



Bu Proje, Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmektedir.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

# MODÜL 2

## İdari Yargı ile İlgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları KATILIMCI KİTABI

İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve  
Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi



Bu Katılımcı Kitabı İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi kapsamında hazırlanmıştır.

Proje kapsamında geliştirilmiş olan her bir modül için Eğiticilere yönelik 3 kitaptan oluşan bir eğitim seti hazırlanmıştır. Bunlardan Eğitim Metodolojisi El Kitabı tüm modüllerin ortak kullanımına yönelik olarak tasarlanmıştır. Katılımcı Kitabı hem katılımcılara yönelik hem de eğiticilerin kullanımına yönelik olarak hazırlanmıştır.

Eğitim seti aşağıdaki kitaplardan oluşmaktadır.

- 1 Modül 2:** İdari Yargı ile İlgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Eğitici Rehberi (Eğiticiler için)
- 2 Modül 2:** İdari Yargı ile İlgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Katılımcı Kitabı (Eğiticiler ve Katılımcılar için)
- 3 Eğitim Metodolojisi El Kitabı (Eğiticiler için)**

## **MODÜL 2: İdari Yargı ile İlgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Eğitim Modülü Yazarları**

<b>Oturum 1</b>	Uyuşmazlık Çözümünde Hakların Nitelendirilmesi Çalışması ve Anayasa Mahkemesinin Rolü	Dr. Serkan Yolcu
<b>Oturum 2</b>	AYM İhlal Kararları Sonrası “Yeniden Yargılama” Müessesesi	Dr. Serkan Yolcu
<b>Oturum 3</b>	Mülkiyet Hakkı I (Giriş ve Vergi) Mülkiyet Hakkı I (Giriş ve Ruhsat/Lisans/Tahsis)	Prof. Dr. Burak Gemalmaz Prof. Dr. Burak Gemalmaz
<b>Oturum 4</b>	Mülkiyet Hakkı II - İdari Yargıda Sık Görülen Mülkiyet Hakkı İhlalleri II: İmar Hukukundan Kaynaklanan ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğüne Riayet Etmemesinden Kaynaklanan İhlalleri	Prof. Dr. Burak Gemalmaz
<b>Oturum 5</b>	İdari Yaptırımlar	Dr. Erkan Duymaz
<b>Oturum 6</b>	Disiplin Hukukunda Dikkate Alınması Gereken Haklar ve Standartlar	Dr. Erkan Duymaz
<b>Oturum 7</b>	Tıbbi İhmal/Hata Davaları ve Yaşam Hakkına-Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkına İlişkin Diğer Davalar	Dr. Erkan Duymaz
<b>Oturum 8</b>	Kişisel Verilerin Korunması Hukuku	Prof. Dr. Burak Gemalmaz

### **Katılımcı Kitabının Hazırlanmasına Katkıda Bulunanlar**

*Hukuk Eğitimi Uzmanı:* Marina Naumovska Milevska  
*Yetişkin Eğitimi ve Eğitim Programı Uzmanı:* Prof. Dr. Cennet Engin Demir  
*Ölçme ve Değerlendirme Uzmanı:* Prof. Dr. Hasan Atak  
*Toplumsal Cinsiyet Uzmanı:* Doç. Dr. Burcu Hatiboglu Kısac

### **Çalışma Grubu Üyeleri**

Mehmet Sadık YAMLI, *Anayasa Mahkemesi, Koordinatör Raportör*  
Seran Karatari KÖSTÜ, *Danıştay, Tetkik Hâkimi*  
Tuğba DEMİRER AKAR, *Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, Tetkik Hâkimi*  
Hilal Tuğçe KILIÇ, *HSK Genel Sekreterlik, Tetkik Hâkimi*  
Fatih Sultan KESİCİ, *İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, Tetkik Hâkimi*  
Ahmet DERİN, *Ankara 5 Vergi Mahkemesi Başkanı*  
Bekir Ufuk KADIGİL, *Ankara 6. İdare Mahkemesi Başkanı*  
Harun ÇEVİK, *Ankara Bölge İdare Mahkemesi 14. İdari Dava Dairesi Başk.*  
Ertuğrul Turan, *Ankara 2. İdare Mahkemesi Başkanı, Pilot Mahkeme*  
Abidin ŞAHİN, *İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi Başkanı, Pilot Mahkeme*

### **Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü (Proje Ekibi)**

Metin Engin, *Daire Başkanı, Adalet Bakanlığı HİGM*  
Ekrem Gökçe, *Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı HİGM*  
Selahattin Sotar, *Büro Amiri, Adalet Bakanlığı HİGM*  
Hanife Şenol, *Proje Bürosu, Adalet Bakanlığı HİGM*  
Ömür Murat Eylen, *Proje Bürosu, Adalet Bakanlığı HİGM*

### **Avrupa Konseyi Proje Ekibi**

Özlem Demirel Cook, *Proje Müdürü*  
Gülşah Doğan, *Proje Sorumlusu*  
Damla Sariaslan Yeniçerioğlu, *Kıdemli Proje Sorumlusu*  
Aslıhan Sevimli, *Proje Dil Asistanı*  
Ayşe Günçe Erdal, *Proje Asistanı*

Bu Katılımcı Kitabında yer alan bilgiler uzmanlar ve yazarlar ekibi tarafından hazırlanmıştır. Bu kitapta yer alan görüş ve düşünceler yazarların sorumluluğundadır ve Avrupa Konseyi'nin resmî politikalarını yansıtmamaktadır. Eğitim Materyallerinden kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir; materyaller sadece eğitim amaçlı kullanılabilir, izinsiz çoğaltılamaz ve basılamaz.

İlgili materyaller; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 33. maddesi ve 35. maddesinin 3. ve 4. fıkraları kapsamındaki “eğitim amacıyla temsil ve iktibas serbestileri” kapsamında kullanılmıştır.

Avrupa Konseyi 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi, T.C Anayasası, AİHM kararları ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ilgili maddeleri uyarınca, yapılan risk değerlendirmesinin ardından bireylerin haklarına halel getirmemek adına işbu eğitim materyallerinde yer alan Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri ve İlk Derece İdare ve Vergi Mahkemesi Kararlarında yer alan kişisel veriler redakte edilmiştir.



**İdari Yargı  
ile İlgili AİHM  
ve Anayasa  
Mahkemesi Kararları**  
**KATILIMCI KİTABI**

İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve  
Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi

**KATILIMCI KİTABI, Modül 2 İdari Yargı ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi kapsamında hazırlanmış ve yayımlanmıştır. Proje, Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından ortak finanse edilmekte ve Avrupa Konseyi (AK) tarafından yürütülmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Projenin nihai faydalanıcısıdır. Bu Projenin sözleşme makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.

Bu Katılımcı Kitabı Avrupa Birliği'nin maddi desteği ile hazırlanmıştır. İçerik tamamıyla yazarlarının sorumluluğu altındadır ve Avrupa Birliği'nin görüşlerini yansıtmak zorunda değildir.

İçeriğinde yer alanların sorumluluğu yalnızca yazarlarına aittir ve hiçbir şekilde Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi veya Türkiye Cumhuriyeti'nin görüşlerini veya resmi politikasını yansıtır şekilde yorumlanmamalıdır.

Bu kitapta yer alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları, AİHM'in resmi dilleri olan İngilizce veya Fransızcadan Türkçeye yapılmış resmî olmayan çevirilerden oluşmaktadır. Avrupa Birliği veya Avrupa Konseyinin yasal organları ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu çevirilerin doğruluğu veya geçerliliği konusunda herhangi bir sorumluluk üstlenmez. Çevirilerin resmî dilde (İngilizce veya Fransızca) yayımlanan orijinal karar metniyle çelişmesi halinde orijinal metin esas alınmalıdır.

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, İletişim Müdürlüğünden (F-67075 Strasbourg Cedex ya da publishing@coe.int) önceden yazılı izin alınmaksızın çevrilemez, fotokopi, kayıt ya da herhangi bir bilgi depolama ya da geri erişim sistemi dahil olmak üzere, elektronik (CD-Rom, internet, vb.) ya da mekanik olarak, herhangi bir biçimde ya da araçla çoğaltılamaz ya da iletilemez.

Kapak tasarımı ve sayfa düzeni: Kurtuluş Karaşın

© Avrupa Konseyi, Eylül 2022

Şartlar altında Avrupa Birliği'ne lisans verilmiştir.

Basım yeri: Ankara

Baskı: Altan Özyurt Matbaacılık

# İçindekiler

Kısaltmalar Listesi .....	6
Arka Plan .....	7
Eğitim Programı .....	10
Giriş.....	11
Kitabın Kullanımı .....	13

## Oturum 1

### Uyuşmazlık Çözümünde Hakların Nitelendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin Rolü

1 Giriş .....	18
2 AİHM ve AYM'nin Temel Hakların Korunmasındaki Rolü.....	18
3 AİHM ve AYM'nin Uyuşmazlık Çözümünde Dikkate Aldığı Koşulların Ulusal İdari Yargının Uyuşmazlık Çözüm Sistemine Entegrasyonu .....	20

## Oturum 2

### AYM İhlal Kararları Sonrası “Yeniden Yargılama” Müessesesi

1 Giriş .....	32
2 Yeniden Yargılama Nedir? .....	33
3 İdari Yargıçlar Nasıl Yeniden Yargılama Yapar? .....	38

## Oturum 3

### Mülkiyet Hakkı I (Giriş ve Vergi/Ruhsat)

1 AİHM VE AYM'nin Mülkiyet Hakkı Konulu Uyuşmazlıkların Çözümünde Dikkate Aldığı Standartlar .....	48
1 Mülkiyet Hakkının Kapsamı .....	49
2 Mülkiyet Hakkının Üç Sütunu ve Mülkiyet Hakkına Müdahale .....	53
3 Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	58
4 Tazminat .....	69
5 Usuli Güvencelere Riayet ile İlgili ve Yeterli Gerekçe Verme Yükümlülüğü ...	73
6 İyi Yönetişim Düsturu, İdari İstikrar ve Haklı Beklentilerin Korunması .....	75
7 Adil Denge/Orantılılık ile Malikin Uğradığı Somut Zararın Miktarı .....	79
8 Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	80



## Mülkiyet Hakkı I- b (Giriş ve Ruhsat/Lisans/Tahsis)

<b>II Mülkiyet Hakkının Konusu Olarak Ruhsat/Lisans/Tahsis Uyuşmazlıklarının Tabi Olduğu Standartlar</b> .....	82
<b>1 Malvarlığı Değeri Olarak İşletme Ruhsatları, Lisanslar, Mesleki Unvan ve Ayrıcalıklar ile Müşteri Çevresi</b> .....	82
<b>2 Ruhsat/Lisans İptalleri veya Ruhsatın/Lisansın Uzatılmamasından Kaynaklanan Müdahalelerde Uygulanacak Kural</b> .....	85
<b>3 Müdahalenin Kanunla Öngörülmesi/Hukuki Dayanağı Olması Koşulu Açısından Ruhsat/Lisans/Tahsis İptalleri</b> .....	86
<b>4 Ölçülülük Testi (Usuli Güvenceler, İyi Yönetişim Düsturu, İdari Makamların Tutarlılığı ve Haklı Beklentilerin Korunması)</b> .....	87
<b>5 Ruhsat İptali ya da Uzatılmamasının Başvurucuların Geçim İmkanlarına Etkisi ve Zararı Hafifletici Önlemler</b> .....	90
<b>6 Usuli Güvenceler</b> .....	92

## Oturum 4

### İdari Yargıda Sık Görülen Mülkiyet Hakkı İhlalleri II: İmar Hukukundan Kaynaklanan ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğüne Riayet Etmemesinden Kaynaklanan İhlaller

<b>I Hukuki El Atma (Kamulaştırmama) Halinde Tazminat Ödenmesi Gerekliliği</b> .....	100
<b>1 Görevli Yargı Koluna İlişkin Bazı Hususlar</b> .....	101
<b>2 Hangi İdareye Karşı Dava Açılacağı Meselesi</b> .....	102
<b>3 Hangi Tür Planlardan Ötürü Sorumluluğun Doğduğu Meselesi</b> .....	103
<b>4 Hangi Tür Kısıtlamalardan Ötürü Sorumluluğun Doğduğu Meselesi</b> .....	104
<b>5 Kıymet Takdiri Esasları ve Yoksun Kalınan Kazançlar</b> .....	105
<b>II Askeri Bölgelerdeki İmar/İnşaat Yasakları/ Kamulaştırmama ile Değer Kayıpları</b> .....	107
<b>1 Kısıtlamanın Tür ve Nitelikleri</b> .....	107
<b>2 Anayasa Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı</b> .....	109
<b>III Mülkiyet Hakkı Sorunu Olarak Yıkım</b> .....	110
<b>1 Yıkımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği</b> .....	110
<b>2 Yıkım Kaynaklı Başvuruların İncelenme Standartları</b> .....	111
<b>3 Orantılılık Alt İlkesi Bağlamında Yıkım Kararları: Adil Dengenin Kurulması</b> .....	113

<b>IV Anayasa Mahkemesine Göre İdarenin Tazmin Yükümlülüğü (Konu Anlatımı ve Vaka Çözümü)</b> .....	116
1 Yaşar Çetinbaş Başvurusu (No. 2018/34564, 10/3/2021) .....	118
2 Ayşe Bulut Başvurusu (No. 2018/28925, 16/06/2021).....	119

## Oturum 5

### İdari Yaptırımlar

1 Suç ve Cezaların Kanuniliği .....	128
2 Masumiyet Karinesi .....	130
3 Mülkiyet Hakkı .....	131
4 İfade Özgürlüğü .....	133

## Oturum 6

### Disiplin Hukukunda Dikkate Alınması Gereken Haklar ve Standartlar

1 Kamu Görevlilerinin Hakları ve Yükümlülükleri .....	138
2 Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı .....	138
3 İfade Özgürlüğü .....	142
4 Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı .....	145
5 Örgütlenme Özgürlüğü - Sendika Hakkı .....	146

## Oturum 7

### Tıbbi İhmal/Hata Davaları ve Yaşam Hakkına-Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkına İlişkin Diğer Davalar

1 Devletin, Kişinin Yaşamını ve Maddi ve Manevi Varlığını Koruma Yükümlülüğü .....	154
2 Etkili Soruşturma Yükümlülüğü .....	158

## Oturum 8

### Kişisel Verilerin Korunmasında Anayasal Standartlar

1 AYM ve AİHM'in Kişisel Veriye Yaklaşımı: Kişisel Veri Tanımı ve Hakkın Öznesi.....	164
2 AYM ve AİHM Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkına Müdahale ve İhlal Değerlendirmesine İlişkin Esaslar .....	167
3 Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Bağlamında Adil Denge Testi.....	173



# Kısaltmalar Listesi

AB	Avrupa Birliği
AdB	Adalet Bakanlığı
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	Avrupa Konseyi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYİM	Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
BİM	Bölge İdare Mahkemesi
BM	Birleşmiş Milletler
BTB	Bilgi, Tutum ve Beceri
CEPEJ	Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu
DYS	Dosya Yönetim Sistemi
EİA	Eğitim İhtiyaç Analizi
GA	Genel Amaç
GH	Genel Hedef
HELP	Avrupa Konseyi Hukukçular İçin İnsan Hakları Eğitimi Programı
HTCEF	Hukukta Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Farkındalık Ölçeği
İHEP	İnsan Hakları Eylem Planı
K.T.	Karar Tarihi
ÖH	Öğrenme Hedefi
ÖRN	Örneğin
P.	Paragraf
SATURN	Yargıda Zaman Yönetimi, İnceleme, Analiz, Araştırma Merkezi
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Projesi
YRS	Yargı Reformu Stratejisi





# Arka Plan

## Modül 2: İdari Yargı ile İlgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları

Türkiye Cumhuriyeti, hukukun üstünlüğünü gözetmek üzere yargı alanında ortaya koyduğu reformların bir parçası olarak idari yargı sisteminin verimliliğini ve etkinliğini artırmak istemektedir. Bu doğrultuda yapılan çalışmalar idari yargının bağımsızlığını, tarafsızlığını ve etkinliğini daha da güçlü kılmak ve kamunun idari yargıya olan güvenini artırmayı hedeflemektedir.

Bu kapsamda “İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi” hazırlanmıştır. 2018 yılında hayata geçirilen Proje, Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından ortaklaşa finanse edilmekte ve Adalet Bakanlığı ile iş birliği içinde, Avrupa Konseyi tarafından yürütülmektedir. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü projenin ana faydalanıcısıdır.

Bu projenin genel hedefi, idari yargının bağımsızlığını, tarafsızlığını ve etkinliğini daha da güçlendirerek ve kamu farkındalığının artırılması ile kamunun idari yargıya güvenini artırmaktır. Bu hedefe, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını destekleyen ve idari yargı sisteminin ihtiyaçlarına yanıt verebilirliği ile verimliliğini güçlendiren usullerin ve uygulamaların belirlenerek, yürürlüğe konmasında Türk yetkililere destek vermekle ulaşılmaya çalışılmaktadır. Projenin aşağıdaki sonuçlara ulaşması beklenmektedir:

- 1 İdari yargının etkililiğinin iyileştirilmesi için yaklaşımlar ve politikaların belirlenmesi, kanıta dayandırılması ve uygulanmasının incelenmesi.
- 2 İdari yargının kurumsal ve mesleki kapasitesinin güçlendirilmesi ve bu yolla, kamunun idari yargıya olan güveninin artırılması.
- 3 İdari yargı sistemi ve mahkemelerin ağır iş yükünün giderilmesi için tedbirlerin belirlenmesi ve desteklenmesi, mevcut yargılama öncesi çözüm mekanizmalarının güçlendirilmesi ve uygun alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) mekanizmalarının uygulamaya konulması.
- 4 BİM'lerin ve Danıştay'ın dava yönetiminin daha etkili ve etkin hale getirilmesi yolu ile istinaf/temyiz davalarının görülme sürelerinin kısaltılması ve sistem ve süreçlerde gerekli değişikliklerin yapılması.

Proje kapsamında gerçekleştirilen eğitim çalışmaları, İdari Yargı mensuplarının eğitim ihtiyaçlarına ilişkin gerçekleştirilen derinlemesine bir eğitim ihtiyaç analizi çalışması

sına dayanmaktadır. Bu kapsamlı eğitim ihtiyaç analizi için birincil veriler ile nicel ve nitel veri toplama araçları kullanılmıştır Eğitim İhtiyaç Analizinde (EİA) ortaya çıkan bulgular doğrultusunda uygulamaya konacak geniş bir çerçeve ortaya çıkmıştır.

Eğitim ihtiyaçlarının değerlendirilmesi sürecine Aralık 2019 - Şubat 2020 döneminde başlanmıştır. Kullanılan temel veri toplama yöntemleri arasında anketler, odak grup oturumları ve çalıştaylar, mevzuatın, raporların ve stratejik belgelerin gözden geçirilmesi ve mevcut istatistiksel verilerin analizi bulunmaktadır. Paydaşların katkısı, Avrupa Konseyi tarafından Adalet Bakanlığı, Danıştay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Kamu Denetçiliği Kurumu, Türkiye Adalet Akademisi, Türkiye Barolar Birliği, Bölge İdare Mahkemeleri, ilk derece idare ve vergi mahkemeleri ve diğer paydaşlarla iş birliği içerisinde düzenlenen çalıştaylar ve toplantılar yoluyla elde edilmiştir. (**Eğitim İhtiyaç Analizi Raporu için bakınız: <https://rm.coe.int/tna-tr-web/16809fa952>**)

Eğitim ihtiyaç analizi sürecinin her aşamasında elde edilen bulgular ve sonuçlar analiz edilerek proje kapsamında hâkimlere ve mahkeme personeline yönelik dört modül geliştirilmiştir.



**MODÜL 1:**  
Hukuki Gerekçeleştirme  
ve Karar Yazımı  
(Hâkimler için)



**MODÜL 2:**  
İdari Yargı ile İlgili AİHM  
ve Anayasa Mahkemesi  
Kararları (Hâkimler için)



**MODÜL 3:**  
Adil Yargılanma Hakkı-  
Makul Süre  
(Hâkimler için)



**MODÜL 4:**  
Kalem Personeli İçin  
Dava ve Zaman  
Yönetimi

Proje kapsamında geliştirilmiş olan her bir modül için Eğiticilere yönelik 3 kitaptan oluşan bir eğitim seti hazırlanmıştır. Bunlardan Eğitim Metodolojisi El Kitabı tüm modüllerin ortak kullanımına yönelik olarak tasarlanmıştır. Katılımcı Kitabı hem katılımcılara yönelik hem de eğiticilerin kullanımına yönelik olarak hazırlanmıştır.

Modül 2 için oluşturulan Eğitim seti aşağıdaki kitaplardan oluşmaktadır.



**MODÜL 2:**  
İdari Yargı ile İlgili AİHM  
ve Anayasa Mahkemesi  
Kararları **Eğitici Rehberi**  
(Eğiticiler için)



**MODÜL 2:**  
İdari Yargı ile İlgili AİHM ve  
Anayasa Mahkemesi Kararları  
**Katılımcı Kitabı** (Eğiticiler ve  
Katılımcılar için)



**Eğitim  
Metodolojisi  
El Kitabı**  
(Eğiticiler için)

Adalet Bakanlığı'nın öncülüğünde, her bir modül için çalışma grupları oluşturulmuştur. Çalışma gruplarının amacı gerçekleştirilecek eğitici eğitimlerine katılacak potansiyel eğiticiler olarak modül çalışmalarına katkı sunmaktır. Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ile pilot mahkemelerden ile Adalet Bakanlığı'ndan hâkimler ve seçilmiş mahkemelerden gelen kalem personelin-den oluşan çalışma grubu üyeleri, modül yazarları, eğitim ve ölçme ve değerlendirme uzmanları ve proje ekipleri ile Haziran-Eylül 2021 tarihlerinde çevrim içi ve hibrit formatta düzenlenen iki türlü toplantılara etkin bir biçimde katılarak hazırlanan taslak eğitim modüllerine önemli geri bildirimlerde bulunmuşlardır.

**Tablo 1.** Proje Kapsamında Verilecek Eğitimler

Eğitim Modülü	Eğitimin Türü			Eğitim Sayısı
	Pilot Eğitim	Eğitici Eğitimi	Aşamalı Eğitimler	
<b>Modül 1:</b> Hukuki Gerekçelendirme ve Karar Yazımı (Hâkimler için)	25 (2 gün)	20 (4 gün)	300 (2 gün)	12
<b>Modül 2:</b> İdari Yargı ile İlgili AIHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları (Hâkimler için)	25 (2 gün)	20 (4 gün)	200 (2 gün)	8
<b>Modül 3:</b> Adil Yargılanma Hakkı - Makul Süre (Hâkimler için)	25 (2 gün)	20 (4 gün)	200 (2 gün)	8
<b>Modül 4:</b> Kalem Personeli için Dava ve Zaman Yönetimi	25 (2 gün)	20 (4 gün)	225 (2 gün)	9
Toplam	100 kişi	80 Eğitici	925 kişi	37

Tablo 1'de de görüldüğü gibi, proje kapsamında geliştirilen dört modüle yönelik olarak 2 günlük pilot eğitimler uygulanacaktır. Pilot eğitimlerin amacı geliştirilen eğitim programı ve materyallerini uygulamalı olarak test etmektir. Pilot eğitimlerin ardından, Eğitici Eğitimleri verilecektir. Eğitici Eğitimini alan hâkim ve mahkeme personeli, modül yazarları ve eğitim uzmanlarının da desteği ile proje kapsamında yaklaşık 925 hâkim ve mahkeme personeline 2 günlük eğitimler vereceklerdir. Katılımcı sayısı ve katılım yerlerine göre eğitimin süresi 2.5 gün olabilir.

Modül 2 için uygulanacak eğitim programı aşağıdaki gibidir.

<b>MODÜL 2</b>	<b>İDARİ YARGI İLE İLGİLİ AİHM VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI</b>	<b>EĞİTİM PROGRAMI</b>
----------------	---	----------------------------

### 1. GÜN

08:45-09:00	Kayıt
09:00 – 09:20	Açılış Konuşmaları, Kısa Proje Tanıtımı ve Program Bilgilendirmesi
09:20 – 09:45	Tanışma Etkinliği ve Beklentilerin Alınması
09:45–10:00	Öntestin Uygulanması
10:00 – 11:30	<b>Oturum 1:</b> Uyuşmazlık Çözümünde Hakların Nitelendirilmesi Çalışması ve Anayasa Mahkemesinin Rolü
11.30-11.45	Ara
11.45-13.15	<b>Oturum 2:</b> AYM İhlal Kararları Sonrası “Yeniden Yargılama” Müessesesi
13.15-14.15	Öğle Yemeği
14.15-15.45	<b>Oturum 3:</b> Mülkiyet Hakkı I (Giriş ve Vergi) Mülkiyet Hakkı I (Giriş ve Ruhsat/Lisans/Tahsis) <i>Burada Gruplar 2 ayrı salonda uygulama yapacaklardır.</i>
15.45-16.00	Ara
16.00-17.30	<b>Oturum 4:</b> Mülkiyet Hakkı II - İdari Yargıda Sık Görülen Mülkiyet Hakkı İhlalleri II: İmar Hukukundan Kaynaklanan ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğüne Riayet Etmemesinden Kaynaklanan İhlaller
17.30-18:00	Kapanış

### 2. GÜN

09.00-09.15	Önceki Günün Kısa Özeti
09.15-10.30	<b>Oturum 5:</b> İdari Yaptırımlar
10.30-10.45	Ara
10.45-12.30	<b>Oturum 6:</b> Disiplin Hukukunda Dikkate Alınması Gereken Haklar ve Standartlar
12.30-13.30	Öğle Yemeği
13.30-15.00	<b>Oturum 7:</b> Tıbbi İhmal/Hata Davaları ve Yaşam Hakkına-Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkına İlişkin Diğer Davalar
15.00-15.15	Ara
15.15-16.45	<b>Oturum 8:</b> Kişisel Verilerin Korunması Hukuku
16.45-17:15	Sontestin Uygulanması, Genel Değerlendirme
17:15-17:30	Kapanış ve Sertifika Töreni

Bu çerçevede eğitim materyallerinin hazırlanması sürecinde destek veren tüm paydaşlarımıza, çalışma grubu üyelerine ve Adalet Bakanlığı temsilcilerine teşekkür ederiz.



## İdari Yargı ile İlgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları

Niteliği gereği idarenin yargısal denetlenmesi ve dolayısıyla bireyi idare karşısında korunma fonksiyonları, Türkiye'deki üç ana yargı kolundan birini teşkil eden idari yargı ile vergi yargısı (bir bütün olarak idari yargı) insan haklarının korunmasında oynadığı hayati role işaret etmektedir. İdare tarafından yapılan insan hakları ihlallerini tespit edecek ve ihlali giderecek ilk yargısal yol idari yargıdır. İdari yargının etkili bir insan hakları denetimi yapmadığı hallerde, bireyler kamu gücü karşısında korumasız kalır. Bu nedenle idari yargının insan haklarının içselleştirilmesi, idarenin tasarruflarını (işlem, eylem, karar ve ihmal) denetlerken insan hakları ilke ve kurallarını dikkate alan bir muhakeme yürütmesi gerekmektedir. Üstelik gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) gerekse de Anayasanın yaşayan bir belge olması ve yeni yaşam durumları ile yeni taleplere açıklığı karşısında Anayasa Mahkemesi (AYM) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadının gelişen doğasına ayak uydurmak için son gelişmelerin takip edilmesi gerekmektedir.

Oysa Türk idari yargısının bu fonksiyonu layıkıyla ve istikrarlı bir standartta ifa edebildiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim gerek AİHM gerekse AYM kararlarına yansıyan çok sayıda hak ihlali, ya idarenin yaptığı hak ihlallerinin idari yargı tarafından göz ardı edilmesinden ya da bizzat idari yargıda verilen kararlardan ve hatta idari yargı makamları önündeki yargılama usullerinden kaynaklanmaktadır. Bu halde idari yargıda insan hakları ihlali teşkil eden alan, konu ve durumların tespit edilmesi elzem hale gelmektedir.

Dolayısıyla bu modül, ihlal kararlarına yol açan söz konusu perspektif ve metodoloji sorunlarının giderilmesi, Türkiye'nin AİHM nezdindeki ihlal oranlarının düşürülmesi, genel olarak insan hakları mülahazalarını hem metodolojik hem de maddi olarak dikkate alan bir yargılama standardı geliştirilmesini sağlayacak donanımı kazandırmaya yönelik olarak kurgulanmıştır. Bu eğitim, idari yargı alanında verilen en önemli kararlara odaklanarak, katılımcıların yakın tarihli AİHM ve AYM içtihadı konusunda ayrıntılı bir fikir sahibi olmasına imkân tanıyacaktır. Diğer yandan, idari yargıda insan haklarının korunması noktasında mevcut olan yüksek standartlar da iyi uygulama örnekleri olarak eğitimde feyz alınması amacıyla yansıtılacaktır.

Bu amaçla, hazırlanan kitaplar ve materyaller her bir hak özelinde ele alınmamaktadır; bunun yerine, idari yargı mensuplarının takip ve idrak etmesini kolaylaştırmak

amacıyla problematik özelinde ele alınmaktadır. Böylelikle, idari yargı mensupları, alışkın oldukları muhakeme formatına uygun şekilde aradıkları insan hakları mülahazasını ve/veya argümanını rahatlıkla bulabilecek ve önlerindeki somut uyuşmazlığa uygulayabilecektir. İnsan hakları yargısı ile idari yargının uyuşmazlıklara yaklaşımı farklı (idari yargı hak temelli yargılama yapmamaktadır) olup idari yargının uyuşmazlıkları çözümü esnasında uygulamakla mükellef olduğu hukuk içerisine insan hakları mülahazalarının yedirilmesinin ancak bu yöntemle mümkün olabileceği değerlendirilmektedir. Ayrıca her bir uyuşmazlık tipinde birden fazla hakkın gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle, her bir uyuşmazlık tipinde söz konusu olabilecek bütün haklar modül materyalleri çerçevesinde ele alınacaktır.

Diğer yandan insan haklarına dayanan veya insan haklarını dikkate alan karar üretim süreci hâkimlerin kariyeri bakımından da önemlidir.

Nihai olarak, bu Modülün idari yargıda insan haklarının tematik olarak korunmasına fayda sağlayacağı gibi ilk derece ve bölge idare mahkemeleri kararlarının kalitesini arttırarak temyiz ve bireysel başvuru sayısının azaltılması yoluyla kamunun idari yargıya olan güvenini temin edeceği düşünülmektedir.

# 1. Kitabın Kullanımı

Katılımcı Kitabı, hukukun farklı ana bilim dallarından ve farklı disiplinlerden gelen alan uzmanı olan değerli modül yazarları, eğitim programı, ölçme ve değerlendirme uzmanlarının çalışmaları sonucunda, iki veya ikibuçuk günlük aşamalı eğitimlere katılacak olan hâkimlere yönelik olarak hazırlanmıştır.

**Katılımcı Kitabındaki konular, “Eğitici Rehberi”ne paralel olarak hazırlanmıştır. Bu nedenle bu kitap, eğitimciler için hazırlanan “Eğitim Seti”nin de ayrılmaz bir parçasıdır.**

Katılımcı Kitabında aşamalı eğitimlerde işlenecek olan konular daha detaylı olarak açıklanmaktadır. Eğitimlere katılacak olan hâkimlerin bu konuları oturumlara gelmeden önce okuma fırsatı bulmaları, oturumların daha verimli ve etkili bir şekilde geçmesini sağlayacaktır.

“İdari Yargı ile İlgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları” Modülü içinde yer alan her bir oturum birbiriyle bağlantılıdır. Her modülde olduğu gibi bu modülde de 8 oturum yer almaktadır.

Oturumlarda;

**Oturumun Amacı;** söz konusu oturumun hangi konuyu ele aldığı ve amacı hakkında kısa bilgi verilmektedir.

**Düşünelim;** her bir oturumu okumadan önce o oturumun ele aldığı konularla ilgili nelere dikkat etmeniz gerektiği konusunda fikir vermek ve merak uyandırmak amacıyla bazı sorular yer almaktadır. Bu sorular aynı zamanda o oturumun konusuyla ilgili neler öğrenileceği üzerinde düşünmenize de yardımcı olacaktır.

**Konular;** her bir oturumda ele alınacak konular ve altbaşlıkları belirtilmektedir.

**Kaynaklar/Kararlar/Faydalı Bilgiler;** ilgili oturumların hazırlanmasında yararlanılan kaynaklar ile bazı oturumlarda ilgili kararlar listesi ve faydalı bilgiler yer almaktadır.

**Temel Mesajlar;** ilgili sayfalarda yer alan ve farklı renklerde yazılmış kısa notlar konu ile ilgili üzerinde düşünülmesi gereken hususların altını çizmek üzere hazırlanmıştır.

Eğitim programının tüm oturumları katılımcıların aktif olarak katılımını ve etkileşimi sağlayacak şekilde tasarlanmıştır.

Katılımcı Kitabı aynı zamanda, bu eğitim etkinliği sonrasında da ihtiyaç duydukça yararlanılabilecek bir kaynak kitap niteliğindedir.



# MODÜL 2

## İdari Yargı ile İlgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Modülü



### Modülün Amacı

Bu modülün temel amacı AİHM ve Anayasa Mahkemesinin idare hukukunu ve idari yargıyı ilgilendiren kararlarının ve daha önemlisi idare hukukunu ve dolayısıyla idari yargıyı ilgilendirebilecek meselelerde takip ettikleri muhakemenin bilgisini ve somut uyuşmazlıklara uygulama becerisini idari yargı ve vergi yargısı hâkimlerine kazandırmaktadır.

Modül kapsamında, idari yargı ve vergi yargısı hâkimlerine, önlerindeki uyuşmazlıklarda insan hakları mülahazalarını tespit ederek ele almaları ve bu mülahazaya bağlı standartları doğru şekilde uygulayabilmeleri için gerekli araçların sağlanması hedeflenmektedir.



### Düşünelim

- 1 AİHM ve AYM kararlarının hukuk sistemimizdeki yeri nedir?
- 2 AYM'nin ve AİHM'nin bireysel başvuruları karara bağlarken kullandığı kriterler nelerdir?
- 3 İdari yargılamada yargıçların temel hakları korumak için izleyeceği belirli bir yol var mı?
- 4 İdari yargıçların temel hak ihlalinin gerçekleşmesini önlemesi mümkün mü? Nasıl?



# OTURUMLAR (KONULAR)

Uyuşmazlık Çözümünde Hakların  
Nitelendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin Rolü

1

AYM İhlal Kararları Sonrası “Yeniden Yargılama” Müessesesi

2

Mülkiyet Hakkı I (Giriş ve Vergi)  
Mülkiyet Hakkı I (Giriş ve Ruhsat/Lisans/Tahsis)

3

İdari Yargıda Sık Görülen Mülkiyet Hakkı İhlalleri II: İmar Hukukundan Kaynaklanan  
ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğüne Riayet Etmemesinden Kaynaklanan İhlaller

4

İdari Yaptırımlar

5

Disiplin Hukukunda Dikkate Alınması Gereken Haklar ve Standartlar

6

Tıbbi İhmal/Hata Davaları ve Yaşam Hakkına-Maddi ve  
Manevi Varlığın Korunması Hakkına İlişkin Diğer Davalar

7

Kişisel Verilerin Korunmasında Anayasal Standartlar

8



## OTURUM

1

2

3

4

5

6

7

8

# Uyuşmazlık Çözümünde Hakların Nitelendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin Rolü

Dr. Serkan Yolcu



## Amaç

Bu bölümün amacı katılımcıların idari yargılama usulünde gerçekleşen karar alma sürecinde hak temelli bir perspektif edinmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesinin (AYM) insan hakları uyuşmazlıklarını çözerken kullandığı kriterlerin idari yargılama usulüne nasıl teşmil edeceği konusundaki bilgilerine katkıda bulunmaktadır. Bölüm sonunda katılımcılar AİHM ve AYM kararlarının hukuk sistemimizdeki fonksiyonunu mesleki pratiğe yansıtabilecek, AYM'nin bireysel başvuruda kullandığı AİHM kriterlerinin niteliklerini kavrayabilecek, yargılama esnasında AYM ve AİHM'nin temel hakları korumadaki yorum yöntemini ayırt ederek nasıl bir yol izlemesi gerektiğini öngörebilecek, bir temel hak ihlalinin gerçekleşmemesi için üzerine düşen yargısal yükümlülüğü ayırt edebilecek, idari eylem ve işlemlerin denetiminde hak temelli yargılamayı içselleştirebilecektir.



## Düşünelim

- 1 AİHM ve AYM kararlarının hukuk sistemimizdeki yeri nedir?
- 2 AYM'nin ve AİHM'nin bireysel başvuruları karar bağlarken kullandığı kriterler nelerdir?
- 3 İdari yargılamada yargıçların temel hakları korumak için izleyeceği belirli bir yol var mı?
- 4 İdari yargıçların temel hak ihlalinin gerçekleşmesini önlemesi mümkün mü?



## Konular

- 1 AİHS'nin Ulusal Hukuka Aktarılması ve Doğrudan Uygulanması
- 2 Türk Hukukunda Entegrasyon (Anayasa m. 90)
- 3 AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı
- 4 Hukukilik/Kanunilik
- 5 Ölçülülük: Gereklilik, Elverişlilik, Orantılılık
- 6 Haklı Beklenti/İdareye Güven

# 1 Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme), insan haklarının korunması alanındaki en önemli uluslararası belgelerden biri olmanın yanında Avrupa Konseyine üye 47 üye devlet açısından bağlayıcıdır. Sözleşme, taraf devletlerin hukuk düzenlerinin bir parçası haline gelmiş, kapsamlı içtihatlar sayesinde, ulusal hukuk dallarının çoğuna sirayet etmiş durumdadır. Gerçekten de Sözleşme güçlü bir koruma mekanizmasına sahiptir ve temel hak ve özgürlükleri belirtmekle yetinmeyip, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Sözleşmeyi yorumlaması ve açıklaması sayesinde ulusal seviyede, günlük hukuki uygulamanın da bir parçası haline gelmiştir. Sözleşmenin öngördüğü bireysel başvuru usulü sayesinde AİHM Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine dair uluslararası hukuk açısından bağlayıcı bir nihai karar vermektedir. Bu sayede Sözleşme AİHM'nin yorumu ile taraf devletler açısından hüküm doğurmaktadır.

İdari yargılamada AİHM ve AYM temel hak ve özgürlüklerin ihlali edildiğini tespit ettiği kararların dikkate alınması, olası yeni hak ihlallerinin önüne geçmeyi mümkün kılabilir. İdari yargıçlar önlerine gelen davalarda, önlerindeki uyuşmazlık ile ilgili AİHM ve AYM kararlarını da analiz ederek temel hakları ihlal etmekten kaçınabilir. Bunun birden fazla nedeni olsa da, en azından bazı hususların önceden tespit edilmesi idari yargılamada hukukta uyuşmazlık çözerken temel hakların nasıl nitelendirilmesi gerektiği hakkında yol gösterici olabilir. Bir kere belirtmek gerekir ki AYM'nin temel hak koruması ile AİHM'nin koruma yöntemi arasında belirgin bir ayrışma yok. İkincisi idari yargıda karar vermek temel hakları korumak için pek çok bakımdan kayda değer fırsatlar barındırmaktadır. Nihayet idari yargıçların uyuşmazlık çözme pratiği, temel hakları korumaya içkindir. Bu bölüm hususların detaylarını ele almaktadır.

## 2 AİHM ve AYM'nin Temel Hakların Korunmasındaki Rolü

AİHS niteliği itibarıyla uluslararası hukuk bağlamında çok taraflı bir uluslararası antlaşma olmanın yanında, temel hakların korunmasına ulusal hukuka etkisi bakımından belirgin bir özelliği vardır ki o da herkesin yararlanabileceği, genel ve objektif nitelikte temel haklar ve güvenceler getirmiş olmasıdır. Sözleşmeyi ulusal yargı organları açısından özel kılan esasen bu niteliğidir. Bu nitelik Sözleşmenin insan haklarının bireysel düzeyde güvence altına alınması amacına dayanır. Bu bakımdan AİHS'nin "bireysel başvuru" olanağı, Sözleşmeye taraf olan devletlerin yetki alanı içindeki herkesin temel haklarını koruyan bir düzenin aracıdır.

AİHS'nin belkemiği olarak görülen bireysel başvuru hakkı, AİHS'nin sağladığı ikincil nitelikli güvencenin kilit unsuru olarak görülebilir. Bu güvence sisteminde temel hakların öncelikle iç hukuk mekanizmaları tarafından korunması asıldır ve AİHM ancak iç hukuku tamamlayıcı bir denetim sağlamaktadır. Çünkü AİHM'nin yapacağı hak denetimi ancak Sözleşme kapsamındaki bir hakkın bir ulusal merciden çıkan bir işlemle zedelenmesi halinde devreye girebilir. Bunun dışında AİHM kendiliğinden temel hakları koruyamaz. Özellikle AİHM'nin "iç hukuk yollarının tüketilmesi" koşulunu uygulamak suretiyle Sözleşme hakkının korunmasının öncelikle ulusal hâkimin görevi ol-

duğu ilkesine bağlılığının bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan AİHM rejiminin ikincil niteliği onun ulusal yüksek mahkemelerle diyalogunda itici bir etken olarak öne çıkmaktadır.<sup>1</sup>

Öte yandan AİHS taraf devletlerin iç hukukunu etkileyen, ulusal hukuku kendisiyle uyumlu hale getirmeyi de beraberinde getiren bir niteliğe de sahiptir. Bu bağlamda AİHM ve AYM'nin bireysel başvurularda verdikleri kesinleşmiş kararların bağlayıcılığında bir tereddüt bulunmamaktadır. AİHM ve/veya AYM kararları, ulusal yargı organları da dahil kamu gücünü kullanan tüm kişi ve kuruluşlar üzerinde bağlayıcıdır. AYM ve AİHM'nin bireysel başvuru kararları, davanın tarafları, davaya bakan mahkemeler ve idari makamlar için doğrudan bağlayıcıdır. Bunun bir alternatifi bulunmamaktadır.

Bunun normatif temeli hem AİHS hem de Anayasa düzeyinde gözlemlenebilir. Nitekim AİHS m. 46 uyarınca taraf devletler, taraf oldukları davalarda AİHM'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmişlerdir. Ayrıca Sözleşmenin esas yorumcusu olan AİHM de içtihadında bu hususu vurgulamaktadır. AYM kararlarının bağlayıcılığı ise Anayasa m. 153 ve 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinde düzenlenmiştir. AİHM'nin AYM'ye bireysel başvuru hakkının Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin doğrudan ve ivedi olarak telafi ve tazmini hususunda AYM'nin gerekli ölçüde yetkili kılınmıştır.

AİHS 18 Mart 1954'de Türkiye açısından yürürlüğe girmiş ve Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Ülkemiz AİHM'ne bireysel başvuru hakkını ilk kez 28 Ocak 1987'de tanımış, 25 Eylül 1989 tarihli ve 14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile AİHM'nin yargı yetkisini kabul etmiştir. Bireysel başvuru hakkı tanındıktan sonra AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının ve AB'ne üyelik çabalarının itici gücü ile iç hukuk hükümlerinde Sözleşme'ye uygun değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemlisi kuşkusuz, 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine, *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümleri esas alınır"* ifadesinin eklenmesidir. Bu hüküm ile AİHS'nin iç hukuktaki yeri tartışmaları boyut değiştirmiş, artık AİHS'nin düzenlediği bir konuda kanunların ve Anayasa'nın suskun kaldığı durumlarda, AY m. 90/son uyarınca, kanunlar gibi, kendiliğinden uygulanabilir nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile AİHS hükümleri tüm devlet organları, idari makamlar ve yargı yerlerince doğrudan uygulanabilir ve AİHS ile kanunun çatıştığı ve Anayasa'nın da bir hüküm içermediği durumda Sözleşmenin uygulanması gerekmektedir.

Öte yandan AYM'ye bireysel başvuru usulü AİHM'ne yapılacak bireysel başvurular için tüketilmesi gereken bir iç hukuk yoludur. İç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu bireysel başvuru hakkını tanıyan tüm uluslararası insan hakları belgelerinde belirtilmiştir. Bu koşul, insan haklarının uluslararası olarak korunmasının ikincil niteliğinin usuli ifadesini oluşturmaktadır. İç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu ulusal makamlara ve özellikle de mahkemelere, ileri sürülen Sözleşme ihlali iddialarını önleme veya telafi

<sup>1</sup> Harris, O'boyle & Warbrick, Çev. Mehveş Bingöllü & Ulaş Karan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş Dördüncü Baskı (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2021), s. v-vi.

etme fırsatı vermektir. Dolayısıyla AYM’de bir temel hakkın ihlal edildiği iddiası ele alınmadan AİHM’ne başvuru yapmak mümkün değildir.

Sözleşmenin genel özellikleri Türk hukukundaki konumunu doğru tespit edebilmek açısından yol göstericidir. Bu özelliklerden birincisi Sözleşme düzeninde asıl olan insan haklarının öncelikle iç hukukta korunmasıdır. Yani AİHS’nin varlığı ulusal makamların temel hakları koruyucu biçimde hareket etmeyi taahhüt ettiği karinesine dayanır. Nitekim bu yüzden Sözleşmenin sağladığı yargısal koruma bir son çare olarak tasarlanmıştır. AİHS’ne taraf olmak, o ülkede kamu gücü kullanan tüm makamların ve mahkemelerin/yargıçların insan haklarının ihlal edilmesini kendiliğinden önceleme yükümlülüğünü de beraberinde getirir. Öyleyse yargıçlar başkaca bir neden armaksızın, Türkiye AİHS’nin tarafı olduğu için, uyuşmazlık çözümünde hak temelli bir yargılama yapmak ile yükümlüdür.

İkincisi olarak AİHS taraf devletlerin iç hukukunda *doğrudan* uygulanma özelliğine sahiptir. Yani Sözleşme hükümleri mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebilecek niteliktedir. Dolayısıyla Sözleşmenin koruma alanının somut karşılığının ne olduğunu dile getiren AİHM içtihadının idari yargıç için edindiği anlam diğer yargı yerleri için olandan farklı değildir. İdari yargıç için bugün de dün olduğu gibi AİHS’ni hukuka uygunluk bloğuna dâhil etmekten başka seçenek yoktur. AİHS Türk iç hukukunun parçası haline geldikten sonra güvence altına aldığı temel hakların Türk mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanabilir kurallar olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla AİHS hükümlerinin insan haklarını ilgilendiren idari davalarda doğrudan bir ölçü norm olarak kullanılması doğaldır. Bu gerçek 2004 öncesi de sonrası da idari yargıç için aynı yerde duruyor.

### 3 AİHM ve AYM’nin Uyuşmazlık Çözümünde Dikkate Aldığı Koşulların Ulusal İdari Yargının Uyuşmazlık Çözüm Sistemine Entegrasyonu

AİHM önüne gelen bireysel başvurularda başvuru konusu hak ihlalinin AİHS’ne uygun olup olmadığını inceler. AİHM’nin yargılama yetkisinin kaynağı Sözleşmedir ve Mahkemenin yargı yetkisinin kapsamı AİHS ve taraf devletlerin sorumluluk alanıyla sınırlıdır. Sözleşmeye taraf olan her devlet ise AİHS gereği (m. 1) kendi yetki alanı içindeki herkesin Sözleşmenin koruduğu hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde AİHM tarafından işletilen yargısal denetim devreye girer. Taraf devletler de Sözleşmenin 46. maddesine göre AİHM tarafından verilen kararlara uymayı yükümlenmiştir.

Öte yandan AİHM’nin kesinleşmiş kararları araya başka bir işlem girmeden doğrudan ulusal hukukumuzda sonuç yaratmaz. AİHM kararlarının gereğinin yerine getirilmesi gerekir ki bu münhasıran devletin sorumluluğudur. Çünkü AİHM kararları Sözleşmeye aykırı olduğu tespit edilen ulusal eylem ya da işlemi kendiliğinden iptal edemez ya da bozamaz. Başka bir ifade ile AİHM kararları ulusal bir tasarrufu doğrudan ortadan kaldıramaz. Ancak bu durum AİHM kararlarının erga omnes etkisi ile birlikte değerlendirilmelidir. AİHM kararları Sözleşmeye taraf olan tüm devletler için



değil, münhasıran uyuşmazlıktan etkilenenler için geçerlidir. Ancak AİHM kararları hukuki uyuşmazlıkta taraf olmayan devletler bakımından da dolaylı yönlendirme etkisine sahiptir. Bu nedenle AİHM kararlarının erga omnes etkisinden söz edilmektedir. AİHM kararlarının münferit dava ötesinde ulusal seviyede anayasa mahkemelerinin kararları gibi daha aşağıda bulunan mahkemeler üzerinde yönlendirici ve ulusal mahkeme kararlarını AİHM kararları ile uyumlu kılan bir etkiye sahip olduğunu belirtmek gerekir.

AYM bireysel başvuruların konusunun anayasaya aykırı olup olmadığına karar vermekle yükümlüdür. Bu bağlamda AYM, AİHM kararlarının Türk hukukundaki statüsünü şöyle açıklamaktadır: “Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrası usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir andlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır. Belirtilen düzenleme uyarınca, Türkiye’nin usulüne uygun olarak onaylayıp taraf olduğu AİHS iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetini haizdir. Anayasa’nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımnî ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.”

AYM Anayasa m. 90 ile ilgili bu genel tespitlerinin ardından incelediği başvuru bağlamında yaptığı somut incelemesinde AİHS’nin hukukumuzda nasıl sonuç doğurması gerektiğini açıklamıştır. AYM’ye göre başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın dayanağı olan Kanun hükmünün AİHS ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyuşmazlığı karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan kanunu kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyuşmazlık açısından Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken AİHS hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu kapsamda AYM’ye göre Sözleşmenin ve AİHM içtihadının uyuşmazlıkların karara bağlanmasında yargı mercilerince dikkate alınmaması anayasaya aykırıdır.<sup>2</sup> AYM ile AİHM arasındaki etkileşim, iki mahkemenin idare hukukunun çeşitli sorun alanlarında kullandıkları ortak dilde gözlemlenebilir. Bir başka ifadeyle AİHM içtihadının AYM’ye bireysel başvuru bakımından sunduğu imkân ve bunun nasıl kullanılacağı idari yargılamanın çeşitli uyuşmazlık alanlarında irdelenebilir. Örneğin yaşam hakkı ve idarenin sorumluluğu bakımından bir inceleme yaparken AYM, AİHS’nde güvence altına alınan hakların ihlal edildiği iddiasıyla başvuru yapacak kişilerin şikâyet ettiği hususlardan doğrudan

<sup>2</sup> *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, No. 2013/2187, 19/12/2013.

etkilenmiş olduklarını kanıtlayabilmeleri gerektiğini hatırlatmakta ve incelemesine AİHM'ne göre bu kriterin yargılamalar boyunca esneklikten uzak, katı ve mekanik bir şekilde tatbik edilmemekle birlikte Sözleşme'nin koruma mekanizmasının işletilebilmesi için zaruri olduğunu vurgulamaktadır. Bundan sonra ise AYM bireysel başvuruları belirgin silsile içinde incelemektedir. Bu incelemenin kayda değer bir kısmı ilgili uyuşmazlıktaki AİHM içtihadının analiz edilmesine ayrılmaktadır. Bunu takiben Mahkeme hak ihlalinin tespitinde dikkate aldığı ölçütler bakımından inceleme yapmaktadır. Bunlar içinden *kanunilik*, *ölçülülük* ve *haklı beklenti* kavramları üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir.

AYM'nin bireysel başvuru denetimine göre Anayasa uyarınca (m. 13) temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların öncelikle "kanunla öngörülmüş" olması gerekmektedir. Kanun ile sınırlama ölçütü veya kanunilik ilkesi AİHS'nin 8. maddesinde de bir sınırlama ve güvence ölçütü olarak yer almaktadır. Buna karşın AİHS'de yer alan "kanunla öngörülmüş olma" kavramı ile Anayasa'da yer alan "kanunilik" ilkesi tam olarak aynı değildir. 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 Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlaka kanun ile yapılacağını öngörerek AİHS'den daha geniş bir koruma sağlamıştır.

Bununla birlikte temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması da yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir. Dolayısıyla kanunun *niteliği* de önemlidir. Kanunla sınırlama ölçütü sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfi davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta; bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır. 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 keyfilığe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir.

AYM'ye göre hukukun kendisi söz konusu işlemin meşru amacını da göz önünde tutarak keyfi 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 müdahalenin muhataplarının müdahaleye zemin hazırlayan koşullar ile müdahalenin sonuçları açısından bir öngöründe bulunabilmeleri imkânı tanımalıdır. Bu kapsamda hak ya da özgürlüğe müdahale eden kural belirli ölçülerdeki takdir alanını uygulayıcıya bırakabilir. Fakat bu takdir alanının sınırlarının da yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın asgari bir kesinlik içermesi zaruridir. 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.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Süleyman Akif Nazlıgöl Başvurusu, No.2018/31982, 15/6/2021.





AYM “ölçülülük” ilkesi bakımından ise şöyle bir yol izlemektedir: Mahkemeye göre Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “ölçülülük” ilkesi gereği kişilerin mülklerinden mahrum bırakılmaları halinde elde edilmek istenen kamu yararı ile mülkünden mahrum bırakılan bireyin hakları arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. 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. AİHM, ise genel olarak müdahalenin kamu yararı ya da genel yararı amaçlamasının yanı sıra toplumun genel yararı ile birey haklarının korunması arasında “adil bir dengenin” gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu çerçevede örneğin bireylerin, mülklerinin değeriyle orantılı makul bir bedel ödenmeden mülklerinden mahrum edilmeleri halinde yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına hükmetmektedir. Bununla beraber mülkiyet hakkı her durumda tam bedelin ödenmesini güvence altına almamaktadır. Ekonomik reform ya da sosyal adaleti gerçekleştirmek gibi geniş çaplı tedbirleri uygulamaya yönelik istisnai durumlarda meşru kamu yararı amacıyla yoksun bırakılan mülkiyetin piyasa değerinin altında ödeme yapılmasını ölçülülük ilkesine aykırı bulmayabilmektedir.<sup>4</sup>

Nihayet haklı beklenti konusunda AYM Sözleşmeyi idari yargılamada daha fazla hak koruyucu kılmaya yardım edebilecek bir yorumla hareket etmektedir. Örneğin AYM’ye göre Anayasanın 17. maddesi devletin herhangi bir sosyal güvenlik yardımının veya ödemesinin yapılıp yapılmaması ya da bu çerçevede hangi menfaatlerin sağlanacağı veyahut bu yardım ve ödemelerin miktarı ile ilgili olarak karar vermesi üzerinde bir kısıtlama getirmemektedir. Kişinin bir sosyal güvenlik yardımı kapsamına dâhil edilmesi bu sistemin değiştirilemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Buna göre sağlanan yardım veya aylığın kapsamına göre ödemeye uygunluk koşullarının değiştirilebilmesi de kanun koyucunun takdirindedir. Ekonomik ve sosyal yapıdaki değişikliklere, sosyal yardıma ihtiyaç duyan kişi kategorileri hakkında gelişen görüşlere ve ayrıca bireysel durumların gelişimine bağlı olarak sosyal güvenlik mevzuatında değişiklikler yapılabileceği kabul edilebilir.<sup>5</sup>

Bu kapsamda AYM’nin tutumunu açıklayabilmek için idari yargılamada haklı beklenti olgusuna ilişkin bir çözümlenme ufuk açıcı olacaktır. Somut olayda başvurucuya daha önceki ölçütlere göre ödenmekte olan engelli aylığının yapılan kanun değişikliğiyle bütünüyle kesilmiştir. Buna göre olayda mevcut bir aylıktan bütünüyle yoksun bırakılma söz konusudur. Üstelik kuralda veya kuralın bulunduğu kanun hükümlerinde herhangi bir geçiş hükmü de öngörülmemiş, kişilerin almakta oldukları aylıkları bir anda kaybetmelerine neden olunmuştur. Bu nakdi yardımın yerine geçebilecek başka bir menfaatin veya yardımın varlığı da söz konusu değildir. Kaldı ki kuralın ilgili olduğu kişiler, Anayasa’nın 61. maddesinin ikinci fıkrasına göre korunması yönünde güvence getirilen engelli bireylerdir. Buna rağmen kuralın yasama süreci incelendiğinde öden-

<sup>4</sup> Mehmet Akdoğan ve diğerleri Başvurusu, No. 2013/817, 19/12/2013.

<sup>5</sup> Bkz. Carson ve diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], App. No. 42184/05, Judgment of 16 March 2010.

mekte olan aylıkların tamamen ve bir anda kesilmesini haklı kılacak zorunlu bir ekonomik veya başka gerekçeye de yer verilmediği görülmektedir. Olayların bu gidişatı başvuru engelli aylığına erişim koşulları üzerinde esaslı ve öngörülemez bir değişiklik anlamına gelmiştir. Dolayısıyla başvuru bu koşullar altında aşırı ve orantısız bir yük altına sokulmuştur. Diğer yandan başvuru engelli aylığının kesilmesi sonucu kazanılmış haklarının ihlal edildiğine yönelik iddialarının derece mahkemele-rince dikkate alınmamasından da şikayetçidir.

AYM'ye göre olayda mahkemelerin başvuru kazanılmış hakka saygı ilkesinin ihlal edildiği iddiasına itibar etmedikleri anlaşılmaktadır. Esasında bir statüye bağlı olarak ileriye dönük beklenen haklar, kazanılmış hak niteliği taşımadığından engelli aylığı alınmasına imkân veren 2022 sayılı Kanun maddesinde aylık almaya hak kazanan kişileri sınırlamaya yönelik 12/7/2013 tarihinde yapılan değişiklik sonrasında engelli aylığının kesilmesi uygulamasına gidilmesinde engelli aylığı kesilen kişiler yönünden kazanılmış haktan söz edilemez. Nitekim değişikliğe uğrayan kuralda bireylerin bulunduğu statülerden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklara yönelik bir düzenleme öngörülmediğinden kazanılmış hakları ihlal eden bir müdahale söz konusu değildir. Bununla birlikte başvuru 2013 yılında gerçekleşen yasal değişikliğe kadar engelli aylığı almakla engelli statüsüne bağlı olarak ileriye dönük engelli aylığının kesintisiz devam edeceğine yönelik haklı beklentisinin bulunmadığı söylenemez. Nitekim başvuru hakkında düzenlenen sağlık kuruluşu raporuna istinaden almakta olduğu engelli aylığı, mezkur raporda yer alan tespitlerin hiçbirisinde değişiklik olmamasına rağmen ilgili kanun maddesinde yapılan öngörülemez bir değişiklik sonucu herhangi bir şekilde kısıntıya gidilmeden tamamen kesilmiştir. Üstelik Anayasa'nın 61. maddesinde yer verilen "Devletin engellileri koruyup toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlaması gerektiğine" ilişkin açık anayasal yükümlülük karşısında mezkur öngörülemez değişikliğin herkes yönünden objektif olarak beklenebilecek bir beklentiye sonuçsuz bıraktığı da açıktır. Nihayetinde engelli aylığı ödemesine dayanak kanun maddesinin yirmi bir yıl gibi uzun bir müddet uygulanmasına güvenerek ekonomik hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen başvuru mezkur uygulamanın süreceği yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması gerekmektedir. Buna göre yeni kanuni düzenlemeyle yasa koyucu, başvuru için önceki nakdi ödeme yerine ikame edilebilecek alternatif bir koruma yöntemi de ihdas etmeyerek engelli bir birey olan başvuru sosyal güvenlik hakkından sistemli bir şekilde mahrum bırakılmasına neden olmuştur.

Bu bağlamda başvuru engellilik aylığı alma konusundaki devam eden ve tanınmış haklı beklentisinin varlığı, başvuru yirmi bir yıl gibi uzun bir müddet boyunca engellilik derecesinin değiştiğini tevsik eder yeni bir sağlık kurulu raporu tesis edilmiş olmasıyla ortaya konmuştur. Dolayısıyla başvuru engelli aylığı 2015 yılında kesilmiş olmasına rağmen meşru ve süregelen bir haklı beklentisi bulunmaktadır. Hukukun üstünlüğüne saygı ve hukuki güvenlik ilkeleri, devletlerin çalışma kapasitesi kanuni düzeyin altına düşen kişilere -plana yeterli katkıda bulunmuş olmaları koşuluyla- sosyal yardımlaşma temelinde belirli bir gelir sağlamasını gerektirmektedir. Anayasa'nın 61. ve 65. maddeleri uyarınca devletin mali kaynakları ölçüsünde engellilerin korunmaları ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri almak konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Devletin bu takdir yetkisi çerçevesinde çıkarılan kanun-



la engelli kişilere aylık bağlanmasını düzenlediği açıktır. Başvurucu da bu kapsamda yirmi bir yıldır engelli aylığı almıştır. Bununla birlikte başvurusunun engellilik durumunda hiçbir değişiklik olmamasına karşın aradan çok uzun zaman geçtikten sonra farklı bir hesaplama yöntemi getiren kanuni bir düzenlemeye dayanılarak engelli aylığının tümüyle kesilmesi hukuki güvenlik ve meşru beklentilerin korunması ilkelerine uygun olmamıştır.

Sonuç olarak AYM her ne kadar sosyal güvenlik alanında kanun koyucunun geniş bir takdir yetkisinin olduğu kabul edilse dahi engellilere ödenmekte olan aylıkların hiçbir geçiş hükmü veya başka bir tedbir öngörülmeden ve bunu gerektiren açık bir zorlayıcı gerekçe de öne sürülmeden tamamıyla kesilmesinin Anayasa’da özel olarak korunmaları öngörülen engelli bir birey olan başvuru yönünden aşırı bir külfete yol açtığı ve değinilen kamu yararı amacıyla karşılaştırıldığında müdahalenin orantılı olmadığı değerlendirilmektedir. Bu durum müdahale ile öngörülen kamu yararının sağlanması amacı ile başvurusunun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının korunması arasındaki adil dengeyi başvuru aleyhine bozulması sonucunu doğurmuştur.<sup>6</sup>

Nihayet AİHM idare mahkemelerinde yapılan yargılama esnasında ortaya çıkabilecek bir hak ihlali için çok yeni tarihli ilgi çekici bir karar yayınlamıştır.<sup>7</sup> Üç kişiden oluşan bir Komite tarafından verilen bu karar bir idare mahkemesi kararının, AYM’ye bireysel başvurunun konusu olmamakla birlikte, hak ihlaline çok da düşünülmeyen bir biçimde yol açabileceğini göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Başvurunun konusu aynı hukuki uyumsuzlukla ilgili davalarda aynı mahkemenin farklı yönde karar vermesi ve başvuru aleyhine verilen kararın gerekçesinin tatmin edici olmadığı iddiasıdır. Başvuru konusu olayda geçici işçi olarak bir devlet üniversitesinde çalışan başvuru sürekli işçi kadrosuna geçirilmek için talepte bulunmuş, bu talebi idare tarafından reddedilmesi üzerine idare mahkemesinde bu işlemin iptali için dava açmıştır. İdare mahkemesi başvurusunun sürekli iş sözleşmesi için gereken niteliklere sahip olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiş ve karar Danıştay dairesi tarafından da onanmıştır. Bu esnada başvuru ile aynı koşullara sahip olduğu iddia edilen iki ayrı şahsın açtığı aynı konulu davalar ise aynı ildeki diğer idare mahkemesi tarafından kabul edilmiştir.

AİHM başvuruyu adil yargılanma hakkı kapsamında incelemiş ve kabul edilebilirlik aşamasında başvurusunun “mağdur” sıfatını yitirdiği iddiasını reddetmiştir. Başvurucu yaklaşık altı yıl sonra aynı kuruma daimi kadroya atanmak için yeniden başvurmuş, bu ikinci başvurusunun reddine ilişkin kararın kaldırılması derece mahkemesinde açtığı iptal davası lehine sonuçlanmış ve neticede başvuru 2016 yılında sürekli kadroya atanmıştır. AİHM’ye göre her ne kadar yerel mahkeme daha sonra başvurusunun daimi iş sözleşmesi talebini kabul etmiş olsalar da, idari yargılamanın hiçbir aşamasında başvuruya yol açan önceki yargılamaların yanlışlığı kabul edilmemiş, başvurucuya bu konuda herhangi bir tazminat da verilmemiştir. Bu nedenle AİHM, başvurusunun Sözleşme’nin kapsamında hala “mağdur” olduğu sonucuna varmıştır.

Esasa ilişkin incelemede ise AİHM aynı konudaki farklı içtihat sorununa odaklanmış ve bu tür bir uygulamanın adil yargılanma hakkına etkisini değerlendirmiştir. Mahkeme

<sup>6</sup> Devrim Alyüz Başvurusu, No. 2017/40383, 16/9/2020.

<sup>7</sup> Yıldız v. Turkey, Second Section, App. No. 47124/10, Judgment of 27 April 2021.

aynı konudaki uyuşmazlıklarda mahkemelerin farklı yönde karar vermesinin yargıya güven ve hukuk devletini zedeleyebileceğini ve bu durumda bir sonuca ulaşabilmek için yerel mahkemelerin içtihatlarında derin ve uzun süredir devam eden farklılıkların olup olmadığı, iç hukukun bu tutarsızlıkların üstesinden gelmek için bir mekanizma sağlayıp sağlamadığı, bu mekanizmanın uygulanıp uygulanmadığı ve uygulandığında nasıl bir etki yarattığının dikkate alınması gerektiğini hatırlatmıştır. Ardından olayda Danıştay'ın aynı konudaki farklı kararlarının bizatihi hak ihlaline yol açmadığını vurgulamıştır. Mahkemeye göre başvurudaki sorun Danıştay'ın farklı kararlarının yeterli gerekçeye dayanmamasıdır. Başvurucu hem temyiz sürecinde hem de karar düzeltme talebinde, Danıştay'ın dikkatini aynı konudaki farklı derece mahkemesi kararlarına çekmiş ancak Danıştay bunların neden başvurucunun durumundan farklı olduğunu açıklamamıştır. Dolayısıyla AİHM, Danıştay'ın kararının için yeterli gerekçe sunma görevini yerine getirmediği sonucuna varmış ve temyiz mahkemesinin mevcut davanın koşullarında adil yargılanmanın gereklerini karşılamadığına, böylece Sözleşmenin 6. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. İhlalin giderilmesi için AİHM başvuru lehine 4 bin Euro tazminata hükmetmiştir.

Olayda şikâyet konusu derece mahkemesi kararı Danıştay'ın karar düzeltme talebinin reddine ilişkin Ekim 2008 tarihli kararı ile kesinleşmiştir. Dolayısıyla bu olay zaman bakımından AYM'ye bireysel başvuru konusu olamamıştır. Buna karşın AİHM'ne yapılan başvuru idari yargılamada ortaya çıkması muhtemel bir hak ihlali için yol gösterici bir karar vermiştir. Zira bu başvuruya konu olan sorunun günümüzde tekrar etmesi halinde, öncelikle AYM'nin bu konuyu incelemesi gerekecektir. AYM ise AİHM'nin bu kararını dikkate alacaktır. Öyleyse idari yargıçlar için AYM'nin olası ihlal kararından kaçınma yükümlülüğü, uyuşmazlık konusundaki AİHM içtihadını tanıma ve kavrama sorumluluğunu gerektirir.

## Beklentiler

AİHM ve AYM kararlarının idari yargılamada içselleştirilebilmesi iki yönlü bir çabayı gerektirir. Esasen idari yargı açısından uyuşmazlık çözümünde AYM'nin ilgili bireysel başvuru içtihadına uygun hareket etmenin idari yargıçların AİHM içtihadını da takip etmelerini sağlayabileceğini ve hak ihlaline yol açan kararlar vermelerini engelleyebileceğini düşünmekte bir yanlışlık yok. Bununla birlikte her durumda sadece AYM'nin bireysel başvuru içtihadını takip etmek AİHM'nin Sözleşmeye aykırılıkları tespit ederken sergilediği tutumu dikkate almak için yeterli olmayabilir. Nitekim, bir önceki başlığın sonunda zikredilen AİHM kararındaki hak ihlali aslında daha önce bir başka başvuruda daha AİHM önüne gelmiştir.

*Yıldız* kararından yaklaşık altı yıl önce verilen kararda da Danıştay'ın farklı yöndeki içtihadı için yeterli bir gerekçe ortaya koymasını gerektirmiştir. Çünkü başvurucunun aynı konudaki farklı içtihadı dikkate alınması talebi hiçbir gerekçe gösterilmeksizin Danıştay tarafından reddedilmiştir. Mahkeme, bu nedenle, Danıştay'ın kararlarında yeterli gerekçe gösterme görevini yerine getirmediği ve böylece Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ihlal edildiği görüşündedir.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> *Emel Boyraz v. Turkey*, App. No. 61960/08, Judgment of 2 December 2014.

AİHM'nin idari yargılama hukukunu ilgilendiren 2014 tarihli kararı ile 2021 tarihli karar neredeyse aynı konuda aynı yönde bir hak ihlaline sebep olmuştur. Bu durumda şunu vurgulamak gerekir: AİHM Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin Danıştay'ın çelişen kararlar verilmesi nedeniyle ihlal edilmediği görüşünderken, Danıştay kararlarında yeterli gerekçe olmadığı gerekçesiyle aynı hakkın ihlal edildiği görüşünderdir. Öyleyse idari yargılamada yeterli gerekçeden yoksun karar almanın temel hakları ihlal etmeye yol açmasının henüz engellenemediği görülmektedir. Bu iki kararda AYM'de bireysel başvuru konusu olamamıştır. Ancak olsaydı muhtemelen AYM'nin yapacağı ilk şey de bu tespiti vurgulamak olacaktır. Hal böyleyken AYM'nin olası ihlal kararının engellenmesi, AİHM içtihadının bilinmesi ile mümkündür.<sup>9</sup>

AİHM'nin Sözleşmenin ihlal edildiğini saptayan kararlarının yerin getirilebilmesi çeşitli devlet organlarının devreye eğirmesini gerektirebilir. Bunlar arasında yargı organı da yer almaktadır ve bu yönüyle idari yargıya Sözleşmeye uyma yükümlülüğü düşmektedir. AİHM ve AYM kararlarındaki hukuka uygunluk denetiminin parametreleri ile ulusal yargı organlarının bunları karar alma sürecine içkin hale getirmesi giderek daha mümkün hale gelmektedir. AİHM'ne yapılacak bireysel başvurular için AYM'ye bireysel başvurunun tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğu dikkate alındığında, idari yargılama hukukunda her seviyedeki yargıçların hak temelli bir yargılama yapmak yönündeki farkındalıklarının artmasıyla birlikte AYM ve AİHM içtihadı idari yargılamada hak ihlalini he önleyebilecek hem de giderebilecek niteliğe bürünecektir.

<sup>9</sup> AYM, iki kararında AİHM'nin *Emel Boyraz v. Türkiye* kararının iç hukuktaki yargılamalarda ortaya çıkan içtihat farklılığının doğrudan adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği görüşüne atıfta bulunmuştur. Ancak aynı kararda yeterli gerekçe sunmamanın hak ihlaline yol açtığı tespit edilmesinden bahsetmemiştir. Bkz. *Ramazan Sayılır Başvurusu*, No. 2017/6834, 8/9/2020, para. 35; *Elif Ceyda Özdamar Başvurusu*, No.2014/7838, 19/12/2017, para. 31.





## KAYNAKLAR

### LİTERATÜR

AYBAY, Rona. *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015)

CANDAN, Turgut. "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemindeki Yeri", *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı* (Ankara: TBB Yayınları 2006), s. 53-81.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref & Feyyaz Gölcüklü. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016)

HARRIS, O'boyle & Warbrick, Çev. Mehveş Bingöllü & Ulaş Karan. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş Dördüncü Baskı (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2021)

SICILIANOS, Linos-Alexandre & Maria-Andriani Kostopoulou. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Bireysel Başvuru: Usul Rehberi* (Avrupa Konseyi, 2021).

### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

*Emel Boyraz v. Turkey*, App. No. 61960/08, Judgment of 2 December 2014.

*Yıldız v. Turkey*, App. No. 47124/10, Judgment of 27 April 2021.

*Carson ve diğerleri v. Birleşik Krallık [BD]*, App. No. 42184/05, Judgment of 16 March 2010.

### ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI (Bireysel Başvuru)

*Devrim Alyüz Başvurusu*, No.2017/40383, 16/9/2020.

*Süleyman Akif Nazlıgül Başvurusu*, No.2018/31982, 15/6/2021.

*Mehmet Akdoğan ve diğerleri Başvurusu*, No.2013/817, 19/12/2013.

*Sevim Akat Eşki Başvurusu*, No.2013/2187, 19/12/2013.



A large area of the page is filled with horizontal dotted lines, providing space for notes.

## OTURUM

1

2

3

4

5

6

7

8

# AYM İhlal Kararları Sonrası “Yeniden Yargılama” Müessesesi

Dr. Serkan Yolcu



## Amaç

Bu bölümün amacı katılımcıların Anayasa Mahkemesinin (AYM) bireysel başvuruda verdiği “ihlal” kararları için sağladığı giderimi doğru nitelendirebilmesine yardımcı olmaktır. AYM, bireysel başvuru üzerine yaptığı incelemede bir ihlal bulunduğuna ve bu ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklandığına hükmedebilmektedir. Bu durumda ihlalin kaynağı olan mahkeme kararının veren yargıç, hak ihlalinin gidermek için belirli bir yol izlemelidir. Bu bölüm idari yargıçların temel hakların ihlaline yol açan kararlarını nasıl hak ihlalinin giderebileceğini açıklamaktadır. Bunun için yargıcın AYM’nin yeniden yargılama emrini doğru kavraması ve bu emrin gereğini yerine getirmesi için ona bir yol haritası çıkarmaktadır.

Bölüm sonunda eğitime katılan yargıçlar AYM’nin verdiği ihlal kararının yargıçları birinci derecede ilgilendiren giderim usulünü açıklayabilecek, AYM’nin bireysel başvuru sonucunda verdiği yeniden yargılama emrinin niteliğini tartışabilecek, yargılamanın yenilenmesi ile iç içe geçtiğinde yerel mahkemelerin yeniden yargılama için nasıl bir yol izlemesi gerektiğini öngörebilecek, bir temel hak ihlalinin ortadan kaldırılması için üzerine düşen yargısal yükümlülüğü ayırt edebilecek, AYM kararı gereği yeniden yargılama yapmakla yükümlü olduğunda, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde nasıl yargılama yapacağını tespit edebilecektir.





## Düşünelim

- 1 İdari yargıda AYM'nin hak ihlal kararı ne ifade eder?
- 2 Hak ihlalinin giderilmesi için idari yargıç neler yapabilir?
- 3 Yargıçların AYM'nin "yeniden yargılama" yapılmasını emreden kararı karşısında yapması gerekenler nelerdir?
- 4 Yeniden yargılama ile hak ihlali nasıl giderilebilir?
- 5 İdari yargıda yeniden yargılamanın özel nitelikleri var mıdır?



## Konular

- 1 AYM'nin Bireysel Başvuru İhlal Kararının Gereği
- 2 İhlalin Sonuçlarını Ortadan Kaldırmak
- 3 Yeniden Yargılama Usulü
- 4 Yeniden Yargılama Yapılmasında Hukuki Yarar İhlalin Kaynağı- Yeniden Yargılama İlişkisi

# 1 Giriş

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hukukun diğer alanlarında olduğu gibi idari yargı bakımından da pek çok önemli sonuç doğurmaktadır. Bunlar hem maddi hukuk hem de usul hukukunda gözlemlenebilir.<sup>1</sup> İdare hukukunun sorun alanının, AYM ile şu ya da bu biçimde kayda değer bir etkileşim içinde olduğunu söylemek mümkün. Bu etkileşim AYM'nin idare mahkemelerinin kararlarından kaynaklanan temel hak ihlali bulduğu kararları ile özel bir önem kazanmaktadır. Çünkü AYM bir kez önündeki başvuruyu esastan incelemeye başladı mı, başvuruçunun hak ihlali iddialarını incelerken yaptığı denetim idare mahkemelerinin yargılama fonksiyonu ile kesişmektedir.

İdare mahkemesi kararları, diğer mahkemelerin kararları gibi hak ihlaline yol açabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken şudur: mahkeme kararlarının yol açtığı hak ihlali sadece kararın sonucu yani hüküm ile ortaya çıkmaz. Kararın hüküm kısmı teknik olarak hukuk dünyasında sonuç doğuruyor olsa da, temel hakların ihlal edilip edilmesi denetlenirken çoğu zaman yerel mahkemenin bu hükmeye nasıl ulaştığı dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla hak ihlalinin giderilmesi bakımından aslında kararların vardığı hükümden ziyade gerekçelerin dikkatle irdelenmesi gerekir. AYM'nin bir mahkeme kararından kaynaklanan hak ihlali kararlarında çoğu zaman bu ihlalin yerel mahkemenin yeterli denetim ve gerekçe sunmamasından yakındığı görülmektedir. Bu bakımdan AYM'nin hak ihlalinin giderilmesi için yeniden yargılamaya hükmetmesi durumunda da yerel mahkeme kararının tamamı bir bütün olarak ve özellikle de gerekçesi özel bir önem kazanmaktadır.

Mahkeme kararları sadece hüküm den ibaret değildir. Bu bağlamda idare mahkemelerinin kararları da bir karar alma sürecinin ürünüdür. Bu sürecin her aşaması bir temel hak ihlaline yol açabilir. Öyleyse insan hakları ihlalinde kaçınmak için idari yargıç karar alma sürecinin sadece son çıktısı ile değil sürecin bütününde belirgin bir anayasal hak bilinci ile hareket etmelidir. AYM bireysel başvuruları incelerken bu sürecin bütününde gerçekleşen her türlü hak ihlali iddiasını değerlendirmektedir. İdari yargıçların hak ihlalinin önüne geçecek kararlar vermesi, bu denetimin sebeplerini ve sonucu hakkında belirgin bir kavrayış edinmesi ile mümkün olabilir.

## İdari Yargının Karar Alma Süreci



AYM bireysel başvuru denetiminde başvuruçunun bir temel hakkının ihlal edildiğine ya da ihlal edilmediğine karar vermektedir. İhlal yönünde karar verdiğinde ise bu ihlalin nasıl giderileceğine de hükmetmektedir. Yani Mahkeme ihlal kararı vermesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için “yapılması gerekenlere” hükmeder.

<sup>1</sup> Bireysel başvurunun idari yargılamaya yansımaları hakkında genel olarak bkz. Mehmet Sadık Yamlı (Haz.), *Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları*, Ankara: Avrupa Konseyi, 2016, <https://rm.coe.int/kitap-bireysel-basvuruda-idari-yarg-ya-iliskin-kararlar/1680651692> (Erişim: Ekim 2021).

Dolayısıyla ihlal kararı ancak uygun *giderim* ile bir anlam kazanır. Kanuna göre (6216 sayılı Kanun) bu giderim esasen iki şekilde olmaktadır. Mahkeme başvuru lehine bir tazminata hükmedebilir ya da “yeniden yargılama” yapılmasını emredebilir. Öyleyse AYM tespit ettiği ihlal bir idare mahkemesi kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili idare mahkemesine gönderir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü idare mahkemesi, AYM’nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde ve mümkünse dosya üzerinden karar verir.

İdari yargıların AYM’nin hak ihlalinin yeniden yargılama ile giderilmesi yönündeki kararı kendilerine iletdikten sonra, karşılaşacakları iki güçlük söz konusu olabilir. Birincisi bu kararın idari yargılama hukukundaki yargılamanın yenilenmesi müessesesinden farkının ne olduğudur. İkinci olarak ise bu fark bir kez tespit edildikten sonra, yeniden yargılamanın nasıl yapılacağıdır. Bu bölüm bu soruna ışık tutmak ve nihayetinde idari yargıların AYM kararı kendilerine ulaştığı andan itibaren izleyecekleri bir yol haritası çıkarabilmektedir. Elbette yeniden yargılama, sadece idari yargıya özgü bir olgu değildir. Ancak AYM kararı gereği yapılan yeniden yargılamanın her hukuk alanında farklı görünüş biçimleri olabilir. Bu bakımdan idari yargılamaya içkin dinamikler ve idare hukukunun sorun alanının özellikleri idari yargıların hak ihlalinin gidermek için yapacakları yeniden yargılamanın kurucu unsurlarını belirleyecektir.

## 2 Yeniden Yargılama Nedir?

Temel hakların ihlal edilmesi halinde bunun giderilmesi için idari yargı usul kanununda var olan “yargılamanın yenilenmesi” müessesesi, AYM’nin bireysel başvuru üzerine verdiği ihlal kararının giderimi için emrettiği “yeniden yargılama” müessesesinden pek çok bakımdan farklı bir kurumdur. Bunun böyle olduğu bu iki kurumun hukuki niteliği ve AYM’nin belirlediği kurucu dinamiklerle anlaşılabilir.

Yeniden yargılama AİHM’nin bireysel başvurularda uyguladığı türden bir “giderim” yöntemidir. Belirtmek gerekir ki bir temyiz mahkemesi olmadığı için AYM’nin bireysel başvuru kararlarında başvuru lehine “tam tatmin” sağlamak gibi bir yükümlülük altında değildir. Daha ziyade AYM somut olayın koşullarına uygun olarak “tatmin” şeklini belirler ve tıpkı AİHM gibi “hakkaniyete uygun tatmin” sağlar. Nitekim AYM’nin hak ihlaline hükmedip dosyayı *yeniden yargılama* yapılmak üzere ilgili mahkemeye göndermesi başvuru açısından bir “tatmin” niteliğindedir. AYM genellikle yeniden yargılama ile yaptığı işi “yeterli giderim” olarak nitelemekte, böylece AİHM içtihadında kullanılan “tatmin”i sağlamaktadır.<sup>2</sup>

İYUK m. 53’de düzenlenen yargılamanın yenilenmesi ve AYM’nin bireysel başvuru 6216 sayılı Kanun m. 50/2 hükmü uyarınca ihlal ve sonuçlarının giderilmesi için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye göndermesi birbirlerinden

<sup>2</sup> Ufuk Ramazan Çakmak, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (2021), s. 218-219 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

farklı kurumlardır. Aksi görüşü sunanlar varsa da<sup>3</sup>, gerek AYM'nin nitelemesi gerekse idari yargının yeniden yargılamaya yüklediği doğrudan anlam bu iki kurumun hukuki niteliklerinin birbirine muadil olduğunu savunmaya imkân vermemektedir. Bir kere bunlardan ilkinin kesinleşen hükmü ortadan kaldırma gücüne sahip olağanüstü bir kanun yolu olmasına rağmen, ikincisi temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallerin tespiti ve giderilmesini sağlayan kendine özgü bir hukuki çaredir. Dolayısıyla hukuki nitelikleri itibariyle yargılamanın yenilenmesi ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kurumları birbirlerinden ayrılmaktadır. İkincisi bu tespiti doğrulamak için AYM'nin nitelendirmesini dikkate almak gerekir. AYM, başından beri, net bir şekilde yeniden yargılamaya bireysel başvurunun bir kurumu olduğunu vurgulamakta ve bunu kararlarında ısrarla tekrar etmektedir. Aksini düşünmek AYM'nin ihlal kararlarının idari yargılama usulünün bir parçası haline gelmesine yol açar. Oysa böyle bir şeyin bireysel başvurunun muradı olmadığı açıktır. AYM kararlarının temel hakların korunmasına hizmet edebilmesi, anayasa yargısının kendi hareket alanını diğer yargılama hukuklarının bir parçası kılmaktan değil, onu kendine özgü koşulları ile yargılama hukukuna içselleştirmekten geçer. İdari yargıcın AYM kararlarını dikkate alırken bu gerçeği göz önünde bulundurması temel hakların korunmasına idari yargıçların elini güçlendirecek en önemli dinamiklerden biridir.

Aksi görüşü sunanlar varsa da, gerek AYM'nin nitelemesi gerekse idari yargının yeniden yargılamaya yüklediği doğrudan anlam bu iki kurumun hukuki niteliklerinin birbirine muadil olduğunu savunmaya imkân vermemektedir. Bir kere bunlardan ilkinin kesinleşen hükmü ortadan kaldırma gücüne sahip olağanüstü bir kanun yolu olmasına rağmen, ikincisi temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallerin tespiti ve giderilmesini sağlayan kendine özgü bir hukuki çaredir. Dolayısıyla hukuki nitelikleri itibariyle yargılamanın yenilenmesi ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kurumları birbirlerinden ayrılmaktadır. İkincisi bu tespiti doğrulamak için AYM'nin nitelendirmesini dikkate almak gerekir. AYM, başından beri, net bir şekilde yeniden yargılamaya bireysel başvurunun bir kurumu olduğunu vurgulamakta ve bunu kararlarında ısrarla tekrar etmektedir. Aksini düşünmek AYM'nin ihlal kararlarının idari yargılama usulünün bir parçası haline gelmesine yol açar. Oysa böyle bir şeyin bireysel başvurunun muradı olmadığı açıktır. AYM kararlarının temel hakların korunmasına hizmet edebilmesi, anayasa yargısının kendi hareket alanını diğer yargılama hukuklarının bir parçası kılmaktan değil, onu kendine özgü koşulları ile yargılama hukukuna içselleştirmekten geçer. İdari yargıcın AYM kararlarını dikkate alırken bu gerçeği göz önünde bulundurması temel hakların korunmasına idari yargıçların elini güçlendirecek en önemli dinamiklerden biridir.

Öyleyse şunu hatırlamak gerekir: İdari yargıda yargılamanın yenilenmesi “kesin mahkeme kararlarının da yeniden incelenebilmesi imkânını yaratan olağanüstü kanun yolu” niteliğindedir. Dolayısıyla bu kurumun varlık sebebi kesin hüküm olgusu, amacı da “hatalı veya hukuka aykırı mahkeme kararının düzeltilmesi”dir. Başka bir ifade ile yargılamanın yenilenmesi idari yargılama hukukunda kesin hükmün bir istisnasıdır.<sup>4</sup> Oysa

<sup>3</sup> Talha Erdoğan, “İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olarak Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 1-2 Temmuz-Aralık 2020, s. 39-64.

<sup>4</sup> Barış Acun, “İdari Yargılama Usulünde Yargılamanın Yenilenmesi Başvurusu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11(1): 338-352 (2020).

yeniden yargılama başka bir yargı kolunun -anayasa yargısının- hak ihlalini giderme yöntemlerinden biridir. Yeniden yargılama yapmanın hükmün kesinleşmesi ile bir ilgisi yoktur. Dolayısıyla bu iki kurum birbirlerini andırıyor olsa da birini diğerinin potasında eritmeye çalışmanın bir anlamı olmadığı gibi buna gerek olduğu da söylenemez.

Yeniden yargılama niteliği itibarıyla usul kanunlarındaki yargılamanın yenilenmesi kurumu ile eş görülemez. Çünkü AİHM kararları bakımından yargılamanın yenilenmesi imkânının tanınmasının nedeni “AİHM kararlarında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına hüküm fıkrasında yer verilmemesi ve AİHM’nin bu konuda nihai olarak yetkisiz olmasıdır. Diğer bir deyişle ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı konusunda aleyhine ihlal kararı verilen devletin öncelikle bir takdir yetkisinin bulunmasıdır.” Oysa AYM kararları bakımından usul kanunlarında “yeniden yargılama” yapılmasına ilişkin açık bir düzenlemeye gerek olduğu söylenemez.<sup>5</sup>

Bu tür bir düzenlemenin usul kanunlarında yer almaması ilgili yargı organlarının AYM Kanunu’nda yer alan bir düzenlemeyi uygulamak zorunda olmadıkları anlamına gelmemektedir. Usul kanunlarında yeniden yargılama kurumu talep üzerine ve başvurunun yapıldığı mahkemenin kararına bağlı olarak gündeme gelebilir. AYM’nin kararları bakımından yeniden yargılamaya karar veren makam derece mahkemeleri değil, AYM’nin kendisidir. Bu yetki diğer usul kanunlarından değil AYM Kanunu’nun kendisinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla usul kanunlarındaki mevcut düzenlemelerde olduğu gibi derece mahkemeleri yeniden yargılama talebinin hukuka uygunluğunu değerlendirme yetkisine sahip değildir ve AYM’nin kararını uygulamakla yükümlüdür. Yeniden yargılama kararı sonrasında derece mahkemeleri tarafından dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak yeni bir karar verilmesi gerekmektedir. Bireysel başvuru sonucunda AYM tarafından verilen yeniden yargılama kararı sonrasında yargılamanın yenilenmesinde ilk aşama olan ilk hükmün değiştirilmesi veya kaldırılmasını gerektiren nedenin varlığını tespit yetkisi derece mahkemesinde değil AYM’nin kendisindedir.

AYM’nin yeniden yargılama yapılması için dosyanın idari yargı mercilerine göndermesi, aksi görüşler varsa da İYUK m. 53 bağlamında “yargılamanın yenilenmesi” sebebi sayılamaz. Çünkü, yeniden yargılama zorunludur (kabule bağlı değildir) ve süreye bağlı değildir. Yeniden yargılama bireysel başvuruya özgü bir giderim yoludur. İdari yargıda yargılamanın yenilenmesi ancak esasa kararı veren mahkemeye yapılacak başvuru üzerine, bu mahkemenin istemi kabul veya reddine bağlıdır. Yani yargılamanın yenilenmesi bir temel hak ihlaline dayanarak talep edilse bile, bu konuda takdir yetkisi yargıca aittir.<sup>6</sup> Danıştay içtihadında yargılamanın yenilenmesi ile ilgili yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilebilmesi için yargılama aşamasındaki bir insan hakları ihlalinin ancak yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabilmesi durumunda AİHM kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilebileceği<sup>7</sup>; hukuksal güvenlik ilkesinin zarar gördüğü ve bir hakkın özüne zarar veren ihlalin varlığı sebebiyle salt tazminat ödenmesinin ihlalden kaynaklanan zara-

<sup>5</sup> Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), s. 188.

<sup>6</sup> İYUK m. 53/2: “yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır.”

<sup>7</sup> İDDK, E. 2007/274, K. 2008/2221.

rı ortadan kaldırmasının güç olduğu hallerde yargılamanın yenilenmesi yoluyla ihlale yol açan idari işlemin hukuksal denetiminin yeniden yapılmasının Anayasanın 90. Maddesine ve 2577 sayılı yasanın 53/1-ı maddesinin getiriliş amacına uygun olduğu<sup>8</sup>; AYM'nin Vergi Mahkemesi tarafından "yargılamanın yenilenmesi" talebinin reddedilmesi suretiyle davacının adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verildiğinden, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için Vergi Mahkemesi tarafından "yeniden yargılama" yapılması gerektiği<sup>9</sup> vurgulanmaktadır.

AYM ihlal kararlarında giderim olarak *yeniden yargılamaya* hükmettiği her kararda mütemediyen önceki iki kararına atıfta bulunmaktadır. Bu kararlar yeniden yargılamanın, İYUK'ta düzenlenen *yargılamanın yenilenmesinden* farklı bir kurum olduğunu açıklamaktadır. Bunu vurgulamak için AYM'nin *Mehmet Doğan*<sup>10</sup> ve *Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*<sup>11</sup> kararlarının önemini ve yargılama hukuku bakımından belirlediği ilkeleri açıklamak uygun olur.

AYM, yeniden yargılamaya ilişkin daha erken dönemki içtihadında şu tespitlerde bulunmuştur: "*yeniden yargılama kavramı, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan belli yönlerden farklılık taşımaktadır. Anayasa Mahkemesinin, tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hallerde, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.*"<sup>12</sup>

AYM, sonraki içtihadında ise bu tespitini geliştirmiş ve pekiştirmiştir. Mahkemeye göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 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 kararın kendisine ulaştığı mahkemenin yasal

<sup>8</sup> İDDK, E. 2009/1188, K. 2020/2507.

<sup>9</sup> Danıştay 9. Daire, E. 2016/4955, K. 2018/1898.

<sup>10</sup> *Mehmet Doğan [GK] Başvurusu*, No.2014/8875, 7/6/2018.

<sup>11</sup> *Aliğül Alkaya ve diğerleri (2) Başvurusu*, No. 2016/12506, 7/11/2019.

<sup>12</sup> *Sinan Baran Başvurusu*, No. 2015/11494, 11/6/2018, para. 52.



yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemezsizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir.<sup>13</sup>

Öte yandan idari yargılama usulündeki yargılamanın yenilenmesinin yargıcın takdirine bağlı olmasına karşın, AYM yeniden yargılama emrinin derhal uygulanacak bir giderim olmasını pratik sonucu yine AYM kararlarında gözlemlenmektedir. Nitekim AYM *Sedat Haspolat (2)* kararında<sup>14</sup> mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararı üzerine yapılan yeniden yargılamada ihlal kararına uygun karar verilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin bir inceleme yapmıştır. Olayda AYM ihlal kararı sonrası İş Mahkemesi yeniden yargılama sonucu verdiği kararıyla önceki kararındaki -başvurucunun itirazının iptali ve takibin devamı şeklindeki- hükmü onamıştır. AYM de kendisinin ihlal kararının “derece mahkemelerinde görülen davanın başvuru lehine sonuçlandırılması gerektiği anlamına gelmediğini” not etmiştir. Ardından derece mahkemesinin yeniden yargılama ile ulaştığı sonucun kendisinin kurduğu hükümle açık bir çelişki oluşturduğunu, İş Mahkemesinin bilinçli bir biçimde AYM’den farklı bir sonuca vardığını belirtmiştir. Bunun üzerine AYM derece mahkemelerinin ihlal kararını etkisiz kılacak ve ihlal kararı verilmesini anlamsız hâle getirecek şekilde bir karar veremeyeceğini güçlü bir tonla hatırlatmıştır. Nihayet yeniden yargılama yapan yargıçların/mahkemelerin AYM’nin ihlal kararı ile çelişecek bir karar da veremeyeceğini vurgulamıştır. AYM yeniden yargılama yapan mahkemenin görevinin ne olduğunu da açıklamıştır: *AYM’nin kanuni temelden yoksun olduğunu tespit ettiği müdahalenin başkaca bir kanuni temelinin bulunup bulunmadığını irdelemek.*

Bu karar her ne kadar iş mahkemesinin yaptığı yeniden yargılamayı değerlendiriyorsa da, AYM yeniden yargılamanın hassas ve görüldüğünden daha karmaşık bir giderim olduğunu göstermektedir. Çünkü yeniden yargılama yapmak otomatik olarak hak ihlalini gidermeyeceği gibi, yeniden yargılamayı açan mahkemenin bu süreci dikkatle ve belirgin bir odakta kaymadan işletmesi gereğini de öğretmektedir. Yeniden yargılamanın amacı ihlal edilen anayasal hakkın artık ihlal edilmemesi yanında yeni bir hak ihlaline yol açmamaktır. Dolayısıyla derece mahkemesindeki yargıç, yeniden yargılama yaparken bu bilinç ile yargılama yaptığı sürece yeniden yargılama anayasal hakların korunmasına hizmet edecektir. Aksi halde yeniden yargılama sıradan bir muhakeme işlemine dönüşebilir.

Nihayet AYM ceza yargılamasında yeniden yargılamanın sonuçlarını tartıştığı çok yeni tarihli bir içtihadıyla Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir ihlal kararı üzerine yeniden yargılama sürecinde cezanın infazının durdurulmamasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal edip etmediğini incelemiş ve oyçokluğu ile AYM’nin ihlal kararında yeniden yargılamaya hükmedilmesinin ötesinde başkaca bir değerlendirme yapılmadığı, ihlal kararının “ihlale konu eksikliğin giderilerek sonucuna göre bir karar verilmesi biçiminde” anlaşılması gerektiğini, yeniden yargılama sırasında infazın ertelenmesi konusunun derece mahkemelerinin takdirinde olduğunu ve infazı erteleme yönünde kullanılan takdir yetkisinin de hukuka uygun olduğuna karar vermiş

<sup>13</sup> *Mehmet Doğan Başvurusu*, No. 2014/8875, paras. 58, 59; *Aliğül Alkaya ve diğerleri (2) Başvurusu*, No. 2016/12506, paras. 57-59, 66, 67.

<sup>14</sup> *Sedat Haspolat (2) Başvurusu*, No. 2020/22495, 15/6/2021.

ve böylece ihlal kararının gereğinin yerine getirilmeyerek hapis cezasının infazına devam edilmesinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir.<sup>15</sup> Bu kararın idari yargıyı ilgilendiren yönü ise Mahkemenin yeniden yargılamanın niteliğine ilişkin şu saptamalarında görülmektedir:

“Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı üzerine yeniden yargılama yapılabilmesi için başvuranın, tarafların veya Cumhuriyet savcısının bir talebi gerekmediği gibi mahkemenin kabul edilebilirlik incelemesi yapma yetkisi de bulunmamaktadır. 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesi uyarınca ... ihlal kararı ve ihlal nedenleri doğrudan yasal kabul edilebilirlik sebebinin oluşturmaktadır. Önemli bir farklılık da yeniden yapılacak yargılamada Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirtilen nedenlerin ve gerektiğinde kararda belirtilen hususların gözetilmesinin zorunlu oluşudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi ihlalin sürdürülmesinin önlenmesi ve mağduriyetin giderilmesi amacıyla ihlal kararında mahkemece yapılması gereken bazı hususlara da (hükmün ortadan kaldırılması ve infazın durdurulması kararı verilmesi gibi) hükmedebilmektedir. Bu bağlamda ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemde veya yerine getirilmeyen yönetsel bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usule ilişkin işlemin hak ihlaline yol açmayacak şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ilgili idari işlem veya uygulamanın kendisinin veya derece mahkemesi kararının sonucunun hak ihlaline yol açtığı Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmişse bu takdirde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan dosya üzerinden yeni bir karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekebilir.” (paras. 69-70)

Bu karar ceza yargılaması bakımından bir çelişkiyi beraberinde getirmektedir. Çünkü hükmün ortadan kaldırılmasının derece mahkemesinin takdirinde olduğunun belirtilmesi karardaki bir muhalif üyenin belirttiği gibi mahkemelere “kararın gerekçesini düzeltin, ancak aynı yönde kararlar vermeye devam edin” şeklinde bir mesaj verildiği biçiminde anlaşılmaya müsaittir. Öte yandan AYM aynı gün verdiği bir başka kararda ise tam aksi yönde sonuca ulaşarak Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereğinin yerine getirilmeyerek hapis cezasının infazına devam edildiği iddiasına ilişkin olarak Anayasa’nın 19. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>16</sup> Mahkeme bu iki kararında da başvuruya konu ihlal kararında ihlale konu hükmün ortadan kaldırılmasına ayrıca hükmedilmesi kararın sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılması gerektiği gerçeğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla AYM’deki bu görüş ayrılığının, idari yargılama hukukunda uygulama bağlamında yeniden yargılamanın esası bakımından bir değişikliğe yol açması muhtemel değildir.

### 3 İdari Yargıçlar Nasıl Yeniden Yargılama Yapar?

İdari yargıçların AYM’nin yeniden yargılama yapılması emri karşısında yapması gereken ilk iş yeniden yargılama açtığına dair bir karar almaktan ibarettir. Ancak daha bu

<sup>15</sup> Erol Eşrefoğlu [GK] Başvurusu, No. 2018/23111, 1/7/2021.

<sup>16</sup> Behzet Çakar ve diğerleri (2) [GK] Başvurusu, No.2019/2333, 1/7/2021.





ilk aşamada bir bulanıklık göze çarpmaktadır. AYM kararı üzerine yeniden yargılama derece mahkemeleri bakımından bir “yükümlülük” olduğu için başvuru üzerine değil, re’sen gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada genellikle re’sen yeniden yargılama yapılmadığı, mahkemelerin yargılama açmak için bir talep beklediği gözlemlenmektedir. AYM Kanununda idari usul kanununun aksine yeniden yargılama için bir başvuru süresi öngörülmediğine göre, idare mahkemelerinin yeniden yargılama için re’sen harekete geçmediği durumlarda herhangi bir süreye bağlı olmaksızın başvuruocular tarafından yeniden yargılama talep edebilir.<sup>17</sup>

Bunun ardından mahkeme, kendi kararının neden ve nasıl bir hak ihlaline yol açtığını dikkate alarak ilerlemelidir. Bunun için ona ışık tutacak ilk veri kuşkusuz AYM kararının kendisidir. Ancak AYM’nin yeniden yargılamaya hükmetmesi idari yargıcın yeniden değerlendireceği uyuşmazlığın otomatik olarak aksi yönde çözümlenmesi gerektiği anlamına gelmez. Bir başka ifadeyle idari yargılama hukukunda yapılan yeniden yargılama, temel hak ihlalini giderecek her türlü muhakeme işlemi içerebilir. Bununun için neye gerek olduğunu belirleyecek olan idari yargıdır. AYM’nin yeniden yargılama kararının derece mahkemeleri üzerinde doğurduğu bir “sonuç yükümlülüğü” olmadığı için AYM kararları “çoğu zaman derece mahkemelerine belirli bir yönde karar verme yükümlülüğü getirmemektedir. Yani “derece mahkemelerinin de AİHM kararları bakımından taraf devletlerin sahip olduğu takdir yetkisine benzer bir takdir yetkisi vardır ve bireysel başvuruya konu yargılamada verilen karara benzer bir karar vermesi ya da aksi yönde yeni bir karar vermesi mümkündür.”<sup>18</sup> Öte yandan derece mahkemesince yapılacak yeniden yargılama üzerine verilecek karar, somut durumlara göre Anayasa Mahkemesi’nin öngördüğünden farklı olabilir. Eğer öyle olmasaydı, esas hakkındaki kararı da Anayasa Mahkemesi verebilirdi... Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararının aynen uygulanması kabul edilseydi, yeniden yargılama yapılmasına gerek kalmazdı.”<sup>19</sup> Dolayısıyla idari yargıların AYM’nin hak ihlalini giderilmesi için verdiği hükmün hukuk dünyasına bir karşılık bulabilmesi, ancak anayasal hakların korunmasının derece mahkemeleri tarafından hakkıyla bunun irdelenmesi ile mümkün olabilir. Bunu daha iyi açıklamak için idare mahkemelerinde yeniden yargılamanın somut olarak nasıl mümkün olduğunu gözlemlemek ile mümkün olabilir.

Bazen yerel mahkemenin yeniden yargılama için izleyeceği yol daha az karmaşık olabilir. Nitekim AYM’nin mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmettiği kararı<sup>20</sup> sonrası yeniden yargılama yapan bir idare mahkemesinin davanın esasına ilişkin incelemesine Anayasanın 35. ve 90. maddeleri ile başlaması sürecin işleyişine ilişkin olumlu bir başlangıca işaret etmektedir. İdare mahkemesi sonuçta hak ihlaline yol açan kararının tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte kaldırılmasına ve davacının idareden talep ettiği tazminatın ödenmesine karar vermiştir. Bu yöndeki kararın AYM’nin rehberliğinde verildiği söylenebilir, çünkü AYM söz konusu olaya ilişkin ihlal kararında açıkça yerel mahkemenin ne yapması gerektiğini belirtmiştir.

<sup>17</sup> Karan, s. 191.

<sup>18</sup> Karan, s. 190.

<sup>19</sup> İbrahim ŞAHBAZ, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 201, Ankara 2011, s. 114.

<sup>20</sup> *Ayşe Müjgan Yeldan ve diğ.leri Başvurusu*, No. 2017/6651, 29/11/2018.

Somut olayda başvuruçulara ait taşınmazın imar planında kamu hizmeti alanına ayrılması nedeniyle açtığı tazminat davası, Ankara idare mahkemesi tarafından, dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren kanun maddesini gerekçe göstererek dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. AYM ise idare mahkemesinin yeniden yargılama yoluyla tespit edilen ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırma imkânı bulunduğu ve yeniden yargılama kapsamında Ankara idare mahkemesinin yapması gerekenin “ihlal sonucuna uygun olarak tazminata hükmedilmesinden ibaret” olduğunu belirtmiştir. Tazminat miktarını belirlenmesi hususu ise idare mahkemesinin takdirine bırakmıştır. İdare mahkemesinin de tam olarak AYM’nin talebine uygun bir yeniden yargılama yaptığı ve tazminat miktarını belirleme yönünden inceleme yaparak gereken giderimi sağladığı gözlemlenmektedir.

Ancak yeniden yargılama her zaman bu kadar kolay olmayabilir. Nitekim AYM’nin ihlal kararı<sup>21</sup> sonrası yapılan yeniden yargılama sonucu davacıların tazminat talebini kabul eden idare mahkemesi kararına karşı davalı idarenin istinaf talebini inceleyen Bölge İdare Mahkemesi (BİM) dairesi, olayda AYM tarafından verilmiş ihlal kararı bulunması nedeniyle, öncelikle ihlal kararının sonuçlarına yönelik değerlendirme yapmıştır. Bu husus başlı başına öğreticidir. Çünkü yeniden yargılamanın anlamlı bir sonuç doğurabilmesi için bu yargısal işleme karşı yapılan itirazların da yeniden yargılamanın anlam ve önemini irdelemeden yapacağı her değerlendirme eksik kalacaktır. Bir başka ifadeyle yeniden yargılama sonucu verilen kararlara yönelik itirazlar da, evleviyetle yenide yargılamaya yol açan hususları değerlendirmelidir. Aksi bir yöntem bu kararların yeni hak ihlallerine yol açma potansiyeli taşımasına yol açabilir. Oysa AYM’nin nihai muradı hak ihlalinin giderilmesi ve yeni hak ihlallerinin önüne geçmektir. Bu bakımdan sadece derece mahkemelerinde çalışan idari yargıçlar değil istinaf ve temyiz incelemesi yapan idari yargıçların da yeniden yargılamanın amacına uygun bir karar alma süreci takip etmesi kritik bir öneme sahiptir.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi Dairesi’nin yaptığı incelemede belirttiği gibi hak ihlali kararı verildiğinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gereken yeniden yargılama sonucu yalnızca önceki kararın aksi yönde karar vermekten ibaret değildir. Aksi yaklaşım, BİM’in vurguladığı gibi “derinlikten yoksun” olacak ve yeni hak ihlalleri doğurma potansiyeli taşıyacaktır. BİM, yeniden yargılama esnasında hak ihlalinin konusunun karmaşık ve çok sayıda tarafı ilgilendiren yapısı dikkate alınmaksızın, otomatik olarak önceki kararın aksi yönde karar vermenin yeni hak ihlallerine yol açabileceğinden, derece mahkemesinin bu ihtimalin önüne geçmesi gerektiğini vurgulamıştır. Nitekim istinaf incelemesi sonucunda hak ihlaline yol açan mülkiyetin hukuki niteliğindeki değişme nedeniyle davalı idarenin itirazı kabul edilmiş ve yeniden yargılama yapan idare mahkemesinin kararı bozulmuştur.

Bu kararın bir başka öğretici yönü de de BİM’in yeniden yargılamaya doğru anlamı verebilmek için AYM’ye danışması ve AYM’nin yeniden yargılamanın nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin görüşünde gözlemlenmektedir. BİM, olayda uyuşmazlık konusu mülkün hukuki niteliğinde bireysel başvuru kararı sonrası yaşanan değişimi (imar planı değişikliği ile taşınmaz sosyal tesis alanı kullanımından özel sosyokültürel tesis alanı kullanımına çevrilmiştir) dikkate alarak, yeni bir hak ihlali kararına sebebiyet

<sup>21</sup> Mehmet Salih Baduk ve diğerleri, B. No: 2017/21695, 10/12/2019.



vermemek amacıyla nasıl bir uygulama yapması gerektiğini AYM'ye sormuş, AYM de bunun üzerine derece mahkemelerinin yeniden yargılama esnasında izlemesi gereken yaklaşıma ilişkin şu görüşü bildirmiştir: *bireysel başvuru dosyasına yansımayan bilgi ve olguları AYM'nin ihlal kararının uygulanmasını ne yönde etkileyeceğinin değerlendirilmesi derece mahkemesinin takdirindedir.* Yani AYM sadece bireysel başvuru dosyasındaki olguları dikkate almaktadır. Oysa hak ihlali kararı verildikten sonra yeni gelişmeler yaşanmış, hak ihlaline yol açan derece mahkemesindeki yeni yargılamada bireysel başvuru incelemesinde değerlendirilememiş hususlar ortaya çıkmış olabilir. Tüm bunların AYM'nin hak ihlalinin giderilmesi emrine nasıl yansıtacağını değerlendirmek idari yargıcın sorumluluğundadır. Öyleyse idari yargıçlar, yeniden yargılama açtıktan sonra eski ve yeni tüm hukuki olguları, yeni bir hak ihlaline yol açmayacak biçimde değerlendirmeli ve tüm bunlardan tutarlı bir sonuca ulaşmalıdır. Bu sonuç her olaya özgü olarak biçimlenecektir. Dolayısıyla önemli olan idare yargılamasının temel hakları koruma güdüsünü yeniden yargılamaya içkin kılacak argümanları sağlam ve berrak bir argümantasyon ile değerlendirebilmesidir.

İstinaf aşamasında gözlemlenen bu rafine yaklaşımın tersi ise Danıştay içtihadında görülmektedir. AYM'nin gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere Danıştay'a gönderdiği bir başvuru bunu göstermektedir. AYM'nin hak ihlali bularak yeniden yargılama yapması için doğrudan Danıştay'a gönderdiği başvuruya ilişkin kararın<sup>22</sup> gereğinin nasıl yerine getirildiğini artık biliyoruz. Dosya ihlale yol açan Danıştay dairesinin artık mevcut olmaması nedeniyle konuyla ilgilenen Danıştay 6. Dairesine geri gönderilmiş, 6. Daire ise 22 Aralık 2020 tarihinde yeniden yargılama sonucu bir karar vermiştir. Davanın konusu oldukça karmaşık ve teknik uzmanlık gerektiren bir alan olması nedeniyle Danıştay'ın yeniden yargılama yaklaşımının en az BİM kadar hassas olması beklenirdi. Ancak kararın bütünü olumlu ÇED kararının iptal edilmesine ilişkin yerel mahkeme kararını temyizden incelemek ve önceki kararının tersine hükmetmekten ibaret kalmıştır. Bireysel başvuru kararı Danıştay'ın temyiz incelemesinin yeterli gerekçe ortaya konulmadan verilmesinin hak ihlaline yol açtığına hükmetmiştir. Bunun üzerine yapılan yeniden yargılama ise büyük ölçüde dosyadaki bilgi ve belgelerin tekrarlanmasına hasredilerek, AYM'nin hak ihlalini gidermek için başka bir çaba içine girmediği gözükmektedir. Danıştay yeniden yargılama sonucunda sadece "temyize konu mahkeme kararı ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun" olduğunu belirtmekten ibaret kalmıştır. Böylece önceki temyiz kararının tam aksi yönde yeni bir karar tesis edilerek daha önce bozulan idare mahkemesi kararı bu defa onanmıştır. Kuşkusuz bu cılız değerlendirme temel hakların korunması açısından ümit verici değildir. Çünkü Danıştay değerlendirmesinde hukuka uygunluk denetiminde herhangi bir hak temelli yaklaşım yer almıyor. Yani karar neden ve nasıl AYM'nin tespit ettiği hak ihlalini giderdiğini izah etmek yerine, mevcut dosyanın tekrarı görüntüsü vermektedir. Bunun yeni hak ihlallerini gidermeyi önleyici bir yaklaşım olmadığı malum. Öte yandan karara muhalif kalan üyenin karşı oyu da hak ihlalinin giderilmesinden bahsetmemektedir. Dolayısıyla 6. Dairenin yeniden yargılama yönteminin idari yargıçlara rehberlik etmekten uzak, ancak ne yapmamaları gerektiğini gösteren bir örnek olarak nitelemek mümkün.

<sup>22</sup> *Agah Aral ve diğ.leri Başvurusu*, No. 2016/13031, 29/9/2020.

Bir BİM Vergi Dava Dairesi kararını temyizden inceleyen Danıştay kararında ise yeniden yargılamanın doğurması muhtemel başka bir sorun tartışılmıştır. Daha önce hukuka aykırı verilendirme nedeniyle açtığı davanın reddi nedeniyle yaptığı bireysel başvuruda AYM başvurusunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>23</sup> Bu karar henüz verilmeden önce aynı konuda başvurusunun açtığı bir başka dava ise aynı derece (vergi) mahkemesi tarafından bir kez daha reddedilmiştir. Bu ret kararını onayan BİM kararını denetleyen Danıştay 9. Dairesi, aynı hukuki sebeple farklı döneme ilişkin yapılan tarhiyata karşı açılan davada verilen kararın kesinleşmesinden sonra, yapılan bireysel başvuru sonucunda AYM kararıyla başvurusunun, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verildiğini vurgulamıştır. Danıştay'a göre bireysel başvuru üzerine AYM hak ihlalini tespit ederek "yeniden yargılama" yapılmasına karar verdiğinde, aynı konudaki diğer davalarda yargıçların nasıl davranması gerektiği sorununa yol göstermeye çalışmaktadır. Danıştay'a göre Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edildiğini tespit eden hak ihlali kararlarının, konusu ve sebepleri aynı olan diğer davalarda göz önünde bulundurulmaması, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralını da içeren ve Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti ilkesi ile evrensel hukuk kurallarına aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle, farklı döneme ilişkin olmakla birlikte, aynı hukuki sebebe dayanan tarhiyatın yargı kararıyla aleyhine kesinleşmesinden sonra yaptığı bireysel başvuru sonucu, AYM'nin mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi karşısında, tarhiyatın kaldırılması isteminin reddine ilişkin Vergi Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunu reddeden BİM kararı hukuka aykırıdır. Dolayısıyla Danıştay idari yargıçların konusu aynı uyuşmazlıklarda AYM'nin ihlal gerekçelerinin derece mahkemelerinin yargılama sürecine yol göstermesi gerektiğini açıkça vurgulamaktadır.

Nihayet AYM'nin özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine dair bir kararı sonrası yapılan yeniden yargılama sürecinin ortaya çıkardığı sonuç da idari yargıçların hak ihlali karşısındaki izleyecekleri yola rehberlik edecek niteliktedir. Türk Silahlı Kuvvetlerinde astsubay olarak görev yaparken, ahlaki durumundaki olumsuzluk gerekçe gösterilerek ordudan ayırma cezası ile cezalandırılan başvuru, ayırma işleminin iptali için açtığı davadan hiçbir sonuç alamaması üzerine AYM'ye bireysel başvuru yapmış ve AYM başvurusunun Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>24</sup> Bunun üzerine yeniden yargılama yapan derece (idare) mahkemesi, AYM'nin ihlale yol açtığına hükmettiği idari işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiş, bu karara karşı yapılan istinaf başvurusu da BİM tarafından da benzer gerekçeler ile reddedilmiştir. Neticede yeniden yargılama ile hak ihlalinin giderilmediğini ileri süren davacı BİM kararını temyiz etmiş Danıştay 12. Dairesi tarafından bu karar incelenmiştir.

Danıştay, AYM'nin ihlal gerekçelerine uzunca yer verdikten sonra dava konusu olayı değerlendirirken davacının TSK'dan ayrılması işlemine esas alınan özel hayatına ilişkin hususların sadece davacının kendi ifadesinden öğrenilmiş olduğu, bu ifadenin hukuka uygun yöntemler ile alındığının davalı idare tarafından kanıtlanamadığı, davacının ayırma cezasına konu fiilleri nedeniyle daha önce aldığı bir disiplin cezasının bulunmadığı, sicillerinin çok iyi olduğu, özel hayatına ilişkin eylem ve davranışlarının davacının mesleğine olumsuz bir yansımalarının olduğuna ilişkin herhangi bir bilgi,

<sup>23</sup> *İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. [GK] Başvurusu*, No. 2015/941, 25/10/2018.

<sup>24</sup> *Osman Özyurt Başvurusu*, No. 2014/20559, 16/11/2016.

belge veya tespitin olmadığı, davacı hakkında yürütülen soruşturmanın mesleki hayatının sınırlarını aştığı, davacıya isnat edilen ayırma cezasına konu fiillerin mesleki faaliyeti ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dahil özel yaşamı kapsamında kalan eylem ve davranışlar olduğu sonucuna ulaşmıştır. Böylece, davacının aldığı disiplin cezasının Anayasa (m. 20) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 8) uyarınca “özel hayata saygı hakkının” ihlali sonucunu doğuracağı anlaşıldığından, dava konusu idari işlemlerde hukuka aykırı olduğuna ve derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunu reddeden BİM kararının bozulmasına karar vermiştir. Karar üçe karşı iki oyçokluğu ile verilirken, azınlıkta kalan iki üyenin tek gerekçesi BİM kararının “hukuka ve mevzuata uygun olduğu”nu belirtmekten ibarettir.

## Beklentiler

AYM ile idari yargıçlar arasındaki etkileşim farklı seviyelerde cereyan etmektedir. AYM'nin bir temel hakkın idari yargıçların kararı nedeniyle ihlal edildiğine hükmetmesi, sadece kararı veren yerel mahkeme üye(ler)si/leri için değil, bu kararların yeniden yargılama sonrası denetlendiği istinaf ve temyiz mahkemeleri nezdinde de bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla bireysel başvuruya özgü *yeniden yargılama* kurumu, idari yargılamanın her üç aşamasında da (derece, istinaf, temyiz) gözlemlenebilen ve etkisi giderek daha fazla görünür hale gelen bir olgudur. Bu kurumun yerel mahkeme, istinaf ve temyiz aşamasında ortaya çıkardığı iki temel sonuç zikredilmelidir. İdari yargıçların AYM'nin ihlal kararı sonrası yapacağı yeniden yargılamada, idare hukukuna özgü hususlar bakımından şöyle bir değerlendirme yapılabilir.

**Birincisi** idari yargıçlar AYM'nin ihlal kararı verdiği bir yargılamada yeniden yargılamaya hükmedildiğinde, idari yargılama usulündeki *yargılamanın yenilenmesinden* farklı bir fonksiyon yerine getirdiklerinin farkında olmalıdır. Yani idari yargıçlar yeniden yargılama kararı sonrası hiçbir tereddüt yaşamadan anayasa yargısına özgü bir kurum olan *yeniden yargılama* işlemi gerçekleştirmek için gereken adımları bekletmeden atmalıdır. Bu her ne kadar basit bir tespit gibi gözükse de, idare mahkemelerinin AYM'nin kendilerine verdiği emiri doğru algılaması ve bu emrin gereğinin tereddütsüz yerine getirmesi, bu kurumun idari yargılamada gerçekten temel hak ihlalinin önüne geçebilmesi için atılacak ilk ama en önemli adımdır.

**İkinci olarak** idari yargılama makamları kendi kararlarından kaynaklanana hak ihlalinin gidermek için bir *yeniden yargılama* açtıklarında, bunun önceki kararlarının otomatik olarak aksi yönde bir karar vermektense ibaret olmadığının da farkında olmalıdır. Çünkü temel hakların ihlal edilmesi tek bir yönde karar vermekle giderilemeyecek derece karmaşık ve çok bileşenli bir olgudur. Mahkeme kararlarının hak ihlaline yol açtığına AYM tarafından tespit edilmesi, bu mahkeme kararının sadece önceki kararından dönmesi ile etkili bir sonuca bağlanamaz. İdari yargıç denetlediği eylem ya da işlemin hukuka uygunluğunu, yeniden, ancak bu sefer AYM'nin tuttuğu ışık ile değerlendirmelidir. Bu yeni inceleme hukuka uygunluğu anayasal haklar penceresinden yaparken, her olaya özgü koşulların dikkate alınması gerekir. Aksi halde idare mahkemeleri sadece AYM'nin yeniden yargılama emri ile hareket eden mekanik bir yargılama sürecine sürüklenir ki bu ihtimal anayasa hakların sürekli korunması için istenen bir durum değildir.





## KAYNAKLAR

### LİTERATÜR

ACUN, Barış. “İdari Yargılama Usulünde Yargılamanın Yenilenmesi Başvurusu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11(1) (2020), s. 338-352

ÇAKMAK, Ufuk Ramazan. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (2021) (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

ERDOĞMUŞ, Talha. “İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olarak Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 1-2 (2020), s. 39-64.

KARAN, Ulaş. *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018).

ŞAHBAZ, İbrahim. “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yayınları* No: 201, Ankara 2011, s. 71-127.

YAMLI, Mehmet Sadık (Haz.). *Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları*, Ankara: Avrupa Konseyi, 2016.

### ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI (Bireysel Başvuru)

*Osman Özyurt Başvurusu*, No. 2014/20559, 16/11/2016.

*Agah Aral ve diğerleri Başvurusu*, No. 2016/13031, 29/9/2020.

*İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. [GK] Başvurusu*, No. 2015/941, 25/10/2018.

*Ayşe Müjgan Yeldan ve diğerleri Başvurusu*, No. 2017/6651, 29/11/2018.

*Erol Eşrefoğlu [GK] Başvurusu*, No. 2018/23111, 1/7/2021.

*Behzet Çakar ve diğerleri (2) [GK] Başvurusu*, No. 2019/2333, 1/7/2021

*Mehmet Doğan [GK] Başvurusu*, No. 2014/8875, 7/6/2018.

*Aligül Alkaya ve diğerleri (2) Başvurusu*, No. 2016/12506, 7/11/2019.

*Sinan Baran Başvurusu*, No. 2015/11494, 11/6/2018, para. 52.

*Sedat Haspolat (2) Başvurusu*, No. 2020/22495, 15/6/2021.

### İDARE MAHKEMESİ VE DANIŞTAY KARARLARI

Ankara 5. İdare Mahkemesi, E. 2017/63, K. 2021/139, KT. 08/02/2021.

Ankara 2. İdare Mahkemesi, E. 2018/2676, K. 2021/1123.

Danıştay 6. Daire, E. 2020/10746, K. 2020/13387, KT. 22/12/2020.

Danıştay 12. Daire, E. 2019/4410, K. 2020/1607, KT. 26/02/2020.

Danıştay 19. Daire, E. 2018/4746, K. 2021/1766, KT. 11/03/2021.



A large area of the page is filled with horizontal dotted lines, providing space for taking notes.

## OTURUM

1

2

3

4

5

6

7

8

### Mülkiyet Hakkı I (Giriş ve Vergi/Ruhsat)

### Mülkiyet Hakkı I (Giriş ve Ruhsat/Lisans/Tahsis)

Prof. Dr. Burak Gemalmaz



#### Amaç

Bu bölümün amacı mülkiyet hakkını geniş kapsamda tanımak, mülkiyet hakkının hangi sınırlar çerçevesinde sınırlandırılabilirliğini ve bu hak sınırlandırılırken dikkate alınması gereken adil denge ölçütlerini öğrenmektir.





## Düşünelim

- 1 Hangi haklar mülkiyet hakkı kapsamına girer?
- 2 Mülkiyet hakkının öznesi kimlerdir?
- 3 Otonom kavramlar doktrini nedir?
- 4 Mülkiyet hakkının üç sütunu nedir?
- 5 Mülkiyet hakkına müdahalenin ihlal oluşturmaması için hangi hususlara dikkat edilmelidir?



## Konular

- 1 AİHM Ve AYM'nin Mülkiyet Hakkı Konulu Uyuşmazlıkların Çözümünde Dikkate Aldığı Standartlar
- 2 Mülkiyet Hakkının Kapsamı
- 3 Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği
- 4 Mülkiyet Hakkının Üç Sütunu
- 5 Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri
- 6 Adil Denge Ölçütleri Ve Usuli Güvenceler
- 7 Mülkiyet Hakkının Konusu Olarak Ruhsat/Lisans/Tahsis Uyuşmazlıklarının Tabi Olduğu Standartlar



## Mülkiyet Hakkı I (Giriş ve Vergi/Ruhsat)

### I AİHM VE AYM'nin Mülkiyet Hakkı Konulu Uyuşmazlıkların Çözümünde Dikkate Aldığı Standartlar<sup>1</sup>

İdari yargı ve vergi yargısının mülkiyet hakkı konulu uyuşmazlıkları çözümünün insan hakları hukuku standartlarına uygun olması için, metodolojik düzlemde AİHM ve AYM'nin meseleleri nasıl ele aldığı açıklanmalıdır. Her uyuşmazlık türü bakımından geçerli genel muhakeme metodolojisini kapsayan bu açıklamalardan sonra, her bir uyuşmazlık alanında meri spesifik standartlar ayrıca ele alınabilir.

Bilindiği üzere mülkiyet hakkı Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası madde 35 ile güvence altına alınmıştır.

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

Mülkiyet hakkı ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (bundan böyle AİHS veya Sözleşme) 1 No'lu Protokolünün 1. maddesinde (bundan böyle P1-1) düzenlenmiştir.<sup>2</sup>

#### Madde 1 – Mülkiyetin korunması

“Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden/malvarlığından müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.

Yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da vergilerin yahut diğer katkıların/yükümlülüklerin yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine hâle getirmeyecektir.”

Elbette, eşya hukukundan imar hukukuna, fikri mülkiyet hukukundan vergi hukukuna, idare hukukundan borçlar hukukuna birbiriyle alakasız sayılabilecek neredeyse bütün hukuk disiplinlerini ilgilendiren mülkiyet hakkının Anayasanın sadece tek bir maddesinde düzenlenmekle yetinildiği düşünülemez. Anayasal mülkiyet hakkı rejii-

<sup>1</sup> Bu bölüm H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Nisan 2018'den özetlenmiştir (bu eser bundan böyle “Mülkiyet Hakkı El Kitabı” olarak kısaltılacaktır). Ayrıntılar için o esere müracaat edilmelidir.

<sup>2</sup> Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20/03/1952 tarihinde Paris'te kabul edilen ve imzaya açılan “**İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1**” (No. 009, “*Protocol No.1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention*”), 18/05/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

mini yöneten temel hüküm (AY m. 35) dışında çok sayıda maddede mülkiyet hakkını ilgilendiren hükümlere yer verilmiştir. 1982 Anayasasında mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendiren ve özellikle bireysel başvurularda rol oynayan başta kamulaştırmaya ilişkin m. 46, kıyılara ilişkin m. 43, toprak mülkiyetine ilişkin m. 44, ormanlara ilişkin m. 169 ve 170, kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin 63, doğal kaynaklara ilişkin m. 168, müsadereye ilişkin m. 28 (8) - m. 30 ve 38 (10)<sup>3</sup>, vergiye ilişkin m. 73, sosyal güvenliğe ilişkin m. 60-61 ve temel hakların sınırlandırılma rejimini düzenleyen m. 13 hükümlerini bu bağlamda hatırlatmak mümkündür. Dikkat edileceği üzere, burada yer verilen mülkiyet hakkıyla bağlantılı Anayasa hükümlerinin büyük bir kısmı, doğrudan idari yargı ve vergi yargısını ilgilendirmektedir.

## 1 Mülkiyet Hakkının Kapsamı

### 1.1 Haktan Yararlananlar<sup>4</sup>

Anayasada mülkiyet hakkını düzenleyen maddelere bakıldığında, hakkın öznesi olarak “herkes” terimine yer verildiği görülmektedir. Gerçekten de, Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen temel maddesi olan 35. madde “herkesin” mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğunu düzenlemektedir. **Dolayısıyla, mülkiyet hakkından yararlanacak “herkes”in içerisine gerçek kişiler kadar tüzel kişilerin de girdiği açıktır.** Yine de hakkın yararlanıcıları bakımından bazı hususlara yakında bakabiliriz:

Öncelikle mülkiyet hakkının öznesini belirleyen “herkes” teriminin yabancılar ile vatandaşlar arasında bir ayırım yapmadığını vurgulamakla söze başlamak mümkündür. Buna göre, bir yabancı, eğer mülkiyet hakkıyla ilgili bir müdahaleden yakınıyorsa, bu konudaki iddialarını herhangi bir idari ya da yargısal organ önünde ileri sürebilir. **Eğer diğer usuli koşulları karşılıyorsa, yabancıların idari yargı önünde mülkiyet hakkının ihlali temelinde idari işlemlerin iptali ve/veya tazminat talebinde bulunmasının önünde bir engel yoktur.** Örneğin bir yabancı yatırımcı maruz kaldığı idari işlemlerden ötürü (örneğin idari para cezası) mülkiyet hakkının (veya uyumsuzluğa uygun bir başka hakkın) ihlal edildiğini gündeme getirebileceği gibi, göçmen işçi, mülteci/sığınmacı vs. statülerindeki kişiler de mülkiyet hakkı konulu şikayetlerini idari yargıya taşıyabilirler. Üstelik, Türkiye’ye sadece yasal olarak değil ve fakat yasadışı yollardan giren yabancılar ile vatansızların mülkiyet hakkı dahil Anayasal temel haklardan yararlanabilecekleri belirtmeliyiz.

Mülkiyet hakkının yararlanıcıları hususunda tüzel kişilere değinmeden geçmek olmaz. Mülkiyet hakkı, ekonomik niteliği gereği, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele ya sağı veya kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı gibi haklardan farklı olarak tüzel kişiler tarafından kullanılabilir. Hatta AİHS’nin mülkiyet hakkını düzenleyen 1. No’lu Protokolünün 1. maddesi, hakkın öznesi olarak tüzel kişileri açıkça zikretmektedir. **Anayasal mülkiyet hakkından her türlü özel hukuk tüzel kişileri yararlanabilir.** Mülkiyet hakkı

<sup>3</sup> *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, No. 2014/1546, 2/2/2017, para. 55.

<sup>4</sup> Mülkiyet hakkında yararlanabilecek kişiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı El Kitabı**, s. 11-29.



sahipliği açısından özel hukuk tüzel kişileri arasında normatif olarak bir ayırım yapılmadığı gibi böyle bir ayrımı gerektiren teorik bir sebep de bulunmamaktadır. Nitekim anonim şirketler (sigorta şirketleri; bankalar; basın-yayın kuruluşları), limited şirketler, kooperatifler, azınlık vakıfları, vakıflar, dernekler gibi tüzel kişiler mülkiyet hakkından yararlanmaktadır. Üstelik burada örneklenen kategoriler, vaka hukukuna konu olan mülkiyet hakkı ihlali iddiasını içeren kararlardan seçilen örneklerden müteşekkil olup sınırlı sayıda olmadığı gibi uygulamada tüzel kişilik statüsü belirsiz ya da tartışmalı olan site yönetimi gibi kuruluşların da mülkiyet hakkından yararlandığı bilinmektedir.

Hatta bir tüzel kişinin ve özellikle ticari şirketin bireysel başvuru yapabilmesi için, Türkiye’de kayıtlı/tescilli olmasına gerek bulunmamaktadır. Mülkiyet hakkından yararlanabilmek için tüzel kişinin tabiyeti ya da vatandaşlığı/uyrukluğunun belirleyici bir etkisi yoktur.

## 1.2 Mülkiyet Hakkının İçeriği<sup>5</sup>

Mülkiyet hakkı denilince bütün Türk hukukçularının kafasında uyanan ve temelde eşya hukukuna dayanan kavram, anayasal mülkiyet hakkını tam olarak karşılamamaktadır. Anayasal mülkiyet hakkı, eşya hukukunda kurumsallaştırılan aynı terimden çok ama çok daha geniş bir spektruma sahiptir. Zira, bir kavrama herhangi bir hukuk disiplinde verilen anlam, anayasa ve insan hakları hukukunu bağlamaz; anayasa ve insan hakları hukukunda yer verilen kavramlar otonom niteliktedir. Bu nedenle Türk hukukunda mülkiyet veya mülkiyet hakkı kavramının yaygın kullanımındaki anlam ile anayasal mülkiyet hakkı kavramının birebir örtüşmediği hatırd tutulmalıdır. Kısacası, insan hakları hukukunda ve anayasal anlamda mülkiyet hakkına geniş açıdan bakılmalıdır. O halde, Anayasal mülkiyet hakkı, kapsam itibarıyla 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda yer alan mülkiyet kavramıyla sınırlı değildir.<sup>6</sup> Hatta AYM bu durumu kimi kararlarında

Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanındaki 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.

şeklinde açıklamaktadır.<sup>7</sup> AYM’nin alıntılanan ifadesinde yer verilen “idari yargı” vurgusunun altını özellikle çizelim.

**Hatta net söylemek gerekirse, anayasal mülkiyet hakkı, parayla ölçülebilen her türlü ekonomik değeri kapsamaktadır; yani, bir kişinin sahip olduğu malvarlığının bütün aktiflerini içermektedir.** Buna göre anayasal mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda mutlak hak-şahsi hak gibi ayrımlar geçerli olmadığı gibi maddi mal-gayrimaddi mal-

<sup>5</sup> Mülkiyet hakkının içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı El Kitabı**, s. 33-95.

<sup>6</sup> *Cemile Ünlü Başvurusu*, No. 2013/382, 16/04/2013, para. 25; *Yunis Ağlar Başvurusu*, No. 2013/1239, 20/03/2014, para. 21; *Osman Bayrak Başvurusu*, No. 2013/3803, 25/2/2015, para. 49.

<sup>7</sup> *Hüseyin Remzi Polge Başvurusu*, No. 2013/2166, 25/6/2015, para. 31; *İsmail Akçayoğlu Başvurusu*, No. 2014/1950, 13/09/2017, para. 31; *Hamdi Akın İpek Başvurusu*, No. 2015/17763, 24/5/2018, para. 82.



varlığı değerleri ve haklar arasındaki ayırım da geçerli değildir. Bütün bu sayılan kategoriler, anayasal mülkiyet hakkının konusudur. Dolayısıyla, sadece taşınmaz/gayrimenkul ve taşınırlar/menkul mallar üzerindeki mülkiyet veya intifa gibi diğer aynı haklar, fikri ürünler üzerinde kurulan fikri mülkiyet gibi mutlak haklar değil, ama ayrıca alacak hakları, sosyal güvenlik pozisyonlarından kaynaklanan talep hakları gibi şahsi/nisbi haklar da AY m. 35 ile P1-1'in sağladığı garantilerden faydalanabilmektedir.<sup>8</sup> Hatta bir kiralama sözleşmesine dayanan kullanım hakkı dahi anayasal mülkiyet hakkının koruma şemsiyesini işlevsel kılmaya yeterlidir.<sup>9</sup> Bunların yanına sermaye şirketlerinin ortaklık paylarını (hisse senetlerini) ekleyebiliriz.<sup>10</sup> Nihayet, malvarlığı küllünün içerisinde yer alan ve AY m. 35'te açıkça yer verilen miras hakkını da buraya eklemek gerekmektedir.

Mülkiyet hakkının içerdiği yetkilerden hareketle yapılan tanımla ifade edilecek olursunsa, *“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, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hatta yok etme) olanağı veren bir haktır.”*<sup>11</sup> **Kısacası, anayasal mülkiyet hakkının bir uyuşmazlıkta dikkate alınması için, yukarıda sayılan veya bir başka malvarlığı değeri üzerinde malikin (davacının) sahip olduğu tasarruf yetkilerinin kısıtlanması, ortadan kaldırılması veya malvarlığının azalması gerekli ve yeterlidir.**

Tek tek saymaya gerek ve imkan yok elbette; ancak idari yargı ve vergi yargısına en çok konu olan anayasal mülkiyet hakkı uyuşmazlıklarını burada vurgulamaktan zarar gelmez:

- Kamulaştırma
- Hukuki El Atma
- Askeri Yasak Bölge ve Güvenlik Bölgesi Uygulamaları
- Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukukundan Kaynaklanan Kayıtlamalar
- Düzenleme Ortalık Payı ve Kamu Ortaklık Payı
- Bayındırlık Faaliyetinden Kaynaklanan Müdahaleler
- Vergisel Müdahaleler
- Ticari İşletme Ruhsat ve Lisansları ile Mesleki Unvanlar
- Ticari Hayat Regülasyonları
- İdari Para Cezaları ve İdari Yaptırımlar
- Sosyal Güvenlik Ödemeleri

<sup>8</sup> *Mahmut Duran ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2014/11441, 1/2/2017, para. 60.

<sup>9</sup> *Hanife Ensaroğlu Başvurusu*, No. 2014/14195, 20/09/2017, par. 48-49.

<sup>10</sup> *Josef Asboth Başvurusu*, No. 2013/6484, 31/3/2016, para.46-47; *Hamdi Akın İpek Başvurusu*, No. 2015/17763, 24/5/2018, para. 84; Bkz. ve krş. *Halis Toprak ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/4488, 23/3/2016, par. 45-46.

<sup>11</sup> AYM, E.1988/34, K.1989/26, T. 21/6/1989; AYM, E.2011/58, K.2012/70, T. 17/5/2012; *Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu*, No. 2012/1035, 17/7/2014, par. 29; *Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş. Başvurusu*, No. 2013/28, 25/2/2015, para. 40.

ilk akla gelen uyuşmazlık türlerinin başında gelmektedir. Elinizdeki kitapçıkta da, bu konular arasında AİHM-AYM tarafından en çok ihlal edildiği veya sistemik problem olduğu saptananlar üzerinde durulacaktır. Örneğin kamulaştırma meselesinde, acele kamulaştırma bir yana bırakılırsa, genellikle idari yargı açısından sistemik bir problem olduğu söylenemez. Benzer şekilde, kültür ve tabiat varlıkları hukukundan kaynaklanan müdahalelerde AİHM ve AYM nadiren mülkiyet hakkı ihlali bulmakta; ilgili idarenin ve idari yargının yaklaşımında genellikle sorun görmemektedir. Dolayısıyla bu konulara kitapçıkta yer verilmeyecektir. Düzenleme ortalık payı (DOP) ve kamu ortaklık paylarına (KOP) gelince, bunların mülkiyet hakkını ihlal eden sorunlu müdahaleler olduğunu baştan söylemek mümkündür; ancak bu konularda henüz AİHM ve AYM'nin yerleşmiş ihlal kararları bulunmamaktadır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına hakim olan standartlar çerçevesinde DOP ve KOP'un birer ihlal teşkil edip etmediklerini eğitimlerdeki spekülatif tartışmalara bırakıp şimdilik bu kitapçığın kapsamına almıyoruz. Sosyal güvenlik rejiminden kaynaklanan mülkiyet hakkı ihlallerini de, hem bunların bir kısmının adli yargıya tabi olması hem de apayrı bir hukuki rejim içermeleri nedeniyle kitapçık dışında bırakıyoruz.

Yalnız, mülkiyet hakkının kapsamı konusunda hakkın maddesel içeriği, meselenin ilk boyutuydu. Mülkiyet hakkının kapsamı konusunda bir de hakkın zamansal içeriği meselesi vardır. Buna göre, mülkiyet hakkı ihlali iddiası içeren uyuşmazlıklarda yukarıda örneklenen değerlerinin başvuru tarafından talep edilebilir “durumda” olup olmadığı çözülmesi gereken ilk sorun olarak kendini göstermektedir. **Zira anayasal mülkiyet hakkı, ancak kişinin mevcut malvarlığına yönelik müdahaleler bakımından uygulanabilir. Anayasal mülkiyet hakkı, uyuşmazlık tarihinde malvarlığında mevcut olmayan bir değer/mülkün kazanılması talebini içermemektedir.** Yanlış anlaşılması engellemek için vurgulayalım: Gelecekte edinilecek bir malvarlığı değerinin/mülkün idari yargı önünde talep edilmesi/bu talebe göre iptal davası açılması vs. ve bu talebe uygulanacak idare hukuku ilke ve kurallarına göre talebin uygun görülmesi mümkündür; ancak bu talebin hukuka uygunluğu değerlendirilirken anayasal mülkiyet hakkı standartları kullanılamaz. Kısacası, bir kişinin halihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hakkı, kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun Anayasa’yla korunan mülkiyet kavramı içinde değildir.

Bunun tek istisnası meşru beklentinin korunmasıdır. Meşru beklentinin devreye girebilmesi için, müdahale yapılmadan önce davacının/başvurucunun söz konusu talebi elde edeceğinin, yani uyuşmazlık konusu malvarlığı değerinin uhdesine gireceğinin hukuken “başarı şansının yüksek” olması gerekmektedir. Davacı/başvurucu, şikayet konusu yaptığı müdahale sebebiyle “normalde” edineceğinin yüksek ihtimal olduğu malvarlığı değerinden yoksun kalmış veya söz konusu malvarlığı değerini edinememiş olmalıdır. **Bu nedenle meşru beklentinin varlığı, i) ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne, ii) başarılı olma şansının yüksek olduğunu gösteren yerleşik ve istikrarlı bir yargı içtihadına veya iii) aynı menfaatle ilgili hukuki işleme dayanan yeterli somutlukta geçerli hukuki temele dayanmalıdır.** Hukuki temeli bulunmayan veya geçersiz temellere dayanan hak kazanma umutları ile sadece ulusal hukukta mülkiyet hakkı kapsamında savunulabilir bir iddianın varlığı, o beklentiye veya iddiayı Anayasa (AY) m. 35 (ve AİHS P1-1) anlamında “meşru” kılmaz.

## 2 Mülkiyet Hakkının Üç Sütunu ve Mülkiyet Hakkına Müdahale<sup>12</sup>

İdari yargı veya vergi yargısı önüne gelen ve mülkiyet hakkının olayda bir rolü olduğu saptanan bir uyuşmazlıkta, mülkiyet hakkına hangi tür müdahalede bulunduğu ayrıştırılmalı ve bu müdahalenin anayasal mülkiyet hakkı için öngörülen sınırlama rejimine uygun olup olmadığı incelenmelidir. Bu noktada, kamulaştırma (AY m. 46) gibi mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin türüne göre dikkate alınması gereken farklı düzenlemeler de göz önünde bulundurulmalıdır.

Mülkiyet hakkının normatif bünyesinde üç kural ihtiva ettiği kabul edilmektedir. Bu kuralların hangisinin somut olaya tatbik edileceğinin belirlenmesi, Devletin yükümlülükleri ve sınırlandırma rejimi bakımından önemli rol oynamaktadır. Zira mülkiyet hakkının üç kuralı, aynı zamanda müdahale türünün tespit edilmesini sağlamaktadır. Bu anlamda söz konusu üç kural şöyle özetlenebilir:

**Kural 1-** Mülkiyete saygı esası (AY 35/I; P1-1/I, ilk cümle)

**Kural 2-** Mülkiyetten yoksun bırakma (AY 35'in ifadesiyle sınırlama) ve bunun koşulları (kamu yararı ve kanunilik koşulu) (AY 35/II; P1-1/I, ikinci cümle)

**Kural 3-** Devletlerin mülkiyetten yararlanma hakkını genel yarara uygun şekilde düzenleme yetkisi/mülkiyetin kullanımının toplum yararına aykırı olamaması (AY 35/III; P1-1/II).<sup>13</sup>

Ayrıca, AY m. 35 ile P1-1'de yer aldığı kabul edilen söz konusu üç kural, birbirinden kopuk olmayıp yakın etkileşim içerisindedir. **İkinci ve üçüncü kural mülkiyet hakkından müdahalesiz/barışçıl biçimde yararlanma hakkına yapılan müdahalenin özel türleri olup bu sebeple birinci kuraldaki yer alan genel kural ışığında değerlendirilir.**<sup>14</sup>

Mülkiyet hakkının yapısında üç farklı kural yer aldığı kabul edilmesine bazı hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Mülkiyete yapılan müdahalenin niteliğine göre, ölçülülük incelemesinin tabi tutulacağı rejimde devreye girecek ölçütler değişebilmektedir. **Mülkiyetten yoksun bırakma tipi müdahaleler (Kural 2) ile mülkiyete saygı hakkına yönelik müdahalelerde (Kural 1) tazminat gerekliliği neredeyse zorunlu bir koşul iken, mülkiyetin kullanımının kontrolü tipi müdahalelerde (Kural 3) tazminat gibi ağır bir karşı yükümlülük aranmayabilmekte, usuli güvencelere riayet edilmesi ve iyi yönetişim düsturuna uygun tasarrufta bulunulması ve orantılı olması, müdahalenin mülkiyet hakkına uygunluğu sonucunu doğurabilmektedir.** Ayrıca yine müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediği değerlendirilirken dikkate alınacak takdir marjı-

<sup>12</sup> Bu bölüm H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı El Kitabı**, s. 99-116'dan özetlenmiştir.

<sup>13</sup> *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, No. 2014/1546, 2/2/2017, paras. 55-58.

<sup>14</sup> *James and Others v. the United Kingdom*, App. No. 8793/79, Judgment of 21 February 1986, Series A No. 98, para. 37; *Lithgow and others v. United Kingdom*, Judgment of 08 July 1986, Series A No. 102, para. 106; *Agosi v. United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, Series A No. 108, para. 48; *Air Canada v. the United Kingdom*, Case No. 9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995, paras. 29-30.



nın (takdir yetkisinin) boyutu, vakada hangi kuralın devrede olduğuna göre değişebilmektedir. Genel olarak denilebilir ki, mülkiyetin kullanımının kontrolü kuralının (3. Kural) devrede olduğu vakalarda kamu makamlarının takdir marjı (takdir yetkisi) mülkiyetten yoksun bırakma kuralının (2. Kural) devrede olduğu vakalarda sahip oldukları takdir marjından (takdir yetkisinden) daha geniştir.<sup>15</sup> Bu farklılıklardan ötürü, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin niteliğine odaklanmakta ve bu kurallarından hangisinin somut vakada uygulanabilir olduğunu açığa çıkarmak gerekmektedir.

Aşağıda 3 Kural tipolojisi kısaca açıklanacak ve idari yargı ile vergi yargısı önünde sık görülen mülkiyet hakkı uyuşmazlıklarının hangi kural çerçevesinde ele alındığı gösterilecektir.

## 2.1 Mülkiyetten Müdahale Edilmeksizin Yararlanma = Mülkiyete Saygı Kuralı (1. Kural)

Mülkiyetten müdahale edilmeksizin/barışçıl şekilde yararlanma kuralı genel niteliktedir. Söz konusu kural, mülkiyetten yoksun bırakma veya mülkiyetin kontrolü niteliğinde olmayan bütün müdahale türlerini kapsayan şemsiye kategoridir. Ayrıca, bir müdahalenin yoksun bırakma veya kontrol niteliğinde olduğunun belirlenmesi hususunda güçlük çıktığında muhakemenin 1. Kural üzerinden yürütülmesi tercih edilmektedir. Kimi hallerde gerçekten de uyuşmazlık konusu müdahale, hukuki niteliği itibarıyla yoksun bırakma türünde olmasa yani mülkiyetin naklini sonuçlamasa dahi, nihai etkileri itibarıyla malikin mülkiyet hakkından hiçbir şekilde yararlanamamasına yol açabilir; mülkiyet hakkının içeriğini boşaltıp hakkın özüne dokunmuş olabilir. Böyle hallerde şekli analizle yetinmek, hem mülkiyet hakkının otonom yapısına, hem de etkililik ilkesine uygun düşmez. Bu sebeple olgusal ve hukuki durumun karmaşıklığının hangi kuralın uygulanabilir olduğunun belirlenmesini zorlaştırdığı hallerde, şikayet konusu durumun 1. Kural ışığında inceleneceği benimsenmiştir. Mülkiyete saygı kuralının (1. Kural) uygulanacağı uyuşmazlıklarda yapılacak ölçülülük incelemesi sıklıkla; kamu makamlarının takdir marjı (takdir yetkisi) 3. Kural kapsamına giren müdahalelerde olduğu ölçüde geniş olmadığı gibi maliklere karşı edim olarak bir tazminat ödenmesi aranmaktadır.

Türkiye'ye karşı da çok sayıda dava açılmasına yol açan imar kısıtlılığı uygulaması konuya güzel bir örnek teşkil etmektedir. Bilindiği üzere imar planlarında bazı taşınmazlar kamusal fonksiyona (otopark, yeşil alan, okul vb.) özgülüne ve bu taşınmazlarda herhangi bir imar/inşaat faaliyetine izin verilmemektedir. Hemen yanındaki parsellerde ilgili imar planına göre yapılaşma mümkün iken, piyasa dışı kalan ve mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin büyük çoğunluğu kullanılmayan bu tip parseller tüm değerini yitirmektedir. Bu tip taşınmazların normalde ilgili belediye tarafından imar planı yürürlüğe girdikten sonra 5 yıl içerisinde kamulaştırılması gerekmektedir. Ancak uygulamada, İmar Kanunu m.10'da yer alan hükmün varlığına rağmen imar planlarında kamu hizmetlerine tahsis edilen taşınmazlar çok uzun sürelerle kamulaştırılmamakta ve bu nedenle taşınmaz maliklerinin mülkiyet hakkı süregiden şekilde kısıtlanmaktadır. Gelgelelim, imar planında kamusal fonksiyona özgülüne taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı halen malik üzerinde kaldığından, hatalı olarak hukuki el atma olarak adlandırılan bu durum Türk hukukunda uzunca bir süre tazmini gerek-

<sup>15</sup> *Mahmut Üçüncü Başvurusu*, No. 2014/1017, 13/07/2016, para. 70.



meyen bir müdahale olarak görülmüştür. Oysa bu tip bir durumda mülkiyet malikte kalmasına rağmen, hakkın verdiği yetkiler hem içerik olarak hem de süre olarak fiilen kullanılmaz hale geldiğinden, aslında mülkiyet hakkının özü çiğnenmiş olmaktadır.

Bazı durumlarda taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkı belirsiz bir süre için kullanılamaz hale gelmekte ve maliklerin kamu alanında kalan taşınmazlarından yararlanma olanakları kalmamaktadır. İşte mülkiyet hakkının şekli olarak halen malik üzerinde kalmasına rağmen aslında içinin boşaltıldığı ve özünün zedelendiği müdahaleler, mülkiyete saygı kuralı (1. Kural) çerçevesinde ele alınmaktadır. Kamulaştırılması gerekirken belirsiz süre boyunca kamulaştırılmayan kısıtlı taşınmazlarda müdahalenin kontrol ve düzenleme amacından söz edilemeyeceği için 1. Kuralın uygulanması gerekmekte olup tazminat verilmemesi mülkiyet hakkını ihlal etmektedir.<sup>16</sup>

Normalde imar hukuku ve şehir planlaması kapsamında mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler, mülkiyetin kullanılmasının kontrolü niteliğinde görülmekte iken<sup>17</sup> planlama düzenlemeleriyle ilgili çok sayıda davada AİHM, karşılık olarak tazminat verilmeyen inşaat yasalarının “mülkiyetten müdahale edilmeksizin yararlanma” kuralına müdahale teşkil ettiğini kabul etmektedir.<sup>18</sup> Özellikle formel bir kamulaştırma işleminin gerçekleştirilmediği ve fakat taşınmaza fiilen el atılan kamulaştırmaz el atmalar 1. Kural kapsamında ele alınır. Zira kamulaştırmaz el atma halinde mülkiyet hakkından tamamıyla yoksun bırakılma hali söz konusu olmayıp fiilen el atılan taşınmazdan yararlanmak ve mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kullanmak engellenmektedir. Üstelik çoğu durumda fiilen el atılan taşınmazın tapu kaydına “kamulaştırılacaktır” şerhi koyulması nedeniyle, mülkiyet hakkının kişiye verdiği yetkiler sadece fiilen değil hukuken de büyük oranda kısıtlanmaktadır. Bu nedenle kamulaştırmaz el atma müdahalesinin mülkiyetin kullanılmasının kontrolünden ibaret görülmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla, hem olgusal hem de hukuki resmin bütününe bakıldığında ve mülkiyete saygı kuralının (1. Kural) anayasal mülkiyet hakkını kuşatıcı yönü göz önünde bulundurulduğunda, yoksun bırakma veya kontrol tipi olarak nitelendirilemeyen kamulaştırmaz el atmanın 1. kural kapsamında ele alınması gerekliliği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.<sup>19</sup>

Yine yargı kararlarının icrasının gecikmesi, hak sahibinin alacağına kavuşmasını engellediğinden ne mülkiyetinden yoksun bırakma ne de mülkiyetin kullanımının kontrolü niteliğindedir. Bu nedenle kesinleşmiş alacak hakkının ifa edilmemesini mülkiyetten müdahale edilmeksizin/barışçıl şekilde yararlanma hakkı kapsamında ele almak gerekmektedir.<sup>20</sup> Benzer şekilde, mülke veya alacağa ulaşmayı engelleyen müdahaleler de 1. Kural kapsamında ele alınmaktadır. Örneğin bilirkişi ücreti elde edeceğine yönelik beklentiye müdahale edilmesi, mülkiyetten barışçıl şekilde yararlanma hakkı açısından sorun doğurmaktadır.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Hukuki el atma meselesi, bu kitapçıkta ayrıca ayrıntılı olarak incelenecektir.

<sup>17</sup> *Süleyman Günaydın Başvurusu*, No. 2014/4870, 16/6/2016, para. 65 (ruhsatsız ahırların mühürlenmesi ve müteakiben yıkılması).

<sup>18</sup> *Katte Klitsche de la Grance v. Italy*, App. No. 12539/86, Judgment of 27 October 1994, para. 40; *Phacas v. France*, App. No. 17869/91, Judgment of 23 April 1996, para. 52.

<sup>19</sup> *Sarıca and Dilaver v. Turkey*, App. No. 11765/05, Judgment of 27 May 2010; *Emel Kaynar ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/3667, 10/06/2015.

<sup>20</sup> *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu*, No. 2013/711, 3/4/2014, paras. 60-61.

<sup>21</sup> *Yasemin Balcı Başvurusu*, No.2014/8881, 25/7/2017, para. 89.

Mülkiyete saygı kuralı, mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla yapılan açılan bir davada yargı makamlarının uyuşmazlığı çözerken sürekli göz önünde bulunduracakları bir kerteriz noktasıdır.

## 2.2 Mülkiyetten Yoksun Bırakma (2. Kural)

Mülkiyetten yoksun bırakma söz konusu olduğunda, malikin/kişinin mülkiyetin konusundan/nesnesinden (mülkünden ya da malvarlığı değerinden) mahrum bırakılması veya malikin uyuşmazlık konusu malvarlığı değeri üzerindeki hukuki haklarının sona ermesi kastedilir. Bir müdahalenin 2. Kural kapsamında yoksun bırakma türü olduğunu belirleyen temel ölçüt, mülkiyetin (mülkiyet hakkının) naklidir. Malikin taşınmazını ilgili idarenin mülkiyetine geçirdiğinden usulüne göre yapılan kamulaştırma müdahalesi, mülkiyetten yoksun bırakmanın tipik örneğidir. Bu noktada kamulaştırma işlemi karşılığında taşınmazın bedelinin ödenmesi, müdahalenin yoksun bırakma niteliğini etkilememektedir. Taşınmazın bedelinin ödenmesi, yoksun bırakma niteliğindeki kamulaştırma müdahalesinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde rol oynayan bir faktördür. Örneğin AİHM, mal sahibinin evini kiracıya satmaya zorlanması, dezavantajlı kişiler için ev yapılması amacıyla arsanın zorla alınması gibi müdahalelerin yoksun bırakma teşkil eden bir önlem niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.<sup>22</sup> AYM de benzer bir yaklaşımı takip etmekte ve kamulaştırma gibi mülkiyetin devrini sonuçlayan müdahalelere 2. Kuralın uygulanacağını belirtmektedir.<sup>23</sup>

Ancak bazı hallerde ne tür müdahalelerin yoksun bırakma niteliğinde olduğuna karar vermek kolay olmamaktadır. Hatta bazı müdahalelerin karmaşık nitelik arz etmesi, özellikle 1.Kuralın devreye girmesine yol açmaktadır. Bu nedenle, müdahalenin vasıflandırılmasında esnek bir yaklaşımla ortada bir mülkiyetten yoksun bırakma durumu olup olmadığını teyit etmek için iki hususa odaklanılmaktadır: İlk husus, mülkiyet hakkının biçimsel olarak nakledilip nakledilmediği iken ikinci husus ise mülkiyete *de facto* (fiilen/kamulaştırılmaksızın) el atılıp atılmadığıdır.

Bir müdahalenin niteliği, etkisi ve sonuçları değerlendirilirken sadece hukuki görünüşle yetinilmemeli; hukuki ilk görünüşün ötesine bakarak şikayet edilen bütün olguları bir arada değerlendirerek müdahalenin gerçek niteliği açığa çıkarılmalıdır.<sup>24</sup> Özellikle formel kamulaştırma işleminin bulunmadığı hallerde, mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin malik tarafından fiilen ve hukuken kullanılıp kullanılmadığına bakarak,

<sup>22</sup> *James and Others v. the United Kingdom*, App. No. 8793/79, Judgment of 21 February 1986, Series A No. 98, para. 40; *Zubany v. Italy*, App. No. 14025/88, Judgment of 7 August 1996.

<sup>23</sup> *Ali Ekber Akyol ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2015/17451, 16/2/2017, para. 49; *Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2015/17510, 18/10/2017, para. 49, 51. Bu iki karar arasında taşınmazın Hazineye hangi anda geçmiş sayılacağı hususunda farklılık bulunmaktadır. İlk kararda taşınmazın kamulaştırma kararının alınmasıyla Hazineye geçeceği kabul edilmişken, ikinci kararda ise taşınmazın Hazine adına tesciline hükmedilmesiyle mülkiyetin naklinin gerçekleşeceği benimsenmiştir. Bu iki karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yunus Emre Yılmazoğlu-Özgür Duman, "Acele Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: Anayasa Mahkemesi'nin 'Ali Ekber Akyol ve Diğerleri' ile 'Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri' Kararlarının Analizi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl:6, Sayı:11, Haziran 2018, s. 513-583, özellikle 564.

<sup>24</sup> *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75; 7152/75, Judgment of 23 September 1982, para. 63.

vakadaki gerçek durumu gözler önüne serilmelidir. Hemen bir ilke olarak burada vurgulanmalıdır ki, hukukun dolandırıldığı ve malikin elinden hukuken veya fiilen elinden alınan mülkü karşılığı bir tazminat alınmayan her durumda, ilgili iç hukuktaki hukuki görünüş nasıl olursa olsun, fiili yani *de facto* bir kamulaştırma (yani kamulaştırmaz el atma) vardır.<sup>25</sup>

Yukarıda belirtildiği üzere, mülkiyetten yoksun bırakma tipi müdahalenin (2. Kural) gündemde olduğu vakalarda hakkın ihlal edilmemesi için kural olarak tazminat karşı ediminde bulunulması (bedel ödenmesi) gerekmektedir. Bu nedenle müdahalenin türünün doğru teşhis edilmesi büyük önem taşımaktadır.

### 2.3 Mülkiyetin Kullanımının Kontrolü (3. Kural)

Mülkiyetin kullanımının kontrolü (mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılmaması) tipi müdahalede ise mülkiyet (ya da mülkiyet hakkı) kaybedilmemiştir. Ancak mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerin kullanım biçiminin toplum yararı gözetilerek belirlenmesi ve sınırlandırılması söz konusudur.<sup>26</sup> Genel olarak, kontrol kuralının kapsamının geniş olduğu, kamusal makamlar tarafından mülkiyetin kullanımını düzenleyen ve kural olarak yoksun bırakma seviyesine varmayan her türlü önlemi içerdiği söylenebilir. Bu noktada müdahalenin sonucu kadar amacı da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmaktadır.

Örneğin malik olunan arsada yapılabilecek inşaatın boyutunu/yüksekliğini belirleyen imar planları ve imar/inşaat izinleri, mülkiyetin kullanımının kontrolü kuralına tipik örnektir. Bu örnekte malik arsası üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkının verdiği yetkilerden halen yararlanmaktadır; ancak bu yararlanması 10 kat inşaat talebinde bulunmasına rağmen kendisine 5 kat inşaat izni verilmesiyle sınırlandırılmış olmaktadır. Benzer şekilde taşınmazın kültür varlığı olarak tescil edilmesi ve bu sebeple mülkiyet hakkının verdiği tasarruf yetkilerinin kısıtlanması veya izne bağlanması kontrol türü bir müdahaledir. Zira taşınmazı kültür varlığı olarak tescil edilmiş olmasına rağmen mülkiyet hakkı malikte kalmaya devam etmekte ve malik mülkiyet hakkının verdiği bazı yetkilerden yararlanabilmektedir.<sup>27</sup>

Mülkiyetin nakledildiği durumlar hariç, yoksun bırakma eşiğinin belirlenmesini sağlayacak net bir sınırlandırma derecesi bulunmamaktadır. Bu noktada müdahalenin yoğunluğu ile sınırlamanın süresi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmaktadır. Niteliği gereği kontrol kuralı daha çok regülatif/düzenleyici önlemlerin ve vergisel müdahalelerin söz konusu olduğu hallerde işlevselleştirdiğinden çok geniş bir uygulama alanına yayılmaktadır. İdari yargı ve vergi yargısı önündeki görülen çoğu uyumsuzlukta, mülkiyetin kullanılmasının kontrolü kuralının, yani 3. Kural'ın uygulanacağını söyleyebiliriz ki örnekleri bu kitapçıkta ele alınmaktadır.

<sup>25</sup> Örneğin bkz. *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, App. No. 14556/89, Judgment of 24 June 1993, para. 45.

<sup>26</sup> *Hanife Ensaroğlu Başvurusu*, No. 2014/14195, 20/09/2017, para. 51.

<sup>27</sup> *Ahmet Bölge Başvurusu*, No. 2014/13133, 28/9/2016, para. 48; *Nagihan Beken Başvurusu*, No. 2014/9998, 12/7/2016, para. 32.

Kontrol kuralının söz konusu olduğu hallerde müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediği, yani ölçülü olup olmadığının belirleyici faktörü tazminat/bedel karşı ediminin varlığına indirgenmemiştir. Eğer usuli güvenceler yeterli ölçüde sağlanmış, iyi yönetim düsturuna uyulmuş ve malikin katlanacağı külfet orantılıysa, malikten mülkiyetin kullanımının sınırlandırılmasına tahammül etmesi beklenebilir. Ancak normalde 3. Kural'ın uygulanacağı bazı durumlara esnek olmayan sert şekilde yaklaşılması gerektiğini ve tazminat verilmemesinin mülkiyet hakkını ihlal edebileceğini de gözden kaçırmamak gerekir. Kitapçıkta ilgili somut uyuşmazlık türleri açıklanırken bu hususu da değinilecektir.

### 3 Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri<sup>28</sup>

Mülkiyet hakkına müdahalenin türü bir kez saptandıktan sonra, bu müdahalenin sınırlama rejimine uygunluğu incelenmektedir. Bu inceleme ise, ana hatlarıyla, üç aşamadan müteşekkildir: **a) Birinci aşama, söz konusu müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği ve hukuki dayanağı olup olmadığı; b) İkinci aşama, yapılan müdahalenin sınırlama ölçütlerine ya da bir başka deyişle meşru amaçlara uygun olup olmadığı ve c) Üçüncü aşama, müdahalenin/sınırlamanın ölçülü olup olmadığı veya hakkın özüne dokunup dokunmadığıdır. Sınırlamanın ölçülülüğü aşamasında kamunun yararı/ihtiyaçları ile malikin/bireyin hakkı/çıkarı arasında “adil bir denge” kurulup kurulmadığı araştırılır. Buna üçlü test de denilmektedir:**

**Hukukilik/kanunilik Testi:** Mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin hukuka uygun olması için aranan koşulların başında “hukukilik/kanunilik” unsurunun karşılanması gerekliliği bulunmaktadır. Hem AİHM hem de AYM mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukukilik koşuluna uyma zorunluluğunu en önemli gerek olarak görmektedir. Hatta AYM şekli kanun anlayışını benimsediğinden, mülkiyet hakkının kanunla sınırlandırılması ilkesi açısından AİHM’e göre daha fazla koruma sağlamakta ve hukukilik testi aşamasında mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verdiği çok sayıda kararı bulunmaktadır.

**Meşru Amaç Testi - Kamu Yararı:** Eğer bir müdahale hukukilik/kanunilik testini geçmeyi başarırsa, ikinci aşama olarak söz konusu müdahalenin sınırlama ölçütlerine uygun olarak yapılıp yapılmadığına bakılır. AY m. 35 ve P1-1 metni sınırlamanın amacı bakımından iki genel ve soyut meşru amaç belirlemiştir: Kamu yararı ve genel yarar/toplum yararı. Eğer müdahalede kamu yararı bulunmuyorsa, sınırlama mülkiyet hakkını ihlal eder. Diğer yandan, bir müdahaledeki kamu yararının düşük ya da kuvvetli olmasına göre, ölçülülük aşamasında anılan mahkemelerin yaptığı denetimin yoğunluğu değişkenlik göstermektedir.

**Adil Denge/Ölçülülük Testi:** Eğer bir müdahale hukukilik testinden sonra meşru amaç testini de geçerse, müdahalenin kamunun çıkarları ile hakkı sınırlanan kişinin çıkarları arasında adil bir denge kurup kurmadığı veya başvurucuya ölçüsüz ve aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediği incelenir. Mülkiyet hakkı uyuşmazlıklarının esastan çözümü genellikle bu aşamaya odaklanmaktadır. Bu

<sup>28</sup> Bu bölüm H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı El Kitabı**, s. 117-201’den özetlenmiştir.

aşamada, tazminat, usuli güvenceler, iyi yönetim düsturu, zararın miktarı vb. faktörler dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmaktadır.

Diğer yandan Devletin mülkiyet hakkı karşısındaki pozitif yükümlülükleri de bu kısımda ele alınacaktır. Pozitif yükümlülükler ve mülkiyet hakkının özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklarda uygulanabilirliği (yatay etki) meseleleri, bireysel başvuruya sıklıkla konu olmaya başlamıştır. Özellikle kamu makamlarının mülkiyet hakkının korunması ve pratikte etkili şekilde kullanılması için ifa etmek zorunda oldukları ciddi pozitif yükümlülükler, idari yargı önünde sıklıkla gündeme gelmektedir.

### 3.1 Müdahalenin Kanunla Öngörülmesi / Hukuki Dayanağı Olması Koşulu

Mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin uyması gerekli koşullardan birincisi, bu müdahalenin hukuki dayanağı olup olmadığıdır. Müdahalenin kanunla yapılmış olması gerekliliği, öncelikle, müdahalenin mutlaka ulusal hukukta bir temeli olması gerektiğini ifade eder. Hukuki dayanaktan kasıt, kural olarak sınırlamayı destekleyecek bir kanun hükmüdür. Bu unsur sınırlamanın tekniği ve koşuluna ilişkindir. Sınırlama mutlaka ve zorunlulukla kanuna uygun olarak yapılmalı, kanunun öngördüğü biçimde olmalıdır. Buna sınırlamada hukukilik/kanunilik koşulu denilmesi de mümkündür. Eğer müdahalenin hukuki dayanağı yoksa, derhal mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilir. Eğer müdahale kanunilik/hukukilik koşulunu karşılıyorsa, incelemede sonraki aşamalara geçilir.

#### 3.1.1 Şekli Anlamda Kanun Anlayışının Sağladığı Güvence

AYM özellikle “yasama yetkisinin devredilmezliği”, “hukuk devleti” ve “temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılabilmesi” ilkelerini hem niteliksel boyutla, hem de şekli boyutuyla ele almaktadır. Bu kapsamda, müdahalenin hukuki olmaması en ağır ihlal türüdür. Anayasanın 13. maddesi temel hakların sınırlandırılmasının mutlaka “kanunla” yapılmasını şart koşmuştur. AY m. 13’te geçen “kanun” kavramı ise şekli anlamda kanun anlayışına, yani parlamento tarafından usulüne uygun olarak çıkartılmış kanun formundaki genel ve soyut işlemi işaret etmektedir. Yine mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına cevaz veren AY m. 35 te bu müdahalenin kanunla yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Benzer şekilde, kamulaştırma gibi taşınmaz mülkiyetinden yoksun bırakan müdahalelerin kanuna dayanması gerekliliği AY’nin 46. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Yine vergisel müdahalelerde kanunilik ilkesi AY’nin 73. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bütün bu anayasa normlarından hareketle denilebilir ki, mülkiyet hakkı ancak kanunla sınırlandırılabilir. **Dolayısıyla, AYM, müdahaleye dayanak teşkil eden kanunun, “Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Anayasa’da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlem” olup olmadığını denetlemektedir.<sup>29</sup> Ancak TBMM tarafından kanun yapma usullerine uyularak ihdas edilen bir kanun anayasal bir hakka müdahale için bir dayanak teşkil edebilir.** Buna göre, Türk temel hak ve özgürlükler rejiminde mülkiyet hakkının kanunla sınırlandırılması ilkesi

<sup>29</sup> Tuğba Arslan Başvurusu, No. 2014/256, 25/06/2014, para. 85; Ali Ekber Akyol ve Diğerleri Başvurusu, No. 2015/17451, 16/02/2017, para. 51 vd.; Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, 2014/13677, 20/09/2017, para. 55.



açısından şekli anlamda kanun anlayışının geçerli olduğunu söylemek mümkündür. **Bu durumda anayasal bir hakka, kanuna dayanmayan bir yargı kararı ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile müdahale edilemez.**<sup>30</sup>

Ancak şekli kanun anlayışı, mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin ayrıntılarının kanun çerçevesini aşmayacak şekilde tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelge gibi ikincil alt mevzuatla yapılmasına engel teşkil etmez.<sup>31</sup> “Kanunla sınırlanabilir” (genel düzlemde AY 13, mülkiyet hakkı özelinde AY 35 gibi) ifadesi, “yetkili makam” tarafından yapılan sınırlamaların “açık bir kanuni bir dayanağı” olması anlamına gelir.<sup>32</sup> Bu açıdan, idari birimlerin çıkardıkları genel düzenleyici işlemlerle, temel hak ve özgürlükler özellikle teknik meseleler ve ayrıntılar bakımından düzenlenebilir ve giderek sınırlanabilir; yeter ki bu müdahalenin sarih kanuni bir dayanağı bulunsun. Dolayısıyla kanuni dayanağın iki boyutu bulunmaktadır: Birinci boyut, müdahalenin kanunla bu açıdan yetkilendirilmiş makamca yapılması; ikincisi ise, yetkili makamca yapılan bu müdahalenin “keyfi” olmaması, yani kanunda (ve Anayasada) öngörülmüş ölçütlere dayanmasıdır. Alt derece düzenleyici işlemlerle yeni sınırlamalar getirilemez ve kanunun öngördüğü çerçeve aşılamaz.<sup>33</sup> Kanunla öngörülmemiş bir müdahale, ilk elden yönetmelik veya benzeri alt derece düzenleyici işlemlerle getirilemez.<sup>34</sup> AYM’nin veciz ifadesiyle,

“...Buna göre, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesini değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasını gerektirir. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir. Yürütmenin düzenleme yetkisi ise sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.”<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Bu yönüyle Türk bireysel başvuru sisteminin bütün anayasal haklara (ve bu arada mülkiyet hakkına) sağladığı güvence, AİHM’in sağladığı güvenceye göre daha çok daha sıklıdır (bkz. *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/817, 19/12/2013, para. 31; *Tahsin Erdoğan Başvurusu*, No. 2012/1246, 6/2/2014, para. 59; *Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu*, No. 2013/1436, 6/03/2014, paras. 52, 58; *Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu*, No. 2014/6192, 12/11/2014, paras. 42, 47; *Mehmet Arif Madenci Başvurusu*, No. 2014/13916, 12/1/2017, para. 71).

<sup>31</sup> *Tahsin Erdoğan Başvurusu*, No.2012/1246, 6/2/2014, para. 60; *Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu*, No. 2013/1436, 6/03/2014, para. 53; *Fenerbahçe Spor Kulübü Derneği Başvurusu*, No. 2017/4483, 13/02/2020, para.55.

<sup>32</sup> Kimi kararlarında Anayasa Mahkemesi, sözleşme özgürlüğüne kanunla yapılan müdahaleleri (mevcut sözleşmelerin sona erdirilmesi ile sözleşmenin uzantısı Hazine garantilerinin geçersiz kılınması) dahi hukuk güvenliğine ve ahde vefa ilkelerine aykırı görerek iptal etmiştir (bkz. AYM, E. 2001/293, K.2002/28, T.13/02/2002).

<sup>33</sup> *Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, No. 2014/13677, 20/9/2017, paras. 74-75 (İlgili kanunda açıkça tanınmayan değer müsaderesinin yönetmelikte düzenlenmesi kanunilik koşulunun ihlalidir); *Üças Gıda Pazarlama ve Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, No. 2014/16633, 6/12/2017, paras. 57-58 (AYM burada kanunilik incelemesini ölçülülük testi aşamasına taşımıştır).

<sup>34</sup> *Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, No. 2014/13677, 20/9/2017, paras. 74-75; *Fenerbahçe Spor Kulübü Derneği Başvurusu*, No. 2017/4483, 13/02/2020, para.55.

<sup>35</sup> AYM, E. 2012/76, K. 2013/44, 20/3/2013.



Bu noktada dikkate alınan ölçüt, esaslı unsur ölçütüdür. AYM'ye göre, “yasama idareye yetki verirken bunun yasama yetkisinin devri niteliğinde olmaması için, düzenlenecek alanın ‘esaslı konuları’nın kanunda ‘yeterince belli’ edilmiş, ‘temel ilkelerin hepsinin kanunda konulmuş’, ‘amaç ve hedefinin’ açıklanmış, ‘sınırlarının ve çerçevesinin yeterince iyice belirlenmiş’ olması gerekir. (...) Böyle bir kanuna dayanarak, yürütme organının yapacağı işlemler de, objektif nitelik taşımalı, keyfi uygulamalara sebep olacak çok geniş bir takdir yetkisi vermemelidir.”<sup>36</sup>

Örneğin, kamulaştırmaz el atma olarak bilinen ve Türk hukuk pratiğinde yaygın uygulaması bulunan müdahaleler, şekli anlamda kanuna aykırılığın didaktik açıdan güzel bir örneğidir. Başta belediyeler olmak üzere idarelerin Anayasa (m. 36 ve 46) ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda öngörülen kural ve usullere uymaksızın ve bedel ödemeksizin taşınmazlara el atmasını sağlayan kamulaştırmaz el atma, resmi kamulaştırma gibi hukuka uygun bir el atma türüyle aynı hukuki çerçevede değerlendirilemez.<sup>37</sup> Hiç kimse Anayasal ve kanuni usullere uyulmadan taşınmazlara el atılabileceğini kestiremeyeceği gibi idarenin el atmasından sonra dava açmakla uğraşması vs. gerekeceğinden taşınmazına kamulaştırılarak el atılan kişiler büyük bir haksızlığı uğramaktadırlar. Bu nedenle, mevzuatta öngörülen prosedürlere aykırı bir müdahale niteliğindeki kamulaştırmaz el atma, kanunilik ilkesini kategorik olarak çiğnemektedir.<sup>38</sup>

Başta Danıştay olmak üzere idare mahkemeleri, temel haklara yapılan müdahalelerin kanuni dayanağını sorgulamak hususunda zaten hassas hareket etmektedir. **Bu anlamda idari makamların genel düzenleme yetkisini kullanarak kanunun uygulama alanını ve içerdiği yetkileri genişletmelerinin geçerli olmadığı, anayasal temel haklar alanında kanunun öngörmediği yeni bir kısıtlayıcı şart getiremeyecekleri ve Anayasanın tanıdığı güvenceleri zayıflatıp işlerliğini azaltacak yetkileri kendilerine devşiremeyecekleri Danıştay’ın yerleşik standardıdır.**<sup>39</sup>

**Sonuç olarak, kanunilik koşuluna uygun olmayan işlemlere veya kararlara dayanan müdahalelerin, idari işlemin yetki ve şekil unsurlarına aykırılık teşkil edeceğini söylemek mümkündür.** Spesifik uyumsuzluk türlerinde kanunilik koşuluna aykırı idari uygulama ve yargı pratiklerine bu kitapçıkta yeri geldikçe işaret edilecektir.

<sup>36</sup> Cengiz Arıkan, **Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi**, Yetkin Yay., Ankara, 2011, s. 122.

<sup>37</sup> Mülkiyeti Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ekilip biçilen ürünler ile ağaçların sökülmesi veya gördüğü zararın tazmin edilmemesi (2942 sayılı Kanun m. 19) de kamulaştırmaz el atmanın bir türü sayılmaktadır (bkz. *Cumali Karaşahin Başvurusu*, No. 2014/2927, 1/2/2017, paras. 67-71).

<sup>38</sup> *Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu*, No. 2013/1436, 6/03/2014, paras. 56-61; *Ahmet Nuri Özkan Özler ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2014/12885, 11/5/2017, paras. 27-29.

<sup>39</sup> Gündüz Alp Aslan, “Türk Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Yetki Unsurundaki Sakatlığın Düzenleyici İşleme Etkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 3, 2016, s. 571-631, 611 ve orada gösterilen Danıştay kararları.

### 3.1.2 Maddi Anlamda Kanun Anlayışının Özellikleri (Belirlilik, Öngörülebilirlik, İçtihatı Yeknesaklık ve Geriye Yürürlü/Etkili Mevzuat)

Kanunilik koşulunun şekli boyutunun yanında ayrıca maddi nitelikte ikinci boyutu daha bulunmaktadır. Maddi anlamda kanun anlayışında söz konusu düzenlemeyi çıkartan organa değil, bu düzenlemenin içeriğine bakılmaktadır. Buna göre mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale ilk önce hukuki belirlilik koşulunu karşılamalıdır. Hukuki belirlilik ilkesi Sözleşmede ve Anayasada mündemiç olup demokratik toplumun temel değerlerindedir. **Bu nedenle üç kuraldan hangisi uygulanabilir olursa olsun bu ilke zorunlulukla göz önünde bulundurulmalıdır.** Mülkiyet hakkından yoksun bırakan veya mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin sınırlamasına dayanak olan tasarrufun ulusal hukukta resmi kanuni temele sahip olması tek başına yeterli değildir; **bu tasarruf ayrıca belirli niteliksel karakteristikleri taşımali ve keyfi müdahaleye karşı korunmayı sağlayacak uygun usuli güvenceleri içermelidir.**<sup>40</sup>

İkinci olarak, sınırlamaya/müdahaleye dayanak olan söz konusu hukuki temel, ilgili kişi bakımından ulaşılabilir ve etkileri bakımından öngörülebilir olmalıdır. Öngörülebilirlik, hukuk kuralının uygulanması halinde doğabilecek neticelerin önceden tahmin edilebilmesi anlamına gelmektedir. Kanun hükümleri, ilgili kişinin tasarruflarının sonuçlarını koşullar çerçevesinde makul olarak öngörebileceği netlikte olmalıdır. Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini tanımlamıştır. AYM'ye göre,

Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.<sup>41</sup>

Müdahaleye dayanak olan kanun hükmünün müdahalenin öngörülebilmesini sağlayıp sağlamadığının tespiti çeşitli alt unsurlara odaklanarak yapılmaktadır. Öngörülebilirlik ölçütü mutlak kesinlik unsurunu içermemektedir. Zira başta kanunlar olmak üzere bütün yasal düzenlemeler belirli bir ölçüde soyuttur ve bunların yorumlanması/ icrası uygulamanın üstüne düşmektedir. Ulusal hukuk sistemini oluşturan Yasamanın iradesi kadar ulusal yargı yerlerinin mevzuatı yorumlaması ve uygulaması temel önemdedir.<sup>42</sup> AYM'nin ifadesiyle “öngörülebilirlik koşulunun sağlandığından söz ede-

<sup>40</sup> H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı El Kitabı**, s. 120.

<sup>41</sup> AYM, K.2013/32, E. 2012/116, T. 28/2/2013, RG: 13.08.2013-28734. Aynı yönde olarak ayrıca bkz. AYM, E.2013/39, K.2013/65, T. 22/5/2013.

<sup>42</sup> *CBC-Union S. R. O. v. Czech Republic*, Admissibility Decision of 20 September 2005.



*bilmek için, mülkiyet hakkı sahibi tarafından hangi koşulların gerçekleşmesi hâlinde mülkiyet hakkına müdahale edileceğinin önceden tahmin edilebilmesi/bilinebilmesi gerekmektedir (...) Kanuni düzenlemenin içeriğinin ve kapsamının kanun altı düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla açıklığa kavuşturulduğu, bir diğer deyişle birey açısından belirliliğin sağlandığı durumlarda öngörülebilirlik koşulunun karşılandığı söylenebilecektir”.*<sup>43</sup>

Bir somut olayda sınırlanmaya/müdahaleye yol açan mevzuat hükmünün öngörülebilirlik koşulunu sağlayıp sağlamadığı, kayda değer ölçüde uyuşmazlık konusu hukuki belgenin metnine/içeriğine, kapsadığı meseleye ve muhataplarının sayı ve statüsüne bağlıdır. Kanuniliği tartışmaya açılan metnin niteliği ve kapsadığı alan oldukça önemlidir; uyuşmazlık konusu metnin anlaşılabilirliğini değerlendirmekte başka devletlerin hukuk düzenlerinin belirleyici rol oynayabilmesi dahi söz konusudur.

Öngörülebilirlik kavramının uyuşmazlık konusu metnin yöneldiği kişilerin statüsüne bağlı olarak değerlendirilmesi AY m. 35 ile P1-1 özelinde sık karşılaşılan bir durumdur. Bu bağlamda, müdahaleye temel teşkil eden mevzuatın anlaşılması için hukuki yardım/danışma gerekmesi, koşullar çerçevesinde makul olarak mütalaa edilecek olursa hukukilik koşuluna aykırılık doğurmaz. Özellikle mesleği icabı çok özenli olması gereken kişiler söz konusu olduğunda durum budur.

Bilindiği üzere hukuk devletinin gerçekleşmesinde ve hukukun üstünlüğüne dayalı bir rejim kurulmasında Yargı organı da Yasama ve Yürütme organları kadar, belki onlardan da fazla rol oynamaktadır. Bu rol, Yargı organına ciddi bir yükümlülük getirmektedir. Bu yükümlülüğün uzantısı olarak hukukilik testinin önemli bir unsurunu, uyuşmazlık konusu hukuki problem hakkında ulusal yargı makamlarının tutumu oluşturmaktadır. Anayasal mülkiyet hakkı, bütün yargı makamlarının mülkiyet hakkını ilgilendiren aynı hukuki problem karşısında yeknesak bir tavır almasını gerektirmektedir. Ulusal bir yargı düzeninde yetkili mahkemelerin aynı hukuki uyuşmazlığa ilişkin olarak birbirleriyle tutarlı kararlar vermeleri hukuk güvenliğinin bir gereğidir. Mülkiyet hakkını ilgilendiren bir problemin çözümünde aynı ya da benzer hukuki argümanlar kullanılmalıdır. Aksi durumda ortaya çıkabilecek tutarsız kararlar, bireylerin pozisyonlarını öngöremez duruma düşürür ve hukukilik koşulunun karşılanamaması sonucunu doğurabilir.<sup>44</sup> Ancak, mevzuatın yargı organınca yorumlanmasından kaynaklanan farklılık tek başına içtihadi yeknesaklığı ortadan kaldırmamakta ve kanunilik ilkesinin çiğnemesine yol açmamaktadır. İçtihadi yeknesaklığın kanunilik ilkesini çiğneyecek ölçüde ortadan kalkmış sayılması için başvuru lehine dayandığı içtihadın bir süredir istikrarlı uygulamayla yerleşmiş olması ve çelişik kararın başvuru gelecekteki tasarruflarını etkilemesi gerekmektedir.

Yeni kanun hükümlerinin derdest davalara uygulanacak olması örneğinde olduğu üzere Türkiye’de çok sık görülmeye başlanan ve sakıncalı bir yasama alışkanlığı haline gelen geriye yürürlü/etkili mevzuat kanunilik koşulu bakımından ciddi sorunlar

<sup>43</sup> *Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu*, No. 2014/6192, 12/11/2014, para. 53; *Türkiye İş Bankası A.Ş. No:9 Başvurusu*, No. 2016/2400, 03/04/2019, paras.47-51.

<sup>44</sup> H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, 2. Tıpkı Baskı, Beta Yay, 2017, İstanbul, s. 472-473 (bu eser bundan böyle “AİHS’de Mülkiyet Hakkı” olarak kısaltılacaktır).

doğurmaktadır. Zira geriye yürürlü mevzuat öngörülebilirlik ilkesine aykırı olmasına rağmen, ilk bakışta düşünülenin aksine, kategorik olarak kanunilik koşulunu çiğnemektedir.<sup>45</sup> Kişilerin devlete duyduğu güveni zedeleyen geriye etkili mevzuat düzenlemelerinin hassasiyetle ve çok istisnaen uygulanması gerekmektedir. Derdest davaya geriye yürürlü olarak uygulanacak yeni kanun hükümleri, özellikle uyuşmazlığın taraflarından biri lehine hükümler içermekteyse hem mülkiyet hakkına hem de adil yargılanma hakkına aykırılık doğabilir.

Bütün bu hususların idari yargı ve vergi yargısındaki somut görünüşleri, spesifik uyuşmazlık türleri bağlamında AYM ve AİHM kararları ışığında ayrıntılı olarak işlenecektir.

### 3.2 Meşru Amaç Testi: Müdahalenin Kamu Yararına Yönelik Olması Koşulu

Eğer bir müdahale hukukilik/kanunilik testini geçemezse, müdahale, mülkiyet hakkını ihlal etmiş demektir. Bu nedenle de sınırlama rejiminin meşru amaç ve ölçülülük/adil denge safhaları açısından ayrı bir inceleme yapılmaz. Eğer müdahalenin kanunilik koşulunu karşıladığına karar verilirse, sınırlamanın meşru amaç koşulunu karşılayıp karşılamadığı incelenir.

Mülkiyet hakkına müdahale meşru bir sınırlama amacı gütmelidir. Müdahalenin meşru amaç güdüp gütmeyeceği ise sınırlama ölçütleriyle belirlenir. Sınırlama ölçütü denildiğinde, hak ya da özgürlüğün kullanım alanının, yetkili makamlar tarafından daraltılmasında yahut doğrudan kullanımının yasaklanmasında dayanak teşkil eden gerekçeler ifade edilmek istenmektedir. Hak ve özgürlüklerin kullanılmasına bu kayıtlamalar getirilirken, temelde, bireysel yarar ile toplumun çıkarları bir biçimde dengelemeye ve bağdaştırılmaya çalışılır. Bu sınırlama ölçütleri genel olarak kamu yararına yönelik ölçütler ile bireysel yarara yönelik ölçütler olarak ikiye ayrılabilirse de, son tahlilde bireysel yararları korumaya yönelik ölçütlerin de genel olarak insan haklarına uygun demokratik bir sistemin sürdürülmesi amacıyla hizmet etmekle kamusal bir işlev ifa ettiklerini ifade etmekte bir sakınca yoktur. Gerek Anayasa, gerekse AİHS metnine bakıldığında, temel hakları düzenleyen hükümlerin genellikle ikinci fıkralarında o hakkın sınırlanmasında işlevselleşebilecek çok sayıda spesifik sınırlama ölçütüne yer verildiği görülmektedir.

Mülkiyet hakkına ilişkin AY m. 35 ile P1-1 metni ise, spesifik nitelikte olmayan iki sınırlama ölçütüne yer vermiştir. Anayasa m. 35 düzenlemesinin ikinci fıkrasında mülkiyet ve miras hakkının “kamu yararı” amacıyla sınırlanabileceği, üçüncü fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanılmasının “toplum yararına” aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre Anayasa kamu yararı ve toplum yararı sınırlama ölçütlerine yer vermiştir.<sup>46</sup> Benzer şekilde P1-1 düzenlemesinde de “kamu yararı” (P1-1/1 c.2) ile “genel

<sup>45</sup> Bkz. *M. A. and others v. Finland*, App. No. 27793/95, Admissibility Decision of 10 June 2003; *Stere and others v. Romania*, App. No. 25632/02, Judgment of 23 February 2006, para. 54.

<sup>46</sup> AYM kamu yararı kavramının genel yarar ve toplum yararı kavramlarını kapsadığını belirtmektedir (bkz. *Zekiye Şanlı Başvurusu*, No. 2012/931, 26/6/2014, para. 54). (bkz. AYM, E. 1999/46, K.2000/25, T. 20.09.2000).

yarar” (P1-1/2) ölçütleri zikredilmiştir.<sup>47</sup> Mülkiyet hakkına müdahalede sınırlama ölçütü niteliğinde olan bu ölçütler dışında başka bir meşru amaç bulunmaz. İdari yargının oldukça aşına olduğu bu ölçütlerin oldukça soyut ve genel nitelikte olduğu gözlemlenmektedir. Oysa Sözleşmenin sınırlanabilir diğer maddelerinde bu meşru amaçların ya da sınırlama ölçütlerinin sayısı daha fazladır ve bunlar görece daha somuttur.

Gerek AİHM gerekse de AYM bu kavramların ayrıntılı açılımını yapmamışlardır. Hemen her olayda, oldukça kaba bir varsayım olarak yapılan müdahalenin kamu yararı ile toplum yararına ulaşmak hedefi izlediğini kabul etmektedirler. AYM kararlarında kamu yararı kavramı toplumun tüm üyelerinin çıkarını ifade etmek için kullanılmakta ve özel bireysel çıkarlardan ayrı, bunlara üstün gelen bir yarar olarak nitelendirilmektedir.<sup>48</sup> Her halükarda kamu yararı çok geniş yorumlanmakta ve başta yasama ve yargı olmak üzere kamu makamlarının takdir marjı (takdir yetkisi) mutlak seviyede tanınmakta, kamu makamlarının tercihlerine karışılmamaktadır.<sup>49</sup> Ancak makul bir temelden açıkça yoksun olan düzenlemeler ve uygulamalar söz konusu olduğunda takdir marjına (takdir yetkisine) müdahale edilir ve kamu yararının bulunmadığı tespit edilebilir.<sup>50</sup>

O kadar ki, AYM müdahalenin meşru amaç güttüğüne ilişkin belirlemelerinde kamu makamlarına tanıdığı mutlak takdir marjı (takdir yetkisi) sebebiyle yüzeysel bir değerlendirme yapmakta, başvuruçuların kamu yararının bulunmadığı yönündeki temellendirilmiş somut iddialarını dikkate almamaktadır. Hatta sırf üçüncü kişilerin yararına yapılan müdahalelerde dahi kamu yararı meşru amacı açısından bir sorun görmemektedir. Örneğin başvuruçunun organize sanayi bölgesinde fabrika kurmak üzere yatırım amaçlı aldığı taşınmazın Toplu Konut İdaresi (TOKİ) tarafından kamulaştırılmasından yakındığı *Bayram Yusuf Aslan* kararı bu duruma tipik örnektir. Kamulaştırma kararının tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 1/100.000 ölçekli çevre düzeni planında “Lojistik Üs”, davaya konu işlemin tesis edilmesinden sonra yürürlüğe giren 1/1000 ölçekli planda ise “sanayi alanı” olarak belirlenen taşınmaz, TOKİ Başkanlığı tarafından 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun uyarınca kamulaştırılmıştır. Söz konusu taşınmaz, kamulaştırma işlemi sonrası üçüncü bir kişiye (lehine kamulaştırma yapılan kooperatif) devredilmiştir. Başvuruçunun üçüncü kişiye devir amacıyla yapılan kamulaştırmanın kamu yararı güden bir işlem olmaktan ziyade belirli sanayicilere menfaat sağlama amacına dayandığı yönündeki iddiası, AYM tarafından sadece 1164 sayılı Kanun zikredilerek reddedilmiştir. Bir cümlelik ret kararında AYM taşınmazın anılan 1164 sayılı Kanun kapsamında konut, sanayi, eğitim, sağlık ve turizm yatırımları ile kamu tesisleri için taşınmaz sağlamak amacıyla kamulaştırıldığını kabul etmiş, taşınmazın üçüncü özel hukuk kişisine devredildiğinden hiç bahsetmemiştir. Üstelik başvuruçunun dilekçesinde açık şekilde ileri sürdüğü, taşınmazı aynı amaçla kullanacak özel hukuk kişilerine transfer edildiği, yatırım ümidiyle

<sup>47</sup> AİHM kamu yararı ve genel yarar kavramlarını özdeş nitelikte görmektedir (bkz. H. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 476-477).

<sup>48</sup> AYM, E. 1999/46, K.2000/25, T. 20.09.2000 (“Günümüzde kamu yararı, toplum yararı, ortak çıkar, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen, bireysel çıkarlardan farklı ve onun üstünde ortak bir yararır.”).

<sup>49</sup> *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/817, 19/12/2013, paras. 34-35.

<sup>50</sup> *Yunis Ağlar Başvurusu*, No. 2013/1239, 20/03/2014, para. 29; *Nusrat Külâh Başvurusu*, No. 2013/6151, 21/4/2016, para. 56.

basiretli bir tacir olarak satın aldığı taşınmazın idare eliyle bir başka girişimciye aynı konuda kullanılmak üzere verildiği, imar planının yapılmasıyla arazinin artan değerinden üçüncü kişinin yararlandığı iddialarını tartışma gereği hiç duymamıştır.<sup>51</sup>

Gerek AYM gerekse de AİHM, idari yargının önüne sıkça gelen uyuşmazlık türleri arasındaki sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirliği<sup>52</sup>, çevrenin ve hayvanların korunması,<sup>53</sup> şehir planlaması<sup>54</sup>, kültür varlıklarının korunması<sup>55</sup>, vergisel müdahaleler<sup>56</sup>, ticari ve ekonomik hayatın regülasyonu<sup>57</sup>, diplomatik yükümlülükler ve nezaket<sup>58</sup> gibi konularda mülkiyet hakkını sınırlayıcı müdahaleleri meşru amaç kapsamında görmektedir.

**Ancak önemle vurgulanmalıdır ki, bir mülkiyet hakkını kısıtlayan bir müdahalede kamu yararının varlığının kabul edilmesi, o müdahaleyi otomatikman ve kendiliğinden hukuka, Anayasa'ya ve AİHS'e uygun hale getirmez. Bu kamu yararının üstün nitelikte bir tür olması dahi, sadece sınırlamadaki meşru amacın varlığının gösterir; yargının incelemesi adil denge/ölçülülük testi bakımından devam etmek durumundadır.**

Ki bu ilke bizi bir müdahaledeki kamu yararının yoğunluğu üzerinde durmaya götürmektedir. Zira bir müdahalede kamu yararı ne kadar kuvvetli olursa, bireyin katlanması gereken külfet o derece yükselecek ve mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü bulunma olasılığı artacaktır. Kamu yararı düşük olduğunda ise, bireyin üstlenmek durumunda kaldığı külfet ile toplumun çıkarı arasındaki denge birey lehine değişecektir. Örneğin yola terkle ilgili *Uras ve Uras* vakasında AYM, taşınmazın tahsis amacının değiştirilmesinin (yoldan konut alanına dönüştürülmesi) ve bu değişiklikten ötürü ilgili mevzuat hükmü nedeniyle taşınmazın iadesinin veya tazminatının istenememesi

<sup>51</sup> *Bayram Yusuf Aslan Başvurusu*, No. 2013/4395, 10/6/2015, özellikle paras. 42, 74-75, 111.

<sup>52</sup> *Yasemin Mutlu Başvurusu*, No. 2013/1426, 25/3/2014, paras. 57, 59-60; *Zekiye Şanlı Başvurusu*, No. 2012/931, 26/6/2014, paras. 58, 60-61; *Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2012/928, 11/12/2014, paras. 59, 61-62.

<sup>53</sup> *Ak Demirtaş Madencilik Nakliyat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu*, No. 2014/1989, 15/6/2016, paras. 44-46; *Mahmut Üçüncü Başvurusu*, No. 2014/1017, 13/07/2016, paras. 77-78; *Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu Başvurusu*, No. 2014/5167, 28/09/2016, paras. 71-73.

<sup>54</sup> *Fatma Gül Balıkcıoğlu ve Zeynep Nur Yazıcıoğlu Başvurusu*, No. 2014/11026, 27/6/2018, para. 40.

<sup>55</sup> *Nagihan Beken Başvurusu*, No. 2014/9998, 12/7/2016, paras. 39-40; *Arif Güven Başvurusu*, No. 2014/13966, 15/2/2017, paras. 54-56.

<sup>56</sup> *Gümüşdere İnşaat ve Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu*, No. 2013/5016, 16/4/2015, para. 58; *Em Export Dış Ticaret A.Ş. Başvurusu (2)*, No. 2014/10283, 5/4/2017, para. 42; *Ahmet Nuri Demirsoy ve Annita Demirsoy Başvurusu*, No. 2014/12080, 6/4/2017, para. 40; *Hasibe Uysal Başvurusu*, No. 2014/3975, 5/7/2017; *A.N.A. Başvurusu*, No. 2014/109, 20/9/2017, para. 78.

<sup>57</sup> *Ahmet Bal Başvurusu*, No. 2015/19400, 11/6/2018, paras. 45-46; *Hidayet Metin Başvurusu*, No. 2014/7329, 6/4/2017, para. 43; *Reyyan İç ve Dış Ticaret Limited Şirketi Başvurusu*, No. 2014/17588, 28/09/2016, para. 53 (vergile de bağlantılı); *Sertaç Malik Eskişehirli Başvurusu*, No. 2014/5659, 20/07/2017, paras. 40-41; *Ohannes Tomarcı Başvurusu*, No. 2015/18992, 28/6/2018, para. 43; *Tasfiye Halinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti. Başvurusu*, No. 2013/865, 1/6/2016, paras. 138-142; *Halis Toprak ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/4488, 23/3/2016; *Züliye Öztürk Başvurusu*, No. 2014/1734, 14/9/2017, paras. 59-60; *Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu*, Genel Kurul, No. 2014/2267, 21/12/2017, para. 68; *Adalet Kayalibay Başvurusu*, No. 2014/11382, 10/5/2017, paras. 59-60; *Osman Sevinç ve Antrıranik Marancıoğlu Başvurusu*, No. 2014/12075, 20/7/2017, para. 40; *Döndü Demir Başvurusu*, No. 2013/4193, 14/4/2016, para. 73.

<sup>58</sup> *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, No. 2014/1546, 2/2/2017, para. 64.

kategorik olarak kamu yararı koşuluna aykırı görmemiştir. **Ancak eski malikin bağış-lama koşulunun yerine getirilmemiş olmasından ötürü taşınmazın kendisine iade edileceği yönünde meşru beklentisi bulunduğu konut alanına dönüştürülen taşınmazın malike iadesi durumunda elde edilecek bireysel yarar karşısında beledi-yenin mülkiyetinde kalması hâlinde elde edilecek kamusal yararın önemi ve ağırlığı hususunda kuşkuya düşmüş ve buradan hareketle meşru amacın varlığını müdahale-nin ölçülülüğüyle birlikte ele almıştır. Anayasa Mahkemesine göre, iade hakkının kaldırılması karşısında idarenin konut alanına çevrilen taşınmazdan ekonomik men-faat elde edecek olması, devlete güveni zedelemekte ve maliklere aşırı bir külfet yüklemektedir. İdarenin konut alanına dönüştürdüğü taşınmazdan ekonomik çıkar sağlamasıyla elde edilecek kamu yararı, taşınmazın malike iade edilmemesi nede-niyle malikin yüklediği külfete kıyasla hafif kalmaktadır.<sup>59</sup>**

**İdari yargı ise, bulunduğu pozisyon ve görevi gereği, mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin kamu yararı güdüp gütmeyişini ve eğer güdüyorsa bunun derecesini çok daha sıkı şekilde denetleyebilmektedir.** Dolayısıyla kamu yararı mülkiyet hakkı-nın sınırlandırılmasında büyüklü bir ölçüt olmayıp üçlü testin sadece bir unsurudur ve adil denge/ölçülülük incelemesiyle yakında bağlantılıdır.

### 3.3 Ölçülülük ve Adil Denge/Orantılılık Testi

Eğer bir müdahale hukukilik testinden sonra meşru amaç testini de geçerse, müda-halenin kamunun çıkarları ile hakkı sınırlanan bireyin çıkarları arasında adil bir denge kurup kurmadığı veya başvurucuya ölçüsüz ve aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediği incelenir. Bu aynı zamanda sınırlamanın nereye kadar yapılabileceğini ifade eden “sı-nırlamanın sınırı” incelemesidir. AİHS ve Anayasada yer alan temel hakların sınırlandırılmasının sınırı “ölçülülük” ilkesidir.

“*Ölçülülük ilkesi*” bağlamında, mülkiyetten yoksun bırakılma sonucunu doğuran mü-dahale için, başvuru “*araç*” ile güdülen “*meşru amaç*” arasında “*makul*” ve “*den-geli*” bir orantılı ilişkinin olup olmadığı sorgulanır; kamunun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında adil bir denge kurulup ku-rulmadığı veya başvurucuya ölçüsüz ve aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediği ince-lenir. Terazinin bir kefesinde sınırlamayı gerektiren kamusal yarar/çıkar ve bu çıkarın gerçekleştirilmesi için tercih edilen sınırlama aracı/önlemi koyulurken, terazinin diğer kefesine ise hakkı sınırlanan başvuruçunun çıkarı koyulur. Mülkiyet hakkı müdahaleye maruz kalan başvuruçunun, “*olağan dışı ve aşırı*” bir külfet altına sokulması halinde “*adil denge*”nin bozulduğu sonucuna varılabilir.

Ölçülülük ilkesi “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “*Elverişlilik*”, öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçek-leştirmeye elverişli olmasını; “*Gereklilik*”, ulaşılmak istenen amaç bakımından müda-halenin 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. Bir müdahalenin ölçülü addedilmesi için, o müdahalenin ulaşılmak istenen amaç için

<sup>59</sup> Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras Başvurusu, No. 2014/11994, 9/3/2017, paras. 75, 78-82.

zorunlu ve elverişli olması gerekmektedir. Buna göre, mülkiyet hakkını daha az kayıtlayıcı bir önlem de, sınırlamayla ulaşılmak istenen amacı sağlıyorsa, o önlem tercih edilmelidir; aksinin, yani daha az kayıtlayıcı önlem varken daha ağır önlemin tercih edilmesi mülkiyet hakkını ihlal eder.<sup>60</sup> Yine müdahalenin ölçülü olup olmadığını değerlendirmede kullanılan aracın (örneğin verginin tahsili için tercih edilen önlemin) elverişliliğinin göz önünde bulundurulduğu AİHM’ce vurgulanmıştır.<sup>61</sup>

Nihayetinde bir müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal etmemesi için adil dengenin mutlak kurulmuş olması gerekir. Mülkiyet hakkı uyuşmazlıklarının esastan çözümü genellikle bu aşamaya odaklanmaktadır. Bu durumda adil dengenin hangi faktörler ve unsurlar çerçevesinde kurulacağı cevaplanmalıdır. Ki bu konuda dikkate alınan çok sayıda faktör bulunmaktadır. Bu bağlamda mülkiyete saygı, yoksun bırakma ve kontrol kuralları (3 Kural) arasındaki farklar önem arz etmektedir. Bu mekanizma, temelde 1. ve 2. Kurallar bakımından tazminat/bedel ile usuli güvenceleri içermekteyken; 3. Kural bakımından usuli güvenceler, iyi yönetim düsturu, zararın miktarı, müdahalenin süresi, malikin niyeti ve davranışı, malikin özeni ile başvuruçunun mali ve ailevi durumu vb. faktörleri kapsamaktadır.<sup>62</sup> Özellikle mülkiyet hakkının kontrolü niteliğinde olduğu değerlendirilen müdahaleler bakımından işlevsel olan bu unsurlar bir arada etki doğurmaktadır.<sup>63</sup> Mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olup olmadığının tespitinde, müdahalede tercih edilen önlemin ayrımcı nitelikte olup olmadığı da göz önünde bulundurulmaktadır.<sup>64</sup>

Bir tabloyla mülkiyet hakkına müdahalede meri olan dengeleme mekanizması kaba hatlarıyla şöyle özetlenebilir:

1. ve 2. Kural Bakımından bu mekanizma, temelde:

- Tazminat/Bedel
- Usuli güvenceler
- İyi yönetim düsturu

3. Kural Bakımından ise:

- Usuli güvenceler
- İyi yönetim düsturu
- Zararın miktarı
- Müdahalenin süresi
- Başvuruçunun mali ve ailevi durumu

<sup>60</sup> *Hentrich v. France*, App. No.13616/88, Judgment of 22 September 1994, Series A No. 296-A, para. 47; *Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No.49429/99, Judgment of 24 November 2005, para. 136-138; *Balan v. Moldova*, App. No. 19247/03, Judgment of 29 January 2008, para.45.

<sup>61</sup> *N.K.M. v. Hungary*, App. No. 66529/11, Judgment of 14 May 2013, para. 63.

<sup>62</sup> Bu faktörler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **AİHS’de Mülkiyet Hakkı**, s. 553-614; H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı El Kitabı**, s. 160-191.

<sup>63</sup> AİHM ve AYM’nin mülkiyet hakkı eksenli içtihatlarından hareketle belirlenen bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, **AİHS’de Mülkiyet Hakkı**, s. 530-614; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı El Kitabı**, s. 139-191.

<sup>64</sup> Gemalmaz, **AİHS’de Mülkiyet Hakkı**, s. 602-604; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı El Kitabı**, s. 189-191.

Adil dengenin kurulması için bazı faktörler ve unsurlar somut olayın özelliklerine göre bir araya gelmeli ve kümülatif şekilde dikkate alınmalıdır.

## 4 Tazminat

**Mülkiyet hakkına yapılan yoksun bırakma tipi bir müdahale (2. Kural) ile mülkiyet hakkının özünü zedeleyen/mülkiyet hakkını anlamsız hale getiren müdahalelerin (1. Kural) mülkiyet hakkını ihlal etmemesi yani ölçülü addedilmesi için, kural olarak, belirli bir oranda tazminat karşı ediminde bulunulması gereklidir.** Yani mülkiyet hakkına yapılan müdahale, tazminat/bedel ödenmesiyle dengelenir. Tazminat ödenmesi, müdahaleyle malikin malvarlığından eksiltilecek değer ya da meblağın telafi edilmesini, netice itibariyle malvarlığında gerçekte bir eksilme olmamasını sağlar. Belirtmek gerekir ki, çatışan çıkarlar arasında dengeyi kuran tazminat kavramıyla, müdahalenin karşılığı olarak yerine getirilmesi gereken karşı edim kastedilmektedir. Dikkat edilirse burada kullanılan anlamıyla tazminat, mülkiyet hakkının ihlali sonucundan sonra bu ihlalin giderilmesi ve telafisi için verilen bir kalem değildir. Burada kullanılan anlamıyla tazminat, mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olup olmadığının bir göstergesidir. Örneğin mülkiyetten yoksun bırakma anlamına gelen kamulaştırma müdahalesi, AY m. 46 uyarınca kamulaştırılan taşınmazın gerçek bedeli ödendiği (ve diğer koşullara uyulduğunda) takdirde mülkiyet hakkını ihlal etmemektedir.<sup>65</sup> İşte buradaki “bedel”, sınırlamanın sınırını teşkil eden ve müdahalenin ölçülü olup olmadığını gösteren “tazminat” unsurudur. Taşınmazın kamulaştırılmasıyla malvarlığında meydana gelen azalma, karşılık bedelin verilmesiyle tazmin edilmiştir.

İlke olarak denilebilir ki, değerine makul oranda yakın bir tazminat verilmeden bir kişinin mülkiyetinden (mülkiyet hakkı kaleminden) yoksun bırakılması normalde ölçüsüz bir müdahale teşkil eder, hakkın özünü zedeler.<sup>66</sup> “Anayasa’nın 35. maddesine uygun olarak bir kimsenin mülkiyet hakkına devlet tarafından müdahale edilmişse veya malvarlığı üzerindeki hakları kullanılamaz hale getirilmişse, bu kişinin hakkının korunması gerekir. Bu da ancak mülkiyete konu malvarlığının değerinin ödenmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Kural olarak devlet tarafından el atılan malvarlığı değerini, devletin kendiliğinden ödemesi beklenir.”<sup>67</sup> Mülkiyetten yoksun bırakmanın gerekçesi, ne kadar önemli olursa olsun, ne kadar yüksek kamu yararına dayanıyorsa dayansın, malik iyi niyetli olduğu ve özenli tasarrufta bulunduğu müddetçe yoksun bırakmaya karşılık bir bedel ya da tazminat verilmemesini meşrulaştırmaya yetmemektedir.<sup>68</sup> Devletin söz konusu sorumluluğu, mülkiyet hakkının özünün etkilendiği bu tip el atma

<sup>65</sup> Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, No. 2013/817, 19/12/2013, para. 40.

<sup>66</sup> Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, No. 2013/817, 19/12/2013, para. 41.

<sup>67</sup> Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, No. 2013/711, 3/4/2014, para. 62.

<sup>68</sup> Örneğin bkz. *Köktepe v. Turkey*, App. No. 35785/03, Judgment of 22 July 2008; *Cin and others v. Turkey*, App. No. 305/03, Judgment of 10 November 2009; *Turgut and others v. Turkey*, App. No. 1411/03, Judgment of 8 July 2008; *Temel Conta Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Turkey*, App. No. 45651/04, Judgment of 10 March 2009; *N.A. and others v. Turkey*, App. No. 37451/97, Judgment of 11 October 2005; *Abacı v. Turkey*, App. No. 33431/02, Judgment of 7 October 2008; *Terzioğlu and others v. Turkey*, App. No. 16858/05, 23953/05, 34841/05, 37166/05, 19638/06 and 17654/0, Judgment of 16 December 2008.



tipi müdahalelerde belirli ölçüde tazminat verilmesi veya maliklere eşit değerde bir başka taşınmaz verilmesi yükümlülüklerini içermektedir.<sup>69</sup> Sadece tapunun tamamen veya kısmen iptal edildiği hallerde değil, tapuya şerh koyularak mülkiyet hakkının verdiği *usus, fructus ve abusus* yetkilerinden faydalanılmasının engellendiği hallerde dahi tazminat sorumluluğu doğmaktadır.<sup>70</sup> Üstelik, söz konusu arazi malik ve ailesinin geçiminde rol oynamaktaysa, hiçbir çevresel mülahaza tazminat verilmemesini meş- rulaştırmamaktadır.<sup>71</sup>

AYM mülkiyet hakkının verdiği kullanma, yararlanma ve semerelerinden faydalan- ma yetkilerinin kısıtlandığı hallerde, dengeleyici faktör olarak tazminat verilmeme- sini mülkiyet hakkının ihlali olarak görmektedir. Kamu makamlarının aldığı sürekli yol kapatma tedbiri nedeniyle kapanan yolda kalan taşınmazlarını rayiç piyasa değeri- nin altından kiraya vermek zorunda kalan maliklerin başvurusunda AYM, toplumun sadece bir kesiminin külfete katlanmak zorunda kalmasını orantılı bulmamıştır. De- rece mahkemelerinin idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı kabulüyle başvuru- ların tazminat davasını reddetmeleri, başvuruçulara yüklenen külfetin hafifletilmesini önlemektedir. Tazminat ödenmesinin kusur şartına tabi kılınması, anayasal mülkiyet hakkının gerektirdiği orantılılık incelemesini engellemektedir.<sup>72</sup> Bu önemli karara bu kitapçığın “idarenin sorumluluğu” kısmında tekrar değineceğiz.

Mülkiyetten yoksun bırakma türü müdahaleler veya mülkiyete saygı kuralına müda- haleler söz konusu olduğunda, müdahale edilen taşınmazın hukuki statüsü tazminat yükümlülüğü açısından ikincil önemdedir. Örneğin işgal edilen taşınmaz üzerinde ya- pılan gecekondunun tahliyesi ve/veya yıkılması sebebiyle tazminat verilmemesi mül- kiyet hakkına aykırı düşmektedir. Burada dikkate alınan ölçüt, başvuruçuların kaçak binayı kamu makamlarının bilgisi dahilinde uzun süre kullanmaları yoluyla sosyal çev- re oluşturmaları ve kaçak bina için vergi ödemeleridir. Kamu makamlarının elektrik, su aboneliği vb. altyapı hizmetlerini götürmesi bu bağlamda göz önünde bulunduru- lan önemli unsurlar arasındadır.<sup>73</sup> Başvuruçuya ait taşınmaz üzerinde yapı ve yapı kul- lanım ruhsatları olmaksızın kaçak olarak yapılan binaların veya taşınmaz üzerindeki ağaçların kamu makamlarının tasarrufları sonucu zarar görmesi halinde de Devletin

<sup>69</sup> *Papastavrou and Others v. Greece*, App. No. 46372/99, Judgment of 10 April 2003, paras. 36-37; *Katsoulis and others v. Greece*, App. No. 66742/01, Judgment of 8 July 2004, paras. 33-35; *Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica and Others v. Greece*, App. No. 35859/02, Judgment of 13 July 2006, paras. 38-39; *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis v. Greece*, App. no. 35332/05, Judgment of 21 February 2008; *Devecioğlu v. Turkey*, App. No. 17203/03, Judgment of 13 November 2008, paras. 37-41.

<sup>70</sup> *Çetiner and Yüçetürk v. Turkey*, App. No. 24620/04, Judgment of 22 September 2009; *Süley- man Baba v. Turkey*, App. No. 2150/05, Judgment of 23 Mart 2010.

<sup>71</sup> *Devecioğlu v. Turkey*, App. No.17203/03, Judgment of 13 November 2008, para. 40; *Melahat Altın ve Filiz Freifrau Von Thermann Başvurusu*, No. 2014/11408, 8/12/2016.

<sup>72</sup> *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, No. 2014/1546, 2/2/2017, paras. 73-79. Bu sonuca ulaşılmasında başvuruçuların kira gelirlerindeki azalmayı banka dekontlarıyla ispatlamaları, yargılamayı yürüten derece mahkemelerinin aksine bir tespitinin olmaması ve aslında Danış- tay'ın başvuruçular lehine emsal içtihadı standartları etkili olmuştur.

<sup>73</sup> *Ayşe Öztürk Başvurusu*, No. 2013/6670, 10/6/2015, paras. 110-112.



tazminat yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>74</sup> Bu kararları da bu kitapçığın yıkım bahsinde tekrar ele alacağız.

Bununla beraber, tazminat/bedel karşı ediminde bulunma yükümlülüğü, somut vakanın koşullarına göre düzenleme yetkisinin kullanıldığı bazı hallerde zorunlu bir koşul değildir.<sup>75</sup> Yine sosyal güvenlik pozisyonlarından kaynaklanan ve 1. Kuralın uygulandığı bazı uyumsuzluklarda gelirlerin azaltılmasında bir sorun görülmemektedir. Örneğin 3600 ek gösterge rakamının 2200 olarak değiştirilmesinin mevzuata ve başvurusunu kadro pozisyonuna uygun olduğu hallerde, emekli aylığı alınmaya devam edildiği için aşırı ve katlanılmaz bir külfet doğmayabilmektedir.<sup>76</sup>

Yukarıda belirtildiği üzere, mülkiyetten yoksun bırakma tipi müdahaleler (**Kural 2**) ile mülkiyete saygı hakkına yönelik müdahalelerde (**Kural 1**) tazminat gerekliliği neredeyse zorunlu bir koşul iken, mülkiyetin kullanımının kontrolü tipi müdahalelerde (**Kural 3**) tazminat gibi ağır bir karşı yükümlülük aranmamakta, usuli güvencelere riayet edilmesi müdahalenin mülkiyet hakkına uygun sayılması için yeterli görülmektedir. **Ancak bu genel eğilimin son yıllarda değişmeye başladığı, somut olayın koşulları çerçevesinde hangi kuralın uygulanabilir olduğuna önem vermeksizin, üç kural arasındaki bütünsellik ilkesine dayanarak “kontrol” tipi müdahalelerde dahi tazminat karşı ediminin arandığını, bu edimin yerine getirilmesi halinde de mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verildiğini vurgulamak gerekir.** 3 Kural arasındaki bütünsellik ilişkisi ışığında bakıldığında, bir müdahalenin sırf kontrol niteliğinde olması tazminat karşı edimini kategorik olarak dışlamayacaktır; çünkü bu halde dahi mülkiyet hakkında/malvarlığında bir azalma meydana gelmektedir.<sup>77</sup> Özellikle geçim imkanlarının kaybedilmesine yol açan ruhsat iptalleri, kontrol tipi bir müdahale olsa dahi, 3 kural arasındaki bütünsel ve tamamlayıcı ilişki temelinde Devletin tazminat verme pozitif yükümlülüğünü doğurabilmektedir.<sup>78</sup> Bu mesele, kitapçığın ruhsatlara/lisanslara ilişkin kısmında ayrıntılı olarak irdelenecektir.

**Tazminat bahsinde son olarak mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi için verilmesi gereken tazminatın miktarı meselesini hatırlatmak gerekir. Kural olarak, tazminatın/bedelin müdahaleye konu nesnenin/malın piyasa değerine (gerçek değer<sup>79</sup>) karşılık gelecek bir miktarda olması beklenir.<sup>80</sup> AYM kamulaştırmalarda gerçek karşılığının altında bir bedel ödenmesini, AY'nin 46. maddesine aykırı olmasının yanı sıra, ölçü-**

<sup>74</sup> *Rifat Algan Başvurusu*, No. 2014/19138, 22/2/2018, paras. 69-74 (AYM ayrıca 3194 sayılı Kanununun 32. maddesinde öngörülen yapı sahibine yapı ruhsatı alabilme imkanının Belediye tarafından kullandırılmadığını da vurgulamıştır); *Keriman Tekin and Others v. Turkey*, App. No. 22035/10, Judgment of 15 November 2016.

<sup>75</sup> *Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/1301, 30/12/2014, para. 48; *Nazif Kılıç Başvurusu*, No. 2014/5162, 15/6/2016, para. 38, 51 (AİHM kararlarına atıfla).

<sup>76</sup> *Fatma Ülker Akkaya Başvurusu*, No. 2014/17809, 22/2/2018, paras. 38-42.

<sup>77</sup> *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No. 40998/98, Judgment of 13 December 2007, paras. 96, 99-101.

<sup>78</sup> *Vekony v. Hungary*, App. No. 65681/13, Judgment of 13 January 2015, paras. 33-37.

<sup>79</sup> AYM Anayasa m. 46'de geçen gerçek değer ibaresinin piyasa değerine karşılık geldiğini benimsemektedir (bkz. *Selma Arıcan Başvurusu*, No. 2013/7841, 21/5/2015, paras. 49-50).

<sup>80</sup> *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC, Judgment of 29 March 2006, paras. 96.

**lülük ilkesini aşan ve ulaşılmak istenen kamu yararına göre malike aşırı külfet yükleyen makul olmayan bir müdahale olarak görmektedir. AYM'e göre, gerçek karşılığa ulaşmayı engelleyen düzenleme ve uygulamalar mülkiyet hakkına aykırıdır.<sup>81</sup>**

Bununla birlikte, kamu yararı gereğince verilecek tazminatın malın piyasa değerinin altında olması mümkündür.<sup>82</sup> Özellikle ekonomik reform gerçekleştirmek veya sosyal adaleti sağlamak amacıyla alınan geniş kapsamlı tedbirler zorunlu olarak mülkiyete el atmalardan veya eski hale getirme taleplerinden doğan tazminat miktarlarını piyasa rayicinden daha aşağıya çekmekle ilgili tercihler yapılmasını gerektirebilir.<sup>83</sup> Ancak tazminat miktarı çok azaltılmamalı ve somut zarara ya da el atılan “mülkün değerine makul oranda yakınlık” ölçütü baz alınmalıdır. Nitekim AİHM'in kıymet takdirinin yetersizliğinden ve kamulaştırılan taşınmazın spesifik özelliklerinin dikkate alınmamasından ötürü mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verdiği bilinmektedir.<sup>84</sup>

**Tazminat/bedel miktarı hesaplanırken sadece mülkün çıplak bedeli değil, eğer varsa yoksun kalınan kazanç kayıpları da kıymet takdirine katılmalıdır.** Örneğin *Lallement* vakasında başvuru çiftçinin süt üretiminde kullandığı topraklarının %60'ının yol yapım gerekçesiyle kamulaştırılmasından ötürü sadece kamulaştırılan toprağın bedelinin verilmesi ve fakat başvuruçunun kamulaştırma sebebiyle süt üretimi kaynaklarındaki kaybının karşılanmamasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir. AİHM'e göre, süt üretimindeki kaybın kıymet takdirinde dikkate alınmaması başvuruçuya aşırı bir külfet yüklemektedir.<sup>85</sup> Müdahalenin türüne göre ve somut olayın şartları ışığında yoksun kalınan kazanç kayıplarının telafisi, özellikle hukuki el atma müdahalelerinde sıkça gündeme gelmektedir ki bu konuya kitapçığın ilgili kısmında değinilecektir.

Bu noktada yoksun bırakılan taşınmazın gerçek değerine yakın bir tazminatın belirlenmesinde veya bir alacak hakkı yargı kararıyla tanınırken faiz işletilmesinin rolünden bahsetmek gerekir. Tazminatın/bedelin ya da alacağın ödenmesinin gecikmesinden kaynaklanan hissedilir değer kayıplarının giderilmesine yönelik önlemler alınmaması halinde ödenen bedel/tazminat anayasal anlamda gerçek bedel olarak görülemez. Müdahalenin ölçülü addedilebilmesi için ödenecek tutarın enflasyon gibi değer kay-

<sup>81</sup> *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/817, 19/12/2013, para. 41, 43; *Selma Arıcan Başvurusu*, No. 2013/7841, 21/5/2015, para. 47.

<sup>82</sup> *Holy Monasteries v. Greece*, App. No. 13092/87 and 13984/88, Case No. 10/1993/405/483-484, Judgment of 9 December 1994, para. 70-71; *Pincova and Pinc v. the Czech Republic*, App. No. 36548/97, Judgment of 5 November 2002, para. 53; *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006, paras. 97-98; *Velikovi and others v. Bulgaria*, App. No. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, and 194/02, Judgment of 15 March 2007, paras. 181-182; *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, para. 34; *Gashi v. Croatia*, App. No. 32457/05, Judgment of 13 December 2007, para. 41.

<sup>83</sup> *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/817, 19/12/2013, paras. 39 (AİHM kararlarına atıfla).

<sup>84</sup> *Platakou v. Greece*, App. No. 38460/97, Judgment of 11 January 2001, paras. 55-57; *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC, Judgment of 29 March 2006, paras. 99-103;

<sup>85</sup> *Lallement v. France*, App. No. 46044/99, Judgment of 11 April 2002, para. 24; *Mehmet Hanif Arıkan Başvurusu*, No. 2013/7732, 4/2/2016, paras. 60-65.

bina yol açacak etkilerden arındırılarak ödenmesi gerekir ki bunun aracı da tespit edilecek bedele faiz uygulanmasıdır. Maliklerin geç ödeme yüzünden o bedelden yararlanma ve yatırım yapma imkanlarından mahrum kalmamalıdır.<sup>86</sup> Buradaki ölçü, yapılan ödeme ile değer kaybı olmasaydı alınacak bedel arasındaki farkın oranıdır.<sup>87</sup> Makul görülebilecek hafif değer kayıpları malik üzerinde aşırı bir külfet doğurmaz.<sup>88</sup>

## 5 Usuli Güvencelere Riayet ile İlgili ve Yeterli Gerekçe Verme Yükümlülüğü

Özellikle 3. Kural kapsamında incelenen sınırlamalarda, müdahalenin ölçülü sayılması için tazminat karşı ediminde bulunulmasının kural olarak bir zorunluluk olmadığına değinilmişti. Mülkiyetin malikte kaldığı, malikin kendisine ait maldan yararlanmaya devam ettiği 3. Kural kapsamındaki sınırlamalarda malikin mülkiyet hakkı ile kamunun çıkarları arasındaki denge, müdahaleye ilişkin uyumsuzlukta “*usuli güvencelerin*” tesis edilmesi ve işlemeyle kurulmuş sayılabilir. *Usuli güvenceler*, bireyi idare karşısında korumaktadır. Bu yönüyle, bireyle idarenin karşılaştığı hemen her alanda bu faktöre yer verildiğini görmek mümkündür.

**Usuli güvenceden öncelikle idari ve yargısal yolları anlamak gerekmektedir. Malik, uyuşmazlığı çözmeye görevli ve yetkili bir makam önünde vakada hukuka aykırılık, keyfilik veya makul olmayan tasarruf olduğu gibisinden şikayetini dile getirebilmeli ve o makamdan şikayetinin özüne ilişkin gerekçeli ve denetime açık bir karar elde edebilmelidir.** Dolayısıyla usuli güvenceler ilgili ve yetkili mercie başvurup müdahaleye karşı,

- i) iddialarını ileri sürebilme,
- ii) bu iddiaları açıklayabilme ve
- iii) merciiden yeterli ve ilgili bir cevap alma

şeklinde özetlenebilir. **Buna göre usuli güvenceler, mülkiyet hakkına yönelik keyfi müdahalelere karşı ulusal hukukta yetkili ve bağımsız bir organ önünde etkili şekilde işleyen çekişmeli usullerin ihdas edilmesini gerektirmektedir.**<sup>89</sup> Aslında Türk hu-

<sup>86</sup> Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, No. 2013/817, 19/12/2013, paras. 42-43, 52, 58-59; Tahsin Erdoğan Başvurusu, No. 2012/1246, 6/2/2014, paras. 82, 86, 98-99.

<sup>87</sup> Benzer meseleler sosyal güvenlik pozisyonlarından kaynaklanan alacaklar bakımından da gündeme gelmektedir. Örneğin Yeşiltepe kararında AYM emekli ikramiyesine hak kazandığı tarihten ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen 25 yıllık süredeki enflasyon oranı karşısında başvurucunun kazandığı alacak hakkının değer kaybına uğrayarak ödenmesinden ötürü mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir (bkz. Ferda Yeşiltepe Başvurusu, Genel Kurul, No. 2014/7621, 25/7/2017, paras. 75-76; aynı yönde bkz. Bilal Özer Başvurusu, No. 2014716078, 9/1/2018).

<sup>88</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgür Duman, “Enflasyon Canavarı İle Mücadele: Mülkiyet Hakkı Bağlamında Vergi İdaresinden Olan Para Alacaklarının Ödenmesinde Yaşanan Değer Kaybı Sorunları”, **Vergi ve Temel Haklar İncelemeleri I: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Vergi Yargısına Etkisi**, ed. H. Burak Gemalmaz, Gülay Arslan Öncü, Beta Yay., 2020, İstanbul, s. 217-241.

<sup>89</sup> *Vontas and others v. Greece*, App. No. 43588/06, Judgment of 5 February 2009, para. 35; *Druzstevni Zalozna Pria and others v. Czech Republic*, App. No. 72034/01, Judgment of 31 July 2008, paras.89-96.

kukçusunun aşına olduğu hak arama özgürlüğü ve hukuki dinlenme hakkıyla usuli güvenceler neredeyse özdeş kavramlardır.

Ulusal yargı makamlarının kararları için ilgili ve yeterli gerekçe verme yükümlülüğünün olmadığı hallerde temel haklara ilişkin güvenceler sanal düzlemde kalır. Etkillilik ilkesinin gereği olarak ulusal yargı makamları, şikayetçinin her iddiasını değil ama olayın özüne dair iddialarını dikkatle inceleme yükümlülüğü altındadırlar.<sup>90</sup> **Tabi gerekçe verme yükümlülüğü denildiğinde kastedilenin genel geçer ifadeler, mevzuat nakli gibi unsurlar olmadığı, mevzuatın ve hukuki ilkelerin hukuki argümantasyon kurallarına uygun olarak somut uyuşmazlığa uygulanması olduğu açıktır. Bu argümantasyon esnasında, malikin uyuşmazlığın esasına etki edebilecek iddiaları tek tek ele alınmalıdır.**

Ancak usul güvenceleri tamamen gerekçe verme yükümlülüğüne de indirgemek gerekir. Usuli güvenceler gerekçeli karar alma hakkında daha fazlasını içermektedir. **Örneğin usuli güvenceler, mülkiyet hakkına müdahale eden mevzuatın esnek olmasını veya öyle yorumlanmasını, somut olayların biricikliğine uygun çözümler üretmeye elverişli şekilde uygulanmasını gerektirmektedir. Katı, somut olayı temas edemeyen mevzuat uygulamaları, usuli güvenceye riayet koşulunu karşılamaktan uzaktır.**<sup>91</sup> **Üstelik usuli güvenceler, ulusal derece mahkemelerin somut uyuşmazlıkta mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge kurup kurmadığını inceleyip karara bağlamasını gerektirmektedir.**<sup>92</sup>

Yurt dışında satın alınan tarihi eser niteliğindeki mozaik tabloların kaçakçılık suçundan yürütülen ceza soruşturmasında el koyularak müzeye emanet edilmesi ve ceza yargılamasında müsadere kararı verilmemesine rağmen müzede tutulmaya devam edilmesi ve tabloların iade edilmesi veya ikramiye ödenmesi talebinin reddedilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden yakınılan *Arif Güven* vakasında AYM'nin yaptığı ayrıntılı değerlendirme, usuli güvencelere riayet eden bir yargısal süreç yürütülmesinde derece mahkemelerinin hangi hususlara dikkat etmesi gerektiğini göstermesi bakımından aydınlatıcıdır. Uyuşmazlığa ilişkin ceza yargılaması süreci ile başvuruçunun müzede tutulan eşyanın iadesi veya ikramiye verilmesi talebiyle idari yargıda açtığı dava sürecini kümülatif şekilde ele alan AYM, başvuruçunun kanuna göre yurt dışında edindiği kültür varlıklarını getirmesinin serbest olmasından dolayı iyi niyetli malik olduğu gerekçesiyle eşyaların iadesi veya zararının tazmin edilmesi gerektiği yönündeki iddialarının idari ve yargısal süreçler boyunca yeterli ve makul bir biçimde karşılanmadığından ötürü başvuruçuya aşırı ve orantısız bir külfet yüklendiği sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken AYM, 2863 sayılı Kanunun 33. maddesi uyarınca yurt dışından kültür varlığı getirmenin serbest olduğunu, ilgili idari makamların söz konusu tabloların ithalinin serbest olduğuna dair yazıları bulunduğunu, başvuruçunun yurt dışından kaçak olarak kültür varlığı getirdiği gerekçesiyle mahkûm edilmediğini, müzeye kaldırma kararına dayanak herhangi bir kanun maddesi gösterilemedi-

<sup>90</sup> *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, para. 37; *Kamil Darbaz ve GMO Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti Başvurusu*, No. 2015/12563, 24/5/2018, para. 53.

<sup>91</sup> *Uzan and Others v. Turkey*, App. No. 19620/05, 41487/05, 17613/08, 19316/08, Judgment of 05 March 2019, para.193.

<sup>92</sup> *Paulet v. the United Kingdom*, App. No. 6219/08, Judgment of 13 May 2014, paras.68-69.



ğini ve somut gerekçe sunulmadığını, ilamda başvuruçunun tutum ve davranışları ile varsa bir kanuna aykırılık arasındaki ilişki bakımından herhangi bir değerlendirilmenin yapılmadığını, başvuruçunun müzede tutulan eşyanın iadesi veya ikramiye verilmesi talebiyle idari yargıda açtığı davada müzede tutma işleminin mahiyeti ve bu işlemin kanuni dayanağı ile ilgili olarak bir gerekçe gösterilmediği ve tabloların mülkiyetinin devlete ait olduğuna dair bir değerlendirme yapılmadığı, aynı kararda Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili Sözleşme'nin 7. maddesindeki koşulların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmediği ve başvuruçunun iyi niyetli malik konumunda olup olmadığının açıklığa kavuşturulmadığı, gerek ceza yargılamasında gerekse de bu eşyanın iadesi ya da tazminine ilişkin idare mahkemesi önündeki yargılamada başvuruçunun kusur veya özen yükümlülüğünün derecesi ya da en azından davranışları ile herhangi bir suç veya kanuna aykırılık arasındaki ilişkinin değerlendirilmediğini tespit etmiştir.<sup>93</sup>

Ticari hayatın regülasyonu bağlamında yapılan müdahalelerin ölçülü olup olmadığının takdirinde usuli güvenceler önemli rol oynamaktadır. İmar Bankası'nın TMSF'ye devrinden ötürü kesinleşen alacağını tahsil etme imkanı hukuken kalmayan bir şirketin başvurusunda AYM, başvuruçunun şirketin TMSF tarafından sürdürülen işlemlere katılma veya itiraz etme imkanı tanınmaması sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>94</sup>

Kitapçığın ilgili kısımlarında somut uyuşmazlık türleri özelinde usuli güvencelerin nasıl somutlaştığı incelenecektir.

## 6 İyi Yönetişim Düsturu, İdari İstikrar ve Haklı Beklentilerin Korunması

**Adil dengenin kurulup kurulmadığının tespitinde usuli güvencelerin yanında önemli rol oynayan ve idari yargıda görülen uyuşmazlıklarda gündemde olan bir diğer belirleyici faktör, idari makamların hatalı veya tutarsız işlemlerinden ötürü başvuruçunun aleyhine bir sonucun çıkmaması ilkesini ifade eden iyi yönetim düsturudur.**<sup>95</sup>

Bu düstur uyarınca kamu makamları uygun ve tutarlı şekilde tasarruflarda bulunmaları gerekmekte olup kamu düzeninin bekçisi olarak devlet, genel yararı ilgilendiren meselelerde bir örnek oluşturmaları ve kamu yararını korumakla görevli organların bu örneği takip etmesi sağlanmalıdır. Ulusal makamların hatalarından veya yanlışlarından başvuruçunun yararlanması; kamusal bir makam tarafından yapılan herhangi bir hatanın riskini başvuruçunun değil Devlet üstlenmelidir. Devletler hatalı karar ve işlemlerini düzeltebilir; ancak, bu düzeltme sırasında iyi niyetli kişilerin hukuka uygun olarak elde ettikleri haklarına ölçsüz bir müdahalede bulunulmamalıdır. İyi niyetli kişile-

<sup>93</sup> Arif Güven Başvurusu, No. 2014/13966, 15/2/2017, paras. 63-72.

<sup>94</sup> Tasfiye Halinde Cemtur Seyahat Ve Turizm Ltd. Şti. Başvurusu, No. 2013/865, 1/6/2016. AYM ayrıca başvuruçunun şirketin bankanın zarara uğratılmasında bir rolü olmadığını vurgulamıştır.

<sup>95</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, **AİHS'de Mülkiyet Hakkı**, s. 582-588; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı El Kitabı**, s. 179-185.

rinin haklarının korunması için gerekirse, düzeltmeyle birlikte müdahale edilen malvarlığı değerini karşılayacak oranda bir tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Böyle hallerde iyi yönetim düsturu ile tazminat faktörünün iç içe geçtiği görülmektedir. İdari makamların tutarlılığı, kamu makamlarının sahip olduğu takdir marjının daraltılmasını sağlamaktadır.<sup>96</sup>

İyi yönetim ilkesi Anayasa Mahkemesi tarafından *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım* kararında “ ‘iyi yönetim’ ilkesi, kamu yararı kapsamında bir konu söz konusu olduğunda, kamu otoritelerinin, uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmelerini gerektirir” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>97</sup> AYM hatalı işlemin düzeltilmesi sırasında muhatap olan kişiye aşırı külfet yüklenmemesi gerektiğini içtihat eylemiştir. AYM’ye göre, idarenin hatalı işleminden kaynaklanan mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin ölçülü olup olmadığının tartımında

- a) Hatalı işlemde idarenin payı,
- b) İdarenin hatalı işlem karşısındaki tutumu,
- c) İşlemin fark edilmesinde geçen süre,
- d) Hatalı işlemin düzeltilmesinde takip edilen yöntem ile
- e) Hatanın sorumluluğunu paylaşırma ve muhataba ceza uygulanması

gibi hususlar değerlendirilmelidir. AYM bu ölçütler çerçevesinde hatalı idari işlemin oluşmasında idarenin kendisinin de payının bulunduğu tespit edildiğinde, malik üzerindeki yük konusuna hassas yaklaşmaktadır.<sup>98</sup>

Aslında Türk idare hukukçuları için iyi yönetim düsturu yabancı bir kavram değildir. Her ne kadar Türk devlet teşkilatında hala bu kavram yerine “iyi yönetim ilkeleri” gibi kavramlara yer verilmeye devam edilse de, aslında kastedilen büyük ölçüde aynı unsurlardır: **İdari istikrar ve haklı beklentilerin korunması**. İdare hukukuyla yakından ilgilenenler idari yargıyı ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınan bu iki kavrama oldukça aşina olduğundan bunlar hakkında burada ayrıntılı bilgi verilmesine gerek görmüyoruz. Her halükarda, aşağıda bu kitapçığın ilgili spesifik yerlerinde bu iki kavramın temel haklara riayetini sağlanması açısından nasıl rol oynadıkları ayrıntılı olarak gösterilecektir. Burada sadece AİHM’in ve AYM’nin konuyu ilişkin birkaç tane klasikleşmiş kararına işaret edilecektir:

Örneğin *Beyeler* vakasında mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmasında idari makamların yıllarca sahip oldukları ön alım hakkını kullanmayıp sonra birdenbire kullanmalarını ikna edici şekilde açıklayamamış olmaları rol oynamıştır. Olaydaki verilere göre idari makamlar, ön alım haklarını kullanmalarını gerektiren durumdan haberdardılar. Yıllar sonra başvurusunun hakkına yapılan müdahale, büyük ölçüde

<sup>96</sup> Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı El Kitabı**, s. 179-180.

<sup>97</sup> *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu*, No. 2013/711, 03/04/2014, para. 68; *Tevfik Baltacı Başvurusu*, No. 2013/8074, 9/3/2016, para. 70.

<sup>98</sup> *Kırca Mühendislik Başvurusu*, No. 2014/6241, 29/09/2016, paras. 75-76; *Tevfik Baltacı Başvurusu*, No. 2013/8074, 9/3/2016, paras. 71; *Uğur Ziyaretli Başvurusu*, No. 2014/5724, 15/2/2017, para. 65, 67.



kendilerinin yaratmış bulunduğu belirsizlik ortamından kaynaklanan sebepsiz zenginleşme sonucunu doğurmaktadır.<sup>99</sup> *Stretch* vakasını da burada zikretmek yerinde olur. Bu davada ihlal sonucuna varılmasında AİHM'in şikayetçinin 22 yıllık sürede sözleşmenin üzerine düşen bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğunu ve idarenin ancak son aşamada yetki aşımı itirazını dile getirdiğini saptamış olması rol oynamıştır.<sup>100</sup> Benzer şekilde *Dacia S.R.L* vakasında AİHM özelleştirme ihalesinin yetkili makamlar tarafından belirlenen kurallar doğrultusunda yapıldığını, fiyatın buna göre belirlendiğini, başvuru şirketin kamusal makamlar karşısında eşitsiz durumda olduğunu ve bunlar tarafından konulan bütün kuralları kabul ettiğini, dört yıl sonra satışın hatalı olduğu ve bedelin yetersiz olduğu gerekçesiyle ihalenin (ve bağlı satışın) iptal edildiğini, bu nedenle kamu makamlarının keyfi bir yetki kullandığını, zamanında ve uygun şekilde tutarlı olarak tasarrufta bulunmadığını karara bağlamıştır. AİHM'e göre başvuru şirkete atfedilemeyecek sebeplerle ihalenin (ve bağlı satışın) yıllar sonra iptal edilmesi adil dengeyi sağlamaktan uzaktır. Yetkili kamu makamlarının ihaleyi yapmaktaki yetki aşımının sorumlusu başvuru şirket olmadığı gibi bunun külfetine katlanacak olan da muhatap Devlettir.<sup>101</sup>

İdari makamların tutarlılığı, kamu makamlarının sahip olduğu takdir marjının daraltılmasını sağlamaktadır. Nitekim *Jokela* davasında AİHM, Sözleşmenin hakların etkili ve işlevsel şekilde korunması amacıyla akdedildiğini not ederek, etkililik ilkesinin vakanın bütününün dikkate alınmasını gerektirdiğini kabul etmiştir. Mahkeme devamla, mülkiyete saygı kuralının (1. Kural) aynı malla ilgili olan idari ve yargısal kararların makul bir tutarlılık içinde olması beklentisini doğurduğu sonucuna varmıştır. Böyle bir tutarlılığın yokluğunda, kamu makamları bunun gerekçesini yeterli ikna edicilikte açıklamak zorundadırlar. *Jokela* kararında AİHM iki farklı tür müdahaleyi (Kural 2 ve Kural 3) bütünleşik olarak Kural 1 çerçevesinde ele alarak farklı karakterdeki müdahalelerin toplam etkisini göz önünde bulundurmuştur.<sup>102</sup> *Ukraine-Tyumen* kararında AİHM başvurucuların uyuşmazlık konusu binanın alımını iyi niyetle yaptıklarını, ilgili devlet kurumunun bu satışı yapmaya yetkisinin olmadığını bilmediğini ve bilmesi gerektiğinin gösterilemediğini vurgulayarak başvuru şirketin ticari operasyonlarının bir unsuru olarak uyuşmazlık konusu binayı kullanmakta haklı bir beklentisi olduğunu karara bağlamıştır.<sup>103</sup>

AYM'nin iyi yönetim düsturunu temel olarak ölçülülük değerlendirmesi yaptığı kararlar konu bakımından sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan müdahalelerden kesinleşmiş alacakların ödenmemesi tipi müdahalelere ve hatta el koyma tipi müdahalelere kadar geniş bir spektruma yayılmaktadır. Örneğin izaleyi şüyu neticesinde yapılan ihaleyi kazanan kişinin taşınmazı tescil talebinin reddedilmesi üzerine yaptığı bireysel başvuruda AYM, ihale bedelinin ödenmesi karşısında mülkiyetin tescilden önce kazanılmasına cevaz veren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 705. maddesi

<sup>99</sup> *Beyeler v. Italy*, App. No. 33202/96, GC Judgment of 05 January 2000, paras. 117-122.

<sup>100</sup> *Stretch v. the United Kingdom*, App. No. 44277/98 Judgment of 24 June 2003, paras. 40-41.

<sup>101</sup> *Dacia S.R.L. v. Moldova*, App. No. 3052/04, Judgment of 18 March 2008, paras. 63-66.

<sup>102</sup> *Jokela v. Finland*, App. No. 28856/95, Judgment of 21 May 2002, para. 61, 65.

<sup>103</sup> *Ukraine-Tyumen v. Ukraine*, App. No. 22603/02, Judgment of 22 November 2007, para. 58.

ile 2004 sayılı Kanunun 134. maddesi uyarınca başvuru aşırı bir külfet yüklediği sonucuna varmıştır.<sup>104</sup>

Sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda iyi yönetim ilkesinin belirleyici rol oynadığı görülmektedir. Fazla/hatalı yapılan sosyal güvenlik ödemelerinin iadesinin talep edildiği çok sayıda başvuruda yukarıdaki ölçütler çerçevesinde sonuca gitmektedir. AYM'ye göre, sosyal adaletin gereği olarak idare, tesis ettiği hatalı işlemi geri alabilir ve bu kapsamda hatalı idari işlemde kaynaklanan sosyal güvenlik ödemelerinin iadesini isteyebilir. *“Aksi durum kişilerin sebepsiz zenginleşmesine yol açabileceği gibi sosyal güvenlik fonlarına katkıda buldukları halde kanunlardaki koşulları sağlamadıkları gerekçesiyle ödemelerden mahrum kalan kimseler yönünden adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Bu durum, sınırlı kamu kaynaklarının uygun olmayan yöntemlerle dağıtımına cevaz verilmesi anlamına gelebileceğinden kamu yararı ile örtüşmez.”*<sup>105</sup> Ancak böyle hallerde dahi, yukarıdaki ölçütler çerçevesinde idarenin iyi yönetim düsturuna riayet etmemesinden kaynaklanan hatalı ödemelerin iadesinde tahsil süresinin kısalığı veya taksite bağlanması halinde faiz işletilmesi, ölçülü bir müdahale olarak değerlendirilmemektedir. Kısacası, anaparanın yanında faiz ödemekle yükümlü tutulmaları ve bu ödeme için üç ay gibi kısa bir süre tanınması, başvuru aşırı bir külfet yüklemektedir. Haksız ödemelerin iadesinde tahsilatın, başvuru ekonomik daralma düşmesini önleyecek şekilde yapılması gerekir.<sup>106</sup> Hem başvuru sahiplerinin, hem de idarenin kusurlu olduğu durumlarda, başvuru aleyhine bir sonuç çıkarılmamalıdır.<sup>107</sup> Buna karşılık, hatalı yapılan ödemelerde idareye atfedilebilecek bir kusurun bulunmadığı vakalarda, anaparanın yanı sıra faiz talep edilmesi ölçüsüz bir müdahale addedilmemektedir. Bu tip vakalarda başvuru sahiplerinin ödemelerin yersizliği belli olduğu an ile idareye iade ettikleri an arasındaki zamanda söz konusu parayı işletebilme/sermerelendirebilme imkanı, paranın faiziyle birlikte iade edilmesinden kaynaklanan kaybın dengelenmiş sayılmasında göz önüne alınmaktadır. Bu tip müdahalelerde sosyal güvenlik ödemesinin tamamen kaldırılmayıp maaş farkı olarak alınan kısımların iadesinin söz konusu olması önemlidir. Aksi halde, başvuru sahiplerinin ekonomik daralma düşmesi ölçütüyle çatışan bir durum meydana gelirdi.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> *Necdet Çetinkaya Başvurusu*, No. 2013/7725, 24/3/2016, paras. 70-73.

<sup>105</sup> *Tevfik Baltacı Başvurusu*, No. 2013/8074, 9/3/2016, para. 74; *Uğur Ziyaretli Başvurusu*, No. 2014/5724, 15/2/2017, para. 68; *Fatma Ülker Akkaya Başvurusu*, No. 2014/17809, 22/2/2018, paras. 53, 57.

<sup>106</sup> *Tevfik Baltacı Başvurusu*, No. 2013/8074, 9/3/2016, paras. 72-79; *Uğur Ziyaretli Başvurusu*, No. 2014/5724, 15/2/2017, paras. 74-78; *Fatma Ülker Akkaya Başvurusu*, No. 2014/17809, 22/2/2018, paras. 58-60.

<sup>107</sup> *Uğur Ziyaretli Başvurusu*, No. 2014/5724, 15/2/2017, paras. 71-73, 74-78.

<sup>108</sup> *Ayten Yeğenoğlu Başvurusu*, No. 2015/1685, 23/5/2018, paras. 51-59. Ayrıca bkz. *Suzi Alyüz Başvurusu*, No. 2013/679, 20/4/2016, paras. 60-63.



## 7 Adil Denge/Orantılılık ile Malikin Uğradığı Somut Zararın Miktarı

**Ölçülülük testinin son unsuru, orantılılık ya da adil denge adıyla bilinen kısımdır. Bu kısımda, malikin, mülkiyet hakkını sınırlayan müdahale sebebiyle olağandışı ve aşırı bir külfete maruz kalıp kalmadığı sorgulanır.** Bu nedenle de, adil dengenin kurulup kurulmadığının takdirinde müdahaleyle uğranılan zararın katlanılabilirliği önemli rol oynamaktadır. Zararın miktarına odaklanılan uyuşmazlıklar genellikle kontrol tipi müdahalelerden kaynaklanan mülkiyetten yararlanmanın kısıtlandığı vakalarda gündeme gelmektedir. Genel bir kural olarak, müdahaleyle ulaşılmak istenen kamu yararı ne kadar önemliyse kişinin malvarlığındaki azalmaya o derece katlanması gerektiği söylenebilir. Ancak malikin uğradığı zararın katlanılabilir olup olmadığının tespitinde, malik ve ailesinin içinde bulunduğu ekonomik durum da dikkat alınmaktadır. Yani mülkiyet hakkına kontrol tipi bir müdahale söz konusu olduğunda toplumsal hassasiyet ihmal edilmemelidir. Zaten yoksul durumdaki kişilerin malvarlığında küçük eksilmeler dahi mülkiyet hakkının ihlali sonucuna götürebilir.<sup>109</sup> Müdahale edilen malvarlığı değerinin başvurucuların geçimlerinin sağlanmasında oynadığı rol ne kadar büyükse, maruz kalınan zarara katlanma derecesi o kadar düşüktür.<sup>110</sup> Benzer şekilde malvarlığı değerlerinde azalma olan kişilerin sağlık durumları, zararın miktarının düşük olmasını önemsizleştirebilir.<sup>111</sup>

**Mülkiyet hakkına müdahalenin adil denge kurup kurmadığı ve orantılılığı tartılırken, malikin uğradığı somut zarar, müdahalenin süresi, başvurucuların niyeti ve özeni gibi vakadaki bütün faktörler göz önünde bulundurulur.** Mülkiyet hakkı çerçevesinde yapılan dengeleme testinin önemli faktörlerinden diğeri ise, malikin sistemdeki boşluk ve zayıflıklardan faydalanmaya teşebbüs edip etmediğidir.

Zararının miktarı ölçütünün bir müdahalenin ölçülülüğünün takdirindeki rolünün etkin olduğu alanların başında sosyal güvenlik pozisyonlarındaki değişikliklerin mülkiyet hakkına uygunluğu sorunsalı gelmektedir. Örneğin başvurucuların yüksek prim ödemelerine rağmen düşük emekli maaşı almalarından yakındığı *Yasemin Mutlu, Zekiye Şanlı ve Ülkü Tunca ve Diğerleri* kararlarında AYM, başvurucuların emeklilik aylıklarından tamamen yoksun bırakılmadıklarını ve aylık miktarlarının belirli bir asgari standardın altına düşmemesini gerekçe göstererek mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. AYM gerçekleştirilen mevzuat değişikliğinin başvurucuları emekli maaşlarından tamamıyla mahrum bırakmadığı, yalnızca meşru beklentilerine konu olan eksik ödemelere ilişkin alacağı elde edememek gibi sınırlı bir sonucu olduğuna ve yapılan müdahalenin sosyal güvenlik sisteminin mali yapısının korunması ve sosyal güvenlik planlaması çerçevesinde toplumun korunmaya daha muhtaç fertlerinin sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınması amacına yönelik olmakla “zorlayıcı” nite-

<sup>109</sup> *Gashi v. Croatia*, App. No. 32457/05, Judgment of 13 December 2007, paras. 41-42.

<sup>110</sup> *Devecioğlu v. Turkey*, App. No. 17203/03, Judgment of 13 November 2008, para. 40.

<sup>111</sup> *Scollo v. Italy*, App. No. 19133/91, Judgment of 28 September 1995, paras. 17, 38; *Poltorachenko v. Ukraine*, App. No. 77317/01, Judgment of 18 January 2005, para. 45.



likte bir kamu yararı taşıdığına vurgu yapmıştır.<sup>112</sup> Başvurucunun özel tavan uygulamasından ötürü kıdem tazminatının eksik ödenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü *Adnan Alver* vakasında AYM, müdahalenin kanun hükmü ve yerleşik Yargıtay içtihadına dayanan ve hukuksal anlamda eşitliği sağlamaya yönelik olduğunu dikkate alarak başvurucunun sırf farklı bir statüye geçmesi nedeniyle kıdem tazminatı alacağına azaltılması gibi bir durum söz konusu olmadığı için müdahaleyi ölçülü addetmiştir. AYM'ye göre, "mülkiyet hakkının korunması bakımından önem teşkil eden husus, başvurucunun farklı bir statüde çalışmaya başlamasından dolayı geçmiş dönemdeki hizmetleri için edindiği kıdem tazminatı alacağına ilişkin meşru beklentisinin etkilenip etkilenmediğidir."<sup>113</sup>

Benzer şekilde taşınmazın kültür varlığı olarak tescil edilmesi ve bu sebeple mülkiyet hakkının verdiği tasarruf yetkilerinin kısıtlanması veya izne bağlanmasından yakınılan başvurularda mülkiyet tamamen maliklerin elinden alınmadığı, maliklerin halen ilgili mevzuat çerçevesinde hak, muafiyet ve kolaylıklardan yararlanabildikleri ve mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kullanabildikleri için müdahale ölçülü bulunabilmektedir. Söz konusu müdahalenin ölçüsüz addedilmesi için, başvurucuların ilgili mevzuat çerçevesinde tanınan hak, muafiyet ve kolaylıklardan yararlanamadıklarını ve mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kullanamadıklarını ileri sürmeleri ve kanıtlamaları gerekmektedir.<sup>114</sup>

## 8 Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda, yukarıda anlatılan müdahale ve sınırlama rejiminin yanında bir de kamu makamlarının aktif katkısıyla hakkın korunması ve temin edilmesi meselesinden bahsetmek gerekir. **Pozitif yükümlülük olarak adlandırılan söz konusu yükümlülükler, kamu makamlarının mülkiyet hakkının içerdiği üstlenimlerin gerçekleşmesi için uygun işlem yapmalarını veya eylemde bulunmalarını gerektirir** (Anayasa m. 5 ile AİHS m. 1 desteği).<sup>115</sup>

**Kamusal makamların pozitif yükümlülükleri, genellikle usuli güvencelerin sağlanmasını gerektirir.**<sup>116</sup> Nitekim usuli güvencelerin minimum içeriği olarak bilinen maliklerin savunma ve itirazlarının etkili şekilde dinlenilmesini sağlama yükümlülüğü, devletin

<sup>112</sup> *Yasemin Mutlu Başvurusu*, No. 2013/1426, 25/3/2014, paras. 60-62; *Zekiye Şanlı Başvurusu*, No. 2012/931, 26/6/2014, paras. 61-63; *Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2012/928, 11/12/2014, paras. 62-64.

<sup>113</sup> *Adnan Alver Başvurusu*, No. 2014/5800, 9/11/2017, paras. 57-60.

<sup>114</sup> *Ahmet Bölge Başvurusu*, No. 2014/13133, 28/9/2016, paras. 62-65; *Nagihan Beken Başvurusu*, No. 2014/9998, 12/7/2016, paras. 46-53.

<sup>115</sup> *Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu*, No. 2012/1035, 17/07/2014, para. 38; *Fatma Yıldırım Başvurusu*, No. 2014/6577, 16/2/2017, para. 48; *Sefa Koşar Başvurusu*, No. 2015/18352, 10/5/2018, paras. 46-47.

<sup>116</sup> Yunus Emre Yılmazoğlu, "Vergisel Müdahalelerde Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri- Hak Arama Hürriyeti İlişkisi", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu*, 11 Mayıs 2017, Ankara, Danıştay Yayınları No:93, Basım Yılı ve Yeri: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası 2017, s. 231-291, özellikle s. 239-245.

yargısal yolları içeren etkili hukuksal bir çerçeve oluşturmasını gerektirmektedir. Bu noktada, mülkiyet hakkının sınırlanması esnasında adil dengenin kurulup kurulmadığını takdir ederken bir faktör olarak göz önünde bulundurulmuş usuli güvenceler ile kamu makamlarının hakkın ihlal edilmemiş sayılması için alması gereken tedbirleri içeren usuli güvenceler benzer niteliktedir. Pozitif yükümlülüklerin söz konusu olduğu hallerde değerlendirme tıpkı hakka müdahalede bulunulan durumlarda olduğu gibi yapılmaktadır; yani, sanki bir müdahale varmışçasına toplumun genel çıkarının gerekleri ile bireyin mülkiyet hakkının korunması arasında adil bir denge sağlanıp sağlanmadığına ve mülkiyet hakkı öznesi bireyin aşırı bir külfete maruz kalıp kalmadığına bakılır.<sup>117</sup> Bu bağlamda, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde Devletlerin belli bir takdir marjı bulunmaktadır. Mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda Devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasında keskin ayrımlar ve belirgin tanımlar yapılamaz.<sup>118</sup>

Mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda AYM, devletin maddi ve usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini de dikkate alarak sonuca varmaktadır. Tıpkı mülkiyet hakkının sınırlanmasında söz konusu olduğu gibi, öncelikle somut vakada belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığı irdelenmektedir. Bundan sonra ise, usuli güvenceler bağlamında başvuru sahibinin/malikin iddialarını yetkili makamlar önünde ortaya koyabilme imkanına sahip olup olmadığına bakılmaktadır.<sup>119</sup> Bu bağlamda mülkiyet hakkını koruyacak ve bireye yeterli güvenceler sağlayacak hukuksal mekanizmaların oluşturulması önemli noktadır.<sup>120</sup>

Pozitif yükümlülüklerin idari yargıya yansıyan uyumsuzluklardaki somut görünümlelerini kitapçığın ilgili kısımlarında spesifik konular özelinde inceleyeceğiz. **Burada son olarak söylenmesi gereken, idari yargı önüne gelen mülkiyet hakkı ihlali konulu bir uyumsuzlukta mutlaka kamu makamlarının mülkiyet hakkının korunması ve sağlanması için üzerlerine bir yükümlülük düşüp düşmediğinin ve eğer düşüyorsa bu yükümlülüğü yerine getirip getirmediğinin insan hakları hukuku standartlarına uygun şekilde incelenmesi/araştırılması gerektiğidir.**

<sup>117</sup> *Broniowski v. Poland*, para. 144; *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı v. Turkey*, App. No. 34478/97, Judgment of 9 January 2007, para. 45; *Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007, para. 34.

<sup>118</sup> *Broniowski v. Poland*, App. No. 31443/96, GC Judgment of 22 June 2004, para. 144. Nitekim bu dipnotunda zikredilen davada AİHM, Devletin hem eylem hem de ihmali şeklinde açığa çıkan tasarruflarının iç içe geçmiş olduğunu saptamıştır (para. 145).

<sup>119</sup> *Eyyüp Boynukara Başvurusu*, No. 2013/7842, 17/2/2016, para. 47.

<sup>120</sup> *Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusu*, No. 2014/12321, 20/7/2017, para. 44.

## Mülkiyet Hakkı I (Giriş ve Ruhsat/Lisans/Tahsis)

### II Mülkiyet Hakkının Konusu Olarak Ruhsat/ Lisans/Tahsis Uyuşmazlıklarının Tabi Olduğu Standartlar<sup>121</sup>

#### 1 Malvarlığı Değeri Olarak İşletme Ruhsatları, Lisanslar, Mesleki Unvan ve Ayrıcalıklar ile Müşteri Çevresi

Yukarıda mülkiyet hakkına insan hakları hukuku açısından nasıl yaklaşılacağına açıkladığı kısımda ifade edildiği üzere, anayasal mülkiyet hakkı ticari işletme ruhsatları, lisanslar ve hatta mesleki unvan ve ayrıcalıkları kapsamaktadır. O kadar ki, sırf bir yeri kullanmaya imkan veren tahsisler dahi, tahsis sahibine verdiği hizmet veya yaptığı iş ile bağlantılı olarak müşteri çevresi geliştirmeye imkan verdiğinden anayasal mülkiyet hakkı içerisinde görülmektedir. Bu bağlamda müşteri çevresi kavramı geniş algılanmakta; gelir kaybı, işletme ruhsatları, müşteri çevresi, genel olarak ticari itibar gibi unsurlar her bir uyuşmazlık özelinde bir bütün olarak ele alınarak yığınsal bir değerlendirme temelinde mülkiyet hakkının uygulanabilir olup olmadığına karar verilmektedir.<sup>122</sup>

Bilindiği üzere, bir ticari faaliyetin görülmesinde ve ticari işletmenin faaliyetinde ruhsatlar ve lisans son derece önemlidir. Ruhsat/lisans elde edilmeden o ticari faaliyet yasal olarak yapılamaz. Bir ticari işletme bu ruhsatlara/lisanslara bağlı olarak belli bir müşteri çevresi edinir ve ticari itibar kazanır. Bu tip ruhsatlar/lisanslar ticari işletmenin malvarlığı değerleri arasındadır. Bu sebeple ruhsatlar/lisanslar mülkiyet hakkı kapsamına girerler. -AİHM kararlarına konu olmuş **alkollü içki satış ruhsatı**<sup>123</sup>, **tekel bayi ruhsatı**<sup>124</sup>, **duty-free işletme ruhsatı**<sup>125</sup>, **internet servis sağlayıcısı ruhsatı**<sup>126</sup>, **ma-**

<sup>121</sup> Bu metin, H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Nisan 2018, s. 43-49, 111-113, 151-152, 179-185 ve 188-189'dan alınmış olup son kararlar ve gelişmeler ışığında güncellenmiştir.

<sup>122</sup> H. Burak Gemalmaz, **AİHS'de Mülkiyet Hakkı**, s. 350-373.

<sup>123</sup> *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, App. No. 10873/84, Case No.4/1988/148/202, Judgment of 7 July 1989, Series A 159.

<sup>124</sup> *Vekony v. Hungary*, App. No. 65681/13, Judgment of 13 January 2015, paras. 29-30.

<sup>125</sup> *Bimer S. A. v. Moldova*, App. No. 15084/03, Judgment of 10 July 2007, paras. 49-51.

<sup>126</sup> *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, paras. 62-64.

**den işletme ruhsatının ve maden işletme izni<sup>127</sup>, ithalat izni<sup>128</sup>, yayın lisansı<sup>129</sup>, taksi işletme ruhsatı<sup>130</sup>, sürücü ehliyeti kursu lisansı<sup>131</sup>, bankacılık işlemleri yapma lisansı<sup>132</sup> örnek olarak gösterilebilir. Hatta bir ruhsat/lisans olmaksızın sırf bir muhitte uzun yıllar yürütülen işletme faaliyeti kapsamında elde edilen müşteri çevresi dahi aynı kapsamında korunmaktadır.<sup>133</sup>**

**Mesleki unvan ve ulusal hukuk düzleminde bu unvana tanınlanmış/eklemlenmiş mesleki ayrıcalıklar/imtiyazlar müşteri çevresi kapsamında değerlendirilmektedir ve mülkiyet hakkının koruma şemsiyesinden yararlanmaktadır.** Mesleki unvanla müşteri çevresini kesiştiren bu vakalarda başvuru-uların tacir olması ve başvurunun konusunun ticari işletmeyle bağlantılı olması zorunlu değildir. Muhasebecilik<sup>134</sup>, avukatlık<sup>135</sup>, doktorluk<sup>136</sup> bu tip mesleki unvanlara örnek gösterilebilir.

Anayasa Mahkemesi (AYM) de işletme ruhsatları ve müşteri çevresi ile mesleki unvanlara bağlı imtiyazların mülkiyet hakkının maddi kapsamında olduğu hususunda AİHM'le aynı yaklaşımı paylaşmaktadır. **Bu doğrultuda, işletme ruhsatlarının mülkiyet hakkı kapsamında girdiği, ruhsat ve izinlerin iptal edilmesinin/uzatılmamasının o işletmenin ticari itibarı ve değerine olumsuz etkide bulunmakla mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği ifade edilmektedir. AYM önüne bankacılık lisanslarından<sup>137</sup> maden çalışma ruhsat ve izinlerine (kalker ocağı)<sup>138</sup>, müşterek bahis oyunları bayi ruhsatından (bayilik sözleşmesi)<sup>139</sup> eczane ruhsatnamesine<sup>140</sup>, dahilde işleme izin**

<sup>127</sup> *Fredin v. Sweden*, App. No. 12033/86, Case No.29/1989/189/249, Judgment of 18 February 1991, Series A No. 192, para. 40.

<sup>128</sup> *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland*, App. No. 51728/99, Judgment of 28 July 2005, para. 49.

<sup>129</sup> *Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy*, App. No. 38433/09, Judgment of 7 June 2012.

<sup>130</sup> *Donprut S.R.L. v. The Republic of Moldova*, App. No. 45504/09, Judgment of 21 July 2015, para. 22.

<sup>131</sup> *Bercut S.R.L. v. Moldova*, App. No. 32247/07, Judgment of 6 December 2011.

<sup>132</sup> *Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No. 49429/99, Judgment of 24 November 2005, para. 130.

<sup>133</sup> *Iatridis v. Greece*, App. No.31107/96, Judgment of 25 March 1999, para. 54.

<sup>134</sup> *Van Marle and others v. Netherlands*, App. No. 8543/79-8674/79-8675/79 ve 8685/79, Judgment of 26 June 1986, Series A No. 101.

<sup>135</sup> *Buzescu v. Romania*, App. No. 61302/00, Judgment of 24 May 2005, paras. 82-83.

<sup>136</sup> *Malik v. The United Kingdom*, App. No. 23780/08, Judgment of 13 March 2012.

<sup>137</sup> *Halis Toprak ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/4488, 23/3/2016, paras. 45-46. Bu vakada AYM banka kurma ve işletme lisansını mülkiyet hakkı kapsamında görmekle birlikte, başvuru-uların sahip olduğu hisselerin de malvarlığı değeri olduğunu vurgulamıştır.

<sup>138</sup> *Ak Demirtaş Madencilik Nakliyat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu*, No. 2014/1989, 15/6/2016, para. 36.

<sup>139</sup> *Hidayet Metin Başvurusu*, No. 2014/7329, 6/4/2017, paras. 36-40. AYM burada Spor Toto teşkilatı mevzuatını ayrıntılı değerlendirerek, müşterek bahis oynatma ruhsatının Spor Toto teşkilatıyla yapılan sözleşmeye bağlı olarak verildiğini, anılan sözleşmenin feshinin ruhsatın da iptali anlamına geldiğini belirtmiştir. AYM'ye göre, bayilik sözleşmesi akdedilmesi suretiyle verilen bir ruhsata dayalı olarak yürütülen müşterek bahis oynatma imtiyazı ekonomik bir değer taşımaktadır.

<sup>140</sup> *Ahmet Bal Başvurusu*, No. 2015/19400, 11/6/2018, para. 36.

belgesinden<sup>141</sup> maden ruhsatına<sup>142</sup> çeşitli ruhsat/izin/lisans türlerine bağlı uyumsuzlukların geldiği görülmektedir.

**Hatta idare hukukunda ruhsat veya lisans gibi bir belgeye tabi olmayan tahsisler ve bu tahsis sayesinde oluşan müşteri çevresi ve elde edilecek gelir dahi, şartları varsa, mülkiyet hakkı kapsamındadır.** Örneğin meyve sebze halinde belediye tarafından yapılan iş yeri tahsisinin 17 yıl 8 ay kesintisiz ve ücret karşılığı süren kullanımdan sonra iptal edilmesinden yakınılan bir vakada, tahsis temelinde kullanılan işyerlerinin müşteri çevresi ve ticari itibar oluşturması nedeniyle malvarlığı değeri olarak ele alınması gerektiğini hükme bağlanmıştır.<sup>143</sup> Benzer şekilde, yaklaşık 30 yıl kullanıldıktan sonra ihalesiz şekilde verildiği için Sayıştay tarafından hukuka aykırı addedilmesini müteakip kaldırılan minibüs hattı tahsisi de mülkiyet hakkı tarafından korunmaktadır. Zira bu süreç içerisinde idare bu tahsis için işgaliye harcı ve benzeri ücretler karşılığında başvuruçulara yer göstermiş, faaliyetlerini kolaylaştıracak çeşitli imkanlar tanımış, lehdarlar bir müşteri çevresi geliştirip gelir elde etmişlerdir. İdarenin bu tasarrufları, başvuruçular nezdinde meşru bir beklenti yaratmaktadır. Dolayısıyla bu tahsisin iptalinin hukuka uygunluk denetiminde mülkiyet hakkı standartları dikkate alınmak zorundadır.<sup>144</sup>

**Mesleki imtiyazların da anayasal mülkiyet hakkı kapsamında görüldüğü çeşitli AYM kararları bulunmaktadır.** Uzun yıllardır yapmakta olduğu sigorta prodüktörlüğü unvanını yenilemek isteyen başvuruçunun talebinin yeni mevzuatta bu yönde bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle reddi sebebiyle yaptığı bireysel başvuruda AYM, sigorta prodüktörlüğü belgesinin müşteri çevresi ve mesleki itibar sağlamakla sigorta prodüktörlüğü belgesinin malvarlığı değeri teşkil eden şahsi bir hak niteliğinde olduğuna karar vermiştir.<sup>145</sup> Mesleki imtiyazlara ilişkin yeni bir kararında AYM, başvuruçunun ikrazatçılık yapma (yasal ödünç para verme) izninin AY. m. 35 anlamında mülk teşkil ettiğini hükme bağlamış ve bu iznin kanunla kaldırılmasının/yenilenmemesinin ölçülü bir müdahale olup olmadığını incelemiştir. AYM'ye göre, ikrazatçılık faaliyetinin bir müşteri çevresi ve mesleki itibar sağladığı, bunun ise başvuruçudan şahsi bir hak ve ekonomik bir mal varlığı değeri ifade ettiğinden tereddüt edilmemelidir.<sup>146</sup>

<sup>141</sup> *Reyyan İç ve Dış Ticaret Limited Şirketi Başvurusu*, No. 2014/17588, 28/09/2016, para. 44. AYM, "dahilde işleme izin belgesi"ni dahi, ihracatı teşvik amacıyla ithali gümrük vergisine tabi ara mallara veya girdilere, ilgili düzenlemelere ve taahhüde uyulması ve ihraç edilecek ürünlerde kullanılmaları kaydıyla gümrük vergisi muafiyeti ve kolaylığı getiren Dış Ticaret Müsteşarlığı'nca düzenlenen bir belge olması ve vergi muafiyeti sağlaması sebebiyle mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmiştir.

<sup>142</sup> *Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/1301, 30/12/2014.

<sup>143</sup> *İsmail Akçayoğlu Başvurusu*, No. 2014/1950, 13/09/2017, paras. 24-26, 33. Ancak AYM, somut olayda sadece iptal davası açıldığı, tam yargı davası açılmadığı için başvuru yollarının tüketilmediğine karar vermiştir (bkz. para. 38).

<sup>144</sup> *Cafer Sezgin ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2018/20720, 7/4/2021, para.33.

<sup>145</sup> *Sertaç Malik Eskişehirli Başvurusu*, No. 2014/5659, 20/07/2017, para. 35.

<sup>146</sup> *Ohannes Tomarcı Başvurusu*, No. 2015/18992, 28/6/2018, para. 37.

Netice itibariyle, bir ticari faaliyet ya da işin sürdürülmesi anayasal mülkiyet hakkı niteliğinde olup bu gelir getirici faaliyetin iptaller, regülasyonlar veya bir başka formattaki düzenlemeler yoluyla geçici durdurulması veya sınırlandırılması ile kalıcı olarak iptal edilmesi mülkiyet hakkına müdahale olarak değerlendirilmektedir.<sup>147</sup>

## 2 Ruhsat/Lisans İptalleri veya Ruhsatın/Lisansın Uzatılmamasından Kaynaklanan Müdahalelerde Uygulanacak Kural

Ticari işletme ruhsatlarının, lisansların tahsislerin veya işletme sözleşmelerinin iptali tipi müdahaleler genellikle mülkiyetin kontrolü niteliğindeki 3. Kural kapsamında değerlendirilmektedir. Burada ruhsat/lisans/tahsis/sözleşme iptali tipi müdahalenin sonucundan ziyade amacına odaklanılmaktadır. Örneğin aranan koşullara uyulmaması sebebiyle eczane ruhsatının iptali, kamu sağlığı bakımından büyük önem taşıyan eczacılık hizmetlerinin regülasyonunu amaçlayan bir tedbir olarak mülkiyetin kontrolü türü müdahale niteliğindedir.<sup>148</sup> Benzer şekilde spor toto bayiliği ruhsatının bayilik sözleşmesinin feshi sebebiyle iptali müşterek bahis sektörünün regülasyonu amacına veya minibüs hattı tahsisinin iptali standart oluşturmak ve sektörde faaliyette bulunmak isteyenler için rekabet ortamı yaratmak amacına matuf olması 3. Kural kapsamında değerlendirilmesi gereken bir müdahale tipidir.<sup>149</sup> Dahilde işleme izin belgesinin iptal edilmesi de aynı perspektifle ele alınmaktadır.<sup>150</sup>

**Bir mesleği yapmayı sağlayan unvanlar ve imtiyazların iptali mülkiyetin kontrolü niteliğinde (3. Kural) görülmektedir.** Yeni yürürlüğe giren kanunla sigorta üreticiliği belgesinin geçerliliğinin kalkmasının başvurusunun mesleki faaliyeti ve müşteri çevresi ile gelirlerine olumsuz etkileri olacağından mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil ettiğini kabul etmekle birlikte bu müdahalenin sigortacılık sektörünün etkin şekilde işlemlerini sağlamak amacına yönelik olduğunu saptayarak 3. Kuralın uygulanabilir olduğuna karar verilmiştir.<sup>151</sup> İkrazatçılık yapma izninin kanunla kaldırılmasının başvurusunun gelirleri ile müşteri çevresine olumsuz etkilerinin ölçülü bir müdahale teşkil edip etmediği, müdahalenin finans sektörünün etkin şekilde işlemlerini sağlama amacına yönelik olması sebebiyle 3. Kural çerçevesinde incelenmelidir.<sup>152</sup>

<sup>147</sup> *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, App. No. 44460/16, Judgment of 7 June 2018, paras.85-91.

<sup>148</sup> *Ahmet Bal Başvurusu*, No. 2015/19400, 11/6/2018, para. 39.

<sup>149</sup> *Hidayet Metin Başvurusu*, No. 2014/7329, 6/4/2017, para. 41 (spor toto bayiliği ruhsatının iptali); *Cafer Sezgin ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2018/20720, 7/4/2021, para.36 (minibus hattı tahsisinin iptali).

<sup>150</sup> *Reyyan İç ve Dış Ticaret Limited Şirketi Başvurusu*, No. 2014/17588, 28/09/2016, para. 48.

<sup>151</sup> *Sertaç Malik Eskişehirli Başvurusu*, No. 2014/5659, 20/07/2017, para. 37.

<sup>152</sup> *Ohannes Tomarcı Başvurusu*, No. 2015/18992, 28/6/2018, para. 39.



Ruhsat iptalleri ve mesleki imtiyazların kaldırılmasına 3. Kuralın uygulanıyor olmasına bağlanan sonuçlar olacağı hemen akla gelecektir. Zira mülkiyet hakkına müdahalede 3. Kuralın uygulanır olması, mülkiyet hakkının sınırlanması rejimine hakim olan inceleme standartlarının zayıflamasına, kamu makamlarının takdir marjının artmasına yol açabilmektedir. Her ne kadar 3. Kural kapsamında değerlendirilen müdahaleler özelinde de kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük testleri cari olsa da, bu testlerden meşru amaç ve ölçülülük testlerinin yoğunluk derecesi, 1. ve 2. Kuralların kapsamına girdiği kabul edilen müdahalelerden daha düşük seviyede kalabilmektedir.

**Ancak, işletme sözleşmesi ve ruhsat iptali tipi müdahaleler genellikle mülkiyetin kontrolü niteliğindeki 3. Kural kapsamında değerlendirilmekteyse de, bu durum başvurularda ruhsat iptalinden ötürü tazminat verilmemesinin her durumda ölçülü görüleceği anlamına gelmez.** Nitekim aşağıda “İdari Makamların Tutarlılığı ve Haklı Beklentilerin Korunması” başlığı altındaki açıklamalar ruhsat/lisans/tahsis iptalinden ötürü tazminat verilmemesinin ölçüsüz sayılacağı halleri göstereceği gibi AİHM de işletme ruhsatının iptaline ilişkin *Megadat.Com SRL* kararında adil denge- nin sağlanması zorunluluğunu aramıştır. O kadar ki, AİHM bu kararda açıkça, ulusal yargı makamlarından, kendisinin P1-1 için geliştirdiği muhakemeyi kullanmasını beklemektedir.<sup>153</sup>

### 3 Müdahalenin Kanunla Öngörülmesi/Hukuki Dayanağı Olması Koşulu Açısından Ruhsat/Lisans/Tahsis İptalleri

Mülkiyet hakkına bir müdahale söz konusu olduğunda ilk incelenecek koşul olan kanunilik testi, ruhsat/lisans/tahsis iptallerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda hassasiyetle ele alınmalıdır. **İlgili idarelerin tasarruflarıyla yakından ve doğrudan alakalı olduğu için ruhsat iptali tipi müdahalelerde, kanunilik testinin ihlal edilebildiği ve idari yargının bunu gözden kaçırabildiği gözlemlenmektedir.** Örneğin yabancı yatırımcıların işletme ruhsatlarının iptal edilmesinden yakınılan *Bimer* vakasında AİHM, Amerika ile Moldova arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasını vurgulayarak, başvuru şirketi haklı gören istinaf mahkemesi kararını kendisine temel almış ve yeterli inceleme yapmayıp başvuruçunun bütün iddialarını değerlendirmeyen yüksek mahkeme kararının ruhsat iptali müdahalesinin kanunilik unsurunu karşılamadığı sonucuna varmıştır.<sup>154</sup>

**Ayrıca, bazı vakalarda yargı makamlarının aslında ruhsata müdahale etme yetkisine sahip olup olmadığı tartışmalı makamların yetkisini kabul etmesi de öngörülebilirlik ve belirlilik açısından sorunlu görülmektedir.** Örneğin kumar oynatma lisansının aslında bu konuda açık bir düzenleyici yetkiye sahip olmayan Bakanlar Kurulu tarafından askıya alınmasının bu yetkinin Anayasa’da Bakanlar Kurulunda mündemiç olduğu gerekçesiyle yargı tarafından sorunsuz addedilmesini AİHM, mevzuatta ruhsatın askıya alınma koşullarının sayılmamış olması, yargı tarafından işaret edilen

<sup>153</sup> *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, paras. 73-74.

<sup>154</sup> *Bimer S. A. v. Moldova*, App. No. 15084/03, Judgment of 10 July 2007, paras. 50-60.



insan sağlığını tehlikeye dūřürme (yangın) gerekçesinin spesifik bir işletme özelinde olmayıp bütün ruhsatların iptali için kullanılmış olması ve nihayet yürütmenin sahip olduğu varsayılan bu için yetkinin sınırsız ve karşı güvence önlemlerini içermeyen bir takdir yetkisi vermiş olması nedenleriyle kanunilik koşuluna aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>155</sup>

**Diğer yandan, ruhsat iptaline veya verdiği yetkilerin sınırlandırılmasına dayanak olan tasarrufların keyfi müdahaleye karşı korunmayı sağlayacak uygun usuli güvenceleri içerip içermediği, kamu makamlarının bu noktada ulusal hukuktaki meseleye uygulanabilir hükümlerin, icraları esnasında yeterli şekilde erişilebilir, belirli ve öngörülebilir olmasını temin edecek ve hak sahiplerinin etkili şekilde itiraz edebilmelerine imkan tanıyan bir hukuk sistemi kurup kurmadığı denetlenmelidir.**<sup>156</sup>

Kanunilik koşulu bağlamında son olarak, müdahaleye dayanak olan mevzuat ve işlemlerin belirsizliğinin kimi hallerde müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmasında bir faktör olarak rol oynayabileceğini hatırlatıyoruz.<sup>157</sup>

## 4 Ölçülülük Testi (Usuli Güvenceler, İyi Yönetişim Düsturu, İdari Makamların Tutarlılığı ve Haklı Beklentilerin Korunması)

Bu kitapçığın yukarıdaki kısmında ölçülülük testinin genel olarak nasıl bir fonksiyon ifa ettiğini ve somut unsurları açıklanmıştı. Burada ise bu fonksiyonun ve unsurların, ruhsat/lisans/tahsis iptali tipi müdahalelerde nasıl işlev görüp somutlaştığı açıklanacaktır. Özellikle, ruhsat/lisans/tahsis iptali tipi müdahalelerde 3. Kural uygulanmasına rağmen tazminat verilmemesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği örnekler gösterilecektir.

### 4.1 Gereklilik

*Rosenzweig ve Bonded Warehouses* kararı, gereklilik ve orantılılık unsurları açısından ölçülülük testinin ruhsat iptalleri tipi uyuşmazlıklarda nasıl uygulandığı hakkında güzel bir örnek teşkil etmektedir. AİHM başvurucu şirkete yönelik ruhsat iptalinin en ağır ve şedit müdahale olup işletmenin ticari faaliyetine son vereceğini ve ulusal makamların mevzuat uyarınca neden en ağır yaptırımını tercih ettiklerinin açıklanamadığını vurgulamıştır. Ulusal makamların başvurucu şirkete atfettiği bir hatalı tasarrufun, vergi usulsüzlüğünün veya kötü niyetin de bulunmadığı süreçte işletme ruhsatının iptal edilmesi ölçülülük/adil denge ilkesine aykırı bulunmuştur. Bu davada AİHM, bütün yargısal süreçte başvurucuların lehine karar vermesinde muhatap Hükümetin başvu-

<sup>155</sup> *Svit Rozvag, Tov and Others v. Ukraine*, App. Nos.13290/11 and 2 Others, Judgment of 27 June 2019, paras.158-164.

<sup>156</sup> *Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy*, App. No. 38433/09, Judgment of 7 June 2012, paras.144-156, 187-189.

<sup>157</sup> *Gospodaria Taraneasca Chiper Terenti Grigore v. The Republic of Moldova*, App. No.71130/13, Judgment of 2 June 2020, paras.37-40.



ruhuların ruhsatının yetkili kamu makamları tarafından iptali kararının haklı gerekçelerini sunmadığını vurgulamıştır.<sup>158</sup>

Anayasa Mahkemesi ise Toprakbank kararında oldukça ayrıntılı bir ölçülülük/adil denge incelemesi yaparak, bankaya el koyma tasarrufunun mülkiyet hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir. O kadar ki, AYM el koymadan daha hafif daha az sınırlayıcı tedbirlerin alıp alınmadığını dahi dikkate almıştır. Bankanın mali ve idari durumunun düzeltilmesi amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasına yönelik resmi uyarıların verilen süre içerisinde yerine getirilmemesi sebebiyle büyüyen zarar, piyasaların sağlıklı işlemesi ve mudilerin haklarının korunması amacıyla TMSF'ye devri haklılaştırmaktadır.<sup>159</sup>

## 4.2 Tazminat ve Orantılılık

İşletme sözleşmesinin veya ruhsatın iptali tipi müdahalelerde hak sahiplerinin geçim imkanları ile ailevi durumları göz önünde bulundurulmalıdır. **İşletme sözleşmesi ve ruhsat iptali tipi müdahaleler mülkiyetin kontrolü niteliğindeki 3. Kural kapsamında değerlendirilmekteyse de, bu durum başvuruçulara ruhsat iptalinden ötürü tazminat verilmemesinin ölçüsüz olmayacağı anlamına gelmez; ölçüsüz, ayrımcı ve keyfi bir kontrol tipi müdahale mülkiyetin korunması gerekliliğine uygun düşmez. Ruhsat iptalleri söz konusu olduğunda yetkili makamlar hassas ve tutarlı bir siyasa takip etmeli, müdahaleden etkilenenlerin yeni duruma adaptasyonu için mevzuatta geçiş hükümleri öngörmelidir.** Aksi halde, müdahaleden etkilenenlerin aşırı bir külfet altında kalacakları söylenebilir ve böyle bir külfet orantısız olup mülkiyet hakkını ihlal eder. Bu noktada idari makamlar ile yasama organının tutarlılığı ile yaratılan haklı beklentilerin korunması özellikle belirleyici önemdedir.

## 4.3 İdari Tutarlılık ve Haklı Beklentilerin Korunması

AİHM'in çok sayıda kararında idari makamların istikrarsız tutumları, mülkiyet hakkının ihlal edilmesine yol açmıştır. *Stretch* vakasını da burada zikretmek yerinde olur. Bu davada ihlal sonucuna varılmasında AİHM'in şikayetçinin 22 yıllık sürede sözleşmenin üzerine düşen bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğunu ve idarenin ancak son aşamada yetki aşımı itirazını dile getirdiğini saptamış olması rol oynamıştır.<sup>160</sup> Benzer şekilde *Dacia S.R.L* vakasında AİHM özelleştirme ihalesinin yetkili makamlar tarafından belirlenen kurallar doğrultusunda yapıldığını, fiyatın buna göre belirlendiğini, başvuruçucu şirketin kamusal makamlar karşısında eşitsiz durumda olduğunu ve bunlar tarafından konulan bütün kuralları kabul ettiğini, dört yıl sonra satışın hatalı olduğu ve bedelin yetersiz olduğu gerekçesiyle ihalenin (ve bağlı satışın) iptal edildiğini, bu nedenle kamu makamlarının keyfi bir yetki kullandığını, zamanında ve uygun şekilde tutarlı olarak tasarrufta bulunmadığını karara

<sup>158</sup> *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland*, App. No. 51728/99, Judgment of 28 July 2005, paras.56-63.

<sup>159</sup> *Halis Toprak ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/4488, 23/03/2016.

<sup>160</sup> *Stretch v. the United Kingdom*, Judgment of 24 June 2003, paras. 40-41.



bağlamıştır. AİHM'e göre başvuru şirkete atfedilemeyecek sebeplerle ihalenin (ve bağlı satışın) yıllar sonra iptal edilmesi adil dengeyi sağlamaktan uzaktır. Yetkili kamu makamlarının ihaleyi yapmaktaki yetki aşımının sorumlusu başvuru şirket olmadığı gibi bunun külfetine katlanacak olan da muhatap Devlettir.<sup>161</sup> Ruhsat iptalini konu alan *Megadat.Com SRL* davasında ise internet servis sağlama ruhsatı iptal edilen şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varırken AİHM, yetkili kamu makamlarının tasarruflarını özel ve ayrıntılı olarak analiz etmiş ve başvuruda ruhsatın uzatılacağına dair bir izlenim yarattıklarını tespit etmiştir. AİHM'e göre bu durum, idarenin zamanında, uygun şekilde ve tutarlılıkla tasarrufta bulunma yükümlülüğünün ihlalidir.<sup>162</sup>

Daha yeni kararlarda ise bu ilkelerin nasıl uygulandığının güzel örneklerini bulmak mümkündür. Örneğin kumarhane işletme ruhsatlarının iptali nedeniyle yapılan bir başvuruda, süresinden önce mevzuatta yazılı hiçbir nedenin somut olayda bulunmamasından ötürü mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Zira mevzuatta aranan şartları yetine getirerek iyi niyetli belirli süreli ruhsat edinmek ve bunu yine iyi niyetli ve özenli şekilde kullanmakla başvuru sahipleri, bu sürenin sonuna kadar ruhsatın kendilerine verdiği imkan ve imtiyazlardan yararlanacakları yönünde haklı bir beklentiye girmiştir. Böyle bir beklentiye yasama organı mevzuatı değiştirerek müdahale ederse, ruhsatlarını kullanamadıkları zaman için başvuru sahiplerinin belirli bir formatta tazminat hakları doğar. Eğer yasama böyle bir müdahalenin kaçınılmaz olduğuna karar vermişse, her halükarda bu gereklilik ile ruhsat sahiplerinin hakları arasında başta daha az sınırlayıcı tedbirleri tercih etmek üzere denge sağlayacak önlemler almak ve yeterli zaman vermek zorundadır. En azından neden daha az sınırlayıcı önlemleri neden tercih etmediğini ve ruhsat iptallerine yönelik ağır tedbirleri neden çok kısa bir zaman dilimi içerisinde uygun geçiş hükümleri getirmeden yürürlüğe koyduğunu ikna edici şekilde açıklamakla mükelleftir. Ki bu noktada yasama tarafından getirilen böyle bir değişikliğin, yasamanın konuya ilişkin önceki politikalarıyla aynı yönde olup olmadığı dahi sorgulanmaktadır. Zira eğer yasamanın kumar oynatma ruhsatlarının süresinden önce iptaline yönelik mevzuat değişikliği, daha önceki politikasından farklı yönde ise bu durumda ruhsat sahipleri bakımından işletmelerinin süregideceği yönünde haklı beklenti yaratılmış olur. Bu haklı beklentinin tazminat verilmeksizin veya benzeri bir mali giderimde bulunulmaksızın ve yukarıda açıklanan uygun geçiş dönemi öngörülmezsizin zarar görmesi, mülkiyet hakkını ihlal eder.<sup>163</sup>

**Sonuç olarak özetlemek gerekirse, özellikle ticari operasyonu durduran, ticari faaliyetleri kısıtlayan müdahalelerde, hak sahiplerinin kendilerini yeni duruma adapte edecek geçiş dönemi tanınmaması veya bu geçiş döneminin yeterli bir zaman içermemesi mülkiyet hakkının ihlaline yol açmaktadır.**<sup>164</sup>

<sup>161</sup> *Dacia S.R.L. v. Moldova*, App. No. 3052/04, Judgment of 18 March 2008, paras. 63-66.

<sup>162</sup> *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, paras. 70-72.

<sup>163</sup> *Svit Rozvag, Tov and Others v. Ukraine*, App. No. 13290/11 and 2 Others, Judgment of 27 June 2019, paras.171-181.

<sup>164</sup> *Vekony v. Hungary*, App. No: 65681/13, Judgment of 13 January 2015, paras. 33-37; *Svit Rozvag, Tov and Others v. Ukraine*, App. No.13290/11 and 2 Others, Judgment of 27 June 2019, paras.171-173; *Ohannes Tomarcı Başvurusu*, No. 2015/18992, 28/6/2018, paras. 49-53.

Bu noktada, ruhsat iptali yerine askıya alma veya bir sektörde geçici çalışma yasakları gibi geçici tedbirler alındığında orantılılık bakımından varılacak sonucun değişebileceğini not etmek gerekir. Ancak böyle bir olasılıkta da, tedbirin özünde geçici olup olmadığının iyi tartılması, basitçe mevzuatta veya idari işlemdeki görünüşle yetinilmeyip gerçek durumun araştırılması ve bu geçici dönemde ruhsat sahiplerinin görecekları zararın miktarının dikkate alınması adil dengenin sağlanıp sağlanmadığının tartımında dikkate alınmalıdır.<sup>165</sup>

## 5 Ruhsat İptali ya da Uzatılmamasının Başvurucuların Geçim İmkanlarına Etkisi ve Zararı Hafifletici Önlemler

**Özellikle geçim imkanlarının kaybedilmesine yol açan ruhsat iptalleri, kontrol tipi bir müdahale olsa dahi 3 kural arasındaki bütünsel ve tamamlayıcı ilişki temelinde Devletin tazminat verme pozitif yükümlülüğünü doğurabilmektedir.**

2015 tarihli *Vekony* kararında AİHM'in ruhsat iptallerinde müdahale kontrol tipi olmasına belirleyicilik atfetmeden tazminat yoksunluğunu ölçüsüz bulduğunu hatırlatabiliriz. Anılan vakada başvurucunun aile işletmesinin sahip olduğu tütün ürünleri satma ruhsatı kanunla iptal edilmiş, bu nedenle cirosu üçte bir oranında azalmış ve bu durum nihayetinde işletmenin tasfiyesine yol açmıştır. AİHM'e göre böylesine ciddi mali sonuçları olan bir önlem, başvurucunun ruhsattan kaynaklanan mülkiyet hakkına ağır bir müdahale teşkil etmektedir. Her ne kadar ruhsat iptali ve yeni ruhsat verilmemesi mülkiyetten yoksun bırakma niteliğinde olmayıp kontrol niteliğinde bir müdahale ise de ve bu nedenle yoksun bırakmalarda geçerli olan tazminat faktörü zorunlulukla aranmamaktaysa da, ölçüsüz ve keyfi bir kontrol tipi müdahale mülkiyetin korunması gerekliliğine uygun düşmez. Ruhsatın iptaline yol açan kanunun geçiş hükümlerini inceleyen AİHM, başvurucuya tanınan sürenin çok kısa olduğunu, 20 yıl boyunca tütün satışından yararlanan bir işletme bakımından bu kadar kısa geçiş süresinin yetersiz kaldığını not etmiştir. AİHM'e göre, ruhsat iptalleri söz konusu olduğunda yetkili makamlar hassas ve tutarlı bir siyasa takip etmelidirler. Bu noktada usuli güvenceler ve başvurucunun tasarrufları da göz önünde bulundurulur. Somut olayda başvurucunun ruhsatı tazminat verilmeksizin ve yargısal telafi/giderim imkanı olmaksızın iptal edilmiştir. Ruhsat sahiplerinin geçim kaynaklarındaki bu değişime adapte olmaları için gerekli düzenlemeleri yapmak üzere verilen süre çok kısadır. Üstelik bu süre zarfında, mağdur olan kişilere makul bir tazminatın sağlanması gibi bir pozitif yükümlülüğe de yer verilmemiştir. Ayrıca başvurucunun işletme kapsamındaki tasarruflarında hukuka aykırı bir durum da bulunmamaktadır. Ruhsat iptali kanunla ivedi şekilde getirilmiş olup otomatik sonuç doğurmaktadır. Yeni ruhsat temin edilememesi herhangi bir hukuki yola/denetime tabi olmadığı gibi herhangi bir şeffaf ölçüde de bağlanmamıştır. Uzun yıllar tütün satma ruhsatına sahip olmaya hiçbir değer verilmemiştir. Sonuç olarak, geçim imkanını kaybeden

<sup>165</sup> *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, App. No. 44460/16, Judgment of 7 June 2018, para.122; *Svit Rozvag, Tov and Others v. Ukraine*, App. No:13290/11 and 2 Others, Judgment of 27 June 2019, para.175.

başvurucu kontrol tipi önlemin yol açtığı aşırı külfetten muzdarip olup mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.<sup>166</sup>

Taksi işletme ruhsatının iptalini konu edinen *Donprut S.R.L* vakasında AİHM, başvuru- cu şirketin bürokratik hatasının (usuli gereğe aykırı hareket) bir zarar doğurduğunun gösterilemediğini, böylesine önemsiz/zararsız bir ihmalden ötürü taksi işletme ruhsatının iptali gibi bir önlemin çok ağır olduğunu tespit etmiştir. AİHM'e göre ruhsat iptali ve bu işlemin yargı tarafından onayı işletmenin tasfiyesine yol açtığından sadece işletmeciyi etkilememekte, aynı zamanda 90 civarı çalışanın da işsiz kalmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla adil denge sağlanamamış, başvuru- cu şirketin mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.<sup>167</sup>

Bu noktada örnek teşkil edebilecek bir başka davada ise, benzer konumdaki diğer 91 şirketten farklı olarak internet servis sağlama ruhsatı iptal edilen şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varırken AİHM, ayrımcılık unsurunu açıkça bir ölçüt olarak kullanmıştır. Hükümetin bu ayrımcılığı meşrulaştırmak için geliştirmeye çalıştığı argümanları dosya münderecatına dayanarak savuşturan Mahkeme, diğer gerekçelerle birlikte mülkiyet hakkının ihlal edildiği bulgusuna ulaşmıştır.<sup>168</sup>

### **Yukarıdaki bütün bu ilkelerin kümülatif şekilde nasıl uygulandığını Anayasa Mahkemesinin en yeni kararlarından takip etmek mümkündür:**

Yeni yürürlüğe giren kanunla sigorta prodüktörlüğü belgesinin geçerliliğinin kalkmasının mülkiyet hakkının ihlalini teşkil ettiğinin ileri sürüldüğü başvuruda AYM, başvuru- cunun kendi uzmanlık alanında faaliyet göstermesinin engellenmediğini, başvuru- cunun alanında sahip olabileceği diğer unvanlar doğrultusunda işini yapmaya devam edebileceğini belirterek müdahaleyi ölçülü bulmuştur. AYM ayrıca başvuru- cunun yakındığı müdahalenin genel nitelikli bir kanuni düzenlemeden kaynaklanmakla (sigorta alanında artık ihtiyaç kalmadığı değerlendirilen meslek unvanının kaldırılması) “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ve yarara” yönelik olduğunu dikkate almıştır.<sup>169</sup> Burada hak sahibinin maruz kaldığı zararın boyutları ile geçim imkanlarına etkisi göz önünde bulundurulmuştur.

Mülkiyeti kendilerine ait taşınmazda kum-çakıl ocağı işletmek amacıyla yaptıkları ruhsat başvurusu reddedilen kişilerin yaptığı bireysel başvuruda AYM, tarım arazilerinin ve toprağın korunmasına yönelik sınırlamanın ölçülü olduğuna karar vermiştir. AYM bu kararı verirken, ruhsat talebinin reddinin (müdahale) başvuru- cuların sahip oldukları arazinin tarım arazisi olarak kullanılmasını veya kira- ya verilmesini engellemediğini göz önünde bulundurmuş ve arazinin daha önce

<sup>166</sup> *Vekony v. Hungary*, App. No. 65681/13, Judgment of 13 January 2015, paras. 33-37.

<sup>167</sup> *Donprut S.R.L. v. The Republic of Moldova*, App. No.45504/09, Judgment of 21 July 2015, paras. 24-26.

<sup>168</sup> *Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, paras. 75-78.

<sup>169</sup> *Sertaç Malik Eskişehirli Başvurusu*, No. 2014/5659, 20/07/2017, paras. 48-50.

(İkrazatçılık yapma izninin kanunla kaldırılmasından yakınılan bir başvuruda aynı yönde olarak bkz. *Ohannes Tomarcı Başvurusu*, No. 2015/18992, 28/6/2018, paras. 49-53 (Bu vakada müdahaleden etkilenenler için mevzuatta geçiş hükümleri öngörülmesi maruz kalınan zararı hafifletici karşı tedbirler kapsamında değerlendirilmiştir).

kum-çakıl ocağı olarak kullanılmadığını dikkate almıştır. Dolayısıyla, taşınmazdan halihazırda yararlanma şekillerini engelleyen, mevcut gelir imkanlarını kısıtlayan veya taşınmazın değerini düşüren bir sınırlamadan söz edilemeyeceği için, ruhsat talebinin reddinin ulaşılmak istenen kamu yararı karşısında ölçülü bir müdahale olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>170</sup>

1987 yılından beri bir bedel ödmeden ya da sembolik bedel ödeyerek sahip oldukları minibüs hattı tahsisinin ve imtiyazların, bu tahsisin imtiyazların mevzuata aykırı yapıldığı gerekçesiyle 2014 yılında iptal edilmesinden yakınılan başvuruda ise AYM, **idarenin imtiyazların sona erdirilmesi yetkisinin ne şekilde kullanıldığını, bu yetkinin kullanılma zamanını, tahsis sahiplerinin hazırlanmasına zaman ve imkan verilip verilmediğini ve nihayet idarenin telafi edici önlemler alıp almadığını göz önünde bulundurarak müdahalenin orantılı olmadığı sonucuna varmıştır.** Zira somut olayda idare iptale ilişkin önceden objektif koşullar belirlemeden, herhangi bir uyarı yapmadan, tahsis sahiplerini bilgilendirmeden ve karar alma süreçlerine katılımlarını sağlama- dan, herhangi bir geçiş süresi öngörmeden imtiyazları iptal ettiğinden öngörülemez beklenmedik bir müdahalede bulunduğu gibi, imtiyaz sahiplerinin karşılaşacakları muhtemel zararları tazmin de etmemiş veya bu zararların tazmini amacıyla örneğin ekonomik faaliyetlerini sürdürebilecekleri bir başka yer veya sektör gösterilmesi gibi bir başka tedbir de almamıştır. Bu durum bütün külfetin imtiyaz sahipleri üzerine yıkılmasına sebep olduğundan adil denge bozulmuş ve mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.<sup>171</sup>

## 6 Usuli Güvenceler

**Ruhsat iptali tipi uyuşmazlıklar ile ticari hayatın regülasyonu bağlamında yapılan müdahalelerin ölçülü olup olmadığının takdirinde usuli güvencelerin varlığının ayrıntılı olarak sorgulandığı gözlemlenmektedir.**

İmar Bankası'nın TMSF'ye devrinden ötürü kesinleşen alacağını tahsil etme imkanı hukuken kalmayan bir şirketin başvurusunda AYM, başvuru şirketine TMSF tarafından sürdürülen işlemlere katılma veya itiraz etme imkanı tanınmaması sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>172</sup>

Bankalara el koyulması da usuli güvenceler ve idari istikrar ilkeleri ışığında mülkiyet hakkını ihlal edebilir. Bankacılık yapmak ruhsatı iptal edilen Sermaye Bankası'nın, Bulgaristan'a karşı olan başvurusunda AİHM, mülkiyet hakkının başvurucuya derdini yetkili makamlar önünde anlatabilmek ve bir sonuç alabilmek imkanı içeren usuli güvenceler gerektirdiğini kabul etmiştir.<sup>173</sup> AİHM konuya ilişkin en taze kararında, Ya-

<sup>170</sup> *Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/1301, 30/12/2014, paras. 64-68.

<sup>171</sup> *Cafer Sezgin ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2018/20720, 7/4/2021, paras.47-52.

<sup>172</sup> *Tasfiye Halinde Cemtur Seyahat Ve Turizm Ltd. Şti. Başvurusu*, No. 2013/865, 1/6/2016. AYM ayrıca başvuru şirketine bankanın zarara uğratılmasında bir rolü olmadığını vurgulamıştır.

<sup>173</sup> *Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No. 49429/99, Judgment of 24 November 2005. Hatta AİHM çok yeni bir kararında, Bulgaristan'ın bankalara ve yöneticilerin hesaplarına el koymasını tekrar mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur (bkz. *International Bank for Commerce and Development AD and Others v. Bulgaria*, App. No. 7031/05, Judgment of June 2016).

şarbank'a BDDK ve TMSF eliyle el koyulmasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>174</sup>

Usuli güvencelerin önemini ruhsat bağlamında en güzel gösteren örneklerin başında AYM'nin *Çağdaş Petrol* kararı gelmektedir. Vakada orijinal imar planında akaryakıt alanında bulunan taşınmaz üzerinde işyeri açma ve çalışma ruhsatı başvurusu reddedilen şirketin bu işleme karşı açtığı iptal davası sırasında verilen yürütmeyi durdurma kararı uyarınca elde ettiği ruhsatın, söz konusu daha sonra taşınmaz imar planı değişikliğiyle tali iş merkezi alanına dönüştürüldüğü gerekçesiyle iptal edilmesi ve bu nedenle şirketin faaliyetine son verilmesinden yakınılmaktadır. Şirketin yeniden ruhsat verilmesi talebi ile ve bu nedenle uğradığı maddi ve manevi zararlarını tazmini amacıyla açtığı tam yargı davasının ruhsat için gerekli şartları taşımayan tesise yeniden ruhsat verilmemesinin hukuka aykırı olmadığı ve dolayısıyla tazminat şartlarının da doğmadığı gerekçesiyle reddedilmesi, vakanın somut koşullarında mülkiyet hakkına aykırı görülmiştir. Zira vakada derece mahkemeleri sadece yeniden ruhsat verilmesine ilişkin iddiaları tartışmış, şirketin yürütmenin durdurulması kararına istinaden elde ettiği ruhsatın şirkete sağladığı ekonomik imkanların ortadan kaldırılmasının doğurduğu zarar ihtimallerine ilişkin argümanları ise bütünüyle görmezden gelmiştir. Oysa şirketin kendisine verilen ruhsat üzerinden bir takım yatırımlar yaparak dört yıl boyunca ekonomik faaliyetlerde bulunması, ruhsatın yenilenmemesi ve bundan ötürü bir tazminat ödenmemesi hakkındaki tartışmalarda uyumsuzluğun sonucunu doğrudan etkileyecek bir faktör olduğundan, yargılama makamları tarafından dikkate alınmalı ve tartışılmalıydı. **Netice itibariyle derece mahkemeleri kararlarının şirketin mülkiyet hakkına ilişkin davanın sonucuna etkili olabilecek iddialarını karşılayacak alaka ve yetkinlikte gerekçe içermemesinden ötürü, adil dengenin kurulamadığı ve giderek mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.**<sup>175</sup>

## Beklentiler

Bu bağlamda oturumun sonunda katılımcılardan Türk İdari Yargı pratiğinde yaygın olarak görülen mülkiyet hakkı ihlalleri hakkında farkındalığa sahip olmalarını, bu tip uyumsuzlukları AİHM ve AYM standartlarına uygun şekilde çözecek muhakeme metodolojisine hakim olmalarını, bu tür uyumsuzlukların birbirinden hukuki farklarını ve bu farklı müdahale türlerine uygulanacak testleri ve ölçütleri, bu konuda AYM ve AİHM içtihadını takip edip yorumlamalarını, hukuki uyumsuzlukların çözümünde mülkiyet hakkı ihlallerini azaltacak kararlar verebilmeleri beklenmektedir.

<sup>174</sup> *Yaşar Holding v. Turkey*, App. No. 48642/07, Judgment of 4 April 2017.

<sup>175</sup> *Çağdaş Petrol Ürünleri Pazarlama Otomotiv Tic. Ve Tur. Ltd Sti. Başvurusu*, No. 2015/12306, 28/11/2018, paras. 56-62.





## KAYNAKLAR

### LİTERATÜR

H. Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 6, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Nisan 2018.

H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yay. 2. Tıpkı Baskı, 2017, İstanbul.

### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

*Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. No. 7151/75- 7152/75, Judgment of 23 September 1982.

*Hakan Arı v. Turkey*, App. No. 13331/07, Judgment of 11 January 2011.

*Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, App. No. 10873/84, Case No.4/1988 /148/202, Judgment of 7 July 1989, Series A 159.

*Fredin v. Sweden*, App. No. 12033/86, App. No.29/1989/189/249, Judgment of 18 February 1991, Series A No. 192.

*Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland*, App. No. 51728/99, Judgment of 28 July 2005.

*Capital Bank AD v. Bulgaria*, App. No. 49429/99, Judgment of 24 November 2005.

*Bimer S. A. v. Moldova*, App. No. 15084/03, Judgment of 10 July 2007.

*Megadat.Com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008.

*Donprut S.R.L. v. The Republic of Moldova*, App. No. 45504/09, Judgment of 21 July 2015.

*Vekony v. Hungary*, App. No. 65681/13, Judgment of 13 January 2015.

*Iatridis v. Greece*, App. No.31107/96, GC Judgment of 25 March 1999.

*Van Marle and others v. Netherlands*, App. Nos. 8543/79-8674/79-8675/79 ve 8685/79, Judgment of 26 June 1986.

*Buzescu v. Romania*, App. No. 61302/00, Judgment of 24 May 2005.

*Stretch v. The United Kingdom*, App. No. 44277/98, Judgment of 24 June 2003.

*Dacia S.R.L. v. Moldova*, App. No. 3052/04, Judgment of 18 March 2008.

*Könyv-Tar KFT and Others v. Hungary*, App. No.21623/13, Judgment of 16 October 2018.

*Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy*, App. No. 38433/09, Judgment of 7 June 2012.

*O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, App. No. 44460/16, Judgment of 7 June 2018.

*Gospodaria Taraneasca Chiper Terenti Grigore v. The Republic of Moldova*, App. No.71130/13, Judgment of 2 June 2020.





*Svit Rozvag, Tov and Others v. Ukraine*, App. Nos.13290/11 and 2 Others, Judgment of 27 June 2019.

*Yaşar Holding v. Turkey*, App. No. 48642/07, Judgment of 4 April 2017.

*Vontas and others v. Greece*, App. No. 43588/06, Judgment of 5 February 2009.

*Druzstevni Zalozna Pria and others v. Czech Republic*, App. No. 72034/01, Judgment of 31 July 2008.

*Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007.

### **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI (Bireysel Başvuru)**

*Erkan Alkan vd. Başvurusu*, B. No: 2018/646, 12/12/2018.

*İbrahim Sözer ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2016/10425, 04/04/2019.

*Halis Toprak ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/4488, 23/3/2016.

*Ak Demirtaş Madencilik Nakliyat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu*, No. 2014/1989, 15/6/2016.

*Hidayet Metin Başvurusu*, No. 2014/7329, 6/4/2017.

*Ahmet Bal Başvurusu*, No. 2015/19400, 11/6/2018.

*Reyyan İç ve Dış Ticaret Limited Şirketi Başvurusu*, No. 2014/17588, 28/09/2016.

*Sertaç Malik Eskişehirli Başvurusu*, No. 2014/5659, 20/07/2017.

*Ohannes Tomarcı Başvurusu*, No. 2015/18992, 28/6/2018.

*Turan Dal Başvurusu*, No. 2013/5964, 6/1/2016.

*İsmail Akçayoğlu Başvurusu*, No. 2014/1950, 13/09/2017.

*Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/1301, 30/12/2014.

*Kırca Mühendislik Başvurusu*, No. 2014/6241, 29/09/2016.

*Cafer Sezgin ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2018/20720, 7/4/2021.

*Çağdaş Petrol Ürünleri Pazarlama Otomotiv Tic. Ve Tur. Ltd Sti. Başvurusu*, No. 2015/12306, 28/11/2018.

*Eyyüp Boynuvara Başvurusu*, No. 2013/7842, 17/2/2016.

*Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusu*, No. 2014/12321, 20/7/2017.

*Ahmet Bölge Başvurusu*, No. 2014/13133, 28/9/2016.

*Nagihan Beken Başvurusu*, No. 2014/9998, 12/7/2016.

*Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu*, No. 2012/1035, 17/07/2014.

*Fatma Yıldırım Başvurusu*, No. 2014/6577, 16/2/2017.

*Sefa Koşar Başvurusu*, No. 2015/18352, 10/5/2018.





*Yasemin Mutlu Başvurusu*, No. 2013/1426, 25/3/2014.

*Zekiye Şanlı Başvurusu*, No. 2012/931, 26/6/2014.

*Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2012/928, 11/12/2014.

*Adnan Alver Başvurusu*, No. 2014/5800, 9/11/2017.

*Vontas and others v. Greece*, App. No. 43588/06, Judgment of 5 February 2009.

*Druzstevni Zalozna Pria and others v. Czech Republic*, App. No. 72034/01, Judgment of 31 July 2008

*Bistrovic v. Croatia*, App. No. 25774/05, Judgment of 31 May 2007

*Kamil Darbaz ve GMO Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti Başvurusu*, No. 2015/12563, 24/5/2018.



A large area of the page is filled with horizontal dotted lines, providing space for notes.

## OTURUM

1

2

3

4

5

6

7

8

## İdari Yargıda Sık Görülen Mülkiyet Hakkı İhlalleri II:

### İmar Hukukundan Kaynaklanan ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğüne Riayet Etmemesinden Kaynaklanan İhlaller

Prof. Dr. Burak Gemalmaz



#### Amaç

Bu bölümün amacı imar hukukundan ve idarenin tazmin yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanan mülkiyet hakkı ihlallerini öğrenmek ve bu alanlardaki müdahalelerin hangi kıstaslar çerçevesinde incelenmesi gerektiği hususunu anlayabilmektir.



## Düşünelim

- 1 Mülkiyet hakkı ihlal edilen kişinin zararının giderilmesi mümkün müdür? Devletin böyle bir yükümlülüğü mevcut mudur?
- 2 Zararın giderilmesi yöntemleri neler olabilir?
- 3 Tazminat miktarı belirlenirken gözetilen ölçütler nelerdir?



## Konular

- 1 Hukuki El Atma
- 2 Askeri Bölgelerdeki İmar/İnşaat Yasakları/Kamulaştırmama ile Değer Kayıpları
- 3 Yıkım
- 4 İdarenin Tazmin Yükümlülüğü



## Hukuki El Atma (Kamulaştırmama) Halinde Tazminat Ödenmesi Gerekliliği

Bilindiği üzere imar planlarında bazı taşınmazlar kamusal fonksiyona (otopark, yeşil alan, okul vb.) özgülenmekte ve bu taşınmazlarda herhangi bir imar/İNŞAAT faaliyetine izin verilmemektedir. Hemen yanındaki parsellerde ilgili imar planına göre yapılaşma mümkün iken, piyasa dışı kalan ve mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin büyük çoğunluğu kullanılmayan bu tip parseller tüm değerini yitirmektedir.

Bu tip taşınmazların normalde ilgili belediye tarafından imar planı yürürlüğe girdikten sonra 5 yıl içerisinde kamulaştırılması gerekmektedir. 3194 Sayılı İmar Kanunu m.10/1'e göre idare, imar planlarının yapılmasından itibaren beş yıllık süre içerisinde, kamu hizmetlerine tahsis edilen (ayrılan) taşınmazları kamulaştırmakla yükümlüdür. Söz konusu kanun hükmü, emredici nitelikte olup kamu hizmetlerine tahsis edilen taşınmazların kamulaştırılıp kamulaştırılmaması konusunda idareye bir takdir yetkisi tanımamış; imar planlarında kamu hizmetlerine tahsis edilen taşınmazların beş yıllık sürede kamulaştırılması zorunluluğu öngörülmüştür. Kanun koyucunun bu düzenlemesi yerindedir; zira idare tarafından kamu hizmetlerine tahsis edilen taşınmazlar üzerinde taşınmaz maliklerinin fiilen tasarruf yetkisi ortadan kalkmaktadır. Yapılan düzenlemeyle mülkiyet hakkının uzun ve belirsiz sürelerle kısıtlanmasının engellenmesi amaçlanmıştır.

Ancak uygulamada, İmar Kanunu m.10'da yer alan hükmün varlığına rağmen imar planlarında kamu hizmetlerine tahsis edilen taşınmazlar çok uzun sürelerle kamulaştırılmamakta ve bu nedenle taşınmaz maliklerinin mülkiyet hakkı süregiden şekilde kısıtlanmaktadır.

Gelgelelim, imar planında kamu alanında kalan taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı halen malik üzerinde kaldığından, uygulamada hukuki el atma olarak adlandırılan bu durum Türk hukukunda uzunca bir süre tazmini gerekmeyen bir müdahale olarak görülmüştür.

Oysa bu tip bir durumda mülkiyet halen malik üzerinde olmasına rağmen, hakkın verdiği yetkiler hem içerik olarak hem de süre olarak fiilen kullanılmaz hale geldiğinden, aslında mülkiyet hakkının özü çiğnenmiş olmaktadır. Taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkı belirsiz bir süre için kullanılamaz hale geldiğinden maliklerin kamu alanında kalan taşınmazlarından mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmamaktadır. Mülkiyet hakkının özünü zedeleyen müdahaleler hukuka aykırı olup tazmini gerektirmektedir. Belediyelerin veya lehtar kurumların söz konusu kamulaştırmama tasarrufları sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi için taşınmazlarının mülkiyetinin bedele çevrilmesi gerekmektedir.<sup>1</sup> Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bu durumu mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirmiş Türkiye Cumhuriyeti aleyhine tazminat kararları vermiştir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta, 2. Tıpkı Basım, 2017, İstanbul, s. 549-550.

<sup>2</sup> Örneğin bkz. *Hakan Arı v. Turkey*, App. No. 13331/07, Judgment of 11 January 2011.



AİHM kararlarını müteakip Yargıtay<sup>3</sup> ve Danıştay<sup>4</sup> meseleye yaklaşımını değiştirmiş ve imar planlarında kamu hizmeti alanında kalan özel mülkiyete tabi taşınmazların kamulaştırılmamasının tazminatı gerektiren bir hukuka aykırılık (veya Yargıtay bakımından kamulaştırmaz el atma olarak) olarak betimlemiştir.<sup>5</sup> Hatta 20/08/2016 tarih ve 6745 sayılı Kanunun 33 maddesiyle

Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır.

hükmü Ek 1. madde olarak Kamulaştırma Kanununa eklenerek meselenin esası yasal hükme kavuşturulmuştur. Yine de idari yargı muhakemesinde büyük ölçüde oturmuş hukuki el atma rejimi hakkında yine de bazı noktalara temas edilmesi faydalı olabilir.

## 1 Görevli Yargı Koluna İlişkin Bazı Hususlar

Bu noktaların birincisi, görevli yargı kolunun tespiti meselesidir. Aslında bu tartışma Uyuşmazlık Mahkemesinin hukuki el atmalarda idari yargı kolunu görevli saymasından ve yukarıda zikredilen Kamulaştırma Kanunu Ek Madde 1'e ilgili idarenin bu 5 yıl içerisinde kamulaştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, uzlaşma/idari başvuru süreçlerinin tamamlanmasından sonra, taşınmazı kısıtlanan malikin idari yargıda tam yargı davası açabilme imkanının açıkça tanınmış olmasından sonra sona ermişti.

Ancak Anayasa Mahkemesi anılan düzenlemedeki bedelin belirlenmesi ve ödenmesine ilişkin hükümler ile Geçici 6. maddeye atıf yapan uzlaştırmaya ilişkin hükümler mülkiyet hakkını ve kamulaştırmanın anayasal kurallarını ihlal ettiği için iptal ettiğinden, taşınmazı kısıtlanan malikin davasını idari yargıda açacağına dair cümle de iptal edilmiştir.<sup>6</sup> Bu nedenle uygulamada Yargıtay, yukarıda zikredilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı doğrultusunda hukuki el atmadan doğan uyuşmazlıklarda (fiili el atma olmasa dahi) adli yargıyı görevli saymaya devam etmiştir.<sup>7</sup> Tabi her iki yargı kolunun da kendini görevli sayması sebebiyle kıymet takdirinde görülen bazı çelişkili durumlar da ortaya çıkmıştır. Özellikle bir bölümüne fiilen el atılmış, bir bölümüne hukuken el atılmış taşınmazların bir bölümü için ayrı, diğer bölümü için ayrı bedeller belirlenmiştir. Benzer şekilde, birden fazla hissedarı olup da bu hissedarlar farklı yargı koluna başvurduğu için farklı kıymet takdirleri yapılabilmektedir.

<sup>3</sup> Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/5-662, K. 2010/651, T. 15.12.2010.

<sup>4</sup> Örneğin bkz. Danıştay 6. Daire, E. 2011/8152, K. 2013/2702, T. 17.04.2013.

<sup>5</sup> Bu konuda önce Uyuşmazlık Mahkemesinin idari yargıyı görevli sayması ve nihayetinde 20/08/2016 tarih ve 6745 sayılı Kanun Ek 1. Madde ile idari yargının görevlendirilmesi nedeniyle konuya ilişkin Yargıtay içtihadının pratik önemi azalmıştır.

<sup>6</sup> AYM, E. 2016/181, K.2018/111, T. 20/12/2018, paras.66-76.

<sup>7</sup> Yargıtay 5. HD, E.2017/26856, K.2019/7846, T.18/04/2019.

Hal böyle olunca mesele tekrar olumlu görev uyuşmazlığı konusu olup Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelmiştir. Yargıtay'ın adli yargıyı görevli gördüğü 2019 yılı sonunda verdiği iki kararında Uyuşmazlık Mahkemesi, taşınmaz imar planıyla hukuken kısıtlanıp fiili el atmanın bulunmadığı hallerde mülkiyet hakkına dayanan tazminat talebinin idari yargıda açılacağından hareketle, hukuki el atmalarda idari yargıyı görevli saymıştır. Uyuşmazlık Mahkemesinin isabetle belirttiği üzere, Anayasa Mahkemesinin Kamulaştırma Kanunu Ek madde 1'in ilgili hükümlerini iptal etme gerekçeleri arasında taşınmaz maliklerinin idari yargıda dava açması gerekliliğinin anayasal mülkiyet hakkı ve kamulaştırma kurallarına aykırı olduğu yönünde bir belirleme bulunmamaktadır. Hukuki el atma olarak nitelendirilen mülkiyet hakkı kısıtlaması da bir idari eylemden değil idari işlem niteliğindeki imar planından kaynaklandığından, malikler bu işlem sebebiyle doğduğunu iddia ettikleri zararın giderilmesini ancak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edebilirler.<sup>8</sup> Dolayısıyla bu konuda herhangi bir tartışma kalmamıştır.

Yine de uyuşmazlıkta hukuken kısıtlanması yanında taşınmaza fiili olarak da el atılması halleri söz konusu olduğunda, bu kısım için görevli yargı kolu değişebilmektedir. Böyle hallerde taşınmazın fiilen el atılan kısmına ilişkin uyuşmazlık kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirilmekte ve bu nedenle de adli yargı görevli sayılmaktadır. Eğer uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerinde bir kamu kurumunun herhangi bir şekilde fiili el atması veya bu taşınmazı fiilen kullanması söz konusu ise, söz konusu durum bir kamulaştırmaz el atma teşkil ettiğinden taşınmazı bütünü bakımından dahi adli yargı görevlidir.<sup>9</sup> Aksi fikir (yani taşınmazın fiilen el atılan kısmı için adli yargının, diğer kısmı için ise idari yargının görevli olduğu fikri) hem usul ekonomisine hem de Uyuşmazlık Mahkemesinin hemen yukarıdaki kararında aktarılan mantığına uygun düşmemektedir. Bu nedenle, taşınmaz maliklerinin fiilen el atılan kısım ile hukuken el atılan kısım ayırarak farklı yargı kollarında dava açma imkanlarına bakılmaksızın meselede adli yargı görevli sayılması yerinde olacaktır.<sup>10</sup> Ancak fiilen el atılan kısım hakkındaki uyuşmazlık nihai olarak sona ermiş ve kesinleşmiş ise, bu durumda taşınmazın diğer bölümü üzerindeki kısıtlama imar planından kaynaklanan tazminat davası niteliğinde olacağından, bu kısım bakımından idari yargının görevi süregitmektedir.<sup>11</sup> Dolayısıyla böyle hallerde idari yargı merciinin, önüne gelen davada hukuken el atılan kısım ile eğer varsa fiilen el atılan kısım birbirinden ayırıp uyuşmazlığın safahatını dikkate alarak incelemesini yapması gerekmektedir.

## 2 Hangi İdareye Karşı Dava Açılacağı Meselesi

Tabii imar planlarından kaynaklanan hukuki el atma uyuşmazlıklarında tam yargı davasının hangi idareye karşı açılması gerektiği, bir başka ifadeyle eğer şartları oluşmuşsa hangi idarenin zarardan sorumlu olduğu ve tazminatı ödemesi gerektiği mese-

<sup>8</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2019/213, K.2019/416, T.08/07/2019; Uyuşmazlık Mahkemesi, E.2019/609, K.2019/814, T.23/12/2019.

<sup>9</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, E.2020/143, K.2020/167, T.24/02/2020.

<sup>10</sup> İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Dokuzuncu İdare Dava Dairesi, E. 2021/336, K.2021/1424, T.20/10/2021.

<sup>11</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2021/176, K.2021/150, T.05/04/2021.





lesi dikkate alınması gereken bir konudur. Zira tazminat sorumluluğunu doğuran imar planlarını kural olarak belediyeler yapmasına rağmen, bu planlarda kamusal fonksiyona özgülenen taşınmazlar bakımından lehtar kamu kurumları değişkenlik gösterebilmektedir. Bu anlamda taşınmaz üzerindeki kısıtlama, spor alanı, okul alanı, ibadet alanı, yol vs. gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla kamulaştırma yapma yükümlülüğü, lehlerine taşınmaz kısıtlanan idarelerin/kamu kurumlarının üzerindedir. Anılan idareler bu yükümlülüklerini yerine getirmediklerinde, taşınmazları kısıtlanan maliklere karşı tazminat sorumlulukları doğmaktadır.

Üstelik, imar planlarında bir taşınmaz bakımından getirilen kısıtlamalarda birden fazla idareyi lehtar kılan farklı kamusal fonksiyonlar öngörülmüş de olabilmektedir. Bir taşınmazın farklı kısımlarının farklı kamusal fonksiyonlara özgülenmesi, koşulları gerçekleştirildiğinde tazminat (tam yargı) davasının hangi lehtar kurum aleyhine açılacağı sorunu beraberinde getirmektedir. Böyle hallerde, taşınmazın her bir kısıtlanan kısmı için, ilgili lehtar kurum tek tek davalı idare olarak gösterilmeli, o şekilde taraf teşkili sağlanmalıdır. Bedel tespitine ilişkin bilirkişi raporunda da, her bir davalı idarenin sorumluluğu ve payına düşen bedel ayrı ayrı gösterilmeli ve hüküm bu şekilde açıkça kurulmalıdır.

### 3 Hangi Tür Planlardan Ötürü Sorumluluğun Doğduğu Meselesi

Kamulaştırma Kanununa 6745 sayılı Kanunla eklenen Ek 1. Madde uyarınca malikin kamusal fonksiyona özgülenen taşınmazının 5 yıl içerisinde kamulaştırılmaması nedeniyle tazminat alma hakkının doğabilmesi için, söz konusu kısıtlamanın 1/1000 ölçekli uygulama imar planıyla yapılması gerekmektedir. Buna göre maliklerin tazminat hakkı, diğer koşulların yanı sıra, ancak uygulama imar planıyla kısıtlanan taşınmazlar bakımından geçerlidir. Yani tazminat hakkının doğmasını sağlayan olağan 5 yıllık süre, ancak uygulama imar planının hazırlanmasından itibaren başlamaktadır.

AYM henüz Kamulaştırma Kanunu Ek m. 1'in 2016 Ağustosunda yürürlüğe girmesinden önce dahi, taşınmazı imar planında kısıtlanan maliklerin tazminat hakkının doğması için, söz konusu kısıtlamanın uygulama imar planıyla yapılması gerektiğini içtihat etmiştir. AYM, taşınmazı kısıtlayan bir diğer plan olan 1/5000 ölçekli nazım imar planlarının kesin sınır ve biçim belirlenmeyip üzerinden ölçü alınamadığından uygulama için kullanılmadığı gerekçesiyle, tazminat taleplerinin reddedilmesini mülkiyet hakkı ihlal olarak görmemiştir.<sup>12</sup>

Nazım imar planı onaylanmasına rağmen uzun yıllar uygulama imar planı yapılmayan bir vakadaki şikayet de AYM tarafından ölçülü bulunmuştur. AYM'ye göre, somut uyuşmazlığa konu taşınmazın bulunduğu bölgenin SİT alanı içinde kalması ve diğer sebeplerle uygulama imar planının yapılmasının gecikmesi, anılan plan onaylandıktan sonra 5 yıl içerisinde yapılacak kamulaştırma işlemi ile malikin taşınmazın bedeli-

<sup>12</sup> Yunis Ağlar Başvurusu, No. 2013/1239, T. 20/03/2014, para.43. Anılan başvuruda tazminat davası uygulama imar onaylandıktan sonra 5 yıl geçmeden açılmıştır. Derece mahkemeleri (o dönemde adli yargı ve Yargıtay) tazminat hakkının doğumunu ilişkin süreyi uygulama imar planının kesinleşmesinden itibaren başlatmış, AYM derece mahkemelerinin bu yaklaşımında bir sorun görmemiştir (paras.44-50).

ni alacağından (veya tam yargı davası yoluyla tazminata kavuşacağından), başvurucuya aşırı bir külfet getirmemektedir.<sup>13</sup>

Tazminat hakkının doğmasını sağlayan olağan 5 yıllık sürenin ancak uygulama imar planının hazırlanmasından itibaren başlayacağı anlamına gelen bu mevzuat hükmü ile AYM uygulamasının hukuka uygun olup olmadığı tartışmaya açıktır. Kanımca, taşınmaz üst planla kısıtlandığında mülkiyet hakkının içerdiği yetkilere müdahale başladığına ve uygulama imar planı onaylanıp kamulaştırma yapılmaya veya bedel/tazminat ödenene dek süre gittiğine/gideceğine göre, tazminat yükümlülüğünün doğması için aranan 5 yıllık sürenin de taşınmaz üzerinde ilk kısıtlamayı yapan planla başladığının kabulünün gerekeceği ileri sürülebilir. Zira aksi bir düşünce tarzı, idarelerin uygulama imar planı yapmayı geciktirerek yükümlülüklerini erteleme ve malikleri belirsiz bir durumda bırakmasına yol açabilir. Buna karşı ise, taşınmazların kullanımının hangi amaca özgülendiğinin ancak alt ölçekli planlarla belirleniyor olduğu ve 1/1000 ölçekli planın taşınmazın özgülendiği amacı gösteren plan olduğu, alt ölçekli planda örneğin 1/5000 ölçekli çerçeve kullanımı belirleyen planda yer almayan kısıtlı (ör. yeşil alanlar) belirlenebileceği, üst ölçekli planda rekreasyon alanı olarak tanımlanmış alanın içinde alt ölçekli planda çay bahçesi, restoran gibi emsali düşük olmakla birlikte kullanma/yararlanma imkanı olan alanlar tahsis edilebileceği gerçeği karşısında hukuki el atmadan ötürü sorumluluğun münhasıran 1/1000 ölçekli uygulama imar planıyla doğacağı kabulünün yerinde olduğu savunabilir.

Bu meselenin plan hiyerarşisi ve planların birbiriyle ilişkisi, planlarda parsellerin somutlaştırılma derecesi, mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamanın niteliği (imar/inşaat yasağı, kamulaştırma şerhi vb.), süresi, konuya ilişkin mevzuat hükümlerinin idareye esneklik payı tanıyıp tanımadığı ve plandaki kısıtlamaya etkili itiraz olanakları ile yargısal denetimi gibi faktörler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Üstelik AİHM'in hukuki el atmaya ilişkin kararlarında taşınmaz üzerinde kısıtlama getiren planın niteliği üzerinde durulmadığından AİHM'in olası bir başvuruda konuya nasıl yaklaşacağı da şimdilik belirsizdir. Ancak her halükarda Danıştay'ın ve AYM'nin mevcut içtihadı şimdilik bu yöndedir.

## 4 Hangi Tür Kısıtlamalardan Ötürü Sorumluluğun Doğduğu Meselesi

İmar planıyla bir taşınmaz üzerine getirilen her kısıtlama lehtar idareler bakımından kamulaştırma yükümlülüğü ya da kamulaştırma yapılmaması halinde tazmin borcu doğurmamaktadır. Zira düzenli ve sağlıklı bir şehirleşme amacıyla taşınmazların konut ya da ticari alanlar dışında da çeşitli kullanım fonksiyonlarına özgülenmesi gerektiğinden bu amaçla yapılan kısıtlamalar bakımından maliklerin makul kamusal külfetlere katlanmaları beklenir.

Bu noktadaki ölçüt, imar planındaki kısıtlamanın malikler bakımından kesin ferdi inşaat yasağı getirip getirmediği, yani taşınmazın münhasıran planda kamu sağlık tesisine/kamu spor tesisine vb. hasredilip hasredilmediğidir. Örneğin özel sağlık tesisi/

<sup>13</sup> Tam Petrol Ürünleri Alım Satım Ltd. Şti. Başvurusu, No. 2013/2131, T.10/06/2015, paras.60-61.

özel spor tesisi/özel sosyo-kültürel tesis vb. belirli türde imara izin verilen bazı hallerde taşınmaz tam kamusal fonksiyona (kamu hizmeti arzına) özgülenmiş olmayabilir. Böyle hallerde, maliklerin taşınmazlarından sınırlı biçimde de olsa ferdi olarak yararlanması mümkün olduğundan kısıtlamadan beklenen kamu yararı ile maliklerin mülkiyet hakkının dengelendiği düşünülmektedir. Zira bu tip bir kısıtlamada maliklerin o taşınmazdan halen rant elde edecek şekilde yararlanması mümkündür ve katlanmak zorunda bırakıldıkları külfet makuldür. Elbette bu ana yaklaşımın her bir somut olay özelinde irdelenmesi gerekmektedir.

Dolayısıyla, direkt özel sağlık tesisi/özel spor tesisi/özel sosyo-kültürel tesis vb. inşaat kısmen izin verilecek şekilde planlanan ya da önceden kesin inşaat yasağı getirilen parsellerin tahsisinin plan değişikliği yoluyla değiştirilmesinden kaynaklı müdahale, kural olarak mülkiyet hakkını ihlal etmemektedir. Bu noktada maliklerin taşınmazın planında yapılan ve kısıtlamayı hafifleten değişikliğe karşı iptal davası açma imkanının bulunmasının önemli bir usuli güvence teşkil etmesi, bu sonuca varılmasında etkilidir. Bu yaklaşımı ilk olarak AYM geliştirmiş<sup>14</sup>, AİHM de AYM'nin yaklaşımını benimsemiştir.<sup>15</sup>

Tabi özellikle orijinal planda direkt tam kamusal fonksiyona özgülenen ve kesin inşaat yasağı getirilen taşınmazların sonradan özel kamusal alanlara dönüştürülmesiyle sınırlı da olsa imar imkanını elde ettiği durumlarda, bu değişikliğe kadar maliklerin maruz kaldığı kazanç kayıplarının tazmin edilmesi gerekmektedir.<sup>16</sup> Zira hukuki el atmalardaki asıl mesele, taşınmazın bedeli değil, bunun yanında, o taşınmazdan yıllarca yararlanılamamasından kaynaklanan kazanç kayıplarıdır. Bu konuya hemen aşağıda değinilmektedir.

## 5 Kıymet Takdiri Esasları ve Yoksun Kalınan Kazançlar

Hukuki el atma konusundaki son mesele, tazminatın hangi faktörlere göre belirlenmesi gerektiğidir ki bu mesele hem Danıştay'ın hem de AYM'nin çeşitli kararlarına konu olmuştur. AYM maliklerin imar kısıtlılığı nedeniyle yoksun kaldığı gelirlerin ve taşınmazın rayicinin birlikte tam yargı davasında tazmin edilebileceğini kabul etmektedir. Yol gösterici kararlarında AYM

2942 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi ile konu hakkındaki Danıştay içtihadına göre başvuruçunun mülkiyet hakkına imar yoluyla getirilen kısıtlamalar sebebiyle idareye başvurarak imar durumunun gözden geçirilmesi veya taşınmazın kamulaştır-

<sup>14</sup> *Orhan Sütülu Başvurusu*, No. 2017/31564, 25/12/2018; *Selahattin Gök Başvurusu*, No.2018/590, 04/05/2020; *Kenan Kaygısız Başvurusu*, No. 2017/5981, 02/06/2020.

<sup>15</sup> *Gürpınar v. Turkey*, App. No. 38019/18, Admissibility Decision of 13 October 2020; *Öztek v. Turkey*, App. No. 45336/18, Admissibility Decision of 13 October 2020; *Bulat v. Turkey*, App. No. 41965/18, Admissibility Decision of 13 October 2020; *Erol v. Turkey*, App. No. 45307/18, Admissibility Decision of 13 October 2020; *Tunçyüz v. Turkey*, App. No. 45319/18, Admissibility Decision of 13 October 2020; *Genç v. Turkey*, App. No. 42935/18, Admissibility Decision of 13 October 2020; *Yiğit v. Turkey*, App. No. 42961/18, Admissibility Decision of 14 January 2021; *Şahin v. Turkey*, App. No. 1292/19, Admissibility Decision of 14 January 2021.

<sup>16</sup> *Kenan Kaygısız Başvurusu*, No. 2017/5981, 02/06/2020, para.31.

rılması talebinde bulunabileceği, **bu talebinin reddi halinde ise tazminat istemiyle idari yargı yerinde dava açabileceği görülmektedir. Öte yandan başvuruçunun bu davayla veya ayrı bir dava yoluyla taşınmazı makul bir süre geçtikten sonra kullanmadığı dönem için uğradığı zararları tazmin edebilmesi de mümkündür.**

sonucuna varmıştır.<sup>17</sup> Bu bedel, taşınmazın gerçek bedeline tekabül etmelidir. Bu nedenle AYM, Kamulaştırma Kanunu Ek Madde 1’de yer alan idari yargıda açılacak davada taşınmazın değerinin dava tarihine göre belirleneceği, ancak taşınmazın hukuken tasarrufunun kısıtlandığı veya taşınmaza fiilen el konulduğu tarihteki niteliklerinin esas alınacağına dair hükmü, anayasal kamulaştırma kurallarından “gerçek karşılık” ilkesine aykırı düşüğü için iptal etmiştir.<sup>18</sup>

Gerçek karşılığın bulunabilmesi için Danıştay, kamulaştırma hukukunda meri ölçütleri dikkate alınmasını beklemektedir. Danıştay’a göre,

“Uyuşmazlığa konu olan ve imar planında ortaöğretim tesis alanında kalan taşınmazın uzun yıllar parselasyon ya da kamulaştırma yapılmamak suretiyle mülkiyet hakkının süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlandığının tespit edilmesi halinde; aralarında gayrimenkul değerlendirme uzmanının da bulunduğu bilirkişi kurulunca, taşınmazın cins ve nevi, yüzölçümü, kıymetini etkileyecek bütün nitelik ve unsurları, her unsurun ayrı ayrı değeri, varsa vergi beyanı, varsa resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, taşınmazın mevki, özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değeri, bedele etki eden tüm kanuni veriler, imar verileri, taşınmazın özgün nitelik ve kullanım şekli, değeri etkileyen hak ve yükümlülükleri, gayrimenkul üzerinde aynı ve şahsi irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri vb. bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçülerin belirlenmesi suretiyle taşınmaz bedeli tespit edilerek tazminat olarak ödenmesine karar verilebilir.

Bu değerlendirme yapılırken emsal alınacak taşınmaz; uyuşmazlığa konu taşınmazın çevresinin imar planındaki kullanım biçimi, yapılaşma koşulları ve konumları açısından benzer özellikleri olan taşınmazlar arasından seçilmeli ... taşınmazın gerçek bedelinin ortaya konulması gerekmektedir.”<sup>19</sup>

Ancak taşınmazın gerçek bedelinin belirlenmesi, idarelerin hukuki el atma yoluyla kısıtladığı taşınmazlar bakımından maliklerin gerçek zararının tazmin edilmesi için tek başına yeterli değildir. Tazminat miktarı belirlenirken sadece taşınmazın çıplak bedelinin (kamulaştırma bedeli) değil; ayrıca, tazmin sorumluluğunun doğmasından itibaren maliklerin yoksun kaldığı kazanç kayıplarının da tazmin edilmesi gerekmektedir. Zira, hukuki el atma söz konusu olduğundan, kısıtlamanın niteliği gereği el atmanın ortadan kalkması ihlalin ortadan kalkması için de yeterli sayılamaz. AYM, imar planının iptal edilerek kısıtlılığın ortadan kaldırılmasını yeterli görmemekte, maliklerin taşınmazın kullanımının uzun yıllar boyunca ellerinden alınmasına ilişkin zararlarının da tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmektedir.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Göksal Gökbudak Başvurusu, No. 2014/7636, 12/09/2018, para. 50; Fatma Gül Balıkcıoğlu ve Zeynep Nur Yazıcıoğlu Başvurusu, No.2014/11026, 27/06/2018, para.46; Hüseyin Ünal Başvurusu, No.2017/24715, 20/09/2018.

<sup>18</sup> AYM, E. 2016/181, K.2018/111, T. 20/12/2018, para.71.

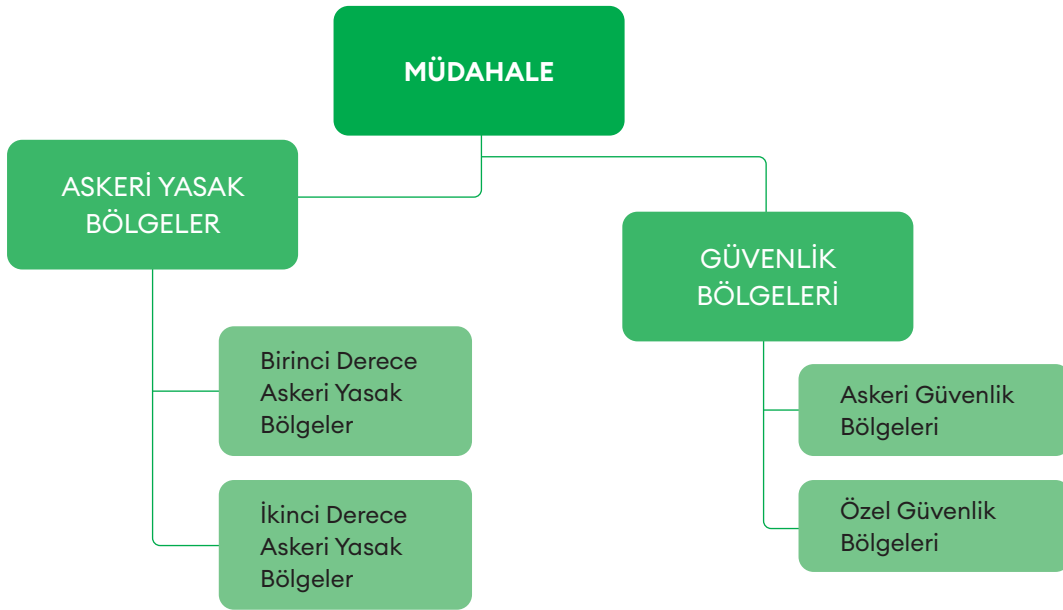
<sup>19</sup> Danıştay 6. Daire, E. 2015/7500, K. 2016/1092, T. 15/03/2016.

<sup>20</sup> İbrahim Sözer ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2016/10425, 04/04/2019.

## II Askeri Bölgelerdeki İmar/İnşaat Yasakları/ Kamulaştırmama ile Değer Kayıpları<sup>21</sup>

2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu (bundan böyle 2565 sayılı Kanun), askeri güvenlik amacıyla özel kişilerin mülkiyetindeki taşınmazlara bazı kısıtlamalar getirmektedir. Kanun'un uygulamasıyla ilgili detaylar ise Bakanlar Kurulu tarafından vaz edilip 30/4/1983 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği'nde (bundan böyle Yönetmelik) düzenlenmiştir.

2565 sayılı Kanun askeri amaçla özel mülkiyete getirecek müdahaleleri kategorilere ayırmıştır. Kanun'da yapılan ayırım aşağıdaki şemada görülebilir:



### 1 Kısıtlamanın Tür ve Nitelikleri

Bilindiği üzere, askeri yasak bölgeler kara, hava ve deniz askeri yasak bölgeleri olmak üzere üçe ayrılmıştır. Mülkiyet hakkı bakımından önemli kısıtlamalar getiren yasak bölge ise, kural olarak karar kara askeri yasak bölgeleridir. Askeri yasak bölgeler ayrıca derecesine göre farklı mülkiyet kısıtlamaları içermektedir.

Birinci derece askeri yasak bölgeler yurt savunması ve askeri güvenlik için en önemli kabul edilen yerler için ihdas edilmiş ağır bir rejim düzenlemektedir. Sınır hattı ve askeri üslerin çok yakın çevresi birinci derece askeri yasak bölgelerin en sık görüldüğü yerlerdir. Mülkiyet hakkı kısıtlamaları bakımından bölge içerisindeki taşınmazların ku-

<sup>21</sup> Bu kısımda kullanılan materyal İÜSBE yüksek lisans öğrencisi Av. Numan Duman tarafından hazırlanmıştır.



ral olarak kamulaştırılacağını vurgulamak gerekmektedir.<sup>22</sup> Bölgeye buradaki görevlilerle, yetkili komutanlığın izin verdiği T.C. uyuğundaki diğer görevlilerden başkası giremez ve oturamaz.

İkinci derece kara askeri yasak bölgeleri; birinci derece kara askeri yasak bölgeleri çevresinde veya yurt savunması bakımından gerekli görülen diğer bölgelerde tesis edilir. Derinliği birinci derece askeri yasak bölgelere kıyasla yaklaşık 5 kat yüksektir. Mülkiyet hakkı bağlamında vurgulamak gerekir ki, Türk vatandaşlarının bölgede oturmaları, seyahat etmeleri, zirai faaliyetlerini, meslek ve sanatlarını icra etmeleri serbesttir.<sup>23</sup> Bu bölgelerde inşaat ve imar izni verilmeden önce bölgenin komutanlığından özel izin alınır. Yetkili komutanlıkça izin verilmeyen veya komutanlıkça dikte edilen şartlara uymayan her türlü inşaat ve eylemler durdurulur. Böyle yapılar, komutanlığın tayin ve tebliğ edeceği süre içinde sahipleri tarafından yıktırılır. Süresi içinde yıkılmaması halinde yetkili komutanlığın istemi üzerine mahalli mülki idare amirliğince başkaca bir işlem ve karara gerek kalmadan yıktırılır ve masrafı sahiplerinden alınır. Ayrıca yabancı gerçek ve tüzelkişiler bu bölgede taşınmaz mal edinememezler. Yabancılara ait bölgedeki taşınmaz malların tasfiyesine karar vermeye, tasfiye şekil ve şartlarını tespitte Cumhurbaşkanı yetkilidir. Yabancılar izin almadan geçici dahi olsa bölgeye giremezler, oturamazlar, çalışamazlar ve taşınmaz mal kiralayamazlar.<sup>24</sup>

Güvenlik bölgeleri, yasak bölgeler kadar yüksek kısıtlamalara tabi tutulmasına gerek duyulmayan, ancak yine de birtakım kısıtlamalar uygulanan bölgelerdir. Özel ve askeri güvenlik bölgelerine ayrı esaslar getirilmemiştir. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından güvenlik bölgelerinde uygulanacak hükümler arasında bölge içindeki gerçek ve tüzelkişilere ait mallar kamulaştırılabileceği, güvenlik bölgelerinin çevresinde yangın ve patlama tehlikesi gösteren her türlü maddenin imali, depolanması ve satılması yasaklanabileceği, kamulaştırma yapılan güvenlik bölgelerine yetkili kişiler dışındaki kişiler giremeyeceği ve oturamayacağı ile güvenlik bölgelerinin dış sınırlarından itibaren ikiyüz metreye kadar olan bölgelerde hangi tür zirai ürünün yetiştirileceğine mahalli mülki amirler tarafından karar verilebileceği hükümleri dikkati çekmektedir.

Uygulamada genellikle taşınmazların tapu kaydına askeri bölge şerhi düşülmesi yoluyla taşınmazlar kısıtlanmaktadır. Çoğu halde askeri makamlar, şerh düşülen taşınmazları kamulaştırmamaktadır. Bu nedenle, müdahalenin türü mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğinin tartımında önem arz etmektedir.

<sup>22</sup> Ancak kara sınır hattı boyunca ve kıyılarda tesis edilen birinci derece kara askeri yasak bölgelerinde kamulaştırma yapılması zorunlu değildir. Kamulaştırılmayan bu alanlardan ancak geçiş yapılabilir yahut su kaynaklarından yararlanılabilir.

<sup>23</sup> Ancak milli güvenliği sağlamak bakımından, gerekli görülecek ikinci derece kara askeri yasak bölgelerinde; bölgede oturanlar dışındaki Türk vatandaşlarının bölgede oturmaları, zirai faaliyetlerini, meslek ve sanatlarını icra etmeleri Cumhurbaşkanı kararı ile sınırlandırılabilir.

<sup>24</sup> Bölge içindeki genel yollardan geçilmesi ve bölgeden turistik amaçlarla yararlanılması özel şartlara tabidir.

## 2 Anayasa Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı

Bugüne dek AYM önüne askeri bölge şerhi yoluyla yapılan kısıtlamalara ilişkin iki başvuru gelmiştir. AYM bu başvurularda farklı sonuçlara ulaşmıştır.

*Cemal Taş ve Diğerleri* başvurusunda maliklerin murislerinden intikal eden taşınmazları üzerine Batman Hava Meydan Komutanlığı birlik fens teline bitişik konumda olmaları nedeniyle, “askeri güvenlik bölgesi şerhi” konulmuştur. Maliklerin askerî güvenlik bölgesi şerhinin kaldırılması veya taşınmazın kamulaştırılması talebi, taşınmazların hâlen maliklerinin tasarrufu altında tarım amaçlı olarak kullanıldığı, herhangi bir kısıtlamanın söz konusu olmadığı, bu nedenle taşınmazlar üzerinde bulunan askerî güvenlik bölgesi şerhinin kaldırılmayacağı ve kamulaştırmaya gerek duyulmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Açtıkları iptal davasının askeri güvenlik bölgesi şerhinin kaldırılmasının güvenlik zaafiyetleri oluşturacağı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine malikler, taşınmazlarının değer kaybının tazminini talep eden tam yargı davası ikame etmişlerdir. Malikler bu davada, daha önce taşınmazda yaşanan değer kaybını tespit eden Sulh Hukuk Mahkemesi delil tespit kararını da sunmuşlardır. İdare yargı, taşınmazda tarım yapılmasının mümkün olduğunu, taşınmaz devredilmeden henüz doğmuş bir zarar bulunmadığı için idare mahkemelerince doğması muhtemel zararların tazmin edilmesinin mümkün olmadığı ve askeri güvenlik bölgesi içerisinde kalan taşınmazların kamulaştırılması gibi bir zorunluluğun bulunmadığını belirtmiş ve davayı reddetmiştir.

Mesele önüne geldiğinde ilk olarak mülkiyet hakkına ne tür bir müdahale olduğunu nitelemekle başlayan AYM, her ne kadar taşınmazların mülkiyeti maliklerde kalmaya devam ediyor olsa da, maliklerin taşınmazlarını belirli şekillerde kullanmasının ve taşınmazları belirli kişilere (yabancılara) devretmesi veya kiralamasının yasaklanması ile yapılaşma yasağı sebebiyle mülkiyet hakkının sağladığı tasarruf yetkilerinin kullanımının belirsiz bir süreyle ve önemli ölçüde kısıtlanması karşısında birleştiğinde (kümülatif değerlendirme) müdahalenin mülkiyetten müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına müdahale tipi bir müdahale olarak incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. AYM’nin bu sonuca varmasında maliklerin (murisin) taşınmazı taşınmaz askeri güvenlik bölgesi ilan edilmeden önce satın alması, yani iyi niyetli ve özenli olmaları da rol oynamıştır. Hatırlanacağı üzere, bir müdahale 1 veya 2. Kural kapsamında ele alındığında, mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi için kamu makamlarının tazminat karşı ediminde bulunması gerekmektedir. Bu nedenle AYM’nin bu vargısı, mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği hakkındaki nihai sonucu belirleyecek önemli bir etmendir.

Nitekim yukarıdaki faktörlerin malikler üzerindeki etki ve sonuçlarını irdelemeye devam eden AYM, çevredeki taşınmazlar imara açılırken maliklerinkinin açılmamasının ölçsüzlük yarattığını vurgulamıştır. Askeri bölgenin güvenliği için bu şerhin varlığı gerekli olsa da tazminat ödenmeksizin böyle bir müdahaleye süresi belirsiz ve bütün külfeti iyi niyetli maliklere yıkacak şekilde devam edilmesi ölçsüz bir müdahale teşkil etmektedir.<sup>25</sup>

Buna karşılık, askeri güvenlik bölgesi ve tarımsal niteliği korunacak alan olarak belirlenen taşınmazların kamulaştırılmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği

<sup>25</sup> *Cemal Taş ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2016/3316, 29/12/2020.



iddiasına ilişkin bir başvuruda ise AYM farklı sonuca ulaşmıştır. Taşınmazların 1/5.000 ölçekli nâzım imar planında “tarımsal niteliği korunacak alan” olarak belirlendiği ve Deniz Hava Komutanlığı, Askeri Güvenlik Bölgesi içinde kaldığı için tapu kaydına askeri güvenlik bölgesi şerhi işlendiği için yapılan kamulaştırma veya takas talebinin reddedilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğinin ileri sürüldüğü başvuruda AYM, müdahalenin kullanımı tamamen engellemediğini ve taşınmaz üzerinde hâlâ tarımsal faaliyetlerde bulunulabildiğini göz önüne alarak yapılan müdahalenin kullanımın kontrolü tipi bir müdahale olduğuna karar vermiştir.

Böylelikle taşınmazın zirai amaçlarla kullanımının mümkün olduğunu tespit eden AYM başvurucunun ekeceği ürünün türü ile ilgili komutanlıktan izin aldığı, yapılaşmada bulunmadığı ve taşınmazı yabancılara satmadığı ve kiralamadığı sürece serbestçe kullanabileceğini göz önünde bulundurarak maliklerin taşınmazı askeri güvenlik bölgesi şerhinin konulmasından önce satın aldıklarını ve askeri güvenlik bölgesi şerhi nedeniyle taşınmazda değer kaybı yaşandığını ileri sürmediklerine dikkat çekmiştir.

Maliklerin derece mahkemelerindeki davalarında kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazın kamulaştırılmamasından kaynaklanan davaya dayandığını tespit eden AYM, somut olayda taşınmazın kamu hizmetine ayrılmadığını vurgulayarak taşınmaz kamu hizmetine ayrılmış gibi hukuki el atma nedeniyle tam yargı davası açılmasının yanlış olduğuna kanaat getirmiştir ve mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>26</sup>

### III Mülkiyet Hakkı Sorunu Olarak Yıkım<sup>27</sup>

#### 1 Yıkımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği

Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bir taşınmaz üzerinde bulunan yapı hakkında 3194 sayılı İmar Kanunu madde 32 (ruhsat alınmadan yapımına başlanan veya ruhsat ve eklerine ya da ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına aykırı yapılar) kapsamında verilen yıkım kararlarına ilişkin olarak önüne gelen davalarda, yıkım kararlarından kaynaklanan mülkiyet hakkı müdahalelerinin mülkiyet hakkı ihlali teşkil edip etmediği değerlendirilmesinde öncelikle, ilgili yapının Anayasa Madde 35 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 1 No.lu Protokol'ün 1. Maddesi (P1-1) kapsamında bir *mülk* ile ilişkili olmasını aramaktadır. AYM ve AİHM'e göre alacak haklarını da içeren mevcut mülk veya malvarlığı değeri mülkiyet hakkı kapsamında olduğu gibi, mülkiyet hakkının elde edilebileceğine ilişkin meşru beklenti de mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilecektir.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> *İhsan Uygun ve Nuran Kaya Başvurusu*, No.2017/28373, 29/12/2020.

<sup>27</sup> Bu bölümdeki kararların araştırılması ve özetlenmesi Araş. Gör. Metehan Hepvar tarafından yapılmıştır.

<sup>28</sup> *Bayram Üstündağ Başvurusu*, No. 2015/18510, 11/10/2018, para. 20.





Örneğin başvuruculara ait olan ve 1997 yılında yaptırılan konutun bir okul inşaatı sırasında zarar görmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin başvuruya konu olayda derece mahkemeleri konutun ruhsatsız olduğu gerekçesiyle başvurucuların tazminat taleplerini reddetmiştir. AİHM ise, özellikle ruhsatsız olarak yapılmış olsa da kamu makamlarınca bu yapının yıktırılmadığı veya yıkımı yönünde bir işleme de girişilmediğine dikkat çekmiş ve tapuya tescil edilen konut yönünden başvurucuların **AİHS P1-1** anlamında mülk teşkil edebilecek menfaatlerinin olduğunu belirtmiştir.<sup>29</sup>

Benzer şekilde AYM, kamu malı niteliğindeki taşınmazlar (arazi) üzerinde şehir planlaması ile ilgili düzenlemelere aykırı olarak inşa edilen yapıların kullanılmasından kaynaklanan ekonomik menfaatin de bazı durumlarda mülk teşkil etmesini mümkün görmektedir. Örneğin bir başvuruda şehir planlaması ile ilgili düzenlemelere aykırı şekilde inşa edilmiş olması sebebiyle idari makamlarca her an yıkımı mümkün bulunmasına rağmen hakkında bu yönde bir girişimde bulunulmayan ve önlem alınmayan, uzunca bir süre bu duruma sessiz kalınan ve esasen yapı sebebiyle vergi tahsil etmek veya yapı için kamu hizmetlerinden yararlandırılması suretiyle bu alanlarda sosyal ortam ve aile ortamının oluşturulmasına izin verilmesi halinde inşa edilen yapının kullanılmasından kaynaklanan ekonomik değer önemli bir malvarlığı değeri oluşturduğunun kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.<sup>30</sup>

Taşınmaz üzerinde bulunan yapının tazminat ödenmeksizin yıkılmasına ilişkin davalarda mülkiyet hakkında müdahale, *mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına saygıya ilişkin birinci kural* çerçevesinde incelenir.<sup>31</sup> Uyuşmazlığa mülkiyet hakkının üç kuralından hangisinin uygulanacağına neden önemli olduğu, bu kitapçıkta çeşitli vesilelerle daha önce açıklandığı için burada tekrar etmiyoruz.

## 2 Yıkım Kaynaklı Başvuruların İncelenme Standartları

Yıkım kararları bağlamında mülkiyet hakkına müdahalenin ihlal teşkil edip etmediği incelenirken söz konusu mülkiyet hakkı sınırlandırmasının kamu yararı amacıyla ve kanunla olup olmadığı değerlendirilmektedir.<sup>32</sup> Elbette, müdahalenin kanunla olması ve kamu yararı taşıması ölçütlerini yeterli görülmemekte, bunların yanı sıra üçüncü bir koşul olarak ölçülülük incelemesi yapılmaktadır.

### 2.1 Kanunilik Testi

Yıkım kararlarından kaynaklı mülkiyet hakkı sınırlandırmaları, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. Maddesi kapsamında olduğundan kural olarak kanunilik koşulunu karşılayan bir müdahale olarak addedilmektedir. Nitekim ruhsatsız veya kaçak yapıların yıkılması, idare açısından hem yasal görev ve sorumluluktur hem de bunların uzantısı olarak bir yetki kullanımı olup bu yetkinin kullanımı ilgili kamu makamlarının takdir

<sup>29</sup> *Keriman Tekin and Others v. Turkey*, App. No. 22035/10, Judgment of 15 November 2016.

<sup>30</sup> *Nazif Kılıç Başvurusu*, No. 2014/5162, 15/6/2016.

<sup>31</sup> *Bayram Üstündağ Başvurusu*, No. 2015/18510, 11/10/2018, para. 35.

<sup>32</sup> *Bayram Üstündağ Başvurusu*, No. 2015/18510, 11/10/2018, para. 36.

yetkisi (ya da marjı) içerisindedir.<sup>33</sup> 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. Maddesinin kanunilik koşulunun kaliteye ilişkin unsurları olan ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik ve belirlilik açılarından bir sorun içermediği de ortadadır. Bu nedenle açık kanun hükümlerine dayanan yıkım müdahalesinin, kanunilik koşulunu karşıladığı kabul edilmektedir.

Elbette, Türk hukukunda kaçak yapıların yıkılmasına ilişkin düzenlemeler İmar Kanunu Madde 32'den ibaret değildir. Başta gecekondulara ilişkin mevzuat olmak üzere farklı mevzuatta idarelerin yıkım yetkileri bulunmaktadır. Bu mevzuatın bir kısmı İmar Kanuna atıf yapmakta iken bir kısmı ise kendisi spesifik olarak yıkım yetkisi içermektedir. AYM bu mevzuatın da kanunilik koşulunu karşıladığı görüşündedir.<sup>34</sup>

## 2.2 Meşru Amaç: Kamu Yararı Ölçütü

Yıkım kararları bakımından mülkiyet hakkına müdahalenin ihlal teşkil edip etmediği incelemesinde meşru amaç ölçütü bakımından getirilen kamu yararı mülhazalarına ilişkin olarak yine 3194 sayılı Kanun'un amacı çerçevesinde değerlendirilmekte ve bu Kanun kapsamında kalan ve kamu yararı taşıyan müdahalelerin meşru amaç ölçütünü karşıladığı kabul edilmektedir.

Kamu yararı bağlamında AYM, Anayasa'nın 56. Maddesine atıf yaparak, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu; çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirliliğini önlemenin devlet ve vatandaşların ödevi olduğunu ifade etmekte ve inşa edilecek yapıların imar mevzuatına uygun olarak yapılmasının sağlanması ve bu kapsamda ilgili mevzuat hükümleri uyarınca ruhsat alınmadan yapılabileceği açıkça düzenlenen yapılar hariç diğer yapıların ruhsata bağlanması suretiyle yapılaşmanın fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun olarak teşekkülünün; sağlıklı, güvenli, kaliteli ve ekonomik yaşam çevrelerinin oluşturulması bakımından önem teşkil ettiğini belirtmektedir. Bu bakımdan AYM'ye göre yapılaşmanın fen, sağlık ve çevre şartlarına uygunluğunun sağlanmasında ve buna ilişkin düzenlemelerde kamu yararı bulunduğu kabul edilmelidir.<sup>35</sup>

## 2.3 Ölçülülük Testi

Ölçülülük ilkesinin *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu bu kitapçığın ilgili yerinde belirtilmişti. *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 eder. Uygulamada yıkım kararları bakımından ölçülülük testinin, "orantılılık" alt ilkesine dahil olan "adil denge" unsuruna odaklandığı görülmektedir.

Şimdi adil denge unsurunun nasıl ele alındığına yakından bakalım.

<sup>33</sup> Bayram Üstündağ Başvurusu, No. 2015/18510, 11/10/2018, para. 37.

<sup>34</sup> Fatma Yılmaz Başvurusu, No.2017/14428, 13/01/2021, para.70.

<sup>35</sup> Osman Yücel Başvurusu, No. 2014/4874, 15/6/2016.

### 3 Orantılılık Alt İlkesi Bağlamında Yıkım Kararları: Adil Dengenin Kurulması

Yıkım kararları kapsamında mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesinde temel olarak, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasıyla elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil denge kurulup kurulmadığı araştırılmaktadır. Müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesinde, ulaşılmak istenen meşru amacın (kamu yararı) önemi ile müdahalenin niteliği, başvuru ile kamu otoritelerinin davranışlarını göz önünde bulundurarak incelenir ve bu bağlamda başvurucuya yüklenen külfet de dikkate alınır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına müdahalede adil dengenin kurulup kurulmadığının tespitinde, başvuru aşırı bir yükü katlanıp katlanmadığı değerlendirmenin esas noktasını teşkil eder. Yıkım kararlarında adil dengenin kurulup kurulmadığına ilişkin inceleme, ölçülülük ilkesinin “orantılılık” alt ilkesine karşılık gelmektedir.

#### 3.1 Tazminat Verilmesi Gerekliliği

Nitekim, yıkım kararlarının mülkiyet hakkı ihlali teşkil etmesi, ekseriyetle başvurucuya yıkım sebebiyle bir tazminat ödenmemesi halinde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de AYM, salt ruhsatsız olması gerekçe gösterilerek binaların tazminat verilmeksizin yıkımının başvuruculara olağandışı bir külfet yüklediğini söylemektedir. Elbette bu mutlak bir belirleme değildir. Burada kamu makamlarının taşınmazın yıkımı noktasındaki edilgen tutumunu dikkate almak gerektiğini, ayrıca ruhsatsız taşınmazda ait elektrik, su aboneliklerinin bağlanması ve söz konusu taşınmaz üzerinden vergi alınması gibi hususların göz önünde bulundurulması gerektiğini açıkça ifade etmektedir.<sup>36</sup>

Yıkılan ruhsatsız yapılara ilişkin olarak AYM önüne gelen davalarda kamu makamlarının belirsizliğe yol açan edilgen tutumunun varlığı halinde yıkım işleminin öngörülebilir olup olmadığı tartışmasını yapmaktadır. AYM, bir taşınmaz üzerindeki binanın ruhsatsız da olsa idare tarafından makul olmayan bir süre boyunca yıkımı yönünde herhangi bir işlem yapılmaması halinde öngörülemeyecek bir yıkım sebebiyle tazminat ödenmemesinin başvuruculara şahsi olarak aşırı bir külfet yüklediği sonucuna vararak ölçülülük yönünden mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir.<sup>37</sup> Zira, yukarıda özetlenen durum, ruhsatsız/kaçak yapı maliklerine, söz konuyu yapıdan yararlanacakları yönünde anayasal mülkiyet hakkı kapsamına giren haklı bir beklenti vermektedir. Bu haklı beklentinin tazminat verilmeksizin ortadan kaldırılması ise, adil dengeyi malikler aleyhine bozduğundan mülkiyet hakkını ihlal etmektedir.

Benzer bir metodolojiyle çevre ve insan sağlığı için tehlike arz eden bir binanın yıkımı yönündeki müdahaleyi konu alan *Mehmet Memiş* başvurusunda AYM, müdahalenin elverişli olduğunu ve daha uygun başka bir aracın bulunduğu da gösterilemediğinden gerekli olduğunu kuşkusuz görmüş, bu sebeple müdahalenin *orantılılığını* tartışmıştır. Söz konusu olayda AYM, kamu makamlarının ruhsatsız olan binanın yıkımı için uzun süre hareketsiz kalmasının mülkiyet hakkı bakımından sorun teşkil ettiğini; ancak metruk bir yapıya dönüşmüş olması nedeniyle çevre ve insan sağlığı bakımından

<sup>36</sup> *Ahmet Şimşek Başvurusu*, No. 2016/14854, 6/3/2019, paras.24-29.

<sup>37</sup> Örneğin, *Ayşe Öztürk Başvurusu*, No. 2013/6670, 10/6/2015, paras. 82-88.



sorun olduğunu belirterek bu yönüyle ruhsatsız bir yapının yıkılmasının mülkiyet hakkını ihlal etmeyeceğine karar vermiştir.<sup>38</sup>

Bu noktada mülkiyeti Hazineye ait taşınmazlar üzerinde gecekondü veya benzeri şekilde kaçak yapılaşmalar bakımından söz konusu olabilecek yıkımlarda da muhdesat bedelinin ödenmemesinin mülkiyet hakkını yukarıdaki prensipler çerçevesinde ihlal edebileceğini not edelim.

### 3.1.1 Öngörülebilirlik Unsuru ve Devlete Tanınan Takdir Marjı

Öte yandan AYM, idare tarafından yapılan ruhsatsız yapı tespitine rağmen makul bir süre içerisinde yıkılmayan bir yapıyı konu alan bir başvuruda binanın yapımından hemen sonra ve kamulaştırma kararından önce bina hakkında iki kez yıkım kararı alınmış ve malikler hakkında idari para cezaları uygulanmış olması nedeniyle başvuru yönünden yıkım işleminin uygulanabileceğinin öngörülebilir nitelikte olduğunu belirtmiştir.<sup>39</sup>

Yukarıda atıf yapılan *Mehmet Memiş* başvurusunda olduğu gibi AYM, çevre ve insan sağlığı faktörünü mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülülük incelemesinde öngörülebilirlik bağlamında da temel kriterlerden biri olarak ele almaktadır. Nitekim AYM, önüne gelen bir başvuruda mülkiyeti Hazineye ait taşınmaz üzerinde bulunan yapılara ruhsatsız birtakım ilaveler yapılarak kullanım amacı değiştirilen, metruk hale gelmesi nedeniyle çevre ile insan sağlığı yönünden tehlike arz eden yapıların yıkılıp yıkılmayacağı noktasında belirsiz bir durumdan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Söz konusu başvuruda kamu makamlarına tanınan takdir yetkisini de gözeterek AYM, bu şekildeki metruk yapıların yıkılmasının dayandığı kamu yararı amacının ağırlığı ile karşılaştırıldığında mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvuru aşı bir külfet yüklemeyeceği sonucuna varmış ve kamu yararı amacı ile başvuru aşı mülkiyet haklarının korunması arasında olması gereken adil dengenin bozulmadığını belirterek müdahaleyi ölçülü bulmuştur.<sup>40</sup>

AYM, planlama ve imar uygulamaları alanında kamu makamlarına tanınan geniş takdir yetkisine de kararlarında atıf yapmakta ve müdahalenin kamu yararı amacı ile başvuru aşı mülkiyet haklarının korunması arasında olması gereken adil dengenin başvuru aşı aleyhine bozulmadığı durumlarda müdahalenin ölçülü olduğuna karar vererek mülkiyet hakkı ihlali bulgulamamaktadır. Gerçekten de AYM, başvuru aşı tarafından restoran olarak işletilen bina ve eklerine ilişkin olarak 17/4/1996 tarihinde Belediye tarafından inşaat ruhsatı verilmiş ancak iki ay sonra 5/6/1996 tarihinde Hazine tarafından ruhsatın iptali için dava açılan ve dava sonunda verilen yargı kararına dayalı olarak da Belediye Encümeni tarafından 16/6/1999 tarihli kararla söz konusu ruhsat iptal edilen *Çapan Türkoğlu ve diğeri* başvurusunda kamu makamlarının, taşınmazın ruhsata aykırılığı tespit edilerek yıkımı konusunda ivedilikle hareket ettiklerini belirtmiş, ruhsatsız olup çevre açısından tehlike arz etmesi nedeniyle ruhsata bağlanması mümkün olmayan taşınmazın yıkımında tazminat ödenmemesinin başvuru aşı aşı bir külfet yüklemeyeceğine hükmetmiştir.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> *Mehmet Memiş Başvurusu*, No. 2015/5380, 30/10/2018.

<sup>39</sup> *Halim Alper ve Ömer Alper Başvurusu*, No. 2015/7448, 10/10/2018.

<sup>40</sup> *Beyhan Polat ve Mehmet Polat Başvurusu*, No. 2016/6635, 4/4/2019.

<sup>41</sup> *Çapan Türkoğlu ve Diğeri Başvurusu*, No. 2015/7208, 20/03/2019.

Benzer şekilde, kıyıların korunması ve kamu mallarının işgal edilmesinin engellenmesi amacıyla sona ermiş kira sözleşmesi kapsamında inşa edilen muhdesatın yıkılması da tazmini gerektirir bir müdahale değildir. Zira kira sözleşmesinin bitiminden sonra artık kullanıcıların söz konusu yapılardan müdahale edilmeksizin yararlanmaya devam edecekleri beklentisi haklı sayılamaz.<sup>42</sup>

AİHM'in de kamu makamlarına tanınan geniş takdir yetkisini konu ederek ihlal bulgulamadığı kararlar mevcuttur. Örneğin başvuruçunun askerî güvenlik bölgesi içinde ruhsatsız olarak yapılan binanın yıkımına ilişkin şikayetini incelediği bir kararında<sup>43</sup> AİHM, bu alanda bina yapılamayacağına dair düzenlemenin öngörülebilir olduğuna ve binanın yapımından kısa bir süre sonra da yıkım ile ilgili idare tarafından işlemler yapıldığına dikkat çekerek bu alanda kamu makamlarına tanınan geniş takdir yetkisini de dikkate almış ve müdahalenin başvuruçuya aşırı bir külfet yüklediğini belirterek müdahaleyi ölçülü bulmuştur.

Sonuç olarak, çevre açısından tehlike arz eden, ruhsatlı hale getirilmesi mümkün olmayan bir binanın tazminat verilmeksizin yıkılması genellikle orantılı bir müdahale sayılmaktadır. Özellikle vakada idari para cezasının varlığı da söz konusu ise, bu ceza yıkım müdahalesini binanın sahipleri açısından öngörülebilir kılacağından, ruhsatsız/kaçak yapıyı kullanma yönünde haklı beklentiye sahip olmalarını engellemektedir.

### 3.1.2 Derece Mahkemelerince Somut Olayda İdarenin Dahline İlişkin Değerlendirme

İdarenin yürüttüğü inşaat faaliyeti nedeniyle oluşan toprak kayması sonucu başvuruçunun konutunda meydana gelen zararın tazmin edilmesi yönündeki başvuru talebinin binanın ruhsatının bulunmadığı gerekçesiyle reddedildiği bir davada AYM, yapı kullanma izin belgesi veya yapı ruhsatının bulunup bulunmaması hususunu önemli görmeksizin, derece mahkemelerinin olayın gelişiminde kamu makamlarının tutum ve yaklaşımlarını gözetmeyen katı yaklaşımının ve tazminat ödenmemesinin başvuruçuya aşırı ve olağandışı bir külfet yüklediği sonucuna varmıştır.<sup>44</sup>

Bu yaklaşımın bir diğer boyutu ise, idarelerin kaçak yapı veya katları yıkma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin doğurabileceği mülkiyet hakkı ihlalleridir. Zira idarelerin kaçak yapılaşmayı engelleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi, bazı durumlarda, iyi niyetli üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına hanel getirebilir. Özellikle hakkında yıkım kararı alınan kaçak katların yıkılmamasından ötürü manzarası kapanan ve bu nedenle taşınmazını rayiç değerinden daha düşük bir bedelle satmak zorunda kaldığını iddia eden malikler özelinde idari yargının keşif ve bilirkişi incelemesi yaparak somut zararı ortaya koyması ve zarar var ise bunu tazmin ettirmesi gerekmektedir.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> *Fatma Yılmaz Başvurusu*, No.2017/14428, 13/01/2021, paras.78-87.

<sup>43</sup> *Tiryakioğlu v. Turkey*, App. No. 24404/02, Admissibility Decision of 13 May 2008.

<sup>44</sup> *İrfan Öztekin Başvurusu*, No. 2014/19140, 5/12/2017; *Rifat Algan Başvurusu*, No. 2014/19138, 22/2/2018.

<sup>45</sup> *Ayşe Bulut Başvurusu*, No. 2018/28925, 11/3/2021.

## IV Anayasa Mahkemesine Göre İdarenin Tazmin Yükümlülüğü (Konu Anlatımı ve Vaka Çözümü)<sup>46</sup>

Özel hukuktan farklı olarak -somut bazı konuları düzenleyen birkaç istisna dışında- idarenin idari nitelikteki işlem ve eylemlerinden doğan zararlara ilişkin mali sorumluluğunu düzenleyen genel bir kanun hükmü bulunmamaktadır. İdarenin kamu hukuku alanından kaynaklanan mali sorumluluğunun çerçevesi ile hüküm ve esasları Anayasa'nın m. 125 hükmünden yola çıkılmak suretiyle Danıştay içtihatlarıyla belirlenmiştir. Danıştay içtihatlarına göre idarenin mali sorumluluğu, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk şeklinde ikiye ayrılmakta; kusursuz sorumluluk da dayandığı sebebe göre tehlikeli faaliyetler, mesleki risk, sosyal risk ve fedakârlığın denkleştirilmesi biçiminde tasnif edilmektedir.

Kusur sorumluluğunda idarenin kusurlu bulunması (hizmet kusuru) sorumluluğun temel şartı iken kusursuz sorumluluk hâllerinde idarenin kusuru bulunmasa dahi -diğer koşulların gerçekleşmesi şartıyla- idarenin mali sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Öte yandan kusursuz sorumluluk hâllerinden olan tehlikeli faaliyetler, mesleki risk ve sosyal risk ilkelerinde idari işlem veya eylemin hukuka aykırı olması, idarenin mali yönden sorumlu tutulabilmesi için zorunlu bir unsur olarak görülmekte iken yine bir kusursuz sorumluluk sebebi olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinde ise idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için işlemin hukuka aykırı olması gerekmemektedir.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olarak da adlandırılan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, hakkaniyet ve nesafet düşüncesinden neşet etmektedir. İdarenin kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla hukuka uygun şekilde tesis ettiği işlem veya gerçekleştirdiği eylemlerden toplumun bir kesimi veya tamamı yarar görürken bunlardan kaynaklanan külfetin sadece bir kesime yüklenmesinin adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacağı kabul edilmektedir. Adalet ve hakkaniyet, idarenin kamuya yararlı işlem ve eylemlerinden doğan nimet ve külfetlerin topluma eşit bir şekilde pay edilmesini gerektirmektedir. Nimetlerinden tüm kamunun veya belli bir toplumsal kesimin yararlandığı kamusal faaliyetlerin külfetlerine sadece belli kişilerin katlanmasını beklemek sosyal adalet ve ölçülülük ilkelerini de zedeler. Bu düşünceler temelinde haklaştırılan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, Danıştay kararlarında idarenin hukuka uygun ancak bazı kişi veya kişilere aşırı külfet yükleyen işlem ve eylemlerinden doğan zararlara ilişkin tazminat taleplerinde sıklıkla başvurulmuş bir sorumluluk ilkesidir.

Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı devlete birtakım pozitif yükümlülükler de yüklemektedir. Pozitif yükümlülükler kural olarak özel hukuk kişilerince yapılan müdahalelere karşı anayasal koruma sağlamakla birlikte kamu otoritelerince gerçekleştirilen müdahalelerde de devletin özellikle usule ilişkin bazı pozitif yükümlülükleri söz konusu olabilir. Bunlar kamu tarafından gerçekleştirilen müdahalenin etkilerini giderici, diğer bir ifadeyle telafi edici yasal, idari ve fiilî tedbirleri kapsamaktadır. Mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda AYM, devletin maddi ve usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini dikkate alarak sonuca varmaktadır. Tıpkı mülkiyet hakkının sınırlanmasında söz konusu olduğu

<sup>46</sup> Buradaki konu anlatımı ve vaka çözümü Anayasa Mahkemesi kararlarından alınmıştır.



gibi, öncelikle somut vakada belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığı irdelenmektedir. Bundan sonra ise, usulî güvenceler bağlamında başvuru sahibinin/malikin iddialarını yetkili makamlar önünde ortaya koyabilme imkanına sahip olup olmadığına bakılmaktadır. Bu bağlamda mülkiyet hakkını koruyacak ve bireye yeterli güvenceler sağlayacak hukuksal mekanizmaların oluşturulması önemli noktadır. Pozitif yükümlülüklerin gündemde olduğu vakalar değerlendirilirken, sanki bir müdahale varmışçasına toplumun genel çıkarının gerekleri ile bireyin mülkiyet hakkının korunması arasında adil bir denge sağlanıp sağlanmadığına ve mülkiyet hakkı öznesi bireyin aşırı bir külfete maruz kalıp kalmadığına bakılır.

Mülkiyet hakkına kamu otoriteleri tarafından müdahalede bulunulması durumunda bu müdahalenin malik üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçların mümkünse eski hâle döndürülmesini, mümkün değilse malikin zarar ve kayıplarının telafi edilmesini sağlayan idari veya yargısal birtakım hukuki mekanizmaların oluşturulması devletin pozitif yükümlülükleri gereği olduğu gibi söz konusu mekanizmaların var olup olmadığı hususu, aynı zamanda müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulacak bir unsurdur. Bu bağlamda düzeltici bir mekanizmanın hiç oluşturulmaması veya oluşturulan mekanizmanın müdahaleden önceki durumu tesis edici veya oluşan kayıpları giderici bir nitelik arz etmemesi durumunda müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, kanuni dayanağı bulunan ve hukuka uygun olan müdahalelerde dahi malikin menfaatinin dengeleyici birtakım imkânların getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Malikin menfaatinin de korunması amacıyla matuf olan bu imkânlar -zorunlu bir unsur olmamakla beraber- somut olayın koşulları çerçevesinde tazminat ödenmesini içerebilmektedir. Tazminat ödenmesi gerekip gerekmediği, zararın ve müdahale teşkil eden önlem ile zarar arasında illiyet bağının varlığı hususunda edinilecek kanaate bağlı olarak derece mahkemesinin takdirinde olmakla birlikte tazminatın kusur şartına tabi kılınması, Anayasa'nın 35. maddesi mucibi olan orantılılık denetiminin yapılmasını daha baştan engellemiş olmaktadır.

Gerek İDDK tarafından gerekse Danıştay dava dairelerince uzun yıllardan beri uygulanan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkına müdahale sonucunu doğuran tedbirle ulaşılmak istenen kamusal yarar ile başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkı arasında makul bir denge kurulmasını sağlayıcı ve bu suretle başvuru sahiplerine yüklenen külfeti telafi edici nitelik ve yeterlilikte olduğu anlaşılmaktadır. Bu ilke uyarınca hukuka uygun olsa dahi ilgili idari işlem veya eylemden zarar görenlerin bu zararlarının -diğer koşulların da oluşması kaydıyla- fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde tazmini mümkündür. Somut olaylarda da ilkenin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının derece mahkemelerince tartışılması gerekmektedir. Bu tartışma yapılmazsa, mülkiyet hakkı ihlal edilmiş sayılır.<sup>47</sup>

Bu teorik arka plan çerçevesinde AYM mülkiyet hakkının verdiği kullanma, yararlanma ve semerelerinden faydalanma yetkilerinin kısıtlandığı hallerde, dengeleyici faktör olarak tazminat verilmemesini mülkiyet hakkının ihlali olarak görmektedir. Kamu

<sup>47</sup> *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, No. 2014/1546, 2/2/2017.

makamlarının aldığı sürekli yol kapatma tedbiri nedeniyle kapanan yolda kalan taşınmazlarını rayiç piyasa değerinin altından kiraya vermek zorunda kalan maliklerin başvurusunda AYM, toplumun sadece bir kesiminin külfete katlanmak zorunda kalmasını orantılı bulmamıştır. Derece mahkemelerinin idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı kabulüyle başvuruçuların tazminat davasını reddetmeleri, başvuruçulara yüklenen külfetin hafifletilmesini önlemektedir. Tazminat ödenmesinin kusur şartına tabi kılınması, anayasal mülkiyet hakkının gerektirdiği orantılılık incelemesini engellemektedir.<sup>48</sup> Bu sonuca ulaşılmasında başvuruçuların kira gelirlerindeki azalmayı banka dekontlarıyla ispatlamaları, yargılamayı yürüten derece mahkemelerinin aksine bir tespitin olmaması ve aslında Danıştay'ın başvuruçular lehine emsal içtihatı standartları etkili olmuştur.

## 1 Yaşar Çetinbaş Başvurusu (No. 2018/34564, 10/3/2021)

Yukarıdaki genel perspektiften yaklaşıldığında *Yaşar Çetinbaş* vakasının çözümünde dikkate alınacak unsurlar şunlardır:

Mülkiyet hakkının varlığı ve üç kural tipolojisi bakımından AYM, taşınmazın tapuda başvuruçularına kayıtlı olması sebebiyle mülkün varlığının açık olduğunu ve başvuruçuların taşınmazın yakınına viyadük inşa edilmesi suretiyle taşınmazı kullanma ve taşınmazdan yararlanma hakkına yapılan müdahalenin; taşınmazın çevresinde trafik ve gürültünün artması, manzarasının kapanması, egzoz gazlarının sağlığa etkisi nedeniyle taşınmaz üzerinde değer düşüklüğü ve sarsıntı nedeniyle de taşınmazın zarar gördüğü iddiaları nedeniyle, başvurunun mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına müdahaleyle ilişkin genel kural çerçevesinde incelenmesi gerektiğini düşünmektedir.

Pozitif yükümlülükler bağlamında hak ihlalinin sonuçlarının giderilmesi bakımından ne tür hukuki mekanizmaların öngörüleceği hususu devletin takdirinde olup kural olarak Anayasa Mahkemesinin ilgi alanı dışındadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin tercih edilen idari veya yargısal mekanizmanın malik üzerinde doğurduğu olumsuz etkilerin düzeltilmesi bakımından yeterli ve elverişli olup olmadığı hususundaki denetim yetkisi saklıdır. Bu bağlamda, düzeltici bir mekanizmanın hiç oluşturulmaması veya oluşturulan mekanizmanın müdahaleden önceki durumu tesis edici veya oluşan kayıpları giderici bir nitelik arz etmemesi durumunda mülkiyet hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler ihlal edilmiş olur.

Bu minvalde usuli güvenceler bakımındansa yukarıda izah edilen açıklamalar geçerlidir. Mülkiyet hakkının korunmasının söz konusu olduğu durumlarda usule ilişkin güvencelerin somut olayda sağlandığından söz edilebilmesi için derece mahkemelerinin kararlarında konu ile ilgili ve yeterli gerekçe bulunmalı, ve ayrıca esasa ilişkin temel iddia ve itirazların yargılama makamlarınca özenli bir şekilde değerlendirilerek karşılanmalıdır.

<sup>48</sup> *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, No. 2014/1546, 2/2/2017, paras. 73-79.



Tüm bu açıklamalardan sonra AYM yapılan ölçülülük incelemesinde

- i. Başvurucunun taşınmazına yapılan müdahale sonucunda açmış olduğu davada başvurucunun iddialarının dikkate alınmadığını, yerel mahkemece mülkiyet hakkının kısıtlanmasına ilişkin zararın olmadığına hükmedildiğini ve başvurucunun istinaf talebinin de reddedildiğini,
- ii. Zararın mahkemeler önünde ortaya konulmadığı için başvurucunun mülkiyet hakkının sağladığı usule ilişkin güvencelerinden yoksun bırakıldığını ve bu nedenle başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağandışı bir külfet yüklendiğini, söz konusu müdahalenin kamunun yararı ile mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengeyi başvurucu aleyhine bozduğunu belirtmiş ve başvurucunun Anayasa m.35 kapsamında korunan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>49</sup>

## 2 Ayşe Bulut Başvurusu (No. 2018/28925, 16/06/2021)

Başvuru, komşu parselde bulunan ruhsata aykırı yapıyı idarenin yıkmamasından dolayı taşınmazın rayiç bedelinin altında satılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Başvurucu, Alanya'nın Demirtaş beldesinde bulunan taşınmazına komşu binanın üç ve dördüncü katlarının ruhsata aykırı yapıldığı iddiasıyla şikayette bulunmuştur. Belediyece düzenlenen yapı durdurma zaptında mezkûr katların ruhsata aykırı olduğu tespit edilmiş ve Belediye Encümenince bu katların yıkımına karar verilmiştir.

Başvurucu, müteaddit defa ruhsatsız yapının yıkımını talep etmiş fakat Belediye, yeterli teknik aracı olmadığı gerekçesiyle bu talebi karşılayamamıştır. Alanya Kaymaklığı'ndan yıkım aracı talep edilmiş olmasına rağmen söz konusu araç temin edilmemiş; ayrıca Belediye, bu ruhsatsız yapının yıkımı için birden fazla ihale açmış olsa da bu ihalelere katılan olmamıştır.

Tüm bu gelişmeler üzerine başvurucu, yıkım kararının uygulanmadığı iddiasıyla ilgili kamu görevlileri hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Alanya Cumhuriyet Başsavcılığı 01/04/2014 tarihinde şüphelilerin "görevi kötüye kullanma" suçunu işledikleri iddiasını içerir bir iddianame hazırlamıştır. 5 yıla yakın süren yargılamada Alanya 6. Asliye Ceza Mahkemesi, sanıkların üzerlerine atılı suçu işlemediği kanaatine varmıştır. Başvurucu "katılan" sıfatıyla istinaf başvurusunda bulunsa da bu talep Antalya BAM 3. Ceza Dairesince esastan reddedilmiştir ve karar kesinleşmiştir.

Başvurucu, 08/08/2016 tarihinde yıkım kararının uygulanamaması nedeniyle zararının doğduğunu ileri sürerek idare aleyhine tam yargı davası açmıştır. Dava dilekçesinde; taşınmazını 30/07/2015 tarihinde sattığını, bununla birlikte komşu taşınmazdaki imara aykırı kısmın, taşınmazının deniz manzarasını kapatmasına rağmen idarenin yıkım kararını uzun süredir uygulamaması nedeniyle taşınmazını rayiç değerinin çok

<sup>49</sup> Yaşar Çetinbaş Başvurusu, No. 2018/34564, 10/3/2021.



altında satmak zorunda kaldığını ileri sürmüş, yıkım kararının uygulanmaması üzerine fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 1.000 TL maddi, 40.000 TL manevi tazminat talep etmiştir. Başvurucu, keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasını da talep etmiştir.

Antalya 1. İdare Mahkemesi, 08/03/2017 tarihinde davayı reddetmiştir. Kararın gerekçesinde, taşınmazın rayiç bedelinin satış bedelinden daha yüksek olduğunu kanıtlayan somut bilgi ve belge sunulmadığından ortada belli, kesin ve gerçekleşmiş bir zararın bulunmadığı ifade edilmiş ve ayrıca belediyenin diğer kurumlardan destek alamadığı belirtilerek, tazminat istemi reddedilmiştir.

Başvurucu 10/08/2017 tarihinde istinaf başvurusunda bulunmuştur. Başvurucu; istinaf dilekçesinde, davada ileri sürdüğü delillerin hiçbirinin toplanmadığını, keşif yapılmadığını ve zararın olup olmadığını tespitine yönelik bilirkişi raporu alınmadığını belirtmiştir. Başvurucu, yıkımı gerçekleştirilmeyen Belediyenin kusurlu olduğunu ve uğradığı zararın belirlenebilir olduğunu iddia etmiştir. Konya BİM 2. İdare Dava Dairesi oyçokluğuyla istinaf başvurusunu reddetmiştir ve karar kesinleşmiştir. Karar üzerine başvurucu, 5/10/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

Başvurucu;

- Maddi zararın ortaya çıkarılması için gerekli olan delillerin toplanmaması nedeniyle yargılama sürecinin etkin bir şekilde işletilmemesi, davanın “fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere” açılmasına rağmen istinaf incelemesinde temyiz yolunun kapalı tutulması nedenleriyle adil yargılanma hakkının,
- Kaçak yapının yıkılmaması nedeniyle idarenin kusurlu olması ve kendisinin taşınmazını düşük bir bedelle satması nedenleriyle mülkiyet hakkının, ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur.

AYM, öncelikle mülkiyet hakkının varlığı bakımından inceleme yapmış ve şikayetlerin özünün “ruhsatsız yapının Belediye tarafından yıkılmaması nedeniyle başvurusunun taşınmazını düşük bir bedel karşılığında satmak durumunda kaldığı” iddiası olduğunu ve bu iddianın esas olarak mülkiyet hakkını ilgilendirmesi nedeniyle bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varmıştır. Buna göre taşınmazın satışından elde edilen tutar başvurucu yönünden “mülk” teşkil etmektedir. Anayasa m.35 uyarınca bu hakkın korunması bağlamında Devletin birtakım pozitif yükümlülükleri vardır ve başvurunun da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Mülkiyet hakkına müdahale türleri bakımından üç kural tipolojisi çerçevesinde yapılan incelemeden ise; başvurusunun mülkünden yoksun bırakılmaması ve mülkün kullanımının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin de bir müdahalenin olmaması nedeniyle, başvuru mülkten barışçıl yararlanma hakkını düzenleyen genel kural (Anayasa m.35/1) çerçevesinde incelenmiştir.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılması rejimi bakımından öncelikle müdahalenin kanunla öngörülmüş olması (hukukilik) ilkesi bağlamında değerlendirme yapılmalıdır. Hukukilik bakımından ilgili durumu karşılayan hükümler İmar Kanunu m.32, Belediye Kanunu m.38/1-h, İYUK m.2/1-b’de yer almaktadır. AYM’nin mülkiyet hakkı değerlendirilmesinde yeknesak olduğu üzere burada da meşru amaç kamu yararı olmaktadır.

AYM'nin somut olayda yaptığı değerlendirmeye göre bazı durumlarda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri birbirlerinden ayrılamayacaktır. Zira yükümlülüğün mahiyeti ne olursa olsun uygulanacak ilkeler önemli ölçüde benzeşmektedir. Devletin pozitif yükümlülükleri arasında "mülkiyet hakkına yönelik müdahale sonucunda malik üzerinde doğan olumsuz sonuçların giderilmesi açısından etkili bir mekanizma oluşturulması da bulunmaktadır. Mülkiyet uyuşmazlıklarında ihlal eden tarafın özel hukuk kişisi ya da kamu hukuku kişisi olduğuna bakılmaksızın usule ilişkin güvencelerin somut olayda sağlanması gerekmektedir. Ve bunun sağlanmasından söz edilebilmesi için derece mahkemelerinin kararlarında konu ile ilgili ve yeterli gerekçe bulunması gerekmektedir.

Somut olayda her ne kadar başvuru keşif ve bilirkişi deliline dayanmak istese de mahkemece bu delillere dayanılmadığı için maddi zararın ortaya konulmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Mahkemenin bu değerlendirmeleri sonucunda başvuru zararını ispat etme imkanından yoksun bırakılmıştır. Usuli güvenceler yerine getirilmemiş, dolayısıyla müdahalenin taşıdığı meşru amacın dayandığı kamu yararı ile başvuru aleyhine bozulmuş olduğundan müdahale ölçülü değildir. Bu sebeple mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.<sup>50</sup>

## Beklentiler

Bu oturumun sonunda katılımcılardan idarenin tazminat yükümlülüğüne ilişkin gözetilmesi gereken kıstaslara karar verebilmeleri, yıkım kararlarında ne zaman müdahalenin ölçüsüz olup olmadığını ayırt edebilmeleri beklenmektedir.

<sup>50</sup> *Ayşe Bulut Başvurusu*, No. 2018/28925, 16/06/2021.





## KAYNAKLAR

### LİTERATÜR

H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta, 2. Tıpkı Basım, 2017, İstanbul.

### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

*Hakan Arı v. Turkey*, App. No. 13331/07, Judgment of 11 January 2011.

*Gürpınar v. Turkey*, App. No. 38019/18, Admissibility Decision of 13 October 2020.

*Öztek v. Turkey*, App. No. 45336/18, Admissibility Decision of 13 October 2020.

*Bulat v. Turkey*, App. No. 41965/18, Admissibility Decision of 13 October 2020.

*Erol v. Turkey*, App. No. 45307/18, Admissibility Decision of 13 October 2020.

*Tunçyüz v. Turkey*, App. No. 45319/18, Admissibility Decision of 13 October 2020.

*Genç v. Turkey*, App. No. 42935/18, Admissibility Decision of 13 October 2020.

*Yiğit v. Turkey*, App. No. 42961/18, Admissibility Decision of 14 January 2021.

*Şahin v. Turkey*, App. No. 1292/19, Admissibility Decision of 14 January 2021.

### ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI (Bireysel Başvuru)

#### 1. Başlık İçin:

*Yunis Ağlar Başvurusu*, No. 2013/1239, T. 20/03/2014.

*Tam Petrol Ürünleri Alım Satım Ltd. Şti. Başvurusu*, No. 2013/2131, T.10/06/2015.

*Orhan Sütlü Başvurusu*, No. 2017/31564, 25/12/2018.

*Selahattin Gök Başvurusu*, No.2018/590, 04/05/2020.

*Kenan Kaygısız Başvurusu*, No. 2017/5981, 02/06/2020.

*Göksal Gökbudak Başvurusu*, No. 2014/7636, 12/09/2018.

*Fatma Gül Balıkcıoğlu ve Zeynep Nur Yazıcıoğlu Başvurusu*, No.2014/11026, 27/06/2018.

*Hüseyin Ünal Başvurusu*, No.2017/24715, 20/09/2018.

*İbrahim Sözer ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2016/10425, 04/04/2019.

#### 2. Başlık İçin:

*Cemal Taş ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2016/3316, 29/12/2020.

*İhsan Uygun ve Nuran Kaya Başvurusu*, No.2017/28373, 29/12/2020.

#### 3. Başlık İçin:

*Keriman Tekin and Others v. Turkey*, App. No. 22035/10, Judgment of 15/11/2016.



*Tiryakioğlu v. Turkey, App. No. 24404/02, Decision of 13/5/2008.*

*Ahmet Şimşek Başvurusu, No. 2016/14854, 6/3/2019.*

*Bayram Őstündađ Başvurusu, No. 2015/18510, 11/10/2018.*

*Beyhan Polat ve Mehmet Polat Başvurusu, No. 2016/6635, 4/4/2019.*

*Çapan Türkoğlu ve Diğerleri Başvurusu, No. 2015/7208, 20/03/2019.*

*Halim Alper ve Ömer Alper Başvurusu, No. 2015/7448, 10/10/2018.*

*Mehmet Memiş Başvurusu, No. 2015/5380, 30/10/2018.*

*Nazif Kılıç Başvurusu, No. 2014/5162, 15/6/2016.*

*Osman Yücel Başvurusu, No. 2014/4874, 15/6/2016.*

*Rifat Algan Başvurusu, No. 2014/19138, 22/2/2018.*

*Ayşe Öztürk Başvurusu, No. 2013/6670, 10/6/2015.*

*İrfan Öztekin Başvurusu, No. 2014/19140, 5/12/2017.*

*Fatma Yılmaz Başvurusu, No.2017/14428, 13/01/2021.*

*Ayşe Bulut Başvurusu, No. 2018/28925, 11/3/2021.*

#### **4. Başlık İçin:**

*Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, No. 2014/1546, 2/2/2017.*

*Yaşar Çetinbaş Başvurusu, No. 2018/34564, 10/3/2021.*

*Ayşe Bulut Başvurusu, No. 2018/28925, 16/06/2021.*

#### **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI (Norm Denetimi)**

E. 2016/181, K.2018/111, T. 20/12/2018.

E. 2016/181, K.2018/111, T. 20/12/2018.

#### **YARGITAY KARARLARI**

Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/5-662, K. 2010/651, T. 15.12.2010.

5. Hukuk Dairesi, E.2017/26856, K.2019/7846, T.18/04/2019.

#### **DANIŞTAY KARARLARI**

6. Daire, E. 2011/8152, K. 2013/2702, T. 17.04.2013.

6. Daire, E. 2015/7500, K. 2016/1092, T. 15/03/2016.

#### **UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI**

E. 2019/213, K.2019/416, T.08/07/2019.

E.2019/609, K.2019/814, T.23/12/2019.

E. 2021/176, K.2021/150, T.05/04/2021.







A large area of the page is filled with horizontal dotted lines, providing space for taking notes.

## OTURUM

1

2

3

4

5

6

7

8

# İdari Yaptırımlar

Dr. Erkan Duymaz



## Amaç

İdarenin, çeşitli faaliyetleri kapsamında, bir yargı kararına ihtiyaç duymaksızın, gerçek ve tüzel kişilere uyguladığı yaptırımlar, doğası gereği, temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil edebilir. Bu tür müdahaleler de, diğerleri gibi, Anayasa'da ve AİHS'te belirlenen ölçütler ışığında incelenmektedir. Bu bölümde, uygulamada en sık karşılaşılan hak ihlalleri esas alınarak AYM ve AİHM içtihadı ile ortaya konan temel ilkelere değinilecektir.





## Düşünelim

- 1 Anayasa'da düzenlenen suç ve cezalara ilişkin esaslar idari yaptırımlar bakımından da geçerli midir?
- 2 Kanunilik ilkesi kabahatler söz konusu olduğunda daha mı esnek yorumlanır?
- 3 Bütün idari para cezası yaptırımları mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil eder mi?
- 4 Hangi idari yaptırımlar ifade özgürlüğü ihlaline yol açabilir?



## Konular

- 1 Suç ve cezaların kanuniliği
- 2 Masumiyet karinesi
- 3 Mülkiyet hakkı
- 4 İfade özgürlüğü



## Giriş

### 1 Suç ve Cezaların Kanuniliği

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, hukuk devletinin kurucu unsurlarındandır. Bu ilke AİHM m. 7 ve Anayasa m. 38’de düzenlenmiştir. Kanunilik ilkesi bütün hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında riayet edilmesi gereken temel bir ilkedir. Bunun yanında, suç ve cezaların belirlenmesi bakımından özel bir öneme sahiptir. Kanunilik ilkesi kişilerin kanunen yasaklanmamış veya yaptırıma bağlanmamış fiillerden dolayı keyfî bir şekilde suçlanmaları ve cezalandırılmaları önlenmekte; buna ek olarak suçlanan kişinin lehine olan düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır.<sup>1</sup>

Kanunilik ilkesi uyarınca hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi; kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Suçlar kadar katı değerlendirilmemekle birlikte bu ilke ana hatlarıyla kabahatler için de geçerli kabul edilmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri gerektiği düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.<sup>2</sup>

Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerinin belirlenmesi gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte kanun koyucunun takdir hakkı kapsamında öngördüğü yaptırımın adil ve hakkaniyete uygun olması gerekmektedir.<sup>3</sup>

Hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun metni, bireylerin gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla kanunun uygulanması öncesinde muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.<sup>4</sup>

Belirlilik ilkesi hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu kanundan öğrenebilme imkânına

<sup>1</sup> *Karlis A.Ş., Başvurusu*, No. 2013/849, 15/4/2014, para. 32.

<sup>2</sup> AYM, E.2017/103, K.2017/108, 31/5/2017, para. 11.

<sup>3</sup> AYM, E.2017/103, K. 2017/108, 31/5/2017, para. 10.

<sup>4</sup> AYM, E.2013/39, K.2013/65,22/5/2013, *Karlis A.Ş., B. No: 2013/849, 15/4/2014*, para. 34.

sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp davranışlarını düzenleyebilir.<sup>5</sup>

Hukukun üstünlüğünün temel birleşenlerinden biri olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, amaçları ve ulaşmak istenilen hedefleri de gözetilerek keyfi kovuşturma, mahkûmiyet ve cezalandırmaya karşı etkili güvenceleri temin edecek şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Aynı zamanda kanuniliğin bir sonucu olarak suç olarak kabul edilmeyen bir eylemin “kıyas” yolu ile kişilerin aleyhine genişletilerek yorumlanması da ilkeye aykırılık oluşturacaktır.<sup>6</sup>

AİHM, suçun işlendiği tarihten sonra kabul edilen lehteki kanun hükmünün geriye yürümesi hakkını AİHS’nin 7. maddesinin güvence altına aldığını kabul etmektedir. AİHM, suç işleyene sadece suç işlediği tarihte daha ağır bir ceza öngörüldüğü gerekçesi ile ağır bir ceza verilmesinin ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bulunduğunu, bunun aynı zamanda suçun işlendiği tarihten sonra meydana gelen bütün yasal değişiklikleri ve toplumun o suç karşısındaki yaklaşım değişikliğini görmemek anlamına geldiğini belirtmektedir. Buna göre, eğer suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralı farklı ise, hâkimin, sanığın lehine olan ceza kuralını uygulaması gerektiğini belirtmiştir.<sup>7</sup>

AYM içtihadında, idari yaptırımlara ilişkin uyuşmazlıklarda kanunilik ilkesinin ihlal edildiği yönünde çok sayıda örnek karar bulunmaktadır. Bunların büyük çoğunluğu adli yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar olmakla birlikte<sup>8</sup> kural olarak aynı ilkeler idari yargılamalar için de geçerlidir.

İdari yargıya ilişkin olarak, lehe olan kanunun geriye etkili olarak uygulanması konusunda ihlal kararları mevcuttur. AYM, hükmün kesinleşmesinden önce meydana gelen yasal değişikliklerin kişinin lehine olması durumunda geriye etkili olarak uygulanması gerektiğini ifade etmektedir<sup>9</sup>. AYM, kesinleşmiş ancak henüz yerine getirilmemiş idari yaptırım kararları için de aynı yaklaşımı benimsemiştir. Dolayısıyla, “*infaz aşamasında da olsa, kabahat fiilinin unsurlarına veya yaptırımına yönelik lehe kanun değişikliklerinde, Anayasa’nın 38/1. maddesinde düzenlenen “kanunilik ilkesi”nin sonuçlarından biri olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 7/2. maddesinde yer alan “lehe kanunun geriye yürümesi” kuralının uygulanması gerekir*”.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> *Karlis A.Ş., Başvurusu*, No. 2013/849, 15/4/2014, para. 34.

<sup>6</sup> *Efendi Yıldız Başvurusu*, No. 2013/1202, 25/3/2015, para. 33.

<sup>7</sup> *Scoppola v. İtalya* no. 2, App. No: 10249/03, Judgment of 17 September 2009, paras. 105-109.

<sup>8</sup> *Cem Burak Karataş [GK] Başvurusu*, No. 2014/19152, 18/10/2017; *Bereket Emeklilik ve Hayat A.Ş. Başvurusu*, No. 2015/3116, 27/6/2018; *Gülay Yurt Başvurusu*, No. 2017/35546, 30/6/2020; *Karlis A.Ş. Başvurusu*, No. 2013/849, 15/4/2014; *Meziyet Yıldız ve diğerleri Başvurusu*, No. 2017/17038, 18/6/2020.

<sup>9</sup> *Onmed Tıbbi Ürünler Paz. ve Dış Tic. Ltd. Şti Başvurusu Başvurusu*, No. 2016/8342, 17/6/2020, paras. 45-46.

<sup>10</sup> *Mahmut Manbaki Başvurusu Başvurusu*, No. 2012/731, 15/10/2014, para. 47

## 2 Masumiyet Karinesi

Masumiyet karinesi AİHS m. 6/2 ve Anayasa m. 38/4 kapsamında güvence altına alınmıştır. Anayasa’da suç ve cezalara ilişkin esaslar arasında yer almakla birlikte, özünde adil yargılanma hakkının bir unsurudur.

Masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>11</sup> Kişinin suçluluğunun ispatı iddia makamına ait olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Öte yandan hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz.<sup>12</sup>

Bununla birlikte genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiilî varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi masumiyet karinesine aykırılık taşımaz.<sup>13</sup> Ancak suç isnadını içeren karinenin aksinin başvuru tarafından yargılama sırasında ispat edilebilmesinin mümkün olması, hâkimin de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre verebilmesi, bir başka ifadeyle karinelerin kişiyi otomatik olarak *suçlu* hâline getirmemesi gerekir. Karineler, masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaşmamalı ve suç isnadı altındaki kişi savunma imkânlarından yararlandırılmalıdır.<sup>14</sup>

AYM’ye göre, kabahat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlarda adli cezalara kıyasla sorumluluk karinelerine ilişkin standartların daha esnek yorumlanması mümkündür. Ancak bu halde dahi ispat bakımından kullanılan karinelerin masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaşmaması gerekir.<sup>15</sup>

AİHM’in masumiyet karinesine ilişkin içtihadı da aynı yöndedir. AİHM’e göre, ceza davalarında ispat yükünün iddia makamından savunma makamına devredilmesi kural olarak masumiyet karinesini ihlal etmektedir. Yargılama kişinin suç işlediği varsayımından başlamamalı ayrıca her türlü şüpheden sanığın yararlanması sağlanmalıdır.<sup>16</sup>

Bununla birlikte AİHM, birtakım fiili ve hukuki karinelere dayanılarak yargılama yapılmasını otomatik olarak masumiyet karinesine aykırı görmemektedir. Mahkemeye göre önemli olan, söz konusu karinelere karşı savunma tarafının haklarının tamamen güvencesiz bırakılmamasıdır.<sup>17</sup> Masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi için kullanılan karinenin aksinin kişi tarafından ispatının mümkün olması gerekmektedir.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> AYM, E.2013/133, K.2013/169, 26/12/2013.

<sup>12</sup> *Kürşat Eyal Başvurusu*, No. 2012/665, 13/6/2013, § 2

<sup>13</sup> AYM, E.2013/38, K.2014/58, 27/3/2014.

<sup>14</sup> *Adem Hüseyinoğlu Başvurusu*, No. 2014/3954, 15/2/2017, para. 36; *Hasan Cihan Başvurusu*, No. 2016/14869, 24/10/2019, para. 31.

<sup>15</sup> *Mehmet Şirin Akın Başvurusu*, No. 2015/17644, 3/7/2018, para. 32.

<sup>16</sup> *Telfner v. Avusturya*, App. No: 33501/96, Judgment of 20 March 2001, para. 15.

<sup>17</sup> *Salabiaku v. Fransa* App. No: 10519/83, Judgment of 7 October 1988 para. 28.

<sup>18</sup> *Pham Hoang v. Fransa*, App. No: 13191/87, Judgment of 25 September 1992, para. 34.

AYM tarafından karara bağlanan aynı konulu üç farklı başvuruda, idari para cezasına dayanak teşkil eden fiili karinenin aksinin ispatının imkansız olduğu gerekçesiyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir.<sup>19</sup> Bu kararlar idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklara ilişkindir. Sulh ceza hâkimliklerinin görev alanına giren idari yaptırımlar bakımından da aynı ilkeler geçerlidir.<sup>20</sup> Dolayısıyla bu kararlar da idari yargı için yol gösterici olacaktır.

### 3 Mülkiyet Hakkı

AİHM ve AYM içtihadına göre her türlü ekonomik değer mülkiyet hakkının kapsamına girmektedir. Başta idari para cezaları ve vergi cezaları olmak üzere, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, ruhsat ve lisans iptalleri, işyerinin kapatılması veya bir mesleği yapmaktan men gibi yaptırımlar mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir. Bu konulardaki uyuşmazlıklar AİHM ve AYM tarafından mülkiyet hakkına ilişkin 3. kural (mülkiyetin kullanımının kontrolü) çerçevesinde incelenmektedir.

Mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin iddialar incelenirken ilk aşamada mülkün varlığı ve mülkiyet hakkına bir müdahalede bulunulup bulunulmadığı sorgulanmaktadır. Mülkün ve müdahalenin tespit edilmesi durumunda mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin veya getirilen sınırlamanın hak ihlâli oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmektedir.

Mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlamanın hak ihlâline yol açmaması için sınırlamanın hukuki bir dayanağa sahip olması (kanunilik ilkesi), meşru bir amaç taşıması ve ölçülü olması gerekmektedir. Bazı durumlarda müdahalenin kanuniliği bakımından sorunlar gündeme gelmekle birlikte<sup>21</sup> idari yaptırımlara ilişkin davalarda esas tartışma müdahalenin ölçülülüğü konusunda yaşanmaktadır.

AYM'ye göre ölçülülük denetimi kendi içinde “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” şeklinde üç alt inceleme içermektedir. Elverişlilik, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli araçlar arasında en uygun olanının seçilmesini ifade etmektedir. Bu konuda idarenin geniş bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte, tercih edilen aracın mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi bariz bir şekilde ağırlaştırması durumunda söz konusu aracın kullanımının gerekli olmadığı söylenebilecektir.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Ahmet Altuntaş ve diğerleri [GK] Başvurusu, No. 2015/19616, 17/5/2018; Mehmet Şirin Akın Başvurusu, No. 2015/17644, 3/7/2018; Hasan Cihan Başvurusu, No. 2016/14869, 24/10/2019.

<sup>20</sup> Fameka İnş. Plastik San ve Tic. Ltd. Şirketi Başvurusu, No. 2014/3905, 19/4/2017; Taner Koyuncu Başvurusu, No. 2015/11678, 24/5/2018; Mehmet Güzeloglu (2) Başvurusu, No. 2014/12757, 7/6/2017.

<sup>21</sup> örn., Şevki Atasoy ve Yakup Atasoy Başvurusu, No. 2016/866, 12/11/2019, § 48-51; Reşit Ölçer Başvurusu, No. 2016/11371, 21/7/2020, § 50; Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, No. 2014/13677, 20/9/2017, paras. 73-76

<sup>22</sup> Reşit Ölçer Başvurusu, No. 2016/11371, 21/7/2020, para. 57



Orantılılık ilkesi, en yalın ifadeyle, mülkiyet hakkına müdahaleyle elde edilmek istenen kamu yararı ile bireysel haklar arasında makul bir dengenin kurulmasını gerektirmektedir. Uygulanan idari yaptırımın niteliği ve ceza miktarı bu bakımdan önemli olmakla birlikte tek başına belirleyici olmamaktadır. AYM, orantılılık koşulunu değerlendirirken “bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini, diğer taraftan da müdahalenin niteliğini, başvuruçunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını göz önünde bulundurarak başvuruçuya yüklenen külfeti” dikkate almaktadır. Kişinin aşırı bir külfete katlandığının tespit edilmesi durumunda kamu yararı ile bireyin hakları arasındaki makul dengenin bozulduğu kabul edilmektedir.<sup>23</sup>

Öte yandan, ölçülülük ilkesi uyarınca mülkiyet hakkı müdahaleye uğrayan kişilere birtakım usul güvencelerinin sağlanması gerekmektedir. “Mülk sahibine müdahalenin kanun dışı veya keyfi ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması” bu bakımdan son derece önemlidir.<sup>24</sup>Bu değerlendirme ise uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır.<sup>25</sup> Mülk sahibinin müdahaleye yönelik iddia ve savunmalarının ilgili idari ve yargısal makamlarca makul biçimde karşılanması ve bilhassa “elkoyma veya müsadere gibi tedbirler yoluyla ya da para cezası uygulanması suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin bireyin menfaatleri ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengeyi bozmaması için malikin davranışı ile kanunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağının olması” gerekmektedir.<sup>26</sup>

Mülkiyet hakkına müdahale ve yargılama süreçleri bir bütün olarak incelendiğinde, yukarıdaki hususların dikkate alındığı ve hakkı müdahaleye uğrayanlara yeterli usul güvenlerinin sağlandığı durumlarda kamu yararı ve bireysel haklar arasında makul bir dengenin kurulduğu kabul edilecektir.<sup>27</sup> Buna karşın, idarenin özensiz ve tutarsız davrandığı veya malikin davranışı ile kanunun ihlali arasındaki bağlantının makul bir şekilde değerlendirilmediği durumlarda mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın ölçülü olmadığına karar verilecektir.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Arif Güven Başvurusu, No. 2014/13966, 15/2/2017, para. 58, 60; Lavrechov/Çek Cumhuriyeti Başvurusu, No. 57404/08, 20/6/2013, para. 44)

<sup>24</sup> Züliye Öztürk Başvurusu, No. 2014/1734, 14/9/2017, para. 36

<sup>25</sup> Bekir Yazıcı [GK] Başvurusu, No. 2013/3044, 17/12/2015, para. 71; Saccocia v. Avusturya, App. No: 69917/01, Judgment of 18/12/2008, para. 89

<sup>26</sup> Züliye Öztürk Başvurusu, No.2014/1734, 14/9/2017, para. 64

<sup>27</sup> Burgmann Packings Endüstriyel Sızdırmazlık Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti Başvurusu, No. 2017/23989, 15/9/2020, para. 50-51; Necat Kaya Başvurusu, No. 2017/31072, 20/10/2020, paras. 70-73; Aslan Avcı Döküm Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, No. 2017/39159, 28/1/2020, paras. 64-66; Fidanlar İnşaat Taahüt Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, No. 2017/38836, 15/1/2020, paras. 67-69; Ahmet Bal Başvurusu, No. 2015/19400, 11/6/2018, paras. 51-55

<sup>28</sup> Reşit Ölçer Başvurusu, No. 2016/11371, 21/7/2020, para. 71; Şevki Atasoy ve Yakup Atasoy Başvurusu, No. 2016/866, 12/11/2019, para. 72; Kırca Mühendislik İnş.turz.tic. ve San. A.Ş Başvurusu, No. 2014/6241, 29/9/2016, para. 81-83

## 4 İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan biridir. İfade 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. Bu, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereklidir: bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.<sup>29</sup>

Anayasa Mahkemesine göre, “ifade özgürlüğü sadece “düşünce ve kanaate sahip olma” özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan “düşünce ve kanatı (görüşü) açıklama ve yayma”, buna bağlı olarak “haber veya görüş alma ve verme” özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir”.<sup>30</sup>

Demokraside, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak basın ve kamuoyunun denetimi önemli bir rol oynamaktadır. Basın özgürlüğü herkesi için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür.<sup>31</sup>

İfade özgürlüğü sınırsız olmayıp Anayasa’da ve AİHS’te belirtilen koşullara uygun olarak sınırlamaya tabi tutulabilir. Öte yandan, ifade özgürlüğü, kişilere ve bilhassa basına birtakım görev ve sorumluluklar yüklemektedir.

İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar konusunda devlet organlarının belirli bir takdir payına sahip oldukları kabul edilmektedir. Bununla birlikte, kamu makamlarının söz konusu takdir payı dahilinde hareket edip etmedikleri AYM ve AİHM tarafından denetlenmektedir. Bu denetim, kanunilik, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük testlerini içermektedir. Bir sınırlamanın demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığı irdelenirken soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, ifadenin sahibi ve konumu gibi çeşitli unsurlara göre ayrıntılı bir değerlendirme yapılmalıdır. Politik ifadeler ve kamuyu ilgilendiren konulardaki düşünce açıklamaları yüksek bir korumadan yararlanmaktadır. Bu alanda kamu makamlarının hareket alanı son derece dar olup, yalnızca açık bir şekilde nefret söylemi, şiddet övgüsü veya çağrısı yahut olgusal temelden yoksun salt hakaret, aşağılayıcı söz, küfür içeren düşünce açıklamaları veya haberler/yayınlar söz konusu olduğunda ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. İfade özgürlüğünün itibarın korunması veya özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı ile karşı karşıya gelmesi durumunda haklardan birine otomatik olarak öncelik tanınmamalı, AYM ve AİHM tarafından belirlenen ölçütler ışığında söz konusu haklar arasında makul bir denge gözetilmelidir. Her koşulda, uygulanan yaptırım, ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından orantılı olmalı ve ifade özgürlüğüne aşırı bir sınırlama getir-

<sup>29</sup> *Handyside v. Birleşik Krallık*, App. No: 5493/72, Judgment of 7 December 1976, para. 49.

<sup>30</sup> *Yaman Akdeniz ve diğerleri Başvurusu*, No. 2014/3986, 2/4/2014, para. 33

<sup>31</sup> AYM, E.1997/19, K.1997/66, K.T. 23/10/1997



memelidir. İfade özgürlüğüne getirilen bir sınırlama, toplumsal bir ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir.<sup>32</sup>

RTÜK tarafından uygulanan idari yaptırımların hukuka uygunluğu denetlenirken AYM'nin ve AİHM'in ortaya koyduğu ilkeler göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>33</sup>



## KAYNAKLAR

### LİTERATÜR

H. Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -6, Avrupa Konseyi 2018, Ankara.

Ali D. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, Oniki Levha, İstanbul, 2013.

Hayrettin Kurt, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVIII, Y. 2014, Sa. 1, ss. 131-178.

Selami Demirkol, Emrah Özcan, Emre Erman, "Radyo ve Televizyon Yayıncı Kuruluşlarına Uygulanan İdari Yaptırımlar Hakkında Danıştay'ın İfade ve Basın Özgürlüğü Yaklaşımı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 25, (Şubat 2016), s. 21-42.

<sup>32</sup> *Axel Springer AG v. Almanya* [BD], App. No: 39954/08, Judgment of 7 February 2012; *Von Hannover v. Almanya (No. 2)* [BD], App. No: 40660/08 ve 60641/08, Judgment of 7 February 2012; Bekir Coşkun [GK Başvurusu, No. 2014/12151, 4/6/2015; *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK] Başvurusu*, No. 2015/18936, 22/5/2019.

<sup>33</sup> *Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş. v. Türkiye (k.k)*, App. No: 32842/02, Judgment of 14 November 2006; *Nur Radyo ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş./Türkiye*, App. No: 6587/03, Judgment of 27/11/2007; *Özgür Radyo-Ses Radyo-Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım A.Ş./Türkiye (No. 3)*, App. No: 10129/04, Judgment of 10 March 2009; *Özgür Radyo-Ses Radyo-Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım A.Ş./Türkiye (No. 2)*, App. No: 11369/03, 04 December 2007; *Özgür Radyo-Ses Radyo-Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım A.Ş./Türkiye (No. 1)*, App. No: 64128/00 (...), Judgment of 30 March 2006.





A large area of the page is filled with horizontal dotted lines, providing space for notes.



## OTURUM

1

2

3

4

5

6

7

8

# Disiplin Hukukunda Dikkate Alınması Gereken Haklar ve Standartlar

Dr. Erkan Duymaz



### Amaç

Disiplin hukukuna ilişkin idari yargılamaların neden olduğu hak ihlalleri AİHM ve AYM içtihadında önemli bir yer tutmaktadır. Bu ihlaller, özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı, ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, örgütlenme özgürlüğü ve sendikal özgürlükler alanlarında yoğunlaşmaktadır. Kamu görevlileri de herkes gibi AİHS ve Anayasa tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri serbestçe kullanma hakkına sahiptirler. Bununla birlikte, kamu görevlisi olmanın kişiye sağladığı birtakım ayrıcalıklar ve avantajlar, kamu görevlilerinin sıradan yurttaşlara göre daha geniş sınırlamalara tabi tutulmalarını meşru kılmaktadır. Kamu görevlileri, temel hak ve özgürlüklerini kullanırken statüleri gereği sahip oldukları görev ve sorumluluklara uygun davranmalıdırlar. Mahkemelerin görevi, söz konusu görev ve sorumluluklar ile hak ve özgürlüklerin kullanımı arasında makul bir denge bulmaktır. AİHM ve AYM içtihadı ile belirlenen standartların bilinmesi bu bakımdan son derece önemlidir.



## Düşünelim

- 1 Bir kamu görevlisi hakkında, tamamen özel yaşam alanında cereyan eden olaylar nedeniyle disiplin yaptırımını uygulanabilir mi?
- 2 Kamu görevlilerinin, üyesi oldukları sendikanın çağrısı üzerine iş bırakma eylemi gerçekleştirmeleri disiplin cezası gerektiren bir davranış mıdır?
- 3 Kamu görevlilerinin siyasi partilerin düzenledikleri basın açıklamalarına dinleyici olarak katılmaları disiplin cezası gerektiren bir davranış mıdır?
- 4 Valilik tarafından yasaklanan barışçıl bir gösteriye mesai saatleri dışında katılan kamu görevlilerine en hafif disiplin cezası uygulanması ölçülü bir müdahale olarak kabul edilebilir mi?



## Konular

- 1 Kamu görevlilerinin hakları ve yükümlülükleri
- 2 Özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı
- 3 İfade özgürlüğü
- 4 Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı
- 5 Örgütlenme özgürlüğü - Sendika hakkı

## 1 Kamu Görevlilerinin Hakları ve Yükümlülükleri

Kamu görevlisi olmanın kişiye sağladığı birtakım ayrıcalıklar ve avantajlar bulunmaktadır. Bunların karşılığında kamu görevlilerinin bazı külfet ve sorumluluklara katlanması gerektiği kabul edilmektedir. Gerek AYM gerekse AİHM temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda kamu görevlilerinin sıradan yurttaşlara göre daha geniş sınırlamalara tabi tutulmalarını bir sorun olarak görmemektedir.<sup>1</sup> Bununla birlikte, kamu görevlilerinin birey olarak sahip oldukları hak ve özgürlüklerin tamamen kullanılmaz hale gelmesi demokratik toplumun gerekleriyle bağdaşmamaktadır. İdari makamlar ve mahkemeler bireysel hak ve özgürlüklerin kullanımı ile devletin meşru çıkarlarının korunması arasında makul bir denge kurmakla yükümlüdürler.

Kamu görevlilerinin kendileri hakkında disiplin cezasına hükmedilmesini gerektirecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü ve hak ve özgürlüklerini kullanırken statüleri gereği sahip oldukları ödev ve sorumluluklara uygun hareket etmeleri gerekmektedir. AYM'ye göre, kamu görevlileri hakkında verilen disiplin cezalarının hukuka uygunluğunu denetleyen yargı mercilerinin öncelikle somut bir olayda kamu görevlisine atfedilebilir bir kusur olup olmadığını belirlemeleri gerekir. Yargı mercileri, daha sonra, verilen disiplin cezasının kanuni bir dayanağının ve meşru bir amacının olup olmadığını, bunun ardından ise cezanın demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olup olmadığını incelemelidir. Demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık incelemesi çerçevesinde, kusurlu davranışın kamu görevini ne şekilde etkilediğine ve hükmedilen cezanın bu etkiyle orantılı olup olmadığına ilişkin ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konmalıdır.<sup>2</sup> Kamu görevlilerinin disiplin yaptırımı gerektiren tutum ve davranışları özel yaşamlarıyla da ilgili olabilir zira kamu görevlilerinin özel yaşamlarında da memuriyet disiplinini etkileyen davranışlardan kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır. Burada esas alınması gereken ölçüt özel yaşamdaki davranışların kamu görevlisi tarafından yerine getirilen kamu hizmetini olumsuz yönde etkileyip etkilemediğidir. Bu koşulun sağlanması durumunda kamu görevlisine orantılı bir disiplin yaptırımı uygulanabileceği kabul edilmektedir. Her halükarda, özel yaşama ilişkin tutum ve davranışların mesleki hayata etkileri ve cezanın orantılılığı karar gerekçesinde tartışılmalıdır.<sup>3</sup>

## 2 Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı

Özel yaşamın gizliliği ve mahremiyet hakkı AİHS m. 8 ve Anayasa m. 20 kapsamında güvence altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesine göre mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların özel hayata saygı hakkının kapsamında olduğunda kuşku yoktur. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri özel bir alana işaret etmektedir.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> *Tuncay Öcalan ve Dilber Yener*, B. No: 2016/14273, 7/4/2021, para. 25; *Vogt v. Almanya*, App. No: 17851/91, Judgment of 26 September 1995, para. 53.

<sup>2</sup> *Gülistan Atasoy ve diğerleri* [GK], B. No: 2017/15845, 21/1/2021, para. 69.

<sup>3</sup> *Tuncay Öcalan ve Dilber Yener*, B. No: 2016/14273, 7/4/2021, para. 28.

<sup>4</sup> *Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, paras. 31-36.

Mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanması ve bunun doğurduğu idari sonuçlar, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmaları, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturmaktadır.<sup>5</sup>

Öte yandan, uygulanan bir disiplin cezasının kişinin özel yaşamı üzerinde ciddi bir etki doğurması durumunda da özel yaşama saygı gösterilmesi hakkına müdahalede bulunulduğu kabul edilecektir. Bu durumda, disiplin cezasının gerekçesini oluşturan fiilden bağımsız olarak cezanın kişinin yaşamı üzerindeki olumsuz sonuçları göz önüne alınmaktadır. AİHM'e göre, uygulanan yaptırım, özel yaşamın unsurları (kişinin yakın çevresi, başkalarıyla ilişki kurma ve bu ilişkileri geliştirme ve kişinin itibarı) bakımından ayrı ayrı incelendiğinde, kişinin özel yaşamı üzerinde ciddi ölçüde olumsuz sonuçlar doğuruyorsa AİHS m. 8 kapsamında bir müdahale olarak kabul edilecektir.<sup>6</sup>

Özel yaşamın gizliliğine yapılan müdahalelerin AİHS'e ve Anayasa'ya uygunluğu denetlenirken üç aşamalı bir test uygulanmaktadır. Buna göre özel yaşamın gizliliğine yönelik bir müdahalenin hak ihlaline yol açmaması için söz konusu müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olması, meşru bir amaçla yapılmış olması ve bilhassa demokratik toplumda gerekli ve orantılı olması gerekmektedir.

Kanunilik koşulu, özel yaşama saygı gösterilmesi hakkına yönelik müdahalelerin ön-görülebilir bir yasal dayanağı bulunmasını ifade etmektedir. Bu müdahale ile ulaşılmak istenen meşru amaçlar Anayasa'da "millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" şeklinde ifade edilmiştir.

Demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük incelemesinde aşağıdaki hususlar dikkate alınmaktadır:

### **Kişinin özel yaşamındaki davranışlarının mesleki hayatına etkileri**

Kişinin ahlaki durumu, duygusal ve/veya cinsel ilişkileri, ekonomik sorunları veya özel yaşamına ilişkin başka bir durum, tutum veya davranışı gerekçe gösterilerek hakında disiplin cezası uygulanması halinde dikkate alınması gereken en önemli husus kişinin özel yaşantısının mesleki hayatına etki edip etmediği ve görev yaptığı kurumun işleyişine zarar verip vermediğidir. AİHM ve AYM tarafından verilen ihlal kararlarının çoğunda derece mahkemelerinin bu yönde bir değerlendirme yapmamış oldukları göze çarpmaktadır. Kural olarak, kişiye özel yaşamındaki davranışları nedeniyle idari bir yaptırım uygulanabilmesi için bu davranışın iş hayatını veya görev yapılan kurumun işleyişini olumsuz yönde etkilediği somut olarak ortaya konmalıdır.<sup>7</sup> Derece mahkemelerinin gerekçelerinde bu yönde bir değerlendirme bulunmadığı durumlarda, ta-

<sup>5</sup> *Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, para. 37, Ö.N.M., B. No: 2014/14751, 15/2/2017, para. 59.

<sup>6</sup> *Pişkin v. Türkiye*, App. No: 33399/18, Judgment of 15 December 2020, para. 176, 184; *Denisov v. Ukrayna* [BD], App. No. 76639/11, Judgment of 25 September 2018, paras. 107-114.

<sup>7</sup> *Özpınar v. Türkiye*, App. No: 20999/04, Judgment of 19 October 2010, para. 77.

mamen kişinin özel alanında cereyan eden olaylar nedeniyle kişiye ceza uygulanması özel yaşama saygı gösterilmesi hakkının gereklerine aykırı bulunmaktadır.<sup>8</sup>

AYM'ye göre, personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu görevini yürütmekle görevli kişilerin hak ve özgürlüklerine, herhangi bir vatandaşa uygulanamayacak sınırlamalar getirilmesi demokratik bir toplumda gerekli olabilir. Bu kapsamda kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Ancak özel hayatın gizliliği hakkının mahremiyet hakkı gibi en gizli yönleri söz konusu olduğunda kamu makamlarının takdir yetkisi daha dardır ve bu alanlara yönelik müdahalelerin haklı olduğunun kabul edilebilmesi için kamu makamlarınca özellikle ciddi gerekçelerin gösterilmesi gerekir.<sup>9</sup>

## Usul güvencelerinin gözetilip gözetilmediği

Kişinin özel yaşamına ilişkin hususlara dayanılarak yürütülen disiplin soruşturmalarının birtakım usul güvencelerine riayet edip etmediği de AİHM ve AYM tarafından gerçekleştirilen demokratik toplumda gereklerine uygunluk ve ölçülülük incelemesi kapsamında kalmaktadır.

AİHM'e göre, AİHS m. 8 maddesi açıkça usul şartları içermemekle birlikte anılan maddeyle güvence altına alınan haklardan etkili bir şekilde yararlanılabilmesi için müdahaleyi doğuran karar alma sürecinin bu maddeyle korunan hak ve özgürlüklere gerekli saygıyı sağlayacak nitelikte ve adil olması gerekir. Bu şekildeki bir süreç, başvurucunun 8. maddedeki haklarını -deliller ve kanıtlanma konuları dâhil- adil şartlarda savunabileceği etkili usule ilişkin güvencelerden yararlandırılmasını gerektirmektedir<sup>10</sup>.

Benzer şekilde AYM'ye göre, kamu makamlarının özel hayatın en gizli, mahrem alanlarına müdahaleleriyle ilgili olarak müdahaleye yol açan karar alma sürecinde de keyfi davranmadıklarını kanıtlamaları gereklidir. Bu da ancak karar alma sürecinde özel hayatına müdahale edilen bireylere -deliller ve kanıtlanma konuları dâhil- adil şartlarda savunma ve sürece katılım güvencelerinin sağlanmasıyla olacaktır.<sup>11</sup>

Anayasa m. 129 uyarınca kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilmez. Disiplin soruşturmasında savunma hakkının kullanılabilmesi için, savunması istenen kamu görevlisine suçlama konusunun ve hakkındaki isnadın ne olduğunun açıkça bildirilmesi, bunun yanı sıra savunmasını hazırlayabilmesi için makul bir sürenin tanınmış olması gerekir.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> M. K., B. No: 2014/19584, 8/6/2017, para. 41.

<sup>9</sup> *Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 16/12/2015, para. 47; G.G. [GK], B. No: 2014/16701, 13/10/2016, para. 59.

<sup>10</sup> *Ciubotaru v. Moldova*, App. No: 27138/04, Judgment of 27 April 2010, para. 51; *Özpinar v. Türkiye*, App. No: 20999/04, Judgment of 19 October 2010, para. 78.

<sup>11</sup> *Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 16/12/2015, para. 48.

<sup>12</sup> *Ö.N.M.*, B. No: 2014/14751, 15/2/2017, para. 80.



Bilhassa asker kişilerin veya Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan sivil çalışanların ahlaki durum sebep gösterilerek devlet memurluğundan çıkarılmasını konu alan çok sayıda vakada, ifade tutanaklarında disiplin soruşturması için ifade alındığının belirtilmemesi ve ne ile suçlandığının kişiye bildirilmemesi; ifade alma esnasında sorulan soruların kişinin özel yaşamını kapsayacak şekilde geniş, kapsamı, sınırları ve amacı belirsiz nitelikte olması; ifadeyi alanların kimlik ve unvanlarının gizlenmesi gibi hususlar AYM tarafından kişiye savunma hakkı tanınmadığı ve özgür iradeye dayalı konuşma koşullarının sağlanmadığı şeklinde değerlendirilmektedir.<sup>13</sup> Bu tür başvurularda, kişinin, soruşturma usullerinin hukuka aykırı olduğu yönünde bir iddiası bulunuyorsa bu iddia gerekçede mutlaka karşılanmalıdır. Nitekim soruşturma usulünün hukuka aykırı olduğu iddiası davanın sonucunu değiştirebilecek niteliktedir. Dolayısıyla bu yöndeki iddialara makul bir gerekçe yanıt verilmesi ve ifade alma koşullarının detaylı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Bu inceleme yapılmadan ve hukuka aykırılık iddiası tartışılmadan sunulan gerekçeler AYM tarafından ilgili ve yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmemekte ve demokratik toplumun gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı bulunmaktadır.<sup>14</sup>

### Uygulanan yaptırımın ağırlığı

Özel yaşama saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalelerin demokratik toplumun gereklerine uygun ve ölçülü olarak kabul edilebilmesi için değerlendirilmesi gereken son bir husus kişiye uygulanan yaptırımın orantılılığıdır. Bu aşamada, yaptırımla amaçlanan yarar ile kişinin uğradığı zarar veya kayıplar arasında makul bir denge sağlanıp sağlanmadığı incelenmelidir. Meslekten çıkarma cezasının kişinin yalnızca profesyonel değil aynı zamanda ekonomik yaşamı üzerinde de önemli etkiler doğuracağı dikkate alındığında, bu nitelikteki bir cezanın zorunlu ve son çare olarak, ayrıca kişinin görevinde kalmasının kurumun işleyişine ciddi zarar vereceğinin ortaya konması durumunda uygulanması gerekmektedir. Kişinin daha önce disiplin cezası alıp almadığı, ödül ve takdirlerinin bulunup bulunmadığı da karar gerekçesinde irdelenmeli ve verilen ceza bu veriler ışığında gerekçelendirilmelidir.<sup>15</sup>

“Geçmiş hizmetinin başarılı olduğu, ödül ve takdir belgeleri bulunduğu ve disiplin cezası bulunmadığı anlaşılmakta ise de davacının eylemlerinin vasıf ve yoğunluğu dikkate alınarak bir alt disiplin cezası verilmemesinin hukuka uygun” olduğu şeklindeki bir gerekçe bu bakımdan yeterli görülmeyecektir.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Ö.N.M., B. No: 2014/14751, 15/2/2017, para. 89; M. K., B. No: 2014/19584, 8/6/2017, para. 40.

<sup>14</sup> M. K., B. No: 2014/19584, 8/6/2017, para. 41; G.G. [GK], B. No: 2014/16701, 13/10/2016, para. 68.

<sup>15</sup> Ö.N.M., B. No: 2014/14751, 15/2/2017, para. 94; G.G. [GK], B. No: 2014/16701, 13/10/2016, para. 68.

<sup>16</sup> Ö.N.M., B. No: 2014/14751, 15/2/2017, para. 24, 94.

### 3 İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü Anayasa m. 26 ve AİHS m. 10 kapsamında güvence altına alınmıştır.

İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. İfade 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. Bu, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereğidir: bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.<sup>17</sup>

İfade özgürlüğü sınırsız olmayıp Anayasa’da ve AİHS’te belirtilen koşullara uygun olarak sınırlamaya tabi tutulabilir. Öte yandan, ifade özgürlüğü, kişilere ve bilhassa basına birtakım görev ve sorumluluklar yüklemektedir.

İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar konusunda devlet organlarının belirli bir takdir payına sahip oldukları kabul edilmektedir. Bununla birlikte, kamu makamlarının söz konusu takdir payı dahilinde hareket edip etmedikleri AYM ve AİHM tarafından denetlenmektedir. Bu denetim, kanunilik, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük testlerini içermektedir. Bir sınırlamanın demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığı irdelenirken soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, ifadenin sahibi ve konumu gibi çeşitli unsurlara göre ayrıntılı bir değerlendirme yapılmalıdır. Politik ifadeler ve kamuyu ilgilendiren konulardaki düşünce açıklamaları yüksek bir korumadan yararlanmaktadır. Bu alanda kamu makamlarının hareket alanı son derece dar olup, yalnızca açık bir şekilde nefret söylemi, şiddet övgüsü veya çağırısı içeren düşünce açıklamaları veya haberler/yayınlar söz konusu olduğunda ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Her koşulda, uygulanan yaptırım, ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından orantılı olmalı ve ifade özgürlüğüne aşırı bir sınırlama getirmemelidir. İfade özgürlüğüne getirilen bir sınırlama, toplumsal bir ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir.<sup>18</sup>

İfade özgürlüğüne ilişkin genel nitelikteki bu ilkeler kural olarak kamu görevlilerinin düşünce açıklamaları bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, ifade özgürlüğünün kullanımında kişinin sahip olduğu görev ve sorumluluklar kamu görevlileri söz konusu olduğunda daha dikkatli yorumlanmaktadır. Devletin, memurlar için bir bağlılık ödevi öngörmesi ve memurlara birtakım ek sorumluluklar yüklemesi devlet memurluğu statüsü gereği kabul edilebilir bir durumdur. Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü değerlendirilirken, görüşlerin dengeli ve siyaseten yansız olarak açıklanıp açıklanmadığı, bağlılık ve tarafsızlık yükümlülüklerine aykırı davranılıp davranılmadığı önem kazanmaktadır. Memurun bulunduğu konum ve görevinin niteliği gereği sahip olduğu ödev ve sorumluluklarının belirlenmesinde idari makamlar ve mahkemeler belirli bir takdir marjına sahiptir. Ancak devlet memurlarının da birer birey olarak siyasi görüşe sahip olma, ülke sorunlarıyla ilgilenme ve sosyal yaşama/tartışmalara dahil olma

<sup>17</sup> *Handyside v. Birleşik Krallık*, App. No: 5493/72, Judgment of 07 December 1976, para. 49.

<sup>18</sup> *Axel Springer AG v. Almanya*, [BD], App. No: 39954/08, Judgment of 7 February 2012; *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2015/18936, 22/5/2019, para. 47.





haklarının bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Demokratik ilkelerin reddi, nefret söylemi veya şiddete çağrı niteliğinde olmadıkça veya bağlılık ve yansızlık ödevlerini açıkça ihlal etmedikçe, memurun görev yaptığı kurumun işleyişini veya çalışma huzurunu ciddi şekilde bozmadıkça, dile getirilen düşünceler ve bunların dile getirilme biçimi yetkili makamların gözünde kabul edilemez olsa dahi, ifade özgürlüğünün sağladığı güvencelere aykırı tedbirler alınmamalıdır.<sup>19</sup>

Bu kapsamda, örneğin, sınıf öğretmeni ve aynı zamanda sendika temsilcisi olan bir devlet memurunun bir siyasi partinin düzenlediği basın açıklamasına pasif olarak katıldığı ve bir siyasi partinin binasında açlık grevi yapan kişileri ziyaret ettiği gerekçesiyle “siyasi parti yararına davranışta bulunmak” fiilinden disiplin cezasına tabi tutulması Anayasa Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğü hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir.<sup>20</sup> Benzer şekilde, sol bir örgütün düzenlediği bir pikniğe katılan ve seçimlerde oy kullanılmaması çağrısı yapan bir pankartın önünde fotoğraf çektiren bir memurun “bütün siyasi partiler aleyhine faaliyette bulunduğu” gerekçesiyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılması AYM tarafından demokratik toplumun gereklerine uygun bulunmamıştır.<sup>21</sup>

Buna karşın, görev yaptığı kuruma, bir kısmı kendisiyle ve mesleğiyle ilgili olmayan çok sayıda şikayet dilekçesi sunarak idarenin işleyişini ve kamu hizmetlerinin sunulmasını zorlaştırdığı kabul edilen bir kamu görevlisinin uyarma cezası alması<sup>22</sup>; BİMER’e sunduğu şikayet dilekçesinde asılsız iddialara yer vererek çalıştığı kurumda huzur ve sükunun bozulmasına yol açtığı gerekçesiyle bir devlet memuruna kınama cezası verilmesi<sup>23</sup> AYM tarafından gerekli ve orantılı yaptırımlar olarak değerlendirilmiştir.

Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesinin meşru kabul edildiği durumlarda uygulanan sınırlamanın niteliği ve ceza söz konusuysa ceza miktarı önem kazanmaktadır. Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlayan veya gerek kendisinin gerekse diğer kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü hakkını kullanmaları üzerinde caydırıcı bir etki yaratan yaptırımlar orantılı olarak kabul edilmeyecektir.<sup>24</sup>

Kamu görevlisi olmamakla birlikte, meslek odaları tarafından verilen disiplin cezalarına maruz kalan kişilerin açtıkları iptal davalarında da aynı ölçütler uygulanmaktadır.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> *Hasan Güngör*, B. No: 2013/6152, 24/2/2016, para. 46-49; *Hasan Güngör (2)*, B. No: 2015/1554, 25/12/2018, para. 48; *Ömer Yalçın*, B. No: 2017/30798, 29/9/2020, paras. 25-27; *Vogt v. Almanya*, App. No: 17851/91, Judgment of 26 September 1995, para. 53; *Ahmed ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, App. No: 22954/93, Judgment of 2 September 1998, paras. 53-56; *İsmail Sezer v. Turkey*, App. No: 36807/07, Judgment of 24 March 2015, para. 52; *Grigoriades v. Yunanistan* [BD], App. No: 24348/94, Judgment of 25 November 1997, para. 45.

<sup>20</sup> *Hasan Güngör*, B. No: 2013/6152, 24/2/2016; *Hasan Güngör (2)*, B. No: 2015/1554, 25/12/2018.

<sup>21</sup> *Zeki Çınar*, B. No: 2016/3585, 12/6/2019.

<sup>22</sup> *Cenk Balcıoğlu*, B. No: 2015/3522, 29/9/2018.

<sup>23</sup> *Ömer Yalçın*, B. No: 2017/30798, 29/9/2020.

<sup>24</sup> *Hasan Güngör*, B. No: 2013/6152, 24/2/2016, para. 54

<sup>25</sup> *Metin Yalçın*, B. No: 2014/5959, 6/2/2019

Güvenlik güçlerinin ifade özgürlüğü konusunda daha sınırlayıcı disiplin kurallarının uygulanabileceği AİHM ve AYM tarafından kabul edilmektedir. Silahlı kuvvetlerin ve emniyet teşkilatının kendilerine has iç düzeni ve hiyerarşik yapısı, bu kurumlarda çalışan kişilerin sıradan vatandaşlara göre daha ağır sorumluluklar yüklemektedir. Bu kişilerin uymakla yükümlü oldukları mesleki hiyerarşik kurallardan kaynaklanan sınırlamalar ile ifade özgürlükleri arasında makul bir dengenin kurulması gerekmektedir. Söz konusu dengenin kurulup kurulmadığı değerlendirilirken, kişinin hangi saik ile beyanda bulunduğu, beyanın hukuki ve fiilî esası, beyan tarzı, beyanın muhtemel yorumları, kamu kurumuna etkileri ve kişinin beyanı nedeniyle maruz kaldığı yaptırım göz önüne alınmaktadır.<sup>26</sup>

Her durumda, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda, ihtilafli ifadeler bağlamından koparılmadan değerlendirilmeli, yukarıdaki unsurlar somut olarak tartışılmalı ve bu tartışmalar gerekçeye aktarılmalıdır. İlgili ve yeterli gerekçe içermeyen kararların, davanın esasından bağımsız olarak, ifade özgürlüğü ihlaline yol açabileceği hatırd tutulmalıdır.

Bir polis memurunun sosyal medyada üstleri hakkında yaptığı yorumlar nedeniyle kınama cezası alması<sup>27</sup>; bir astsubayın kurum içindeki birtakım uygulamalarla ilgili olarak BİMER'e dilekçe göndermesi nedeniyle uyarma cezası alması<sup>28</sup>; emekli bir askerin Genelkurmay Başkanı'na yönelik sözlerinden dolayı Türk Silahlı Kuvvetleri sosyal tesislerine girişinin altı ay süreyle yasaklanması<sup>29</sup>; bir askerin nöbet hizmetlerinde bazı düzenlemeler yapılmasına yönelik önerilerinin ilgili komutanlığa arzına ilişkin dilekçede kullandığı üslup nedeniyle kınama cezası ile cezalandırılması<sup>30</sup>; bir asker hakkında, komutanına, silahlı kuvvetlere yönelik sert ve hakaretamiz ifadeler içeren bir mektup vermesi nedeniyle disiplin cezası uygulanması<sup>31</sup> her bir olayın somut koşulları göz önüne alınarak, demokratik toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle ve birçok vakada mahkeme kararlarının ilgili ve yeterli gerekçe içermemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Buna karşın, bir astsubayın, internet ortamında, silahlı kuvvetler teşkilatının subay sınıfına yönelttiği ve kendisinin hiyerarşik amiri konumunda bulunan kişileri küçültücü ve aşağılayıcı nitelikteki ifadeleri nedeniyle ağır bir disiplin yaptırımına tabi tutulması, söz konusu ifadelerin askeri disiplin üzerinde yarattığı olumsuz tesir göz önüne alınarak ifade özgürlüğü bakımından ölçüsüz bulunmamıştır.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> *Adem Talas* [GK], B. No: 2014/12143, 16/11/2017, para. 47.

<sup>27</sup> *Hulusi Özkan*, B. No: 2015/18638, 15/11/2018.

<sup>28</sup> *Adem Talas* [GK], B. No: 2014/12143, 16/11/2017.

<sup>29</sup> *Hüsnü Şimşek*, B. No: 2015/9734, 11/10/2018.

<sup>30</sup> *Barış Koç*, B. No: 2016/11722, 15/9/2020.

<sup>31</sup> *Grigoriades v. Yunanistan* [BD], App. No: 24348/94 Judgment of 25 November 1997.

<sup>32</sup> *M.A.B.*, B. No: 2015/288, 19/11/2020.

## 4 Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı

Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı Anayasa m. 34 ve AİHS m. 11 kapsamında güvence altına alınmıştır. Anayasa'daki düzenlemeye göre “herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir”. AYM ve AİHM bu hakkı ifade özgürlüğünün özel bir biçimi olarak ele almaktadır. Dolayısıyla toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı da demokratik toplumun temel unsurları arasında yer almaktadır. Bu hak yalnızca toplumun geneli tarafından savunulan ve kabul gören görüşleri değil, toplumun genelini rahatsız eden, endişelendiren hatta şoke eden veya tepki çeken görüş ve fikirleri savunmak amacıyla da kullanılabilir.<sup>33</sup>

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı yalnızca “barışçıl” etkinlikleri kapsamaktadır. “Demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle mevcut düzenin değiştirilmesi gerektiğini savunanlara dahi toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla bu fikirlerini ifade edebilme imkânı sunulmalıdır”.<sup>34</sup>

Bir toplantı şiddet içeriyorsa (şiddet yaygınlaşmış ve toplantıya bir bütün olarak hâkim olmuş ise) veya toplantıda şiddete çağrıda bulunuluyorsa barışçıl bir toplantıdan söz edilemez. Bununla birlikte, toplantı sırasında yer yer görülen şiddet hareketleri nedeniyle bütün katılımcıların toplantı hakkı ortadan kalkmaz. Bir kimse davranışlarıyla şiddet kullanma niyetini ortaya koymamış veya şiddet hareketlerine katılmamışsa bu kişinin toplantı hakkı korunmaya devam eder.<sup>35</sup>

AYM'nin ve AİHM'in yerleşik içtihadına göre, barışçıl bir toplantıya veya gösteri yürüyüşüne katılan ve yasaklanmamış davranışlarda bulunan kişilerin, herhangi bir kınanabilir olaya karışmadıkları sürece, en hafif bir cezaya dahi tabi tutulmamaları gerekir. Zira barışçıl toplantılara katılanlara ceza verilmesi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanmak isteyen diğer kişiler üzerinde caydırıcı bir etki yaratabilir.<sup>36</sup>

Bu çerçevede, üyesi oldukları bir sendikanın düzenlediği bir gösteriye katılan öğretmenlerin, diğer katılımcıların attıkları sloganlar gerekçe gösterilerek, kınama cezası ile cezalandırılmaları<sup>37</sup>; valilik tarafından yasaklanan bir gösteriye mesai saatleri dışında ve barışçıl şekilde katılan öğretmenlerin uyarma cezası ile cezalandırılmaları<sup>38</sup>; bir siyasi parti tarafından organize edilen bir basın açıklamasına ve barışçıl gösteriye katılan bir memura kınama cezası verilmesi<sup>39</sup> demokratik toplumun gereklerine uygun görülmemiştir.

<sup>33</sup> *Yılmaz Güneş ve Yusuf Karadağ*, B. No: 2015/10676, 26/12/2018, para. 33

<sup>34</sup> *Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, para. 117; *Gün ve Diğerleri v. Turkey*, App.No: 8029/07, Judgment of 18 June 2013, para. 70.

<sup>35</sup> *Gülistan Atasoy ve diğerleri* [GK], B. No: 2017/15845, 21/1/2021, paras. 53-55; *Yasin Agin ve diğerleri* [GK], B. No: 2017/32534, 21/1/2021, paras. 48-50

<sup>36</sup> *Yasin Agin ve diğerleri* [GK], B. No: 2017/32534, 21/1/2021, para. 57; *Akgöl ve Göl v. Turkey*, App. No. 28495/06 ve 28516/06, Judgment of 17 May 2011, para. 43.

<sup>37</sup> *Yılmaz Güneş ve Yusuf Karadağ*, B. No: 2015/10676, 26/12/2018.

<sup>38</sup> *Yasin Agin ve diğerleri* [GK], B. No: 2017/32534, 21/1/2021.

<sup>39</sup> *Leyla Sezen*, B. No: 2016/15197, 29/5/2019.

Buna karşın, önceden izin almaksızın, devlet hastanesinin yatan hastaların bulunduğu bir servisindeki hasta yakınlarının kullanımına tahsis edilmiş odasında, sendikal faaliyet kapsamında bir etkinlik düzenleyen bir hemşirenin uyarma cezası alması<sup>40</sup>; bir grup öğretmenin kapalı bir salonda gerçekleştirilen resmi bir devlet törenine müdahale ederek toplantının devamını engellemeleri nedeniyle uyarma cezası almaları<sup>41</sup> demokratik toplumda gerekli ve orantılı yaptırımlar olarak kabul edilmiştir.

## 5 Örgütlenme Özgürlüğü - Sendika Hakkı

AİHS m. 11 hem toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını hem de dernek kurma, örgütlenme özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Sendika kurma, sendikaya üye olma, üyelikten ayrılma ve sendikal faaliyetlere katılma da aynı madde kapsamında korunmaktadır. Anayasa ise bu hak ve özgürlükleri farklı maddelerde düzenlemiştir. Dernek kurma veya daha genel ifadeyle örgütlenme özgürlüğü Anayasa m. 33'te, sendika hakkı ise m. 51'de koruma altına alınmıştır.

İfade özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gibi örgütlenme özgürlüğü de demokratik toplumun temel değerleri arasında yer almaktadır. Dolayısıyla AYM'nin ve AİHM'in örgütlenme özgürlüğüne ve sendika hakkına yaklaşımı adı geçen hak ve özgürlüklere ilişkin yaklaşımından farklılık göstermemektedir.

AİHM'e göre, örgütlenme özgürlüğü, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak değil, örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olarak görülmektedir.<sup>42</sup>

AYM'ye göre, "şiddete teşvik etme veya demokratik ilkelerin reddi söz konusu olmadığı sürece, sendika hakkı çerçevesinde dile getirilen bazı görüşler veya bunların dile getirilme biçimi yetkili makamların gözünde kabul edilemez olsa dahi, ifade, örgütlenme ve sendikal özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler demokrasiye hizmet edemez ve hatta tehlikeye düşürür. Hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumda, farklı düşüncelerin sendikal özgürlükler veya başka yollarla dile getirilmesine imkan tanınmalıdır".<sup>43</sup>

Kural olarak, kamu görevlileri de tüm bireyler gibi örgütlenme ve sendika hakkına sahiptirler. Bununla birlikte, sendika hakkının kullanımı bazı koşullara tabi tutulabilir ve bu hakka bazı sınırlamalar getirilebilir. Bu sınırlamaların başta ordu ve emniyet olmak üzere bazı sektörlerde gerekli olduğu kabul edilmektedir.<sup>44</sup> Öte yandan, kamu hizmet-

<sup>40</sup> *Gülfidan Yıldırım*, B. No: 2014/12290, 19/7/2017.

<sup>41</sup> *Tuncay Öcalan ve Dilber Yener*, B. No: 2016/14273, 7/4/2021.

<sup>42</sup> *Belçika Ulusal Polis Sendikası v. Belgium*, App. No: 4464/70, Judgment of 27 October 1975, para. 38.

<sup>43</sup> *Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, para. 52.

<sup>44</sup> *Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey*, App. No: 68959/01, Judgment of 21 April 2009; *İsmail Aslan ve diğerleri*, B. No: 2013/7197, 8/9/2015, para. 66.

lerinin sürekliliği ilkesi gereği kamu görevlilerinin üstlenmiş oldukları kamu hizmetini kesintisiz olarak yerine getirme ödevi vardır.<sup>45</sup>

Disiplin cezaları bakımından gündeme gelen klasik dava tipi, sendikanın çağrısı üzerine iş bırakma eylemine katılan kamu görevlilerine mazeretsiz olarak göreve gelmedikleri gerekçesiyle disiplin cezası verilmesine ilişkindir. AİHM ve AYM içtihadı, iş bırakma eyleminin sendikal faaliyet kapsamında gerçekleşmesi durumunda, sendika tarafından yapılan çağrının göreve gelmemek için bir mazeret sayılması gerektiği yönündedir. Dolayısıyla, kamu görevlilerinin sendikal bir eylem kapsamında mazeretsiz olarak göreve gelmedikleri gerekçesiyle disiplin cezasıyla karşı karşıya kalmalarının -uygulanmış ceza her ne kadar hafif bir ceza olsa da- “toplumsal bir ihtiyaç baskısına tekabül etmediği” ve “demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” bu mahkemelerce kabul edilmektedir. AYM’nin bu yönde onlarca ihlal kararı bulunmaktadır.<sup>46</sup> Danıştayın bu konudaki içtihadı da aynı yöndedir.<sup>47</sup>

AİHM de birçok kararında devlet memurlarının maaşlarına yapılan düşük zammı protesto etmek; kamuda çalışan eğitimcilerin koşullarının iyileştirilmesini talep etmek; Mecliste tartışılmakta olan kamu yönetimi kanun tasarısını protesto etmek; kamu sektöründe çalışan personele ilişkin kanunun Meclis gündemine taşınmasına dikkat çekmek gibi amaçlarla üyesi oldukları sendikaların aldıkları karar üzerine iş bırakma veya yavaşlatma eylemine katılan kamu görevlilerine disiplin cezası uygulanmasını örgütlenme özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>48</sup>

Buna karşın, kamu görevlilerinin, üyesi oldukları sendikaların çağrısı üzerine iş bırakma eylemine katılmaları her zaman için sendika hakkı kapsamında değerlendirilmemektedir. Anayasa Mahkemesi, iş bırakma eyleminin amacını göz önüne alarak bir ayırım yapmakta ve bu eylemin ekonomik ve mesleki çıkarları koruma amacı güdüp gütmeyeceği, sendikaların çekirdek faaliyet alanı içinde olup olmadığı, sendika üyelerinin çıkarlarını koruma amacı olmaksızın salt bir siyasi amaç içerip içermediği gibi hususları tartışma konusu yapmaktadır. Disiplin cezasına konu eylemin sendikanın çekirdek faaliyet alanına girmediği durumlarda, eylem, sendika hakkı değil örgütlenme özgürlüğü kapsamında incelenmektedir. Bu durumda ise disiplin cezasının uygulanmasının gerekliliği konusunda idarenin daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu Mahkemece kabul edilmektedir.<sup>49</sup> Ancak bu olasılıkta dahi uygulanan disiplin cezasının demokratik toplumda gerekli ve izlenen meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir. Bu ayırım ışığında, sendikaların çekirdek faaliyet alanı dışında kalan konularda (Gezi olayları, Ankara Garı saldırısı, Kobane savaşı vs.) sendikaların aldıkları kararlara

<sup>45</sup> Ahmet Parmaksız [GK], B. No: 2017/29263, 22/5/2019, para. 87.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> İDDK, E.2009/63, K.2013/1998, T.22/5/201.

<sup>48</sup> Karaçay v. Turkey, App. No: 6615/03, Judgment of 27 March 2007; Urcan ve diğerleri v. Türkiye, App. No: 23018/04 (...), Judgment of 17 July 2008 ; Kaya ve Seyhan v. Turkey, App. No: 30946/04, Judgment of 15 September 2009; Dilek ve diğerleri v. Turkey, App. No: 74611/01 (...), Judgment of 17 July 2007; İsmail Sezer v. Turkey, App. No: 36807/07, Judgment of 24 March 2015.

<sup>49</sup> Ahmet Parmaksız [GK], B. No: 2017/29263, 22/5/2019, paras. 55-63.

uyarak iş bırakan kamu görevlilerine disiplin cezası uygulanması AYM tarafından demokratik toplum gereklerine uygun ve orantılı olarak değerlendirilmiştir.<sup>50</sup>

Örgütlenme özgürlüğü ve sendika hakkına ilişkin davalar iş bırakma eylemleri ile sınırlı değildir. Kamu görevlilerinin üyesi oldukları sendikanın çağrısı veya kararı üzerine yahut sendikanın eylemlerini tanıtmak/duyurmak amacıyla gerçekleştirdikleri diğer eylem ve davranışlar da disiplin cezasına konu olabilmektedir. Bu tip davalarda da, disiplin cezasına gerekçe gösterilen eylemin cezalandırılmasının demokratik bir toplumda gerekli ve takip edilen meşru amaçla orantılı olup olmadığı somut şekilde değerlendirilmelidir.

Örneğin AİHM, sendika tarafından hazırlanan ve 1 Mayıs yürüyüşüne çağrı yapan afişlerin sendika üyelerince bürolarının duvarlarına asılması nedeniyle uygulanan kınama cezasının demokratik toplumda gerekli bir yaptırım olmadığına, ayrıca sendika üyelerinin faaliyette bulunmaları üzerinde caydırıcı bir etki doğuracağına karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca ulaşırken, afişlerin yasa dışı bir içerik taşımadığına, genel bir görüntü kirliliği yaratmadığına, geçici süreyle asıldığına ve düzenlenmesi planlanan yürüyüşün tamamen barışçıl nitelikte olduğuna dikkat çekmiştir.<sup>51</sup> AYM de, bir kararında, yöneticisi olduğu sendikanın aldığı bir karar üzerine, Milli Eğitim Bakanı'nın telekonferans yoluyla gerçekleşen konuşmasını dinlemeyen ve alkışlarla protesto eden kamu görevlisine disiplin cezası uygulanmasını örgütlenme özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, eylemin barışçıl niteliğine ve toplantının huzur ve sükununu ciddi şekilde bozmadığına vurgu yaparak demokratik bir toplumda bu tür protestolara katlanılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>52</sup> Mahkeme, bir başka kararında ise yöneticisi olduğu sendikanın planladığı bir grevi duyurmak maksadıyla yakasına kokart takarak okulda dolaşan bir öğretmene uyarma cezası verilmesini sendika hakkına aykırı bulmuştur. Planlanan eylemin barışçıl olması, öğretmenin kokart taşımasının geçici bir eylem olması ve kokart içeriğinde grevi ve tarihini duyurmak dışında yasal olmayan, kamuyu incitecek veya yanlış yönlendirmelere sebep olacak ibare veya işaretler bulunmaması Mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmuştur. Mahkeme ayrıca disiplin cezasının caydırıcı etki doğurabileceğini hatırlatmıştır.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Ahmet Parmaksız [GK], B. No: 2017/29263, 22/5/2019; Filiz Koçak Demir ve diğerleri, B. No: 2015/14046, 17/7/2019; Dilek Kaya, B. No: 2018/14313, 17/7/2019; Pınar Çankaya Ulaş, B. No: 2018/9270, 19/11/2019; Tayyip Akbudak, B. No: 2018/5558, 11/9/2019.

<sup>51</sup> Şişman ve diğerleri v. Turkey, App. No: 1305/05, Judgment of 27 September 2011, paras. 32-34.

<sup>52</sup> Veysel Kaplan, B. No: 2015/13524, 26/9/2019, paras. 53-56.

<sup>53</sup> Hikmet Aslan, B. No: 2014/11036, 16/6/2016, paras. 60-62.



## KAYNAKLAR

### LİTERATÜR

Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -8, Avrupa Konseyi, 2019 Ankara,  
[https://anayasa.gov.tr/media/5604/ozel\\_yasam\\_hakki.pdf](https://anayasa.gov.tr/media/5604/ozel_yasam_hakki.pdf)

Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -2, Avrupa Konseyi, 2018 Ankara,  
[https://anayasa.gov.tr/media/3545/02\\_ifade\\_ozgurlugu.pdf](https://anayasa.gov.tr/media/3545/02_ifade_ozgurlugu.pdf)

Ulaş Karan, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -3, Avrupa Konseyi, 2018 Ankara,  
[https://anayasa.gov.tr/media/3546/03\\_organlenme\\_toplanma.pdf](https://anayasa.gov.tr/media/3546/03_organlenme_toplanma.pdf)

Mehmet Sadık Yamalı, *Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları*, Avrupa Konseyi, 2016 Ankara  
<https://anayasa.gov.tr/media/3552/bireysel-basvuruda-idari-yargiya-iliskin-kararlar.pdf>

Sezal Çınar Özkan, "AİHM İçtihatları Işığında Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü", Hacettepe HFD, 9(2), 2019, 553-586,  
<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/878897>

Dilşad Çiğdem Sever, "Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Disiplin Hukukunun Sınırı", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, Cilt II, Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020 Ankara, 1165-1211,  
[https://www.atilim.edu.tr/uploads/pages/iletisim-1517410938/1601883076-Prof.Dr.Metin\\_Gunday\\_Armagani\\_cilt\\_2.pdf](https://www.atilim.edu.tr/uploads/pages/iletisim-1517410938/1601883076-Prof.Dr.Metin_Gunday_Armagani_cilt_2.pdf)





## NOTLAR

A series of horizontal dotted lines for taking notes, spanning the width of the page below the 'NOTLAR' header.





A large area of the page is filled with horizontal dotted lines, providing space for notes.

## OTURUM

1

2

3

4

5

6

7

8

# Tıbbi İhmal/Hata Davaları ve Yaşam Hakkına-Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkına İlişkin Diğer Davalar

Dr. Erkan Duymaz



## Amaç

Yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığın korunması hakkı bakımından gündeme gelen hak ihlalleri iki durumda idari yargıyı ilgilendirmektedir. Bunlardan birincisi idare aleyhine açılan tam yargı davaları, ikincisi ise kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmemesi kararlarına karşı yapılan itirazların değerlendirildiği davalardır. Bu davalar sonucunda verilen kararların bir hak ihlaline yol açmaması için AİHM ve AYM tarafından belirlenen temel ilkelere ve asgari standartlara uygun hareket edilmesi hayati önemdedir. Bu ise, kamu makamlarının söz konusu haklar kapsamında sahip olduğu yükümlülüklerin bilinmesi ile mümkündür.



## Düşünelim

- 1 Özel sağlık kuruluşlarınca verilen sağlık hizmetlerindeki ihmal ve aksaklıklar nedeniyle idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir mi?
- 2 Devletin, tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan ölümcül riskler karşısında kişinin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün sınırları nelerdir?
- 3 Devlet hangi hallerde, kişinin kendisine bilerek ve isteyerek verdiği zararlardan sorumlu tutulabilir?
- 4 Hekimin ağır kusurundan kaynaklanan ölüm vakalarında, tazminat sorumluluğu yolunun açık olması yaşam hakkının korunması bakımından yeterli kabul edilebilir mi?



## Konular

- 1 Devletin, kişinin yaşamını ve maddi ve manevi varlığını koruma yükümlülüğü
  - 1.1 Tıbbi ihmal veya hata vakaları
  - 1.2 Tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan ölüm ve yaralanma vakaları
  - 1.3 Yaşamı tehlikede olan kişilerin korunmaması vakaları
- 2 Etkili soruşturma yükümlülüğü
  - 2.1 Ceza soruşturması yürütülmesinin zorunlu olduğu/olmadığı durumlar.
  - 2.2 Soruşturma izni verilmemesi kararlarına itirazların değerlendirilmesi



# 1 Devletin, Kişinin Yaşamını ve Maddi ve Manevi Varlığını Koruma Yükümlülüğü

Kişinin yaşamının, vücut bütünlüğünün ve manevi varlığının korunması hakkı AİHS m. 2 (yaşam hakkı), m. 3 (işkence yasağı) ve bazı durumlarda m. 8 (özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı) kapsamına girmektedir. Anayasa “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” hükmüyle bu hakları tek bir maddede (m. 17) güvence altına almıştır.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından devletlerin negatif ve pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Negatif yükümlülükler “kaçınma” yükümlülükleri olup devlet organlarının kendi davranışlarıyla hak ve özgürlüklere müdahalede bulunmaması gerektiğini ifade etmektedir. Pozitif yükümlülükler ise en genel ifadeyle “koruma” yükümlülükleri olup devlet organlarının hak ve özgürlükleri korumak için her türlü yasal, idari ve pratik düzenlemeleri yapması/tehdirleri alması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu bakımdan devlet organlarının bilinen veya bilinmesi gereken riskler karşısında pasif kalması, bazı faaliyetleri düzenleme ve kontrol etme görevini yerine getirmemesi, birtakım hizmetleri sunarken ihmalkâr davranması koruma yükümlülüğüne aykırı olacaktır.

## 1.1 Tıbbi İhmal veya Hata Vakaları

Tıbbi ihmal veya tıbbi uygulama hataları Dünya Tabipler Birliği tarafından “hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi” şeklinde tanımlanmaktadır. AİHM ve AYM içtihadında, tıbbi ihmal vakalarında uygulanan ilkeler yalnızca hekimin davranış ve ihmallerinden değil, sağlık sistemindeki eksikliklerden veya kötü organizasyondan kaynaklanan kişisel zararlar bakımından da geçerlidir. Bu konudaki temel ilkeler şu şekilde özetlenebilir.

Devlet, bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruma hakkı kapsamında -ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin- sağlık hizmetlerini hastaların yaşamları ile maddi ve manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır.<sup>1</sup>

Tıbbi ihmallere ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolu, kural olarak, hukuki sorumluluğu tespit adına takip edilecek olan hukuk veya idari tazminat davası yoludur.<sup>2</sup>

Maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında hukuki sorumluluğu ortaya koymak adına adli ve idari yargıda açılacak tazminat davalarının makul derecede dikkatli ve özenli inceleme şartını yerine getirmesi gerekmektedir. Derece mahkemelelerinin bu tür olaylara ilişkin yürüttükleri yargılamalarda Anayasa’nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede derinlik ve özenle bir inceleme yapıp yapmadıkları ya da ne ölçüde yaptıkları Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmektedir.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Ahmet Acartürk*, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 51; *Sevim Güngör v. Türkiye*, App. No. 75173/01, Judgment of 14 April 2009.

<sup>2</sup> *Nail Artuç*, B. No: 2013/2839, 3/4/2014, para. 38.

<sup>3</sup> *Tevfik Gayretli*, B. No: 2014/18266, 25/1/2018, para. 32.

Olayların oluşumuna ilişkin delillerin değerlendirilmesi öncelikle idari ve yargısal makamların ödevidir. Aynı şekilde başvuru dosyasında bulunan tıbbi bilgi ve belgelerden hareketle bilirkişilerin vardığı sonuçların doğruluğu hakkında fikir yürütmek Anayasa Mahkemesinin görevi değildir.<sup>4</sup> Ancak kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında yerine getirmek zorunda olduğu usul yükümlülüklerinin somut olayda yerine getirilip getirilmediğinin nesnel bir şekilde değerlendirilmesi için ilgili anayasal kurallar bağlamında derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmedikleri ve öne sürdükleri gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmektedir.<sup>5</sup>

Derece mahkemelerinin gerekçeleri, tarafların kanun yoluna başvuru imkânını etkili şekilde kullanabilmesini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya konulmalı; ulaşılan sonuçlar yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi somut, nesnel verilere dayandırılmalıdır.<sup>6</sup> İdare mahkemelerinin sundukları gerekçelerin ilgili ve yeterli olarak kabul edilebilmesi için zarara uğradığını öne süren kişinin esaslı iddiaları gerekçede karşılanmalıdır.<sup>7</sup> Birden fazla bilirkişi raporu veya uzman mütalaası bulunduğu durumlarda, varsa bunlar arasındaki çelişkiler gerekçede giderilmelidir.<sup>8</sup> Herhangi bir gerekçe göstermeden birbiriyle çelişen farklı görüşler veya iddialar veya değişik ihtimaller arasından birine öncelik tanımak “makul derecede dikkatli ve özenli” davranma koşuluna aykırı olacaktır.<sup>9</sup> Çelişkilerin giderilememesi durumunda yeni bir bilirkişi raporunun talep edilmemesi de aynı sonucu doğurabilecektir.<sup>10</sup>

Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale öncesinde tıp kurallarına göre ön-görülebilir nitelikte komplikasyon ve riskler hakkında yeterli bir biçimde aydınlatılmadığı iddiası somut olayın koşullarına göre yargılamanın sonucuna doğrudan etki edebilecek nitelikte ise mahkeme kararlarında konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçeye ortaya konulmalıdır. Bu iddianın gerekçede değerlendirilmemesi, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır.<sup>11</sup>

İdarenin sorumluluğunun belirlenmesinde kişisel kusur ve hizmet kusuru ayırımının AY m. 17 ışığında yapılması da büyük önem taşımaktadır. Devletin düzenleme ve denetleme yükümlülüğünün bir sonucu olarak, hekimin mevzuata aykırı bir şekilde ve/veya suç işleyerek kişinin yaşamına veya vücut bütünlüğüne zarar vermesi de bazı

<sup>4</sup> Mehmet Çolakoğlu, B. No: 2014/15355, 21/2/2018, para. 47.

<sup>5</sup> Mehmet Çolakoğlu, B. No: 2014/15355, 21/2/2018, para. 45.

<sup>6</sup> Mehmet Çolakoğlu, B. No: 2014/15355, 21/2/2018, para. 46.

<sup>7</sup> Emrah Egeç, B. No: 2015/9714, 11/12/2018, § 46-47; Onurhan Çakmak ve diğerleri, B. No: 2016/6776, 16/1/2020, paras. 54-56; Arif Koca ve Zübeyde Koca, B. No: 2015/8483, 15/1/2020, para. 65; Edip Aran ve Hakkı Aran, B. No: 2017/34450, 16/9/2020, para. 39; Kemal Demirtaş ve Gülcan Demirtaş, B. No: 2017/18196, 16/9/2020, para. 48; Hasan Ava, B. No: 2018/3723, 11/2/2021, paras. 50-52; Hamdullah Aktaş ve diğerleri [GK], B. No: 2015/10945, 19/7/2018, paras. 59-61.

<sup>8</sup> M.U., B. No: 2017/17753, 10/2/2021, paras. 39-40

<sup>9</sup> Ahmet Bakır ve diğerleri, B. No: 2017/37294, 9/7/2020, para. 50.

<sup>10</sup> M.U., B. No: 2017/17753, 10/2/2021, paras. 39-40.

<sup>11</sup> Onurhan Çakmak ve diğerleri, B. No: 2016/6776, 16/1/2020, para. 56; Arif Koca ve Zübeyde Koca, B. No: 2015/8483, 15/1/2020, para. 65.

durumlarda hizmet kusuru olarak değerlendirilebilecektir. Örneğin, devlet hastanesi idaresinin denetim ve kontrol görevini yerine getirmemesi nedeniyle böyle bir zararın ortaya çıkması halinde tam yargı davasının “kişisel kusur” gerekçesiyle reddedilmesi maddi varlığın korunması hakkını ihlal edecektir.<sup>12</sup> Zira organizasyon ve yönetimden kaynaklanan kusurlar da idarenin sorumluluğunu gündeme getirmektedir.

Mahkemece tespit edilen kusurun hekim hatasından kaynaklandığı durumlarda kusurun “ağır” olup olmadığı tazminat talebinin değerlendirilmesi bakımından dikkate alınabilecektir. Buna karşın organizasyon eksikliğinden kaynaklanan bir kusur nedeniyle tazminat ödenmesinin “ağır kusur” şartına bağlanması Anayasa m. 17 ile güvence altına alınan hakların gerekleriyle bağdaşmayacaktır.<sup>13</sup>

## 1.2 Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Ölüm ve Yaralanma Vakaları

Devletin, kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında, yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen ölüm olaylarında Anayasa'nın 17. maddesi, devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak, bu konuda ihdas edilmiş yasal ve idari çerçevenin yaşamı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerli olup, kamu güvenliğini sağlama amacıyla yürütülen tehlikeli faaliyetler alanı da bu yükümlülük kapsamındadır.

Yaşamı koruma pozitif yükümlülüğü, devlete, egemenlik alanında bulunan bireylerin yaşamını korumak için önleyici genel güvenlik tedbirleri alma görevini de yüklemektedir.<sup>14</sup>

Söz konusu yükümlülük bir sonuç yükümlülüğü değil gerekli özeni gösterme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün kapsamı somut olayın koşullarına göre değişiklik göstermektedir.

Cephanelik, askeri mühimmat veya mayın patlamaları, askeri hizmet veya eğitim sırasında yaşanan kazalar sonucu meydana gelen ölüm ve yaralanma olayları nedeniyle idareye karşı açılan tam yargı davaları AİHM ve AYM tarafından bu ilkeler ışığında ele alınmaktadır. Bu konudaki genel kural, kamusal makamların gerekli güvenlik tedbirlerini almaları gerekirken almamaları hâlinde meydana gelen zararlardan sorumlu tutulacağı yönündedir. Bununla birlikte, devletin yaşamı korumaya ilişkin yükümlülüğü devlete aşırı bir külfet yükleyecek şekilde yorumlanmamalıdır.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> *Onur Arslan*, B. No: 2017/17652, 15/12/2020, para. 41-42.

<sup>13</sup> *Ahmet Bakır ve diğerleri*, B. No: 2017/37294, 9/7/2020, paras. 49-50.

<sup>14</sup> *Salih Ülgen ve diğerleri*, B. No: 2013/6585, 18/9/2014, paras. 39-41.

<sup>15</sup> *Hakkı Sezgin*, B. No: 2015/11807, 17/7/2019, para. 37.



Öte yandan, kişilerin tehlikeye karşı aşırı tedbirsiz davranmaları durumunda da devletin koruma yükümlülüğü sınırsız bir şekilde yorumlanmamalıdır. Ancak bu durumda dahi başta küçükler olmak üzere korunmaya muhtaç kişilerin tedbirsizliği idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmayacaktır.<sup>16</sup> Bir başka ifadeyle, zararın meydana gelmesinde kişisel kusur bulunması otomatik olarak hizmet kusuru bulunmadığı anlamına gelmeyecektir.<sup>17</sup>

Mahkemeler, somut bir vakada idarenin alması gereken tedbirlerin kapsamını belirlerken tehlikenin öngörülebilirliği yanında mağdurun yaşını, zihinsel durumunu ve söz konusu tehlikeye kaçınabilme kabiliyetini de dikkate almalıdırlar.<sup>18</sup> Nitekim olağan koşullarda yetişkin insanlar bakımından öngörülebilir olan bir risk küçükler bakımından aynı nitelikte olmayabilecektir.<sup>19</sup> Kişilerin söz konusu riskten önceden haberdar edilmiş olması, uyarı işaretleri ve tel örgü gibi genel tedbirlerin alınmış olması ve kamu görevlilerinin mağdurları sözlü olarak uyarılmış olmaları durumunda dahi korunmaya muhtaç kişiler bakımından idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.<sup>20</sup>

### 1.3 Yaşamı Tehlikede Olan Kişilerin Korunmaması Vakaları

Devletin, kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında, yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bu yükümlülük bilhassa kişinin devletin gözetim ve kontrolünde bulunduğu durumlarda büyük önem arz etmektedir.<sup>21</sup>

Askerlik hizmeti sırasında yaşanan intihar vakaları da bu kapsamda değerlendirilmektedir.<sup>22</sup> Bu vakalarda iki aşamalı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Mahkemeler öncelikle askerî mercilerin kendi kontrolleri altındaki bir kişinin kendini öldürmesi konusunda gerçek bir risk olduğunu bilip bilmediklerini ya da bilmeleri gerekip gerekmediğini tespit etmeli; böyle bir durum söz konusu ise bu riski ortadan kaldırmak için makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında kendilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını incelemelidirler.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> *Hüseyin Münüklü*, B. No: 2014/5973, 13/9/2017, para. 67.

<sup>17</sup> *Ayfer Demirel ve diğerleri*, B. No: 2016/8011, 9/1/2020, para. 66.

<sup>18</sup> *Cemal Kılıç*, B. No: 2014/8722, 11/6/2018, para. 58.

<sup>19</sup> *Ayfer Demirel ve diğerleri*, B. No: 2016/8011, 9/1/2020, para. 59.

<sup>20</sup> *Salih Ülgen ve diğerleri*, B. No: 2013/6585, 18/09/2014, paras. 39-41; *Ayfer Demirel ve diğerleri*, B. No: 2016/8011, 9/01/2020, paras. 64-66.

<sup>21</sup> *Tanrıbilir v. Turkey*, App. No: 21422/93, Judgment of 16 November 2000, para. 70; *Ataman v. Turkey*, App. No: 46252/99, Judgment of 27 April 2006, para. 54.

<sup>22</sup> *Kılınç ve Diğerleri v. Turkey*, App.No: 40145/98, , Judgment of 7 July 2005; *Lütfi Demirci ve diğerleri v. Türkiye*, App. No: 28809/05, Judgment of 2 March 2010.

<sup>23</sup> *Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, para. 74.

Devlet, askerlik görevini zorunlu kıldığı için özellikle silahların kullanımı konusunda büyük bir titizlik göstermeli; psikolojik sorunları olan askerlerin tedavi edilmesini ve onlara yönelik uygun tedbirlerin alınmasını sağlamalıdır. Oluşturulan yasal ve idari düzenlemelerde, askerlik yaşamının doğasında var olan tehlikelerle karşı karşıya bulunan askerlerin etkin bir şekilde korunmasını sağlayan uygulamaya ilişkin tedbirlerin ve emir komuta zinciri içinde yer alan sorumlular tarafından işlenebilecek kusur ve hataların tespit edilmesini sağlayacak usullerin öngörülmesi gerekmektedir. Bu çerçevede asker alım sırasında kişilerin uygun denetimlerden geçirilmesi, askerlik öncesinde ve sırasında kişilere gerekli denetim ve müdahalelerin yapılması büyük önem taşımaktadır.<sup>24</sup>

Askerî mercilerin kendi kontrolleri altındaki bir kişinin kendini öldürmesi konusunda gerçek bir risk olduğunu bildikleri ya da bilmeleri gerektiği durumlarda, uygun ve zorunlu tedbirlerin alınmaması idarenin sorumluluğunu doğuracaktır. Bu gibi hallerde, intiharın kişisel kusur olarak değerlendirilerek tazminat talebinin reddedilmesi yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin gereklerine aykırı olacaktır.<sup>25</sup>

Mahkemelerce yapılan değerlendirmeler bu konuda ilgili ve yeterli gerekçe içermeli, ölüm olayının meydana gelmesinde askeri mercilerin davranış ve ihmallerinin etkili olup olmadığı, alınabilecek makul tedbirlerle ölümün engellenmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmalıdır.

Gerekçeye ilişkin bu yükümlülük yaşam hakkının veya maddi varlığın korunması hakkının ihlal edildiği iddialarını içeren diğer davalar bakımından da geçerlidir. Kişinin, ölüm veya yaralanma olayının kamu makamları tarafından öngörülebilir ve önlenilebilir nitelikte olduğunu ileri sürmesi durumunda, idarenin sorumluluğunun değerlendirilmesi amacıyla gerekli delillerin toplanması ve söz konusu iddiaların gerekçede karşılanması gerekmektedir. Aksi takdirde, mahkeme tarafından yapılan incelemenin Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği dikkat ve özende yapılmamış olduğu kabul edilecek ve yaşam hakkının veya maddi varlığın korunması hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine karar verilecektir.<sup>26</sup>

## 2 Etkili Soruşturma Yükümlülüğü

Etkili soruşturma yükümlülüğü, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütmeyi gerektirir.<sup>27</sup> Etkili soruşturma yükümlülüğü işkence ve kötü muamele iddiaları bakımından da aynı şekilde uygulanmaktadır. Söz konusu yükümlülük, güvenlik güçlerinin güç kullanımı; devletin gerçekleştirdiği veya düzenlediği/denetlediği tehlikeli faaliyetler; üçüncü kişilerin filleri; ağır tıbbi hatalar veya sağlık hizmetinin verilmesindeki organizasyon kusurları (...) nedeniyle ve meydana gelen ölüm ve yaralanma olaylarını kapsamaktadır.

<sup>24</sup> *Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 75-76; *Kılınç ve Diğerleri v. Türkiye*, App.No: 40145/98, Judgment of 7 July 2005, para. 41.

<sup>25</sup> *Hasan Kara ve diğerleri*, B. No: 2015/17126, 27/6/2018, paras. 65-72.

<sup>26</sup> *Hasan Kılıç*, B. No: 2018/22085, 27/1/2021, para. 51.

<sup>27</sup> *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, para. 54.



## 2.1 Ceza Soruşturması Yürütülmesinin Zorunlu Olduğu/Olmadığı Durumlar

Kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm veya yaralanma olaylarına ilişkin davalarda Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda, yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ile davalar sonucunda sadece tazminat ödenmesi maddi varlığın korunması hakkı ihlalini gidermek için yeterli değildir.<sup>28</sup>

Ancak ihmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalar açısından farklı bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir. Buna göre yaşam hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise *etkili bir yargısal sistem kurma* yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir.<sup>29</sup> Bu tür durumlarda, devletin, hukuki ve idari nitelikte soruşturmalar yürüterek olayı soruşturma ve gerektiğinde ihlale uygun karşılık gelen yeterli yaptırımlara karar verme şeklinde bir usul yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>30</sup> Soruşturma sonucunda kişiye tazminat ödenmesine karar verilmişse, tazminat miktarının Anayasa Mahkemesinin benzer hak ihlallerinde hükmettiği miktarlarla uyumlu olması gerekir.<sup>31</sup>

Bununla birlikte ihmal suretiyle meydana gelen ölüm olaylarında devlet görevlilerinin ya da kurumlarının bu konuda muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmali olduğu yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda insanların hayatının tehlikeye girmesine neden olan kişiler aleyhine etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi, hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmaması Anayasa'nın 17. maddesinin ihlaline neden olabilir.<sup>32</sup>

Aynı durum yetkili kişi ve kurumların mesleki ödevlerini hiçe sayarak sağlık kuruluşlarına başvuran hastanın hayatına veya vücut bütünlüğüne zarar vermeleri hâlinde sağlık alanında yürütülen faaliyetlerde de geçerlidir.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 55; *Ahmet Bakır ve diğerleri*, B. No: 2017/37294, 9/7/2020, para. 38.

<sup>29</sup> *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, para. 59; *Calvelli ve Ciglio v. İtalya*, App. No: 32967/96, Judgment of 17 January 2002, para. 51.

<sup>30</sup> *Hasan Kılıç*, B. No: 2018/22085, 27/1/2021, para. 41.

<sup>31</sup> *Hasan Kılıç*, B. No: 2018/22085, 27/1/2021, para. 42.

<sup>32</sup> *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 59-62; *Asiye Genç v. Türkiye*, App. No: 24109/07, Judgment of 27 January 2015, paras. 71-73, paras. 83-86.

<sup>33</sup> *Kenan Sayın*, B. No: 2013/5376, 14/10/2015, para. 47.

## 2.2 Soruşturma İzni Verilmemesi Kararlarına İtirazların Değerlendirilmesi

Etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde 4483 sayılı Kanun'dan kaynaklı ciddi sorunlar bulunmaktadır. AİHM birçok kararında bu sorunlara vurgu yaparak devlet memurlarının ve diğer kamu görevlilerinin soruşturulmasında idari yargının oynayacağı role dikkat çekmiştir.<sup>34</sup>

Soruşturma izni verilmemesi kararlarına karşı yapılan itirazlar üzerine verilen kararların ilgili ve yeterli bir gerekçe içermemesi durumunda maddi ve manevi varlığın korunması hakkının usul yönünde ihlal edildiğine karar verilebilecektir. Bu bağlamda, ön inceleme raporunun maddi olayların aydınlatılması ve sorumluların tespiti bakımından yeterli olmaması; çelişkiler veya belirsizlikler içermesi; mesleki bakımdan yetkin kişilerce hazırlanmaması; ilgili bilimsel alanın/disiplinin gereklerine uygun olmaması; şikayetçilerin iddialarını karşılamaması durumlarında soruşturma izni verilmemesi kararına yapılan itiraz kabul edilmelidir.<sup>35</sup> Ön incelemedeki eksikliklerin giderilmesi için bağımsız ve yetkin bilirkişilerden rapor alınması, etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından gereklidir.

Cumhuriyet savcısının birtakım somut bulgulardan yola çıkarak soruşturma başlatmak için yeterli şüpheye ulaştığı ancak idarenin ceza soruşturmasına izin vermediği durumlarda idari yargı kararlarının gerekçesi daha da önem kazanmaktadır. Bu gibi hallerde farklı yöndeki iddiaların ve değerlendirmelerin gerekçede tartışılması zarıdır. Bu yapılmaksızın, yalnızca idarenin değerlendirmesi doğrultusunda bir sonuca ulaşılması gerekçeyi “yetersiz” kılacak ve hak ihlaline yol açacaktır.<sup>36</sup>



### KAYNAKLAR

#### LİTERATÜR

Osman Doğru, Yaşama Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -5, Avrupa Konseyi, 2018 Ankara <https://anayasa.gov.tr/media/3555/yasama-hakki.pdf>

<sup>34</sup> *Aydoğdu v. Türkiye*, App. No: 40448/06, Judgment of 30 August 2016, paras. 37-39.

<sup>35</sup> *Nail Artuç*, B. No: 2013/2839, 3/4/2014, para. 42.

<sup>36</sup> *Turan Uytun ve Kevzer Uytun*, B. No: 2013/9461, 15/12/2015, para. 63; *Dilek Genç ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/3944, 1/2/2018, paras. 79-82; *Abdülkadir Yılmaz ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/13649, 29/1/2020, para. 90.



A large area of the page is filled with horizontal dotted lines, providing space for notes.

## OTURUM

1

2

3

4

5

6

7

8

# Kişisel Verilerin Korunmasında Anayasal Standartlar\*

Prof. Dr. Burak Gemalmaz



## Amaç

Bu bölümün amacı idari yargı veya bu yargı kollarında görülen uyuşmazlıklardan kaynaklanıp da AYM ile AİHM'nin sıklıkla verdiği (yaygın ve sistemik) ihlaller konusunda bilgi sahibi olmak ve bu alanlardaki kişisel verilerin korunması hakkında müdahalelerinin hangi standartlar çerçevesinde incelenmesi gerektiği hakkında pratik beceri edindirmektir.

\* Bu bölümdeki kararların araştırılması ve tasnifi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araş. Gör. Aybike Yılmaz tarafından yapılmıştır.



## Düşünelim

- 1 AIHM hangi verileri kişisel veri kapsamında görmektedir? Kişisel verilerin korunması AIHM sistemine entegre olmuş mudur?
- 1 Kişiler verilerin korunmasını hangi haklar bağlamında inceleyebiliriz?
- 1 Kişisel veri kapsamında GBT bilgilerinin kaydedilmesi özel yaşamın gizliliğini ihlal eder mi?



## Konular

- 1 Kişisel Verilerin Korunması



## 1 AYM ve AİHM'in Kişisel Veriye Yaklaşımı

Kişisel verilerin korunması hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 8 kapsamında özel hayata saygı hakkı içerisinde değerlendirilmektedir. Aslında, AİHS madde 8'de düzenlenen özel hayata saygı hakkının madde sistematüğinde kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), geliştirdiği içtihatlarda bu hakkı özel yaşama saygı hakkı kategorisi kapsamında bir alt kategori olarak görmektedir.<sup>1</sup>

AİHM içtihatları incelendiğinde kişisel verilerin korunması hakkı bağlamında yapılan kişisel veri tanımının, Avrupa Konseyi (AK) düzleminde üretilmiş bağlayıcı bir belge olan "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi"ne ("AK Sözleşmesi") atfen yapıldığı görülmektedir. Sözleşme madde 2/a'da kişisel verinin tanımı, "belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiye ait herhangi bir bilgi" olarak verilmiştir. Her ne kadar sözleşmede kişisel verinin tanımı gerçek kişilerin verilerini kapsayan nitelikte verilmişse de, sözleşmeye taraf devletlerin şirketler ve dernekler gibi tüzel kişileri de koruma kapsamında dahil etmeleri mümkün kılınmıştır.<sup>2</sup>

Gelgelelim AİHM, tüzel kişileri, kişisel verilerin korunması hakkının öznesi olarak tanımamaktadır. Gerçekten de AİHM, Norveçli üç başvuru şirketi kişisel verilerin korunması hakkının ihlaline ilişkin iddialarını "özel yaşama saygı hakkı" alt-kategorisi kapsamında değil, "konuta saygı hakkı" ile "haberleşmeye saygı hakkı" kapsamında ele alarak tüzel kişilere kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında koruma tanımamıştır.<sup>3</sup>

Anayasa Mahkemesi (AYM) de kişisel verilere ilişkin olarak AK Sözleşmesinde yer alan tanımı benimsemiştir. Daha 6698 sayılı Kişisel verilerin Korunması Kanunu vaz edilmeden önce "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" şeklindeki tanımı benimseyen AYM, norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarında kişisel verilerin "-belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla- bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiği" kabul edilmiştir.<sup>4</sup>

Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi, eski tarihli olmasına rağmen, gerek kişisel verilerin tanımı, gerekse de kişisel verilerin korunması hukukuna hakim olan ilkeleri ulusalüstü düzlemde ilk kez kodifiye etmesi sebebiyle oldukça önemlidir. Nitekim bu öneminin yansıması olarak AK Sözleş-

<sup>1</sup> Gülay Arslan Öncü, Bireysel Başvuruda Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı, Beta Yay., Aralık 2020, İstanbul, s. 76; Eren Solmaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'nın 'Kişisel Verilerin Korunması'na Katkısı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2019, 18 (1): 64.

<sup>2</sup> Öncü, a.g.e., s. 77.

<sup>3</sup> *Bernh Larsern Holding AS and Others v. Norway*, App. No. 24117/08, Judgment of 8 July 2013, para. 107.

<sup>4</sup> AYM, E.2014/74, K.2014/201, T.25/12/2014; AYM, E.2013/122, K.2014/74, T.9/4/2014; AYM, E.2014/149, K.2014/151, T.2/10/2014; AYM, E.2013/84, K.2014/183, T.4/12/2014; AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; AYM, E.2014/180, K.2015/30, T.19/3/2015; *Bülent Kaya Başvurusu*, No. 2013/2941, 11/5/2016, para. 49; *E.Ç.A. Başvurusu*, No. 2014/5671, 7/6/2018, para. 42; *T.A.A. Başvurusu*, No. 2014/19081, 1/2/2017 para. 103; *B.K. Başvurusu*, No. 2014/14189, 25/10/2017, para. 57.

mesi, AİHM kararlarında kendine yer bulmakta ve uyuşmazlıkların çözümünde belirleyici bir rol oynamaktadır.<sup>5</sup>

AİHM'in kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olduğunu ifade ettiği kararlarda dahi nelerin kişisel veri olduğunu tespit etme kaygısının bulunmadığı söylenebilir. Kararlarda daha ziyade ilgili başvuruya konu uyuşmazlığın özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusunu cevaplama amacına yönelik açıklamalara yer verilmektedir. Genel bir değerlendirmeye AİHM'in bugüne dek kişisel veri kapsamında gördüğü veriler arasında;

isim<sup>6</sup>, ev adresi<sup>7</sup>, bankacılığa ilişkin bilgiler<sup>8</sup>, bilgisayarın IP adresi<sup>9</sup>, GPS yolu ile elde edilen kişinin konumuna ilişkin bilgiler<sup>10</sup>, kişinin kimler ile ticaret yaptığı hangi kurum ile iletişim kurduğuna ilişkin bilgiler<sup>11</sup>, kamuya açık olsa dahi kişinin politik faaliyet ve polis sorgusu gibi bilgileri<sup>12</sup>, politik düşüncelerini ortaya koyan bilgiler<sup>13</sup>, ceza mahkumiyeti<sup>14</sup>, tıbbi veriler/sağlık verileri<sup>15</sup>, parmak izi ve DNA profilleri<sup>16</sup>, iletişim verileri<sup>17</sup>, telefon, email ve internet aktivite bilgileri<sup>18</sup>

<sup>5</sup> *S and Marper v. The United Kingdom*, App. No. 30562/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008, para. 41, 66, 68, 69; *Centrum För Rättvisa v. Sweden*, App. No. 35252/08, Judgment of 19 June 2018, para. 66; *P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, App. No. 44787/98, Judgment of 25 September 2001, para. 57; *M.M. v. The United Kingdom*, App. No. 24029/07, Judgment of 13 November 2012, para. 122; *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*, App. No. 931/13, Judgment of 27 June 2017, para. 133; *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, App. No. 18030/11, Judgment of 8 November 2016, para. 192; *Amann v. Switzerland*, App. No. 27798/95, Judgment of 16 February 2000, para. 65.

<sup>6</sup> *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, App. No. 18030/11, Judgment of 8 November 2016, para. 194.

<sup>7</sup> *Alkaya v. Turkey*, App. No. 42811/06, Judgment of 9 October 2012, para. 30.

<sup>8</sup> *M. N. and Others v. San Marino*, App. No. 28005/12, Judgment of 7 July 2015, para. 51.

<sup>9</sup> *Benedik v. Slovenia*, App. No. 62357/14, Judgment of 24 April 2018, paras. 107-110.

<sup>10</sup> *Uzun v. Germany*, App. No. 35623/05, Judgment of 2 September 2010, paras. 49-53; *Ben Faiza v. France*, App. No. 31446/12, Judgment of 08/02/2018, paras. 53-55.

<sup>11</sup> *Amann v. Switzerland*, App. No. 27798/95, Judgment of 16 February 2000, paras. 65-66.

<sup>12</sup> *Rotaru v. Romania*, App. No. 28341/95, Judgment of 4 May 2000, paras. 42-44; *Catt v. United Kingdom*, App. No. 43514/15, 24 January 2019, para. 76.

<sup>13</sup> *Catt v. The United Kingdom*, App. No. 43514/15, Judgment of 24 January 2019, para. 112.

<sup>14</sup> *Rotaru v. Romania*, App. No. 28341/95, Judgment of 4 May 2000, paras. 42-44; *M.M. v. The United Kingdom*, App. No. 24029/07, Judgment of 13 November 2012, para. 188.

<sup>15</sup> *Z v. Finland*, App. No. 22009/93, Judgment of 25 February 1997, para. 95; *M.S. v. Sweden*, App. No. 20837/92, Judgment of 27 August 1997, para. 41.

<sup>16</sup> *S and Marper v. The United Kingdom*, App. No. 30562/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008, paras. 73-75; *Aycaguer v. France*, App. No. 8806/12, Judgment of 22 June 2017, para. 33; *Dragan Petrović v. Serbia*, App. No. 75229/10, Judgment of 14 April 2020, para. 79.

<sup>17</sup> *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, App. Nos. 58170/13; 62322/14, 24960/15, Judgment of 13 September 2018, paras. 392-397; *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, App. Nos. 58170/13, 62322/14 and 24969/15, Grand Chamber Judgment of 25 May 2021, paras. 518-519 (Daire kararına atıfla).

<sup>18</sup> *Copland v. UK*, App. No. 62617/00, Judgment of 3 April 2007, paras. 41-42. *Bărbulescu v. Romania*, App. No. 61496/08, Grand Chamber Judgment of 5 September 2017, paras. 70-72.



tüketici olmayacak şekilde sıralanabilir.<sup>19</sup>

AİHM, AK Sözleşmesinin özel veri kategorileri oluşturmasına da kayıtsız kalmamış ve birtakım verilerin kişisel veri olmasının yanı sıra özel öneme sahip (hassas veri) olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme örneğin ceza mahkûmiyetinin<sup>20</sup>, DNA profillerinin<sup>21</sup>, HIV statüsü gibi tıbbi verilerin<sup>22</sup> ve politik düşünceleri ortaya koyan bilgilerin<sup>23</sup> hassas veri olduğunu kabul etmiştir.

AYM ise kişisel verilerin kapsama alanına ilişkin bir belirleme yapmaktan kaçınmayarak, kişinin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgilerin kişisel veri olduğunu; ancak kişisel verilerin bunlardan ibaret olmadığını; “telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, öz geçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunduğu kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verilerin” kişisel veri addedildiğini ifade etmektedir.<sup>24</sup> Anayasa Mahkemesi ayrıca, önüne gelen başvurular bazında yaptığı değerlendirmelerde, ceza mahkûmiyeti ve ceza yargılamasına ilişkin bilgileri<sup>25</sup>, kişinin kendisinin ve aile bireylerinin adları, adresi, maddi durumları, gelirlerinin kaynağı, aylık harcamaları, mal ve hizmet tercihleri konusunda verilmesi istenilen detaylı bilgileri<sup>26</sup>, kişinin mesleki faaliyetlerinin değerlendirildiği sicil raporlarını<sup>27</sup>, göğüs bölgesini gösteren ameliyat öncesi ve sonrası fotoğrafları<sup>28</sup>, kişinin yazışmalarını<sup>29</sup> kişisel veri olarak kabul etmiştir.

AYM'nin konuya ilişkin olarak daha net yaklaşım göstermesinde, Anayasa'nın 20. Maddesine 2010 yılında eklenen ve kişisel verilerin korunması talebini bir hak olarak tanımlayan düzenlemenin de etkisi bulunmaktadır. Her ne kadar bu düzenleme, özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına (AY m. 20) bir unsur olarak eklenmiş ve düzen-

<sup>19</sup> Bu sıralama için bkz. Öncü, a.g.e, s. 79-80. İşbu metinde ise, yeni kararlar ışığında söz konusu sınıflamaya yeni kategoriler eklenmiştir.

<sup>20</sup> *M.M. v. The United Kingdom*, App. No. 24029/07, Judgment of 13 November 2012, para. 188.

<sup>21</sup> *S and Marper v. The United Kingdom*, App. No. 30562/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008, paras. 72-76; *Aycaguer v. France*, App. No. 8806/12, Judgment of 22 June 2017, para. 33.

<sup>22</sup> *Z v. Finland*, App. No. 22009/93, Judgment of 25 February 1997, para. 96.

<sup>23</sup> *Catt v. The United Kingdom*, App. No. 43514/15, Judgment of 24 January 2019, para. 112.

<sup>24</sup> AYM, E.2014/74, K.2014/201, T.25/12/2014; AYM, E.2013/122, K.2014/74, T.9/4/2014; AYM, E.2014/149, K.2014/151, T.2/10/2014; AYM, E.2013/84, K.2014/183, T.4/12/2014; AYM, E.2014/74, K.2014/201, T.25/12/2014; AYM, E.2014/180, K.2015/30, T.19/3/2015; *Bülent Kaya Başvurusu*, No. 2013/2941, 11/5/2016, para. 49; *E.Ç.A. Başvurusu*, No. 2014/5671, 7/6/2018, para. 42; *T.A.A. Başvurusu*, No. 2014/19081, 1/2/2017 para. 59; *B.K. Başvurusu*, No. 2014/14189, 25/10/2017, para. 57; *Orhan Kayahan Başvurusu*, No. 2014/1970, 22/11/2017, para. 40.

<sup>25</sup> *Bülent Kaya Başvurusu*, No. 2013/2941, 11/5/2016; *E.Ç.A. Başvurusu*, No. 2014/5671, 7/6/2018; *Fatih Saraman Başvurusu*, No. 2014/7256, 27/2/2019, para. 61; *Serhad Aktuğ Başvurusu*, No. 2013/5199, 14/4/2016, para. 56.

<sup>26</sup> *Güzide Defne Samyeli Başvurusu*, No. 2014/4399, 21/9/2016, para. 66.

<sup>27</sup> *Nurcan Belin Başvurusu*, No. 2014/14187, 10/1/2018, para. 41.

<sup>28</sup> *B.K. Başvurusu*, No. 2014/14189, 25/10/2017, para. 62.

<sup>29</sup> *Kemal Karanfil Başvurusu*, No. 2017/24776, 24/5/2018, para. 77.



lemenin formülasyonu hakkın niteliği hususunda tartışmaları davet etmişse de nihayetinde Anayasada açık bir hükmün yer alması kişisel verilerin temel hak düzleminde spesifik bir hak olarak kavranmasını ve korunmasını arttırmaktadır.<sup>30</sup>

Ayrıca AYM, 6698 sayılı Kişisel verilerin Korunması Kanununda da tanınmış olduğu gibi, başta sağlık verileri olmak üzere hassas veriler kategorisinin bulunduğunu ve bunların özel bir öneminin olduğunu kabul etmiştir.<sup>31</sup>

## 2 AYM ve AİHM Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkına Müdahale ve İhlal Değerlendirmesine İlişkin Esaslar

Geniş bir kavram olan ve kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zor olduğu özel hayat kavramının<sup>32</sup> kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları koruduğu kabul edilmektedir. Kişisel bilgi ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. konular da bu hakkın içinde yer almaktadır.<sup>33</sup>

AİHM de kişisel verilerin korunmasını kişinin özel yaşama saygı hakkını kullanabilmesi bakımından hayati önemde görmektedir.<sup>34</sup> Bu bağlamda AİHM, başvuru bazında yaptığı değerlendirmelerde hangi durumların kişisel verilerin korunması hakkına müdahale teşkil ettiğini tespit etmektedir. Öncelikle ifade edilmelidir ki AİHM müdahalenin varlığını kabul için, taraf devletin toplanan verileri kullanmasını şart koşmamaktadır.<sup>35</sup> Mahkemenin verilerin işlenmesini 8. madde kapsamında değerlendirebilmek için dikkate aldığı temel husus bireylerin özel yaşamının bu verinin işlenmesi ile etkilenip etkilenmediği olmaktadır. Mahkemenin bu değerlendirmeyi yaparken verinin mahremiyeti, verinin sistematik olarak işlenip işlenmediği, verinin sistematik bir şekilde işlenmesi halinde bunun veri sahibine odaklanılmak suretiyle yapılabildiği, veri sahibinin verinin işlenmeyeceği yönünde bir beklentisinin olup olmadığı gibi hususları dikkate aldığı görülmektedir. Ayrıca Mahkeme belirli tür işlemleri müdahale olarak sayarken somut olayda verinin toplandığı, tutulduğu bağlamı, verinin türünü, ne şekilde kullanıldığını ve işlendiğini dikkate alacağını pek çok kararında ifade etmiştir.<sup>36</sup> Nitekim hassas veriler söz konusu olduğunda müdahalenin bulunduğu kolaylıkla

<sup>30</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgür Duman, “Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkına İlişkin Anayasal Güvence ve İlkeler”, Anayasa Yargısı, Cilt:37, Sayı:2, 2020, s. 357-401.

<sup>31</sup> T.A.A. Başvurusu, No. 2014/19081, 1/2/2017 para. 109, B.K. Başvurusu, No. 2014/14189, 25/10/2017, para. 61.

<sup>32</sup> Serap Tortuk Başvurusu, No. 2013/9660, 21/1/2015.

<sup>33</sup> Ahmet Acartürk Başvurusu, No. 2013/2084, 15/10/2015, para. 46.

<sup>34</sup> Bernh Larsen Holding AS and Others v. Norway, App. No. 24117/08, Judgment of 8 July 2013, para. 107.

<sup>35</sup> Khelili v. Switzerland, App. No. 16188/07, Judgment of 18 October 2011, para. 55.

<sup>36</sup> S and Marper v. The United Kingdom, App. No. 30562/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008, para. 67; Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary, App. No. 18030/11, Judgment of 8 November 2016, para. 193.



karar verildiği söylenebilir.<sup>37</sup> Yani bir bakıma her türlü veri işleminin müdahale teşkil etmeyeceği ve bunun somut olaydaki koşullar ile yakından ilgisinin bulunduğu ifade edilmiştir.

Bu doğrultuda AİHM'in, kişisel verilerin korunması hakkına müdahaleyi incelediği dava örnekleri şöyle sıralanabilir<sup>38</sup>:

kişisel verilerin ifşa edilmesi<sup>39</sup>, kişisel verilerin başka kurumlarla paylaşılması<sup>40</sup>, bilgilere erişime izin verilmemesi<sup>41</sup>, yanlış olduğu iddia edilen kişisel verilerin düzeltilmemesi<sup>42</sup>, kişisel verileri sildirme talebinin reddedilmesi<sup>43</sup>, hücrel örneklerden edinilmiş DNA profillerinin saklanması<sup>44</sup>, bireyin özel yaşamına ilişkin bilgilerin kamusal makam tarafından saklanması<sup>45</sup>, özel yaşamına ilişkin bilgilerin gizli bir polis sicilinde saklanması, kullanılması ve ayrıca başvuruca bu bilgilerin aksini ispat imkânının verilmemesi<sup>46</sup>, kamerayla kaydetme, telefon dinleme<sup>47</sup>, kişinin izni olmadan adresinin ifşa edilmesi<sup>48</sup>, kişinin izni olmadan isminin ifşa edilmesi<sup>49</sup>, iletişim hizmet sağlayıcılarından iletişim verilerinin elde edilmesi<sup>50</sup>, dedektif yardımı ile kişinin video kaydı gözetimine alınması<sup>51</sup>.

<sup>37</sup> *Z. v. Finland*, App. No. 22009/93, Judgment of 25 February 1997; *S and Marper v. The United Kingdom*, App. No. 30562/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008.

<sup>38</sup> Bu liste için bkz. Öncü, a.g.e, s. 80-82. İşbu metinde ise, yeni kararlar ışığında söz konusu sınıflamaya yeni kategoriler eklenmiştir.

<sup>39</sup> *Z. v. Finland*, App. No. 22009/93, Judgment of 25 February 1997; *L.B. v. Hungary*, App. No. 36345/16, Judgment of 12 January 2021 (başvuru Büyük Daire önündedir).

<sup>40</sup> *M. S. v. Sweden*, App. No. 20837/92, Judgment of 27 August 1997.

<sup>41</sup> *Gaskin v. the United Kingdom*, App. No. 10454/83, Judgment of 7 July 1989, *Leander v. Sweden*, App. No. 9248/81, Judgment of 26 March 1987.

<sup>42</sup> *Ciubotaru v. Moldova*, App. No. 27138/04, Judgment of 27 April 2010.

<sup>43</sup> *Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden*, App. No. 62332/00, Judgment of 6 June 2006; *Brunet v. France*, App. No. 21010/10, Judgment of 18 September 2014.

<sup>44</sup> *S. and Marper v. the United Kingdom*, App. No. 30562/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008.

<sup>45</sup> *Rotaru v. Romania*, App. No. 28341/95, 4/5/2000, para. 43-44.

<sup>46</sup> *Leander v. Sweden*, App. No. 9248/81, 26/3/1987, para. 48.

<sup>47</sup> *Peck v. the United Kingdom*, App. No. 44647/98, Judgment of 28 January 2003, *Kruslin v. France*, App. No. 11801/85, Judgment of 24 April 1990.

<sup>48</sup> *Alkaya v. Turkey*, App. No. 42811/06, Judgment of 9 November 2012.

<sup>49</sup> *Kurier Zeitungsverlag and Druckerei GmbH v. Austria* (no. 2), App. No. 1593/06, Judgment of 19 June 2012.

<sup>50</sup> *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, App. Nos. 58170/13, 62322/14, 24969/15, Grand Chamber Judgment of 25 May 2021.

<sup>51</sup> *Köpke v. Germany*, App. No. 410/07, Admissibility Decision of 5 October 2010; *Vukota-Bojic v. Switzerland*, App. No. 61838/10, Judgment of 18 October 2016, para. 59.



Kişisel verilerin korunmasına ilişkin Türk idari yargı organları önüne gelen dava konuları ise, ulaşılabildiği kadarı ile, şu şekilde örneklendirilebilir:

Kurum giriş çıkışlarında avuç içi damar tanıma sisteminin kullanılması sebebi ile özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği iddiası<sup>52</sup>, yüz tanıma sistemi ile mesai takibi uygulaması<sup>53</sup>, yürütülen güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığından bahisle sözleşmeli personelin sözleşmesinin yenilenmemesi<sup>54</sup>, sağlık hizmetinden faydalanmada biyometrik (parmak izi) kimlik doğrulama işlemi<sup>55</sup>, kan bağışısı numunesinin sahibinin bilgisi dışında DNA testine gönderilmesi veya ilik bankasına verilmesi, disiplin soruşturmasına dayalı ayırma<sup>56</sup>, vergi mahremiyeti<sup>57</sup>, resmi dairelerde görüntülü kayıt alınması<sup>58</sup>.

## 2.1 Müdahalenin Bulunup Bulunmadığına İlişkin İnceleme

AYM'ye döndüğümüzde, AYM'nin bu ekseninde yaptığı incelemede öncelikle başvuru konusu olay kapsamındaki verinin kişisel veri teşkil edip etmediğini, daha sonra da bu hakka bir müdahalede bulunulup bulunulmadığını değerlendirildiği görülmektedir.

Dolayısıyla AYM'nin başvuruları değerlendirirken belirli işlemleri otomatik bir şekilde müdahale olarak görmediği, bir işlemin müdahale olup olmadığına somut olayın koşulları çerçevesinde karar verdiği anlaşılmaktadır. Örneğin başvuru konusunun terör suçu olduğu kabul edilen bir suçtan mahkumiyetine dair adli sicil arşiv kaydı dikkate alınarak ihale sözleşmesinin feshi işlemi bunun başvuru konusunun mesleki ve ticari faaliyeti üzerinde önemli etkiler doğurduğunun anlaşılması sebebiyle özel yaşamın gizliliği hakkına müdahale olarak değerlendirilmiştir.<sup>59</sup> Bir başka örnek de gösteri yürüyüşü esnasında polis tarafından alınan kayıtların söz konusu olduğu *Ali Sarıpınar* başvurusudur. Bu başvuru değerlendirilirken kişisel veri kavramı kullanılmamıştır; ancak mahremiyet hakkından ve bireyin “kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme çıkarından” bahsedilmesi itibarıyla kişisel verilerden bağımsız olarak değerlendirilemeyecek bir karar olduğu görülmektedir. Mahkeme, AİHM kararları ile paralel olarak kamuya

<sup>52</sup> Danıştay İDDK, E. 2016/3757, K. 2019/1772.

<sup>53</sup> Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. Dava Dairesi, E. 2017/727, K. 2017/1215.

<sup>54</sup> Danıştay On İkinci Daire, E. 2019/3253, K. 2021/2798; Danıştay On İkinci Daire, E. 2019/3451, K. 2021/2759; Danıştay On İkinci Daire E. 2021/2487, K. 2021/2771.

<sup>55</sup> Danıştay İDDK, E. 2019/763, K. 2020/1861.

<sup>56</sup> Danıştay On İkinci Daire, E. 2019/7360, K. 2020/2931. Karş. AİHM, *Adomaitis v. Lithuania*, App. No. 14833/18, Judgment of 18 January 2022.

<sup>57</sup> Konu hakkında AİHM önünde görülen *L.B. v. Hungary*, App. No. 36345/16, 12 January 2021 başvurusu incelenebilir. Macaristan'da vergilerini ödemediği için kişisel bilgileri internette yayımlanan başvuru konusunu, 8. Madde ihlali iddiası ile AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme devletin takip ettiği meşru menfaat ile dengelenmesi noktasında bilgilerin kamuya açık hale getirilmesinin, başvuru konusunun özel hayatına -özellikle de yayımın nitelikleri ve sonuçları bakımından- önemli ölçüde fazla bir yük yüklediğini tespit etmiştir. Dosya halen Büyük Daire önündedir. Ayrıca konu hakkında *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*, App. No. 931/13, Grand Chamber Judgment of 27 June 2017 kararı incelenebilir.

<sup>58</sup> Danıştay İDDK, E. 2021/1623, K. 2021/263; Danıştay İDDK, E. 2021/1603, K. 2021/2631.

<sup>59</sup> *Serhad Aktuğ Başvurusu*, No. 2013/5199, 14/4/2016, para. 58-59.



açık alanlardaki kayıtlar açısından kayıtların belirli bir kişiye yönelik, sistematik olmaması ve başvuruçunun meşru beklentisini de dikkate alarak müdahalenin bulunmadığına karar vermiştir.<sup>60</sup>

## 2.2 Müdahalenin İhlal Teşkil Edip Etmediğine İlişkin İnceleme

AİHS'in 8. maddesi ile korunan özel yaşama saygı hakkı sınırlanabilir haklardandır. Bu maddenin 2. fıkrasına göre "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." Dolayısıyla AİHM'in kişisel verilerin korunması hakkına yapılan müdahalenin ihlal teşkil edip etmediği değerlendirilmesi yaparken temel aldığı unsurlar müdahalenin, (i) yasal bir dayanağının olması, (ii) meşru bir amaç izlenerek yapılması ve (iii) demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmasıdır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20. maddesinde ise AİHS'in 8. maddesindeki gibi sınırlama ölçütlerine yer verilmediği görülmektedir. Kişisel verilere ilişkin 3. fıkrada da yalnızca kişisel verilerin işlenmesine ilişkin belirli ilkelere yer verilmiş ancak herhangi bir sınırlama sebebi belirtilmemiştir. Anayasa Mahkemesi ise özel yaşama saygı hakkına ilişkin maddede sınırlama sebeplerine yer verilmemiş olması halinde dahi bu hakkın doğasından kaynaklanan sınırların bulunduğunu ve Anayasanın diğer maddelerine (özellikle 13. maddesine) dayanılarak da sınırlamalar yapılabileceğini ifade etmiştir.<sup>61</sup> Anayasa Mahkemesi kararlarında AİHM gibi müdahalenin meşru olup olmadığını incelerken müdahalenin kanuniliğini, meşru amacının bulunup bulunmadığını ve ölçülü olup olmadığını her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirmektedir.

### 2.2.1 Kanunilik

Kanunilik şartı, hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların yalnızca şekli olarak kanunla düzenlenmesi ile sınırlı olmayıp bunların içerik olarak belirli bir amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalarına ilişkin gerekliliği de ifade etmektedir. Bu açıdan kanun metni; bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden aranan açıklığın ölçüsü, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statüsü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip bir ka-

<sup>60</sup> *Ali Sarıpınar Başvurusu (2)*, No. 2013/6186, 9/3/2016, para. 61.

<sup>61</sup> *Serap Tortuk Başvurusu*, No. 2013/9660, 21/1/2015, para. 38; *S. S. Başvurusu*, No. 2014/8479, 17/11/2016, para. 33; *Hayriye Özdemir Başvurusu*, No. 2013/73434, 25/6/2015, para. 51; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, No. 2013/5126, 2/7/2015, para. 64; *Bülent Kaya Başvurusu*, No. 2013/2941, 11/5/2016, para. 57; *E.Ç.A. Başvurusu*, No. 2014/5671, 7/6/2018, para. 48.



nunun, aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir nitelikte olması gerekir.<sup>62</sup> Buna göre AYM, somut olay bazında yaptığı değerlendirmede başvuruçunun özel hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin kanuni bir dayanağının mevcut olup olmadığını, bu bağlamda da Derece Mahkemesi kararlarının ilgili kanun hükümlerine dayanıp dayanmadığını araştırmaktadır.

Hem AYM hem de AİHM, kanuni bir dayanağın bulunmasının yanında bunun belirli özellikler taşıması gerektiğini kabul etmiştir. Kanunilik kriterinin hükümeti sınırlama ve temel hakları güvence altına alma noktasında önemli bir aşama olduğu da gözetildiğinde müdahalenin kanuni dayanağının belirli özellikleri taşıyıp taşımadığının aranması oldukça mantıklıdır. Her iki mahkeme de kanuni dayanağın ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerektiğini ifade etmektedir. Bir düzenlemenin her türlü sonucun öngörülmesini sağlayacak ölçüde bir kesinlik taşıması mümkün olmadığı için belirli ölçüde belirsizlikler içerebileceği kabul edilmektedir; ancak, bu belirsizliğin keyfiliğe yol açmayacak ölçüde olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu noktada AİHM kararlarına göre kanuni dayanağın sahip olması gereken kesinliğin değerlendirilen spesifik konu ile bağlantılı olduğu ifade edilmektedir. Nitekim kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kararlarda keyfiliğe yol açmayacak ölçüde belirliliğin söz konusu olması için veri koruma ilkeleri ile de paralel olarak verilerin tutulma süresi, silinmesine ilişkin usuller, verilere kimlerin erişebileceği gibi hususların düzenlenip düzenlenmediğinin dikkate alındığı görülmektedir.<sup>63</sup>

Ancak AYM, her ne kadar kararlarında kanun hükümlerine atıfla bu dayanağın mevcudiyetini aradığını belirtmekteyse de, örneğin 3152 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ve 33. maddesi, 2559 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi ile Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 42. maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bendine dayanılarak hazırlanan Bilgi Toplama Yönergesine dayanılarak başvuru hakkındaki derdest ceza yargılamasına ilişkin bilginin Genel Bilgi Toplama (GBT) sistemine kaydedilmesi işleminin konu alındığı *Bülent Kaya* başvurusunda<sup>64</sup> AYM, bu işlemin genel kanun atfıyla Yönerge çerçevesinde yapılmasını kanunilik unsuruna aykırı görmemiştir.

Danıştay da kanunilik kriterini AİHM ve AYM içtihadını dikkate alarak incelemektedir. Milli Eğitim Bakanlığı Özel Eğitim Kurumları Yönetmeliği 25. maddesinin 3 ve 4. fıkralarının iptali isteminin incelendiği davada Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, kişisel verilerin korunması hukukunda yasal çerçevenin belirlenmiş olması gerekliliğine vurgu yapmıştır. İlgili fıkralarda engelli bireylerin ve de eğitim personelinin ders devam takiplerinin giriş ve çıkışlarda engelli birey modülünde yer alan kimlik doğrulama sistemi ile yapılacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Daha sonra çıkartılan Genelge ile ise, avuç içi damar tanıma sisteminin kullanılması kararı alınmıştır. Danıştay kamu hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesinde ilerleyen teknolojiye faydalanırken kişisel verilerin kaydedilmesi noktasında usul ve esasların yasa hükmü ile belirlenmiş olması gerekliliğine vurgu yaparak; davalı idarenin kişisel verilerin alınması, depolanması ve

<sup>62</sup> *Günay Okan Başvurusu*, No. 2013/8114, 17/9/2014, para. 23.

<sup>63</sup> *Amann v. Switzerland*, App. No. 27798/95, Judgment of 16 February 2000, para. 78-79; *Rotaru v. Romania*, App. No. 28341/95, Judgment of 4 May 2000, paras. 57-58.

<sup>64</sup> *Bülent Kaya Başvurusu*, No. 2013/2941, 11/5/2016.

işlenmesi noktasında idareye yetki veren kanuni düzenlemenin yokluğu sebebi ile ilgili 3. ve 4. fıkraların hukuka uyar olmadıklarına ve iptallerinin gerektiğine kanaat getirmiştir.<sup>65</sup>

### 2.2.2 Meşru Amaç

Meşru amaç incelemesi, her bir somut başvuru bazında, ilgili başvurunun kanuni dayanaklarıyla yine somut olay bazında Anayasa’da yer alan sınırlama ölçütlerine atıfla yapılmaktadır. Bu anlamda AYM’nin meşru amaç doğrultusunda ilkesel bir çerçeve çizmeksizin somut olayın unsurlarını değerlendirdiği sonucuna varılabilir.

Örneğin *Bülent Kaya* ve *E.Ç.A.* kararlarına konu uyumsuzluklarda da GBT sistemine kaydı yapılan bilgilerin, kolluk kuvvetlerine suç ve suçlularla mücadele çalışmalarında istihbarat kaynağı olarak, idarenin vatandaşlarla ilgili yürüttüğü iş ve işlemlerde, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumu ve tutuk evlerinde çalıştıracakları personelin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması işlemlerinde kullanılacağı ve bu kayıtların tutulmasının kamu güvenliğinin ve suç ve suçluyla mücadelenin sağlanması amacıyla yönelik olduğu ifade edilmiştir. AYM her iki kararda da bu kayıtların tutulmasının güvenlik taramaları ve güvenlik soruşturmalarında kullanıldığını da dikkate alarak müdahalenin kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması meşru amacına yönelik olduğunu kabul etmiştir.<sup>66</sup>

### 2.2.3 Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

Demokratik bir toplumda gerekli olma ve ölçülülük kriteri bakımından ilk olarak söylenmesi gereken, bireyin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunmasının zorunlu oluşudur. Nitekim Anayasa’nın 13. Maddesinde de bu orantının değerlendirilmesi noktasında dikkate alınmak üzere demokratik toplumda gereklilik, hakkın özü ve ölçülülük unsurlarına riayet edilmesi şeklinde üç ayrı güvence ölçütüne daha yer verilmiştir.<sup>67</sup>

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.<sup>68</sup>

Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği ifade etmekte olup bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede hakkın kullanılmasını önemli

<sup>65</sup> Danıştay İDDK, E. 2016/3757, K. 2019/1772.

<sup>66</sup> *Bülent Kaya Başvurusu*, No. 2013/2941, 11/5/2016, para. 19; *E.Ç.A. Başvurusu*, No. 2014/5671, 7/6/2018, para. 16. Bu kararların ayrıntılı bir eleştirisi için bkz. Naciye Betül Haliloğlu, “Yargılamaya ve Mahkumiyete İlişkin Verilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A. Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt:36, Sayı:2, 2019, s. 349-400.

<sup>67</sup> *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, No. 2013/5126, 2/7/2015, para. 70.

<sup>68</sup> *Silver and Others v. The United Kingdom*, App. No. 5947/72, Judgment of 25 March 1983, para. 97.

ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğu kabul edilmelidir.

Özel hayata saygı hakkı bağlamında da bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hâle getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Nitekim Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 4. madde e fıkrasında kişisel verilerin işlenmesinde uyulacak ilkelerden birisi de “işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma” şeklinde gösterilmiştir. AYM kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini ifade eden oranlılık unsurlarını içermektedir.<sup>69</sup>

Kişisel verilerin korunması bağlamında zorunluluk unsurunun bir gereği olarak, özel hayatın gizliliği hakkına daha az müdahale eden alternatif yöntemlerin somut müdahaleye oranla etkisiz olması gerekir. Zorunluluk ve orantılılık unsurlarından hareketle, aşağıda içtihat üzerinden incelenecek olan “son çare” ilkesi incelemede önemli bir noktadır. AYM, belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapılıp yapılmadığının tespiti için müdahale teşkil eden önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve gözetilen genel yararın gerekleri ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesinin zorunlu olduğunu vurgulamaktadır. Anayasa’nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa’da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan bu denge, özel hayata saygı hakkının sınırlandırılmasında da göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>70</sup>

### 3 Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Bağlamında Adil Denge Testi

Kişisel verilerin korunması hakkı bağlamında ölçülülük dengesini örneklerle somutlaştıralım:

Örneğin, kameralı takip sistemleri ile bu sisteme tabii kişilerin özel hayatın gizliliği hakkı ile sistemi uygulayanların mülkiyet, pozitif yükümlülüğünü yerine getirme, kamu düzenini tesis etme gibi hak veya yetkileri karşı karşıya gelmektedir. Bu noktada bu haklar arasında 1982 Anayasası’nın da işaret ettiği üzere (m.13) denge testi uygulanması, buna göre hangi hak veya yetkinin diğer hakka göre ağır bastığı belirlenerek ilgili müdahalenin haksız bir müdahale olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Müdahalenin kamusal alanda vuku bulduğu hallede dahi özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi söz konusu olup, özel hayatın gizliliğinin ihlali gündeme ge-

<sup>69</sup> AYM, E.2012/100, K.2013/84, T.4/7/2013; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, No. 2013/5126, 2/7/2015, para. 72.

<sup>70</sup> *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, No. 2013/5126, 2/7/2015, para. 73.

lebilecektir. Sonuç olarak bir kişi, öncelikle kamusal bir alana girdiğinde izlenmediği haklı düşüncesine sahip olacaktır. Bunun aksinin kabulü için ise kanuni bir dayanak olmasından başka, izleme faaliyetinin meşru amaçlarla sınırlı şekilde icra edilmesi ve yöntemlere “son çare” olarak başvurulması gerekmektedir.

Öncelikle gözetim faaliyeti yalnız bu yola başvurmayı haklı kılan meşru amaçlar için, o amaçlarla sınırlı ve bağlantılı olarak icra edilmelidir. Bu sınırlılık, kamu makamlarının, amaca ulaşmak üzere asgari miktarda veriyi işlemesini gerektirir. AYM kararları gereği, devletlerin kamu makamlarınca bu amacı aşacak şekilde sınırlama ya da müdahale getirilmesine izin vermeme yükümlülüğü vardır.<sup>71</sup>

Kameralı takip sistemlerinin icra edilmesinde meşru amaç çoğu zaman “kamu yararı” başlığı altında güvenlik, kamu düzenini sağlama, milli güvenlik gibi gerekçelerdir. Danıştay, icra müdürlüğüne kameralı takip sisteminin koyulmasıyla ilgili başvuru kapsamında, müdürlüğe koyulan kameraların çalışanların iş yapış şekillerini denetlemek veya sürekli olarak belli kişileri çekecek şekilde kurulmaması gerektiğini, güvenlik amacıyla kurulmuş olmaları ve bu nedenle amaca hizmet eder şekilde konumlandırılmasının gerektiğini, ancak somut olayda iş yerinin güvenliğini sağlama amacı aşarak, doğrudan çalışan memurun kendisinin, diğer memurlarla ya da iş sahipleriyle ilişkisinin ve kamu hizmetinin görülmesi sırasında yaptığı her türlü haberleşmesinin, çalışma alanı ve masasının gözlemlendiğine kanaat getirerek kamera takip sistemi kurulmasının özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini ifade etmiştir.<sup>72</sup>

Yine Danıştay benzer bir kararında, kamera sistemlerinin sınırlı bir izleme sağlayacak şekilde güvenlik amacıyla giriş ve çıkışları izlemek üzere veya vatandaşlara da açık olan ortak alanlar ve iş sahiplerinin de giriş çıkışına açık, yoğun bir alışveriş trafiği olan alanlarda kurulabileceğini ancak bu kameraların da çalışanların iş yapış şekillerini denetlemek veya sürekli olarak belli kişileri çekecek şekilde kurulmaması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>73</sup> Danıştay aynı kararında, davalı idarenin taşra birimlerinde görev yapan personelin izlenmesini teminle odalarına yerleştirdiği monitörlerin ve kamera kayıt sisteminin zorunlu güvenlik amacıyla, başka bir yolla bu güvenlik amacı sağlanamıyorsa kurulabilmesi mümkün olsa da dava konusu işlemin bu haliyle sınırları belirlenmemiş, yasal dayanağı olmayan, uygulamaya dair usul ve esaslar ile güvenceleri düzenlenmemiş bir sistemle yürütüldüğünü ve bu haliyle kamu yararına yönelik olduğunu kabul etmeye imkân olmadığını belirtmiştir.

Danıştay’ın içtihatları doğrultusunda, kameralı takip sistemleri bakımından bu sistemlerin meşru amaçlarla sınırlı şekilde izlenmesi gerekliliğinden başka, bu sistemlere “son çare” olarak başvurulması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de Danıştay, yukarıda özetlenen kararlarında kararlarında, kamera sistemleri ile kişilerin sosyal özel hayatlarının izlenmesinin “ciddi bir müdahale” olarak kabul edilmesi gerektiğini, kişilerin güvenliği veya işverenin hakları başka yollarla korunamıyorsa ancak son çare olarak kamera sistemlerinin kişilerin çalışma alanlarını görecektir şekilde kurulmasının kabul edilebilir olacağına karar vermiştir.

<sup>71</sup> Bestami Eroğlu Başvurusu, No. 2018/23077, 17/9/2020.

<sup>72</sup> Danıştay 10. Dairesi, E.2015/5219, K.2018/1739, T.14/5/2018.

<sup>73</sup> Danıştay 10. Daire, E.2015/2995, K.2018/1736, T.14/5/2018.



Danıştay ve AİHM içtihatlarıyla ortaya çıkan “son çare” ilkesi, kamera sistemleri bakımından somut olayda meşru amacı gerçekleştirecek daha az müdahaleci bir yöntemin bulunup bulunmadığının da araştırılmasını gerektirir. Danıştay içtihatları gereğince, söz konusu hak veya olay farklı güvenlik önlemleri yoluyla korunabilecek veya önlenilebilecek ise kişilerin özel hayatına müdahale anlamına gelen kamera sistemlerinin kullanılmaması gerekmektedir. Zira aksi durum ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir.<sup>74</sup>

AYM bu ilkeye aykırı olarak iki karar vermiştir. AYM aleni olmayan bir konuşmanın hukuka aykırı şekilde kayıt altına alınmasına yönelik şikâyet hakkında etkili bir ceza soruşturması yapılmaması nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak baktığı iki başvuruda başvuru sahiplerinin, “*bekleme salonu olarak kullanılan salonda herhangi bir yasal dayanak olmadan, uyarı ve işaret levhası konulmadan ve kendisine bilgi verilmeden kamera sistemi kullanılarak ortam dinlenmesi yapıldığını, kameralar üzerine 20/9/2016 tarihine kadar ses ve görüntü kaydı yapıldığına dair ibare konulmadığını, kameralı takip sisteminin kurulması ile İdare tarafından amaçlanan kamusal yarar arasında orantılılık bulunmadığını, etkili bir soruşturma yapılmaması nedeniyle özel hayatın gizliliği ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği*” iddiaları karşısında, devletin kamu otoritelerinin öngörülen güvencelere aykırı şekilde kişilerin özel hayatına saygı haklarına müdahale etmeme ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemek kapsamında pozitif yükümlülüğünün olduğunu belirtmiş; somut olaylarda devletin iddia olunan suçu soruşturarak her iki yükümlülüğünü de yerine getirdiğine, kaldı ki başvuru sahiplerinin kişilik hakkına saldırı içeren iddialarla ilgili idare mahkemesine başvurma imkanı olduğuna kanaat getirerek açık bir ihlalin bulunmadığını değerlendirerek özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.<sup>75</sup>

Yine, kişisel sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin düzenlemelerin kişisel verilerin korunması hakkının özüne dokunacak denli müdahale içermemesi gerekmektedir. Bu anlamda kişisel sağlık verilerinin söz konusu olduğu noktada kişisel verilerin korunması hakkı ile karşı karşıya gelen hak arasında yapılacak denge testi sonucunda hangi hakka ağırlık verilmesi gerektiği belirlenecektir.

AYM, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun ve 5754 sayılı Kanun’un ilgili maddelerinin anayasanın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmede itiraz konusu kural ile ilgili kuruma verilen sağlık bilgisi toplama yetkisinin çerçevesinin, kurumun kuruluş amacı ve faaliyet alanı ile belirlendiğine ve bu şekilde kamu yararı ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında adil bir denge kurulduğuna, bu nedenle, kuruma verilen kişilerin sağlık verilerini alma yetkisinin ölçülülük ilkesine aykırı bir yönü bulunmadığına karar vermiştir. AYM, müdahalenin ölçülülüğüne karar verirken dengeyi kamu yararı ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında kurmuştur. Kamu yararı kamu kurumları bakımından yapılacak kişisel sağlık verisi işleme faaliyetlerinde güdülecek en temel amaçlardan

<sup>74</sup> Danıştay 10. Dairesi, E.2015/2696, K.2018/776, T.20/2/2018.

<sup>75</sup> Ferhat Ölmez Başvurusu, No. 2018/20040, 10/3/2021; Esabil Demir Başvurusu, No. 2018/18081, 10/3/2021.

olup bu amacın tek başına var olması yeterli olmayacak, bu amaca dayalı işleme faaliyetinin 6698 sayılı Kanun'da düzenlendiği gibi sınırlı ve ölçülü olması gerekecektir. Nitekim AYM anılan kararda, anılan kuralın özel hayatın gizliliği hakkını kamu yararı amacıyla sınırlandırdığına kanaat getirerek, demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale niteliği taşıdığına hükmetmiştir.

Danıştay ise kişisel sağlık verileri bakımından verdiği kararlardan özellikle Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan "Sağlık Net 2 Veri Gönderimi" genelgesinin iptali amaçlı yapılan<sup>76</sup> yine "e-nabız projesi" konulu genelgenin iptali amaçlı yapılan başvuru kapsamında<sup>77</sup> verdiği kararlarda özel hayatın ve kişisel verilerin korunması haklarına yapılabilecek her türlü sınırlamaya izin verilmesinin, bir başka ifade ile anılan haklara sınırlama getirilirken sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı olarak kullanılmasını temin edecek güvencelere yer verilmemesinin ölçülülük ilkelerine aykırı düşeceği benimsenmiştir (AYM kararlarına atıfla). Bu noktada kişisel sağlık verilerinin kamu makamları tarafından işlenmesi halinde kişisel verilerin korunması hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı veya kanunda veya anayasada düzenlenen diğer amaçlarından birini gerçekleştirmeye yönelik ölçülü bir müdahale olması aranacaktır.

Anlaşılabileceği üzere usuli güvencelerin varlığı adil denge unsuru gözetilirken, kişinin hakkı ile meşru amaç arasında orantılılığı sağlayan temellerdendir. Verinin süresiz şekilde saklanmaması ve de kaydın silinmesinin talep edilebilir olması, AİHM içtihadında varlığına önem atfedilen usuli güvencelerdendir. Bu noktada başvurucu tarafından gerçek olmadığı iddia edildiği ve de gerçekliğine ilişkin herhangi bir somut kayıt bulunmadığı halde, polis kayıtlarında başvurusunun meslek bilgisinin uzun yıllar "genel kadın" olarak tutulduğu *Khelili v. Switzerland* kararına değinilebilir. Başvurusunun kaydın silinmesine ilişkin talebi üzerine polis kayıtlarında mesleği 13 sene sonra "terzi" olarak düzeltilmiş ancak hakkındaki ceza dosyalarında ilgili kayıt tutulmaya devam edilmiştir. AİHM ilgili kaydın başvurusunun hayatını zorlaştırdığını göz önünde bulundurmuş<sup>78</sup>, başvurusunun mesleğine ilişkin polis kayıtlarında muğlak şekilde uzun yıllar tutulmuş olan ifadenin demokratik toplumdaki herhangi bir gerekliliği karşılamadığını ifade ederek ihlal kararı vermiştir.<sup>79</sup>

Veri kaydının silinmesinin talep edilebilir olması gerekliliğine ilişkin olarak AYM önüne gelen -yukarıda kanunilik başlığı altında değinilmiş olan- Bülent Kaya başvurusu ele alınabilir. Hakkındaki derdest ceza yargılamasına ilişkin bilgilerin GBT sistemine kaydedilmesi ve de ilgili kaydın silinmesi talebinin reddedilmesi sebebi ile özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddiasının ele alındığı başvuruda; AİHM içtihadı ile ortaya konulmuş olan ve somut olayda gündeme gelen verilerin süresiz ve silinme imkanı olmayan şekilde tutulmaması gerekliliğine<sup>80</sup> karşın AYM demokratik toplumda gerekli ve ölçülü kabul ettiği müdahalenin ihlal oluşturmadığına hükmetmiştir.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> Danıştay 15. Dairesi, E.2013/2084, T.12/6/2014.

<sup>77</sup> Danıştay 15. Dairesi, E.2015/3035, K.2017/6611, T. 14/11/2017.

<sup>78</sup> *Khelili v. Switzerland*, App. No. 16188/07, Judgment of 18 October 2011, para. 64.

<sup>79</sup> *Khelili v. Switzerland*, paras. 65-71.

<sup>80</sup> *Aycaguer v. France*, App. No. 8806/12, Judgment of 22 June 2017, paras. 38-45.

<sup>81</sup> *Bülent Kaya Başvurusu*, No. 2013/2941, 11/05/2016.

Usuli güvencelerin yokluğunun adil dengeyi başvuran aleyhine bozduğu AİHM önünde görülen *Catt v. United Kingdom* kararında, hayatını aktivist olarak geçirmiş olan 95 yaşındaki başvurucu, polis dosyalarında “aşırılıkçı” olarak kaydedilmiştir. Mahkeme verilerin saklanması orantısız hale geldiğinde silinmeleri gerektiğini ifade ederek; başvurucu hakkındaki ilgili kaydın gerekçelendirilmekle birlikte sınırsız süre ile tutulmasının hakkın kullanımı bakımından başvurucuyu etkili güvencelerden yoksun bırakarak 8. maddenin ihlalini oluşturduğuna hükmetmiştir.<sup>82</sup> Bu bağlamda toplanma amaçları bakımından kendilerine ihtiyaç kalmadığı anda silineceği yahut anonim hale getirileceğine ilişkin güvence, kişisel verilerin korunması hukuku temel ilkelerinden sınırlı ve ölçülü olma ilkesinin yorumlanmasındaki temel noktalardan bir tanesidir.<sup>83</sup>

AYM önünde ise, işlediği hırsızlık suçu kapsamında hakkında verilen hükmün GBT sistemine işlenmesi ve de -başvurucunun işlediği suç tipi yönergede kaydın silinmesinin talep edilemeyeceği suçlardan biri olarak gösterildiğinden- çok uzun yıllar sonra dahi verilerin silinmesi talebinin reddedilmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği iddiasının işlendiği E.Ç.A. Başvurusu akla gelmektedir. Mahkeme çoğunluğu Bülent Kaya başvurusu ile benzer gerekçeye dayanarak -ilgili yönergede ayrıntılı düzenlemenin yapıldığı, söz konusu verilerin toplanma ve muhafaza ve kullanılma amaçlarına uygun kullanıldığı- müdahalenin ihlal oluşturmadığına hükmetmiştir.<sup>84</sup>

Kararın, başvurucunun cezasının ertelenmesi sebebi ile mahkumiyetinin vaki olmamış sayılması gerekliliğini gözden kaçırmaması sebebi ile isabetsiz olmasının yanı sıra<sup>85</sup>, usuli güvencelere ilişkin AİHM içtihadı ile de çeliştiği ifade edilebilir. Verilerin işlenmesi noktasında silinme imkanı olmayan tiplerin düzenlenmesi, AİHM’in bir usuli güvence olarak silinme imkanının gerekliliği arayışı ile uyuşmamaktadır. Somut olayda 25 sene önce hükmolunmuş ve de ertelenmiş olan hırsızlık suçuna ilişkin bilginin GBT sisteminde tutulması, yukarıda *Catt v. United Kingdom* kararında AİHM’in verilerin saklanması orantısızlık arz etmesi olarak ifade ettiği noktaya ulaşmış kabul edilmelidir.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> *Catt v. United Kingdom*, App. No. 43514/15, 24 January 2019, paras. 119-128. Krş. E.Ç.A. Başvurusu, No. 2014/5617, 07/06/2018.

<sup>83</sup> Kişisel verilerin korunması hukuku temel ilkelerinin AİHM ve Avrupa Adalet Divanı içtihadı çerçevesinde incelendiği çalışma için bkz. European Fundamental Rights Agency and Council of Europe, Handbook on European Data Protection Law, 2018 Edition, 2018, Luxemburg, sh. 115-137.

<sup>84</sup> E.Ç.A. Başvurusu, No. 2014/5617, 07/06/2018.

<sup>85</sup> Serdar Özgüldür ve Serhat Kaleli karşı oy gerekçelerinde bu noktayı vurgulayarak, müdahalenin kanunilik ve ölçülülük unsurlarını sağlamadığı görüşlerini vermişlerdir.

<sup>86</sup> Nitekim Osman Ali Feyyaz Paksüt ve Muammer Topal karşı oy gerekçelerinde, ertelenmiş para cezasına ilişkin verilerin 25 yıl sonra dahi saklanmaya devam edilmesinin, kişinin hakkına gereksiz ve ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiğini belirtmişlerdir.

## Beklentiler

Bu oturumun sonunda, kişisel verilerin korunması hakkı ihlallerini tespit etme ve bunları Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında inceleyip karara bağlama konusundaki bilgi ve becerilerinin gelişmesi beklenmektedir. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hukukunda kabul edilen temel ilkelerin, kararların esas dayanak noktaları olarak yargı mensuplarınca benimsenmesi; kişisel verilerin farklı koruma derecelerinden faydalanabileceği ve AIHM içtihadı bağlamında hassas verilerin özel koruma gerektirdiğinin anlaşılması, gelişen teknoloji sebebi ile devamlı olarak yeni tehditlere açık olan kişisel verilerin korunması hukukunda yasal çerçevenin belirliliği noktasının ve de ölçülülük özelinde usuli güvencelerin varlığının özellikle önem arz ettiğinin vurgulanarak anlaşılması beklenmektedir.



### KAYNAKLAR

#### LİTERATÜR

Gülay Arslan Öncü, Bireysel Başvuruda Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı, Beta Yay., Aralık 2020, İstanbul.

Özgür Duman, “Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkına İlişkin Anayasal Güvence ve İlkeler”, Anayasa Yargısı, Cilt:37, Sayı:2, 2020, s. 357-401.

Eren Solmaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları’nın ‘Kişisel Verilerin Korunması’na Katkısı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2019, 18 (1): 61-78.

European Fundamental Rights Agency and Council of Europe, Handbook on European Data Protection Law, 2018 Edition, Luxembourg, 2018.

Naciye Betül Haliloğlu, “Yargılamaya ve Mahkumiyete İlişkin Verilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A. Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, Cilt:36, Sayı:2, 2019, s. 349-400.

#### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

*Adomaitis v. Lithuania*, App. No. 14833/18, Judgment of 18 January 2022.

*Uzun v. Germany*, App. No. 35623/05, Judgment of 2 September 2010.

*Ben Faiza v. France*, App. No. 31446/12, Judgment of 8 February 2018.

*Aycaguer v. France*, App. No. 8806/12, Judgment of 22 June 2017.

*Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, App. Nos. 58170/ 13; 62322/14, 24960/157, Judgment of 13 September 2018.

*Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, App. Nos. 58170/13, 62322/14 and 24969/15, Grand Chamber Judgment of 25 May 2021.

*Copland v. UK*, App. No. 62617/00, Judgment of 3 April 2007.



*Bărbulescu v. Romania*, App. No. 61496/08, Grand Chamber Judgment of 5 September 2017.

*Khelili v. Switzerland*, App. No. 16188/07, Judgment of 18 October 2011.

*L.B. v. Hungary*, App. No. 36345/16, Judgment of 12 January 2021.

*Köpke v. Germany*, App. No. 410/07, Admissibility Decision of 5 October 2010.

*Vukota-Bojic v. Switzerland*, App. No. 61838/10, Judgment of 18 October 2016.

*Satakunnan Markkinapörssi Oy And Satamedia Oy v. Finland*, App. No. 931/13, Grand Chamber Judgment of 27 June 2017.

*Bernh Larsen Holding AS and Others v. Norway*, App. No. 24117/08, Judgment of 8 July 2013.

*S and Marper v. The United Kingdom*, App. No. 30562/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008.

*Centrum För Rättvisa v. Sweden*, App. No. 35252/08, Judgment of 19 June 2018.

*P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, App. No. 44787/98, Judgment of 25 September 2001.

*M.M. v. The United Kingdom*, App. No. 24029/07, Judgment of 13 November 2012.

*Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, App. No. 18030/11, Judgment of 8 November 2016.

*Amann v. Switzerland*, App. No. 27798/95, Judgment of 16 February 2000.

*Alkaya v. Turkey*, App. No. 42811/06, Judgment of 9 October 2012.

*M. N. and Others v. San Marino*, App. No. 28005/12, Judgment of 7 July 2015.

*Benedik v. Slovenia*, App. No. 62357/14, Judgment of 24 April 2018.

*Rotaru v. Romania*, App. No. 28341/95, Judgment of 4 May 2000.

*Catt v. The United Kingdom*, App. No. 43514/15, Judgment of 24 January 2019.

*Z v. Finland*, App. No. 22009/93, Judgment of 25 February 1997.

*M.S. v. Sweden*, App. No. 20837/92, Judgment of 27 August 1997.

*Gaskin v. the United Kingdom*, App. No. 10454/83, Judgment of 7 July 1989.

*Leander v. Sweden*, App. No. 9248/81, Judgment of 26 March 1987.

*Ciubotaru v. Moldova*, App. No. 27138/04, Judgment of 27 April 2010.

*Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden*, App. No. 62332/00, Judgment of 6 June 2006

*Brunet v. France*, App. No. 21010/10, Judgment of 18 September 2014.

*S. and Marper v. the United Kingdom*, App. No. 30562/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008.

*Peck v. the United Kingdom*, App. No. 44647/98, Judgment of 28 January 2003.





*Kruslin v. France*, App. No. 11801/85, Judgment of 24 April 1990.

*Kurier Zeitungsverlag and Druckerei GmbH v. Austria (no. 2)*, App. No. 1593/06, Judgment of 19 June 2012.

*Silver and Others v. The United Kingdom*, App. No. 5947/72, Judgment of 25 March 1983.

#### **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI (Bireysel Başvuru)**

*Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, No. 2014/1546, 2/2/2017.

*Yaşar Çetinbaş Başvurusu*, No. 2018/34564, 10/3/2021.

*Ayşe Bulut Başvurusu*, No. 2018/28925, 16/06/2021.

*Ahmet Acartürk Başvurusu*, No. 2013/2084, 15/10/2015.

*Ali Sarıpınar Başvurusu (2)*, No. 2013/6186, 9/3/2016.

*B.K. Başvurusu*, No. 2014/14189, 25/10/2017.

*Bestami Eroğlu Başvurusu*, No. 2018/23077, 17/9/2020.

*Bülent Kaya Başvurusu*, No. 2013/2941, 11/5/2016.

*E.Ç.A. Başvurusu*, No. 2014/5671, 7/6/2018.

*Esabil Demir Başvurusu*, No. 2018/18081, 10/3/2021.

*Fatih Saraman Başvurusu*, No. 2014/7256, 27/2/2019.

*Ferhat Ölmez Başvurusu*, No. 2018/20040, 10/3/2021.

*Günay Okan Başvurusu*, No. 2013/8114, 17/9/2014.

*Güzide Defne Samyeli Başvurusu*, No. 2014/4399, 21/9/2016.

*Hayriye Özdemir Başvurusu*, No. 201373434, 25/6/2015.

*Kemal Karanfil Başvurusu*, No. 2017/24776, 24/5/2018.

*Marcus Frank Cerny Başvurusu*, No. 2013/5126, 2/7/2015.

*Nurcan Belin Başvurusu*, No. 2014/14187, 10/1/2018.

*Orhan Kayahan Başvurusu*, No. 2014/1970, 22/11/2017.

*S. S. Başvurusu*, No. 2014/8479, 17/11/2016.

*Serap Tortuk Başvurusu*, No. 2013/9660, 21/1/2015.

*Serhad Aktuğ Başvurusu*, No. 2013/5199, 14/4/2016.

*T.A.A. Başvurusu*, No. 2014/19081, 1/2/2017.



### **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI (Norm Denetimi)**

- E.2012/100, K.2013/84, T.4/7/2013.  
E.2013/122, K.2014/74, T.9/4/2014.  
E.2014/149, K.2014/151, T.2/10/2014.  
E.2013/84, K.2014/183, T.4/12/2014.  
E.2014/74, K.2014/201, T.25/12/2014.  
E.2014/180, K.2015/30, T.19/3/2015.

### **DANIŞTAY ve BİM KARARLARI**

15. Daire, E.2013/2084, T.12/6/2014 (YD).  
15. Daire, E.2015/3035, K.2017/6611, T.14/11/2017.  
10. Daire, E.2015/2696, K.2018/776, T.20/2/2018.  
10. Daire, E.2015/5219, K.2018/1739, T.14/5/2018.  
Danıştay İDDK, E. 2016/3757, K. 2019/1772.  
Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. Dava Dairesi, E. 2017/727, K. 2017/1215.  
Danıştay On İkinci Daire, E. 2019/3253, K. 2021/2798.  
Danıştay On İkinci Daire, E. 2019/3451, K. 2021/2759.  
Danıştay E. 2021/2487, K. 2021/2771.  
Danıştay İDDK, E. 2019/763, K. 2020/1861.  
Danıştay On İkinci Daire, E. 2019/7360, K. 2020/2931.















Bu Proje, Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmektedir.



**MODÜL 2. İdari Yargı ile İlgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Katılımcı Kitabı** “İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi” Projesi kapsamında hazırlanmıştır.

Proje kapsamında geliştirilmiş olan her bir modül için 3 kitaptan oluşan bir eğitim seti hazırlanmıştır.

- 1 Modül 2:** İdari Yargı ile İlgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Eğitici Rehberi (Eğitici-ler için)
- 2 Modül 2:** İdari Yargı ile İlgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Katılımcı Kitabı (Eğiti-ciler ve Katılımcılar için)
- 3 Eğitim Metodolojisi El Kitabı** (Eğitici-ler için)

**Katılımcı Kitabı** hem katılımcılara yönelik hem de eğiticilerin kullanımına yönelik olarak ha-zırlanmıştır.

*Bu Proje Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından ortaklaşa finanse edilmekte ve Avrupa Konseyi tarafından yürütölmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Projenin nihai faydalanıcısıdır. Bu Projenin sözleşme makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.*

TUR



[www.coe.int/tr/web/ankara](http://www.coe.int/tr/web/ankara)

Avrupa Konseyi Avrupa kıtasının önde gelen insan hakları kuruluşudur. Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği'nin tüm üyeleri dahil olmak üzere, 46 üye ülkeden oluşmaktadır. Tüm Avrupa Konseyi üyeleri insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü korumaya yönelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmenin üye ülkelerdeki uygulamasını denetler.