bunlar ancak sözleşmenin tarafı olan Kars Belediyesine karşı ileri sürülebilir. Bu “nispi hak” karşısında mülkiyet hakkının, herkese karşı ileri sürülebilen ve herkesin riayet etmekle yükümlü olduğu “mutlak bir hak” olduğunu da belirtmek gerekir.

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU



TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ZÜBEYDE FÜSUN ÜSTEL VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2018/17635)

Karar Tarihi: 26/7/2019

**GENEL KURUL
KARAR**

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU Selahaddin MENTEŞ
Raportör	: Yunus HEPER
Başvurucular	: 1. Zübeyde Füsun ÜSTEL
Vekili	: Av. Fikret İLKİZ : 2. Sharo İbrahim GARİP
Vekili	: Av. Meryem KAVAK ERTUĞRUL : 3. Yasemin Gülsüm ACAR

- Vekili** : Av. Selin YILMAZ
: 4. Ayda Rona Aylin ALTINAY CİNGÖZ
: 5. Melda TUNÇAY
: 6. İzzeddin ÖNDER
- Vekili** : Av. Arın Gül YENİARAS
: 7. Canan ÖZBEY
- Vekili** : Av. Serdar LAÇIN, Av. Aslı KAZAN
: 8. Nazlı ÖKTEN GÜLSOY
: 9. Zübeyde Gaye ÇANKAYA EKSEN
- Vekili** : Av. Ahmet Köksal BAYRAKTAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir grup akademisyen tarafından yayımlanan bir bildiriye imza veren başvuru sahiplerinin terör örgütü propagandası yapma suçundan cezalandırılması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurucu Zübeyde Füsun Üstel 25/3/2019 tarihinde, Sharo İbrahim Garip 12/6/2018 tarihinde, Yasemin Gülsüm Acar 13/6/2018 tarihinde, Ayda Rona Aylin Altınay Cingöz 1/6/2018 tarihinde, Melda Tunçay 1/6/2018 tarihinde, İzzeddin Önder 3/9/2018 tarihinde, Canan Özbey 25/10/2018 tarihinde, Nazlı Ökten Gülsoy 21/11/2018 tarihinde ve Zübeyde Gaye Çankaya Eksen 22/11/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

3. Başvurular, başvuru formları ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir. Bölüm Başkanı

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvurular, aralarında konu yönünden irtibat bulunduğu anlaşıldığından birleştirilmiş ve incelemeye 2018/17635 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden devam edilmiştir.

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

7. Birinci Bölüm tarafından 3/7/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla 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 formları ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

A. Hendek Olayları

9. Anayasa Mahkemesinin *Ayşe Çelik* (B. No: 2017/36722, 9/5/2019, §§ 10-13) kararında hendek olaylarına ilişkin arka plan bilgisi şu şekilde verilmiştir:

“10. Türkiye’de uzun süredir devam eden, PKK’nın neden olduğu şiddetin ve terör olaylarının sona erdirilmesi amacıyla Hükûmet tarafından 2012 yılının sonlarından itibaren demokratik açılım adı verilen bir süreç başlatılmıştır. Çözüm süreci olarak da isimlendirilen ve yaklaşık üç yıl devam eden süreçte şiddet ve terör olayları önemli ölçüde azalmıştır. Güvenlik güçlerinin daha sonra yayımlanan raporlarına bakılırsa bu dönemde PKK terör örgütü bazı şehirlerde silah ve mühimmat yığınağı yapmış, 2015 yılının ortalarından itibaren terör ve şiddet bu kez şehirlerde baş göstermiştir.

11. Şırnak’ın Cizre, İdil, Silopi ilçeleri; Hakkâri’nin Yüksekova ilçesi; Diyarbakır’ın Silvan, Sur ve Bağlar ilçeleri; Mardin’in Dargeçit, Nusaybin ve

Derik ilçeleri ile Muş'un Varto ilçesinde PKK terör örgütü tarafından cadde ve sokaklara hendekler kazılarak barikatlar kurulmuş ve buralara patlayıcılar yerleştirilerek bu yerleşim yerlerinin bir kısmında öz yönetim adı altında hâkimiyet kurulmaya çalışılmıştır. Yaklaşık on ay süren şiddet olayları daha sonra hendek olayları olarak isimlendirilmiştir. Hendek operasyonları, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğüne PKK mensuplarına karşı ortak olarak gerçekleştirilen, başta Sur, Cizre ve Nusaybin olmak üzere on bir şehirde yürütülen askerî operasyonlardır.

12. Güvenlik güçleri, anılan yerlere halkın giriş ve çıkışını engellemek isteyen terör örgütü mensuplarına operasyon düzenlemiş ve çatışmaya girmiştir. Bu operasyonların gerçekleştirildiği bölgelerin bazılarında sokağa çıkma yasakları uygulanmış ve bazıları geçici süreyle askerî güvenlik bölgesi ilan edilmiştir. Bu kapsamda terör örgütü üyelerinin yakalanarak halkın can ve mal güvenliğinin sağlanması amacıyla anılan il ve ilçelerin bir kısmında sokağa çıkma yasakları ilan edilmiş fakat güvenlik güçlerince yürütülen operasyonların sona ermesinin ardından söz konusu yasaklar kaldırılmıştır.

13. Aylarca devam eden bu operasyon ve çatışmalar sırasında yaşanan kayıpların büyüklüğü konusunda 2016 yılının Mayıs ayında bazı resmî görevlilerin açıklamalarına göre en az 2.500 terörist öldürülmüş, 480 güvenlik görevlisi de şehit olmuş, ayrıca 4.000'in üzerinde güvenlik görevlisi de yaralanmıştır. Açık kaynaklarda yer alan, resmî olmayan ve doğrulanmamış bazı açıklamalara göre 100'ün üzerinde sivil hayatını kaybetmiş, 1.000'in üzerinde sivil ise yaralanmıştır. Buna ilave olarak en az 400 bin kişinin çatışma bölgelerinden başka bölgelere göç etmek zorunda kaldığı ileri sürülmüştür. Kesin rakamların yer aldığı resmî bir açıklama bulunmadığı gibi bu konuda güvenilir ve bağımsız herhangi bir rapor da Anayasa Mahkemesinin bilgisine sunulmamıştır."

B. Başvurucuların İmza Verdiği Bildiri

10. 11/1/2016 tarihinde 1.128 akademisyenin imzasıyla 2015 ve 2016 yıllarında Türkiye'nin doğusu ve güneydoğusunda terörle mücadele kapsamında yürütülen ve yukarıda kısaca özeti verilen çatışma ve operasyonlar sırasındaki sokağa çıkma yasaklarının ve çatışmaların sona erdirilmesi çağrısı yapan bir bildiri yayımlanmıştır. "Barış İçin Akademisyenler Bildirisi" veya "Bu Suça Ortak Olmayacağı Bildirisi" olarak

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

isimlendirilen bildirinin yayımlanmasını takip eden hafta içinde imzacı akademisyenlere destek olmak amacıyla gelen yeni imzalarla birlikte bildirinin nihai imzacı sayısı 2.200'ü aşmıştır. Değişik üniversitelerde görev yapan başvuruçular da bildiriye imza atan akademisyenler arasındadır.

11. Yurt içinden ve yurt dışından akademisyen ve entelektüellerin imza attığı bildiri metni Türkçe ve İngilizce olmak üzere iki dilde hazırlanmıştır.

12. Bildirinin tam metni şöyledir:

“Bu ülkenin akademisyen ve araştırmacıları olarak bu suça ortak olmayacağız!

Türkiye Cumhuriyeti; vatandaşlarını Sur'da, Silvan'da, Nusaybin'de, Cizre'de, Silopi'de ve daha pek çok yerde haftalarca süren sokağa çıkma yasakları altında fiilen açlığa ve susuzluğa mahkûm etmekte, yerleşim yerlerine ancak bir savaşta kullanılacak ağır silahlarla saldırarak, yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı başta olmak üzere anayasa ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış olan hemen tüm hak ve özgürlükleri ihlal etmektedir.

Bu kasıtlı ve planlı kıyım Türkiye'nin kendi hukukunun ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların, uluslararası teamül hukukunun ve uluslararası hukukun emredici kurallarının da ağır bir ihlali niteliğindedir.

Devletin başta Kürt halkı olmak üzere tüm bölge halklarına karşı gerçekleştirdiği katliam ve uyguladığı bilinçli sürgün politikasından derhal vazgeçmesini, sokağa çıkma yasaklarının kaldırılmasını, gerçekleşen insan hakları ihlallerinin sorumlularının tespit edilerek cezalandırılmasını, yasağın uygulandığı yerde yaşayan vatandaşların uğradığı maddi ve manevi zararların tespit edilerek tazmin edilmesini, bu amaçla ulusal ve uluslararası bağımsız gözlemcilerin yıkım bölgelerinde giriş, gözlem ve raporlama yapmasına izin verilmesini talep ediyoruz.

Müzakere koşullarının hazırlanmasını ve kalıcı bir barış için çözüm yollarının kurulmasını, hükümetin Kürt siyasi iradesinin taleplerini içeren bir yol haritasını oluşturmasını talep ediyoruz. Müzakere görüşmelerinde toplumun geniş kesimlerinden bağımsız gözlemcilerin bulunmasını talep

ediyor ve bu gözlemciler arasında gönüllü olarak yer almak istediğimizi beyan ediyoruz. Siyasi iktidarın muhalefeti bastırmaya yönelik tüm yaptırımlarına karşı çıkıyoruz.

Devletin vatandaşlarına uyguladığı şiddete hemen şimdi son vermesini talep ediyor, bu ülkenin akademisyen ve araştırmacıları olarak sessiz kalıp bu katliamın suç ortağı olmayacağımızı beyan ediyor, bu talebimiz yerine gelene kadar siyasi partiler, meclis ve uluslararası kamuoyu nezdinde temaslarımızı durmaksızın sürdüreceğimizi taahhüt ediyoruz.”

13. Yayımlanmasından sonra kamuoyunda bildiriye yönelik sert eleştirilerde bulunulmuştur. İmzacı akademisyenler hakkında ceza soruşturmaları başlatılarak kamu davaları açılmış ve bazı üniversiteler, akademisyenlerin işine son vermiştir. Akademisyenlerin bir kısmı olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri (HKH) ile kamu görevinden ihraç edilmiş, bir kısmı çalıştıkları üniversitelerin yönetimlerince işten çıkarılmıştır. İmzacı akademisyenler hakkındaki disiplin işlemleri çeşitlilik göstermektedir. Bunlardan bir kısmı istifaya davet edilmiş veya emekli edilmiş, diğer bir kısmı ise üniversite öğretim üyeliğinden veya kamu görevinden çıkarılması talebiyle Yükseköğretim Kuruluna sevk edilmiş, görevden uzaklaştırılmış veya idari göreve son verilmesi işlemine maruz kalmıştır.Eldeki verilere göre çok sayıda akademisyen istifa etmiştir. Anayasa Mahkemesine sunulan belgelere göre bildiri nedeniyle gözaltına alınan ve tutuklanan akademisyenlerin de olduğu anlaşılmaktadır.

14. Başvurunun görüşüldüğü tarih itibarıyla imzacı 2.200 akademisyenden 785'i hakkında terör örgütü propagandası yapma suçundan ceza davası açılmıştır. Bunların bir kısmı hakkında ceza davaları devam ederken geri kalanlar değişen miktarlarda hürriyeti bağlayıcı cezalar ile cezalandırılmıştır.

C. Başvurucular Hakkındaki Yargılamalar

1.Zübeyde Füsun Üstel

15. Uzun bir süre Marmara Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölümünde öğretim üyeliği, daha sonra da Galatasaray Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümü Başkanlığı yapan başvuru Zübeyde Füsun Üstel, bildirinin yayımlanmasından sonra emekli olmuştur.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

16. Bildirinin yayımlanmasından sonra başvuru hakkında terör örgütü propagandası yapma suçundan soruşturma başlatılmış ve İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 22/9/2017 tarihli iddianamesi ile ceza davası açılmıştır. İddianamede başvuru aralarında bulunduğu akademisyenlerin başvuruya konu bildiri imzalamaları nedeniyle PKK/KCK silahlı terör örgütünün sorumlusu ve faili olduğu şiddet olayları karşısında silahlı terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yaptıkları ileri sürülmüştür.

17. İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesi 4/4/2018 tarihli kararı ile başvuru hakkında terör örgütünün propagandası yapma suçundan sonuç olarak 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve bir daha suç işlemeyeceğine kanaat getirilmediğinden başvuru hakkında erteleme hükümlerinin uygulanmamasına karar vermiştir.

18. İlk derece mahkemesi karar gerekçesinde, kısa adı PKK olan terör örgütü hakkında bazı genel bilgiler vererek bildirinin yayımlandığı dönemin şartlarına eğilmiştir. Gerekçenin ilgili kısmı şöyledir:

“PKK/KCK Terör örgütünün; Devletin hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik faaliyetlerde bulunmak, anayasal düzeni ve Türkiye Cumhuriyeti’nin üniter yapısını bozmak ve bu amaca yönelik olarak; bu güne kadar aralıksız sürdürdüğü silahlı terör faaliyetleri ile binlerce sivil ve güvenlik gücünün ölümüne sebep olmak ve halen bu eylemlerine devam ederek bu haliyle çok sayıda vahim sayılacak eylemler gerçekleştirmek suretiyle terör faaliyetlerinde bulunmak olan ana amacı dikkate alındığında; suç tarihi olan 11/01/2016 tarihinde ülkemizin bir bölümünde yaşanan ve ülkemizi şiddet sarmalının içine sokmaya çalışan ve çatışmaları şehir merkezlerine taşımayı amaçlamak suretiyle 2015 yılının ikinci yarısı içerisinde doğu ve güneydoğu bölgesindeki belirli ilçe merkezlerine sızdırdığı teröristlerin yollara bombalı tuzaklarla barikatlar kurup aynı zamanda içerisine patlayıcılar yerleştirilmiş barikatlar oluşturup hendekler kazarak, sözde öz yönetim adı altında işgal eylemleri gerçekleştirdikleri, işgal edilen bu yerlerde yaşayan halktan evini terk etme imkanı bulamayanları rehin alan teröristlerin kadın, çocuk, yaşlı insanları kendisine kalkan olarak kullanmak suretiyle eylemlerde bulunarak bazı yerleşim yerlerinde devlet

idaresinden bağımsız öz yönetim adı altında terör örgütü hakimiyetinde bölgeler yaratmayı amaçladığı açıktır.

2015 yılının ikinci yarısında ülkemizin doğu ve güneydoğu bölgesindeki bazı ilçe merkezlerinde terör örgütünün yapmış olduğu terör eylemleri nedeniyle yaşanan olaylar sonucunda bahse konu terör eylemlerinin ülkemiz açısından yaşattığı vehametın anlaşılması için örnekleme yoluyla bir takım istatistiki veriler aşağıda belirtilmiştir. 2015 yılının ikinci yarısında başlayıp 2016 yılının ikinci yarısında biten ve yaklaşık bir yıl süren yaşananbu terör olaylarında;

- 337 asker, 182 polis ve 13 korucu olmak üzere 532 güvenlik görevlisi şehit edilmiştir.

- 228 sivil vatandaşımız hayatını kaybetmiştir.

- Güvenlik güçleri tarafından 2307 hendek ve barikat kaldırılmıştır.

-Bahse konu ilçe merkezlerinde yaşanan terör eylemleri sonucunda Devletin vatandaşlarının can güvenliğini sağlamak için almış olduğu sokağa çıkma yasağı kararı sonucunda 1.300.000 kişidoğrudan etkilenmiştir.

-Bahse konu ilçe merkezlerinde PKK/KCK terör örgütünden kaynaklı yaşanan terör eylemleri sonucunda Devletin vatandaşlarının can güvenliğini sağlamak için almış olduğu sokağa çıkma yasağı kararı sonucunda362.000 öğrenci eğitim hakkından mahrum kalmıştır.

Terör örgütünün yaşanan bu eylemler ve bu eylemlerin sonucunda ortaya çıkan sonuçlar ile konuya uluslararası mahiyet kazandırma niyetinde olduğu ve ülkemizi uluslararası kamuoyu nezdinde küçük düşürme ve hatta ülkemize bu olaylar sonucunda uluslararası örgütler tarafından müdahale sonucunu doğuracak bir ortamı arz ettiğı açıktır."

19. İlk derece mahkemesi "iç güvenlik harekatı, düşük yoğunluklu çatışma, uluslararası olmayan silahlı çatışma, iç karışıklık" kavramları etrafında bildirinin yayımlandığı tarihte devam eden çatışmaların iç hukuka uygun olarak yapıldığı değerlendirmesini yapmış ve şunları ilave etmiştir:

"...Aksinin kabulü halinde devletin vatan toprağında terör örgütünün şiddet içeren eylemlerine kayıtsız kalması ve vatandaşlarına sahip çıkmaması

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

gibi bir sonuç doğacağı aşikardır. Yaşanan bu süreçte sözdebarış çağrısı yapan ve sivillerin zarar görmemesini isteyen kişilerin Devletten terörle mücadele etmemesininve terör örgütünün şiddet içeren eylemlerine kayıtsız kalmasını beklemesinin ve yine devletin tamamen iç hukuka ve uluslararası hukuka uygun eylemlerini katliam, kasıtlı ve planlı kıyım olarak nitelendirmesinin çelişki içerdiği açıktır.”

20. İlk derece mahkemesine göre PKK'nın varoluş amacı bir kısım ülke toprağını devlet idaresinden ayırıp bağımsız ayrı bir devlet kurulmasını sağlamaktır. PKK 2015 yılının ikinci yarısında Doğu ve Güneydoğu bölgelerindeki belirli ilçe merkezlerine bazı teröristleri sızdırmış, özyönetim adı altında işgal eylemleri gerçekleştirmiş, yollara bombalı tuzaklarla barikatlar kurmuş ve hendekler kazmıştır. Mahkeme, teröristlerin çatışma bölgesinde yaşayan halkın bir kısmını rehin aldıklarını ve kendilerine kalkan olarak kullandıklarını, buna karşın güvenlik güçlerinin vatandaşların zarar görmemesi için azami gayret sarf ettiğini, sokağa çıkma yasağının ise zorunlu olarak ilan edildiğini ifade etmiştir. Mahkeme, terör örgütünün bulabildiği tüm araçları kullanarak kamuoyuna çatışmaları güvenlik güçlerinin sivil vatandaşlara karşı sebepsiz öldürme ve imha eylemi olarak tanıttığını, terör örgütü ile destekçilerinin, güvenlik güçlerini saldırgan olarak gösterdiğini ve olayların gerçek sorumlusu olan teröristleri akladığını belirtmiştir.

21. Cumhuriyet Savcılığı iddianamesinde bir üst düzey PKK'lının 22/11/2015 tarihinde yaptığı “Aydın ve demokratik çevreler öz yönetimlere sahip çıksın” şeklindeki bir çağrı üzerine başvuruya konu bildirinin imzalandığını ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesine göre -iddianamede ileri sürülen- söz konusu çağrı talimat mahiyetindedir ve iki ay kadar sonra yargılamaya konu edilen bildiri yayımlanmıştır. Mahkeme, bildiride olayların sorumlusunun devlet olduğu algısının yaratılarak yalnızca devlete çağrı yapıldığını, aynı mahiyette bir çağrının terör örgütüne yapılmasının düşünülmendiğini belirtmiş ve bunun sanığın sözde aydın, barışçı, demokrat, sorumluluk sahibi ve tarafsız akademisyen kimliği ile bağdaşmadığı kanaatine de ulaşmıştır. Mahkeme açıklamalarına şu şekilde devam etmiştir:

“...sanığın bu bildiriyle PKK/KCK silahlı terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, bu tarz yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde terör örgütü propagandasını yaptığını bilmemesi, bu bildirinin silahlı terör örgütünün propagandasında bir araç olarak kullanılacağını düşünmemesi de hiç bir şekilde tarafsız, barış yanlısı ... sözde aydın akademisyen kimliği ile bağdaşmamaktadır. Nihayetinde; yayımlanan bildiride PKK/KCK silahlı terör örgütünün yaşanan bu süreçte sorumluluğunun olduğu, ...bu sürece ve olaylara neden olduğu ve ...terör örgütünün ...eylemlerinin ...yaşanan ölümlere sebebiyet verdiği yönünde hiç bir tespit, eleştiri veya görüş bildirmemesi de sanığın aslında silahlı terör örgütü PKK/KCK’yı koruma ve kollama saiki içinde hareket ettiğini açıkça ortaya koymaktadır.”

22. Mahkeme daha sonra başvurucunun bildiriye bu platform için açılan mail adresine e-posta göndermek suretiyle imzaladığını tespit etmiş ve nihai değerlendirmelerini şöyle yapmıştır:

“...terör örgütünün ...eylemlerini kamuoyunun dikkatinden kaçırmak ve olayların tek sorumlusunun devlet güvenlik güçleri olduğunu anlatmak amacı taşıyan bildirinin içeriğinde ‘katliam’, ‘işkence’, ‘sürgün’, ‘kasıtlı ve planlı kıyım’ gibi ...kavramların bilinçli olarak seçilerek kullanıldığı ...nazara alındığında sanığın PKK/KCK terör örgütünün doğu ve güneydoğudaki bazı yerleşim birimlerinde örgüt militanları tarafından yollara barikatlar kurulması, hendekler kazılması ve bombalı tuzaklar yerleştirilmesi ve sözde özyönetim adı altında işgal eylemleri gerçekleştirmesi ve özellikle sivil vatandaşlar açısından bölgeyi yaşanmaz hale getirmesi... bu yerde yaşayan ve evini terk edemeyenleri rehin olarak alan ve canlı kalkan olarak kullanan teröristlere karşı yasanın verdiği yetki ve sorumlulukla azami gayret göstererek mücadele eden güvenlik güçlerinin operasyonlarını orada yaşayan sivillere karşı yapıyormuş gibi göstermeye çalışması ...eyleminin terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek mahiyette olduğu... sanığın PKK/KCK terör örgütünün propagandasını yapmak suçunu işlediği... Sanığın [bildiriye] elektronik ortamda imzalaması ve ...isinin ‘Barış için akademisyenler platformu’ isimli internet sitesinde... yayımlanacağını bilmesi... nedeniyle ...suçu basın ve yayın yoluyla işlediği sabit olduğundan cezasında 3713 sayılı yasanın 7/2-2. cümle gereğince 1/2 oranında artırım yapılmasına ...karar verilmiştir.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

...Sanığın muvafakatı bulunmadığı anlaşıldığından hakkında... hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin kanunen uygulanmasına yer olmadığına, yine sanığın savunmaları dikkate alındığında, işlediği suçtan dolayı herhangi bir pişmanlığının bulunmadığı ve ayrıca mahkememizce pişmanlık göstermeyen kişiliği gözetildiğinde suç işlemekten çekineceğine dair kanaat oluşmadığı anlaşılmakla TCK'nın 51. maddesinde yer alan erteleme hükümlerinin takdiren uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiş[tir]..."

23. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi 25/2/2019 tarihinde başvurucunun istinaf talebinin reddine oyçokluğuyla karar vermiştir. Ret kararı başvurucuya 28/2/2019 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 25/3/2019 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

2. Sharo İbrahim Garip

24. Başvurucu Sharo İbrahim Garip, lisans ve lisansüstü öğrenimini Köln Üniversitesi Ekonomi Bölümünde tamamlamış olan Alman vatandaşı bir akademisyendir. Avrupa'da çeşitli üniversitelerde akademik faaliyetlerde bulunduktan sonra 2014 yılında Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Genel Sosyoloji ve Metodoloji Ana Bilim Dalında öğretim üyesi olarak görev yapmaya başlamıştır. Başvurucu hakkında başvuruya konu bildiriye imza attığı gerekçesiyle Van Cumhuriyet Başsavcılığınca, terör örgütü propagandası yapma suçlamasıyla soruşturma başlatılmıştır.

25. Van 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 16/1/2016 tarihli kararı ile başvurucunun yurt dışına çıkmama şeklinde adli kontrol altına alınmasına karar verilmiştir. Başvurucu hakkında yürütülen soruşturma, Van Cumhuriyet Başsavcılığının 27/1/2016 tarihli yetkisizlik kararı ile İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı başvuru hakkındaki soruşturmayı diğer akademisyenler hakkında yürütülen soruşturma dosyası ile birleştirmiştir.

26. Başvurucuyla ilgili soruşturma yaklaşık iki yıl sürmüş ve bu süre zarfında hakkındaki yurt dışı çıkış yasağı kaldırılmamıştır. Soruşturma dosyasında aynı koşullardaki 2.000'i aşkın sayıda Türk ve yabancı akademisyen hakkında işlem yapılmasına ve yabancı uyruklu olmasına rağmen hakkında yurt dışı yasağı uygulanan tek akademisyenin başvuru olduğu ileri sürülmüştür.

27. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı bildiriye imza atan tüm akademisyenler hakkında 2016/5734 soruşturma sayılı dosya üzerinden soruşturma yapmakta iken daha sonra her bir akademisyen hakkında ayırma kararları vererek ayrı iddianameler düzenlemiştir. Başvurucu hakkında da terör örgütü propagandası yapma suçlamasıyla 22/11/2017 tarihinde iddianame düzenlenmiştir.

28. Başvurucu hakkında düzenlenen iddianame İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Mahkeme; yapılan yargılama neticesinde 23/2/2018 tarihinde başvurusunun isnat edilen suçtan neticeten 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve yeniden suç işlemeyeceğine kanaat getirerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar vermiştir. Mahkeme, birinci başvurusunun mahkûmiyet gerekçesi ile aynı gerekçelere dayanmıştır.

29. HAGB kararına yapılan itiraz İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesinin 3/5/2018 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 15/5/2018 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 12/6/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

3. Yasemin Gülsüm Acar

30. Başvurucu Özyeğin Üniversitesinde sosyal psikoloji alanında öğretim görevlisi olduğu sırada bildiriye imzalamıştır. Başvurucu hakkında da terör örgütü propagandası yapma suçlamasıyla 17/10/2017 tarihinde iddianame düzenlenmiştir. İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama neticesinde 12/4/2018 tarihinde başvurusunun isnat edilen suçtan neticeten 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ve yeniden suç işlemeyeceğine kanaat getirilerek hakkındaki hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Mahkeme, birinci başvurusunun mahkûmiyet gerekçesi ile aynı gerekçelere dayanmıştır.

31. HAGB kararına yapılan itiraz İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesinin 3/5/2018 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 16/5/2018 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 13/6/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

4. Ayda Rona Aylin Altınay Cingöz

32. İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi İngilizce İktisat Bölümünde öğretim görevlisi olan başvurucu on altı yıllık akademisyendir. Bildirinin 11/1/2016 tarihinde yayımlanmasından sonra başvurucu 20/1/2016 tarihinde bildiriye desteğini geri çektiğini İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Dekanlığına iletmıştır. Başvurucunun bildiriden desteğini çektiğini bildirmesi üzerine idari soruşturma *ceza verilmemesi* ile sonuçlanmıştır.

33. Buna karşın İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 26/9/2017 tarihli iddianame ile başvurucunun terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılması için kamu davası açılmıştır. İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama neticesinde 23/2/2018 tarihli ikinci duruşmada başvurucunun isnat edilen suçtan neticeten 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ve yeniden suç işlemeyeceğine kanaat getirilerek başvurucu hakkındaki hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Mahkeme birinci başvurucunun mahkûmiyet gerekçesi ile aynı gerekçelere dayanmıştır.

34. HAGB kararına yapılan itiraz İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 4/5/2018 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 1/6/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

5. Canan Özbey

35. Başvurucu Canan Özbey, siyaset bilimi alanında doktora öğrencisidir. Başvurucu; bildirinin İngilizce metnini görmediğini, Türkçe metnini imzaladığını belirtmiştir. Başvurucu hakkında 11/10/2017 tarihinde ceza davası açılmıştır. İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama neticesinde 17/7/2018 tarihinde başvurucunun isnat edilen suçtan neticeten 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ve yeniden suç işlemeyeceğine kanaat getirilerek başvurucu hakkındaki hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Mahkeme, birinci başvurucunun mahkûmiyet gerekçesi ile aynı gerekçelere dayanmıştır.

36. HAGB kararına yapılan itiraz İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 25/9/2018

tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 25/10/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

6. Melda Tunçay

37. Melda Tunçay kimya profesörü iken Marmara Üniversitesinden emekli olmuştur. Başvurucu hakkında terör örgütü propagandası yapma suçlamasıyla 10/10/2017 tarihinde iddianame düzenlenmiştir. İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama neticesinde 5/4/2018 tarihinde, başvurucunun isnat edilen suçtan neticeten 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ve yeniden suç işlemeyeceğine kanaat getirilerek hakkındaki hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Birinci başvurucunun yargılandığı mahkemeden farklı bir mahkemede yargılanan başvuru hakkında ilk derece mahkemesi birinci başvurucunun mahkûmiyet gerekçesine benzer gerekçelere dayanmıştır.

38. Bu Mahkeme de bildirinin terör örgütünün eylemlerini kamuoyunun dikkatinden kaçırma ve olayların tek sorumlusunun devlet güvenlik güçleri olduğunu anlatma amacı taşıdığını kabul etmiştir. Buna göre bildiride terör örgütüne yönelik operasyonlar sivillere karşı yapılmış gibi gösterilmeye çalışılmıştır. Bu nedenle de *“bildiriyi imzalayan sanığın eylemi terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek mahiyette terör örgütüne destek amaçlı olduğu”* açıktır.

39. HAGB kararına yapılan itiraz İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesinin kararı ile reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 7/5/2018 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 1/6/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

7. İzzeddin Önder

40. İstanbul Üniversitesi, Boğaziçi Üniversitesi ve Mimar Sinan Üniversitesinde görev yapan başvuru uzun süre ulusal gazetelerde köşe yazarlığı da yapmıştır. Başvurucu İzzeddin Önder hakkında 25/9/2017 tarihinde ceza davası açılmıştır. İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama neticesinde 23/2/2018 tarihinde, isnat

edilen suçtan başvurusunun 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ve yeniden suç işlemeyeceğine kanaat getirilerek hakkındaki hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Mahkeme, birinci başvurusunun mahkûmiyet gerekçesi ile aynı gerekçelere dayanmıştır.

41. HAGB kararına yapılan itiraz İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 9/8/2018 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 3/9/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

8. Nazlı Ökten

42. Başvurucu, Galatasaray Üniversitesi Sosyoloji Bölümünde öğretim üyesi iken bildiriği imzalamıştır. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca açılan ceza davası İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesinde görülmüştür. Yapılan yargılama neticesinde 26/9/2018 tarihinde başvurusunun isnat edilen suçtan neticeten 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ve yeniden suç işlemeyeceğine kanaat getirilerek hakkındaki hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Mahkeme, birinci başvurusunun mahkûmiyet gerekçesi ile aynı gerekçelere dayanmıştır.

43. HAGB kararına yapılan itiraz İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 22/10/2018 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 21/11/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

9. Zübeyde Gaye Çankaya Eksen

44. Galatasaray Üniversitesi Felsefe Bölümünde öğretim üyesi iken bildiriği imzalayan başvuru hakkında açılan ceza davası İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesinde görülmüştür. Yapılan yargılama neticesinde 26/9/2018 tarihinde başvurusunun neticeten 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ve yeniden suç işlemeyeceğine kanaat getirilerek hakkındaki hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Mahkeme, birinci başvurusunun mahkûmiyet gerekçesi ile aynı gerekçelere dayanmıştır.

45. HAGB kararına yapılan itiraz İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 24/10/2018

tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 22/11/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat

46.12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "Terör örgütleri" kenar başlıklı 7. maddesi 29/6/2006 tarihli ve 5532 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile değiştirilmiştir. Maddenin propaganda suçunu düzenleyen ikinci fıkrasının değişiklikten önceki hâlinin ilgili kısmı şöyledir:

"Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır..."

47. 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin propaganda suçunu düzenleyen ikinci fıkrasının 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile değiştirilen ve somut olayda başvurucular hakkında uygulanan hâlinin ilgili kısmı şöyledir:

"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. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır..."

48. Anılan değişikliğin gerekçesi şu şekildedir:

"AİHM, şiddeti teşvik edici nitelikte olmayan açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirterek, içeriğinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan ya da kişileri silahlı isyana teşvik edici nitelikte olmayan açıklamalar nedeniyle bireylerin Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde cezalandırılmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulmaktadır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Yapılan düzenlemeyle, maddenin ikinci fıkrasında yer alan suçun unsurları yeniden belirlenmekte, maddeye ‘cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde’ ibaresi eklenerek suçun kapsamı AİHM standartlarına uyumlu hale getirilmektedir.”

49. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” kenar başlıklı 220. maddesinin 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren ilk hâlinin örgüt propagandasına ilişkin (8) numaralı fıkrası şöyledir:

*“Örgütün **veya amacının** propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”*

50. 5237 sayılı Kanun’un 220. maddesinin (8) numaralı fıkrasında 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun’un 85. maddesi ile değişiklik yapılmış “**veya amacının**” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır. Maddenin (8) numaralı fıkrasının değişiklikten sonraki hâli şöyledir:

“Örgütün propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

51. 5237 sayılı Kanun’un 220. maddesinin (8) numaralı fıkrasında 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun’un 11. maddesi ile bir kez daha değişiklik yapılmıştır. Maddenin (8) numaralı fıkrasının değişiklikten sonraki nihai hâli şöyledir:

*“Örgütün **cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde** propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”*

52. Söz konusu değişikliğin gerekçesi şöyledir:

“Maddede yapılan değişiklikle, Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinde yapılan düzenlemeye paralel olarak örgüt propagandası suçunun

unsurları yeniden belirlenmekte ve hangi fiillerin propaganda suçunu oluşturacağı hususu daha somut hale getirilerek AİHM standartlarıyla uyum sağlanmaktadır.”

53. 3713 sayılı Kanun’un 7. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle; terör örgütünün, cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmaya teşvik edecek şekilde propaganda yapan kişinin bir yıldan beş yıla kadar hapisle cezalandırılması, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür. 5237 sayılı Kanun’un 220. maddesinin (8) numaralı fıkrasında da benzer bir düzenlemeye gidilerek; suç örgütünün, cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmaya teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişinin bir yıldan üç yıla kadar hapisle cezalandırılacağı, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde de cezanın yarı oranında artırılacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, 5237 sayılı Kanun’un 220. maddesinin (8) numaralı fıkrasında *amaç propagandası* metinden çıkarılmıştır.

2. Yargıtay İçtihadı

54. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 29/9/2016 tarihli ve E. 2016/1297, K. 2016/4872 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“...11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 3713 sayılı Kanunun 7. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklik sonucu; terör örgütünün propagandası suçunun oluşabilmesi için; örgütün ‘cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek şekilde’ yapılması zorunlu kılınmıştır.

Toplantı veya gösteri yürüyüşünde olsun veya olmasın; yazı veya sözler (atılan slogan, taşınan pankart veya giyilen üniforma) ile verilen mesajın şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici ya da silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtacak nefret söylemi olup olmadığı değerlendirilmeli, doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın kimliği, konumu, konuşulan yer ve zaman gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulmalıdır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

... Ceza Mahkemesinin 2001/144 Esas sayılı dosyasında devletin birliğini ve ülkenin bütünlüğünü bozmak suçundan verilen hükmün tefhimi sonrasında; 'biji serok apo' şeklinde terör örgütünün cebir, şiddet ve tehdit içeren yöntemlerini öven, meşru gösteren ya da teşvik eden içerik taşımayan slogan attığı kabul edilen eylemde, olayın meydana geldiği yer ve muhatap kitle de dikkate alındığında propaganda suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,.."

55. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 9/6/2016 tarihli ve E. 2015/8605, K. 2016/3876 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"II- Sanıklar ... ve ... hakkında kurulan hükümlere yönelik temyiz itirazlarına gelince;

A- İfade özgürlüğü T.C. Anayasasının 26. ve Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına dair Sözleşmenin 10. maddesi ile teminat altına alınmıştır.

İfade özgürlüğünün kullanımına meşru bir müdahale için;

1-Müdahalenin kanunlarda öngörülmüş olması,

2-Ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu emniyeti, kamu düzeninin sağlanması ve suçun işlenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması, ahlakın, başkalarının şöhret ya da haklarının korunması, gizli tutulması kaydıyla alınmış bilgilerin açıklanmalarının engellenmesi ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanmasına ilişkin değerlerden bir veya bir kaçını korumaya yönelik olmalıdır.

3-Müdahale demokratik bir toplumda gerekli bulunmalıdır.

İfade özgürlüğü terörle mücadele kapsamında en çok müdahale ve sınırlamaya maruz kalan temel haklardandır. Nitekim 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7/2. maddesindeki propaganda yasağı bu duruma örnek teşkil etmekle birlikte kanun koyucu maddede zaman zaman yaptığı değişikliklerle özgürlüğü genişletmiştir. Bu amaçla 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanunun 8. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu; terör örgütünün

propagandası suçunun oluşabilmesi için; örgütün 'cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek şekilde' yapılması zorunlu kılınarak, sınırlamanın AİHS uygun hale getirilmesi amaçlanmıştır. Ancak, aynı Kanunun 7. maddesinin 2. fıkranın b bendinde ise; toplantı ve gösteri yürüyüşünde gerçekleşmese dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1-Örgüte ait 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, Şeklindeki fiil ve davranışlar propaganda suçundan cezalandırılacaktır. Bu düzenleme ile kanun koyucu herhangi bir unsurun varlığına bağlı olmaksızın bu suçun oluşacağı kabul edilmek suretiyle ifade özgürlüğü parametrelerini dışlayan tipe uygun eylem tanımlaması yapmıştır.

T.C. Anayasasının 90/son maddesine göre; 'usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konularda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.'

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ekli protokoller Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanmıştır. Anayasal düzenleme karşısında, ifade özgürlüğüne ilişkin Avrupa Sözleşmesinin 10. maddesi bir iç düzenleme şekline dönüşmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de; kişinin hakkı ile toplumun çıkarı ve özellikle kişinin temel ifade özgürlüğü hakkı ve demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında bir denge kurulması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. (Zana v. Türkiye) Devletlerin terör ile mücadelesinin zorluklarına vurgu yaparak, müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığı, hedeflenen meşru amaca uygun olup olmadığı, devlet yetkililerince ileri sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli bulunup bulunmadığı ortaya konulmalıdır.

Terör ile mücadele kendine özgü bir takım zorlukları barındırdığından devletler bu mücadelede daha geniş bir takdir marjına sahip olduğu kabul

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

edilmekle birlikte terör ile mücadele de bir hukuk rejimidir. Uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin ihmal edilebileceği bir alan değildir.

Toplantı veya gösteri yürüyüşünde olsun veya olmasın; yazı veya sözler (atılan slogan, taşınan pankart veya giyilen üniforma) ile verilen mesajın şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici ya da silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtacak nefret söylemi olup olmadığı değerlendirilmeli, doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın siyasi kimliği, konumu, konuşulan yer ve zamanı gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulmalıdır.

İfade özgürlüğü sadece memnuniyetle karşılanan zararsız veya önemsiz sayılan insanların kayıtsız kalabileceği bilgi ve fikirler için değil, aynı zamanda demokratik toplumu şekillendiren çoğulculuğun, hoşgörünün ve geniş fikirliliğin doğasında bulunan bir gereklilik olarak saldırgan, şok eden, rahatsızlık veren veya ayrılık yaratabilen fikirler içinde uygulanabilmelidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

15.02.2012 tarihinde gerçekleştirilen toplantı ve gösteri yürüyüşünde gruba yönelik sanık ...'ın okuduğu basın açıklaması metni ile sanık ...'ın taşıdığı pankartın terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmadığı söz konusu basın açıklaması metni ve pankart içeriğinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği halde, yasal olmayan gerekçeyle propaganda suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, ...Kanuna aykırı, ... hükümlerin bu sebeplerden dolayı bozulmasına, 09.06.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

56. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 17/7/2015 tarihli ve E. 2015/2742, K. 2015/2316 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

[Önceki karardaki ilkelere aynen yer verilmiştir]

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanığın nevrüz etkinlikleri sırasında bulunduğu araç camından dışarıya sarkarak terör

örgütü lehine sloganlar attığı, daha sonra içinde bulunduğu topluluğun cebir ve şiddete başvurmadan kendiliğinden dağıldığı olayda propaganda suçunun oluştuğu gerekçesiyle mahkumiyet hükmü kurulmuş ise de atılan sloganların terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmadığı bu sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği halde, yasal olmayan gerekçeyle propaganda suçunun mahkumiyet hükmü kurulması,

Kanuna aykırı olup, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan, hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına, 17.07.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

57. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 9/2/2016 tarihli ve E. 2015/7466, K. 2016/1025 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“...Terör örgütünün propagandası suçunun oluşumu için; faaliyetleri devam eden bir terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemleri teşvik edecek şekilde yapılması gereklidir...

Dairemizin uygulamaları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre; kullanılan yazı, sözler veya araçların;

- 1- Şiddet, bir araç olarak görülüyorsa;*
 - 2- Kişiler hedef gösterilip kanlı bir intikam isteniyorsa;*
 - 3- Benimsenen düşünceler için şiddete başvurmanın meşru bir yol olduğu ileri sürülüyorsa;*
 - 4- İnsanda saldırgan duygular uyandıracak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun ortamı kışkırtıyorsa;*
- İfade özgürlüğünün sınırlandırılması makul görülebilecektir.*

Somut olayda çeşitli sendikalar ve legal sivil toplum kuruluşlarının yasal izin alarak organize ettiği cebir veya şiddete başvurmaksızın sonlanan 1 Mayıs gösterisinde ‘Mahir, Hüseyin, Ulaş Kurtuluşa Kadar Savaş’ şeklinde atılan sloganın şiddeti çağırırsa bile toplumda bilinen ve kalıplaşmış sözlerden olduğu, izinli ve olaysız gösteride atıldığı ulusal güvenlik ve kamu düzeni

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

üzerindeki potansiyel etkisinin sınırlı olduğu ve ciddi bir tehlike yaratmadığı gibi, diğer sloganlarla birlikte değerlendirildiğinde genelinde hükümet icraatlarını eleştiri mahiyetinde ifadeler içerdiği, vahamet arz eden eylemlerin sanığın doğum tarihinden önce gerçekleştiği gözetildiğinde silahlı terör örgütü olduğu kabul edilen THKP/C ile toplantıyı organize eden legal dernekler arasında örgütsel bağlantıyı gösterir hiyerarşik ilişkiyi sanığın tespit etme olanağının bulunmamasına göre silahlı terör örgütünün propagandası kastı ile hareket ettiği savunmasının aksi sabit olmadığından yerel mahkemenin kabulünde isabetsizlik görülmediğinden;

Yapılan yargılama sonunda sanığa yüklenen suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, Cumhuriyet savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazının reddiyle...”

B. Uluslararası Hukuk

58. 6/5/2005 tarihli Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin (Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi) giriş bölümünün ilgili kısmı şöyledir:

“Avrupa Konseyi'nin üye devletleri ve imzacılar olarak;

Terörizmi önlemek için etkin önlemler almayı ve özellikle, terör suçlarını işlemeyi alenen tahrike, terörist saflara katmaya ve eğitime karşı mukabelede bulunmayı arzu ederek;

...

Bu Sözleşmenin mevcut ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin ilkeleri değiştirme niyetinde olmadığını kabul ederek;

Terörist eylemlerin doğası veya koşulların gereği olarak, halkı sindirmek veya bir hükümeti veya uluslararası örgütü bir eylemi yerine getirmeye veya yerine getirmekten kaçınmaya haksız olarak zorlamak veya bir ülkeyi veya uluslararası bir örgütü ciddi biçimde istikrarsız hale getirmek veya temel siyasal, anayasal, ekonomik ve toplumsal yapılarını yıkmak amacını güttüklerini hatırdı bulundurarak;

Aşağıdaki hususlarda anlaşılmıştır.”

59. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin “Terör suçunun işlenmesine alenen teşvik” kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

“1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, ‘bir terör eylemini işlemeye alenen teşvik’, terör suçunun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelir.

2) Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten işlendiği durumlarda, terörizm suçunu işlemeyi alenen teşviki ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

60. Mahkemenin 26/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

61. Başvurucular;

i. Başvuruya konu bildirinin “Barış İçin Akademisyenler” başlığı altında *barış çağrısından* ibaret olduğunu, bildirideki asıl vurgunun *barışa* yapıldığını mahkemelerin görmezden geldiğini ileri sürmüşlerdir.

ii. Akademisyenlerin bir yurttaş olarak politik meselelerde görüş bildirebilmesi gerektiğini, bu nedenle hukuki, idari ya da cezai bir yaptırıma tabi tutulmalarının kabul edilemeyeceğini ifade etmişlerdir. Ayrıca herkese tanınan ifade özgürlüğünün aksine akademik özgürlüğün kaynağını, düşüncenin nitelikli oluşunda ve kamu yararına potansiyel katkısında bulduğunu, bu nedenle bu özgürlüğe diğer herkesin yararlandığı ifade özgürlüğünden daha geniş bir koruma sağlanması gerektiğini belirtmişlerdir.

iii. 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasındaki değişiklik gerekçesini hatırlatmış ve şiddete teşvik edici nitelikte olmayan açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirterek içeriğinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan ya da kişileri silahlı isyana teşvik edici nitelikte olmayan açıklamalar nedeniyle bireylerin cezalandırılmasının ifade özgürlüğüne aykırı olduğunu savunmuşlardır. Ayrıca Kanun'a "*cebiri şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemleri başvurmayı teşvik edecek şekilde*" ibaresi eklenerek suçun standartlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına uygun hâle getirildiğini ifade etmişlerdir.

iv. Terör örgütünün propagandasını yapma suçunun 3713 sayılı Kanun'da ayrıntılı olarak tanımlanmasına karşın bildiride "*terör örgütünün cebiri, şiddet ve tehdit yöntemlerini meşru gösterdiğinden veya övdüğünden veya bu yöntemlere başvurmayı teşvik ettiği*"ni gösteren ifadelerin ne olduğunun gerekçeli mahkûmiyet kararında ortaya konulamadığını belirtmişlerdir.

v. Bildiride geçen "*kasıtlı ve planlı kıyım*", "*katliam*", "*sürgün politikası*" gibi devlet veya nüfusun bir bölümü tarafından *incitici*, *şoke edici* veya *rahatsız edici* bulunabilecek kelimeleri, bölgede yaşanan olaylarda kullanılan gücün orantılılığını sorgulamayan ve uygulanan tedbirlerin hukukiliğine ve insaniliğine kamuoyunun bir bölümünü ikna edemeyen devlet yetkililerini *şoke etmek* ve *rahatsız etmek* amacıyla kullandıklarını ifade etmişlerdir.

vi. Bildiride sert olarak kabul edilebilecek ifadelerin eleştirilere katlanma yükümlülüğü en geniş siyasi özne olan ve kendisine yönelik en ağır eleştirileri dahi hoşgörü ile karşılamak zorunda olan devlete yönelik olduğunu, terör örgütünün uyguladığı yöntemlerin meşru gösterilmesinin, övülmesinin veya bu yöntemlere başvurulmasının teşvik edilmesinin söz konusu olmadığını savunmuşlardır.

vii. Açıklanan sebeplerle ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve değişen miktarlarda maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

62. Bakanlık görüşünde;

i. Başvurucuların açıklama yaptığı sırada, ilk derece mahkemesinin de kararına konu ettiği üzere ülkemizde “*hendek olayları*” olarak bilinen olayların yaşandığı belirtilmiştir. 2015 yılının ortalarından itibaren terör ve şiddetin bazı şehirlerde üst seviyeye çıktığı; Şırnak’ın Cizre, İdil, Silopi ilçeleri; Hakkâri’nin Yüksekova ilçesi; Diyarbakır’ın Silvan, Sur ve Bağlar ilçeleri; Mardin’in Dargeçit, Nusaybin ve Derik ilçeleri ile Muş’un Varto ilçesinde PKK terör örgütü tarafından cadde ve sokaklara hendekler kazılarak barikatlar kurulduğu ve buralara patlayıcılar yerleştirilerek yerleşim yerlerinin bir kısmında özyönetim adı altında hâkimiyet kurulmaya çalışıldığı ifade edilmiştir. Yaklaşık on ay süren ve daha sonra hendek olayları olarak isimlendirilen şiddet olayları üzerine Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğüne PKK mensuplarına karşı, başta Sur, Cizre ve Nusaybin olmak üzere on bir şehirde, anılan yerlere halkın giriş ve çıkışını engellemek isteyen terör örgütü mensuplarının temizlenmesi ve bölge halkının mal ve can güvenliğinin sağlanması için güvenlik operasyonları gerçekleştirildiği belirtilmiştir. Bu operasyonların yapıldığı bölgelerin bazılarında sokağa çıkma yasaklarının uygulandığı, bazılarında geçici süreyle askerî güvenlik bölgesi ilan edildiği, bu kapsamda terör örgütü üyelerinin yakalanarak halkın can ve mal güvenliğinin sağlanması amacıyla güvenlik güçlerince yürütülen operasyonların sona ermesinin ardından söz konusu yasakların kaldırıldığı açıklanmıştır. Dolayısıyla başvurucuların imza attığı metnin, imzanın atıldığı zaman ülkenin içinde bulunduğu koşullar gözetilmek suretiyle değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

ii. Avrupa Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’ne atıf yapılmış ve bu Sözleşme gereği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 10. maddesinin uygulanmasına ilişkin AİHM içtihatlarına ve terörizmi övmeye ve/veya terörizme teşvike ilişkin ulusal hükümlerin uygulanması hususunda devletlerin deneyimlerine özel bir dikkat gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Şiddet içeren terör suçlarına doğrudan veya dolaylı teşvik oluşturacak mesajlara yönelik belirli sınırlamaların AİHS’ye uygun olduğu hatırlatılarak terör propagandası olduğu değerlendirilen söylemlerin ne şekilde

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

yayıldığı, ne kadar geniş bir kitleye ulaştığı, dolayısıyla ne derece etki yarattığı hususlarının da sınırlamanın gerekliliği belirlenirken değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

63. Başvurucuların tamamı Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmuşlardır. Başvurucular Bakanlık görüşünde dayanan AİHM kararlarının eldeki başvuruya emsal olmadığını ifade etmişler; AİHM'in ve Anayasa Mahkemesinin çok sayıda kararına atıf yapmışlardır. Başvuruculara göre muhalif düşünce açıklamalarında terör örgütünün propagandasını yapma suçunun oluşması için gerekli olan *meşru gösterme, övme ve teşvik etme* unsurlarının var olduğunun kabul edilmesi ifade özgürlüğünü kanunilik şartı yönünden ihlal etmektedir. Bakanlığın müdahalenin meşru bir sebebinin olduğu görüşüne de itiraz eden başvurucular; bildiriye şiddetin sona ermesine katkı sunmak için imzaladıklarını, bu amaçla yapılan bir eylemin cezalandırılmasında meşru bir amacın olamayacağını ifade etmişlerdir.

64. Önemli ölçüde Anayasa Mahkemesinin *Ayşe Çelik* (B. No: 2017/36722, 9/5/2019) kararına dayanarak Mahkemenin adı geçen kararda geliştirdiği ilkelerin evrensel hukuka, Yargıtay ve AİHM içtihatlarına uygunluğuna dikkat çeken başvurucular bireysel başvuru formlarındaki beyanlarını büyük ölçüde tekrar etmişlerdir. Bundan başka başvuruya konu bildiriye ilişkin olarak Türk Ceza Hukuku Derneği'nin hazırladığı "*Bilimsel Görüş*" başvurucularca Anayasa Mahkemesine sunulmuştur.

B. Değerlendirme

65. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucuların haksız ve gerekçesiz kararlarla terör örgütünün propagandasını yapma suçundan mahkûm edildikleri iddialarının ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde esas alınacak "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

Bu hürriyetlerin kullanılması, ...kamu düzeni[nin], ...korunması ...amaçlarıyla sınırlanabilir...”

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

66. 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

67. Başvurucuların bir bildiriyi imzalamaları nedeniyle terör örgütü propagandası yapma suçundan hürriyeti bağlayıcı cezalar ile cezalandırılmalarının ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiği kabul edilmiştir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

68. 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.”

69. Sınırlamanın Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve

ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

70. Başvurucular bir müdahalenin kanunilik şartının gerçekleştiğinin kabul edilmesi için şikâyet konusu tedbirin ulusal hukukta yasal bir dayanağının bulunmasının yeterli olmadığını, norma ilişkin yorum ve uygulamaların da önemli olduğunu ifade etmişlerdir. Başvuruculara göre 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yapılan değişiklikle terör örgütünün propagandasını yapma suçu terör örgütünün şiddet ve tehdit yöntemlerini *meşru gösterme* veya *övme* veya *bu yöntemlere başvurmayı teşvik etme* şeklinde tanımlanarak hukuki belirginlik kazandırılmaya çalışılmıştır. Başvurucular, mahkûm edilmelerinin kanun koyucunun iradesine aykırı, genişletici bir yorumla mümkün olduğunu, bu durumda 7. maddenin, eylemlerinin sonuçlarını öngörmelerine imkân verebilecek şekilde yorumlanmadığını, başvuruya konu bildiriye imzalamaları nedeniyle cezalandırılacaklarını öngörmelerinin mümkün olmadığını, dolayısıyla ifade özgürlüklerinin *kanunilik* şartı yönünden ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

71. Başvurucuların müdahalenin kanuniliğine ilişkin şikâyetlerinin müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerle kuvvetli bir ilişkisi bulunmaktadır. Somut olayın değerlendirilme yöntemi gözönüne alındığında mevcut başvurunun koşullarında ilgili normların *kanunla sınırlama* ölçütünü karşılayıp karşılamadığına ilişkin nihai bir değerlendirmeye değil müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının değerlendirilmesine ihtiyaç bulunduğu kanaatine ulaşılmıştır.

ii. Meşru Amaç

72. Başvurucular ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesine uygun bir meşru amaç taşımadığını ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık ilk derece mahkemelerinin kararlarından, başvurucuların cezalandırılmalarının terör örgütü ve terörizmle mücadele kapsamında kamu düzeninin korunmasına yönelik önlemlerin

bir parçası olduğu sonucu çıkarılmış ve söz konusu amacın meşru olduğu kabul edilmiştir.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

73. 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 (*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).

(1) Kamu Gücünü Kullanan Organların Takdir Yetkisi

74. Derece mahkemeleri, bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir denge sağlamalıdır. Bir olayda meşru amaçların bulunmasının 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).

75. Derece mahkemeleri söz konusu dengelemeyi yaparken ve ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını değerlendirirken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Şüphesiz kullanılan sözlerin bireylere, bir kamu görevlisine ya da toplumun bir kesimine karşı şiddete teşvik mahiyetinde olması durumunda kamu otoritelerinin ifade özgürlüğüne müdahale konusunda takdir marjları çok daha geniştir. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, bir müdahalenin ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığına karar vermede yetki sahibi olan (iç hukuktaki) son mercidir (diğer çok sayıdaki karar arasından bkz. *Ali Kıldık*, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, § 41; *Kemal Kılıçdaroğlu*, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 57).

76. Anayasa Mahkemesinin görevi, bu denetimi yerine getirirken derece mahkemelerinin yerini almak değil, onların takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Anayasa'nın 26. maddesi açısından

uygunluğunu denetlemektir. Anayasa Mahkemesi bunu yaparken eldeki başvurunun koşulları ile beraber özellikle terörle mücadeleye bağlı zorlukları da gözönüne almaktadır.

(2) Somut Olayın Değerlendirilmesi

(a) Müdahalenin Zorunlu Bir Toplumsal İhtiyacı Karşılması

77. 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 (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

78. Terör örgütü ile yoğun çatışmaların yaşandığı bir dönemde başvuruçular “*Bu ülkenin akademisyen ve araştırmacıları olarak bu suça ortak olmayacağız!*” cümlesiyle başlayan ve kamuoyuna “*Barış İçin Akademisyenler Bildirisi*” olarak tanıtılan bir bildiriye imza atmışlardır. Anayasa Mahkemesinin çözümlemesi gereken mesele, başvuruçuların söz konusu bildiriye desteklemelerinin terör suçlarının işlenmesinin teşvik edilmesi olarak kabul edilip edilmeyeceğidir.

(i) Şiddete Teşvik

79. Terör örgütleri, görüşlerinin toplum içinde yayılmasını ve fikirlerinin kökleşmesini hedefleyerek bu amacın gerçekleşmesine yönelik her türlü vasıtaya başvurabilmektedir. Terörün veya terör örgütlerinin propagandasının da söz konusu vasıtalarından biri olduğunda kuşku yoktur. Terör, başta ifade özgürlüğü olmak üzere demokratik toplumun tüm değerlerine düşmandır. Terörün olduğu yerde temel hak ve özgürlüklere yer yoktur. Bu nedenle terörizmi, terörü ve şiddeti meşrulaştıran, öven ya da teşvik eden sözler ifade özgürlüğü kapsamında görülemez.

80. Bununla birlikte akılda tutulması gereken ilk husus Türk hukukunda terör ile bağlantılı her tür düşünce açıklamasının değil yalnızca terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek

şekilde propaganda yapılmasının suç olarak kabul edilmiş olduğudur (Ayşe Çelik, § 43).

81. İçinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan ve terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan düşünce açıklamaları sırf terör örgütünün ideolojisi, toplumsal veya siyasal hedefleri, siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin görüşlerine benzerlik gösterdiğinden bahisle terörizmin propagandası olarak kabul edilemez. Toplumsal ve siyasal ortama veya sosyoekonomik dengesizliklere, etnik sorunlara, ülke nüfustaki farklılıklara, daha fazla özgürlük talebine veya ülke yönetim biçiminin eleştirisine yönelik düşüncelerin -Anayasa Mahkemesinin daha önce ifade ettiği gibi devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici olsa bile (Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 95)- açıklanması, yayılması, aktif, sistemli ve inandırıcı bir şekilde başkalarına aşılması, telkin ve tavsiye edilmesi ifade özgürlüğünün korunması altındadır (Ayşe Çelik, § 44).

82. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında *terör suçunun işlenmesi için alenen teşvik* düzenlenmiştir (bkz. § 59). Söz konusu maddededoğrudan veya dolaylı yollardan terör suçunun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılmasının cezalandırılması hedeflenmektedir. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin *açıklayıcı raporuna* göre bu Sözleşme'nin temel özgürlüklerin sınırlandırılması yönündeki muhtemel riskin dikkatli bir şekilde analiz edilmesi için AİHM'inAİHS'in 10. maddesinin uygulanmasına ilişkin içtihadına ve *terörizmi övme* ve/veya *terörizme teşvike* ilişkin ulusal hükümlerin uygulanması hususunda devletlerin deneyimlerine özel bir dikkat göstermek gerekmektedir (açıklayıcı raporda bkz. §88).

83. Açıklayıcı rapor, şiddet içeren terör suçlarına doğrudan veya dolaylı teşvik oluşturacak mesajlara yönelik belirli sınırlamaların AİHS'e uygun olduğunu hatırlatmıştır (açıklayıcı raporda bkz. §91). Açıklayıcı raporda, daha sonra terör suçlarının işlenmesine dolaylı teşvik ile meşru eleştiri hakkı arasındaki sınırın nerede olduğu meselesinin önemine değinilmiştir:

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

“95. Bu hükmü [Terör Suçunun İşlenmesine Alenen Tahrik (Madde 5)] kaleme alırken CODEXTER [Sözleşme’nin uygulanmasının değerlendirmesi mekanizması olan Terörizmle Mücadelede Uzmanlar Komitesi], *Parlamenter Asamblenin (Görüş no. 255 (2005), paragraf 3 vii ve devamı) ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin (doküman BcommDH (2005) 1, paragraf 30 sonu) bu hükmün, terör şiddetine dolaylı tahrik oluşturabilecek ‘bir eylemin failini öven mesajları veya mağdurların aşağılanması, terörist örgütlere mali kaynak isteyen veya diğer benzeri davranışları’ kapsayabileceği hususundaki görüşlerini dikkate almıştır.*

96. Daha kazuistik olana göre bu hüküm daha genel nitelikte bir formül kullanmakta ve Tarafların terör suçlarını savunan mesajların yayılmasını veya farklı bir şekilde kamuya sunulmasını cezalandırmasını gerektirmektedir. Bu hükmün uygulanması bakımından, bunun doğrudan veya dolaylı yollardan yapılıp yapılmadığı önem taşımamaktadır.

97. Doğrudan tahrik, çoğu hukuk sisteminde bir şekilde suç teşkil ettiğinden özel bir soruna yol açmamaktadır. Dolaylı tahriki bir suç haline getirmenin amacı uluslararası hukukta veya eylemde mevcut olan boşluğu bu alanda hükümler ekleyerek telafi etmektir.

98. Bu hüküm, suçun tanımı ve uygulaması bakımından Taraflara belirli miktarda takdir yetkisi tanımaktadır. Örneğin, bir terör suçunu gerekli ve haklı göstermek dolaylı teşvik suçunu oluşturabilir.

99. Ancak, uygulanmasında iki şartın karşılanmasını gerektirmektedir: ilk olarak, bir terör suçunun işlenmesi hususunda özel bir kastın varlığı gerekir, aşağıda verilen 2. paragraftaki diğer bir gerekliliğe göre de tahrik hukuka aykırı bir şekilde ve kasten işlenmelidir.

100. İkinci olarak, böyle bir eylemin sonucu, bu tip bir suçun işlenmesi tehlikesine neden olmalıdır. Böyle bir tehlikeye neden olup olmadığı değerlendirilirken, yazarın ve mesajın muhatabının niteliği yanında suçun hangi bağlamda işlendiği AİHM’nin oluşturduğu içtihat anlamında dikkate alınacaktır. Tehlikenin önemi ve inandırıcılığı iç hukukun gereklerine uygun olarak ele alınmalıdır...”

84. Terörizmin soyut olarak propagandası ile propaganda sonucu provokasyonun gerçekleşmesi hâli arasında bir fark bulunmaktadır.

Açıktır ki terörizmin propagandası sonucu provokasyonun gerçekleşmesi hâlinde fail, suç ortaklığından veya eylem kanunlarda öngörülen başka bir suçu oluşturuyorsa o suçtan cezalandırılacaktır. Öte yandan propaganda suçunun soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesi, başta ifade özgürlüğü olmak üzere çok sayıda anayasal hak ve özgürlükler üzerinde bir baskı oluşturma potansiyeline sahiptir. Bu sebeple yukarıda alıntılanan açıklayıcı raporun 100. maddesinde ifade edildiği gibi bir propaganda faaliyetinin cezalandırılabilmesi için olayın somut koşullarında belirli oranda tehlikeye neden olduğunun gösterilmesi uygun olacaktır (*Ayşe Çelik*, § 47).

(ii)İlk Derece Mahkemelerinin Kabulü

85. Mahkemelere göre bildiride geçen ifadeler terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek mahiyette, başka bir deyişle terör örgütünün propagandası niteliğindedir. Anayasa Mahkemesi esas olarak derece mahkemelerinin birbirini tekrar eden kararlarında aşağıda özetlenen değerlendirmelerini ele alacaktır:

i. Mahkemeler bildirinin yayımlandığı koşullara büyük önem vermiştir. Mahkemeler öncelikle PKK'nın amacını hatırlattıktan sonra örgütün bu amacına ulaşmak için uzunca bir zamandır yoğun şiddet eylemlerine başvurduğunu, bildirinin yayımlandığı sırada ise şiddet ve terör eylemlerini kırsal alandan şehir merkezlerine taşımayı amaçladığını, şehirlerde özyönetim adı altında işgal eylemleri gerçekleştirdiğini, yollara barikatlar kurarak güvenlik güçleri ile uzun süren çatışmalara giriştiğini, halkı kendisine kalkan olarak kullandığını ve onların çatışma bölgelerinden ayrılmasına müsaade etmediğini ifade etmiştir (bkz. § 20).

ii. Mahkemeler 2015 yılının ikinci yarısında başlayıp 2016 yılının ikinci yarısında biten ve yaklaşık bir yıl süren terör olaylarına ilişkin bazı istatistikler de vermiştir. Buna göre hendek olayları olarak isimlendirilen çatışma sürecinde en az 532 güvenlik görevlisi şehit olmuş ve 228 sivil vatandaşımız hayatını kaybetmiştir. Sokağa çıkma yasaklarından 1.300.000 kişi doğrudan etkilenmiş, 362.000 öğrenci eğitim hakkından mahrum kalmıştır (bkz. § 18).

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

iii. Mahkemelere göre terör örgütü, şiddeti tırmandırarak meseleye uluslararası bir boyut katmak istemektedir. Terör örgütü ülkemizi uluslararası alanda küçük düşürme ve hatta bu olayları bahane ederek ülkemize dış güçler tarafından müdahale edilmesine zemin hazırlamaya çalışmaktadır (bkz. § 18).

iv. Mahkemelere göre bildirinin yayımlandığı tarihte devam eden çatışmalarda devlet tümüyle hukuka uygun hareket etmektedir (bkz. § 19). Buna karşın terör örgütü ulaşabildiği tüm araçlarla, süregiden çatışmaları güvenlik güçlerinin sivil vatandaşlara karşı sebepsiz öldürme ve imha eylemi olarak tanıtmaktadır (bkz. § 20). Nitekim bildiride de yollara barikatlar kuran, hendekler kazan, bombalı tuzaklar yerleştiren, özyönetim adı altında işgal eylemleri gerçekleştiren, siviller açısından bölgeyi yaşanmaz hâle getiren, evini terk edemeyenleri rehin alan ve canlı kalkan olarak kullanan terör örgütüne karşı kanunların verdiği yetki ve sorumlulukla mücadele eden güvenlik güçlerinin operasyonları sivillere karşı yapılmış gibi gösterilmeye çalışılmıştır (bkz. § 22).

v. Terör örgütünün üst düzey bir yetkilisinin çağrısı üzerine terör örgütünün destekçileri, güvenlik güçlerini saldırgan olarak göstermek ve olayların gerçek sorumlusu olan teröristleri aklamak için harekete geçmiş ve bu kapsamda başvuruya konu bildiri ilan edilmiştir. Başka bir deyişle mahkemeler bildirinin PKK'nın talimatı ile kaleme alındığı ve ilan edildiği kanaatine ulaşmıştır (bkz. § 21).

vi. Bildiride yalnızca devlete çağrı yapılmış, buna karşın aynı mahiyette bir çağrı terör örgütüne yapılmamıştır. Bildiride terör örgütünün yaşanan çatışmalarda sorumluluğunun olduğu, çatışmalara ve ölümlere neden olduğu yönünde hiçbir değerlendirme yapılmaması imzacıların aslında silahlı terör örgütünü koruma ve kollama saiki içinde hareket ettiğini ortaya koymaktadır (bkz. § 21).

vii. Bildiride *“katliam”, “işkence”, “sürgün”, “kasıtlı ve planlı kıyım”* gibi kavramlar bilinçli olarak kullanılmış ve olayların sorumlusunun devlet olduğu algısı yaratılmıştır (bkz. § 22).

viii. Bildirinin silahlı terör örgütünün propagandasında bir araç olarak kullanılacağına düşünülmemesi mümkün değildir (bkz. § 21).

(iii) Bildirinin Bağlamı ve İçeriği

86. Özellikle terörle mücadelenin zorlukları ile birlikte terör bağlamında yapılan açıklamaların karmaşıklığı ve muğlaklığı söz konusu olduğunda düşünce açıklamalarının şiddete teşvik mahiyetinde olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin ancak açıklamanın yapıldığı bağlama, açıklamada bulunan kişinin kimliğine, açıklamanın zamanına ve muhtemel etkilerine, açıklamadaki diğer ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır (bir televizyon programında yapılan açıklamaların terör örgütü propagandası olduğu iddiasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Ayşe Çelik*, §§ 49-51; içeriğinde terör propagandası yapıldığı ileri sürülen bir kitabın toplatılmasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Abdullah Öcalan*, §§ 100, 101; içeriğinde terör propagandası bulunduğu iddia edilen bir gazete makalesinin değerlendirildiği bir karar için bkz. *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 64; bir basın açıklamasının terör örgütünün propagandasına dönüştüğü iddiasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Mehmet Ali Aydın*, § 77).

87. Başvuruya konu düşünce açıklamasının yapıldığı tarihlerde PKK'nın on bir şehirde özerkliğini ilan etmeye kalkışması ve bu şehirlerde hendekler açarak güvenlik güçleri ile uzun süren bir çatışmaya girişmesi neticesinde çok sayıda terörist öldürülmüş ve önemli sayıda güvenlik görevlisi de şehit olmuştur. Bunların yanı sıra başvuruya konu mahkûmiyet gerekçelerinde yer verilen değerlendirmelere bakılırsa olaylarda çok sayıda sivil de hayatını kaybetmiştir. Yüz binlerce kişi çatışma bölgelerinden göç etmek zorunda kalmış, milyonlarca insan çatışmalardan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmiştir (bkz. § 18).

88. Başvurucuların düşüncelerini açıkladığı bağlam ve olayların arka planı birlikte ele alındığında başvurucuların söz konusu bildiriye en azından şu iddia ve taleplerde bulunduğu kabul edilebilir:

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

i. Devlet başta Kürtler olmak üzere bölgede yaşayanlara karşı gerçekleştirdiği “*katliam*” ve “*uyguladığı bilinçli sürgün*” politikasından derhâl vazgeçmelidir.

ii. Uzun süren sokağa çıkma yasakları nedeniyle sivil halk fiilen açlığa ve susuzluğa mahkûm edilmiştir. Ancak bir savaşta kullanılabilecek nitelikteki silahların yerleşim yerlerinde kullanılması Anayasa ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olmaktadır. Bu sebeplerle sokağa çıkma yasakları derhâl kaldırılmalı ve uygulanan terörle mücadele yöntemi terk edilmelidir.

iii. Gerçekleşen insan hakları ihlallerinin sorumluları tespit edilerek cezalandırılmalıdır.

iv. Yasağın uygulandığı yerde yaşayan vatandaşların uğradığı maddi ve manevi zararlar tespit edilerek tazmin edilmeli ve bu amaçla ulusal ve uluslararası bağımsız gözlemcilerin *yıkım bölgelerinde* giriş, gözlem ve raporlama yapmasına izin verilmelidir.

v. “*Müzakere koşullarının hazırlanması*” ve “*kalıcı bir barış için çözüm yollarının kurulması*” için Hükûmet “*Kürt siyasi iradesi*”nin taleplerini içeren bir yol haritası oluşturmali ve muhalefeti bastırmaya yönelik tüm yaptırımlara son vermelidir. Müzakere görüşmelerinde toplumun geniş kesimlerinden bağımsız gözlemciler bulunmalıdır.

(iv)Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmeleri

Üst Düzey PKK'ının Çağrısı

89. İlk derece mahkemeleri mahkûmiyet kararlarını önemli ölçüde PKK terör örgütünün bir üst düzey yetkilisinin bildirinin yayımlanmasından yaklaşık iki ay önce yaptığı ileri sürülen “*Aydın ve demokratik çevreler öz yönetimlere sahip çıksın*” şeklindeki çağrıya dayandırmışlardır (bkz. § 21). Mahkemeler söz konusu çağrının yapıldığını ve talimat mahiyetinde olduğunu, bu açıklamanın akabinde de yargılamaya konu edilen bildirinin yayımlandığını kabul etmişlerdir. Bununla beraber mahkemeler mahkûmiyet gerekçelerinde bildiriye

yazan ve imzalayanların PKK'nın talimatı ile hareket ettiklerine ilişkin varsayımı aşan bir delil gösterilebilmiş değildir.

90. Anayasa Mahkemesine sunulan belgelere göre başvuruçular böyle bir açıklamanın var olduğuna ilişkin savcılık delillerinin dosyaya sunulmasını istemişlerdir. Buna karşın bahsi geçen ve çağrı niteliğinde olduğu ileri sürülen açıklamanın hangi mecrada yapıldığına ilişkin bir bilgi bulunmadığı gibi orijinal metni Savcılıkça dosyasına konulmamış; mahkemelerce de bu hususta bir araştırma yapılmamıştır. İlk derece mahkemeleri Savcılığın iddiasını yeterli saymış, başvuruçuların bu yöndeki taleplerini ise cevapsız bırakmıştır.

91. Bundan başka Anayasa Mahkemesine sunulan belgelere göre bahsi geçen üst düzey PKK'lı iddianamede ileri sürülen tarihten bir hafta önce 22/12/2015 tarihinde bir televizyon kanalında bazı açıklamalarda bulunmuştur. Söz konusu açıklamalar daha sonra PKK terör örgütüne müzahir yayın yapan bir haber ajansında da yayınlanmıştır. Açıklamada hem Kürtlere hem de diğer etnik kökenden olanlara ayaklanma, tüm ülke sathında devlete ait binalara ve diğer yerlere saldırı çağrısında bulunmaktadır. Başta iktidardaki Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) olmak üzere PKK ile çatışan tüm güçlerin meşru hedef olduğu, her şeyi yakıp yıkmak, direnişi yükseltmek gerektiği, bunun Kürtlerin meşru savunma hakkı olduğu ifade edilmiştir. Tümüyle ayaklanma ve silahlı şiddet çağrısı niteliğindeki açıklamada *"Aydın ve demokratik çevreler öz yönetimlere sahip çıksın"* biçiminde bir ifadenin yer aldığı ise tespit edilememiştir.

92. Mahkemelerin hükme esas aldıkları çağrı ile başvuruçuların Anayasa Mahkemesine sundukları çağrının aynı olup olmadığı tartışmalıdır. Üst düzey PKK'lı, Kürtlere ve *"tüm demokratik çevrelere"* Türkiye sathında ayaklanma ve AK Parti'ye ait binalara ve yerlere saldırı çağrısı yapmışken, başvuruçuların imzaladığı bildiride, hangi kelimeler ve üslup tercih edilmiş olursa olsun, çatışmaların sona ermesi ve temel hak ve hürriyetlere saygı gösterilmesi, çözüm sürecine geri dönülmesi, şiddetin durdurulması, diyalog ve çatışmasızlık ortamının oluşturulması çağrısı yapılmıştır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

93. Başvuruya konu bildirinin PKK'nın talimatı ile hazırlandığı iddiası terör örgütünün propagandasını yapma suçunun en önemli delili olduğuna göre ilk derece mahkemelerinin açıklama metnini veya açıklamayla ilgili varsa güvenlik raporlarını, kapsamlı bir savunma yapılabilmesi için dosyaya eklemeleri bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Daha sonra mahkemelerin bu iki açıklamanın içerikleri arasında bir söylem ortaklığı ve paralelliği olup olmadığını tespit etmelerinin de gerekli olduğu açıktır.

94. Söz konusu delil ve değerlendirmelerin yargılamaların esasını doğrudan etkileyecek önemde olduğu tartışmasızdır. Bildiriye imza atanların çok sayıda mahkemede yargılandıkları düşünüldüğünde mahkemelerden hiçbirinin bu yönde bir araştırmaya ve değerlendirmeye gitmemiş olması anlaşılır değildir.

95. Ceza mahkemelerinin ve diğer kamu otoritelerinin ellerinde her tür tartışmayı ortadan kaldıracak nitelikte kesin ve inandırıcı deliller olmadan soyut bazı değerlendirmelerle bir düşünce açıklamasının terör örgütü ile yapılan bir tür iş bölümü neticesinde veya örgütün talimatı ile yapıldığını varsayması ve bu tür bir varsayımla kişilerin cezalandırılması ifade özgürlüğü üzerinde ağır bir baskı oluşturacaktır.

Tek Yanlı Çağrı

96. Diğer yandan ilk derece mahkemeleri, çatışmaların sona erdirilmesi çağrısının yalnızca devlete yapıldığına dikkat çekmiş ve aynı mahiyette bir çağrının terör örgütüne yapılmamış olmasını da mahkûmiyet gerekçelerine dayanak yapmışlardır. Mahkemeler, bildiride terör örgütünün yaşanan şiddet olaylarının sorumlusu olduğu yönünde hiçbir değerlendirme yapılmamasının başvuru sahiplerinin silahlı terör örgütünü korumak amacıyla hareket ettiklerini gösterdiğini kabul etmiştir. Mahkemelerin bu kanaatine karşın, tümüyle hukuk alanının dışında hareket eden, amacı korku salmak olan ve toplumu yıldırmaya dönük her türlü eylemi yapmaktan çekinmeyen silahlı ve tehlikeli bir örgütün muhatap alınmamasına veya değerlendirmelerde şu veya bu sebeple gözardı edilmesine hukuksal bir sonuç bağlanmasının kabul edilmeyeceğinin altı çizilmelidir.

97. Sivil toplumdan gelen talep ve önerileri dikkate alıp almamak kanunlar çerçevesinde kamu otoritelerinin takdirindedir. Ancak toplum hayatını önemli bir biçimde etkileyen bir olaya ilişkin olarak devlete bazı önerilerde bulunan kişilerin hukuken meşru ve gayrimeşru aktörleri aynı düzeyde tutmamaları ve çağrılarını terör örgütüne değil de yalnızca devlete sunmaları nedeniyle cezalandırılmalarının kamusal tartışmayı tümüyle ortadan kaldıracığında kuşku yoktur. Kaldı ki bilgilerin veya kanaatlerin *tek yönlü* olması ifade özgürlüğüne müdahale etmek için tek başına bir neden olarak kabul edilemez.

Başvurucuların Amacı

98. Başvurucular böyle bir metni imzalamalarındaki tek amacın yetkililerin dikkatini çekerek şiddetin sonlanması ve barış ortamının tesis edilmesini sağlamak olduğunu ileri sürmüşlerdir. Böyle bir metnin, içeriğinde belirtilenlerden farklı amaçlar taşıyabileceği ve bunları saklayabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Fakat ceza mahkemelerinin yalnızca zan ve varsayımlarla mahkûmiyet kararları vermesi düşünülemez. Anılan kararlarda, bildirinin yazarları ve imzacıları tarafından açıklanan amacın geçerli olmadığını gösterecek somut bir delil ortaya konulamamıştır. Dolayısıyla başvuruya konu bildiride sert sözlere ve ağır ithamlara yer verilmekle birlikte genel olarak kamu gücünü kullananlara hukuk içinde kalmaları ve meseleleri şiddeti dışlayan yöntemlerle çözmeleri çağrısında bulunulduğu kanaatine ulaşılmıştır.

99. İfade özgürlüğü; kişinin düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmaması, bunları çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelmektedir. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin başvuruya konu bildiri gibi veya başka her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve bu konuda başkalarını ikna etme çabaları ve bu çabaların hoşgörüsüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir (*Bekir Coşkun*, §§ 33-35; *Mehmet Ali Aydın*, §§ 42, 43; *Abdullah Öcalan*, § 74; *Tansel Çölaşan*, §§ 35-38).

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

100. Herhangi bir düşünce açıklamasının *algı yaratılmaya çalışıldığından* bahisle terör örgütünün propagandası olarak kabul edilmesi hukuksal bir değerlendirme olarak kabul edilemez. Bildiride, terörle mücadele eden güvenlik güçlerinin bazı uygulamalarının kabul edilemez olduğu ifade edilmiş ve kamu kurumlarına suçlamalar yöneltmiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya önemsiz görülen *bilgi* veya *fikirler* için değil aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız edenler için de geçerli olduğunu belirten AİHM kararındaki (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49) görüşlere de atıf yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu tür düşüncelerin demokratik bir toplum için şart olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereklerinden olduğunu teyit etmiştir (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 78; *Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 94; *Bejdar Ro Amed*, B. No: 2013/7363, 16/4/2015, § 63; *Abdullah Öcalan*, § 95).

Kamu Yararına İlişkin Sorunların Tartışılması

101. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası kamu yararına ilişkin sorunları kapsayan alanlarda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına çok az yer bırakmaktadır (diğerleri arasından bkz. *Ayşe Çelik*, § 54; *Ali Kıdık*, § 53, 77; *Abdullah Öcalan*, §§ 99, 108). Somut olayda başvuruoları hende olayları olarak isimlendirilen, on ay devam eden, kitlesel göçlere, pek çok kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olan olaylara ilişkin belirli bir bakış açısından bazı değerlendirmeler yapan bir bildiriye imza atmışlardır. Söz konusu bildirinin kamu yararına ilişkin sorunlara dair olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. O hâlde böyle bir düşünce açıklamasına yapılan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğinin oldukça titiz değerlendirmelerle gösterilmiş olması gerekir.

Şok Edici İfadeler

102. Bildiri kamu otoritelerini, başvurdukları terörle mücadele yöntemi ve uyguladıkları şiddetin ağırlığı konusunda açıkça eleştirmektedir. Bildiriye göre yetkililerin oldukça uzun bir süre şiddet

kullanarak sorunları halletmeye çalışması neticesinde çok sayıda ölüm ve kitlesel göç meydana gelmiştir. İmzacılar daha hafif yöntemlere başvurmayı tercih etmeyen yetkilileri *katliam* yapmak ve *bilinçli sürgün* uygulamakla suçlamakta, meydana gelen maddi kayıplar nedeniyle şehirleri *yıkım bölgeleri* olarak nitelendirmektedir. Mahkemeler, bildiride “yıkım”, “katliam”, “işkence”, “sürgün”, “kasıtlı ve planlı kıyım” gibi ifadelerin kullanılmış olmasını da eleştirmiştir. Bildirinin dilinin sert, suçlayıcı ve kamu otoriteleri açısından rahatsız edici olduğu açıktır. Fakat ifade özgürlüğünün sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız ya da ilgisiz kabul edilen bilgi ve fikirler için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu yinelenmelidir (Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/6/2015, § 35). İfade özgürlüğünün bir dereceye kadar abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir (Ali Suat Ertoşun, B. No: 2013/1047, 15/4/2015, § 66).

103. Zikredilen kavramları kullanmalarının bildiriye kaleme alanların açıkça polemik çıkarmaya ve şiddetli tepkiler yaratmaya yönelik üsluplarının bir parçası olduğu anlaşılmaktadır. Eleştirel bir düşünce açıklamasında öfke dilinin kullanılmasının muhatabı sarsma amacı da vardır. Nitekim başvuruçular uzunca bir süre devam eden şiddet sarmalının sona erdirilmesi için seslerini duyurmaya çalıştıklarını, yetkililerin dikkatini çekmeyi amaçladıklarını, bu nedenle de *şoke edici* ve *rahatsızlık verici* ifadeleri tercih ettiklerini belirtmişlerdir.

Kamu Otoritelerinin Eleştirilmesi

104. Kamu otoritelerine veya kamu politikalarına yönelik eleştirilerde Mahkememiz bazı ilkeler benimsemiştir. İlk olarak, sarf edilen bazı görüş ve ifadeler kamu gücünü kullanan organlar nazarında kabul edilemez görülse bile hukukun üstünlüğüne dayanılarak oluşturulan demokratik bir toplumda kurulu düzene, politikalara ve uygulamalara karşı çıkan veya kamu gücünü kullanan organların eylemlerini eleştiren, onları kabul edilemez bulan fikirler serbestçe açıklanmalıdır (Mehmet Ali Aydın, § 69; Ayşe Çelik, § 53).

105. İkinci olarak, terörle etkin mücadele, terörizmin yıkmak istediği demokratik hukuk devletinin temel ilkelerini koruyarak yapılabilir.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Bu kapsamda, ne kadar ağır olursa olsun, devletin terörle mücadele politikalarını eleştiren görüş ve düşüncelerden dolayı kişilere yaptırım uygulanmamalıdır.

106. Üçüncü olarak ise kamu otoritelerinin -kamu gücünü kullandıkları için- kabul edilebilir eleştiri sınırlarının özel bireylere nazaran çok daha geniş olduğu unutulmamalıdır. Demokratik bir sistemde, kamu otoritelerinin eylemlerinin ve ihmallerinin yalnızca yasama ve yargı organlarının değil aynı zamanda kamuoyunun da sıkı denetimi altında olduğu her zaman gözönünde bulundurulmalıdır (*Ayşe Çelik*, § 54; *Bekir Coşkun*, § 66; *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 69).

107. Dördüncü olarak, kamu otoriteleri kendilerine yönelik saldırı ve eleştirilere farklı araçlarla cevap ve tepki verme imkânına sahiptir. Bu imkânların varlığı nedeniyle kamu gücünü kullanan otoriteler haksız sözel saldırılar karşısında -şiddete teşvik içermedikçe- ceza soruşturma ve kovuşturmasına başvurma hususunda kendilerini sınırlandırmalıdır.

108. Beşinci olarak bildirideki ifadelerin son derece sert olduğu kabul edilse bile bildirinin bir bütün olarak herhangi bir kişiyi veya resmî görevliyi doğrudan hedef almadığı, kamuoyunu yakından ilgilendiren bir konuda büyük bir toplumsal tartışmaya yönelik ifadeler barındırdığı kabul edilmelidir. Bununla bağlantılı olarak ilk derece mahkemelerinin bildirinin ülkemizi uluslararası alanda küçük düşürme amacı bulunduğu (bkz. § 18) gerekçesine dayanmaları müdahalenin meşru sebebi olarak kabul edilemez. Başvurucuların ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin meşru sebebi kamu güvenliğinin sağlanmasıdır. Kamusal makamların şerefi veya saygınlığı gibi sebeplerle kişilerin varsayımsal değerlendirmeler üzerinden terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılması ve bu suretle ifade özgürlüklerinin sınırlandırılması anayasal olarak mümkün değildir.

109. Altıncı olarak bildiri -bir bütün olarak bakıldığında- yetkililere çatışmaların sona erdirilmesi ve yaşam hakkına ilişkin ilke ve kuralların korunması çağrısını içermektedir. Herhangi bir düşünce açıklamasının Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altında bulunan

yaşam hakkı ile ilgili olması durumunda resmî otoritelerin eylemlerine ilişkin eleştirilere daha fazla hoşgörü gösterilmesi gerekir.

Akademik Özgürlüklerle İlişkisi

110. Kamu gücünü kullanan organları hedef alan başvuruya konu bildirinin altında en az 2.200 akademisyenin imzası bulunmaktadır. Bildirinin belli ölçüde akademik özgürlüklerle de bir bağlantısının bulunduğu kabul edilmelidir. Türkiye’de ve dünyada devlet ve toplum hayatına ilişkin her türlü gelişmenin akademisyenlerin ilgi alanında bulunduğu ve akademisyenlerin kanaatlerini kamuoyuyla paylaşmasının ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunda kuşku yoktur.

111. Üniversitelerin amacı bilimsel araştırma yapmak, bilimsel araştırmalarla toplumsal gelişmeye katkı sağlamak ve nitelikli insan gücü yetiştirmektir. Bu amaçları gerçekleştirmek yalnızca bilim üretmekle ve düşünmeyi ve bilim üretmeyi özendirmekle mümkün değildir. Bunlara ilave olarak düşünce açıklanmasının desteklenmesi de şarttır. Dolayısıyla akademisyenlerin açıkladıkları görüşler kendi araştırma, mesleki uzmanlık ve yeterlilik alanlarına ilişkin olmasa, tartışmalı olsa veya rağbet görmese dahi ifade özgürlüğünün sıkı koruması altında kalmaktadır.

112. Şüphesiz akademisyenlerin her söylediklerinin mutlak anlamda doğru olduğu iddia edilemez. Bununla beraber birbirlerinden farklı, alternatif bakışların herkes için daha doğru düşünme imkânı sağladığı olgusu, üzerinde uzlaşmış bir gerçektir. Dolayısıyla uzmanlık alanı dışında olsa dahi akademisyenlerin herhangi bir vatandaş gibi en kritik ve hassas politik meselelerde en güçlü görüşlere bile karşı çıkabilmesi diğer kişilerin görüşlerine göre daha etkili olabilir ve bu sebeple de bir toplum ve ülke için hayati derecede önemlidir.

113. Son derece tartışmalı ve kamusal önemi yüksek meselelere ilişkin düşünce açıklamaları söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün demokratik bir toplum için yaşamsal olduğu ve demokrasinin temel değerlerini teşkil ettiği akıldan çıkarılmamalıdır. Demokrasinin temeli, sorunları açık bir tartışmayla çözebilme gücüne dayanmaktadır (*Ferhat Üstündağ*, B. No: 2014/15428, 17/7/2018, § 43). Terör ve şiddeti teşvik

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

ile nefret söylemi dışında ifade özgürlüğünün kullanımına yönelik müdahaleler demokrasiye zarar vermekte ve onu tehlikeye atmaktadır.

Mağdurların Aşağılanması

114. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu müdahalenin haklılığını tartışırken terör mağdurlarının acılarını görmezden gelemez. Terör örgütleri ile terör suçlarının veya bu suçları işleyen bir kişinin aleni şekilde müdafaa edilmesinin ya da meşrulaştırılmasının terör mağdurlarının ve onların akrabalarının itibarını sarsan, küçümseyen ve aşağılayan bir boyutu vardır (Ayşe Çelik, § 58). Bununla birlikte başvuruçuların imzaladığı bildiride yer alan sözlerin mağdurları aşağılayan bir boyutunun bulunduğu tespit edilememiştir.

Eleştirel Açıklamalar Propaganda Sayılamaz

115. Mevcut olayda başvuruçuların ifade özgürlüklerine yönelik müdahale 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasına dayandırılmıştır. Bu bakımdan müdahalenin hukuki bir dayanağının bulunduğu ve başvuruçulara uygulanan normun erişilebilir olduğu son derece açıktır. 3713 sayılı Kanun'un önceki hâlinde 7. maddedeki propaganda ile ilgili hükmü "*Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" şeklindeyken 11/4/2013 tarihinde Kanun'un 7. maddesinde yapılan değişiklikle *terör örgütünün, cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişinin cezalandırılacağı kurala bağlanmıştır*. Başka bir deyişle terör örgütünün propagandası suçu; çok sayıda ve her türde ifadeyi kapsayacak şekilde geniş yorumlanabilecek bir fiil olmaktan çıkarılmaya, terör örgütünün şiddet ve tehdit yöntemlerini *meşru gösterme* veya *övme* veya *bu yöntemlere başvurmayı teşvik etme* şeklinde tanımlanarak hukuki belirlilik kazandırılmaya çalışılmıştır.

116. Anayasa Mahkemesi eldeki başvuruda 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikleri, suç ve ceza politikasının esas sahibi olan kanun koyucunun değişiklik gerekçesinde (§§ 48, 52) açıkça beliren iradesini, yukarıda bahsi geçen Yargıtay içtihatlarını ve Avrupa Terörizmle Mücadele Sözleşmesinin ilgili hükümlerini görmezden gelemez.

117. Yukarıda aktarılan Yargıtay içtihatları (§§ 54-57) ile birlikte değerlendirildiğinde 6459 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 11/4/2013'ten itibaren *"terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde"* propagandasının yapılması, suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Son değişiklikle birlikte örgütün propagandasını yapmanın, bağlı hareketli bir suç haline geldiği kabul edilmelidir. Buna göre, suçun oluşabilmesi için propagandanın (a) örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek ya da (b) örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini övecek veya (c) *ö r g ü t ü n* cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı *teşvik edecek* şekilde yapılması gerekir. Diğer taraftan yapılacak değerlendirmede propaganda sonucuna ulaşılabilmesi için isnat edilen suçun öğeleri ile eylem arasında nesnel ve doğrudan bir ilişki kurulmalı, başka bir deyişle ulaşılabilecek sonuç kanun hükmünü aşar biçimde bildiri metnindeki ifadelerle dolaylı anlamlar yükleyen subjektif yorumdan ibaret olmamalıdır.

118. Kelime olarak övme, birinin veya bir şeyin iyiliklerini, üstünlüklerini söyleyerek değerini yüceltme, methetme, sena etme anlamına gelmektedir. Söz konusu olan terör örgütün propagandası olunca övme, bir terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini görkemli, değerli veya yararlı olarak takdim etmektir. Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı teşvik etmede ise belirli bir suçun doğruluğu, yüceliği hakkında değil, bu suçun işlenmesinin gerekliliği hakkında beyanlarda bulunmaktadır. Tahrik; harekete geçirici, özel, psikolojik bir enerjiyle, başkalarının iradesi üzerinde doğrudan doğruya etki yaratmaya yönelmiş bir davranış anlamındadır. Meşru gösterme ise bir terör örgütünün işlediği suçları iyi gösterme niteliğindedir. Terör örgütünün amacını gerçekleştirmek için yapmış olduğu öldürme, bombalama, yaralama, adam kaırma, korkutma gibi cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek şekilde propagandasını yapmak, bu suçun unsuru olarak düzenlenmiştir.

119. Başvuruya konu olaydakine benzer düşünce açıklamalarında dikkate alınacak esas unsurlar şu şekilde sıralanabilir:

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

(a) Terör örgütünün propagandası suçunda örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini belirli bir yoğunlukta savunarak, başkalarının aynı davranışın gerçekleştirilmesi amaç edinilmektedir.

(b) Düşünce açıklamalarının kişileri terör örgütlerinin cebir, şiddet ve tehdit yöntemlerini kullanmaya sevk edecek derecede kin ve düşmanlık barındırıp barındırmadığı irdelenmelidir. Bu bağlamda Devletin terör örgütü ile girdiği meşru mücadelede yaşanan sosyal veya bireysel sorunlara ilişkin açıklamalar -bunlar tamamen öznel değerlendirmeler olsa dahi- tek başına terör suçlarını işlemeye hazır bulunan insanları bilinçlendirmeye veya cesaretlendirmeye olanak sağlayan, bu suçların işlenme riskini artıran düşünce açıklamaları olarak kabul edilemez (*Ayşe Çelik*, § 56).

(c) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı teşvik etme, terör suçlarının işlenmesine kışkırtmak niyetiyle terör suçlarının işlenmesini savunarak bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılmasıdır. Bu bağlamda içinde kişileri şiddete başvurmaya yönlendiren ifadeler yer almayan ve terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan açıklamalar terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı teşvik etme olarak kabul edilemez.

120. Anayasa Mahkemesi, çok sayıda kararında ifade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahalelerin Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edeceğini ifade etmiştir. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için kamu makamları tarafından ortaya konulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olması gerekir (diğerleri arasından bkz. *Kemal Kılıçdaroğlu*, § 58; *Bekir Coşkun*, § 56; *Tansel Çölaşan*, § 56).

121. Derece mahkemelerinin kararları incelendiğinde başvuru sahiplerinin eleştirilerini tek taraflı şekilde ifade ettiklerinden, terör örgütünün kayırdıklarından ve güvenlik güçlerine kara çaldıklarından bahisle terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırıldıkları anlaşılmaktadır.

122. Buna karşılık derece mahkemelerinin hiçbirinin kararında bildirinin hangi surette terör örgütünün şiddet ve tehdit yöntemlerini *meşru gösterdiğine* veya *övdüğüne* ya da *bu yöntemlere başvurmayı teşvik ettiğine* dair bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu bakımdan mahkûmiyet kararlarında ortaya konulan gerekçelerin *ilgili* ve *yeterli* olduğunun kabul edilmesi mümkün olmamıştır.

Nihai Değerlendirmeler

123. Anayasa Mahkemesi son kırk yıldır ülkenin bir kısmında olağanüstü hâl ilan edilmesini gerektiren, çok ciddi can kayıplarına yol açan, güvenlik kuvvetleri ile PKK terör örgütü arasında ciddi çatışmaların meydana geldiği bölgedeki güvenlik durumunu ciddileştirecek sözler ve eylemler konusundaki endişelerin bilincindedir.

124. Dahası başvurunun odağında yer alan bildirinin belirli bir perspektiften ve tek yanlı hazırlandığı, abartılı yorumlar içerdiği, güvenlik güçlerine karşı incitici ve saldırgan bazı ifadeler barındırdığı da kabul edilmelidir. Buna ilave olarak Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün korumasından faydalanması gerektiği yönündeki yorumları Anayasa Mahkemesinin bildiride yer alan düşünceleri paylaştığı veya desteklediği anlamına da gelmez.

125. İncelenen başvuruda başvuruçuların altına imza attıkları açıklama gerçekten de toplumun büyük çoğunluğu için kabul edilemez bir içeriğe sahiptir. Ülkenin bir bölgesinde terör örgütü mensuplarınca açılan hendeklere ve silahlanmaya müdahale eden, bu anlamda da terörle mücadele eden devleti halka *"katliam"*, *"kıyım"* ve *"işkence"* yapmakla suçlayan bir açıklamaya katılmak elbette mümkün değildir. Bunlar, belki çok küçük bir grup dışında, toplumun kahir ekseriyetini rahatsız eden çok ağır ifadelerdir.

126. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin hiçbir şekilde içeriğine katılmadığı sözler de ifade özgürlüğü kapsamında kalabilir. Bir ifade ya da açıklamanın ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilirken söz konusu ifadelerin doğru ya da rahatsız edici olup olmadıkları belirleyici olmaz. Bu noktada kullanılan sözlerin doğru ya da kabule şayan olup olmadığının değil, terör örgütünün cebir,

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

127. Bir bütün olarak bakıldığında içeriği Anayasa Mahkemesince paylaşılmasa bile bildirinin ilan edildiği bağlam da dikkate alındığında şu sonuçlara ulaşılmıştır:

(a) Başvurucuların altına imza attıkları bildirinin nesnel anlamı gözetildiğinde bir bütün olarak PKK terörünün övülmesi, terörizme destek gösterisi, şiddet kullanımına, silahlı direnişe ya da başkaldırıya doğrudan veya dolaylı teşvik olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Başka bir deyişle bildiride başkalarının aynı suçların işlenmesi amacıyla terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerinin savunulduğu değerlendirilmemiştir.

(b) Bir düşünce açıklamasının terörün veya terör örgütünün propagandası olduğu iddia edildiğinde değerlendirilecek en önemli unsur ifadelerin şiddete yol açma potansiyelinin bulunup bulunmadığıdır. Somut olayın koşullarında başvuruya konu bildirinin internette yayımlanmasının devlet ve toplum hayatında olumsuz sonuçlar doğurduğu, devletin terörle mücadele faaliyetleri üzerinde kayda değer bir etkisi olduğu gösterilememiştir.

(c) Bildiriyle hendek olaylarında güvenlik güçleri ile çatışmaya giren örgüt üyelerinin övüldüğü, terör örgütünün yüceltildiği, çatışmalara doğrudan katılan güvenlik gücü mensuplarına karşı özellikle bir nefret aşılandığı veya şiddete başvurmanın cesaretlendirildiği değerlendirilmemiştir (*Ayşe Çelik*, § 57; ayrıca ilgili olduğu ölçüde bkz. *Abdullah Öcalan*, §§ 105-108; *Mehmet Ali Aydın*, §§ 81-84).

(d) Hazırlanmasında veya imzalanmasında güdülen diğer amaçlar ne olursa olsun ve hangi dil ve üslup kullanılırsa kullanılsın nihai olarak bildiride o tarihlerde sürmekte olan çatışmaların sona erdirilmesi talebinin baskın olduğu değerlendirilmiştir.

(e) Dolayısıyla bildirinin örgütün başa çıkılması imkânsız bir güç olduğu ve amacına ulaşabileceği kanaatini toplum üzerinde oluşturmak, örgütün terör eylemlerine karşı olan kişi ve kuruluşları ortadan

kaldırmak, sindirmek, halkın örgüte aktif desteğini sağlamak amacıyla ilan edildiği kanaatine ulaşılmamıştır.

128. Açıklanan bir düşüncenin salt ağır olması, yetkilileri sert biçimde eleştirmesi, keskin bir dil kullanılarak ifade edilmesi ve hatta tek taraflı, çelişkili ve subjektif olması şiddete tahrik ettiği, topluma, devlete ve demokratik siyasal düzene yönelik olarak bir tehlike ortaya çıkarttığı ve buna bağlı olarak kişileri kanunlara aykırı eylemler yapmaya teşvik ettiği anlamına gelmez.

129. En geniş siyasi özne olan devlete yönelik eleştirinin sınırlarının bireylere yöneltilen eleştirilere göre çok daha geniş olduğunda bir tereddüt olamaz. Yaklaşık on ay boyunca on bir şehirde terör örgütüne karşı yürütülen ve milyonlarca insanın hayatını etkileyen operasyonların kamuoyu tarafından takip edilmesi ve operasyonlar hakkında farklı değerlendirmeler yapılması normal karşılanmalıdır.

130. Başvurucuların imzaladığı bildirideki düşüncelerin toplumun büyük çoğunluğunun düşüncelerinden açıkça farklı olduğu ortadadır. Ancak tam da bu sebeple bu tür açıklamaların korunması noktasında daha hassas davranılması gerekir. Çünkü bu tür müdahaleler kamuoyunun ülkede meydana gelen son derece önemli olaylar hakkındaki farklı bakış açılarının -onların büyük çoğunluğu için bu bakış açısının kabul edilmesi ne kadar zor olursa olsun- öğrenme hakkına ağır bir sınırlama getirmektedir.

131. Bildirinin imzalanmasına neden olan operasyonları yürüten kamu gücüne karşı ağır eleştirilerde bulunulabileceğinin öngörülmesi ve demokratik çoğulculuk açısından bunlara daha fazla tahammül edilmesi gerekir. Yukarıdaki bilgiler dikkate alındığında başvurucuların mahkûmiyetlerinin *zorunlu toplumsal bir ihtiyaca* karşılık gelmediği sonucuna ulaşılmıştır.

(b) Orantılılık

132. Orantılılık bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

etmektedir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 57; *Tansel Çölaşan*, §§ 46, 49, 50; *Hakan Yiğit*, §§ 59, 68).

133. Anayasa Mahkemesi daha önce cezai alanda yalnızca belirli bir süre denetim altına alınma (*Fatih Taş*, § 108) ve ertelenmiş bir ceza ile mahkûm edilme (*Orhan Pala*, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 54; *Hakan Yiğit*, §§ 68) durumunda bile yine de bunun cezai bir yaptırım olduğuna ve her hâlükârda bu durumun başvuruçunun ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulmasını haklı göstermeye tek başına yeterli olmayacağına karar vermiştir.

134. Kamu gücünü kullananların eylemleri hakkındaki açıklamaların rahatsız edici de olsa cezalandırılması *caydırıcı etki* doğurarak toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin susturulmasına yol açabilir. Cezalandırılma korkusu, çoğulcu toplumun sürdürülebilmesine engel olabilir (*Ergün Poyraz* (2), § 79). Bilhassa cezalandırılmaları hâlinde ülkede kamu yararına ilişkin konuların tartışılmasına yönelik katkılarına ciddi şekilde engel oluşturacağı muhakkak olan akademisyenler gibi kişiler güçlü nedenler olmadan cezalandırılmamalıdır (gazeteciler bağlamında bkz. *Orhan Pala*, § 52; *Bekir Coşkun* § 58; *Ali Rıza Üçer* (2) [GK], B. No: 2013/8598, 2/7/2015, § 46).

135. Başvuruçuların tümü hürriyeti bağlayıcı cezalarla cezalandırılmıştır. Birinci başvuruçu dışındaki başvuruçuların mahkûmiyet kararlarının açıklanması ise ertelenmiş ve başvuruçular beş yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmıştır. Birinci başvuruçunun cezasının bir kısmı infaz edilmiştir. Başvuruçular hayatlarını düşünce açıklamaları ile sürdüren kişilerdir ve araştırmalar yapmak, konferans ve seminerlere katılmak, tartışmalarda söz söylemek, tezler ileri sürmek başvuruçuların mesleklerinin bir parçasıdır. Dolayısıyla ifade özgürlüğü bilhassa akademisyenler için özel önem arz etmektedir. Ertelenmiş olsa bile cezalandırılmanın başvuruçular üzerinde kesintiye uğraticı bir etkisi olduğunu ve sonunda denetim süresini yeni bir mahkûmiyet almadan geçirse bile kişilerin bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından imtina etme riski bulunduğunu kabul etmek gerekir. Netice itibarıyla başvuruçuların cezalarının gelecekte infaz edilebilme olasılığının kendilerinde stres ve cezalandırılma endişesi doğurduğu kabul edilmelidir (*Orhan Pala*, § 54; *Bekir Coşkun* § 70).

136. Sonuç olarak somut olayın koşullarında başvuruçular hakkında -bazıları ertelenmiş olsa da- hürriyeti bağlayıcı ceza vermek suretiyle yapılan ve *zorunlu toplumsal bir ihtiyaca* karşılık gelmediği kabul edilen müdahalenin terör örgütü ve terörizmle mücadele kapsamında hedeflenen kamu düzeninin korunması amacıyla orantılı olduğunun gösterilemediği kanaatine ulaşılmıştır.

137. Demokratik bir toplumda otosansür refleksine hizmet eden bir cezaya maruz kalınması, kamu gücünü kullanan organların karar ve eylemlerini sorgulanamaz hâle getirir. Oysa demokratik bir toplumda devletin, kamusal faydası yüksek olan bir tartışmanın yürütülmesini ceza tehdidi yoluyla engellemek yerine bilgi kaynaklarına ve iletişim araçlarına erişim imkânlarının genişliğinden yararlanarak kendisine yönelik eleştirileri etkili bir biçimde yanıtlamak suretiyle bu konudaki kamusal tartışmaya katkıda bulunması beklenir.

138. Her hâlükârda kamu gücünü kullanan organlar eleştirilere cevap verilmesi hususunda ülkedeki herkesten daha fazla güç ve imkâna sahiptir. Özellikle son derece saçma ve ilgisiz bile görünse muhaliflerin haksız saldırı ve eleştirilerine farklı yollardan cevap verme imkânının olduğu durumlarda ceza kovuşturmasına başvurulmamalıdır.

139. Başvuruçuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

C. Diğer İhlal İddiaları

140. Başvuruçular bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde yargılanmadıklarından, kararların gerekçeli olmadığından, savunma için gerekli zaman ve kolaylık tanınmadığından, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğinden şikâyet etmişlerdir. Başvuruçular usule ilişkin bazı güvencelerden faydalandırılmadıklarından ve bu sebeple

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

adil yargılanma haklarının ihlal edildiğinden şikâyet etmişlerse de ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığından ayrıca adil yargılanma şikâyetlerinin değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

141. Bundan başka başvuruçular hapis cezası ile cezalandırılmaları ile yapılan müdahalenin amaç dışı kullanılması yasağını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruçulara göre mahkemelerin gerekçeleri ilgili ve yeterli değildir ve suçun kanuni tanımının açıkça dışına çıkmıştır. Başvuruçulara göre bu durum ülkedeki tüm muhalifleri hedef alan uygulamalarla beraber düşünüldüğünde ifade özgürlüklerine yapılan müdahale *uygunsuz nedenlere* dayanıldığını göstermektedir. Başvuruçuların haklarındaki mahkûmiyet kararlarının Anayasa'nın 13. maddesinde koruma altına alınan hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı olması yasağına ve Anayasa'nın 14. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturduğu iddiaları da ifade özgürlüğü yönünden ulaşılan sonuç nedeniyle ayrıca değerlendirilmemiştir.

D. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

142. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvuruçunun 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 başvuruçuyu 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.”

143. 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 kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir (detaylı açıklamalar için *Mehmet Doğan*, §§ 57-60).

144. Başvurucular, ihlalin tespiti ile birlikte yeniden yargılama ve değişen miktarlarda manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

145. Başvurucuların mahkûmiyetinin zorunlu *toplumsal bir ihtiyaca karşılık gelmediği ve orantılı olmadığı*, dolayısıyla *demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı*, bu sebeplerle ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle başvurunun ifade özgürlüğünün ihlalinin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

146. 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.

147. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılmasından ve ihlal kararı verilmesinin nedenlerini gideren Anayasa Mahkemesinin belirttiği ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın birer örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemelere gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

148. Yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurularda ayrı ayrı ve net 9.150 TL manevi tazminat ödenmesine, diğer tazminat taleplerinin reddedilmesine karar verilmesi gerekir.

149. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 364,60 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.839,60 TL yargılama giderinin başvuru Zübeyde Füsun Üstel'e ödenmesine, 294,70 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.769,70 TL yargılama giderinin

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

başvurucular Sharo İbrahim Garip, Yasemin Gülsüm Acar ve Canan Özbey'e ayrı ayrı ödenmesine, 884,10 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.359,10 TL yargılama giderinin başvurucular Ayda Rona Aylin Altınay Cingöz, Melda Tunçay ve İzzeddin Önder'e müştereken ödenmesine, 589,40 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.064,40 TL yargılama giderinin başvurucular Nazlı Ökten Gülsoy ve Zübeyde Gaye Çankaya Eksen'e müştereken 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 Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere mahkûmiyet kararlarını veren ilgili mahkemelere GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvuruculara net 9.150 TL manevi tazminatın ayrı ayrı ÖDENMESİNE,

E. 1. 364,60 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.839,60 TL yargılama giderinin başvuru Zübeyde Füsun Üstel'e ÖDENMESİNE,

2. 294,70 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.769,70 TL yargılama giderinin başvurucular Sharo İbrahim Garip, Yasemin Gülsüm Acar ve Canan Özbey'e AYRI AYRI ÖDENMESİNE,

3. 884,10 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.359,10 TL yargılama giderinin başvurucular Ayda Rona Aylin

Altınay Cingöz, Melda Tunçay ve İzzeddin Önder'e MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

4. 589,40 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.064,40 TL yargılama giderinin başvuru Nazlı Ökten Gülsoy ve Zübeyde Gaye Çankaya Eksen'e MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru 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 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 26/7/2019 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucuların imza attıkları metnin, imza atıldığı zamanda ülkenin içinde bulunduğu koşullar gözetilmek suretiyle değerlendirilmesi gerektiği, çok sayıda güvenlik görevlisinin şehit düştüğü ve keza çok sayıda sivil vatandaşın hayatını kaybettiği olayların güvenlik operasyonlarının sonucu olduğu, 3713 sayılı Kanunun 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasının kanunilik şartını karşıladığı, derece mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararlarının terörle mücadele kapsamında kamu düzeninin korunmasına yönelik önlemler çerçevesinde meşru bir amaç taşıdığı, Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 5. maddesinin de doğrudan veya dolaylı yollardan terör suçunun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın (terör suçunun işlenmesi için alenen teşviğin) kamuoyuna yayılmasının ceza yaptırımına bağlanabileceğini öngördüğü, keza anılan Sözleşme'nin "Açıklayıcı Rapor"una göre şiddet içeren terör suçlarına doğrudan veya dolaylı teşvik oluşturacak mesajlara yönelik sınırlamaların Sözleşme'ye uygun olduğunun belirtildiği, bu nedenle anılan metinde (Bildiride) açıkça ifade edilen "... Türkiye Cumhuriyeti; vatandaşlarını ... fiilen açlığa ve susuzluğa mahkûm etmekte, yerleşim

yerlerine ancak bir savaşta kullanılacak ağır silahlarla saldırarak ... hemen tüm hak ve özgürlükleri ihlâl etmektedir ...”, “... Bu kasıtlı ve plânlı kıyım ...”, “... Devletin ... tüm bölge halklarına karşı gerçekleştirdiği katliam ve uyguladığı bilinçli sürgün politikasından derhal vazgeçmesini ...”, “... Devletin vatandaşlarına uyguladığı şiddete hemen şimdi son vermesini ...”, “... Bu ülkenin akademisyen ve araştırmacıları olarak sessiz kalıp, bu katliamın suç ortağı olmayacağımızı beyan ediyor ...” şeklindeki açıklamalarının derece mahkemelerince terör propagandası şeklinde değerlendirilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ve zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı, keza ifade özgürlüğüne bu yolla vaki müdahalenin orantılı bir müdahale teşkil ettiği, diğer bir deyişle başvuruçuların fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa’nın 26. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlandığı ve derece mahkemeleri kararlarının bu nedenle ilgili ve yeterli olduğu görülmektedir.

2. Anayasa’nın “Başlangıç”ında da, Türk Devleti’nin bölünmez bütünlüğü” (Devleti ve ülkesiyle bölünmez bütünlük) ilkesi özellikle vurgulanmış (1. ve 5. paragraflar), Yükseköğretim Kurumlarını düzenleyen 130. maddesinde de (4. paragraf) “... Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler. Ancak bu yetki, Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma serbestliği vermez.” hükmü yer almıştır. Anılan bu Anayasal düzenlemeler öğretim üyeleri yönünden “Devlete Sadakat” borcu yükleyen en üst hukuk normlarıdır. Bu normlara ilaveten 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu’nun 4/b ve 5/b maddelerinde de anılan düzenlemelere paralel hükümler yer almaktadır. Öğretim üyeleri için “Milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği” aleyhinde “bilimsel araştırma ve yayında” bulunma yasağı öngören Anayasa düzenlemesinin, aynı konuda “ifade hürriyeti” serbestliği tanıdığı söylenemeyeceğinden; Anayasa’nın 26. maddesinin herkese tanıdığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin, Anayasa’nın 130. maddesinde belirtilen konuda öğretim üyeleri yönünden, 26/2. madde dışında ayrıca sınırlandırılmış olduğu anlaşılmaktadır. Devlete sadakat ilkesiyle bağdaşmayacak sıfat ve isnatların ise esasen ifade hürriyeti ile karşılanması mümkün değildir.

Yeri gelmişken işaret etmek gerekir ki genel olarak çalışanların ve kamu görevlilerinin işverenlerine ve Devlete olan sadakat borçlarının ihlal edildiği durumlarda, AİHM ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri gerekli ve orantılı bulmaktadır. (AİHM *Langner/Almanya* kararı; B.No: 14464/11)

3. Yukarıda açıklanan nedenlerle; başvuruçuların ifade hürriyetlerinin ihlal edilmediği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Kamuoyunda çukur olayları olarak isimlendirilen terör ve şiddet olaylarını gerçekleştiren PKK terör örgütü mensuplarına karşı güvenlik kuvvetlerince yürütülen operasyonlar sırasında yayımlanan bir bildiri de imzası bulunan başvuruçuların, terör örgütü propagandası yapma suçunu işlediklerinden bahisle cezalandırılmaları üzerine gerçekleşen başvuruda mahkememiz çoğunluğunca başvuruçuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Karara, aşağıda açıklayacağımız nedenlerle katılmadık.

1. Ülkemizin doğu ve güneydoğu bölgelerinde 2015 ve 2016 yıllarında terörle mücadele kapsamında yaklaşık on ay süreyle yaşanan çatışma ve yürütülen operasyonlar sırasında, 11.01.2016 tarihinde, aralarında başvuruçuların da bulunduğu değişik üniversitelerde görev yapan 1.128 akademisyenin imzasıyla bir bildiri yayımlanmıştır. Bildirinin yayımlanmasını takip eden hafta içinde yeni imzalarla birlikte bildirinin imzacı sayısı 2.200'ü aşmıştır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

2. Bildirinin yayımlanmasının ardından başvuru haklarında terör örgütü propagandası yapma suçundan soruşturmalar başlatılmış ve ceza davaları açılmıştır.

3. Bireysel başvuru dosyaları birleştirilen dokuz (9) başvuru hakkındaki her biri hakkında birer yıl üçer ay hapis cezasına hükmedilmiş, başvuru Zübeyde Füsün Üstel dışındaki diğer tüm başvuru haklarında HAGB kararı verilmiş, Zübeyde Füsün Üstel hakkında ise muvafakati olmadığından HAGB kararı verilememiştir. Mahkemelerce, başvuru Melda Tunçay dışında diğer tüm başvuru haklarında verilen kararlarda aynı gerekçelere, Melda Tunçay hakkında verilen kararda ise diğerleri hakkında verilen kararlardaki gerekçelere benzer gerekçelere dayanılmıştır.

4. Kararların kesinleşmesinin ardından dosyadaki başvuru kararla bireysel başvuruda bulunulmuştur.

5. Mahkememiz çoğunluğunca, tercih edilen inceleme yöntemi kapsamında, derece mahkemelerinin gerekçeleri değerlendirilmiş, sonuçta da başvuru haklarının mahkûmiyetlerinin zorunlu toplumsal bir ihtiyaca karşılık gelmediği ve hürriyeti bağlayıcı ceza vermek suretiyle yapılan müdahalenin terör örgütü ve terörizmle mücadele kapsamında hedeflenen kamu düzeninin korunması amacıyla orantılı olduğunun gösterilemediği gerekçeleriyle başvuru haklarının Anayasa'nın 26. maddesinde güvenceye bağlanan ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

6. Bu bağlamda öncelikle belirtmemiz gerekir ki, somut olayda, Anayasa Mahkemesinin önünde çözümlenmeyi bekleyen mesele, güvenlik kuvvetleri ile terör örgütü arasında yoğun çatışmaların yaşandığı bir dönemde başvuru haklarının “Bu ülkenin akademisyen ve araştırmacıları olarak bu suça ortak olmayacağız!” cümlesiyle başlayan ve kamuoyuna “Barış İçin Akademisyenler Bildirisi” olarak tanıtılan ve içeriğine biraz sonra değinilecek olan bir bildiriye imzalamış olmalarının, terör örgütü propagandasını yapma (terör suçlarının işlenmesinin teşvik edilmesi) olup olmadığıdır.

7. Elbette ki somut olayda, başvuruçuların ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin ihlal sonucu doğurmayan, başka bir ifadeyle Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir müdahale olarak nitelendirilebilmesi için, müdahalenin, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ulaşılmak istenilen amaç için gereken ölçüde olması; demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için de, hem zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve hem de orantılı olması gerekmektedir. Bir başka söyleyişle müdahalenin amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir.

8. Öte yandan demokratik toplum düzeninin gerekleri, terörle mücadele kapsamında gerçekleştirilen müdahalelerde, eylemlerin ya da ifadelerin şiddet ve terörle bağlantısının, bunların şiddete ve teröre teşvik edip etmediğinin, şiddet ve terör övgüsü içerip içermediğinin, şiddet ve terörü yüceltip yüceltmediğinin ve buna benzer konuların incelenmesini gerekli kılmaktadır.

9. Bu inceleme yapılırken de, bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Zira bir olayda meşru amaçların bulunması tek başına bir hakkı ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurulması gerekmektedir.

10. Kamu otoriteleri, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorunlu toplumsal bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını değerlendirirken yukarıda sözü edilen dengeyi gözetmek koşuluyla belirli bir takdir yetkisine sahiptirler. Buradaki takdir yetkisi hem yasama organına hem de özellikle ilgili mevzuatı yorumlama ve somut olaya uygulama yetkisine sahip yargı makamlarına aittir.

11. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin acil ve zorunlu toplumsal bir ihtiyacın karşılanması için uygun ve elverişli olup olmadığı, müdahalenin yapılması konusunda ortaya konulan gerekçelerin amaca uygunluğu ve yeterliliği konularında takdir yetkisini haiz olan kamu otoritelerinin söz konusu takdir yetkileri, teröre ilişkin konularda daha da genişlemektedir.

12. Bilindiği üzere terör örgütleri, görüşlerinin toplum içinde yayılmasını ve fikirlerinin kökleşmesini amaçlamakta ve bu amacın gerçekleşmesine yönelik her türlü vasıtaya başvurabilmektedirler. Söz konusu vasıtalarından birisinin de terörün veya terör örgütlerinin propagandası olduğu kuşkusuzdur. Terör, başta ifade özgürlüğü olmak üzere demokratik toplumun tüm değerlerine düşmandır. Bu nedenle terörizmi, terörü ve şiddeti meşrulaştıran, öven ya da teşvik eden sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında görülmesi mümkün değildir.

13. Türk hukukunda terör örgütü propagandasını yapma suçu, somut tehlike suçu olarak değil, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte terörle bağlantılı her tür düşünce açıklamasının değil yalnızca terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapılması suç olarak kabul edilmiştir. Buna göre, bir kişinin terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapması durumunda bu kişi yönünden suçun oluştuğunun kabulü gerekecektir.

14. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, içinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan ve terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan düşünce açıklamaları terör propagandası olarak nitelendirilmemektedir.

15. Bununla birlikte bu bağlamda özellikle vurgulamak gerekmektedir ki, şiddeti öven veya şiddetin yaygınlaşmasına neden olan veya olabilecek nitelikte olan ifade açıklamaları ile (toplumun genelini rahatsız da etse, mevcut düzene itiraz eder nitelikte de olsa) barışçıl içeriği haiz, barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi savunulan ifade açıklamaları arasında titiz bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bu bir zorunluluktur. Zira şiddeti bir yöntem olarak benimseyen veya ona yönelen düşüncelerin açıklanması demokratik toplumun varlığını tehlikeye düşürür ve demokratik bir hakkın kullanımı ile bağdaşmaz. Dolayısıyla bu tür düşüncelerin demokratik bir toplumda tahammül edilmesi gereken düşüncelerden sayılması mümkün değildir.

16. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 5. maddesinde doğrudan veya dolaylı yollardan terör suçunun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılmasının cezalandırılması hedeflenmiştir. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin açıklayıcı raporunda şiddet içeren terör suçlarına doğrudan veya dolaylı teşvik oluşturacak mesajlara yönelik belirli sınırlamaların AİHS'e uygun olduğu hatırlatılmıştır.

17. Kamuya bir mesajın sunulması için, çeşitli araçlar ve teknikler kullanılabilir. Terör propagandası olduğu değerlendirilen söylemlerin ne şekilde yayıldığı, ne kadar geniş bir kitleye ulaştığı dolayısıyla ne derece etki oluşturduğu hususları da sınırlamanın gerekliliğini belirlerken değerlendirilmesi gereken hususlardandır. Özellikle terörle mücadelenin zorlukları ile birlikte terör bağlamında yapılan açıklamaların karmaşıklığı ve muğlaklığı söz konusu olduğunda, düşünce açıklamalarının şiddete teşvik mahiyetinde olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin ancak açıklamanın yapıldığı bağlama, açıklamada bulunan kişinin kimliğine, açıklamanın zamanına ve muhtemel etkilerine, açıklamadaki diğer ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır.

18. Yargıtay içtihatlarına göre de bir ifadenin, terör örgütünün propagandası suçunu oluşturabilmesi için terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek niteliği haiz olması; başka bir söyleyişle ifadenin, şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici ya da silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret meydana getirerek, şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtacak bir söylem olması; doğrudan veya dolaylı şiddete çağrının varlığının tespiti halinde de ifade sahibinin kimliğinin, konumunun, ifadenin hayata geçtiği yer ve zamanın gözetilmesi suretiyle değerlendirilmesi gerekmektedir.

19. Derece mahkemelerinin kararlarına göre, başvuruclar tarafından imzalanan bildiride geçen ifadeler, terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek nitelikte, başka bir deyişle terör örgütünün propagandası niteliğindedir.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Derece Mahkemelerine göre:

- Bildirinin yayımlandığı tarihteki koşullar büyük önem taşımaktadır. Zira Devletin hâkimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik faaliyetlerde bulunmak, anayasal düzeni ve Türkiye Cumhuriyeti'nin üniter yapısını bozmak amacıyla olan ve bu amaç için aralıksız olarak sürdürdüğü silahlı terör faaliyetleri ile binlerce sivil ve güvenlik gücünün ölümüne neden olan ve halen de bu eylemlerine devam ederek çok sayıda vahim nitelikte eylemler gerçekleştiren PKK/KCK Terör örgütü, bildirinin yayımlandığı sırada, şiddet ve terör eylemlerini kırsal alandan şehir merkezlerine taşımayı amaçlamış, şehirlerde özyönetim adı altında işgal eylemleri gerçekleştirmiş, yollara barikatlar kurarak güvenlik güçleri ile uzun süren çatışmalara girişmiş, sivil halkı kalkan olarak kullanmış ve onların çatışma bölgelerinden ayrılmasına müsaade etmemiştir.

- Terör örgütü, şiddeti tırmandırarak meseleye uluslararası bir boyut katmak istemiş, ülkemizi uluslararası alanda küçük düşürme ve hatta bu olayları bahane ederek ülkemize dış güçler tarafından müdahale edilmesine zemin hazırlamaya çalışmıştır.

- Bildirinin yayımlandığı tarihte devam eden çatışmalarda Devlet tümüyle hukuka uygun hareket etmekte iken, terör örgütü ulaşabildiği tüm araçlarla, güvenlik güçlerinin faaliyetini sivil vatandaşlara karşı sebepsiz öldürme ve imha eylemi olarak tanıtmıştır. Bildiride de yollara barikatlar kuran, çukurlar kazan, bombalı tuzaklar yerleştiren, özyönetim adı altında işgal eylemleri gerçekleştiren, siviller açısından bölgeyi yaşanmaz hâle getiren, evini terk edemeyenleri rehin alan ve canlı kalkan olarak kullanan terör örgütüne karşı kanunların verdiği yetki ve sorumluluk çerçevesinde güvenlik güçlerince yürütülen operasyonlar sivillere karşı yapılmış gibi gösterilmeye, dolayısıyla Devletin güvenlik kuvvetlerince meşru hukuk zemininde yürütülen terörle mücadele faaliyeti bildiriye imzalayanlarca da teröristlerin gösterdiği gibi gösterilmeye çalışılmıştır.

- Bildiri terör örgütünün üst düzey bir yetkilisinin çağrısı üzerine güvenlik güçlerini saldırgan olarak göstermek ve olayların gerçek sorumlusu olan teröristleri aklamak için yayımlanmıştır.

- Bildiride “katliam”, “işkence”, “sürgün”, “kasıtlı ve planlı kıyım” gibi kavramlar bilinçli olarak kullanılmış ve olayların sorumlusunun devlet olduğu algısı oluşturulmuştur. Dolayısıyla imzalayanlarınca bildirinin silahlı terör örgütünün propagandasında bir araç olarak kullanılacağıının düşünülmemiş olması mümkün değildir.

20. Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında da vurgulandığı üzere Anayasa’nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü, elbette ki yalnızca kabul gören, zararsız veya kayıtsızlık içeren “bilgiler” veya “fikirler” için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir.

21. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki akademisyenler de her yurttaş gibi politik meselelerde görüş bildirebilirler, salt politik bir meselede görüş bildirdiler diye en alt düzeyden de olsa hukuki, idari ya da cezai bir yaptırıma tabi tutulamazlar.

22. Bununla birlikte, akademisyenler, mesleklerinin doğası gereğince bilimsel gerçeklere bağlı olmakla, topluma nitelikli düşünce üretmekle ve her bakımdan kamu yararına potansiyel katkı yapmakla yükümlüdürler. Onların bu pozisyonları, ifade özgürlüklerinin kapsamının oluşmasında (her bir olay bağlamında farklılık arz edebilmekle birlikte) belirleyici bir rol oynamaktadır.

23. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre, bazı kısımları nedeniyle saldırgan bir ton kazanmış da olsa, Devleti olumsuz bir biçimde tasvir etmiş de olsa, sonuç itibarıyla şiddeti, silahlı direnişi ya da ayaklanmayı teşvik etmediğine veya nefret söylemi oluşturmadığına kanaat getirilen “ifadeler” yaptırıma tabi tutulamaz. Buna karşılık halkı kin, nefret, düşmanlık ve silahlı direnişe kışkırtma, şiddet, silahlı direniş ya da ayaklanma çağrısı ve silahlı mücadeleyi şiddetlendirme ve savaşı övmeye gibi içerik ihtiva eden ifadelerin cezalandırılması ise haklı ve yerindedir. AİHM’e göre bu durum her bir olayın kendi koşullarında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu duruma bağlı olarak “bir ifadenin”, dinleyenlerini, okuyanlarını ikna etmesi veya yönlendirmesi, ya da bir davranışı yapma veya yapmama yönünde etkilemesi, o “ifadenin” hayat bulduğu bağlam ve niyete, “ifadeyi” hayata geçirenlerin

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

konumlarına ve ifadenin biçimine göre değişiklik göstermektedir. Bunlar ifadenin pragmatik gücünü belirlemektedir.

24. Başvurucular tarafından da imzalanıp kamuoyuna duyurulan bildiriye göre:

- Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarını pek çok yerde haftalarca süren sokağa çıkma yasakları altında fiilen açlığa ve susuzluğa mahkûm etmiştir.

- Türkiye Cumhuriyeti Devleti Yerleşim yerlerine ancak bir savaşa kullanılacak ağır silahlarla saldırmıştır.

- Türkiye Cumhuriyeti Devleti kasıtlı ve planlı kıyım yapmıştır.

- Türkiye Cumhuriyeti Devleti başta Kürt halkı olmak üzere tüm bölge halklarına karşı katliam gerçekleştirmiştir.

- Türkiye Cumhuriyeti Devleti başta Kürt halkı olmak üzere tüm bölge halklarına bilinçli sürgün politikası uygulamıştır.

- Türkiye Cumhuriyeti Devleti, yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı başta olmak üzere, anayasa ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış olan hemen tüm hak ve özgürlükleri ihlal etmiştir.

25. 2015 yılının ortalarından itibaren PKK'nın terör ve şiddeti yoğunluklu olarak şehirlerde de baş göstermeye başlamıştır. 2015 yılının ikinci yarısı içerisinde ülkenin doğu ve güneydoğu bölgelerindeki belirli il ve ilçe merkezlerine sızan PKK terör örgütü tarafından Şırnak'ın Cizre, İdil, Silopi ilçeleri; Hakkâri'nin Yüksekova ilçesi; Diyarbakır'ın Silvan, Sur ve Bağlar ilçeleri; Mardin'in Dargeçit, Nusaybin ve Derik ilçeleri ile Muş'un Varto ilçesinde cadde ve sokaklara çukurlar kazılarak barikatlar kurulmuş, buralara patlayıcı maddeler yerleştirilerek bu yerleşim yerlerinin bir kısmında öz yönetim adı altında hâkimiyet kurulmaya çalışılmış, vatandaşların günlük yaşamları ellerinden alınmaya, kamu hizmetlerinin yürütülmesi engellenmeye çalışılmış, öğrencilerin okullarına gitmeleri engellenmiş, o bölgelerde "Devlet" in hâkimiyetini kaybettiği, kontrolün terör örgütünün eline geçtiği gibi bir izlenim

oluşturulmaya çalışılmış, bu durum kamuoyunun bilgisine de intikal etmiştir.

26. Yaklaşık on ay süren söz konusu terör ve şiddet olaylarını gerçekleştiren, halkı kuşatan, halkın ev ve işyerlerine giriş - çıkışlarını, öğrencilerin okullara gitmesini engellemek isteyen PKK terör örgütü mensuplarına karşı güvenlik kuvvetlerince operasyonlar gerçekleştirilmiştir. Bu operasyonlar esnasında, teröristler tarafından bir kısım kadın, çocuk ve yaşlı insanlar güvenlik kuvvetlerine karşı kalkan olarak kullanılmış hatta bir kısım vatandaşlar rehin alınmıştır. Yaklaşık on ay süren şiddet olayları daha sonra çukur olayları olarak isimlendirilmiştir.

27. Çukur operasyonları da, güvenlik kuvvetlerince PKK mensuplarına karşı gerçekleştirilen ve on bir şehirde yürütülen operasyonlardır. Bu operasyonlar, anılan yerlere halkın giriş ve çıkışını engellemek isteyen terör örgütü mensuplarının bu eylemlerinin bertaraf edilmesi ve bölge halkının mal ve can güvenliğinin sağlanması için gerçekleştirilmiştir. Terör örgütü üyelerinin yakalanarak halkın can ve mal güvenliğinin sağlanması amacıyla operasyonların gerçekleştirildiği bölgelerin bazılarında sokağa çıkma yasakları uygulanmış ve bazıları geçici süreyle askerî güvenlik bölgesi ilan edilmiştir. Anılan il ve ilçelerin bir kısmında ilan edilen sokağa çıkma yasakları güvenlik güçlerince yürütülen operasyonların sona ermesinin ardından kaldırılmıştır.

28. Bildiri de, belirtilen bu çatışma ve operasyonlar sırasında, 11.01.2016 tarihinde yayımlanmıştır. Dolayısıyla söz konusu metnin anlam ve kapsamının o tarih itibarıyla ülkenin içinde bulunduğu koşullar gözetilmek suretiyle değerlendirilmesi gerekmektedir.

29. Demokratik hukuk devletleri açısından bölücü yıkıcı ve ayrılıkçı terör örgütleriyle hukuk düzeninin dışına çıkmadan ve bireylerin hak ve özgürlüklerini de ihlal etmeden mücadele etmenin zorluğu gerek literatürde ve gerekse AİHM'in ve Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında tespit edilmiş bir durumdur. Zira devletler, küresel bir sorun haline gelen terörle mücadele faaliyetlerinde kaçınılmaz olarak "güvenlik - hak ve özgürlükler" ikilemi veya terazisiyle karşı

karşıya kalmaktadırlar. İşin doğası gereğince bir tarafta barışı, insan haklarını, ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerini tehdit eden terörist faaliyetlerin meydana getirdiği olağanüstü durum, diğer tarafta da bu olağanüstü durumun giderilmesi ihtiyacı kapsamında insan hak ve özgürlüklerine sınırlama getirme ihtiyacı yer almaktadır. Bu duruma bağlı olarak yaşanan süreç içerisinde, terörle mücadele ihtiyacı ile insan hak ve özgürlükleri arasında bir denge kurulması ihtiyacı doğmuş bulunmaktadır.

30. Öte yandan terörün barışa ve insan haklarına olan olumsuz ve öldürücü etkisi nedeniyle, Devlet otoritelerinin, terör örgütlerinin propagandasının cezalandırılması konusunda, özellikle de bu propagandanın şiddetle ilişkili olduğu durumlarda, yukarıda da belirtildiği üzere daha geniş bir takdir yetkilerinin olduğu kabul edilmekte; şiddet içerikli ciddi olayların yaşanması durumunda, ilgili fiiller bakımından, kamu otoritelerinin kamu güvenliği ve kamu düzeni lehine daha hassas davranmalarının özellikle “meşru amaç” bağlamında bir sorun oluşturmayaacağı değerlendirilmektedir.

31. Terör örgütünün propagandasına ilişkin ifadelerin, konuya ilişkin ya da konuyla bağlantılı bir akademik çalışmada yer alması durumunda (olayına göre değişebilmekle birlikte), ilkece, kamu otoritelerinin ifade özgürlüğüne müdahalesi daha dar yorumlanmakta ve takdir yetkilerinin sınırlarının daraldığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte şiddet sarmalının artmasına veya kontrolünün zorlaşmasına neden olabileceğinden, terör örgütünün propagandası bağlamında, kimi durumlarda, söz veya eylem ile ifadede bulunan kişilerin bulundukları makamın, ifadede bulundukları yer, zaman ve bağlam koşulları ile doğurabileceği etkilerin, bu kişilerin o andaki ifade özgürlüklerinin kapsamının diğer kişilere göre daha dar yorumlanmasını gerektirebileceği de kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu kapsamda kalmak kaydıyla, kimi durumlarda düşünce açıklaması nedeniyle ilgili kişinin orantılı bir şekilde cezalandırılmasının kamu düzeni ve güvenliği açısından bir zaruret olabileceği değerlendirilmektedir.

32. Bu bağlamda, kişilerin sahip oldukları hak ve özgürlükleri ile ödev ve sorumlulukları arasında içsel olarak bir bağlantının varlığının

kabul edildiğini de söylemek gerekmektedir. *“Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”* biçimindeki Anayasa’nın 12. maddesi de bu bağlantıyı vurgulamaktadır. Dolayısıyla kişilerin ifade özgürlükleri, bu hakkı kullanırlarken sahip oldukları ödev ve sorumluluklardan ayrı düşünülemez ve bu durum kişilerin eylem ve söylemlerinin zaman ve mekâna bağlı olarak nitelendirilebileceğine, eylem veya söylemin nihai olarak muhataplarına ulaştığı andaki halinin zamana ve mekâna bağlı olarak nitelik değiştirebileceğine işaret eder.

33. Kısa bir araştırma yapıldığında, katliam ve kıyım kelimelerinin, kamunun katledilmesi, kırım, toplu cinayet, herhangi bir nedenle veya nedensiz olarak bir insan topluluğunu yok etmek amacıyla veya insan dışındaki canlıları topluca öldürme veya ağır bedensel zararlar verme işlemi anlamlarına geldiği tespit edilebilir.

34. Bildiri metninde yer alan sokağa çıkma yasaklarının kaldırılması, yasağın uygulandığı yerde yaşayan vatandaşların uğradığı maddi ve manevi zararların tespit edilerek tazmin edilmesinin ve gerçekleşen insan hakları ihlallerinin sorumlularının belirlenerek cezalandırılmalarının istenilmesi gibi ifadelerin, ifade özgürlüğü kapsamında kalmadığının söylenmesi elbette ki mümkün değildir.

35. Bununla birlikte bildiri metninin, yalnızca devleti ve meydana gelen çatışmaları eleştiren, sebebi her ne olursa olsun bu çatışmaların durdurulması için kamuoyu oluşturulması çağrısında bulunan, olayları başvuruçuların kendi bakış açılarından kamuoyuna duyuran, Türk devleti hakkında ifade özgürlüğü kapsamında kalabilecek negatif bir tablo çizen ve terörle mücadele eden Devleti hukuk içinde kalma noktasında daha dikkatli davranmaya davet eden bir metin olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Zira, bildiri metninde devletin meşru hukuk zemininde yürüttüğü terörle mücadele faaliyeti “katliam”, “sürgün”, “ kasıtlı ve plânlı kıyım” ve “suç” olarak nitelendirilmiştir. Bu ifadelerin yukarıda belirtilen anlamları ile bildiri metnine konu olayın nitelik ve gelişim süreci dikkate alındığında, söz konusu metin, kin ve düşmanlık duyguları barındırmayan, sadece, Devletin terör örgütü ile giriştiği meşru mücadelede yaşanan sosyal veya bireysel sorunlara dikkat

çeken açıklamalar olarak nitelendirilemez. Ayrıca, terör örgütü üye ve sempatanlarında Devlete ve güvenlik güçlerine karşı nefret ve şiddete başvurma duygularının uyanmasına, bu duygularının güçlenmesine, cesaretlenmelerine; terör suçlarını işlemeye hazır bulunanları bilinçlendirmeye veya cesaretlendirmeye olanak sağlamayan, bu suçların işlenme riskini artırmayan düşünce açıklamaları olarak da görülemez. Hal böyle olunca, başvuruçularca da imzalanan metnin, terör örgütü üye ve sempatanlarında güvenlik güçlerine karşı “kin ve düşmanlık” duygularının oluşmasına neden olabilecek, bu duruma bağlı olarak da onları terör eylemleri gerçekleştirmeye yönlendirme potansiyelini haiz bir metin olduğu kanaatine ulaşılmaktadır.

36. Bu itibarla, bildiri metninde doğrudan açık bir lafızla terör örgütünün uyguladığı yöntemler meşru gösterilmeye çalışılmamış, övülmemiş veya bu yöntemlere başvurulması teşvik edilmemiş ve her ne kadar “Barış İçin Akademisyenler” başlığı altında kaleme alınmış ve içeriğinde de “barış” kavramına yer verilmiş ise de, sorunsuz bir şekilde, söz konusu metnin milli güvenlik ve kamu düzeni üzerinde olumsuz bir potansiyel etkisinin olmadığı söylenemeyeceği gibi, (biraz önce belirtildiği üzere) Devletin o dönemde meşru hukuk zemininde yürüttüğü terörle mücadelenin gerekliliği konusunda terör örgütü üye ve sempatanlarında devlet ve güvenlik güçleri aleyhine ciddi bir eylemsel tavrın oluşmasına etki etmediği, ya da etki etmeyeceği, ya da şiddete başvurmayı yönlendirici nitelikte olmadığı da söylenemez.

37. Ayrıca, söz konusu metinde kullanılan ifadelerle, Devletin terörle mücadelesi esnasında, zaman, mekân ve diğer koşullara bağlı olarak işin doğası gereğince meydana gelmesi önlenmeyecek kimi durumlara sebep olunabileceği gerçeği manipüle edilerek, devlet ve güvenlik güçleri aleyhine, doğruluğu test edilmemiş bir kısım suçlamalar yöneltilmiştir. Bu durumun, hem terör örgütü üye ve sempatanlarında devlet ve güvenlik güçleri aleyhine ciddi bir eylemsel tavra neden olabileceği, hem de Devlet ve güvenlik güçleri aleyhine bir nefret ortamının oluşmasına neden olabileceği de gözden kaçırılmamalıdır.

38. Öte yandan söz konusu bildiri, güvenlik kuvvetlerince PKK terör örgütüne karşıkamusal önemi yüksek, çok yönlü ve çok ağır

koşullarda yürütülen bir terörle mücadele faaliyeti esnasında, içeriği ve kamuoyunda doğurabileceği sonuçlar itibarıyla terör örgütü üye ve sempatizanları üzerinde pozitif bir etkinin oluşmasına neden olunabilecek bir zamanda ve gerilimin çok üst noktalarda olduğu bir dönemde kamuoyuna duyurulmuştur. Ayrıca akademik bir çalışma ürünü olmadığı gibi, Devletin meşru hukuk zemininde yürüttüğü terörle mücadele faaliyetini “katliam”, “sürgün”, “ kasıtlı ve plânlı kıyım” ve “suç”olarak nitelendirmesi nedeniyle hem olayların yaşandığı bölgede, hem de ülkenin diğer bölgelerinde durumu ağırlaştırabilecek niteliktedir.

39. Sonuç olarak, belirtilen durumlar nedeniyle, söz konusu metnin, terör faaliyetleriyle ilişkili biçimde PKK ya arka çıkan, onu Devlete karşı önceleyen, onun lehine kamuoyu oluşturan, dolayısıyla onun propagandasını yapan bir metin olduğu kanaatine varılmaktadır.

40. Hal böyle olunca da, bildiri metninin imzalanıp kamuoyuna duyurulması eylemi, zorlayıcı toplumsal gereksinimler yönünden, şiddeti teşvik eder biçimde terör örgütünün propagandasını yapmak anlamında değerlendirilmesi gereken bir eylem haline gelmektedir.

41. Öte yandan başvuruçuların her biri hakkında birer yıl üçer ay hapis cezası verilmiş, sekiz başvuruçusu hakkında HAGB kararı tesis edilmiştir. Dolayısıyla bunlar hakkında hapis cezası uygulanmamıştır. Bir başvuruçusu hakkında ise muvafakati olmadığından HAGB kararı verilememiştir.

42. Olayın bütünselliği ve konunun niteliği itibarıyla ilgili kamu otoritelerinin sahip oldukları takdir yetkisinin sınırları da gözetildiğinde, başvuruçuların ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ve zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı, müdahalenin orantılı bir müdahale teşkil ettiği, diğer bir deyişle başvuruçuların fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa’nın 26. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlandığı ve derece mahkemeleri kararlarında yer alan gerekçelerin uygun ve yeterli düzeyde olduğu anlaşılmaktadır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

43. Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı ihlal kararına katılmıyoruz.

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ



TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

SIRRI SÜREYYA ÖNDER BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2018/38143)

Karar Tarihi: 3/10/2019

**GENEL KURUL
KARAR**

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU Selahaddin MENTEŞ
Raportör	: Yunus HEPER Ömer MENCİK
Başvurucu	: Sırrı Süreyya ÖNDER
Vekili	: Av. Benan MOLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir toplantıda yaptığı açıklamalar nedeniyle terör örgütünün propagandasını yapma suçundan mahkûm edilen başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 31/12/2018 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 Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir. Başvuruçucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

7. İkinci Bölüm tarafından 25/9/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla 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:

9. Başvuruçucu, başvuruya konu olayların yaşandığı dönemde Barış ve Demokrasi Partisi (BDP) İstanbul milletvekilidir.

10. Başvuruçucu, PKK'nın neden olduğu ve uzun süredir devam eden terör olaylarının sona erdirilmesi amacıyla başlatılan ve “*demokratik açılım*” olarak adlandırılan süreçte aktif olarak rol almış ve söz konusu süreçte yer alan Halkların Demokratik Partisi (HDP) Heyetinin

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

sözcülüğünü yapmıştır. Bu süreçte başvuru ve diğer bazı kişiler Abdullah Öcalan (A.Ö.) ile de görüşmüştür.

11.2013 yılının Ocak ayında -bu süreç devam ederken kendisini feshedecek olan- BDP Heyeti İmralı Adası'na giderek A.Ö. ile görüşmüştür. Söz konusu görüşmenin ardından 17/3/2013 tarihinde BDP İstanbul İl Yönetimi ve Halkın Demokratik Kongresi (HDK) isimli oluşum tarafından İstanbul'un Zeytinburnu ilçesinde açık hava toplantısı şeklinde düzenlenen bir *nevrus* etkinliğinde başvuru, alanda toplanan kalabalığa hitaben bir konuşma yapmıştır.

12.Söz konusu konuşmanın video kaydı daha sonra ilk derece mahkemesinde yapılan duruşmada izlenmiş ve bu kaydın çözümü duruşma zaptına işlenmiştir. Duruşma zaptına göre başvurunun anılan etkinlikteki konuşması şöyledir:

“Halkların Demokratik Kongresi adına burayı dolduran bugüne kadar bütün mücadele alanlarında olduğu gibi bu alanı da dolduran, bütün temsiliyetlere, bütün HDK bileşenlerine, halkların temsilcilerine selam olsun. Hoşgeldiniz, Newrozunuz kutlu olsun. Barışa vesile olsun.

Yoldaşlar, yeni bir sürece başlıyoruz. Bu, adına barış masası diyorlar, ama masada kotarılan bir şey değildir. Bu yeryüzüne ve gökyüzüne bütün Türkiye halklarının, başta Kürt halkı olmak üzere, Ermenilerin, Süryanilerin, Kafkas halklarının, Çerkezlerin mücadelesi ile yeryüzüne ve gökyüzüne yazıldı bu, masalarda kotarılmadı. Bu barış, başta Kürt halkı olmak üzere emekçiler, mazlumlardan olmak üzer hepinizin eseridir. Barışınız da kutlu olsun.

Biz de HDK olarak Kürdistan'da onun onurlu evlatlarıyla onur duyuyoruz.

Yoldaşlar, çok değil, bundan 1 sene önce yine bu alanlardaydık, yine elimizde ve kalbimizde barış iradesi ile gelmiştik, bu alana sokulmadık. O gün de barış diyorduk, bugün de barış diyoruz, yarın da barış diyeceğiz. İşte halkların iradesi, işte yan yana durmanın erdemi ve kararlılığının eseri budur. Ne oldu, geçen yıl bu meydana almadılar, giremedik mi, girdik. İşte barış masaların değil, bu inanın bu iradenin sonucudur. Onun için barış size kutlu olsun, onun için bize kutlu olsun.

Biz, biz bir mücadelenin sonuna gelmedik, bir mücadele bitmiş değil. Biz bir mücadelenin en acı bölümünün sonuna geldik, en yakıcı bölümünün,

ölümlü kanlı bölümünün sonuna geldik. Bundan sonrası artık yeni Türkiye'yi bütün halklarla birlikte inşa etmenin zamanıdır. Tam bir demokrasi ile emekçisi ile ezilenleri ile mazlumlarıyla bu mücadelemiz ta ki tüm halkların, tüm ezilenlerin kurtuluşuna kadar devam edecek. Ama, artık bu hikayenin, ki anlatılan bizim hikayemizdir, sizin hikayenizdir. Acıklı bölümün acılı bölümün sonuna geldik. Peki ne pahasına? Bu halk, siz bizi öldürmekten yorulacağınız güne kadar direneceğiz dedi, biz yorulmayacağız, biz direneceğiz dedi. İşte sonucu bu.

Biz, siz bizi kabristanla mı korkutuyorsunuz? Biz o kabristanı gülistan ederiz dedi, ölerken bu barışı getirdi. Siz, bizi zindanlarla mı korkutuyorsunuz; biz o zindanları bir mücadele alanı, bir Newroz alanı, 1 Mayıs alanı yaparız, yine getiririz dedi. İşte bu barış onun eseridir. Onun için de kıymetini en çok bizler bileceğiz, en çok sizler bileceksiniz, bütün Türkiye halkları bilecek. Bütün ezilenler bilecek. Dolayısıyla, bu barış iradesini, güvercin kasaplarının eline boğdurtmayacağız, boğdurtmayacağız, boğdurtmayacağız.

Sayın Öcalan, hepinize iletmek üzere dedi ki; ne eskisi gibi savaşacağız, ne eskisi gibi yaşayacağız. Bütün halklar, Türkiye halkları özgürleşene kadar, tam demokratik bir ortamda yaşayana kadar da mücadelemiz, barış azmimiz ve irademiz devam edecek dedi. Biz de bu iradeyi HDK olarak bu iradeyi güçlendireceğiz, bu iradenin yanında olacağız, bugüne kadar nasıl bu mücadelenin kavgasını verdiysek, bundan sonra da barış iradesini yere düşürmemek için bundan sonra da ne gerekiyorsa hep birlikte yan yana, omuz omuza yapacağız. Bu irademizi bir kez daha sizinle birlikte haykırmak istiyorum.

'Biji biratiya gelan, yaşasın halkların kardeşliği, yaşasın barış.'

Yoldaşlar, genel başkanımız sayın Selahattin Demirtaş da burada. Ben HDK adına hepinizi tekrar selamlıyorum. Esas konuşmayı sayın eş genel başkanımız yapacak. Ben sadece, hem HDK adına hem sayın Öcalan'ın ve onun yoldaşlarının selamını iletmek üzere çıktım.

Hep birlikte haykıralım; An serkeftin an serkeftin. An azadi an azadi. Yaşasın barış, Newroz piroz be! Hepinizi saygıyla sevgiyle selamlıyorum. Hoşçakalın dostça kalın.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

13. İlk derece mahkemesinin kısmen dayandığı polis raporuna göre başvuru, konuşmasına video kaydında yer almayan şu sözlerle başlamıştır:

“Merhaba. Çewane(nasılsınız) halkım hoş geldiniz. nevroz piroz be (nevrurunuz kutlu olsun). Size Kürt halk önderi sayın Öcalan’ın selamını getirdim. Bu soğuk havada güneş gibi içimizi ısıtsın diye sayın Öcalan’ın selam gönderdiği siz evlatlarımızın kardeşlerimizin selamını getirdim. Selam olsun.”

14. Bazı kişilerin söz konusu toplantıda terör örgütünün propagandasının yapıldığı iddiasıyla şikâyetle bulunması üzerine Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasa’nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz” hükmü uyarınca yasama dokunulmazlığına sahip olan başvuru dokunulmazlığının kaldırılması istemiyle bir fezleke düzenlemiştir. Savcılık, fezlekeyi Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) sunulmak üzere Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne göndermiştir.

15. Başvuruya konu konuşmanın yapıldığı toplantıdan dört gün sonra 21/3/2013 tarihinde A.Ö.nün mektubu Diyarbakır’da düzenlenen nevrus etkinliklerinde okunmuş, A.Ö. silahların susması ve silahlı terör örgütü mensuplarının ülkeyi terk etmesi çağrısında bulunmuştur. PKK’nın silah bırakması ve şiddetin sona erdirilmesi amacıyla yürütülen çözüm süreci devam ederken PKK terör örgütü 2015 yılının Haziran ayından itibaren şiddeti tırmandırarak çözüm sürecinin devam ettirilmesi çabalarını sonuçsuz bırakmıştır.

16. TBMM Genel Kurulunda kabul edilen 20/5/2016 tarihli ve 6718 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle Anayasa’ya geçici 20. madde eklenmiştir. Kural şöyledir:

“Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına

veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir.”

17. Anayasa değişikliği 8/6/2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yapılan değişiklikte, anılan maddenin TBMM tarafından kabul edildiği 20/5/2016 tarihi itibarıyla maddede sayılan mercilere intikal etmiş olan dosyalar hakkında Anayasa’nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan yasama dokunulmazlığına ilişkin hükmün (bkz. § 14) uygulanmaması öngörülmüştür. Bu kapsamda başvuru hakkındaki fezlekeye konu olan soruşturma dosyası da 2016 yılının Haziran ayında Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığına (Başsavcılık) gönderilmiştir. Başsavcılık başvurucaunun bahsi geçen etkinlikteki bazı ifadeleri nedeniyle terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılması için kamu davası açmıştır.

18. İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanan başvuruca 7/9/2018 tarihli kararla terör örgütünün propagandasını yapma suçundan 3 yıl 6 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

19. Mahkûmiyet kararının gerekçesinde ilk derece mahkemesi öncelikli olarak 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun “Terör örgütleri” kenar başlıklı 7. maddesinde düzenlenen terör örgütünün propagandasını yapma suçuna ve daha sonra ifade özgürlüğüne ilişkin genel bazı değerlendirmelerde bulunmuştur. İlk derece mahkemesine göre bir eylemin terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek nitelikte olması suçun oluşması için yeterlidir. İlk derece mahkemesi, nefret içerikli söylemler

ile şiddet, silahlı ayaklanma ve isyan çağrılarının ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamayacağını belirtmiştir.

20. Mahkûmiyet kararının gerekçesinde; ağır eleştiri sınırları içinde kalan siyasi nitelikteki söylemlerin propaganda olarak değerlendirilemeyeceği, PKK'nın şiddete başvuran bir terör örgütü olduğunda ve A.Ö.nün de birçok kişinin ölümünden sorumlu bu örgütün lideri olduğunda kuşku bulunmadığı belirtilerek başvurunun sözlerinin değerlendirilmesine geçilmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

“...

3713 sayılı Yasanın 6459 sayılı Yasayla değişik 7/2 maddesinde terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. AİHM'nin fikir hürriyeti konusunda sözleşmenin 10. maddesiyle ilgili verdiği kararlar da bu maddeyle aynı yöndedir. Bu madde ile bilinmesi gereken önemli bir husus, propaganda kabul edilen eylemin bizzat kendisinin şiddet içerikli olması, nefret, cebir ya da tehdit içermesi gerekmediğidir. Propaganda olan eylemin kendisi şiddet, nefret, tehdit veya cebir içerikli olması ve terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde olması halinde bu madde gereğince suç oluşur... Kaldı ki, terör örgütünün şiddet içerikli eylemlerini öven, meşru gösteren veya teşvik eden eylemler bu haliyle zaten şiddeti teşvik eder hale gelir. Örneğin, 'PKK'nın yapmış olduğu eylemleri destekliyoruz.' şeklinde atılan bir sloganda kullanılan kelimelerin hiç biri şiddeti çağrıştırmamaktadır. Ancak cümle bir bütün halinde değerlendirildiğinde bölücü terör örgütü PKK'nın eylemlerinin desteklendiği ve şiddeti övücü nitelikte olduğu sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla bu suç için önemli olan propaganda teşkil eden eylemin, terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru göstermesi veya övmesi ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik etmesidir. Bu bir slogan şeklinde olabileceği gibi, pankart taşımak, şarkı söylemek, basın açıklaması yazmak, yazı yazmak, resim çizmek gibi çok çeşitli şekillerde olabilir. AİHM verdiği kararlarda özellikle nefret içerikli hiçbir eylemin AİHS 10. maddesi kapsamında korunmayacağını özellikle belirtmektedir. Yine

şiddet çağrısı, silahlı ayaklanma çağrısı, isyan çağrısı içeren eylemler de 10. maddenin korumasından yararlanmaz ...

AIHM'e göre ağır eleştiri söz konusu olduğu durumlar ile şiddet çağrısının birbirinden ayrılması gerekir. Mahkemenin özellikle üzerinde durduğu husus, eylemin şiddeti övmesi, teşvik etmesi veya meşru göstermesidir. Hatta mahkeme, Karataş-Türkiye kararında şiirde geçen şiddet içerikli ifadeleri sanatsal özgürlük nedeniyle korunması gerektiğini belirtmiştir. Buna ilişkin diğer bir örnek Arslan-Türkiye kararıdır. Yine Gül ve Diğerleri-Türkiye kararında, yasal bir toplantıda atılan basmakalıp sol sloganların şiddet içerseler bile fikir hürriyeti bağlamında korunması gerektiğini belirtmiştir. Sürek 3- Türkiye davasında ise mahkemeye göre, başvurucunun makalesinde Türkiye'nin bir bölümünü Kürdistan olarak nitelemesinde ve burası ile ilgili ulusal bir bağımsızlıktan bahsetmesi tek başına müdahaleyi haklı kılmaz, ancak aynı makalede kullanılan topyekun bir bağımsızlık mücadelesi istiyoruz TC güçlerine karşı yöneltilmiş bir savaş gibi sözlerin kendisini PKK ile özdeşleştirdiği ve bağımsızlığı gerçekleştirmek için silahlı güç kullanmaya teşvik ettiği için fikir hürriyeti kapsamında değerlendirilemez.

Bütün bu hususlar bir bütün halinde değerlendirildiğinde, bir eylemin terör propagandası olarak nitelendirilip cezalandırılması için mutlak surette şiddete veya silahlı direnişe ya da isyana teşvik ediyor olması, terör örgütünün varsa bu tarz eylemlerinin övülmesi ya da meşru gösterilmesi gerekir. Ağır eleştiri sınırında kalan, siyasi nitelikli söylemlerin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca şiddet içerseler bile sanatsal faaliyetlerin daha özel olarak değerlendirilmesi ve AIHS'nin 10. maddesinin bu durumlarda daha geniş yorumlanması gerekir. Kanun maddesinde her ne kadar cebir, tehdit ve şiddet ayrı ayrı belirtmiş, AIHM kararlarında ise şiddet olgusu üzerinde durulmuş ise de; cebir ve tehdit zaten şiddetin bir parçası olduklarından AIHM kararlarında belirtilen şiddet olgusunun tehdit ve cebiri de içerdiği kabul edilmelidir.

... [K]ararımızda PKK'nın bir terör örgütü olduğu kabul edilerek bu konuda ayrıntıya yer verilmeyecektir. Yine Öcalan'ın bu örgütün lideri olması nedeniyle bir çok kişinin ölümünden sorumlu tutulduğu, yargılandığı ve bu nedenle ceza aldığı ve cezasının kesinleştiği sabittir...

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

...Sanıklar Sırrı Süreyya Önder ve S.D.'nin 17/03/2013 tarihinde İstanbul ili Zeytinburnu ilçesinde yapılan nevruz kutlaması ve miting şeklindeki açık hava toplantısında konuşma yaptıkları, sanık Sırrı Süreyya Önder'in 'Size kürt halkı önderi Sayın Öcalan'ın selamını getirdim...Bugün de Kürdistan'da onun onurlu evlatlarıyla onur duyuyoruz.' şeklinde ...sözler söyledikleri sanıkların savunmalarından, dosyada mevcut tutanak ve görüntü kayıtlarından anlaşılmıştır...

Sanık Sırrı Süreyya Önder yönünden yapılan değerlendirmede; sanığın terör örgütü lideri Öcalan'ın fotoğrafının asılı bulunduğu sahnede gerçekleştirdiği konuşmasında söylediği 'Size kürt halkı önderi Sayın Öcalan'ın selamını getirdim.... Bugün de Kürdistan'da onun onurlu evlatlarıyla onur duyuyoruz.' şeklindeki sözleri ile terör örgütü liderini Kürt halkının lideri olarak göstererek terör örgütü PKK'yı ve yöneticisini meşru göstermeye çalışmış, ülke topraklarının bir bölümünü, terör örgütünün bölücü ideolojisinde yer aldığı şekli ile Kürdistan olarak tabir etmiş ve bu suretle terör örgütünün propagandasını yapmıştır.

Bütün bu nedenlerle, her ne kadar sanıklar suçlamaları kabul etmemiş iseler de, sanıkların, hüküm fıkralarında belirtilen gerekçeler ile birlikte yukarıda belirtildiği gibi, nevruz kutlaması ve miting şeklindeki açık hava toplantısında yaptıkları konuşmalar sırasında bölücü silahlı terör örgütü PKK ile yönetici ve üyeleri lehine, terör örgütü PKK'nın kullanmış olduğu şiddet yöntemini meşru gösteren, destekleyen ve öven, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenlik güçlerince yürütülen meşru ve haklı terörle mücadele operasyonları ile ilgili olumsuz bir algı oluşturmaya çalışan yukarıda yazılı olduğu şekilde sözler sarf ederek ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti topraklarının bir kısmını sözde Kürdistan olarak nitelendirerek örgütün bölücü ideolojisini yaymaya ve meşru göstermeye çalışarak TMK'nın 7/2. maddesinde düzenlenen terör örgütü propagandası suçunu işledikleri anlaşılmakla, sanıkların bu madde gereğince, yine hüküm fıkralarında belirtilen gerekçeler ile birlikte, suç kasıtlarının yoğunluğu, propaganda oluşturan sözlerin ve paylaşımların içerikleri göz önüne alınarak kanunda belirtilen ceza miktarlarında alt sınırdan ayrılmak sureti ile ayrı ayrı cezalandırılmalarına ... karar verilmiştir."

21. Başvurucu, mahkûmiyet kararına karşı istinaf yoluna başvurmuştur. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi

4/12/2018 tarihinde istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar vermiştir.

22. Başvurucu karardan 4/12/2018 tarihinde haberdar olmuş ve 31/12/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat

23.3713 sayılı Kanun'un "Terör örgütleri" kenar başlıklı 7. maddesinin propaganda suçunu düzenleyen ikinci fıkrasının ilk hâlinin ilgili kısmı şöyledir:

"...örgütle ilgili propaganda yapanlara fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve ellimilyon liradan yüzmilyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur."

24.3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ilgili kısmının 2002 yılında yapılan değişiklikten sonraki hâli şöyledir:

"...terör yöntemlerine başvurmaya özendirecek şekilde örgütle ilgili propaganda yapanlara fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşyüzmilyon liradan birmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir."

25.3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ilgili kısmının 2003 yılında yapılan değişiklikten sonraki hâli şöyledir:

"...şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapanlara fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşyüzmilyon liradan birmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir."

26.3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ilgili kısmının 2006 yılında yapılan değişiklikten sonraki hâli şöyledir:

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

“Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır...”

27. 3713 sayılı Kanun’un 7. maddesinin ilgili kısmının 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile değiştirilen ve somut olayda başvuru hakkında uygulanan hâli şöyledir:

“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. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır... ”

28. Anılan değişikliğin gerekçesi şöyledir:

“AİHM, şiddeti teşvik edici nitelikte olmayan açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirterek, içeriğinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan ya da kişileri silahlı isyana teşvik edici nitelikte olmayan açıklamalar nedeniyle bireylerin Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde cezalandırılmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulmaktadır.

Yapılan düzenlemeyle, maddenin ikinci fıkrasında yer alan suçun unsurları yeniden belirlenmekte, maddeye “cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde” ibaresi eklenerek suçun kapsamı AİHM standartlarına uyumlu hale getirilmektedir.”

29. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” kenar başlıklı 220. maddesinin 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren ilk hâlinin örgüt propagandasına ilişkin (8) numaralı fıkrası şöyledir:

“Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

30.5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin (8) numaralı fıkrasının 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile yapılan değişiklikten sonraki nihai hâli şöyledir:

“Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

31. Anılan fıkradan “amaç propagandası” ifadesinin çıkarılmasının gerekçesi şöyledir:

“Maddede yapılan değişiklikle, Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinde yapılan düzenlemeye paralel olarak örgüt propagandası suçunun unsurları yeniden belirlenmekte ve hangi fiillerin propaganda suçunu oluşturacağı hususu daha somut hale getirilerek AİHM standartlarıyla uyum sağlanmaktadır.”

2. Yargıtay İçtihadı

32. Yargıtay çok sayıda kararında 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin terör örgütünün propagandasını yapma suçuna ilişkin ikinci fıkrasında 2013 yılında yapılan değişikliğin anlamını açıklamış ve bu kararlarda terörle mücadelenin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin ihmal edilebileceği bir alan olmadığının altını çizmiştir. Yargıtaya göre söz konusu değişiklik sonucunda, terör örgütünün propagandası suçunun oluşabilmesi için örgütün “cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek şekilde” yapılması zorunlu kılınmıştır. Yargıtay -toplantı veya gösteri yürüyüşü sırasında olsun veya olmasın- yazı veya sözlerle (atılan slogan, taşınan pankart veya giyilen üniforma) verilen mesajın şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici ya da silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamın oluşmasını körükleyecek nefret söylemi niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi, doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın kimliği, konumu, konuşulan yer ve zaman gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulması

gerektiğini ifade etmiştir (Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 15/6/2017 tarihli ve E.2017/1334, K.2017/4470 sayılı; 29/9/2016 tarihli ve E.2016/1297, K.2016/4872 sayılı; 9/6/2016 tarihli ve E.2015/8605, K.2016/3876 sayılı kararları). Nitekim Yargıtayın bu yaklaşımı neticesinde “*biji serok apo*” (yaşasın başkan apo) şeklindeki bir sloganın terör örgütünün cebir, şiddet ve tehdit içeren yöntemlerini öven, meşru gösteren ya da teşvik eden içerik taşımadığına, olayın meydana geldiği yer ve muhatap kitle de dikkate alındığında propaganda suçunun unsurlarının oluşmadığına karar verilmiştir (Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 29/9/2016 tarihli ve E.2016/1297, K.2016/4872 sayılı; 15/6/2017 tarihli ve E.2017/1334, K.2017/4470 sayılı kararları).

33. Yargıtay bir kararında da önceki uygulamalarına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) yerleşik içtihatlarına atıf yaparak ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını makul gösterebilecek hâlleri saymıştır. Yargıtaya göre yapılan bir düşünce açıklamasında (1) şiddet bir araç olarak görülüyorsa, (2) kişiler hedef gösterilip kanlı bir intikam isteniyorsa, (3) benimsenen düşünceler için şiddete başvurma meşru bir yol olduğu ileri sürülüyorsa, (4) insanda saldırgan duygular uyandıracak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun ortam kışkırtılıyorsa ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi mümkündür. Yargıtay söz konusu kararda, somut olayda çeşitli sendikalar ve legal sivil toplum kuruluşlarının gerekli bildirimleri yaparak organize ettiği barışçıl bir 1 Mayıs gösterisinde “*Mahir, Hüseyin, Ulaş Kurtuluşu Kadar Savaş*” şeklindeki sloganın şiddeti çağırırsa bile toplumda bilinen ve kalıplaşmış sözlerden olduğu, izinli ve olaysız gösteride atıldığı, ulusal güvenlik ve kamu düzeni üzerindeki potansiyel etkisinin sınırlı olduğu ve ciddi bir tehlike yaratmadığı gibi diğer sloganlarla birlikte değerlendirildiğinde genelinde hükümet icraatlarını eleştiri mahiyetinde ifadeler içerdiği, sloganda ismi geçen kişilerce yapılan şiddet eylemlerinin olay tarihinden uzunca bir zaman önce gerçekleştirildiği gibi gerekçelerle propaganda suçunun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir (Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 9/2/2016 tarihli ve E.2015/7466, K.2016/1025 sayılı kararı).

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi

34.6/5/2005 tarihli Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin (Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi) "Terör suçunun işlenmesine alenen teşvik" kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, 'bir terör eylemini işlemeye alenen teşvik', terör suçunun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelir.

2) Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten işlendiği durumlarda, terörizm suçunu işlemeyi alenen teşviki ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır."

35. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin *açıklayıcı raporu*, şiddet içeren terör suçlarına doğrudan veya dolaylı teşvik oluşturacak mesajlara yönelik belirli sınırlamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) uygun olduğunu hatırlatmıştır (açıklayıcı raporda bkz. §91). Açıklayıcı raporda, daha sonra terör suçlarının işlenmesine dolaylı teşvik ile meşru eleştiri hakkı arasındaki sınırın nerede olduğu meselesinin önemine değinilmiştir:

"97. Doğrudan tahrik, çoğu hukuk sisteminde bir şekilde suç teşkil ettiğinden özel bir soruna yol açmamaktadır. Dolaylı tahriki bir suç haline getirmenin amacı uluslararası hukukta veya uygulamada mevcut olan boşluğu bu alanda hükümler ekleyerek telafi etmektir.

98. Bu hüküm, suçun tanımı ve uygulaması bakımından Taraflara belirli miktarda takdir yetkisi tanımaktadır. Örneğin, bir terör suçunu gerekli ve haklı göstermek dolaylı teşvik suçunu oluşturabilir.

99. Ancak, uygulanmasında iki şartın karşılanmasını gerektirmektedir: ilk olarak, bir terör suçunun işlenmesi hususunda özel bir kastın varlığı gerekir, aşağıda verilen 2. paragraftaki diğer bir gerekliliğe göre de tahrik hukuka aykırı bir şekilde ve kasten işlenmelidir.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

100. İkinci olarak, böyle bir eylemin sonucu, bu tip bir suçun işlenmesi tehlikesine neden olmalıdır. Böyle bir tehlikeye neden olup olmadığı değerlendirilirken, yazarın ve mesajın muhatabının niteliği yanında suçun hangi bağlamda işlendiği AİHM'nin oluşturduğu içtihat anlamında dikkate alınacaktır. Tehlikenin önemi ve inandırıcılığı iç hukukun gereklerine uygun olarak ele alınmalıdır..."

2. Terör Örgütünün ve Liderinin Övülmesi Eylemine AİHM'in Yaklaşımı

36. AİHM, slogan atılması suretiyle veya başka bir biçimde terör örgütünün ya da örgüt liderinin övüldüğü hâllerde düşünce açıklamalarının doğrudan şiddete teşvik edip etmediği üzerinde durmuştur. Nitekim AİHM, Abdullah Öcalan'ın *Kürtlerin lideri* olarak ifade edilmesinin tek başına şiddete teşvik etmediği kanaatine ulaşmıştır. AİHM, *Bahçeci ve Turan/Türkiye* (B. No: 33340/03, 16/6/2009, § 31) kararında "Yaşasın Abdullah Öcalan, Yaşasın Başkan, Yaşasın Halkların Kardeşliği, Yaşasın Kürdistan" sözlerini değerlendirmiş ve söz konusu mesajın içerik olarak şiddete başvurmayı, silahlı direnişi ve başkaldırıyı teşvik etmediğini, kin ve husumet dolu bir söylemin de söz konusu olmadığını ifade etmiştir.

37. AİHM, *Savgın/Türkiye* (B. No: 13304/03, 2/2/2010, § 45) kararında, Abdullah Öcalan'ın başkan olarak anıldığı mesajların ve sloganların şiddete teşvik etmeyeceği görüşüne ulaşmış; *Öner ve Türk/Türkiye* (B. No: 51962/12, 31/3/2015, § 24) kararında da, başvuranın adı geçeni *Kürtlerin lideri* olarak tanımladığı konuşmasının şiddete teşvike yol açmadığına karar vermiştir. AİHM, *Lütfiye Zengin ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 36443/06, 14/4/2015, § 50) kararında da, bir pankartın üzerinde bulunan "*Sayın Abdullah Öcalan siyasi irademizdir*" yazısının şiddet kullanımına, silahlı direnişe ya da başkaldırıya teşvik etmediğini ifade etmiştir. AİHM'e göre benzer olaylarda nefret içeren düşünce açıklamalarının dikkate alınması gerekse de somut olayda böyle bir açıklama söz konusu değildir.

38. AİHM benzer olaylardaki değerlendirmelerinde düşünce açıklamasının şiddeti destekleyip desteklemediğine ilave olarak açıklama nedeniyle herhangi bir zarar doğup doğmadığını da değerlendirmektedir. Nitekim AİHM, *Kılıç ve Eren/Türkiye* (B. No:

43807/07, 29/11/2011, §§ 27-29) kararında “*Sürekli Ayaklanalım, Başkanımız Öcalan*” şeklindeki sloganın şiddet içeren bir tonlamayla atıldığı sonucuna varmakla birlikte anılan sloganın atılmasının -anlık olarak- herhangi bir kişiye zarar vermediğinin altını çizmiştir. AİHM, bahse konu sloganın -ulusal güvenlik ve kamu düzeni üzerindeki potansiyel etkisini sınırlandıran- yasal ve barışçıl bir toplantı sırasında atıldığını, bu nedenle şiddeti teşvik etmediğini belirtmiştir. AİHM’e göre benzer bir slogan nedeniyle kişilerin cezalandırılması için *açık ve olası bir tehlike bulunduğu* gösterilmesi gerekir. Bahsi geçen kararda AİHS’nin 10. maddesinin yalnızca ifade edilen fikirlerin esasını ve bilgileri değil aynı zamanda bunların ifade edilme şekillerini de koruduğunu vurgulamıştır.

39. AİHM’e göre düşünce açıklamasının kamu düzeni üzerinde olumsuz bir etkisinin olup olmadığı incelenmelidir. Nitekim *Belge/ Türkiye* (B. No: 50171/09, 6/12/2016, §§ 34, 35) kararında terör örgütü ve Abdullah Öcalan lehine içinde şiddet çağrısı da bulunan sloganların atıldığı, adı geçeninin fotoğraflarının taşındığı bir toplantıda konuşma yapan ve Öcalan’a *Kürtlerin lideri* diyen başvurunun cezalandırılmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulduğu kararda AİHM, konuşmanın yapıldığı kapsamı ve göstericilerin davranışlarını dikkate almıştır. AİHM, ayrıca başvuranın konuşmasının kamu düzeni üzerinde olumsuz bir etkisinin olup olmadığını incelemiş; başvuruya konu toplantının barışçıl olmadığını veya gösteriye katılan kişilerin başvuranın konuşmasını dinledikten sonra şiddet içeren eylemlerde bulunduğunu gösteren herhangi bir delil olmadığını belirtmiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

40. Mahkemenin 3/10/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. İfade Özgürlüğünün İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

41. Başvurucu; sözlerinin ilk derece mahkemesince bağlamından koparılacak ve öncesi ile sonrası kırılmak suretiyle değerlendirildiğini, mahkûmiyetine karar verilirken çözüm sürecindeki siyasi konumunun

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

ve bir siyasi partinin milletvekili olmasının, ayrıca kullandığı ifadelerin hangi konuda ve ne şekilde söylendiğinin dikkate alınmadığını belirtmiştir. Başvurucuya göre mahkûm edilmesine sebep olan ifadeler şiddeti veya nefreti meşru gösteren ya da teşvik eden bir nitelik taşımadığı gibi konuşmasında bir bütün olarak barış talebinde bulunmaktadır. Başvurucu, gerekçesiz bir kararla mahkûm edildiğini ve cezasında alt sınırdan uzaklaşıldığını savunarak ifade özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı ile masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

42. Bakanlık görüşünde;

i. Başvurucunun konuşmasını miting şeklinde düzenlenen bir *nevruz* kutlamasında yaptığı, bu kutlamalar sırasında PKK terör örgütünü ve bu örgütün liderini övücü nitelikte pankartların açıldığı ve sloganlar atıldığı, başvurucunun konuşmasını A.Ö.nün fotoğrafının ve “*Abdullah Öcalan’a özgürlük-Kürtlere statü*” yazısının bulunduğu bir sahne alanında gerçekleştirdiği ifade edilmiştir.

ii. Başvurucunun konuşma yaptığı sırada bir milletvekili olduğu hatırlatılmıştır. Bu konumu gereği birleştirici ve bütünleştirici bir sorumluluk sahibi olduğu belirtilen başvurucunun ulusal ve uluslararası alanda terör örgütü olarak kabul edilen PKK’nın lideri hakkında “*Kürt halkı önderi Sayın Öcalan’ın selamını getirdim*” şeklinde övücü ve yüceltici nitelikte bir açıklama yaptığı, devlet görevlilerine karşı şiddete başvuran teröristlere yönelik olarak “*Onun onurlu evlatlarıyla onur duyuyoruz*” şeklinde beyanda bulunduğu, bu açıklamaların ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamayacağı belirtilmiştir.

iii. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’ne atıf yapılmış ve bu Sözleşme gereği doğrudan veya dolaylı yollardan terör suçunun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılmasının cezalandırılmasının hedeflendiği belirtilmiştir. Bu Sözleşme’nin açıklayıcı raporuna göre ise Sözleşme’nin temel özgürlüklerinin sınırlandırılması yönündeki muhtemel riskin dikkatli bir şekilde analiz edilmesi için AİHS’in 10. maddesinin uygulanmasına ilişkin

AİHM içtihatlarına ve terörizmi övme ve/veya terörizme teşvike ilişkin ulusal hükümlerin uygulanması hususunda devletlerin deneyimlerine özel bir dikkat gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu açıklamaların yanında açıklayıcı raporun şiddet içeren terör suçlarına doğrudan veya dolaylı teşvik oluşturacak mesajlara yönelik belirli sınırlamaların AİHS'e uygun olduğunu hatırlattığı savunulmuştur.

iv. Siyasi partilerin muhalefet görevini yerine getirebilmek için hükümetleri eleştirebilecekleri hatta bu konuda sert bir dil de kullanabilecekleri belirtildikten sonra siyasi parti temsilcilerinin demokrasiye ve insan haklarına karşı en büyük tehdit olan terörü, terör örgütlerini ve bu örgütlerin terörist faaliyetlerini kınamalarının, bunlarla aralarına mesafe koymalarının, AİHM içtihatlarıyla vücut bulan uluslararası standartların bir gereği olduğu belirtilmiştir. Ayrıca başvurunun yasalara aykırı bir nitelik taşıyan, devletin birliği ve bütünlüğünü bozmaya yönelik söylemlerinin ifade özgürlüğü kapsamında korunmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

v. Son olarak ilk derece mahkemesinin kararında ilgili ve yeterli bir gerekçeye yer verdiği belirtilerek yapılan müdahalenin kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi için demokratik bir toplumda gerekli olduğu ileri sürülmüştür.

43. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru formundaki beyanlarına benzer beyanlarda bulunmuştur.

2. Değerlendirme

44. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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). Bu bağlamda başvurunun haksız ve gerekçesiz bir kararla terör örgütünün propagandasını yapma suçundan mahkûm edildiği iddiasının bir bütün olarak ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

45. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde esas alınacak *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

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

Bu hürriyetlerin kullanılması, ... kamu düzeni[nin], ... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir..."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

47. Başvurucunun düşünce açıklamaları nedeniyle terör örgütünün propagandasını yapma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesinin ve hapis cezasıyla cezalandırılmasının ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiği kabul edilmiştir.

48. İfade özgürlüğü; kişinin düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmaması, bunları 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 bu konuda başkalarını ikna etme çabaları, bu çabaların hoşgörüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (Bekir Coşkun, §§ 33-35; Mehmet Ali Aydın, §§ 42, 43; Tansel Çölaşan, §§ 35-38).

49. Bu bağlamda ifade özgürlüğünün demokratik bir toplum için yaşamsal olduğu ve demokrasinin temel değerlerini teşkil ettiği unutulmamalıdır. Demokrasinin temeli, sorunları açık bir tartışmayla çözebilme gücüne dayanmaktadır (Ferhat Üstündağ, B. No: 2014/15428, 17/7/2018, § 43). Şiddeti kısırtma veya demokratik ilkelerin reddi durumları dışında ifade özgürlüğünün kullanımından kaynaklanan müdahaleler demokrasiye zarar vermekte ve onu tehlikeye atmaktadır. Sarf edilen bazı görüş ve ifadeler kamu gücünü kullanan organlar nazarında incitici, yaralayıcı ve kabul edilemez görülse bile hukukun üstünlüğüne dayanılarak oluşturulan demokratik bir toplumda, kurulu düzene karşı çıkan veya başta kamu gücünü kullanan organların eylemlerini eleştiren fikirler serbestçe açıklanmalıdır (Mehmet Ali Aydın, § 69).

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

50. 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.”

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

(1) Kanunilik

52. Müdahalenin 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesine dayandığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

53. Başvurucunun cezalandırılmasına ilişkin kararın terör örgütü ve terörizmle mücadele kapsamında kamu düzeninin korunmasına yönelik

önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

54. İfade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir (*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).

55. Derece mahkemeleri, bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir denge sağlamalıdır (*Bekir Coşkun*, §§ 44, 47, 48; *Hakan Yiğit*, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, §§ 58, 61, 66).

56. Derece mahkemeleri söz konusu dengelemeyi yaparken ve ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını değerlendirirken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Şüphesiz kullanılan sözlerin bireylere, bir kamu görevlisine ya da toplumun bir kesimine karşı şiddete teşvik mahiyetinde olması durumunda kamu otoritelerinin ifade özgürlüğüne müdahale konusunda takdir marjları çok daha geniştir. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir (*Kemal Kılıçdaroğlu*, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 57).

57. Anayasa Mahkemesinin görevi, bu denetimi yerine getirirken derece mahkemelerinin yerini almak değil onların takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Anayasa'nın 26. maddesi açısından uygunluğunu denetlemektir. Anayasa Mahkemesi bunu yaparken eldeki başvurunun koşulları ile beraber özellikle terörle mücadeleye bağlı zorlukları da gözönüne almaktadır (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, § 76).

Müdahalenin Zorunlu Bir Toplumsal İhtiyacı Karşılaması

58. 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 (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

59. Somut olayda, açıkladığı düşüncelerin kişileri terör suçlarını işlemeye teşvik ettiğinin ortaya konulması hâlinde başvurusunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı kabul edilebilir. O hâlde çözümlenmesi gereken mesele, derece mahkemelerinin başvurusunun açıkladığı düşüncelerle kişileri terör suçlarının işlenmesine teşvik ettiğini ikna edici bir biçimde ortaya koyup koymadığı olacaktır.

60. Anayasa Mahkemesi, çok sayıdaki kararında, ifade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahalelerin Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edeceğini ifade etmiştir. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için kamu makamları tarafından ortaya konulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olması gerekir (diğerleri arasından bkz. *Kemal Kılıçdaroğlu*, § 58; *Bekir Coşkun*, § 56; *Tansel Çölaşan*, § 56; *Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri*, § 120).

Şiddete Teşvik

61. Terör örgütleri, görüşlerinin toplum içinde yayılmasını ve fikirlerinin kökleşmesini hedefleyerek bu amacın gerçekleşmesine yönelik her türlü vasıtaya başvurabilmektedir. Terörün veya terör örgütlerinin propagandasının da söz konusu vasıtalarından biri olduğunda kuşku yoktur. Terör, başta ifade özgürlüğü olmak üzere demokratik toplumun tüm değerlerine düşmandır. Bu nedenle terörizmi, terörü ve şiddeti meşrulaştıran, öven ya da buna teşvik eden sözler ifade özgürlüğü kapsamında görülemez (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri*, § 79).

62. Daha önce *Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri* kararında (adı geçen kararda §§ 115-118), terör örgütünün propagandasını yapma suçunun Türk hukukundaki görünümüne ilişkin bazı tespitlerde bulunulmuştur.

Buna göre 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yapılan değişiklik ile terör örgütünün propagandasını yapma suçunun çok sayıda ve her türde ifadeyi kapsayacak şekilde geniş yorumlanabilecek bir fiil olmaktan çıkarılmasına, terör örgütünün şiddet ve tehdit yöntemlerini meşru gösterme, övme veya bu yöntemlere başvurmayı teşvik etme şeklinde tanımlanarak suça hukuki belirlilik kazandırılmasına çalışılmıştır. Yargıtay da Türk hukukunda terör ile bağlantılı her tür düşünce açıklamasının değil yalnızca terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasının yapılmasının suç olarak kabul edildiğini pek çok kez ifade etmiştir (bkz. §§ 32-33).

63. Terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı teşvik etme, terör suçlarının işlenmesi için kışkırtmak niyetiyle terör suçlarının işlenmesini savunarak bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılmasıdır. Terör örgütünün propagandası suçunda örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini belirli bir yoğunlukta savunarak başkalarınca aynı davranışın gerçekleştirilmesi amaç edinilmektedir (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri*, § 119).

64. Anılan kararda, propaganda suçunun soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesinin başta ifade özgürlüğü olmak üzere anayasal hak ve özgürlükler üzerinde bir baskı oluşturma potansiyeline sahip olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu sebeple Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin açıklayıcı raporunun 100. paragrafında ifade edildiği gibi bir propaganda faaliyetinin cezalandırılabilmesi için olayın somut koşullarında, belirli oranda tehlikeye neden olduğunun gösterilmesi gerekecektir (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri*, § 84; *Ayşe Çelik*, § 47).

65. İçinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan ve terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan düşünce açıklamaları sırf terör örgütünün ideolojisi, toplumsal veya siyasal hedefleri, siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin görüşlerine benzerlik gösterdiğinden bahisle terörizmin propagandası olarak kabul edilemez. Toplumsal ve siyasal ortama veya sosyoekonomik dengesizliklere, etnik sorunlara, ülke nüfusundaki farklılıklara, daha fazla özgürlük talebine

veya ülke yönetim biçiminin eleştirisine yönelik düşüncelerin -daha önce ifade edildiği gibi devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici olsa bile (*Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 95)- açıklanması, yayılması, aktif, sistemli ve inandırıcı bir şekilde başkalarına aşılınması, telkin ve tavsiye edilmesi ifade özgürlüğünün koruması altındadır (*Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri*, § 80; *Ayşe Çelik*, § 44).

İlk Derece Mahkemelerinin Kabulü

66. İlk derece mahkemesi başvuruçuyu “*Size kürt halkı önderi Sayın Öcalan’ın selamını getirdim.... Bugün de Kürdistan’da onun onurlu evlatlarıyla onur duyuyoruz*” şeklindeki sözleri nedeniyle cezalandırmıştır. Mahkemeye göre başvuruç bu sözleriyle, terör örgütünün uzunca bir süre liderliğini yapmış bir kişiyi Kürt halkının önderi olarak göstermiş ve böylece terör örgütü PKK’yı meşru göstermeye çalışmıştır. İkinci olarak ilk derece mahkemesi başvuruçunun Kürdistan kelimesini kullanmasını da sorunlu bulmuştur. İlk derece mahkemesi öncelikle AİHM’in tek başına Türkiye’nin topraklarının bir bölümünü “*Kürdistan*” olarak nitelendiren bir açıklamaya yapılacak müdahalenin haklı bir müdahale olmayacağına ilişkin içtihadını hatırlatmış, daha sonra terör örgütünün bölücü ideolojisinde Kürdistan tabirinin ülke topraklarının bir kısmının ifade edilmesi için kullanıldığını ve böyle bir kullanımın terör örgütünün ideolojisini yaymak ve meşru göstermek anlamına geldiğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre başvuruç bu sözleri ile ayrıca Türkiye Cumhuriyeti devletinin güvenlik güçlerince yürütülen meşru ve haklı terörle mücadele operasyonları ile ilgili olumsuz bir algı oluşturmaya çalışmıştır. Sonuç olarak ilk derece mahkemesi; başvuruçunun sözleri ile terör örgütü PKK’nın kullanmış olduğu şiddet yöntemini meşru gösterdiğini, desteklediğini ve övdüğünü, dolayısıyla bu sözlerin terör örgütünün propagandası niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.

Konuşmanın Bağlamı ve İçeriği

67. Özellikle terörle mücadelenin zorlukları ile birlikte terör bağlamında yapılan açıklamaların karmaşıklığı ve muğlaklığı söz konusu olduğunda düşünce açıklamalarının şiddete teşvik mahiyetinde olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin ancak açıklamanın yapıldığı

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

bağlama, açıklamada bulunan kişinin kimliğine, açıklamanın zamanına ve muhtemel etkilerine, açıklamadaki diğer ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır (krş. § 35 ve ayrıca bir grup akademisyenin imza attığı bir bildirinin terör örgütünün propagandasını yapma suçunu oluşturduğu iddiasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri*, §§ 77-139; bir televizyon programında yapılan açıklamaların terör örgütü propagandası niteliğinde olduğu iddiasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Ayşe Çelik*, §§ 49-51; içeriğinde terör propagandası yapıldığı ileri sürülen bir kitabın toplatılmasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Abdullah Öcalan*, §§ 100, 101; içeriğinde terör propagandası bulunduğu iddia edilen bir gazete makalesinin değerlendirildiği bir karar için bkz. *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 64; bir basın açıklamasının terör örgütünün propagandasına dönüştüğü iddiasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Mehmet Ali Aydın*, § 77).

68. İfade özgürlüğüne ilişkin bireysel başvurularda ifadelerin bağlamlarından kopararak incelenmesi Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir (*Mehmet Ali Aydın*, § 76).

Nihai Değerlendirmeler

69. Başvuruya konu düşünce açıklamasının yapıldığı tarihlerde PKK'nın gerçekleştirdiği şiddetin ve terör olaylarının sona erdirilmesi amacıyla devlet tarafından bir dizi idari ve siyasi açılım başlatılmıştır. *Çözüm süreci* olarak da isimlendirilen bu süreçte şiddet ve terör olayları önemli ölçüde azalmıştır.

70. Başvuruya konu ve başvurucunun mahkûmiyetine neden olan “Size Kürt halkı önderi Sayın Öcalan'ın selamını getirdim” sözü BDP tarafından organize edilen bir toplantıda, kısa süre önce A.Ö. ile çözüm süreci üzerine yüz yüze görüşmüş siyasetçilerin yaptıkları konuşmalar sırasında ifade edilmiştir.

71. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin açıklayıcı raporunda belirtildiği gibi, yapılan açıklamanın bir terör suçunun işlenmesi

tehlikesine neden olup olmadığı değerlendirilirken açıklanan düşüncenin muhatabının niteliği yanında suçun hangi bağlamda işlendiği de dikkate alınmalı, tehlikenin önemi ve inandırıcılığı iç hukukun gereklerine uygun olarak değerlendirilmelidir (bkz. § 35). AİHM de pek çok kararında A.Ö.nün “Kürtlerin lideri” olarak ifade edilmesinin *tek başına* şiddeti teşvik etmediği kanaatine ulaşmıştır (bkz. § 36). Benzer sözlerin değerlendirilmesine ilişkin olarak Yargıtay da bir yöntem belirlemiştir. Yargıtay sanığın terör örgütünün kurucusu lehine slogan attığı olaylarda eylemin gerçekleştirildiği yer, koşullar ve muhatapları, dinleyici kitlesi ve bu kitleyi harekete geçirme potansiyeli bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir (bkz. §§ 32-33).

72. Tespit edilmesi gereken mesele, A.Ö.yü lider olarak benimseyen, onu öven sözler gibi tartışmalı açıklamaların tarihsel bağlamda ve konuşmanın bütünü içinde şiddete teşvik edip etmediğidir. İçinde kişileri şiddete başvurmaya yönlendiren ifadeler yer almayan ve terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan açıklamaların terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı teşvik etme olarak kabul edilemeyeceğinin altı bir kez daha çizilmelidir (bkz. §§ 62-64).

73. Başvuruya konu konuşmanın terör gruplarına silah bırakılması, ülkede şiddet olaylarının sona erdirilmesi, toplumsal sorunların demokratik müzakere süreçleri işletilerek çözülmesi imkânlarının artırılması amacını taşıyan ve demokratikleşme süreci olarak ifade edilen bir bağlamda yapıldığı gözönüne alınmalıdır. Başvuruya konu konuşmanın yapıldığı tarihsel bağlam göstermektedir ki 15/2/1999 tarihinden beri hükümlü olan A.Ö. ile demokratik açılım sürecinde görüşülmüştür. O hâlde başvuruya konu somut olayın koşullarında başvuruçunun A.Ö. ile ilgili sözlerinin şiddete teşvik ettiği kabul edilemez.

74. Başvuruçunun mahkûm edilmesinin ikinci nedeni ise konuşmasında “Kürdistan” ifadesini kullanmasıdır. “Kürdistan” kelimesinin ne anlama geldiği ancak konuşmanın bütününde kullanılan ifadelerle birlikte konuşmanın yapıldığı özel koşulların değerlendirilmesi ile belirlenebilir (*Abdullah Öcalan*, § 102).

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

75. Başvurucu bahse konu konuşmasında bir bütün olarak sürdürülmekte olan ve barış süreci olarak nitelendirdiği çözüm süreci hakkında kalabalığı bilgilendirmektedir. Başvurucu, Halkların Demokratik Kongresi olarak gelecekte de barış isteyeceklerini, Türkiye'yi bütün toplumun katılımıyla ve tam bir demokrasiyle yeniden inşa etmenin yollarına bakılacağını ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca tam demokratik bir ortamda yaşama imkânı oluşana kadar mücadelenin barış azmi ve iradesini devam ettireceklerini ifade etmiştir. Dolayısıyla söz konusu konuşmada, genel olarak meseleleri şiddeti dışlayan yöntemlerle çözmek için başlatılan politikaların devam ettirilmesi çağrısında bulunulduğu kanaatine ulaşılmıştır.

76. Başvuruya konu kararı veren ilk derece mahkemesi başvurunun *“Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenlik güçlerince yürütülen meşru ve haklı terörle mücadele operasyonları ile ilgili olumsuz bir algı oluşturmaya çalıştığı”* sonucuna ulaşmıştır. Herhangi bir düşünce açıklamasının şiddete teşvik ettiği gösterilmeden soyut olarak *algı yaratılmaya çalışıldığından* bahisle terör örgütünün propagandası olarak kabul edilmesi hukuksal bir değerlendirme olarak kabul edilemez. İlk derece mahkemesi ise başvurunun hangi sözünün bu kanaate ulaşmasına neden olduğuna ilişkin hiçbir açıklamada bulunmamıştır.

77. Başvurucu konuşmasında A.Ö.yü *“önder”*, Türkiye'nin bir kısmını da *“Kürdistan”* olarak ifade etmiştir. Sayısız şiddet eyleminin faili bir terör örgütünün kuruculuğunu ve uzun süre yöneticiliğini yapmış bir kimsenin *lider* olarak nitelendirilmesinin, ayrıca ülkenin bir kısmının -her ne olursa olsun- bölünmeyi çağrıştıracak şekilde isimlendirilmesinin toplumun büyük çoğunluğunca kabul edilemez bulunduğu bir vakıadır.

78. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya önemsiz görülen *bilgi* veya *fikirler* için değil aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden, incitici, yaralayıcı ve kabul edilemez görülenler için de geçerli olduğunu belirten AİHM kararındaki (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49) görüşlere de atıf yapmıştır. Bir ifade ya da açıklamanın ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı

değerlendirilirken söz konusu ifadelerin rahatsız edici olup olmadığı belirleyici olmaz. Ayrıca kullanılan sözlerin doğru ya da kabule şayan olup olmadığının değil terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

79. Başvuruya konu konuşmanın yapıldığı tarihsel bağlam, başvurunun kullandığı ifadelerin nesnel anlamı ve konuşmanın tamamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun sözlerinin PKK terörünün övülmesi, terörizme destek gösterisi, şiddet kullanımını, silahlı direnişi ya da başkaldırıyı doğrudan veya dolaylı teşvik olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Başka bir deyişle başvurunun başkalarınca aynı suçların işlenmesi amacıyla terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini savunduğu değerlendirilmemiştir (benzer yöndeki değerlendirme için bkz. *Ayşe Çelik*, § 57).

80. Bir düşünce açıklamasının terörün veya terör örgütünün propagandası olduğu iddia edildiğinde değerlendirilecek en önemli unsur ifadelerin şiddete yol açma potansiyelinin bulunup bulunmadığıdır. Somut olayın koşullarında başvuruya konu konuşmanın İstanbul'da düzenlenen büyük bir mitingde yapılmasının, basın yayın organlarında yer almasının ve video sitelerinde yayınlanmaya devam etmesinin devlet ve toplum hayatında olumsuz sonuçlar doğurduğu, devletin terörle mücadele faaliyetleri üzerinde kayda değer bir etkisi olduğu gösterilememiştir.

81. Ayrıca başvurunun güvenlik güçleri ile çatışmaya giren örgüt üyelerini övdüğü, terör örgütünü yücelttiği, çatışmalara doğrudan katılan güvenlik gücü mensuplarına karşı özellikle bir nefret aşıladığı veya şiddete başvurmayı cesaretlendirdiği değerlendirilmemiştir (*Ayşe Çelik*, § 57).

82. Hangi dil ve üslup kullanılırsa kullanılsın başvuruya konu konuşmada nihai olarak o tarihlerde yürütülmekte olan çözüm sürecinin başarılı bir şekilde yürütülmesi ve sona erdirilmesi talebinin baskın olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla başvurunun konuşmasının bir terör örgütünün siyasi veya sosyal etkinliğini artırmak, sesinin kitlelere

duyurulmasını sağlamak, örgütün başa çıkılması imkânsız bir güç olduğu ve amacına ulaşabileceği kanaatini toplum üzerinde oluşturmak, halkın örgüte sempatisini artırmak ve giderek aktif desteğini sağlamak amacıyla yapıldığı kabul edilmemiştir (*Ayşe Çelik*, § 59).

83. Diğer yandan seçmenlerini temsil eden, onların taleplerini, endişelerini ve düşüncelerini politik alana aktaran ve çıkarlarını savunan seçilmiş kimseler için ifade özgürlüğünün özellikle değerli olduğu açıktır. Zira milletvekilleri gibi seçilmiş kimselerin görüş ve düşüncelerini serbestçe ifade edebildikleri ölçüde seçmenlerini temsil edebilmeleri, yasama ve denetim faaliyetlerine gereği gibi katılabilmeleri mümkün olacaktır (AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018).

84. Olay tarihinde seçilmiş bir milletvekili ve yürütülmekte olan çözüm sürecinin önemli bir aktörü olan başvurunun açıklamalarına müdahalede kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir aralığı olduğu ve çok daha titiz değerlendirmeler yapılması gerektiği açıktır (bir belediye başkanının açıklamaları bağlamında aynı yönde yapılan bir değerlendirme için bkz. *Mehmet Ali Aydın*, § 85)

85. İlk derece mahkemesinin kararı incelendiğinde, başvurunun sözlerinin terör örgütü PKK'nın ve yöneticisinin meşru görülmesi niteliğinde olduğundan bahisle terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. Buna karşılık ilk derece mahkemesi kararında başvurunun düşünce açıklamasının hangi surette terör örgütünün şiddet ve tehdit yöntemlerini *meşru gösterdiğine* veya *övdüğüne* ya da *bu yöntemlere başvurmayı teşvik ettiğine* dair bir değerlendirme yapmamıştır.

86. Yukarıdaki bilgiler dikkate alındığında ilk derece mahkemesinin başvurunun mahkûmiyetinin *zorunlu toplumsal bir ihtiyaca* karşılık geldiğini *ilgili* ve *yeterli* bir gerekçe ile ortaya koyduğunun kabul edilmei mümkün olmamıştır.

87. Başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Diğer İhlal İddiaları

88. Başvurucu; somut norm denetimi yapılması için Anayasa Mahkemesine başvurulması ve eyleminin yasama sorumsuzluğu kapsamında kaldığı hususunda bir değerlendirme yapılması yönündeki taleplerinin hatalı gerekçelerle reddedildiğini, savunmasının kanunda öngörülen usule uyularak alınmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca iddia makamının mütalaasının kendisine tebliğ edilmediğini, fezlekedede yer almayan bir suçtan dolayı yargılandığını savunarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir.

89. Başvurucu bu açıklamalarının yanında kendisine verilen hapis cezasının süresi ve dosyanın istinaf aşamasındaki incelenme süreci incelendiğinde siyasi amaçlarla birtakım yargısal işlemler yapıldığını ve adil yargılanma hakkının yanında AİHS'in 18. maddesi anlamında bir ihlalin de söz konusu olduğunu, hukuka aykırı olan ve siyasi bir nitelik taşıyan mahkûmiyet kararının bir sonucu olarak seçme ve seçilme hakkından da mahrum bırakıldığını ileri sürmüştür.

90. Somut başvuruda ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığından tüm bu şikâyetlerinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

C. 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) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun 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

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

92. 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 kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir (detaylı açıklamalar için *Mehmet Doğan*, §§ 57-60).

93. Başvurucu, ihlalin tespiti ile birlikte yeniden yargılama talebinde bulunmuştur. Başvurucu ayrıca miktarını belirtmeden maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

94. Başvurucunun ifade özgürlüğünü ihlal edildiği ve ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır. 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 İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

95. Yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 9.150 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

96. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 294,70 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.769,70 TL 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. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2017/173, K.2018/152) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 9.150 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 294,70 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.769,70 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurunun 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 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 3/10/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

**WIKIMEDIA FOUNDATION INC. VE DİĞERLERİ
BAŞVURUSU**

(Başvuru Numarası: 2017/22355)

Karar Tarihi: 26/12/2019

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Başkanvekili	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler :	Serdar ÖZGÜLDÜR Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU Selahaddin MENTEŞ
Raportör	: Derya ATAKUL Yunus HEPER
Başvurucular	: 1. Wikimedia Foundation Inc.
Vekili :	Av. Gönenç GÜRKAYNAK : 2. Punto24 Bağımsız Gazetecilik Derneği

Vekili : Av. Veysel OK
: 3. Yaman AKDENİZ
Vekili : Av. Hediye Gökçe BAYKAL
: 4. Kerem ALTIPARMAK
Vekili : Av. Hediye Gökçe BAYKAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Wikipedia isimli internet sitesinin tamamına erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Birinci başvuru 9/5/2017 tarihinde, üçüncü ve dördüncü başvurucular 12/5/2017 tarihinde, ikinci başvuru ise 8/6/2017 tarihinde başvuru yapmıştır.

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

6. Konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2017/22783 ve 2017/26860 numaralı başvuru dosyalarının 2017/22355 numaralı başvuru dosyası ile birleştirilmelerine, incelemenin 2017/22355 numaralı başvuru dosyası üzerinden yürütülmesine ve diğer dosyaların kapatılmasına karar verilmiştir.

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

8. Başvurucular, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmuştur.

9. Birinci Bölüm tarafından 11/9/2019 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

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

A. Birinci Başvurucu Wikimedia ile İlgili Genel Açıklamalar

11. Birinci başvuru, Wikipedia isimli internet sitesinin sahibidir. Türkçe versiyonunun adı Vikipedi olan ve sunucuları Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) bulunan Wikipedia;

i. İçeriği dünyanın her köşesinden gönüllü insanlar tarafından ortaklaşa hazırlanan açık kodlu, kâr amacı gütmeyen, ücretsiz çevrim içi ansiklopedi olarak adlandırılan bir internet platformudur. Açık kaynaklara göre 2007 yılı itibarıyla iki milyon başlığı geçerek tüm zamanların en büyük ansiklopedisi unvanını kazanmış olup 2017 yılı itibarıyla da aylık yaklaşık 400 milyon tekil ziyaretçi ile dünyanın en fazla ziyaret edilen beşinci web sitesi konumuna ulaşmıştır. Bilim ve teknoloji, çevre, dil, doğa, hukuk, inanç, işletme, kişiler, kronoloji, kültür, sağlık, siyaset, tarım ve yaşam kategorileri altında milyonlarca madde içermektedir.

ii. Herkesin içerik sağlayıcı olarak katılımına açık bir platformdur. Dünya üzerinde internete bağlı bilgisayarı olan herhangi bir kişi tüm sayfalarda ekleme, çıkartma ve düzenleme yapabilme imkânına sahiptir. Bu kapsamda her gün kullanıcılar tarafından binlerce yeni madde başlatılmakta ve mevcut maddelerde değişiklikler ve güncellemeler yapılmaktadır. Dolayısıyla nihai doğruların yer aldığı bir internet sitesi olmayıp içerikler zaman içinde değişikliğe uğrayabilmektedir. Nitekim Wikipedia bu durumu internet sitesinde şöyle ifade etmiştir:

“Bir viki olarak, maddeler hiçbir zaman tamamlanmış, bitmiş değildir. Maddeler sürekli olarak değiştirilir ve zaman içinde geliştirilir. Bu durum genellikle, hem maddenin kalitesinin artmasına hem de bilginin adil ve dengeli bir şekilde sunumu üzerinde fikir birliği oluşmasına yol açacaktır.

Kullanıcılar başlangıçtan itibaren bütün maddelerin ansiklopedik nitelikte olmadığını farkına varmalıdırlar. Aslında birçok madde ilk yazıldığında subjektif bilgi içerir, uzun bir tartışma sürecinde adım adım tarafsız bir maddeye dönüşür. Bazı maddelerde ise bu süreç düşüncelerine fanatizm derecesinde bağlı olan bazı yazarlar yüzünden daha da uzayabilir.

Kısmen bu durum Vikipedi’nin dahili sorun çözme mekanizmasından kaynaklanmaktadır, herhangi bir anlaşmazlık çıktığında daha deneyimli editörlerin soruna ilgi göstermesi zaman almaktadır.

‘İdeal’ sayılan Vikipedi maddesi dengeli, tarafsız, ansiklopedik ve içeriği doğrulanabilir olmalıdır. Sayısı artan maddeler zamanla bu ideal duruma ulaşmaktadır, hatta çoğu ulaşmıştır. Ancak, bu bir süreçtir ve kullanıcıların katkılarıyla maddelerin ideal duruma ulaşmaları aylar hatta yıllar alabilir. Bazı maddeler, tamamen alınılanmamış içeriğe sahiptir. Bazılarının içeriği ise ileride genişletilecektir. Yanılgı içeren bilgiler, sonraki katkılarla farkedilecek, bu bilgiler ya silinecek ya da yorumlanacaktır.

İçerik gün geçtikçe kalitelileşmesine rağmen, eğer bir araştırma kaynağı olarak kullanacaksanız Vikipedi’yi dikkatli kullanmanız çok önemlidir. Çünkü maddeler doğal olarak çok çeşitli standart veya uygunlukta olabilmektedirler.”

iii. 280 ayrı dilde versiyona sahip olup 2018 yılı verilerine göre Wikipedia’da 5.764.000 madde üzerinde çalışan yaklaşık 134.000 aktif editör vardır. Wikipedia’nın İngilizce, Almanca ve Fransızca versiyonları en fazla madde içeren versiyonları olmakla birlikte sadece Türkçe Vikipedi’de 4/7/2019 tarihi itibarıyla 1.036.586 kayıtlı kullanıcı, toplam 1.648.102 sayfa, 330.434 madde vardır ve bugüne kadar toplam 20.709.924 değişiklik yapılmıştır. Wikipedia, maddelerinin zayıf yönlerini şu şekilde açıklamıştır:

“Wikipedia’nın radikal bir şekilde herkese açık olması, herhangi bir maddenin herhangi bir zamanda kötü bir vaziyette olabilmesi anlamına gelir.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

Örneğin madde metninin ortasında tartışmalı ifadeler olabilir veya madde vandalizme uğrayabilir.

Vikipedi, tam editoryal bir anlaşmazlık çözme mekanizmasına sahiptir. Yani anlaşmazlıkları çözen bir üst mahkeme yoktur. Bunun sonucunda madde üzerindeki anlaşmazlıkların çözülüp maddenin tarafsız ve kaliteli hale gelmesi çok uzun bir süre alabilir.

Bariz vandalizm girişimleri kolayca tespit edilip düzeltilmesine rağmen, göze çarpmayan vandalizm veya bakış açısı eksikliği içeren maddeler oldukça fazladır.

Çok önemli maddelerin doğruluğu hakkında hiçbir sistematik kontrol mekanizması yoktur, kusur veya eksiklik içerebilirler.

Sık denetlenen maddelerde daha az gözükme üzere, maddeler bazı yönlerden eksik olabilir. Örneğin bir maddede bir bakış açısı iyi yansıtılmış olmasına rağmen diğer bakış açıları üzerinde durulmamış veya göz ardı edilmiş olabilir.

Bazı katkılar ilkelerimizle tamamen örtüşmeyebilir, veya alıntılanmamış (özgün) bilgi içerebilir.”

iv. Sayfaları arasında ve çoğu sayfanın sonunda iç bağlantılar bulunmaktadır. Bu, sitede bir başka maddenin okunulan konu ile alakası olduğu ve yer aldığı ara yüzde o madde ile ilgili daha ayrıntılı bilgi bulunabileceği anlamına gelmektedir. Böylelikle bağlantılar arasında dolaşarak daha fazla bilgiye erişilebilmektedir.

v. Sayfalarında yer alan içerikler çoğunlukla atıf ve referans bilgisi içermektedir.

vi. “Seçkin içerik”lerin bulunduğu ayrı bir bölüme sahiptir ve “seçkin içerik”i en başarılı çalışmalarının örneklendiği bölüm olarak tanımlamaktadır. Tüm seçkin içerik çeşitlerinin detaylı bir inceleme sürecinden geçirildiğini belirten Wikipedia, bir içeriğin yüksek standartları karşıladığından ve nihai amaçlarına örnek teşkil ettiğinden emin olduğunda içeriğin bulunduğu sayfanın sağ üst köşesine konulan küçük altın bir yıldız ile bu içeriğin seçkin içerik olarak işaretlendiğini açıklamaktadır.

12. Bireysel başvuru formunda Wikipedia'nın haber kaynaklarıyla bağlantı kurma ya da onlara atıfta bulunmanın yanı sıra haber kaynaklarında yer alan hikâyeleri betimlediği, haberleri izah ettiği ve özetlediği, çoğunlukla bir konu hakkında birbiriyle çatışanlar da dâhil farklı perspektifleri yansıttığı belirtilmiştir.

B. Diğer Başvurucularla İlgili Genel Açıklamalar

13. İkinci başvuru; ifade özgürlüğünü, bilgiye erişim ve bilgiyi yaygınlaştırma hakkını savunan bir sivil toplum kuruluşudur.

14. Üçüncü ve dördüncü başvurucular, olayların meydana geldiği tarihte internet ve insan hakları alanlarında çalışan akademisyenlerdir. Başvurucuların özellikle internette ifade özgürlüğü ile ilgili konularda akademik çalışmaları bulunmaktadır.

C. Erişim Engeli Konulması Süreci

15. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna (BTK) hitaben 28/4/2017 tarihli yazısı ile Wikipedia'da bulunan ve 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/A maddesi uyarınca *"Yaşam hakkı ile kişilerin ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi"* açısından gecikmesinde sakınca bulunan hâller kapsamında değerlendirilen iki içeriğin çıkarılması, çıkarılmaması durumunda içeriklere erişimin engellenmesi, içeriklere erişimin engellenememesi durumunda da alan adı üzerinden internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı verilmesini talep etmiştir.

16. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hâller kapsamında değerlendirilen iki içeriğin yer aldığı maddeler şöyledir:

i. Birinci madde *"State-Sponsored Terrorism"* (Devlet Destekli Terörizm) başlığını taşımaktadır. İngilizce olarak kaleme alınan söz konusu maddenin içeriğinde devlet destekli terörizm, terörle bağlantılı devlet dışı aktörlere hükûmet desteği olarak

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

tanımlanmakta, ancak bu ifadenin aşağılayıcı niteliği nedeniyle belirli örneklerin tanımlanmasının genellikle siyasi anlaşmazlığa neden olduğu belirtilmektedir. Söz konusu başlık altında on altı ülkenin ismi bulunmaktadır. Bu ülkeler Afganistan, Hindistan, İran, İsrail, Libya, Malezya, Pakistan, Filipinler, Katar, Rusya, Suudi Arabistan, Suriye, Sovyetler Birliği, Türkiye, Birleşik Krallık ve ABD olarak sıralanmış olup her birinin alt başlığında terörizme sağladığı iddia edilen desteğe ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Erişimin engellenmesi kararına konu olan “*Turkey*” alt başlığındaki açıklamada genel olarak;

- Türkiye’nin el-Nusra, IŞİD gibi çeşitli aşırı İslamcı grupları desteklemekle suçlandığı ileri sürülmüş ve kamuoyunda tanınmış bazı kişilerin beyanlarına yer verilmiştir. Anamuhalefet partisi lideri olan Kemal Kılıçdaroğlu’nun Hükûmeti teröristlere para yardımı yapılmaması ve terörist grupların eğitilmemesi konusunda uyardığı ifade edilerek Cumhuriyet gazetesinin 12/10/2014 tarihinde “*Fuat Avni*” isimli sosyal medya hesabından paylaşılan Türkiye’nin el-Kaide ile bağlantılı terörist gruplara finansal ve askerî yardım sağladığına ilişkin tape kayıtlarının sızdığı iddiasının aktarıldığı belirtilmiştir. ABD’nin eski Türkiye Büyükelçisi Francis Ricciardone’nin de, Türkiye’nin Ahrar el-Şam ve el-Kaide’nin Suriye kanadını doğrudan desteklediği ve birlikte çalıştığı iddiasında bulunduğu belirtilerek eski bir ABD istihbarat görevlisinin el-Nusra’nın Suriye’nin bir bölgesi olan Ghouta’da kimyasal saldırı gerçekleştirdiği ve Türkiye’nin bu saldırıdan haberi olduğu şeklindeki iddiası aktarılmıştır.

- El-Nusra’nın kamplarını Suriye’nin Türkiye sınırı boyunca kurduğu ve sınır kenti Azaz yakınlarında Türkiye’den düzenli olarak yardım aldığı, YPG lideri Abdu İbrahim ile Suriye Hükûmetinin müttefikleri tarafından Türkiye’nin açıkça el-Nusra ve IŞİD’i desteklediğinin iddia edildiği, Türkiye’nin Reyhanlı saldırısından önce Suriye Hükûmeti karıştlarına kapılarını açtığı, yaralıların Türk hastanelerinde tedavi edildiği, Türkiye’nin daha önceleri topraklarından Suriye’deki savaşa katılmak isteyenler ile IŞİD’e mühimmat transferine göz yumduğu ileri sürülmüştür. Bu iddialar, bazı iktidar ve anamuhalefet partisi yetkililerinin söylemleri ile bir

İŞİD komutanının ifadelerine ve Suriye’de Kürtlerden oluşan silahlı grupların ürettiği bazı dokümanlara dayandırılmıştır.

- Ürdün istihbaratının Türkiye’nin İŞİD militanlarını eğittiği iddiası, Mısırlı bir yetkilinin Türkiye’nin İŞİD’e uydu görüntüleri verdiği iddiası, bir YPG komutanı ile Kobani Belediye Başkanı Anwar Moslem’in Türkiye’nin İŞİD’e sağladığı destek ile ilgili iddiaları aktarılmıştır.

- ABD’nin Türkiye’yi İŞİD’den petrol almayı durdurması konusunda uyardığı ama bu uyarının dikkate alınmadığı, Türk yetkililerin İŞİD’le işbirliği hâlinde Suriye’den Türkiye’ye petrol kaçakçılığı yaptığı ileri sürülmüştür.

ii. İkinci madde “*Foreign involvement in the Syrian Civil War*” (Suriye İç Savaşına Yabancı Katılımı) başlığını taşımaktadır. Genel bilgilerin ardından bu maddenin içeriğinde “*Support for the Syrian Ba’athist government*” (Suriye Baas hükümetine destek) ve “*Support for Syrian opposition*” (Suriye Muhalefetine Destek) başlıkları altında ülke isimleri sıralanmış olup Türkiye “*Support for Syrian opposition*” başlığının altında yer almaktadır. Erişimin engellenmesi kararına konu olan “*Turkey*” alt başlığındaki maddenin içeriğinde genel olarak birinci maddede yer alan iddialar ile benzerlerinin bulunduğu tespit edilmiştir.

17. BTK aynı gün (28/4/2017 tarihinde) Başbakanlığın talebini uygun bularak birinci başvuru tarafından söz konusu içeriklerin 5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen sürede çıkarılmamış olması ve URL (içerik) bazlı erişimin engellenmesine teknik olarak imkân bulunmaması nedeniyle internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar vermiştir.

18. BTK daha sonra Anayasa Mahkemesine gönderdiği 19/9/2019 tarihli yazıda internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi sürecine ilişkin bazı açıklamalarda bulunmuştur. BTK, şikayet konusu erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmadan önce “*uyar-kaldır*” yöntemine başvurulduğunu ve başvurucuya söz konusu içerikleri kaldırması için 14 saat süre tanıdığını, başvurucunun anılan sürede 5651

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

sayılı Kanun'un 8/A maddesi uyarınca yasa dışı olarak nitelendirilen içeriği kaldırmaması ve URL bazlı erişimin engellenmesi yönteminin de teknik olarak mümkün olmaması üzerine sitenin tamamına erişimin engellendiğini ifade etmiştir.

19. BTK 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince erişimin engellenmesi kararını 29/4/2017 tarihinde Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuştur. Hâkimlik, BTK tarafından onaya sunulan erişimin engellenmesi kararını aynı tarihte onaylamıştır. Hâkimliğin gerekçesi şöyledir:

“Hâkimliğimizce yapılan inceleme sonucunda talebe konu edilen ‘www.wikipedia.org’ adlı internet sitesinde yer alan

https://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_involvement_in_the_Syrian_Civil_War#Turkey

https://en.wikipedia.org/wiki/State-sponsored_terrorism#Turkey

URL adreslerinde paylaşılan içeriklerin 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesi kapsamında, terörü öven, şiddette ve suça teşvik eden kamu düzenini ve milli güvenliği tehdit eden, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesine bağlı olarak içeriklere erişimin engellenememesi nedeniyle internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesine dair tedbir kararının, 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesinin 2. fıkrası uyarınca onaylanmasına, belirtilen URL adreslerindeki içeriklere erişimin engellenmesi halinde hedeflenen amaç gerçekleşmiş olacağından ‘www.wikipedia.org’ adlı internet sitesine tümünden erişim engelinin kaldırılmasına dair aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur.”

20. Birinci başvurunun onaylama kararına itirazı, Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliğince 4/5/2017 tarihinde reddedilmiştir. Hâkimliğin gerekçesi şöyledir:

“Hakimliğimizce ‘İfade Özgürlüğü’ Demokratik Hukuk Devletinin en temel haklarından biri olarak kabul edilmektedir. Ancak yukarıda belirtilen yasal metinlerden de anlaşılacağı gibi ‘İfade Özgürlüğü’ mutlak haklardan değildir, şartların oluşması ve ölçülülüğün gerektirdiği durumlarda ifade özgürlüğü kısıtlanabilir.

Öte yandan Türkiye Cumhuriyeti Devleti 20 Temmuz 2016 tarihinde tüm ülke genelinde 'Olağanüstü Hal' ilan etmişaynı saatlerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesi gereğince sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini geçici olarak askıya aldığını Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirmiştir. AİHS'nin 15/2 maddesi ile sözleşmenin hangi hükümlerinin askıya alınamayacağı hükme bağlanmış olup; 10.maddede düzenlenen ifade özgürlüğü bunlardan biri değildir.

Hakimliğimiz tarafından verilen itiraza konu kararda 'www.wikipedia.org' adlı internet sitesinde yer alan iki ayrı URL adresinde bulunan ve talebe konu edilen içeriklerde; (https://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_involvement_in_the_Syrian_Civil_War#Turkey, https://en.wikipedia.org/wiki/State-sponsored_terrorism#Turkey) Türkiye Cumhuriyeti Devletin, Suriye Ülkesinde yaşanan iç savaşı başlatanlardan olduğu, terör örgütlerini desteklediği, silah yardımıyla bulunduğu gibi uluslararası platformda ve ülke içerisinde saygınlık ve itibarını zedeleyecek terörü destekleyen bir devlet olduğu izlenimi verecek derecede haksız nitelikte saldırının bulunduğu anlaşılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti Başbakanlığınca, Bilişim Teknolojileri Kurumuna başvurulmuş ancak talebe konu URL adreslerinin şifreli olması nedeniyle teknik olarak erişimin engellenmesinin mümkün bulunmadığından, internet sitesinin tamamına yönelik erişimin engellenmesi kararı verilmiş, Hakimliğimizce de bu karar yerinde bulunduğu onaylanmıştır. Verilen kararda internet sitesine tümünden erişimin engellenmesinin geçici olduğu, belirtilen iki URL adresine 'www.wikipedia.org' yetkilileri tarafından erişim engellinin konulması halinde kaldırılması gerektiği vurgulanmıştır.

Açıklanan nedenlerle Hakimliğimiz kararında düzeltilecek bir husus bulunmadığından itirazın reddine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."

21. Birinci başvurucunun ret kararına yaptığı itiraz da Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliğince 7/5/2017 tarihinde kesin olarak reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 9/5/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu aynı tarihte bireysel başvuruda bulunmuştur.

22. Wikipedia'nın çevrim içi tüm versiyonlarına Türkiye'den erişimin engellenmesinin ardından Türkiye'de yaşayan kullanıcıların Vikipedi'de yer alan içeriğe erişiminin sağlanabilmesi amacıyla birinci

başvurucu tarafından Wikizero oluşturulmuştur. 2019 yılının Eylül ayına kadar Wikipedia'nın alan adının başına sıfır rakamı konularak ulaşılan Wikizero ile kullanıcılar Vikipedi'ye ulaşmakta ve Vikipedi'yi kullanabilmekteydi. Hâlihazırda ise birinci başvuru hukuki nedenlerden ötürü bu erişim yöntemini kapattığını açıklamış, bu defa alan adının başına "00", "1", "2", veya "Z" konulmak suretiyle Vikipedi'ye erişimi mümkün kılmıştır. Başka bir ifadeyle engelleme kararının ardından kurulan, Vikipedi'den farklı URL'lere sahip ancak aynı veya aynısına yakın içeriği barındıran "*Mirror website*" yani *ayna web sitesi*, internet ortamında erişilebilir durumdadır. Wikipedia bu sistemin yanında ayrıca kullanıcılar tarafından bilgisayarlarına indirilmek suretiyle kullanılabilen Wikizero web tarayıcı eklentisi ve Android işletim sistemini kullanan mobil cihazlar için oluşturulmuş Wikizero mobil uygulaması ile alan adına herhangi bir eklenti yapılmadan da Vikipedi'ye erişimi sağlamıştır.

23. İkinci, üçüncü ve dördüncü başvurucular, kullanıcı sıfatıyla Wikipedia'ya yönelik erişimin engellenmesi tedbirine itiraz etmişlerdir. Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliğince 7/5/2017 tarihinde tüm başvurucuların itirazı kesin olarak reddedilmiştir. Başvurucular, ret kararlarının kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

D. Bireysel Başvurudan Sonraki Gelişmeler

24. Birinci başvuru 28/5/2018 tarihli dilekçesi ile Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin erişimin engellenmesi kararının ardından bağımsız, gönüllü Wikipedia editörleri tarafından karara konu maddeler üzerinde kapsamlı değişiklikler yapıldığını belirtmiştir. Başvurucu, erişimin engellenmesi kararına konu içeriklerin önemli ölçüde değiştirilmiş olması nedeniyle Hâkimliğin kararının dayanaktan yoksun kaldığını ileri sürmüştür.

25. Anayasa Mahkemesi 24/5/2019 tarihinde birinci başvurucudan, Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin erişimin engellenmesi kararının onaylanmasına konu iki URL adresinde yer alan içeriklerin karar

tarihindeki versiyonları ile anılan adreslerin başvuruçunun 28/5/2018 tarihli dilekçesinde bahsettiği yeni versiyonlarını istemiştir.

26. Birinci başvuruç 30/5/2019 tarihinde Anayasa Mahkemesine söz konusu URL adreslerinde yer alan içeriklerin karar tarihindeki ilk versiyonlarını, 28/5/2018 tarihli dilekçede belirttiği değişiklikleri içeren versiyonlarını ve bu adreslerin güncel versiyonlarını göndermiştir.

27. Anayasa Mahkemesince eski ve yeni tarihli versiyonlar arasında yapılan inceleme sonucunda;

i. *“State-Sponsored Terrorism”* başlıklı maddenin *“Turkey”* alt başlığında verilen bilgilerin daha tarafsız ve özenli bir üslupla yeniden kaleme alınmaya çalışıldığı, güvenilirliği düşük ve doğrulanamayan içeriklerin ve bu içeriklerin alıntılandığı kaynakların çıkarıldığı görülmüştür. Bu kapsamda el-Kaide ve Fetih Ordusu başta olmak üzere Türkiye’nin radikal oluşumlara destek verdiğine ilişkin iddiaların önemli bir kısmı, *“Fuat Avni”* isimli Twitter hesabından yapılan bazı paylaşımlar ile ilgili bilgilerin yer aldığı kısım ve Türkiye’nin sınıra yakın bölgelerde el-Nusra’ya yardım ettiğine yönelik Rus makamlarının iddialarını içeren açıklamalar silinmiştir. Ayrıca Nusra Cephesi ve IŞİD hakkındaki paragrafların büyük ölçüde revize edildiği, nispeten bilinirliği yüksek, farklı bakış açılarını yansıtan kaynaklara atıf yapıldığı tespit edilmiştir. Son olarak IŞİD tarafından Suriye’den Türkiye’ye yapıldığı ileri sürülen petrol kaçakçılığı ile ilgili paragraf da maddeden çıkarılmıştır.

ii. *“Foreign involvement in Syrian Civil War”* başlıklı maddenin *“Turkey”* başlığında da aynı yönde değişikliklerin yapıldığı, bazı içeriklerin atıflarının güçlendirildiği ve güvenilirliği doğrulanamayan bazı içeriklerin çıkarıldığı tespit edilmiştir. Suriye’den Türkiye’ye yapıldığı iddia edilen petrol kaçakçılığına ilişkin haberlerin ardından gelmek üzere Türkiye’nin ve Irak Kürt Bölgesel Yönetiminin petrol kaçakçılığı iddialarını yalanladığına ilişkin bir cümle ile ABD’nin Türkiye Büyükelçisi John R. Bass’ın bu iddiaların asılsız olduğunu açıkladığı ve 2014 yılındaki bu iddiaları dolayısıyla CIA’in özrünü içeren bir paragrafın da eklendiği görülmüştür.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

28. 5651 sayılı Kanun'a 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile eklenen *"Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi"* kenar başlıklı 8/A maddesi şöyledir:

"(1) Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlı ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkan tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(2) Cumhurbaşkanlığı veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkan tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.

(3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

(4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkan tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hâkim kararı üzerine adli

mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara Başkan tarafından elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararları

a. Bilgi Toplumunda İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Hakkında CM (2005)56 Final Sayılı Bildirge

29. Bildirge'nin “Bilgi Toplumunda İnsan Hakları” başlıklı birinci bölümünde şu ifadeler yer verilmiştir:

“1. İfade, bilgi ve iletişim özgürlüğü hakkı

Bilgi ve iletişim teknolojileri (BİT) herkese ifade özgürlüğünü kullanabileceği emsalsiz olanaklar sağlamaktadır. Ancak BİT'ler bu özgürlük için aynı zamanda -devlet ve devlet dışı aktörler tarafından sansür uygulanması gibi- önemli bir dizi engel oluşturmaktadır.

İfade, bilgi ve iletişim özgürlüğüne elektronik ortamda, elektronik olmayan ortamda olduğu gibi saygı gösterilmelidir ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden başka bir sınırlandırmanın konusu olmamalıdır. Yani sadece elektronik ortamda bulunduğundan bahisle sınırlandırma yapılmamalıdır.

...

Üye devletler, devlet ve devlet dışı aktörler tarafından yapılan sansüre engel olmak için yasal ve uygulanabilir önlemleri sağlamalı ve geliştirmelidir.

...”

b. İnternette Bilginin Serbest Sınır Ötesi Akışı Konusunda Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararı CM/Rec(2015)6

30. Kararda ilk olarak ülke sınırlarından bağımsız ve müdahale olmaksızın bilgi, fikir alma ve aktarma hakkını içeren ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun vazgeçilmez temel taşlarından, toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişmesinin temel şartlarından biri olduğu vurgulanmaktadır. Kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesinde belirtilen hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin çevrim içi ve çevrim dışında eşit olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Karara göre AİHS'in 10. maddesi yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım ve barındırma araçlarını da ilgilendirmektedir. Zira bu araçlara getirilen herhangi bir kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne dokunmaktadır.

31. Kararın "*İnternet'te Bilginin Serbest Sınır Ötesi Akışına İlişkin İlkeler*" başlıklı bölümünde devletlerin ulusal politikalarını değerlendirirken, geliştirirken ve uygularken internet üzerindeki serbest sınır ötesi bilgi akışını olumsuz yönde etkileyecek müdahalelerin belirlenmesi ve önlenmesinde gerekli özeni göstermeleri devletlere tavsiye edilmektedir. Bu kapsamda devletler, yasa dışı olarak nitelendirilen içeriğe veya hizmetlere erişimin engellenmesinin AİHS'in 8., 10. ve 11. maddeleri ile uyumlu olmasını sağlamakla yükümlüdür. Özellikle kamu makamları tarafından internetteki yasa dışı içerikle veya faaliyetlerle mücadele etmek için alınan önlemler, devletin sınırlarının ötesinde gereksiz ve orantısız bir etkiye neden olmamalıdır.

c. İnternet Özgürlüğü Konusunda Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararı CM/Rec(2016)5

32. Kararın "*İnternet Özgürlüğüne İlişkin Göstergeler*" başlıklı ekinin "2.2. Kanaat Özgürlüğü ve Haber Alma ve Verme Hakkı" alt başlığı altında yer alan ilgili maddeler şöyledir:

"2.2.1. Devlet makamları veya özel sektör aktörleri tarafından bir internet platformuna (sosyal medya, sosyal ağlar, blog veya diğer web siteleri) veya BİT araçlarına (anlık mesajlaşma veya diğer uygulamalar) erişimin engellenmesi

veya kısıtlanması için alınan tüm tedbirler veya bu işlemlerin yürütülmesi için devlet makamlarından gelen tüm talepler kısıtlamaların yasallığı, meşruiyeti ve orantılılığı açısından Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen hükümlere uygun olmalıdır.

2.2.2. Devlet makamları veya özel sektör aktörleri tarafından bir internet içeriğinin engellenmesi, filtrelenmesi veya kaldırılması için alınan tüm tedbirler veya bu işlemlerin yürütülmesi için devlet makamlarından gelen tüm talepler kısıtlamaların yasallığı, meşruiyeti ve orantılılığı açısından Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen hükümlere uygun olmalıdır.

...

2. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Görüşü

33. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesiyle ilgili olarak 11/7/2011 ile 29/7/2011 tarihleri arasında gerçekleştirilen 102. oturumunda kabul edilen 34 sayılı genel görüşlerinde şu hususlara yer vermiştir:

"12. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesinin 2. fıkrası, tüm ifade biçimlerini ve bunların yayılma araçlarını korur. İfade biçimleri arasında konuşma, yazı ve işaret dili ile sanatsal görüntüler ve objeler gibi sözel olmayan ifadeler bulunur. İfade araçları; kitapları, gazeteleri, broşürleri, posterleri, afişleri, kıyafet seçimini ve resmi mercilere sunulan dilekçeleri içerir. İfade araçları; tüm görsel-işitsel biçimlerinin yanı sıra elektronik ve internet tabanlı ifade biçimlerini de kapsar.

...

15. Taraf Devletler, internet ve mobil tabanlı elektronik bilgi yayma sistemleri gibi bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerin dünyadaki iletişim teamüllerini büyük ölçüde değiştirdiğini dikkate almalıdır. Artık bilgi ve fikir alışverişi için geleneksel kitle iletişim araçlarının mutlak varlığına ihtiyaç duymayanküresel bir ağ var. Taraf Devletler, bu yeni medyanın bağımsızlığını teşvik etmek ve bireylerin oraya erişimini sağlamak için gerekli tüm adımları atmalıdır.

...

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

43. *Web sayfalarının, blogların veya internet temelli, elektronik veya diğer bilgi yayma sistemlerinin, ayrıca örneğin internet hizmet sunucuları veya arama motorları gibi bu tür iletişimi destekleyen sistemlerin işleyişine getirilecek herhangi bir kısıtlama, ancak Sözleşme'nin 19. maddesinin 3'üncü fıkrasına uygun gerekçelerle kabul edilebilir. İzin verilebilir kısıtlamalar genellikle içeriğe özgü olmalıdır; belirli sitelerin ve sistemlerin işleyişine getirilecek genel yasaklar 3. fıkra ile bağdaşmaz. Ayrıca, bir siteye veya enformasyon yaygınlaştırma sistemine yalnızca hükumete veya hükumetin temsil ettiği siyasal sisteme yönelik eleştirel tutum alabileceği ve bu yönde yayınlar yapabileceği gerekçesiyle yasak getirilmesi de 3'üncü fıkra ile bağdaşmaz."*

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

34. 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 belirtmektedir. AİHM'e göre 10. maddenin ikinci fıkrası 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 toplumdan* 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 vurgulamaktadır (*Handyside/Birleşik Krallık* [GK], 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).

35. AİHM'in internette ifade özgürlüğü ile ilgili kararları incelendiğinde genellikle çevrim dışı olarak geçerli olan her kuralın çevrim içi olarak da geçerli olduğu ilkesinden hareket ettiği, bununla birlikte internet ortamının kendine özgü özelliklerini de dikkate aldığı görülmektedir. AİHM, internet ortamını ifade özgürlüğünü genişleten yeni bir mecra olarak değerlendirmekte; bilgiyi alma, aktarma ve yaymaya yarayan bir yayın aracı olarak nitelemektedir (bu yönde

bir değerlendirme için bkz. *Ahmet Yıldırım/Türkiye*, B. No: 3111/10, 18/12/2012, § 50). AİHM, ifade özgürlüğünün uygulanması konusunda internet sitelerinin önemine ilişkin görüşünü *Times Newspapers Ltd/ Birleşik Krallık (No. 1 ve 2)* (B. No: 3002/03 ve 23676/03, 10/3/2009, § 27) kararında vurgulamıştır. AİHM'e göre internet, erişilebilirliği ve muazzam miktarlarda bilgiyi depolama ve iletme kapasitesi açısından kamunun haberlere erişimini artırmakta ve genel olarak bilgilerin yayılmasını kolaylaştırmakta önemli bir rol oynar.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

36. Mahkemenin 26/12/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

37. Birinci başvuru;

- Wikipedia'nın tüm dünyadan sayısız gönüllü kullanıcı tarafından yüzlerce dilde yazılmış zengin, tarafsız ve eğitici bilgilerden oluşan bir kaynak olduğunu, içeriğinin ifade ve basın özgürlükleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, sitenin tamamına erişimin engellenmesinin demokratik bir toplumun gereklerine aykırı ve orantısız bir müdahale olduğunu belirterek ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

- Sulh Ceza Hâkimliğinin erişimin engellenmesinin onaylanması kararına konu iki maddede on binden fazla kelimenin ve yüzlerce alıntının yer aldığını, gerekçeli kararda makalelerin hangi kısımlarının hangi nedenlerle hukuka aykırılık teşkil ettiğinin belirtilmediğini ve kararın milyonlarca bilgi içeren bir sitenin tamamına erişimin engellenmesi için yeterli bir gerekçe ihtiva etmediğini ileri sürmüştür. Erişimin engellenmesi kararının onaylanmasına itirazın da ülkede bulunan olağanüstü hâl koşullarına dayanılarak reddedildiğini, Anayasa'nın 15. maddesinde öngörülen olağanüstü hâl düzeninin devlet organlarınca alınan her türlü karar ve yapılan tüm işlemlerin olağanüstü hâl rejimine tabi olduğu şeklinde anlaşılamayacağını, üstelik şikâyet konusu erişimin engellenmesi kararı, olağanüstü

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

hâlin ilanını gerektiren nedenlerle ilgili olmadığından olağanüstü hâl tedbiri olarak da görülemeyeceğini belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

38. İkinci başvuru; ifade özgürlüğünü, bilgiye erişim ve bilgiyi yayma haklarını savunan ve bu bağlamda yasal faaliyetler yürüten bir sivil toplum örgütü olduğunu, Wikipedia'ya erişimin engellenmesinin milyonlarca okuyucunun ifade özgürlüğünü ve bilgiye erişim hakkını ortadan kaldırdığını belirterek tüm Wikipedia kullanıcılarının ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

39. Üçüncü ve dördüncü başvurular; birinci başvurunun iddialarına benzer şikâyetlerin yanı sıra kullanıcı sıfatıyla başvuru yaptıklarını, internet ve insan hakları alanlarında çalışan akademisyenler olduklarını ve uzun yıllardır bilimsel çalışmaları ve eğitim öğretim faaliyetleri kapsamında Wikipedia'yı kullandıklarını, bazı konularda Wikipedia'nın sağladığı bilgilerin alternatifine ulaşmanın çok güç olduğunu, haber ve görüş alma haklarına yapılan müdahale nedeniyle ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

40. Bakanlık görüşünde; erişimin engellenmesi kararının uygulanması amacıyla öncelikle uyar-kaldır prosedürünün harekete geçirildiği, birinci başvurucuya söz konusu URL adreslerinde bulunan içeriklerin kaldırılması için bildirimde bulunulduğu, sonuç alınamadığı için ve ayrıca ilgili URL adreslerinin de şifreli olması nedeniyle teknik olarak erişimin engellenmesi mümkün bulunmadığından internet sitesinin tamamına yönelik erişimin engellenmesi kararı verildiği ifade edilmiştir. Bakanlık; URL adreslerindeki içeriklerin haksız saldırı niteliğinde olduğunu ve yanıltıcı bilgiler içerdiğini, bu içeriklerin yayımlandığı internet sitesinin insanlarca kolay erişilebilir bir platform olduğunu, dolayısıyla bunların geniş kitleler üzerinde yaratacağı etkiyi dikkate alarak alınan tedbirin demokratik toplumda gerekli olduğunu belirtmiştir. Bakanlık, Sulh Ceza Hâkimliğinin internet sitesinin tamamına yönelik verilen erişimin engellenmesi kararının URL adreslerindeki içeriklerin siteden çıkarılması koşuluyla kaldırılacağına karar vermesi nedeniyle müdahalenin orantılı olduğunu bildirmiştir. Bakanlık ayrıca, kullanıcı sıfatıyla yapılan başvuruların başvuru sahiplerinin

mağdur sıfatını haiz olmamalarından dolayı kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğunu değerlendirmiştir.

41. Bakanlığın görüşüne cevap dilekçesinde birinci başvuru, esas itibarıyla bireysel başvuru formundaki iddialarını yinelemiştir. Birinci başvuru:

- İnternet sitesinin tamamının kapatılmasının nedeni olarak gösterilen “*millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması*” kavramının idari ve yargısal makamlar tarafından çok geniş yorumlandığını ifade etmiştir. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen kararda, erişimin engellenmesi kararının sebebi olarak haksız saldırı niteliğindeki başvuru konusu içeriklerin devletin itibarını zedelemiş olmasının gösterildiğini, ancak bu sebebin “*millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması*” amaçlarıyla bağının kurulmadığını iddia etmiştir.

- Devletlerin kişiler gibi şeref ve itibar hakkı yönünden bir korumaya tabi tutulamayacağını, kamuyu ilgilendiren konulara ilişkin bilgi ve iddiaların devletin itibarının zedelenmesi gibi bir çekince söz konusu olmadan paylaşılabilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

- Wikipedia’nın herkese açık bir platform olduğunu bildirmiştir. Wikipedia’da yer alan maddelerin bağımsız ve gönüllü editörler tarafından oluşturulduğunu ve sürekli geliştirildiğini, dünyanın her yerinden kullanıcılar tarafından bilgi eklenebildiği için farklı görüşlere açık olduğunu, bu nedenle birbiriyle çelişen tartışmalı konuları da barındırdığını ifade etmiştir. Wikipedia’da yer alan hiçbir bilginin kalıcı ve kesin olmadığını, nitekim başvuru konusu içeriklerde de editörler tarafından erişimin engellenmesi kararından sonra kapsamlı değişiklikler yapıldığını bildirmiştir.

42. Bakanlığın görüşüne cevap dilekçesinde üçüncü ve dördüncü başvuru esas itibarıyla bireysel başvuru formundaki iddialarını yinelemiştir. Bundan başka başvurular;

- Bakanlığın AIHM’in ve Anayasa Mahkemesinin erişimin engellenmesi ile ilgili hiçbir içtihadına görüşünde yer vermediğini,

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

özellikle Anayasa Mahkemesinin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için idari ve yargısal makamlar tarafından uyulması gereken ilkelerin ayrıntılı olarak ele alındığı *Birgün İletişim ve Yayıncılık A.Ş.* ([GK], B. No: 2015/18936, 22/5/2019) kararı görmezden gelinerek görüş oluşturduğunu belirtmişlerdir.

- Bütün dünyada erişilebilir olan başvuru konusu içeriklere sadece Türkiye'den erişimin engellenmesi ile hangi tehlikenin acil olarak önlendiğini anlamının mümkün olmadığını ve 5651 sayılı Kanun'un uygulanmasının sorunlu olduğunu Hükûmetin de kabul ettiğini ifade etmişlerdir. Cumhurbaşkanı tarafından 30/5/2019 tarihinde açıklanan Yargı Reformu Strateji Belgesi'nde birinci amaç olarak *"Hak ve Özgürlüklerin Korunması ve Geliştirilmesi"*nin belirlendiğini, bu kapsamda düzenlenen 11. hedefin (e) bendinde, 5651 sayılı Kanun'da yer alan erişimin engellenmesi usullerinin ifade özgürlüğü çerçevesinde ele alınarak gerekli değişikliklerin yapılacağı bilgisinin yer aldığını belirtmişlerdir. Buna rağmen Bakanlığın görüşünde 5651 sayılı Kanun ile ilgili sorunlara ışık tutacak hiçbir değerlendirme yapılmadığını ifade etmişlerdir.

B. Değerlendirme

43. 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, Ş 16). Başvurucuların tüm şikâyetleri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

44. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak *"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 resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar..."

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, ... amaçlarıyla sınırlanabilir...

...

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

1. Uygulanabilirlik Yönünden

45. 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). İtiraz merciinin gerekçesinde erişimin engellenmesi tedbirinin olağanüstü hâl kapsamında alındığına yönelik bir açıklamaya yer verilmiş ise de, BTK'nın erişim engeli kararında da, ilk derece mahkemesi olan Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin kararında da tedbirin olağanüstü hâl kapsamında alınan tedbirlerden olduğuna ilişkin bir saptama yapılmamıştır.

46. Olağanüstü yönetim usulleri devletin varlığına yönelmiş olağanüstü bir tehdidi veya mevcut bir tehlikeyi olağan tedbirlerle ortadan kaldırmanın mümkün olmadığı hallerde ve devleti olağan düzenine döndürmek amacıyla başvurulanan yöntemlerdir. Bu itibarla olağanüstü hâl kapsamında alınacak tedbirlerin olağanüstü hâli doğuran sebeplerin bertaraf edilmesine yönelik olması gerektiği izahtan varestedir. Dolayısıyla başvuru konusu erişimin engellenmesi tedbirinin olağanüstü hâl döneminde alınmış olması tek başına, bu tedbir aracılığıyla ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin kullanımının durdurulması*" kenar başlıklı 15. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği anlamına gelmez.

47. Türkiye 15 Temmuz 2016 tarihinde askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış, bu nedenle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiştir. Kamu makamları ve soruşturma mercileri -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün

arkasında Türkiye’de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden 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).

48. Başvuru konusu erişimin engellenmesi kararı olağanüstü hâl ilanını gerektiren nedenle alakalı olmadığı gibi olağanüstü hali doğuran sebeplerin bertaraf edilmesiyle de ilgili değildir. Bu nedenle somut başvuruda ayrıca Anayasa’nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılmayacaktır.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. İkinci Başvurucunun Başvurusuna İlişkin Olarak

49. Anayasa Mahkemesi toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan ve “*halk davası*” (actio popularis) olarak isimlendirilen başvuruların bireysel başvuru hakkı kapsamında kabul edilmediğini pek çok kez vurgulamıştır (*Tezcan Karakuş Candan ve diğerleri*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014 § 21; *Mahmut Tanal*, B. No: 2014/11368, 23/7/2014, § 20; *Liberal Demokrat Parti*, B. No: 2014/11268, 23/7/2014, § 18). 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda mağdur statüsüne sahip olabilmesi için başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmiş olması gerekir. Bir başvurunun kabul edilebilmesi için başvurucunun sadece mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayıp ihlalden doğrudan etkilendiğini, yani mağdur olduğunu göstermesi veya mağdur olduğu konusunda ikna edici açıklamalar yapması gerekir (*Mahmut Tanal*, § 34; *Ayşe Hülya Potur*, B. No: 2013/8479, 6/2/2014, § 24; *Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz* (2), B. No: 2015/15977, 12/6/2019, § 36).

50. Somut olayda ifade özgürlüğünü savunan ve bu bağlamda yasal faaliyetler yürüten bir sivil toplum kuruluşu olduğunu belirten başvuru, başvuru konusu erişimin engellenmesi kararının tüm Wikipedia kullanıcılarının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmekle

yetinmiş; anılan karardan kişisel olarak ve doğrudan etkilendiği konusunda ikna edici bir açıklamada bulunmamıştır.

51. Açıklanan gerekçelerle ikinci başvuru Ponto 24 Bağımsız Gazetecilik Derneği tarafından yapılan başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Birinci, Üçüncü ve Dördüncü Başvurucuların Başvurularına İlişkin Olarak

52. Üçüncü ve dördüncü başvurucular, Wikipedia isimli internet sitesinin tamamına erişimin engellenmesi şeklindeki kararın bilgi ve fikir alma haklarını ihlal ettiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuşlardır. *Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2)* kararında; ifade aracına yönelik müdahaleler nedeniyle bilgi ve fikir alma hakkına sahip olan üçüncü kişiler tarafından ifade özgürlüğünün ihlali iddiasıyla yapılan başvurularda, başvurucuların mağdur sıfatını taşıyıp taşımadığı hususunun somut olayın koşulları bağlamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş ve başvurucuların mağdur sıfatı taşıdıklarının kabul edilebilmesi için somut olayda bulunması gereken birtakım kriterler belirlenmiştir. Anılan kararda, başvuru kişinin mağdurluk sıfatının bulunup bulunmadığı değerlendirilirken somut olayın koşullarına uyduğu ölçüde;

i. Başvurucunun ifade aracını (internet sitesi, sosyal medya platformu, kitap, gazete, dergi vb.) kullanma şekli (içerik sağlayıp sağlamaması: aktif kullanıcı-pasif kullanıcı),

ii. İfade açıklamasına yönelik tedbirin bilgi alma hakkına sahip olan başvuru üzerinde doğurabileceği sonuçların ağırlığı,

iii. Bilgiye başka yollardan erişim sağlama imkânının bulunup bulunmadığı,

iv. İfade aracının (somut olayda erişimi engellenen internet sitelerinin ve sosyal medya hesaplarının) özellikleri (kullanıcı/ ziyaretçi/takipçi sayısı, işlevi, ulusal/uluslararası platformlarda bilinirliği, alternatifi olup olmaması vb.),

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

v. İfade aracına yapılan müdahale nedeniyle önemli bir iletişim kaynağından yoksun kalınıp kalınmadığı,

vi. Alınan tedbirin başvurunun kamusal tartışmaya katılımına engel olup olmadığı,

vii. Alınan tedbir nedeniyle başvurunun somut olarak belirlenebilir bir menfaatten yoksun kalıp kalmadığı

gibi hususların incelenerek sonuca varılacağı belirtilmiştir (*Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz* (2), § 37).

53. *Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz* (2) kararında, başvuru konusu olayda 350'si Twitter, Youtube, Dailymotion ve Facebook isimli sosyal paylaşım sitelerine ait kişisel hesaplar ile bazı internet haber siteleri ve kullanım amacı belirli olmayan birtakım internet sitelerinden oluşan 615 adrese erişimin engellenmesine ilişkin şikayet yukarıda sayılan kriterler dikkate alınarak incelenmiş ve başvurucuların söz konusu adreslerin aktif kullanıcıları olduklarını gösteremedikleri gibi belirli bir menfaatten yoksun kaldıklarını da kanıtlayamadıkları sonucuna varılmıştır. Başvurucuların söz konusu internet adresleri dışında başka hiçbir şekilde bilgiye erişim imkânı elde edemediklerini ispat edemedikleri, çok büyük bir kısmında asker, polis ve köy korucularının görüntülerine ve bazı videolara yer verilerek intikam almaya, şiddeti teşvik etmeye yönelik paylaşımların yer aldığı internet sitelerinin engellenmesi tedbiri nedeniyle önemli bir iletişim kaynağından yoksun bırakıldıklarını ve bu durumun kamusal tartışmaya katılmalarına engel oluşturduğunu gösteremedikleri kanaatine ulaşılmıştır. Dolayısıyla *Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz* (2) kararında başvurucuların erişimin engellenmesi tedbiri ile bilgi ve fikir alma hakları arasında doğrudan ve kişisel bir bağ kuramadıkları, mağdur olduklarını soyut iddialardan öteye geçen, makul ve ikna edici gerekçelerle kanıtlayamadıkları sonucuna varılmıştır (*Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz* (2), §§ 39-46).

54. Ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yer alan bir köşe yazısına erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkin *Kerem Altıparmak ve Yaman*

Akdeniz (3) kararında da iki akademisyenin başvurusu incelenmiştir. Söz konusu karara konu olayda, erişimi engellenen ulusal gazetenin sorumlu kişileri veya köşe yazısı sahipleri tarafından herhangi bir yargı merciine başvurulmamıştır. Yukarıda sıralanan kriterlerin (§ 52) uygulandığı söz konusu kararda, başvuru sahiplerinin erişimin engellenmesi tedbiri ile bilgi ve fikir alma hakları arasında doğrudan ve kişisel bir bağ kuramadıkları, mağdur olduklarını soyut iddialardan öteye geçen, makul ve ikna edici gerekçelerle kanıtlayamadıkları sonucuna varılmıştır (*Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (3)*, B. No: 2015/17387, 20/11/2019, § 25).

55. Başvuru konusu olay bağlamında yapılan incelemede Wikipedia'nın işlevi, kullanıcı sayısı, ulusal ve uluslararası platformlarda bilinirliği, alternatifinin olmaması (bkz. § 11) gibi özellikleri gözönünde bulundurularak önemli bir bilgi kaynağı olduğu, kullanıcı sıfatı taşıyan ve yıllardır bilimsel çalışmaları ve eğitim-öğretim faaliyetleri kapsamında Wikipedia'yı kullandıklarını ifade eden başvuru sahiplerinin böyle bir kaynaktan yoksun kalmalarından dolayı mağdur sıfatı taşıdıkları kabul edilmiştir (kullanıcıların mağdur statüsünün kabul edildiği benzer bir karar için bkz. *Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, §§ 27-28)

56. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın birinci, üçüncü ve dördüncü başvuru sahipleri yönünden kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

57. Wikipedia isimli internet sitesinin tamamına yönelik erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararıyla içerik sağlayıcı sıfatı nedeniyle birinci başvuru sahibinin, kullanıcı sıfatı nedeniyle de üçüncü ve dördüncü başvuru sahiplerinin ifade özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

58. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalinin 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.”

59. 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

60. Somut olayda ilk olarak Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü, BTK'ya gönderdiği yazı ile 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi uyarınca *“Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi”* açısından Wikipedia'da bulunan başvuruya konu iki içeriğin çıkarılması, çıkarılmaması durumunda içeriklere erişimin engellenmesi, içeriklere erişimin engellenmemesi durumunda da alan adı üzerinden internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı verilmesini talep etmiştir (§ 15). BTK, *“5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen sebeplerle”* internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar vermiş (§ 17) ancak somut olarak hangi sebebe dayandığını açıklamamıştır. Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliği *“terörü öven, şiddette ve suça teşvik eden kamu düzenini ve milli güvenliği tehdit eden, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi”* sebeplerine dayanarak erişimin engellenmesini uygun bulmuştur (§ 19). Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliği söz konusu karara vaki itirazı ise başvuru konusu yazılarda *“Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, ...uluslararası platformda ve ülke içerisinde saygınlık ve itibarını zedeleyecek terörü destekleyen bir devlet olduğu izlenimi*

verecek derecede haksız nitelikte saldırının” bulunması sebebine dayanarak reddetmiştir (§ 20).

61. Başvuruya konu olayda ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanuni dayanağı olarak 5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesi gösterilmiş, buna karşın bahsi geçen kuralın (1) numaralı fıkrasında sayılan ve müdahaleye izin veren sebeplerden hangisine dayanıldığı açıkça ifade edilmediği gibi müdahalenin dayanağını teşkil eden kuralda yer almayan “*devletin itibarı*” da müdahale sebebi olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla Kanun’un ilgili kuralının keyfiliğe yol açıldığı izlenimi oluşturacak şekilde genişletici bir yoruma tabi tutulduğu anlaşılmaktadır.

62. Bununla birlikte başvuruçuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanuniliğine ilişkin değerlendirmelerin müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerle kuvvetli bir ilişkisi bulunmaktadır. Somut olayın değerlendirilme yöntemi gözönüne alındığında mevcut başvurunun koşullarında ilgili normların *kanunla sınırlama* ölçütünü karşılayıp karşılamadığına ilişkin nihai bir değerlendirmeye değil müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının değerlendirilmesine ihtiyaç bulunduğu kanaatine ulaşılmıştır.

ii. Meşru Amaç

63. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için bu müdahalenin Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen 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 yapılmış olması gerekir.

64. Başvuruya konu internet sitesine erişimin engellenmesine ilişkin kararın amacını tespit etmek ise oldukça zor görünmektedir (bkz. § 60). Somut olayda müdahalenin meşru sebebi yönünden bir sorun olmadığı söylenemez. Bununla birlikte kanunilik yönünden yapılan

değerlendirmede tespit edilenle bağlantılı olan bu mesele, yakından ilgili olduğu demokratik toplum düzeninde gereklilik ölçütü yönünden yapılacak değerlendirmede ele alınacaktır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Kavramı

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

(2) İfade Özgürlüğü ve İnternetin Rolü

66. 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 alma ya da verme 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). Bu kapsamda haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören internet Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 30, 33).

67. 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; C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018, § 27).

68. Barındırdığı bilgilerle temel başvuru kaynağı hâline gelen internet, kişilere milyonlarca içerik arasından özgür seçim şansı sunmakta; kamusal tartışmalara aktif katılım olanağı sağlamaktadır. İnternet karşılıklı etkileşime açık yapısı, düşünceleri alma ve iletmede sunduğu geniş imkânlar ile ifade özgürlüğünün kullanımında vazgeçilmez bir vasıta olmuştur.

69. İnternetin, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmasında sosyal medyanın önemi yadsınamaz. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. Nitekim Wikipedia da bir sosyal medya olarak kullanıcılarının kendi ürettiği içeriği yayınladığı ve paylaştığı online bir ağıdır. Daha önce de internetin sağladığı sosyal medya zemininin kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliğine vurgu yapan Anayasa Mahkemesi sadece düşüncayı açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiğini ifade etmiştir (bkz. *Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri*, § 52).

70. İnternetin ifade özgürlüğü üzerindeki önemine karşın internet ortamında üretilen içeriklerin bir kısmının birey, millet ve devlet hayatı için ciddi riskler barındırdığı, kendine has özellikleri nedeniyle internetin aynı zamanda ciddi biçimde suistimal edildiği de açıktır. Sosyal hayatı

zenginleştiren, bilgi edinme süreçlerini kolaylaştıran, yeni iş fırsatları doğuran internet; aynı zamanda bazı bireylerin başta kişilik hakları olmak üzere temel haklarına ağır saldırıların gerçekleştirildiği; yanlış bilgilerin yayılması, siber zorbalık, sanal dolandırıcılık, pornografi, çocuk istismarı, fuhuş, kumar, şiddetin, nefretin ve ırkçılığın yayılması, terörizmin desteklenmesi ve yaygınlaştırılması gibi topluma ve devlete yönelik gerçek güvenlik risklerinin ve zararlarının oluşmasına neden olan bir ortam haline de gelebilmektedir.

71. Şüphesiz bu risklerle mücadelede yalnızca internete getirilecek kısıtlamalar ile başarılı olabilmek mümkün değildir. İnternetin sınır tanımayan özelliği ve hiçbir ülkenin tekelinde olmaması devletlerin bu alana müdahale konusundaki başarı şansını azaltmaktadır. İnternet ortamında yer alan içeriğe müdahalenin bir aracı olarak kullanılan erişimin engellenmesi tekniklerinin etkili olabilmesi için engellenmenin ülke genelindeki internet trafiğinin tüm çıkış noktalarında uygulanması gerekmektedir. Bu sebeplerle günümüzde devletler çocuğun cinsel istismarı, nefret söylemi, terörizm gibi demokratik toplum düzenini tehdit eden suçları barındıran içeriklerle mücadele etmekte, bu tür içeriklerin internet ortamında yayılmasını önlemek için çeşitli yasal düzenlemeler yapmakta ve suç teşkil eden içeriklerle mücadelede uluslararası işbirliğine gitmektedir.

72. Açıktır ki söz konusu uluslararası işbirliğinin sağlanması, temel hakların gözetildiği ve titizlikle uygulanan bir yasal çerçevenin yanı sıra kamu gücünü kullanan organların müdahalelerinin haklılığını; kamuoyunun ve bireylerin sahip oldukları hakların dengelendiğini yeterince gösterebilmeleri ile mümkündür.

(3) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

73. Anayasa Mahkemesi, *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* kararında 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir(*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş.*, §§ 63-72). Buna göre Kanun'un 8/A maddesi ile kanun koyucu, internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin bir

şekilde yapılabilmesi ihtiyacı nedeniyle özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir tedbir usulü öngörmüştür (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş.*, § 63).

74. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi yolu ancak gecikmesinde sakınca bulunan, dolayısıyla ivedilikle müdahale etmeyi gerektirecek hâllerde işletilmesi gereken istisnai bir yoldur. Yetkili makamlardan bu yolun gecikmesinde sakınca bulunan hâllere özgü olarak kullanılması gereken istisnai bir yol olduğu bilinciyle hareket ederek hassasiyetle karar vermeleri beklenir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş.*, § 71).

75. Şiddeti öven, kişileri terör örgütünün yöntemlerini benimsemeye, şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik eden yayınlar gibi internet ortamında demokratik toplum düzenini tehlikeye atan yayınların daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabilirdiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde öngörülmüş olan ve Başkan tarafından verilen kararı içeren istisnai usul işletilebilir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş.*, § 72).

76. Böyle durumlarda başvuruya konu İnternet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak görünüşte veya ilk bakışta haklılık olarak nitelendirilebilir. İnternet ortamındaki yayınlara idare tarafından yapılan müdahalelerin, gecikmesinde sakınca bulunan hâller ve müdahalenin haklılığının ilk bakışta anlaşılabilirdiği durumlarla sınırlanması kamusal menfaatlerin hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade hürriyeti arasında adil bir denge sağlayacaktır (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş.*, §§ 71-72; *Ali Kırık*, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 62-63).

77. İnternet yayınının demokratik toplum düzenini tehlikeye atıp atmadığının belirlenmesi daha ileri bir incelemeyi gerektiriyorsa ve müdahalenin haklılığı ilk bakışta anlaşılamiyorsa yayınların idare tarafından engellenmesi biçimindeki istisnai usul yerine yine 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde öngörülmüş olan "mahkeme yolunun" işletilmesi gerekir.

(4) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesine Karar Verilmesi Biçimindeki Müdahalelerde İdari ve Yargısal Makamlar Tarafından Gözetilmesi Gereken Hususlar

78. Anayasa Mahkemesi, *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* kararında 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında idare tarafından internet ortamında yer alan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine karar verilmesi biçimindeki müdahalelerde dayanan gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olabilmesi için idari ve yargısal makamlar tarafından gözetilmesi gereken hususları da belirlemiştir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş.*, §§ 73-75).

79. Erişimin engellenmesi kararı onayına sunulan sulh ceza hâkimliğinin ve itiraz mercinin, erişimin engellenmesi kararının verilmesini talep eden ve/veya kararı veren idari makamlarla aynı sonuca ulaşmaları ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararlarına yansıtmaları, kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterli kabul edilebilir. Bununla birlikte sulh ceza hâkimliğinin erişimin engellenmesine ilişkin BTK kararlarının gerekçelerini tekrar ettiği veya atıfla yetindiği hâllerde Anayasa Mahkemesi, dayanan BTK kararlarının gerekçelerini denetleyecektir. İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 73).

80. *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* (aynı kararda bkz. § 74) kararında, mevcut başvuruya benzer şikâyetlerde derece mahkemelerinin ve kamu gücünü kullanan diğer organların gerekçelerinin ilgili ve yeterli sayılabilmesi için kararlarda bulunması gereken ve benzer başvuruların koşullarına göre değişebilecek unsurlar şu şekilde sıralanmıştır:

i. Başkan tarafından internet içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı idari ve/veya yargısal makamlar tarafından ortaya konulmalıdır.

ii. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve

kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak ortaya çıkabileceği dikkate alındığında yayının içeriği ile bu sebepler arasındaki ilişkinin tam olarak gösterilmesi gerekir.

iii. Böyle bir analizin yapılabilmesi için, söz konusu yayının terör örgütleriyle veya terör faaliyetlerinin meşru gösterilmesiyle bir ilişkisi varsa ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında denge kurulmalıdır.

81. Zikredilen dengelemenin yapılabilmesi için incelenmesi zorunlu hususlar da *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* kararında açıklanmıştır. Mezkûr dengelemenin yapılabilmesi için;

- Bütünüyle ele alındığında müdahaleye konu yayının özel bir kişiyi, kamu görevlilerini, halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterip göstermediğinin, onlara karşı şiddete teşvik edip etmediğinin,

- Yayınla bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakılıp bırakılmadığının, bireylere karşı nefretin alevlendirilip alevlendirilmediğinin,

- Yayında iletilen mesajda şiddete başvurma gerekliliği ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürülüp sürülmediğinin,

- Yayınla şiddetin yüceltilip yüceltilmediğinin, kişilerin nefrete, intikam alma, silahlı direnişe tahrik edilip edilmediğinin,

- Yayının suçlamalara yer vererek veya nefret uyandırarak ülkenin bir kısmında veya tamamında daha fazla şiddete sebebiyet verip vermeyeceğinin,

- Yayının kişi veya kuruluşları paniğe yöneltmek için yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakaret oluşturan ifadeleri içerip içermediğinin,

- Yayın tarihinde ülkenin bir kısmında veya tamamında çatışmaların yoğunluk derecesi ile ülkedeki tansiyonun yükseklik

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

derecesinin yayına erişimin engellenmesi kararına etki edip etmediğinin,

- Karara konu sınırlayıcı tedbirin demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olup olmadığının ve tedbirin başvurulabilecek en son çare niteliğinde bulunup bulunmadığının,

- Son olarak sınırlamanın güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne en az müdahale eden ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının

yayının içeriğiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

(5) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

82. Wikipedia; dünya üzerinde milyonlarca kullanıcısı olan ve sistemde yer alan içeriklerin kullanıcılar tarafından oluşturulduğu bir internet platformudur. Wikipedia'ya yeni bir içerik eklenmesi veya var olan içeriğin zenginleştirilmesi, içeriklerde bulunan bazı bilgilerin güncellenmesi, bazılarının silinmesi gibi değişiklikler sistemde kayıtlı, editör olarak adlandırılan kullanıcılar tarafından yapılmaktadır. Çevrim içi ansiklopedi olarak nitelendirilen ve her alanda önemli miktarda bilgi barındıran Wikipedia, her gün milyonlarca kişi tarafından ziyaret edilmektedir. Sitede yer alan arama butonu sayesinde bilgi edinilmek istenen konu hakkındaki içerikler kısa sürede bulunabilmekte, iç bağlantılar aracılığıyla da aranılan konu ile alakalı daha fazla bilgiye erişilebilmektedir. Böyle bir platformun bilginin herkes tarafından ulaşılabilir olmasına sağladığı katkı tartışmasızdır. Dolayısıyla bilgi alma ve verme özgürlüğüne hanel gelmemesi için Wikipedia'da yer alan içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla yapılacak bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya konulmalıdır.

83. Başvuru konusu olayda iki URL adresinde yer alan içerik nedeniyle Wikipedia sitesinin tamamına erişim engellenmiştir. Bahsi geçen URL adreslerinden ilki "*State-Sponsored Terrorism*" (*Devlet Destekli Terörizm*) başlığı altında bulunmaktadır. Bu başlık altında on altı ülke belirtilmiştir. Ülke adlarına verilen bağlantılarla her birinin terörizme

sağladığı iddia edilen desteğe ilişkin açıklamalara ulaşılmaktadır. Erişimin engellenmesi tedbirinin konusu “Turkey” alt başlığında yer alan içeriktir. Diğer URL adresi ise “Foreign involvement in the Syrian Civil War” (Suriye İç Savaşına Yabancı Katılımı) başlığının altında bulunmaktadır. Bu başlık altında Suriye’deki iç savaşla bağlantılı görülen ülkeler “Support for the Syrian Ba’athist government” (Suriye Baas hükumetine destek) ve “Support for Syrian opposition” (Suriye Muhalefetine Destek) başlıkları altında sınıflandırılmıştır. Erişimin engellenmesi tedbirinin konusu “Support for Syrian opposition” başlığı altındaki “Turkey” alt başlığında yer alan içeriktir (§ 16).

84. Her iki URL adresindeki içerik de Suriye’de yaşanan iç savaşın önemli dış aktörlerinden biri olarak nitelendirilen Türkiye’nin mevcut rejime karşı, terör örgütleri de dâhil olmak üzere Suriye’deki muhalif güçleri desteklediği iddiaları ile ilgilidir. Türkiye’nin IŞİD gibi terör örgütlerine maddi yardımın yanında askerî ve lojistik destek sağladığı ve IŞİD ile petrol ticareti yaptığı ileri sürülmektedir.

85. URL adreslerinde yer alan maddeler incelendiğinde iddiaların önemli bir kısmının ulusal ve uluslararası basında yer alan haberlere dayandırıldığı görülmektedir. Wikipedia’ya erişim engellenmiş olmakla birlikte referans yapılan bu kaynakların tamamına yakını internet üzerinden erişilebilir durumdadır. İçeriklerde ayrıca başta Türkiye’deki iktidar ve anamuhalefet partisi yetkililerinin beyanları olmak üzere ulusal ve uluslararası kamuoyunda tanınmış kişilerin açıklamalarına da yer verilmektedir. Bazı iddialara ise herhangi bir dayanak gösterilmediği veya kaynaklarının güvenilirliğinin tartışmalı olduğu anlaşılmaktadır.

86. URL tabanlı engelleme teknik olarak mümkün olmaması ve birinci başvurusunun da anılan içerikleri internet sitesinden çıkarmaması, erişimin engellenmesi tedbirinin sitenin tamamına yönelik olarak uygulanmasına neden olmuştur. Gerek idari makamlar gerek Sulh Ceza Hâkimliği, erişimin engellenmesi tedbirinin gerekçesi olarak yalnızca anılan içeriklerin 5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesi kapsamında “Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi” açısından gecikmesinde sakınca bulunan hâl kapsamında olmalarını

göstermişlerdir. Sulh Ceza Hâkimliği, birinci başvuruçunun erişimin engellenmesi tedbirinin kaldırılmasına yönelik başvurusunu ise anılan içerikler ile uluslararası platformda ve ülke içinde Türkiye'nin saygınlık ve itibarını zedeleyecek, terörü destekleyen bir devlet olduğu izlenimi verecek derecede haksız nitelikte saldırıda bulunulduğu gerekçesiyle reddetmiştir (bkz. § 20).

87. Öncelikle belirtmek gerekir ki 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine karar verilmesi biçimindeki yol ancak gecikmesinde sakınca bulunan, dolayısıyla ivedilikle müdahale etmeyi gerektirecek hâllerde işletilmesi gereken istisnai bir yoldur (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 72). Somut olayda Wikipedia'ya erişim Kanun'un 8/A maddesine dayanılarak engellenmiş, ancak idari makamlarca da derece mahkemelerince de anılan Kanun maddesi kapsamında yapılan müdahalelerde gözetilmesi gereken hususlar (bkz. § 78-81) değerlendirilmemiştir. Erişimin engellenmesi kararına konu URL adreslerinde yer alan yayınların içeriği ile sınırlama sebebi arasındaki ilişki ortaya konulmadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı da gösterilememiştir.

88. Diğer taraftan “millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi” gibi ayrıntılı olarak somutlaştırılması ve önceden bilinmesi mümkün olmayan durumları ifade eden ibarelerin içerik ve kapsamlarının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Söz konusu ibarelere, uygulama ve yargı kararlarıyla zaman içinde anlam kazandırılarak ibarelerin genel çerçevesi belirlenmekte ve içerikleri somutlaştırılmaktadır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014). Bununla birlikte anılan ibarelerin keyfî uygulamalara yol açacak şekilde ve geniş yorumlanması ifade özgürlüğünün ihlaline sebebiyet verebilecektir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 68). Başvuru konusu olaydaki erişimin engellenmesi kararında, iki URL adresinde yer alan içeriğe “millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması” kapsamında müdahale etmeyi haklı kılacak somut herhangi bir gerekçe gösterilmemiştir. Dahası başvuruçunun erişimin engellenmesi kararına karşı yaptığı itiraz, içeriklerin “Devletin itibarını zedelemiş olması” gibi hangi sebeplerle “millî güvenlik ve kamu

düzeninin korunması” kapsamında ele alındığı anlaşılamayan bir gerekçeyle reddedilmiştir. Bu durum söz konusu kavramların geniş yorumlandığını düşündürmektedir.

89. Somut olayda olduğu gibi kanunun izin verdiği müdahale sebeplerinin somut bağlantılar kurulmadan keyfilige yol açıldığı izlenimi oluşturacak şekilde geniş yorumlanması, kişilerin hukuki durumlarını belirsizleştirir ve kuralı öngörülemez hâle getirir. Bu durumun oluşturacağı caydırıcı etki de başvuruoculara birlikte aynı özgürlüğü kullanmak isteyen geniş kitlelerin ifade özgürlüğü üzerinde yaygın ve ağır bir baskıya neden olur.

90. Wikipedia, içeriğinde bulunan maddelerin subjektif bilgiler içerebileceğini, hatta sisteme veri girişinin herkese açık olması nedeniyle zaman zaman kötü niyetli girişimlere de maruz kalabildiğini belirtmekte; kullanıcılarını, sağladığı bilgilerin kesin ve değişmez doğrular olmayabileceği konusunda açıkça uyarmaktadır. Wikipedia, içeriğindeki maddelerin ancak uzun tartışmalar neticesinde ve zamanla tarafsız bir maddeye dönüştüğünü, bu sürecin aylar hatta bazen yıllar alabildiğini ifade etmektedir (bkz. § 11).

91. Başvuru konusu olayda da erişimin engellenmesi kararının ardından bağımsız, gönüllü Wikipedia editörleri tarafından karara konu maddeler üzerinde kapsamlı değişiklikler yapılmış, maddeler daha tarafsız ve özenli bir üslupla yeniden kaleme alınmaya çalışılmış, güvenilirliği düşük ve doğrulanamayan içerikler ve bu içeriklerin alıntılandığı kaynaklar çıkarılmıştır. Bu kapsamda Türkiye’nin radikal oluşumlara destek verdiğine ilişkin iddiaların önemli bir kısmı silinmiştir. Ayrıca Nusra Cephesi ve IŞİD hakkındaki paragraflar büyük ölçüde revize edilmiş ve nispeten bilinirliği yüksek ve farklı bakış açılarını yansıtan kaynaklara da atıf yapılmıştır. Son olarak Suriye’den Türkiye’ye yapıldığı iddia edilen petrol kaçakçılığına ilişkin haberlere karşılık Türkiye’nin ve Irak Kürt Bölgesel Yönetiminin petrol kaçakçılığı iddialarını yalanladığına ilişkin bir cümle ile ABD’nin Türkiye Büyükelçisi John R. Bass’ın bu iddiaların asılsız olduğunu açıkladığı ve 2014 yılındaki bu iddiaları dolayısıyla CIA’in özrünü içeren bir paragraf eklenmiştir (bkz. § 27).

92. Wikipedia'ya erişimin Türkiye'den engellenmiş olması sadece içerik sağlayıcı konumunda olan birinci başvurunun bilgi ve fikirleri yayma hakkına müdahale oluşturmamış, aynı zamanda Türkiye'deki kullanıcıların bilgi ve fikirlere erişme hakkını da sınırlandırmıştır. Üstelik erişimin engellenmiş olması, karara konu içeriklerin Türkiye'deki Wikipedia kullanıcıları arasında tartışmaya açılmasına engel olmuş; aktif Wikipedia editörlerinin anılan içeriklere katkı sunma, bu içeriklerde düzenleme ve değişiklik yapabilme imkanlarını elinden almıştır.

93. Wikipedia yazarları ve editörleri somut olaydaki müdahaleye neden olarak gösterilmiş olan içerikleri güncellemiş ve daha objektif hâle getirmiştir. Söz konu maddeler bugün dahi güncellenmeye devam etmektedir. Buna karşılık idare ve derece mahkemeleri internet sitesinin bu sürekli yaşayan bir ansiklopedi olma özelliğini kararlarında gözetmemişlerdir.

94. Son olarak somut olayda erişim engellemeye konu içerikler nedeniyle daha sonra bir ceza soruşturması ve kovuşturmasının açıldığının bildirilmediği de eklenmelidir. Makaleleri yükleyen kişilerin kimliğini tespit etmenin zorluğu nedeniyle bir soruşturma açmak anlamsız olarak görülse bile makale içeriklerinde yer alan ve çoğu tartışmalı ifadelerin sahipleri bilindiği halde bu kişiler hakkında da bir ceza soruşturması yoluna başvurulmasının tercih edilmemiş olması, makalelerde Wikipedia'nın kapatılmasını haklı gösteren vahim nitelikte bir içerik bulunmadığını göstermektedir.

95. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde idari ve/veya yargısal makamlarca başvuruya konu internet sitesine erişimin engellenmesi şeklindeki kısıtlamanın zorlayıcı bir nedene dayandığının ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilemediği sonucuna varılmaktadır.

96. Mevcut durumda erişimin engellenmesi tedbiri sürekli hâle gelmiştir. B u şekilde süresiz hale gelen kısıtlamaların -internet sitesinin tamamına erişimin engellendiği de dikkate alındığında- ifade özgürlüğü üzerinde oldukça orantısız bir müdahale teşkil edeceği açıktır.

97. Açıklanan gerekçelerle birinci, üçüncü ve dördüncü başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik

toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

4. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

98. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

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

99. Başvurucular, ihlalin tespiti talebinde bulunmuşlardır.

100. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 57-60). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

101. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın 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 ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar 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, 57).

102. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanunun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin 1 numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (*Mehmet Doğan* [GK], §§ 58-59; *Aliğül Alkaya ve diğerleri* (2), §§ 57-59, 66-67).

103. Wikipedia isimli internet sitesine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle birinci, üçüncü ve dördüncü başvuru sahiplerinin ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin öncelikle idarenin işleminden kaynaklandığı anlaşılmıştır. Bununla birlikte ihlalin derece mahkemelerince de giderilememiş olması sebebiyle aynı zamanda mahkeme kararından da kaynaklandığı söylenebilir.

104. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

105. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin birinci başvurucuya; 257,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin ise üçüncü ve dördüncü başvuruculara müştereken ödenmesine, ikinci başvuru tarafından yapılan yargılama giderlerinin ise başvuru üzerinde bırakılmasına karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın ikinci başvuru yönünden *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın birinci, üçüncü ve dördüncü başvurucular yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün birinci, üçüncü ve dördüncü başvurucular yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

C. Kararın bir örneğinin ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliğine (2017/2956 D. İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. 1. 257,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin BİRİNCİ BAŞVURUCUYA; 257,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin ise ÜÇÜNCÜ ve DÖRDÜNCÜ BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

2. İkinci başvuru tarafından yapılan yargılama giderlerinin ise başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru 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
26/12/2019 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

1. Mahkememiz çoğunluğunca, www.wikipedia.org adlı internet sitesinde yer alan iki ayrı URL adresindeki bir kısım içerikler nedeniyle anılan internet sitesine uygulanan erişimin engellenmesi kararı ile birinci, üçüncü ve dördüncü başvuru Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Aşağıda açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı ihlal kararına katılmıyoruz.

2. Somut olayda başvuruya konu karar anılan internet adreslerinde ülkenin iç ve dış güvenliğini tehdit edici, kamu düzeninin bozulmasına neden olucu bazı içeriklere yer verildiğinin tespit edildiğinden bahisle verilmiştir.

3. T.C. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü'nce 28.04.2017 tarihinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığına yazılan yazıyla, "... *www.wikipedia.org* adlı internet sitesinde yer alan iki ayrı URL adresinde terörü öven, kişileri şiddete ve suça teşvik eden, onların can ve mal güvenliklerini tehdit eden, kamu düzeni ve milli güvenliğin bozulmasını amaçladığı sonucuna ulaşılan ve 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesinde yer alan "yaşam hakkı ile kişilerin ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" açısından gecikmesinde sakınca bulunan hâller kapsamında değerlendirilen yazı ekindeki iki içeriğin çıkarılması, çıkarılmaması durumunda içeriklere erişimin engellenmesi, içeriklere erişimin engellenememesi durumunda da alan adı üzerinden internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi ..." kararı verilmesi talep edilmiştir.

4. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığınca 5651 sayılı Kanun'da öngörülen usule uygun olduğu değerlendirilen talep üzerine, talepte belirtilen internet adresindeki yayınlara ilişkin olarak "içeriğin çıkarılmasına; ilgili içeriklerin derhal ve en geç dört saat içinde çıkarılmaması ve içeriklere erişimin engellenememesi nedeniyle sitenin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesine" karar verilmiştir.

5. Karar, uyar – kaldır mekanizması uygulanarak ve gereğinin en geç dört saat içinde yerine getirilmesi istemli olarak, yasal bildirimlerde kullanılmak üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığına sunulmuş olan e-posta adresleri üzerinden Wikimedia Vakfı'na ve Türkiye'de vekâlet vermiş oldukları avukatlara 28.04.2017 günü saat 16.37 itibarıyla bildirilmiştir.

6. Bildirimin üzerinden yaklaşık 14 saat geçmesine rağmen kararın gereğinin yerine getirilmediğinin tespiti üzerine ve teknik nedenlerle de (spesifik olarak içeriklere erişimin engellenmesi uygulanamadığından) ilgili Kanun hükmü gereğince <https://www.wikipedia.org> internet sitesinin tümüne erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmış ve karar Hâkim onayına sunulmuştur.

7. Hâkimlikçe, internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı 29.04.2017 tarihinde onaylanmış, ancak çıkarılması

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

istenilen içeriklere internet sitesi tarafından erişimin engellenmesi halinde, sitenin tümüne uygulanan erişimin engellenmesi kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

8. Karara itiraz edilmiştir. İtirazı inceleyen Sulh Ceza Hâkimliğince, istem konusu içeriklerde, *“... Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin Suriye ülkesinde yaşanan iç savaşı başlatanlardan olduğu, terör örgütlerini desteklediği, onlara finans ve silah yardımıyla bulunduğu gibi Türk Devleti’nin uluslararası platformlarda ve ülkesi içerisinde saygınlık ve itibarını zedeleyecek, terörü destekleyen bir devlet olduğu izlenimini verecek haksız ve mesnetsiz saldırılarda bulunulduğunun anlaşıldığı ...”* gerekçesiyle itiraz reddedilmiştir.

9. İtirazın reddedilmesinin ardından da bireysel başvuruda bulunulmuştur.

10. Yukarıdaki açıklamalar bağlamında, bazıları doğrulanmaya muhtaç olsa da, barındırdığı sayılamayacak kadar çok sayıdaki bilgi ile temel bir başvuru kaynağı haline gelmiş bulunan, kişilere çok sayıdaki içerik arasından özgür seçim şansı sunan, kamusal tartışmalara aktif katılım olanağı sağlayan, bu haliyle kitlesel haberleşme ve iletişim aracı olarak yaygın şekilde kullanılan ve geleneksel yöntemlere göre gittikçe daha çok tercih edilen internetin ve konusu suç oluşturmamak kaydıyla bilgi ve fikir alıp verme/aktarma şeklinde internet üzerinden icra edilen eylemlerin haberleşme hürriyeti kapsamında olduğunda ve modern demokrasilerde başta haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından büyük bir önem taşıdığına kuşku bulunmamaktadır .

11. Hal böyle olunca, internete ilişkin yasal, idari ve yargısal kural, karar ve uygulamalarda, internet üzerinden gerçekleştirilen bilgi akışını olumsuz yönde etkileyecek müdahalelerin belirlenmesi bağlamında özen gösterilmesi, yasa dışı olarak nitelendirilecek içeriğe veya hizmete erişimin engellenmesine ilişkin kuralların belirlenmesinde, uygulanmasında ve kararların alınmasında Anayasa’nın 13 ve 26. maddelerinin (AİHS’nin 8, 10 ve 11. maddelerinin) gözetilmesi gerekmektedir.

12. Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere internet ortamında üretilen/yer verilen bir kısım içeriklerin millet ve Devlet hayatı için ciddi riskler barındırabildiği, sosyal hayatı zenginleştiren, bilgi edinme süreçlerini kolaylaştıran, yeni iş fırsatları doğuran internetin; aynı zamanda bireylerin başta kişilik hakları olmak üzere, bir kısım temel haklarına ağır saldırıların gerçekleştirildiği, yanlış bilgilerin yayılmasına, siber zorbalığın, sanal dolandırıcılığın, pornografinin, çocuk istismarının, fuhşun, kumarın, şiddetin, nefretin ve ırkçılığın yayılmasına, terörizmin desteklenmesine ve yaygınlaştırılmasına, böylece topluma ve devlete yönelik gerçek güvenlik risklerinin ve zararlarının oluşmasına neden olan bir ortam haline dönüştürülebildiği de herkesçe bilinen bir gerçekliktir.

13. Bu durum nedeniyle, internet ortamına konulan ve kısa bir süre içerisinde ve aynı anda dünyanın her yerinde görülebilecek olan suç niteliğindeki içeriklerin internet ortamından çıkarılması veya internet ortamında görülmesinin önlenmesi kimi zaman bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilmektedir.

14. Durum böyle olmakla birlikte, internetin sınır tanımayan özelliği ile hiçbir ülkenin tekelinde olmaması ve ilgili ülkelerin veya gerçek veya tüzel kişiliklerin bu alanda işbirliği yapmaya her zaman ve her durumda yanaşmaması gibi nedenlerle içeriklere müdahalede esnek davranılması her zaman mümkün olamayabilmekte, kimi zaman daha kapsamlı bazı tedbirlere başvurulması bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilmektedir.

15. Ayrıca, suç ve suçlularla mücadelede, internet trafiğinin farklı ülkeleri saniyeler içerisinde geçerek akması, karmaşık bir yapı içerisinde belli bir noktadaki bir sorunun, dünyanın uzak başka bir noktasındaki internet trafiğini olumsuz yönde etkileyebilmesi, web sitelerini barındıran sunucuların dünyanın her tarafına yayılmış olması, genel veya bölgesel internet noktalarının kontrol ve bakımının gerekli olması gibi internetin diğer kitle iletişim araçlarından farklı doğa ve özellikleri, çok boyutlu çok aktörlü dinamik ve dağıtık yapısı, tekniği, işleyiş biçimi, alt yapı ve “ulusal sınırsızlık/uluslararası niteliği” bir takım zorlukları beraberinde getirmekte, bu da internet platformunun düzenlenmesini ve bu alana özgü bazı özel sınırlamalar getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

16. Yukarıda da belirtildiği üzere, somut olayda, www.wikipedia.org adlı internet sitesine erişimin engellenmesine, bu sitede yer alan iki ayrı URL adresinde ülkenin iç ve dış güvenliğini tehdit edici, kamu düzeninin bozulmasına neden olucu bazı içeriklere yer verildiğinin tespit edildiğinden bahisle karar verilmiştir.

17. Anılan içeriklere erişimin engellenmesi amacıyla Wikipedia isimli internet sitesinin tamamına yönelik olarak erişimin engellenmesi biçiminde getirilen bu kısıtlama, içerik sağlayıcı sıfatı nedeniyle birinci başvurucunun, kullanıcı sıfatı nedeniyle de üçüncü ve dördüncü başvurucuların ifade (bilgi alma ve verme) özgürlüklerine bir müdahale niteliğindedir. Başvurucuların ifade özgürlüklerine yapılan söz konusu müdahalenin ihlal sonucu doğurmayan, başka bir ifadeyle Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir müdahale olarak nitelendirilebilmesi için, müdahalenin, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ulaşılmak istenilen amaç için gereken ölçüde olması; demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için de, hem zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılması ve hem de orantılı olması gerekmektedir.

18. Bununla birlikte, bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin kurulması da gerekmektedir. Zira bir olayda meşru amaçların bulunması tek başına bir hakkı ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurulması gerekmektedir.

19. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin acil ve zorunlu toplumsal bir ihtiyacın karşılanması için uygun ve elverişli olup olmadığı, müdahalenin yapılması konusunda ortaya konulan gerekçelerin amaca uygunluğu ve yeterliliği konularında kamu otoritelerinin önemli bir takdir yetkileri vardır.

20. Somut olayda başvurucuların ifade özgürlüklerine yapılan müdahale, 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi hükmüne dayanılarak anılan maddede belirtilen "... *milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması* ..." amacı için yapılmıştır.

21. Erişimin engellenmesi kararına konu olan içeriklerde Türkiye, Suriye’de yaşanan iç savaşın önemli dış aktörlerinden biri olarak nitelendirilmekte, Türkiye’nin mevcut rejime karşı, terör örgütleri de dâhil olmak üzere Suriye’deki muhalif güçleri desteklediği iddiaları yer almakta, el-Nusra, IŞİD gibi terör örgütlerine maddi yardımın yanında askerî ve lojistik destek de sağladığı, dahası IŞİD ile petrol ticareti yaptığı ileri sürülmektedir.

22. Bir ifadenin cezalandırılması gereken bir ifade olup olmaması, her bir olayın kendi koşullarında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu duruma bağlı olarak “bir ifadenin”, dinleyenlerini, okuyanlarını ikna etmesi veya yönlendirmesi, ya da bir davranışı yapma veya yapmama yönünde etkilemesi, o “ifadenin” hayat bulduğu bağlam ve niyete, “ifadeyi” hayata geçirenlerin konumlarına ve ifadenin biçimine göre değişiklik gösterir. Bunlar ifadenin pragmatik gücünü belirler.

23. Somut olayda da söz konusu içeriklerin Türkiye’nin milli güvenliği ve kamu düzenin bozulması bakımından bir tehdit oluşturup oluşturmadığının, erişime sunuldukları tarih itibarıyla ülkeyi çevreleyen ve milli güvenliği ve kamu düzenini kuvvetli biçimde etkileme potansiyeline sahip olan iç ve dış güvenlik koşullarıyla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

24. Başvuru konusu içeriklerde, Türkiye’nin işbirliği yaptığı, desteklediği, onlara silah ve başka yardımlarda bulunduğu, dahası petrol ticareti yaptığı ileri sürülen örgütlerden en azından bazıları, Türkiye’nin sınır komşusu olan ülkelerde yerleşik bulunan ve Dünya güvenliği için tehdit oluşturdukları değerlendirilerek birçok ülke tarafından küresel işbirliği içerisinde mücadele edilmesi gerektiği belirtilip, küresel olarak mücadele edilen örgütlerdir. Bu örgütlerin üs olarak kullandıkları ülkelerde o dönemde yaşanan bir kısım olaylar da ülkenin milli güvenliği ve kamu düzeni ile doğrudan ilgili olaylardır.

25. Hal böyle olunca, Türk Devleti’ni, Suriye ülkesinde yaşanan iç savaşı başlatanlardan olmakla, birçok ülke tarafından Dünya güvenliği için tehdit oluşturdukları değerlendirilerek küresel işbirliği içerisinde mücadele edilen örgütlere silah yardımında ve başka yardımlarda

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

bulunmakla, askerî ve lojistik destek sağlamakla, onlarla petrol ticareti yapmakla suçlayan içeriklerin, iç ve dış güvenliğe ilişkin o dönemdeki koşullar dikkate alındığında, ülkenin milli güvenliğini ve kamu düzenini tehdit eden niteliği haiz olmadıklarının ve gecikmesinde sakınca bulunan haller kapsamına girmediklerinin, dolayısıyla kamusal gereklilikler bakımından erişimin engellenmesi kararına konu edilemeyeceklerinin söylenemeyeceği, dolayısıyla söz konusu içerikler yönünden erişimin engellenmesine karar verilmesinin kamusal bir gereklilikten kaynaklanmadığının söylenemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

26. Bununla birlikte sitenin tümüne ilişkin engelleme kararının uygulamaya konulmasıyla birlikte ilgili internet sitesinden yararlanan kişilerin haberleşme ve diğer hakları ile Türkiye'nin milli güvenliği ve kamu düzeni bakımından kamunun hakları/yararları arasında bir çatışmanın ortaya çıktığında da kuşku bulunmamaktadır.

27. Olayda idarece, ilgili internet sitesinden yararlanan kişilerin haberleşme ve diğer haklarının korunması bakımından önce sadece içeriklere erişimin engellenmesini teminen içeriklerin siteden kaldırılması için “uyar – kaldır” mekanizması uygulanarak ve gereğinin en geç dört saat içinde yerine getirilmesi istemli olarak, yasal bildirimlerde kullanılmak üzere sunulmuş olan e-posta adresleri üzerinden Wikimedia Vakfı'na ve Türkiye'de vekâlet vermiş oldukları avukatlara bildirimlerde bulunulmuştur.

28. Bildirimde, içeriklerin siteden çıkarılmaması halinde teknik nedenlerden dolayı sadece içeriklere değil sitenin tümüne erişimin engellenmesi yönünde tedbir uygulanacağı belirtilmiş, gerek Vakıf ve gerekse avukatlar tarafından hareketsiz kalınmış, bunun üzerine de <https://www.wikipedia.org> internet sitesinin tümüne erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmış ve karar Hâkim onayına sunulmuştur.

29. Hâkimlik kararında, internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı onaylanmakla birlikte, çıkarılması istenilen içeriklere internet sitesi tarafından erişimin engellenmesi halinde, sitenin tümüne uygulanan erişimin engellenmesi kararının kaldırılacağı belirtilmiştir.

30. Belirtilen duruma göre, olayın bütünselliği ve konunun niteliği itibarıyla ilgili kamu otoritelerinin sahip oldukları takdir yetkisinin sınırları gözetildiğinde, www.wikipedia.org adlı internet sitesinde yer alan iki ayrı URL adresindeki içeriklere erişimin engellenmesinin kamusal gereklilikler bakımından zorunlu olduğu, dolayısıyla, başvuru sahiplerinin ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ve zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı; iki ayrı içerik nedeniyle tüm internet sitesinin erişime kapatılması tedbirine öncelikle site sahiplerinin tutumu, sonrasında da sadece ilgili içeriklere erişimin engellenmesinin teknik olarak mümkün olamaması nedeniyle başvurulduğu gözetildiğinde de müdahalenin orantılı bir müdahale teşkil ettiği, diğer bir deyişle başvuru sahiplerinin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlandığı ve derece mahkemeleri kararlarında yer alan gerekçelerin uygun ve yeterli düzeyde olduğu sonucuna varılmaktadır.

31. Öte yandan, birinci başvuru tarafından bireysel başvurudan sonraki süreçte 28.05.2018 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunulan dilekçe ile Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin erişimin engellenmesi kararının ardından bağımsız, gönüllü Wikipedia editörleri tarafından karara konu makaleler üzerinde kapsamlı değişiklikler yapıldığı belirtilip, erişimin engellenmesi kararına konu içeriklerin önemli ölçüde değiştirilmiş olması nedeniyle Hâkimliğin kararının dayanaktan yoksun kaldığı ileri sürülmüş ise de, bu durum, bireysel başvuruya konu içeriklerde gerçekten değişiklik yapıp yapılmadığını, yapıldı ise erişimin engellenmesi yönünden gereken gereklilikleri karşılayıp karşılamadığını incelemek aşama itibarıyla Anayasa Mahkemesinin görevine girmediğinden sonucu etkiler nitelikte görülmemiştir. Bununla birlikte, anılan başvuru sahibinin dilekçesinde belirttiği hususu ilgili idari makamlara ve derece mahkemelerine bildirerek, başvuruya konu kararın kaldırılmasını sağlamasının önünde hukuki ya da fiili herhangi bir engel bulunmamaktadır.

32. Ayrıca, başvuru konusu içeriklere erişimin engellenmesi kararına rağmen, birinci başvuru sahibinin de katkısıyla geliştirilen çeşitli yöntemlerle

İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

erişim sağlanabildiği, böylece başvuruya konu erişimin engellenmesi kararının işlevsiz kaldığı hususunun da Anayasa Mahkemesince yapılan incelemede gözetilmesi gereken hususlardan olmadığını da belirtmek gerekmektedir.

33. Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı ihlal kararına katılmıyoruz.

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

*MÜLKİYET HAKKINA İLİŞKİN
KARARLAR*



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

A. D. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/10393)

Karar Tarihi: 9/1/2019

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Recep KÖMÜRCÜ Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M.Emin KUZ
Raportör	: Özgür DUMAN
Başvurucu	: A.D.
Vekili	: Av. Abdulhalim YILMAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, izinsiz yardım toplanması kabahatinden dolayı idari para cezası verilmesi ve bu cezaya itiraz çerçevesinde yapılan bilirkişi ücreti masrafının başvuru tarafından ödenmesine karar verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/6/2015 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 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 uluslararası alanda tanınan ve insan hakları alanında faaliyet gösteren bir dernektir.

10. İstanbul Valiliği 12/1/2007 tarihinde başvurusunun usulsüz bağış topladığı gerekçesine dayalı olarak başvurucuya 721 TL tutarında idari para cezası vermiştir. Valilik ayrıca 12/1/2007 ve 14/2/2007 tarihlerinde başvurucuya ait banka ve posta çeki hesaplarını bloke ettirmiştir. Valilik, başvuru derneğin internet sitesinde bağış toplanması için banka hesap numaralarını yayınladığı ve derneğin görevlisi üç kişinin İstanbul'un Beyoğlu ilçesinde kredi kartıyla bağış topladığı yönündeki kolluk görevlilerinin tespitlerini dayanak göstermiştir. Valilik 8/10/2007 tarihinde tamamlanan inceleme neticesinde başvurusunun 3.186 TL tutarında bağış topladığını tespit etmiştir.

11. Başvurucu idari para cezasına karşı İstanbul 3. İdare Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Dava dilekçesinde, dernek ve vakıfların amaçlarına ancak bağış toplayarak ulaşabileceği ve bunun için teknik imkânlardan faydalanması gerektiği belirtilmiştir. Başvurucuya göre dernek ve vakıfların internet üzerinden bağış toplaması olağan bir faaliyettir. Başvurucu kanunla derneklerin banka ve internet aracılığıyla bağış toplamasına imkân tanındığını vurgulamıştır.

12. Mahkeme 7/5/2008 tarihinde davanın kısmen kabulü ile banka hesaplarına bloke konulması işleminin iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, başvuru dernek tarafından yardım toplama faaliyetlerine girişilmeden önce yetkili idari merci olan valilikten izin alınmadığının açık olduğu belirtilmiştir. Mahkeme bununla birlikte, sadece izinsiz toplanan mal ve paralara el konulması gerekirken derneğe

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

ait bütün banka hesaplarına ve bu hesaplarda bulunan paraların hepsine bloke konulmasının hukuka aykırı olduğunu açıklamıştır.

13. Temyiz edilen karar, Danıştay Onuncu Dairesince uyuşmazlığın çözüm yerinin genel görevli sulh ceza mahkemesi olduğu gerekçesiyle 28/11/2011 tarihinde bozulmuştur.

14. Bozma kararına uyan mahkeme 30/10/2013 tarihinde yargı yolu yönünden davanın reddine karar vermiştir. Kararda, itirazı incelemekle görevli mahkemenin sulh ceza mahkemesi olduğu belirtilmiştir.

15. Anılan karar kesinleştikten sonra başvuru bu defa 6/3/2014 tarihinde İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinde itiraz etmiştir. İtiraz dilekçesinde, verilen idari para cezasının usule ve kanuna aykırı olduğu öne sürülmüştür. Hâkimlik konu ile ilgili olarak bir bilirkişi raporu düzenlettirmiştir. Hâkimliğin bilirkişi raporuna ilişkin ara kararı şöyledir:

“1. Dosyanın ve varsa eklerinin Bilirkişiye verilmesine,

2. Bilirkişi imzalı raporunu 3 suret olmak üzere hazırlayıp hakimliğimize sunmasına,”

16. Bilirkişinin 2/3/2015 tarihli raporunda, başvuru internet sitesinde *“kredi kartıyla tek seferlik kolay bağış”* ve *“üyelik aidat ödemeleri veya ileri seçenekli bağış ve diğer ödeme şekilleri”* başlıklı iki seçenek sunarak bu sitede gösterilen Türk Lirası, döviz ve posta çeki hesaplarından yardım topladığı belirtilmiştir. Bilirkişi, başvuru derneğin yardım toplama faaliyetinden önce Valilikten izin almadığını ve kanunda öngörülen kabahat koşullarının somut olayda gerçekleşmiş olduğunu bildirmiştir. Raporda, *“idari yaptırım kararında herhangi bir usulsüzlük tespit edilemediği”* ve *“[itiraz edenin] ... idari yaptırım kararının iptali yönünden yapmış olduğu itirazında haksız olduğu”* açıklanmıştır.

17. Hâkimlik, 24/3/2015 tarihinde idari yaptırım kararında bir usulsüzlük bulunmadığı gerekçesiyle başvuru itirazını reddetmiştir. Hâkimlik ayrıca 350 TL tutarındaki bilirkişi ücretinin başvurucudan alınarak Hazineye irat kaydına karar vermiştir.

18. Başvurucunun hem idari para cezasına yapılan itirazın reddedilmesi hem de bilirkişi ücreti ödenmesine karar verilmesi yönünden bu karara karşı yaptığı itiraz ise İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliğince, itiraza konu kararın usule ve kanuna aykırı olmadığı gerekçesiyle 29/4/2015 tarihinde reddedilmiştir. 5. Sulh Ceza Hâkimliği 3/6/2015 tarihinde 350 TL bilirkişi ücreti ve 18 TL tebligat masrafından oluşan toplam 368 TL yargılama giderinin ödenmesi için Yeditepe Veraset ve Vergi Dairesi Müdürlüğüne harç tahsil müzekkeresi göndermiştir.

19. Nihai karar başvuru vekiline 12/5/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

20. Başvurucu 12/6/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İdari Para Cezası Uygulanmasına İlişkin Mevzuat

21. 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Dernek gelirleri alındı belgesi ile toplanır ve giderler harcama belgesi ile yapılır. Dernek gelirlerinin bankalar aracılığı ile toplanması halinde banka tarafından düzenlenen dekont veya hesap özeti gibi belgeler alındı belgesi yerine geçer. Alındı belgeleri ve harcama belgelerinin saklama süresi beş yıldır.”

22. 5253 sayılı Kanun'un 21. maddesi şöyledir:

“Dernekler mülkî idare amirliğine önceden bildirimde bulunmak şartıyla yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynî ve nakdî yardım alabilirler. Bildirimin şekli ve içeriği yönetmelikte düzenlenir. Nakdî yardımların bankalar aracılığıyla alınması zorunludur.”

23. 23/6/1983 tarihli ve 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun 3. maddesi şöyledir:

“Kamu yararına uygun olarak, amaçlarını gerçekleştirmek, muhtaç kişilere yardım sağlamak ve kamu hizmetlerinden bir veya birkaçını gerçekleştirmek

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

veya destek olmak üzere gerçek kişiler, dernekler, kurumlar, vakıflar, spor kulüpleri, gazete ve dergiler yardım toplayabilirler.”

24. 2860 sayılı Kanun’un 6. maddesi şöyledir:

“Kişiler ve kuruluşlar, yetkili makamdan izin almadan yardım toplayamazlar. Ancak, kamu yararına çalışan dernek, kurum ve vakıflardan hangilerinin izin almadan yardım toplayabilecekleri, Cumhurbaşkanınca belirlenip ilan edilir.

İzin alınmadan girişilen yardım toplama faaliyetleri güvenlik kuvvetlerince derhal men edilir ve sorumlular hakkında kovuşturma yapılır. “

25. 2860 sayılı Kanun’un 29. maddesi şöyledir:

“Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak izinsiz yardım toplayanlara yediyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. İzin verilen yer dışında yardım toplayanlara beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir.

Bu Kanunun diğer hükümlerine aykırı davranışta bulunanlara, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, ikiyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir.

Bu maddede yazılı olan idarî yaptırımlara karar vermeye mahallî mülkî amir yetkilidir.

Yukarıdaki fıkralara aykırı davranış sonucu izinsiz toplanan mal ve paralara elkonularak mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.”

2. Yargılama Giderlerine İlişkin Mevzuat

26. 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 31. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“Kanun yoluna başvuru dolayısıyla oluşan bütün masraflar ve vekalet ücreti, başvurusu veya savunması reddedilen tarafça ödenir.”

27. 5326 sayılı Kanun’un 28. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

“Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklığa, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin hükümleri, bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır.”

28. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. (Değişik cümle: 3/11/2016-6754/42 md.) Ancak, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. (Ek cümle: 3/11/2016-6754/42 md.) Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

29. 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 hâlel getirmez.”

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları

a. Para Cezaları Yönünden

30. İlgili kararlar için bkz. *Orhan Gürel*, B. No: 2015/15358, 24/5/2018, §§ 27-32; *Züliye Öztürk*, B. No: 2014/1734, 14/9/2017, §§ 33-37.

b. Yargılama Giderleri Yönünden

31. AİHM, yargılama kapsamında herhangi bir taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesinin bu taraf yönünden mülkiyet

hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmektedir. Konu ile ilgili *Cindrić ve Bešlić/Hırvatistan* (B. No: 72152/13, 6/9/2016) kararına konu olayda, bir tazminat davasında başvuru aleyhine ve idare yararına yaklaşık 6.800 Avro vekâlet ücretine hükmedilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. AİHM, yargılamanın her aşamasında bu gibi masrafların ödenmesine karar verilmesinin mülkiyet hakkına müdahale olduğunu belirtmiştir. AİHM, devletin temsiline ilişkin masraflar yargılama sistemi ile ilgili olmadığından dolayı müdahalenin üçüncü kural çerçevesinde *katkı* olarak görülemeyeceğini açıklamış ve müdahaleyi genel ilke olan birinci kural kapsamında incelemiştir (*Cindrić ve Bešlić/Hırvatistan*, § 92). Kararda müdahalenin kanuni bir dayanağının olduğu kabul edilmiş, meşru amaç yönünden ise *kaybeden öder* kuralına atıfla devletin sınırlı kaynakları sebebiyle özel taraflar gibi kazanılan davalarda masrafların ödenmesi suretiyle hukuki koruma talep edebileceği belirtilmiştir (*Cindrić ve Bešlić/Hırvatistan*, §§ 93-97).

32. Müdahalenin ölçülülüğü bakımından ise AİHM somut olayda öncelikle başvuru aleyhine açtığı davanın bütünüyle dayanaktan yoksun olmadığını belirtmiştir. Bunun yanında ulusal mahkemelerin kendisini bir avukat ile temsil ettirmeyen idare yararına vekâlet ücretine hükmettiği özellikle vurgulanmıştır. Hâlbuki AİHM'e göre başvuru aleyhine da belirttiği gibi devlet bütçesi ile finanse edilen davada yer alan söz konusu ofis bir avukat ile aynı durumda değildir. Son olarak başvuru aleyhine malî durumları gözetilerek ulusal mahkemelerce başvuru aleyhine böyle bir vekâlet ücretine hükmedilmesinin kendilerine aşırı bir külfet yüklediği belirtilerek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (*Cindrić ve Bešlić/Hırvatistan*, §§ 98-110).

33. *Hoare/Birleşik Krallık* ((k.k.), B. No: 16261/08, 12/4/2011) kararına konu olayda ise başvuru cinsel saldırı suçundan müebbet hapis cezası ile cezalandırılmış, tahliye edildikten sonra aldığı piyango biletiyle büyük ikramiye kazanmıştır. Bunun üzerine daha önce işlediği suçun mağduru tarafından tazminat davası açılmış, bu davanın reddine dair kararın temyizini inceleyen Yüksek Mahkeme temyiz talebini kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca başvuru aleyhine yargılama sırasındaki bütün masrafları ödemesine karar vermiştir. Buna göre başvuru aleyhine kendi masrafları olan 239.583 İngiliz Sterlini yanında

mağdurun ödediği 537.885,20 İngiliz Sterlini masrafı da ödemesine karar verilmiştir (*Hoare/Birleşik Krallık*, §§ 1-36). AİHM öncelikle daha önce yargılama masraflarının Sözleşmeye ek 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı bağlamında katkı olarak değerlendirildiği yönündeki içtihadına atıf yapmıştır. AİHM bununla birlikte, somut olayda başvurucunun şikâyetinin yargılama masraflarının ne kadar ve ne ölçüde verilebileceğine yönelik olduğuna dikkati çekerek müdahaleyi mülkiyetten barışçıl yararlanmaya ilişkin birinci kural çerçevesinde incelemiştir (*Hoare/Birleşik Krallık*, §§ 49-51).

34. Müdahalenin kanuni dayanağının bulunduğunu kabul eden AİHM, davayı kaybeden tarafın kazanan tarafın masraflarını ödemesine karar verilmesinin, gereksiz davaların açılmasını caydırıcı olması yönünden makul ve kamu yararına dayalı meşru bir amacının olduğunu belirtmiştir (*Hoare/Birleşik Krallık*, §§ 52-59). AİHM somut olayda hükmedilen yargılama giderlerinin fazla olduğunu kabul etmekle birlikte, yargılamanın üç aşamalı olması, başvurucunun dava sırasında uzlaşma teklifini kabul etmemesi ve tarafların tutumları ile mahkemelerin bu konudaki takdir yetkilerini dikkate alarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varmıştır (*Hoare/Birleşik Krallık*, § 60).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

35. Mahkemenin 9/1/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. İdari Para Cezası Yönünden

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

36. Başvurucu, haksız ve hukuka aykırı olarak idari para cezası verildiğini ve bu karara karşı yaptığı itirazın da gerekçesiz olarak haksız yere reddedildiğini belirtmiştir. Başvurucu, internet üzerinden bağış toplamanın suç oluşturmadığını, gelişmiş demokrasilerde de kanunlarla engellenmeyen bir etkinlik olduğunu vurgulamıştır. Başvurucu,

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

uluslararası toplumda kabul görmüş saygın bir sivil toplum kuruluşu olduğunu, bu şekilde idari para cezası verilmesinin ayrımcı ve politik bir nitelik taşıdığını belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

37. Bakanlık idari para cezası verilmesi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuni bir dayanağının olduğunu, kanun dışı yollarla para toplanmasının ve suistimallerin önlenmesi gibi kamu yararı güden meşru bir amacının da bulunduğunu belirtmiştir. Bakanlık görüşünde ayrıca müdahalenin elverişli ve gerekli olduğu, orantılılık yönünden ise öncelikle başvurunun kusurlu olduğu ve verilen para cezasına etkin bir biçimde itiraz edebildiği, bunun yanında caydırıcılık amacı taşıyan müdahale bakımından kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisinin olduğu görüşleri bildirilmiştir.

38. Başvurucu cevap dilekçesinde, aidat ödemek veya bağışta bulunmak isteyenlere internet sitesi aracılığıyla kolaylık sağlamanın izinsiz yardım toplama kabahati teşkil edemeyeceğini belirtmiştir. Başvurucuya göre internet üzerinden bağış ve aidat toplamayı yasaklayan bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Başvurucu bu sebeple para cezası verilmesinin ölçsüz olduğunu öne sürmüştür.

b. Değerlendirme

39. Anayasa Mahkemesi daha önce para cezalarının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmiş, bu başvuruları müdahalenin niteliğini ve amacını gözeterek mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin kural çerçevesinde incelemiştir (idari para cezaları yönünden bkz. *Orhan Gürel*, §§ 42-46; adli para cezaları yönünden bkz. *Züliye Öztürk*, §§ 49-53). Somut olayda da mülkiyet hakkı kapsamında başvurucuya idari para cezası verildiğinden yakınlığına göre bu ilkelerden ayrılmayı gerektirir bir durum bulunmamaktadır.

40. Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin öncelikle kanuni bir dayanağı olmalı, kamu yararına dayalı meşru bir amacı bulunmalı ve son olarak ise müdahale ölçülü olmalıdır (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 62).

41. Başvurucuya verilen idari para cezasının 2860 sayılı Kanun'un 29. maddesine göre verildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla müdahalenin ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir bir kanun hükmüne dayalı olduğu kuşkusuzdur.

42. Yardım veya bağış toplama, sosyal ve geleneksel yönleri yanında derneklerin ve diğer sivil toplum kuruluşlarının amaç ve faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi açısından önem taşımaktadır. Ancak yardım veya bağış toplamanın kötüye kullanılmasının ya da zorla yapılmasının engellenmesi, aynı zamanda uluslararası bir yükümlülük de olan kara paranın aklanmasının ve kanuna aykırı suç veya kabahat teşkil eden faaliyetlerin finansmanının önlenmesi, bu faaliyetin dolandırıcılık veya yolsuzluğa konu edilmemesi gibi çeşitli amaçlarla kamu makamlarınca izin ve denetime tabi tutulması öngörülebilir. Dolayısıyla bu alanda kamu makamlarının belirli bir takdir yetkisinin olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca izinsiz yardım toplama fiili sebebiyle idari para cezası verilmesinin benzeri kabahatlerin işlenmesinin önlenmesi gibi caydırıcı bir niteliği de bulunmaktadır. Bu durumda, kanunla öngörülen izin koşuluna uyulmamasının karşılığı olarak idari yaptırım uygulanmasının kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunduğu değerlendirilmektedir.

43. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olabilmesi için ise *elverişli, gerekli ve orantılı* olması gerekmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

44. Somut olayda yardım toplama faaliyetinin izne tabi tutulması amacı çerçevesinde idari yaptırım öngörülmesinin müdahalenin amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olduğu açıktır. Kamu makamlarınca uygulanan yaptırımın yalnızca idari bir yaptırım olduğu ve müdahalede kullanılacak en uygun aracın belirlenmesi konusunda kamu makamlarına tanınan takdir yetkisi dikkate alındığında müdahalenin *gerekli* olduğu da söylenebilir.

45. Orantılılık ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

denge, başvurunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır (*Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60; *Osman Ukav*, B. No: 2014/12501, 6/7/2017, § 71).

46. Orantılılık yönünden öncelikle başvurucuya mülkiyet hakkının korunmasının gerektirdiği usule ilişkin güvencelerin sağlanıp sağlanmadığı belirlenmelidir (*Züliye Öztürk*, § 36; *Bekir Yazıcı* [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, § 71). Başvurucunun idari para cezasına iki aşamalı bir süreçte itiraz imkânı bulduğu ve delillerini yargı makamları önünde etkin bir biçimde sunabildiği görülmektedir. Başvurucu kendisini vekil ile temsil ettirdiği yargılama sırasında sözlü olarak açıklama talebinde de bulunmamış, yazılı olarak iddia ve itirazlarını dile getirebilmiştir.

47. Diğer taraftan başvuru idare tarafından verilen cevap dilekçesinin ve bilirkişi raporunun kendisine tebliğ edilmediğini öne sürmüştür. Gerçekten de cevap dilekçesi ve söz konusu rapor, başvurucuya tebliğ edilmemiştir. Ancak başvurunun, cevap dilekçesi ile bilirkişi raporuna atıf yapan idari yaptırıma itiraz kararıyla birlikte cevap dilekçesinden ve bilirkişi raporundan haberdar olduğu anlaşılmaktadır. Üstelik bilirkişi raporunun yardım toplamanın izinsiz yapıp yapılmadığının tespitine ilişkin olduğu, başvurunun ise bu faaliyetin izinsiz yapıldığı olgusuna yönelik açık bir itirazının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına idari para cezası uygulanmak suretiyle yapılan müdahaleye karşı başvuru, etkin bir biçimde itiraz edebilme olanağı bulabilmiştir.

48. Mülkiyet hakkına müdahaleye yol açan tedbirlerin keyfi veya öngörülemez biçimde uygulanmaması gerekmektedir. Aksi takdirde mülkiyet hakkının etkin bir biçimde korunması mümkün olmaz. Bu sebeple kamu makamlarınca başvurunun eylemi ile müdahalenin konusu olan tedbire veya yaptırıma yol açan kanuna aykırılık arasında bağlantı olduğunu gösterir makul bir değerlendirme yapılmış olmalıdır (*Hamdi Akın İpek*, B. No: 2015/17763, 24/5/2018, § 115).

49. İdari yaptırımı uygulayan Valilik, başvurunun izin almadan yardım toplama faaliyetinde bulunduğunu gerekçe olarak göstermiş, başvuru da esas itibarıyla bunun aksini savunmamıştır. Başvurucu

itiraz dilekçelerinde yardım toplama faaliyetinin izne tabi tutulmasını ve yaptırıma bağlanmasını sorgulamış, derece mahkemeleri ise kanundaki izin koşulunun somut olayda gerçekleşmediğini gözeterek itirazları reddetmişlerdir. Nitekim başvuru aslında bağış topladığını ve bunun ise hiçbir izne tabi olmadığını ileri sürmüş ise de derece mahkemelerinin, 5253 sayılı Kanun'un 21. maddesinde yer alan ve derneklerin mülki idare amirliğine önceden bildirimde bulunmak şartıyla yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynî ve nakdî yardım alabilecekleri yönündeki düzenlemeyi gözettikleri anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle başvuru bağış toplamamanın izinsiz yardım toplama anlamına gelmediğini ileri sürmekte ise de derece mahkemelerince gerek anılan hüküm gerekse de 2860 sayılı Kanun'un 3. ve 6. maddeleri uyarınca derneklerin amaçlarını gerçekleştirmek için yardım toplamak üzere yetkili makamdan izin almaları gerektiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla derece mahkemelerinin kararları, keyfî veya öngörülemez nitelikte olmadığı gibi idari yaptırım koşullarına ilişkin makul bir değerlendirme de içermektedir. Bunun yanında itiraz merciinin kararında ilk karara atfı yapılmış olması da tek başına bu kararın gerekçesiz olduğunu göstermez.

50. Diğer taraftan hukuk devletinde; ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini göz önüne alan suç politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bazı fiilleri ceza hukuku alanından çıkarabileceği gibi korudukları hukuki yararları ve neden olduğu sonuçları esas alarak birtakım suçları farklı yaptırımlara da tabi kılabilir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır (AYM, E.2017/170, K.2018/77, 5/7/2018).

51. Başvuru idari para cezası verilmesine ilişkin müdahaleye kendi kusuruyla yol açmış olup ilgili Kanun hükmü dikkate alındığında izinsiz yardım toplanması şeklindeki fiilin sonuçlarının öngörülebilir nitelikte olduğu açıktır. Ayrıca olayda başvurucuya idari para cezasının dışında herhangi bir adli veya idari yaptırım uygulanmamış, parasının ayrıca kısmen veya tamamen müsadere ya da mülkiyetinin kamuya geçirilmesi yoluna da gidilmemiştir. Nihayet başvuru şikâyet ettiği

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

idari para cezasının miktarı itibarıyla açıkça orantısız olduğunu da ortaya koyamamıştır.

52. Bu durumda idari para cezası verilmesi yoluyla başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, belirtilen kamu yararı ile karşılaştırıldığında başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil denge bozulmamış olup müdahale ölçülü bulunduğundan mülkiyet hakkının ihlal edilmediği açıktır.

53. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Yargılama Masrafları Yönünden

a. Başvurucunun İddiaları

54. Başvurucu yargılama sırasında yapılan bilirkişi ücretinin başvuru tarafından ödenmesine karar verildiğini belirterek yüklenen bilirkişi ücreti sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

55. Bakanlık bu konu hakkında bir görüş bildirmemiştir.

b. Değerlendirme

i. Kabul Edilebilirlik Yönünden

56. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Esas Yönünden

(1) Mülkün Varlığı

57. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (*Mustafa Ateşoğlu*

ve diğerleri, B. No: 2013/1178, 5/11/2015, § 54). 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).

58. 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 şikâyetle konu yargılama giderinin başvurucudan tahsiline hükmedilen bir miktar para olduğu dikkate alındığında başvurucunun mal varlığına dâhil olan bu paranın Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülk teşkil ettiğinde kuşku bulunmamaktadır.

(2) Müdahalenin Varlığı ve Türü

59. 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*, § 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*, § 53).

60. Yargılamanın herhangi bir aşamasında taraflardan biri aleyhine yargılama masraflarına hükmedilmesinin, ilgili tarafın mal varlığında azalmaya yol açacağından dolayı mülk teşkil eden eksilen para yönünden bu kişinin mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığından kuşku bulunmamaktadır. Somut olayda da izinsiz yardım toplama kabahati sebebiyle verilen idari para cezasına itiraz sürecinde başvurucunun talebi üzerine Sulh Ceza Hâkimliği tarafından bilirkişi raporu aldırılmıştır. İtirazı reddeden Hâkimlik, bilirkişi ücreti olan 350 TL'nin de Hazine yararına olmak üzere başvurucudan tahsiline karar vermiştir. Dolayısıyla başvurucunun bu masrafı ödemek zorunda kalması mülkiyet hakkına müdahale edildiğini göstermektedir.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

61. 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. Ayrıca Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, §§ 55-58).

62. Somut başvuruda mülkiyet hakkına yapılan müdahale, sonuç olarak mal varlığında bir azalmaya yol açılrsa dahi mülkten yoksun bırakma amacı taşımamaktadır. Diğer taraftan yargılama sırasında yapılan bilirkişi ücreti masrafının başvurucuya yükletilmesine ilişkin müdahale bakımından yargılama sistemi kapsamında doğrudan harç gibi bir *katkı* alınması gibi bir durum olmadığına göre mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolü veya düzenlenmesi de söz konusu değildir. Dolayısıyla şikâyetle konu müdahalenin mülkiyetten barışçıl yararlanmaya ilişkin genel kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

(3) Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadiğı

63. 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.”

64. Yukarıda da değinildiği üzere mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin öncelikle kanuni bir dayanağı olmalı, kamu yararına dayalı meşru bir amacı bulunmalı ve son olarak ise müdahale ölçülü olmalıdır (bkz. § 40).

(a) Kanunilik

65. 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).

66. Başvurucunun itirazını reddeden Sulh Ceza Hâkimliği aleyhine bilirkişi ücreti masraflarının ödenmesine karar verilmesinin kanuni bir dayanağını göstermemekle birlikte, müdahalenin ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir mahiyette olan 5326 sayılı Kanun'un 31. maddesinin (2) numaralı fıkrasına dayalı olduğu anlaşılmaktadır.

(b) Meşru Amaç

67. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. 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 Külâh*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

68. *Kaybeden öder* kuralı çerçevesinde yargılama sırasında yapılan masrafların davayı kaybeden veya itirazı reddedilen tarafça ödenmesi, gereksiz dava ve itirazların önüne geçilmesi suretiyle yargılamaların etkin ve hızlı bir şekilde sonuçlanması bakımından büyük önem taşımaktadır. Buna göre müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacının olduğu açıktır.

(c) Ölçülülük

(i) Genel İlkeler

69. 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.

Elverişlilik, Gereklilik ve Orantılılık

70. 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 ulaşılmamasının 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).

71. 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 (Arif Güven, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60; Osman Ukav, B. No: 2014/12501, 6/7/2017, § 71).

Yargılama Giderlerinin Ölçülülüğü

72. Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasına göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir. Bu fıkra da yer alan davaların en az giderle sonuçlanması kuralı, aynı

zamanda Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının korunmasının gerekliliklerinden biridir. Bu gereklilik çerçevesinde yargılama kapsamında yapılan giderlerin, bu giderlere yol açan davayı kaybeden veya itirazında haksız bulunan tarafa yükletilmesi mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi ölçülü kılabilir. Ancak yargılama sırasında hangi delillerin toplanacağı ve bu delillerin nasıl değerlendirileceği kural olarak derece mahkemelerinin takdirinde olmakla birlikte uyuşmazlığın çözümüne hiçbir yarar sağlamadığı ilk bakışta (*prima facie*) anlaşılan yargılama masraflarının yapılması bireylerin mal varlığından gerekli olmadığı hâlde yol açılan önemli bir eksilme sebebiyle müdahaleyi ölçüsüz kılar. Son olarak yargılama giderleri yükletilmesinin her hâlde, yargı sisteminin iyi yönetilmesi amacı çerçevesinde kamu yararı ile karşılaştırıldığında müdahalenin bireylere şahsi olarak aşırı bir külfete yol açmaması gerekir.

73. Dolayısıyla yargı makamlarının gerek dava sırasında yargılama giderlerinin yapılması gerek yargılama sonucunda bu giderlere hükmedilmesi aşamalarında mülkiyet hakkının korunmasının gerektirdiği dikkat ve özeni göstererek ölçüsüz bir külfete yol açmamaları gerekmektedir.

Bilirkişi Giderleri Yönünden

74. Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konular dışında özel veya teknik bilgiyi içeren uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurulması adil yargılanma hakkının gereği olarak değerlendirilmelidir. Çünkü hâkim, bir delil değerlendirme vasıtası olan bilirkişi incelemesinden de yararlanarak önüne gelen sorunu çözerek adaletin gerçekleşmesini temin etmektedir. Bununla birlikte hukuk kurallarını resen araştırarak bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak zaten hâkimin işidir. Nitekim hukuki sorunları hâkimin mesleki bilgi ve deneyimleriyle çözmesi gerektiğinden bu sorunların en yetkin kişisi hâkim olup Anayasa'nın 138. maddesinde de hukuka uygun olarak hüküm verme yetkisi hâkime tanınmıştır (AYM, E.2017/20, K.2018/75, 5/7/2018, §§ 37-41).

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

75. Bilirkişi görüşü, hâkimin uyuşmazlığı çözerken dikkate alacağı takdiri bir delilden ibarettir. Hâkimin hukuki bilgisiyle aydınlatılamayan bilimsel ve teknik meseleleri açıklığa kavuşturmak, bu tür meselelerde mahkemeyi bilgilendirmek amacıyla görüşüne başvurulmuş uzman kişi olan bilirkişi görüşünün mahkemeyi bağlamayacağı kuşkusuzdur. Hâkim; bilirkişi görüşünü içeren raporun yeterliliğini, raporda açıklanan görüş ve kanaatin itibar edilebilirliğini, dayandığı olguları gözönünde bulundurarak hükme esas alınıp alınmayacağını serbestçe değerlendirir ve takdir eder. Bu bağlamda hâkim, bilimsel ve teknik bakımdan yetersiz ve çelişkili bulunduğu bilirkişi raporlarını hükme esas almak zorunda değildir. Bu durum, karar verme ve hüküm kurma yetkisinin hâkime ait olmasının doğal bir sonucudur. Aksi takdirde şekil olarak hüküm kuran hâkim olsa da gerçekte hüküm bilirkişi tarafından verilmiş olur ki bu durum yargı yetkisinin devri anlamına gelir (*Saadet Esin*, B.. No: 2014/18103, 26/10/2017, § 46).

76. Nitekim bilirkişi görüşüne başvurulması meselesi, kanun koyucunun da gündemine gelmiş; 3/11/2016 tarihli ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile konu hakkında bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu çerçevede 6754 sayılı Kanun'un 42. maddesi ile 5271 sayılı Kanun'un 63. maddesinin (1) numaralı fıkrasına, hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceği yönünde bir hüküm eklenmiştir. Ayrıca aynı düzenlemeyle *"Ancak, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz"* hükmü de getirilmiştir.

77. Bu bağlamda 6754 sayılı Kanun'un gerekçesinde de ifade edildiği üzere düzenlemenin amacının hâkime verilen mutlak yargı yetkisinin -bilirkişi vasıtasıyla dahi olsa- bir başkasına devrini önlemek olduğu, hukuk kurallarını resen araştırmak, yorumlamak ve uygulamak hâkimin görevi kapsamında kaldığından uyuşmazlık hakkında bir de bilirkişi atanmasının gereksiz yere yargılama giderlerinin artmasına ve buna bağlı olarak yargılama sürelerinin uzamasına sebebiyet vereceği, salt hukuki konularda bilirkişiye ihtiyaç bulunmadığı belirtilmiştir (AYM, E.2017/20, K.2018/75, 5/7/2018, § 36).

78. Anayasa Mahkemesi, yargılama sırasında bilirkişi görüşüne başvurulması yönünden yargısal makamların geniş bir takdir yetkisinin olduğunu kabul etmektedir. Bunun yanında kimi durumlarda ancak bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra bu incelemeye gerek duyulmadığı anlaşılabileceği gibi makul gerekçelerle bilirkişi görüşüne itibar edilmeyerek hüküm de tesis edilebilir. Ancak hâkimin hukuk bilgisiyle çözümlenebileceği ilk bakışta açık bir şekilde anlaşıldığı hâlde bilirkişi görüşüne başvurularak bu yargılama giderlerinin ilgili tarafa yükletilmesi mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahaleye yol açar. Bu bağlamda somut davada yargılama makamlarınca bilirkişiye hangi soruların sorulduğu ve uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlaması gereken bu soruların hâkimin hukuk bilgisiyle çözülüp çözülemeyeceği önem taşımaktadır.

(ii) İlkelerin Olaya Uygulanması

79. Somut olayda yargılama masraflarının başvuru tarafından ödenmesine karar verilmesi yönündeki müdahalenin ilgili kamu yararı amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olduğu ve müdahalenin *gerekliliği* kapsamında en uygun aracı sorgulayacak herhangi bir olgunun da mevcut olmadığı dikkate alınmalıdır. Buna göre somut olay bağlamında asıl tartışılması gereken husus ise mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin *orantılı* olup olmadığının belirlenmesidir.

80. Başvurucunun itirazına konu olayda *başvurucunun yardım toplayıp toplamadığı* ve *ilgili idareden öncesinde izin alıp almadığı* belirlenmesi gereken maddi olgulardır. Bunun yanında bu maddi olgulara göre başvurucunun fiilinin ilgili kanun hükmüne göre *idari yaptırım gerektiren kabahat teşkil edip etmediği* de hukuki denetimin konusunu oluşturmaktadır.

81. Başvuru konusu olayda başvuru, yardım toplama olarak nitelendirilen faaliyette bulunmadan önce izin almadığını inkâr etmemiş, bunun yerine bağış topladığını ve bunun ise olağan bir faaliyet olduğunu ve kanunla serbest bırakılmış olduğunu ileri sürerek itirazda bulunmuştur (bkz. §§ 11, 15). İtiraz gerekçelerinin maddî olgulara ilişkin olmamasına ve sadece hukuki konular ile sınırlı olmasına rağmen

İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğince -hiçbir gerekçe de gösterilmeden- bilirkişi raporu alınmasına karar verilmiştir. Sulh Ceza Hâkimliğinin ara kararında, hâkimin hukuk bilgisiyle aydınlatılamayacak bilimsel veya teknik bakımdan hangi konuya ilişkin olarak bilirkişi raporu alınmasının gerektiği izah edilmediği gibi bilirkişiye bu çerçevede herhangi bir soru da sorulmamıştır.

82. Nitekim bilirkişi raporunda, bilirkişiden istenilen husus, *“verilen idari para cezasının unsurlarının oluşup oluşmadığı”* olarak formüle edilmiştir. Raporda ayrıca *“idari yaptırım kararında bir usulsüzlük tespit edilemediği”* ve *“itirazın haksız olduğu”* belirtilmiştir. Üstelik bilirkişi raporunu düzenleyen kişi de bir hukuk müşaviridir.

83. Buna göre maddî olgularının tartışılmasına gerek bulunmayan somut olay bakımından alınan raporda yer verilen hususların tamamının hâkimin hukuk bilgisiyle aydınlatılabilecek mahiyette oldukları görülmüştür. İdari para cezasının unsurlarının oluşup oluşmadığı, idari yaptırım kararında bir usulsüzlük bulunup bulunmadığı, idari yaptırımın kanuni dayanağı ve itirazın haklı olup olmadığı gibi ancak hâkim tarafından yargı yetkisi çerçevesinde karara bağlanabilecek hususlar hakkında bilirkişi görüşüne ihtiyaç olmadığı son derece açıktır.

84. Hâlbuki yukarıda da değinildiği üzere uyuşmazlığın çözümüne hiçbir yarar sağlamadığı ilk bakışta açıkça anlaşılan bir delilin toplanması sonucu oluşan giderlerin ilgili tarafa yükletilmesi gereksiz yere yargılamanın uzatacağı gibi mal varlığından gerekli olmadığı hâlde yol açılan eksilme sebebiyle ilgili tarafın mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil eder (bkz. §§ 72-78).

85. Somut olayda da başvurunun, izinsiz bağış topladığı olgusunu inkâr etmeyip sadece idari para cezasının hukuki denetimi ile sınırlı olarak itirazda bulunduğu hâlde Sulh Ceza Hâkimliğinin hukukçu bir bilirkişiye rapor düzenlettirdiği görülmektedir. Sulh Ceza Hâkimliği, hâkimin hukuk bilgisiyle aydınlatılması mümkün olmayan teknik veya bilimsel herhangi bir konuda görüş istemediği veya soru sormadığı gibi bilirkişi de raporunda hukuki denetim ile ilgili olarak görüş bildirmiştir. Bu durumda somut olay bağlamında bilirkişi görüşüne başvurulmasının

gerekli olmadığı daha ilk bakışta anlaşılmaktadır. Üstelik her ne kadar bilirkişi ücreti tutarı nispeten az olsa da bu tutarın başvuruçunun itirazına konu idari para cezası miktarının yaklaşık olarak yarısı tutarında olduğu dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle başvuruçunun itirazı bakımından hiçbir yarar sağlamadığı hâlde aleyhine verilen idari para cezasının yaklaşık olarak yarısını daha ödemek durumunda kalmıştır.

86. Bu durumda aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvuruçuya yüklediği külfet, içerdiği kamu yararı amacıyla dahi meşru kılınmamaktadır. Buna göre kamu yararı ile başvuruçunun mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengenin başvuruçunun aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

87. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

88. Başvuruçunun, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

89. Bireysel başvuru sonrasında 31/7/2018 tarihli ve 30495 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 25/7/2018 tarihli ve 7145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 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.

90. 6384 sayılı Kanuna eklenen geçici maddeye göre yargılamaların uzun sürmesi ve 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

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

yapılacak müracaat üzerine Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığı (Tazminat Komisyonu) tarafından incelenmesi öngörülmüştür.

91. *Ferat Yüksel* kararında Anayasa Mahkemesi; söz konusu başvuru yolunun kişileri mali külfet altına sokmaması ve başvuruda kolaylık sağlaması nedenleriyle ulaşılabilir olduğunu ve düzenleniş şekli itibarıyla ihlal iddialarına makul ölçüde bir başarı şansı sunduğunu vepotansiyel olarak yeterli giderim sağladığını tespit etmiştir (*Ferat Yüksel*, B. No: 2014/13828, 12/9/2018, §§ 27-34). Bu gerekçeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi, ilk bakışta ulaşılabilir olan ve ihlal iddialarıyla ilgilibaşarı 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).

92. Somut başvuru yönünden de söz konusu karardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

93. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduklarına karar verilmesi gerekir.

2. Diğer İhlal İddiaları

a. Başvurucunun İddiaları

94. Başvurucu idari para cezası verilmesine ilişkin itiraz sürecinde bilirkişi raporunun ve cevap dilekçesinin tebliğ edilmemesi, gerekçesiz ve hakkaniyete aykırı olarak itirazlarının reddedilmesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

95. Bakanlık bu konu hakkında bir görüş bildirmemiştir.

b. Değerlendirme

96. Başvurucunun belirtilen şikâyetleri mülkiyet hakkının ihlal iddiası kapsamında *idari para cezası verilmesi şikâyeti yönünden* başlığı altında

incelenmiş ve ihlalin olmadığı açık olduğu sonucuna varılmıştır. Bu şikâyetler, adil yargılanma hakkının ihlali iddiası değerlendirildiğinde de farklı bir sonuca varılmasını gerektirir bir durumun olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

97. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik nedenleri incelenmeksizin açıkça dayanaklı yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

98. 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, başvurunun 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.”

99. 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 [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 55).

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

100. 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).

101. 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 yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan*, § 58).

102. Buna göre Anayasa Mahkemesince ihlalin tespit edildiği hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemeleri ise Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan*, § 59).

103. Başvurucu, ihlallerin tespiti ile maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunmuştur.

104. Anayasa Mahkemesi idari para cezasına itiraz üzerine yapılan yargılama sırasında Sulh Ceza Hâkimliğince gerekli olmadığı bilirkşişi raporu alınarak sonuca etkili olmayan bu delil giderinin başvurucuya yükletilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

105. 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 sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılması kapsamında İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Bu

doğrultuda Sulh Ceza Hâkimliğince, ihlal sonucuna uygun olarak bilirkişi ücretinin başvurucuya yükletilmesine ilişkin mahkeme kararının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede Sulh Ceza Hâkimliğince daha önce harç tahsil müzekkeresi gönderildiğine göre söz konusu yargılama giderinin -ödenmişse- başvurucuya iadesi, ödenmemişse müzekkerenin gereği yerine getirilmeksizin geri alınması işlemleri ise Sulh Ceza Hâkimliğince yürütülmelidir.

106. Başvurucunun diğer şikâyetlerinin kabul edilemez olduğuna karar verilmiş olup yargılama masrafları ödenmesine karar verilmesi şikâyet bağlamında mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin karar yönünden ise yeniden yargılamaya karar verilmesi ihlalin sonuçlarının giderimi bakımından yeterli görüldüğünden başvurucunun tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekmektedir.

107. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL tutarındaki yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

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

B. 1. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın;

a.İdari para cezası verilmesi şikâyeti yönünden *açıķça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

b. Yargılama masrafları şikâyeti yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın;

a. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyet yönünden *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

b. Diğer ihlal iddiaları yönünden *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğine (D. İş No: 2014/386) GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

F. 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

G. 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,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 9/1/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

İOANİS MADİTİNOS BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/9880)

Karar Tarihi: 8/5/2019

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Kadir ÖZKAYA Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Özgür DUMAN
Başvurucu	: İoanis MADİTİNOS
Vekili	: Av. Ali Asker ŞANLI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ülkeler arası karşılıklılık bulunmadığı gerekçesine dayalı olarak başvurucunun mirasçı olarak kabul edilmemesi nedeniyle mülkiyet 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, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Uyuşmazlığın Arka Planı

9. Başvurucu 1961 yılında İstanbul'da doğmuştur. Başvurucu, Yunanistan uyruklu olup Atina'da ikamet etmektedir.

10. Başvurucu, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı iken 11/2/1964 tarihli ve 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca izin almaksızın, kendi isteğiyle yabancı devlet vatandaşlığını kazandığı gerekçesiyle Bakanlar Kurulu tarafından 12/3/1986 tarihinde hakkında Türk vatandaşlığını kaybettiğine karar verilmiştir.

11. İstanbul'un Beyoğlu ilçesine bağlı Pürtelaş Mahallesi'nde bulunan 36 ada 21 parsel sayılı taşınmazın 1/12 payları tapuda Frenike Maditinos ve Tanaş Maditinos adlarına kayıtlıdır.

12. Tapu maliklerinden Frenike Maditinos 31/1/1978 tarihinde bekâr olarak, Tanaş Maditinos ise 21/10/1996 tarihinde dul ve çocuksuz olarak ölmüştür. Başvurucu, ölen kayıt maliklerinin kardeşi Dimitri'nin oğludur.

B. Frenike Maditinos'un Mirası Yönünden

13. Maliye Hazinesi tarafından 27/10/1997 tarihinde Beyoğlu 1. Sulh Hukuk Mahkemesinden Frenike Maditinos'un mirası ile ilgili olarak mirasçılık belgesi verilmesi talebinde bulunulmuştur. Mahkeme 17/3/1998 tarihinde murisin ölümüyle geriye tek mirasçısı olarak başvurucuyu bıraktığını, onun da Türk vatandaşlığını kaybettiğini belirterek müteveffanın son mirasçısının Hazine olduğu gerekçesiyle bu talebi kabul etmiş ve Frenike Maditinos'un mirasının tamamının Hazineye ait olduğuna karar vermiştir.

14. Başvurucu 17/11/1999 tarihinde Beyoğlu 1. Sulh Hukuk Mahkemesinden Hazineye verilen mirasçılık belgesinin iptali talebinde bulunmuştur. Maliye Hazinesinin de davalı olarak dâhil edildiği yargılama neticesinde Mahkeme 14/6/2000 tarihinde bu talebin reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, başvurucunun Türk vatandaşlığını kaybettiği ve Yunan vatandaşı olduğu belirtilmiştir. Mahkemeye göre miras bırakanın ölüm tarihi itibarıyla taşınmaz malların tasarrufu ve intikali yönünden karşılıklılık bulunmadığından talebin reddi gerekmektedir. Başvurucunun temyiz ettiği bu karar Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından 12/2/2001 tarihinde onanmıştır.

C. Tanaş Maditinos'un Mirası Yönünden

15. Başvurucu, Tanaş Maditinos'un mirası ile ilgili olarak -başvuru formu ve eklerinde belirtilmeyen bir tarihte- Beyoğlu 4. Sulh Hukuk Mahkemesinden mirasçılık belgesi talebinde bulunmuştur. Mahkeme, Bakanlık Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünden (Genel Müdürlük) karşılıklılık hakkında görüş talebinde bulunmuştur. Genel Müdürlüğün 31/1/1997 tarihli yazısının ilgili kısımları şöyledir:

“...Yunanistan Hükümetinin Yunanistan'da bulunan Türklere ait gayrimenkuller üzerinde mülkiyet hakkını tamamen kısıtlayan uygulamalar nedeniyle Türk Hükümetinin de 1062 sayılı Kanuna dayanarak, Bakanlar Kurulunun 02.11.1964 tarihli ve 6/3801 sayılı kararı ile Yunan uyruklu gerçek ve tüzel kişiler hakkında mukabele-i bilmisil tedbiri aldığı, bu kararname hükümlerine göre Yunan vatandaşı kişilerin Türkiye'deki taşınmaz malları üzerinde mülkiyet hakları ile mülkiyet hakları dışındaki temlik tasarrufları durdurulmuş ve bu kişilerin Türkiye'deki taşınmaz mallarından doğan ve her türlü bedel, hasılat, irad ve diğer gelirleri istisnasız blokaja tutulduğunu, kararnamenin Yunan asıllı Yunan uyruklu kişiler hakkında çıkarıldığını, Türk soylu Yunan uyrukluların söz konusu yasakların dışında bırakıldığını, anılan kararnamenin Bakanlar Kurulunun 03.02.1988 tarih ve 88/12592 sayılı kararı ile yürürlükten kaldırıldığını ve 6/3801 sayılı kararname zamanında ölüme bağlı tasarruf yoluyla leh ve aleyhlerinde hak tesisi amaçlanan kişiler veya veraset yoluyla yasal mirasçılar adına tescil edilmemiş olan gayrimenkullerin anılan kişiler adına tesciline imkân sağlanmasının kararlaştırıldığı, mevcut hukuki duruma göre Yunan vatandaşlarının herhangi bir ayrıma tabi

tutulmadığı ve yabancılar için öngörülen haklardan Yunan uyrukluların da yararlandığı, ancak yabancıların Türkiye’de gayrimenkul edinmelerinin yasal ve fiili karşılıklılık şartına bağlanması sebebiyle Yunan mevzuatı hükümleri ve fiili uygulama yönünden yapılan araştırmada Yunanistan Medeni Kanununun 4. maddesinde, ‘yabancı, Yunan vatandaşları gibi aynı medeni haklardan yararlanır’ hükmü bulunduğu, ancak çeşitli yasa ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sınır bölgelerinde yabancıların taşınmaz mal edinmelerinin yasaklandığı ve izin şartına bağladığı,

Yunanistan’da gayrimenkul edinimini düzenleyen temel yasanın 1938 yılında kabul edilen Sınır ve Kıyı Bölgelerinde Alım Satım Hakkının İstimalinin Yasaklanması Hakkında 1366/1938 sayılı İhtiyaca Mebni Kanun ile söz konusu bölgelerde gayrimenkul alım ve satımının yasaklanmasının öngörüldüğü, Yunanistan’ın AT üye olması ile 31 Temmuz 1990 tarihinde kabul edilen düzenlemeler ile sınır bölgelerinde Yunanistan ve Avrupa Topluluğu üyesi ülkelerin vatandaşları ile Rum asıllı diğer ülke vatandaşlarına izinle gayrimenkul edinme ve tasarruf imkânı getirildiği, bu üç grup dışındaki üçüncü ülke vatandaşlarının sınır ve kıyı bölgelerinde gayrimenkul edinme ve tasarruflarının ise Milli Savunma Bakanlığının izni ile mümkün olabileceği hükmüne yer verildiği, Yunanistan topraklarının yaklaşık %55 oranının bu yasa kapsamında bulunduğu, bu kanun kapsamı dışında kalan bölgelerde de yabancıların ve dolayısıyla Türklerin mülk edinmelerinin ve sahibi oldukları taşınmazlar üzerinde tasarrufta bulunmalarının teorik olarak mümkün olduğu, ancak geçen dönemlerde Türk soylu Türk vatandaşlarının sahip oldukları gayrimenkullerin Hazine tarafından el konulması, zamanaşımı yoluyla özel şahıslara intikal, kamulaştırma ve satmaya teşvik suretiyle elden çıkmış olduğu, bu çerçevede Türk soylu Türk vatandaşlarının verasete ve tasarrufa konu olabilecek taşınmazlarının kaldığının şüpheli olduğu, neticede Rum soylu olmayan Türk vatandaşlarının yasa uyarınca Yunanistan’ın %55’ini kapsayan birçok bölgede ancak izinle ve teorik olarak gayrimenkul edinme hakkını haiz oldukları, ancak uygulamada izin şartının Türklerin gayrimenkul edinmelerini önleyici bir mekanizma olarak işletildiği...”

16. Mahkeme 9/6/1997 tarihinde başvurucunun mirasçılık talebini “gayrimenkullerde kıyılar, hudutlar, köyler, adalar ve askeri bölgeler dışındakiler yönünden” kabul etmiştir.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

17. Ancak Hazine tarafından 27/10/1997 tarihinde aynı Mahkemede başvuru aleyhine mirasçılık belgesinin iptali davası açılmıştır. Mahkeme Genel Müdürlükten karşılıklılık hakkında görüş talebinde bulunmuştur. Genel Müdürlüğün 31/7/2000 tarihli yazısının ilgili kısımları şöyledir:

“...Türk hukukunda yabancı devlet uyruklularının gayrimenkul edinmelerine diğer bazı mevzuat hükümleriyle birtakım şartlar ve kısıtlamalar getirildiği, yabancı gerçek kişilerin gayrimenkul mala ilişkin miras haklarına ilişkin genel genel kuralın, 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesinde düzenlendiği, bu maddeye göre Türkiye’de gayrimenkulleri kısıtlayıcı kanun hükümleri saklı kalmak ve karşılıklı olmak kaydı ile temellük, miras yolu ile iktasap edebildikleri,

Bunun yanında 1062 sayılı Mukalebe-i Bilmisil Kanununun 1. maddesinde idare kararları veya fevkalade veya istisnai kanunlarla Türk vatandaşlarının mülkiyet hakkını kısmen veya tamamen sınırlandıran devletlerin Türkiye’deki vatandaşlarının mülkiyet hakkını mukalebe-i bilmisil olmak üzere kısmen veya tamamen tahdit ve taşınır ve taşınmaz mallarına el konulmasına Bakanlar Kurulu kararı ile imkan verildiği,

Bu çerçevede kıyı ve hudut bölgelerinde yabancı uyruklu kişilerin taşınmaz mal edinimlerini sınırlayan ve yasaklayan ülkelerin vatandaşlarına uygulanacak esaslara ilişkin 01.09.1997 tarih ve 97/9901 sayılı kararın yürürlüğe konulmasının 28.05.1927 tarihli ve 1062 sayılı Kanunun 1. maddesine göre Bakanlar Kurulunca kararlaştırıldığı,

Kararnamenin 1. maddesi ile, kıyı ve hudut bölgelerinde Türkiye Vatandaşı gerçek kişilerin taşınmaz mal edinmelerini yasaklayan veya özel izin ve şartlara bağlayan devlet vatandaşlarının, Türkiye’nin kıyı ve hudut bölgelerinde taşınmaz mal edinmeleri ve bu mallara ilişkin tasarrufla bulunmalarının, Kararname uyarınca oluşturulan Komisyonun iznine tabi tutulduğunu, Yunanistan’ın Türk vatandaşlarının kıyı ve hudut bölgelerinde taşınmaz mal edinmelerini idari izne bağladığı için Yunan uyruklu kişilere de bu uygulamanın yapıldığı...”

18. Mahkeme 28/12/2001 tarihinde davayı kabul ederek mirasçılık belgesini iptal etmiştir. Kararın gerekçesinde, Yunanistan’da yaşayan

Türkler açısından miras yoluyla taşınmaz edinimi yönünden yasal bir engel olmasa dahi izne tabi tutulduğu yönündeki Genel Müdürlüğün yazısına değinilmiştir. Mahkeme sonuç olarak genellikle Türklere taşınmaz edinimi yönünden izin verilmediğini belirterek karşılıklılık şartları oluşmadığı için davanın kabulü gerektiği sonucuna varmıştır. Temyiz edilen karar Daire tarafından 21/6/2002 tarihinde onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 14/11/2002 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

D. Başvuruya Konu Dava

19. Başvurucu 12/4/2013 tarihinde İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesinde Hazine aleyhine mirasçılık belgesinin iptali davası açmış; dava dilekçesinde, kendisinin Frenike ve Tanaş Maditinos'un tek mirasçısı ve Yunan vatandaşı olduğu gerekçesiyle mirasçılık hakkının elinden alınarak anılan taşınmazın Hazine adına tescil edildiğini belirtmiştir. Başvurucu bu tescilin dayanağı olan Beyoğlu 4. Sulh Hukuk Mahkemesinin 28/12/2001 tarihli kararının uluslararası hukuka ve Anayasa'ya aykırı olduğunu öne sürmüştür. Başvurucu ayrıca 12/3/1986 tarihinde Türk vatandaşlığından çıktığını ve Yunan vatandaşı olduğunu, Yunanistan'ın da 30/7/1990 tarihinden itibaren Rum asıllı Türk vatandaşlarına taşınmazlar yönünden mirasçılık hakkı tanıdığını belirterek karşılıklılık koşulunun mevcut olduğunu belirtmiştir.

20. Mahkeme konu hakkında hukukçu bir bilirkişiden rapor aldırılmış ve bu rapora dayalı olarak 4/12/2014 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, bilirkişi raporuna atıfla miras bırakanın ölüm tarihi itibarıyla Türkiye ile Yunanistan arasında karşılıklılık bulunmamasından dolayı Beyoğlu 4. Sulh Hukuk Mahkemesinin Tanaş Maditinos'un mirasının Hazineye kaldığına dair 28/12/2001 tarihli mirasçılık belgesinin usule ve kanuna uygun olduğu belirtilmiştir.

21. Başvurucu 8/6/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

22. Başvurucunun temyiz ettiği karar Daire tarafından 9/3/2016 tarihinde onanmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

23. Olay tarihi itibarıyla yürürlükte olan 17/2/1926 tarihli ve 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsi'nin 633. maddesi şöyledir:

“Gayrimenkul mülkiyetini iktisap için tapu siciline kayıt, şarttır. Bununla beraber işgal, miras, istimlak, cebri icra tarikleriyle veya mahkeme ilamı ile bir gayrimenkulü iktisabeden kimse tescilden evvel dahi ona malik olur.

Fakat tescil merasimi ikmal edilmedikçe temlik tasarrufları bulunamaz.”

24. 22/12/1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin ilk hâli şöyledir:

“Tahdidi mutazammın kanunî hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakikî şahıslar Türkiyede gayrimenkul mallara temellük ve tevarüs edebilirler.”

25. 2644 sayılı Kanun'un yeniden düzenlenmiş ve değiştirilmiş hâliyle 35. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“ (Yeniden Düzenleme: 29/12/2005-5444/1 md.; Değişik: 3/5/2012-6302/1 md.)

Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Cumhurbaşkanı kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir.

...

Cumhurbaşkanı, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre

kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir.

...

Bu madde hükümlerine aykırı olarak edinilen, edinim amacına aykırı kullanıldığı ilgili Bakanlık ve idarelerce tespit edilen, süresi içinde ilgili Bakanlığa başvurulmayan veya süresi içinde projeleri gerçekleştirilmeyenler ile bu maddenin birinci fıkrası kapsamındaki sınırlamalar dışında miras yoluyla edinilen taşınmazlar ve sınırlı aynı haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek bir yılı geçmeyen süre içinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir. “

26. 20/5/1982 tarihli ve 2675 sayılı mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 22. maddesi şöyledir:

“Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanır.

Mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu yer hukukuna tabidir.

Türkiye’de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır.

...”

27. 27/11/2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 20. maddesi şöyledir:

“(1) Miras ölenin millî hukukuna tâbidir. Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır.

(2) Mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(3) Türkiye’de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır.

...”

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

28. 28/5/1927 tarihli ve 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye'deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabelei Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"İdari mukarrerat veya fevkalade veya istisnai kanunlarla Türkiye tebaasının hukuku mülkiyetini kısmen veya tamamen tahdit eden devletlerin Türkiye'deki tebaasının hukuku mülkiyeti dahi Cumhurbaşkanı kararıyla Hükümet tarafından mukabelei bilmisil olmak üzere kısmen veya tamamen tahdit ve menkulat ve gayrimenkulatına vaziyet olunabilir."

29. 403 sayılı mülga Kanun'un 25. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Aşağıdaki kişilerin Türk vatandaşlığına kaybettiklerine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilir.

a) (Değişik:13/02/1981-2383/6 md.) İzin almaksızın kendi istekleri ile yabancı bir Devlet vatandaşlığını kazananlar.

..."

30. 403 sayılı mülga Kanun'un 29. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulur. Ancak doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Kanunun 33 ve 35 inci madde hükümleri saklıdır."

2. Yargıtay İçtihadı

31. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1/2/2012 tarihli ve E.2011/3-595, K.2012/33 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“Uyuşmazlık; davaya konu taşınmazın; hazine lehine hükmen tesciline dair bir karar bulunup bulunmadığı ve bu tescilin geçerli hukuki bir nedene dayanıp dayanmadığı; tescilden önce davacı murisi Yunan vatandaşının bu taşınmaz yönünden mirasçılık sıfatı taşıyıp taşımadığı; dolayısıyla da, davacı lehine düzenlenen vasiyetnamenin, bu taşınmaz yönünden geçerli olup olmadığı, infazının gerekip gerekmediği; noktalarında toplanmaktadır.

Öncelikle somut olayın açıklanan özelliklerine göre uyuşmazlığın çözümünde etkili Kanun, Bakanlar Kurulu Kararnameleri ve konuya dair yargısal uygulamanın (içtihatların) irdelenmesinde yarar vardır:

1062 Sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanunu ve bu Kanuna göre çıkarılmış olan 2.11.1964 tarihli 6/3801 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile; müteakibliyet (karşılıklık) esasına göre Yunan uyruklu şahısların, Türkiye’deki taşınmaz malları üzerinde mülkiyete ve mülkiyetten gayri aynı haklara dair ve bu sonucu doğurabilecek bilcümle temlik tasarruflarının durdurulması ve buna bağlı sınırlamalar getirilmesi ve bu hususların mahkemelerle sair adli ve idari merciler tarafından göz önünde bulundurulması ve bu kararname hükümlerine aykırı düşecek muameleler tespit olunduğu takdirde durumun derhal mahalli Maliye Dairesine bildirilmesi kararlaştırılmıştır.

Yunan Hükümetinin her çeşit tedbir ve muamelelerine karşılık olmak üzere, düzenlenen bu kararname el koyma amaçlı olmayıp, sadece Yunan uyruklu kişilerin Türkiye’deki taşınmaz malları üzerindeki temlik tasarruflarının durdurulması amaçlanmıştır. Yunan uyrukluların mülkiyet hakkını ortadan kaldıran veya mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili olarak yapabilecekleri borçlandırıcı işlemleri tamamen geçersiz ve hükümsüz kılan bir düzenlemeye kararnamede yer verilmemiştir.

Nitekim, bu husus Yargıtay H.G.K.’nun 1990/2-648 E.,1991/65 K. sayılı kararında kabul edilmiş ve ‘gerek anılan Kanunda, gerekse 1964 tarihli Kararnamede sadece Yunan Uyruklu kişilerin Türkiye’de bulunan malları üzerindeki mülkiyet ve mülkiyetten gayri aynı haklara dair olarak temlik tasarrufların durdurulması amaçlanmış olup, sadece mülkiyeti geçiren işlemler geçici bir süre durdurulmuştur...’ şeklinde ifade edilmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, ‘temlik tasarruf’ sözcüğü, hukukta kazandırıcı işlem, başka bir ifadeyle, mülkiyet geçiren işlem, yani taşınmazlarda tescil

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

ve taşınırlarda teslim işlemini ifade eder; 'durdurma' sözcüğü de Türkçede 'şimdilik ve geçici bir süre için önlem alma' manasında kullanılır.

Şu hale göre, anılan Kanunun ve Kararnamenin amacı temlik tasarruflar dışındaki hukuksal işlemleri temelinden geçersiz kılmak değildir.

Öyleyse gerek satış vaadi gibi hayatta iken hüküm ifade eden borçlandırıcı işlemler gerekse mirasçı nasbı ve muayyen mal vasiyeti gibi tasarruflar birer borç doğurucu işlem olarak geçerlidirler ve hukuki sonuçlarını meydana getirirler.

Ne var ki, 1964 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi gereğince temlik tasarruflar durdurulmakla, borç doğuran bu hukuksal işlemlerin ifası ve yerine getirilmesi, yani taşınmazların satışı vaad edilen yahut mirasçı nasb edilen, vasiyet edilen adına tapuya tescili, talep edilemeyeceğinden; Kararname yürürlükte bulunduğu süre içinde adli ve idari makamlar bu işlemleri yapamayacaklarından, bu kararname yürürlükte olduğu sürece anılan işlemlerin gerçekleşmesi olanaklı değildir.

Dahası, bu Kararnamenin getirdiği önlemler geçici olduğu gibi; yine bu kararnameye dayanılarak verilen mahkeme kararı dahi geçici niteliktedir ve bir hakkın varlığını veya yokluğunu tesbit eden veya bir hakkı ihdas eden yahut ortadan kaldıran kesin hüküm niteliğinde değildir.

Nitekim, '...temlik tasarrufların durdurulması ile ilgili' 1964 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi, 3.2.1988 tarih, 88/12592 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlükten kaldırılmış; bu kararnameye ek olarak çıkarılan Bakanlar Kurulu' nun 23.3.1988 tarih,1998/12757 Sayılı kararnamesi ile de: 'Yürürlükten kaldırılmış bulunan 2.11.1964 tarih 6/3801 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi zamanında, ölüme bağlı tasarruf yolu ile lehlerine hak tesisi amaçlanan kişiler veya veraset yolu ile yasal mirasçılar adına tescil edilmemiş olan gayrimenkullerin anılan kişiler adına tesciline imkan sağlanması' kararlaştırılmış ve bu kararname 24.3.2008 gün ve 19764 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Böylece, siyasi organ artık bundan sonra 1964 tarihli Kararnamede öngörülen önlemlerin devamını gerekli görmemiş ve bu kararname sebebiyle gerçekleşemeyen tescil işlemine düzenlediği yeni bir Kararname ile açıkça olanak sağlamıştır.

Yukarıda ayrıntılı bir biçimde açıklanan nedenler karşısında, 1964 tarihli Kararname döneminde yapılan borçlandırıcı işlemlerin geçerliliğini koruduğu, kuşkusuzdur; tescil engeli de yeni bir Kararname ile açıkça ortadan kaldırılmıştır.

Bunun doğal sonucu olarak, o tarihe kadar durdurulmuş olan temlik tasarrufların icrasına, yani geçerli bir satış vaadi veya vasiyetnamenin ifasına herhangi bir hukuksal engel kalmamış; hatta yapılan yeni düzenleme ile de geçmişte yapılamayan tescil işleminin ilgilileri adına gerçekleştirilmesinin yolu açılmıştır.

Hal böyle olunca, kural olarak, talep üzerine yargı organlarınca, 'başkaca hukuksal bir engel mevcut olmadığı takdirde' tescile veya olayda olduğu gibi vasiyetnamenin tenfizine karar verilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır.

Ancak, başkaca hukuksal bir engelin mevcut olduğunun tespiti halinde, tescil ve vasiyetnamenin tenfizi istemi bu engel de gözetilerek değerlendirilmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir. Bu halde artık salt kararname değil başka bir yasal engel söz konusu olduğundan, sadece kararnamelerin değerlendirilmesiyle yetinilmesi olanaklı değildir.

...

Böylece, temlik tasarrufların yapılmasına engel teşkil eden Kararname ortadan kalkmakla; bu kararname zamanında ölüme bağlı tasarruf yolu ile lehlerine hak tesisi amaçlanan kişiler veya veraset yolu ile yasal mirasçılar adına tescil edilmemiş olan gayrimenkullerin anılan kişiler adına tescili de olanaklı hale gelmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, davaya konu taşınmazın tapuya tesciline dayanak alınan ve K. V.'nin mirasçılık belgesinin iptali ile Hazinesinin mirasçılığını belirleyen veraset belgesi niteliğindeki karar; 1964 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesinin getirdiği geçici önlemlere dayalı olarak oluşturulmakla geçici niteliktedir ve bir hakkın varlığını veya yokluğunu tesbit eden veya bir hakkı ihdas eden yahut ortadan kaldıran kesin hüküm mahiyetinde de değildir.

O nedenle, kesin hüküm niteliği taşımayan veraset belgesi niteliğindeki karara dayanılarak kazanılan mirasçılık sıfatına bağlı olarak gerçekleştirilen Hazine adına tescil işlemi de, bu geçici önlemlerin kalkmasıyla, hukuki dayanağını yitirecektir.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

Eş söyleyişle, aynı zamanda hazinenin mirasçılığının hukuksal dayanağı da ortadan kalkmakla, Hazinenin bu yolla kazandığı mirasçılığına dayanılarak Hazine adına yapılan tescil de dayanağını yitirmiştir.

...

Öte yandan, kök muris Türk vatandaşı ... nın mirasçıları arasında yabancı bulunması halinde ve bu olmasa bile ... mirasçısı vasiyet eden Yunan uyruklu K.'nın yabancı olduğunun belirgin olması karşısında; Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanacağı (2675 s. Möhuk m. 22/1); yabancı uyruklu gerçek kişilerin karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak şartıyla Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinebilecekleri (2644 Sayılı Tapu Kanunu m. 35); kanuni miras yoluyla edinmede de aynı koşul ve sınırlamalar aranacağı gözetilerek; somut olay yönüyle Yunanistan ile Türkiye arasında kanuni miras yoluyla taşınmaz mülkiyeti edinmede, E.'dan sonraki tüm intikaller yönünden miras bırakanların ölüm tarihleri itibarıyla, özellikle de K.'nın ediniminde karşılıklılık bulunup bulunmadığının Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü vasıtasıyla Dışişleri Bakanlığı'ndan sorularak tespiti gerekmektedir.

..."

32. Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 31/10/2016 tarihli ve E.2016/5219, K.2016/8837 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"... Mirasçılık belgesi, mirasçıların murisle irs ilişkisini ve miras paylarını gösteren bir belgedir. Hukukumuzda mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davaların kural olarak hasımsız olarak açılması ve çekişmesiz yargı yolu ile görülüp sonuçlandırılması gerekmekte ise de hukuki yarar bulunması koşulu ile bu tür davaların uyuşmazlık çıkaran kişiler hasım gösterilmek suretiyle hasımlı olarak açılması ve çekişmeli yargı yolu ile görülüp sonuçlandırılması da mümkün bulunmaktadır.

Yabancıların taşınmaz edinimi ve mirasçılığı Türk Hukukunda sıklıkla mevzuat değişikliklerine konu olmuş olup Cumhuriyet'ten önceki dönemde 1868 tarihine kadar Osmanlı Devletinde bir kısım istisnalar hariç yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal edinmelerine ilişkin bir hak tanınmamıştır. 08.06.1868 tarihinde kabul edilen 'Tebaa-i Ecnebiyenin Emlâke Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun' (Safer Kanunu) ile buna dayalı imzalanan

09.06.1868 tarihli Protokol uyarınca Hicaz toprağı hariç Fransa, İsveç, Norveç, Belçika, İngiltere, Avusturya, Danimarka, Prusya, İspanya, Yunanistan, Rusya, İtalya, Felemenk, ABD, Portekiz, İran ve Romanya vatandaşlarının Osmanlı tebasıyla eşit durumda bulundukları kabul edilmiş ve bu durum kapitülasyonların kaldırılması hakkındaki kanunun yürürlüğe girdiğı 1914 yılına kadar devam etmiştir. 24.07.1923 tarihinde imzalanan Lozan Antlaşması ile yabancıların taşınmaz edinmelerinde karşılıklılık aranacağı hükme bağlanmıştır. 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesinde sınırlamaya ilişkin diğer kanuni hükümler saklı kalmak üzere ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı gerçek kişilere Türkiye’de taşınmaz edinme ve miras hakkı tanınmıştır. 6302 sayılı yasa ile Tapu Kanununun 35. maddesinde değişiklik yapılarak yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanının özel mülkiyete konu ilçe yüzölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemeyeceğı belirtilmiştir.

Türk Medeni Kanununun 598. maddesine göre başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere sulh mahkemesince veya noterlikçe mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilir. 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 17. maddesine göre mirasçılık ve mirasın geçişi murisin ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir.

Somut olayda, mahkemece murisin ölüm tarihinde (mirasın intikal tarihinde) Türkiye ile Yunanistan arasında taşınmazların miras yoluyla intikaline ilişkin olarak karşılıklılık mevcut olup olmadığı konusunda Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü aracılığıyla Dış İşleri Bakanlığı’ndan sorularak gelecek yazı cevabına göre dosyadaki diğer deliller de birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir. ..”

B. Uluslararası Hukuk

33. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol’ün “Mülkiyetin korunması” kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

“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.”

34. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) *Apostolidi ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 45628/99, 27/3/2007) kararına konu olayda Yunan asıllı Türk vatandaşı olan murisin ölümüyle terekesindeki taşınmaz mirasçı bırakmadan vefat ettiği gerekçesiyle bir vakıf adına tapuya tescil edilmiştir. Başvurucuların mirasçılık belgesi verilmesi talebi kabul edilerek taşınmazın başvurucular adına tescili sağlanmış ancak Dışişleri Bakanlığı ile Bakanlığın görüşlerine istinaden iki ülke arasında karşılıklılık bulunmadığı gerekçesiyle başvurucuların miras yoluyla taşınmaz edinemeyeceklerine karar verilmiştir (*Apostolidi ve diğerleri/Türkiye*, §§ 6-46). AİHM öncelikle mülkün varlığını incelemiş ve başvurucular adına tescilin yapıldığına, ayrıca mirasçılık belgesi verilen dönem için başvurucuların kayıt malikinin mirasçısı olduğuna dikkat çekerek mülkün mevcut olduğu sonucuna varmıştır (*Apostolidi ve diğerleri/Türkiye*, § 68). AİHM ayrıca mirasçılık belgesinin iptal edilmesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul ederek müdahalenin genel kural çerçevesinde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir (*Apostolidi ve diğerleri/Türkiye*, § 69). AİHM murisin vefat ettiği tarihte ve yargılama sırasında miras yoluyla taşınmaz edinilmesine yönelik bir kısıtlamanın mevcut olmadığına vurgu yapmıştır. Bu bağlamda Bakanlığın Mahkemeye gönderdiği yazıya göre Yunanistan’da miras yoluyla mal edinmeye yönelik herhangi bir engelin olmadığı, aksine raporda miras yoluyla mal edinen Türk uyruklu vatandaşlardan söz edildiği ifade edilmiştir. Buna ek olarak Bakanlar Kurulunun 3/2/1988 tarihli kararı ile mal edinimini sınırlandıran, önceki 2/11/1964 tarihli kararın kaldırıldığı açıklanmıştır. AİHM ayrıca 2644 sayılı Kanun’un 35. maddesiyle yapılan, karşılıklılık olmasa dahi miras

hakkı tanıyan kanun değişikliğine de dikkati çekmiştir. AİHM sonuç olarak miras yoluyla taşınmaz edinimine ilişkin olarak Yunanistan'da Türk uyruklu vatandaşlara karşılıklılık ilkesinin uygulandığının ortaya konulamadığı gözönüne alınarak 2644 sayılı Kanun'un 35. maddesinin yeterince öngörülebilir biçimde uygulanmadığı gerekçesiyle kanunilik ölçütü yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Apostolidi ve diğerleri/Türkiye*, §§ 70-78).

35. *Nacaryan ve Deryan/Türkiye* (B. No: 19558/02-27904/02, 8/1/2008) kararına konu olayda, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı murisin 2000 yılında ölmesinin ardından başvuruçular mirasçılık belgesi talebinde bulunmuşlar, Hazine de murisin tek kanuni mirasçısının kendisi olduğu iddiasıyla talepte bulunmuştur. Birleştirilerek görülen davada Bakanlıktan karşılıklılık hususunda görüş istenmiş ve yapılan yargılama neticesinde asliye hukuk mahkemesi taşınmazlar yönünden Yunanistan ile Türkiye arasında karşılıklılık ilkesinin gereğinin yerine getirilmemiş olduğunu belirterek başvuruçuların mirasçılık sıfatını tanımamıştır (*Nacaryan ve Deryan/Türkiye*, §§ 6-16).

36. AİHM başvuruçuların iddialarının aksine murisin ölümüyle doğrudan veraset hakkı iktisap edemediklerini zira 2644 sayılı Kanun'un 35. maddesine göre ilgili dönemde yabancıların veraset yoluyla mülk edinebilmeleri için karşılıklılık koşuluna tabi tutulduklarını belirtmiştir. AİHM Türk hukukuna göre murisin mallarının hiçbir zaman başvuruçulara intikal de ettirilmediğini ifade ederek başvuruçuların mevcut bir mülkleri olmadığını tespit etmiştir. Bununla birlikte somut olayda Türk hukukunda karşılıklılık ilkesinin başvuruçular yönünden etkilerinin Sözleşme bağlamında incelenmesi gerektiğini vurgulayan AİHM, Yunan Hükûmetinin sunduğu belgelere göre Türk vatandaşlarının 1990 tarihli Kanun ile getirilen kısıtlamaya konu bölgede bulunan taşınmazları miras yoluyla edinebildiğini belirtmiştir. AİHM olayın meydana geldiği tarih itibarıyla karşılıklılık ilkesi çerçevesinde yabancıların taşınmaz edinebildiklerini, murisin öldüğü tarihte yürürlükte olan 3/2/1988 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile de 1964 yılında çıkarılan taşınmaz edinimini sınırlandıran kararın kaldırılmış olduğunu açıklamıştır. AİHM, muris ile aralarında bir nesep bağı olduğu açıkça

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

ortaya konulan başvuruçuların taşınır mallarda olduğu gibi taşınmazlar yönünden de mirasçı sıfatlarının tanınması için gerekli bütün koşulların sağlandığını belirterek murisin taşınmazlarının mülkiyetini edinme yönünde başvuruçuların meşru bir beklentileri olduğunu kabul etmiştir (*Nacaryan ve Deryan/Türkiye*, §§ 44-56).

37. AİHM başvuruçuların taşınmazlar üzerinde mirasçı sıfatlarının tanınmamasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini ifade etmiş ve müdahaleyi birinci kural çerçevesinde incelemiştir (*Nacaryan ve Deryan/Türkiye*, § 57). AİHM sonuç olarak *Apostolidi ve diğerleri/Türkiye* kararına atıfla 2644 sayılı Kanun'un 35. maddesinin yeterince öngörülebilir biçimde uygulanmadığı gerekçesiyle kanunilik ölçütü yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Nacaryan ve Deryan/Türkiye*, §§ 58-60).

38. AİHM, Yunan uyruklu tapu kayıt maliklerince satışa konu edilen bir taşınmazın tapu kaydının murisin ölümüyle mirasının Hazineye intikal ettiği gerekçesiyle iptal edilmesinin şikâyet edildiği *Günaydın Turizm ve İnşaat Ticaret A.Ş./Türkiye* (B. No: 71831/01, 2/6/2009) kararında da benzer bir gerekçeyle kanunilik ölçütü yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

39. Mahkemenin 8/5/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruçunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

40. Başvuruçucu uyuşmazlık konusu taşınmazın tapuda Frenike ve Tadaş Maditinos adına kayıtlı olduğunu, kayıt maliklerinden Tadaş Maditinos'un 1996 yılında öldüğünü ve bu tarih itibarıyla adı geçen miras yönünden mirasçılık hakkının bulunduğunu belirtmiştir. Başvuruçucu buna rağmen mirasçılık belgesi verilmesi talebinin reddedilerek söz konusu taşınmaz yönünden Hazine adına mirasçılık belgesi verildiğinden yakınmıştır. Başvuruçucu konu hakkındaki AİHM kararlarına atıf yaparak mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

41. Bakanlık görüşünde, AİHM'in benzer başvurulardaki kararlarına ve konu ile ilgili Yargıtay içtihadına yer verilerek takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu bildirilmiştir.

B. Değerlendirme

42. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde esas alınacak "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."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

43. Anayasa ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı 23/9/2012 tarihi olup Anayasa Mahkemesi ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvuruları inceleyebilecektir. Bu açık düzenlemeler karşısında anılan tarihten önce kesinleşmiş nihai işlem ve kararları da içerecek şekilde yetki kapsamının genişletilmesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisiyle ilgili bu düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle bireysel başvurunun tüm aşamalarında resen dikkate alınması gerekir (Ahmet Melih Acar, B. No: 2012/329, 12/2/2013, § 15; G.S., B. No: 2012/832, 12/2/2013, § 14).

44. Anayasa Mahkemesi ayrıca mülkiyetten yoksun bırakma şeklindeki mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin kural olarak anlık eylemler olup sürekli bir müdahale oluşturmadığını belirtmiştir (Agavni Mari Hazaryan ve diğerleri, B. No: 2014/4715, 15/6/2016, § 114). Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, zaman bakımından yetki içinde sonuçlanmış olmak kaydıyla kamu makamlarınca müdahalenin incelenerek esası hakkında bir karar verilmesi veya müdahaleyle ilgili tanınan tazminat ve benzeri bir yolun mevcut olması durumlarını da dikkate alarak değerlendirme yapacaktır (Varvara Arnavut, B. No: 2014/7538, 13/9/2017, § 48; Agavni Mari Hazaryan ve diğerleri, §§ 111-120).

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

45. Somut olayda başvurucunun mirasçılık belgesi talebi Mahkemece 9/6/1997 tarihinde kabul edilmiş ancak Hazine tarafından 27/10/1997 tarihinde açılan dava sonucu Mahkeme mirasçılık belgesini 28/12/2001 tarihinde iptal etmiştir. Bu karar Yargıtayca onanmış ve karar düzeltme talebinin reddedildiği 14/11/2002 tarihinde kesinleşmiştir. Bununla birlikte başvuru 12/4/2013 tarihinde bu defa Hazinesinin mirasçılık belgesinin iptali istemiyle dava açmış, Mahkeme ise bu davayı esastan inceleyerek ülkeler arası karşılıklılık ilkesini gerekçe göstermek suretiyle davanın reddine karar vermiştir. Başvurucunun temyiz ettiği karar ise Yargıtayca 9/3/2016 tarihinde onanmıştır. Dolayısıyla ilgili davaların ve bu davalarda verilen kararların niteliği ile derece mahkemelerinin kararlarındaki gerekçeler dikkate alındığında başvuruya konu uyuşmazlık sürecinin nihai olarak Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi içinde sonuçlandığı değerlendirilmiştir.

46. 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

47. 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 menfaati 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). 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).

48. Somut olayda uyuşmazlık konusu taşınmazın mülkiyet hakkı kapsamına giren önemli bir mal varlığı değeri ifade ettiği açıktır. Bu taşınmazın ayrı ayrı 1/12 payları Frenike ve Tanaş Maditinos adına

kayıtlı iken kayıt maliklerinden Frenike Maditinos 31/7/1978 tarihinde, Tanaş Maditinos ise 21/10/1996 tarihinde ölmüştür. Beyoğlu 1. Sulh Hukuk Mahkemesi 17/3/1998 tarihinde Frenike Maditinos'un mirasının Hazineye intikal ettiğine karar vermiş, başvurucunun itirazını da 14/6/2000 tarihinde reddetmiştir. Beyoğlu 4. Sulh Hukuk Mahkemesi de 9/6/1997 tarihinde başvurucunun mirasçılık talebini taşınmazlar yönünden koşullu olarak kabul etmiş ancak Hazinesinin talebiyle bu mirasçılık belgesi 28/12/2001 tarihinde iptal edilmiştir. Başvurucu ise bireysel başvuru öncesinde 28/12/2011 tarihli bu karar ile Hazineye verilen mirasçılık belgesinin iptali istemiyle İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır. Davanın reddi kararının kesinleşmesi üzerine başvuru mülkiyet hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür.

49. Dolayısıyla bu bireysel başvuru, uyuşmazlık konusu taşınmazın Tanaş Maditinos adına kayıtlı olan 1/12 pay yönünden kayıt malikinin ölümüyle başvuruca verilen mirasçılık belgesinin iptal edilerek Hazine adına mirasçılık belgesi verilmesine ilişkindir. Başvurunun miras bırakanın terekesine yönelik olduğu açık olduğundan mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmasızdır.

50. Somut olay bakımından murisin ölümüyle 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 705. maddesine göre mirasın doğrudan başvuruca intikal ettiği söylenemez. Zira 2644 sayılı Kanun'un miras bırakanın ölümü tarihi itibarıyla yürürlükte olan 35. maddesine göre karşılıklılık koşulunun da gerçekleşmesi gerekir. Ancak başvuruca, anılan kayıt malikinin mirası ile ilgili olarak taşınmazlar yönünden de iptal edilmeye kadar mirasçılık belgesi verilmiş olduğu dikkate alınmalıdır.

51. Diğer taraftan başvuruca söz konusu taşınmazın mülkiyetini edinme yönünde meşru bir beklentisinin olup olmadığı da tartışılmalıdır. Taşınmazın paydaşlarından biri olup 1996 yılında ölen Tanaş Maditinos'un kardeşinin oğlu olan başvuruca miras hükümlerine göre mirasçı olarak kabul edilebilecek bir soy bağı ilişkisinin mevcut olduğu ortadadır. Bununla birlikte derece mahkemelerince somut olayda ülkeler arası karşılıklılık ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle başvuruca mirasçılık belgesi iptal edilerek Hazineye mirasçılık belgesi verilmiştir. Diğer bir deyişle ülkeler arasında

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

karşılıklılık ilişkisinin bulunması hâlinde başvurucunun miras bırakanın tek mirasçısı olarak kabul edilebileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla karşılıklılığın olup olmadığı ile ilgili tartışma müdahalenin haklılığı kapsamında yapılmak üzere somut olayda miras bırakan ile başvuru arasında mirasçı olarak kabul edilmesini gerektirir bir soy bağı ilişkisinin mevcut olduğu açık olduğuna göre başvurucunun uyuşmazlık konusu taşınmazın mülkiyetini edinme yönünde meşru bir beklentisinin olduğu kabul edilmelidir. Üstelik iptal edilinceye kadar geçerli olmak üzere başvurucuya mirasçılık belgesi verildiği gözetildiğinde başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülkiyet hakkı kapsamında korunmaya değer bir menfaatinin olduğu sonucuna varılmıştır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

52. 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).

53. 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).

54. Başvuru konusu olayda başvurucuya uyuşmazlık konusu tereke yönünden verilen mirasçılık belgesinin iptal edilerek miras bırakan Tanaş Maditinos'un mirasçısının Hazine olarak tespit edilmesi, miras bırakandan intikal eden taşınmazın Hazine adına tescili sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin mevcut olduğu kuşkusuzdur. Diğer taraftan niteliği ve amacı gözetildiğinde müdahalenin *mülkiyetten barışçıl yararlanmaya* ilişkin genel kural çerçevesinde incelenmesi uygun görülmüştür.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

55. 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.”

56. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilceği 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. Genel İlkeler

57. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabilceği belirtilmek suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

gereği ifade edilmiştir. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde de *hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği* temel bir ilke olarak benimsenmiştir. Buna göre mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde dikkate alınacak öncelikli ölçüt, müdahalenin kanuna dayalı olmasıdır. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır (*Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49).

58. Hak ve özgürlüklerin, bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir (*Tahsin Erdoğan*, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60). 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, müdahaleye ilişkin yeterince erişilebilir ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44).

59. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013; AYM, 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; AYM, E.2010/80, K.2011/178, 29/12/2011).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

60. Öncelikle 1062 sayılı Kanun uyarınca çıkarılmış olan 2/11/1964 tarihli Kararname ile karşılıklılık esasına göre Yunan uyruklu kişilerin Türkiye'deki taşınmazları üzerinde mülkiyete dair temlik tasarruflarının durdurulmasına karar verilmekle birlikte Bakanlar Kurulunca 3/2/1988 tarihinde bu Kararname yürürlükten kaldırılmıştır. Yargıtay kararlarında da değinildiği üzere Yunan Hükûmetinin her çeşit tedbir ve muamelelerine karşılık olmak üzere düzenlenen bu Kararnameyle elkoyma amaçlı olmayıp sadece Yunan uyruklu kişilerin Türkiye'deki taşınmazları üzerindeki temlik tasarruflarının geçici olarak durdurulmasını amaçlanmıştır. Buna göre somut olayda 21/10/1996 tarihinde ölen miras bırakanın bu tarih itibarıyla Yunan uyrukluların Türkiye'deki taşınmazlar yönünden temlik tasarruflarını geçici olarak kısıtlayan söz konusu Kararname'nin yürürlükte olmadığı ise açıktır. Kaldı ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kaldırılan söz konusu Kararname'nin amacının temlik tasarruflar dışındaki hukuksal işlemleri temelden geçersiz kılmak olmadığı gibi bu Kararname'ye dayanılarak verilen mahkeme kararının dahi geçici nitelikte olduğunu, bir hakkın varlığını veya yokluğunu tespit eden ya da bir hakkı ihdas eden yahut ortadan kaldıran kesin hüküm niteliğinde olmadığını kabul etmiştir (bkz. § 31).

61. Diğer taraftan somut olayda derece mahkemeleri Yunanistan ile karşılıklılık bulunmadığı gerekçesiyle başvurucunun miras bırakanın taşınmazı yönünden mirasçısı olamayacağına karar vermiştir. Derece mahkemeleri bu sonuca varırken Genel Müdürlüğün ülkeler arasındaki karşılıklılığa ilişkin yazılarına dayanmıştır. Ancak söz konusu yazılar incelendiğinde murisin vefat ettiği tarihte veya yargılama sırasında Yunanistan'da Türk uyrukluların -çeşitli kısıtlamaların söz konusu olduğu bölgeler de dâhil olmak üzere- miras yoluyla mal edinemediklerine dair herhangi bir tespitin bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu yazılara göre Yunanistan'da ülkenin %55'ini kapsayan çeşitli bölgelerde alım ve satım gibi hukuki işlemler için izin koşulu getirilmiş olmakla birlikte bu iznin miras yoluyla mal edinimini de kapsadığına dair somut bir bilgiye yer verilmemiştir. Nitekim AİHM *Nacaryan ve Deryan/Türkiye* ile *Apostolidi ve diğerleri/Türkiye* kararlarında,

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

Bakanlığın ve Dışişleri Bakanlığının yazılarında buna dair bir bilgiye yer verilmediğine işaret ederek bunun aksine Yunanistan'da Türk vatandaşlarının 1990 tarihli Kanun ile getirilen kısıtlamaya konu bölgede bulunan taşınmazları miras yoluyla edinebildiği yönünde belgeler bulunduğunu belirtmiştir (bkz. §§ 34-37).

62. Ayrıca 2644 sayılı Kanun'un 35. maddesinde 29/12/2005 ve 3/5/2012 tarihlerinde yapılan kanuni düzenlemeler ile miras yoluyla mal ediniminde karşılıklılık esasının kaldırıldığına da dikkat çekilmelidir. Buna göre miras yoluyla edinilen taşınmazların ve sınırlı ayni hakların bu maddenin birinci fıkrasında öngörülen koşullara uygun edinilmediğinin tespiti hâlinde Hazine ve Maliye Bakanlığınca verilecek, bir yılı geçmeyen süre içinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilmesi ve bedelinin hak sahibine ödenmesi öngörülmüştür.

63. Sonuç olarak somut olay bağlamında derece mahkemelerinin olay tarihi itibarıyla yürürlükte olan kanun hükümleri çerçevesinde karşılıklılık ilkesi yönünden Yunanistan'da Türk vatandaşlarının miras yoluyla mal edinemedikleri yönünde açık bir tespit olmamasına rağmen mirasçılık belgesinin iptal edilmesinin kanuni dayanağını makul ve yeterli bir gerekçe ile ortaya koyamadıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda 2644 sayılı Kanun'un 35. maddesinin somut olayda yeterince öngörülebilir biçimde uygulanmadığı dikkate alındığında başvurucunun mirasçılığının tanınmaması suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin öngörülebilir bir kanuni dayanağının bulunmadığı değerlendirilmiştir. Varılan sonuca göre müdahalenin meşru bir amacının veya ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

64. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

65. 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.”

66. 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* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 55).

67. 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).

68. 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 yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan*, § 58).

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

69. Buna göre Anayasa Mahkemesince ihlalin tespit edildiği hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemeleri ise Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan*, § 59).

70. Başvurucu, ihlale son verilmesi ve maddi tazminat taleplerinde bulunmuştur.

71. Anayasa Mahkemesi başvurusunun uyuşmazlık konusu taşınmaz yönünden yargı makamlarınca mirasçılık hakkının tanınmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

72. 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 kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun olarak yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

73. Başvurucunun mülkiyetten yoksun kaldığı döneme ilişkin olarak maddi tazminat istemi yönünden ibraz ettiği tek belge taşınmazın güncel kira bedelini yaklaşık olarak gösteren, gerekçesi olmayan ve bilimsel herhangi bir veri de içermeyen, bir emlak şirketi tarafından düzenlenmiş rapordur. Dolayısıyla başvuru bu yönden maddi tazminata karar verilebilmesi için yeterli olabilecek somut zararı gösterir bir belge veya rapor sunamamıştır. Taşınmazın mülkiyet bedelinin maddi tazminat olarak ödenmesi yönünden ise yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi yeterli bir giderim oluşturduğundan başvurusunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

74. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL tutarındaki yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2013/297, K.2014/488) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 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 Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 8/5/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

EROL KESGİN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/11192)

Karar Tarihi: 30/5/2019

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: M. Emin ŞAHİNER
Başvurucu	: Erol KESGİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, temsil yetkisini haiz olmamasına rağmen yönetim kurulu üyesi olduğu şirketin kamuya olan borçlarından dolayı başvurunun sorumlu tutulması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 2/7/2015 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 görüş bildirmemiştir.
7. İkinci Bölüm tarafından 15/11/2018 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

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:
9. Başvurucu 1957 yılında Kemerburgaz'da doğmuş olup İstanbul'un Kadıköy ilçesinde ikamet etmektedir.
10. Gıda ve hayvancılık alanında faaliyet göstermek üzere kurulan T. Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin (Şirket) 30/6/2009 tarihli Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yer alan ilana göre sermayesi 50.000 TL olup bu sermaye her biri 500 TL kıymetinde olmak üzere 100 hisseye ayrılmıştır.
11. Başvurucu 21/8/2009 tarihinde bir adet hissesini devralmak suretiyle Şirket hissedarı olmuş, Şirket Genel Kurulunun 8/9/2009 tarihli kararı ile Şirketin Yönetim Kurulu üyeliğine seçilmiştir. Bu karar da 24/6/2009 tarihinde ticaret siciline tescil edilmiş ve 22/3/2010 tarihli

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmiştir. Başvurucunun bu tarihte başlayan Yönetim Kurulu üyeliği 2011 yılında da devam etmiştir.

12. Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK/Kurum) Bolu İl Müdürlüğü 26/6/2012 tarihinde Bolu Şubesine 2009 yılı Aralık, 2010 yılı Ocak ve Ağustos ayları arası döneme ait 8.841 TL tutarındaki sosyal güvenlik prim ve gecikme zammı borçları için Yönetim Kurulu üyesi sıfatıyla başvurucuya ödeme emri göndermiştir. Aynı ödeme emri Şirket Yönetim Kurulu başkan ve başkan yardımcısı ile diğer Yönetim Kurulu üyesine de gönderilmiştir. Ödeme emri 5/7/2012 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

13. Başvurucu, ödeme emrine konu sosyal güvenlik prim borçlarından dolayı sorumlu olmadığı iddiasıyla Bolu İş Mahkemesinde (Mahkeme) 10/7/2012 tarihinde SGK aleyhine icra emrine itiraz davası açmış ve ödeme emrinin de iptalini talep etmiştir. Başvurucu dava dilekçesinde, Şirketin tapu siciline kayıtlı 35.000 TL değerinde bir taşınmaz ve makine parkları ile fabrikasının mevcut olduğunu, bu sebeple borcun Şirketin mal varlığından tahsil imkânının bulunduğunu belirtmiştir.

14. Mahkeme konu hakkında bilirkişi raporu tanzim ettirmiştir. Bilirkişinin 3/6/2013 tarihli raporunda 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 88. maddesine göre borçlu işveren Şirkette Yönetim Kurulu üyesi olarak görev yapan başvurucunun sigorta prim borçları ile ferîlerinden işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu belirtilmiştir. Raporla ayrıca Şirketin prim ve gecikme zammı borçlarının başvurucunun Yönetim Kurulu üyeliğinin başladığı 8/9/2009 tarihinden sonraki döneme ait olduğu ve anılan madde uyarınca Kurumun öncelikle Şirkete takip başlatması gibi bir zorunluluğun da olmadığı ifade edilmiştir.

15. Mahkeme bu raporu hükme esas alarak 25/6/2013 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Başvurucunun temyiz ettiği karar Yargıtay 21. Hukuk Dairesince 12/5/2015 tarihinde onanmıştır.

16. Nihai karar, başvurucuya 5/6/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu 2/7/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

18. 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı mülga Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "Prim alınması" kenar başlıklı 72. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"İş kazalariyle meslek hastalıkları, hastalık, analık, malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının gerektirdiği her türlü yardım ve ödemelerle her çeşit yönetim giderlerini karşılamak üzere, Kurumca bu kanun hükümlerine göre prim alınır."

19. 506 sayılı mülga Kanun'un "Primlerin ödenmesi" kenar başlıklı 80. maddesinin birinci, beşinci ve on ikinci fıkraları şöyledir:

"İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak prim tutarlarını ücretlerinden kesmeye ve kendisine ait prim tutarlarını da bu miktara ekleyerek en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödemeye mecburdur."

Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanunun 51 inci, 102 nci ve 106 ncı maddeleri hariç, diğer maddeleri uygulanır. Kurum, 6183 sayılı Kanunun uygulanmasında Maliye Bakanlığı ile diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır."

Sigorta primlerini haklı sebepleri olmaksızın birinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde tahakkuk ve tediye etmeyen kamu kurum ve kuruluşlarının tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip, sayman ve tüzel kişiliğe haiz diğer işverenlerin üst düzeyindeki yönetici veya yetkilileri kuruma karşı, işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur."

20. 5510 sayılı Kanun'un "Prim alınması zorunluluğu" kenar başlıklı 79. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için, bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır."

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

21. 5510 sayılı Kanun'un "Primlerin ödenmesi" kenar başlıklı 88. maddesinin birinci, on altıncı ve yirminci fıkraları şöyledir:

"4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalıları çalıştıran işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak sigortalı hissesi prim tutarlarını ücretlerinden keserek ve kendisine ait prim tutarlarını da bu tutara ekleyerek en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma öder.

Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanunun 51 inci, 102 nci ve 106 ncı maddeleri hariç, diğer maddeleri uygulanır. Kurum, 6183 sayılı Kanunun uygulanmasında Maliye Bakanlığı ile diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır.

Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediyeye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müstereken ve müteselsilen sorumludur."

22. 2/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "Kanuni temsilcilerin sorumluluğu" kenar başlıklı mükerrer 35. maddesinin Anayasa Mahkemesince kısmen iptal edilmeden önceki hâli şöyledir:

"Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkül idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.

Bu madde hükmü, yabancı şahıs veya kurumların Türkiye'deki mümessilleri hakkında da uygulanır.

Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmaz.

Temsilciler, teşekkülü idare edenler veya mümessiller, bu madde gereğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler.

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/4 md.) Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulur.

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/4 md.) Kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan hükümler, bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmaz.”

23. 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Ticaret Kanunu’nun “Devredilemez görev ve yetkiler” kenar başlıklı 375. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri şunlardır:

...

e) Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi.

...”

24. 6102 sayılı Kanun’un 392. maddesinin “Bilgi alma ve inceleme hakkı” kenar başlıklı (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir. Bir üyenin istediği, herhangi bir defter, defter kaydı, sözleşme, yazışma veya belgenin yönetim kuruluna getirilmesi, kurulca veya üyeler tarafından incelenmesi ve tartışılması ya da herhangi bir konu ile ilgili yöneticiden veya çalışandan bilgi alınması reddedilemez.”

25. 6102 sayılı Kanun’un “Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu” kenar başlıklı 553. maddesi şöyledir:

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

“(1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.

(2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.

(3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz.”

2. Anayasa Mahkemesi Kararı

26. Anayasa Mahkemesinin 19/3/2015 tarihli ve E.2014/144, K.2015/29 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“ ...

A- Kanun’un Mükerrer 35. Maddesine 5766 Sayılı Kanun’un 4. Maddesiyle Eklenen Beşinci Fıkranın İncelenmesi

...

İtiraz konusu kuralın getiriliş amacının; amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olması hâlinde bu şahısların sorumluluk uygulamasının, amme alacaklarının düzenlendikleri kanunlardaki kanuni ödeme sürelerinde veya özel ödeme sürelerinde farklı şahısların olması hâlini de kapsadığı görülmektedir.

Kanun koyucu, amme alacağını güvenceye almak bakımından sorumluluğun yaygınlaştırılması yoluna gidebileceği gibi müteselsil sorumluluk da öngörebilir. Ancak amme alacağının doğduğu veya ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin farklı kişiler olabileceği gerçeği göz önüne alındığında, kural ile getirilen düzenleme vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilcilerin, sonradan kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale

şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen bir eylemden müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmaktadır. Adalet ve hakkaniyet ilkeleri karşısında, bireyin bu şekilde belirsiz ve güvencesiz bir biçimde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle, başkalarının eylem veya ihmali sonucu oluşacak sorumluluğa ortak olması adalet ve hakkaniyetle bağdaşmaz. Dolayısıyla, itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

...

B- Kanun'un Mükerrer 35. Maddesine 5766 Sayılı Kanun'un 4. Maddesiyle Eklenen Altıncı Fıkranın İncelenmesi

...

İtiraz konusu kuralda, kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerin bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı öngörülmektedir.

Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları hâlinde bu şahısların amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulacağını düzenleyen kuralın iptaline yönelik yukarıda yer alan gerekçeler, kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerin bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını öngören kural bakımından da aynen geçerlidir.

Hukuk devletinde kanunlarla kişilerin ekonomik, sosyal ve hukuki yaşam alanlarına yöneltilen müdahaleler öngörülebilmeli ve geleceğe dönük planlar buna göre yapılabilmelidir. Belirlilik ilkesi, vergi ve diğer kamu alacakları açısından miktar, tarh ve tahsil zamanı ile biçimi gibi vergi ve diğer alacakların esaslı unsurlarının önceden belli ve kesin olmasını gerektirir.

213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, kanuni temsilciler için kabul edilen sorumluluk, kusura dayalı sorumluluktur. Buradaki kusur, vergilendirmeye dair ödevlerin ihlal edilmesidir. Buna göre, 213 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca kanuni temsilcilerin sorumlu tutulabilmesi için vergilendirme

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

ödevlerini yerine getirmemiş olması gerekmektedir. İtiraz konusu kuraldan kaynaklanan sorumluluk ise kusursuz sorumluluk esasına dayanmakta olup kamu alacağının borçlu şirketten tahsil edilememesinde kanuni temsilcilerin kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulmasına neden olmaktadır.

213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, kanuni temsilcilerin sorumluluklarına ilişkin hükümlerin düzenlenmiş olması, bu Kanun kapsamındaki amme alacaklarının takibinin itiraz konusu kurala göre yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla itiraz konusu kural nedeniyle, 213 sayılı Kanun kapsamına giren amme alacakları da dâhil olmak üzere tüm amme alacakları için takip yapılması mümkündür. Bu durumda her iki kanunun aynı maddi olaya uygulanabilmesi nedeniyle, iki ayrı kanuni düzenlemeden hangisinin uygulanacağı konusunda belirsizlik oluşmaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kural, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

3. Yargıtay İçtihadı

27. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25/1/2007 tarihli ve E.2014/21-2323, K.2017/152 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...Bilindiği üzere, Türk sosyal sigortalar sistemi, ağırlıklı olarak primli rejime dayanmaktadır. Kurumun sosyal sigorta yardımlarını sağlaması, en önemli gelir kaynağı olan sigorta primlerinin zamanında ve eksiksiz olarak ödenmesine bağlıdır.

Gerek prim borcunun ait olduğu dönemde yürürlükte bulunan mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasının 80. maddesi, gerekse 01.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasasının 88. maddesi primlerin zamanında ve düzenli olarak tahsilini sağlamaya yöneliktir. Anılan maddeler uyarınca işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak prim tutarlarını ücretlerinden kesmeye ve kendisine ait prim tutarlarını da bu miktara ekleyerek en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödemeye mecburdur. Süresinde ödenmeyen prim ve diğer kamu alacakları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Kurumca tahsil edilecektir.

5510 sayılı Yasanın 88. maddesinin 01.07.2008 tarihinde yürürlüğe girdiğine dair düzenleme aynı yasanın yürürlük maddesi olan 108. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Yine 5510 sayılı Yasanın 88. maddesi“...Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanunun 51 inci, 102 nci ve 106 ncı maddeleri hariç, diğer maddeleri uygulanır. Kurum, 6183 sayılı Kanunun uygulanmasında Maliye Bakanlığı ile diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır. Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Kurum, kamu idarelerinde işyerinin özelliği nedeniyle primlerin farklı zamanlarda ödeme süresini belirlemeye yetkilidir. Prim alacaklarının tahsili için muacceliyet tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde icra yoluna başvurmayan Kurum yetkili personeli hakkında genel hükümlere göre kovuşturma yapılır. (Ek fıkra: 10/9/2014-6552/52 md.) Sigortalılar ile tüzel kişilerin kasıt, kusur, hata veya yanıltıcı beyanından kaynaklanmaması şartıyla, sigortalılarca ödenen prim ve prime ilişkin borcun noksan tahakkuk ettirildiğinin Kurumca sonradan tespit edilmesi hâlinde tespit edilen fark prime ilişkin borç aslına, tebliğ tarihinden itibaren 89 uncu maddenin ikinci fıkrasına göre gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, özel hukuk tüzel kişilerinin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. İşverenin prim borcundan ötürü, 5510 sayılı Yasanın 88. maddesinde tanımlanan özel nitelikteki tüzel kişilerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkililerinin ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumluluğu getirilirken, primlerin tahsilinin güvence altına alınması ve prim ödeme işinin özendirilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

5510 sayılı Yasanın 88. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten sonra oluşan prim borçları yönünden, işveren ile birlikte müteselsilen sorumluluk koşullarının oluşması için, tüzel kişiliğe haiz işyerlerinde yönetim kurulu üyesi olması yeterli olup ayrıca yetkili üst düzey yönetici, yönetim kurul başkanı veya başkan yardımcısı gibi unvan taşımaya veya temsil ve ilzam yetkisine sahip olmasına gerek yoktur.

Somut olayda, davacının 07.08.2007 tarihinde kurulan ... Teknik Yatırım Yapı A.Ş'nin kurucuları arasında olduğu ve aynı tarih itibarıyla yönetim kurulu üyesi seçildiği, davalı Kurum tarafından şirketin 2008/4. ile 2009/3. ayları arasında ilişkin prim borçlarının tahsilinin istendiği, davacının 506 sayılı Yasanın 80. maddesinin yürürlükten kalktığı 01.07.2008 tarihine kadar sadece yönetim kurulu üyeliğinden dolayı prim borçlarından sorumlu olmayacağı konusunda Özel Daire ve Yerel Mahkeme arasında uyuşmazlık bulunmadığı vedava dışı şirketin 5510 sayılı Yasanın 88. maddesinin yürürlüğe girdiği 01.07.2008 tarihinden sonra oluşan dönem borçları yönünden davacının sorumlu tutulabilmesi için yönetim kurulu üyeliğinin yeterli olduğu anlaşılmaktadır.

Buna göre Yerel Mahkemece yapılacak iş; bozma ilamında açıklanan şekilde davacının 5510 sayılı Yasanın 88. maddesinin yürürlüğe girdiği 01.07.2008 tarihinden sonra oluşan dönem borçları yönünden sorumlu olduğu göz önüne alınarak bir karar vermekten ibaret olmalıdır...”

28. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 5/12/2017 tarihli ve E.2015/19372, K.2017/8648 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“... 5510 sayılı Kanun’un yürürlük süresiyle ilgili 108/1-c maddesinde, Kanun’un 88. maddesinin 01/07/2008 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiş olup, bu tarihten sonra tahakkuk eden prim borçları hakkında 5510 sayılı Kanunun 88/20. maddesi ile, “Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dâhil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur” şeklinde düzenlenme getirilmiştir. Yapılan bu düzenleme ile tüzel kişiliği haiz özel kuruluşta görev yapan yönetim kurulu üyelerinin primlerin ödenmesinden

işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları açıkça belirtilmiştir.

Yukarıdaki düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, 01.07.2008 tarihinde önce tahakkuk eden prim borçları bakımından, işveren ile birlikte müteselsilen sorumluluk koşullarının oluşması için, işveren kamu kurum ve kuruluşu ise, kamu görevlilerinin tahakkuk ve tediye ile görevli olması,tüzel kişiliğe haiz diğer yetkilisi ve kanuni temsilci sıfatıyla işveren tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili bulunulması gerekir. Ancak, sonradan yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanunun 88. maddesi burada bir ayrıma giderek özellikle şirket yönetim kurulu üyelerinin, temsil ve ilzam yetkisi aranmaksızın (haklı sebepleri olmazsa) müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklarını ayrıca ve açıkça belirtmiştir...”

29. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 11/12/2017 tarihli ve E.2017/4479, K.2017/10390 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“...Davanın yasal dayanağı ise 506 sayılı Kanunun 80, 5510 sayılı Kanunun 88 ve 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesi olup, davadaki sorunun bu maddeler ile birlikte değerlendirilerek çözüme kavuşturulması gerektiği ortadadır.

5510 sayılı Kanun’un yürürlük süresiyle ilgili 108/1-c maddesinde, Kanun’un 88. maddesinin01/07/2008 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Kanunun 80/12. maddesinde sigorta primlerini haklı sebepleri olmaksızın birinci fıkrada belirtilen süre içerisinde tahakkuk ve tediye etmeyen kamu kurum ve kuruluşlarının tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip, sayman ile tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin üst düzeydeki yönetici ve yetkililerinin kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları, 5510 sayılı Kanunun 88/20. maddesinde de Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcilerinin Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları bildirilmiştir.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

5510 sayılı Kanunun 88/20. maddesi 506 sayılı Kanunun 80/12. maddesinden farklı olarak, tüzelkişiliği haiz işverenlerin üst düzeydeki yönetici ve yetkilileri yanında, şirket yönetim kurulu üyelerini de sorumlu tutmaktadır. Diğer bir deyişle, Kurumun 01/07/2008 tarihinden sonraki sigorta primleri ve diğer alacakları ile ilgili olarak şirketlerin borçlarından müşetereken ve müteselsilen sorumlu olmak için şirketin Yönetim Kurulu üyesi olmak yeterlidir...”

30. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 6/2/2017 tarihli ve E.2016/8403, K.2017/618 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“...6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinde asıl borçlu hakkında yapılan yasal takip ve araştırmalar sonucu kamu alacağının tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması halinde, yasal temsilcisine ödeme emri çıkarılabileceği bildirilmiş isede; 6183 sayılı Kanun, 506 ve 5510 sayılı Kanunlara göre daha genel bir Kanun durumunda olup uygulamada da benimsendiği üzere öncelik özel Kanun hükümlerine tanınacağından, özel kanun niteliğinde olan 506 sayılı Kanunun 80. maddesi ve 5510 sayılı Kanunun 88. maddesi karşısında, davacının ticaret sicil bilgilerine göre, 506 sayılı Yasa döneminde Kurum borçlusunu davadışı Coneks Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret A.Ş.’ de 05.03.2008 tarihinden itibaren yönetim kurulu üyesi olduğu, 05.03.2008 tarihinden sonrada 01.07.2008 tarihine kadar yönetim kurulu üyesi olsa da temsil ve ilzama yetkisi bulunmaması nedeniyle şirketin borçlarından sorumlu tutulamayacağı davacının 5510 sayılı yasanın 88. maddesinin yürürlüğe girdiği 01.07.2008 tarihinden sonra ödenmesi gereken kurum borçlarından sorumlu olacağı açıktır.

Yapılacak iş; davacının 01.07.2008 tarihinden sonra ödenmesi gereken kurum borçlarından 5510 sayılı Kanun’un 88. maddesi gereğince sorumlu olacağı kabul edilerek; karar vermekten ibarettir...”

B. Uluslararası Hukuk

31. 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 hâlel getirmez.”

32. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) şirket ortakları ve yöneticilerinin kamu borçlarından doğan sorumluluklarını *Lekić/Slovenya* ([BD], 36480/07, 11/12/2018) kararında mülkiyet hakkı bağlamında incelemiştir. *Lekić/Slovenya* kararına konu olayda başvuru iç hukuka göre sınırlı sorumlu kabul edilen bir limited şirketin %11,11 payına sahip dokuz ortağından biridir. Başvuru, şirkette önce finans direktörü sonra da yönetici direktör olarak çalışmıştır. Başvuru, şirket yöneticiliğinden alındığı hâlde yenisi seçilemediği için bu görevine devam etmiştir. Bu arada başvuru, şirketin tasfiyesi için girişimlerde bulunmuş ise de gerekli masrafları yatırmadığı için bu talep reddedilmiştir. Diğer taraftan bir kamu şirketi olan Slovenya Demir Yolları şirketi başvuru ortağı ve temsilcisi olduğu şirket aleyhine alacak davası açmış ve davanın kabulüne dair karar kesinleşmiştir. Kamu şirketi borç ödenmediği için başvuru ortağı olduğu şirket aleyhine tasfiye süreci başlatmıştır. Bu süreç sonunda şirket tasfiye edilince demir yolları şirketi bu defa başvuru ve diğer ortaklar hakkında icra süreci başlatılmıştır. Başvuru açtığı dava ise şirketin pasif bir ortağı olduğunu ispat edemediği gerekçesiyle Slovenya Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına dayalı olarak reddedilmiştir (*Lekić/Slovenya*, §§ 7-31).

33. AİHM öncelikle şirketin borçlarından başvuru şahsen sorumlu tutulmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir. AİHM'e göre müdahale, her ne kadar tek başına mülkiyetin kullanımının kontrolü kapsamında kalmış olsa da daha geniş bir perspektifte şirketin tasfiyesi süreci de dikkate alındığında Sözleşme'ye ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesinde öngörülen genel kural çerçevesinde incelenmelidir. AİHM kanunilik ölçütü yönünden ise Slovenya'da pasif durumda olup borçlu durumda çok sayıda şirketin varlığı sebebiyle 1999 yılında kabul edilen bir kanuni

düzenlemeye işaret etmiştir. Bu kanuni düzenleme ve Slovenya Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre borçlu şirketin aktif üyeleri şahsen de şirketin borçlarından sorumlu tutulmaktadır. AİHM müdahalenin amacı yönünden ise ticaret piyasasının çok sayıda pasif ve iflas etmiş şirket sebebiyle bozulduğu durumlarda ekonomiye verilen onarılamaz zararların önlenmesi ve hukuki güvenlik ile piyasaya katılımcı güveninin sağlanması gibi amaçların devlet için olağan dışı bir gereklilik olarak ortaya çıkabileceğini belirtmiştir (*Lekić/Slovenya*, §§ 91-106).

34. AİHM, ölçülülük yönünden ise şirket tüzel kişiliği perdesinin hangi durumlarda aralanabileceği yönünde bazı tespitlerde bulunmuştur. Buna göre AİHM, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediği belirlenirken sınırlı sorumlu bir limited şirketin ortağının şirketin borçlarından sorumlu tutulabilmesi, yani tüzel kişilik perdesinin aralanabilmesi için istisnai koşulların mevcut olması ve ayrıca belirli güvencelerle dengelenmesi gerektiğini özellikle vurgulamıştır. AİHM tüzel kişilik perdesinin ortakların veya yöneticilerin hileli davranışlarıyla kötüye kullanılması hâlinde alacaklıların korunması için aralanabileceği belirtmiştir (*Lekić/Slovenya*, § 111).

35. AİHM belirtilen istisnai koşulları değerlendirme yetkisinin kural olarak ulusal makamların takdirinde olduğunu vurguladıktan sonra özellikle iç hukukta Yugoslavya döneminden kalan borçlu şirketlerin tasfiyesinin sağlanarak ekonominin korunmaya çalışıldığını, bu gibi şirketlerin çok fazla olması nedeniyle ülke ekonomisi zora girdiği için reform yapıldığını belirtmiştir. AİHM ayrıca başvurucunun borçlu şirketin aktif ortağı olduğunu, şirketten borcun uzun yıllar tahsil edilemediğini ve başvurucunun şirketin borçlu durumunu bildiği hâlde reform çalışmasına rağmen ortak olmaya devam ettiğini özellikle vurgulamıştır. AİHM son olarak ise başvurucudan istenen borç miktarının da mütevazı bir tutar olduğunu ve bunların yanında başvurucuya şirketin haklarına da sahip olabilme ve şirkete karşı başlatılacak takipler yönünden bir yıllık zamanaşımı süresi öngörülmesi gibi bazı güvencelerin de öngörüldüğü ifade edilerek mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğuna karar verilmiştir (*Lekić/Slovenya*, §§ 113-130).

36. AİHM, bir sınırlı sorumlu şirketin yalnızca maliklerinin veya yöneticilerinin hileli işlemleri için bir paravan olarak kullanıldığı hâllerde *kurum örtüsünün kaldırılmasının* devlet dâhil olmak üzere alacaklılarının haklarının korunması bakımından uygun bir çözüm olarak görülebileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte AİHM'e göre söz konusu müdahalenin keyfi olmaması isteniyorsa devletin çözüm getirmesine izin veren açık kuralların olması gereklidir (*Khodorkovskiy and Lebedev/Rusya*, B. No: 11082/06, 13772/05, 25/7/2013).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 30/5/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

38. Başvurucu 24/9/2009 tarihli Şirket Yönetim Kurulu kararı ile Şirketin üç yıl süreyle Yönetim Kurulu Başkanı E.S. tarafından her hususta münferiden temsil ve ilzam edilmesine karar verildiğini, bu itibarla kendisinin herhangi bir temsil yetkisi bulunmadığını ifade ederek ödeme emrine konu sigorta prim ve gecikme zammı borçlarından sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Başvurucu, yerleşik Danıştay ve Yargıtay içtihadına göre Kurum alacağından müteselsil sorumluluğun olabilmesi için sadece Yönetim Kurulu üyesi sıfatını taşımanın yeterli olmayıp prim alacağının tahakkuk ettiği ve ödenmesi gereken dönemde temsil ve ilzam yetkisini haiz üst yönetici veya kanuni temsilci olunması gerektiğini vurgulamıştır. Başvurucu ayrıca iddia ve itirazlarının derece mahkemelerinin kararlarında yeterince değerlendirilmediğini de ifade etmiştir. Başvurucu, prim borcu sebebiyle evine, emekli maaşına ve aracına haciz konulduğunu, emekli maaşından kesintiler yapıldığını belirterek Anayasa'nın 35. ve 36. maddelerinde düzenlenen mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

39. Anayasa'nın 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

40. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 ihlal edildiği iddiası yanında adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılama yapılmadığını da ileri sürmektedir. Ancak başvurunun sorumlu olmadığını belirttiği sosyal güvenlik prim borcunu ödemek durumunda kaldığı yönündeki şikâyetinin mülkiyet hakkına ilişkin olduğu, dolayısıyla başvurunun bu yöndeki iddialarının mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

41. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

42. Somut olayda 2009 yılı Aralık ayı ile 2010 yılının Ağustos ayı arasındaki döneme ilişkin 8.841 TL tutarındaki sosyal güvenlik prim ve gecikme zammı borcunun yönetim kurulu üyesi sıfatıyla başvurucudan tahsil edilmesi amacıyla ödeme emri düzenlenmiştir. Buna göre başvurunun ödemek durumunda olduğu söz konusu paranın başvuru yönünden Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülk teşkil ettiği kuşkusuzdur (benzer yönde bkz. *Ahmet Uğur Balkaner* [GK], B. No: 2014/15237, 25/7/2017, § 46).

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

43. Başvurunun borçlu Şirketin sosyal güvenlik prim ve gecikme zammı borçlarından sorumlu tutulmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği hususu kuşkusuzdur. Anayasa Mahkemesinin önceki

kararlarında; vergi ve benzeri yükümlülükler ile sosyal güvenlik prim ve katkılarını belirlemeye, değiştirmeye ve ödenmesini güvence altına almaya yönelik müdahalelerin taşıdığı amaçlar dikkate alındığında devletin mülkiyetin kamu yararına kullanımını kontrol veya düzenlenmesi yetkisi kapsamında incelenmesi gerektiği kabul edilmiştir (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). Somut olayda da başvurucunun yönetim kurulu üyesi olduğu gerekçesiyle Şirketin sosyal güvenlik prim ve gecikme zammı borçlarından sorumlu tutulması şeklindeki müdahalenin, mülkiyetin kullanılmasının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

44. 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.”

45. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözonünde bulundurulması gerekmektedir. 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, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 62).

i. Kanunilik

46. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt, kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

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).

47. Sosyal güvenlik prim ve gecikme zammı borçlarının kanuni dayanağı olarak derece mahkemelerince başvuruya konu olay tarihi itibarıyla yürürlükte olan 506 sayılı mülga Kanun'u ilga eden 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesi gösterilmiştir. Bu maddede, Kurumun sigorta primleri ve diğer alacaklarının haklı bir sebep olmaksızın belirtilen sürelerde ödenmemesi hâlinde şirket yönetim kurulu üyeleri de dâhil olmak üzere üst düzeydeki yönetici ve yetkilileri ile kurum temsilcilerinin müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları belirtilmiştir. Diğer taraftan 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde de tüzel kişilerden tahsil edilemeyen veya tahsil edilmeyeceği anlaşılan amme alacaklarının, kanuni temsilcilerin şahsi mal varlıklarından tahsil edileceği belirtilmiştir.

48. Yargıtay sigorta borçları sorumluluğunu düzenleyen 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinin 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre daha özel bir düzenleme olduğunu gerekçe göstererek şirketten tahsil edilememe koşulu aranmadan söz konusu borçlar yönünden şirket temsilcilerinin şahsi sorumluluğuna gidilebileceğini kabul etmiştir (bkz. §§ 27-30). Buna göre söz konusu kanun hükmünün ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir olduğu dikkate alındığında müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunduğu sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

49. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılmasına imkân vermekle, bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlandırılmasını engelleyerek 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 Külâh*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

50. Vergi ve sosyal güvenlik prim borçlarının ödenmesi için gerekli tedbirlerin alınması ve bu kapsamda gerekli ve uygun araçların seçilmesinde kanun koyucunun geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Somut olayda Şirketin kamu borcunun Yönetim Kurulu üyesi olan başvurucudan tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmiştir. Müdahaleyle ulaşılmak istenen amacın kamu alacağının tahsil imkânının artırılması olduğu söylenebilir. Kamu alacağının tahsilinin güvenceye bağlanması ve tahsil imkânının artırılmasında kamu yararının bulunduğu tartışmasızdır (Benzer yönde bkz. AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015; E.2012/87, K.2014/41, 27/2/2014; E.2014/144, K.2015/29, 19/3/2015; E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013; E.1992/29, K.1993/23, 24/6/1993). Bu itibarla kamu alacağının tahsili amacıyla Şirketin ortaklarından ve yöneticilerinden biri olan başvurucunun sorumluluğuna gidilmesinde kamu yararına dayalı meşru bir amacın mevcut olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

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. 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 ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

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).

53. 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 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).

54. 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 (*Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60; *Osman Ukav*, B. No: 2014/12501, 6/7/2017, § 71).

55. Kanun koyucu, amme alacağını güvenceye almak ve tahsil imkânını artırmak bakımından sorumluluğun yaygınlaştırılması yoluna

gidebileceği gibi müteselsil sorumluluk da öngörebilir (AYM, E.2014/144, K.2015/29, 19/3/2015).

56. Maddî bir varlığı bulunmayan ve hukuk düzenince tüzel kişilik vasfı tanınan ticari şirketlerin hukuki iş ve işlemleri, bunlar adına bunların yönetim ve idaresinden sorumlu gerçek kişiler tarafından yapılır. Bu gerçek kişiler; temsil ettikleri tüzel kişiliğin hukuki işlemlerini yürütmek, personelini ve mal varlığını idare etmek, yatırım ve faaliyetlerinin yönünü tayin etmek, iktisadi ve mali durumunun gerektirdiği tedbirleri almak gibi imkânlarla ve yetkilere sahiptir. Bu nedenle ticari şirketleri yöneten, şirketi temsilen iş ve işlemler yapan kişilerin, özellikle kamu yararı amacının baskın olduğu ve sosyal güvenlik sisteminin devamı için ivedilikle ödenmesi zorunlu görülen sosyal güvenlik alacakları yönünden müteselsil sorumluluk esasına göre ödemekle yükümlü kılınması mümkün görülebilir. Bu yetki ve yüklenen ödevlerin, ödenmeyen bu gibi kamu borçlarından müteselsilen sorumlu tutulmasının kural olarak kişilere aşırı ve olağanın dışında bir külfet yüklediği anlaşılmaktadır (vergi alacakları yönünden bkz. *Ahmet Uğur Balkaner*, § 58).

57. Bununla birlikte şirket yöneticilerine, bu sıfatın tanıdığı kudret ve imkânların ötesinde bir sorumluluk yüklenmemelidir. Yöneticinin kanunda tanınan yetkiler çerçevesinde müdahale etme ve engelleme imkânına sahip olmadığı ve özellikle şirketin faaliyetleri üzerinde hâkimiyet kurmasına olanak bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen birtakım fiil ve işlemlerden doğan kamu alacaklarının ödenmesinden sorumlu tutulması, -somut olayın koşulları çerçevesinde- yöneticiye orantısız bir külfet yüklenmesi sonucunu doğurabilir (benzer yönde bkz. *Ahmet Uğur Balkaner*, § 59).

58. Bu bağlamda 6102 sayılı Kanun'un 375. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi uyarınca yönetim kurulunun, şirket yöneticilerinin üst gözetiminden sorumlu olduğuna dikkat çekmek gerekir. Nitekim yöneticilere gerekli talimatın verilmesi de yönetim kurulunun görevleri arasındadır. Buna göre yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeler ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi, yönetim

kurulunun devredilemez görev ve yetkilerindendir (AYM, E.2016/191, K.2017/131, 26/7/2017). Böylece yönetim yetkisinin devredilmesi hâlinde yönetim kurulunun üst gözetim yetkisine sahip olduğu hükümde açıkça öngörülmüştür.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

59. Başvurucu 21/8/2009 tarihinde bir adet hisse devralmak suretiyle Şirketin hissedarı olmuş ve Yönetim Kurulu üyeliğine seçilmiştir. Buna göre Şirketin sigorta prim borcunun olduğu ve başvurusunun bu borcun doğduğu ve ödenmesi gerektiği tarihlerde Şirket yöneticisi olduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte başvuru, Şirketin kanuni temsilcisi olmadığını, dolayısıyla borcun ödenmesinde bir kusurunun bulunmadığını ve kanuni temsilcinin borçtan sorumlu olması gerektiğini belirtmiştir.

60. Gerek 506 sayılı mülga Kanun'un 80. maddesi gerekse 1/7/2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesi primlerin zamanında ve düzenli olarak tahsilini sağlamaya yöneliktir. Türk sosyal sigortalar sistemi, ağırlıklı olarak primli rejime dayanmaktadır. SGK'nın sosyal sigorta yardımlarını sağlaması da, en önemli gelir kaynağı olan sigorta primlerinin zamanında ve eksiksiz olarak ödenmesine bağlıdır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25/1/2017 tarihli ve E.2014/21-2323, K.2017/152 sayılı kararı). Bu kapsamda prim alacaklarının etkin bir şekilde eksiksiz ve zamanında tahsilinin güvence altına alınabilmesi için tüm yönetim kurulu üyelerinin, imza ve ilzam yetkisi olmasa dahi zamanında ve usulünce tahsil olmayan prim alacakları nedeniyle müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmalarının somut olaydaki uygulanma biçimiyle *elverişli* ve *gerekli* olduğu açıktır. Bu şekilde işverenin prim borcundan dolayı 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinde tanımlanan özel nitelikteki tüzel kişilerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dâhil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri hakkında kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduklarına ilişkin kural getirilirken primlerin tahsilinin güvence altına alınması ve prim ödeme işinin özendirilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25/1/2017 tarihli ve E.2014/21-2323, K.2017/152 sayılı kararı).

61. Kamu alacağının doğrudan başvurucudan tahsil edilmesinin takip edilen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye *elverişli ve gerekli* olduğunda kuşku bulunmadığı hususu bu şekilde tespit edildikten sonra ayrıca müdahalenin *orantılı* olup olmadığı da belirlenmelidir.

62. Buna göre öncelikle sosyal güvenlik prim ve gecikme zammı borçları için Yönetim Kurulu üyesi sıfatıyla başvurucuya gönderilen ödeme emrine karşı iddia ve savunmalarını etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınıp tanınmadığı değerlendirilmelidir. Başvurucu, ödeme emrine konu sosyal güvenlik prim borçlarından dolayı sorumlu olmadığı iddiasıyla Bolu İş Mahkemesinde SGK aleyhine icra emrine itiraz davası açmış, davanın reddine ilişkin karara karşı da temyiz kanun yoluna başvurmuştur. Başvurucu ayrıca yargılama sonuçlanıncaya kadar icrai işlemlerin devamının telafisi imkânsız zarara sebebiyet vereceği iddiasıyla yürütmenin durdurulması için ihtiyati tedbir kararı verilmesini de talep etmiştir. Bu itibarla başvurucunun yargılama safhasında tüm iddia ve savunmalarını etkin bir biçimde ortaya koyabilme imkânına sahip olduğu anlaşılmaktadır.

63. Diğer taraftan başvuru her ne kadar yerleşik Danıştay ve Yargıtay içtihadına göre kurum alacağından müteselsil sorumluluğun olabilmesi için sadece Yönetim Kurulu üyesi sıfatını taşımanın yeterli olmayıp prim alacağının tahakkuk ettiği ve ödenmesi gereken dönemde temsil ve ilzam yetkisini haiz üst yönetici veya kanuni temsilci olunması gerektiğini belirtmiş ise de bu içtihadın 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önceki prim borçları için söz konusu olduğu anlaşılmaktadır (bkz. §§ 27-30).

64. Somut olayda başvuru, Şirket Yönetim Kurulu üyesi sıfatıyla, üye olduğu dönemdeki prim borçlarının ödenmesini teminen kanunda tanınan yetkiler çerçevesinde müdahale etme ve engelleme imkânına da sahip bulunmaktadır.

65. Ayrıca Şirket Yönetim Kurulu üyesi sıfatıyla primlerin ödenmesinden işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olan başvuru, hakkında yapılan takip nedeniyle takibe konu miktarı ödemiş olmakla külli halefiyet prensibi gereği idarenin yerine geçerek iç ilişkide diğer Şirket hissedarlarının payları nispetinde onlara rücu

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

edebilecektir. Başvurucunun ayrıca kendi payına tekabül eden kısım için yaptığı ödeme için de Şirket tüzel kişiliğine rücu edebilme imkânı mevcuttur. Nitekim başvurucunun dava dilekçesinde de Şirketin tapu siciline kayıtlı 35.000 TL değerinde taşınmazı ve makine parkları ile birlikte fabrikasının bulunduğu belirtilmektedir.

66. Sonuç olarak başvurucunun Yönetim Kurulu üyesi sıfatıyla Şirketin kanuni temsilcisi bulunduğu dönemde Şirkete ait sosyal sigorta prim borçları ile gecikme zamlarının ödenmemiş olması nedeniyle doğan kamu alacağından sorumlu tutulmasının başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği ve bu suretle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi başvuru aleyhine bozmadığı kanaatine varılmıştır.

67. Başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

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 EDİLMEDİĞİNE Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM ve Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 30/5/2019 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, yönetim kurulu üyesi olduğu şirketin kamuya olan borçlarından dolayı temsil yetkisini haiz olmamasına rağmen sorumlu tutulmasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkememiz çoğunluğu başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

2. Başvurucu 2009 yılında şirketin her biri 500 TL kıymetinde olan 100 şirket hissesinden birini satın almış, kısa bir süre sonra da Şirket Genel Kurulunun kararıyla yönetim kurulu üyeliğine seçilmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu başvurucunun yönetim kurulu üyesi olduğu döneme ait 8.841 TL tutarındaki sosyal güvenlik prim ve gecikme zammı borçları için başvurucuya ödeme emri göndermiş, başvurucunun ödeme emrinin iptaline yönelik açtığı dava da reddedilmiştir.

3. Öncelikle belirtmek gerekir ki, başvurucunun malvarlığında azalmaya neden olan, ödeme emri uyarınca ödemek durumunda olduğu paranın Anayasa'nın 35. maddesi bağlamında mülk olduğu, dolayısıyla söz konusu ödeme emrinin başvurucunun mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur (*Ahmet Uğur Balkaner* [GK], B.No: 2014/15237, 25/7/2017, §§ 46-47). Anayasa'nın 13. maddesine göre bu müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal etmemesi için kanuni dayanağının bulunması, meşru bir amaca yönelik ve ölçülü olması gerekmektedir. Müdahalenin kanuni dayanağının ve kamu yararı meşru amacının bulunduğu açık olmakla birlikte, ölçülü olduğu söylenemez.

4. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır. Elverişlilik, müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye müsait olmasını, gereklilik müdahalenin öngörülen amaca ulaşmak için zorunlu olmasını, aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkı ile gözetilen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesini ifade etmektedir (AYM, E. 2018/142, K. 2019/38, 15/5/2019, § 33; *Yaşar Çoban* [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 64).

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

5. Hiç kuşkusuz kanun koyucu vergi ve prim alacaklarının tahsil edilmesi için gerekli ve uygun araçları seçme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu kapsamda kamu borcunun ilgililerden müştereken ve müteselsilen tahsil edilmesine yönelik bir düzenlemenin kamu yararını sağlama meşru amacını gerçekleştirme bakımından *elverişli* olmadığı söylenemez.

6. Bununla birlikte somut olayda gerçekleşen müdahalenin gerekliliği ve orantınlılığı da incelenmelidir. Gereklilik daha hafif bir müdahaleyle aynı amaca ulaşmak mümkünken, kişilere külfet getiren daha ağır müdahaleye başvurulmasını meneder. Kural olarak Şirket borcunun şirket tüzel kişiliğinin mal varlığından tahsili gerekir. Şüphesiz bu durumun kötüye kullanılması ya da kamu alacağının şirket tüzel kişiliğinden tahsilinin mümkün olmaması gibi durumlarda şirket tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekebilir. Bu durumda şirket tüzel kişiliğinden tahsil edilemeyen borcun şirketin kanuni temsilcisinden ya da hisseleri oranında ortaklarından tahsili yoluna gidilebilir.

7. Esasen kamu alacaklarının tahsili rejiminde de esas olan alacağın öncelikle şirket tüzel kişiliğinden tahsil edilmesidir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35. maddesine göre *"Tüzel kişiler[in]... mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ... mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir"*. Nitekim Anayasa Mahkemesi, şirketlerin kamu borçlarından dolayı şirket yöneticileri ve kanuni temsilcilerinin müteselsil sorumluluğuna gidilebileceğini, ancak bu yola söz konusu alacağın şirket tüzel kişiliğinden tahsili imkanının kalmaması durumunda başvurulabileceğini belirtmiştir (Ahmet Uğur Balkaner, § 58; Arslan Gedik, B.No: 2014/17217, 14/9/2017, § 44).

8. Diğer yandan, eldeki başvuruya konu müdahalenin dayanağı olarak gösterilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 88. maddesi, sigorta primleri ve diğer alacaklar bakımından şirket yönetim kurulu üyeleri dâhil şirket üst düzey yetkilileri ve kanuni temsilcilerinin işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğunu belirtmektedir. Kanun koyucunun bu hükümle

müteselsil sorumluluğu yaygınlaştırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Ancak bu hükmün Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerindeki güvencelere uygun olarak 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesiyle birlikte yorumlanabileceği de açıktır. Bu bağlamda 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesindeki düzenlemenin, kamu alacaklarının genel olarak tahsilini düzenleyen ve yine müteselsil sorumluluğu esas alan 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin öngördüğü sorumluluğun *ikincilliği* ilkesini ortadan kaldırmadığı söylenebilir.

9. Somut olayda başvurucunun yönetim kurulu üyesi olduğu şirketin borcundan dolayı şirketin malvarlığından tahsil edilmesi yoluna gidilmeden kendisine ödeme emri çıkartıldığı anlaşılmaktadır. Hâlbuki başvuru Bolu İş Mahkemesi'ne sunduğu dava dilekçesinde Şirketin tapu siciline kayıtlı 35.000 TL değerinde taşınmaz ve makine parkları ile fabrikasının olduğunu, bu sebeple borcun Şirketin mal varlığından tahsil imkânının bulunduğunu öne sürmüştür. Ne var ki yargılama sırasında bu husus üzerinde durulmamıştır. Buna göre söz konusu prim borcu ve gecikme zammının Şirket tüzel kişiliğinden tahsilini engelleyen herhangi bir hususun varlığı ortaya konulmadan bu alacakların salt yönetim kurulu üyesi olduğu gerekçesiyle doğrudan başvurucudan tahsiline girilmesinin *gerekli* olduğu söylenemez. Başka bir ifadeyle kamu otoritelerinin daha hafif bir müdahale olan alacağın öncelikle Şirket mal varlığından tahsiline yönelik bir işlem yapması mümkünken, kamu yararını daha ağır bir müdahaleyle sağlamaya çalışmaları *gerekliklik* ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

10. Öte yandan başvurucunun ortağı olduğu Şirket, kanunla sınırlı sorumluluğu olan bir anonim şirkettir. Şirkette 500 TL değerinde bir hisseye sahip olan ve kanuni temsilci sıfatı bulunmayan başvurucunun Şirkete ait 8.841 TL'lik sosyal güvenlik prim borcunu ödemekle sorumlu tutulması, mülkiyet hakkına yönelik orantılı olmayan bir müdahale teşkil etmektedir. Orantılılık ilkesi, kamu makamları tarafından kamu alacağı tahsil edilirken kamu yararı ile kişinin mülkiyet hakkı arasında adil bir dengenin kurulmasını zorunlu kılar. Somut olayda başvurucudan tahsil edilen söz konusu alacağın Şirket malvarlığından tahsil edilemediği veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşıldığı yönünde bir tespit de bulunmamaktadır.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

11. Yukarıda açıklanan gerekçelerle, kamu alacağının borçlu Şirketin malvarlığından tahsili yoluna gidilmeden başvurucaan tahsilinin mülkiyet hakkına ölçülü olmayan bir müdahale teşkil ettiğı kanaatini taşıdığımdan çoğunluğun ihlal olmadığı yönündeki kararına katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, temsil yetkisini haiz olmamasına rağmen yönetim kurulu üyesi olduğu şirketin kamuya olan borçlarından dolayı sorumlu tutulması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

2. Başvurucunun kanuni temsilcisi olduğu gerekçesiyle borçlu Şirketin sosyal güvenlik prim ve gecikme zammı borçlarından sorumlu tutulmasının mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğu açıktır. Sınırsız bir hak olmayan mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de dikkate alınması gerekmektedir.

3. Somut başvuruda mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuni bir dayanağı mevcut olup, kamu alacağının tahsili amacıyla şirketin ortaklarından ve yöneticilerinden biri olan başvurucaanın sorumluluğuna gidilmesinde kamu yararına dayalı meşru bir amaç söz konusudur.

4. Kamu makamlarınca başvurucaanın mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

5. Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşmak 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).

6. Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine göre ölçülü olabilirilmesi için her şeyden önce bu tedbirin öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye elverişli olması zorunludur. Diğer taraftan müdahalede bulunulurken ilgili kamu yararı amacını gerçekleştirmeye en uygun aracın seçilmesi gerekmektedir. Bu konuda hangi araçların seçileceği hususu kamu makamlarının takdir yetkisi içinde olmakla beraber tercih edilen aracın müdahaleyi ulaşılmak istenen amaca hizmet edip, etmediği değerlendirilmelidir.

7. Orantılılık ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. 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 (Arif Güven, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60; Osman Ukav, B. No: 2014/12501, 6/7/2017, § 71).

8. Kanuni temsilcinin sorumluluğu değerlendirilirken şirketin ayrı bir hukuksal kişiliği haiz olduğu ve şirkete ait borçlardan kural olarak şirket tüzel kişiliğinin sorumlu tutulması gerektiği gözönünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan şirkete ait borçlar öncelikle şirket tüzel kişiliğinin mal varlığından tahsil edilmeye çalışılmalıdır. Kanuni temsilcinin şirket borçlarından şahsen sorumlu tutulmasının ancak istisnai durumlarda ve son çare olarak başvurulması gereken bir araç olduğu kabul edilmelidir. şirket borçlarının şirket tüzel kişiliğine ait mal varlığından karşılanmasının mümkün olduğu, diğer bir ifadeyle şirketin mal varlığının borcun ödenebilmesi açısından yeterli görüldüğü

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

hâllerde kamu makamlarının takdir yetkisinin daha da daralacağı ve ancak zorunlu koşulların yeterli mal varlığı bulunmayan şirkete ait borcun doğrudan kanuni temsilciden tahsil edilmesini haklı kılabilceği vurgulanmalıdır. Bu zorunlu durumların varlığının ispat edilmesi külfeti kamu makamlarına aittir.

9. Somut olayda kamu alacağının doğrudan başvurucudan tahsil edilmesinin takip edilen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye elverişli olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bunun yanında müdahalenin gerekli ve orantılı olup olmadığı da belirlenmelidir. Bu çerçevede kamu alacağının borçlu şirket yerine doğrudan ortaklarından veya yöneticilerinden tahsiline girişilmesi yönündeki müdahalenin başvurucunun mülkiyet hakkının korunması çerçevesinde en uygun araç olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

10. Bu kapsamda öncelikle başvurucunun ortağı olduğu Şirketin kanunla sınırlı sorumlu olduğu kabul edilen bir anonim şirket olduğunu belirtmek gerekir. Buna göre anonim şirket tüzel kişiliği borçlarından kural olarak sermayesi ile sınırlı olarak sorumludur. Diğer bir deyişle Şirket alacaklılarının alacaklarını tahsil edebilmek için ilgili tüzel kişiliğe başvurmaları asıl olandır. Ancak şirket ortakları veya yöneticilerinin haklarını kötüye kullanmaları, hileli davranışlarda bulunmaları gibi istisnai durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması öngörülebilir. Buna göre kamu alacaklarının belirli durumlarda borçlu olan sermayesi ile sorumlu Şirket yerine doğrudan ortakların mal varlığından tahsil edilebilmesi düşünülebilir. Ancak söz konusu kamu alacağının bu şekilde tahsil edilebilmesini zorunlu kılan bir durum mevcut olmalıdır. Sınırlı sorumlu kabul edilen bir tüzel kişiliğin ortakları veya yöneticilerinin şahsi olarak da sorumlu kabul edilebilmeleri için bunu haklı gösterir belirli somut koşulların mevcut olması ve makul bazı güvencelerin sağlanması gerekmektedir.

11. Başvuruya konu olayda Şirketin 500 TL değerindeki bir hissesine sahip olup kanuni temsilci sıfatı ise bulunmayan başvurucu, Şirketin 8.841 TL değerindeki sosyal güvenlik prim borcunu şahsi mal varlığından ödemekle sorumlu tutulmuştur. Başvurucu ise Şirketin tapuda kayıtlı taşınmazı, makine parkları ve fabrikası olduğunu belirterek borcun

Şirketten tahsil edilebileceğini öne sürmüştür. Buna karşın SGK borcun tahsili için öncelikle Şirkete başvurma yoluna gitmemiş, diğer ortaklar ile birlikte doğrudan başvuruşu şahsi olarak sorumlu kabul etmiştir. Diğer taraftan kamu makamlarının söz konusu alacağın Şirketten tahsil edilemediğı veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşıldığı yönünde herhangi bir tespiti de bulunmamaktadır.

12. Bu durumda olayda borçlu Şirket hakkında takip başlatılmadan ve onun mal varlığına gidilmeden doğrudan başvuruşunun şahsi mal varlığı sorumluluğuna gidilmesi söz konusudur. Buna göre somut olayda olduğı gibi Şirketin mal varlığının mevcut olduğunun ileri sürüldüğü hâlde doğrudan başvuruşunun şahsi mal varlığı ile sorumlu tutulmasının müdahalenin amacını gerçekleştirmek bakımından en hafif araç olmadığı açıktır. Üstelik kamu makamları doğrudan başvuruşunun sorumluluğuna gidilmesinin zorunlu olduğunu gösteren herhangi bir somut olguya da dayanmamışlardır. Bu durum da şirketin yalnızca bir payına sahip ve kanuni temsilci sıfatı bulunmayan başvuruşunun doğrudan şahsi olarak mal varlığı ile sorumlu tutulmasına neden olarak başvuruşuya aşırı bir külfet yüklenmesi sonucunu doğurmuştur.

13. Sonuç olarak borçlu şirkete gidilmeden doğrudan başvuruşudan kamu alacağının tahsiline girişilmesi başvuruşunun mülkiyet hakkına gerekli olmayan bir müdahalede bulunulmasına yol açmıştır. Dolayısıyla bu durum, müdahaleden beklenen kamu yararı ile başvuruşunun mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin başvuruşu aleyhine bozulmasına neden olduğundan başvuruşunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğı düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmadık.

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

SÜLEYMAN BAŞMEYDAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/6164)

Karar Tarihi: 20/6/2019

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Özgür DUMAN
Başvurucu	: Süleyman BAŞMEYDAN
Vekili	: Av. Deniz KASAKOLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza kovuşturması sonunda ağaçların müsaderesine ilişkin kararın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştirilmesiyle birlikte infazı nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 27/3/2015 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 21/3/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:
10. Başvurucu 1956 doğumlu olup Gaziantep'in Şehitkamil ilçesinde ikamet etmektedir.
11. Pazarcık Orman İşletme Şefliğinde görev yapan memurlar tarafından 30/12/2013 tarihinde Pazarcık ilçesi Tilkiler köyü Karadere Yukarı Ziyaret Tepesi mevki 364 No.lu orman alanına başvurusunun fıstık ağaçları ektiğinin tespit edildiği gerekçesiyle suç duyurusunda bulunulmuştur.
12. Pazarcık Cumhuriyet Başsavcılığının 14/1/2014 tarihli iddianamesiyle başvurusunun işgal ve faydalanma suçundan 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 93. maddesinin birinci, ikinci

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

ve üçüncü fıkraları uyarınca cezalandırılması, ayrıca 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54. maddesinin uygulanması talep edilmiştir.

13. Sanık; savunmasında suçlamayı kabul etmediğini, fıstık ağaçlarını diktiği Tilkiler köyünde bulunan 114 ada 504 parsel sayılı taşınmazın Pazarcık Kadastro Mahkemesince kendisi adına tesciline karar verildiğini beyan etmiştir. Beraatini talep eden sanık, hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı verilmesini de kabul etmiştir. Sanık müdafii de fıstık ağaçlarının orman kadastrounun kesinleşme tarihinden önce dikildiğini belirterek suçun unsurlarının oluşmadığını öne sürmüştür.

14. Pazarcık Asliye Ceza Mahkemesince (Mahkeme) 10/10/2014 tarihinde orman ve kadastro uzmanı teknik bilirkişiler ile birlikte mahallinde keşif yapılmıştır. Orman uzmanı teknik bilirkişi raporunda, bu köyde orman kadastro çalışmasının 23/2/2000 tarihinde kesinleştiğini, buna göre suça konu alanın orman sayılan yerlerden olduğunu belirtmiştir. Raporda başvuru tarafından suça konu alanda 10.979,38 m² yüz ölçümlü kısım üzerinde herhangi bir diri orman bitki örtüsü kaldırılmadan orman boşluğuna aşılı fıstık fidanı dikildiği bildirilmiştir. Kadastro uzmanı teknik bilirkişi de raporunda suça konu yerin bu köyde 114 ada 504 parsel sayılı orman vasıflı taşınmaz içinde kaldığını bildirmiştir.

15. Mahkeme 4/11/2014 tarihinde başvuruçunun kesinleşmiş orman kadastro sınırları içinde işgal ve faydalanma suçunu işlediği gerekçesiyle 6831 sayılı Kanun'un 93. maddesinin birinci ile ikinci fıkraları uyarınca ve 1/6 oranında takdiri indirim de uygulandıktan sonra on ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Ancak Mahkeme, koşullarının olduğu gerekçesiyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi uyarınca HAGB'ye ve başvuruçunun beş yıl süre ile denetime tabi tutulmasına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca suça konu alanda bulunan fıstık fidanlarının 6831 sayılı Kanun'un 93. maddesinin üçüncü fıkrası ile 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin birinci fıkrasına göre müsadere edilmesine karar vermiştir.

16. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Yapılan yargılama, toplanılan deliller ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, olay tarihinde Orman Muhafaza Memurlarının yapmış olduğu denetimlerde sanığın Tilkiler Mahallesi Karadede Yukarı Ziyaret Tepesi mevkiinde bulunan 504 nolu bölme içerisinde orman toprağını işleyerek içerisinden aşılı fıstık fidanı dikmek suretiyle işgal ve faydalanmada bulunduğu anlaşıldığından sanığın 6831 sayılı yasanın 93/1 maddesi uyarınca cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

Sanığın üzerine atılı suçu kesinleşmiş orman kadastro sınırları içerisinde işlediği anlaşıldığından sanığa verilen cezadan 6831 sayılı Kanun’un 93/2. maddesi gereğince artırım yapılmıştır.

Sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkumiyetinin bulunmadığı olay nedeniyle herhangi bir zararın meydana gelmemesi, sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda mahkememizde kanaat hasıl olması nedenleriyle 5271 sayılı CMK’nın 231. maddesinde değişiklik yapan 5728 sayılı Kanun’un 562. maddesi ile değişik hükmü de dikkate alınarak 5271 sayılı CMK’nın 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir.”

17. Başvurucu 11/11/2014 tarihinde HAGB kararına itirazda bulunmuştur. Mahkeme 24/11/2014 tarihinde HAGB kararlarına itirazın sadece koşullarıyla ilgili olarak yapılabileceğini, kararda da bu yönüyle bir isabetsizlik görülmediğini belirterek itirazın incelenmesi için dosyanın ağır ceza mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. Kahramanmaraş 1. Ağır Ceza Mahkemesi 1/12/2014 tarihinde itirazın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“...Pazarcık Asliye Ceza Mahkemesinin 04/11/2014 tarih 2014/366-514 E/K sayılı kararına sanık Süleyman Başmeydan müdafii Av Deniz Kasakolu’nun 11/11/2014 tarihli dilekçesi ile hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz etmiş ise de, Mahkemece verilen karar usul ve yasaya uygun olduğundan yerinde ve haklı görülmeyen sanık Süleyman Başmeydan müdafii Av Deniz Kasakolu’nun itirazının reddine... [karar verildi].”

18. Bu karar başvuru vekiline 27/2/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

19. Başvurucu ayrıca müsadere kararı yönünden 11/11/2014 tarihinde temyiz talebinde de bulunmuştur.

20. Başvurucu, kararın temyiz incelemesinde olduğu gerekçesiyle müsadere işlemine ilişkin infazın durdurulmasını 28/6/2016 tarihinde talep etmiş, Pazarcık Asliye Ceza Mahkemesi 30/6/2016 tarihinde bu talebi reddetmiştir. Mahkeme 30/11/2016 tarihinde HAGB kararının itirazın reddedilmesiyle kesinleştiğini, müsadere yönünden ise dosyanın temyiz incelemesi için Yargıtaya gönderildiğini Orman İşletme Şefliğine bildirmiştir.

21. Başvurucunun temyiz talebini inceleyen Yargıtay 19. Ceza Dairesi 6/2/2017 tarihinde, HAGB kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğu ve kararın temyizinin ise mümkün bulunmadığı, itiraz merciince yapılan inceleme sonucu verilen kararın da kesin nitelikte olduğu gerekçesiyle dosyanın incelenmeksizin mahalline iadesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine karar vermiştir.

22. Müsadere kararının infazı çerçevesinde Orman İşletme Şefliğince düzenlenen 17/7/2018 tarihli tutanak ile müsadere kararı okunarak evrakın başvurucuya tebliğ edildiği ancak başvurucunun imzadan imtina ettiği belirtilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

23. 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesi şöyledir:

“(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/11 md.) Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı aynı hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadereyesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadereyesine karar verilir.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçla nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadereyesine hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.

(5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere edilmesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsadereyesine karar verilir.

(6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçla iştirak eden kişinin payının müsadereyesine hükümlenir.”

24. 6831 sayılı Kanun’un 93. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Bu Kanunun 17 nci maddesinde yasak edilen fiilleri işleyenler veya izne bağlı işleri izinsiz yapanlar, 91 inci madde hükümleri saklı kalmak üzere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

İşgal ve faydalanma suçunun yeniden tarla açmak suretiyle veya yanmış orman sahalarında ya da kesinleşmiş orman kadastrası sınırları içerisinde işlenmesi halinde verilecek ceza bir kat artırılır.

Bu maddede tanımlanan suçların konusunu oluşturan, işlenmesinde kullanılan ve işlenmesiyle elde edilen eşya veya mahsul Türk Ceza Kanununun müsadereye ilişkin hükümlerine göre müsadere edilir. Müsadere olunan mahsuller satılarak bedeli Orman Genel Müdürlüğüne irad kaydolunur. Müsadere olunan tesisler ise Orman Genel Müdürlüğüne aynen muhafaza edilebileceği gibi ihtiyaç görüldüğü takdirde ormancılık veya diğer kamu hizmetlerinde kullanılabilir. Aksi takdirde ilgili orman idaresince, yıkılmak suretiyle karar infaz olunur. İdarenin bu husustaki talebi halinde genel zabıta kuvvetleri idareye yardım etmekle mükelleftir.

...”

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

25. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“ ...

(5) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl(2) veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. (Ek cümle: 18/6/2014-6545/72 md.) Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

...

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

..."

2. Yargıtay İçtihadı

26. Yine Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 10/12/2013 tarihli ve E.2013/14513, K.2013/22290 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"Dava, orman sınırları içerisinde kalan muhtesat bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Kapama fıstıklık niteliğindeki taşınmaza net fıstık geliri esas alınarak değer biçilip muhtesat bedelinin tespit edilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir...”

27. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 6/6/2016 tarihli ve E.2016/5776, K.2016/7400 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“Müşadere kararı güvenlik tedbiri olmakla birlikte hükmün bir parçası niteliğinde olup, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte verilen müşadere kararı da bu hükme bağlı olduğundan askıda bir karardır ve hüküm açıklanıncaya kadar hukuki sonuç doğurma yeteneği bulunmamaktadır.”

28. Bir asliye ceza mahkemesinin açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasına ilişkin kararında “[s]uçta konu 150 paket sigaranın müşadere işlemleri (...) Cumhuriyet Başsavcılığına yazılan 25/9/2008 tarihli müzekkere ile gerçekleştirildiğinden bu hususta ayrıca karar verilme[mesine]” de hükmedilmiştir. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 26/10/2015 tarihli ve E.2014/16177, K.2015/20965 sayılı kararıyla anılan karar “açıklanması geri bırakılan hükümle verilen kaçak eşyaların müşaderesine dair kararın sonuç doğuran nihai bir karar olmaması karşısında bu konuda mahkemece yeniden karar verilmesi gerektiği halde yeniden karar verilmemesi” gerekçesiyle bozulmuştur.

29. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11/7/2014 tarihli ve E.2014/6-66, K.2014/365 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“Müşadere kararı güvenlik tedbiri olmakla birlikte hükmün bir parçası olduğu için, hükmün tabi olduğu kanun yoluna tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müşadere kararına karşı da ancak itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir. Zira açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle henüz hukuken varlık kazanmamış bulunan hükmün temyiz merciince denetlenebilme imkanı bulunmayan bir aşamada, hükmün bir parçasını oluşturan müşaderenin temyizen incelenebileceğini kabul etmek, bir bütün olan hükmün bir bölümünün itiraz, bir bölümünün ise temyiz kanun yoluna tabi olacağı gibi çelişkili bir halin ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır.

Diğer taraftan, müsadere kararının doğru olup olmadığının belirlenmesi için öncelikle eylemin sabit olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bu itibarla itiraz kanun yoluna tabi bulunan açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükmün temyizen incelenmesi, dolayısıyla eylemin sabit olup olmadığının belirlenmesi mümkün olmayacak, bunun sonucu olarak eylemin sabit olduğu belirlenmeden eksik bir değerlendirmeye müsadere kararının doğru olup olmadığının tespiti eksik bir değerlendirme olup, usul ve kanuna aykırı olacaktır...

Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müsadere kararının denetimini yapacak olan itiraz mercii, Ceza Genel Kurulunun 22.01.2013 gün ve 534-15 sayılı kararında ayrıntılarına yer verildiği üzere, 5271 sayılı CMK'nun 267-271. maddeleri uyarınca hem maddi olay hem de hukuki yönden inceleme yaparak, öncelikle eylemin sabit olup olmadığını, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait bulunup bulunmadığını, eşyanın müsadere karar verilmesinin orantılılık kuralına uygun olup olmadığını değerlendirerek, sonuçta müsadere konusundaki kararın da isabetli bulunup bulunmadığını kapsayacak şekilde bir karar vermelidir.

Ceza Genel Kurulunun 15.11.2011 gün ve 213-227, 05.10.2010 gün ve 183-186 ile 09.03.2010 gün ve 237-51 sayılı kararlarında, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine ilişkin kararların hüküm sayılması nedeniyle temyiz yeteneğinin bulunduğu ve gerek bir mahkûmiyete ek olarak gerekse bağımsız olarak verilen güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine ilişkin kararların, diğer yönleri itibarıyla kesin olan hükme her yönüyle temyiz edilebilirlik vasfı kazandırdığı, dolayısıyla açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müsadere kararlarının temyiz kanun yoluna tabi olması gerektiği ileri sürülebilir ise de, müsadere kararı ancak temyiz kanun yoluna tabi olmakla birlikte miktar yönünden kesin olan hükmün, şartlarının bulunması halinde temyizen incelenmesine imkan sağlamaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ise itiraz kanun yoluna tabi olduğundan, açıklanması geri bırakılan hükmün bir parçası olan müsadere kararı da buna bağlı olarak itiraz kanun yoluna tabi olacaktır.

Diğer taraftan, 5271 sayılı [Kanun'un] 'Özel Yargılama Usulleri' başlıklı beşinci kitabının, "Uzlaşma ve Müsadere" başlıklı ikinci kısmının, 'Müsadere Usulü' başlıklı ikinci bölümünde yer alan 256 ila 259. maddelerinde, kamu davası açılmayan veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

verilmeyen hallerde, müsadere kararının duruşma açılarak verileceği ve bu kararlara karşı başvurulacak kanun yolunun istinaf (istinafın henüz faaliyete geçirilmemiş olması nedeniyle temyiz) olduğu belirtilmiş olup, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümlerde yer alan müsadere kararları için bu kanun yolunun kabulü mümkün değildir.

Zira ceza muhakemesinde kanun yolu, tarafların istemlerine göre değil, kanunun sistematiği ve normları dikkate alınarak belirlenmelidir. Kanunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek kanun yolu hiçbir istisnaya yer vermeksizin açıkça itiraz olarak belirtilmiş olduğundan, hükmün bir parçası olan müsadere kararı da itiraz kanun yoluna tabi olacaktır.

Bununla birlikte, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle hükmün henüz hukuken varlık kazanmaması ve beş yıllık denetim süresi göz önünde bulundurulduğunda, hak kayıplarına neden olunmasının önüne geçilebilmesi amacıyla, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda, TCK'nun 54/4. maddesinde belirtilen üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyalar hariç olmak üzere, müsadereye konu eşyanın denetim süresi içerisinde ve gerektiğinde belirlenecek şartlar dahilinde yediemin sıfatıyla sanığa teslimine karar verilip verilemeyeceği hususu da ayrıca yerel mahkemelerce değerlendirilmelidir.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Yerel mahkemece sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olup, bu karar itiraz kanun yoluna tabi olduğundan, hükmün parçası olan müsadere kararının da itiraz kanun yoluna tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla yerel mahkemece müsadere kararının temyiz kanun yoluna tabi olduğuna karar verilmesi ve Özel Dairece de temyiz isteminin kabulü ile müsadere yönünden sınırlı inceleme yapılması usul ve kanuna aykırıdır."

B. Uluslararası Hukuk

30. 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 hâlel getirmez.”

31. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM), idari bir işlem veya ceza yargılaması neticesine bağlı olup olmadığına bakılmaksızın mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucuna yol açan müdahalelere ilişkin genel yaklaşımı bu tedbirin, mülkten yoksun bırakmayı içerse dahi amacı sebebiyle Sözleşme’ye ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ikinci paragrafı kapsamında *mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolü* olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir (Milosavljev/Sırbistan, B. No: 15112/07, 12/6/2012, § 53; Frizen/Rusya, B. No: 58254/00, 24/3/2005, § 31; Veits/Estonya, B. No: 12951/11, 15/1/2015, § 70; AGOSI/Birleşik Krallık, B. No: 9118/80, 24/10/1986, § 51).

32. AİHM’e göre Sözleşme’ye ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi kural olarak usule ilişkin güvenceleri içermemekle birlikte kişilere, keyfi müdahalelerden korunmak amacıyla mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bu önlemlerin kanun dışı veya keyfi 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 (AGOSI/Birleşik Krallık, § 60; Saccocia/Avusturya, B. No: 69917/01, 18/12/2008, § 89; Microintelect Ood/Bulgaristan, B. No: 34129/03, 4/3/2014, § 48; Ünsped Paket Servisi San. ve Tic. A.Ş./Bulgaristan, B. No: 3503/08, 13/1/2015, § 38).

33. AGOSI/Birleşik Krallık kararında özellikle böyle bir yolun mevcut olup olmadığı tartışılmıştır. Ülkeye kaçak yollarla sokulan altın sikkelere gümrük makamlarınca el konularak müsadere edilmiştir. Başvurucu şirket iyi niyetli olduğunu ve gümrük makamlarıyla her aşamada iş birliği içinde olduğunu belirterek bu sikkelerin iadesi talebinin reddedilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

Başvurucu özellikle gümrük makamlarının kararlarına karşı etkili bir yolun bulunmadığından yakınmıştır. AİHM müdahalenin adil dengeyi bozmaması için mülk sahibine müsadereye keyfi veya hukuka aykırı olduğu yönündeki savunmalarını etkili bir biçimde ortaya koyabilme imkânı tanınması gerektiğini, İngiliz hukukunda yapılan değişikliklerle birlikte gümrük makamlarının kararlarına karşı yargı yollarına başvurulabildiğini ve bu yolun etkili de olduğunu belirlemiştir. AİHM, Britanya hukuk sisteminin müsadere kararına karşı yapılan itirazların incelenmesi bakımından etkisiz olduğunu gösterilemediğini belirterek ihlal olmadığına karar vermiştir (*AGOSI/Birleşik Krallık*, §§ 52-62).

34. *Denisova ve Moiseyeva/Rusya* (B. No:16903/03, 1/4/2010) ve *Ünspeid Paket Servisi/Bulgaristan* kararlarında ise başvurulara iç hukukta müsadereye karşı etkin bir itiraz yolunun tanınmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir. Bu kararlara konu olaylarda müsadereye ilişkin yargılama sürecine başvuru mülk sahipleri dâhil edilmemiş, bu yüzden başvuru, müsadereye karşı savunmalarını ortaya koyamamışlardır. Aslında bu yükümlülüğün Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında tipik bir usule ilişkin güvence olduğu söylenebilir. Bununla birlikte müsadereye idari bir yaptırımla da uygulanabileceği dikkate alınmalıdır. AİHM de ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin aslında usule ilişkin bir güvence içermediğini kural olarak benimsemekle birlikte müsadereye adil olabilmesi için mülk sahibine savunma ve itirazlarını öne sürebilme imkânının tanınmasının anılan maddenin bir gereği olduğunu kabul etmiştir (*Denisova ve Moiseyeva/Rusya*, §§ 47-65; *Ünspeid Paket Servisi/Bulgaristan*, §§ 36-47).

35. AİHM ikinci olarak mülk sahibinin eylemi ve tutumu ile müsadere sonucuna yol açan hukuka aykırılık arasındaki illiyet bağının makul bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre değerlendirme yapılırken somut olayın özellikleri de dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle müsadereye Sözleşme'ye uygun olabilmesi için kamu makamlarının başvuru kusur veya özen yükümlülüğünün derecesini ya da en azından davranışları ile suç veya kanuna aykırılık arasındaki ilişkiyi makul bir biçimde değerlendirmesi de zorunludur (*AGOSI/Birleşik Krallık*, §§ 55, 56; *Air Canada/Birleşik Krallık*, B. No: 18465/91, 5/5/1995, § 46; *Arcuri ve diğerleri/İtalya* (k.k.),

B. No: 52024/99, 5/7/2001; *Riela ve diğerleri/İtalya* (k.k.), B. No: 52439/99, 4/9/2001).

36. Başvurucunun antika silah koleksiyonunun ruhsatsız olduğu gerekçesiyle müsadere edilmesine ilişkin *Waldemar Nowakowski/Polonya* (B. No: 55167/11, 24/7/2012) kararında AİHM, Polonya makamlarının başvurunun kişisel durumu ile somut olaya özgü koşulları dikkate almadığını belirterek müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır (*Waldemar Nowakowski/Polonya*, §§ 44-58). *Butler/Birleşik Krallık* (B. No: 41661/98, 27/6/2002) kararında ise at yarışı bahisçisi olan başvurunun yaklaşık 240.000 Sterlin civarında bir parayı nakit olarak yurt dışına çıkarmak isterken bu paraya el konularak müsadere edilmesi tartışılmıştır. AİHM gümrük makamlarının başvurusu üzerine uyuşturucu kaçakçılığının önlenmesiyle ilgili mevzuat çerçevesinde yerel mahkemece bu paranın müsadereesine karar verildiğine dikkati çekmiştir. Kararda, ulusal mahkemelerin kanunu otomatik olarak uygulamaktan kaçındıkları ve adil bir yargılama yaptıkları tespit edilerek müsadere yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 20/6/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

38. Başvurucu; fıstık ağacı dikilen yerde dedesi tarafından yıllar önce yapılmış evin ve sarnıcın harabelerinin bulunduğunu, bu evde dünyaya geldiğini, söz konusu fıstık ağaçlarının yüz yılı aşkın bir süreden beri mevcut olduğunu, bu ağaçların miras yoluyla kendisine kaldığını ve miras bırakanlarının emeği olduğunu vurgulamıştır. Başvurucu, müsadere edilen ağaçların yaşının ve miktarının belirtilmemiş olduğunu ifade ederek müsadere kararının HAGB yoluyla temyiz incelemesi dışında bırakıldığından yakınmıştır. Başvurucu bu bağlamda ilk derece mahkemesince orman işletme şefliğine müzekkere yazılarak müsadere kararının HAGB kararıyla birlikte kesinleştiğinin belirtilmesinin hak ihlaline yol açtığını belirtmiştir.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

39. Başvurucu sonuç olarak bu gerekçelerle yaşam, adil yargılanma, mülkiyet ve etkili başvuru hakları ile suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

40. Bakanlık görüşünde başvurucunun diktiği fıstık ağaçlarının kesinleşen orman sınırları içinde olduğuna göre mülk kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bakanlık ayrıca müsadere yönündeki müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunduğunu vurgulamıştır. Bakanlık son olarak suç konusu fidanların müsaderesinin ormanların korunmasının önemi dikkate alındığında bireysel çıkardan daha üstün bir kamu yararı amacı taşıdığını belirterek meşru amacı bulunan müdahalenin ölçülü olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

B. Değerlendirme

41. 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."

42. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 yanında yaşam, etkili başvuru ve adil yargılanma haklarının da ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de başvurucunun dikmiş olduğu ağaçların müsaderesine ilişkin şikâyetlerinin esas itibarıyla mülkiyet hakkını ilgilendirdiği anlaşıldığından, başvurucunun bütün şikâyetlerinin mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

44. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (*Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri*, B. No: 2013/1178, 5/11/2015, § 54). 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).

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). 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).

46. Mülkiyet hakkı, özel hukukta veya idari yargıda kabul edilen mülkiyet hakkı kavramlarından farklı bir anlam ve kapsama sahip olup bu alanlarda kabul edilen mülkiyet hakkı, yasal düzenlemeler ile yargı içtihatlarından bağımsız olarak özerk bir yorum ile ele alınmalıdır (*Hüseyin Remzi Polge*, B. No: 2013/2166, 25/6/2015, § 31; *Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri*, § 51).

47. Mülk konusu şeylerin bulundurulması, taşınması, kullanılması veya alım- satımının suç veya kabahat oluşturması ya da suçta kullanılması o şeyin mülk olma vasfını değiştirmedeği gibi bu gibi durumlar, esas itibarıyla mülkün toplum yararına aykırı kullanılmasının kontrolü çerçevesinde bu şeye el konulmasını haklılaştırmaktadır. Buna göre mülkün müsadereyle veya mülkiyetinin kamuya geçirilmesiyle bir şeyin mülk olup olmadığının tespiti mümkün olmayıp bu gibi tedbirler veya yaptırımlar, mülkiyet hakkının konusunu teşkil eden mevcut bir mülke müdahale niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla bireysel başvuru kapsamında mülkün mevcut olup olmadığı, mülke el koyan veya

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

onun mülkiyetini kamuya geçiren idari bir işlem veya yargısal karara dayalı olarak belirlenemez. Bu işlem veya kararın kendisiyle müdahale edildiğine göre mülkün varlığı ancak müdahale öncesi duruma göre tespit edilmelidir. Diğer bir deyişle kanunun yasakladığı faaliyetlerde kullanılan veya kanuna aykırı faaliyetler sonucu elde edilen mülke Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen güvencelere uygun şekilde el konularak müsadere edilmesi veya mülkiyetinin kamuya geçirilmesi mevcut bir mülke yapılan müdahalenin haklı olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki görevi de mülkiyet hakkına yapılan söz konusu müdahalenin Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen güvencelere uygun olup olmadığını tespit etmektir.

48. Diğer taraftan somut olay bağlamında HAGB kararı verilmekle müsadere kararının kesinleştiğinden de söz edilemez. Buna göre hükmün açıklanması veya davanın düşürülmesi hâlinde verilecek kararla birlikte müsadere kararı istinaf ve/veya temyiz yoluna tabi olabilecektir. Dolayısıyla mevcut aşama itibarıyla, başvurucuya ait söz konusu ağaçların kanuna aykırı olarak dikilmiş oldukları hususu kesinleşmemiştir. Anayasa Mahkemesinin de bireysel başvuru kapsamında bu ağaçların hukuki durumunu tartışarak sonuca bağlama gibi bir görevi bulunmamaktadır.

49. Ayrıca somut olayda mülk kavramı ağaçların dikili olduğu alanın mülkiyetine göre değil bizzat ağaçların kendisi yönünden tartışılmalıdır. Ağaçların taşınmaz üzerinde dikili olduğundan 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 684. maddesi uyarınca taşınmazın mütemmim cüzü ve dolayısıyla taşınmazın malikinin mülkü hâline gelebileceği düşünülse bile Anayasa'nın 35. maddesi bağlamında *mülk* kavramı 4721 sayılı Kanun'daki anlamından bağımsızdır. Buna göre olayda müsadereye konu ağaçların başvuru tarafından dikildiği ve kendisine ait olduğu tartışma konusu değildir. Bu durumda söz konusu ağaçların ekonomik değeri yönüyle başvuru açısından mülk teşkil ettiği hususu tartışmasıdır (Muhdesat niteliğindeki ağaçların *mülk* teşkil ettiği yönündeki kararlar için bkz. *Cumali Karaşahin*, B. No: 2014/2927, 1/2/2017, B. No: 2014/2927, §§ 40-47; *Mehmet Emin Öztekin*, B. No: 2016/58283, 29/5/2019, §§ 41-44). Dolayısıyla bu ağaçlar yönünden

başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mevcut bir *mülkü* bulunmaktadır.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

50. Anayasa Mahkemesi müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirlerinin uygulanmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini daha önce kabul etmiştir. Bu kararlarda bu türden müdahalelerin mülkten yoksun bırakma sonucuna yol açmakla birlikte mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrol edilmesi amacını gözettiği dikkate alınmıştır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Bekir Yazıcı* [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, §§ 54-58; *Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 42-48; *Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2014/13677, 20/9/2017, §§ 50, 51). Somut olayda da başvurunun konusu müsadereye ilişkin olduğundan anılan ilkelerden ayrılmayı gerektirir bir durum bulunmayıp müdahale, belirtilen üçüncü kural çerçevesinde incelenmiştir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

51. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

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

52. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözonünde 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).

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

53. Anayasa Mahkemesi benzer bir konuya ilişkin olarak verdiği *Mahmut Üçüncü* (B. No: 2014/1017, 13/7/2016) kararında, uygulanacak ilkeleri belirlemiştir.

54. *Mahmut Üçüncü* kararında, 6831 sayılı Kanun'un 108. maddesinin dördüncü fıkrası delaletiyle 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesi uyarınca müsadere suretiyle yapılan müdahalenin kanuni bir dayanağının olduğu tespit edilmiştir (*Mahmut Üçüncü*, §§ 71-74). Ayrıca müsadareyle suçla mücadelede caydırıcılığın sağlanmasının yeni suçların işlenmesinin önüne geçilmesinin ve tehlikelilik arz eden suça konu mülkün kullanılmasının ve dolaşımının engellenmesinin hedeflendiği belirtilmiştir. Bu bağlamda ormanların zarar görmesine veya yok edilmesine yol açan bütün eylem ve işlemleri önlemek için müsadere tedbirinin uygulanmasının kamu yararına dayalı bir meşru bir amacı içerdiği kabul edilmiştir (*Mahmut Üçüncü*, §§ 75-78).

55. Son olarak ölçülülük bağlamında ise herhangi bir gerekçe gösterilmeden ilk derece mahkemesince müsadereye karar verildiği, başvurucunun temyiz yoluna başvurmadığı, itiraz merciinin ise başvurucunun müsadereye ilişkin itirazlarını incelemeyeceği ve müsadere kararının HAGB kararının kesinleşmesiyle birlikte yargılamanın nihai olarak sona ermesi beklenmeden infaz edildiği tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bütün bu hususları gözeterek yargılamanın mevcut aşaması itibarıyla bütününe bakıldığında başvurucuya müsaderenin keyfi veya kanuna aykırı olduğuna ya da makul biçimde uygulanmadığına yönelik itirazlarını ortaya koyabilme olanağının etkin bir şekilde tanınmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının gerektirdiği güvenceler sağlanmadan müsadere kararının uygulanmasıyla başvurucuya yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olduğu sonucuna varmıştır (*Mahmut Üçüncü*, §§ 79-102).

56. Somut olayda ilk derece mahkemesince, kesinleşen orman kadastro sınırlarına göre orman alanına fıstık ağaçları diktiği gerekçesiyle başvurucunun işgal ve faydalanma suçundan cezalandırılmasına, fıstık ağaçlarının da müsaderesine karar verilmiştir. Bununla birlikte Mahkeme 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesine göre hükmün açıklanmasını geri bırakmıştır. Başvurucunun HAGB kararına karşı itirazı ise ağır ceza mahkemesince reddedilmiş, müsadere

yönünden yaptığı temyiz talebi de Yargıtayca incelenmeksizin geri çevrilmiştir.

57. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle henüz hukuken varlık kazanmamış bulunan hükmün temyiz merciince denetlenebilme imkânı bulunmayan bir aşamada, hükmün bir parçasını oluşturan müsadere temyizden incelenebileceğini kabul etmenin bir bütün olan hükmün bir bölümünün itiraz, bir bölümünün ise temyiz kanun yoluna tabi olacağı gibi çelişkili bir hâlin ortaya çıkması sonucunu doğuracağı gerekçesiyle müsadere kararının da itiraza tabi olduğunu belirtmiştir (bkz. § 29). Dolayısıyla Yargıtayın anılan içtihadına göre HAGB kararı verilmesi nedeniyle başvuru, müsadere kararını temyiz edememektedir. İtiraz mercii ise HAGB koşullarıyla sınırlı olarak değerlendirme yapmıştır.

58. Diğer taraftan 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde HAGB'nin, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade ettiği hüküm altına alınmıştır. Müsadere kararının -güvenlik tedbiri olmakla birlikte- hükmün bir parçası niteliğinde olduğu ve HAGB kararıyla birlikte verilen müsadere kararı da bu hükmeye bağlı olduğundan askıda bir karar olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay da müsadere tedbirinin hüküm açıklanuncaya kadar hukuki sonuç doğurma yeteneği bulunmadığını belirtmektedir. Bu durumda ancak hükmün açıklanması veya denetim süresi sonunda davanın düşmesine karar verildiği durumlarda müsadere kararına karşı kanun yoluna başvurulabilecektir (bkz. §§ 27, 28). Müsadere, HAGB kararı verilmesi durumunda hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin olarak ise açık bir kanun hükmünün bulunmadığı görülmektedir.

59. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle hükmün henüz hukuken varlık kazanmaması ve beş yıllık denetim süresi gözönünde bulundurulduğunda hak kayıplarına neden olunmasının önüne geçilebilmesi amacıyla HAGB kararı verilen durumlarda -5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (4) numaralı fıkrasında belirtilen üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyalar hariç olmak üzere- müsadereye konu eşyanın denetim süresi

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

içinde ve gerektiğinde belirlenecek şartlar dâhilinde yediemin sıfatıyla sanığa teslimine karar verilip verilemeyeceği hususunun ayrıca yerel mahkemelerce değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (bkz. § 29).

60. Somut olayda ise ilk derece mahkemesince yargılamanın nihai olarak sona ermesi beklenmeden HAGB kararının kesinleşmesi ile birlikte infazı için Orman İşletme Şefliğine yazı yazılmış, Orman İşletme Şefliği de kararın infazı hususunu başvurucuya tebliğ etmiştir (bkz. §§ 20, 22). Buna göre ilk derece mahkemesinin kararında 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre müsadere kararı verildiği belirtilmekle birlikte yargılamanın nihai olarak sona ermesi de beklenmeden HAGB kararının kesinleşmesiyle birlikte kararın infazına girişilmiştir.

61. Bu durumda esas hüküm ile birlikte askıda bir karar olduğu hâlde müsadere tedbirinin, yargılamanın nihai olarak sona ermesi beklenmeden HAGB kararının kesinleşmesiyle birlikte infazına girişildiği anlaşılmaktadır. Buna göre sair ihlal iddiaları ancak yargılama sonuçlandığında değerlendirilebilecek olmakla birlikte yargılamanın mevcut aşaması itibarıyla sürece bakıldığında başvurucunun müsadere kararının -kesinleşmediği hâlde- uygulanması söz konusudur.

62. Kanun koyucu müsadere kararı için farklı bir usul veya kanun yolu düzenleyebileceği gibi HAGB kararları yönünden de müsadereye ilişkin farklı bir mekanizma da öngörebilir. Ancak yapılan düzenlemenin ve uygulamanın Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gerekliliklere uygun olması ve bu çerçevede yeterli usul güvencelerini içermesi zorunludur. Buna göre kanun koyucu her hâlde temyiz imkânı tanımak durumunda değilse de böyle bir imkânın tanınmış olması hâlinde askıya alınması, diğer bir deyişle müsaderenin hukuka uygun olup olmadığı hususunun kesinleşmesinin geriye bırakılması belirli güvenceleri içermediği takdirde müdahaleyi ölçsüz kılar. Anayasa Mahkemesi müdahalenin mülk sahibine aşırı bir külfete yol açmaması için mülkün kullanımının geçici olarak da olsa sahibine bırakılması veya bunun mümkün olmadığı durumlarda tazminat ödenmesi gibi mülk sahibinin zararını giderici yolların mevcut olup olmadığını tespit etmek durumundadır. Nitekim

benzeri mahiyette el koyma ve müsadere tedbirleri yönünden 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda el konulan eşyanın bazı durumlarda iadesi veya tasfiyesi ile tasfiye hâlinde mülk sahiplerinin haklarının tazmini yönünden etraflı düzenlemelerin mevcut olduğu görülmektedir. Somut olayda ise böyle bir mekanizmanın varlığı da tespit edilememiştir.

63. Sonuç olarak mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan müdahalenin, keyfi veya hukuka aykırı olup olmadığı ileri sürülebilecek bir yol olarak öngörülen temyiz yoluna başvuru imkânının askıya alınarak HAGB kararı ile birlikte infazına girilmesinin -yol açılan belirsizlik ve yeterli güvencelerin sağlanmadığı dikkate alındığında- başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklediği kanaatine varılmıştır. Dolayısıyla müsadere yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahale kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil dengeyi başvuru aleyhine bozmuş olup ölçülü değildir.

64. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

Yıldız SEFERİNOĞLU farklı gerekçeyle bu görüşe katılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

65. 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, başvurunun 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 başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

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

67. 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 kaldırılacağı belirlenmesi*”, diğer bir ifadeyle “*ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedil[mesi]*” de gerekir (Mehmet Doğan, § 54).

68. 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).

69. 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).

70. İhlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları veya kanundaki belirsizlikler sebebiyle ortaya çıkmışsa bu ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda söz konusu ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi için ancak ihlale yol açan kanun hükmünün ortadan kaldırılması veya ilgili hükmün yeni ihlallere yol açılmayacak bir şekilde değiştirilmesi ya da yeni ihlallere yol açılmasının önüne geçilmesi için belirsizliğin giderilmesi suretiyle giderilebilir.

71. Başvurucu, maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunmuştur.

72. Anayasa Mahkemesi müsadere tedbirine ilişkin yargısal süreç yönünden HAGB kararı verildiği takdirde ortaya çıkan belirsizliğe işaret ederek söz konusu tedbirin HAGB kararının kesinleştirilmesiyle birlikte infazına girişilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin ilgili kanun hükmündeki belirsizlikten kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte HAGB kararının niteliği gözetildiğinde yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Zira yukarıda da değinildiği üzere hükmün açıklanması veya davanın düşmesine karar verilmesi durumlarında kanun yoluna başvurulabilecektir. Buna göre müsadere süreci henüz kesinleşmemiştir. Bu durumda müsadere kararının süreç kesinleştiğinde infazı yeterli bir giderim oluşturacaktır.

73. Diğer taraftan HAGB kararı verildiği takdirde el konulan eşya yönünden nasıl bir karar verileceği ve müsadere tedbirinin nasıl uygulanacağı konusunda bir belirsizlik bulunduğu anlaşılmaktadır. Kanun'dan kaynaklanan bu belirsizliğin ise somut olayda olduğu gibi mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet veren uygulamalara yol açtığı görülmektedir. Mülkiyet hakkının ihlaline yol açan söz konusu belirsizliğin nasıl giderileceği, HAGB kararı verildiği takdirde el konulan eşya ile ilgili olarak 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (1) ve (4) numaralı fıkraları kapsamında olup olmadığına göre nasıl bir karar verileceği, yine HAGB kararının verildiği hâllerde el koyma tedbirinin devamı veya sona erdirilmesi ya da müsadere kararına karşı nasıl ve ne şekilde kanun yoluna başvurulacağı, müsadere tedbirinin

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

ne zaman uygulanacağı, bir an önce uygulanmasının zorunlu olduğu durumlarda tazminat dâhil çeşitli mekanizmalar öngörölmek suretiyle mülk sahibinin haklarının nasıl korunacağı gibi hususları belirlemek ise yasama organının takdirindedir. Buna göre bütün bu hususların değerlendirilmesi için kararın bir örneğinin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesi gerekir.

74. İhlalin sonuçlarının giderimi için bu tedbirlerin uygulanması yeterli göröldüğünden başvurucunun tazminat taleplerinin reddi gerekir.

75. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL tutarındaki yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşı oyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR ve Recai AKYEL'in karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine BİLDİRİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 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 Pazarcık Asliye Ceza Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 20/6/2019 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Dosyanın incelenmesinde; başvurunun çekişmeli taşınmazı “fıstıklık” niteliğinde, belgesizden kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğine dayalı olarak iktisap ettiği, ancak Orman İdaresinin bu taşınmazın orman sayılan yerlerden olduğundan bahisle, orman niteliği ile Hazine adına tescilini istediği ve yapılan yargılama sonunda Pazarcık Kadastro Mahkemesince davanın kabulüne, tespitin iptaline ve çekişmeli taşınmazın orman niteliğinde Hazine adına tapuya tesciline karar verdiği ve bu kararın 3.7.2001 tarihinde kesinleştiği, orman niteliğinde olduğu yargı kararıyla kesinleşen bir taşınmaz üzerinde başvuru tarafından dikildiği ileri sürülen fıstık ağaçlarının müsadereğine karar verilmesi nedeniyle bu bireysel başvurunun yapıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa’nın 35. Maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hakkı, istisnai olarak, belli durumlarda bir ekonomik değer veya icrası mümkün bir alacağı elde etmeye yönelik “meşru bir beklenti” şartının gerçekleşmesi halinde mümkün olabilir. Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece mülkiyet hakkı kapsamında ileri sürülebilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir.

Anayasanın “Ormanların korunması ve geliştirilmesi” başlıklı 169 ncu maddesinde “Devlet ormanlarının mülkiyeti devr olunamaz... Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez...”denilmektedir. Bu açık anayasal düzenleme karşısında, başvurunun özel mülkiyete konu edilemeyecek olan ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki orman alanına diktiğini öne sürdüğü fıstık ağaçlarının mülkiyetini kazanma yönünde meşru bir beklentisinin varlığından söz edilemez.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

Açıklanan nedenlerle; başvurucunun hukuk düzenince kabul gören bir hakkının varlığından söz edilemeyeceğinden, başvurunun kabul edilemez olduğuna; çoğunlukça aksi yönde karar verildiğinden, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edilemediğine karar verilmesi kanaatine vardığımızdan, sonuç hükme katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Recai AKYEL

FARKLI GEREKÇE

İşgal ve faydalanma suçundan cezalandırılması, fıstık ağaçlarının müsadereesine mahkemece 5271 sayılı Kanunun 231.maddesine göre Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına karar verilmiştir.

HAGB kararı verildiği halde müsadere tedbirinin infazına girişilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. İhlal kararına katılmakla beraber ihlalin ilgili kanun hükmündeki belirsizlikten kaynaklandığı görüşüne katılmamaktayım.

Zira, TCK 54. Maddesinde düzenlenen eşya ve değerın müsadereesi için kasıtlı bir suçun işlenmiş olması şartına bağlanmıştır. HAGB kararı verilen durumlarda hükmün henüz hukuken varlık kazanmaması ve 5 yıllık denetim süresi gözönünde bulundurulduğunda hak kaybına neden olunmamasının önüne geçilebilmesi amacıyla müsadereye konu eşyanın denetim süresi içinde ve gerektiğinde belirlenecek şartlar dahilinde yediemin sıfatıyla vs. sanığa teslimine karar verilip verilemeyeceği hususunun ayrıca yerel mahkemelerde değerlendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın konu hakkındaki içtihatları da bu yöndedir.

Sonuç olarak, ihlalin ilgili kanun hükmündeki belirsizlikten değil, mahkeme kararından (uygulamadan) kaynaklandığı görüşümüz nedeni ile, çoğunluğun bu konudaki gerekçelerine katılmıyorum.

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ERCAN TOĞRUL BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/71110)

Karar Tarihi: 25/9/2019

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Recep KÖMÜRCÜ

M.Emin KUZ

Rıdvan GÜLEÇ

Yıldız SEFERİNOĞLU

Raportör : Umut FIRTINA

Başvurucu : Ercan TOĞRUL

Vekili : Av. Engin KOLAT

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir ceza soruşturması sırasında uygulanan elkoyma tedbiri nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 22/12/2016 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 bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Başvuru Tarihine Kadar Yaşanan Gelişmeler

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

10. Başvurucu Kocaeli İl Emniyet Müdürlüğünde emniyet amiri olarak görev yapmakta iken 12/8/2016 tarihinde Kocaeli Valiliğince açığa alınmıştır.

11. Başvurucu, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsü sonrasında *anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs ve silahlı terör örgütüne üye olma suçlarını* işlediği şüphesiyle Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığınca 11/8/2016 tarihinde gözaltına alınmıştır.

12. Başvurucu 1/9/2016 tarihinde *anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs ve silahlı terör örgütüne üye olma suçlarından* tutuklanması talebiyle sorguya sevk edilmiştir. Yapılan sorgu neticesinde aynı gün Kocaeli 1. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurusunun isnat edilen suçlardan tutuklanmasına karar verilmiştir.

13. Başvurucu 1/9/2016 tarihli ve 29818 mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 672 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Kamu Personeline İlişkin Alınan Tedbirlere Dair Kanun Hükmünde Kararname ile meslekten çıkarılmıştır.

14. Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığı 2/9/2016 tarihinde, *silahlı terör örgütüne üye olma* ile *cebir ve şiddet kullanarak anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs* suçlarından haklarında soruşturma yürütülen

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

başvurucu dâhil bazı şüphelilerin mal varlığı hakkında elkoyma tedbiri uygulanmasını talep etmiştir.

15. Talebi kabul eden Kocaeli 1. Sulh Ceza Hâkimliğince 5/9/2016 tarihinde, başvuru ile diğer şüphelilerin taşınmazları, hak ve alacakları ile vadeli ve vadesiz mevduat hesapları, maaşlı çalışanların ise maaş hesaplarına son aldıkları maaşları kadar paranın aylık harcamalar için kullanılmak üzere o ay içerisinde çekilmesine izin verildikten sonra arta kalan tutar üzerine elkoyma tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir. Kararda, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddesi ile 27/7/2016 tarihli ve 29783 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (668 sayılı KHK) 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendi dayanak olarak gösterilmiştir. Hâkimlik ayrıca şüphelilerin maaş hesabının olmaması veya maaş ödemesinin sona ermiş olması hâlinde kendisi ve ailesinin yaşamsal ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için varsa bir veya birden fazla banka hesabından aylık toplam tutarı 3.500 TL'yi aşmamak kaydıyla ödeme yapılmasına izin vermiştir.

16. Kararın gerekçesinde, terörle mücadelenin etkin bir biçimde sürdürülebilmesi için bazı ivedi tedbirlerin alınmasının zorunluluğuna işaret edilmiştir. Bu bağlamda Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması'nın (FETÖ/PDY) yurt içinde ve yurt dışında finans kaynağı ve büyük bir mali güce sahip olduğu belirtilerek bu mal varlığıyla terör örgütünün finanse edildiği vurgulanmıştır. Kararda, taşınmaz ve ulaşım araçları yönünden elkoyma tedbirinin uygulanması için 17/9/2016 tarihli ve 29804 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (671 sayılı KHK) 31. maddesine göre kuvvetli suç şüphesinin aranmadığı, diğer mal varlığı unsurları yönünden ise şüpheliler tarafından atılı suçun işlendiğine ve suçtan elde edilmiş olduklarına dair kuvvetli suç şüphesinin mevcut olduğunu gösterir bazı somut delillere rastlanmış olduğu belirtilmiştir. Hâkimliğe göre örgütün daha çözülemeyen karmaşık yapısı,

organizasyon beceri ve yapısı dikkate alındığında uygulanan tedbir ölçülülük ilkesine de aykırı değildir.

17. Başvurucu 31/10/2016 tarihinde karara itiraz etmiş, aynı Hâkimlik 14/11/2016 tarihinde aynı gerekçelerle itirazı reddetmiştir.

18. Bu karar başvurucuya 24/11/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

19. Başvurucu 22/12/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. Başvuru Tarihinden Sonra Yaşanan Gelişmeler

20. Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığının 19/1/2017 tarihli iddianamesiyle başvurucunun *silahlı terör örgütüne üye olma* suçundan 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrası uyarınca cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmıştır. İddianamede, başvurucunun Bylock kullanmak suretiyle örgütün gizli, kriptolu iletişim ağına dâhil olduğu ve bu örgütle üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut irtibatı olduğu gerekçesiyle meslekten çıkarıldığı belirtilmiştir. Başvurucunun evinde yapılan aramada ise herhangi bir suç unsuruna rastlanılmadığı, bununla birlikte elde edilen dijital materyallerin kolluk görevlilerince incelenmekte olduğu açıklanmıştır. Bu açıklamalar çerçevesinde şüphelinin, FETÖ/PDY'nin kuruluş amaçlarını, faaliyet ve eylemlerini benimseyerek gönüllü olarak örgüt hiyerarşisine dahil olmayı tercih ettiği ve bu şekilde örgütle bağ kurarak sürekli, çeşitli ve yoğun faaliyette bulunduğu belirtilmiştir.

21. İddianame dosyanın tevzi edildiği Kocaeli 4. Ağır Ceza Mahkemesince (Mahkeme) kabul edilerek kovuşturmaya başlanmıştır.

22. Mahkeme 7/12/2017 tarihinde başvurucunun üzerine atılı *silahlı terör örgütüne üye olma* suçunu işlediği gerekçesiyle 5237 sayılı Kanun'un 314. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, 3713 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrası uyarınca cezasının takdiren 1/2 oranında artırılmasına, 5237 sayılı Kanun'un 62. maddesine göre başvurucunun sabıkasız oluşu ve duruşmadaki iyi hâli nedeniyle cezasında 1/6 oranında indirim

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

yapılmasına ve sonuç olarak 6 yıl 3 ay hapis cezası ile mahkûmiyetine karar vermiştir. Mahkeme yurt dışına çıkış yasağı koymuş ve başvurusunun atılı suçtan serbest bırakılmasına karar vermiştir.

23. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“sanığın FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyesi ve yöneticilerinin kendi aralarındaki gizli yazışmaları yapmak adına kullandıkları bylock isimli programı ... numaralı hat üzerinden 11/8/2014 tespit tarihi olmak üzere ..., ..., ..., ... imei nolu cihazlar ile kullandığı, dosyada mevcut CBS bylock sorgu sonucunda belirtildiği, Ankara 6. Sulh Ceza Hakimliğinin 2017/4061 D.İş sayılı kararına istinaden Ankara CBS Anayasal Düzene karşı işlenen suçlar soruşturma bürosunca 81 İl Emniyet müdürlüğüne gönderilen internet bağlantı iletişim sorgu sonuçları kapsamında; Kocaeli İl Emniyet Müdürlüğü'nün 19.9.2017 havale tarihli dosyamıza giren 22119 sayılı yazısı ekinde CD içinde gönderilen veriler incelendiğinde sanığın 11/08/2014 ile 14/6/2015 tarihleri arasında 26069 kez ByLock serverı olan ... ve ... IP nolu karşı IP numarasına bağlantı gerçekleştirdiği, ByLock serverı ile irtibat kuran telefonların imei numaralarının sanıktan ele geçen imeiler ile uyumluluk gösterdiği böylece sanığa ait telefon ile ByLock serverine bağlantı yaptığının sabit olduğu, sanığın FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyesi ve yöneticilerinin kendi aralarındaki gizli yazışmaları yapmak adına kullandıkları bylock isimli programı kullandığı değerlendirilmiş ve sanığın aksi yöndeki savunmalarının suçtan kurtulmaya yönelik beyanlar olduğu kanatıyla bu yöndeki savunmalarına itibar edilmemiştir. Kriptolu haberleşme programı olan ByLock uygulamasının münnhasıran FETÖ/PDY mensuplarınca kullanıldığı da göz önüne alındığında, sanığın FETÖ/PDY silahlı terör örgütü'nün hiyerarşik yapısına dahil olduğu ve sözü edilen terör örgütü ile arasında organik bağ bulunduğu anlaşılmakla sanığın üzerine atılı bulunan suçu işlediğinin sabit olduğu ve cezalandırılması gerektiğine dair kabul ve kanaat oluşmuş, iddianamede her ne kadar sanığın yurt dışına çıkışı, kapatılan dernek ve dersane ile ilgili irtibatını belirtir anlatımlara yer verilmişse de bu hususlar hükme esas alınmamış, sonuç olarak aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.”

24. Başvurucu karara karşı istinaf talebinde bulunmuş olup istinaf incelemesi hâlen devam etmektedir.

25. Mahkemenin 25/12/2018 tarihli yazısından başvurucunun mal varlığı yönünden uygulanan tedbirin devam ettiği anlaşılmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

26. 5237 sayılı Kanun'un 314. maddesinin ilgili kısmı 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. “

27. 3713 sayılı Kanun'un 5. maddesi şöyledir:

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

Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz. “

28. 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,

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

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;

...

18. (Değişik: 2/12/2014-6572/41 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

...

(3) Taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilir.

(4) Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur.

(5) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararı, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya malî kuruma derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili banka veya malî kuruma ayrıca tebliğ edilir. Elkoyma kararı alındıktan sonra, hesaplar üzerinde yapılan bu kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler geçersizdir.

...

(7) Hak ve alacaklara elkoyma kararı, ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ edilir.

...”

29. 5271 sayılı Kanun’un 267. maddesi şöyledir:

“Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.”

30. 5271 sayılı Kanun’un 268. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hükmü koymadığı hâllerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar. 263 üncü madde hükmü saklıdır.

(2) Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

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

...”

31. 668 sayılı KHK’nın 3. maddesinin 1 numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

“26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

...

(ı) 5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesi uyarınca yapılacak elkoymaya, maddenin birinci fıkrasında belirtilen rapor alınmadan, sulh ceza hâkimliğince karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da elkoymaya karar verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.

...”

32. 671 sayılı KHK’nın 31. maddesiyle 3713 sayılı Kanun’a 20. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 20/A maddesi şöyledir:

“Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve bu Kanun kapsamına giren suçlar nedeniyle gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarının uğradığı zararların tazmini amacıyla, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından, şüpheli veya sanıklara ait taşınmazların veya kara, deniz ya da hava ulaşım araçlarının devir ve temlikini veya bunlarla ilgili hak tesisini önlemek ya da tasarruf yetkisini kısıtlamak için şerh düşülmesine karar verilebilir. Taşınmazlarla ilgili karar tapu kütüğüne; kara, deniz ve hava ulaşım araçlarıyla ilgili karar ise bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi halinde veya şerhin konulduğu tarihten itibaren bir yıl içinde, şerhin devamı yönünde hukuk mahkemesinden verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı ibraz edilmediği takdirde şerh kendiliğinden terkin edilir.”

B. Uluslararası Hukuk

33. 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 hâlel getirmez.”

34. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), suç isnadına bağlı olarak yapılan elkoyma 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 elkoyma işlemiyle başvuru, mülkünden tamamıyla yoksun bırakılmamakta; başvuruçunun mülkünden yararlanması veya tasarrufta bulunması geçici olarak sınırlandırılmaktadır. AİHM ayrıca elkoyma işleminin -kimi durumlarda- muhtemel bir müsadere kararının uygulanmasını güvence altına almaya yönelik olarak geçici bir tedbir şeklinde uygulandığına da dikkat çekmektedir (*Rafiq Aliyev/Azərbaycan*, B. No: 45875/06, 6/12/2011, § 118).

35. AİHM, elkoyma yoluyla yapılan müdahalenin öncelikle iç hukukta yeterli bir temelini 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).

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

Bununla birlikte AİHM, elkoyma 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 elkoyma tedbirinin uygulanmasının kamu yararına dayalı olup meşru bir amacı da içerdiğini sıklıkla içtihatlarında belirtmektedir (*Borzhonov/Rusya*, B. No: 18274/04, 22/1/2009, § 58; *East West Alliance Limited/Ukrayna*, B. No: 19336/04, 23/1/2014, § 187).

36. AİHM'e göre mülkün kamu yararına kullanılmasının kontrolü kapsamında mülke el konulması hususunda devletlerin geniş 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 elkoyma suretiyle yapılan müdahalenin keyfî veya öngörülemez olmaması için usule ilişkin bazı güvenceler öngörülmelidir. AİHM, özellikle elkoyma 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; elkoyma ile ilgili kararlar için bkz. *Dzinic/Hırvatistan*, § 68; *Borzhonov/Rusya*, §§ 60, 61).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 25/9/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

38. Başvurucu, mal varlığı hakkında kanuna aykırı olarak elkoyma tedbiri uygulandığından yakılarak Anayasa'nın öngördüğü güvencelere uyulmadan mal varlığı hakkında elkoyma tedbiri uygulanmasına karar verildiğini, bu nedenle özel hayata saygı, etkili başvuru ile mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

39. Bakanlık görüşünde, Hâkimliğin başvuru mal varlığına tedbir konulmasına ilişkin kararının geçici nitelikte bir tedbir kararı olduğu, başvuru tarafından tedbir kararının şartları oluşmadan verildiği düşünülüyorsa tazminat davası açılabileceği, bununla birlikte başvuru mal varlığına yapılan müdahalenin kanuni, meşru ve orantılı olduğu belirtilmiştir.

B. Değerlendirme

40. 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.”

41. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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). Başvuru aynı iddialarla özel hayata saygı ve etkili başvuru hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Ancak başvuru mal varlığı hakkında elkoyma tedbirinin uygulanmasına ilişkin şikâyeti esas itibarıyla mülkiyet hakkını ilgilendirdiğinden, başvuru söz konusu ihlal iddialarının mülkiyet hakkı bağlamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

42. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

43. Başvuruya konu tedbir kararının uygulandığı mal varlığı değerleri yönünden mülkün mevcut olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

44. Malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 53). Anayasa Mahkemesi daha önce bir suç isnadına bağlı olarak uygulanan elkoyma tedbirinin, mülkten geçici süreyle de olsa yoksun bırakma sonucuna yol açmasından dolayı mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir (*Hanife Ensaroğlu*, B. No: 2014/14195, 20/9/2017, § 52). Somut olayda bir ceza soruşturması sürecindebaşvurucunun mal varlığına suçtan elde edildiği şüphesiyle ve muhtemel bir müsadereyi güvence altına almak için el konulmuştur. Bu durumda müdahalenin belirtilen amacı da gözetildiğinde mülkiyetin kamu yararına kullanımının düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Hanife Ensaroğlu*, § 52; *Onur Tur Uluslararası Nakliyat Ltd. Şti.*, B. No: 2015/947, 15/11/2018, § 52; *Yeter Deri Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2015/8867, 21/2/2019, § 55).

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

45. 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.”

46. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca 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).

i. Kanunilik

47. 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).

48. Somut olayda başvurucunun mal varlığına ilişkin olarak 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesi ve 668 sayılı KHK'nın 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (i) bendi hükümlerine göre elkoyma tedbiri uygulanmıştır. Bununla birlikte başvurucunun cezalandırılması talebiyle açılan davada yapılan yargılama neticesinde Ağır Ceza Mahkemesince verilen mahkûmiyete ilişkin kararda, elkonulan mal varlığı değerleri ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Mahkeme tedbirin devam ettiğini bildirmiştir. Başvurucunun elkoyma kararına karşı yaptığı itirazın ise yine elkoyma kararını veren merci tarafından incelenerek reddedildiği görülmüştür. Tedbirin konulması ile ilgili kanuni bir dayanağın mevcut olduğu tespit edilmekle birlikte tedbirin devamı ve tedbire itiraz sürecine ilişkin belirtilen meseleler müdahalenin ölçülülüğü bağlamında incelenerek sonuca varılacaktır.

ii. Meşru Amaç

49. Elkoyma tedbirinin uygulanmasının, suçla mücadele çerçevesinde yeni suçların işlenmesinin önlenmesi, caydırıcılığın sağlanması ve muhtemel bir müsaderenin güvence altına alınması gibi kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunduğu açıktır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Yeter Deri Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, § 61).

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

50. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin ulaşmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşmak istenen

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

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).

51. 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. Anayasa Mahkemesi müdahalenin orantılılığını değerlendirirken bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini, diğer taraftan da müdahalenin niteliğini, başvurucunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını gözönünde bulundurarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60).

52. 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*, B. No: 2014/5167, 28/9/2016, §§ 74-89. Buna karşılık aynı koşulun yargılama sürecinde sağlanamaması nedeniyle müdahalenin ölçüsüz görüldüğü kararlar için bkz. *Mahmut Üçüncü*, B. No: 2014/1017, 13/7/2016, §§ 79-102; *Arif Güven*, §§ 57-72).

53. Ayrıca mülkiyet hakkına müdahaleye yol açan tedbirlerin keyfî veya öngörülemes 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 gösteren 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

54. Somut olayda öncelikle mülkiyet hakkının korunmasının gerektirdiği usule ilişkin güvencelerin sağlanıp sağlanmadığı belirlenmelidir.

55. Başvurucunun mal varlığı değerlerine Kocaeli 1. Sulh Ceza Hâkimliğince elkoyma tedbiri uygulanmış, başvurucunun karara karşı yaptığı itiraz ise yine aynı Hâkimlikçe değerlendirilerek reddedilmiştir. Hâlbuki 5271 sayılı Kanun'un 267. ve 268. maddelerine göre kararına itiraz edilen Sulh Ceza Hâkimliğinin itirazı yerine görmemesi durumunda en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan merciye göndereceği hüküm altına alınmıştır. İtiraz mercii ise 263. maddenin (3) numaralı fıkrasına göre o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen Hâkimlik olarak düzenlenmiştir. Buna karşın somut olayda başvurucunun elkoyma tedbirine karşı yaptığı itirazın incelenmek üzere Kanunda öngörülen mercie gönderilmediği görülmektedir. Böylelikle başvurucunun, kanun ile tanınan bir hukuk yolu önünde söz konusu elkoyma kararının keyfî veya hukuka aykırı olduğunu ileri sürebilme imkânından yoksun bırakıldığı açıktır.

56. Diğer taraftan silahlı terör örgütüne üye olma suçundan yürütülen bir ceza soruşturmasında muhtemel bir müsaderecin güvence altına alınması çerçevesinde elkoyma tedbirinin kanuna dayalı olarak uygulanması kamu makamlarının takdirindedir. Bununla birlikte olayda başvurucunun atılı suçtan cezalandırılmasına karar veren Mahkeme el

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

konulan mal varlığı değerlerinin müsadereyi yönünde bir hüküm tesis etmemiştir. Mahkeme böyle bir hüküm tesis etmediği gibi söz konusu mal varlığı değerlerine yönelik tedbirin devamı veya sona erdiği yönünde de bir karar vermemiş ve Anayasa Mahkemesin tedbirin devam ettiğini bildirmiştir.

57. Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma sürecine bir bütün olarak bakıldığında müsadere yönünde bir hüküm verilmediği hâlde elkoyma tedbirinin devamına niçin gerek duyulduğu anlaşılamamıştır. Mahkeme tedbirin devamının gerekçesini ve kanuni dayanağını da göstermemiştir.

58. Bu bağlamda 671 sayılı KHK'nın 31. maddesindeki düzenlemeye de dikkati çekmek gerekir. Bu madde ile başvurunun üzerine atılı suç gibi bazı suçlar nedeniyle gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarının uğradığı zararların tazmini için elkoyma tedbirinin uygulanabileceği, ancak şerhin konulduğu tarihten itibaren bir yıl içinde, şerhin devamı yönünde hukuk mahkemesinden verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı ibraz edilmediği takdirde şerhin kendiliğinden terkin edileceği hüküm altına alınmıştır. Mahkeme bu hükmün olayda uygulanabilir olup olmadığı yönünde de herhangi bir değerlendirme yapmamıştır.

59. Sonuç olarak başvurunun hakkında yürütülen ceza soruşturmasında mal varlığı değerleri yönünden uygulanan tedbire ilişkin olarak kanunda öngörülen itiraz sürecinin işletilmediği, müsadere kararı verilmediği hâlde tedbirin fiilen devam ettirildiği, tedbirin devamı ile ilgili olarak bir karar verilmediği gibi konu ile ilgili ve yeterli bir gerekçenin de gösterilmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanun dışı veya keyfî ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınmadığı ve mülkiyet hakkının gerektirdiği usule ilişkin güvencelerin sağlanmadığı kanaatine varılmıştır. Bu durumda elkoyma suretiyle yapılan müdahalenin kamu yararı amacı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunmasının gereklilikleri arasındaki adil denge başvuru aleyhine bozulmuştur. Başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale ölçüsüzdür.

60. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

61. Bununla birlikte anılan tedbirin olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru olup olmadığının incelenmesi gerekir.

d. Anayasa'nın 15. Maddesi Yönünden

62. Anayasa'nın 15. maddesine göre savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesi ve bunlar için Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi mümkündür. Ancak Anayasa'nın 15. maddesi, bu hususta kamu otoritelerine sınırsız bir yetki tanımamaktadır. Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan hak ve özgürlüklere dokunmaması, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülöklere aykırı bulunmaması ve durumun gerektirdiğı ölçüde olması gerekir. Anayasa Mahkemesince Anayasa'nın 15. maddesine göre yapılacak inceleme bu ölçütlerle sınırlı olacaktır. Mahkeme bu incelemenin usul ve esaslarını ortaya koymuştur (*Aydın Yavuz ve diğçerleri*, §§ 192-211, 344).

63. Mülkiyet hakkı savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hâl gibi olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiğı dönemlerde Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında değildir. Dolayısıyla bu özgürlükler yönünden olağanüstü hâllerde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür.

64. Bu kapsamda elkoyma tedbirine karşı başvurucuya etkin bir biçimde itiraz edebilme olanağının tanınmadığı tespit edilerek müdahalenin ölçüsüz olduğı sonucuna varılmıştır. Olağanüstü dönemde söz konusu tedbire yönelik itiraz süreçlerini düzenleyen kanun hükümlerini kaldıran veya değıştiren herhangi bir düzenleme yapılmadığı anlaşıldığından müdahalenin *durumun gerektirdiğı ölçüde* olduğı söylenemez.

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

65. Bu itibarla *olağanüstü hâl* döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesinin, başvurucunun mülkiyet hakkına yönelik Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde belirtilen güvencelere aykırı bu müdahaleyi meşru kılmadığı değerlendirilmiştir.

66. Açıklanan gerekçelerle -Anayasa'nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde de- başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet 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. 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 [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 55).

69. 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*).

70. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İktüzüğü'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, § 58*).

71. Buna göre Anayasa Mahkemesince ihlalin tespit edildiğı hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliğı hususundaki takdir derece mahkemelerine değı ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemeleri ise Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiğı doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan, § 59*).

72. Başvurucu, ihlalin tespiti ile manevi tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

73. Başvurucunun mülkiyet hakkının korunmasının gerektirdiğı usule ilişkin güvencelerin yargı organlarınca sağlanmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

74. Bu durumda ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise usul hukukunda yer alan benzer kurumlardan farklı ve bireysel başvuruya özgü bir düzenleme içeren 6216 sayılı Kanunun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yeniden yargılama sürecinde mahkemelerce yapılması gereken iş, öncelikle hak ihlaline yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılmasından ve Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın

Mülkiyet Hakkına İlişkin Kararlar

bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

75. Diğer taraftan özellikle itiraz sürecinin usulüne uygun işletilmemesi nedeniyle yol açılan ihlalin bütün sonuçlarının giderilebilmesi için *eski hâle iade* kuralı gereğinceuğradığı manevi zararları karşılığında başvurucuya net 5.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

76. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için Kocaeli 4. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2017/159) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 5.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 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 25/9/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

*TOPLANTI VE GÖSTERİ
YÜRÜYÜŞÜ DÜZENLEME
HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR*



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

METİN BİRDAL BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/15440)

Karar Tarihi: 22/5/2019

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Yunus HEPER
Raportör Yrd.	: Ceren Sedef EREN
Başvurucu	: Metin BİRDAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, terör örgütüne üye olma suçundan mahkûmiyette daha önce bazı gösterilere katılmış olmanın delil olarak kullanılması nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının; ana dilde

savunma talebinin reddedilmesi ve esas hakkındaki mütalaaya karşı savunmanın alınmaması nedenleriyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 10/9/2014 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.
7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.
8. İkinci Bölüm tarafından 4/4/2019 tarihinde, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:
10. Başvurucu 15/9/1992 doğumlu olup olayların meydana geldiği tarihte Ağrı'nın Doğubayazıt ilçesinde ikamet etmektedir.
11. Başvurucu; terör örgütüne üye olma, terör örgütü propagandası yapma, kamu malına zarar verme ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarını işlediği gerekçesiyle bir gün gözaltında tutulduktan sonra 26/1/2011 tarihinde tutuklanmıştır. Cumhuriyet savcısı 18/5/2011 tarihli iddianamesi ile başvurucunun anılan suçlardan cezalandırılmasını talep etmiştir.

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Kararlar

12. İddia makamı esas hakkındaki mütalaasında başvurunun “PKK terör örgütü Doğubayazıt Öz Savunma Birlikleri” yapılanması eylem grubu içinde yer aldığı, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilen ve terör örgütünce “sivil itaatsizlik” adı verilen bir dizi eyleme bizzat katıldığı, ayrıca bağlantılı olduğu diğer sanıklarla birlikte gençleri ve suça sürüklenen çocukları azmettirerek organize ettiği gerekçesiyle cezalandırılmasını talep etmiştir.

13. 10/8/2010 ve 24/8/2010 tarihli olaylar yönünden suç tarihinde başvurunun yaşının küçük olması dikkate alınarak genel yetkili mahkemeye görevsizlik kararı vermek üzere dosyanın tefrikine karar verilmiştir.

14. (Kapatılan) Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesi (Mahkeme) 15/5/2012 tarihinde, başvurunun terör örgütüne üye olma suçundan cezalandırılmasına hükmetmiştir.

15. Mahkeme gerekçeli kararına, başvurunun da aralarında bulunduğu sanıklar hakkında yapılan soruşturma ve kovuşturmanın hangi sebeplere dayandığına ilişkin arka plan açıklaması yaparak başlamıştır. Mahkeme, PKK’nın silahlı eylemlerde bulunarak Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinin bir kısmını da içeren ve Marksist-Leninist ideolojiye dayanan ayrı bir devlet kurma amacı olan bir terör örgütü olduğunu belirterek PKK’nın -küçük yaşta çocukların şiddet eylemlerinde kullanılmak suretiyle- güvenlik güçleri ile bölge halkının karşı karşıya getirilmesi stratejisi izlediğine özel vurgu yapmıştır.

16. Mahkeme, başvuruya konu olayların geçtiği Doğubayazıt ilçesinde bazıları küçük yaşta çocuklar olmak üzere genç insanların planlı bir şekilde organize edilen kanun dışı gösteriler ile yol kesme eylemlerinde kullanıldığına dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre genç yaştaki kimseler güvenlik güçleri ile kamu kurumlarına yönelik taşlı ve molotof kokteyli patlayıcı (molotof) saldırı eylemlerinde kullanılmaktadır. Mahkeme ayrıca Doğubayazıt ilçesinde, 12 Eylül 2010 tarihli Anayasa Değişikliği Referandumunda halkın PKK terör örgütünce korkutulduğu ve halka oy kullandırılmadığı tespitine de yer vermiştir.

17. Mahkemeye göre gerçekleştirilen tüm bu eylemler bizzat terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın talimatıyla oluşturulan ve "Öz Savunma Birlikleri" şeklinde nitelendirilen yapının kararı ile icra edilmektedir. Buna göre anılan yapı, yerel güçler olarak görülmekte ve terör örgütüne sempati duyan, kandırılan ya da korkutulan kişilerin bir araya getirilmesiyle oluşturulmaktadır. Terör örgütünün yerel savaşçı güçlerini temsil eden bu grup, sivil yaşamla iç içe görünen ve sivil yaşamdan kopmayan kişilerden meydana gelmekte; yerleşim alanlarının özellikleri ile üstendikleri görevin niteliğine göre eylem kuvvetleri olarak organize edilmektedir. Karara göre bu birlikte yer alanlar keşif, istihbarat, sabotaj ya da suikast gibi eylemleri yapabilecek askerî ve siyasi eğitimden geçirilmekte; gerektiğinde kırsalda faaliyet yürüten örgüt mensuplarının eylemlerine lojistik destek sağlamaktadır. Yine bu kişiler kendi belirledikleri alanda bulunan güvenlik güçlerine silahlı, bombalı, taşlı ve molotoflu eylemlerde bulunmak suretiyle güvenlik güçleri ile halkı yıldırma ve bezdirme faaliyetinde bulunmaktadır.

18. Mahkeme, başvurucunun da aralarında bulunduğu sanıklar hakkındaki soruşturmanın, yukarıda belirtilen yapılanmanın Doğubayazıt ilçesinde de oluşturulduğu ve şiddet eylemlerinde bulunduğu yönünde bilgi edinilmesi ve çeşitli ihbarlar yapılması üzerine başlatıldığını ifade etmiştir. Kararda, gelen ihbarlardan ikisi örnek olarak verilmiştir. İlk örnek 155 Polis İmdat hattına yapılan 13/7/2010 tarihli bir ihbardır. Bu ihbarda esnaf olduğunu belirten şahıs, başvurucunun birlikte yargılandığı sanıklardan N.K., S.Ö. ve S.T. ile tanımadığı iki kişinin esnafı kepenk kapatması için tehdit ettiğini söylemiştir. Erzurum Emniyet Müdürlüğü internet sitesine yapılan 15/7/2010 tarihli ihbarda ise N.K. öncülüğünde M.Y., E.K., Metin Birdal (başvurucu) ve S.T. isimli gençlerden oluşan ve kendilerine "Apocu Gençlik" diyen bir grubun Doğubayazıt ilçesinde meydana gelen kepenk kapatırma olaylarından sorumlu olduğu, ayrıca bunların ilçedeki taş ve molotof atma eylemlerini organize ettikleri ve diğer gençleri bu eylemler için zorladıkları belirtilmiştir. Daha sonra söz konusu arka plan anlatımı, terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın çeşitli tarihlerde avukatlarla görüşme notlarında yer alan açıklamalarına yer verilerek bunun üzerine meydana gelen şiddet eylemlerinin aktarılmasıyla devam etmiştir.

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Kararlar

19. Mahkeme kararına göre başvurucunun üzerine atılı terör örgütüne üye olma suçundan mahkûmiyetine esas alınan deliller şunlardır:

i. 4/6/2010 tarihinde Barış ve Demokrasi Partisi (BDP) ilçe binasından çıkan bir grubun caddede yaptığı gösteri yürüyüşü esnasında “*Biji Serok Apo*” (Yaşasın Başkan Apo) şeklinde slogan atmasıyla yapılan basın açıklamasının terör örgütü propagandasına dönüştürüldüğü ve başvurucunun da bu etkinliğe katılarak grupla birlikte hareket ettiği görsel kayıtlarla tespit edilmiştir.

ii. 10/8/2010 tarihinde BDP Doğubayazıt İlçe Başkanlığınca gerçekleştirilen basın açıklaması sonunda organize olmuş bir kitle tarafından ilçenin değişik yerlerinde yol kesilmiş, güvenlik güçleri ile araçlarına ve işyerleri ile kamu binalarına taşlı ve molotoflu saldırıda bulunulmuştur. Olaya ilişkin görsel kayıtların incelenmesinde başvurucunun belediye binasının yanında, daha sonra güvenlik güçlerince ele geçirilen kullanılmaya hazır altı adet molotofun bulunduğu yerin önünde S.T. ve E.T.yle konuştuğu, çekim yapıldığının fark edilmesi üzerine başvurucunun S.T.yi uyardığı, daha sonra E.Y.nin de yanlarına gelerek hepsini uyardığı görülmüştür. Yine görsel kayıtlarda başvurucunun daha sonra bir banka ve bir süpermarket binasına yapılan saldırılarda kullanılan molotofların hazırlandığı belediye binasının yanındaki boş alanda bulunduğu anlaşılmıştır. Başvurucunun S.B. isimli şahısla olaylardan önce farklı renklerde olan tişörtlerini değiştirdiği de tespit edilmiştir. Mahkemeye göre başvuru daha sonraki şiddet eylemlerinin planlayıcılarından biridir ve olaylarda kullanılan malzemeleri temin ederek gençleri ve çocukları organize ettiği değerlendirilmiştir.

iii. 24/8/2010 tarihinde, güvenlik güçleriyle girdiği çatışmada ölü olarak ele geçirilen terör örgütü mensubunun cenazesi nedeniyle işyerlerine kepenk kapatılmış, cenaze evinde kurulan taziye çadırına giren bir grup, terör örgütü mensuplarına ait fotoğraf ve pankartlar taşıyarak terör örgütünü öven ve destekleyen sloganlar atmıştır. Organize olmuş 20-30 kişilik bir grup tarafından cenaze töreninden sonra işyerlerine ve güvenlik güçlerine taşlı ve molotoflu saldırıda bulunulmuş; yol kesilerek geçen araçlara zarar verilmiş ve

güvenlik güçlerine ait zırhlı araca molotof atılarak, buna müdahale eden üç güvenlik görevlisi darbedilmiş, bir güvenlik görevlisinin de silahı gasbedilmiştir. Güvenlik güçlerinin raporlarına göre olaylardan sonra aralarında S.T. ve E.Y.nin de bulunduğu toplam on beş kişinin silahlı faaliyet göstermek üzere terör örgütünün kırsal alanına katıldığı tespit edilmiştir. Söz konusu olaya ilişkin görsel kayıtların incelenmesi neticesinde başvurucunun S.T. ile birlikte cenazeyi taşıyan grubun ortasında yer alarak alkış tuttuğu ve “İntikam, İntikam” şeklinde slogan attığı görülmüştür. Görsel kayıtlarda başvurucunun cenaze töreninin bitiminde güvenlik güçlerini taşıyan grubun içinde yer aldığı da tespit edilmiştir.

iv. 5/9/2010 tarihinde, güvenlik güçleriyle girdiği çatışmada ölü olarak ele geçirilen terör örgütü mensubunun cenaze töreninden sonra organize olan gruplarca Doğubayazıt ilçe merkezinin değişik noktalarında yol kesilmiş, güvenlik güçleri ile kamu binaları ve işyerlerine taşlı ve molotoflu saldırı gerçekleştirilmiştir. Olaya ilişkin görsel kayıtların incelenmesi neticesinde başvurucunun da taşlı ve molotoflu saldırıda bulunan grupta olduğu tespit edilmiştir.

v. Başvurucuyla birlikte yargılanan A.A. 30/12/2010 tarihli iletişim kaydına göre bazı kişilerle görüşmüştür. İlk derece mahkemesi bu kişilerden birinin başvuru olduğunu kabul etmiştir. Söz konusu iletişim kaydı şu şekildedir:

“ A.A. : Alo

X ŞAHIS : Ne yapıyorsun Adem

A.A. : Vallah ne yapayım oturmuşum

X ŞAHIS : Evde misin

A.A. : Evet evin ordayım

X ŞAHIS : Bir arkadaş seni soruyor

A.A. : Ney

X ŞAHIS : Dedim Metin [başvurucu] seni soruyor

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Kararlar

A.A. : *Evet*

X ŞAHİS : *Neredesin*

A.A. : *Ben evdeyim niye hayırdır*

X ŞAHİS : ***Diyor bir işim vardı akşam seninle***

A.A. : *Ben geldim niye söylemedi işini*

X ŞAHİS : ***Aha Metin ha, aha Metin***

A.A. : *Hangisi*

X ŞAHİS : ***Öğrenci olan Metin ha, dün karşılaştığımız***

A.A. : *Evet evet ben kendisine bir şey söylemiştim*

X ŞAHİS : *He*

A.A. : ***Hani siz yapmadınız da ben ne yapayım***

X ŞAHİS : ***Dur ben vereyim konuş,***

A.A. : *Tamam*

A.A. : *Metin ne yapıyorsun*

Metin... : *Adem arkadaş Merhaba*

A.A. : *Merhaba*

Metin... : *Hani sen biraz önce demiştin birbirimizle buluşalım, hani sen neredesin*

A.A. : *Vallah baba o senin yanındaki varya, senin yanındaki suçu onlarda gör*

Metin... : *Hangisi Orhan....mı, diğeri mi*

A.A. : *Vallah Mehmet.....değil, Orhan.....İbo....ile dediler, bu akşam işimiz var, dedim işinizi bitirin haber verin*

Metin... : *Vallah biz bu akşam dedik biz buradayız ha*

A.A. : *Tamam istersen bu akşamda sorun yoktur, istersen bu akşam da yapalım*

Metin... : *He*

A.A. : *Vallah bende sorun yoktur*

Metin... : *Bugün olmaz daha birbirimizden kopmuşuz, daha olmaz*

A.A. : *Tamam*

Metin... : *Tamam yarın*

A.A. : ***TAMAM YARIN KARAKOLU KURŞUNLAYACAĞIZ***

Metin... : ***Tamam tamam bahsetme yarın görüşürüz***

vi. 22/1/2011 tarihinde Doğubayazıt Belediyesi önünde yaklaşık 1.700 kişinin toplandığı bir mitingde, güvenlik güçleriyle girdikleri çatışmada ölü olarak ele geçirilen teröristler için bir dakikalık saygı duruşunda bulunulmuştur. Miting bitiminde çoğunluğu çocuklardan oluşan ve yüzlerini kimliklerini gizlemek için kapatmış bir grup güvenlik güçlerine ve kamu binalarına taşlı saldırıda bulunmuştur. Görsel kayıtların incelenmesi neticesinde başvurucunun da terör örgütü lehine slogan atan grubun içinde olduğu tespit edilmiştir.

20. Mahkûmiyet hükmünde, dosya kapsamında bulunan ve yukarıda sıralanan tüm deliller birlikte değerlendirilmiştir. Mahkeme başvurucunun PKK terör örgütü tarafından Doğubayazıt ilçesinde oluşturulan “Öz Savunma Birlikleri” yapılanmasındaki eylem grubu üyesi olarak faaliyet yürüttüğüne ve elde edilen görsel kayıtlardan anlaşıldığı üzere ilçede meydana gelen şiddet olaylarında bizzat yer alarak şiddet eylemlerini organize ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, başvurucunun aynı davada sanık olarak yargılanan ve örgüt üyeliğinden mahkûmiyetleri onanan E.Y., A.A., S.B. ve terör örgütünün kırsal alandaki faaliyetlerine katılmak üzere kaçtığı anlaşılan S.T. ile sürekli irtibat hâlinde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, terör örgütüne üyelik suçunun temadi eden suçlardan olduğunu hatırlatmış ve yakalandığı 25/1/2011 tarihine kadar terör örgütü ile olan bağıını devam ettirdiği kanaatine ulaşarak başvurucunun terör örgütü üyeliği suçundan

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Kararlar

mahkûmiyetine hükmetmiştir. Mahkeme, başvurusunun suç işleme kastındaki yoğunluğunu, eylemlerdeki kararlı tutumunu, küçük yaştaki çocukları mağdur ederek örgüte kazandırmasını ve duruşmalarda örgütün talimatları doğrultusunda hareket ettiğini gösterir tavır ve davranışlarda bulunmaya devam etmesini dikkate alarak verilen temel cezada alt sınırdan uzaklaşmış; netice olarak 7 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

21. Mahkûmiyet kararında ayrıca başvurusunun sürekli irtibat hâlinde olduğu şahıslardan A.A. ve E.Y.nin belirtilen şiddet olaylarından önce ya da aynı gün gerçekleştirdiği iletişim kayıtlarına da yer verilmiştir. Söz konusu kayıtlarda Doğubayazıt ilçesinde esnafın kepenk kapatıp kapatmadığı, çocukların şiddet eylemlerinde kullanılmak üzere organize edilmesi ve molotof patlayıcılarının getirilip dağıtılmasına dair konuşmaların bulunduğu tespit edilmiştir.

22. Başvurucu; ilk derece mahkemesince alınan savunmasında, iddianamede delil olarak ileri sürülen gösterilerde kendisinin şiddete başvurmadığını, ayrıca kendisine ait olduğu iddia edilen konuşma kaydındaki “Metin” isimli kişinin kendisi olmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu, ilerleyen celselerde ise ana dilinde savunma yapacağını beyan ederek Türkçe savunma yapmayı reddetmiştir.

23. Mahkeme tarafından başvurusunun Türkçeyi iyi derecede konuştuğu ve anladığı, ana dilinde konuşma yapmak istemesinin ise PKK terör örgütünün üst yapılanması olan KCK’nın talimatı doğrultusunda Mahkemeye karşı alınmış örgütsel bir tavır olduğu değerlendirilmiştir. Bu nedenle başvurusunun ana dilinde savunma yapma talebi reddedilerek susma hakkını kullandığı kabul edilmiştir. Karar duruşması tutanağında da başvurusunun esas hakkındaki mütalaaya karşı diyeceklerinin sorulduğunun, başvurusunun ise önceki duruşmalarda gösterdiği tavrı devam ettirdiğinin kayıt altına alındığı anlaşılmaktadır.

24. Başvurucu, Doğubayazıt Ağır Ceza Mahkemesinin 17/3/2015 tarihli kararıyla 10/8/2010 tarihinde işlediği iddia edilen kamu malına zarar verme ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından yapılan yargılamasında belirtilen suçları işlediği sabit olmadığından beraat

etmiştir. Aynı kararda, başvurucunun 24/8/2010 tarihinde işlediği iddia edilen terör örgütü propagandası yapma suçundan ise 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun uyarınca kovuşturmanın ertelenmesine hükmedilmiştir.

25. Terör örgütü üyeliğinden mahkûmiyetine ilişkin kararı başvurucunun temyiz etmesi üzerine karar,Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından 6/6/2014 tarihinde onanmıştır.

26. Başvurucu, karardan 27/8/2014 tarihli müddetnamenin tebliğiyle haberdar olduğunu belirtmiştir.

27. Başvurucu 10/9/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV.İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

28. 2/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "Terör örgütleri" kenar başlıklı 7. maddesinin ikinci 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."

29. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Silâhlı örgüt" kenar başlıklı 314. maddesi şöyledir:

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

(2) Birinci fıkrafta 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. "

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Kararlar

30. 5237 sayılı Kanun'un "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" kenar başlıklı 220. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.

(2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Örgütün silâhlı olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.

(4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.

..."

31. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 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."

32. Yargıtay, terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm edilebilmesi için -eylemlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu dikkate alındığında- kişinin terör örgütüyle organik bir bağı bulunduğunun, örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğinin gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.2012/4191, K.2013/3971, 14/3/2013; E.2013/9229, K.2013/13608, 13/11/2013). Suçun unsurları konusundaki genel ilke bu olmakla birlikte somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmaktadır (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.2007/11916, K.2009/1340, 4/2/2009; E.2010/16588, K.2011/1626, 9/3/2011; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2015/4767, K.2015/1862, 16/6/2015).

33. Başvuru konusu yargılamanın devam ettiği dönemde 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir.

(2) Engelli olan sanığa veya mağdura, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılır.

(3) Bu madde hükümleri, soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar hakkında da uygulanır. Bu evrede tercüman, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından atanır.”

B. Uluslararası Hukuk

34. 16/5/2005 tarihli Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin terör suçlarının cezalandırılması ve önlenmesiyle ilgili hükümleri şöyledir:

“ Madde 5 Terör suçunun işlenmesine alenen teşvik

1) Bu Sözleşme'nin amaçları açısından 'bir terör eylemini işlemeye alenen teşvik', terör suçunun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelir.

2) Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten işlendiği durumlarda, terörizm suçunu işlemeyi alenen teşviki ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.

Madde 6 Terörist saflara katma

1) Bu Sözleşme'nin amaçları açısından, 'terörist saflara katma' bir başka kişiyi terörist bir eylemi işlemeye veya bu eylemin işlenmesine katılmaya veya bir veya daha fazla suçun bir dernek veya grup tarafından işlenmesine katkıda bulunmak amacıyla bir dernek veya gruba katılmaya teşvik etmek anlamına gelmektedir.

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Kararlar

2) Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten bir suç işlendiği durumda, terörist saflara katmayı ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.

Madde 7 Terörizm için eğitim

1) Bu Sözleşme'nin amaçları açısından, 'terörizm için eğitim', bir terör suçunu icra etmek veya bu suça katkıda bulunmak amacıyla ve beceriyi bu amaçla kullanmak niyetiyle kazandığını bilerek patlayıcıları, ateşli silahları ve diğer silahları veya öldürücü ya da tehlikeli maddeleri yapmayı veya kullanmayı veya diğer özel yöntem ve teknikleri öğretmeyi sağlamak anlamına gelir.

2) Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde yasadışı olarak ve kasten bir suç işlendiği durumda, terörizm için eğitimi ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.

Madde 8 Terör suçunun işlenip işlenmemesi arasında fark bulunmaması

Bir eylemin Sözleşme'nin 5 ila 7. maddelerinde belirtilen suçlardan birini teşkil etmesi için, bu eylemin bilfiil gerçekleşmiş olması gerekmektedir. "

35. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), ifade özgürlüğü kapsamında kalan eylemlerin yasa dışı örgüt üyeliği suçundan mahkûmiyette delil olarak değerlendirilmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan birkaç başvuruda ifade özgürlüğüne müdahale olmadığı gerekçesiyle kabul edilemezlik kararları vermiştir. Bu kararlarda AİHM, başvuruçuların yasa dışı örgüt üyeliği nedeniyle cezalandırıldıklarını, siyasi görüşleri nedeniyle cezalandırılmadıkları gibi bu görüşlere ulaşma ya da görüşlerini yayma konusunda bir engellemeyle de karşılaşmadıklarını ifade etmiştir (Kızılöz/Türkiye (k.k.), B. No: 32962/96, 11/1/2000; Şahiner/Türkiye (k.k.), B. No: 29279/95, 11/1/2000; Arı/Türkiye (k.k.), B. No: 29281/95, 11/1/2000).

36. AİHM daha sonra benzer şikâyetleri barındıran başvurularda mahkûmiyet kararına esas alınan delillerin yalnızca ifade biçimleri olduğu durumlarda başvuruçuların ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulduğunu kabul etmiştir (Yılmaz ve Kılıç/Türkiye, B. No: 68514/01, 17/7/2008, § 58; Gül ve diğerleri/Türkiye, B. No: 4870/02, 8/6/2010, §§ 33-35).

37. *Gül ve diğeri/Türkiye* kararında AİHM, yalnızca belli dergileri okumaları ve bazı gösterilere katılarak yasa dışı örgüt lehine slogan atmaları nedeniyle 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun yasa dışı örgüte yardım etmeyi cezalandıran 169. maddesi uyarınca hapis cezasına mahkûm edilmelerinin başvurucların ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasını incelemiştir. AİHM söz konusu kararda, başvurucların ifade özgürlüğüyle toplumun kendini terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı koruma hakkı arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını inceleyeceğini belirtmiştir (*Gül ve diğeri/Türkiye*, § 38). Başvurucların mahkûmiyetine ilişkin kararda, katıldıkları belirtilen gösterilerin barışçıl olmadığına ya da katılımcıların şiddete başvurduğuna dair herhangi bir açıklama olmadığı, başvurucların gösterilerde attıkları sloganların ise şiddeti meşrulaştıran bir nitelikte olduğunun söylenemeyeceği AİHM tarafından ifade edilmiştir. Bu nedenle başvurucların davranışının ulusal güvenlik ya da kamu düzeni üzerinde başkalarını şiddete ya da silahlı direniş veya ayaklanmaya yönlendirici bir etkisi olamayacağı değerlendirilmiştir (*Gül ve diğeri/Türkiye*, §§ 40-44). Sonuç olarak AİHM, başvurucların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir (*Gül ve diğeri/Türkiye*, § 45).

38. 15/3/2016 tarihli ve 831/2015 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 216., 299., 301. ve 314. maddeleri Hakkında Venedik Komisyonu Raporu'na (Rapor) göre silahlı bir örgüte üyelik suçundan mahkûmiyet kararının ikna edici delillerle ve her türlü makul şüpheden uzak biçimde verilmesi gerekmektedir (Rapor, § 105). Raporda, Yargıtay tarafından kabul edilen, eylemlerinin *sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu* dikkate alındığında kişinin silahlı örgütle organik bir bağı bulunduğu ve örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğinin gösterilmesi gerektiği ilkesinin sıkı bir şekilde uygulanması tavsiye edilmiştir. Komisyon, bu ilkenin geniş biçimde yorumlanması hâlinde özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 7. maddesinde öngörülen suç ve cezaların kanuniliği prensibiyle ilgili sorun oluşabileceğini belirtmiştir (Rapor, § 106).

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Kararlar

39. Venedik Komisyonu anılan raporda ikinci olarak silahlı bir örgüte üyelik suçundan mahkûmiyete karar verilirken dayanılan tek delilin sadece değişik ifade biçimleri olmaması gerektiğini, aksi hâlde kişilerin ifade özgürlüğünün ihlal edilebileceğini belirtmiştir. Komisyona göre söz konusu suçtan yargılama yapılırken AİHM'in de müdahalenin gerekliliği konusundaki içtihadı doğrultusunda şiddete yöneltme koşulunun varlığı her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir (Rapor, § 107).

V.İNCELEME VE GEREKÇE

40. Mahkemenin 22/5/2019 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

41. Başvurucu;

i. Terör örgütü üyeliği suçundan verilen mahkûmiyet kararında şiddete başvurmadan katıldığı gösterilerin delil olarak kullanılması nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının,

ii. Yaşının küçük olması nedeniyle tefrik edilen dosyadaki eylemlerinin dikkate alınmaması gerekmesine rağmen mahkûmiyet kararında delil olarak kullanılması, ayrıca kendisine ait olduğu iddia edilen konuşma kaydında adı geçen “Metin”in kendisi olmamasına rağmen şüpheden uzak hiçbir delil bulunmadan mahkûmiyetine hükmedilmesi nedenleriyle suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

42. Bakanlık görüşünde, başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılması nedeniyle değil terör örgütü üyeliği nedeniyle cezalandırıldığı ifade edilmiştir. Bakanlığa göre mahkûmiyete ilişkin gerekçeli kararda Mahkeme, başvurucunun üzerine atılı eylemlerin delillerini tartışmış ve başvurucunun yaptığı telefon görüşmeleri ile görsel kayıtlara yer vermiştir. Bakanlık; başvurucunun yasa dışı eylemlerle olan ilgisinin

Mahkemece tespit edildiğini, anılan suçtan cezalandırılmasının sebebinin yalnızca toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılması değil, terör örgütünün talepleri doğrultusunda şiddet içeren gösterilerde yer alması olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Bakanlık, Anayasa'nın ve Sözleşme'nin koruduğu toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının barışçıl toplantılar için geçerli olduğunu belirtmiş ve başvurunun şikâyetinin açıkça dayanaktan yoksun bulunması gerektiğini ifade etmiştir.

2. Değerlendirme

43. Anayasa'nın "Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı" kenar başlıklı 34. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

" Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir."

44. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 kapsamda başvurunun şüpheden uzak hiçbir delil bulunmamasına rağmen mahkûmiyetine hükmedilmesinin suç ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal ettiği iddiası toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı bağlamında incelenecektir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

46. Somut olayda başvuru, terör örgütü üyeliğinden cezalandırılmıştır. Başvuru, doğrudan toplantı ve gösteri yürüyüşüne

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Kararlar

katıldığı için cezalandırılmamış ya da anılan hakkın kullanımı sırasında bir engellemeyle karşılaşmamıştır. Buna karşılık Mahkeme, diğer delillerin yanı sıra birtakım gösterilere katılmış olmasını başvurucunun terör örgütü üyeliğinin delili olarak kabul etmiştir.

47. Bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesinin görevi bir yargılamanın sonucu itibarıyla adil olup olmadığını değerlendirmek değildir. Bu doğrultuda bir ceza yargılamasında isnat edilen suçun sübuta erip ermediği veya toplanan delillerin suçun sübutu için yeterli olup olmadığı meselesi, ilkesel olarak Anayasa Mahkemesinin ilgi alanı dışındadır (Yılmaz Çelik [GK], B. No: 2014/13117, 19/7/2018, § 45; krş. Ferhat Üstündağ, B. No: 2014/15428, 17/7/2018, § 65).

48. Başvuruya konu olayda başvurucunun bazı gösterilere katılmış olması örgüt üyeliği suçuna ilişkin yargılamasında delil olarak kullanılmıştır. Kişilerin anayasal hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerinin mahkûmiyet kararlarında delil olarak kullanılması, bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki doğurabilir ve dolayısıyla bu da Anayasa Mahkemesinin ilgi alanındadır.

49. Bu nedenle somut olayda, bazı gösterilere katılmış olmasının terör örgütü üyeliğinin delili olarak kabul edilmesi ile başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına bir müdahalede bulunulduğu kabul edilmiştir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

50. 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.”

51. 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

52. Müdahaleye dayanak olan 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 5237 sayılı Kanun'un 220. ve 314. maddelerinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

53. Başvuruya konu müdahalenin Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması meşru amaçları kapsamında kaldığı anlaşılmıştır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(a) Demokratik Toplumda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının Önemi

54. 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*, § 40, *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).

55. 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 (*Ferhat Üstündağ*, § 41,

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Kararlar

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, B. No: 2015/9247, 4/4/2018, § 52). Sonuç olarak toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifade edilebilmesine bağlıdır (Dilan Ögüz Canan, § 35; Ömer Faruk Akyüz, § 55).

56. 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 savunmak amacıyla da toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenebilir (*Ferhat Üstündağ, § 42*).

57. 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 (*Ferhat Üstündağ, § 43*).

58. 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; Ferhat Üstündağ, § 44*).

(b) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

59. 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 (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 53-55; *Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72; *AYM*, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Ferhat Üstündağ*, § 45). 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 (*Ferhat Üstündağ*, § 46; bazı farklılıklarla birlikte ayrıca bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Orantılılık ise bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir (*Ferhat Üstündağ*, § 48; bazı farklılıklarla birlikte ayrıca bkz. *Bekir Coşkun*, §§ 57; *Tansel Çölaşan*, §§ 46, 49, 50; *Hakan Yiğit*, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, §§ 59, 68).

(c) Terör Örgütü Üyeliği Suçu

60. 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu; 314. maddesinde ise devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma ve Anayasa'yı ihlal suçlarını işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma ve böyle bir örgüte üye olma suçu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere ve uygulamaya göre bir suç örgütüne katılma saikiyle hareket eden ve örgütün amaçlarını benimseyerek örgütün hiyerarşik yapısı içinde verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olan bir kişi örgüt üyesi olarak kabul edilir. Bu itibarla örgüt üyesi, suç organizasyonu içinde bulunan ve örgütün üstün iradesine tabi olarak kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir.

61. Bir kişinin yasa dışı örgüt üyeliği suçundan cezalandırılabilmesi için henüz bir suç işlemiş olması gerekmez. Örgüt üyeliği başlı başına cezalandırılan bir suçtur. Bu itibarla örgüt üyesinin faaliyetinin mutlaka örgüt tarafından gerçekleştirilen suçlara katılma şeklinde olması da gerekmez. Örgüte üye olma suçu, üye ve hatta örgüt henüz bir suç işlememiş olsa dahi örgütün toplum için yarattığı tehlikeyi cezalandıran ve bu yönüyle bir yandan da örgüt faaliyetleri kapsamında suç işlenmesini engelleme amacı taşıyan bir suç türüdür. Çünkü birden fazla kişinin suç işlemek için organize olması toplum için daha açık ve

yakın bir tehdit oluşturur. Özellikle günümüzde terörizmin gerek ulusal gerek uluslararası alanda ulaştığı düzey gözönüne alındığında bu tehdit oldukça somut hâle gelmektedir.

62. Terör örgütü üyeliği suçu uluslararası hukuk literatüründe *statü* suçu olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda kişinin başka bir suç işlemesi gerekmez, yalnızca örgüte üye olmasının cezalandırılması kişisel cezai sorumluluktan ziyade, kolektif cezai sorumluluğa yol açma potansiyeline sahiptir. Fakat bu suçtan mahkûm edilmesi için kişinin, örgütün niteliğini ve amaçlarını bilmesi, örgütün bir parçası olmayı istemesi ve örgütün hayatta kalmasına, amaçlarının gerçekleştirilmesine devamlı bir irade ile katkı sağlaması gerekir. Örgüte üye olmak, fiilî bir katıldır. Dolayısıyla üyeliğin suç olarak kabul edilmesinin ve cezalandırılmasının altında yatan sebep, terör örgütü üyesi olan kişinin aslında bu şekilde terör örgütünün toplum için arz ettiği tehlikeye bilerek ve isteyerek katkı sağlamasıdır. Bu husus Anayasa Mahkemesi tarafından terör örgütü mensuplarının başkalarının eylemi nedeniyle değil kendi istekleriyle böyle bir örgüte girmeleri nedeniyle cezalandırıldığı ve bu durumda ceza sorumluluğunun kişisel olduğu ilkesinin çiğnenmediği belirtilerek ifade edilmiştir (AYM, E.1991/18, K.1992/20, 31/3/1992).

63. Terör örgütü üyeliği suçu, diğer tipik suçlara nazaran erken bir aşamada cezai sorumluluk öngörmektedir. Bu nedenle bir kişinin henüz başka bir suç işlemeyen yalnızca terör örgütüne üye olması nedeniyle cezalandırılabilmesi için yargılama makamlarının o kişinin terör örgütüyle olan bağlarını ortaya koyması gerekir. Böyle bir bağın varlığının araştırılması bireylerin sahip olduğu fikirlerin, bağlı oldukları toplumsal grupların ve ideolojilerinin, davranışlarının anlamlarının ve bunların altında yatan saiklerin değerlendirilmesine yol açar.

64. Henüz ceza kanunlarında tanımlanan bir suçu dahi işlememiş kişilerin bir terör örgütü ile *örgüt üyeliği* olarak kabul edilecek kuvvette bir bağının olup olmadığının bu şekilde değerlendirilmesi ifade, örgütlenme, din ve vicdan özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı gibi temel haklar üzerinde ciddi bir baskı oluşturabilecek potansiyele sahiptir.

65. Bununla birlikte modern demokrasilerde devletlerin kendi sorumluluk alanındaki bireyleri terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı korumak şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüğün bir sonucu olarak insanların terörsüz bir ortamda yaşama hakkı ile bu süreçte bireylerin potansiyel olarak etkilenebilecek temel hakları arasında adil bir dengeleme yapılması ihtiyacı doğmaktadır. Bu sebeple de terör örgütüne üye olmak, ülkemizde olduğu gibi gelişmiş demokrasilerin birçoğunda suç olarak düzenlenmiş ve terörle etkili mücadele politikalarının bir parçası hâline gelmiştir. Bu doğrultuda terör örgütü üyeliği suçundan yapılan yargılamalarda yarışan değerler arasında adil bir denge kurulabilmesi için birtakım ilkeler belirlenmelidir.

(d) Terör Örgütü Üyeliği Suçu Bağlamında Yarışan Değerler Arasında Denge Kurulması

66. İlk olarak çağımızda terör eylemlerinin toplumları tehdit eden en önemli tehlikelerden biri olduğunda kuşku bulunmamaktadır. 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. Ancak terör suçlarına bağlanan ağır hukuksal yaptırımlar gözetildiğinde kamu makamlarının bu konudaki değerlendirmelerinde son derece özenli olmaları beklenir (Yılmaz Çelik, § 57) .

67. Terör örgütüne üye olma suçundan her türlü şüpheden uzak bir şekilde mahkûm edilebilmesi için -eylemlerinin *sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu* dikkate alındığında- kişinin örgütün hiyerarşik yapısına bilerek ve isteyerek dâhil olduğunun yeterli bir gerekçe ile ispat edilmesi şarttır. Klasik ceza hukukunda ispat, geçmişte meydana gelmiş bir olayın gerçek yönünü ortaya koyma ve kişilerde bu konuda bir kanaat oluşturma faaliyeti olarak kabul edilmiştir. Mesele örgüt üyeliği olunca ispat, iddia makamınca ortaya konulan maddi olayların gerçekleşip gerçekleşmediğinin yanı sıra söz konusu suçun unsurlarının, nedensellik bağının, failin kusur yeteneğinin ve kastının onun örgüt üyesi olduğunu gösterip göstermediği olacaktır.

68. “*Delilsiz mahkumiyet olmaz*” ilkesinden dolayı ceza muhakemesi sonucunda verilecek hükmün mutlaka delillere dayandırılması gerekir. 5271 sayılı Kanun’un 217. maddesinde “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*” denilerek delil serbestliği ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkenin bir sonucu olarak somut, gerçekçi, olayla bağlantılı ve olayı temsil eden her şey hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olması şartıyla delil olabilir.

69. Bundan başka ceza muhakemesinin amacı gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu için ispat değeri açısından deliller arasında bir hiyerarşi getirilemez; hâkimin hükmünü dayandıracağı ve olayı temsil eden delillerin nelerden ibaret olduğu önceden sayılarak sınırlanamaz ya da bir ceza davasındaki uyuşmazlığın en az kaç delille ispatlanabileceği düzenlenemez.

70. Dolayısıyla terör örgütlerinin yapılarının ve faaliyetlerinin çeşitliliği söz konusu olunca bir kişinin terör örgütünün üyesi olduğunun ortaya konulması için değerlendirmeye alınabilecek deliller konusunda ortak ve sınırlı bir öngöründe bulunulması mümkün değildir. Delillerin işlevi yargılama makamlarının bir kanaate ulaşarak hüküm vermesini sağlamaktır. Yargıtay bir kararında bu konuya şu şekilde açıklık getirmiştir:

“Ceza yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Gerçek, akla uygun ve realist, olayın bütünü veya parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bir bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkartılmalıdır, yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır” (YCGK, E.1993/6-79, K.1993/108, 19/4/1993).

71. Delil serbestliği nedeniyle mahkemenin dikkate alabileceği deliller konusunda bir sınırlandırma öngörülmesi mümkün değildir. 5271 sayılı Kanun’un 217. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi hâkim delillerin değerini “*Vicdani kanaatiyle serbestçe takdir eder*”, ancak keyfî davranamaz. Ceza hâkimi delilleri bir bütün olarak değerlendirerek delillerin olayı ortaya koyup koymadığını inceler. Söz konusu terör örgütü üyeliği suçu olunca ise delil değerlendirmesi geleneksel suçlara ilişkin delillerin değerlendirilmesine göre bir ölçüde farklılaşmaktadır. Zira bir kişinin terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm edilebilmesi

için henüz başka bir suç işlemesi gerekmediğinden maddi olayların tek tek ele alındığında kendi başına birer suç teşkil etmesi veya bir suça vücut vermesi gerekmemektedir.

72. 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 (Yılmaz Çelik, § 58). Bu bağlamda bir kişinin terör örgütü üyeliği suçundan cezalandırılması için örgüt faaliyeti çerçevesindeki eylemleri *süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk* göstermelidir. O hâlde her biri örgüt üyeliğine ilişkin bir parçayı açıklayan ve delil olarak kabul edilen faaliyetlerin birleştirilerek olayın bütününe anlaşılmaya sağlanmalıdır. Kişilerin terör örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olduğunu gösteren delillerin birlikte incelenmesi sonucunda delillerin sağlamlığı sınanmalı; her biri her terör örgütünün amacı, niteliği, bilinirliği, kullandığı şiddetin türü ve yoğunluğu ile somut olayın ilgili diğer koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Kişilerin delil olarak kabul edilen faaliyetleri birbiriyle sınanmalı ve sağlamaları yapılarak birbirlerini tamamlayıp tamamlamadığı ve tutarsızlık içerip içermediği tespit edilmelidir.

73. 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.

(e) İlkelerin Olaya Uygulanması

74. Başvurucunun üyesi olduğu gerekçesiyle cezalandırıldığı PKK, yaklaşık kırk yıldır yurdun Doğu ve Güneydoğu Bölgelerinde yoğun olmak üzere ülkenin tümünde pek çok sivil vatandaş ile güvenlik gücünün ölümüne sebep olmuş şiddet eylemlerinin faili bir terör örgütüdür. PKK, başvuruya konu olayların meydana geldiği tarihlerde faaliyet göstermiştir ve faaliyetlerine de devam etmektedir. Ağrı'nın Doğubayazıt ilçesinde 5/8/2010, 26/10/2011, 11/11/2011, 30/4/2012 ve 31/5/2012 tarihlerinde PKK terör örgütü tarafından gerçekleştirilen terör olaylarının bir kısmında terör örgütü mensuplarının yanı sıra güvenlik güçlerinden de ölenler ve yaralananlar olmuştur. Başvuru konusu olayların meydana geldiği Doğubayazıt ilçesinin uzunca bir süredir

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Kararlar

PKK terör örgütünün faaliyetlerinin yoğunlaştığı bir bölge olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim 31/1/2018, 12/3/2018, 14/4/2018 ve 20/5/2018 gibi daha yakın tarihlerde dahi Doğubeyazıt ilçesinde ölümlü terör olaylarının yaşandığı rapor edilmiştir. Bu nedenle anılan bölgede terörle mücadelenin oldukça hassas nitelikte bulunduğunu ve aynı doğrultuda terörle mücadele eden birimlerin daha geniş takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

75. Somut olayda yapılan ihbarlar üzerine PKK terör örgütünün talimatı doğrultusunda gösterilerde meydana gelen şiddet olaylarını organize ettikleri gerekçesiyle başvuru ile diğer bazı kişiler hakkında soruşturma başlatılmış ve başvuru, güvenlik güçlerince takibe alınmıştır. Mahkeme 10/8/2010 tarihli basın açıklamasında elde edilen görsel kayıtlardan başvurunun daha sonra şiddet olayları yaşanacak olan gösteride kullanılan patlayıcıların hazırlandığı yerde bulunduğunu ve arkadaşlarıyla birbirlerini uyardıklarını tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca başvurunun güvenlik güçlerine yakalanmamak amacıyla bir arkadaşıyla kıyafetini değiştirdiğini de vurgulamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, başvurunun o tarihte meydana gelen şiddet olaylarını organize eden kişilerden olduğu kanaatine ulaşmıştır.

76. İlk derece mahkemesi başvuru sözü konusu gösterilerdeki faaliyetleri nedeniyle cezalandırmış değildir. Ancak Mahkeme; başvurunun şiddet olaylarının yaşandığı ve terör örgütünün propagandasına dönüştürülen gösterilere katılmış olmasını, onun örgüt üyeliğini açıklayan faaliyetlerden biri olarak ve böylece eylemlerinin sürekliliğini göstermek için kullanmıştır.

77. Anayasa Mahkemesi daha önceki bir kararında terör örgütünün süregelen şiddet eylemlerinin artmasına veya devamına destek olacak şekilde şiddeti savunan sloganlar atılması, pankart, örgüte ait bayrak ve işaretlerinin taşınması hâlinde gösterilerin terör örgütünün propagandasına dönüştürülmüş olacağını ifade etmiştir (*Ferhat Üstündağ*, §§ 67-69). Bir terör örgütünün eylemlerini onaylayarak kamuoyu önünde ona sahip çıkmak, anılan örgütün işlediği cürümleri iyi görmek ve dolayısıyla desteklemek niteliğindedir. Gösterileri terör örgütünün propagandasına dönüştüren kişiler bir terör örgütünün toplumsal bilinirliğinin ve kabul edilebilirliğinin artırılmasına,

eylemlerinin meşru gösterilmesine, toplantı ve gösteri hakkının tanındığı imkânlar kullanılarak güvenlik güçlerine ve devletin diğer kurumlarına karşı sürekli bir çatışma siyasetinin yöntem olarak benimsenmesine hizmet etmektedir (*Ferhat Üstündağ*, § 70). Mahkememiz terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösterilerde bir terör örgütü olan ve hedeflerine ulaşmak için şiddeti bir yöntem olarak benimseyen PKK'nın desteklendiğinin söylenmesinin demokratik topluma yönelik ciddi bir tehdit olduğuna karar vermiştir (*Ferhat Üstündağ*, §§ 68).

78. Sonuç olarak ceza muhakemesi hukukunda yer alan delil serbestliği ilkesi de gözönünde bulundurulduğunda ilk derece mahkemesinin mahkûmiyete ilişkin kararında başvurucunun, şiddet eylemlerine başvurulmasıyla barışçıl niteliğini kaybetmiş, terör örgütünün çağrısı üzerine yapılan ve terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösterilere katılmış olmasını delil olarak kabul etmesi mümkündür.

79. Öte yandan ilk derece mahkemesi başvurucunun terör örgütü üyesi olduğu sonucuna yalnızca anılan gösterilere katılmış olduğunu dikkate alarak ulaşmamıştır. Mahkeme, olayların geçtiği Doğubayazıt ilçesinde PKK terör örgütü talimatı doğrultusunda “*Öz Savunma Birlikleri*” adı verilen bir eylem grubu oluşturulduğuna dair polis raporlarını (bkz. § 17), başvuru ile diğer sanıklar hakkında yapılan ihbarlar ile başvurucunun eylemlerini birlikte değerlendirdiğinde başvurucunun söz konusu yapılanma içinde yer aldığı kanaatine ulaşmıştır (bkz. § 19). Mahkeme ayrıca başvuru ile başka bir kişi arasında geçen karakol kurşunlayacaklarına dair telefon konuşmasına, başvuru ile hepsi terör örgütü üyeliğinden mahkûm edilmiş ve bir kısmı örgütün kırsal kesimine katılmak için kaçtığı anlaşılan diğer sanıklar arasındaki ilişkinin ve iletişimin niteliği ile sıklığına da dayanmıştır (bkz. § 19). İlk derece mahkemesi ayrıca başvurucunun ölen bir terör örgütü mensubu için saygı duruşunda bulunmasını, “*Yaşasın Başkan Apo*” şeklinde terör örgütü lideri lehine slogan atılan bir gösteriye katılmasını ve yine katıldığı gösterilerden birinde “*İntikam, İntikam*” şeklinde slogan atmış olmasını da (bkz. § 19) değerlendirmeye almıştır.

80. İlk derece mahkemesi telefon kayıtlarını, polis raporlarını, ihbarları, başvurucunun bazı gösterilerdeki davranışlarını ve bu

gösterilerde üstlendiği roller ile diğer delilleri bir bütün olarak değerlendirmeye almıştır. Mahkeme, örgüt faaliyeti çerçevesindeki eylemlerinin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gösterdiğine kanaat getirerek başvurunun PKK terör örgütü üyesi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Diğer taraftan ilk derece mahkemesi başvurunun salt bu faaliyetlere iştirak etmesini örgüt üyeliği suçunun delili olarak kullanmamıştır. Nitekim ilk derece mahkemesi başvurunun, çoğunda şiddet olaylarının yaşandığı toplantı ve gösterilere katılımını, başvurunun örgüt talimatıyla toplantı ve gösterilerdeki şiddet olaylarını organize ettiği değerlendirmesine dayanak olarak almıştır. Bu bağlamda ilk derece mahkemesinin başvuru hakkındaki delilleri değerlendirme biçimine bakıldığında başvurunun bazı gösterilere katılmış olması ile terör örgütü propagandası olarak nitelendirilebilecek ya da örgüte sempati duyulduğunu gösteren diğer deliller de birbirleriyle çelişkili değildir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin, başvurunun söz konusu toplantı ve gösterilerde çocuk ve gençleri örgütleyerek şiddet eylemlerini organize etmek biçimindeki rolünün ve diğer davranışlarının, onun PKK terör örgütünün talimatıyla oluşturulan “Öz Savunma Birlikleri” adlı örgütün hiyerarşik yapılanmasına kendi isteğiyle ve bilerek dâhil olduğuna dair bilgileri doğrular ve tamamlar nitelikte olduğunu ikna edici biçimde gösterdiği sonucuna varılmıştır.

81. Katıldığı toplantı ve gösterilerdeki faaliyetlerinin terör örgütüne üye olma suçundan cezalandırılmasında delil olarak kullanılması nedeniyle başvurunun toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahalede bulunulmuştur. Toplantı hakkının güvence altına alınmadığı bir ülkede demokrasiden bahsetmek mümkün değildir. Bu hak demokrasinin vazgeçilmez bir koşuludur ve onun ayrılmaz bir parçasıdır (Ferhat Üstündağ, § 78).

82. Bununla birlikte başvuru konusu olayda ilk derece mahkemesi, eylem ve davranışlarıyla şiddete ve demokratik olmayan yöntemlerin yaygınlaştırılmasına hizmet eden başvurunun demokratik yaşam için ciddi bir tehdit oluşturduğu kanaatine ulaşmıştır. Dolayısıyla 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 başvurunun cezalandırılması acil bir toplumsal ihtiyacı karşılamaktadır. İlk derece

mahkemesinin toplumun terörsüz bir ortamda yaşama hakkı ile başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı arasında adil bir denge kurduğu sonucuna ulaşılmıştır.

83. Sonuç olarak başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahale demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir müdahale olarak değerlendirilemez.

84. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

B. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

85. Başvurucu, ana dilde savunma talebinin reddedilmesi ve esas hakkındaki mütalaaya karşı savunmasının alınmaması nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

86. 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesine göre sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar sanık veya mağdura tercüme edilir. Soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar da bu haktan yararlanır. 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesiyle meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen şüphelilerin/sanıkların kendilerini Türkçe dışındaki bir dilde savunmalarına imkân tanınmıştır. Böylece Türkçeyi hiç konuşamayan ve anlayamayan kişilerin ana dilleri ya da bildikleri başka bir dilde şikâyetlerini aktarabilmesi veya savunmalarını yapabilmesi sağlanmıştır (Abdurrahim Balur, B. No: 2013/5467, 7/1/2016, § 53)

87. Diğer taraftan 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesine 24/1/2013 tarihinde ilave edilen (4) numaralı fıkra ile tercüman hakkı genişletilmiştir. Yeni kuralla sanıkların *"iddianamenin okunması ve esas hakkındaki mütalaanın verilmesi üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde"* yapabileceği hükmü getirilmiştir. Böylece *meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilen sanığa da sözlü savunmasını başka dilde yapabilme imkânı tanınmıştır* (Abdurrahim Balur, § 54).

88. Somut olayda başvuru, soruşturma ve kovuşturma makamlarına Türkçe beyanlarda bulunmuştur. Ancak ilerleyen celselerde ve esas

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına İlişkin Kararlar

hakkındaki mütalaaya karşı savunmasının sorulması üzerine Türkçe dışında savunma yapacağını beyan etmiştir. İlk derece mahkemesince başvurusunun Türkçeyi iyi derecede konuştuğu ve anladığı, ana dilinde konuşma yapmak istemesinin ise PKK terör örgütünün üst yapılanması olan KCK'nın talimatı doğrultusunda Mahkemeye karşı alınmış örgütsel bir tavır olduğu tespiti yapılmıştır. Bu nedenle başvurusunun ana dilinde savunma yapma talebi reddedilerek susma hakkını kullandığı kabul edilmiştir. Yeni usul kuralının yürürlüğe girdiği tarihten önce ilk derece mahkemesi önünde gerçekleştirilen başvurucuya tercüman atanmamasına ilişkin işlemde Türkçeyi *anlayan* ve *konuşan* başvurusunun mensubu olduğu etnik dilde savunma yapabilmesi için tercümandan yararlanma talebinin kabul edilmemesinin savunma hakkını kısıtlamadığı sonucuna ulaşılmıştır (aynı yönde karar için bkz. *Abdurrahim Balur*, § 55).

89. Açıklanan gerekçelerle bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

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

B. Anayasa'nın 34. maddesinde güvenceye bağlanan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 22/5/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

*ADİL YARGILANMA HAKKINA
İLİŞKİN KARARLAR*



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ÜNAL GÖKPINAR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2018/9115)

Karar Tarihi: 27/3/2019

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 Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportörler	: Fatma Burcu NACAR YÜCE Özgür DUMAN
Başvurucu	: Ünal GÖKPINAR
Vekili	: Av. Tamer DOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir vergi incelemesi sonucuna bağlı olarak aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 3/4/2018 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.
8. İkinci Bölüm tarafından 7/3/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Vergi İncelemesi Süreci

10. Başvurucu 23/6/1986 tarihinden itibaren loto ve benzeri şans oyunları ile millî piyango bileti satışı işiyle iştigal etmektedir.

11. Vergi idaresince, başvurusunun 2007 ile 2011 arasındaki dönemlere ilişkin işlemleri vergi incelemesine tabi tutulmuştur. Vergi müfettişi, başvurusunun ilgili dönemlere ait defter ve belgelerini incelemiştir. İnceleme sonucunda 6/11/2013 tarihinde vergi tekniği, vergi inceleme ve vergi suçu raporları düzenlemiştir. Vergi tekniği raporunda;

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

i. Başvurucunun 2007 ila 2011 yıllarında “*pos tefeciliği*” (pos cihazı üzerinden yasa dışı ikrazatçılık faaliyeti yürütme işi) yoluyla gerçeği yansıtmayan kontör satışında bulunduğu ve bu kapsamda düzenlediği kontör faturalarının sahte olduğu belirtilmiştir.

ii. Başvurucunun “*pos tefeciliği*” faaliyetini gizlemek amacıyla sahte fatura ticaretiyle iştigal eden mükelleflerden kontör alımı içerikli sahte fatura temin ettiği ve bu nedenle kontör alış faturalarının da sahte olduğu tespitine yer verilmiştir.

iii. Başvurucunun “*pos tefeciliği*” yoluyla 2007 yılında 472.876,10 TL, 2008 yılında 1.258.878,00 TL, 2009 yılında 1.766.190,23 TL, 2010 yılında 1.159.086,00 TL ve 2011 yılında 3.476.553,85 TL sahte fatura düzenlediği ifade edilmiştir.

iv. Danıştay içtihadına göre sahte faturanın üzerinde yazılan tutarın % 2’sinin komisyon gelirini teşkil ettiği belirtilerek yukarıda belirtilen tutarlarının % 2’si yıllık komisyon geliri olarak hesaplanmıştır.

v. Ayrıca sahte fatura kullanma ve düzenleme fiilleri nedeniyle başvuru hakkında suç duyurusunda bulunulması önerilmiştir.

12. Bu rapora istinaden düzenlenen aynı tarihli vergi inceleme raporlarında başvurucunun fatura veya benzeri belge düzenlenmemesi suretiyle hizmet satışını belgesiz olarak gerçekleştirdiği gerekçesiyle 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 353. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca başvuru adına usulsüzlük cezaları kesilmesi; ayrıca aynı Kanun’un 30. maddesinin (4) numaralı bendi uyarınca mükellef adına resen üç kat vergi ziyai cezalı katma vergisi, gelir vergisi ve geçici vergiye bağlı vergi ziyai cezası tarh edilmesi önerilmiştir. Vergi inceleme raporu doğrultusunda başvuru adına 2007 ila 2011 dönemlerine ilişkin olarak vergi ziyai cezalı katma değer vergisi, gelir vergisi ve geçici vergiye bağlı vergi ziyai cezası tarh edilmiş, ayrıca özel usulsüzlük cezası kesilmiştir.

13. Başvuru sahte fatura düzenlediği gerekçesiyle adına resen salınan vergi ziyai cezalı vergiler ile kesilen özel usulsüzlük cezasına karşı 4/2/2014 tarihinde Hatay 1. Vergi Mahkemesinde davalar açmıştır.

Mahkeme 23/9/2014 tarihinde davaların kabulüne karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, başvuru hakkında takdir edilen matraha ilişkin tespit ve bilgilerin yer aldığı 6/11/2013 tarihli rapor eklenmeden yapılan tebligatın geçerli olamayacağı vurgulanmıştır. Mahkeme bu sebeple başvuru adına tarh edilen vergiler ile kesilen üç kat vergi ziyai cezası ve özel usulsüzlük cezasına ilişkin vergi/ceza ihbarnamelerinde hukuka uygunluk olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

14. İdare bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur. İdare diğer yandan da yeniden vergi/ceza ihbarnameleri düzenlemiş ve bu defa tarhiyatın dayanağını teşkil eden vergi inceleme raporu ve vergi tekniği raporu ile birlikte bu ihbarnameleri başvurucuya göndermiş, bu işlemler 4/11/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. İdarenin 16/9/2015 tarihinde bu hususu bildirmesi üzerine Danıştay Üçüncü Dairesi 3/11/2015 tarihinde temyiz isteminin konusuz kaldığı gerekçesiyle istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

15. Başvurucu, vergi idaresinin ikinci kez düzenlediği vergi ve ceza ihbarnamelerine karşı da farklı tarihlerde farklı vergi mahkemelerinde davalar açmıştır. Ancak bu yargılamalar devam ederken yürürlüğe giren 3/8/2016 tarihli ve 6736 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun kapsamında başvuru, söz konusu vergi borçlarının yapılandırılması için 12/10/2016 tarihinde vergi dairesinden talepte bulunmuştur. Başvurucunun talebini değerlendiren vergi dairesince düzenlenen 27/10/2016 tarihli ödeme planı çerçevesinde başvuru 65.311,81 TL tutarındaki borcunu altı taksit hâlinde ödemiştir. Başvurucu, vergi mahkemelerinde açtığı davalardan da bu yapılandırma çerçevesinde feragat etmiştir.

B. Ceza Yargılamasına İlişkin Süreç

16. Başvurucu hakkında ayrıca *“sahte fatura kullanma ve düzenleme”* nedeniyle 213 sayılı Kanun’un 359. maddesinin (b) bendi uyarınca suç duyurusunda bulunulmasının uygun olacağı yönünde vergi suçu raporu tanzim edilmiştir. Bu rapora dayanan Vergi Denetim Kurulu 25/4/2014 tarihinde başvuru hakkında İskenderun Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuştur.

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

17. Cumhuriyet Başsavcılığı 9/6/2014 tarihinde başvurucunun sahte fatura düzenleme ve kullanma eylemi nedeniyle zincirleme biçimde 213 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan cezalandırılması talebiyle iddianame düzenlemiştir.

18. İddianamenin kabulüne karar veren İskenderun 5. Asliye Ceza Mahkemesi (Ceza Mahkemesi) konu hakkında bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Bilirkişi kurulunun 18/5/2016 tarihli raporunda, başvurucunun 2007 yılında 134 adet, 2008 yılında 30 adet, 2009 yılında 82 adet, 2010 yılında 35 adet satış belgesinin, gerçek bir mal ve hizmet satışına yönelik olmaksızın düzenlenen sahte belgeler olduğu belirtilmiştir. Raporda ayrıca başvuru mükellefin 2009 yılına ait 6 adet ve 2011 yılına ait 29 adet sahte faturayı yasal defterlerine işlemek suretiyle kullandığı belirtilmiştir.

19. Ceza Mahkemesi 24/10/2017 tarihinde başvurucunun sahte fatura düzenleme eylemini sabit görerek 213 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan beş kez ayrı ayrı cezalandırılmasına karar vermiştir. Ceza Mahkemesince başvuru hakkında 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b) bendi gereğince alt sınırdan ceza tayin edilmiştir. Ceza Mahkemesi, aynı suçu işleme kararı ile Kanun'un aynı hükmünü değişik zamanlarda birden fazla kez ihlal ettiği gerekçesiyle başvurucuya verilen cezaları 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesi ilk fıkrası uyarınca artırmıştır. Ceza Mahkemesi sonuç olarak başvurucunun beş kez ayrı ayrı 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, bilirkişi raporundaki tespitler doğrultusunda başvurucunun 2007-2011 yılları arasında her bir yıl için birden fazla defa değişik zamanlarda sahte fatura düzenlemek suretiyle isnat edilen suçu zincirleme şeklinde işlediği belirtilmiştir.

20. Başvurucunun istinaf başvurusu üzerine Adana Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 19/2/2018 tarihinde hükmü onamıştır. Nihai karar başvuru vekiline tebliğ edilmemiştir.

21. Başvuru 3/4/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV.İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

22. 213 sayılı Kanun'un 341. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Vergi ziyayı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder"

23. 213 sayılı Kanun'un 344. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"341 inci maddede yazılı hallerde vergi ziyasına sebebiyet verildiği takdirde, mükellef veya sorumlu hakkında ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesilir.

Vergi ziyasına 359 uncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde bu ceza üç kat ... olarak uygulanır."

24. 213 sayılı Kanun'un 351. maddesi şöyledir:

"Usulsüzlük vergi kanunlarının şekle ve usule mütaallik hükümlerine riayet edilmemesidir."

25. 213 sayılı Kanun'un 353. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(Değişik: 21/3/2018-7103/12 md.) Elektronik belge olarak düzenlenmesi gerekenler de dâhil olmak üzere, verilmesi ve alınması icabeden fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarının verilmemesi, alınmaması, düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi, bu belgelerin elektronik belge olarak düzenlenmesi gerekirken Maliye Bakanlığınca belirlenen zorunlu haller hariç olmak üzere kâğıt olarak düzenlenmesi ya da bu Kanunun 227 nci ve 231 inci maddelerine göre hiç düzenlenmemiş sayılması halinde; bu belgeleri düzenlemek ve almak zorunda olanların her birine, her bir belge için 240 Türk lirasından aşağı olmamak üzere bu belgelere yazılması gereken meblağın veya meblağ farkının %10'u nispetinde özel usulsüzlük cezası kesilir"

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

26. 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b) fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan ... belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.”

2. Anayasa Mahkemesi Kararları

27. Anayasa Mahkemesinin 31/5/2017 tarihli ve E.2017/28, K.2017/107 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“...

5. İtiraz konusu kuralda, izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 292. ve izleyen maddelerinde yazılı hükümlerin uygulanacağı öngörülmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 292. maddesinde hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu düzenlenmiş olup, tutukevinden, ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına, bu suçun, cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir.

...

15.Öte yandan, hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan 'aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)' ilkesi gereğince, kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle ayrı hukuk disiplinleri kapsamında aynı fiilin farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bu ilke sadece ceza davalarına ilişkin olduğu için aynı fiilden dolayı ceza soruşturması yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve 'aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz' ilkesine aykırılık oluşturmaz. Bu nedenle izinden dönmeyen

veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirmeye yönelik olarak hem disiplin cezası hem de ceza yaptırımını verilebilmesinde Anayasa'ya ve ceza hukukunun belirtilen temel ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

16. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

..."

28. Anayasa Mahkemesinin 12/7/2017 tarihli ve E.2017/95, K.2017/119 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...

9. İtiraz konusu kuralda, işleten ile gönderenin aynı olması halinde azami yüklü ağırlığı veya izin verilen azami yüklü ağırlığı aşan işleten ve gönderen için uygulanacak idarî para cezalarının toplamının uygulanacağı öngörülmektedir.

...

12. Öte yandan, hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan 'aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)' ilkesi gereğince kişi, aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz.

13. İtiraz konusu kural, azami yüklü ağırlığın aşılması durumunda göndereni ve işleteni ayrı ayrı ve eşit miktarda idari para cezası ile sorumlu tutarken 'işleten ile gönderenin aynı olması' durumunda aynı ihlal nedeniyle işleten ve gönderenin sorumlu olduğu miktarların toplamı kadar idari para cezası uygulanmasını öngörmektedir. Kuralın lafzı dikkate alındığında 'gönderen' ve 'işleten' için öngörülen ceza miktarlarının 'toplamı', işleten ve gönderenin hukuka aykırı fiillerine bağlanan iki ayrı cezanın birlikte uygulanması ve dolayısıyla aynı kişinin iki kere yaptırıma tabi tutulması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, ne bis in idem ilkesine uygunluk yönünden kuralın yol açtığı söz konusu mükerrerliğin 'aynı fiil'den kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

14. Kural'da yer alan 'işleten ile gönderenin aynı olması', kişinin 'kendi yükünü taşıması' halinde meydana gelebilecek bir durumdur. İlgili mevzuatta 'eşyayı bir yerden başka bir yere nakletmek amacıyla taşımacıya teslim eden gerçek veya tüzel kişi' olarak tanımlanan gönderenin, kendi yükünü taşınmak üzere kendisine teslim etmesi gibi bir durumun söz konusu olamayacağı ve dolayısıyla da 'işleten ile gönderenin aynı olması' halinde ortada bir 'gönderen'in varlığından söz edilemeyeceği kuşkusuzdur.

15. Diğer taraftan, işleten ile gönderenin aynı kişi olması durumunda, bu kişinin (işleten) azami yüklü ağırlığı aşmasına ve bunun sonucunda itiraz konusu kuralda öngörülen cezanın uygulanmasına neden olan hareketleri, amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı şekilde kendi içinde bir bütün oluşturduğundan hukuki anlamda 'tek bir fiil' olarak değerlendirilmelidir.

16. Bu durumda, iki ayrı fail ve her biri ayrı ceza gerektiren birbirinden bağımsız fiiller söz konusu olmadığından, bir kişinin (işleten) 'aynı fiil' nedeniyle iki kere cezalandırılması sonucunu doğuran itiraz konusu kural, ne bis in idem ilkesine ve hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.

17. Açıklanan nedenlerle kural, 2918 sayılı Kanun'un 65. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

..."

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Sözleşmeler

29. 4/6/2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin ilişik beyanlar ve çekince ile onaylanması Bakanlar Kurulunca 7/7/2003 tarihinde kararlaştırılmıştır. Bu Sözleşme'nin adil yargılanma hakkının düzenleyen 14. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Herkes mahkemeler ve yargı organları önünde eşittir. Herkes, bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilirken, yasalar uyarınca kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve kamuya açık bir ya da ulusal güvenlik gerekçeleriyle ya da tarafların özel hayatları bunu gerektirdiğinde, ya da özel durumlarda,

mahkeme, açıklığın adalete zarar vereceği düşüncesine vardığı takdirde, mahkemenin gerekli gördüğü ölçüde, basın ve dinleyiciler duruşmaların tümü ya da bir kısmının dışında tutulabilirler. Ancak, küçüklerin çıkarları aksini gerektirmedikçe, ya da duruşmalar çocukların vesayetine ilişkin evlilikle ilgili uyuşmazlıklar hakkında olmadıkça, ceza ya da hukuk davalarında verilecek herhangi bir kararın aleni olması zorunludur.

...

7. Hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkum olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz."

30. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı" kenar başlıklı 8. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kesinleşmiş bir kararla beraat eden bir sanık aynı sebepten dolayı yeni bir yargılamanın konusu olamaz."

31. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes 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 sahiptir"

32. Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Hiç kimse, bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı, aynı devletin yargı yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

33. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) *ne bis in idem* ilkesinin genel nitelikli suç isnadı yönünden adil yargılanma hakkıyla bağlantılı özel bir güvence olduğunu belirtmektedir. AİHM ek 7 No.lu Protokol'ün

4. maddesinin amacının ise nihai kararlar sonuçlanan cezai süreçlerin tekrarlanması yasaklamak olduğunu vurgulamaktadır(*Nikitin/Rusya*, B. No: 50178/99, 20/7/2004, 35).

34. AİHM Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi bağlamında öncelikle yapılan takibatların *cezai* nitelikte olup olmadığını, hukuka aykırı eylemin ulusal mevzuattaki hukuki tasnifi, eylemin niteliği ve ilgili kişinin maruz kaldığı cezanın ağırlığının derecesini dikkate alarak değerlendirmektedir (*A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 105; *Sergey Zolotukhin/Rusya* [BD], B. No. 14939/03, 10/2/2009, § 53). AİHM başvurucuya yöneltilen birden fazla suçlamanın bulunduğu durumlarda başvurucunun suçlandığı cezai haksızlığın yaptırımı maruz kaldığı idari haksızlık ile benzer olup olmadığının belirlenmesinin zorunlu olduğunu vurgulamaktadır (*Sergey Zolotukhin/Rusya*, § 58).Diğer taraftan AİHM aynı fiile ilişkin olarak ayrı süreçler izlenerek aynı konuda farklı yaptırımların uygulandığı durumlarda bu süreçler arasında *zaman yönünden ve maddi olarak yeterince yakın bir bağlantı* bulunması gerektiğinin altını çizmektedir. AİHM farklı süreçler arasında bu yönlerden yeterince yakın bağlantının bulunduğu durumlarda başvurucunun iki kere yargılanmış veya cezalandırılmış sayılmayacağını ifade etmektedir (*Österlund/Finlandiya*, B. No: 53197/13, 10/2/2015, § 48).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

35. Mahkemenin 27/3/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

36. Başvurucu, yapılan vergi incelemesi sonrası aynı fiil yönünden hem idari süreçte vergi cezası kesildiğini hem de adli süreç sonunda hapis cezasına mahkûm edildiğini belirtmiştir. Başvurucu, vergi cezalarını yeniden yapılandırma çerçevesinde ödediği ve yargılamalar bu şekilde sonuçlandığı hâlde aynı fiil dolayısıyla ayrıca hapis cezası verilmesi nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama (*ne bis in idem*) ilkesinin ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri srmştir.

37. Bakanlığın görüş yazısında, 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b) fıkrası uyarınca suç bakımından cezalandırmanın ve aynı Kanun'un 344. maddesi bağlamında ziyaa uğratılan vergi bakımından vergi ziyai cezası verilmesinin söz konusu olduğu belirtilmiştir. Bakanlık buna göre aynı olaydan söz edilemeyeceğini, 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b) fıkrası çerçevesinde cezalandırılan eylemler ile kanundaki yükümlülüklerle uyulması amaçlanırken vergi ziyai cezası yoluyla aslında vergi kaçırmak suretiyle vergi kaybına yol açılmasının cezalandırılmak istendiğini belirtmektedir. Ayrıca ceza yargılaması sisteminde aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırmama yönünden yeterli hukuki güvencenin mevcut olduğu görüşü bildirilmiştir.

B. Değerlendirme

38. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak 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.”

39. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 da ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de mahkûmiyet ile sonuçlanan ceza davası sonrası yaptığı bireysel başvuruda ihlal iddiaları esas itibarıyla ilgili olduğu aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi yönünden incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

40. 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 Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme veya Türkiye'nin

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

taraf olduğu ek protokollerin 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).

41. Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemesinde verdiği kararlarda, başvuruya konu ihlal iddiası tarihini esas alarak bu tarih itibarıyla ek 7 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girip girmediğini araştırmıştır. Bu inceleme sonucunda Protokol'ün yürürlüğe girmediğini saptadığı hâllerde başvurucunun aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama hakkının ihlal edildiği iddiasının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kaldığı sonucuna ulaşmış ve başvuruları konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur (*İffet İnci Gültekin*, B. No: 2013/9585, 9/3/2016, § 42; *Bülent Şakar*, B. No: 2014/1517, 30/6/2016, § 47; *Kerem Amal*, B. No: 2014/12582, 21/6/2017, § 24; *Adil Özer* (2), B. No: 2014/13231, 21/6/2017, § 24; *Erman Paksoy*, B. No: 2014/11163, 21/6/2017, § 17; *Hüma Bayoğlu*, B. No: 2014/13229, 26/12/2017, § 17; *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.* [GK], B. No: 2015/6728, 1/2/2018, § 60; *Tayyar Tercan*, B. No: 2014/15983, 21/3/2018, § 35; *Sedat Şahin*, B. No: 2014/18044, 12/6/2018, § 29; *Reis RS Enerji Elektrik Üretimi Motorlu Araçlar Tütün Ürünleri Dağıtım Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2015/17259, 28/6/2018, § 34). Anayasa Mahkemesi ayrıca söz konusu hakkın ihlal edildiği iddiasının adil yargılanma hakkı kapsamında da incelenemeyeceğini belirtmiştir. Buna göre aksi bir yaklaşım, belirtilen ilkenin Sözleşme ile teminat altına alınanlardan farklı bir hak olarak ek 7 No.lu Protokol içinde düzenlenmesiyle ve devletlerin anılan Protokol'e taraf olmamak suretiyle ortaya koydukları iradeyle bağdaşmaz (*İffet İnci Gültekin*, §§ 44, 45; *Bülent Şakar*, §§ 49, 50; *Hüma Bayoğlu*, § 18).

42. Anılan Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunmasına dair 6684 sayılı Kanun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 10/3/2016 tarihinde kabul edilmiş ve bu Kanun 25/3/2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol 28/3/2016 tarihinde de Bakanlar Kurulunca

onaylanmış ve Türkiye açısından 1/8/2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla ek 7 No.lu Protokol 1/8/2016 tarihinden sonra gerçekleşen olaylar bakımından uygulanabilir hâle gelmiştir (*İffet İnci Gültekin*, § 42).

43. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Devleti bakımından bağlayıcı olduğunda kuşku bulunmayan ek 7 No.lu Protokol ve bu Protokol'de yer alan güvenceler bakımından Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru kapsamında denetimin yapılabilmesi için Protokol'de yer alan güvencelerin aynı zamanda Anayasa'da da güvenceye bağlanmış olması gerekir. Anayasa koyucu bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisini, Sözleşme veya Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller ile Anayasa'nın ortak koruma alanına giren hak ve özgürlükler ile sınırlandırmıştır. Bu bağlamda Protokol'ün 4. maddesinde güvenceye bağlanan aynı fiilden iki kez yargılanmama veya cezalandırılmama hakkının Anayasa'da da güvenceye bağlanıp bağlanmadığının tespiti gerekir.

44. 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 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına "*ve adil yargılanma*" ibaresinin eklenmesine ilişkin 14. maddesinin gerekçesine göre "*değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılanma 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).

45. Adil yargılanma hakkı, uyuşmazlıkların çözülmesinde hukuk devleti ilkesinin gözetilmesini gerektirmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında gözönünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir. Hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak

ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (birçok karar arasından bkz. AYM, E.2017/95, K.2017/119, 12/7/2017).

46. 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). Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. 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 yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır. (AYM, E.2015/15, K.2015/118, 23/12/2015).

47. Hukuk güvenliği ilkesi özel kişiler arasında oluşan ve kesinlik kazanan ilişkilerin yanı sıra özel kişilerin devlet ile olan münasebetleri neticesinde kişiler lehine ortaya çıkan ve kati hale gelen neticelerin de muhafazasını mecburi hâle getirmektedir. Devletin birey ile hukuk âlemindeki etkileşiminden sadır olan neticelerin korunması yükümlülüğü hem özel hukuk alanına hem de kamu hukuku alanına sirayet eden neticeler bakımından geçerlidir. Bu bakımından devletin tek taraflı olarak ve üstün buyurma gücüne dayanarak kişiler hakkında başlattığı hukuki süreçlerin neticesinde kişiler lehine oluşan ve kesin hükümle neticelenen durumların korunması gerekmektedir. Bu bağlamda yürürlükte bulunan hukuk kurallarına uygun olarak kişilerin lehine sonuçlanan ve kesin hüküm güvencesinden yararlanan cezai süreçlerin yok sayılması ve bunların tekrarlanması hukuk güvenliği ilkesini zedeler.

48. Bunun yanında aleyhe sonuçlansa bile kişiler hakkında işletilmiş ve tamamlanmış cezai süreçlerin tekrarlanması ve bir haksızlık için ikinci bir kez ceza uygulanması hukuka olan güvenin kaybolmasına, hukuk devletinin güvencesi altında bulunduğu duygusunun yitirilmesine yol açabilir. Hukuk devletinde demokratik toplum düzeninin korunması amacıyla toplumca kınanan ve kanun koyucu tarafından haksızlık olarak nitelenen fiillerin cezalandırılabilmesi muhakkaktır. Hukuk düzenini ihlal eden fiillerin toplumun tepkisinin bir tezahürü olarak cezalandırılması devletin en temel yetkilerinden biridir. Ancak demokratik bir hukuk düzeninde devletin, haksızlık teşkil eden fiillere cezalandırma yoluyla göstereceği tepki ölçülü olmalı ve hukuk güvenliğini zedeleyici bir boyuta ulaşmamalıdır. Bir kimsenin daha önce yargılandığı ve cezalandırıldığı hukuka aykırı bir eylem nedeniyle yeniden takibata uğraması veya cezalandırılması, yaptırım uygulanmasıyla elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin menfaatleri arasında kurulması gereken adil dengeyi zedeleyerek cezalandırmanın birey üzerinde aşırı bir külfete dönüşmesine yol açar.

49. Aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi, yukarıda değinildiği üzere bireylerin, haklarında yürütülen bir ceza yargılaması sürecinin varlığı hâlinde tekrar yargılanmamalarını veya cezalandırılmamalarını güvence altına almaktadır. Böylelikle adil yargılanma hakkı kapsamındaki cezai süreçler yönünden hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinde mündemiç olan aynı suç nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim *ne bis in idem* ilkesi Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'de ayrı bir hak olarak düzenlenmiş ise de AİHM kararlarında bu ilkenin adil yargılanma hakkı ile bağlantılı özel bir güvence olduğu vurgulanmıştır(§ 33). Bazı uluslararası sözleşmelerde de *ne bis in idem* ilkesi açık bir biçimde adil yargılanma hakkının bir güvencesi olarak kabul edilmiştir (§§ 29-30).

50. Sonuç olarak aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama ve cezalandırılmama hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı çerçevesinde anayasal güvence

altında olduğu, dolayısıyla 7 No.lu Protokol ile Anayasa'nın ortak koruma alanında bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki inceleme yetkisinin aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama hakkını da kapsadığı kanaatine varılmaktadır.

51. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

52. Aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama (*ne bis in idem*) ilkesi gereğince, kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz veya cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesinin farklı olması nedeniyle ayrı hukuk disiplinleri kapsamında aynı fiilin farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bu ilke sadece ceza davalarına ilişkin olduğu için aynı fiilden dolayı ceza soruşturmasının yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesine aykırılık oluşturmaz (bazı değişikliklerle birlikte bkz. AYM, E.2017/28, K.2017/107, 31/5/2017, § 15).

53. Aynı fiilden dolayı yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin uygulanabilmesi için hukuka aykırı fiillere bağlanan iki ayrı cezanın birlikte uygulanıp uygulanmadığı ve dolayısıyla aynı kişinin iki kere yaptırıma tabi tutulması sonucuna yol açılıp açılmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca *ne bis in idem* ilkesine uygunluk yönünden müdahalenin yol açtığı söz konusu mükerrerliğin *aynı fiilden* kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunun da irdelenmesi gerekir (bkz. AYM, E.2017/95, K.2017/119, 12/7/2017, § 13).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

54. Somut olayda başvurucuya vergi mahkemelerinin nitelendirmesine göre “komisyon karşılığında sahte fatura düzenleyerek gelir elde etme” fiili nedeniyle vergi ziyayı ve özel usulsüzlük cezaları uygulanmıştır. Bunun yanında başvurucunun sahte fatura kullanmak ve düzenlemek suretiyle vergi kaçakçılığı suçundan cezalandırılması talebiyle ceza davası açılmış ve yapılan yargılama sonucunda mahkûmiyetine hükmedilmiştir.

55. Kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi vergi yükümlülüğünün zamanında ve eksiksiz ifası ile gerçekleşir. Buna göre vergi kurallarına aykırılığın idari olarak cezalandırılmasıyla esas itibarıyla kamunun uğradığı vergi kaybının giderilmesi, bunun ayrıca suç olarak öngörülüp cezalandırılmasıyla da vergi düzenini bozabilecek sahte belge düzenlenmesi ve kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Kanun koyucu böylelikle vergi ödevine ilişkin kuralların yerine getirilmesi için caydırıcılık sağlamaktadır. Öte yandan idari ve adli süreçler yönünden korunan farklı hukuki değerlerin olması veya kabahat ve suç olarak farklı nitelendirmelerin yapılması ihlal edilen eylemin tek olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

56. Somut olayda şikâyetle konu her iki takibat aynı kişi hakkında ve aynı vergilendirme dönemleri ile ilgili olarak yürütülmüştür. Vergi idaresince sahte fatura düzenlendiğinin tespiti üzerine yürütülen idari takibatta bu fiil dolayısıyla elde edildiği takdir edilen gelir üzerinden vergi cezaları uygulanmış, yine vergi düzenini bozan bu fiil yüzünden ayrıca ceza yargılaması yürütülmüştür. Buna göre başvurucunun cezai süreçlere neden olan hareketleri, amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı şekilde kendi içinde bir bütünlük oluşturduğundan hukuki anlamda *aynı fiil* olarak değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle sonuç olarak somut olayda her iki takibatta da, özünde aynı olgulara dayanan *tek bir fiilin* söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

57. Bununla birlikte somut olay yukarıdaki ilkeler ışığında değerlendirildiğinde, farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirmeye yönelik olarak hem idari süreç sonunda vergi cezası hem de adli süreç sonunda mahkûmiyet verilebilmesinde aynı fiil nedeniyle

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Dolayısıyla somut olayın koşullarında adil yargılanma hakkı bağlamında aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin ihlaline yol açılmamıştır.

58. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırmama ilkesinin ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırmama ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırmama ilkesinin İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 27/3/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

İBRAHİM DEMİROĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/15698)

Karar Tarihi: 26/7/2019

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU Selahaddin MENTEŞ
Raportör	: Gülbin AYNUR
Başvurucu	: İbrahim DEMİROĞLU
Vekili	: Av. Mikail DEMİROĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, yargılama devam ederken çıkarılan yasa ile davanın ortadan kaldırılması suretiyle uyuşmazlığın esasına yönelik talebin

karara bağlanmasının engellenmesi nedeniyle karar hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/1/2017 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 bildirmiştir.
7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.
8. İkinci Bölüm tarafından 3/7/2018 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

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:
10. Başvurucu 1985 Hakkari doğumlu olup 2007 yılında Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Mühendislik Fakültesinde yükseköğrenimine başlamış, 2011 yılında da Fakülteden mezun olmuştur.
11. Başvurucu, taahhütname imzalamak suretiyle yükseköğrenimi süresince Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumundan (Yurtkur) katkı ve öğrenim kredisi (kredi) almıştır.

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

12. Yurtkur, mezuniyeti sonrasında başvurucudan taahhütnamedeki kredi borcunu geri ödemesini istemiştir.

13. Kredi borçlusu olan başvuru 11/3/2014 tarihinde Yurtkura başvurmuş ve ikamet ettiği köyün terörle mücadelelen dolayı boşaltılan köylerden olduğunu belirterek 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca, daha önce aldığı kredinin bursa dönüştürülmesini ve borcunun iptal edilmesini talep etmiştir.

14. Yurtkur 13/3/2014 tarihli yazıyla başvuru talebini reddetmiştir. Söz konusu yazıda, terör sebebiyle köyleri boşaltılan öğrencilere 2007-2008 öğrenim yılı itibarıyla burs vermeye başlandığı hatırlatılmış; kredi almakta iken durumunda sonradan değişiklik olanlardan değişikliğin meydana geldiği öğretim yılında burs verilecek öğrenciler kapsamına girenlerin kredilerinin öğrencinin durumunda meydana gelen değişikliği izleyen ödeme döneminden itibaren bursa dönüştürüldüğü belirtilmiştir. Aynı yazıda bu uygulama kapsamında kredisinin bursa dönüştürülmesinin mümkün olmadığı ve kredi borcunun iptali için yapılacak herhangi bir işlem bulunmadığı başvuruca bildirilmiştir.

15. Başvuru, söz konusu talebinin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle Yurtkur'a karşı 26/5/2014 tarihinde idari yargıda dava açmıştır. Başvuru, hakkında takip ve haciz işlemlerine geçilmemesi için dava sürecinde kredi borcunu ödemiştir.

16. Ankara 6. İdare Mahkemesi (Mahkeme) 15/7/2015 tarihli kararıyla dava konusu işlemi iptal etmiştir. Kararın gerekçesinde, başvuruca ikamet ettiği yer olan Hakkari'nin merkez ilçesi Dutluca köyünün 1994 yılında terör nedeniyle boşaltılan köylerden olduğunun Hakkari Valiliği Zarar Tespit Komisyonu Başkanlığı yazısıyla sabit olduğuna dikkat çekilmiştir. Sağladığı koşullar itibarıyla başvuruca burs verilmesinin ilgili yasa hükmünden kaynaklandığı, bu hususta idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı belirtilen kararda kredi borcunun bursa dönüştürülmesi yolundaki talebin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı ifade edilmiştir.

17. Davalı idarenin söz konusu karara karşı yaptığı itiraz Ankara Bölge İdare Mahkemesi (Bölge İdare Mahkemesi) 4. Kurulunun 17/5/2016 tarihli kararıyla reddedilmiş ve Mahkeme kararı onanmıştır.

18. Yurtkur 13/7/2016 tarihinde başvurucuya *borç terkin*i konulu bir yazı göndermiştir. Söz konusu yazıda, yapılan incelemede kredi borcunu ödediğinin tespit edildiği ancak Mahkeme kararının uygulanması zorunluluğu nedeniyle ödediği miktar kendisine iade edileceğinden banka hesap numarası bilgilerini göndermesi gerektiği hususu başvurucuya bildirilmiştir.

19. Bu süreçte Yurtkur 25/7/2016 tarihinde, 17/5/2016 tarihli onama kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurmuştur.

20. Karar düzeltme incelemesi devam ederken 3713 sayılı Kanun'un, terör nedeniyle köyleri boşaltılan öğrencilere karşılıksız burs verilmesini öngören 21. maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendi 3/10/2016 tarihli ve 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin(KHK) 89. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı KHK'nın 90. maddesi ile 3713 sayılı Kanun'a eklenen geçici 16. maddede ise 3713 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasının mülga (ı) bendine istinaden yargı mercilerinde Yurtkur aleyhine açılan davalardan feragat edilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır.

21. Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi (Daire) 10/11/2016 tarihli kararıyla davalı idarenin karar düzeltme istemini kabul etmiş, 17/5/2016 tarihli onama kararını kaldırarak 15/7/2015 tarihli Mahkeme kararını bozmuştur. Daire bozma kararı üzerine yeniden yaptığı inceleme neticesinde 3/10/2016 tarihli yasal düzenleme gereğince feragat edilmiş sayılması nedeniyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

22. Nihai karar 31/12/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

23. Başvurucu 26/1/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

24. Bireysel başvurunun incelenmesi sürecinde, 676 sayılı KHK, 1/2/2018 tarihli ve 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile kanunlaşmıştır. Anılan Kanun'un 72. ve 73. maddeleriyle, 676 sayılı KHK'nın 89. ve 90. maddeleri aynen kabul edilmiştir.

25.7070 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle 3713 sayılı Kanun'a eklenen geçici 16. maddenin *"Söz konusu bende istinaden yargı mercilerinde Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu aleyhine açılan davalardan feragat edilmiş sayılır"* şeklindeki ikinci cümlesinin iptali istemiyle 114 milletvekili tarafından 3/5/2018 tarihinde Anayasa Mahkemesinde dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi 24/7/2019 tarihli ve E.2018/73, K.2019/65 sayılı kararıyla kuralı, Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı görerek iptal etmiştir.

26. Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararının gerekçesinde özetle; yargılama usulü kurallarına göre doğrudan davacının açık iradesine bağlı kılınan davadan feragat etme hususunda bireye herhangi bir seçenek tanınmadığı, söz konusu davalar hakkında her ne kadar şekli olarak bir karar verilmesi öngörülmüşse de kuralın uyuşmazlığı maddi yönden çözüme kavuşturmadığı, sadece davayı davacının tamamen aleyhine olacak şekilde ve üstelik onun iradesi dışında ortadan kaldırdığı, bu yönüyle kuralın bireyin dava açmaktaki gayesiyle bağdaşmadığı; Kanun'da bireye, sınırlama ile ortadan kaldırılan davayı açmakla elde etmek istediği menfaatlerini kısmen de olsa telafi etmeye yönelik herhangi bir imkân sağlanmadığı da dikkate alındığında bu durumun bireye aşırı ve orantısız bir külfet yüklediği, dolayısıyla söz konusu kuralın karar hakkına orantısız, ölçüsüz bir sınırlama getirdiği belirtilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Kanunlar

27.3713 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasının olay tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan mülga (1) bendi şöyledir:

“Terörle mücadeleden dolayı köyleri boşaltılan üniversite çağındaki öğrencilere ve ölenlerin çocuklarına yüksek öğrenimleri süresince Devletçe karşılıksız burs verilir.”

28.3713 sayılı Kanun’un, 7070 sayılı Kanun’un 73. maddesi ile eklenen geçici 16. maddesi şöyledir:

“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 21 inci maddenin birinci fıkrasının mülga (ı) bendi kapsamında Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumundan burs almakta olanların bursları, normal öğrenim sürelerinin sonuna kadar ilgili mevzuat hükümlerine göre verilir. Söz konusu bende istinaden yargı mercilerinde Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu aleyhine açılan davalardan feragat edilmiş sayılır. Feragat nedeniyle mahkemece yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilemez, verilmiş olan kararlar üzerine ayrıca herhangi bir işlem yapılmaz.”

29.7070 sayılı Kanun’un 72. maddesi şöyledir:

“3713 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendi yürürlükten kaldırılmıştır.”

30.12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 307. maddesinin (1) numaralı bendi şöyledir:

“Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir.”

2. Danıştay İçtihadı

31.Danıştay Onuncu Dairesinin 19/4/2016 tarihli ve E.2016/1503, K.2016/2134 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“Dicle Üniversitesi öğrencisi olan davacı tarafından, almakta olduğu öğrenim kredisinin 3713 sayılı [Kanun hükmü] uyarınca karşılıksız bursa çevrilmesi istemiyle 5.4.2013 tarihinde yapılan başvurunun reddine dair 10.1.2014 [günlü] işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Ankara 3. İdare Mahkemesince; Diyarbakır Valiliği Zarar Tespit Komisyonu Başkanlığı’nın 25.12.2013 tarihli... belgesinden davacının yaşamış olduğu Diyarbakır/Değirmenli Köyü’nün terör ve güvenlik gerekçesiyle boşaltıldığı anlaşılmakta olup, bu bağlamda, 5532 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

29.6.2006 tarihinden sonra müracaat eden ilgililerin anılan Kanun kapsamında karşılıksız burs almaya hak kazanacağı gibi, söz konusu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra öğrenim kredisi alan ilgililerin hak sahibi olduklarını kanıtlamaları hâlinde öğrenim kredilerinin karşılıksız bursa çevrilmelerini her zaman talep edebilecekleri, davacının Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra 2008 tarihli müracaatında hak sahibi olduğunu belirtmemiş olmasının daha sonra yeniden başvurmasına engel teşkil etmeyeceği, aksi yorumun ilk başvurularında belgelerini ibraz ederek karşılıksız burs alanlar ile daha sonraki başvurularında ibraz ederek hak talebinde bulunanlar arasında eşitsizliğe sebep olacağı ve hakkaniyete aykırı bir durum yaratacağı, zira ilgililerin 5532 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonraki öğrenim kredilerinin bursa çevrilmeyeceğine dair mevzuatta sınırlayıcı bir hüküm yer almadığı, bir başka deyişle kredisinin tamamını 5532 sayılı Kanun ile getirilen kural yürürlüğe girdikten sonra aldığı dikkate alındığında; davacının anılan Kanun kuralından yararlandırılması gerektiği sonucuna varıldığından, öğrenim kredisinin karşılıksız bursa çevrilmesi istemiyle yaptığı başvurusunun reddine dair dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararın temyizden incelenerek bozulmasına karar verilmesi istenilmektedir.

(...)

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, temyiz isteminin reddi ile ...[kararın] ONANMASINA...”

B. Uluslararası Hukuk

32. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar[ın] ... esası konusunda karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından ... görülmesini isteme hakkına sahiptir...”

33. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre Sözleşme'nin 6. maddesinin medeni hukuk alanına giren konularda uygulanabilirliği ilk olarak bir uyuşmazlığın varlığına bağlıdır. İkinci olarak uyuşmazlık en azından savunulabilir bir şekilde iç hukukta tanınmış olduğu

söylenebilecek hak ve yükümlülükler ile ilgili olmalıdır. Son olarak ise bu hak ve yükümlülükler -her ne kadar bizzat 6. madde bu hak ve yükümlülüklerle Sözleşmeci devletlerin hukuk sistemi içinde belirli bir anlam atfetmese de- Sözleşme anlamında *medeni* nitelikte olmalıdır (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 81).

34. AİHM; Sözleşme'nin 6. maddesinin Sözleşmeci devletlerin iç hukukunda geçen bir *hak* için belirli bir anlam öngörmediğini, bir hakkın var olup olmadığını karara bağlamada ilke olarak iç hukuka başvurulacağını, ulusal mahkemelerin bu konudaki değerlendirmelerinden farklı bir sonuca ulaşılması için de güçlü gerekçelerin olması gerektiğini, yetkililerin belli bir başvuran tarafından talep edilen tedbirin kabul edilip edilmemesine karar vermede takdir hakkını kullanıp kullanmadığının dikkate alınabileceğini, hatta bu durumun belirleyici olabileceğini, bununla birlikte salt bir kanun hükmünün lafzında bir takdir unsurunun bulunmasının bir hakkın varlığını tek başına hükümsüz kılmayacağını, benzer durumlarda iddia edilen hakkın yerel mahkemelerce tanınması veya yerel mahkemelerin başvuranın talebinin esasını incelemesi hususunun da gözönüne alınması gerektiğini belirtmiştir (*Boulois/Lüksemburg* [BD], B. No: 37575/04, 3/4/2012, §§ 91-94).

35. AİHM; mahkeme hakkının görünümlerinden biri olan karar hakkı ile ilgili *Kutić/Hırvatistan* davasında yaptığı değerlendirmede ise Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının hukuki uyumsuzlukların tespiti için mahkemeye erişim hakkını güvence altına aldığını yinelemekte ancak bu hakkın yalnızca dava açma hakkı ile sınırlı olmadığını, aynı zamanda mahkemenin *uyuşmazlık konusundaki kararını* elde etme hakkını da kapsadığını belirtmektedir. AİHM'e göre bir taraf devletin iç hukuk sistemi uyarınca, bir birey tarafından açılan davaya ilişkin yürütülen yargılamalar neticesinde davanın nihai bir karara bağlanacağı garanti edilmeden bu kişinin bir mahkeme önünde hukuk davası açmasına izin verilmesi yanıltıcı olur. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının davacılara tanınan usule ilişkin güvenceleri -adil, aleni ve hızlı yargılama-, uyumsuzluklarının nihai bir çözüme kavuşturulacağını garanti etmeksizin detaylı olarak

açıklamasının anlamsız olacağına dikkat çekmektedir (*Kutic/Hırvatistan*, B. No: 48778/99, 1/3/2002, § 25).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

36. Mahkemenin 26/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

37. Başvurucu, terörden dolayı yaşadığı mağduriyet nedeniyle kendisine burs alma imkânı sağlayan yasal düzenlemenin KHK hükmü ile ortadan kaldırılmasının maddi ve manevi yönden mağduriyetine neden olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, aldığı kredinin bursa çevrilmesi hakkını yargı kararı ile elde etmiş olmasına rağmen kararın uygulanmasının bilinçli olarak geciktirildiğini iddia ederek, bu gecikme sürecinde yürütme işlemi olan KHK ile kanunda yapılan düzenlemeyle davadan feragat etme yönünde bir iradesi olmadığı hâlde kendisine böyle bir irade atfedilmek suretiyle davanın ortadan kaldırıldığından şikâyet etmiştir. Başvurucu, yukarıda belirtilen sebeplerle Anayasa'da güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

38. Bakanlık görüşünde kabul edilebilirlik yönünden; ihlal edildiği iddia olunan hak Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı kapsamında yer alsa dahi 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca ihlalin kaynağını oluşturduğu iddia edilen kamu gücü işlemi bir yasama işlemi, düzenleyici idari işlem, Anayasa Mahkemesi kararı ya da Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden biri ise bunlar hakkındaki bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisi dışında kaldığı ifade edilmiştir. Somut olayda başvurunun şikâyet konusu yaptığı düzenlemeyi içeren 676 sayılı KHK'nın olağanüstü hâl KHK'sı olduğu hatırlatılarak Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında olduğu belirtilmiş; söz konusu hususun başvurunun konu bakımından yetkiye ilişkin kabul edilebilirlik incelemesi sırasında değerlendirilmek üzere Anayasa Mahkemesinin dikkatine sunulduğu ifade edilmiştir.

39. Görüş yazısında esasa ilişkin olarak ise öncelikle başvurucunun şikâyetlerinin adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesinin uygun olacağının değerlendirildiği belirtilmiştir. 3713 sayılı Kanun'un 21. maddesinin mülga (ı) bendi ile terörle mücadelede dolayı köyleri boşaltılan üniversite çağındaki öğrencilerin eğitimlerinin aksamamasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Uygulamada anılan maddede geçen *köyleri boşaltılan* ibaresinin çok geniş yorumlandığına dikkat çekilen görüş yazısında; ilgiliye ikametgâhının/doğum yerinin boşaltılan köy olup olmadığına, göçü fiilen yaşayıp yaşamadığına bakılmaksızın büyükşehirde doğmuş ve yaşamış olsa dahi sadece nüfus kaydının köyde olmasına binaen burs bağlandığı, bu durumun da kamu maliyesine ciddi bir yük getirmesi üzerine düzenlemenin kaldırıldığı açıklamalarına yer verilmiştir. İhtiyaç sahibi öğrencilere burs, diğer tüm öğrencilere ise istekleri hâlinde öğrenim kredisi verildiği, bu bakımdan anılan madde uyarınca burs bağlanmasına ilişkin uygulamanın öğrenciler arasında eşitsizliğe yol açtığı, öğrenimlerini tamamlayan öğrencilerin işe girmelerinin ardından aldıkları krediyi geri ödemelerinin yeni öğrencilere kredi verilmesi için mali kaynak oluşturduğu belirtilmiştir. Söz konusu meşru amaçlar doğrultusunda getirilen düzenleme gereğince başvurucunun açtığı somut başvuruya konu davada karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği belirtilerek aleyhine vekâlet ücreti ve yargılama giderlerine hükmedilmediği de gözönünde bulundurulduğunda başvurucuya aşırı bir külfet yüklenmediği sonucuna ulaşıldığı değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Görüş yazısında son olarak, açıklanan hususların başvurucunun şikâyetlerinin mahkemeye erişim hakkı yönünden incelenmesinde gözetilmesi konusundaki takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu ifade edilmiştir.

40. Başvurucu, Bakanlık görüşüne verdiği cevapta bireysel başvuru formundaki açıklamalarına atfen ihlal iddialarını tekrarlamıştır.

B. Değerlendirme

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

“Herkes, ...yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

42. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 belirtilen şikâyetlerinin özü; iptal davasına konu edilen, daha önce alınan kredinin ilgili kanun hükmü kapsamında bursa dönüştürülmesi talebinin yargı merciince uyuşmazlığın esasına ilişkin bir değerlendirme yapılmak suretiyle nihai bir çözüme kavuşturulmamış, karara bağlanmamış olmasıdır. Bu sebeple belirtilen ihlal iddiaları mahiyeti itibarıyla karar hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Uygulanabilirlik Yönünden

43. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 6216 sayılı 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 protokollerin 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).

44. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme, bunun doğal sonucu olarak da iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına *adil yargılanma* 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).

45. Anayasa Mahkemesi; Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin *medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların* ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğunu belirterek hakkın kapsamının bu konularla sınırlandırıldığını, hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için başvurunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyumsuzluğun tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiğini belirtmiştir (Adnan Oktar, B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 21).

46. Ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının uygulanabilmesi için öncelikle uyumsuzluğun en azından savunulabilir bir şekilde iç hukukta tanınmış olduğu söylenebilecek *haklarla* ilgili olması gerektiği belirtilerek AIHM ile benzer ilkeler benimsenmiştir (İsmail Taşpınar, B. No: 2013/3912, 6/2/2014, § 21).

47. Bu bağlamda bireysel başvuruya konu olayda, başvurunun dava konusu talebine dayanak olarak gösterdiği 3713 sayılı Kanun'un 21. maddesinin mülga (1) bendi hükmünün lafzı incelendiğinde anılan düzenleme ile terörle mücadelede dolayı köyleri boşaltılan üniversite çağındaki öğrencilere ve ölenlerin çocuklarına yükseköğrenimleri süresince devlet tarafından karşılıksız burs verilmesinin öngörüldüğü hususunda herhangi bir tereddüt bulunmadığı görülmektedir. Buna karşılık belirtilen hükmün, daha önce alınan bir kredinin bursla çevrilmesi yönünde de bir hak bahsettiğine dair ilk bakışta anlaşılabilir nitelikte açık ve net bir düzenleme içerdiği söylenemez. Dolayısıyla anılan hükmün böyle bir talep hakkına vücut vermeye müsait bir mahiyet taşıdığı hususunda ciddi tereddütler bulunduğu özellikle belirtilmelidir.

48. Bu nedenle somut olayda, anılan Kanun hükmünün uygulanmasıyla ilgili olarak dava konusu edilen uyumsuzluğun en

azından savunulabilir bir şekilde hukuk sistemi içinde tanınmış olduğu söylenebilecek bir *hak* ile ilgili olup olmadığının ortaya konulması, Anayasa'nın 36. maddesinin uygulanabilirliğinin tespiti bakımından önem arz etmektedir.

49. Bireysel başvuru kapsamında yapılan incelemelerde Anayasa'nın 36. maddesinin uygulanabilirliğinin tespiti için *savunulabilir bir hakkın var olup olmadığı* belirlenirken ilke olarak derece mahkemesi kararlarına başvurulmalıdır. Özellikle içtihat mahkemesi olan Danıştayın yorum ve uygulamalarının bu hususta belirleyici bir role sahip olduğu vurgulanmalıdır. Öte yandan Anayasa'nın 36. maddesinin uygulanabilirliği yönünden söz konusu tespitin yapılmasında Danıştayın bu konudaki değerlendirmelerinden farklı bir sonuca ulaşılması için güçlü gerekçelerin bulunması gerektiği de belirtilmelidir.

50. Bu bağlamda Danıştay içtihadına göre yükseköğrenim sırasında alınan kredinin anılan kanun hükmü uyarınca bursa çevrilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemlerden doğan uyuşmazlıkların konu edildiği davalarda; bu koşullardaki kişilerin de kanun kapsamında hak sahibi olduğunun, belirtilen düzenlemeden yararlandırılması ve kredilerinin bursa çevrilmesi gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir.

51. Bu durumda somut başvurudaki uyuşmazlığın en azından savunulabilir bir biçimde hukuk sistemi içinde tanınmış olduğu söylenebilecek bir *hak* ile ilgili olduğu sonucuna varıldığından ihlal iddialarının konusunun Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanının kapsamında yer aldığının kabulü gerekir.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

52. Bireysel başvuruya konu olayda olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan 676 sayılı KHK'nın 1/2/2018 tarihinde kanunlaştığı ve dolayısıyla yasama işlemi hâline geldiği anlaşılmaktadır. Öte yandan başvuru tarafından doğrudan yasama işlemi aleyhine değil yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki yargı kararına karşı bireysel başvuruda bulunulduğu dikkate alındığında başvurunun konu bakımından yetkiye ilişkin kabul edilebilirlik kriterini sağladığı sonucuna ulaşılmıştır.

53. Ayrıca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

54. Anayasa'nın 36. maddesinin ikinci fıkrasında hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, kişilere davanın görüldüğü mahkemeden uyuşmazlığa ilişkin bir karar verilmesini isteme güvencesini de sağlar. Öte yandan Sözleşme'yi yorumlayan AİHM de Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkeme hakkı şeklinde genel bir hakkı düzenlediğini kabul etmekte ve bu hakkın karar hakkını da içerdiğini ifade etmektedir (bkz. § 35).

55. Adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan mahkeme hakkı; mahkemeye erişim hakkı, karar hakkı ve kararın icrası haklarını içerir. Karar hakkı genel itibarıyla mahkeme önüne getirilen uyuşmazlığın karara bağlanmasını isteme hakkını ifade eder. Zira dava hakkını kullanan bireyin asıl amacı davanın sonunda, uyuşmazlık konusu ettiği talebinin esasıyla ilgili olarak bir karar elde edebilmektir. Bir başka ifadeyle dava sonucunda şayet bir karar elde edilemiyorsa dava açmanın da bir anlamı kalmayacaktır. Öte yandan karar hakkı bireylerin sadece yargılama sonucunda şekli anlamda bir karar elde etmelerini güvence altına almaz. Bu hak aynı zamanda dava konusu edilen uyuşmazlığa ilişkin esaslı taleplerin yargı merciince bir sonuca bağlanmasını da gerektirir.

56. Diğer taraftan, görülmekte olan bir dava, yargılama usulü kuralları gereğince uyuşmazlığın esasının incelenemediği birtakım kararlarla da neticelenmiş olabilir (düşme/açılmamış sayılma/karar verilmesine yer olmadığı/süre aşımı vb.). Bu durum kural olarak karar hakkı yönünden bir sorun teşkil etmez. Zira söz konusu hakkın sağladığı güvence bakımından önemli olan husus; açıldığı sırada davanın

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

-usule ilişkin sorunlar hariç- uyuşmazlığın esasını çözüme kavuşturma potansiyeline sahip, bir başka ifadeyle dava açılmasındaki asıl amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasıdır. Ancak bu nitelikleri taşıyan bir davada yargılamanın henüz devam ettiği bir süreçte, taraflardan birinin aleyhine olacak ve yargı merciinin uyuşmazlık konusu talep hakkında karar vermesini engelleyecek şekilde davayı ortadan kaldıran ya da davanın incelenmesini durdurarak karara bağlanmasına mâni olan yasalar çıkarılması karar hakkının ihlaline yol açabilir.

57. Kuşkusuz Devletin, uyuşmazlıkların bir an önce sonlandırılması ve yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının önüne geçilerek dava sayısının azaltılması suretiyle iyi adalet yönetimini sağlamak, böylece toplumsal barışın tesis edilmesine de katkıda bulunarak nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla belirli konulardaki uyuşmazlıklara ilişkin davaların ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemeler yapma konusunda bir takdir hakkı bulunmaktadır. Yargı merciince uyuşmazlığın esasının incelenmesini engelleyen ve dolayısıyla bireyin bu hususta bir karar elde etme imkânını ortadan kaldıran bu tip düzenlemelerin karar hakkına bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Bununla birlikte, ölçülülüğün alt ilkelerinden olan orantılılık ilkesi, kamu yararının korunması ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengenin sağlanmasını gerekli kılmaktadır. Öngörülen tedbirin bireyi olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez. Bu itibarla uygulanan tedbirle bireye aşırı ve orantısız bir yük yüklenmemesi gerekmektedir. Bu bağlamda bireyin, ortadan kaldırılan davayı açmakla elde etmek istediği, maddi uyuşmazlığa ilişkin menfaatlerini kısmen de olsa korumaya, telafi etmeye yönelik birtakım imkânlardan faydalandırıldığı durumlarda davanın ortadan kaldırılmasının bireye aşırı ve katlanılamaz bir külfet yüklediği, dolayısıyla müdahalenin ölçüsüz olduğu söylenemez.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

58. Somut olayda başvuru, yükseköğrenimi sırasında aldığı kredinin 3713 sayılı Kanun'un 21. maddesinin mülga (1) bendi uyarınca bursa çevrilmesi yönünde idareden bir talepte bulunmuş; bu talebinin

reddedilmesi üzerine idari işlemin iptali istemiyle dava açmıştır. Yargılama süreci devam ederken terör nedeniyle köyleri boşaltılan öğrencilere karşılıksız burs verilmesini öngören düzenleme yürürlükten kaldırılmış ve hâlihazırda burs alan öğrencilerin öğrenim süresi sonuna kadar hakları saklı tutulmakla birlikte kişilerin anılan hükme istinaden Yurtkur aleyhine açtıkları davalardan feragat etmiş sayıldıkları yönünde düzenleme getirilmiştir.

59. Kişilerin 3713 sayılı Kanun'un 21. maddesinin mülga (1) bendi hükmüne istinaden Yurtkur aleyhine açtıkları davalardan feragat etmiş sayıldıkları yönünde düzenleme getiren ve 1/2/2018 tarihinde kanunlaşan 676 sayılı KHK'nın 90. maddesinin gerekçesinde, yapılan düzenleme ile söz konusu hükümden yararlanmak amacıyla aldıkları öğrenim kredisini bursa dönüştürmek isteyenlerin açtıkları davaların düşürülmesinin öngörüldüğü belirtilmiştir.

60. 3713 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesi yukarıda yer verilen gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde anılan hüküm ile uyuşmazlık konusu olgunun (kredinin bursa dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği) esasına dair bir düzenleme getirilmediği, öte yandan yargı merciine de uyuşmazlığın esası hakkında herhangi bir değerlendirme yapma imkânı tanınmamak suretiyle sadece bu hususta açılan mevcut davaların ortadan kaldırılmasının amaçlandığı, ilgililerin söz konusu davayı açmakla elde etmek istedikleri, maddi uyuşmazlığa ilişkin menfaatleri kısmen de olsa telafi etmeye yönelik herhangi bir güvenceye ise yer verilmediği görülmektedir. Üstelik somut davada verilen söz konusu kararın hukuki dayanağı olan ve yargılama usulü kurallarına göre doğrudan davacının açık iradesine bağlı kılınan davadan feragat etme koşulunun başvurucuya herhangi bir inisiyatif tanınmaksızın kanun hükmü ile oluşturulduğuna da özellikle dikkat çekmek gerekir. Dolayısıyla somut davadaki kararın bu yönüyle kişinin kendi iradesiyle davadan feragat etmesi üzerine verilen ve ihlal iddiasına konu hakkın sağladığı güvenceler yönünden sorun teşkil etmediğine yukarıda değinilen (bkz. § 56) aynı nitelikteki kararlardan ayrıldığı belirtilmelidir.

61. Bu itibarla söz konusu dava hakkında her ne kadar şekli olarak bir karar (feragat edilmiş sayılma nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı)

verilmişse de uyuşmazlığı maddi yönden çözüme kavuşturmadığı, sadece mevcut Danıştay içtihadı çerçevesinde makul bir başarı şansı da bulunduğu anlaşılan bir davayı tamamen başvurucunun aleyhine olacak şekilde ve üstelik onun iradesi dışında ortadan kaldırdığı açık olan söz konusu kararın başvurucunun dava açmaktaki gayesiyle bağdaşır bir nitelik taşıdığı söylenemez. Öte yandan başvurucuya, müdahale ile ortadan kaldırılan davayı açmakla elde etmek istediği menfaatlerini kısmen de olsa telafi etmeye yönelik herhangi bir imkân sağlanmadığı da dikkate alındığında bu durumun başvurucuya aşırı ve orantısız bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir.

62. Buna göre başvurucunun karar hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır.

63. Nitekim bu bireysel başvuruya konu olan, feragat edilmiş sayılma nedeniyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolundaki mahkeme kararının dayanağını teşkil eden kural da, karar hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirdiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir (bkz. §§ 25, 26).

64. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

4. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

65. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru 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.”

66.Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

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

68. *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).

69. *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 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).

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

70. İncelenen başvuruda başvurunun açtığı dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş olması sebebiyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

71. Bu durumda karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak amacıyla dosyanın Ankara Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesini sağlamak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

72. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ile 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki karar hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak amacıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine gönderilmek üzere Ankara 6. İdare Mahkemesine (E.2014/1087, K.2015/1240) GÖNDERİLMESİNE,

D. 257,50 TL harç ile 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

İbrahim Demiroğlu [GK], B. No: 2017/15698, 26/7/2019

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
26/7/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

KUDUS-İ ŞERİFTE KAIN MARYAKOP ERMENİ KİLİSESİ VAKFI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/14982)

Karar Tarihi: 12/9/2019

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan y.	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Özgür DUMAN
Başvurucu	: Kudus-i Şerifte Kain Maryakop Ermeni Kilisesi Vakfı
Vekili	: Av. Ali ELBEYOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru bir vakfın mazbut vakıflar arasına alınması işlemine karşı açılan davanın ehliyet yönünden reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/8/2016 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.
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 OL GULAR

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

A. Uyuşmazlığın Arka Planı

8. Başvurucu merkezi Kudüs şehrinde olan Ermeni kilisesi vakfıdır.

9. Vakıflar Genel Müdürlüğünce (Genel Müdürlük) “İstanbul-Kumkapı’da Kudüs’e bağlı Maryakop Ermeni Kilisesi Vakfının” teftişi sonucu bir rapor düzenlenmiştir. Bu raporun ilgili kısmı şöyledir:

“...mezkûr vakfın 1322 tarihli ilâmla Kudüs’deki Maryakop Kilisesi fukaralarına yardım gayesi ile kurulduğu, Kudüs’deki Maryakop Ermeni Kilisesinin Ürdün Krallığı hudutları içerisinde kalan Ermeni Patrikhanesine bağlı olduğu, Kudüs Patrik Kaymakamı tarafından vakfın idaresi hususunda İstanbul Kumkapı’daki Ermeni Patrikhanesi Hukuk Müşaviri [M.A.ya] vekâletname verildiği, ancak vakfın gelir-giderlerinin hâlen İstanbul Vakıflar Başmüdürlüğünce takip edildiği, bu durum muvacehesinde gelirleri ile yurt dışındaki gayesini gerçekleştirmesine fiilen imkân olmayan vakfın 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 3513 sayılı Kanunla değişik 1. maddesinin (D) fıkrası gereğince mazbut vakıflar arasına alınması [uygun olur.]...”

10. Vakıflar Genel Müdürlüğü 12/4/1973 tarihli bir yazı ile söz konusu vakfın gelirlerinin kaç senedir idarelerince tahsil edildiği ve hangi kilisenin fukarasına sarf olunduğunun tetkikini İstanbul Bölge Müdürlüğünden sormuştur. Bölge Müdürlüğünce verilen cevap yazısında; gelir fazlalarının 1934 ila 1950 yıllarına ait olanlarının emanet hesabına alınarak Av. M.A.ya ödendiğini, ancak hangi kilisenin fukarasına sarf olunduğu veya paranın akıbeti hususunda bir bilgiye rastlanılmadığı bildirilmiştir.

11. İdare Meclisi 18/7/1973 tarihinde bu vakfın mazbut vakıflar arasına alınmasına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, 5/6/1935 tarihli ve 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu’nun 1. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendine göre kanunen veya fiilen hayri hizmeti kalmamış olan vakıfların, Genel Müdürlükçe idare edileceği ve bunlara mazbut vakıflar denileceği belirtilmiştir. Kararda, bu hükme göre Türkiye’deki

akarların *meşrutunleyhi* olan hayrata hizmeti ve gelirlerinin hayratına sarfı fiilen kalkmış olduğundan bu vakıf namına kayıtlı akarların mazbut vakıflar hâline geldiği ve Patrikhane ile Manastırın müdahale hakkının kalmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca yönetici veya yönetim kurulu seçimine rastlanılmayan vakfın mülhak vakıf gibi idare edilerek yıllık kesin hesaplarının tanzim edildiği açıklanmıştır.

12. Bu vakfın vakfiyesine rastlanılmamış olup Rumi takvime göre 1322 tarihli (Miladi 1906-1907) bir hüccet mevcuttur. Söz konusu hüccetin ilgili kısmı şöyledir:

“Kudüsi şerifte kain ermeni milletine mahsus Mar Yakup manastırının ba senedi hakani mali müşteresi olan İzmid sancağına tabi Yalova kazasında Süleyman Bey mahallesinde mukaddema ... Sırf mülk bir bap hane maa bahçe ve elvyevm ... bir bap mağaza ve ... bir bap han ve ... Fırın maa odalar ve ... İki bap dükkan ve .. Bir kıta tarla manastırı mezkûrda vakfedilmek ve icareteyn suretiyle ileride talibine satılmak üzere vakfiyesinin tanzimi hakkında Kudüsü şerif ermeni patrikliği darsaadet vekili Kiğork Elpiskopos mühürüyle memur nezareti celilei evkafa takdim olunup ... Kudüsü Şerifte vaki Mar Yakup manastırına merbut olmak üzere mukayyet iken ... İstanbul'da Kumkapı'da kâin Kudüsü Şerif ermeni patrikhanesine merbut patrikhane odasına varup ceridede ... huzurlarında akdi meclisi şer'i ali ettikte Kudüsü Şerifte kâin ermeni milletine mahsus Mar Yakup kilisesinde bulunan fukarai ruhi ve eytam ve bokesler vakfının mütevellisi ve Kudüsü şerif patrikliği darsaadet vekili hürmetlü Kiğork piskopos Efendi veledi papas ... İştira olunup taliplerine icar ile hasıl olan icarat ve gallatı meşrutünleh olan Kudüsü Şerifte kain Mar Yakup kilisesi evkafından olup benim asla ve kat'a alaka ve ... yoktur deyu ... [bittaleb ketb ve imlâ olundu].”

B. Başvuruya Konu İptal Davası Süreci

13. Başvurucu, mazbut vakıflar arasına alınma yönündeki idari işleme karşı 19/7/2012 tarihinde Ankara 15. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) iptal davası açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde 18/3/1888 tarihli St. James Kardeşliği Genel Kurulunca çıkarılan yönetmelikle kurulan ve aynı yönetmelikle Kudüs St. James Ermeni Patrikhanesince yönetilen bir vakıf olduğunu, Türkiye'de herhangi bir şubesi veya temsilcisinin de bulunmadığını belirtmiştir. Başvurucu davaya konu idari işlemin

hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir. Vakfın fakir ve fukaranın barınma, yeme ve içme masrafları ile eğitim masraflarının karşılanması için kurulduğunu belirten başvuru yabancısı vakıf statüsündeki vakıflar yönünden Genel Müdürlüğün işlem yapma yetkisinin olmadığını öne sürmüştür.

14. Davalı idarenin cevap dilekçesinde; başvuru 18/3/1888 tarihinde Kudüs'te kurulmuş bir vakıf olduğu ve o tarihte yürürlükte olan mevzuat gereği yabancı tüzel kişilerin Osmanlı toprağında taşınmaz edinmesine imkân bulunmadığı belirtilmiştir. Ayrıca 16/2/1912 tarihli Eşhas-ı Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarruflarına Mahsus Kanun-u Muvakkat hükümlerinden yalnızca Osmanlı cemaat ve müessesatı hayriyesinin yararlanabileceği ifade edilmiştir. Davalı idareye göre, yabancı bir hükmi şahıs olduğu için söz konusu mevzuata göre başvuru Türkiye'de taşınmaz edinmeyeceğinden, kendisine ait olduğunu ileri sürdüğü taşınmazlar başka bir vakfa aittir. Bunun yanında, vakıf kayıtları arşivine göre 647 numaralı defterin 14. sayfasının 40. sırasında kayıtlı Kudüste Maryakop Ermeni Manastırı Vakfına ait Hicri 21 Zilhicce 1246 (Miladi 2/6/1831) tarihli hüccet ile Hicri 1270 (Miladi 1854) tarihli temessük kaydına göre söz konusu vakfın Şeyhülislam nezaretinde yönetilip Osmanlı devleti hukuk kurallarına göre kurulan ve işleyen bir vakıf olduğu belirtilmiştir. İdare başvuru vakfın ise 1888 yılında İsrail'de kurulduğu ifade edildiğine göre bu vakıf ile bir ilgisinin olmadığını savunmuştur. İdare son olarak Hicri 1246 tarihli hüccete göre Miladi 1831 yılında kurulan vakfın 1948 yılında bağımsızlığını kazanan İsrail'de kurulan başvuru vakıf ile aynı vakıf olmadığını ifade etmiştir.

15. Mahkeme 12/12/2013 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, Genel Müdürlüğün Kültür ve Tescil Daire Başkanlığı arşivindeki 647 numaralı defterin 14. sayfasının 40. sırasında kayıtlı 21 Zilhicce 1246 (Hicri) tarihli *hüccete* değinilmiştir. Gerekçede, Kudüs-i Şerifte Kain Maryakop Ermeni Manastırı Vakfından bahsedilen bu *hüccete* göre İstanbul'un çeşitli semtlerinde taşınmaz bulunan ve dava konusu işlemde mazbut vakıflar arasına alınan vakfın da bu *hüccete* geçen vakıf olduğunun kabulü gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme, Hicri 1246 yılının Miladi olarak 1831 yılına tekabül ettiğine

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

işaret ederek bu açıdan mazbut vakıflar arasına alınan vakfın 1831 yılında mevcut olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme başvuru vakfın ise dava dilekçesinde belirtildiği üzere 18/4/1888 tarihli St. James Kardeşliği Genel Kurulunca çıkarılan yönetmelikle kurulduğunu belirtmiş, bu sebeple dava konusu işlemde bahsi geçen vakıf ile davacı vakfın aynı vakıf olmadıklarını açıklamıştır. Mahkeme başvuru vakfın dava konusu işlemde bahsi geçen vakıf olmadığı kanaatiyle bu davayı açmada menfaatinin ve ehliyetinin bulunmadığı sonucuna varmıştır.

16. Başvurucunun temyiz ettiği karar Danıştay Onuncu Dairesince 15/12/2014 tarihinde onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme talebi ise aynı Daire tarafından 13/6/2016 tarihinde reddedilmiştir.

17. Nihai karar başvuru vekiline 1/8/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucu 26/8/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

C. Alacak Davası Süreci

19. Başvurucu İstanbul'un Üsküdar ilçesinde bulunan bazı taşınmazlara ilişkin olarak vakıf lehine icareteyn şerhi olmasına rağmen davalı idare tarafından taviz bedeli tahsil edilerek haksız olarak şerhlerin kaldırıldığı gerekçesiyle Ankara 10. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Asliye Hukuk Mahkemesi) 6/11/2013 tarihinde Genel Müdürlük aleyhine alacak davası açmıştır.

20. Asliye Hukuk Mahkemesi, Kudus-i Şerifte Kain Maryakop Ermeni Kilisesi Vakfı ile Mazbut Maryakop Ermeni Kilisesi Vakfının aynı olup olmadığını İstanbul Ermeni Patrikliğinden sormuştur. Patrikliğin 23/7/2013 tarihli yazısında, Maryakop Ermeni Kilisesi Manastırı Vakfının merkezinin Kudüs'te olup Türkiye'de Maryakop Ermeni Kilisesi adında merkezi olan bir vakfın bulunmadığı bildirilmiştir. Patriklik ayrıca Maryakop Ermeni Manastırı Dünya'da sadece Kudüs'te bulunduğunu ve Kudüs Ermeni Patrikliği tarafından idare edildiğini, Türkiye'de şubesinin bulunmadığını açıklamıştır.

21. Asliye Hukuk Mahkemesinin yazısı üzerine Dışişleri Bakanlığınca gönderilen cevap yazısının ekinde 30/8/2013 tarihli Kudüs

Başkonsolosluğunun vakıf hakkındaki notu gönderilmiştir. Bu notta, vakıf hakkında bilgi edinmek üzere Piskopos ile görüşüldüğü, bu vakfın Selahaddin Eyyubi zamanından itibaren bin yılı aşkın bir süredir Kudüs'te bulunduğu ve Yavuz Sultan Selim'den başlamak üzere bütün Osmanlı padişahlarının manastıra ilişkin fermanlarının Patrikhanede saklandığı belirtilmiştir. Nota göre Patrikhanedeki eşyanın üzerinde İngilizcesi *Saint James* karşılık gelen *Maryakop* Manastırı Vakfına ait olduğuna dair etiketler bulunmaktadır. Patrikhanenin tam adı *The Armenian Orthodox Patriarchate (Convent) of St. James* olarak geçmektedir. Notta *Maryakop Kilisesi*, *Maryakop Manastırı*, *Maryakop Manastırı Vakfı* gibi tanımların hepsinin halk tarafından Kudüs Ermeni Patrikhanesini işaret ettiği, Kudüs Ermeni Patriğinin vakfın başkanı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca vakfın Ermeni toplumuna çeşitli hizmetler götürdüğü, 1865 yılında açılan kız okulunun 1927 yılından beri karma eğitim verdiği, vakfa bağlı bir din okulunun da bulunduğu açıklanmıştır. Son olarak Kudüs Eski Şehir'deki Ermeni mahallesinde vakfın hissedar olduğu taşınmazlardan toplanan gelirler ve cemaatin bağışları gibi gelir kalemlerinin olduğu ifade edilmiştir.

22. Asliye Hukuk Mahkemesi 24/3/2015 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“... Toplanan deliller, Ermeni Patrikliği cevabi yazısı, İstanbul 15. İdare Mahkemesinin 2012/1162 esas 2013/1751 karar sayılı ilamı, keza İstanbul 10. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2012/18 esas ve 2014/156 karar sayılı ilamı nazara alındığında davacı Maryakop Ermeni Kilisesi Vakfı ile davalı idarenin belirttiği mazbut Maryakop Kilisesi Vakfının aynı vakıflar olmadığı, dava dilekçesinde belirtilen taşınmazlarla ilgili olarak da davacı vakfın bir ilgisinin olmadığı, davacı vakfın 8 Mart 1888 tarihinde St. James Kardeşliği Genel Kurulunca çıkarılan bir yönetmelikle kurulan bir vakıf olduğu, mazbut Maryakop Kilisesi Vakfının ise 1831 yılında Osmanlı İmparatorluğu döneminde kurulan bir vakıf olması nedeniyle davacı vakfın Maryakop Kilisesi Vakfı ile bu vakıf adına kayıtlı taşınmazlar ile bir ilgisi bulunmadığından açılan davanın reddi gerektiği sonucuna varmıştır.”

23. Bu karar tebliğe çıkarılmamıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

24. 2762 sayılı mülga Kanun'un 1. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“4 birinci teşrin 1926 tarihinden önce vücut bulmuş vakıflardan

...

D - Kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış olan vakıflar,

...

Vakıflar Umum Müdürlüğünce idare olunur. Bunların hepsine birden (Mazbut vakıflar) denir.

(Değişik: 31/5/1949-5404/1 md.) Mütevelliliği vakfedenlerin fer`ilerine şart edilmiş vakıflara (Mülhak Vakıflar) denir. Bunlar mütevellileri tarafından idare olunur. Mütevelliler Vakıflar Genel Müdürlüğünün ve Genel Müdürlük de İdare Meclisinin kontrolü altındadır.

...”

25. 2762 sayılı mülga Kanun'un 18. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Birinci maddede zikredilen mülhak vakıfların tevliyetleri bu kanun hükümleri dairesinde Umum Müdürlükçe tevcih olunur. Milli sınırlar dışında kalan vakıfların mütevellilikleri vakfiyetlerine göre tevcih olunur.”

26. 20/2/2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 3. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Bu Kanunun uygulanmasında;

...

Mazbut vakıf: Bu Kanun uyarınca Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen vakıfları,

Mülhak vakfı: Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıfları,

Cemaat vakfı: Vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlara ait vakıfları,

...

İfade eder."

27. 5737 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Mazbut vakıflar, Genel Müdürlük tarafından yönetilir ve temsil edilir.

Mülhak vakıflar, Anayasaya aykırılık teşkil etmeyen vakfiye şartlarına göre Meclis tarafından atanacak yöneticiler eliyle yönetilir ve temsil edilir. Vakıf yöneticileri kendilerine yardımcı tayin edebilirler. Mülhak vakıf yöneticilerinde aranacak şartlar ile yardımcılarının nitelikleri yönetmelikle düzenlenir. Vakfiyedeki şartları taşımamaları nedeniyle kendilerine yöneticilik verilemeyenler bu şartları elde edinceye, küçükler ile kısıtlılar fiil ehliyetlerini kazanıncaya ve boş kalan yöneticilik yenisine verilinceye kadar, vakıf işleri Genel Müdürlükçe temsilen yürütülür.

Cemaat vakıflarının yöneticileri mensuplarınca kendi aralarından seçilir. Vakıf yöneticilerinin seçim usûl ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

..."

28. 5737 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mazbut vakıflar arasına alınan vakıflarla, bu Kanuna göre mazbut vakıflar arasına alınan vakıflara bir daha yönetici seçimi ve ataması yapılamaz."

29. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dilekçeler üzerine ilk inceleme" kenar başlıklı 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

“Dilekçeler,

...

c) Ehliyet,

...

yönlerinden sırasıyla incelenir.”

30. 2577 sayılı Kanun’un “İlk inceleme üzerine verilecek kararlar” kenar başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Danıştay veya idare ve vergi mahkemelerince yukarıdaki maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hususlarda kanuna aykırılık görülürse, 14 üncü maddenin;

...

b) 3/c, 3/d ve 3/e bentlerinde yazılı hallerde davanın reddine,

...

Karar verilir.”

B. Uluslararası Hukuk

31. 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...”

32. İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı için bkz. *Ali Diren*, B. No: 2015/13108, 18/4/2018, §§ 26-29.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 12/9/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Mahkemeye Erişim Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

34. Başvurucu vakıf, mazbut vakıflar arasına alınma işlemine karşı açtığı davanın ehliyet yönünden reddedildiğinden yakınarak derece mahkemelerinin kararlarında belirtildiğinin aksine Türkiye’de bir merkezinin, şubesinin veya temsilcisinin olmadığını vurgulamıştır. Başvurucu; 18/3/1888 tarihli St. James Kardeşliği Genel Kurulunca çıkarılan bir yönetmelikle kurulan, aynı yönetmeliğe göre Kudüs St. James Ermeni Patrikhanesince yönetilen, İsrail’de faaliyet gösteren ve merkezi Kudüs şehrinde olan bir vakıf olduğunu belirtmiştir. Başvurucuya göre dava konusu idari işlemin muhatabı olan Maryakop Kilisesi Vakfı aynı vakıf olduğundan ortada tek bir vakıf bulunmaktadır. Başvurucu, davalı idarenin cevap dilekçesinde de bu vakfın Kudüs’te olduğunun ve Türkiye’deki temsilcisinin de başvurucunun avukatı olan Av. M.A. olduğunun kabul edildiğini ifade etmiştir.

35. Başvurucu ayrıca, Türkiye Ermeni Patrikliğinin konu hakkındaki yazısı ile Kudüs Başkonsolosluğunun raporunu delil olarak göstermiştir. Buna göre söz konusu vakfın ilk kuruluş tarihinin ne 1831 ne de 1888 olduğu, Yavuz Sultan Selim tarafından çıkarılan fermanla kurulduğu öne sürülmüştür. Başvurucu o günden beri Kudüs’te faaliyet gösterdiğini ve İstanbul, Erzurum ve Adana’da birçok taşınmazı bağış yoluyla edindiğini, Kudüs’ün elden çıkmasından sonra Türkiye’de kalan taşınmazlar yönünden sorunlar yaşandığını belirtmiştir. Başvurucu Cumhuriyet’in ilk yıllarında Türkiye’deki temsilcileri aracılığıyla mülklerin idare edildiğini, bu amaçla Av. M.A.nın yetkilendirildiğini, ancak daha sonra takip imkânının ortadan kalktığını ve davalı idarenin habersiz olarak vakfı mazbut vakıflar arasına aldığını beyan etmiştir. Başvurucu sonuç olarak merkezi yurt dışında olan bir vakfın yönetimine el konulamayacağını belirterek buna ilişkin olarak açılan davanın da ehliyet yönünden reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

36. Anayasa’nın “*Hak arama hürriyeti*” kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

“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 başvuru 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, dava konusu işlemin muhatabı olan vakıf olmadığı gerekçesiyle idari işlemin iptali istemiyle açtığı davanın ehliyet yönünden reddedilmesine ilişkindir. Bu itibarla başvuru ihlal iddiaları adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

38. 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.

b. Esas Yönünden

i. Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

39. 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).

40. Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanmayı 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).

41. 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).

42. Bireyin kamu makamları tarafından kamu gücü kullanılarak hakkında gerçekleştirilen ve sonuçları itibarıyla hukuksal durumunu, dolayısıyla menfaatini etkileyen bir idari işlemle ilgili uyuşmazlığın mahkeme önünde incelenmesi imkânından yoksun bırakılması mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil eder.

43. Bireysel başvuruya konu olayda başvurunun mazbut vakıflar arasına alınmasına ilişkin idari işlemin uyuşmazlık konusu edildiği bir idari dava söz konusudur. Başvurucunun söz konusu idari işlemin iptali istemiyle açtığı davada, dava konusu işlemin muhatabının başka bir vakıf olduğu gerekçesine dayalı olarak reddedilmesi nedeniyle başvurunun mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

44. 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.”

45. 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

46. Somut başvuruda, derece mahkemelerinin başvurusunun davaya konu idari işlemin muhatabı vakıf olmadığı gerekçesiyle davayı ehliyet yönünden reddettikleri anlaşılmaktadır. İdari yargıda *dava açma ehliyetiyle* ilgili düzenlemelere 2577 sayılı Kanun'un 28. ve 29. maddelerinde yer verildiği görülmektedir. Buna göre anılan hükümler mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağını oluşturmaktadır. Söz konusu kanun hükümlerinin somut olay bağlamında uygulanması ve sonuçları ise ölçülülük bağlamında değerlendirilecektir.

(2) Meşru Amaç

47. 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 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 (*Yusuf Bilin*, B. No: 2014/14498, 26/12/2017, § 53; AYM, E.2015/96, K.2016/9, 10/2/2016, § 10).

48. Yargılama usullerinin düzenlenmesinde usul ekonomisinin gözetilmesi, bu suretle iyi adalet yönetiminin de sağlanarak kamu yararının gerçekleştirilmesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biridir. Dolayısıyla usul ekonomisi ile iyi adalet yönetimi ilkesi gözetilerek idari işlemlerin dava konusu edilebilirliğinin belli koşullara bağlanması mümkündür. Bu durumda müdahalenin yukarıda değinilen kamu yararının gerçekleştirilmesine yönelik meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

49. 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).

50. 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 ulaşılmamasının 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.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

51. Ölçülülüğün üçüncü alt ilkesi olan orantılılık, hakkın sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı 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 yüklenmemesi gerekmektedir (Levent Tütüncü, B. No: 2015/3690, 18/7/2018, § 52).

52. Ehliyet kavramı, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti kurumlarını kapsamaktadır. Öğretide ve uygulamada birleşildiği üzere dava ehliyeti, gerçek ve tüzel kişilerin medeni hakları kullanma yeterliğinin usul hukukunda somutlaşması, biçime dönüşmesidir. Taraf ehliyeti ise davada bir yan olma yeterliğini anlatır ve medeni haklardan yararlanma yeterliğinin usul hukukunda biçimlenişidir (AYM, E.1987/30, K.1988/5, 15/3/1988).

53. Dava konusu edilen bir idari işlemin iptali davasında davacının ehliyetinin olup olmadığını belirleme ve mevzuatı bu yönüyle yorumlama görevi esasen derece mahkemelerine aittir. Derece mahkemeleri, önlerindeki uyuşmazlığın niteliğini ve ilgili mevzuat hükümlerini gözönünde bulundurarak davacının dava konusu işlemin muhatabı olup olmadığını, işlemin davacının hukuki durumu üzerinde yaratabileceği etki ve sonuçlardan hareketle menfaatini ihlal edip etmediğini değerlendirirler. Bireysel başvurunun ikincilik ilkesi gereği, dava konusu edilen işlemin başvurucunun menfaatini ihlal edip etmediğinin belirlenmesi noktasında Anayasa Mahkemesinin bir görevi bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu hususta üstleneceği rol, derece mahkemelerinin idari işlemin bireyin menfaatini etkilemediğiyle ilgili yorumlarının mahkemeye erişim hakkına etkisini somut olayın koşulları ışığında incelemektir (bazı farklarla birlikte bkz. *Levent Tütüncü*, § 53).

54. Derece mahkemeleri, dava konusu edilen işlemin bireyin menfaatini ihlal edip etmediğini irdelerken ve buna dair usul kurallarını uygularken söz konusu düzenlemenin getirilmesiyle ulaşılmak istenen kamu yararı ile bireyin menfaatleri arasında adil bir denge gözetmelidir (*Levent Tütüncü*, § 54).

55. Bu kapsamda bireyin hukuki durumu üzerinde birtakım etki ve sonuçlar doğurduğu, dolayısıyla hak ve menfaatlerini etkilediği çok açık olan bir idari işlemi yargı mercileri önünde uyuşmazlık konusu etme olanağından yoksun bırakılması bu konuda mahkemeye erişimini imkânsız hâle getirebileceğinden ölçülülük ilkesini zedeleyebilir (*Levent Tütüncü*, § 55).

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

56. Bireysel başvuruya dayanak olan davada uyuşmazlık konusu, bir vakfın *mazbut vakıflar arasına alınmasına* ilişkin işlemdir. Mahkeme, başvurucunun dava konusu işlemin muhatabı olan vakıf olmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden davanın reddine karar vermiştir.

57. Somut olaydaki müdahalenin *elverişliliğini* veya *gerekliliğini* değerlendirmeyi gerektirir bir durum bulunmayıp ölçülülüğünün

değerlendirilmesi bakımından asıl önem taşıyan ölçüt *orantılılıktır*. Bu itibarla uygulanan tedbirle başvurucuya aşırı ve orantısız bir külfet yüklenip yüklenmediğinin tespiti gerekmektedir.

58. Başvurucu vakıf, merkezi Kudüs'te bulunan ve Kudüs Ermeni Patrikliği tarafından idare edilen tek bir vakfın bulunduğunu ve başka bir vakıf olmadığını öne sürmüştür.

59. Başvurucunun dayandığı belgelerden olan İstanbul Ermeni Patrikliğinin 23/7/2013 tarihli yazısında, Maryakop Ermeni Manastırının Dünya'da sadece Kudüs'te olduğu ve Kudüs Ermeni Patrikliği tarafından yönetildiği belirtilmiştir. Dışişleri Bakanlığına yazılan yazı üzerine gönderilen cevap ekindeki notta ise İstanbul'da bulunan kilisenin ayrı bir vakfı olup olmadığı belirtilmemiş, ancak Kudüs'te bulunan vakfın Yavuz Sultan Selim döneminden itibaren fermanlarla verilen izinler çerçevesinde faaliyet gösterdiği açıklanmış ve Kudüs'teki vakıfla ilgili bilgilere yer verilmiştir.

60. Bunun yanında başvuruya konu dava dosyasına sunulan ve dava konusu idari işlemin dayanağı olan Genel Müdürlükçe düzenlenen denetim raporunda, Maryakop Ermeni Kilisesi Vakfının Kudüs'e bağlı olduğu ve 1322 tarihli ilamla Kudüs'teki Maryakop Ermeni Kilisesi fukarasına yardım etmek için kurulduğu belirtilmiştir. Raporda ayrıca Kudüs Ermeni Patrikliği tarafından vakfın idaresi hususunda İstanbul Kumkapı'daki Ermeni Patrikhanesi Hukuk Müşavirine vekâletname verildiği ifade edilmiştir. İdare ve derece mahkemeleri vakfın Hicri 1246 tarihli hüccette yer aldığını belirtmiş, ancak idarenin düzenlettirdiği raporda bu defa söz konusu vakfın 1322 tarihinde kurulduğu belirtilmiştir.

61. Diğer taraftan idari işlemin muhatabı olan vakfın işlerinin bir vekâletname çerçevesinde İstanbul Ermeni Patrikliği bünyesinde görev yapan bir avukat tarafından yürütüldüğü görülmektedir. 1322 tarihli hüccette de *"Kudüsü Şerif Ermeni Patrikliği Dersaadet vekili"*, *"Kudüsü şerifte vaki Maryakup Manastırına merbut"*, *"Kudüsü Şerifte kain Ermeni milletine mahsus Maryakup kilisesinde bulunan ... vakfının mütevellisi"* gibi ifadeler kullanılmaktadır.

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

62. Buna göre olayda gerçekten de iki ayrı vakfın bulunup bulunmadığı ve başvurunun davaya konu idari işlemin muhatabı olup olmadığı hususundaki belirsizliğin bütün açıklığıyla giderilemediği görülmektedir. Dolayısıyla başvurunun dava konusu idari işlemin muhatabı vakıf olup olmadığı hususunda derece mahkemelerince yeterli bir araştırma yapılmadan davanın ehliyet yönünden reddi yönünde karar verildiği sonucuna varılmıştır. İdarenin ve başvurunun sunduğu kayıt ve belgeler ile özellikle dava konusu idari işlemde önce söz konusu vakfın işlerinin yürütülme süreçleri ve tarihçesi incelenerek başka bir vakfın mevcut olup olmadığının bütün ilgili kurum ve kuruluşlardan araştırılmak suretiyle bu belirsizliğin giderilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bu şekilde başka bir vakfın mevcut olup olmadığı ilgili ve yeterli bir araştırma ile kesin olarak tespit edilmeden davanın ehliyet yönünden reddedilmesi başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemektedir.

63. Bu sebeple başvurunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır.

64. Açıklanan gerekçelerle başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

65. Başvurucu idare tarafından mazbut vakıflar arasına alınması ve taşınmazlarından yoksun bırakılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

66. Somut başvuruda davanın ehliyet yönünden reddedilmesinin Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varıldığından başvurunun mülkiyet hakkının ihlali iddiası çerçevesinde ileri sürdüğü diğer şikâyetler hakkında bu aşamada ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek olmadığına 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, başvuruçunun 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 başvuruçusu 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. 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* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 55).

69. 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).

70. 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 yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan*, § 58).

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

71. Buna göre; Anayasa Mahkemesince ihlalin tespit edildiği hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemeleri ise Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan*, § 59).

72. 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).

73. Başvurucu, başvuruya konu yargı kararının iptal edilmesi talebinde bulunmuştur.

74. Yeterli araştırma yapılmadan davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varıldığından, somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

75. Bu durumda mahkemeye erişim 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 Ankara 15. İdare Mahkemesine (E.2012/1162, K.2013/1751) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

76. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL tutarındaki yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın bu aşamada ayrıca incelenmesine YER OLMADIĞINA,

D. Kararın bir örneğinin mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 15. İdare Mahkemesine (E.2012/1162, K.2013/1751) GÖNDERİLMESİNE,

E. 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 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 12/9/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

NİHAL USLUKOL BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/73086)

Karar Tarihi: 25/9/2019

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Recep KÖMÜRCÜ M.Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Fatma Burcu NACAR YÜCE
Başvurucu	: Nihal USLUKOL
Vekili	: Av. İnci YILDIRIM BALCI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, temyiz talebinin süre yönünden reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 23/12/2016 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 görüş bildirmemiştir.

II. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucunun ortağı olduğu şirket aleyhine Bilecik İcra Müdürlüğünün E.2011 sayılı dosyasında icra takibi başlatılmıştır. Takip kapsamında bir dönem şirketin müdürlüğünü yapan ve 2010 yılında vefat eden A.İ.U. isimli şahıs tarafından yetkilendirilen L.U. isimli şahıs, yetkisi olmadığı hâlde takibe konu borcu kabul etmiştir.

9. Başvurucu; Bilecik 2. İcra Hukuk Mahkemesinde (Mahkeme) açtığı davada, kesinleşen icra takibi ile satışına karar verilen taşınmazla ilgili satış ilanının usulüne uygun olarak şirkete tebliğ edilmediğini belirterek usulsüz yapılan ihalenin feshi ile ödeme emrinin tebliğine ilişkin işlemin iptaline karar verilmesini istemiştir.

10. Mahkeme 7/3/2013 tarihli kararında, davayı süre yönünden reddetmiş; temyiz üzerine Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Daire) 2/5/2013 tarihli kararında hükmü bozmuştur. Karar düzeltme talebi üzerine 30/10/2013 tarihli kararında bozma gerekçesini değiştirerek yeniden bozma kararı vermiştir.

11. Bozma kararına uyan Mahkeme 9/12/2015 tarihli kararıyla davayı esastan reddetmiştir. Mahkemenin kısa ve gerekçeli kararlarında; karara karşı gerekçeli kararın tebliğinden itibaren on gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir.

12. Gerekçeli karar 30/12/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş, başvurucu vekili UYAP yoluyla 11/1/2016 pazartesi günü hükmü temyiz etmiştir.

13. Daire 24/3/2016 tarihli kararında, başvurucuya 9/12/2015 tarihinde tefhim edilen kararın yasal süre dolduktan sonra 11/1/2016 tarihinde temyiz edildiğini belirterek süre aşımı nedeniyle dilekçenin reddine karar vermiştir.

14. Karar düzeltme talebi, aynı Dairenin 20/10/2016 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

15. Ret kararı 24/11/2016 tarihinde tebliğ edilmiş ve 23/12/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

IV.İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16.9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere İcra ve İflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikayet olunabilir. Şikayet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır.”

17. 2004 sayılı Kanun'un 2/3/2005 tarihli ve 5311 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile değişiklik yapılmadan önceki 363. maddesinin ikinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“bu Kanunda temyiz kabiliyeti kabul edilen kararlar tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde temyiz edilebilir.”

18. 2004 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesi şöyledir:

“Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli 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.”

19. 6100 sayılı Kanun'un 297. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Hüküm “Türk Milleti Adına” verilir ve bu ibareden sonra aşağıdaki hususları kapsar:

...

ç) Hüküm sonucu, yargılama giderleri ile taraflardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi, varsa kanun yolları ve süresini.

...”

20. 6100 sayılı Kanun’un 321. maddesi şöyledir:

“(1) Tahkikatın tamamlanmasından sonra, mahkeme tarafların son beyanlarını alır ve yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder. Taraflara beyanda bulunabilmeleri için ayrıca süre verilmez.

(2) Kararın tefhimi, mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklanması ile gerçekleşir. Ancak zorunlu hâllerde, hâkim bu durumun sebebini de tutanağa geçirmek suretiyle, sadece hüküm özetini tutanağa yazdırarak kararı tefhim edebilir. Bu durumda gerekçeli kararın en geç bir ay içinde yazılarak tebliğe çıkartılması gerekir.”

21. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 31/10/2017 tarihli ve E.2017/19842, K.2017/17025 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“...

İlk derece mahkemesince gerekçesi açıklanmamış bir hükmün HMK kapsamında tefhim edilmiş bir hüküm olamayacağı ve gerekçeli karar tebliğ edilmeden istinafkanun yoluna başvurma süresinin başlamayacağı yönündeki Bölge Adliye Mahkemesi’nin kabulü usul ve yasaya uygundur.”

B. Uluslararası Hukuk

22. İlgili uluslararası hukuk için bkz. *Mürvet Orhan ve Osman Orhan*, B. No: 2016/67616, 21/3/2019, §§ 18-21.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 25/9/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

24. Başvurucu; gerekçeli kararın 30/12/2015 tarihinde tebliğ edildiğini, kendisinin de 11/1/2016 pazartesi günü süresi içinde Mahkemenin

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

kısa ve gerekçeli kararında belirtildiği şekilde temyiz isteminde bulunduğunu, buna rağmen Dairece *kararın 9/12/2015 tarihinde tefhim edildiği belirtilerek temyiz talebinin süresinde olmadığı* gerekçesiyle temyiz dilekçesinin reddedildiğini belirterek mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

25. 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.”

26. Başvurucunun şikâyetinin özü temyiz talebinin esasının Yargıtayca incelenmemesine yönelik olduğundan iddia, adil yargılanma hakkının güvenceleri arasında yer alan mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

27. 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.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı ve Hakkın Kapsamı

28. 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. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (Sözleşme) yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 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).

29. Mahkemeye erişim hakkı bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

30. Mahkeme kararlarının hukuka uygun olup olmadığına yönelik uyuşmazlığın çözümlenmek üzere bir yargı makamı önüne taşınması *kanun yoluna* başvurma olarak nitelendirilmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Adil yargılanma hakkı bir mahkeme kararına karşı üst yargı yollarına başvurabilmeyi güvence altına almamakla birlikte gerek suç isnadına bağlı yargılamalarda gerekse medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin yargılamalarda istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise bu kanun yolları yönünden de adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin sağlanması gerekir (Hasan İşten, B. No: 2015/1950, 22/2/2018, § 37).

31. Süre yönünden temyiz dilekçesinin reddinin mahkemeye erişim hakkına bir müdahale teşkil ettiği açıktır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

32. 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.”

33. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

34. Bu sebeple müdahalenin 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.

i. Kanunilik

35. Başvuru konusu olayda, başvurucunun temyiz talebinin 2004 sayılı Kanun'un 363. maddesinde öngörülen sürede yapılmadığı gerekçesiyle reddedildiği anlaşılmaktadır.

36. Dairenin anılan kanun hükmünü esas alarak verdiği ret kararına göre yapılan müdahalenin kanun tarafından öngörülme ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

37. Yargı kararlarının tabi kılınacakları bir kanun yolu incelemesi neticesinde ortadan kaldırılma ihtimalinin hukuk düzeni içinde sürekli olarak gündemde tutulması hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleriyle bağdaşmaz. Yargılamaların sürüncemede kalmasını engellemek, uyuşmazlıkların mümkün olan en kısa süre içinde nihai çözüme kavuşturulmasını ve hukuk alanında etki ve sonuçlarını doğurması beklenen kesin hükmün bir an önce teminini sağlamak düşüncesiyle yargı kararlarına karşı üst mahkemeler nezdinde yapılması öngörülen kanun yolu başvuruları kanunlarla belli sürelerle bağlanmıştır. Bu itibarla kanun yoluna başvurma hakkının belli bir süre koşuluna bağlanması, yukarıda belirtilen sakıncaları bertaraf ederek hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması gibi önemli ve meşru bir amaca hizmet eder (*Ertuğrul Dalbaş*, B. No: 2014/7805, 25/10/2017, § 59).

iii. Ölçülülük

38. Temyiz talebinin reddedilmesi nedeniyle başvurucunun mahkemeye erişimine getirilen sınırlamanın ölçülü olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir.

(1) Genel İlkeler

39. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı mutlak olmayıp sınırlamalara konu olabilir. Ancak

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi uyarınca anılan sınırlamaların mahkemeye erişimi imkânsız hâle getirmemesi ya da aşırı derecede zorlaştırmaması gerekir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen hukuki veya fiilî sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (Özkan Şen, § 52).

40. Yargısal başvuruların birtakım usul kurallarına tabi kılınması tek başına mahkemeye erişim hakkını zedelemeyiz. Bununla birlikte yargısal başvuru usullerinin belirli ve öngörülebilir olması gerekir. Dava açılmasına veya diğer kanun yollarına başvurulmasına ilişkin dilekçelerin yetkili mahkemelere sunulma yöntemine dair kanuni veya fiilî belirsizliklerin bulunması, kişilerin mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (Hasan İştin, § 45).

41. Öte yandan mahkemelerin dilekçelerin sunulması yöntemine ilişkin usul kurallarını uygularken kişilerin mahkemeye erişimlerini engelleyecek veya aşırı derecede zorlaştıracak ölçüde aşırı şekilcilikten kaçınmaları gerekir. Ayrıca mahkemelerin iç işleyişlerine ilişkin süreçlerdeki aksama ve hatalardan kaynaklanan sorumluluk, yargısal koruma talep eden bireylere yüklenmemelidir. Bu bakımdan yargısal başvurulara dair dilekçelerini ilgili mevzuatta öngörülen usule uygun olarak yetkili yargı merciiine sunan kişilerin kendilerine atfedilemeyen ve tamamen mahkemelerin iç işleyişinden kaynaklanan hata ve aksamalardan sorumlu tutularak mahkemeye erişimlerinin engellenmesi bu hakka yapılan müdahaleyi ölçüsüz kılabilir. Özellikle kanun yoluna başvurma yönündeki istek ve iradesini ortaya koymuş olan başvuru sahipleri bu tür müdahaleler, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebep olabilir (Hasan İştin, § 46).

42. Anayasa Mahkemesi bu başvuruya benzer birçok başvuruda verdiği kararlarda dava açma sürelerini düzenleyen son derece karışık ve dağınık olan mevzuatın aşırı şekilci (katı) yorumunun mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini belirtmiştir. Bu kararlarda, özellikle derece mahkemesi kararında gösterilen başvuru mercii ve süresine ilişkin bilgiye güvenilerek ve buna uygun şekilde yapılan kanun yolu başvurularının süre aşımından reddedilmesinin başvuru sahipleri üzerinde

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

öngörülemez ağır bir yüke sebep olduğu, başvuru sahiplerinin katlanmak zorunda kaldığı külfetin hedeflenen meşru amaçlarla orantısız olduğu, dolayısıyla müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (*Cemile Ak Yıldız* B. No: 2014/1382, 22/9/2016).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

43. Başvurucu, yasal süre içinde temyiz talebinde bulunmasına rağmen Yargıtay tarafından talebinin reddedildiğini belirterek kanun yoluna başvuru hakkının engellendiğini iddia etmiştir.

44. Somut olayda değerlendirilmesi gereken mesele, başvuru sahibinin temyiz talebinin kanun yolunda incelenmemesinin mahkemeye erişim hakkına orantısız bir müdahale oluşturup oluşturmadığıdır.

45. Başvurucu 11/1/2016 tarihli dilekçesinde ayrıntılı bir şekilde itirazlarını dile getirerek temyiz talebinde bulunmuş; Daire başvuru sahibinin talebini, tefhimden itibaren süresinde temyiz talebinde bulunulmadığını belirterek reddetmiştir.

46. Başvuru konusu kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 2004 sayılı Kanun'un 5311 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki 363. maddesinde ihalenin feshi davalarında, temyiz süresinin kararın tefhim veya tebliğ tarihinden başlayacağı öngörülmüştür. 6100 sayılı Kanun'un 297. maddesinde hükmün kapsamında nelerin yer alması gerektiği sayılmış, anılan maddenin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde, kanun yolları ve süresinin de hükmün zorunlu bir unsuru olduğu ifade edilmiştir. Yine 6100 sayılı Kanun'un 321. maddesinde kararın tefhiminin ancak mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklanması ile gerçekleşeceği belirtilmiştir (bkz. §§ 17-21).

47. Usul hükümlerine göre mahkeme kararlarının hüküm kısmında kanun yolu ve süresinin doğru bir şekilde belirtilmesi zorunluluğu, tarafların karara karşı öngörülen kanun yolunu etkili ve işlevsel bir şekilde kullanmaları açısından önem arz etmektedir.

48. Mahkemenin kısa ve gerekçeli kararında "... kısa karar açıklanıp gerekçeli karar açıklanmadığından, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 10 günlük yasal süre içerisinde mahkememize yada mahkememize gönderilmek

üzere başka bir yer İcra Hukuk mahkemesine verilecek dilekçe ile temyiz yasa yolu açık olmak üzere davacının huzurunda verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı” denilerek temyiz süresinin kararın tebliğinden başlayacağını belirttiği, başvuru gerekçeli kararın tebliğ edildiği tarihe göre süresi içinde temyiz talebinde bulunmasına rağmen Dairenin 24/3/2016 tarihli kararında, kısa kararın tefhim edildiği tarihe göre yasal süre içinde talepte bulunulmadığı belirtilerek (bkz. §§ 11-13) temyiz dilekçesinin reddedildiği anlaşılmıştır.

49. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği mevzuatın yorumlanması ve uygulanması derece mahkemelerinin görevi olmakla birlikte bu yorum ve uygulamaların etkilerinin Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanında bulunan hak ve yükümlülüklerle bağdaşp bağdaşmadığının Anayasa Mahkemesince incelenebileceği tabiidir. Mahkemeye erişim hakkı yönünden yapılacak böyle bir inceleme, somut olayın koşulları çerçevesinde olacaktır (Kemal İnan, B. No: 2013/1524, 6/10/2015, § 49). Somut başvuruda da Anayasa Mahkemesinin görevi, usul kurallarının uygulanması konusunda derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerini denetlemek olmayıp usule ilişkin uygulamanın başvuru hakkının mahkemeye erişim hakkını Anayasa’ya aykırı olarak kısıtlayıp kısıtlamadığını denetlemektir.

50. Somut olayda temyiz süresinin yukarıda yer verilen Kanun hükmüne göre tefhim veya tebliğden itibaren on gün olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Sorun, sürenin hangi durumda tefhim ya da tebliğden başlatılacağından kaynaklanmaktadır. 6100 sayılı Kanun’un 297. maddesinde sayılan unsurları taşımayan hükmün geçerli olarak tefhim edilmiş bir hüküm olarak sayılmayacağı, dolayısıyla gerekçeli karar tebliğ edilmeden kanun yoluna başvurma süresinin başlamayacağı açıktır. Bu durum kanun yollarına başvurunun etkililiğinin sağlanması yönünden de gereklidir. Nitekim başvuruya konu ilk derece mahkemesi buna uygun olarak gerekçesi açıklanmadığı için hükme karşı tebliğinden itibaren on gün içerisinde kanun yoluna başvurulabileceğini belirtmiştir.

51. Yukarıda belirtilen tespitler ışığında başvuru hakkının -ilk derece mahkemesinin kısa gerekçeli kararında belirtildiği üzere- istinaf süresinin kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağına

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

güvenerek kanun yoluna müracaat etmesinin -mahkemelerin kanun yolunu ve süresini ilgili kanun ve içtihatlarla uygun olarak taraflara doğru gösterme yükümlülüğü altında olduğu dikkate alındığında-makul görülmesi gerekmektedir. Bu durumda temyiz merciinin somut olayın koşullarında temyiz süresinin ilk derece mahkemesi tarafından gerekçesi açıklanmadığı halde tefhimden itibaren başlamasına ilişkin yorumunun öngörülemez nitelikte olup başvuru üzerinde ağır bir yüke sebep olduğu, başvuru katlanmak zorunda kaldığı külfetin hedeflenen meşru amaçla orantısız olduğu, dolayısıyla müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

52. Açıklanan gerekçelerle başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim 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, başvuru 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 başvuru 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.”

54. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkeler tayin edilmiştir.

55. *Mehmet Doğan* kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının tayin edilmesi 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 ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan*, §§ 57, 58).

56. 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).

57. Başvurucu, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin tespitiyle yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur.

58. Başvurucunun temyiz hakkını kullanma imkânını kısıtlayacak bir yorum yapılarak temyiz talebinin reddine karar verilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin Daire kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

59. Bu durumda mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yeniden yapılacak yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda Daire tarafından yapılması gereken iş, temyiz isteminin reddi yolundaki

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

kararını kaldırarak temyiz istemini -usule ilişkin diğer meselelerde de bir eksiklik söz konusu değilse- esastan incelemekten ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin dosyanın Yargıtaya gönderilmesini sağlamak üzere Bilecik 2. İcra Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

60. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI.HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak amacıyla ilgili Yargıtay Dairesine gönderilmek üzere Bilecik 2. İcra Hukuk Mahkemesine (E.2015/61, K.2015/106) GÖNDERİLMESİNE,

D. Yeniden yargılama yapılmasına karar verildiğinden başvurucaunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucaunun 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 25/9/2019tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ALİGÜL ALKAYA VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2016/12506)

Karar Tarihi: 7/11/2019

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Yusuf Şevki HAKYEMEZ Selahaddin MENTEŞ
Raportör	: Akif YILDIRIM
Başvurucular	: 1. Aligül ALKAYA 2. Ahmet DOĞAN 3. Hatice DUMAN
Vekilleri	: 1. Av. Faruk Nafiz ERTEKİN 2. Av. Keleş ÖZTÜRK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararına dayanılarak yapılan yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 1/7/2016 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 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. Başvurucular hakkında 1994 yılında Marksist Leninist Komünist Partisi (MLKP) ismi ile yeniden yapılanan yasa dışı silahlı örgütün üyesi olmak, yağma, örgüt adına adam öldürmek ve yaralamak gibi eylemlere bağlı olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın tamamını veya bir kısmını bozma ve değiştirme veya kaldırmaya teşebbüs etme suçundan değişik yer Cumhuriyet savcılıklarınca soruşturmalar başlatılmıştır.

10. Bu soruşturmalar kapsamında özellikle 1998 ila 2003 yıllarında işlenen suçlar dolayısıyla başvurusu hakkında yakalama ve tutuklama kararları çıkarılmıştır.

A. Başvurucu Aligül Alkaya ile İlgili Yargılama Süreci

11. İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü ekiplerince 9/4/2003 tarihinde başvurusunun İstanbul'da yeri tespit edilmiştir. Dosyadaki yakalama tutanağına göre başvurusu, direnmesine rağmen zor kullanılmak suretiyle, üzerinde H.Ö. adına düzenlenmiş ve kendi fotoğrafı yapıştırılmış sahte kimlikle yakalanarak gözaltına alınmıştır.

12. Yakalama, elkoyma ve arama tutanaklarına göre başvurusunun diğer başvurusu Hatice Duman ile birlikte örgüt evi olarak kullandıkları tespit edilen evlerde 9/4/2003 tarihinde yapılan aramalarda P.Ö. sahte kimliği ile yakalanan Hatice Duman'la birlikte çok sayıda Kalaşnikof marka tam otomatik tüfek, tabanca ile silahlara ait mermi ve şarjörler, MKE yapımı el bombası, bomba yapımında kullanılan kimyevi maddeler ile birçok örgütsel doküman ele geçirilmiştir.

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

13. Başvurucu; müdafii olmadan verdiği 12/4/2003 tarihli kolluktaki ifadesinde, isnat edilen suçları nasıl ve kimlerle işlediğini ayrıntıları ile açıklamıştır. Anılan ifade tutanağında; susma, yakınlarına haber verme ve lehine olan hususları öne sürme gibi usul hakları başvurucuya hatırlatılmıştır. Tutanağın sonunda başvurucu; ifadesini hiçbir baskı ve cebir altında kalmadan hür iradesiyle verdiğini, yaptıklarından pişman olmadığını belirterek imzalamıştır.

14. Başvurucu, avukatı olmaksızın 13/4/2003 tarihinde çıkarılmış olduğu Cumhuriyet savcısının huzurunda ise -kimliği hakkındaki bilgiler de dâhil olmak üzere- hiçbir beyanda bulunmayarak susma hakkını kullanmıştır. Başvurucu, Sorgu Hâkimliğinde ise suçlamaları kabul etmemiştir.

15. Anılan suçlar nedeniyle başvurucu ve sekiz şüpheli hakkında İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından adam öldürme ve yaralama, ruhsatsız silah bulundurma, yağma gibi çeşitli eylemlerden dolayı 13/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca bu kişilerin cezalandırılmaları istemiyle İstanbul 4 No.lu DGM'de kamu davası açılmıştır. Anılan dava, Mahkemenin E.2003/213 sayılı numarasına kaydedilmiştir.

16. Öte yandan başvurucu ve dört arkadaşı hakkında Türkiye Komünist Partisi/Marksist-Leninist (TKP/ML) adlı silahlı örgütüne üye olma suçundan Malatya 1 No.lu DGM'de ve Adana 1 No.lu DGM'de görülmekte olan davalar İstanbul 4 No.lu DGM'nin E.2003/213 sayılı dosyasıyla birleştirilmiştir.

B. Başvurucu Hatice Duman ile İlgili Yargılama Süreci

17. Başvurucu 9/4/2003 tarihinde başvurucu Aligül Alkaya ile birlikte kullandıkları ikametgâhta P.Ö. sahte kimliği ile yakalanmış; aynı evde birçok silah ve başka suç eşyasına da el konulmuştur.

18. Müdafii olmadan 12/4/2003 tarihinde alınan kolluk ifade tutanağında başvurucunun *"açlık grevi yaptığı, susma hakkını kullandığı, ifadesini Cumhuriyet Savcılığında vereceği"* belirtilmiştir. Anılan tutanak başvurucu tarafından imzalanmamıştır.

19. Başvurucu, avukatı olmaksızın 13/4/2003 tarihinde çıkarılmış olduğu savcının huzurunda da susma hakkını kullanacağını belirterek ifade vermekten ve imza atmaktan imtina etmiştir. Başvurucu, Sorgu Hâkimliğinde müdafii huzurunda yaptığı savunmasında suçlamaları kabul etmemiştir. Dosyadaki kanıt durumu ve suçun niteliği gözönüne alınarak başvurucunun tutuklanmasına karar verilmiştir.

20. Başvurucu, müdafii eşliğinde Mahkemede verdiği savunmalarında ise olaylarla ilgisi olmadığını belirtmiştir.

21. İstanbul DGM Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Hz. 2003/822 sayılı dosya üzerinden yürütülen soruşturma sonucunda, 23/7/2003 tarihli ve E.2003/834 sayılı iddianame ile üç eylemde sorumluluğu ve örgüt üyeliği tespit edilen başvuru ile sekiz şüpheli hakkında 765 sayılı mülga Kanun'un 146. maddesi uyarınca cezalandırılmaları istemiyle İstanbul 4 No.lu DGM'de açılan kamu davası aynı Mahkemenin E.2003/213 sayılı dosyasıyla birleştirilmiştir.

C. Başvurucu Ahmet Doğan ile İlgili Yargılama Süreci

22. Başvurucu, iki ayrı soruşturma kapsamında aranmakta iken 12/3/2004 tarihinde İzmir Konak Çınarlı Polis Karakolu yakınında meydana gelen bir patlamadan sonra olay mahallinden uzaklaşmaya çalıştığı sırada kolluk görevlilerince yapılan takip neticesinde yakalanmıştır.

23. Başvurucu, müdafii eşliğinde verdiği 16/3/2004 tarihli kolluk, Cumhuriyet Savcılığı ve sorgu ifadelerinde susma hakkını kullanmıştır.

24. Anılan suçlar nedeniyle İstanbul DGM Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvuru hakkında adam öldürme, silahlı saldırı, pankart asma ve patlayıcı atma gibi dokuz kadar eylemden dolayı 765 sayılı mülga Kanun'un 146. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle İstanbul 4 No.lu DGM'de açılan dava aynı Mahkemenin E.2003/213 sayılı dosyası ile birleştirilmiştir.

25. Diğer taraftan İstanbul 4 No.lu DGM'de yargılama devam ederken DGM'lerin kaldırılması nedeniyle yargılama İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesince (CMK 250. madde ile görevli) yürütülmüştür.

26. Başvurucular, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 4/5/2011 tarihlikararıyla anayasal düzeni zor yoluyla ortadan kaldırmaya teşebbüs suçundanmüebbethapis cezasına mahkûm edilmişlerdir. Bu karar, Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiştir.

27. Başvurucular, mahkûmiyet ile sonuçlanan suçlamalara ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Başvurucular diğer iddiaların yanında hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucu Aligül Alkaya ek olarak avukat yardımından yararlanmama hakkının ihlal edildiğinden de şikâyetçi olmuştur.

28. Anayasa Mahkemesi kararında tüm başvurucuların hakkaniyete uygun yargılanma haklarının (*Aligül Alkaya ve diğerleri*, B. No: 2013/1138, 27/10/2015 §§ 146-172), başvuru Aligül Alkaya'nın ayrıca müdafii yardımından yararlanma hakkının da (*Aligül Alkaya ve diğerleri*, §§ 125-145) ihlal edildiğine hükmetmiştir. Anılan kararda, diğer başvurucuların mahkûmiyetlerinin esas olarak başvuru Aligül Alkaya'nın kolluk aşamasında müdafii olmaksızın alınan ifadelerine dayandırıldığı, ayrıca başvuru Aligül Alkaya dışında diğer başvurucular tanık dinlenmesini talep ettikleri hâlde Mahkemece bu konuda değerlendirme yapılmadığı belirtilmiştir. Kararda; başvurucuların bir kısmının mahkûmiyetinde esas olarak farklı mahkemelerce dinlenen tanıkların ifadelerinin dikkate alındığı ancak bu tanıkların duruşmada sorgulanmasına imkân verilmediği, bu şekilde tanık sorgulama hakkının gereklerinin yerine getirilmediği, böylelikle bir bütün olarak hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiği ifade edilmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

“144. Nitekim başvurunun gözetiminde tutulduğu sırada DGM'lerin görev alanına giren suçlar yönünden 3842 sayılı Kanun'un 31. maddesi uyarınca kural olarak müdafii yardımından yararlanma hakkı ancak belli bir aşamadan sonra mümkün olabilmekteydi. Dolayısıyla anılan tarihlerde ilgili mevzuat, gözetim sırasında avukata erişim imkânını güvence altına almamıştır (Sami Özbil, § 71).

145. Açıklanan nedenlerle başvurunun, Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında güvence altına alınan soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlandırılma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

(...)

168. Başvuru konusu olayda, başvuru Aligül Alkaya'nın kolluk aşamasında müdafii olmaksızın ifadesinin alınması nedeniyle başvurunun, Sözleşme'nin 6/3.c paragrafında özel olarak düzenlenen ve Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında güvence altına alınan "soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlandırılma" hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Dosya bir bütün hâlinde incelendiğinde başvuru Aligül Alkaya'nın mahkûmiyetine esas olarak başvurunun yalnızca kolluk aşamasında müdafii olmaksızın alınan ifadesinin dikkate alınmadığı, kolluk ifadesindeki genel ve Mahkemedeki kısmi ikrarı dışında, bu ikrarı doğrulayan kamera görüntü kayıtları, banka çalışanlarının ve diğer mağdurların teşhisleri, bir kısım tanıkların anlatımları, sanıkların birbirleri aleyhine olan savunmaları, olay yeri inceleme raporları, başvuru Alkaya'nın ev aramalarında bulunan silahlar, bu silahların isnat edilen olaylarda kullanıldığına dair ekspertiz raporları, sahte nüfus cüzdanları ve başkaca birçok delile dayandırıldığı anlaşılmıştır. Ancak başvuru Aligül Alkaya'nın kolluk aşamasındaki ifadesinin de dikkate alındığı, hâlbuki bu ifadenin müdafii olmaksızın alınması ve bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle gerekçe olarak dikkate alınamayacağı, ayrıca başvurunun tanık olarak dinlenmesini talep ettiği bir kısım tanıkların dinlenmediği, bir kısmının dinlenmesi talebinin ise gerekçe gösterilmeksizin reddedildiği belirlenmiştir.

(...)

170. Diğer başvuru Alkaya'nın mahkûmiyetleri ise esas olarak başvuru Aligül Alkaya'nın kolluk aşamasında müdafii olmaksızın alınan ifadelerine dayandırıldığı, o ifadeler dikkate alınarak mahkûmiyet hükmünün gerekçesinin oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, başvuru Aligül Alkaya'nın kolluk aşamasında müdafii olmaksızın ifadesinin alınması nedeniyle başvurunun, Sözleşme'nin 6/3.c paragrafında özel olarak düzenlenen ve Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında güvence altına alınan soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlandırılma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu durumda başvuru Aligül Alkaya'nın kolluk aşamasında müdafii olmaksızın alınan ifadeleri, diğer başvuru Alkaya'nın isnat edilen suçlamaların değerlendirilmesinde tek başına kullanılamayacağı gibi bu ifadelerden yola çıkılarak diğer başvuru Alkaya hakkında mahkûmiyet

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

kararı verilmesi de hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir. Ayrıca başvuru Aligül Alkaya dışında diğer başvurucular tanık dinlenmesini talep ettikleri hâlde Mahkemece bu konuda değerlendirme yapılmadığı, başvurucuların bir kısmının mahkûmiyetine esas olarak farklı mahkemelerce dinlenen tanıkların beyanlarının dikkate alınmasına rağmen bu tanıkların duruşmada dinlenmediği ve bir kısım tanıkların dinlenmesi taleplerinin reddedilmesinde yeterli ve makul gerekçeler gösterilmediği, bu şekilde tanık sorgulama/dinletme hakkının gereklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle bir bütün olarak hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

171. Bu tespitler ışığında, başvurucular hakkındaki yargılamanın bir bütün olarak adil olduğu söylenemeyeceğinden başvurucuların hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.”

29. Anayasa Mahkemesi ayrıca başvurucuların hakkaniyete uygun yargılanma ile başvuru Aligül Alkaya’nın ek olarak avukat yardımından faydalanma hakkına yönelik ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri, § 175).

30. Başvurucular, ihlal kararına dayanarak 28/12/2015 tarihinde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi (Ağır Ceza Mahkemesi) 15/1/2016 tarihinde talebin kabule değer olduğu yönünde karar vermiştir. Anılan Mahkemenin 30/3/2016 tarihli ve E.2003/213, K.2011/84 sayılı ek kararıyla başvurucuların yargılamanın yenilenmesi talebi dosya üzerinden reddedilmiştir.

31. Ağır Ceza Mahkemesinin müdafî yardımından yararlanma hakkı bakımından yaptığı değerlendirmede özetle;

i. Başvurucu Aligül Alkaya’nın kovuşturma aşamasında yasa dışı MLKP üyesi olduğunu kabul ettiği, kalmakta olduğu örgüt evinde yapılan aramada ele geçirilen silahlar ile malzemelerin örgüte ve kendisine ait olduğunu beyan ettiği,

ii. Anılan evde ele geçirilen silahların mahkûmiyet hükmüne dayanak olan birtakım olaylarda kullanıldığı, maktul S.O.nun öldürülmesi olayında maktulün yanında bulunan C.Ö.nün kovuşturma aşamasında olayı gerçekleştirenin Aligül Alkaya olduğunu söylediği, anılan sebeplerle -başvurucunun soruşturma evresindeki beyanından sarfınazar edildiğinde dahi- mahkeme kararında bir değişiklik olmayacağı,

iii. Başvuru Aligül Alkaya ile devrim nikâhlı eşi olduğunu beyan ettiği başvuru Hatice Duman'ın aynı örgüt evinde kaldığı, evde ele geçirilen malzemeler arasında kar maskelerinin de bulunduğu, bu maskelerin çeşitli olaylarda kullanıldığı ve ele geçirilen diğer örgütsel malzemeler üzerinde parmak izinin tespit edildiği, örgütün eylemlerine ilişkin bir yağma olayında kar maskelilerden ikisinin kadın olduğunun ifade edildiği, başvuru Alkaya'nın yakalandığı sırada üzerinde sahte kimlik bulunduğu, daha önce gasbedilen üç adet silahın başvuru Alkaya'nın kaldığı evde ele geçirildiği, anılan sebeplerle -başvuru Aligül Alkaya'nın soruşturma evresindeki beyanından sarfınazar edildiğinde dahi- mahkeme kararında bir değişiklik olmayacağı,

iv. Çınarlı Polis Karakolu binasının yan tarafına basınç etkili el yapımı bomba patlatılması eyleminde görgü tanığı tarafından başvuru Ahmet Doğan'ın teşhis edildiği, eylem sonrası kaçarken sahte kimlik ile yakalandığı, yasa dışı MLKP adlı terör örgütü üyesi olduğunu kabul ettiği -başvuru Aligül Alkaya'nın soruşturma evresindeki beyanından sarfınazar edildiğinde dahi- mahkeme kararında bir değişiklik olmayacağı belirtilmiştir.

32. Ağır Ceza Mahkemesinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkı yönünden yaptığı değerlendirmede ise başvuru Alkaya'nın tanık dinletme taleplerinin haklılığını ortaya koyamadıkları, tanıkların dinlenmesinin hüküm açısından etkili olmayacağı ve başvuru Aligül Alkaya'nın müdafii huzurunda alınmamış ifadeleri hükme esas alınmasa dahi mahkûmiyeti için birçok delilin bulunduğu belirtilmiştir. Tanık sorgulama hakkı bakımından ise bir değerlendirme yapılmamıştır.

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

33. Başvurucular, Anayasa Mahkemesi kararıyla hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiğinin tespit edildiğini ancak ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmediğini belirterek 18/5/2016 tarihinde anılan karara itiraz etmiştir. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, dosya üzerinden yaptığı incelemede 26/5/2016 tarihli kararıyla başvurucuların itirazını reddetmiştir.

34. Ret kararı 2/6/2016 tarihinde başvuruların vekiline tebliğ edilmiştir.

35. Başvurucular vekili 1/7/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

36. İlgili uluslararası hukuk için bkz. *Şahin Alpay* (2) ([GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, §§ 25-30) başvurusu hakkında verilen karar.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 7/11/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

38. Başvurucular; Anayasa Mahkemesince haklarında verilen hakkaniyete uygun yargılanma hakkına yönelik ihlal kararının derece mahkemesince uygulanmadığını, hak ihlali sonrasında verilen *yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine* ilişkin kararın hukuka uygun olmayan gerekçelerle reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 36., 38. ve 141. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

39. Bakanlık; yargılamanın yenilenmesi talebini inceleyen Mahkemenin tüm delilleri dikkate alarak ve daha önceki hükmünü değiştirmemek suretiyle talebin reddine karar verdiğini, başvurucuların dinlenilmesini istedikleri tanıkların beyanlarının Mahkemece gösterilen diğer deliller karşısında çürütülemeyeceğini, anılan tanıklar dinlenile bile hükümde değişiklik olmasının mümkün görünmediğini belirtmiştir. Bakanlık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin

-yargılamanın yenilenmesi taleplerinde olduğu gibi- sona ermiş bir davanın yeniden açılması hakkını güvenceye almadığına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına atıfta bulunmuş ve kabul edilebilirlik hakkında karar verilirken bu hususların dikkate alınmasının Anayasa Mahkemesinin takdirinde olduğunu bildirmiştir.

40. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında başvuru dilekçelerini tekrar etmişlerdir.

B. Değerlendirme

41. 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.”

42. Başvurucuların Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının uygulanmaması dolayısıyla anayasal haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddialarının Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında incelenmesi gerekir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

43. 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).

44. Sözleşme'nin 6. maddesinde, adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanan başvurular, Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya konu olamaz (Onurhan Solmaz, § 23).

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

45. Ceza muhakemesinde, kesinleşen hükümlere karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru hakkı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 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.

46. 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. Ancak Anayasa Mahkemesi *Nihat Akbulak* ([GK], B. No: 2015/10131, 7/6/2018) kararıyla birlikte yargılamanın yenilenmesi talepleriyle ilgili yargısal süreçlerin adil yargılanma hakkı kapsamında olduğuna ilişkin içtihadında değişikliğe gitmiştir. Anılan kararla *yargılamanın yenilenmesine* karar verilmeden önceki aşamalarda başvuruçuların *suç isnadı altında* olmadığı, dolayısıyla bu aşamalarda verilen kararların adil yargılanma hakkı kapsamında incelenemeyeceği sonucuna varmıştır (*Nihat Akbulak*, §§ 30-39).

47. Ancak anılan kararda, Anayasa Mahkemesi ile AİHM'in ihlal kararlarının ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına dönük yeniden yargılama taleplerine ilişkin iddiaların adil yargılanma hakkının kapsamında olduğu ve bu iki durumun istisna teşkil ettiği açıkça vurgulanmıştır (*Nihat Akbulak*, § 39). Dolayısıyla somut başvuruya ilişkin şikâyetlerin Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisinde olduğu açıktır.

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

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

49. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasında Anayasa Mahkemesine bu başvuruları karara bağlama yetki ve görevi verilmiştir.

50. Anılan yetki ve görev kapsamında Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruları incelemek ve karara bağlamak durumundadır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulara ilişkin incelemelerinde 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrası uyarınca *“bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine”* ve *“bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına”* karar vermektedir.

51. Anayasa Mahkemesince bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğine karar verildikten sonra bu kararın gereğinin yerine getirilmesi Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevi verilmesinin zorunlu bir sonucudur. İlgili Anayasa değişikliğinin gerekçesi dikkate alındığında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılmasının amaçlarından birinin de temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiaları yönünden iç hukukta etkili bir başvuru yolu oluşturulması ve böylelikle AİHM'e Türkiye aleyhine yapılan başvuruların azaltılması olduğu anlaşılmaktadır. Nihai ve bağlayıcı karar verilemeyen bir başvuru yolunun etkili olduğu söylenemez. Nitekim AİHM, *Hasan Uzun/Türkiye* (B. No: 10755/13, 30/4/2013) kararında Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun kendisine başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğu

sonucuna varırken Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrasına atıfla Anayasa Mahkemesi kararlarının bütün gerçek ve tüzel kişiler ile devlet organlarını bağlayıcı olmasını da dikkate almıştır (*Şahin Alpay* (2), § 67).

52. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi daha önce verilen ihlalin devam ettiği anlamına gelir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmediğine ilişkin iddiaları incelemek de bireysel başvuruları 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 hükümleri ile bağdaşmaz. Ancak Anayasa Mahkemesince yapılacak bu inceleme, olayların baştan itibaren yeniden değerlendirilmesi şeklinde değil Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ile ilgili sınırlı bir inceleme olacaktır.

53. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında; bireysel başvuruların esas incelemesi sonunda başvurusunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verileceği, ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular kapsamındaki yetki ve görevi, hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespitiyle sınırlı olmayıp tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlerin belirlenmesini de kapsamaktadır (*Şahin Alpay* (2), § 56).

54. 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), § 57).

55. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi kural olarak ihlalin ve sonuçlarının nasıl ve hangi araçlarla ortadan kaldırılacağı hususunda ilgili mercilere takdir yetkisi bırakır (*Savaş Çetinkaya*, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 67). İlgili merci ihlal kararının niteliğini dikkate alarak bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekenleri yapar. Bazı durumlarda ise Anayasa Mahkemesi somut olayın özelliklerini dikkate alarak ihlalin ve sonuçlarının nasıl ve hangi araçlarla ortadan kaldırılacağına dair ilkeleri belirleyebilir (*Bizim Fm Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş.* [GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017, §§ 71, 72).

56. Diğer taraftan 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 (*Abdullah Altun*, B. No: 2014/2894, 17/7/2018, § 49). Diğer bir ifadeyle ihlalin sonuçlarının şeklen değil gerçek anlamda ortadan kaldırılması gerekir.

57. Anayasa Mahkemesi, ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukumuzdaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar üzerine ilgili mahkemenin yasal yükümlülüğü, Anayasa Mahkemesinin ihlal

kararında belirttiği doğrultuda devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir.

58. Ayrıca Anayasa Mahkemesince yargılamanın yenilenmesine hükmedilen hâllerde derece mahkemesinin yeniden yargılamaya karar vermesi için lehine ihlal kararı verilenin ya da ilgili başka kişi veya kişilerin talepte bulunması gerekmemektedir. Derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararı kendisine ulaşır ulaşmaz -ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak- taraflarca başvuru yapılmasını beklemeksizin yeniden yargılama yapmak yükümlülüğündedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereği olarak yeniden yargılama yapılacak hâllerde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak bir *kabule değerlik incelemesi* aşaması da bulunmamaktadır.

59. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı gereğince yeniden yargılamaya başladığına dair karar almaktır. Esasen derece mahkemesinin yeniden yargılama yapılması yönünde karar almasıyla birlikte bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği Anayasa Mahkemesince tespit edilen önceki kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Mahkeme sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir ihmal, işlem veya başka bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu hususun ihlale yol açmayacak şekilde giderilmesi/düzeltilmesi gerekmektedir. Ancak bu yükümlülük, derece mahkemelerinin bazı ihlal kararlarının gereklerini duruşma yapmaksızın -dosya üzerinden- önceki kararının aksi yönünde karar vererek veya kararında ihlal nedenini gideren birtakım değişiklikler yaparak yerine getiremeyeceği şeklinde anlaşılamaz. Anayasa Mahkemesinin kararında tespit edilen ihlallerin işin durumuna göre duruşma yapmaksızın giderilebileceği anlaşılırsa bu yöntemle de ihlalin sonuçları giderilebilir. Hangi yöntemle ihlalin sonuçlarının giderileceği belirlenirken *ihlalin niteliği* nazara alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

60. İstisnai kimi durumlarda ise tespit edilen *ihlalin niteliği*, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından ilgili mercilere tek seçenek

bırakabilir. Bu hâlde Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için alınması gereken tedbiri veya yöntemi açıkça gösterir ve ilgili merci bunun gereklerini yapar (*Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım*, B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 82).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

61. Anayasa Mahkemesince önceden verilen ihlal kararında; başvuruçuların mahkûmiyetlerinin esas olarak başvuruçu Aligül Alkaya'nın müdafii olmaksızın alınan beyanlarına dayandığı, başvuruçuların mahkûmiyetinde belirleyici olarak farklı mahkemelerce dinlenen ancak duruşmada başvuruçularca sorgulanamayan tanıkların ifadelerinin esas alındığı ve bazı tanıkların dinlenmesi taleplerinin reddedilmesinde yeterli ve makul gerekçeler gösterilmediği, bu şekilde tanık sorgulama ve dinletme hakkının gereklerinin yerine getirilmediği, bir bütün olarak hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

62. Anayasa Mahkemesi birçok kararında, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin *adil yargılanma* hakkı kapsamındaki *tanık dinletme ve sorgulama* ve *müdafî yardımından yararlanma* haklarıyla ilgili ilkeleri belirlemiştir.

63. Buna göre sanığın -hakkında gerçekleştirilen ceza yargılaması sürecinde- tanıklara soru yöneltebilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve tanıkların beyanlarının doğruluğunu sınama imkânına sahip olması adil bir yargılamanın yapılabilmesi bakımından gereklidir. Ancak başvuruçuların tanıklara soru sorabilmesi, onlarla yüzleşebilmesi mutlak bir hak değildir. Makul gerekçelerle getirilen kısıtlamalar, kimi zaman başvuruçunun iddia tanıklarına soru sorabilme ve onlarla yüzleşme imkânını da ortadan kaldırılabilmektedir. Diğer yandan bir mahkûmiyet -sadece veya belirleyici ölçüde- sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise sanığın hakları Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur (*Atila Oğuz Boyalı*, B. No: 2013/99, 20/3/2014, §§ 34-56; *Az. M.*, B. No: 2013/560, 16/4/2015, §§ 46-67; *Levent Yanlık*, B. No: 2013/1189, 18/11/2015, §§ 67-77; *İsmet Özkorul*, B. No: 2013/7582, 11/12/2014, §§44, 45).

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

64. Savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla *aynı koşullar altında* davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını isteme hakkı, silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir. Tanıkların dinlenmek üzere çağrılmasının uygun olup olmadığının değerlendirmesi, kural olarak derece mahkemelerinin takdir yetkisi dâhilindedir. Ancak bu hak, sanığın lehine olan bütün tanıkların çağrılmasını ve dinlenmesini gerektirmez. Bu düzenlemenin esas amacı, sanığın *aynı koşullar altında* ve *silahların eşitliği ilkesine* uygun olarak tanık dinletme talebinde bulunabilmesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla bir sanığın bazı tanıkları dinletemediğinden şikâyet etmesi yeterli olmayıp ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin hangi nedenlerle önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için neden gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemesi gerekmektedir (*Atila Oğuz Boyalı, Ahmet Zeki Üçok*, B. No: 2013/1966, 25/3/2015, § 70).

65. Avukata erişimi sağlanmayan sanığın kolluktaki ikrarının mahkûmiyet kararında kullanılması durumunda müdafî yardımından yararlanma hakkına telafi edilmez biçimde zarar verilmiş sayılacaktır. Soruşturma evresinde elde edilen ikrarın kötü muamele ve işkence altında verildiği belirtilerek reddedilmesi durumunda mahkemece bu husus irdelenmeksizin ikrarın dayanak olarak kullanılması önemli bir özen eksikliğidir (*Yusuf Karakuş ve diğerleri*, B. No: 2014/12002, 8/12/2016, § 79).

66. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde gereklerinin yerine getirilmesi için ilk derece mahkemesinin öncelikle *yargılamanın yenilenmesine* ve -ihlalin niteliği de dikkate alındığında- *duruşmanın açılmasına* karar vermesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı verip ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına hükmettiği bu gibi durumlarda ilgili yargısal merciler, ihlal kararının niteliğini dikkate alarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde hareket etmek zorundadır. Ancak ilk derece mahkemesi başvuru Aligül Alkaya'nın -ikrarından sarfınazar edilse dahi- hükmünde bir değişiklik olmayacağı, tanık dinletilmesinin ise bu dava için sonucu etkilemeyeceği gerekçeleriyle ve yasal yükümlülüğüne aykırı biçimde yargılama'nın yenilenmesi talebini reddetmiştir. Hâlbuki yapılması gereken şey, yeniden yargılama yapılarak usule ilişkin

güvencelerle ilgili ihlal nedenlerinin giderilmesi, sonrasında oluşan kanıt durumuna göre yargılamanın sonucuna dair değerlendirmelerde bulunulması ve ulaşılan vicdani kanıya göre yeni bir hüküm kurulmasıdır.

67. Başvurucuların aleyhinde ifade veren ve beyanları mahkûmiyette belirleyici olarak esas alınan tanıkların duruşma açılmadan sorgulanması olanaklı değildir. Başvurucuların bu türdeki tanıklarla yüzleşebilmesi ve onların beyanlarının doğruluğunu sınaıma imkânına sahip olması ancak yargılamanın yenilenmesine ve duruşma açılmasına karar verilmesi ile mümkün olabilir. Soruşturma evresinde başvuru Aligül Alkaya'dan elde edilen ikrarın kötü muamele ve işkence altında veriliş verilmediğı, mahkûmiyet için delil olarak kullanılış kullanılmayacağı hususu da tanıkların sorgulanmasına ilişkin eksiklik giderildikten sonra anlaşılabilir. Dolayısıyla Ağır Ceza Mahkemesinin yargılamanın yenilenmesi istemini reddederken yaptığı yorumun Anayasa Mahkemesinin ihlal kararıyla örtüşmediğı, ihlalin niteliğı duruşma açılmasını zorunlu kıldığı hâlde Anayasa'nın 36. maddesinin gerektirdiğı ölçüde ve özende olmadığı, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin başvuru hakındaki kararda tespit ettiğı ihlalin ve sonuçlarının derece mahkemelerince ortadan kaldırılmadığı anlaşılmaktadır.

68. Sonuç olarak Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkına sağladığı güvencelerle bağdaşmayacak şekilde Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının uygulanmaması nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

69. Öte yandan başvurunun özünün Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesine ilişkin olduğu dikkate alınarak başvuru haklarının diğeri bazı temel hak ve özgürlüklerinin de ihlal edildiğı iddiaları ayrıca incelenmemiştir. Anayasa Mahkemesinin önceki ihlal kararı incelendiğinde müdafii yardımından faydalanma hakkının hakkaniyete uygun yargılanma başlığı altında da değerlendirildiğı görüldüğünden bu hakka yönelik olarak ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

70. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

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

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

72. Başvurucular, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararına dayalı olarak yargılamanın yenilenmesi ve ayrı ayrı 60.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

73. Anayasa Mahkemesi, önceki ihlal kararında tespit ettiği ihlalin ve sonuçlarının giderilmemesi sebebiyle başvuru sahiplerinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

74. İncelenen başvuruda tespit edilen *ihlalin niteliği* dikkate alındığında bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yargılamanın yenilenmesine ve duruşmanın açılmasına karar verilmesi dışında bir imkân kalmadığı değerlendirilmiştir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

75. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkına yönelik olarak daha önce verilen ihlal kararının gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle ikinci kez ihlal kararı verildiği gözetildiğinde yalnızca ihlal tespiti

yapılmasının ve yargılamanın yenilenmesine hükmedilmesinin başvuruçuların mağduriyetinin giderilmesi bakımından yeterli olmayacağı değerlendirilmiştir. Bu nedenle başvuruçuların manevi zararları karşılığında başvuruçulara ayrı ayrı net 5.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

76. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin başvuruçulara müştereken 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. Kararın bir örneğinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere (kapatılan)İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2003/213, K.2011/84) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvuruçulara ayrı ayrı net 5.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuruçunun 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 7/11/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLEkarar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

GÜLHAN DURSUN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/9312)

Karar Tarihi: 27/11/2019

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL
Raportör	: Mehmet Sadık YAMLI Gülhan KADIOĞLU
Başvurucu	: Gülhan DURSUN
Vekili	: Av. Halil KIZILYAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; destekten yoksun kalma tazminatının ıslah ile artırılan kısmının zamanaşımı gerekçesi ilereddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 11/5/2016 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, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucunun eşi B.D., Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi (TEDAŞ) bünyesinde işçi olarak çalışmakta iken 30/3/2003 tarihinde elektrik arızası giderme çalışması sırasında elektrik akımına kapılarak hayatını kaybetmiştir.

A. Ceza Soruşturmasına İlişkin Süreç

9. Meydana gelen iş kazası ile ilgili olarak bazı sanıklar hakkında taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan açılan ve başvurucunun da katılan sıfatı ile yer aldığı kamu davasında, sanıkların kusur durumunun belirlenmesi için bilirkişi raporu alınmıştır. İşgüvenliği uzmanı bilirkişilerce tanzim edilen 7/7/2005 tarihli bilirkişi raporunda, müteveffanın ve TEDAŞ bünyesinde işletme şefi ve ekip şefi olarak görev yapan bazı sanıkların her birinin meydana gelen kazada 2/8 oranında kusurlu oldukları tespit edilmiştir. Ceza Mahkemesi 26/2/2007 tarihinde, bilirkişi raporunda kusur atfedilen sanıkların mahkûmiyetlerine karar vermiştir.

10. Bu mahkûmiyet kararı, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin düzenleme yönünden değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle 16/2/2009 tarihinde Yargıtayca bozulmuştur. Bozma ilamına uyan Silifke 1. Asliye Ceza Mahkemesi 29/6/2009 tarihinde, sanıklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Sanıklardan yalnızca biri tarafından yapılan itiraz başvurusu ise 16/11/2011 tarihinde ret kararı ile sonuçlanmıştır.

B. Tazminat Davasına İlişkin Süreç:

11. Başvurucu 26/3/2004 tarihinde TEDAŞ aleyhine açtığı davada fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 400 TL destekten yoksun kalma tazminatı, 10.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

12. Silifke 2. Asliye Hukuk (İş) Mahkemesince (Mahkeme) görülen davada, iş kazası ile ilgili olarak açılan ceza davası bekletici mesele yapılmıştır. 17/1/2012 tarihli duruşmaya kadar ceza mahkemesinin kararının kesinleşmesi ve hukuk dava dosyasına eklenmesi beklenmiştir. Aynı duruşmada destekten yoksun kalma tazminatı ile ilgili Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi niyabetiyle bilirkişiden rapor alınmasına karar verilmiştir.

13. Mahkemeye sunulan 28/5/2012 tarihli bilirkişi raporunda, hesaplama esas olacak iş kazası nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından mirasçılara ödeme yapıp yapılmadığına ilişkin bilgi ve belgelerin, toplu iş sözleşmesi, ücret bordrosu ile kusur raporlarının Mahkemece dosyaya eklenmesi ve ek bilirkişi ücreti takdir edilmesi istenmiştir.

14. 3/7/2012 ve 13/11/2012 tarihli duruşmalarda bilirkişi raporunda belirtilen eksikliklerin giderilmesi yönünde kararlar alınmıştır. 21/2/2013 tarihli duruşmada eksikliklerin tamamlanmasının ardından aynı bilirkişiden ek rapor alınmasına karar verilmiştir.

15. Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi ilgili yönetmeliğe göre mahkemenin yargı çevresinde hazırlanan listedeki bilirkişilerin seçilmesi gerektiği gerekçesiyle 4/3/2013 tarihinde dosyanın işlem yapılmaksızın mahal mahkemesine iadesine karar verilmiştir.

16. Mahkeme 16/5/2013 tarihli duruşmada, Mersin Nöbetçi İş Mahkemesi niyabetiyle hesap bilirkişisinden rapor alınmasına karar vermiştir. 31/7/2013 tarihli hesap bilirkişisi raporunda; ceza mahkemesinde kusura ilişkin TEDAŞ tüzel kişiliği yönünden rapor alınmadığından bu konuda teknik rapor alınması, SGK ile TEDAŞ tarafından eksik bilgi ve belgelerin tamamlanması istenmiştir. 24/10/2013 tarihli duruşmada ve müteakip duruşmalarda söz konusu eksikliklerin ikmal edilmesi yönünde kararlar alınmıştır.

17. TEDAŞ'ın kusur oranına ilişkin rapor 8/5/2014 tarihinde Mahkemeye sunulmuştur. Söz konusu rapora göre TEDAŞ %85, başvuruçuların murisi ise %15 oranında kusurludur. Kusura ilişkin rapor ve diğer eksiklikler ikmal edildikten sonra hesap bilirkişisinden ek rapor istenmiştir.

18. Hesap bilirkişisi 1/10/2014 tarihli raporda, başvurucunun talep edebileceği destekten yoksun kalma tazminatı miktarını 68.495,61 TL olarak hesaplamıştır.

19. Başvurucu 30/12/2014 tarihli ıslah dilekçesiyle maddi tazminata ilişkin dava değerini bilirkişi raporu doğrultusunda artırmıştır. Davalı TEDAŞ, ıslah ile artırılan alacak talebi yönünden zamanaşımı def'ini ileri sürmüştür.

20. Mahkeme 12/2/2015 tarihinde davanın kısmen kabulüyle dava dilekçesinde talep edilen 400 TL maddi tazminat ile 8.500 TL manevi tazminatın haksız fiil tarihi olan 30/3/2003 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme, başvurucunun ıslah dilekçesine konu ettiği 68.095,61 TL maddi tazminat istemini zamanaşımı nedeniyle reddetmiştir. Mahkeme, karar gerekçesinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu içtihadına atıfta bulunarak ıslah dilekçesinin zamanaşımı süresi içinde verilmesi gerektiğini vurgulamış; somut olayda ise ıslah dilekçesinin verildiği 30/12/2014 tarihinde, olay tarihi olan 30/3/2003 tarihinden itibaren işlemeye başlayan gerek sözleşme sorumluluğuna ilişkin on yıllık zamanaşımı süresinin gerekse ceza zamanaşımı süresinin dolduğunu ifade etmiştir.

21. Başvurucu ve davalı Şirket tarafından temyiz edilen karar, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 28/3/2016 tarihli kararı ile onanarak kesinleşmiş; nihai karar başvurucuya 12/4/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

22. Başvurucu 11/5/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

23. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun "Islah " kenar başlıklı 83. maddesi şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

“İki taraftan her biri usule mütaallik olarak yaptığı muameleyi tamamen veya kısmen ıslah edebilir. Aynı davada hertaraf ancak bir kere ıslah hakkını kullanabilir.”

24. 1086 sayılı mülga Kanun’un 84. maddesi şöyledir:

“İslah, tahkikata tabi olan davalarda tahkikat bitinciye kadar ve tabi olmıyanlarda muhakemenin hitamına kadar yapılabilir.”

25. Karar tarihinde yürürlükte bulunan 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Belirsiz alacak ve tespit davası” kenar başlıklı 107. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.”

26. 6100 sayılı Kanun’un ıslahın “Kapsamı ve sayısı” kenar başlıklı 176. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Taraflardan her biri, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir.”

27. 6100 sayılı Kanun’un “İslahın zamanı ve şekli” kenar başlıklı 177. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“İslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir.”

28. 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan “On senelik müruru zaman” kenar başlıklı 125. maddesi şöyledir:

“Bu kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde, her dava on senelik müruru zamana tabidir.”

29. Karar tarihinde yürürlükte bulunan 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "On yıllık zamanaşımı" kenar başlıklı 146. maddesi şöyledir:

"Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir."

2. Yargıtay Kararları

30. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 14/4/2016 tarihli ve E.2016/3103, K.2016/5105 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"Destekten yoksun kalma tazminatı, haksız fiil sonucu bir kişinin ölümü sonucunda ölenin yardımından mahrum kalanlara ödenecek bir tazminat türüdür. Bu tazminatın kaynağı olan BK'nın 45/2. maddesinin (6098 sayılı TBK m. 53) öngörmüş olduğu hal, ölüm sonucu vukua gelen bir kısım zararların tazminini hükme bağlamaktadır. Bu hükme göre, ölenin yardımından faydalananlar, bu yüzden yoksun kaldıkları faydayı, tazminat olarak, sorumludan isteyebilirler. Kanun metninden de anlaşılacağı gibi destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir. Yani haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse BK'nın 45/2 maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetilmesini isteyebilir."

31. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 2/6/2015 tarihli ve E.2014/26428, K.2015/12635 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...

iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik veya ölüm nedeniyle uğranılan zararların giderilmesi amacıyla açılan maddi ve manevi tazminat davalarında zamanaşımı süresi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddeleri gereğince 10 yıldır. Uygulama ve öğretide kabul edildiği üzere, zamanaşımı failin ve zararın öğrenildiği tarihten başlatılmalıdır. Zarar görenin zararı öğrenmesi demek, zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında bir dava açma ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hal ve şartları öğrenmiş olması demektir.

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

Somut olayda, zararlandırıcı olayın iş kazası olduğu sabit olup, davalılar asıl işveren Gediz Elektrik A.Ş. ile alt işveren V.Y. yönünden zamanaşımı süresinin 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. gereğince kaza tarihinden itibaren 10 yıl olduğu ve dava tarihi olan 18.09.2009 tarihi itibarıyla zamanaşımı süresinin dolmadığı, ayrıca haksız eylem sorumlusu davalılar Y.Y. ve İ.A.'nın da davaya karşı zamanaşımı def'ilerinin bulunmadığı anlaşıldığından, Mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme ile davanın zamanaşımından reddine karar verilmesi doğru olmamıştır

..."

32. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22/10/2014 tarihli ve E.2014/4-840, K.2014/837 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...

Davanın kısmen ıslahı durumunda ise davacı; kısmi davada saklı tuttuğu fazlaya ilişkin haklarını, ek bir dava açarak isteyebileceği gibi, müddeabihin arttırılmasını önleyen yasal düzenlemenin yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesinin kararı ile ortadan kalkmasından yararlanarak müddeabihini aynı davada kısmi ıslah dilekçesi verip harcını yatırmak suretiyle arttırabilecektir.

Bu aşamada açıklanması gereken diğer bir husus zamanaşımının kesilmesi konusudur.

Bir davanın açılması halinde zamanaşımı kesilir (Mülga 818 sayılı BK.m.133/2). Ancak, kesilen zamanaşımı, kesilme tarihinden başlayarak yeniden işler (Mülga 818 sayılı BK.m.135/1). Dava ile kesilmiş zamanaşımı, davanın devamı süresinde taraflardan birinin yargılamaya ilişkin her bir işleminden ve hâkimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden cereyana başlar.

...

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler, kısmi ıslahın bir ek dava niteliğinde olmadığını, kısmi ıslah halinde zamanaşımının ilk davanın açıldığı tarihe göre belirlenmesinin gerektiğini, ıslah edilen talebin dava dilekçesinin devamı niteliğinde olduğunu, kamilen ıslahta dava değiştirildiği ve zamanaşımının dava tarihine göre belirlendiği gibi aynı

şekilde kısmi ıslahta da dava dilekçesinin talep bölümünün değiştirildiği kabul edilerek önceki davanın devamı olarak nitelendirilmesinin gerektiğini, uzun süren yargılamanın sonraki aşamalarında ortaya çıkan alacağa ulaşma imkanının ortadan kaldırılmamasının gerektiğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle ihlal kararları vermekte olduğunu, somut olayda da ceza davası sonucunun mahkemece gereksiz şekilde beklenmesi nedeniyle 5 yıllık uzamış zamanaşımı süresinden sonra alınan bilirkişi raporu ile belirlenen tazminat miktarının talep edilebilmesi için davacı tarafından verilen ıslah dilekçesinin süresinde kabul edilmesinin gerekli olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme kararının Özel Daire ilamında olduğu gibibozulması gerektiğini ileri sürmüşler ise de, bu görüş kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen nedenlerle kabul edilmemiştir

...

33. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12/3/2019 tarihli ve E.2015/2925, K.2019/277 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“...Dava iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı vekili, 24.09.2004 tarihli dava dilekçesiyle, davalı şirketin çalışanı olan müvekkilinin şoför olarak görev yaptığı 13.08.2002 tarihinde gerçekleşen trafik kazasında ağır şekilde yaralandığını, uzun bir süre tedavi gördüğünü, ancak beline takılan protezler sayesinde yürüyebildiğini, hâlen daha çalışamayacak durumda olduğunu, genç yaşta çalışma gücünü kaybeden müvekkilinin manevi bakımından da çöküntüye uğradığını, 22.07.2004 tarihli ihtarname ile davalı şirketten mağduriyetinin giderilmesinin talep edilmesine rağmen olumlu sonuç alınmadığını ileri sürerek 40.000.000(E)TL manevi tazminat ile fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla ihtaren talep ettiği 60.000.000(E) TL maddi tazminatın şimdilik 1.000.000(E)TL'si toplamı 41.000.000(E)TL tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, 17.07.2013 havale tarihli ıslah dilekçesi ile maddi tazminat istemi yönünden talep sonucunu 75.000TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili davanın reddi gerektiğini savunmuş, ıslaha karşı beyan dilekçesinde zamanaşımı def'ini dile getirmiştir.

...

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda [13/8/2002 tarihli] iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunan davacının 17.07.2013 tarihli ıslah dilekçesiyle talep ettiği maddi tazminat yönünden zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümünde öncelikle hizmet sözleşmesi ve işverenin iş kazasından kaynaklanan sorumluluğunun niteliği üzerinde durmakta yarar vardır.

...

Sonuç itibarıyla denilebilir ki iş kazası işverenin hizmet sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcuna aykırı davranması söz konusu olduğundan iş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında sözleşmeye aykırılığa dayalı sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

İşverenin iş kazasında kaynaklanan sorumluluğunun sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olduğunu belirttiikten sonra zamanaşımı kavramı ve başlangıcı üzerinde durulmalıdır.

...

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden, dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade etmektedir. Sonucu alacak hakkına son verme değil, onu eksik borç hâline getirme olarak ortaya çıkmaktadır. Zamanaşımına ilişkin düzenlemelerin temelinde iddia edilen alacağın, aradan uzun zaman geçmiş olmasına rağmen kullanılmaması karşısında borçlunun oldukça uzak geçmişte kalan bir borçtan doğabilecek ihtilaflara karşı korunması, kendi alacağına karşı uzun süre kayıtsız kalan kimsenin bu hakkının artık korunmaya layık olmadığını kabul etmiş sayılması yatmaktadır. Diğer bir ifadeyle özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, bir hakkın kazanılmasında veya kaybedilmesinde yasanın kabul etmiş olduğu sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir.

İş kazası sonucu işverenin sorumluluğu sözleşmeye aykırılığa dayandığından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146-161 (mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 125-140.)maddeleri arasında düzenlenen zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. İlgili maddeler

arasında düzenlenen zamanaşımı, hakkın ileri sürülmesini engelleyici nitelikte olup, alacak hakkı alacaklı tarafından yasanın öngördüğü süre ve koşullar içinde talep edilmediğinde etkin bir hukuki himayeden, başka bir deyişle dava yoluyla elde edilebilme olanağından yoksun bırakılmaktadır.

...

Kanun koyucu hem mülga Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi hem de Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi ile alacak haklarının tabi olacağı genel zamanaşımı süresini düzenlemiş olup, ancak aksine bir yasal düzenleme olmayan hâllerde on yıllık sürenin uygulanması gerektiği açıktır. İş kazası hâlinde de zamanaşımının süresine yönelik ayrı bir düzenleme bulunmadığından on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

...

İş kazası hâlinde alacağın doğduğu zaman ise alacağın yani hakkın doğduğu andır. İş kazasına dayalı tazminat davalarında zamanaşımına tabi olan hak işçinin kaza nedeniyle uğradığı zararları karşılamak için tazminat davası açabilme hakkıdır. Bu hak ise iş kazasıyla birlikte doğmaktadır (Akın, L.: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, s. 283). Bu durumda iş kazası hâlinde TBK'nın 149. (BK 125.) maddesinde belirtilen 'on yıllık' zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi kural olarak iş kazasının meydana geldiği tarihtir (Akın, s. 283; Kaplan, s. 154; Kılıçoğlu, M.: Tazminat Hukuku, İstanbul 2005, s. 464; Güneren, A.: İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 1268; Çelik, A. Çelik: Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 584; Hukuk Genel Kurulunun 15.05.2015 tarihli ve 2013/21-2216 E.,2015/1349 K. sayılı kararı).

Buna karşılık, ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, 'gelişen durum' ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hâllerde, zararın kapsamını belirleyecek husus gelişmekte olan bu durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için zamanaşımı süresi bu gelişen

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

durumun durduğunun veya ortadan kalktığıнын öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır.

Önemle belirtilmelidir ki, burada sözü edilen ‘gelişen durum’ kavramı uygulamada çoğu kez yanlış anlaşıldığı şekilde, doğan zararın kapsamının zarar görence tam olarak öğrenilmesinin herhangi bir nedenle geciktiği (örneğin, buna ilişkin bilirkişi raporunun geç alındığı) durumlara ilişkin olan, böylesi bir durumu ifade eden bir kavram değildir. Başka bir anlatımla, gelişen durum kavramı salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder (Hukuk Genel Kurulunun 06.11.2002 tarihli ve 2002/4-882 E., 2002/874 K.; 10.06.2015 tarihli ve 2014/21-282 E.,2015/1548 K.; 01.03.2017 tarihli ve 2014/21-2372 E., 2017/379 K. sayılı kararları).

Nitekim tüm bu hususlar Hukuk Genel Kurulunun 05.02.2019 tarihli, 2018/21-523 E., 2019/70 K. sayılı kararında da aynen benimsenmiştir.

...

... ıslah tarihi itibariyle 818 sayılı BK’nın 125. maddesinde öngörülen on yıllık zamanaşımının gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmelerde, uyuşmazlıkta haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği, bu hâlde BK’nın 60. maddesi hükmüne göre zamanaşımının başladığının kabulünün de ancak fail ve fiilin, zararın mahiyeti ve esaslı unsurlarının, hakkında bir talepte bulunmaya yeter şekilde öğrenilmesine bağlı olduğu, davacının, davalının eylemi nedeniyle doğan zararın mahiyet ve miktarını ancak mahkemece bilirkişi eliyle yapılan hesaplama sonunda öğrenebileceği gözetildiğinde, dosya kapsamı itibariyle hesap bilirkişisinin raporundan sonra bir yıllık zamanaşımı süresi içerisinde ıslahla maddi tazminat istemlerinin dile getirilmiş olması nedeniyle yerel mahkemece davalının zamanaşımı def’ini yerinde görmeyen yerel mahkeme kararının yerinde olduğu yönünde dile getirilen görüş ile dava açılırken fazlaya ilişkin saklı tutulan hakların ıslahla istenmesinin ayrı bir dava olmadığı, bu nedenle bu kısım yönünden de zamanaşımının işlemeyeceği yönünde dile getirilen görüşler açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

34. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin 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...”

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

35. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında açık bir biçimde mahkeme veya yargı merciine erişim hakkından söz edilmese de maddede kullanılan terimler bir bütün olarak dikkate alındığında mahkemeye erişim hakkının da garanti altına alındığı sonucuna ulaşıldığını belirtmiştir (*Golder/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 4451/70, 21/2/1975, §§ 28-36). AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında mündemiçtir. Bu çıkarsama, Sözleşmeciler devletlere yeni yükümlülük yükleyen genişletici bir yorum olmayıp 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinin lafzının Sözleşme'nin amaç ve hedefleri ile hukukun genel prensiplerinin gözetilerek birlikte okunmasına dayanmaktadır. Sonuç olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrası, herkesin medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili iddialarını mahkeme önüne getirme hakkına sahip olmasını kapsamaktadır (*Golder/Birleşik Krallık*, § 36).

36. 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, 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. maddenin 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).

37. AİHM, dava hakkını süre sınırına bağlayan iç hukuk hükümlerinin yorumlanmasının öncelikli olarak kamu otoritelerinin ve özellikle mahkemelerin görevi olduğunu belirtmekte; rolünün bu yorumun etkilerinin Sözleşme'yle uyumlu olup olmadığının tespitiyle sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Süre sınırı getiren kuralların uygun adalet yönetiminin güvence altına alınması amacına dayandığına işaret eden AİHM, bu kuralların veya bunların uygulanmasının ilgililerin ulaşılabilir başvuru yollarına müracaatlarını engelleyecek mahiyette olmaması gerektiğini değerlendirmektedir. AİHM, bu bağlamda her bir olayın somut başvuru yolunun özellikleri ışığında ve Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının amaç ve hedefleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmektedir (*Eşim/Türkiye*, § 20).

38. AİHM, bu ilkeler uyarınca mahkemelerin dava açılabilmesi için öngörülen yasal yükümlülükleri uygularken hem yargılama adaletinin zayıflamasına yol açacak düzeyde aşırı şekilcilikten hem de kanunlarda öngörülen usule ilişkin gerekliliklerini abes hâle getirecek seviyede aşırı esneklikten kaçınması gerektiğini belirtmektedir. AİHM, kuralların belirliliğini ve iyi adalet yönetimini sağlama amacına hizmet etme işlevlerini yitirmesi hâlinde ve davaların esasının yetkili mahkeme tarafından karara bağlanmasını önleyecek birtakım bariyerler oluşturma fonksiyonu görmeleri durumunda mahkemeye erişim hakkının zedeleneyeceğini ifade etmektedir (*Eşim/Türkiye*, § 21).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

39. Mahkemenin 27/11/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Mahkemeye Erişim Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

40. Başvurucu; ıslah ile artırılan kısım yönünden davanın zamanaşımı nedeniyle reddinin usul ve yasaya aykırı olduğunu, usul kurallarının kapsamının yorum yolu ile genişletilerek hak arama özgürlüğünün

sınırlandırılmasının kanunun amacına da uygun düşmediğini belirtmiştir. Başvurucu; zamanaşımı süresinin zararın öğrenildiği tarihten itibaren hesaplanması gerektiğini, maddi zararının 1/10/2014 tarihli bilirkişi raporunda tespit edilmesinin ardından süresinde ıslah dilekçesi verdiğini ifade etmiştir. Başvurucu; ceza dosyasının sonucunun beklenmesinden vazgeçilmesi ve dosyanın ceza davasında aldırılan bilirkişi raporuyla birlikte bilirkişiye gönderilmesini talep etmesine rağmen Mahkemenin uzun yıllar ceza davasının sonucunu beklediğini, zamanaşımı süresinin geçirilmesinde herhangi bir kusurunun olmadığını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

41. Anayasa'nın 36. maddesinin(1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

42. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 davanın ıslah edilen kısmının zamanaşımı nedeniyle reddedilmesine yönelik şikâyetlerinin mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

43. 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

44. 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. 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).

45. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanmayı 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).

46. Somut olayda destekten yoksun kalma tazminatının ıslahla artırılan kısmının dava zaman aşımı gerekçesiyle reddedilmesinin başvurusunun mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahale teşkil ettiği açıktır.

ii. 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. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalinin

teşkil edecektir. Bu sebeple müdahalenin 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.

(1) Kanunilik

49. Başvuru konusu olayda başvurunun ıslah dilekçesine konu ettiği alacak talebinin 818 sayılı mülga Kanun'un 125. ve 6098 sayılı Kanun'un 146. maddelerinde öngörülen sürede yapılmadığı gerekçesiyle reddedildiği anlaşılmaktadır. Buna göre başvurunun mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğu anlaşılmıştır.

50. Diğer taraftan iş kazalarına ilişkin açılacak tazminat davalarının ve bu kapsamda ıslah taleplerinin on yıllık genel zamanaşımına tabi olduğu hususunda 818 sayılı mülga Kanun'un 125. ve 6098 sayılı Kanun'un 146 maddelerine ilişkin Yargıtay içtihatlarının istikrarlı olduğu anlaşılmaktadır (bkz. §§ 31-33).

(2) Meşru Amaç

51. Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade etmektedir. Sonucu, alacak hakkına son verme değil onu eksik borç hâline getirme olarak ortaya çıkmaktadır. Zamanaşımına ilişkin düzenlemelerin temelinde iddia edilen alacağın aradan uzun zaman geçmiş olmasına rağmen kullanılmaması karşısında borçlunun oldukça uzak geçmişte kalan bir borçtan doğabilecek ihtilaflara karşı korunması, kendi alacağına karşı uzun süre kayıtsız kalan kimsenin bu hakkının artık korunmaya layık olmadığını kabul etmiş sayılması yatmaktadır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararı bkz. § 33).

52. Diğer taraftan hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında olması hukuk devletinin unsurları olan hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkı ile hukuki güvenlik ve istikrar gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir (AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015). Dava açılmasının belli bir süre koşuluna bağlanmasının hukuki güvenlik ve istikrarın

sağlanması ile mahkemeye erişim hakkı arasında makul bir denge kurulması amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple dava hakkının on yıllık süre koşuluyla sınırlandırılmasının meşru bir amaca yönelik olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

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 ulaşılmamasının 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 diğ.leri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

54. Dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkânsızlaştırmadıkça -hukuki belirlilik ilkesinin gereği olarak- mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ancak mevzuatta öngörülen süre kurallarının hukuka açıkça aykırı olarak yanlış uygulanması veya bu sürelerin hatalı hesaplanması nedenleriyle kişilerin dava açma ya da kanun yollarına başvuru haklarını kullanmasına engel olunması mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., § 38).

55. Hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması bakımından dava açma hakkının belli bir süreyle sınırlandırılması tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal etmemekte ise de öngörülen sürenin makul olması, diğer bir ifadeyle haktan yararlanılmayı imkânsız kılacak veya aşırı derecede zorlaştıracak derecede kısa olmaması gerekir (Yaşar Çoban [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 65). Mahkemeler, zamanaşımı süresi öngören kanun hükümlerini yorumlarken sınırlamanın istisna olduğu ilkesini gözeterek aşırı şekilcilikten kaçınmalı ve yorum kurallarının imkân verdiği ölçüde davayı ayakta tutma yolunda bir yaklaşım

benimsemelidir. Bununla birlikte mahkemelerin sürenin varlık sebebini anlamsız kılma pahasına yorum kurallarının sınırlarını zorlayarak kanunda öngörülen dava açma süresini bertaraf etmesi hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin zedelenmesine neden olabilir. Bu nedenle süreye ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki hassas denge gözetilmelidir (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Yaşar Çoban*, § 67).

56. Başvurucu, ıslah ve zamanaşımı konusundaki mevzuat hükümlerinin derece mahkemelerince hatalı yorumlandığını ileri sürmekte ise de bireysel başvuru yolunun ikincillik niteliği gereği ilgili mevzuatı yorumlamak derece mahkemelerinin görevi olup Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda incelediği husus, derece mahkemelerinin gerekçelerine esas yorumun ölçülü olup olmadığı ve buna göre Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğidir (*Şeyma Kayaoğlu*, B. No: 2014/5491, 5/7/2017, § 53). Bu kapsamda başvuru konusu olayda uygulanacak zamanaşımı süresinin hangi tarihte başlayacağını, ıslah ile artırılan kısma zamanaşımı def’inin ileri sürülüp sürülemeyeceğini belirlemek Anayasa Mahkemesinin görevi olmayıp Anayasa Mahkemesi, ilgili derece mahkemelerinin yorumlarının Anayasa’da güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediğini incelemektedir.

57. Anayasa Mahkemesine gelen benzer mahiyette bir bireysel başvuruda, başvuruçular müşterek çocuklarının iş kazası neticesinde ölümü üzerine açtıkları destekten yoksun kalma tazminatı davasında müddeabihin ıslahla artırılan kısmının zamanaşımından reddi nedeniyle mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi bu başvuruda, iş kazasından kaynaklanan uyuşmazlıkların temyiz mercii olan Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin içtihatlarının on yıllık zamanaşımı süresinin haksız fiilin vuku bulduğu tarihten itibaren başlayacağı yönünde olduğunu dikkate alarak başvuruya konu süre koşulunun gözetilen meşru amaç ile korunmak istenen hak açısından orantılı olduğuna, mahkemeye erişim hakkına yönelik bir ihlal olmadığına karar vermiştir (*Latife Aslan ve Kasım Aslan*, B. No: 2014/11208, 4/10/2017, §§ 38, 39).

58. Anayasa Mahkemesi *Yavuz Murat Yağmur* (B. No: 2014/10723, 8/11/2017) başvurusunda; başvurucunun işçilik alacaklarının talep edildiği davada, uzun süren yargılama nedeniyle bir kısım alacak kalemlerinin davanın ıslah tarihi itibarıyla zamanaşımına uğradığına yönelik şikâyetlerini mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelemiştir. Anayasa Mahkemesi sözü edilen bu başvuruda; başvurucunun hizmet akdi ile ne kadar süre çalıştığının tespitiyle işçilik alacağını davanın açıldığı tarih itibarıyla ilgili mevzuata göre en azından hukuken altında ücret kabul edilmeyen asgari ücret rakamları üzerinden hesaplanmasının mümkün olduğu, başvuru konusu iş davalarına bakan Yargıtay dairesinin saklı tutulan bakiye işçilik alacağı ile ilgili ıslaha karşı zamanaşımı def'inin ileri sürülebileceği hususundaki içtihatlarının avukatla temsil edilen başvuru açısından öngörülmecek nitelikte bir hukuki belirsizlik taşımadığını ifade etmiştir. Ayrıca yargılamada zamanaşımı süresi içinde alınan bilirkişi raporunda; başvurucunun ücret, fazla çalışma ve yıllık izin ücreti alacağı miktarının en azından dava dilekçesinde belirtilen değerler üzerinde olduğunun tespit edildiği, bu açıdan başvurucunun ıslaha konu alacak taleplerinin zamanaşımı nedeniyle reddedilmesinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri bağlamında öngörülebirlilik sınırları içinde ve ölçülü olduğu belirtilerek başvurucunun mahkemeye erişim hakkını zedelediği sonucuna ulaşılmıştır.

(b)İlkelerin Olaya Uygulanması

59. Somut olayda başvuru 30/3/2003 tarihinde meydana gelen iş kazası nedeniyle 26/3/2004 tarihinde açtığı davada, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 400 TL maddi tazminat talep etmiştir. Yargılama sırasında alınan 1/10/2014 tarihli bilirkişi raporuna istinaden başvuru 30/12/2014 tarihli ıslah dilekçesinde dava değerini 68.095,61 TL'ye çıkarmıştır. Mahkeme, zamanaşımı süresinin kazanın meydana geldiği 30/3/2003 tarihinden itibaren on yıl olduğunu ve ıslah tarihi itibarıyla bu sürenin dolduğunu belirterek ıslaha konu alacak talebinin reddine karar vermiştir.

60. Yargıtay içtihadına göre zamanaşımı süresi genel olarak iş kazasının vuku bulduğu tarihten itibaren on yıldır. Zamanaşımı

süresi failin ve zararın öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Bununla birlikte zararın nitelik veya kapsamında bir değişiklik ortaya çıkması hâlinde bu durum zamanaşımı süresinin hesabında dikkate alınır. *Gelişen durum* kavramı ise zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder. Zararın kapsamını belirleyen bilirkişi raporunun geç alınması *gelişen durum* olarak nitelendirilemez. Yine Yargıtay içtihadına göre fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmuş olması zamanaşımını durdurmaz (bkz. § 33). Dolayısıyla müteveffanın ölümüyle birlikte zararın gelişim göstermediği somut olayda başvuru açısından tazminata ilişkin dava zamanaşımı süresinin olay tarihinden itibaren on yıl içinde sona ereceği ve müddeabihin artırılmasına ilişkin ıslah talebine karşı zamanaşımı def'inin ileri sürülebileceği öngörülebilir durumdadır.

61. Bununla birlikte başvuru, zamanaşımı süresi içinde ıslah talebinde bulunamamış olmasında mahkemenin yargılamayı makul bir süratte yürütememesi ve bilirkişi raporunun geç temin edilmesinden kaynaklandığını ileri sürmektedir. Gerçekten yargılama süreci incelendiğinde yaklaşık sekiz yıl boyunca ceza mahkemesinin sonuçlanmasının beklendiği, ceza mahkemesi sonuçlandıktan sonra iki yıl boyunca tazminatın hesaplanması amacıyla bilirkişi raporu alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Söz konusu bilirkişi raporu sürecinde usule ilişkin nedenlerle bilirkişi görevlendirmesinin geciktiği ve davalı TEDAŞ'a ilişkin kusur oranı ceza mahkemesinde belirlenmediğinden TEDAŞ'ın ve müteveffanın kusur oranlarının belirlendiği ve böylece sürecin yaklaşık iki yıl devam ettiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun talep edebileceği destekten yoksun kalma tazminatının tutarını tespit eden bilirkişi raporu ancak zamanaşımı süresinin dolmasından sonra 1/10/2014 tarihinde hazırlanarak Mahkemeye sunulabilmiştir.

62. Uyuşmazlık konusu zararın tespitine imkân veren bilirkişi raporunun davanın açılmasından itibaren on yıl gibi bir süre sonra alınması makul kabul edilebilir bir durum değildir. Bu bağlamda Mahkemenin yargılamanın yönetiminde gereken özeni göstermediği ve uğranılan zararın tutarını tespit eden bilirkişi raporunu zamanaşımı

süresi içinde aldıramadığı bir vakıadır. Fakat mahkemenin bu özensizliği nedeniyle otomatik olarak mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Mahkemeye erişim hakkının ihlaliyle ilgili nihai bir sonuca ulaşılabilmesi için başvurucunun mahkemenin bu özensizliğinden kaynaklanan külfete katlanmasını haklılaştıran nedenlerin bulunup bulunmadığı da değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken kısmi dava açma imkânı getirilmesinin amacı, uyuşmazlığın diğer tarafının menfaatlerinin zedelenip zedelenmediği ile davacının mahkemenin bu özensizliği nedeniyle katlandığı külfetin telafi edilmesi imkânının bulunup bulunmadığı hususları dikkate alınmalıdır.

63. Hukuk mahkemelerinde açılacak tazminat davalarında talep edilen tazminat miktarının kural olarak dava dilekçesinde gösterilmesi gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda tazminat miktarının ne kadar olduğunun davanın başında tam olarak tespiti mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda davacıların uğradığı zarar tutarı ancak yargılama sırasında mahkemenin kendisine tanınan keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırma gibi imkânları kullanması sonucunda tam olarak belirlenebilir. Zarar miktarının davacıların kendi imkânları ile tespit edilmesinin güç veya imkânsız olduğu hâllerde talep ettikleri tazminat tutarını tam olarak göstermelerini davacılar beklemek birtakım hakkaniyetsiz sonuçlara yol açabilir. Bu bağlamda davacıların hak kaybına uğramamak adına gerçekçi olmayacak şekilde yüksek miktarda tazminat taleplerinde bulunmaları ve buna bağlı olarak yüksek tutarlı harç ve vekâlet ücreti külfeti ile karşılaşmaları olasıdır. Bu da davacıların mahkemeye erişim haklarının ölçüsüz bir biçimde sınırlandırılmasına neden olabilir (yüksek miktarda vekâlet ücretinin başvuru sahiplerinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği hakkında bkz. *Galip Kocuk*, B. No: 2014/5639, 24/6/2015; *Metin Taşdemir*, B. No: 2014/6991, 26/2/2015; *Lütfi Karaca*, B. No: 2013/6808, 4/2/2016).

64. Kanun koyucu, miktar gösterme zorunluluğunun neden olacağı hak ihlallerini önlemek amacıyla kısmi dava açılması ve talep edilen tazminat miktarlarının sonradan ıslah yoluyla artırılması imkânı getirmiştir. Bu suretle davacıların dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak tazminat talebini düşük tutması ve mahkemenin yaptıracığı bilirkişi incelemesi sonrası ortaya çıkan tutara göre

tazminat taleplerini ıslah yoluyla artırması olanaklı hâle gelmiştir. Böylelikle davacılar yüksek miktarda harç ve vekâlet ücreti tutarlarıyla karşılaşmaktan kaçınma fırsatı elde etmiş olmaktadır.

65. Uğranılan zararın miktarını tespit eden bilirkişi raporunun Mahkemenin yargılama sürecini yönetmedeki başarısızlığı sebebiyle zamanaşımı süresinin dolmasından sonra temin edilmesinin başvuruçunun kısmi dava ve ıslah müessesesinin getirilmesiyle öngörülen yarara kavuşamamasına neden olduğu bir vakıadır. Fakat zamanaşımının sonuçları itibarıyla borçlu açısından birtakım menfaatler doğurduğu hususu da gözden kaçırılmamalıdır. Bu yönüyle ölçülülük bakımından yapılacak değerlendirmede özellikle özel borç ilişkilerinde uyumsuzluğun her iki tarafının devletin eşit ilgisine müstahak olduğu ve devletin her iki tarafın menfaatini yeterince gözetme yükümlülüğü altında bulunduğu hatırlanmalıdır. Devlet davacının (alacaklının) mahkemeye erişim hakkını kolaylaştırıcı düzenlemeler yaparken diğer tarafın (borçlunun) da borcun zamanaşımına uğramasından elde edeceği menfaatlerini gözetmelidir.

66. Öte yandan davacının mahkemenin yargılama sürecini yönetmedeki özensizliğinin yol açtığı külfeti gidermede tamamen çaresiz olmadığı, bunu telafi edecek imkânlarla da sahip olduğu anlaşılmaktadır. Hak kazanılan tazminat miktarı tam olarak bilinmese de başvuruçunun zarar tutarını yaklaşık olarak hesaplayarak zamanaşımı süresi içinde ıslah talebinde bulunmasının -somut olayın koşulları gözetildiğinde- mümkün olduğu görülmektedir. Gerçekten başvuruçusu, ceza dosyasındaki bilirkişi raporlarından müteveffanın yaklaşık kusur durumunu öngörebilecek durumdadır. Öte yandan uğranılan maddi zararın yaklaşık tutarının haricen uzman kişilere hesaplattırılıp ceza dosyasındaki bilirkişi raporu da gözetilerek ıslah talebinde bulunulması mümkündür. Kuşkusuz başvuruçunun bu yolla belirleyeceği tutarın mahkemece belirlenecek ve nihai olarak hükmedilecek tazminat tutarından fazla olması, buna bağlı olarak karşılaşacağı harç ve vekâlet ücreti külfetinin artması da olasıdır. Ancak sırf başvuruçunun harç ve vekâlet ücreti külfetinin artacak olması borçlunun zamanaşımının dolmasından kaynaklanan menfaatlerinin görmezden gelinmesini haklı kılmamaktadır.

Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararlar

67. Kaldı ki başvurunun mahkemenin tutumundan ötürü kısmi dava müessesisiyle hedeflenen yararı elde edememesi ve yüksek miktarda harç ve vekâlet ücretine maruz kalması hâlinde ödediği fazla harç veya vekalet ücretini bireysel başvuru konusu etmesi de olanaklıdır.

68. Sonuç olarak ıslah talebinin zamanaşımı süresiyle sınırlı olduğuna ilişkin kuralların belirli ve öngörülebilir olduğu, mahkemenin özensizliğinden kaynaklı olarak bilirkişi raporu zamanında elde edilememiş ise de başvurunun yaklaşık zararını haricen hesaplayarak zamanaşımı süresi içinde ıslah imkânını haiz olduğu hâlde kendi kusuruyla bundan yararlanmadığı gözetildiğinde başvurunun ıslah ile artırılan tutara yönelik tazminat talebinin on yıllık zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle reddedilmesinin başvurucuya aşırı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir. Bu durumda başvurunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğu kanaatine varılmıştır.

69. Açıklanan gerekçelerle başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

70. Başvurucu, davanın açıldığı 26/3/2004 tarihinden Yargıtayın nihai kararını verdiği 28/3/2016 tarihine kadar devam eden yargılama süreci nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

71. Bireysel başvuru yapıldıktan sonra yürürlüğe giren 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.

72. 6384 sayılı Kanun'a eklenen geçici maddeye göre yargılamaların uzun sürmesi ve 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.

73. *Ferat Yüksel* (B. No: 2014/13828, 12/9/2018, § 26) 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 etkililiğini tartışmıştır.

74. *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 tanınması 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).

75. Mevcut başvurunun bu kısmı yönünden söz konusu karardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

76. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI.HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

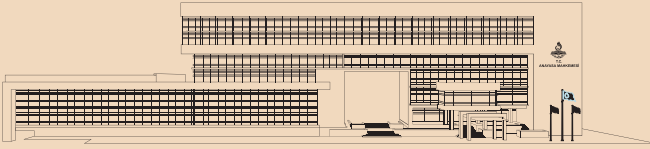
A. 1. Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 27/11/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya / ANKARA
Tel : 0 312 463 73 00 • Faks : 0 312 463 74 00
E-posta : bilgi@anayasa.gov.tr
Twitter : @AYMBASKANLIGI
www.anayasa.gov.tr

