

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:**GENEL KURUL
KARAR****MEHMET AKSOY BAŞVURUSU**

Başvuru Numarası : 2014/5433
Karar Tarihi : 11/7/2019

Başkan : Zühtü ARSLAN
Başkanvekili : Engin YILDIRIM
Başkanvekili : Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR
Recep KÖMÜRCÜ
Burhan ÜSTÜN
Hicabi DURSUN
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Kadir ÖZKAYA
Recai AKYEL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Yıldız SEFERİNOĞLU

Raportör : Yunus HEPER
Başvurucu : Mehmet AKSOY
Vekili : Av. Turgut KAZAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, eser sahibi olduğu heykelin yıktırılması nedeniyle başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 16/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

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

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

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

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

7. Birinci Bölüm tarafından 3/7/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. 1939 doğumlu olan başvuru, Türkiye'de ve uluslararası camiada tanınmış bir sanatçıdır. Resim ve heykel alanlarında üniversite eğitimi alan başvuru daha sonra Devlet bursuyla yurt dışında öğrenim görmüştür. Bir süre İstanbul Devlet Güzel Sanatlar Akademisi'nde öğretim üyesi olarak da görev yapan başvuru 12 Eylül darbesinin ardından uzunca bir süre Almanya'da serbest sanatçı olarak çalışmıştır. 1990'lı yıllardan itibaren Türkiye'nin muhtelif yerlerinde eserleri görülmeye başlanan başvuru, Türkiye'de ve yurt dışında verilen pek çok ödülün sahibidir.

10. Başvuruya konu olaylar şu şekilde gelişmiştir: 2005 yılı Kasım ayı içinde Kars Belediye Meclisi, mülkiyeti Maliye Hazinesine ait olan bir tepeye "İnsanlık Anıtı" isimli bir heykel ve çevre düzenlemesi ile birlikte bir park yapılmasına karar vermiştir. 7/11/2005 tarihli meclis toplantısında "Ülkemizde ve Dünya'da bir daha savaşların olmaması ve kan dökülmemesi adına bir insanlık anıtının" yaptırılmasına karar verilmiştir. Belediye Meclis kararının ardından başvuru ile sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmede tarafların sorumluluklarına ilişkin birçok madde yer almıştır. Sözleşmenin 3. ve 4. maddeleri şöyledir:

"3- İçerik/amaç: Kars'ın bulunduğu kültür coğrafyasının, Kafkasya-Anadolu hinterlandındaki gerginlikleri, düşmanlıkları, savaşları ve çatışmaları, bir barış ve dostluk düşüncesi etrafında ortadan kaldırmayı; barışa ilgiyi arttırmayı ve insanların yüreklerinde barış duygusunun kabarmasının ve beslenmesinin sağlanması; bunun için de insanların bir el uzatarak barışa çağırılması, heykelin temel amacıdır.

4- Yer/konum: Belediye ve heykeltıraş, yukarda içeriği ve amacı özetlenen heykel için; Kars Kalesinin karşısındaki tepenin üzerinde bulunan ve Kars çayı ile Kaleiçi mahallesine yukardan bakan; ayrıca tüm Kars kentini panoramik olarak gören; dolayısıyla kentin tüm kesimlerinden algılanabilen düzlüğü, heykelin yeri olarak belirlemişlerdir. Heykelin yerden yüksekliği, kaidesiyle birlikte yaklaşık olarak 30 metre yüksekliğinde tasarlanmaktadır."

11. Belediye Meclis kararının ve sözleşmenin ardından Kültür ve Turizm Bakanlığı Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu (Koruma Bölge Kurulu) 2/11/2006 tarihli kararıyla anıtın yapılacağı parselde bulunan bazı taşınmazları tescil etmiştir. Söz konusu karara göre, İkinci Dünya Savaşı sırasında yapılan makineli tüfek mevzileri ile alanda bulunan tonozlu yapı kültür varlığı özelliği taşımaktadır. Söz konusu kararda ayrıca, taşınmazda inşaatı devam eden heykelin yapımının durdurulmasına karar verilmiş; taşınmazda yapılacak her türlü uygulama için önceden Koruma Bölge Kurulundan izin alınması gerektiği hatırlatılmıştır.

12. Kars Belediyesi anılan taşınmaz üzerinde heykel inşaatı konusunda gerekli izin verilmesi için Koruma Bölge Kuruluna resmî başvuruda bulunmuştur. Koruma Bölge Kurulunun 23/12/2006 tarihli kararında, Belediyenin *"anıt yapma talebinin, anıtın teması ile şehir ve kale ile alan peyzaj ilişkisi açısından uygun olduğuna; kurula sunulan projedeki anıtın yeri ve kaidesi dışında kalan çevre düzenlemesine ait önerilerin (ışıklandırma, zemin ilişkisi, teraslama, genel mekanlar, tarihi doku vb. açıdan) keskinleştirildiği uygulamaya profesinin"* kurula gönderilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Koruma Kurulunun 8/2/2007 tarihli kararıyla da Belediye Başkanlığı tarafından hazırlanan çevre düzeni projesi onaylanmıştır. Heykel, planına ve resmî izinlerine uygun olarak yaklaşık 30 metre yüksekliğinde, demir destekli betonarme olarak inşa edilmiştir. Dosya içeriğinden heykelin bitirilmesi tarihi tam olarak anlaşılamamaktadır.

13. Kars Belediyesi 24/4/2008 tarihinde heykel inşaatının bulunduğu taşınmazın Belediyeye tahsisi veya satılması için Kars Millî Emlak Müdürlüğüne (Millî Emlak Müdürlüğü) başvuruda bulunmuştur. Millî Emlak Müdürlüğü 29/4/2008 tarihinde bu taleple ilgili olarak Kars Kültür ve Turizm İl Müdürlüğünden görüş istemiştir. Bu istem üzerine Müdürlük uzmanları tarafından taşınmaz üzerinde yeniden incelemelerde bulunulmuştur.

14. Bu incelemeler sonucunda Koruma Bölge Kurulu 10/9/2008 tarihinde 1021 ve 1022 numaralı iki ayrı karar almıştır. 1021 numaralı kararda başvuruya konu taşınmazla ilgili olarak; *"... mülkiyeti Hazineye ait taşınmazın hafriyat çalışmalarında çıkan yeni bulgular ışığında 2863 sayılı yasa kapsamında tescilin devamına ...bu alan içerisinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına mevcut yapıların yıktırılması gerektiğine..."* karar verilmiştir. 1022 sayılı kararda ise 1021 numaralı karara atıf yapılarak başvuruya konu heykelin inşa edildiği taşınmazın 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca satış ve tahsisinin mümkün olmadığına karar verilmiştir.

15. Koruma Bölge Kurulu 14/11/2008 tarihli kararında, 10/9/2008 tarihinde alınan 1021 numaralı kararın geçerli olduğuna karar vermiştir. Koruma Kurulu 25/9/2009 tarihli kararında ise daha önce alınan 10/9/2008 tarihli 1021 ve 1022 sayılı kararlar ile 14/11/2008 tarihli 1110 sayılı kararların geçerli olduğuna, bu kararlara aykırı uygulamayı yapan ve yaptıranlar hakkında soruşturma açılması gerektiğine karar vermiştir.

16. Koruma Bölge Kurulunun kararı üzerine İçişleri Bakanlığınca bir inceleme yaptırılmıştır. Yapılan inceleme sonucunda *"insanlık anıtı ve çevre düzenlemesi inşaatının 'kurul kararlarına aykırılığından' söz edilemeyeceği"* tespiti yapılmış; daha sonra heykelin yapılmasına ilişkin olarak hiç kimsenin hukuki bir sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılmıştır. İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığının raporunda şu tespitlere yer verilmiştir.

"...Diğer yandan, Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 02/11/2006 tarihli ve 421 sayılı kararıyla, Belediyenin İnsanlık Anıtı ve çevre Düzenlemesi inşaatını sürdürdüğü, 'Kars İli Merkez İlçe 790 ada 1 parsel sayılı taşınmazdaki bazı buluntuların kültür varlığı özelliği taşıması nedeniyle 2863 sayılı Yasa kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak tescil edilmesinin' ardından Belediyenin sunduğu ve anılan Koruma Bölge Kurulunun 08/02/2007 tarihli ve 523 sayılı kararıyla onaylanan proje kapsamında gerçekleştirilen İnsanlık Anıtı ve çevre Düzenlemesi inşaatının 'Kurul Kararlarına aykırılığından' söz edilemeyeceği; zira yapılan inşai faaliyetin bahse konu Koruma Bölge Kurulunun 08/02/2007 tarihli ve 523 sayılı kararıyla onaylanan proje

kapsamında yürütüldüğü; Kars Belediyesince 'İnsanlık Anıtı ve Çevre Düzenlemesi İş'i'nin 13/06/2006 tarihinde ihale edilerek yapımına başlanıldığı; Koruma Bölge Kurulunun aynı alanla ilgili yıkıma ilişkin ve yasaklayıcı dört kararının ise daha sonraki tarihlerde alındığı; bu yöndeki ilk kararın 10/09/2008 tarihli olduğu; ayrıca, belirtilen kararların Kars Belediye Başkanlığına henüz tebliğ edilmediğinden hukuki geçerlilik kazanmadığı; bu itibarla, Kars Belediye Başkanlığınca yürütülen 'insanlık anıtı ve çevre düzenlemesi' işi bakımından Koruma Bölge Kurulu kararlarına aykırı bir uygulamanın bulunmadığı..."

17. Bu arada Milli Emlak Müdürlüğü, 2/2/2010 tarihinde Kars Belediyesine hitaben yazdığı yazıda Maliye Hazinesinin mülkiyetinde olan taşınmaz üzerinde herhangi bir işlem yapılmamasına ilişkin 2/6/2005 tarihli yazısına atfı yapıldıktan sonra Koruma Bölge Kurulunun 10/9/2008 tarihli ve 1022 numaralı kararıyla taşınmazın tahsis veya satışının mümkün olmadığını belirtmiş ve taşınmaz üzerinde bulunan yapıların 20/7/1966 tarihli ve 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 18. maddesine göre yıkılarak taşınmazın boş olarak teslim edilmesi gerektiğini bildirmiştir.

18. Anılan taşınmazın ve üzerinde inşa edilen heykelin durumunu değerlendirmek için Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu (Koruma Yüksek Kurulu) bir toplantı gerçekleştirmiştir. Koruma Yüksek Kurulu 19/1/2010 tarihli toplantıda "arkeolog, mimar, sanat tarihçisi, heykeltıraş ve inşaat mühendisinden oluşan (5 kişilik) bir heyet tarafından mahallinde inceleme yapılarak bir rapor hazırlanmasına" karar vermiştir. Bir mimar, bir arkeolog, bir inşaat mühendisi ve bir heykeltıraştan oluşan dört kişilik heyet bir rapor hazırlayarak Koruma Yüksek Kuruluna sunmuştur. Sözü geçen 10/6/2010 tarihli raporda şu tespitlere yer verilmiştir:

i. Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu 2/11/2006 tarihli ve 421 sayılı kararı ile heykelin de içinde bulunduğu parseldeki tepeciğin kuzey tarafında yer alan ve II. Dünya Savaşı sırasında yapılan makineli tüfek mevzileri ile tepeciğin batı tarafında ve altında yer alan tonozlu (savunma amaçlı yapılar) yapının kültür varlığı özelliği taşıması nedeniyle tepenin taşınmaz kültür varlığı olarak tescil edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Koruma Bölge Kurulunun 14/11/2008 tarihli kararında ise yapıların Erken Cumhuriyet Dönemi olarak tanımlandığı belirtilmektedir. Ayrıca yapılan tescilin parselin tümünü mü yoksa bir bölümünü mü kapsadığı anlaşılamamaktadır.

ii. Anıtın yapıldığı parselin malikinin kim olduğu konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Kars Valiliği 2/2/2010 tarihinde anıtın yıktırılarak parselin boş olarak kendilerine teslim edilmesini istemiştir. Buna karşılık Kars Belediye Başkanlığı 11/12/2006 tarihinde parselin kendilerine ait olduğu yönünde evrak düzenlemiştir.

iii. Koruma Bölge Kurulu 8/2/2007 tarihinde anıtın yapılmasına izin verdiği hâlde 10/9/2008 tarihli kararında o güne kadar alan üzerinde yapılmış olan inşaat ve fiziki müdahalelerin ve uygulamaların ortadan kaldırılmasına karar vermiştir. Tüm süreç boyunca Koruma Bölge Kurulu üyelerinde bir değişiklik olmamıştır. Bununla beraber karar değişikliğine kazı çalışmaları sırasında ortaya çıkarılan yeni bulguların neden olduğu ileri sürülmüştür.

iv. İnsanlık anıtına ilişkin olarak 2/11/2006 tarihinden 25/9/2009 tarihine kadar alınan yedi kararın gerek içeriklerinde gerekse usulünde ciddi çelişkiler

bulunmaktadır. Bu sebeple tescile değer görülen alan ve yapıların durumunun ve koruma alanlarının hâlihazır harita üzerinde net bir şekilde belirtilmesi, bu tespit sonrası tescil kapsamı dışında kalan ve parsel malikinin izni olmaksızın parselde yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında değerlendirilerek ilgili belediye tarafından çözüme kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir.

19. Koruma Yüksek Kurulu 6/1/2011 tarihli kararında yukarıda zikredilen rapora dayanarak bahsi geçen heykelin yapılmasına ilişkin tüm Koruma Bölge Kurulu kararlarının iptaline karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

"a) Makineli tüfek mevzilerinin tescil edilmesine ilişkin Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 02/11/2006 tarih ve 421 sayılı kararından sonra, esas ve usul yönünden çelişkili olan ve mülkiyet konusu çözümlenmeden alınan konuya ilişkin tüm koruma bölge kurulu kararlarının iptaline,

b) Tescilli alana ilişkin mülkiyet durumunun ilgili mevzuat çerçevesinde idarelerce çözümlenmesinden sonra Belediyesince alana ilişkin, getirilecek öneri ve projenin koruma bölge kuruluna sunulmasına,

c) Tescil kapsamı dışında kalan ve parsel malikinin izni olmaksızın parselde yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında değerlendirilerek ilgili belediyesince çözüme kavuşturulmasına,

karar verildi."

20. Heykele ilişkin tartışmalar ulusal basında geniş şekilde yer almış, uluslararası basında da bilhassa Türkiye ile Ermenistan arasındaki ilişki çerçevesinde ele alınmıştır. Bunun dışında, başta başbakan olmak üzere siyasetçiler, iktidar veya muhalefet partilerinden yetkililer de bu konudaki görüşlerini açıklamışlardır. Uluslararası Sanatçı Dernekleri Birliği ile Uluslararası Sanat Birliği (The International Association of Art) heykelin yıktırılmaması için yetkililere birer mektup göndermişlerdir. "İnsanlık Anıtı"nın yıkılmaması için bir internet sitesi açılmış, küresel ölçekte bir imza kampanyası düzenlenmiş, Türk ve yabancı pek çok sanatçı Kars'a giderek heykelin yıkılmaması için açıklamalarda bulunmuş ve pek çok toplantı ve gösteri yürüyüşü organize edilmiştir.

21. Anıtın yaptırılmasına karar veren eski Kars Belediye Başkanı tartışmalara katılmış ve anıtın *"Ermenistan'daki Soykırım Anıtı'na karşılık"* bir iyi niyet adımı olarak yaptırıldığını açıklamıştır.

22. Kars'ın yeni seçilen Belediye Başkanı ise çeşitli gazetelere demeçler vererek tarihi tabya üzerinde yapıldığını iddia ettiği heykelin kaldırılacağını açıklamıştır. Kars Belediyesinin internet sitesinde de yayımlanan bazı açıklamalarında Belediye Başkanı; heykelin yapımına geçmiş dönem belediye yönetimi tarafından başladığını, inşaat başlatıldıktan üç ay sonra Koruma Kuruluna yapım için müracaat edildiğini ve Kurulun bu bölgeyi tabya olarak tescil ettiğini ifade etmiştir. Belediye Başkanına göre heykelin bulunduğu bölgede 1734 yılında Timur Paşa adına yapılan Kars ilinin ilk tabyası bulunmaktadır. Başkan, söz konusu heykelin yapılışı sırasında kanunların ihlal edildiğini, kendilerinin meseleye hukuk açısından baktıklarını, sanata saygı duyduklarını belirtmiştir. Kars Belediye Meclisi 1/2/2011 tarihli kararı ile heykelin kaldırılmasına karar vermiştir.

23. Başvurucu 7/2/2011 tarihinde Erzurum 1. İdare Mahkemesinden (Mahkeme) Kars Belediye Meclisinin söz konusu kararı almaya yetkisi olmadığı iddiasıyla kararın yürürlüğünün durdurulması ve iptali istemiyle dava açmıştır. Başvurucuya göre Yüksek Kurul, heykelin yıktırılmasını değil mülkiyet sorununun çözülmesini ve gerekli prosedürlerin tamamlanması için daha sonra Yüksek Kurula tekrar başvurulmasını önermektedir. Başvurucu, Yüksek Kurulun bu değerlendirmelerinin yıkım kararı olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme 7/3/2011 tarihinde Kars Belediye Meclisinin söz konusu kararı alma yetkisinin olmadığı ve yıkımın gerçekleşmesi hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğma ihtimali bulunduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.

24. Yürütmeyi durdurma kararı ile aynı gün 7/3/2011 tarihinde, Kars Belediyesi *"insanlık anıtının kaldırılması işi ihalesini"* ilan etmiştir. Bu arada kamuoyundaki tartışmalara iktidardaki Adalet ve Kalkınma Partisinin Genel Başkan Yardımcısı da katılarak heykelin mutlaka kaldırılacağını ifade etmiştir. Kars Belediyesi, Mahkemenin yürütmeyi durdurma kararına itiraz etmiştir. Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 6/3/2011 tarihli kararı ile ilk derece mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararını kaldırmıştır. Yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasının ardından Kars Belediyesi yıkım sürecini başlatmıştır.

25. Mahkeme 21/4/2011 tarihli kararı ile başvurunun açtığı iptal davasını reddetmiştir. Mahkeme, insanlık anıtının yapımına ilişkin olarak idarece alınan tüm kararların kaldırıldığına dikkat çekmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

"...dava konusu 1/2/2011 tarihli belediye meclisi kararının, söz konusu parselde yapımı planlanan insanlık anıtı ve çevre düzenlemesi ile ilgili insanlık parkının yapılmasına ilişkin daha önce alınan 07/11/2005 tarihli Meclis Kararının -Koruma Yüksek Kurulu 'nun söz konusu parsel hakkında alınan kararının uygulanmasına yönelik olarak-geri alınmak suretiyle, parselle ilişkin imar programı kapsamında yapılması planlanan çevre düzenlemesinin projelendirilmesi; bir başka ifadeyle söz konusu parsel üzerinde parselin maliki durumunda bulunan Hazinesin izni olmaksızın yapılan insanlık anıtı isimli heykelin kaldırılması ve mevcut yerin tarihsel dokusuna uygun şekilde çevre düzenlemesi yapılmasını içeren projenin kabulüne ilişkin bir karar olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliği taşıdığı sabit olan Hazineye ait parselle ilişkin Koruma Yüksek Kurulu tarafından alınan kararın uygulanması amacıyla, söz konusu koruma yüksek kurulu kararı sonrasında yukarıda anılan mevzuat hükümleri uyarınca izinsiz inşai ve fiziki müdahale niteliğinde bulunan insanlık anıtı isimli heykelin kaldırılarak söz konusu parselle ilişkin mevcut yerin tarihi dokusuna uygun şekilde çevre düzenlemesi için projelendirilmesi yolunda alınan dava konusu meclis kararında hukuka ve mevzuat hükümlerine aykırılık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle davanın reddine..."

26. Mahkeme kararı Danıştay 13. Dairesinin (Daire) 29/1/2013 tarihli kararı ile onanmıştır. Kararın düzeltilmesi istemi de Dairece 30/1/2014 tarihinde reddedilmiştir. Başvurucu nihai kararı 18/3/2014 tarihinde tebellüğ etmiştir.

27. Başvurucu 16/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

28. 2863 sayılı Kanun'un "İzinsiz müdahale ve kullanma yasağı" kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:

"Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşaat ve fiziki müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılmaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşaat ve fiziki müdahale sayılır."

29. 2863 sayılı Kanun'un "Devir yasağı" kenar başlıklı 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişiler, Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına uymak zorundadır..."

30. 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "Eser Sahibi" başlıklı ikinci bölümünde yer alan 8. maddesinin ilk fıkrası şöyledir:

"Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir."

31. 5846 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür."

Eser sahibine tanınan hak ve yetkiler eserin bütününe ve parçalarına şamildir."

32. 5846 sayılı Kanun'un "Eserde değişiklik yapılmasını menetmek" kenar başlıklı 16. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının ilgili kısımları şöyledir:

"Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz..."

Eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile ...eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür."

33. 5846 sayılı Kanun'un "Eser sahibinin zilyed ve malike karşı haklar" kenar başlıklı 17. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Aslın maliki, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak eseri bozamaz ve yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez."

B. Uluslararası Hukuk

34. Genel olarak ifade özgürlüğüne dair düzenlemeler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 19. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesinde yer alır. Bu düzenlemeler doğrudan sanatsal ifade özgürlüğüne gönderme yapmasa dahi ortaya konulan yaklaşım, sanatsal ifadenin ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu yönündedir. Sanatsal ifadeler ile ilgili en açık düzenleme Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 15. maddesinde yer alır:

"1. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin:

(a) Kültürel yaşama katılma hakkına...

(c) Kendisinin yarattığı herhangi bir bilimsel, edebi ya da sanatsal üründen doğan maddi ve manevi çıkarların korunmasından yararlanma hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

2. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlama yönünde alacakları tedbirler, bilim ve kültürün korunması, geliştirilmesi ve yayılması için gerekli olan tedbirleri kapsayacaktır.

3. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, ...yaratıcı faaliyetler için gerekli özgürlüğe saygı göstermekle yükümlüdürler..."

35. İfade özgürlüğünün anlamı üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) 1976 tarihli *Handyside v. Birleşik Krallık* kararı mevcut başvuruya önemli ölçüde ışık tutmaktadır. Bu kararda gençleri toplumsal normları sorgulama yönünde teşvik etmeyi amaçlayan ve içinde cinsellik, uyuşturucu, alkol ve sigara ile ilgili bilgilere de yer veren "*Küçük Kırmızı Okul Kitabı*" adlı kitap için uygulanan yaptırımların ifade özgürlüğünün ihlali olup olmadığı değerlendirilmiştir. AİHM ifade özgürlüğüne ilişkin olarak şu değerlendirmede bulunmuştur:

"İfade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun asıl temellerinden birini oluşturmaktadır... İfade özgürlüğü yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen bilgi veya düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya nüfusun bir bölümü için saldırgan, sok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereklidir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz." (Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

36. AİHM bir romanda yer alan bazı ifadeler nedeniyle kitap hakkında toplatma kararı verilmesini değerlendirdiği *Alınak/Türkiye* (B. No: 40287/98, 29/3/2005, § 42) kararında *"...10. madde, özellikle bilgi ve fikir edinme ve yayma özgürlüğü kapsamında, kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikirlerin değiş tokuşuna katılma fırsatı yaratan sanatsal ifade özgürlüğünü de içermektedir. Sanat eserleri yaratan, sergileyen veya dağıtan kişiler demokratik bir toplum için büyük önem taşıyan fikir ve görüşlerin yayılmasına katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle Devletin... ifade özgürlüğüne gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü söz konusudur..."* diyerek sanatsal ifadelere ayrıcalıklı bir yer vermiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

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

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

38. Başvurucu;

i. İnsanlık anıtının Ermenistan ile barışı simgelediğini, 2011 yılının Haziran ayında yapılan parlamento seçimlerinde sağ seçmenlerin oyunu elde etmek için kullanıldığını ve bu sebeple hukuka aykırı olarak yıkıldığını ileri sürmüştür.

ii. Sanat eserlerinin ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunu, devletin sanat eserlerine özel birtakım değerlendirmelerle müdahale edemeyeceğini ifade etmiştir. Başvurucuya göre Anayasa'nın 64. maddesi uyarınca devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korumakla yükümlüdür ve bu amaçla gereken tedbirleri almak zorundadır. Başvuruya konu eser hukuka uygun olarak ve yetkili kurullardan izin alınarak yapılmıştır. Başvurucu, heykelin yıkıtılması ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

iii. Heykelin yıkılması sürecinde hükümetin gerek idare üzerinde gerekse de yargı üzerinde baskısı olduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi zedelenerek verilen mahkeme kararları ile adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

iv. Anayasa'nın 2., 26., 64., ve 138. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürerek ihlalin tespiti ile manevi tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

39. Bakanlık görüşünde esasa ilişkin olarak özetle;

i. Başvuruya konu heykelin yıkılmasına ilişkin kararın başvurunun sanatçı kişiliği veya eserin sanat eseri niteliğinden kaynaklanmadığı, üçüncü kişinin mülkiyet hakkı ve kültür varlığı olan taşınmazın korunması amacıyla alındığı, dolayısıyla başvurunun ifade özgürlüğü hakkına herhangi bir müdahalede bulunulmadığı değerlendirilmiştir.

ii. Başvuruya konu olay bakımından bir tarafta başvurunun ifade özgürlüğü, diğer tarafta ise Maliye Hazinesinin mülkiyet hakkı ile kamunun kültürel değerleri yaşatma hakkı arasında bir çıkar çatışmasının bulunduğu, 2863 sayılı Kanun'daki hükümler dikkate alındığında kanun koyucunun tercihini kültür değerlerini yaşatmadan yana kullanmış olduğu, bu nedenle somut başvuruda, başvurunun menfaatleri ile Maliye Hazinesi ve kamunun menfaatleri arasında adil bir denge kurulmuş olduğu belirtilmiştir.

iii. Heykelin yıkılması, Anayasa'da öngörülen mülkiyet hakkının ve kültürel değerleri yaşatma hakkının korunmasına yönelik olduğundan söz konusu müdahalenin ölçütlü ve demokratik toplum gereklerine uygun olduğu ifade edilmiştir.

40. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında heykelin hukuksuz bir şekilde yapıldığı izleniminin doğru olmadığını ifade etmiştir. Başvurucu, heykelin Belediye ile yaptığı sözleşmeye uygun olarak ve Koruma Bölge Kurulunun oluru ile yapıldığını belirtmiştir.

B. Değerlendirme

41. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

Bu hürriyetlerin kullanılması, ...kamu düzeni, ...başkalarının ...haklarının... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir...

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

42. Anayasa'nın "Bilim ve sanat hürriyeti" kenar başlıklı 27. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir."

43. Anayasa'nın "Sanatın ve sanatçının korunması" kenar başlıklı 64. maddesi şöyledir:

"Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır."

44. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun Anayasa'nın 2., 26., 64., ve 138. maddelerinin ihlal edildiği iddiasının Anayasa'nın *bilim ve sanat hürriyeti* kenar başlıklı 27. maddesi ile *sanatın ve sanatçının korunması* kenar başlıklı 64. maddesi ışığında Anayasa'nın 26. maddesinde koruma altına alınan ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

Burhan ÜSTÜN ve Kadir ÖZKAYA başvurunun adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği görüşü ile bu değerlendirmeye katılmamışlardır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

45. Bakanlık görüşünde, başvurucunun başvuruya konu heykelin yıkılmasına ilişkin Belediye Meclis kararının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle idare mahkemesinde dava açmış olmasının başvuru yollarını tükettiği anlamına gelmeyeceği ileri sürülmüştür. Bakanlığa göre sanat eserlerine bir müdahale söz konusu olduğu takdirde eser sahipleri 5846 sayılı Kanun uyarınca hukuk mahkemeleri nezdinde açılacak tecavüzün kaldırılması davası, müdahalenin menı davası ve tazminat davası açma hakkına sahiptir. Bakanlığa göre 5846 sayılı Kanun, fikir ve sanat eserlerini düzenleyen özel bir kanun olup bu Kanun'la fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarının belirlenmesi, korunması ve bu ürünlerden yararlanma şartlarının düzenlenmesi, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma hâlinde yaptırımların uygulanması düzenlenmektedir. Dolayısıyla bir eser meydana getiren kişilerin haklarına yönelik bir saldırı iddiası söz konusu olduğunda ilk olarak bu Kanunda öngörülen hukuki yollara başvurmak gerekmektedir. Dolayısıyla

Bakanlık, başvurunun 5846 sayılı Kanun'da öngörülen başvuru yollarını tüketmeden bireysel başvuru yoluna başvurmuş olduğunu ileri sürmüştür.

46. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre bir ihlal iddiasına ilişkin başvurulabilecek birden fazla etkili başvuru yolunun bulunması durumunda kural olarak başvurunun aynı amacı taşıyan başvuru yollarının tamamını tüketmesi beklenemez (S.S.A., B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 30. Benzer yöndeki AIHM kararları için bkz. Kozacıoğlu/Türkiye, B. No: 2334/03, 19/2/2009, §40; Jasinskis/Letonya, B. No: 45744/08, 21/12/2010, §§ 50, 53-54). Anayasa Mahkemesi, başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğine karar verirken başvurunun ulaşmak istediği amaca bakar. İncelenen başvuruda başvuru, yaptığı heykelin yıktırılmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Adalet Bakanlığının görüşünde ileri sürdüğü diğer yollarla da başvurunun amacına ulaşması mümkün olmakla beraber kendi olayına en uygun hukuk yolunu seçmek başvurucuya düşer. Bu sebeple bir hukuk yolunu tüketmiş olan başvurunun aynı amacı taşıyan bir diğer hukuk yolunu tüketmemiş olması onun başvuru yollarını tüketmediği anlamına gelmez. Bu nedenle başvurunun başvuru yollarını tükettiği sonucuna varılmıştır.

47. Bakanlığa göre başvuru -asıl olarak- 6/1/2011 tarihli Koruma Yüksek Kurulunun kararına (bkz. § 19) karşı idari yargıda dava açması gerekirken bu yola da başvurmamış, başvuru yollarını tüketmemiştir. Bakanlık, Kars Belediyesi kararının Koruma Yüksek Kurulu kararının uygulanması mahiyetinde olduğunu, başvurunun asıl olarak Koruma Yüksek Kurulu Kararı'na karşı dava açması gerektiğini belirtmiştir. Kars Belediyesinin heykelin kaldırılmasına ilişkin kararının idare hukuku bakımından mahiyetini ve idari davaya konu edilebilir olup olmadığını tartışmak Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. İdari yargılamada bir usul meselesi olan bu hususu karara bağlamak derece mahkemelerinin takdiri ve görevindedir. Somut olayda Kars Belediyesi kararına karşı açılan davada Mahkeme işlemin idari davaya konu edilebilir olduğu sonucuna ulaşarak davanın esasını incelemiş ve davayı esastan reddetmiştir. Bu karar Danıştay tarafından da onanmıştır. Derece mahkemelerince dava, Kars Belediyesi kararının icrai ve dava konusu edilebilir mahiyette olmadığı temelinde reddedilmediğine göre Anayasa Mahkemesinin idare mahkemesinin ilk inceleme aşamasında ele alacağı bir meseleyi resen irdelemesi bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz.

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

Burhan ÜSTÜN ve Kadir ÖZKAYA, başvuru hakkında ifade özgürlüğü yönünden, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiği görüşü ile bu değerlendirmeye katılmamışlardır.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

49. 5846 sayılı Kanun'un 1/B maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine ve aynı Kanun'un 8. maddesine göre eser sahibi eseri meydana getiren kişidir. Heykel sanatçısı olan başvuru, Kars Belediyesi ile yapmış olduğu sözleşmeye dayalı olarak Belediye tarafından belirlenen yerde başvuruya konu anıt heykeli yapmıştır. Dolayısıyla başvurunun eser sahibi olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Ayrıca, ilke olarak, başkası tarafından meydana getirilen bir eser üzerinde bir başka kişinin eser sahipliğinin söz konusu olması

mümkün değildir. Eser ile sahibi arasındaki bağ, *tabii* bir bağdır. Bu tabii ilişki bir eserin vücuda getirilmesiyle doğar ve kural olarak üçüncü kişilere devri mümkün değildir.

50. Başvurucunun eser üzerinde anılan Kanun'un başta 13., 14., 15., 16. ve 17. maddeleri olmak üzere Kanundan kaynaklanan ve korunan maddi ve manevi hakları bulunmaktadır. Eser sahibi kendi eseri üzerinde başka kişilere birtakım ekonomik hak ve menfaatler verebilir. Bu nitelikteki hakların tamamı devredilmiş olsa bile, eser ile onu vücuda getirmiş kişi arasındaki münasebet sona ermez. Eser sahibi olmamakla birlikte eser sahibi ile aralarındaki sözleşmeye dayalı olarak bazı hakları kullanma yetkisi olan kişiler kanun koyucu tarafından "*aslın maliki*" veya "*mali hak sahibi*" olarak isimlendirilmiş; doktrinde ise bu kişiler "*hak sahibi*" olarak adlandırılmıştır.

51. *Manevi hak*, bir eserin gayri maddi nitelik arz eden yönünü ve eser ile onu meydana getiren arasındaki kişisel münasebeti ifade etmek için kullanılan hukuki bir terimdir. Manevi hakkın başlıca amacı eserin üçüncü kişilere karşı korunmasıdır. Eser, onu vücuda getirenin kişiliğinin bir ifadesi olduğuna göre, eser sahibi onun üzerinde mutlak bir hakka sahiptir. Eser üçüncü kişilerin tasarrufuna terk edilmiş olsa bile manevi haklar eser sahibince hayatı boyunca kullanılabilen haklardır.

52. Başvuruya konu eser üzerinde hak sahibi olan Kars Belediyesi belirli bir ücret karşılığında başvuruya konu heykeli yaptırmış, ücreti başvurucuya tam olarak ödemiş olsa bile eser sahibi başvurucudur ve 5846 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca başvurucunun eser üzerindeki hakları yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder.

53. Sonuç olarak başvurucunun sahibi olduğu heykel biçimindeki eser kamu gücünü kullanan organların aldıkları bir dizi karar neticesinde yıkılmıştır. O hâlde başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

54. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

i. Kanunilik

56. 2863 sayılı Kanun'un 9. ve 13. maddelerinin "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

57. Heykelin yıktırılmasına ilişkin kararın kamu düzeninin sağlanmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

(a) Kavram

58. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyaç karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 53-55; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 70-72; AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007).

(b) Sanatsal İfade Özgürlüğü ve Sınırları

59. İfade özgürlüğünün bir alt dalı olan sanatsal ifade özgürlüğü, sanatçının çalışmalarını özgürce yürütebilmesini veya sanat eserlerinin yaygınlaştırılmasını ve bunun devlet veya başka bir kişi tarafından müdahaleye uğramamasını güvence altına alır. Mevcut başvuruyla bağlantılı olarak kültürel haklar ise sanatçının veya sanat eserlerinin devlet tarafından desteklenmesini ve sanat eserlerine ulaşmak isteyen kişilerin eserlere erişim hakkını güvence altına alır. Dolayısıyla devletin sanatsal ifade özgürlüğü karşısında negatif ve pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.

60. Anayasa Mahkemesi başvurucunun yaptığı heykelin bir sanat eseri olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapmayı gerekli görmemektedir. Esasen başvuruya konu heykelin sanatsal niteliği konusunda kamu gücünü kullanan organlar bir itirazda bulunmuş da değildir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi önündeki mesele daha ziyade başvurucunun Kars Belediyesi ile yaptığı anlaşma gereği yaptığı heykelin daha sonra Maliye Hazinesi, koruma kurulları ve belediye arasındaki bir dizi anlaşmazlık ve değişen hukuksal durumlar nedeniyle yıktırılmasının Anayasa'nın 26. maddesindeki ifade özgürlüğüne aykırı olup olmadığı hususuyla ilgilidir.

61. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. İfade özgürlüğü; siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır (*Ergün Poyraz* (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 37; *Önder Balıkcı*, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 40).

62. Başvuruya konu eserin bir heykel olduğu gözetildiğinde Anayasa'nın 26. ve 27. maddelerinin yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına aldığı unutulmamalıdır (gerekli değişikliklerle birlikte, bkz. *Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 105).

63. Nitekim Birleşmiş Milletlere 2013 yılında sunulan “Sanatsal İfade ve Yaratıcılık Özgürlüğü Hakkı” başlıklı raporda ifade edildiği gibi tüm sanat disiplinleri ifade özgürlüğü korumasından aynı şekilde yararlanır. Raporda, “içeriğinin kutsal veya dünyevi, politik veya apolitik olmasından ya da toplumsal meseleleri konu edinip edinmemesinden bağımsız olarak, estetik ve/veya sembolik boyut taşıyan, resim ve çizim, müzik, şarkı ve dans, şiir ve edebiyat, tiyatro ve sirk, fotoğraf, sinema ve video, mimari ve heykel, performans ve kamusal alan müdahaleleri de içeren ancak bunlarla sınırlı olmayan farklı mecraları kullanan ifade biçimleri göz önünde” bulundurulmuştur. Raporda, “sanatsal faaliyetin; sanatsal ifade ve kreasyonların yaratım, prodüksiyon, dağıtım ve yaygınlaştırılmasına katkıda bulunan ve bu aşamalarda görev alan tüm kişileri kapsayan birçok aktöre bağlı olduğu ve sadece sanatçıya indirgenemeyeceği” öne sürülmüştür.

64. Sanatsal çalışmalar çoğu defa birden fazla anlama gönderme yaparlar ve bu sebeple de ortaya koydukları mesaj kolaylıkla tespit edilemeyebilir. Ayrıca sanatsal ifadelerin yorumları da kişiye göre farklılaşabilir. Dolayısıyla sanatsal ifadelerin ifade özgürlüğünün diğer kategorilerinden farklılaşması mümkündür. Ayrıca sanatsal ifadeler belirtilen ifade türlerine göre çoğunlukla daha “kışkırtıcı” veya “rahatsız edici” olabilir.

65. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında, açıklanan ve yayılan bir düşüncenin içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından “değerli-değersiz” veya “yararlı-yararsız” biçiminde ayrıştırılmasının -subjektif unsurlar ihtiva edeceği için- bu özgürlüğün keyfi biçimde sınırlandırılması tehlikesini doğurabileceğine dikkat çekmiştir. Bu itibarla bir sanatçının sanat eseri vasıtasıyla kamuoyuna aktardığı görüşleri başkaları açısından “değersiz”, “yararsız”, “kışkırtıcı” veya “rahatsız edici” görülse bile kişilerin subjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak ifade özgürlüğünün korumasında olduğu akıldan çıkarılmamalıdır (benzer değerlendirmeler için bkz. *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 42; *Önder Balıkcı*, § 40).

66. Bununla birlikte Anayasa’nın 26. ve 27. maddeleri sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmemektedir. İfade özgürlüğü Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bazı istisnalara tabidir. Söz konusu istisnaların, her somut olayda ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gerekir.

67. Bunlardan başka Anayasa’nın “*Sanatın ve sanatçının korunması*” kenar başlıklı 64. maddesinde “*Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.*” denilerek sanatın ve sanatçının korunmasına ilişkin her türlü tedbirin alınmasından devleti sorumlu tuttuğu unutulmamalıdır. Başka bir deyişle hem insan haklarını ihlal etmekten kaçınma hem de bireyleri diğer bireylerin ihlallerinden koruma görevi devletin yükümlülüğündedir. Bu durum sanatsal ifade özgürlüğü açısından da geçerlidir.

68. Bilim ve sanat özgürlüğü Anayasa’nın 27. maddesinde özel olarak korunmuştur. Bu bağlamda, Anayasa’nın 26. maddesi ve daha özel olarak da 27. maddesi, bilgi ve fikir edinme ve düşünceleri yayma kapsamında sanatsal ifade özgürlüğünü de içerir ve bu anayasal güvenceler her tür kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikrin açıklanmasına, yayılmasına ve mübadelesine katılma fırsatı verir. Mevcut başvuruya konu heykel gibi sanat eserlerini yaratan kişiler fikir ve görüşlerin yayılmasına önemli bir katkıda bulunduğundan sanatsal eserler demokratik bir toplum için büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle devlet, sanat eserini meydana getiren kişilerin ifade özgürlüklerine gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü konusunda daha hassas davranmalıdır (benzer kararlar arasından bkz. *Fatih Taş*, § 104).

(c) İfade Özgürlüğüne İlişkin Davalarda Bütüncül Yaklaşım İlkesi

69. Yargı organlarının ifade özgürlüğü alanında yapacakları değerlendirmelerde ifadeleri bağlamlarından koparmadan incelemeleri gerekir. Aksi bir tutum Anayasa’nın 13. ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. Özellikle sanatsal ifadeler söz konusu olduğunda bu bütüncül yaklaşım ilkesinin bir gereği olarak yargı mercilerinin yapacakları değerlendirmelerin sanat alanının veya eserin özelliklerine, eserin ifade edildiği bağlama, meydana getirenin kimliğine, yapılma zamanına, amacına, hitap ettiği kişilerin kimliklerine ve onların estetik anlayışlarına, eserin muhtemel etkilerine bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır.

70. Bundan sonra Anayasa Mahkemesinin yapması gereken; başvuruya konu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak, ifade özgürlüğüne getirilen müdahalenin “ölçülü” olup olmadığını ve müdahaleyi haklı kılmak için derece mahkemelerince gösterilen gerekçelerin inandırıcı, bir başka deyişle “ilgili ve yeterli” olup olmadığını belirlemektir (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 39; *Bekir Coşkun*, §§ 24, 58; *Tansel Çolaşan*, § 52). Anayasa Mahkemesi bunu yaparken kamu gücünü kullanan organların ve derece mahkemelerinin Anayasa’nın 26. maddesinde yer alan ve daha önce ortaya koyduğu ilkelerle uyumlu olan standartları uyguladıklarına ve ayrıca maddi olayları kabul edilebilir bir şekilde takdir ederek karar verdiklerine ikna olmalıdır. Dolayısıyla yapılacak incelemede, derece mahkemelerince yapılan değerlendirmeler ve kabul edilen gerekçe gözönünde bulundurulacaktır.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

71. Başvuruya konu heykel, üzerine yapıldığı Maliye Hazinesine ait taşınmazın içinde İkinci Dünya Savaşı’ndan kalma makineli tüfek mevzilerinin ve tonozlu yapıların bulunması nedeniyle Koruma Kurulu tarafından korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak ilan edilmiş olması nedeniyle yıktırılmıştır. Bununla birlikte heykelin yıkılmasına ilişkin süreçte Koruma Kurullarının ve derece mahkemelerinin mezkûr kararlarının gerekçesi, kamu kurumları arasındaki mülkiyet anlaşmazlığı olmamıştır.

72. Somut olayda başvuru bir kamu tüzel kişisi olan Kars Belediyesi ile 7/11/2005 tarihli Meclis Kararıyla bir sözleşme imzalamış (bkz. § 10), Koruma Bölge Kurulu 2/11/2006 tarihli kararıyla anıtın yapılacağı parselde mevcut bazı taşınmazları tescil etmiştir (bkz. § 11). Koruma Bölge Kurulu 8/2/2007 tarihli kararı ile Belediye Başkanlığınca hazırlanan çevre düzeni projesini onaylamış ve heykelin yapılması için müsaade vermiştir (bkz. § 12). Koruma Bölge Kurulu 10/9/2008 tarihinde ise öncekilerle çelişen bir kararla heykelin bulunduğu alanda ortaya çıkan “yeni bulgular” elde edilmesi nedeniyle bu alan içinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına ve mevcut yapıların yıktırılmasına karar vermiştir (§§ 14, 15). Kars Belediyesi de Koruma Bölge Kurulunun yıkım yönündeki kararlarına dayanarak 1/2/2011 tarihinde heykelin yıktırılmasına karar vermiştir (§ 22).

73. Görüldüğü üzere bahse konu heykelin yapılmasına, hukuki statüsüne ve yıkılmasına ilişkin tartışmalar öncelikle kamu kurumları arasında meydana gelmiştir. Başka bir deyişle kamu kurumları arasındaki bir anlaşmazlık nedeniyle bir kimsenin Anayasa tarafından korunan temel bir hakkına müdahale edilmiştir. Anayasa’nın 123. maddesinin “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür*” biçimindeki birinci fıkrasında idareyi oluşturan kuruluşların birbirleriyle uyum içinde bir bütün olarak çalışmasını ifade eden idarenin bütünlüğü ilkesi yer almıştır. Söz konusu ilke dolayısıyla idareyi oluşturan kurumlar kendi aralarındaki anlaşmazlıkları bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale gerekçesi olarak ileri süremezler. Başka bir deyişle, devleti oluşturan organ ve kurumların uyum içinde çalışamamaları bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahalenin gerekçesi olarak ileri sürülemez.

74. Farklı kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazların farklı hukuksal durumlarının olduğu bir gerçektir. İdarenin bütünlüğüne ilişkin yukarıdaki açıklamalarla birlikte değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemesi başvuruya konu şikâyetin incelenebilmesi için idareyi oluşturan ve kamu gücünü kullanan kuruluşlar arasındaki mülkiyet anlaşmazlığını ele almayı ne gerekli ne de faydalı görmektedir. Bu sebeple başvuru, bahse konu heykelin bulunduğu taşınmazın korunması gerekli kültür varlığı olarak ilan edilmiş

olması nedeniyle yıktırılmasının bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olup olmadığı yönünden incelenecektir.

75. Başvuruya konu "*İnsanlık Anıtı*" isimli heykelin, yapıldığı tarihlerde Türkiye ile Ermenistan arasında sıcak ilişkiler kurulması yönünde mesajlar verildiği bir dönemde "*bir iyi niyet adımı olarak*" yaptırıldığı belirtilmiştir (bkz. § 21). Belediye Meclis kararında heykelin ülkemizde ve dünyada bir daha savaşların olmaması talebinin bir ifadesi olduğu belirtilmiş, başvuru ile yapılan sözleşmede de anıtın temel amacının Kars'ın bulunduğu coğrafyadaki insanların barışa çağırılması olduğu ifade edilmiştir (bkz. § 10). Heykelin yapım ve yıkım süreçlerinde kamuoyunda yapılan tartışmalarla birlikte değerlendirildiğinde heykelin, politik yönü oldukça ağır basan bir sanat eseri olduğu kabul edilebilir.

76. İfade türleri bakımından bazı ifadeler diğerlerine göre daha fazla koruma görür. Hukuken en geniş koruma siyasi ifadelere sağlanır (*Fatih Taş*, § 98; *Ergün Poyraz* (2), § 58). Siyasi tartışma özgürlüğü tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi olup hükümetler hem en ağır eleştirilere hoşgörü göstermekle hem de öngördükleri sınırlayıcı önlemlerin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğurmasını engellemekle yükümlüdür (*Bekir Coşkun* §§ 64, 67-69; *Ergün Poyraz* (2), §§ 68-70, 78-79). Sanatsal ifadeler siyasi ifade olarak nitelendirildiğinde sağlanan korumanın kapsamı daha geniş olmalıdır. Dolayısıyla siyasi içerikli sanatsal ifadelerin diğer ifade türlerinden daha fazla koruma görmesi beklenir.

77. Bu değerlendirmeler ışığında heykelin bulunduğu taşınmazda korunması gerekli görülen ve tescil edilmiş bazı kültür varlıklarının bulunmasının heykelin yıktırılması işlemi için ilgili ve yeterli bir gerekçe olarak kabul edilip edilemeyeceğine odaklanılmalıdır.

78. Heykel inşaatına başlanmadan önce bahse konu taşınmaz üzerinde korunması gerekli kültür varlıklarının bulunduğu ileri sürülmüştür. Koruma Bölge Kurulunun 2/11/2006 tarihli kararında heykelin içinde bulunduğu parsel içindeki tepeciğin kuzey tarafında II. Dünya Savaşı sırasında yapılan makineli tüfek mevzileri ile tepeciğin batı tarafında savunma amaçlı tonozlu yapının bulunduğu belirtilmiş ve kültür varlığı özelliği taşıması nedeniyle tepede bulunan bazı taşınmazlar kültür varlığı olarak tescil edilmiştir.

79. Koruma Bölge Kurulunun 14/11/2008 tarihli kararında ise yapıların Erken Cumhuriyet Dönemi olarak tanımlandığı belirtilmektedir. Belediye Başkanı ise parselde 18. yüzyıldan kalma bazı askerî yapılar olduğunu açıklamıştır (bkz. § 22). Koruma Bölge Kurulunun 10/9/2008 tarihli kararından Kars Belediyesinin 1/2/2011 tarihinde heykelin yıktırılması yönündeki kararına kadar geçen iki yılı aşkın süre içinde kültür varlığı olarak değerlendirilen yapıların tam bir tespit, tasnif ve dökümanın yapılmadığı, bunların sayılarının ve kapladığı alanın tam olarak belirlenmediği anlaşılmaktadır. İkinci olarak Koruma Bölge Kurulunun 2/11/2006 tarihli kararı ile yapılan tescilin parselin tümünü mü yoksa bir bölümünü mü kapsadığı, başka bir deyişle heykelin kaidesinin bulunduğu yerin de tescil edilen yerlerden olup olmadığı tespit edilmemiştir (bkz. § 11).

80. Koruma Bölge Kurulunun 2/11/2006 tarihli kararında bahse konu anıtın temasıyla şehir ve kale ile alan peyzaj ilişkisi açısından uygun olduğuna karar verildiği ve 8/2/2007 tarihli kararıyla da Belediye Başkanlığı tarafından hazırlanan çevre düzeni projesi onaylandığı halde Koruma Bölge Kurulunun heykelin yıktırılması gerektiği yönündeki 10/9/2008 tarihli kararının dayanağı olan "yeni bulguların" neler olduğu izah edilmemiştir. Bahse konu taşınmaz üzerinde korunması gerekli kültür varlıklarının neler olduğu yönünde yetkililerden oldukça çelişkili açıklamalar gelmiştir (bkz. §§ 16, 18-22). Parselde gerçekten

korunması gerekli kültür varlıklarının bulunduğu kabul edilse bile yapımı tamamlanmış heykelin hangi surette bu varlıklara zarar verdiği de izah edilmemiştir.

81. Koruma Yüksek Kurulunun 6/1/2011 tarihli kararıyla tüm koruma bölge kurulu kararları iptal edilmiştir. Bahsi geçen kararda, parselin mülkiyet sorununun çözülmesinden sonra Belediye tarafından önerilen projelerin Koruma Bölge Kurulu tarafından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bundan başka heykelin akıbetine karar verme yetkisinin de 3194 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Belediyenin yetkisinde olduğu hatırlatılmıştır (bkz. § 19). Kars Belediye Meclisi ise, Koruma Yüksek Kurulunun anılan kararına dayanarak 1/2/2011 tarihli kararı ile heykelin kaldırılmasına karar vermiştir (bkz. § 22). Dahası ilk derece mahkemesi 21/4/2011 tarihli kararında Koruma Yüksek Kurulunun yukarıda zikredilen kararının heykelin yıkım kararının gerekçesi olduğu sonucuna varmıştır (bkz. § 25).

82. Olaylara bir bütün olarak bakıldığında kamu gücünü kullanan organlar, bahse konu taşınmazın mülkiyet sorununu çözmeden ve taşınmaz üzerinde bulunan kültür varlıkları tam olarak tespit edilmeden başvurunun sanat eserini yapmasını istemiş, müsaade etmiş ve ücretini ödemiş; sanat eserinin meydana getirilmesi süreci tamamlandıktan sonra da heykeli korumamışlardır. Koruma Bölge Kurulunun 2/11/2006 tarihli kararından da anlaşılabilceği üzere bir parseldeki bazı taşınmazların kültür varlığı olarak tescil edilmiş olması o parselde hiçbir uygulama yapılamayacağı anlamına gelmemektedir (bkz. § 11). Nitekim Koruma Bölge Kurulu, parselde tescilli yapılmış kültür varlıkları bulunmasına rağmen başvuruya konu heykelin yapılmasına izin vermiş (bkz. § 12); İçişleri Bakanlığı, Belediyenin sunduğu ve Koruma Bölge Kurulunun 8/2/2007 tarihli kararıyla (bkz. § 12) onaylanan proje kapsamında gerçekleştirilen anıt ve çevre düzenlemesi inşaatının "*Kurul Kararlarına aykırılığından*" söz edilemeyeceğine karar vermiştir (bkz. § 16).

83. Heykelin yapımına başlanmadan önce anılan bölgede, korunması gerekli kültür varlıklarının bulunması nedeniyle izin verilmemesi anlaşılabilir bir gerekçedir. Zira kültür varlıklarının korunması Anayasa'nın 63. maddesiyle devlete yüklenen bir ödevdir. Bununla birlikte somut olayda olduğu gibi sanat eserinin meydana getirilmesi sürecine girilmesinden veya ortaya çıkarılmasından sonra eser, sanatsal ifade özgürlüğünün korunması altına girer. Dolayısıyla kamu gücünü kullanan organlar eylem ve işlemlerinde ifade özgürlüğünü keyfi biçimde sınırlandırmaktan (bkz. § 65) kaçınmakla ve sanat eserinin yaşatılması için devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında (bkz. § 59) azami gayret göstermekle yükümlüdür.

84. Bundan başka Bakanlık görüşünde başvuruya konu olayda başvurunun ifade özgürlüğü ile Maliye Hazinesinin mülkiyet hakkı arasında bir çıkar çatışması bulunduğu ileri sürülmüştür. Bununla beraber ne idari kararlarda ne de mahkeme kararlarında taşınmazın malikinin kim olduğuna ilişkin kesin bir saptama yapılabilmemiş değildir. Üstelik Koruma Yüksek Kurulunca uzmanlara hazırlatılan 10/6/2010 tarihli rapora bakılırsa parsel malikinin kim olduğu konusundaki belirsizlik çözülebilmiş değildir.

85. Bahse konu taşınmazın Hazineye ait olduğu kabul edilse bile Hazine ile yine bir kamu kurumu olan Belediye arasındaki mülkiyet anlaşmazlığının niçin bir sanat eseri sahibinin haklarına müdahale edilmesinin gerekçesi olduğu; kamunun mülkiyet hakkının niçin bir sanat eseri sahibinin Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne ve 27. maddesinde korunan sanat özgürlüğüne; Anayasa'nın sanatın ve sanatçının korunması kenar başlıklı 64. maddesindeki amir hükme üstün geldiği idari mercilerin kararlarında da mahkeme kararlarında da izah edilmiş değildir. Bu bağlamda son olarak bahsi geçen taşınmazın heykel kaidesinin bulunduğu kısmının değeri tespit edilerek Türk Medeni

Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca mülkiyetin eseri sipariş veren Kars Belediyesince satın alınması ve bu suretle sorununun çözülmesinin mümkün olup olmadığı da araştırılmamıştır.

86. Somut olayda mesele heykelin yıktırılması olduğundan en azından heykelin taşınmazda bulunan kültür varlıklarına hangi surette zarar verdiğinin ve heykel yıktırılmadan taşınmazdaki kültür varlıklarının korunmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirdi. Sanat eseri tahrip edilmeden başka yere nakledilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılabilir, sanat eserinin sahibi olan başvuru ile ortak bir çözümün bulunması için müzakere yapılabilir, başvuru ile idarenin talepleri telif edilmeye çalışılabilirdi. Heykelin yıktırılması sürecinde alınan idari kararlarda da mahkeme kararlarında da bu hususların tartışılmamış olması devletin sanat eserinin korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedigini göstermektedir.

87. Bahse konu taşınmazdaki kültür varlıklarının neler olduğu, taşınmazın tümünün mü yoksa bir kısmının mı korunması gerekli kültür varlığı olarak tescil edildiği belirgin bir şekilde ortaya çıkarılmamıştır. Heykelin, yapıldığı yerdeki kültür varlıklarına bir zarar verip vermediği de incelenmemiştir. Dolayısıyla heykelin yıktırılmasının bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı gösterilebilmiş değildir. Öte yandan heykel tümüyle yıkılmadan da kültür varlıklarının korunup korunmayacağı araştırılmamış, heykelin yıktırılmasının başvurulabilecek en son çare olduğu da gösterilememiştir (bkz. § 58).

88. Heykelin yapımından yıkılmasına kadar geçen süreçte kamu gücünü kullanan organlar Anayasa'nın sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin hükümlerini göz ardı etmiş görünmektedir. Somut olayda kamu gücünü kullanan organların bir sanat eserinin korunması için gereken tedbirleri aldığı (bkz. § 59) gösterilebilmiş değildir. Üstelik söz konusu heykelin diğer ifade türlerine göre daha fazla koruma görmesi gerekirken (bkz. §§ 36, 76) yıktırılmasının demokratik bir toplumda gerekli olduğu da gösterilememiştir. Bu sebeple idari mercilerce ve mahkemelerce alınan kararların ilgili ve yeterli gerekçe içermediği sonucuna varılmıştır.

89. Sonuç olarak demokratik bir toplum için büyük önem taşıyan, alenileşmiş olması nedeniyle artık insanlığın fikri servetinin herkese açık bir parçası haline gelen bir sanat eserinin ve dolayısıyla Anayasa tarafından koruma altına alınmış olan sanatsal ifade özgürlüğünün korunması noktasında gösterilmesi gereken hassasiyet somut başvuruda kamu gücünü kullanan organlarca gösterilmemiştir.

90. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL ve Yıldız SEFERİNOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

91. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

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

92. Başvurucu 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

93. Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

94. Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 20.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

95. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.10 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.681,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, Burhan ÜSTÜN ve Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL ve Yıldız SEFERİNOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

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

D. 206.10 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.681,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 11/7/2019 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucunun yapmış olduğu heykel, heykeli yaptıran Belediyenin mülkiyetinde ya da tahsisinde olmayan (Hazineye ait) bir taşınmaz üzerine inşa edildiği gibi, bu konuda Hazine (Milli Emlâk) yetkililerinden herhangi bir izin de alınmamıştır.

2. Başlangıçta ilgili Koruma Kurulu'na, taşınmazın malikinin ilgili Belediye olmadığı bilinmeden, anılan Belediyenin anıt yapma talebi uygun görülüp, hazırlanan çevre düzenleme projesi onaylanmışsa da; daha sonra taşınmazın üzerinde yapılan detaylı incelemede, arazide mevcut yapıların (makinelî tüfek mevzileri ile tonozlu yapının) korunması gerekli kültür varlığı olduğu saptandığından, aynı Koruma Kurulu'na bu alan içerisinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına, mevcut yapıların yıktırılması gerektiğine, bu karara aykırı uygulama yapan ve yaptıranlar hakkında yasal işlem yapılmasına karar verilmiştir. Keza Koruma Yüksek Kurulu da akabinde, parsel malikinin izni olmaksızın parselde yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin (heykel yapımının) 3194 sayılı İmar Kanunu (kaçak inşaat) kapsamında değerlendirilerek, ilgili Belediyesince çözüme kavuşturulması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar sonrasında ilgili Belediye Meclisince alınan karar doğrultusunda, yapılan ihale sonunda inşa edilen heykel kesilmek suretiyle yerinden kaldırılmış ve Belediye deposuna konulmuştur. Korunması gerekli kültür varlığı olduğu bu şekilde saptanan ve üzerinde mutlak olarak inşaat yasağı bulunan taşınmaz üzerinde mevzuata aykırı biçimde yaptırılan heykelin ne yaptıran yönünden ne de inşa eden başvuruca yönünden korunmaya değer bir hak ihlâline yol açması söz konusu olamaz.

3. Bir yerel yönetim birimi tarafından Devletin millî dış politikası ile doğrudan ilgili konularda ifade ve sanat hürriyeti kapsamında da olsa, hiçbir Devlet birimi ile ilişare edilmeden re'sen heykel yapımına girilmesi ve yukarıda açıklandığı üzere mevzuat hükümlerine uyulmadan bu faaliyetin gerçekleştirilmesi, heykelin yerinden kaldırılması sonucunu doğurmuş ve bu işleme karşı açılan dava da yetkili yargı yerlerince ilgili ve yeterli gerekçelerle reddedilmiştir. Heykelin yapımcısı olan başvurucaya ise sarfettiği emek ve eseri için sözleşme ile öngörülen telif ücreti ödenmiştir. Bu bakımdan, incelemenin söz ykonusu bağlamından koparılmadan, bir bütün halinde yapılması gerekli bulunduğundan; konunun salt ifade özgürlüğü yönünden incelenmesi yeterli değildir. Yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi, bu gibi hassas ve millî konularda bu birimlerin diledikleri gibi hareket edebilecekleri anlamında yorumlanamayacağı gibi, mevzuat hükümlerine aykırı biçimde gerçekleştirilen ve baştan itibaren hukuka aykırılığı saptanan bir imalat (heykel yapımı) sonucu ortaya çıkan eserin yapımcısını da bu tasarruftan ayrı olarak değerlendirebilmeye imkân yoktur.

4. Açıklanan nedenlerle, başından itibaren hukuka aykırı biçimde inşa edildiği hukuken saptanan ve sonradan aynı gerekçeyle ortadan kaldırılan heykel nedeniyle başvurucaın ifade özgürlüğünün ihlâlini gerektiren bir neden olmadığı kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına ve aynı nedenle başvurucaya manevi tazminat verilmesine dair karara katılmıyoruz.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Kars Belediyesince başvurucuya yaptırılan anıt-heykelin bulunduğu yerden kaldırılması yolunda alınan kararın iptali istemiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle yapılan başvuruda Mahkememiz çoğunluğunca başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir. Aşağıda açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmadık.

Kars Belediye Meclisi'nce **7.11.2005 tarihinde, 153 sayılı kararla**, Kars Merkez Sukapı Mahallesi Üçler Mevkii, 790 ada 1 parsel adresinde kâin, mülkiyeti Maliye Hazinesine ait 9090 metrekaare alanlı taşınmaz (tepe) üzerine bir "İnsanlık Anıtı" ve çevre düzenlemesi ile birlikte bir de insanlık parkı yaptırılmasına karar verilmiştir. Kararın alındığı tarih itibarıyla mülkiyeti maliye hazinesine ait olan taşınmazın sonradan da olsa Kars Belediyesi'ne tahsis veya devir edildiğine ya da satıldığına ilişkin olarak dosyada bir bilgi bulunmamaktadır.

Meclis kararına dayalı ihale sürecinin ardından, Kars Belediyesi'nin bir kültür ve sanat hizmeti olmak üzere, bir tarafta Kars Belediye Başkanlığı adına "İşveren" sıfatıyla o dönemdeki Kars Belediye Başkanı, diğer tarafta "Yüklenici – Heykeltıraş" sıfatı ile başvuru Mehmet AKSOY olmak üzere taraflar arasında, 4.7.2006 (Bakanlık görüş yazısına göre 5.6.2006) tarihinde, Kars Kalesi'nin karşısındaki tepenin üzerinde bulunan ve Kars Çayı ile Kaleiçi Mahallesi'ne yukarıdan bakan, ayrıca tüm Kars kentini panoramik olarak gördüğü belirtilen düzlüğe, yerden yüksekliği kaidesiyle birlikte yaklaşık 30 metre olacak şekilde bir anıt - heykelin yapılması konusunda bir sözleşme imzalanmıştır.

Sözleşmede; sözleşmenin tarafları, konusu, içerik ve amacı, tarafların sorumlulukları, maddi koşullar, işin süresi ve sözleşmenin feshi halinde uygulanacak yaptırımlar belirlendikten sonra, sözleşme kaynaklı bir anlaşmazlığın çıkması halinde anlaşmazlıkların çözümünde, heykeltıraşın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki hakları ile telif hakları saklı kalmak üzere Kars Mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Sözleşmeye göre anıt - heykel ilk ödemeyi takip eden 18 ay içinde tamamlanacaktır. Bakanlık görüş yazısına göre ilk ödeme 22.8.2006 tarihinde yapılmıştır.

Hangi tarihte başlanıldığı dosyadan tam olarak anlaşılamamakla birlikte, sözleşme konusu anıt - heykelin inşaat imalatına, alana ilişkin mülkiyet sorunu çözülmeden ve "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma" mevzuatına ilişkin prosedür tamamlanmadan başlanılmış olması nedeniyle, bir siyasi parti il başkanlığının 19.9.2006 tarihli dilekçesi ve Kars İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü'nün 6.10.2006 tarih ve 2149 sayılı yazısı üzerine Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun **2.11.2006 tarih ve 421 sayılı kararıyla**; "*Kars ili, Merkez içe, ada 790, parsel 1'in içerisindeki tepeliğin kuzey tarafında yer alan 2. Dünya savaşı sırasında yapılan makineli tüfek mevzileri ile batı tarafta ve tepeliğin alt kısmında yer alan tonozlu yapının kültür varlığı özelliği taşıması nedeniyle 3386 ve 5226 sayılı yasa ile değişik 2863 sayılı yasa kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak tesciline, tepenin en üst noktasında yapılmakta olan uygulamanın durdurulmasına, alanda yapılacak her türlü uygulama öncesi Koruma Kurulundan izin alınması gerektiğine*" karar verilmiştir. Durum Kars Belediyesine de bildirilmiştir.

Söz konusu kararın ardından Kars Belediye Başkanlığınca, taşınmaza ilişkin mülkiyet sorunu çözümlenmeksizin **11.12.2006 tarih ve 2078 sayılı yazı** ile Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'na başvurularak anılan taşınmaz üzerine (mülkiyeti başkasına ait arazi üzerine daha önce izinsiz olarak yapılmaya başlanılan imalat için) anıt yapma talebi iletilmiştir.

Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun **23.12.2006 tarih ve 501 sayılı kararıyla**; "*Kars ili, Merkez Sukapı Mahallesi, 790 ada, 1 parselde kayıtlı, mülkiyeti Kars Belediye Başkanlığına ait ve herhangi bir sit içerisinde yer almayan, Kurul(umuz)un 2.11.2006 gün ve 421 sayılı kararıyla tescil edilen makineli tüfek mevzilerinin yer aldığı parselde, anıt yapma talebini içeren Kars Belediye Başkanlığı'nın 11.12.2006 gün ve 2078 sayılı yazısı ve ... sonucunda; Kars ili, Merkez, Sukapı Mahallesi, 790 ada, 1 parselde kayıtlı tescilli taşınmaz üzerine anıt yapma talebinin, anıtın teması ile şehir ve kale ile alan peyzaj ilişkisi açısından uygun olduğuna; kurula sunulan projedeki anıtın yeri ve kaidesi dışında kalan çevre düzenlemesine ait önerilerin (ışıklandırma, zemin ilişkisi, teraslama, genel mekanlar, tarihi doku vb. açıdan) kesinleştirildiği uygulama projesinin kurul(umuz)a gönderilmesi gerektiğine*" karar verilmiştir. **Kararda, uygun görülen projenin üzerine imal edileceği taşınmazın mülkiyeti Kars Belediye Başkanlığı'na ait olarak kabul edilmiştir. Oysa mülkiyet maliye hazinesine ait bulunmaktadır.**

Anılan kararın ardından, Belediye Başkanlığı tarafından hazırlanıp **6.2.2007 tarih ve 178 sayılı yazı** ekinde sunulan çevre düzenleme projesi Koruma Kurulunun **8.2.2007 tarih ve 523 sayılı kararıyla** düzeltilerek onaylanmıştır. Uygun görülen projenin üzerine imal edileceği taşınmazın mülkiyeti hazineye ait olduğu halde, **bu karar da, mülkiyetin Kars Belediye Başkanlığı'na ait olduğu kabul edilerek alınmıştır¹.**

Bu arada, Kars Belediyesi, **24.4.2008 tarihinde** heykel inşaatının bulunduğu taşınmazın Belediyeye tahsisi veya satılması için Kars Millî Emlak Müdürlüğüne başvuruda bulunmuştur. Millî Emlak Müdürlüğü **29.4.2008 tarihinde** bu taleple ilgili olarak Kars Kültür ve Turizm İl Müdürlüğünden görüş istemiştir. Bu istem üzerine Müdürlük uzmanları tarafından taşınmaz üzerinde yeniden incelemelerde bulunulmuştur.

İncelemeler sonucunda, Koruma Bölge Kurulu **10.9.2008 tarihinde 1021 ve 1022 numaralı** iki ayrı karar almıştır. 1021 numaralı kararda başvuruya konu taşınmazla ilgili olarak; "*... mülkiyeti Hazineye ait taşınmazın hafriyat çalışmalarında çıkan yeni bulgular ışığında 2863 sayılı yasa kapsamında tescilin devamına ... bu alan içerisinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına, mevcut yapıların yıktırılması gerektiğine...*"; 1022 sayılı kararda ise 1021 numaralı karara atıf yapılarak başvuruya konu heykelin inşa edildiği taşınmazın 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca satış ve tahsisinin mümkün olmadığına karar verilmiştir².

¹ Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun 2.11.2006 tarih ve 421 sayılı kararından, imalatına değinen bu yazışma ve sürecin başlamasından önce başlanıldığı anlaşılan heykel, yaklaşık 30 metre yüksekliğinde, demir destekli betonarme olarak inşa edilmiştir. Dosya içeriğinden bitirilme tarihinin ne olduğu anlaşılamamaktadır.

² Bu arada, mülkiyeti maliye hazinesine ait taşınmaz üzerinde, mülkiyet Kars Belediyesine ait imiş gibi anıt - heykel inşaat imalatına devam edildiği anlaşılmaktadır.

Hangi gelişmeler üzerine alındığı dosya içeriğinden anlaşılamamakla birlikte, Koruma Bölge Kurulu 14.11.2008 ve 25.9.2009 tarihlerinde iki ayrı karar daha almış, bunlardan 14.11.2008 tarihli kararında, 10.9.2008 tarihinde alınan 1021 numaralı kararın geçerli olduğuna; 25.9.2009 tarihli kararında ise daha önce alınan 10.9.2008 tarihli ve 1021 ve 1022 sayılı kararlar ile 14.11.2008 tarih ve 1110 sayılı kararlarının geçerli olduğuna, bu kararlara aykırı uygulamayı yapan ve yaptırımlar hakkında soruşturma açılması gerektiğine karar vermiştir.

Bu arada Milli Emlak Müdürlüğü, 2 Şubat 2010 tarihinde Kars Belediyesine hitaben yazmış olduğu yazıda, Hazine'nin mülkiyetinde olan taşınmaz üzerinde herhangi bir işlem yapılmamasına ilişkin 2 Haziran 2005 tarihli yazısına atıf yaptıktan sonra, Koruma Kurulunun 10 Eylül 2008 tarih ve 1022 numaralı kararıyla taşınmazın tahsis veya satışının mümkün olmadığını belirtmiş ve taşınmaz üzerinde bulunan yapıların 775 sayılı Gecekondu Kanununun 18. maddesine göre yıkılarak taşınmazın boş olarak teslim edilmesi gerektiğini bildirmiştir.

Anılan taşınmazın ve üzerinde inşa edilen "İnsanlık Anıtı" ile ilgili durumu değerlendirmek için Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, 19.1.2010 tarihinde bir toplantı gerçekleştirmiş, bu toplantıda "İnsanlık Anıtı'na" ilişkin konunun, başlangıcından itibaren, mahallinde bir heyet tarafından incelenerek bu konuda rapor sunulmasına karar verilmiştir.

Yüksek Kurul, 6.1.2011 tarihinde yeniden toplanmış, bu toplantıda aldığı 777 sayılı kararla, taşınmazın mülkiyet durumunu değerlendirdikten sonra, aralarında çelişki olduğu gerekçesiyle, *Koruma Kurulunca alınan tüm kararların iptali ve tescil kapsamı dışında kalan ve parsel malikinin izni olmaksızın parselde yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında değerlendirilerek ilgili belediyesince çözüme kavuşturulmasına*, karar vermiştir.

Yüksek Kurulun bu kararı üzerine, Kars Belediye Meclisince 1.2.2011 tarih ve 14 sayılı karar alınmıştır. Bu kararla, taşınmaz üzerindeki anıtın 3194 sayılı İmar Kanunu çerçevesinde kaldırılmasına karar vermiştir.

Başvurucunun anılan meclis kararının iptali istemiyle açtığı davada, uyuşmazlık konusu heykelin bulunduğu yerden kaldırılmasına ilişkin işlemi tesis etmeye belediye meclisinin değil belediye encümeninin görevli ve yetkili olduğu gerekçesiyle İdare Mahkemesince verilen 7.3.2011 günlü *yürütmenin durdurulması* kararı Erzurum Bölge İdare Mahkemesinin 16.3.2011 günlü kararı ile kaldırılmış ve aynı kararla yürütmenin durdurulması istemi reddedilmiştir.

Kararda, öncelikle dava konusu işlemin yetki sorunu bulunmadığı; ayrıca **dava konusu işlemin** 3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesi uyarınca alınmış **bir yıkım kararı niteliğinde olmadığı**, söz konusu kararın, Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun 6.1.2011 tarih ve 777 sayılı olup, *"Koruma Kurulunca alınan tüm kararların iptali ve tescil kapsamı dışında kalan ve parsel malikinin izni olmaksızın parselde yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında değerlendirilerek ilgili belediyesince çözüme kavuşturulmasına"* içeriğini haiz bulunan kararının hayata geçirilmesi amacıyla, bahse konu insanlık anıtının söz konusu yerden kaldırılarak mevcut yerin çevre düzenlemesinin tarihi dokusuna uygun olarak yeniden

projelendirilmesi amacıyla alınmış bir karar olduğu; ayrıca kararın, mülkiyeti hazineye ait taşınmaz üzerine hazinenin muvafakati olmaksızın ruhsatsız olarak ve 2863 sayılı Kanun hükümlerine uyulmaksızın yapılmış olması nedeniyle alındığının anlaşıldığı, işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçelerine dayanılmıştır.

Bu gelişmelerin ardından, İdare Mahkemesince, **21.4.2011 tarihinde** başvuru tarafından açılan **davanın reddine karar verilmiştir**. Kararda özetle, davaya konu Belediye Meclisi kararının, Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun 6.1.2011 tarih ve 777 sayılı kararının gereğini yerine getirmek üzere, netice itibarıyla korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz bulunan ve mevcut tapu kayıtlarına göre mülkiyetinin tamamının hazineye ait olduğu sabit olan bir parsel üzerine mülkiyet sahibi hazineden herhangi bir izin alınmaksızın ve 2863 sayılı Kanun hükümlerine uyulmaksızın yapıldığı anlaşılan somut olaya konu anıt - heykelin bulunduğu yerden kaldırılması amacıyla tesis edilmiş, 7.11.2005 tarih ve 153 sayılı (Kars Belediye Meclisi tarafından bir anıt - heykel yaptırılması yolunda alınmış olan ilk) kararın *geri alınması* mahiyetinde bir işlem olduğunun anlaşıldığı, işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçelerine dayanılmıştır.

Kararın bozulması istemiyle yapılan temyiz başvurusu Danıştay 14. Dairesinin 29.1.2013 günlü ve E: 2011/9021, K: 2013/161 sayılı kararı ile reddedilerek idare mahkemesi kararı onanmıştır.

Kararın düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine de bireysel başvuruda bulunulmuştur³.

Başvurucu, sanat eserlerinin ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunu belirterek, tarafına yapılan "İnsanlık Anıtı"nın Ermenistan ile barışı simgelediğini, barışı simgeleyen bir sanat eserinin yıkılmasına karar verilmesinin ve yıkım faaliyetinin gerçekleştirilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme'nin) 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlali anlamına geldiğini, devletin sanat eserlerine özel birtakım değerlendirmelerle müdahale edemeyeceğini, eserinin hukuka uygun olarak ve yetkili kurullardan izin alınarak yapıldığını, yaşanan sürecin Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 16. ve 17. maddelerinde düzenlenen hükümlerine de aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için ihlale neden olduğu iddia edilen işlem veya eylem için öngörülen idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekmektedir. Bireysel başvurunun ikincil nitelikte bir hak arama yolu olması nedeniyle, asıl olan hak ve özgürlüklere kamu otoritelerince saygı gösterilmesi ve olası bir ihlal durumunda bunun idari ve/veya yargısal olağan yollarla giderilmesidir. Bu nedenle bireysel başvuru yoluna ancak kanunda öngörülen olağan yollar tüketilmesine rağmen ihlalin ortadan kaldırılamadığı durumlarda gidilebilir. (B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 28)

Somut olayda Kars Belediyesi'nce, 7.11.2005 tarihinde, kendi görev ve yetki alanında kaldığı değerlendirildiği bir konuda, idare hukuku kurallarına göre (153 sayılı) bir işlem tesis edilmiş; mülkiyeti Maliye Hazinesine ait bir taşınmaz üzerine "İnsanlık Anıtı" adı verilen bir heykel ve çevre düzenlemesi ile birlikte bir de insanlık parkı yaptırılmasına karar verilmiştir.

³ Bu arada başvuruya konu heykelin, Kars Belediyesinin 7.3.2011 tarihli ihalesi sonrasında kesme yöntemiyle onyediyi parça halinde yerinden kaldırılarak Belediye'ye ait depolama alanında muhafaza altına alındığı anlaşılmaktadır.

Kars Belediyesi ile başvuru arasındaki ilişki ise anılan kararın hayata geçirilmesi için tamamen özel hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş olan bir sözleşme ile kurulmuştur⁴. Sözleşmenin imzalanmasının ardından gelişen süreçte bir takım hukuki sorunlar yaşanmıştır. Sözleşme konusu anıt – heykel, üzerine imal edildiği alana ilişkin mülkiyet ve kültür ve tabiat varlıklarını koruma mevzuatından kaynaklanan sorunlar çözümlenmeden⁵ imal edilmiştir.

Ardından gelişen süreçte ise söz konusu hukuki sorunların çözümlenememiş olması nedeniyle ve de bu sorunların bazılarının çözümünde görevli ve yetkili olan bir Yüksek Kurulun kararı uyarınca, Kars Belediyesi tarafından yine kendi görev ve yetkisi çerçevesinde alınan bir kararla, (mülkiyeti başkasına ait bir taşınmaz üzerinde ve kültür ve tabiat varlıklarını koruma mevzuatı açısından sorunlu bir alanda yapılmış olan) söz konusu anıt-heykelin 3194 sayılı İmar Kanunu çerçevesinde bulunduğu yerden kaldırılmasına karar verilmiştir.

Bu işlem; Erzurum Birinci İdare Mahkemesi'nin 21.4.2011 günlü ve 2011/565 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun 6.1.2011 tarih ve 777 sayılı kararının gereğini yerine getirmek üzere idare hukuku kuralları kapsamında tesis edilmiş, bir anlamda da Kars Merkez Sukapı Mahallesi Üçler Mevkii, 790 ada 1 parsel adresinde kâin, mülkiyeti Maliye Hazinesine ait 9090 metrekare alanlı taşınmaz (tepe) üzerine bir "İnsanlık Anıtı" ve çevre düzenlemesi ile birlikte bir de insanlık parkı yaptırılmasına ilişkin olarak **Kars Belediye Meclisi'nce alınmış olan 7.11.2005 tarihinde 153 sayılı karara konu projeden vazgeçilerek yeni bir projenin hayata geçirilmesine ilişkin** olarak alınmış idari bir karar mahiyetindedir.

İşlem, eser sahibi olan başvuru hukukuna hukuki olarak etki eden bir işlem olmakla birlikte başvuru hukukunun eserinin tamamen yok edilmesine yönelik bir yıkım işlemi olarak nitelendirilebilecek bir işlem değildir⁶. İşlem, idare hukuku kurallarına göre, belli bir alanda daha önce alınmış olan başka bir idari karara dayalı olarak yaptırılmış olan anıt-heykelin bulunduğu yerden kaldırılmasına ilişkin idari bir işlemdir.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, kimi zaman idareler özel hukuk kişisi gibi hareket edebilmekte ve bazı faaliyetlerine istisnai olarak özel hukuk kuralları uygulanabilmekte ise de, esas itibarıyla kendilerine verilmiş olan görevleri yerine getirme bağlamında idare hukuku kurallarına göre hareket ederler, görevlerini idari karar ve eylemlerle icra ederler. (Ali D. ULUSOY; *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.34.)

İdari işlemler, idarelerin, görevli ve yetkili organları eliyle, idari faaliyetlerine ilişkin olmak üzere ve kamu gücünü kullanarak, kamu hukuku kurallarına göre, tek yanlı olarak sadece kendi iradeleri ile tesis ettikleri ve muhatap veya muhataplarını bir takım hak sahibi kıldıkları veya yükümlülük altına soktukları idari tasarruflar olarak ortaya çıkarlar.

İdari sözleşmeler dışındaki idari işlemleri özel hukuk işlemlerinden ayıran en önemli farklılık; idari işlemlerin, muhatabının iradesine bakmadan, ona sormadan, idarenin tek yanlı

⁴ Başvurucunun, Kars Belediyesine karşı, sözleşmeden önceki safhada tamamen idare hukuku kurallarına göre alınmış olan karara bağlı olarak bir hak ileri sürmesi mümkün değildir.

⁵ Bu konuda başvurucuya elbette ki bir sorumluluk yüklenemez.

⁶ Nitekim anılan anıt-heykelin tamamen yok edilmediği, Kars Belediyesinin 7.3.2011 tarihli ihalesi sonrasında kesme yöntemiyle (Fiili ve teknik olarak tek parça halinde kaldırılması mümkün olmadığından olsa gerek) 17 parça halinde yerinden kaldırılarak Belediye'ye ait depolama alanında muhafaza altına alındığı anlaşılmaktadır.

irade açıklamasıyla oluşup, muhatabının hukuki durumunda onun iradesi dışında sonuç doğuran işlemler olmalarıdır. İdari sözleşmeler ve bazı istisnai durumlar nedeniyle, tartışılmaz mutlak bir kural olarak görülmemesi gerektiğine ilişkin görüşler bulunsada idari işlemler kural olarak idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla meydana gelirler. Özel hukuk alanında ise bazı istisnai durumlar dışında, gerek idarece ve gerekse kişilerce tek yanlı bir irade açıklamalarıyla karşı tarafın (herhangi bir kişinin veya durumun) hukukunda değişiklik yapılması kural olarak mümkün değildir. (Ali D. ULUSOY; *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.271.)

Bir idari işlemin iptali istemiyle açılan davada, o işlemin hukuka uygunluğu değerlendirilirken; idari yargı yerlerince sırasıyla yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygun olup olmadıkları araştırılır. Yetki unsuru, çok genel anlamda, idari işlemin, bu işlemi yapmaya yetkili (hukuken mezun) makam/organ veya kişi tarafından yapıp yapılmadığını; şekil unsuru, işlemin, o işleme ilişkin mevzuatta o işlem için öngörülen şekil ve yönleme uygun olarak yapıp yapılmadığını; sebep unsuru, idareyi somut işlemi tesis etmeye yönelten hukuki ve fiili etkenleri; konu unsuru, işlemin doğurduğu/doğuracağı hukuki etki ve sonucu; maksat unsuru ise idari işlemlerin kamu yararı amacıyla tesis edilmiş olmalarını ifade eder. İdarenin takdir yetkisiyle çok yakın ilişkisi nedeniyle bu bağlamda özellikle belirtmek gerekir ki idareyi idari işlemi yapmaya yönelten hukuki ve fiili etkenlerin hukuka ve toplum menfaatlerine uygun olması gerekir. Bu etkenler bazen mevzuatta açıkça belirtilmiş olabileceği gibi, bazen hiç belirtilmemiş, bazen de çok genel olarak belirtilmiş olabilir. Belirtilmiş olması halinde idari yargı yerlerinde yapılan denetimde bu sebeplerin var olup olmadıklarına bakılır. Belirtilmemesi veya çok genel olarak belirtilmiş olması halinde ise kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden işlemin tesis edilmesi için haklı nedenlerin bulunup bulunmadığına bakılır. (Ali D. ULUSOY; *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.371. vd.)

İdare hukuku kurallarına, idari yargının yerleşik hale gelmiş içtihatlarına ve yukarıda belirtilen duruma göre, işin doğası gereğince nasıl ki idarelerin kamulaştırma kararı alırken taşınmaz malikinin görüşünü alma zorunlulukları yok ise, başvuru konusu olaya konu anıt-heykeli bulunduğu yerden kaldırıp - kaldırmama konusunda da Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan hükümlere atfen “eser sahibi” sıfatını haiz başvurusunun iradesini dikkate alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca, söz konusu anıt-heykelin bulunduğu yerden kaldırılmasına ilişkin işlemin hukuki denetimini yapan idari yargı yerleri de söz konusu denetimde Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan hükümleri dikkate almak zorunda değildirler.

Olayda, başvuru ile Kars Belediyesi arasındaki ilişki, yukarıda da belirtildiği üzere Kars Belediye Meclisince alınmış olan 7.11.2005 tarih ve 153 sayılı kararla değil, bu kararın hayata geçirilmesi amacıyla Kars Belediyesi ile başvuru arasında özel hukuk hükümlerine göre imzalanmış olan bir sözleşme ile kurulmuştur. Dolayısıyla başvurusunun söz konusu sözleşmenin imzalanması ve anıt-heykelin yapılmasıyla ortaya çıkmış olan ve ifade özgürlüğü ile de ilişkilendirilebilecek olan hakları, 7.11.2005 tarih ve 153 sayılı karara değil, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile diğer özel hukuk hükümlerine dayalı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile diğer özel hukuk hükümlerine göre takip edilebilecek nitelikte haklardır.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu fikir ve sanat eserlerini düzenleyen özel bir kanun olup, bu kanunla fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların ürünleri

üzerindeki manevi ve mali haklarının belirlenmesi, korunması ve bu ürünlerden yararlanma şartları ile kanunda öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde yaptırımların uygulanması hususları düzenlenmektedir. (Başvuruya ilişkin Adalet Bakanlığı Görüşü)

Dolayısıyla bir eser meydana getiren kişilerin haklarına yönelik bir saldırı iddiası söz konusu olduğunda, ilk olarak bu kanunda öngörülen hukuki yollara başvurmak gerekmektedir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda, sanat eserlerine bir müdahale söz konusu olduğu takdirde, eser sahibi için çeşitli koruma mekanizmaları öngörülmüştür. Eser sahipleri, eserlerine bir müdahalede bulunulduğunda bu mekanizmalara başvurma hakkına sahiptirler. Hukuk mahkemeleri nezdinde açılacak *tecavüzün ref'i davası*, *müdahalenin men'i davası* ve *tazminat davası* bu hukuki imkânlardan bazılarıdır. (Başvuruya ilişkin Adalet Bakanlığı Görüşü)

İncelenen başvuruda başvuru, kültür ve tabiat varlıklarını koruma mevzuatı açısından sorunlu bir alanda mülkiyeti başkasına ait bir taşınmaz üzerinde yaptığı heykelin bulunduğu yerde kalmaya devam etmesini (kaldırılmamasını) amaçlamaktadır. Bu amaca ulaşmak isterken de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan kaynaklanan haklarına dayanmaktadır. Oysa başvuru konusu davaya konu işlem, yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, tamamen idare hukuku alanında ve idare hukuku kurallarına göre başvurucuya ait eserin bulunduğu yerden kaldırılması amacıyla tesis edilmiş idari bir işlemdir.

Başvuruya konu idari işlem, eser sahibi sıfatıyla başvurunun menfaatini/hakkını etkileyen bir işlem olmakla birlikte, bu etkileme, dava konusu işlemin tesisinde ve hukuki denetiminde başvurunun Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan kaynaklanan haklarının dikkate alınmasını zorunlu kılan bir etkileme değil, yalnızca söz konusu işlemin, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygun olup olmadığını denetletirmek amacıyla idari dava açabilmeye ehliyetli kılan bir etkilemedir.

Bu etkilemenin sağladığı ehliyetle açılan davada incelenecek olan da söz konusu anıt-heykeli bulunduğu yerden kaldırmaya Kars Belediyesinin yetkisinin bulunup bulunmadığının, kaldırma kararının mevzuatında öngörülen şekle uygun olup olmadığının, kaldırma kararının alınması için hukukun öngördüğü nedenlerin bulunup bulunmadığının, kaldırma ile oluşacak olan etki ve sonucun hukuka aykırı olup olmadığının ve kararın kamu yararı amacıyla alınıp alınmadığının denetimi olacaktır. Böyle bir dava sonucu yapılan bireysel başvuruda incelenecek olan da adil yargılama ilkelerine uyulup uyulmadığı olacaktır.

Hal böyle olunca olayda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki haklardan bahisle ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin incelenmesi için anılan haklar için öngörülen idari ve yargısal yolların tüketilerek bireysel başvuruda bulunulmuş olması gerektiğinden, somut başvuruda ise bu yolların tüketilmediği anlaşıldığından, Mahkememiz çoğunluğunca ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilerek kabul edilebilir bulunan başvurunun ifade özgürlüğü bakımından başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle reddedilmesi ve adil yargılama hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan işin esasına geçildiğinde de şunları söylemek mümkündür.

Başvurucunun yapmış olduğu heykel, heykeli yaptıran Belediyenin mülkiyetinde ya da tahsisinde olmayan (Hazineye ait) bir taşınmaz üzerine inşa edilmiş, bu konuda Hazine (Milli Emlâk) yetkililerinden herhangi bir izin de alınmamıştır.

Sayın Serdar Özgüldür ile sayın Muammer Topal'ın karşı oylarında da belirtildiği üzere, başlangıçta ilgili Koruma Kurulu'na, taşınmazın malikinin ilgili Belediye olmadığı bilinmeden, hatta malikin belediye olduğu kabul edilerek (Bakınız Erzurum Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun 23.12.2006 tarih ve 501 sayılı kararı ve yine Koruma Kurulunun 8.2.2007 tarih ve 523 sayılı kararı) anılan Belediyenin anıt yapma talebi uygun görülüp, hazırlanan çevre düzenleme projesi onaylanmışsa da; daha sonra taşınmazın üzerinde yapılan detaylı incelemede, arazide mevcut yapıların (makinelî tüfek mevzileri ile tonozlu yapının) korunması gerekli kültür varlığı olduğu saptandığından, aynı Koruma Kurulu'na bu alan içerisinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına, mevcut yapıların yıktırılması gerektiğine, bu karara aykırı uygulama yapan ve yaptıranlar hakkında yasal işlem yapılmasına karar verilmiştir.

Öte yandan, Koruma Yüksek Kurulunca da, taşınmaz malikinin izni olmaksızın yapılan inşaat ve fiziki müdahalenin (heykel yapımının) 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında değerlendirilerek ilgili Belediyesince çözüme kavuşturulması gerektiği kararı alınmıştır.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, idareler kendi görev alanlarına ilişkin olarak yetkili oldukları konularda kamu hizmet ve yararının gereklerine uygun olarak her zaman için yeni bir işlem tesis edebilirler. Varsa aynı konuda daha önce aldıkları kararlarını kaldırabilirler, geri alabilirler. Aksinin kabulü halinde, idareler, daha önce bir takım hukuki sorunlar barındıran belli bir yere yaptırdıkları bir heykeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan hükümlere atfen "eser sahibi" sıfatını haiz kişilerin "olurunu" almaksızın bulunduğu yerden hiçbir zaman hiçbir şekilde kaldıramaya karar veremezler.

Olayda Kars Belediyesi'nce, yaşanan hukuki sorunların giderilememiş olması ve yetkili organlarca Kars Belediyesi'nden gereğinin yapılmasının istenilmiş olması nedeniyle, üzerinde korunması gerekli kültür varlığı olduğu açık bir biçimde saptanmış, mülkiyeti başkasına ait, mutlak inşaat yasağını haiz bir taşınmaz üzerinde mevzuata aykırı biçimde yaptırılmış olan başvurucuya ait eserin bulunduğu yerden kaldırılmasına karar verilmiştir.

Başvurucunun Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan kaynaklanan haklarının gözetilmesi zorunluluğunun bulunmadığı bir aşamada tesis edilip, idari yargı yerlerince adil yargılanma hakkı ölçütlerine uygun olarak gerçekleştirildiği anlaşılan bir yargılama sonucunda yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka aykırı bir yönü bulunmadığı saptanan işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddedilmiş olması nedeniyle, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan hükümlere atfen "eser sahibi" sıfatını haiz başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılması mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmıyoruz.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Kars Belediyesi tarafından başvurucuya yaptırılan anıt/heykelin kaldırılması üzerine yapılan başvurunun, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine dair çoğunluk görüşüne katılmadık.

Şöyle ki;

A) Kars Belediyesi ile Başvurucu arasında yapılan sözleşme uygulanmış, sözleşme hükümlerine uygun bir şekilde; başvurunun ücreti ödenmiş, projesine uygun bir şekilde heykel yerine konulmuştur. Daha sonra, heykelin dikildiği taşınmazda korunması gereken kültür varlıklarından olan 18. Yüzyıldan kalma askeri yapı kalıntıları ve tabyalarının bulunduğu; söz konusu alanın tarihi niteliğinin olduğu ve korunmasının zorunluluk olduğu anlaşılmıştır.

Tarihi kalıntıların ve Rus işgaline karşı verilen kurtuluş mücadelesinin simgelerinden olan askeri tabyaların korunması zorunluluğu nedeniyle, henüz yeni yapılan ve tarihi niteliği taşımayan ve başkaca bir yere de daha sonraki herhangi bir zamanda yeniden dikilme imkânı olan başvuruya konu heykelin kaldırılması tercihinde bulunulmuştur.

Olaylara bir bütün olarak bakıldığında; tahribatından sonra dönüşü olmayan eski ve tarihi eserlerin korunması ile yeni ve her zaman imal edilme imkânı olan bir eserin korunması arasında idare ve mahkemeler kültürel varlık olan eski eserlerin korunmasını tercih etmişlerdir. Söz konusu tercihin bir zorunluluk neticesi olduğu açıktır.

B) Kars Belediyesi ile Başvurucu arasında “Yüklenici” sıfatıyla “Sözleşme” imzalanmıştır. Söz konusu sözleşmede, yaptırılacak heykelin içeriği ve yeri tanımlanmış, ayrıca bu iş için Başvurucu/Yükleniciye ödeneceği ücret de kararlaştırılmıştır.

Sözleşmenin 8. maddesinde, “Sözleşmenin feshi halinde belediye her koşulda heykeli yaptırmaktan vazgeçerse, yapılmış ödemeleri geri isteyemez ve kalan ödemenin de %50’sini ödemeyi kabul eder” şekilde hükümler konulmuştur.

Somut olayda Kars Belediyesince, Mülkiyeti Maliye Hazinesine ait bir taşınmaz üzerine yukarıda bahsedilen sözleşme ile başvurunca bir heykel/anıt yaptırılması söz konusudur. Anıtın yapıldığı gayrimenkul Kars Belediyesine ait olmadığı gibi Maliye Hazinesinden Kars Belediyesine tahsisi de bulunmamaktadır.

Belli safahatlardan sonra Koruma Bölge Kurulu tarafından başvuruya konu taşınmazla ilgili olarak “mülkiyeti hazineye ait taşınmazın hafriyat çalışmalarında çıkan yeni bulgular ışığında 2863 sayılı yasa kapsamında tescilin devamına bu alan içerisinde hiçbir uygulamada bulunulamayacağına, mevcut yapıların yıktırılması gerektiğinebaşvurucuya konu heykelin inşa edildiği taşınmazın 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca satış ve tahsisinin mümkün olmadığına” karar verilmiştir.

Anlaşılabacağı üzere;

Heykelin inşa edildiği taşınmaz Maliye Hazinesi'nin mülkiyetinde olmasına rağmen, bu konuda malik tarafından (Hazine) onay ya da tahsisi yapılmadığı gibi, Malikce/Hazinesince başvuru tarafından yapılan yapıların yıkılması için başvuruda bulunmuştur.

Ayrıca heykelin üzerine inşa edildiği taşınmaz, "korunması gerekli kültür varlığı" niteliğinde olduğu gerekçesi ile tescil edilmiştir.

Hem taşınmazın maliki olan Hazinenin rızasının bulunmaması hem de taşınmazın "Kültür varlığı" niteliğinde olması nedeni ile başvuruya konu heykelin yıkılmasına ilişkin kararın, başvurunun sanatçı kişiliği veya eserin niteliğinden kaynaklanmadığı, üçüncü kişinin (Hazine) mülkiyet hakkı ve kültür varlığı olan taşınmazın korunması amacıyla alındığı, dolayısıyla başvurunun ifade özgürlüğü hakkına herhangi bir müdahalede bulunulmadığını değerlendirmekteyiz.

Bilindiği üzere, Anayasanın 35. maddesinde, gerçek kişi-tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın mülkiyet hakkının "herkes" için öngörülmesi ve maddenin gerekçesinde malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişilerin bu güvenceden yararlanabileceklerinin ve onu ileri sürebileceklerinin açık olarak belirtilmesi dolayısıyla özel mülkiyet için Anayasa'nın getirdiği koruma ve güvence, kamu mülkiyeti için de geçerlidir. Çünkü Anayasa koyucunun özel mülkiyetin korunması konusunda gösterdiği özenin, kamu mülkiyetinin korunması konusunda gösterilmediği ve Anayasa'nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. (AYM 07.07.1994 tarih ve E: 1994/49, K:1994/45-2 sayılı Kararı)

Ayrıca, başvuruya konu anıtın yapılması konusunda Kars Belediyesi ile başvuru arasında imzalanan "Sözleşme"nin de bir özel hukuk sözleşmesi olduğu, bu nedenle de, bu ilişkiden doğan hakkın "nispi bir hak" olduğunu da belirtmek gerekir. Dolayısıyla bu sözleşmeden kaynaklanan hak ve alacaklar söz konusu ise de bunlar ancak sözleşmenin tarafı olan Kars Belediyesine karşı ileri sürülebilir. Bu "nispi hak" karşısında mülkiyet hakkının, herkese karşı ileri sürülebilir ve herkesin riayet etmekle yükümlü olduğu "mutlak bir hak" olduğunu da belirtmek gerekir.

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU